

Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law

Verica Trstenjak
Petra Weingerl *Editors*

The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law



 Springer

Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law

Volume 15

Series Editors

Katharina Boele-Woelki, Bucerius Law School, Hamburg, Germany

Diego P. Fernández Arroyo, Institut d'Études Politiques de Paris, Sciences Po, France

Founding Series Editors

Jürgen Basedow, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Germany

George Bermann, Columbia University School of Law, USA

Editorial Board

Bénédicte Fauvarque-Cosson, Université Panthéon-Assas, Paris 2, France

Giuseppe Franco Ferrari, Università Bocconi, Milan, Italy

Toshiyuki Kono, Kyushu University, Fukuoka, Japan

Marek Safjan, Court of Justice of the European Union, Luxembourg

Jorge Sanchez Cordero, Mexican Center of Uniform Law, Mexico

Ulrich Sieber, Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, Germany

More information about this series at <http://www.springer.com/series/11943>

Académie Internationale de Droit Comparé
International Academy of Comparative Law



Verica Trstenjak • Petra Weingerl
Editors

The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law

 Springer

Editors

Verica Trstenjak
European Law Unit
University of Vienna
Vienna, Austria

Petra Weingerl
University College
University of Oxford
Oxford, United Kingdom

Max Planck Institute Luxembourg
for International
European and Regulatory Procedural Law
Luxembourg, Luxembourg

ISSN 2214-6881

ISSN 2214-689X (electronic)

Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law

ISBN 978-3-319-25335-0

ISBN 978-3-319-25337-4 (eBook)

DOI 10.1007/978-3-319-25337-4

Library of Congress Control Number: 2015959487

Springer Cham Heidelberg New York Dordrecht London

© Springer International Publishing Switzerland 2016

This work is subject to copyright. All rights are reserved by the Publisher, whether the whole or part of the material is concerned, specifically the rights of translation, reprinting, reuse of illustrations, recitation, broadcasting, reproduction on microfilms or in any other physical way, and transmission or information storage and retrieval, electronic adaptation, computer software, or by similar or dissimilar methodology now known or hereafter developed.

The use of general descriptive names, registered names, trademarks, service marks, etc. in this publication does not imply, even in the absence of a specific statement, that such names are exempt from the relevant protective laws and regulations and therefore free for general use.

The publisher, the authors and the editors are safe to assume that the advice and information in this book are believed to be true and accurate at the date of publication. Neither the publisher nor the authors or the editors give a warranty, express or implied, with respect to the material contained herein or for any errors or omissions that may have been made.

Printed on acid-free paper

Springer International Publishing AG Switzerland is part of Springer Science+Business Media
(www.springer.com)

Foreword

Human rights and basic or fundamental rights are fruits from the same tree. Their emergence is rooted in the political philosophy of the eighteenth century's Enlightenment, in the ideas of John Locke, Jean-Jacques Rousseau, Immanuel Kant and others. The state of innate freedom and equality of every human being posited by them was initially conceived of as an ideal, an alternative to positive law. It was soon split up into several more specific rights and appropriated by practical politics. The *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* of 1789 and the Bill of Rights adopted in the USA in 1791 reevaluated the philosophical ideas, conferring particular significance to them in political discourse and finally in legal disputes.

The ideas focusing on the central position of the individual in society were gradually disseminated across the globe until they received, for the first time, worldwide recognition in the Universal Declaration of Human Rights of 1948. Although non-binding, this instrument gave rise to the incorporation of binding lists of fundamental rights in national constitutions and to the adoption of obligatory human rights in regional treaties. It is in particular the European Convention on Human Rights with its own enforcement mechanism, i.e. the individual complaint to the European Court of Human Rights in Strasbourg, which has become the spearhead of the development of human rights law.

Over the last two and a half centuries, the development of human rights and basic rights has been driven by the need for the defence of the individual against authoritarian princes, dictators and, more generally, the power of government. They were meant to protect individual freedom against state intervention, thus a part of what in continental jurisdictions is considered as public law. In more recent years, however, a growing impact of human rights and basic rights on private law can be observed.

It follows from different theoretical approaches. First, the difference in power in some private relations such as employment contracts is similar to that between the individual and the state; in certain sectors of private life, states have even delegated regulatory powers to private institutions. As a consequence, the need for protection of the individual against powerful private actors is considered as equivalent to that existing in public law. A second approach interprets human rights not only as defences against superior state power, but as indicators of the basic values of human

society which have to guide its organization in both vertical and horizontal relations. A third approach does not focus on the relation between the private parties, but looks at the regulation of private relations by the state. Thus, the private relation merely reflects the vertical relation between the private parties and the ordering state. Regardless of the theoretical background, the application of human and basic rights to private law thus entails, to a varying degree and with a varying scope, a constitutionalization of private law.

This phenomenon can be ascertained in a number of jurisdictions. In a comparative perspective, the intertwining of private law and public law appears to make progress. A growing number of decisions of the European Court of Human Rights address issues of private law. And in the European Union, the conferral of a binding character to the Charter of Fundamental Rights by the Treaty of Lisbon of 2007, which entered into force in 2009, may herald another step in this development. In light of the absence of a clear distinction between private and public law in the European Union, an overspill of public law ideas into private law is not unlikely. On the other hand, the growing dominance of public law reasoning in matters of private law bears considerable risks for individual freedom and a society built on private autonomy. Each jurisdiction is confronted with the resulting tension and has to find its own balance between individual freedom and state intervention flowing from the enforcement of human or basic rights.

The International Academy of Comparative Law therefore considered this topic as particularly well suited for a comparative investigation and selected it for the 19th International Congress of Comparative Law held in Vienna, Austria, in July 2014. It appointed Professor Verica Trstenjak, former Advocate General of the Court of Justice of the European Union, as General Reporter to the respective section of the congress. The book resulting from this section is composed of her general report and a large number of national reports which highlight the relevance of the subject for the modern development of private law.

The book benefits from the experience Professor Trstenjak gained in her former office in the Court of Justice which often shows an inclination to translate as it were issues of private law into public law. The careful analysis of case law demonstrates that human rights and basic rights may exercise a certain influence in all areas of private law, starting from contract and tort law across property law to the law of succession and family law. Thus, the book points to a future development of private law which constantly has to take account, beyond the application of traditional private law rules, of a second normative layer, the human rights and fundamental rights.

Hamburg, Germany
Bristol, UK

Jürgen Basedow

Contents

Part I General Report

- 1 General Report: The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law.....** 3
Verica Trstenjak

Part II National Reports

- 2 Le rayonnement des droits de l’Homme et des droits fondamentaux en droit privé argentin** 65
Augusto César Belluscio
- 3 Human Rights and Private Law in Austria** 99
Stefan Perner and Moritz Zoppel
- 4 Human Rights in Private Law: The Brazilian Experience.....** 115
Gustavo Tepedino
- 5 Le rayonnement des droits de la personne en droit privé québécois: Que de chemin parcouru... mais que de chemin à parcourir!** 143
Mélanie Samson and Louise Langevin
- 6 New Czech Civil Law in the Light of Human Rights** 187
Jan Hurdík and Markéta Selucká
- 7 The Role of Human Rights and Fundamental Freedoms for the Development of Croatian Private Law** 199
Tatjana Josipović
- 8 Quelle influence pour les droit des l’homme et les droits fondamentaux en droit privé français?** 247
Geneviève Helleringer and Kiteri Garcia

9	The Impact of Human Rights and Basic Rights in German Private Law	295
	Dirk Looschelders and Mark Makowsky	
10	The Influence of Human Rights and Basic Rights on Greek Private Law	319
	Christina Deliyanni-Dimitrakou and Christina M. Akrivopoulou	
11	Protection of Fundamental Rights by Private Law: Hungary	391
	Fruzsina Gárdos-Orosz	
12	The Influence of Human Rights and Basic Rights in Italian Private Law: Strategies of ‘Constitutionalisation’ in the Courts Practice	421
	Emanuela Navarretta and Elena Bargelli	
13	Les Droits de l’Homme en Droit Privé au Japon – Influences Indirectes sauf une Exception	439
	Hiroki Hatano	
14	The Impact of Fundamental Rights on Dutch Private Law: Revolution or Evolution?	453
	Olha O. Cherednychenko	
15	The Influence of Human Rights and Basic Rights in Norway	473
	Kåre Lilleholt	
16	Human Rights and Private Law in Portugal	483
	Jorge Sinde Monteiro, André Dias Pereira, Alexandre L.D. Pereira, Geraldo Ribeiro, Luís Fábrika, Mónica Jardim, and Paula Távora Vítor	
17	The Influence of Fundamental Rights in Slovene Private Law	535
	Petra Weingerl	
18	An Uneasy Relationship: The Influence of National and European Fundamental Rights in English Private Law	559
	Raymond H. Youngs	
19	The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law in the United States	577
	Jonathan M. Miller	

Contributors

Christina M. Akrivopoulou Greek Refugee Appeals Authority, Athens, Greece

Elena Bargelli University of Pisa, Pisa, Italy

Augusto César Belluscio Faculté de Droit et Sciences Sociales de l'Université de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentine

Olha O. Cherednychenko Faculty of Law, Department of Constitutional Law, Administrative Law and Public Administration, University of Groningen, Groningen, The Netherlands

Christina Deliyanni-Dimitrakou Law School, Department of International Studies, Aristotle University of Thessaloniki, Thessaloniki, Greece

Luís Fábrica School of Law, Portuguese Catholic University at Lisbon, Lisbon, Portugal

Kiteri Garcia Université de Pau et des Pays de l'Adour, PAU cedex, France

Fruzsina Gárdos-Orosz Hungarian Academy of Sciences Centre for Social Sciences, Budapest, Hungary

Faculty of Public Administration University of Public Service, Budapest, Hungary

Hiroki Hatano Faculty of Law, University of Rikkyo, Toshima-ku, Tokyo, Japan

Geneviève Helleringer Essec Business School, Paris, France

Institute of European and Comparative Law, Oxford University, Oxford, UK

Jan Hurdík Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic

Mónica Jardim Faculty of Law, University of Coimbra, Coimbra, Portugal

Tatjana Josipović Faculty of Law, University of Zagreb, Zagreb, Croatia

Louise Langevin Faculté de droit, Université Laval, Québec, QC, Canada

- Kåre Lilleholt** Department of Private Law, University of Oslo, Oslo, Norway
- Dirk Looschelders** Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf, Düsseldorf, Germany
- Mark Makowsky** Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf, Düsseldorf, Germany
- Jonathan M. Miller** Southwestern Law School, Los Angeles, CA, USA
- Jorge Sinde Monteiro** Faculty of Law, University of Coimbra, Coimbra, Portugal
- Emanuela Navarretta** University of Pisa, Pisa, Italy
- Alexandre L.D. Pereira** Faculty of Law and Institute for Legal Research, University of Coimbra, Coimbra, Portugal
- André Dias Pereira** Faculty of Law, University of Coimbra, Coimbra, Portugal
- Stefan Perner** Department of Civil Law, JKU Linz, Linz, Austria
- Geraldo Ribeiro** Faculty of Law, University of Coimbra, Coimbra, Portugal
- Mélanie Samson** Faculté de droit, Université Laval, Québec, QC, Canada
- Markéta Selucká** Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic
- Gustavo Tepedino** Gustavo Tepedino Advogados, Rio de Janeiro, RJ, Brazil
- Verica Trstenjak** European Law Unit, University of Vienna, Vienna, Austria
Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory
Procedural Law, Luxembourg, Luxembourg
- Paula Távora Vítor** Faculty of Law, University of Coimbra, Coimbra, Portugal
- Petra Weingerl** Faculty of Law and University College, University of Oxford,
Oxford, UK
- Raymond H. Youngs** Kingston University, Law School, Kingston Hill, Kingston
Upon Thames, Surrey, UK
- Moritz Zoppel** Faculty of Law, Department of Civil Law, University of Vienna,
Wien, Austria

Abbreviations

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (the Austrian Civil Code)
AC	Appeal Cases
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade (Direct Unconstitutionality Action)
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (Action for Nonfulfillment of Fundamental Precept)
Ag.	Agravo (a kind of appeal)
Ag. Instr.	Agravo Instrumental (a kind of appeal)
Ag. Rg.	Agravo Regimental (a kind of appeal)
All ER	All England Reports
Ap. Cív.	Apelação Cível (a kind of appeal)
Art.	Artigo (article)
B-VG	Bundesverfassungsgesetz (Austrian Federal Constitutional Code)
BE	Banque Express
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (the German Civil Code)
BVerfG	Bundesverfassungsgerichtshof (German Constitutional Court)
CA	Cour d'appel du Québec
CC	Câmara Cível (administrative division of state courts)
CHRR	Canadian Human Rights Reporter
CPLM	Codification permanente des lois du Manitoba
CS	Cour supérieure du Québec
CA	Court of Appeal
CESL	Common European Sales Law
Cf.	Conferir (see)
CJEU	Court of Justice of the European Union
Comm	Commercial
CSC	Cour suprême du Canada
DTE	Droit du travail Express
e.g.	Example given
ECHR	European Convention on Human Rights
ECtHR	European Court of Human Rights

EHRR	European Human Rights Reports
EMLR	Entertainment and Media Law Reports
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention (European Convention on Human Rights)
Env LR	Environmental Law Reports
Et seq	Et sequentes
EU	European Union
EWCA Civ	England and Wales Court of Appeal Civil Division
EWCA Crim	England and Wales Court of Appeal Criminal Division
EWHC	England and Wales High Court
FLR	Family Law Reports
GG	Grundgesetz (German Basic Law)
GCC	Greek Civil Code
HL	House of Lords
HRA	Human Rights Act 1998
ICR	Industrial Cases Reports
Ibid	Ibidem
Id	Idem
IP	Intellectual property
JE	Jurisprudence Express
JLE	Jurisprudence Logement Express
julg.	Data de julgamento (date in which a decision has been issued)
KB	King's Bench
Keisyû	Recueil officiel des arrêts de la Cour suprême dans le domaine pénal
LC	Lois du Canada
LM	Statuts du Manitoba
LQ	Lois du Québec
LRC	Lois refondues du Canada
LRN-B	Lois refondues du Nouveau-Brunswick
LRO	Lois refondues d'Ontario
LRQ	Lois refondues du Québec
LRV	Lois refondues du Yukon
LTN-O	Lois des territoires du Nord-Ouest
LR	Law Reports
Min.	Ministro (Justice in a Superior Court)
Minsyû	Recueil officiel des arrêts de la Cour suprême dans le domaine civil
MS	Mandado de Segurança (petition for writ of mandamus)
New Civil Code	Act V of 2013 on the Civil Code of Hungary
OGH	Oberster Gerichtshof (Austrian Supreme Court)
Old Civil Code	Act IV of 1959 on the Civil Code of Hungary
ONCA	Ontario Court of Appeal
P & C R	Property and Compensation Reports
p.	Page

Para	Paragraph
PC	Privy Council
pp.	Pages
QB	Queen's Bench
QCCA	Cour d'appel du Québec
QCCQ	Cour du Québec
QCCS	Cour supérieure du Québec
QCTDP	Tribunal des droits de la personne du Québec
RCS	Recueils de la Cour suprême du Canada
RDL	Régie du logement
RJQ	Recueils de jurisprudence du Québec
RRA	Recueil en responsabilité et assurance
RSA	Revised statuts of Alberta
RSBC	Revised Status of British Columbia
RSNL	Revised status of Newfoundland and Labrador
RSNS	Revised Statutes of Nova Scotia
RSPEI	Revised Statuts of Prince Edward Island
RE	Recurso Extraordinário (a kind of appeal exclusive to the Superior Court of Justice)
REJB	Répertoire électronique de jurisprudence du Barreau
Rel.	Relator (reporter, a judge responsible for reporting facts to others in a court decision)
REsp	Recurso Especial (a kind of appeal exclusive to the STJ Court)
Rn	Randnummer (recital)
Rt.	Norsk Retstidende (report of Norwegian Supreme Court cases)
Rz	Randziffer (recital)
S.	Seção (administrative division of a Superior Court)
SQ	Statuts du Québec
SR	Statuts du Canada
SS	Statuts de la Saskatchewan
STF	Superior Tribunal Federal (Superior Court of Justice)
STJ	Superior Tribunal de Justiça (a Superior Court)
T.	Turma (administrative division of a Superior Court)
TA	Tribunal d'arbitrage
TEU	Treaty on the European Union
TDPQ	Tribunal des droits de la personne du Québec
TFEU	Treaty on the Functioning of the European Union
TJDFT	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (Court of Appeal of the Federal District)
TJMG	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Court of Appeal of the Minas Gerais State)
TJRJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Court of Appeal of the Rio de Janeiro State)
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Court of Appeal of the Rio Grande do Sul State)

TRF-2	Tribunal Regional Federal da 2ª Região (a Federal Court of Appeal)
UKHL	United Kingdom House of Lords
UKSC	United Kingdom Supreme Court
V.	Ver (see)
VfGH	Verfassungsgerichtshof (Austrian Constitutional Court)
WLR	Weekly Law Reports

Part I
General Report

Chapter 1

General Report: The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law

Verica Trstenjak

1.1 Introduction

1.1.1 *General Matters and Terminology Issues*

Objectives and Methodology The aim of this general report¹ is to identify the role and the influence of human rights and basic rights in private law across different jurisdictions. It was prepared on the basis of the session ‘The influence of human rights and basic rights in private law’ at the XIXth International Congress of Comparative Law, organized by the IACL – International Association of Comparative Law, which took place between 20 and 26 July 2014 in Vienna, Austria. Nineteen national reports on countries from all over the world contributed to this end. The general report’s structure follows a particular pattern. It focuses on the influence of human rights and basic rights in the selected fields of private law, *i.e.* in contract, tort, property and family law. Separately, it deals with issues of significant importance for this topic – the right to privacy and personality rights, which are examined at the end of the report. Concerning the structure of different parts, this report will always start by mapping the general principles of the particular field of private law and continue by looking into different jurisdictions, to look into the potential influence of human rights and basic rights in private law. This will be followed by an outline of the influence of human rights and basic rights in the European Union (EU).

¹I would like to thank Petra Weingerl for her help and assistance in drafting this general report.

V. Trstenjak (✉)

European Law Unit, University of Vienna, Schottenbastei 10-16, Stiege 1, 5. Stock,
A-1010 Vienna, Austria

Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural
Law, 4, rue Alphonse Weicker, L-2721 Luxembourg, Luxembourg
e-mail: verica.trstenjak@univie.ac.at

Terminology The concept of human rights and basic rights is rarely legally defined across the participating States. Ostensibly, the notion of fundamental rights is less frequently used in the legislation and jurisprudence of different jurisdictions. However, it is a notion that is employed in legal discourse of the EU. In this report, notions of ‘human rights and basic rights’ and ‘fundamental rights’ are used interchangeably, unless stated otherwise. In doing so, the notion of ‘fundamental rights’ is predominantly used.

This report does not focus on the different definitions and legal concepts that are associated with fundamental rights and their influence in private law discourse. Rather, it tries to demonstrate their factual influence in the case law of courts and the potential changes in legislation that they generate. With this, this report tries to identify and map out the common underpinning rationales and thematic similarities in jurisprudence, which are perplexed by the influence of fundamental rights.

1.1.2 Some Historical Highlights

Magna Carta and Bill of Rights When thinking about fundamental rights in general, the first significant statutes are found in English law – the *Magna Carta* from 1215 and the *Bill of Rights* from 1689 (Youngs 2014, 1), respectively. The *Magna Carta* was the first document that was imposed upon a King of England by his feudal barons, with the aim to limit the King’s powers by law and protect their rights. The *Bill of Rights* was enacted by Parliament. It has asserted the supremacy of Parliament over the monarch and contains a number of fundamental rights and liberties.

Other Highlights Another significant document that represents a key milestone in the history of fundamental rights is the *French Declaration of the Rights of Man and of the Citizen* (*Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen*), which was enacted by French Parliament in 1789 (Helleringer and Garcia 2014, 3–4). Generally, with the exception of *England*, the first early approaches towards regulating the protection of fundamental rights in legislation can be identified at the end of the eighteenth century and the beginning of the nineteenth century, although they were mainly declaratory and with no binding force. With regard to the first appearance of the binding concept of fundamental rights in different legal systems, there are several common denominators – the development of the modern constitutional systems of States, the end of the Second World War, as well as the fall of the Iron Curtain and other related events at the end of the 1980s and beginning of the 1990s.

The *Netherlands* has a long-standing experience with the protection of fundamental rights. Major sources of fundamental rights in the Dutch legal order are, on the one hand, the *Dutch Constitution*, and on the other hand, international and supranational treaties to which the *Netherlands* is party (Cherednychenko 2014, 3). This pattern can be found across all of the jurisdictions. In *Portugal*, the first *Portuguese Constitution* of 1822 introduced the concept of fundamental rights

through the provision of governing the protection of freedom of opinion (Monteiro et al. 2014, 2). After a period of 150 years, it reappeared in the *Constitution* of 1976. In *Germany*, the German *Grundgesetz* (GG) of 1949 put the catalogue of basic rights at its very beginning. The latter emphasizes human dignity (Article 1 I GG) and human rights (Article 1 II GG) (Looschelders and Makowsky 2014, 1). Similarly, in *Japan* the *Constitution* that ensured the respect of fundamental rights was enacted in 1946 (Hatano 2014, 1). In *Argentina*, the Supreme Court referred to this notion for the first time in its case law in 1958 (Belluscio 2014, 2). In *Greece*, the notion of fundamental rights was introduced with the *Constitution* of 1975, in which the principle of human dignity is acknowledged and, for the first time, it refers to both citizens and humans (Deliyanni-Dimitrakou and Akrivopoulou 2014, 5–6). Only a few years later, in 1982, *Canada* embraced the constitutional protection of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which was founded on the respect of human dignity and protects the fundamental rights of citizens in relation to the State (Samson and Langevin 2014, 3). Similarly, in *Brazil*, it was only with the *Constitution* of 1988 that the constitutional laws were endowed with normative force (previously, they were simply considered political-philosophical dispositions) (Tepedino 2014, 2).

In *England*, formally, fundamental rights were only introduced in October 2000, when the *Human Rights Act* 1998 (HRA) took effect and incorporated the *European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms* into English law (Youngs 2014, 1).

In socialist countries, which were formed after the Second World War, many fundamental rights protection standards were merely declaratory. This was due to the lack of will to implement them. For example, as seen in the *Hungarian* and the *Polish report*, the shortage of institutional background made it impossible for these rights to take full effect, as well as a lack of instruments and procedures to enable a specific human being to use them in his or her defence (Gárdos-Orosz 2014, 2; Łętowska 2014, 2). As it is noted in the *Polish report*, they only had a ‘façade-like character’. The first court rulings that invoked fundamental rights acts in *Poland* came in the 1990s.²

It was only after the ‘velvet revolution’ that the *Czech Republic*, as a post-communist country, returned to the democratic system and started searching for a fundamental conception of fundamental rights and inquired into the role of fundamental rights in the system of law (Hurdík and Selucká 2014, 1). Likewise, *Croatia* and *Slovenia*, which gained independence in 1991, first introduced the modern concept of fundamental rights in the *Constitutions* in the early 1990s (Josipović 2014, 1; Weingerl 2014, 1).

The position of the *United States of America* (the US) is somewhat exceptional in the development of the influence of fundamental rights in private law. The US Supreme Court has developed State Action Doctrine, under which the constitutional rights will only be deemed violated when the wrongful conduct is that of the government or of a private entity with such a close connection to the government that,

² Decision SC (Supreme Court) 9.9.1993, III ARN 45/93; SC 11.2.1993, III AZP 28/93.

in practice, the government is deemed to have acted.³ The identified exceptions to the extremely limited influence of the fundamental rights in private law are non-discrimination and freedom of expression (Miller 2014, 7).

1.1.3 Sources of Fundamental Rights

International Level Fundamental rights are typically enshrined in international human rights treaties and national constitutions. They are found in various sources at an international, regional and national level. At an international level, the most renowned human rights instrument is the *United Nations' Universal Declaration of Human Rights*, which was adopted in 1948 as a result of the Second World War. It is a non-binding instrument and there is no court to protect the rights that are enshrined in it.

Regional Level At a regional level, the most influential fundamental rights document proves to be the *European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR)*, adopted by the Council of Europe in 1950 and effective since 1953. Parties to the *ECHR* are 47 countries, all of which are Council of Europe Member States. With the adoption of the Lisbon Treaty, the EU has taken steps to accede to the *ECHR*. The accession procedure is currently in progress.

The *ECHR* established the European Court of Human Rights (ECtHR) with the seat in Strasbourg, France. In contrast to the *Universal Declaration of Human Rights*, the rights granted by the *ECHR* enjoy protection by the ECtHR. Any person who thinks that a State party has violated his or her rights under the *ECHR* can take a case to the ECtHR.

In the *European Union*, the important sources are the *Treaty on the European Union (TEU)* and the *Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)*. An important EU primary law source is also the *EU Charter of Fundamental Rights (EU Charter)*,⁴ which was enacted in 2000 but only became legally binding in 2009 with the Lisbon Treaty's entry into force. Furthermore, the general principles of the EU, some of them enshrined in Treaties and some of them established by the *Court of Justice of the European Union (CJEU)*, also play an important role in this discourse. Some of these principles are *pacta sunt servanda*, *clausula rebus sic stantibus* and legal certainty (Trstenjak and Brkan 2012, 173).⁵ Relevant provisions can also be found in the EU secondary legislation, in regulations and directives.

National Level At a national level, the most important legal instruments are *national constitutions*. In some countries, the same constitutional character is also

³Brentwood Academy v. Tennessee Secondary School Athletic Assn., 531 U.S. 288, 296 (2001), in Miller (2014, 7–8).

⁴Charter of Fundamental Rights of the European Union, OJ C 83/389, 30.3.2010.

⁵For discussion on the CJEU, private law and general principles, see also Basedow (2010).

ascribed to *constitutional laws*. Alongside national constitutions and constitutional laws, the important sources for the purpose of identifying the influence of fundamental rights in private law are also the provisions that are found in the *laws* of different countries. Moreover, and especially relevant for this report, important sources are also the *judgments of the courts* and, in some countries, the *judgments of Constitutional Courts*.

1.1.4 ‘Constitutionalization’ of Private Law

The Traditional Role of Defensive Rights in Public Law Traditionally, the function of fundamental rights was limited to vertical relationships, and thus confined to public law. Principally, their role is one of defensive rights, protecting individuals’ freedoms and privacy against State interference or illegitimate discrimination. Furthermore, some of them create positive obligations of the State. However, today, there is an ongoing discourse on the growing influence of fundamental rights in private law, especially contract, tort and property law.⁶

Growing Influence of Fundamental Rights in Private Law The process of the growing influence of fundamental rights on horizontal relationships is sometimes referred to as the ‘constitutionalization of private law’ (Smits 2006, 9; Cherednychenko 2007a, 1, at n. 1 and references therein).⁷ This ‘constitutionalization’ is defined as “the increasing influence of fundamental rights in relationships between private parties, fundamental rights being those rights that were originally developed to govern the relationship between the State and its citizens” (Smits 2006, 9). The question of whether this influence is normatively desired does not engender a univocal answer. Although it is sometimes viewed as highly beneficial to allow fundamental rights to play a role in relationships between private parties (Smits 2006, 9), it also opens up doors to several issues and concerns.

Often, fundamental rights play an important role in private law in case law, through the interpretation of private law rules in the light of fundamental rights. However, the impact on the legislation seems to be rather limited. This impact is normally seen through the legislative changes, following the newly established line of case law, which is influenced by fundamental rights. These influences can be described as a transplant of fundamental rights discourse of the public law sphere into the private law sphere (Collins 2014, 62). Some legal academics argue that such transplantation and translation generates problems (Collins 2014, 1).

⁶For the detailed discussion on the influence of fundamental rights in contract law, see, for instance, Cherednychenko (2007a); Bruggemeier et al. (2010); see also, Busch and Schulte-Nölke (2010); Mak (2008).

⁷For the collected essays on the constitutionalization of different aspects of private law, see Micklitz (2014).

1.1.5 *Horizontal Effect of Fundamental Rights*

Vertical and Horizontal Effect The effect of fundamental rights can be vertical or horizontal. Fundamental rights have a ‘vertical’ effect in a vertical relationship between a private party and a State. Here, fundamental rights are applicable to a State to protect an individual against a State (Engle 2009, 5). The effect of fundamental rights on relations between private parties, *i.e.* among individuals or individuals and companies or other legal entities of private law, is ‘horizontal’ (Ciacchi 2014, 104).

Direct and Indirect Horizontal Effect A horizontal effect can be direct or indirect. Some academics are cautious to differentiate it in this way. *Direct horizontal effect* is the application of fundamental rights directly to legal relations between private parties (Engle 2009, 165). Thus, certain fundamental rights are not only directly binding upon public authorities but also, to some extent, between private individuals (Ciacchi 2014, 104).

Indirect horizontal effect entails the applicability of a fundamental right through the influence on the interpretation of private law rules (Leczykiewicz 2013, 490). Hence, the private law rule, such as general clauses of ‘good morals’ or ‘good faith’, is interpreted and applied in the light of a fundamental right (Mak 2008, xxix).

Importance The importance of the effect of fundamental rights on private law is reflected in the fact that fundamental rights, which have been traditionally created for protection against a State, operate in a private law sphere and influence underpinning concepts and principles of private law. The typical fundamental right provision is vague and incomplete, therefore accepting the use of fundamental rights in this context leads to the huge empowerment of judges to determine *ad hoc* what conduct is ‘legal’ and ‘illegal’ (Leczykiewicz 2013).

(Un)mittelbare Drittwirkung One of the most prominent theories on the influence of fundamental rights in private law are the German theories of *unmittelbare* and *mittelbare Drittwirkung*. These are theories on direct and indirect effects on third parties. The theory, which has been adopted in practice and widely used, is the idea of an indirect horizontal effect of constitutional rights. This was developed in the German case, *Liith*,⁸ pursuant to which the private law provision is not overridden by constitutional rights but only interpreted in the light thereof (Cherednychenko 2007b, 5). In this case, the court proclaimed the concept of constitutional rights as an over-arching system of values for the whole legal order. The influence of this theory is also identified in other countries, for instance, in *Greece* and *Austria*. Therefore, the judiciary must take fundamental rights into account when interpreting and applying the law, most notably when dealing with open texture norms or general clauses (Perner and Zoppel 2014, 8). Surprisingly, it is submitted in the *Italian report* that Italian courts take it a step further and sometimes ‘pretend’ to

⁸BverfG 15 January 1958, BverfGE7, p. 198.

apply fundamental rights directly to the contract (*unmittelbare Drittwirkung*) if it is found to be in conflict with them (see Navarretta and Bargelli 2014).

Limited Influence So far, fundamental rights have only had a limited influence on private law relationships, mainly through an indirect horizontal effect. They influence courts' interpretation of the private law rules and principles (Smits 2006, 12; Collins 2014, 6), relating their application with the interpretation of norms and principles of private law. Thus, their role in influencing private law is seen especially through a 'radiating effect' (Deliyanni-Dimitrakou and Akrivopoulou 2014, 11). Consequently, private law can sometimes be interpreted in the light of fundamental rights but private law rules still have priority over them. This process can be characterized as subsidiarity in reasoning (Smits 2006, 12).

In *Slovenia*, Article 15 of the *Slovenian Constitution*, which governs the exercise and limitations of fundamental rights, provides that fundamental rights shall be exercised directly on the basis of the *Constitution* and, as the Supreme Court has held, this is also true for private relations.⁹ The same is true in other countries, for example, in *Brazil* (Tepedino 2014, 12) or *Portugal*, where the *Portuguese Constitution* extends the traditional scope of the defensive function of fundamental rights to private relations (Monteiro et al. 2014, 6).

The EU The issue of the horizontal effect of fundamental rights is also of special importance in the EU, in particular with regard to the horizontal applicability of the *EU Charter*. Although certain rulings of the CJEU contain indications of direct applicability of the general principles of EU law in relationships between individuals, the question of a potential horizontal direct effect of the EU's fundamental rights remains unanswered (Trstenjak and Beysen 2013, 308).

The CJEU dealt with the interpretation of the *EU Charter* for example in the cases of *Åkerberg Fransson*¹⁰ and *Melloni*¹¹ (see for example Streinz 2014). In *Melloni*, the CJEU ruled that, in principle, Member States are allowed to apply (higher) national fundamental rights standards in matters that fall within the reach of EU law, but only "provided that the level of protection provided for by the EU Charter, as interpreted by the CJEU, and the primacy, unity and effectiveness of EU law are not thereby compromised".¹² Furthermore, in *Åkerberg Fransson*, the CJEU explained the field of application of the *EU Charter*, stating that the "applicability of EU law entails applicability of the fundamental rights guaranteed by the Charter".¹³

The CJEU has further asserted the applicability of the *EU Charter* in the preliminary reference procedure, essentially asking whether the *EU Charter* can be applied in a dispute between private parties, as in the case of *AMS*.¹⁴ This case concerns the

⁹The Decision of the Supreme Court of the Republic of Slovenia, II Ips 737/2005, 3 April 2008.

¹⁰Case C-617/10, *Åkerberg Fransson*, ECLI:EU:C:2013:105.

¹¹Case C-399/11, *Melloni*, ECLI:EU:C:2013:107.

¹²*ibid.*, para. 60.

¹³Case C-617/10, *Åkerberg Fransson*, ECLI:EU:C:2013:105, para. 21.

¹⁴Case C-176/12, *AMS*, ECLI:EU:C:2014:2.

question of a potential horizontal effect of workers' right to information and consultation, enshrined in Article 27 of the *EU Charter* and implemented through the *Directive on a Framework for Informing and Consulting Employees in the EU*.¹⁵ The CJEU held again that "the fundamental rights guaranteed in the legal order of the European Union are applicable in all situations governed by European Union law", which might also potentially open doors for the *EU Charter's* application in private law relationships.

The ECtHR Another European court (not a court of the EU, but an institution of the Council of Europe), the ECtHR, has also dealt with the question of whether certain fundamental rights can give rise to a duty of the Member States to ensure that those rights are also observed by private individuals. Its case law acknowledges, under certain conditions, an obligation of the State to take measures in order to prevent violations of various fundamental rights by private individuals (Trstenjak and Beysen 2013, 308). For example, it has been ruled that the right to respect for private and family life under Article 8 *ECHR* – which is also guaranteed under Article 7 of the *EU Charter* – may give rise to positive obligations of the State in order to secure effective respect for private or family life. Furthermore, these obligations may involve the adoption of measures that are designed to secure their respect, even in the private sphere, among individuals themselves (Trstenjak and Beysen 2013, 309).¹⁶

1.2 The Influence of Fundamental Rights in Contract Law

1.2.1 General Principles of Contract Law

Context Contract law forms part of the law of obligations, together with tortious ('delictual' or 'non-contractual') obligations (see Cartwright 2007, 47). Rules on contract usually encompass the law relating to the formation, performance and discharge of contractual obligations (see Twigg-Flesner 2013, 2). There is no universally agreed definition of a contract, however, there are basic principles of the law of contract that can be ascertained (McKendrick 2012, 4). To conclude a contract, parties must reach an agreement and there must be an intention to create legal relations (McKendrick 2012, 4). The legal concept of contract law constantly evolves by expanding and revising its scope, rules and basic principles (Collins 2003, 3). These changes are prompted by the reception of new social policies and political ideas, as well as interactions with other fields of law (Collins 2003, 3).

¹⁵Directive 2002/14/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 2002 establishing a general framework for informing and consulting employees in the European Community, OJ L 80, 23.3.2002.

¹⁶See *Dorđević v. Croatia*, no. 41526/10, § 151, ECtHR 2012; *Von Hannover v. Germany (No. 2)*, nos. 40660/08 and 60641/08, § 98, ECtHR 2012.

General Principles The central principles of contract law are private autonomy or freedom of contract, non-mandatory character of contract law norms and the equality of parties to the contract. As highlighted for example in the *Japanese* and *French reports*, freedom of contract is expressed in two sub-principles: the freedom to choose the contracting party and the freedom to determine the content of the contract (Hatano 2014, 5; Helleringer and Garcia 2014, 14).

National reports also mention other legal principles that are important for contract law. Some of these principles are: legal certainty, particularly concerning the protection of legitimate legal expectations of one party; the principle of the contractual equivalent and the ethical power of sanctity of contracts; the principle of no required form of negotiation and the principle of respect for and fulfilment of contracts (*pacta sunt servanda*).¹⁷ Also, the principle of good faith can be identified as a leading principle in contractual relations, in particular in civil law traditions (see Samson and Langevin 2014, 28; Helleringer and Garcia 2014, 14).

The central principle of contract law, the *freedom of contract*, safeguards the *autonomy of private parties* and enables them to arrange their relationships in a way that best suits them (Cherednychenko 2014, 6).¹⁸ However, the freedom of contract is not unlimited. As an immediate observation, rules that would allow for the limitation of the freedom of contracting, with the express objective of protecting fundamental rights, are rare. In principle, the general clauses of good faith, *bonos mores*, and equity in contracts play a crucial and highly important role in limiting the economic freedom of the parties in favour of other rights or general principles (e.g. the protection of the weaker contracting party) (Deliyanni-Dimitrakou and Akrivopoulou 2014, 20; Belluscio 2014, 7). However, as noted in the *Dutch report*, such clauses may also serve as the gateways to the effect of fundamental rights in contractual relationships (Cherednychenko 2014, 6). These private law general clauses are usually open texture norms and judiciary might take fundamental rights into account when interpreting and applying the law. Thus, in many cases, notions of good faith and public morals serve for the introduction of constitutional rights and freedoms in the field of private relations and facilitate the balancing between the conflicting rights and interests of the individuals (Perner and Zoppel 2014, 8; Deliyanni-Dimitrakou and Akrivopoulou 2014, 20). Thus, for instance, fundamental rights must be applied when interpreting the ‘*gute Sitten*’ (Perner and Zoppel 2014, 8).

The meaning of the principle of contractual freedom is changing. The impact of the wide-ranging concern for at least the limited protection of the weaker contracting party can be observed across different jurisdictions, despite the general liberal stance of contract laws. To illustrate, in the *Greek report*, the principle of protecting the *economically weaker party* has been expressly mentioned as a general principle of contract law (Deliyanni-Dimitrakou and Akrivopoulou 2014, 20). A noteworthy example of illiberal values in contract law is the Brazilian principle of the social function of contract, which requires that parties promote, within a contractual scope,

¹⁷These principles are mentioned, for instance, in the Austrian, Czech, French, Croatian, Greek, Slovenian and Brazilian reports.

¹⁸For discussion on the freedom of contract in the EU, see Basedow (2008).

not only their own interests but also socially useful interests (Tepedino 2014, 6). It can be said that the principle of the freedom of contract has been adapted in order to permit the real freedom of contract for all parties of the contract (Samson and Langevin 2014, 21). It is not solely for those that are in economically stronger positions and have more manoeuvres to bargain. In order to put weaker contracting parties in a more equal position, the influence of fundamental rights have, at least to a certain extent, redefined the principle of freedom of contract in the stage of formation, as well as in the stage of execution of the contract (Samson and Langevin 2014, 21). As it is put in the *Quebecois report*, following the adoption of the extensive legislation and provisions protecting consumers, the law of obligations has to be revisited to reflect these new concepts and ideas (Samson and Langevin 2014, 20).

The prevention of imbalance and protection of the weaker party in cases of imbalance are often achieved through separate contract law rules. Numerous rules for the elimination of an imbalance among parties can be found in national legislations, especially in countries that are Member States of the EU. This is particularly the case due to the vast secondary legislation and the case law of the CJEU, which aim to protect the weaker party of a contract (see Helleringer and Garcia 2014, 16–19). These decisions have a binding effect in all 28 Member States of the EU. Normally, protection is ensured through traditional mechanisms, *i.e.* classical contract law instruments, such as nullity of contract due to lack of consent (threat, force and fraud) and usurious contracts, *clausula rebus sic stantibus*, *laesio enormis* (see for instance Josipović 2014, 11).

Besides the protection of a weaker contracting party, some participating States' legislations also expressly protect special vulnerable individuals. For example, in *Quebec*, Article 48 of the *Charte Quebecoise* protects elderly people and all handicapped people against any form of exploitation. Another example is *Brazil*, especially in the case of consumer contracts and of the contracts of city real estate lease for residential purposes.

Another principle that limits contractual freedom is the *prohibition of abuse of rights*. Article 7 of the *Slovenian Code of Obligations* provides: 'In exercising their rights, contractual parties must refrain from action by which the performance of the obligations of other parties would be rendered more difficult. Any action by which the holder of a right acts with the sole or clear intention of harming another shall be deemed as the abuse of the right'. The principle of the abuse of rights regulates imbalances and sets limits in the enjoyment of the rights that are acknowledged in all fields of private law, functioning as a principle of proportionality in private sphere relations (Deliyanni-Dimitrakou and Akrivopoulou 2014, 23).

1.2.2 *The Freedom of Contract and Contractual Imbalance*

Context Through case law, the influence of fundamental rights in contract law is a typical example of the indirect horizontal effect of fundamental rights via general clauses of private law. The judiciary explicitly takes fundamental rights into account when examining the validity of contract clauses. As aforementioned, one of the thematic underpinnings of the impact of fundamental rights in contract law is their influence in the application of blanket clauses and vague legal concepts. In doing so, courts consider fundamental rights as just one of the factors to assess when balancing the competing interests of contractual parties, and fundamental rights provisions are not directly applied (Cherednychenko 2014, 7).

In their application, fundamental rights tend to eliminate an imbalance between contracting parties (Looschelders and Makowsky 2014, 7). Usually, contract laws contain special provisions that deal with the protection of weaker parties and vulnerable parties, thus the influence of fundamental rights in their adjudication is rather limited. However, as underlined in the *Japanese report*, fundamental rights can sometimes give an impression that legal reasoning in judgments is more justifiable and convincing (Hatano 2014, 7).

Surety The influence of fundamental rights on contractual imbalance is notable in the context of a review of a contract of surety. Here, a commercially inexperienced and impecunious person stood surety for a close family member, although the debt greatly exceeded his financial capabilities (Looschelders and Makowsky 2014, 7). In this context, the influence of fundamental rights can be seen, for instance, in *Germany* and *Austria*. The German Federal Constitutional Court, the *Bundesverfassungsgericht*, ruled that civil courts are constitutionally obliged to control the content of such a contract with regard to the basic rights that are at stake.¹⁹ The references of blanket clauses (§§ 138, 242 of the *German Civil Code*, *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB)) to morality, common usage and good faith require courts to concretize with respect to objective values. The latter primarily derive from the basic rights of the constitution.²⁰ However, only a severe imbalance can justify judicial interference with a contractual agreement.²¹

As it is derived from the *Austrian report*, Austrian courts tend to be inspired by the German courts and thus, also by the case law on surety of close relatives (Perner and Zoppel 2014, 9). In 1995, the Austrian Supreme Court decided on a similar matter and followed the German Court's opinion. The legislator followed up by enacting provisions that are designed to protect consumers in such cases.²² The treatments of non-professional sureties who guarantee the borrowing of family members – the so-called family sureties – were also decided upon in Dutch courts. An example is

¹⁹ BVerfGE 89, 214, 229 ff.

²⁰ §§ 138, 242 BGB.

²¹ BVerfGE 89, 214, 255.

²² BGB I I 1997/6; see Perner and Zoppel (2014, 9–10).

the *Van Lanschot v. Bink*²³ case, which involved a mother who had acted as a surety for her son's debts. In this case, contrary to German case law, the Dutch Supreme Court in civil matters did not resort to fundamental rights, as it based its decision on the contract law concept of mistake. Such reference to fundamental rights did not prove to be necessary in order to achieve a result comparable to that reached by the German *Bundesverfassungsgericht* on the basis of fundamental rights (Cherednychenko 2014, 6).

It is submitted in the *Austrian report* that, as seen from the case law on surety contracts of close relatives, the Austrian courts, as well as the Austrian legislator, understand private autonomy as a material concept rather than a formal one (Perner and Zoppel 2014, 20). Mere consent does not provide sufficient authority for a binding contract. To the contrary, the parties of a contract must be free in their decision. It is exactly this idea of empowering all contracting parties to restore the balance in a contractual relationship, which underlines the need for weaker party protection.

Tenancy Another example of the limitations of freedom of contract is tenancy. Tenancy serves as a legitimate objective for the limitation of property rights.²⁴ In the *Netherlands*, in 1948, the Arnhem Court of Appeal dealt with a situation where the parties to a lease contract had agreed that the contract would be terminated if the tenant had not made sufficient efforts to achieve the goals of the Protestant Church. The basis for a termination of the contract was if the tenant changed his religious belief (Cherednychenko 2014, 7). The Court of Appeal found the term in question to be contrary to good morals and public order because it seriously impaired the tenant's freedom of religion.²⁵

In tenancy case law, the indirect application of fundamental rights can also be observed in *Italy*. For instance, it is demonstrated in a case concerning a clause of a residential tenancy contract prohibiting a tenant to host people other than family members for a long period of time.²⁶ This clause was held to be void for being in contrast with the 'mandatory duties of social solidarity imposed by Article 2 of the *Constitution*' (Navaretta and Bargelli 2014, 8). The impact of fundamental rights on tenancy legislation is also revealed for example in *Norway*. Legislation protecting tenant ground leases (thus, protecting the right to housing) was found to violate an owner's property rights under Article 1 of the *First Protocol to the ECHR* (Lilleholt 2014, 3).

Freedom of Education The principle of freedom of contract is also limited in cases when constitutional freedom of education is impaired. As derived from the *Dutch report*, a contractual clause that barred the person concerned from teaching for the rest of her life, if she failed to obtain the required diploma, was found void

²³R 1 June 1990, NJ 1991, 759 (*Van Lanschot Bankiers v. Bink*).

²⁴Pl. ÚS 42/03; also in the Netherlands, see Cherednychenko (2014, 7).

²⁵Hof Arnhem 25 October 1948, NJ 1949, 331 (*Protestantse Vereniging v. Hoogers*).

²⁶Cass. 19 June 2009, no. 14343.

when tested against the compatibility with public order and good morals in restricting the constitutional freedom of education.²⁷

Right to Bodily Integrity As far as the direct application of fundamental rights in contract law is concerned, the furthest-reaching effect seems to be in a Dutch case, in which a patient's constitutional right to bodily integrity was invoked as a reason to refuse to undergo AIDS testing.²⁸ The dispute in this case arose out of the fact that, during medical treatment, the blood of a patient, who belonged to a group of people with a higher risk of being infected with the HIV virus, had come into contact with the blood of a dentist (Cherednychenko 2014, 7). The latter requested a court order for the patient to undergo an AIDS test, as the patient claimed that the demanded blood test constituted a violation of his constitutional rights to bodily integrity and privacy laid down in Article 11 and Article 10, respectively, of the *Dutch Constitution*. In its decision, the Dutch Supreme Court recognized the patient's constitutional right to bodily integrity, which is limited by restrictions that are laid down by Article 6:162 of the *Dutch Civil Code* on tort (*Onrechtmatige Daad*), as well as from the contract between the parties. As the parties had concluded a medical treatment contract, they owed each other a duty of care. For this reason, after the termination of the contract, the patient could be required to do what is necessary to limit the damage suffered by the dentist at the time of medical treatment. In balancing the competing interests of the parties, *i.e.*, the patient's right to bodily integrity and the dentist's interest in knowing whether or not he had been infected with the HIV virus, the court concluded that the patient had failed to perform his obligations under the contract (Cherednychenko 2014, 7–8).

Nevertheless, such a direct horizontal effect might only seem apparent in view of the fact that limitations upon the exercise of fundamental rights are found in open private law. As a result, ultimately, in order to resolve a conflict between parties, courts resort to balancing competing interests. For this purpose, they translate a fundamental right into a private law interest, which is connected with the exercise of this right. They then weigh it against another purely private law interest or an interest which, being protected by the fundamental right, is also translated into a private law interest (Cherednychenko 2014, 7). Under such circumstances, what can formally be considered as a direct horizontal effect of fundamental rights, in substance, comes down to an indirect horizontal effect of such rights (Cherednychenko 2014, 7).

The Choice of the Contracting Party An issue that also needs to be addressed is whether the protection of fundamental rights also has an impact on the choice of a contracting party, especially in relation to the non-discrimination principle. An interesting case has been provided in the *Japanese report*. Public bathing ('*le bain public*') is very popular in Japan, with the Japanese being familiar with the special rules of how to use it (Hatano 2014, 6). However, as Russian marines also started to

²⁷HR 31 October 1969, *NJ* 1970, 57 (*Mensendieck I*). See also HR 18 June 1971, *NJ* 1971, 407 (*Mensendieck II*); HR 22 January 1988, *NJ* 1988, 891 (*Maimonides*).

²⁸HR 12 December 2003, *NJ* 2004, 117 (*Aidstest II*).

use them (who were not familiar with the special rules of usage), some of those *bains* started to be advertised as for ‘Japanese only’. Consequently, a German and two American costumers brought an action before a court, seeking non-pecuniary damages (Hatano 2014, 6). The court upheld their claims, qualifying this action as racial discrimination and decided that such racial discrimination was forbidden among private parties (Hatano 2014, 6–7).

The *Italian report* focuses on the possibility of restricting the freedom of choice of a contracting party in the case of public offer. It claims that, according to the most widespread opinion, the principle of non-discrimination is only applicable to proposals that are made in public advertisements (Navarretta and Bargelli 2014, 9). The extent to which the perpetrator of discriminatory acts can be forced into a contract with the victim is uncertain. Moreover, another controversy lies in the question of whether the non-discrimination principle may restrict the freedom of choice of a contracting party, even in the case of an offer being made to one or more specific persons (Navarretta and Bargelli 2014, 9).

1.2.3 Remedies for the Breach of Contract or Failure to Perform

Failure to Fulfil Contractual Obligation Under the principle *pacta sunt servanda*, the primary obligation of parties is the obligation to perform contractual obligations. However, sometimes one party fails to fulfil an obligation under a contract through non-performance or defective performance (in civil law jurisdictions) or commits a breach of contract (in common law jurisdictions) (Cartwright 2007, 247–248).

Although a breach of contract or failure to perform does not in itself discharge the performance obligations of the party in breach, the way in which the remedies operate does, in practice, often translate non-performance or defective performance into damages. Damages for breach of contract have the objective of putting a claimant in the position in which he would have been if the contract had been properly performed – the so-called ‘expectation interest’ (Cartwright 2007, 262). Such damages usually cover the loss that an applicant has suffered and the gain of which an applicant has been deprived.²⁹

Damages In *Portugal*, the consumers’ right to the quality of goods and services and the right to damages are enshrined in the *Constitution* in Article 60 (1). Thus, a consumer’s right to damages is elevated to a constitutional level (Monteiro et al. 2014, 20).

Concerning non-pecuniary damages in the case of a breach of contract, the *Italian report* stresses that Italian courts are keen to award them as far as a funda-

²⁹ See for example Article 132 of the Slovenian Code of Obligations. See also Article 160 of the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, COM(2011) 635 final.

mental right is infringed (Navarretta and Bargelli 2014, 8). Examples are given by medical malpractice, the infringement of holiday entitlement or the omission of precautionary measures necessary to avoid an employee's exposure to health risks.³⁰

1.2.4 *Other Influences in Contract Law*

Labour Law Aside from the influence of fundamental rights in general contract law, national reports draw attention to their influence in labour law. In *Argentina*, a judgment of the Supreme Court declared unconstitutional an act that imposes the maximum compensation for dismissal without cause because it undermined the protection of workers against arbitrary dismissal. The said protection is provided by the *Constitution* and several international conventions. The court fixed an increase in compensation in order to achieve a reasonable amount.³¹

In *Germany*, the *Bundesarbeitsgericht* (Federal Labour Court) justified the limitation of the liability of an employee to his employer with respect to damages that occur due to operational activities. This was achieved with an analogy of § 254 BGB (contributory negligence) with regard to the constitutionally guaranteed general right to freedom (Article 2 I GG) and the basic right of professional freedom (Article 12 I GG).³²

Moreover, in *Greece*, the constitutional protection of personality and dignity of employees stands as an obstacle in the one-sided decision of their employer to dismiss them when this decision cannot be justified by financial reasons or is not considered as a means to retain the viability of his enterprise, or in cases where his decision is obviously disproportionate, compared to its scope (Deliyanni-Dimitrakou and Akrivopoulou 2014, 29).

1.2.5 *Specifically on the Influence in the EU*

1.2.5.1 Harmonization in the EU

Secondary Legislation The field of contract law is, in principle, not harmonized at EU level. However, there are specific aspects of contract law that are regulated in several regulations and directives. The *Directive on Consumer Rights*, adopted in 2011 and effective since June 2014, is especially important.³³ Other noteworthy

³⁰ See, for instance, Cass. 5 August 2013, no. 18626.

³¹ *Vizzoti v. AMSA*, 14/11/2004, *Fallos* 327.3677; see Belluscio (2014, 8).

³² BAG (GS) NJW 1995, 210, 212.

³³ Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the

directives are, in particular, the *Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts*,³⁴ the *Package Travel Directive*³⁵ and the *Directive on Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees*.³⁶ Member States have a duty to transpose directives in national legislation. Such an implementation is not necessary for regulations, as they are directly applicable in all of the Member States. The important regulation that deals with substantive law is the *Air Passengers Rights Regulation*.³⁷ This regulation establishes common rules on compensation and assistance to passengers in the event of denied boarding and of cancellation or long delay of flights. From the perspective of conflicts of laws, the important regulation is the *Rome I Regulation*,³⁸ which deals with law that is applicable to contractual obligations in civil and commercial matters.

These acts usually encompass several fields of contract law and often deal with specific matters, such as rules on damage (e.g. Article 5 of the *Package Travel Directive*), provisions on unfair contract terms (see Article 3 of the *Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts*) and the right of withdrawal in distance selling contracts (e.g. Article 9 of the *Directive on Consumer Rights*).

Due to aspirations for an even greater harmonization, the European Commission adopted the *Proposal for a Regulation on Common European Sales Law (CESL Regulation)*.³⁹ The proposal for the *CESL Regulation* introduces an optional instrument to govern the cross-border sales contract, which parties can choose by an express agreement. As an optional instrument, it is a single set of contract law rules that stand as an alternative alongside the national contract law of each Member State.⁴⁰ The newly appointed European Commission decided to modify the existing proposal for the *CESL Regulation* and has withdrawn it from the agenda in its 2015 Work Programme.⁴¹

European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council, OJ L 304, 22.11.2011.

³⁴Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, OJ L 95, 21.4.1993.

³⁵Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours, OJ L 158, 23.6.1990. The European Commission published a proposal for amending this Directive in 2013.

³⁶Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees, OJ L 171, 7.7.1999.

³⁷Regulation (EC) No 261/2004 of the European Parliament and of the Council of 11 February 2004, establishing common rules on compensation and assistance to passengers in the event of denied boarding and of cancellation or long delay of flights, and repealing Regulation (EEC) No 295/91, OJ L 46, 17.2.2004.

³⁸Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), OJ L 177, 4.7.2008.

³⁹Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, COM(2011) 635 final (CESL Regulation).

⁴⁰See webpage of the European Commission on the CESL Regulation, accessible at http://ec.europa.eu/justice/contract/cesl/index_en.htm. Accessed 15 February 2015.

⁴¹Commission Work Programme 2015: A New Start, COM(2014) 910 final.

The EU Charter The most important *EU Charter* provisions that could potentially have an impact on the freedom of contract are the right to privacy (respect for private and family life in Article 7), the protection of personal data (Article 8), freedom of expression and information (Article 11), freedom to conduct a business (Article 16), the principle of equality (Article 20), consumer protection (Article 38) and the right to an effective remedy and to a fair trial (Article 47).

1.2.5.2 The CJEU Case Law

Contract Law In the field of contract law, the case law of the CJEU is vast. It encompasses several cases in connection to contract formation, as well as the right of withdrawal and the right to compensation in such cases. In what follows, some of these cases will be addressed.

The Protection of the Weaker Party The protection of the weaker party as a limitation to the freedom of contract is greatly emphasized in the EU. The EU Member States' courts have a duty to be *ex officio* attentive to void provisions, a duty which was developed by the CJEU, for example, in the cases *Océano Grupo*⁴² and *VB Pénzügyi Lízing*,⁴³ which dealt with consumer protection and the interpretation of the *Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts*. The CJEU has developed a significant line of case law on the duties of national courts in cases that concern the judicial enforcement of individuals' rights, derived from the consumer protection directives (Trstenjak 2013, 451). Remarkably, the CJEU held that a national court should "determine of its own motion whether a term of a contract before it is unfair when making its preliminary assessment as to whether a claim should be allowed to proceed before the national courts".⁴⁴ The CJEU has further clarified this duty for example in *Banco Español de Crédito*,⁴⁵ which also interprets the *Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts*. In the recent case of *Kušionová*, which dealt with unfair terms in a consumer credit agreement, the CJEU held that, when implementing the *Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts*, the national courts must take into account the right to accommodation as it is a fundamental right that is guaranteed under Article 7 of the *EU Charter*.⁴⁶

Right of Withdrawal The weaker party protection is also demonstrated in the case of *Messner*,⁴⁷ in which the CJEU was asked to interpret whether, in the case of a right of withdrawal by a consumer within the revocation period, the provisions of

⁴²Joined Cases C-240/98 to C-244/98, *Océano Grupo*, ECLI:EU:C:2000:346.

⁴³Case C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing*, ECLI:EU:C:2010:659.

⁴⁴Joined Cases C-240/98 to C-244/98, *Océano Grupo*, ECLI:EU:C:2000:346, para. 29.

⁴⁵Case C-618/10, *Banco Español de Crédito*, ECLI:EU:C:2012:349.

⁴⁶Case C-34/13, *Kušionová*, ECLI:EU:C:2014:2189, para. 65.

⁴⁷Case C-489/07, *Messner*, ECLI:EU:C:2009:502.

the *Distance Selling Directive*⁴⁸ allow the possibility for a seller to claim compensation for the value of the use of goods acquired under a distance contract in the case of withdrawal from the contract. In summary, the CJEU held that a general requirement to pay compensation for the value of the use of the goods acquired under a distance contract was incompatible with the objectives of the Directive in question.

Defective Consumer Goods In the case of *Quelle*,⁴⁹ the CJEU interpreted the obligation of consumers to pay for the use of defective consumer goods until the replacement under the *Directive on Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees*.⁵⁰ The CJEU held that the ‘free of charge’ requirement attached to a seller’s obligation to bring goods into conformity is intended to protect consumers from the risk of financial burdens, which might dissuade them from asserting their rights in the absence of such protection.

Non-pecuniary Damages In the context of contract law, another important issue that is dealt with by the CJEU is the question of the availability of non-pecuniary damages in certain circumstances. The striking decision is found in the case of *Leitner*, concerning the *Package Travel Directive*.⁵¹ In Article 5(2), the *Package Travel Directive* provides that ‘with regard to the damage resulting for the consumer from the failure to perform or the improper performance of a package travel contract, Member States shall take the necessary steps to ensure that the organizer and/or retailer is/are liable (...)’. In this case, the CJEU was asked whether or not the notion of ‘damage’ necessarily included a non-pecuniary damage. The CJEU held that non-pecuniary damage, although not explicitly stated in the *Package Travel Directive*, has to be compensated.

Another prominent decision by the CJEU was held in the case of *Rodríguez*, which dealt with the non-pecuniary damage that was suffered by an air passenger due to the cancellation of a flight, interpreting the *Air Passengers Rights Regulation*.⁵² The CJEU held that an air passenger might claim compensation for non-pecuniary damage in the case of a flight cancellation.⁵³

The notable decision that dealt with the consumer contract law was held in the case of *Weber/Putz*, which interpreted the *Directive on Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees*.⁵⁴ The preliminary references concerned the interpretation of the obligation on a seller to bear *the cost of removing the goods* not in conformity and *installing replacement goods*. The CJEU held that, in the event of a replacement of defective consumer goods, the seller must remove the goods from

⁴⁸ Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts, OJ L 144, 4.6.1997.

⁴⁹ Case C-404/06, *Quelle*, ECLI:EU:C:2008:231.

⁵⁰ Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees, OJ L 171, 7.7.1999.

⁵¹ Case C-168/00, *Leitner*, ECLI:EU:C:2002:163.

⁵² Case C-83/10, *Rodríguez*, ECLI:EU:C:2011:652.

⁵³ *ibid.*, para. 34.

⁵⁴ Joined Cases C-65/09 and C-87/09, *Weber/Putz*, ECLI:EU:C:2011:396.

where they have been installed in good faith by the consumer and install the replacement goods there, or bear the necessary cost of those operations. This seller obligation exists regardless of whether he was obliged under the contract of sale to install the consumer goods originally purchased.⁵⁵

Labour Law The labour law should be mentioned as well. In these cases, the CJEU often faces the interpretation of the rights that are also laid down in the *EU Charter*. In the case of *KHS*,⁵⁶ the CJEU dealt with the interpretation of the *Working Time Directive*⁵⁷ and the question of *the right to paid annual leave*, more specifically with the lapse of the right to paid annual leave not taken because of an illness on the expiry of a period that was laid down by national rules. The right to paid annual leave is governed by Article 31(2) of the *EU Charter*. The CJEU held that, in light of the actual purpose of the right to paid annual leave that is directly conferred on every worker by EU law, a worker who is unfit for work for several consecutive years and who is prevented by national law from taking his paid annual leave during that period cannot have the right to accumulate, without any limit, entitlements to paid annual leave that have been acquired during that period.⁵⁸

Equal Treatment Between Men and Women A decision that is worth mentioning, which is also very controversial in the field of insurance law, is *Test-Achats*.⁵⁹ In this case, the CJEU interpreted and annulled the *Directive Implementing the Principle of Equal Treatment Between Men and Women in the Access to and Supply of Goods and Services*.⁶⁰ The case concerned the insurance premiums and benefits in private life insurance contract, where the sex was a factor in the assessment of an insurance risk. It held that an unlimited derogation from the principle of equal treatment between men and women in the field of insurance is unlawful. In its reasoning, it expressly mentioned that the content of this directive has to be assessed in the light of two rights that are found in the *EU Charter*: Article 21 on non-discrimination and Article 23 on equality between men and women, respectively.

Discrimination on Grounds of Obesity Concerning the question of equal treatment in employment and occupation, the CJEU delivered its judgment in the case of *FOA*, dealing with the issue of discrimination on the grounds of obesity.⁶¹ Advocate General Jääskinen submitted in his Opinion that EU law does not include a general principle that prohibits employers from discriminating on the grounds of obesity in the labour market.⁶² However, severe obesity can be a disability that is covered by the protection provided in the *Equal Treatment in Employment and Occupation*

⁵⁵ *ibid.*, para. 62.

⁵⁶ Case C-214/10, *KHS*, ECLI:EU:C:2011:761.

⁵⁷ Directive 2003/88/EC of the European Parliament and of the Council of 4 November 2003 concerning certain aspects of the organization of working time, OJ L 299, 18.11.2003.

⁵⁸ Case C-214/10, *KHS*, ECLI:EU:C:2011:761, para. 34.

⁵⁹ Case C-236/09, *Test-Achats*, ECLI:EU:C:2011:100.

⁶⁰ Directive 2004/113/EC implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services, OJ L 373, 21.12.2004.

⁶¹ Case C-354/13, *FOA*, ECLI:EU:C:2014:2463.

⁶² Opinion of Advocate General Jääskinen in Case C-354/13, *FOA*, ECLI:EU:C:2014:2106.

Directive,⁶³ if it hinders full and effective participation of the person concerned in professional life on an equal basis with other workers.⁶⁴ The CJEU followed his reasoning. Firstly, it confirmed that there is no general principle of non-discrimination on the grounds of obesity in EU law as such as regards employment and occupation. However, it further held that the *Equal Treatment in Employment and Occupation Directive* “must be interpreted as meaning that the obesity of a worker constitutes a ‘disability’ within the meaning of that directive where it entails a limitation resulting in particular from long-term physical, mental or psychological impairments, which in interaction with various barriers, may hinder the full and effective participation of the person concerned in professional life on an equal basis with other workers”.⁶⁵

1.3 The Influence of Fundamental Rights in Tort Law

1.3.1 General Principles of Tort Law

Terminology This general report employs the notion of a ‘tort’ as a synonym for ‘delict’ or ‘non-contractual liability’. In a legal sense, ‘tort’ is a typical common law term, which does not have a true parallel in continental legal systems (Van Dam 2013, 5). However, numerous text books and other legal literature use the notion of ‘European tort law’, comprising both common and civil law regimes. Thus, this report follows common practice and employs the term ‘tort’ for ‘non-contractual liability’.

Context A tort is a civil wrong – an act or omission by a defendant that causes damage to the claimant (Cooke and Cooke 2005, 3–4). Remedies for tort are either reparation in kind or damages. Damages are calculated so as to put the claimant into a position in which he would have been if the tort had not been committed (Cartwright 2007, 262).

In general, tort law systems differ significantly in civil and common law jurisdictions. In *England*, tort law consists of a collection of individual torts that are created by case law and a few by statute law. Of these, the most important is the tort of negligence, as well as those that involve intentional and direct and indirect harm to property (Youngs 2014, 5). The characteristic of common law is that it treats torts in a casuistic manner, while civil law systems regulate them through general clauses. The content of these clauses differs across different jurisdictions. For example, French law of non-contractual liability contains a very general and broad clause in

⁶³ Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, OJ L 303, 2.12.2000.

⁶⁴ Opinion of Advocate General Jääskinen in Case C-354/13, *FOA*, ECLI:EU:C:2014:2106, para. 61.

⁶⁵ Case C-354/13, *FOA*, ECLI:EU:C:2014:2463, para. 64.

Article 1382 of the *French Civil Code*, pursuant to which any harm has to be repaired regardless of the type of the loss incurred or the fault of the wrongdoer. In *Germany*, tort law is limited to the protection against infringements of certain basic rights (life, body, health, property and freedom of movement), whereas pure economic losses are generally not protected (Looschelders and Makowsky 2014, 10).

General Principles Common underlying principles of tort law in different legal systems are the principle of full reparation (see, for instance, Looschelders and Makowsky 2014, 10; Helleringer and Garcia 2014, 21; Josipović 2014, 14; Tepedino 2014, 10), the liability for fraud or misconduct (see Belluscio 2014, 9), and the recognition of material and non-pecuniary damages (Belluscio 2014, 9). As laid down in the *French report*, the principle of full reparation possesses a double function – positive and negative (Helleringer and Garcia 2014, 21). The positive function demands the reparation of the whole damage caused, whereas the negative function of the principle requires that only the damage be repaired, as the civil liability cannot be a source of unjust enrichment.

In the *US*, a special issue arising in connection to tort concerns the incorporation of international human rights law into the *US* legal system in cases concerning the issue of *extraterritoriality* of the *Alien Tort Statute*. The *Alien Tort Statute* provides jurisdiction over tort actions in cases that are brought by non-*US* plaintiffs for violations of customary international law, including war crimes and crimes against humanity (Lawrence 2012). In 2013, in *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, a case concerning the oil company Shell's responsibility for its Nigerian subsidiary's involvement in crimes committed by Nigerian authorities, the *US* Supreme Court rejected the possibility that international human rights law could form the basis of a cause of action before a *US* court, when the conduct has arisen outside of the *US* (Miller 2014, 22).⁶⁶

While this case primarily concerns the *US* and international law, the European Commission submitted an *amicus curiae* brief to the *US* Supreme Court. The brief outlined the *EU*'s position on the *extraterritoriality* issue, arguing that the *US* should only exercise universal civil jurisdiction in cases for which universal criminal jurisdiction would apply (Lawrence 2012). The European Commission submitted that the *EU*, committed to fundamental rights, 'has a concrete interest in ensuring that *EU*-based natural and legal persons are not at risk of being subjected to the laws of other States, where *extraterritorial* application of laws does not respect the limits imposed by international law' (Lawrence 2012).

1.3.2 Specifically on Non-pecuniary Damages

Different Types of Compensable Non-pecuniary Damage All of the participating countries recognize the awarding of non-pecuniary damages, at least to a certain extent, although they are mostly rather restricted. This restrictive stance derives

⁶⁶ *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.* 133 S.Ct. 1659 (2013).

mostly from the difficulties that are posed by assessing the amount of these damages, as they are, in principle, not monetized (see Koziol 2012, 112 et seq). The types of the recoverable non-pecuniary damage vary across different jurisdictions and are briefly outlined in the following paragraphs. States govern them either through general clauses or expressly govern recoverable non-pecuniary damage by the law.

General Clause For example, in *Portugal*, non-pecuniary damages are regulated in Article 496 of the *Civil Code*. The provision in this Article states: ‘For the determination of compensation, regard must be had to *non-pecuniary damage* which, due to its *seriousness, deserves protection of the law*’ (Monteiro et al. 2014, 36). Thus, as stressed in the *Portuguese report*, it is for the judiciary to decide what ‘deserves the protection of the law’.

Expressly Determined Compensable Non-pecuniary Damage Generally, it is more common for the legislator (or also judiciary in common law jurisdictions) to expressly set out the non-pecuniary damage that is to be compensated, rather than enacting a general clause. In *England*, non-pecuniary damages are awarded for pain, suffering and loss of amenity (bodily function), misuse of private information⁶⁷ and defamation (Youngs 2014, 6). In *Germany*, § 253 I BGB only provides compensation for non-pecuniary damage when the law expressly allows it (Looschelders and Makowsky 2014, 11). The most important cases in which non-pecuniary damages are awarded are regulated in § 253 II BGB. If a certain elementary right (body, health, freedom or sexual self-determination) is infringed, a victim can claim non-pecuniary damages if the violator is liable according to contract or tort law (Looschelders and Makowsky 2014, 11). In *Slovenia*, Article 179(1) of the *Code of Obligations* provides that monetary compensation shall be awarded to the injured party for physical distress suffered, mental distress suffered owing to a reduction in life activities, disfigurement, the defamation of good name or reputation, the truncation of freedom or a personal right, the death of a close associate or for fear. In *Poland*, material harm can be compensated and, moreover, moral suffering and pain (Łętowska 2014, 17).

In *Brazil*, the protection of fundamental rights played a fundamental part in the process of recognizing the right to non-pecuniary damages. It was the acclaim of human dignity as the greatest value in the Brazilian legal system that allowed the understanding that non-pecuniary interests should enjoy a privileged protection in relation to pecuniary interests. This includes by means of compensation in cases of damage (Tepedino 2014, 11).

As stated in the *Czech report*, the *Civil Code*, which was in force until 2014, stated that non-pecuniary harm can only be compensated in connection to a breach of personality rights. However, the *new Civil Code* lays down a general right to claim compensation for non-pecuniary damage without a requirement of interference with personality rights (Hurdík and Selucká 2014, 17). In *Hungary*, jurisprudence awards non-pecuniary damages on the basis of the general rules on damages

⁶⁷ *Mosley v. News Group Newspapers Ltd* [2008] EWHC 1777 (QB); [2008] EMLR 20.

(Gárdos-Orosz 2014, 12). The *new Hungarian Civil Code*, which has been in force since March 2014, introduces a new legal institution (injury award) to avoid conceptual problems (Gárdos-Orosz 2014, 13). Injury award is also possible if there is no financially traceable harm but a violation of personality right is found (Gárdos-Orosz 2014, 13).

Third Parties' Right to Non-pecuniary Damages An interesting point for discussion is whether a non-pecuniary damage that is sustained by third parties who are linked to the injured party by emotional ties can be repaired. In some countries, for example in *Greece*, this is not the case, as the aforementioned people are not considered to be directly injured bearers of the right injured by the tort and also, because they do not fall under the protective scope of the legislation (in *Greece* by Articles 928 and 929 of the *Greek Civil Code*). In *Croatia*, in the event of death or, especially, severe disability, the right to just compensation belongs to the spouse or an extra-marital spouse, children and parents – the immediate family members (Josipović 2014, 16). The same right belongs to brothers and sisters, grandparents and grandchildren if a more permanent co-habiting union existed between them and the deceased or injured person.

In *Portugal*, concerning non-pecuniary damages in the case of death, three losses can be compensated: (1) 'loss of life' of the victim, (2) damage suffered by the victim before dying and (3) damage suffered by the relatives (Monteiro et al. 2014, 39). However, only close relatives may receive compensation for their own non-pecuniary damage (Monteiro et al. 2014, 39). In principle, as the *Portuguese report* submits, the 'moral' damage of those relatives should be proved and courts tend to presume that the surviving spouse and children do suffer for the loss of the deceased.

The Portuguese Constitutional Court dealt with the right of an unmarried partner to obtain non-pecuniary damages for wrongful death in *Decision no. 275/2002* (Monteiro et al. 2014, 40).⁶⁸ In this case, A was condemned for the murder of X. A was held liable for the payment of compensation to the children and partner of the victim. However, the partner had no right to receive compensation for her own pain and suffering caused by the death of her partner (Monteiro et al. 2014, 40). The *Civil Code* only protected the spouses, descendants and other relatives. The Constitutional Court decided that this norm is unconstitutional, since it violates Article 36 (1) (family) of the *Portuguese Constitution* and the principle of proportionality (Article 18), as it discriminates against a person who lives in a stable and durable partnership in similar conditions of a matrimonial relationship (Monteiro et al. 2014, 40–41). It considered Article 496 of the *Civil Code* to be unconstitutional, as Article 36 of the *Constitution* protects *all kinds of families*. In 2010, Article 496 was amended accordingly (Monteiro et al. 2014, 42).

Culpable Death of an Embryo In *Greece*, some Greek academics have supported the view that, in the event of a culpable death of an embryo, both the woman carrying it, as well as the man whose genetic material produced the embryo, hold the right to claim monetary restitution for non-pecuniary damages. This is on the

⁶⁸Decision of the Constitutional Court no. 275/2002, in DR, II, 24 July 2002.

grounds that the embryo also contains his genetic material and thus, constitutes an expression of his personality (Deliyanni-Dimitrakou and Akrivopoulou 2014, 61). Despite this progressive idea, Greek courts and, in particular, the Supreme Court, have proved to be very conservative when it comes to defining the people that are entitled to receive damages for non-pecuniary damage in the event of death (Deliyanni-Dimitrakou and Akrivopoulou 2014, 62). Similarly, in the *Netherlands*, so far, arguments of fundamental rights have not convinced the Dutch Supreme Court to enable relatives to claim the so-called emotional distress damages (*affectieschade*), which are caused by grief over the *death or injury of a close relative* (Cherednychenko 2014, 11).

Wrongful Birth The influence of fundamental rights on the question of compensable damages has been demonstrated in *Germany* through wrongful birth case law. The German *Bundesverfassungsgericht* held that human dignity (Article 1 I GG) forbids regarding the existence of a child as source of damage.⁶⁹

Moreover, the German *Bundesverfassungsgericht* has also approved a limitation of the principle of total reparation by means of § 242 BGB (good faith) with regard to the basic rights of minors.⁷⁰

Reduction Clause Some of the participating States' legislations are moving towards adopting a 'reduction clause'. This is a special clause of reduction of the duty to compensate, for example, in the Austrian tort law reform draft, *Reformentwurf* (Austrian Draft), in section 1318. As noted in the *Austrian report*, this reduction finds its general justification in the constitutional principle of proportionality (see Koziol 2012, 303 et seq). This is already the case in some countries, as in Article 944 of the Brazilian *Civil Code*, which provides that, should there be excessive disproportion between the gravity of guilt and the damage, a judge may reduce compensation, based on equity (Tepedino 2014, 11). A similar provision is found in *Portugal*, which enables the possibility for an *ad hoc* reduction of compensation (Monteiro et al. 2014, 36).

1.3.3 Specifically on the Influence in the EU

1.3.3.1 Harmonization

In EU law, some regulations and directives also partly regulate aspects of tort law, and some of them specifically regulate damages for non-pecuniary damage. One of the most significant instruments is the *Product Liability Directive*.⁷¹ Further exam-

⁶⁹ BVerfGE 88, 203, 296.

⁷⁰ BVerfG NJW 1998, 3557; see Looschelders and Makowsky (2014, 13).

⁷¹ Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products, OJ L 210, 7.8.1985.

ples of partial harmonization of tort law are the *Directive on Environmental Damage*⁷² and the harmonization of civil liability for damages caused by road-traffic accidents in the *Directive on Motor Insurance*.⁷³

1.3.3.2 The CJEU Case Law

The important influence of case law of the CJEU in the field of tort law can be seen in the regulation of damages for non-pecuniary damage. In principle, damages for non-pecuniary harm are not regulated in regulations and directives. Only the notion of ‘damage’ is mentioned, which the CJEU broadly interprets to encompass non-pecuniary damage. The CJEU opted for a broad interpretation of damage provisions in the cases of *Leitner* and *Rodriguez*, which are discussed above in the subchapter on contract law.

Kidney Case The *Product Liability Directive* and the notion of ‘damage’ were interpreted in the case of *Veedfald*⁷⁴ (also known as the ‘Kidney Case’). This concerned a local community’s refusal to meet its claim for damages, following an unsuccessful kidney transplant operation that was performed in a hospital belonging to this local community. One of the questions asked by the CJEU was how should the expressions ‘damage caused by death or by personal injuries’ and ‘damage to, or destruction of, any item of property other than the defective product itself’ in Article 9 of the *Product Liability Directive* be defined. The CJEU held that damage must cover both damage resulting from death or from personal injuries and damage to, or destruction of, an item of property.⁷⁵ It further held that ‘although it is left to national legislatures to determine the precise content of those two heads of damage, nevertheless, save for non-material damage whose reparation is governed solely by national law, full and proper compensation for persons injured by a defective product must be available in the case of those two heads of damage’.⁷⁶

Competition Law The CJEU has developed the most extensive case law on civil liability for breach of EU competition rules. Article 101 of TFEU prohibits anti-competitive agreements. It is a settled case law that any individual has a right to damages for the loss sustained as a result of a breach of this provision, ‘where there

⁷²Directive 2004/35/CE of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage, OJ L 143, 30.4.2004.

⁷³Directive 2009/103/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 relating to insurance against civil liability in respect of the use of motor vehicles, and the enforcement of the obligation to insure against such a liability, OJ L 263, 7.10.2009.

⁷⁴Case C-203/99, *Veedfald*, ECLI:EU:C:2001:258.

⁷⁵*ibid.*, para. 26.

⁷⁶*ibid.*, para. 27.

is a causal relationship between that harm and an agreement or practice prohibited under Article [101 TFEU].⁷⁷

The CJEU has further clarified the scope of potential plaintiffs in its decision in *Otis*,⁷⁸ where it interpreted the notion of ‘any individual’ to also encompass the EU itself. The referring court asked whether Article 47 of the *EU Charter*, which governs the right to an effective remedy and fair trial, precludes the European Commission from bringing an action on behalf of the EU before a national court for damages in respect of a loss sustained by the EU as a result of an infringement of Article 101 TFEU, found by a decision of the European Commission.⁷⁹ The referring court had doubts as to whether, in such an action, the right to a fair hearing, laid down in Article 47 of the *EU Charter* and Article 6 of the *ECHR*, is infringed.⁸⁰ The CJEU held that the *EU Charter* does not prevent the European Commission from bringing an action on behalf of the EU before a national court for compensation for a damage caused to the EU by an agreement or practice contrary to EU law.

The CJEU also interpreted who can be a potential plaintiff in the recent case of *Kone*,⁸¹ in which damage was caused to a victim by the undertaking a non-party to a cartel, who inflicted higher prices as a result of the cartel and their artificial high prices (‘umbrella pricing’). The court held that, where a cartel has the effect of leading competitors to raise their prices, the members of the cartel may be held liable for the damage caused as a result, and the victim may claim compensation even in the absence of any contractual link with the members of the cartel.

1.4 The Influence of Fundamental Rights in Property Law

1.4.1 *The Influence in Property Law*

1.4.1.1 Introductory on Property Law

Context Property, in legal terms, is generally understood to be the rights among people that concern things. It is concerned with the ownership of objects and one of its essential elements is the right to exclude others (Smith 2009, 3). The right to property is elevated to a constitutional level in the participating countries. Provisions on property law are found in special property laws or codes (e.g. the *Slovenian Law of Property Code*). In some countries, it is regulated in civil codes (e.g. in the German BGB and the *Austrian Civil Code - Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB)).

⁷⁷Case C-453/99, *Courage and Crehan*, ECLI:EU:C:2001:465; Joined Cases C-295/04 to C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461.

⁷⁸Case C-199/11, *Otis*, ECLI:EU:C:2012:684.

⁷⁹*ibid.*, para. 37.

⁸⁰*ibid.*, para. 38.

⁸¹Case C-557/12, *Kone*, ECLI:EU:C:2014:1317.

The central right that is governed by property law is the right to property, which is recognized as a fundamental right by international and regional instruments. This is proclaimed in Article 17 of the *Universal Declaration of Human Rights*, which provides that everyone has the right to own property alone, as well as in association with others.⁸² At a regional level, it is recognized by Article 1 of the *First Protocol to the ECHR*, which provides the ‘right to peaceful enjoyment of possessions.’⁸³ Furthermore, it is also enshrined in Article 17 of the *EU Charter*. It is also governed for example by Article 21 of the *American Convention on Human Rights* and Article 14 of the *African Charter on Human and Peoples’ Rights*.

General Principles The most general principle of property law is the limitation or closed number of property rights (*numerus clausus*). Other general principles across jurisdictions are the principle of publicity, the principle of speciality, causation and the principle of protection of legitimate expectations of third parties, based on the entries in the public registry (*bona fide* protection) (Perner and Zoppel 2014, 16; Hurdík and Selucká 2014, 18; Looschelders and Makowsky 2014, 15; Gárdos-Orosz 2014, 14; Josipović 2014, 20). Likewise, the mandatory nature of absolute property rights in relation to third parties is also an important principle that is found in most of the participating countries’ legislations (Hurdík and Selucká 2014, 18; Looschelders and Makowsky 2014, 14). As noted in the *Polish report*, private ownership is regarded as one of the grounds of the social market economy and the economic system of the *Republic of Poland* (Łętowska 2014, 2). As the *Brazilian report* emphasizes, the most important principle, which is responsible for the overview of traditional principles pertaining to property rights through the prism of fundamental rights, is the principle of social function of property (Tepedino 2014, 13).

1.4.1.2 Property Rights Limitations

Despite the absolute nature of property rights, even these rights have limitations. The external limitations are usually grounded on the limitation of a proprietary right, which is anticipated by *Constitutions*. In private law, several clauses allow an interpretation with respect to fundamental rights and can limit a property right. A property right may also come into conflict with someone else’s intellectual property right (e.g. the rights of an architect).⁸⁴

As derived from the *Dutch report*, an example of an indirect horizontal effect of the provision in the *First Protocol to the ECHR* is the judgment of the Amsterdam Court of Appeal in a dispute between a woman who had suffered severe injuries as a result of an accident at a railway station and the Dutch railway company, *N.S. Reizigers B.V* (Cherednychenko 2014, 12).⁸⁵ In this case, while the company’s

⁸² <http://www.un.org/en/documents/udhr/>. Accessed 15 February 2015.

⁸³ <http://www.hri.org/docs/ECHR50.html#P1>. Accessed 15 February 2015.

⁸⁴ BGH NJW 1974, 1381; 2008, 3784.

⁸⁵ Hof Amsterdam 12 augustus 2004, NJF 2004, 543 (*NS Reizigers v. Mevrouw B*).

liability was established, it refused to award full compensation to the victim by invoking the provision that limits the liability of the carrier to Dfl. 300,000 (€145,000). This was lower than the amount of pecuniary and non-pecuniary damages that were incurred by the victim. The court, applying the test used by the ECtHR, concluded that, while the limitation of liability may serve a legitimate purpose, *i.e.* controllability of the entrepreneurial risk and their insurability, the general interest in enforcing this limitation did not outweigh the individual rights of the victim in the particular circumstances of the given case. As such, although Article 8:110 (1) of the Dutch *Civil Code* was not contrary to Article 1 of the *First Protocol to the ECHR*, according to the court, it would be contrary to good faith to be interpreted in the light of this fundamental right if the company could invoke the limitation of liability against the victim in the case at hand (Cherednychenko 2014, 12).

As seen in the *Quebecois report*, there are many decisions in which courts have concluded that it was justified to restrict the rights of an owner of a property to ensure respect for *the right to equality* (Samson and Langevin 2014, 35). In the case of *Desroches* (see Samson and Langevin 2014, 35), an owner of an apartment building argued that his right to free enjoyment of the property allowed him to adopt a policy that limited the number of occupants of the apartments to two persons. In finding that this policy had a discriminatory effect against people with children, the Court of Appeal of Quebec took into consideration the fact that the guarantee, provided by Article 6 of the *Charte Quebecoise*, contains an intrinsic limit. This intrinsic limit led to the conclusion that the right to equality took precedence over the rights of the owner (Samson and Langevin 2014, 35).

The Canadian Supreme Court states that the right to property should also be limited to ensure the respect of *the freedom of religion* (Samson and Langevin 2014, 35). In general, the right to the respect of private life often limits the right to property. It was decided that the right to property does not allow a landlord to infringe *the right to privacy of the tenant* by entering a tenant's home without consent, by visiting without warning, making unnecessarily repeated visits or by prohibiting smoking in the housing (Samson and Langevin 2014, 36). Interesting judgments have also been held on the issue of installing video surveillance cameras at the entrance to an accommodation to prevent vandalism (Samson and Langevin 2014, 36).

As far as privacy is concerned, the question of balancing it with the right to property is also seen in cases where an employer provides the premises and equipment used for the work of employees. Courts in *Quebec* hold that *the right to privacy of the employee* prevents filming an employee, recording his personal telephone conversations, searching his locker or conducting an investigation of the contents of a computer that is owned by the employer (Samson and Langevin 2014, 36).

The *Dutch report* cites cases in relation to property *stricto sensu*, in which the freedom to receive information – as guaranteed by Article 10 of the *ECHR* – has granted indirect horizontal effects (Cherednychenko 2014, 13). Such cases have involved *tenancy* contracts that prohibited the installation of a satellite dish on a rented building without the permission of a landlord or a letting agency. Having recognized the essential importance of *the freedom to receive information* in a free and democratic society, the courts had to balance the interest of the tenants protected thereby with the contractually protected interest of the landlords within the

framework of private law. As noted by the *Dutch report*, whose interest ultimately prevails in this balancing exercise depends on the particular circumstances of each case (Cherednychenko 2014, 13). As submitted in the *German report*, the property right of a house owner generally has to give way to a tenant's interest to install a television satellite onto the house.⁸⁶

An interesting example from *Germany* shows that *the right to protection of personal data* in certain cases limits the owner's right to sell his property, which contains personal information of others. For example, without the consent of patients, a medical doctor may not sell his office containing patients' files.⁸⁷

A special issue concerning property rights is *private discrimination in housing*, which is mentioned in the *US report*. The US Supreme Court delivered a groundbreaking decision in the case of *Shelley v. Kraemer* in 1948. Here, it held that it was unconstitutional for courts to grant relief to enforce a racially restrictive covenant.⁸⁸ As stated in the *US report*, it ended the practice of homeowners, maintaining the ethnic purity of their neighbourhood through provisions in their deeds, which excluded African Americans and other minorities from purchasing or occupying homes. In 1968, Congress passed the *Fair Housing Act* as Title VIII of the *Civil Rights Act*.⁸⁹ Remedies that are provided include injunctive relief, damages, punitive damages and attorneys' fees.

1.4.2 Influence in Intellectual Property Law

Context Intellectual property (IP) refers to creations of the mind, such as inventions, literary and artistic works, designs, symbols, names and images, which are used in commerce.⁹⁰ It is divided into two categories: industrial property and copyright.⁹¹ The protection of IP is covered by many international conventions, most of which are implemented by the World Intellectual Property Organisation (WIPO) and the World Trade Organisation (WTO). The importance of IP was first recognized in the *Paris Convention for the Protection of Industrial Property* (1883) and the *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works* (1886). The countries usually govern it in special laws. The *EU Charter* also protects it as a fundamental right. IP is especially important in the constant development of the Internet in relation to new means of abuses, e.g. illegal downloading of protected

⁸⁶ BVerfG NJW 1992, 493, see Looschelders and Makowsky (2014, 16).

⁸⁷ BGH NJW 1992, 737, see Looschelders and Makowsky (2014, 16). Accordingly, lawyers or tax accountants may not sell their office with clients' files, if the clients do not agree with the transfer.

⁸⁸ *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1, 19–21 (1948), see Miller (2014, 15).

⁸⁹ Civil Rights Act of 1968, Pub. L. No. 90–284, 82 Stat. 73 (codified at 42 U.S.C. §§3601–3619 (2014)), see Miller (2014, 15).

⁹⁰ WIPO Brochure 'What is Intellectual Property', accessible at http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/en/intproperty/450/wipo_pub_450.pdf. Accessed 15 February 2015.

⁹¹ *ibid.*

works. At a global level, there have been unsuccessful attempts to regulate this area, e.g. with the *Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA)*, which establishes international standards for IP rights enforcement.

General Principles In IP law, the territorial principle is very important, as well as the principle *numerus clausus* (Perner and Zoppel 2014, 16; Monteiro et al. 2014, 3). The *Portuguese report* also emphasizes the principle of temporality, as the protection of the IP is not perpetual (Monteiro et al. 2014, 3). As noted in the *German report*, pursuant to the principle of unity, an IP right is an unitary right, which serves an owner's (material) interest of economic utilization, as well as his (non-pecuniary) personal interests (Looschelders and Makowsky 2014, 15). One of the main general principles of IP law is the absolute legal protection of intangible assets (Hurdík and Selucká 2014, 19).

Balancing When the right to property (and also IP) and other rights collide, courts have to carry out balancing. Especially in IP law, the right to *freedom of expression* (Article 10 of the *ECHR*) constitutes a fundamental right, which allows a deviation from general principles (Perner and Zoppel 2014, 17). Balancing tasks can be illustrated by the wording of a decision of the Czech Supreme Court, in which it held: “*Each citizen has a right to freedom of expression and presentation of his political ideas, but this right cannot cross the line when it turns to an attack against property or possibly it cannot continue further in such an aggressive way (impose threat on human health or life)*” (Hurdík and Selucká 2014, 20). In *Germany*, for example, freedom of expression allows a party to display an opinion against genetic engineering on a wall of a dairy factory.⁹² Under certain circumstances, an infringement of the IP right can be justified by freedom of expression, for instance, if there is an intellectual battle of opinions that is of great importance to the public.⁹³

The Right to Access Information The right to access information can especially limit the IP right. It can be justified that a copyright owner must tolerate copies without his consent and even without payment (Looschelders and Makowsky 2014, 16).

1.4.3 Specifically on the Influence in the EU

1.4.3.1 Harmonization

The right to property is governed by the *EU Charter* in Article 17. Article 17(1) provides that everyone has the right to own, use, dispose of and bequeath his or her lawfully acquired possessions, whilst Article 17(2) of the *EU Charter* provides that IP shall be protected. Property law is the least harmonized field of private law in the

⁹²OLG Dresden NJW 2005, 1871, see Looschelders and Makowsky (2014, 16).

⁹³OLG Stuttgart NJW-RR 2004, 619, 621 ff, see Looschelders and Makowsky (2014, 16).

EU (see Smits 2002, 245).⁹⁴ In contrast, the field of IP is harmonized to a significant extent.

As the European Commission stresses, a uniform system of protection of IP rights, ranging from industrial property to copyright and related rights, constitutes the foundation for creativeness and innovation within the EU.⁹⁵ The body that carries out EU's mission is the Office for Harmonization in the Internal Market (OHIM), which is responsible for the registration of community trademarks and designs, alongside the European Patent Office (EPO), which is, however, non-EU institution.⁹⁶ In the field of IP rights, several harmonizing instruments can be found. For example, the *Regulation on the Community Trade Mark*,⁹⁷ the *Directive on Trade Marks*,⁹⁸ the *Copyright in the Information Society Directive*⁹⁹ and the *Directive on the Enforcement of IP Rights*.¹⁰⁰

In 2012, Member States and European Parliament agreed on the 'patent package' – a legislative initiative consisting of two regulations and an international agreement, laying the grounds for the creation of unitary patent protection in the EU.¹⁰¹ The patent package implements enhanced cooperation between all Member States, except Italy and Spain, creating a European patent with unitary effect. This is a legal title that ensures a uniform protection for an invention across Member States on a one-stop shop basis, providing huge cost advantages and reducing administrative burdens.¹⁰² Moreover, the Uniform Patent Court is also to be established.

1.4.3.2 The CJEU Case Law

Property As noted in national reports of the Member States of the EU, jurisprudence of the CJEU is not particularly relevant with regard to the influence of fundamental rights on the right to property. This is because the proprietary right has not

⁹⁴For the account of the growing impact of the European integration on the property law systems of the EU Member States, see also van Erp (2012).

⁹⁵See the European Commission's webpage on the IP, accessible at http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/intellectual_property/index_en.htm

⁹⁶ibid.

⁹⁷Council Regulation (EC) No 207/2009 of 26 February 2009 on the Community trade mark, OJ L 78, 24.3.2009.

⁹⁸Directive 2008/95/EC of the European Parliament and of the Council of 22 October 2008 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks, OJ L 299, 8.11.2008.

⁹⁹Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, OJ L 167, 22.6.2001.

¹⁰⁰Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights, OJ L 157, 30.4.2004.

¹⁰¹See webpage of the European Commission on Patents, accessible at http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/patent/index_en.htm. Accessed 15 February 2015.

¹⁰²ibid.

at all been harmonized in the EU (Hurdík and Selucká 2014, 20; Gárdos-Orosz 2014, 15). The CJEU has dealt with the right to property, which is enshrined in Article 17 of the *EU Charter*, in the case of *Sky Österreich*.¹⁰³ This case was concerned with the right of broadcasters to use short extracts from a transmitting broadcaster's signal of events of high interest to the public for the purpose of short news reports, and dealt with the interpretation of the *Audiovisual Media Services Directive*.¹⁰⁴ In this case, the CJEU balanced several rights that are governed by the *EU Charter*. It held that the exclusive rights, which are held by a broadcaster on a contractual basis, could not confer an 'established legal position' that would enjoy the protection of the right to property under Article 17 of the *EU Charter*.¹⁰⁵

IP In contrast to the right to property, the CJEU case law has substantial influence on IP law. As also noted in the *Portuguese report*, the *EU Charter* codifies jurisprudence of the CJEU in the case of *Tocai*. Here, it considered that Article 1 of the *First Protocol to the ECHR* (which added private property to the rights enshrined in the *ECHR*) also applied to IP.¹⁰⁶

However, the CJEU has emphasized that the principle of the protection of IP as a fundamental right does not mean it is an absolute property but rather, it must be viewed in relation to its social function, *i.e.* it stressed the social function of a kind of property.¹⁰⁷ This approach has been consistently held in other judgments concerning the demand to strike a fair balance between IP and other fundamental rights, notably personal data and freedom of information, for example in the cases of *Promusicae*¹⁰⁸ and *Scarlet Extended*.¹⁰⁹

Recently, the CJEU has delivered a remarkable decision in the case of *UPC Telekabel Wien*, interpreting the *Copyright in the Information Society Directive*. Here, it held that an Internet service provider may be ordered to block its customers' access to a copyright-infringing website.¹¹⁰ The fundamental rights that needed to be balanced against each other were IP rights against the freedom to conduct a business and against the freedom of information of Internet users.

¹⁰³ Case C-283/11, *Sky Österreich*, ECLI:EU:C:2013:28.

¹⁰⁴ Directive 2010/13/EU of the European Parliament and of the Council of 10 March 2010 on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the provision of audiovisual media services, OJ L 95, 15.4.2010.

¹⁰⁵ Case C-283/11, *Sky Österreich*, ECLI:EU:C:2013:28, para. 38.

¹⁰⁶ Case C 347/03, *Tocai*, ECLI:EU:C:2005:285.

¹⁰⁷ *ibid.*, para. 119.

¹⁰⁸ Case C-275/06, *Promusicae*, ECLI:EU:C:2008:54.

¹⁰⁹ Case C-70/10, *Scarlet Extended*, ECLI:EU:C:2011:771.

¹¹⁰ Case C-314/12, *UPC Telekabel Wien*, ECLI:EU:C:2014:192.

1.5 The Influence of Fundamental Rights in Family Law and Inheritance Law

1.5.1 General Principles of Family Law

Context Family law aims to regulate people's intimate lives and governs family-related matters. In principle, this includes marriage, partnerships and civil unions, divorce and matters related to birth, including adoption and paternity issues. Definitions of the notion of 'family' differ from one jurisdiction to another. In recent years, it has been the source of debate in several of the participating countries.

General Principles The general principle of family law, which can be detected in the legislation of all participating States, is the principle of equality between a woman and a man and their mutual respect and support of all family members, as well as the maxim of the welfare of a child and protection of a child's rights (see, for example, Perner and Zoppel 2014, 18; Josipović 2014, 24; Hurdík and Selucká 2014, 21; Lilleholt 2014, 7; Deliyanni-Dimitrakou and Akrivopoulou 2014, 77). Other principles that underpin family law in certain jurisdictions are, for instance, in *Croatia*, the responsibility of both parents for a child's bearing and education, as well as the principle of appropriate protection of parentless children and adults with mental difficulties (Josipović 2014, 24). An important principle in several countries is the principle of equality between legitimate and illegitimate children (see, for example, Hurdík and Selucká 2014, 21; Looschelders and Makowsky 2014, 18; Navarretta and Bargelli 2014, 2; Monteiro et al. 2014, part IV, 1; Youngs 2014, 11; Tepedino 2014, 15).¹¹¹ The *German report* emphasizes the freedom of marriage, the principle of monogamy and the general indissolubility of marriage.¹¹² The *Hungarian report* highlights the protection of family relations, the principle of fairness and the principle of protecting the weaker party (Gárdos-Orosz 2014, 18).

In certain participating countries, under the constitutional provisions for the protection of families, a family – as a social institution of fundamental significance – enjoys the State's special protection in all areas of life (Josipović 2014, 25;

¹¹¹ As the Hungarian report notes, the duty of protecting the institution of marriage and family may not lead to direct or indirect discrimination against children on the basis of whether they are brought up by their parents in a marriage or in another form of cohabitation (Gárdos-Orosz (2014, 18)). Norway has had equal rights since 1915, see Lilleholt (2014, 7). In Greece, the major reform that has been introduced by law 1329/1983 was the full equality of children who are born out of wedlock with those who are born in wedlock – a change that was combined with a symbolic change in the legal terminology, which, up until then, stigmatized those children as bastards and illegitimate, see Deliyanni-Dimitrakou and Akrivopoulou (2014, 76). In Japan, discrimination between children of married and unmarried couples was banned by the Supreme Court Judgment in 2013, see Hatano (2014, 17). In England, the inability of illegitimate children to inherit property was removed by the Family Law Reform Act 1969 (see the Family Law Reform Act 1987 and Youngs (2014, 11)).

¹¹² BVerfGE 29, 166, 176; 76, 1, 42; BVerfGE 31, 58, 69; BVerfGE 10, 59, 66; see Looschelders and Makowsky (2014, 17–18).

Looschelders and Makowsky 2014, 17; Deliyanni-Dimitrakou and Akrivopoulou 2014, 77). Consequently, the State is obliged to protect and support this unity¹¹³ and is barred from any disadvantaging, as held by the German *Bundesverfassungsgericht*.¹¹⁴ Unfortunately, this is not a universal practice. For example, in *Japan*, there is no constitutional provision that grants the right to family life (Hatano 2014, 16). As regards rights of the child, in 1989 the *UN Convention on the Rights of the Child* was adopted. It changed the way children are viewed and treated – as human beings with a distinct set of rights instead of as passive objects of care and charity.¹¹⁵

1.5.2 Treatment of Married and Unmarried Couples

Maintenance Differences in the treatment of married and unmarried couples are seen in relation to maintenance. For example, in *Austria*, only spouses (section 94 ABGB) have a right to maintenance, while the legislation does not grant such a right to unmarried partners (Perner and Zoppel 2014, 18). Similarly, in *Germany*, the provisions for maintenance during marriage (§§ 1360 ff. BGB) and after divorce (§§ 1569 ff. BGB) do not apply to unmarried couples (Looschelders and Makowsky 2014, 18). Each partner's property and gains in fortune generally stay untouched by this relation. However, unmarried couples may contractually arrange their financial affairs (Looschelders and Makowsky 2014, 18).

In 2008, the Federal Court of Justice of Germany (*Bundesgerichtshof*) significantly changed this approach and found that unmarried partners – as married spouses – generally act in reliance upon the continuance of their relationship.¹¹⁶ Thus, the same claims for compensation for performed services or payments with regard to the relationship for married spouses (§§ 313 BGB, 812 ff. BGB) apply when the relationship has ended contrary to this reliance (Looschelders and Makowsky 2014, 18).

Tenancy Interesting gaps in the treatment of different unions are also seen in tenancy law. Recently, in *Austria*, the treatment of unmarried couples has been improved in this field. There, the tenancy legislation provides that, after the death of their partners, spouses, as well as domestic partners, are granted the right to take over a contract of tenancy.¹¹⁷

In *English* law, matrimonial legislation makes a detailed provision for married couples' rights in relation to property and children, whereas issues relating to cohabitants' property are decided according to the law of trusts. They have to be

¹¹³ BVerfGE 24, 119, 135.

¹¹⁴ BVerfGE 6, 55, 76, see Looschelders and Makowsky (2014, 17).

¹¹⁵ <http://www.unicef.org.uk/UNICEFs-Work/UN-Convention/>. Accessed 15 February 2015.

¹¹⁶ BGH NJW 2008, 3277.

¹¹⁷ Section 14 para 3 of the Austrian Tenancy Act, see Perner and Zoppel (2014, 18).

proven (Youngs 2014, 9). However, the *Child Support Act* applies to married and unmarried couples and the *Children Act 1989* provides for an unmarried father to obtain parental responsibility and other orders for children.¹¹⁸

Until the end of the Second World War, a special traditional form of ‘family’ existed in *Japan*, ‘*ié*’, which gave the monopoly to the chief of a family and comprised several blood-related generations (Hatano 2014, 15). In such families, there were restrictions on marriages, as the future chief of a family was not allowed to marry. Thus, numerous couples lived as ‘quasi-married’ and the legislator adopted certain provisions for the protection of such communities, for instance, concerning social security legislation (Hatano 2014, 15).

1.5.3 Same-Sex Unions

A same-sex union as a civil union is recognized in a number of participating countries. In *Germany*, it was introduced in 2001 (Looschelders and Makowsky 2014, 7). In *Norway*, the registration of same-sex partnerships was allowed from 1993 and same-sex marriage was allowed from 2008 (Lilleholt 2014, 7). In *France*, same-sex marriage was legally recognized with the *Law of 17 May 2013* (Helleringer and Garcia 2014, 57). Croatian legislation defines it as a life union of two people of the same-sex who are not married, who are not in a heterosexual or another same-sex union, if it lasts for at least 3 years and is based on the principles of equality of partners, their mutual respect and help, as well as on emotional ties between partners.¹¹⁹ In *England*, the *Marriage (Same-sex Couples) Act 2013* provides that same-sex couples can enter into a legal marriage, although there are some differences compared to the institution of marriage of heterosexual couples (Youngs 2014, 11). In *Slovenia*, same-sex couples were granted a limited spectrum of rights with the *Registration of a Same-sex Civil Partnership Act*, which has been in force since 2006. The new *Family Code*, which was supposed to bring equal rights to same-sex partners and families, was rejected by public referendum in March 2012 (Weingerl 2014). However, in March 2015, an amendment to the existing family act was enacted, putting homosexual and heterosexual marriages on equal footing and also granting same-sex couples the possibility of adopting children. In the *US*, many States provide for non-discrimination on the basis of sexual orientation and the family law field is quickly moving to accept same-sex marriage. So far, this is accepted in over a dozen States, either as a result of judicial decisions or legislation (Miller 2014, 14, 19).

¹¹⁸ Orders under the *Children Act* provide for an unmarried parent caring for children to obtain occupation of the cohabitants’ home for the carer and the children until they attain majority. See Youngs (2014, 9).

¹¹⁹ Article 2 of the Same-sex Union Act; see Josipović (2014, 24).

In Hungarian law, the definition of a ‘life partner’¹²⁰ no longer refers to a partner’s sex, pursuant to the *Decision no. 14/1995 (III. 13.) CC*.¹²¹ Any couple can apply for the registration of their life partnership, regardless of their sex and sexual orientation and this registration has certain legal effects. This makes it simpler for the parties to prove that they live together and, in the case of non-same-sex couples, it establishes the presumption of paternity for their children (Gárdos-Orosz 2014, 17). However, in *Decision no. 154/2008 (XII. 17.) CC*, the Constitutional Court made it clear that the institution of marriage receives enhanced protection under the *Constitution* and therefore, a registered partnership cannot have identical content to the legal consequences of marriage (Gárdos-Orosz 2014, 17).

This contrasts the jurisprudence of the German *Bundesverfassungsgericht*, which, in several recent decisions, found that the denial of privileges to the civil union of homosexual partners (*Lebenspartnerschaft*) could not be justified with a mere reference to the constitutional protection of marriage in Article 6 I GG.¹²² Since both marriage and civil union are entered into as a lasting relationship with mutual care and responsibility, any legal differentiation is only admissible under strict premises with respect to the equality clause in Article 3 I GG.

However, there are countries that do not permit same-sex unions, either in the form of a marriage or a partnership, for instance, *Poland* (Łętowska 2014, 25). Despite the lack of institutionalization of same-sex unions, in *Poland*, they still enjoy limited legal protection, which is based on the jurisdiction of the Supreme Court and influenced by the ECtHR (Łętowska 2014, 25). This limited protection can be seen in tenancy law, whereby a spouse or a close person who had been living with a deceased tenant has a right to continue the lease.¹²³ The Supreme Court has ruled that ‘the person remaining in permanent relationship with the tenant – in the sense of the Article 691 § 1 of the *Civil Code* – is the person bound to the tenant through emotional, physical and economic ties; also a person of the same-sex’.¹²⁴ In *England*, in *Mendoza v. Ghaidan*,¹²⁵ the House of Lords held that, in light of section 3 of the HRA, a same-sex partner of a deceased tenant should be regarded as a person who was living with that tenant ‘as his or her wife or husband’ for the purposes of the *Rent Act 1977* Schedule 1 para 2(2) and could, therefore, succeed to the tenancy (Youngs 2014, 11). There is now a *Civil Partnerships Act 2004*, which gives property rights that are almost identical to marriage for same-sex relationships.

¹²⁰ Stated in Section 685/A of Act IV of 1959 on the Civil Code.

¹²¹ In the official ministerial commentary of Act XXIX on Registered Partnership and on the Amendment of Related Laws Required for Facilitating the Verification of the Existence of a Partnership. See Gárdos-Orosz (2014, 17).

¹²² BVerfGE 124, 199; 126, 400, 420; BVerfG NJW 2013, 847; DStR 2013, 1228; see Looschelders and Makowsky (2014, 21).

¹²³ Initially, the Supreme Court refused to protect homosexual partners of a deceased tenant. In 2010, the ECtHR ruled that Polish courts had thus violated human rights (the case *Kozak v. Poland*, no. 13102/02, ECtHR 2010). See Łętowska (2014, 25).

¹²⁴ Verdict of 28.12. 20012, III CZP 65/12, see Łętowska (2014, 25).

¹²⁵ [2004] UKHL 30.

In its recent judgment, *Vallianatos and Others v. Greece*,¹²⁶ ECtHR condemned Greece for banning same-sex civil unions (Deliyanni-Dimitrakou and Akrivopoulou 2014, 79). The case concerned the *Law 3719/2008*, introducing civil unions in Greek legislation as an alternative to the institution of marriage. However, this is only reserved for heterosexual couples that share stable relationships, explicitly excluding homosexuals from its scope. As the ECtHR pointed out in its previous jurisprudence, homosexual stable relationships are included in the scope of family life, according to Article 8 ECHR.¹²⁷ As the ECtHR has observed in the *Vallianatos and Others v. Greece* case, there is a perfect analogy between heterosexual and homosexual couples as far as their needs for mutual assistance, companionship and care are concerned. Therefore, it is deemed that their banning from the legislatively acknowledged civil unions was not necessary to a democratic society (Deliyanni-Dimitrakou and Akrivopoulou 2014, 79). As noted in the *Greek report*, the ECtHR has underlined that only *Lithuania* and *Greece* have reserved the legislative acknowledgment of civil unions for only heterosexual couples (Deliyanni-Dimitrakou and Akrivopoulou 2014, 80). As highlighted in the *Greek report*, “Laws like 3719/2008 do not only discriminate against homosexuals in the field of their privacy and family life but are also infringing their very core of their dignity and personality as free, uncumbered individuals that have the right to be different and regulate autonomously their form of life” (Deliyanni-Dimitrakou and Akrivopoulou 2014, 80).

Croatian legislation seems extremely progressive in its attempt to grant equal rights to all forms of unions. With regard to legal relations in individual life unions, the principle of equality applies and is exercised through several specific principles that are found in legislation. However, they have also witnessed some tendencies in public to seek increased protection of marriage and to exclude the possibility of entering into homosexual marriages in *Croatia* (Josipović 2014, 26). In December 2013, a national referendum was organized, which resulted in an amendment to the *Constitution*. Consequently, a new paragraph was added to Article 62 of the *Constitution*, stating that ‘marriage is a life union of a woman and a man.’¹²⁸

In *Portugal*, *Law 7/2001* gives some legal protection to heterosexual and same-sex partnerships, for people who have been living together, sharing ‘table, bed and roof’ for more than 2 years and there is no need to register the partnership (Monteiro et al. 2014, 41). The protection is given in the field of tax law, labour law, social security law and also, civil law, e.g. rent law and protection of a family home, in the case of death or separation. However, there is no protection in the field of succession law (Monteiro et al. 2014, 41).

¹²⁶ *Vallianatos and Others v. Greece*, nos. 29381/09 and 32684/09, ECtHR 2013.

¹²⁷ *Shalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04, ECtHR 2010.

¹²⁸ For more details, see the Constitutional Court decision at <http://www.usud.hr/uploads/Odluka%20u%20povodu%20okončanja%20postupka%20nadzora%20nad%20ustavnošću%20i%20zakonitošću%20provođenja%20državnog%20referenduma%20održanog%201.12.2013.pdf>. Accessed 15 February 2015.

1.5.4 *The Impact of Family Law Rights on Legislation and Case Law*

The right to family life has an impact on many different areas. Its influence is observed in the area of housing (for example, the protection of a living spouse and children in the case of the death of a spouse who was the tenant) (Josipović 2014, 25). Its influence in the area of the law of tort is seen, for instance, through the provision that entitles family members to compensation for damage because of a death of a family member (Josipović 2014, 25). It is most notably present in the area of succession law (for example, the right of family members to compulsory parts) (Josipović 2014, 25).

The impact of fundamental rights on family law is clearly seen in Italian family law. The reform of family law¹²⁹ radically changed rules, which were inspired by a patriarchal and authoritarian concept of domestic relationships. This encroached on the fundamental rights of family members (Navarretta and Bargelli 2014, 1). Lately, the recognition of the fundamental rights of a child, originally confined to international Treaties and declarations (*ECHR*, *EU Charter*), has given rise to dramatic changes in existing Italian legislation.

In *Argentina*, the Argentinean Supreme Court adjudicated a prominent case that dealt with the influence of fundamental rights in family law in 1986, declaring it as unconstitutional. To do this, it used Article 64 of the old law on civil marriage, which prohibited individuals to remarry, except in cases of the actual or presumable death of a marital partner (Belluscio 2014, 19–20). In adjudicating this case, the Supreme Court applied the principle of evolutive interpretation of constitutional norms and decided that this legal provision violated *the right to human dignity*.

The influence of fundamental rights on family law is also seen in Norwegian legislation, especially concerning the right of same-sex couples to adopt children together and the acceptance of parental status for a female spouse of the mother (both these rights are secured under the 2008 reforms).¹³⁰

The impact of fundamental rights is also seen in legislation on equality, especially in the *equal treatment of women*. Although, in *Norway*, both spouses are formally considered on equal footing (from 1927), in reality, the wife is usually the weaker party, in particular in economic matters. Case law in the 1970s recognized housework as a contribution to the acquisition of a common house (Lilleholt 2014, 7). This change has significantly improved the women's position in the case of divorce. In *Greece*, the first legislative implementation of the constitutional requirement of equality between men and women in private law took place in the 1980s (Deliyanni-Dimitrakou and Akrivopoulou 2014, 75).

¹²⁹ Law no. 151/1975, see Navarretta and Bargelli (2014, 1).

¹³⁰ Act on adoptions 28 February 1986 No. 8 (*lov om adopsjon*) sections 5 and 5 a; Act relating to children and their parents 8 April 1981 No. 7 (*lov om barn og foreldre*) section 3. See Lilleholt (2014, 7).

To some extent, the general principles of family law are limited in certain circumstances that justify it. The most notable example is domestic violence. As derived from the *Croatian report*, in order to protect family members that are exposed to domestic violence and to ensure their health and safety, the *Protection Against Family Violence Act* provides for the possibility of imposing various protective measures. Some of these lead to certain deviations from the general principles of family law (Josipović 2014, 25). Such protective measures include prohibiting contact with a victim of domestic violence, the moving away from the flat of a person who committed violence against co-habiting family members and ensuring the protection of a person who is exposed to violence, etc. (Josipović 2014, 25).

There are also cases of special protection of a child, in which the general principles of family law might be limited. For example, if parents manage and dispose of a child's assets, the Croatian *Family Act* expressly provides that, for the purpose of such a disposition, an approval from a competent social welfare centre is needed.¹³¹

Basic rights might also influence family law with regard to the control of marriage contracts. The German *Bundesverfassungsgericht* held that civil courts have control over the content of these contracts in order to avoid any disadvantages of the weaker spouse.¹³² As highlighted in the *English report*, disruption to family life may outweigh the loss that is suffered by creditors by postponement of the sale of a family home in case of bankruptcy.¹³³ Moreover, the right to a family life under Article 8 of the *ECHR* may also prevent the removal of asylum seekers from the country,¹³⁴ or influence a decision on an application for leave to remain within the country.¹³⁵

In European countries, the huge influence of the ECtHR jurisprudence is noticed. One example can be found in custody law. The ECtHR case law has been fundamentally influential for the content of family law, especially with regard to the relation of a child to his biological father who is not married with the mother, as emphasized in the *German report* (see Looschelders and Makowsky 2014, 20). In *Austria*, the cases *Zaunegger v. Germany*¹³⁶ and *Sporer v. Austria*¹³⁷ started a discussion about the conformity of Austrian custody law with Article 8 *ECHR*. The Constitutional Court declared that the Austrian legal framework was unconstitutional as it did not provide for any judicial review that would give a father of a child born out of wedlock the right to obtain custody without the mother's consent (Perner

¹³¹ Articles 259, 260, 261 of Croatian Family Act, see Josipović (2014, 25).

¹³² BVerfG NJW 2001, 957, 958; see Looschelders and Makowsky (2014, 20). If the contract is valid according to the blanket clause of § 138 BGB, the courts may also prevent one spouse to invoke the contract pursuant to § 242 BGB, for example, if a child was born or the other spouse became seriously ill.

¹³³ *Barca v. Mears* [2004] EWHC 2170 (Ch), see Youngs (2014, 9).

¹³⁴ *EM (Lebanon) v. Secretary of State for the Home Department* [2008] UKHL 64.

¹³⁵ *ZB (Pakistan) v. Secretary of State for the Home Department* [2009] EWCA Civ 834.

¹³⁶ *Zaunegger v. Germany*, no. 22028/04, ECtHR 2009.

¹³⁷ *Sporer v. Austria*, no. 35637/03, ECtHR 2011.

and Zoppel 2014, 19). It held that section 166 ABGB infringed *the father's right to family life* under Article 8 ECHR.

An important question in family law is the limitation of father's rights with relation to children, compared to the mother's situation. This issue was especially striking in *Poland*, where some regulations of the *Family and Guardianship Code* were deemed unconstitutional. For instance, the unconstitutionality of limiting a biological father's right to judicial establishment of fatherhood, the non-constitutionality of the ban for a biological father to demand the annulment of recognition of his child by another man and the non-constitutionality of the ban on posthumous recognition of a child by the father.¹³⁸ Moreover, in the *Róžański v. Poland*¹³⁹ case in 2006, the ECtHR questioned the lack of efficient means to enable a biological father to claim his personal rights with regard to his child in Polish law (Łętowska 2014, 23).

As noted in the *Austrian report*, 'modern' Austrian family law has become far more liberal than it once was (Perner and Zoppel 2014, 20). This comes from the fact that the EU principle of mutual recognition leads to the obligation of accepting foreign concepts. This causes the need to reform Austrian law in order to avoid inverse discrimination (Perner and Zoppel 2014, 20). The most prominent example of such a shift in policy choice is the *Registered Partnership Act*, which allows same-sex couples to enter a partnership that is similar to matrimony (Perner and Zoppel 2014, 21).

Also in *Germany*, the basic rights of the *Grundgesetz* resulted in several reforms of family law and the BGB. Most importantly, the stipulation of equality between men and women in Article 3 II *Grundgesetz* demanded the change of many provisions, with the elimination of the last 'primacy' of men concerning the family name by the *Bundesverfassungsgericht* in 1991.¹⁴⁰

In the field of equality in the rights of reproduction between men and women, there is an interesting Greek case¹⁴¹ in which the court held that not only women but also men have the right to reproduction, and thus, can have children by ovule donation and with the method of surrogacy (Deliyanni-Dimitrakou and Akrivopoulou 2014, 84).

As far as the question of abortion is concerned, surprisingly, not many national reports have included it in discussions on the influence of fundamental rights in family law. The *Polish report* emphasizes the fact that *Poland* is a very conservative country and, contrary to the situation before 1990 when abortion in *Poland* was widely allowed, now, it is allowed solely in the case of risk to the mother's life or health and genetic defects of the child (Łętowska 2014, 23). Unusually, even in such exceptional cases, Polish doctors and courts are very reluctant to recognize the admissibility of an abortion.

¹³⁸ Verdict of 28.4. 2003, K 18/02 CT verdict of 17.4. 2007, 20/05; CT verdict of 16.7.2007, SK 61/06. See Łętowska (2014, 23).

¹³⁹ *Róžański v. Poland*, no. 55339/00, ECtHR 2006.

¹⁴⁰ BVerfGE 84, 9, see Looschelders and Makowsky (2014, 21).

¹⁴¹ See *Chronicles of Private Law Journal*, 2009, p. 818.

It seems that there is a trend of increased protection of the family as a constitutional category, both in case law and in the legislation that governs family law in the participating jurisdictions. As it is derived from the *Croatian report*, this is manifested in numerous separate acts that provide for the protection of families in specific situations (e.g. domestic violence) (Josipović 2014, 26).

The theme, which will be central to family law reforms in different jurisdictions in the future, is in vitro fertilization (Perner and Zoppel 2014, 21). Artificial fertilization for same-sex couples and surrogacy, in particular, still raise controversial questions across the participating jurisdictions (Lilleholt 2014, 7). In *Austria*, the Austrian Supreme Court submitted a request to the Austrian Constitutional Court regarding the exclusion of homosexual couples from medically assisted reproduction (Perner and Zoppel 2014, 21).

In *Germany*, the general right of personality has begun to have some influence on family law, especially regarding the question of a child's paternity. In several decisions, the *Bundesverfassungsgericht* held that a child has the right to know its paternity.¹⁴² On the other hand, a child's claim to information against its own mother is, of course, also limited by her general right of personality.¹⁴³

When discussing family law, the frequent issue on agendas is the protection of family life in the case of third country nationals. This is an extremely controversial topic, as also seen through numerous decisions that have been held on this topic by European courts. It has been argued in the *Norwegian report* that protection of family life and the rights of a child should not permit the circumvention of immigration restrictions (Lilleholt 2014, 8).

1.5.5 Specifically on the Influence of Fundamental Rights in Inheritance Law

Context Inheritance law or the law of succession deals with the passing on of property, rights and obligations upon the death of an individual. Inheritance is implemented on the basis of the law or the last will.

Unmarried Couples The right to succeed is an important question that is raised in relation to the different types of unions. In most countries, extra-marital partners do not enjoy the equal right to succeed by law as spouses. This is the case in *Austria*, where solely spouses enjoy the right to succeed by law after their partner's death.¹⁴⁴ In *Norway*, there are some provisions that secure partners' rights after a separation

¹⁴² BVerfGE 79, 256; 96, 56; BVerfG NJW 2010, 3772 I, see Looschelders and Makowsky (2014, 22).

¹⁴³ BVerfGE 96, 56, see Looschelders and Makowsky (2014, 22).

¹⁴⁴ Section 757 et seq ABGB; see Perner and Zoppel (2014, 18).

and, since 2009, unmarried couples with children have some rights under inheritance law.¹⁴⁵

In some countries, extra-marital partners enjoy the same right to succeed as spouses. For example, in *Croatia*, the *Succession Act* of 2003 for the first time laid down that an extra-marital partner is a statutory heir. Also, in *Slovenia*, both heterosexual and same-sex unities by and large enjoy equal rights and are equally protected on a general basis. This is because special laws have put them on an equal footing. For instance, Article 10(3) of the *Inheritance Act* provides that a couple living in a long-term relationship inherit under the same rules as a married couple, if there are no reasons that would render their potential marriage invalid.

Same-sex Partners The Slovenian Constitutional Court held a remarkable decision in 2013 regarding the inheritance rights of same-sex partners. It held that the *Inheritance Act* is incompatible with the *Slovenian Constitution*, due to the unequal treatment of same-sex partners in comparison to different sex partners in access to inheritance rights. It ruled that unregistered same-sex partners that live in long-term relationships are entitled to the same inheritance rights as unmarried different-sex couples.¹⁴⁶ The Constitutional Court held that, until the elimination of inconsistencies, the same rules apply for same-sex partners as for inheritance between spouses under the *Inheritance Act*.

Unequal Treatment of Children Born out of Wedlock The ECtHR dealt with the issue of unequal treatment of children who are born in and out of the wedlock in the case of *Pla and Puncernau v. Andorra*.¹⁴⁷ This case dealt with the court decisions under which Mr Pla Puncernau, as an adopted child, could not inherit the estate of his adopted parent's mother (his grandmother). The case dates back to 1939, when Carolina Pujol Oller made a will before a notary. This had a clause that settled her estate on her son, Francesc-Xavier, as a life tenant, with the remainder given to the son or grandson of a 'lawful and canonical marriage'. The beneficiary under the will contracted a canonical marriage and the couple adopted a child, Antoni. He left part of his assets that he had inherited under his mother's will to his adopted son. The two great-grandchildren of Carolina Pujol Oller brought civil proceedings before the court, submitting that, as an adopted child, he could not inherit under the will of 1939. The High Court of Justice granted their claim and the Constitutional Court upheld it. The applicants alleged that those decisions amounted to discrimination between biological and adopted children in the enjoyment of inheritance rights.¹⁴⁸

The ECtHR admitted that, in theory, it is not required to settle disputes of a purely private nature.¹⁴⁹ However, the ECtHR held that it cannot remain passive

¹⁴⁵ Inheritance Act 3 March No. 5 (*lov om arv m.m.*) chapter III a. See Lilleholt (2014, 7).

¹⁴⁶ The Decision of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia No. U-I-425/06, 2 July 2009.

¹⁴⁷ *Pla and Puncernau v. Andorra*, no. 69498/01, ECtHR 2004.

¹⁴⁸ *ibid.*, § 31.

¹⁴⁹ *ibid.*, § 59.

where a national court's interpretation of a legal act is arbitrary or, as in the present case, blatantly inconsistent with the prohibition of discrimination, established by Article 14 *ECHR* and, more broadly, with the principles underlying the *ECHR*.¹⁵⁰ The ECtHR found that there had been a violation of Article 14 *ECHR* (prohibition of discrimination), which was read in conjunction with Article 8 *ECHR* (the right to respect for private and family life).

1.5.6 Specifically on the Influence in the EU

1.5.6.1 Harmonization

The EU Charter As far as EU countries are concerned, at first glance, the influence of EU law seems trivial, especially due to the lack of EU competence in substantive family law. However, the rights of a child are recognized as fundamental rights that are governed by Article 24 of the *EU Charter*, whereas the right to respect for private and family life is governed by Article 7 of the *EU Charter*.

Secondary Legislation Although substantive family law remains under the sole competence of EU countries, the EU is empowered to take measures concerning family law with cross-border implications.¹⁵¹ A notable regulation that is applicable in a conflict of law cases is *Brussels II bis Regulation*.¹⁵² With regard to the determination of a substantive national law that courts must apply, the *Rome III Regulation* was adopted through the enhanced cooperation in 2010.¹⁵³ In cross-border matters related to children, rules on parental responsibility are found in the *Brussels II bis Regulation*, whereas the maintenance claims are governed by the *Regulation on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition and Enforcement of Decisions and Cooperation in Matters Relating to Maintenance Obligations*.¹⁵⁴

In matters of cross-border succession, the *Regulation on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition and Enforcement of Decisions and Acceptance and Enforcement*

¹⁵⁰ *ibid.*

¹⁵¹ See the European Commission's webpage accessible at http://ec.europa.eu/justice/civil/family-matters/index_en.htm. Accessed 15 February 2015.

¹⁵² Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000, OJ L 338, 23.12.2003.

¹⁵³ Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation, OJ L 343, 29.12.2010.

¹⁵⁴ Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, OJ L 7, 10.1.2009.

*of Authentic Instruments in Matters of Succession and on the Creation of a European Certificate of Succession*¹⁵⁵ was adopted in 2012.

In the field of property effects of marriage and registered partnership, the European Commission proposed two separate regulations – one on matrimonial property regimes to implement rules for married couples and another, on patrimonial property to implement rules for registered partnerships.¹⁵⁶ Their aim was to enhance legal certainty and increase the predictability for international couples in identifying competent court and applicable law.

One directive that plays an important role in the EU Member States' family laws is the *Equal Treatment Directive* and the principle of equality between men and women and equal pay. In *Greece*, this jurisprudence led to the practice of extending the distribution of family allowances to the excluded categories, namely women employees (Deliyanni-Dimitrakou and Akrivopoulou 2014, 82).

1.5.6.2 The CJEU Case Law

Fundamental Rights of a Child The CJEU has expressly grounded its reasoning on the fundamental rights, which are governed by the *EU Charter*, in the case of *Detiček*.¹⁵⁷ Here, it interpreted *Brussels II bis Regulation* provisions to grant custody of a child. In this case, the CJEU noted that one of the fundamental rights of the child is the right, which is set out in the *EU Charter*, to maintain a personal relationship and direct contact on a regular basis with both parents and respect for that right is undeniably in the best interests of any child.¹⁵⁸

In the case of *Rinau*,¹⁵⁹ concerning the non-recognition of a decision that required the return of a child who was wrongfully retained in another Member State, the CJEU also expressly referred to the *EU Charter*. It noted that the *Brussels II bis Regulation* is based on the idea that the best interests of a child must prevail and it seeks to ensure respect for the fundamental rights of a child, as set out in Article 24 of the *EU Charter*.

Sexual Orientation Discrimination With regard to sexual orientation discrimination, the CJEU delivered some important judgments in which it referred to the *EU Charter* and, most notably, the non-discrimination principle, which is now governed

¹⁵⁵ Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions, acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession, OJ L 201, 27.7.2012.

¹⁵⁶ See the European Commission's webpage accessible at http://ec.europa.eu/justice/civil/family-matters/marriage/index_en.htm. Accessed 15 February 2015.

¹⁵⁷ Case C-403/09 PPU, *Detiček*, ECLI:EU:C:2009:810.

¹⁵⁸ *ibid.*, para. 54.

¹⁵⁹ Case C-195/08 PPU, *Rinau*, ECLI:EU:C:2008:406.

by Article 21 of the *EU Charter*. One case is *K.B.*,¹⁶⁰ which dealt with the right to inherit a pension after a transsexual partner is deceased when this possibility is absent, due to the fact that the law did not provide for a person to enter into a marriage after a change of sex. Here, the CJEU interpreted the *Equal Pay Directive*.¹⁶¹ The CJEU held that “in a situation such as that before the national court, there is an inequality of treatment which, although does not directly undermine the enjoyment of a right that is protected by [EU] law, affects one of the conditions for the grant of that right. As the Advocate General noted in point 74 of his Opinion, the inequality of treatment does not relate to the award of a widower’s pension but to a necessary precondition for the grant of such a pension – namely, the capacity to marry.”¹⁶²

Another case in the field of family law and sexual orientation discrimination is the case of *Römer*,¹⁶³ interpreting the *Equal Treatment Directive*.¹⁶⁴ This case dealt with the method of calculating an occupational pension scheme in the form of a supplementary retirement pension for former employees of a local authority and their survivors, which favoured married recipients over those living in a registered life partnership. The CJEU held that the difference between the treatment of a person who has entered into a life partnership with another person of the same-sex and a married person could constitute discrimination based on sexual orientation if the partners were in a legal and factual situation comparable to that of marriage.¹⁶⁵

Family Reunification Important lines of cases with implications for family law deal with Union citizens and their rights to family reunification, as well as other rights that are based on free movement provisions or directly on EU primary law. The most notable example concerns the rights of citizens and their family members who are third country nationals.¹⁶⁶ In the case of *O&S*, the CJEU noted that Article 7 of the *EU Charter*, which contains rights corresponding to those guaranteed by Article 8(1) of the *ECHR*, recognizes the right to respect for private and family life.¹⁶⁷ The CJEU held that “provision of the EU Charter must also be read in conjunction with the obligation to consider the child’s best interests, as recognized in Article 24(2) of the EU Charter, and taking into account the need, as expressed in Article 24(3), for a child to maintain on a regular basis a personal relationship with

¹⁶⁰ Case C-117/01, *K.B.*, ECLI:EU:C:2004:7.

¹⁶¹ Council Directive 75/117/EEC of 10 February 1975 on the approximation of the laws of the Member States relating to the application of the principle of equal pay for men and women, OJ L 45, 19.02.1975.

¹⁶² Case C-117/01, *K.B.*, ECLI:EU:C:2004:7, para. 30.

¹⁶³ Case C-147/08, *Römer*, ECLI:EU:C:2011:286.

¹⁶⁴ Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, OJ L 303, 02.12.2000.

¹⁶⁵ Case C-147/08, *Römer*, ECLI:EU:C:2011:286, para. 52.

¹⁶⁶ See, for example, Cases C-200/02, *Zhu and Chen*, ECLI:EU:C:2004:639; C-34/09, *Ruiz Zambrano*, ECLI:EU:C:2011:124; C-256/11, *Dereci*, ECLI:EU:C:2011:734; C-356/11, *O&S*, ECLI:EU:C:2012:776.

¹⁶⁷ Case C-356/11, *O&S*, ECLI:EU:C:2012:776, para. 76.

both parents”.¹⁶⁸ It held that the *Directive on the Right to Family Reunification*¹⁶⁹ cannot be interpreted and applied in such a manner that its application would disregard the fundamental rights, which are set out in those provisions of the *EU Charter*. What is more, “the Member States must not only interpret their national law in a manner that is consistent with EU law but also, make sure they do not rely on an interpretation of an instrument of secondary legislation, which would be in conflict with the fundamental rights that are protected by the legal order of the EU”.¹⁷⁰

Inheritance Law and Paid Annual Leave Concerning inheritance law, the CJEU delivered a noteworthy decision in the case of *Bollacke*.¹⁷¹ This case dealt with the interpretation of the *Working Time Directive*¹⁷² and the question of paid annual leave and the possibility of the allowance in lieu of leave in the event of the death of a worker. The CJEU held that the death of a worker, which ends the employment relationship, could not relieve the deceased worker’s employer of payment of the allowance in lieu of leave, to which that worker would ordinarily have been entitled.

1.6 The Influence of Fundamental Rights in Other Areas

1.6.1 *The Right to Privacy*

The Right to Privacy The right to privacy functions as a ‘window’ to the constitutional rights, which protects the private and personal sphere of an individual, e.g. dignity, free development of personality, religious freedom, privacy and data protection (Deliyanni-Dimitrakou and Akrivopoulou 2014, 55). As held in the Czech Constitutional Court’s decision, the right to a private life comprises the guarantee of self-determination in the sense of making crucial decisions about oneself.¹⁷³ This court ruled that the passive area of a private life covers the personal sphere, which is immanent to humanity itself, such as human dignity, personal honour, good reputation and also, the internal need of social contact and social integration. Therefore, private life encompasses ‘not only *internum*, but also *externum*’, which also applies to business, work or social activities.¹⁷⁴

¹⁶⁸ *ibid.*

¹⁶⁹ Council Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the right to family reunification, OJ L 251, 3.10.2003.

¹⁷⁰ Case C-356/11, *O&S*, ECLI:EU:C:2012:776, para. 76.

¹⁷¹ Case C-118/13, *Bollacke*, ECLI:EU:C:2014:1755.

¹⁷² Directive 2003/88/EC of the European Parliament and of the Council of 4 November 2003, concerning certain aspects of the organization of working time, OJ L 299, 18.11.2003.

¹⁷³ I.ÚS 1586/09, dated 6 March 2012, see Hurdík and Selucká (2014, 14).

¹⁷⁴ *ibid.*; see also Helleringer and Garcia (2014, 23).

In *Argentina*, where it is better known as the right to intimacy, it has been protected by the *Constitution* since 1853 (Belluscio 2014, 10). In *Germany*, the *Bundesgerichtshof* in 1954 ruled in its famous '*Leserbrief*' decision, in which it held that the right to privacy is a constitutionally guaranteed basic right. This has to be qualified as the 'other right' under § 823 I BGB and is protected as such by the general clause of tort law.¹⁷⁵ Thus, the claim for non-pecuniary damages that are caused by infringements of the right to privacy is directly derived from the constitution.¹⁷⁶ A claim is only accepted in the case of a severe infringement that cannot be compensated otherwise.¹⁷⁷ In *France*, case law established that a sole breach of the right to privacy grants a victim the right to compensation, while fault and damage are presumed. Thus, a victim is entitled to compensation even if no harm has been suffered (Helleringer and Garcia 2014, 23).

The main characteristic of the right of privacy is that it functions as an origin for the creation of new rights that are adapted by jurisprudence in a case-to-case basis (Deliyanni-Dimitrakou and Akrivopoulou 2014, 55). Interestingly, the law of privacy in *England* grew from the concept of a breach of confidence under the influence of Article 8 *ECHR* (Youngs 2014, 5–6).

Personality Rights An important influence of fundamental rights on private law is also seen in cases that concern personality rights, which are often invoked through the right to privacy. As noted in the *Dutch report*, tort law is more receptive to the influence of fundamental rights, particularly because it traditionally protects personality rights, which, in turn, are closely connected with fundamental rights (Cherednychenko 2014, 8). Fairly recently, courts have started to adjudicate on this right in some countries, such as *France*, where it is said to have accompanied the development of the protection of human dignity (Helleringer and Garcia 2014, 22).

In *Slovenia*, Article 35 of the *Constitution* provides rules on both the protection of the rights to privacy and personality rights. Moreover, the *Code of Obligations* governs the kind of civil penalty in Article 134, providing rules on the request to cease infringement of personal rights.¹⁷⁸ In *Croatia*, the *Obligations Act*, which has been in effect since 1 January 2006, introduced a new concept of liability for non-pecuniary damage – the so-called objective concept of non-pecuniary damage, which is based on the principle of the protection of personality rights (Josipović 2014, 15). As explained in the *Croatian report*, the objective concept of non-pecuniary damage is based on the rule that any violation of personality rights in itself constitutes a non-pecuniary damage.

In the *Netherlands*, the close link between personality rights and fundamental rights in private law was most strikingly shown in the 1994 judgment of the Dutch Supreme Court in civil matters in the *Valkenhorst* case (Cherednychenko 2014, 9).¹⁷⁹

¹⁷⁵ BGHZ 13, 334, 338; see Looschelders and Makowsky (2014, 10).

¹⁷⁶ Article 1 I, 2 I GG.

¹⁷⁷ BGHZ 128, 1, 12; see Looschelders and Makowsky (2014, 11).

¹⁷⁸ Article 134(1) of the Slovenian Code of Obligations.

¹⁷⁹ HR 15 April 1994, NJ 1994, 608 (*Valkenhorst*).

This case concerned a claim by a child who was born out of wedlock in a Roman Catholic institution, which provided support for unmarried mothers, against the Valkenhorst foundation that had taken over the functions of the institution in which she was born. The child claimed that Valkenhorst owed her a duty to disclose information that was provided by her mother, which would reveal the identity of her father. Valkenhorst rejected this claim on the grounds that it owed a duty of confidentiality to the mother. The Supreme Court upheld the claim of the child against Valkenhorst (Cherednychenko 2014, 9).

The general right to personality was used by the Dutch Supreme Court as a legal basis for the recognition of *the right to know one's origin*, which was considered controversial at the time the judgment was made. Nevertheless, 10 years later, this right was embedded in legislation (Cherednychenko 2014, 9). Another Dutch case, in which the general right to personality served as the foundation for the establishment of another new personality right in private law, was the case of *Parool* – this time, the right to be left alone.¹⁸⁰

Another interesting example of the right to personality acting as a ‘womb’ for the creation of new rights is illustrated in *Greece*, with cases that refer to the protection of environment as the specific quality and interest of the right of personality (Deliyanni-Dimitrakou and Akrivopoulou 2014, 57; see also Hatano 2014, 11). In a recent case,¹⁸¹ Greek courts were confronted with a controversy between a famous Greek singer and the monastic community of Meteora. The singer used the audiovisual material from a performance in the Meteora to promote her music. The monks claimed that these activities breached their personality rights. The court accepted their arguments, interpreting Article 57 of the *Greek Civil Code* in light of Article 24(1) of the *Constitution*, which protects cultural environment as a civil and social right (Deliyanni-Dimitrakou and Akrivopoulou 2014, 57). What is characteristic in this case is the fact that a collective and constitutionally protected interest, such as the environment, can acquire an intensive individualistic dimension when it is combined with the right of private law (Deliyanni-Dimitrakou and Akrivopoulou 2014, 57).

1.6.2 *Balancing the Right to Privacy and the Right to Freedom of Expression*

The Freedom of Expression and Balancing Freedom of expression sets limits to the protection of the right to privacy. Both rights need to be balanced against each other. The criteria that is normally used for the balancing of these two rights, as set out in the *Brazilian report*, has to do, among others, with the notoriety of the bearer

¹⁸⁰ HR 6 January 1995, *NJ* 1995, 422 (*Parool*); see Cherednychenko (2014, 9–10).

¹⁸¹ See Case 349/2001 MPPrTriK, *NoV* 2002, 153.

of the right of privacy, the place in which the fact occurred (public or private), the purpose of divulging the information and the social interest in the divulging of the information (Tepedino 2014, 10).

Celebrities The most famous decision emanates from a decision by the ECtHR in 2004, *Von Hannover v. Germany*, regarding the protection of celebrities against violations of their right to privacy.¹⁸² In its famous ruling, which concerned a press release of pictures that showed Princess Caroline of Monaco, the ECtHR criticized the criteria that were developed by German jurisprudence to protect the right to privacy against unauthorized photographs (Looschelders and Makowsky 2014, 10).¹⁸³ In this case, the ECtHR emphasized that the photos of the applicant in the various German magazines show her in scenes from her daily life, involving activities of a purely private nature such as engaging in sport, out walking, leaving a restaurant or on holiday.¹⁸⁴ The ECtHR considered that the decisive factor in balancing the protection of private life against freedom of expression should lie in the contribution that the published photographs and articles made to a debate of general interest.¹⁸⁵ Similarly, the Portuguese Supreme Court held that public figures have the right to privacy and news with no public interest that damages the honour and reputation of a public figure is wrongful.¹⁸⁶

In *Greece*, a characteristic case that highlights the clash between privacy and freedom of speech is that of the *Decision no 65/2004* of the One Member Civil Court of Athens. This concerned the dispute that arose when a well-known journalist published letters, which were illegally intercepted by a hacker, from the mother of a former Prime Minister of Greece, in which she advised her son on how to act in order to become Prime Minister (Deliyanni-Dimitrakou and Akrivopoulou 2014, 56). The Greek court vindicated the journalist, giving precedence to the freedom of the press over the right to privacy, invoking the highly political nature of the letters – which made their publication not only justified, but even imperative. However, the Court of Appeal of Athens, in its *Ruling no 9909/2005*, overturned the first-instance decision (Deliyanni-Dimitrakou and Akrivopoulou 2014, 56).

In *Hungary*, the personality rights and limits of freedom of expression have always been controversial and hence, the legislator found it necessary to insert two new clauses into the *new Civil Code* right before its final vote. Accordingly, from March 2014, there are two new clauses that regulate freedom of expression, namely one that is quite controversial on the limits of offensive speech towards a public figure and the other one, on collective defamation (Gárdos-Orosz 2014, 12).

In balancing these two constitutionally protected rights, the Czech Constitutional Court held that freedom of expression does not apply to any dissemination of information if it was dominantly motivated by a desire to harm the person defamed, if the

¹⁸² *Von Hannover v. Germany*, no. 59320/00, ECtHR 2004.

¹⁸³ EGMR NJW 2004, 2647 ff.

¹⁸⁴ *Von Hannover v. Germany*, no. 59320/00, § 61, ECtHR 2004.

¹⁸⁵ *ibid.*, § 76.

¹⁸⁶ The Supreme Court of Justice decision of 14 January 2010; see Monteiro et al. (2014, 35).

purveyor of the information did not believe this information or if it was supplied recklessly without paying attention to whether or not the information is based on truth (Hurdík and Selucká 2014, 14).¹⁸⁷ The Japanese Supreme Court awarded damages for the harm of reputation and violation of privacy to a woman whose aspects of private life were revealed in a special genre of literature, *Shi-shōsetu*, in which the author describes his private life with certain modifications and possibly also, revealing aspects of the private life of another person (Hatano 2014, 8).

Politicians In *Portugal*, the Portuguese Supreme Court's decision from 2006 showed that politicians also have the right to a good name and reputation. Furthermore, it showed that the rights to free speech and criticism, which are crucial in a democratic society, also have limits in cases of politicians who enjoy a lower protection of their rights to reputation (Monteiro et al. 2014, 34). Furthermore, on politicians and freedom of expression, the ECtHR delivered a remarkable decision in drawing the limits of freedom of expression in the case *Mladina d.d. Ljubljana v. Slovenia*.¹⁸⁸ On many occasions, the ECtHR has emphasized that a politician must display a greater degree of tolerance in a public debate than a private individual, especially when he, himself, makes public statements that are susceptible of criticism. In this connection, the ECtHR held that it “reiterates that journalistic freedom also covers possible recourse to a degree of exaggeration, provocation or, in other words, somewhat immoderate statements”.¹⁸⁹

ECtHR case law has had a strong influence on the issue of balancing the right to privacy and freedom of expression in European countries. This influence sometimes leads judges to balance these rights too vigorously in favour of the freedom of expression. Therefore, in a recent case, the ECtHR even held that the Norwegian Supreme Court had given too much weight to the protection of freedom of expression and, as such, had violated Article 8 *ECHR* on privacy.¹⁹⁰

Freedom of expression also affects private law in the *US*, where the horizontal effect of fundamental rights is rare and limited to the principle of non-discrimination and freedom of expression. Freedom of expression affects private law in areas of defamation and infliction of emotional distress (Miller 2014, 19–20). A landmark decision was held in the case *New York Times v. Sullivan*,¹⁹¹ in which the court ruled that the value expressed in the freedom of expression is “[t]he maintenance of the opportunity for free political discussion to the end that government may be responsive to the will of the people and that changes may be obtained by lawful means”. It held that a defamation action by a public official, relating to an official conduct, requires proof “that the statement was made with ‘actual malice’ – that is, with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not.”

¹⁸⁷ I.ÚS 1586/09, dated 6 March 2012.

¹⁸⁸ *Mladina d.d. Ljubljana v. Slovenia*, no. 20981/10, ECtHR 2014.

¹⁸⁹ *ibid.*, § 40.

¹⁹⁰ *A. v. Norway*, no. 28070/06, ECtHR 2009; see Lilleholt (2014, 4).

¹⁹¹ *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

This standard has been further expanded to apply to public figures generally and to the tort of intentional infliction of emotional distress (Miller 2014, 20).

1.6.3 *Specifically on the Right to Privacy and Personality Rights in the EU*

1.6.3.1 Harmonization

The EU Charter Both the right to privacy and personality rights are governed by Article 7 of the *EU Charter*, which reads: ‘Everyone has the right to respect for his or her private and family life, home and communications.’ The right to freedom of expression is governed by Article 11 of the *EU Charter*, providing that this right includes the freedom to hold opinions, as well as receiving and imparting information and ideas without the interference of public authority, regardless of frontiers. It also provides that the freedom and pluralism of the media shall be respected.

Concerning Internet data privacy, data protection is a fundamental right that is enshrined in Article 8 of the *EU Charter*. This sets the *EU Charter* apart from other major fundamental rights documents which, for the most part, treat the protection of personal data as an extension of the right to privacy.¹⁹² After the CJEU’s ruling in the case *Google Spain*,¹⁹³ in which it held that the right to be forgotten on the Internet exists, the European Commission proposed a new *Data Protection Regulation*. This aims to strike the right balance between the protection of personal data and freedom of expression.¹⁹⁴

1.6.3.2 The CJEU Case Law

Data Retention Directive Lately, the importance of fundamental rights at EU level has been demonstrated in several high profile cases that have related to the right of privacy. For instance, the CJEU declared the *Data Retention Directive*¹⁹⁵ as invalid. This is because it entails a wide-ranging and particularly serious interference with the fundamental rights to respect for private life, as well as the protection

¹⁹² See the webpage of the EU Fundamental rights agency, accessible at <http://fra.europa.eu/en/theme/data-protection-privacy>. Accessed 15 February 2015.

¹⁹³ Case C-131/12, *Google Spain SL*, ECLI:EU:C:2014:317.

¹⁹⁴ See the European Commission’s ‘Factsheet on ECJ’s ruling on the ‘right to be forgotten’’, accessible at http://ec.europa.eu/justice/data-protection/files/factsheets/factsheet_data_protection_en.pdf. Accessed 15 February 2015.

¹⁹⁵ Directive 2006/24/EC of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006 on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly available electronic communications services or of public communications networks and amending Directive 2002/58/EC, OJ L 105, 13.4.2006.

of personal data. Such interferences are not limited to what is strictly necessary and thus, do not meet the principle of proportionality.¹⁹⁶ Remarkably, the CJEU has not limited the temporal effect of its judgment, thus the declaration of invalidity has taken effect from the date on which the directive entered into force.

The Right to Be Forgotten The CJEU also went far in protecting the right to respect for private life and personal data protection. This is governed by Article 7 and 8 of the *EU Charter*, with the judgment on the Internet browser, Google, which is widely used across the whole world. This judgement had great impact. In this case, *Google Spain*,¹⁹⁷ the CJEU pronounced the right to be forgotten on the Internet. The case dealt with the interpretation of the *Data Protection Directive*¹⁹⁸ and Article 7 and 8 of the *EU Charter*. The request for preliminary ruling was made in proceedings between, on the one hand, ‘Google Spain’ and Google Inc. and, on the other, the Agencia Española de Protección de Datos (Spanish Data Protection Agency, the AEPD) and Mr Costeja González. This concerned a decision by the AEPD upholding the complaint, which was lodged by Mr Costeja González against those two companies, and ordered Google Inc. to adopt the necessary measures to withdraw personal data relating to Mr Costeja González from its index, as well as to prevent access to such data in the future.¹⁹⁹ When the Internet user entered his name in the search engine of the Google group (‘Google Search’), a list of results would display links to two pages of a newspaper from 1998. Those pages, in particular, contained an announcement for a real-estate auction, which was organized following the attachment proceedings for the recovery of social security debts that were owed by Mr Costeja González. Advocate General Jääskinen referred to four different rights that are laid down in the *EU Charter* in his Opinion, aside from Articles 7 and 8, also Article 11, which governs freedom of expression and information, and Article 16, which governs the freedom to conduct a business.²⁰⁰ The CJEU held that the data subject could, in light of his fundamental rights under Articles 7 and 8 of the *EU Charter*, request that the information in question no longer be made available to the general public on account of its inclusion in such a list of results. It also held that those rights override, as a rule, not only the economic interest of the operator of the search engine but also, the interest of the general public in having access to that information upon a search relating to the data subject’s name, unless the interference with his fundamental rights is justified for particular reason, such as the role played by the data subject in public life.²⁰¹

¹⁹⁶ Joined Cases C-293/12 and C-594/12, *Digital Rights Ireland*, ECLI:EU:C:2014:238.

¹⁹⁷ Case C-131/12, *Google Spain SL*, ECLI:EU:C:2014:317.

¹⁹⁸ Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, OJ L 281, 23.11.1995.

¹⁹⁹ Case C-131/12, *Google Spain SL*, ECLI:EU:C:2014:317, para. 2.

²⁰⁰ Opinion of Advocate General Jääskinen in Case C-131/12, *Google Spain SL*, ECLI:EU:C:2013:424.

²⁰¹ *ibid*, para. 99.

The Right to Write a Name in a Certain Way Concerning personality rights, the CJEU has developed case law that deals with the issue of the right to write a name in a certain way. One of the cases, *Grunkin-Paul*, deals with private international law on surnames, concerning non-recognition in the Member State of which a person is a national of the surname acquired in the Member State of birth and residence.²⁰² The case concerned a child who was born in Denmark who only had, like his parents, a German nationality. The child was registered in Denmark – in accordance with Danish law – under the compound surname, *Grunkin-Paul*, combining the name of his father (*Grunkin*) and the name of his mother (*Paul*), who did not use a common married name. After moving to Germany, German authorities refused to recognize the surname of the child, as it had been determined in Denmark. In her Opinion, Advocate General Sharpston referred to the consideration of best interest of the child, enshrined in Article 24(2) of the *EU Charter*.²⁰³ The CJEU held that having to use a surname in the Member State of which the person concerned is a national, which is different from that conferred and registered in the Member State of birth and residence, is liable to hamper the exercise of the right – then established in Article 21 *TFEU* – to move and reside freely within the territory of the Member States.²⁰⁴

Nobility Titles The CJEU decided on the right to use a title of nobility and nobiliary particle, forming part of the surname in relation to the right to respect for private and family life, which is governed by Article 7 of the *EU Charter* and equality before the law, which is governed by Article 20 of the *EU Charter* in the case of *Sayn-Wittgenstein*.²⁰⁵ The case dealt with the public authority decision to correct the entry in a register of civil status of the family name ‘Fürstin von Sayn-Wittgenstein’ (Fürstin is a princess in English), which was acquired in Germany, and to replace it with the name ‘Sayn-Wittgenstein’. This was because the Austrian *Law on the abolition of the nobility* abolished the use of titles of nobility, with the objective to implement a more general principle of equality before the law of all Austrian citizens. The CJEU noted that “a person’s name is a constituent element of his identity and of his private life, the protection of which is enshrined in Article 7 of the *EU Charter* and in Article 8 of the *ECHR*.” However, the CJEU noted that Member States are allowed to impose proportionate limitations that are based on objective considerations. For example, those derived from national identity, such as the Austrian *Law on the abolition of the nobility*, in the context of Austrian constitutional history.²⁰⁶

²⁰² Case C-353/06, *Grunkin-Paul*, ECLI:EU:C:2008:559.

²⁰³ Opinion of Advocate General Sharpston in Case C-353/06, *Grunkin-Paul*, ECLI:EU:C:2008:246, para. 9.

²⁰⁴ Case C-353/06, *Grunkin-Paul*, ECLI:EU:C:2008:559, para. 22.

²⁰⁵ Case C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, ECLI:EU:C:2010:806.

²⁰⁶ *ibid.*, para. 83.

1.7 Conclusion

As this brief summary of the substance of national reports has shown, the influence of fundamental rights in different spheres of private law exists, though limited and predominately indirect, in various fields of horizontal relationships. This influence is shown through the impact of fundamental rights on the interpretation of different private law concepts and legal rules, since the fundamental rights are mostly applied to private law clauses as interpretative measures, which influence their content.

This general report focuses, in particular, on the application and influence of fundamental rights in private law, as reflected in case law and legislation. In doing so, several trends can be identified. In contract law, the ‘radiating effect’ of fundamental rights is particularly evident through the limitations of the principle of freedom of contract, with the role of restoring the balance among the contracting parties, most notably in consumer protection law. Also, the influence of fundamental rights is grasped in cases that concern surety and tenancy. In tort law, the influence of fundamental rights is most notable in the protection of personality rights. In property law, the influence of fundamental rights is mostly linked to the limitations of the right to property with different objectives, for example, to ensure respect for the right to equality, freedom of expression, freedom of religion and, in general, the right to privacy, as well as the freedom to receive information. Lastly, in family law, the influence of fundamental rights is especially relevant for private law discourse with regard to the role of the principle of equality in granting rights to different civil unions and the scope of a father’s rights. One of the reasons for the increasingly important influence of fundamental rights in private law is that society itself is changing (for example, the rights granted to same-sex relationships and awareness of the right to privacy).

Appendix: Questionnaire to Provide Guidance to National Reporters

Session II A: Droit Civil/Civil Law

Sujet/Subject: Le rayonnement des droits de l’Homme et des droits fondamentaux en droit privé/The influence of human rights and basic rights in private law

Questionnaire

Part I: Introduction

- (a) When has the concept of human rights and basic rights (fundamental rights) first appeared in jurisprudence, legal literature and legislation in your country and with which meaning?

- (b) What is the position of your country towards international conventions on human rights? What are the reasons for full or partial reluctance to participate in international and regional conventions on human rights?
- (c) Does a legal definition of human rights and basic rights exist in your country? Is there a legal text which deals with all or certain types of rights? What are the sources of human rights and basic rights in your country?
- (d) What is the major function of human rights and basic rights in your country?
- (e) Which human rights and basic rights are most commonly litigated before the courts and tribunals in your country?
- (f) Are there any legal limits (from your constitution or from another legal source) to the protection of human rights and basic rights? If so, what are they and what are the justifications of these limits?
- (g) Is there a possibility to review the legislation, jurisprudence and other acts on the basis of human rights and basic rights?
- (h) Is there an independent and autonomous body exercising constitutional review in your country? What are the conditions for the standing of private individuals?

Part II: The influence of human rights and basic rights in contract law

- (a) What are the general principles of the contract law in your country (e.g. freedom of contract)?
- (b) Is there any rule in the legislation or case law that allows deviation from those general principles in order to protect human rights and basic rights? Is there any possibility to limit the freedom of contract with the use of human rights and basic rights? How have these rules developed in your country?
- (c) Is there any possibility to eliminate the imbalance between the parties (e.g. possibility to protect the weaker party)?
- (d) To what extent does the case law on human rights and basic rights of the regional and international courts influence the content of the contract law in your country? If coming from EU member state country, pay special attention to the Court of Justice of the EU case law and its impact on the contract law via rules, changes in legislation and the activity of the national courts.
- (e) What are general trends and solutions in the case law and legislation on contract law with respect to human rights and basic rights?
- (f) Are human rights and basic rights that are transplanted into private law modified and adapted to the private law?
- (g) Are there any *de lege ferenda* suggestions for changes in contract law that would reflect the influence of human rights and basic rights?

Part III: The influence of human rights and basic rights in tort law

- (a) What are the general principles of the tort law in your country?
- (b) Elaborate on a right to privacy in your country. Is there any requirement in legislation or case law for a right to privacy to be balanced against freedom of expression?

- (c) Does a right to non-pecuniary damages exist in your country? What kind of non-pecuniary damages? Are human rights and basic rights influencing the scope of those damages?
- (d) Is there any rule in the legislation or case law that allows deviation from the general principles of the tort law in order to protect human rights and basic rights? How have these rules developed?
- (e) To what extent does the case law on human rights and basic rights of the regional and international courts influence the content of the tort law in your country? If coming from EU member state country, pay special attention to the Court of Justice of the EU case law and its impact on the tort law via rules, changes in legislation and the activity of the national courts.
- (f) What are general trends and solutions in the case law and legislation on tort law with respect to human rights and basic rights?
- (g) Are human rights and basic rights that are transplanted into private law modified and adapted to the private law?
- (h) Are there any *de lege ferenda* suggestions for changes in tort law that would reflect the influence of human rights and basic rights?

Part IV: The influence of human rights and basic rights in property law

- (a) What are the general principles of the property law in your country? Elaborate also on intellectual property law.
- (b) Is there any rule in the legislation or case law that allows deviation from those general principles in order to protect human rights and basic rights? Concentrate, among others, also on freedom of expression, access to information, the right to protection of personal data and the freedom to receive or impart information.
- (c) To what extent does the case law on human rights and basic rights of the regional and international courts influence the content of the property law in your country? If coming from EU member state country, pay special attention to the Court of Justice of the EU case law and its impact on the property law via rules, changes in legislation and the activity of the national courts.
- (d) What are general trends and solutions in the case law and legislation on property law with respect to human rights and basic rights?
- (e) Are there any *de lege ferenda* suggestions for changes in property law that would reflect the influence of human rights and basic rights?

Part V: The influence of human rights and basic rights in family law

- (a) What are the general principles of the family law in your country?
- (b) Is there different legal treatment of married and unmarried couples in your country? Elaborate on legislation and case law.
- (c) Is there any impact of the right to family life on the legislation and case law in your country?
- (d) Is there any rule in the legislation or case law that allows deviation from the general principles of family law in order to protect human rights and basic rights?

- (e) To what extent does the case law on human rights and basic rights of the regional and international courts influence the content of the family law in your country?
- (f) If coming from EU member state country, pay special attention to the Court of Justice of the EU case law and its impact on the family law via rules, changes in legislation and the activity of the national courts.
- (g) What are general trends and solutions in the case law and legislation on family law with respect to human rights and basic rights?
- (h) Are there any *de lege ferenda* suggestions for changes in family law that would reflect the influence of human rights and basic rights?

Part VI: The influence of human rights and basic rights in other fields of private law

- (a) Elaborate on the influence of human rights and basic rights on the content of copyright law, especially in the connection with the development of information society.
- (b) Elaborate on the influence of human rights and basic rights on the position of consumers and the consumer protection in your country.
- (c) Elaborate on the influence of human rights and basic rights on personality rights.
- (d) Elaborate on the influence of human rights and basic rights on inheritance law.
- (e) Elaborate on any other relevant influence of human rights and basic rights in private law in your country.

Bibliography

- Basedow, J. 2008. Freedom of Contract in the European Union. *European Review of Private Law* 16:901–923.
- Basedow, J. 2010. The Court of Justice and Private Law: Vacillations, General Principles and the Architecture of the European Judiciary. *European Review of Private Law* 18:443–447.
- Bruggemeier, G., Colombi Ciacchi, A., and Comandé, G. 2010. *Fundamental Rights and Private Law in the European Union*. Cambridge: CUP.
- Busch, C., and Schulte-Nölke, H. 2010. *EU Compendium – Fundamental Rights and Private Law*. Munich: Sellier.
- Cartwright, J. 2007. *Contract Law: An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*. Oxford: Hart Publishing.
- Cherednychenko, O. O. 2007a. Fundamental rights, contract law and the protection of the weaker party. A comparative analysis of the constitutionalisation of contract law, with emphasis on risky financial transactions. Munich: Sellier.
- Cherednychenko, O. O. 2007b. Fundamental rights and private law: A relationship of subordination or complementarity. *Utrecht Law Review* 3:1–25.
- Ciacchi, A. 2014. European Fundamental Rights, Private Law, and Judicial Governance. In *The Constitutionalization of European Private Law*, ed. Hans-Wolfgang Micklitz, 102–136. Oxford: OUP.
- Collins, H. 2003. *The Law of Contract (Law in Context)*. Cambridge: CUP.

- Collins, H. 2014. The Constitutionalization of European Private Law as a Path to Social Justice? In *The Constitutionalization of European Private Law*, ed. Hans-Wolfgang Micklitz, 133–166. Oxford: OUP.
- Cooke, J. and Cooke, P. 2005. *Law of Tort*. Harlow: Pearson Longman.
- Engle, E. 2009. Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung). *Hanse Law Review* 5:165–173.
- Koziol, H. 2012. *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*. Vienna: Sramek Verlag Kg.
- Lawrence, JC. 2012. Kiobel and the Commission. *European Law Blog*. <http://europeanlawblog.eu/?p=950>. Accessed 15 Sep 2014.
- Leczykiewicz, D. 2013. Horizontal Application of the Charter of Fundamental Rights. *European Law Review* 38:479.
- Mak, C. 2008. Fundamental rights in European contract law: a comparison of the impact of fundamental rights on contractual relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England. *Alphen an den Rijn: Kluwer Law International*.
- McKendrick, E. 2012. *Contract Law: Text, Cases, and Materials*. Oxford: OUP.
- Micklitz, H.-W. (ed.). 2014. *Constitutionalization of European Private Law*. Oxford: OUP.
- Perner, S. 2013. *Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht*. Mohr Siebeck: Tübingen.
- Smith, R. J. 2009. *Property Law*. Harlow: Pearson Longman.
- Smits, J. M. 2002. *The Making of European Private Law: Toward a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal System*. Cambridge: Intersentia.
- Smits, J. M. 2006. Private law and fundamental rights: a sceptical view. In *Constitutionalisation of Private Law*, ed. Barkhuysen T., and Lindenbergh, S., 9–22. Leiden: Brill.
- Streinz, R. 2014. Streit um den Grundrechtsschutz? Zum Grundrechtsschutz in der Europäischen Union nach den Urteilen des EuGH in den Fällen Åkerberg Fransson und Melloni und des BVerfG zur Antiterrordatei. In *Festschrift für Manfred A. Dause zum 70. Geburtstag*, ed. Heid, H., Stotz, R., and Verny, A., 429–443. Munich: Beck C. H.
- Trstenjak, V. 2013. Procedural Aspects of European Consumer Protection Law and the Case Law of the CJEU. *European Review of Private Law* 21:451–478.
- Trstenjak, V., and Beysen, E. 2013. The Growing Overlap of Fundamental Freedoms and Fundamental Rights in the Case Law of the CJEU. *European Law Review* 38:293–315.
- Trstenjak, V., and Brkan, M. 2012. *Pravo EU: Ustavno, procesno in gospodarsko pravo*. Ljubljana: GV Založba.
- Twigg-Flesner, C. 2013. *The Europeanisation of Contract Law: Current Controversies in Law*. Abingdon: Routledge.
- Van Dam, C. 2013. *European Tort Law*. Oxford: OUP.
- Van Erp, S., Salomons, A., and Akkermans, B. (eds.). 2012. *The Future of European Property Law*. Munich: Sellier.
- WIPO Brochure. What is Intellectual Property. http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/en/intproperty/450/wipo_kpub_450.pdf. Accessed 15 Sep 2014.

General Report and National Reports

- Belluscio, A. C. 2014. Argentinean report on the influence of human rights and basic rights in private law. IACL Congress.
- Cherednychenko, O. O. 2014. Dutch report on the influence of human rights and basic rights in private law. IACL Congress.
- Deliyanni-Dimitrakou, C., and Akrivopoulou, C. M. 2014. Greek report on the influence of human rights and basic rights in private law. IACL Congress.

- Gárdos-Orosz, F. 2014. Hungarian report on the influence of human rights and basic rights in private law. IACL Congress.
- Hatano, H. 2014. Japanese report on the influence of human rights and basic rights in private law. IACL Congress.
- Helleringer, G. and Garcia, K. 2014. French report on the influence of human rights and basic rights in private law. IACL Congress.
- Hurdík, J., and Selucká, M. 2014. Czech report on the influence of human rights and basic rights in private law. IACL Congress.
- Josipović, T. 2014. Croatian report on the influence of human rights and basic rights in private law. IACL Congress.
- Łętowska, E. 2014. Polish report on the influence of human rights and basic rights in private law. IACL Congress.
- Lilleholt, K. 2014. Norwegian report on the influence of human rights and basic rights in private law. IACL Congress.
- Looschelders, D., and Makowsky, M. 2014. German report on the influence of human rights and basic rights in private law. IACL Congress.
- Miller, J. H. 2014. The US report on the influence of human rights and basic rights in private law. IACL Congress.
- Monteiro, J. S. *et al.* 2014. Portuguese report on the influence of human rights and basic rights in private law. IACL Congress.
- Navarretta, E. and Bargelli, E. 2014. Italian report on the influence of human rights and basic rights in private law. IACL Congress.
- Perner, S., and Zoppel, M. 2014. Austrian report on the influence of human rights and basic rights in private law. IACL Congress.
- Samson, M., and Langevin, L. 2014. Quebecois report on the influence of human rights and basic rights in private law. IACL Congress.
- Tepedino, G. 2014. Brazilian report on the influence of human rights and basic rights in private law. IACL Congress.
- Trstenjak, V. 2014. General report: The influence of human rights and basic rights in private law. IACL Congress.
- Weingerl, P. 2014. Slovenian report on the influence of human rights and basic rights in private law. IACL Congress.
- Youngs, R. 2014. English report on the influence of human rights and basic rights in private law. IACL Congress.

Part II
National Reports

Chapter 2

Le rayonnement des droits de l'Homme et des droits fondamentaux en droit privé argentin

Augusto César Belluscio

2.1 Droits de l'Homme et droits fondamentaux en Argentine

2.1.1 *La Constitution argentine*

Sans pourtant utiliser l'expression « droits de l'Homme », depuis 1853 la Constitution argentine (Constitution) consacre dans son premier chapitre, intitulé « *Déclarations, droits et garanties* », les droits fondamentaux des personnes. Ni la doctrine ni la jurisprudence ne font des différences entre « droits de l'homme » et « droits fondamentaux ».

La Constitution fait d'abord une énonciation générale de ces droits dans son article 14, qui dit: « *Tous les habitants de la Nation jouissent des droits suivants, conformément aux lois qui réglementent leur exercice, à savoir: de travailler et d'exercer toute industrie licite, de naviguer et commercer, d'adresser des pétitions aux autorités, d'entrer, rester, transiter et sortir du territoire argentin, de publier leurs idées par la presse sans censure préalable, d'utiliser et disposer de leur propriété, de s'associer avec des buts utiles, de professer librement leur culte, d'enseigner et d'apprendre* ».

Puis, l'article 15 supprime l'esclavage et affirme la liberté d'un petit nombre d'esclaves qu'il y avait encore à l'époque. Par conséquent, il interdit l'achat et la vente de personnes, qu'il considère comme un délit qui entraîne la responsabilité des contractants et du notaire qui l'autorise. La loi 26.364 règle la prévention et la punition de la traite des êtres humains et son exploitation, laquelle comprend la réduction à l'esclavage ou à la servitude, le fait de les obliger à la réalisation de travaux ou de services forcés, la promotion, la facilitation, le développement de tout

A.C. Belluscio (✉)
Faculté de Droit et Sciences Sociales de l'Université de Buenos Aires,
Buenos Aires, Argentine
e-mail: acbelluscio@yahoo.com.ar

commerce sexuel, l'obtention de profit de celui-ci, et l'extraction illicite d'organes ou de tissus humains (articles 1 à 4). Les sanctions sont les suivantes : si la victime est majeure de 18 ans, de 3 à 6 ans de prison, 4 à 10 ans si l'auteur est ascendant, conjoint, allié en ligne directe, frère, tuteur, curateur, cohabitant, chargé de l'éducation ou de la garde, ministre de quelque culte ou fonctionnaire public ; si le fait fut commis par trois personnes ou plus de manière organisée et si les victimes sont trois ou plus. Si la victime est mineure et âgée de plus de 13 ans, la sanction est de 4 à 10 ans de prison ; si elle est mineure et âgée de moins de 13 ans, de 6 à 15 ans de prison ; dans les deux cas, la prison est de 10 à 15 ans s'il y a les mêmes circonstances aggravantes que celles qui s'appliquent quand la victime est majeure et si l'auteur agit moyennant dol, fraude, violence, menaces ou use de tout autre moyen d'intimidation ou de contrainte, d'abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité, concession ou réception de paiements ou bénéfices afin d'obtenir le consentement de celui qui jouit d'autorité sur la victime (articles 145 bis et 145 du code pénal).

L'article 16 pose le principe d'égalité : *« La Nation argentine n'admet aucune prérogative de sang ni de naissance : en elle, il n'y a point de fors personnels ni de titre de noblesse. Tous ses habitants sont égaux face à la loi, et admissibles dans les emplois à la seule condition d'être capables. Les impôts et les charges publiques se basent sur l'égalité ».*

L'article 17 reconnaît le droit de propriété des biens matériels ainsi que des droits intellectuels : *« La propriété est inviolable, et aucun habitant de la Nation ne peut être privé d'elle, sauf en vertu de jugement fondé sur la loi. L'expropriation pour cause d'utilité publique doit être qualifiée par loi et indemnisée préalablement. Seule le Congrès impose les contributions... Aucun service personnel n'est exigible, sauf en vertu de loi ou de jugement fondé sur la loi. Tout auteur ou inventeur est le propriétaire exclusif de son œuvre ou de sa découverte pendant le délai prévu par la loi. La confiscation des biens est supprimée pour toujours du code pénal argentin. Aucun corps armé ne peut faire de réquisition, ni exiger des secours d'aucune espèce ».*

L'article 18 consacre le droit de défense, l'inviolabilité du domicile, du courrier et des documents privés, interdit les tortures et garantit la propreté et la sécurité des prisons : *« Aucun habitant de la Nation ne peut être puni sans jugement préalable basé sur une loi précédant les faits du procès, ni jugé par des commissions spéciales, ni soumis au jugement d'autre juge que celui qui fut désigné par la loi avant les faits de la cause. Personne ne peut être obligé de déclarer contre soi-même, ni arrêté sauf en vertu d'ordre écrit d'autorité compétente. La défense de la personne et de ses droits devant les tribunaux est inviolable. Le domicile est inviolable, de même que le courrier et les documents privés, et une loi disposera dans quels cas et avec quelle justification on pourra procéder à sa perquisition et occupation. La peine de mort pour des motifs politiques, toute espèce de tortures et les coups de fouet sont abolis pour toujours. Les prisons de la Nation seront salubres et propres, pour la sécurité et pas pour la punition de ces qui sont y détenus, et toute mesure qui sous prétexte de précaution porte à les mortifier au-delà de ce que celle-ci l'exige rendra responsable au juge qui l'autorise ».*

L'article 19 établit le droit à la vie privée: « *Les actions privés des hommes qui ne font point offense à l'ordre et la moralité publique, ni ne portent préjudice aux tiers, ne sont réservés qu'à Dieu et sont exemptés de l'autorité des magistrats. Aucun habitant de la Nation n'est obligé de faire ce que la loi n'ordonne pas ni n'est privé de ce qu'elle n'interdit pas* ».

Finalement, l'article 20 octroie aux étrangers résidant en Argentine les mêmes droits qu'aux nationaux: « *Les étrangers jouissent dans le territoire de la Nation de tous les droits civils des citoyens ; ils peuvent exercer leur industrie, leur commerce et leur profession, posséder des biens immeubles, les acheter et les vendre, naviguer sur les fleuves et au large des côtes, exercer librement leur culte, tester et se marier conformément aux lois. Ils ne sont ni obligés d'admettre la citoyenneté, ni contraints de payer des contributions forcées extraordinaires...* ».

Toutefois, la protection constitutionnelle n'est pas limitée aux droits expressément prévus par le texte. En ce sens, l'article 33 dit: « *Les déclarations, droits et garanties énoncés par la Constitution, ne seront pas interprétés comme portant négation d'autres droits et garanties non énumérés mais qui surgissent du principe de la souveraineté du peuple et de la forme républicaine de gouvernement* ».

D'ailleurs, la réforme de 1957 inclut un article 14 bis qui protège le travail: « *Le travail dans ses différentes formes jouit de la protection des lois, qui fourniront aux travailleurs des conditions dignes et équitables de travail, la journée limitée, le repos et les vacances payées, une rémunération juste, un salaire minimum vital et mobile, un salaire égal pour un travail égal, la participation dans les bénéfices des entreprises avec contrôle de la production et collaboration dans la direction, la protection contre le licenciement arbitraire, la stabilité des employés publics, et une organisation syndicale libre et démocratique reconnue moyennant la simple inscription dans un registre spécial* ».

2.1.2 L'Introduction de l'expression « droits de l'Homme »

En 1935, un candidat à la fonction de gouverneur de la province de Cordoba, Amadeo Sabattini (élu gouverneur par la suite), introduisit l'expression « droits de l'Homme » – en espagnol, « *derechos humanos* », c'est-à-dire, droits humains – dans sa plateforme électorale. C'était avant la Déclaration Universelle des droits de l'Homme des Nations Unies (Ferrero 1984, 100).

Dans la jurisprudence, ladite expression et une convention internationale sur les droits de l'homme furent utilisées pour la première fois en 1958, lors d'un arrêt de la Cour Suprême à l'occasion de l'action en garantie des droits (« *recurso de amparo* » ou, avec plus de précision, « *acción de amparo* ») d'une entreprise textile dont les ouvriers en grève avaient occupé l'usine empêchant son fonctionnement afin de faire pression sur les employeurs et les obliger ainsi à accepter leurs demandes. La défenderesse avait soutenu que l'action en garantie des droits n'était admissible que contre les actes de l'autorité publique et pas contre ceux des particuliers. La Cour Suprême dit: « *Il n'y a rien, ni dans la lettre ni dans l'esprit de la*

Constitution qui permette d'affirmer que la protection des dits droits humains – parce qu'ils sont les droits fondamentaux de l'homme– soit limitée aux atteints provenant de l'autorité. Il n'y a rien, non plus, qui permette d'affirmer que l'atteinte illégitime, grave et manifeste contre n'importe quel droit qui fait partie de la liberté lato sensu manque de la protection constitutionnelle adéquate –qui est, bien sûr, celle de l'habeas corpus et de l'action en garantie des droits, pas celle des procès ordinaires– pour la seule circonstance que cet attentat émane d'autres particuliers ou de groupes organisés d'individus. Essayer des arguments trop techniques pour justifier cette distinction implique d'interpréter la Constitution de sorte qu'elle protège réellement, non pas les droits essentiels mais seulement les violations manifestes de ces droits. Les circonstances concrètes de ce litige-ci constituent elles-mêmes un exemple significatif».¹

2.1.3 Les Conventions internationales et la législation nationale

La République Argentine fait partie des conventions internationales suivantes : Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, approuvée par la Conférence internationale américaine qui eut lieu à Bogotá, Colombie, du 30 mars jusqu'au 2 mai 1948 ; Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée par la résolution 217-A (III) de l'Assemblée Générale des Nations unies du 10 décembre 1948 ; Convention américaine sur les droits de l'homme (Pacte de San José au Costa Rica), souscrite le 22 novembre 1969 et approuvée par la loi argentine 23.054 de mars 1984 ; Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels, adopté par résolution de l'Assemblée générale des Nations unies 2200-A (XXI) du 16 décembre 1986 et approuvé par la loi argentine 23.313 du 17 avril 1986 ; Pacte international des droits civils et politiques, adopté par la même résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies et approuvé par la même loi argentine ; Convention sur la prévention et sanction du délit de génocide, adoptée par résolution de l'Assemblée générale des Nations unies 260 A (III) du 9 décembre 1948 et approuvée par le décret-loi argentin 6286/56 du 9 avril 1956 ; Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, adoptée par la résolution 2106-A (XX) des Nations unies du 21 décembre 1965 et approuvée par la loi argentine 17.722 du 26 avril 1968 ; Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination contre la femme, adoptée par la résolution de l'Assemblée générale des nations unies 34/180 du 18 décembre 1979 et approuvée par la loi argentine 23.179 du 8 mai 1985 ; Convention contre la torture et les autres traitements ou peines cruels, inhumains ou dégradants, adoptée par la résolution de l'Assemblée générale des Nations unies 3/46 du 10 décembre 1984 et approuvée par la loi argentine 23.338 du 30 juin 1986 ; Convention sur les droits de l'enfant,

¹ S.R.L. Samuel Kot, *Fallos* (recueil des arrêts de la Cour suprême) 241.291, notamment pages 299 et suivantes.

adoptée par la résolution 44/25 de l'Assemblée générale des Nations unies du 20 novembre 1989 et approuvée par la loi argentine 23.849 du 27 septembre 1990; Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité adoptée par la résolution de l'Assemblée générale des Nations unies 2391 (XXIII) du 26 novembre 1968 et approuvée par la loi argentine 24.584 du 1 novembre 1985, avec hiérarchie constitutionnel selon la loi 25.778 du 20 août 2003; Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes, adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies de Belem de Pará, Brésil, le 9 juin 1994 et approuvée par la loi argentine 24.556 du 13 septembre 1995, avec hiérarchie constitutionnelle selon la loi 24.820 du 30 avril 1997.

La jurisprudence de la Cour Suprême avait tranché un différend doctrinal en établissant que, conformément à la Convention de Vienne sur le droit des traités approuvée par la loi 19.865, les conventions internationales ont une valeur supérieure à celle des lois ordinaires, de sorte que, une fois approuvées, elles ne peuvent pas être abrogées par une loi du Congrès.² La Cour dit dans ce cas :

« ... un traité international conclu conformément à la Constitution, et ratifié internationalement, est fédéral, puisque le Pouvoir exécutif conclut et signe les traités (article 86, alinéa 14, Constitution nationale), le Congrès national les rejette ou les approuve moyennant les lois fédérales (article 67, alinéa 19, Constitution nationale) et le Pouvoir exécutif ratifie les traités approuvés par loi, en créant un acte fédéral. L'abrogation d'un traité international par une loi du Congrès viole la distribution de compétences imposée par la Constitution nationale elle-même, parce que moyennant une loi on pourrait abroger un acte complexe fédéral. Ceci pourrait constituer un avancement inconstitutionnel du Pouvoir législatif national sur les attributions du Pouvoir exécutif national, qui est le seul qui conduit les affaires étrangères de la Nation (article 86, alinéa 14, Constitution nationale).

« ... la Convention de Vienne sur le droit des traités – approuvée par la loi 19.865, ratifiée par le Pouvoir exécutif national le 5 décembre 1972 et en vigueur depuis le 27 janvier 1980 – confère primauté au droit international conventionnel sur le droit interne. Maintenant cette priorité de rang fait partie de l'ordre juridique argentin. La convention est un traité international, avec validité constitutionnelle, qui octroie la priorité aux traités internationaux face à la loi interne dans le domaine du droit interne, c'est-à-dire, une reconnaissance de la primauté du droit international par le droit interne lui-même.

« Cette convention a altéré la situation de l'ordre juridique argentin envisagée par les précédents de Fallos 257.99 et 271.7, puisque l'affirmation juridique selon laquelle il n'existe point de fondement normatif pour octroyer priorité au traité face à la loi n'est plus exacte. Ce fondement normatif réside dans l'article 17 de la Convention de Vienne, selon lequel 'une partie ne pourra pas invoquer les dispositions de son droit interne afin de justifier le non-respect d'un traité'.

« ... la nécessité d'appliquer l'article 27 de la Convention de Vienne impose aux organes de l'État d'octroyer la primauté au traité face à un éventuel conflit contre n'importe quelle norme interne contraire ou avec l'omission de dicter des dispositions dont leurs effets équivalent au non-respect du traité international selon les termes de l'article 27 précité.

« Ce qui fut exposé dans les considérations précédentes s'accorde avec les exigences de coopération, d'harmonisation et d'intégration internationales que la République Argentine reconnaît, et évite la responsabilité éventuelle de l'État découlant des actes de ses organes internes, question à laquelle la juridiction de cette Cour n'est pas étrangère en tant elle peut l'empêcher constitutionnellement. Dans ce sens, ce tribunal doit veiller à ce que les

² *Ekmejdjian vs. Sofovich, 7/7/1992, Fallos 315.1492.*

affaires étrangères de la Nation ne soient pas atteintes par les actes ou les omissions du droit argentin qui, au cas où ils produiraient cet effet-là, constitueraient une question fédérale transcendante ».

Après, la réforme constitutionnelle de 1994 disposa dans son article 75, alinéa 22, que les conventions dont j'ai fait mention dans les dix premières conventions énoncées dans l'alinéa précédent, dans les conditions de sa vigueur, auraient valeur constitutionnelle, n'abrogeant aucun article de la première partie de la Constitution, et devraient être jugées comme complémentaires des droits et garanties reconnus par cette-ci. La réforme elle-même décida que les autres conventions et traités internationaux sur les droits de l'Homme, une fois approuvés par le Congrès avec les voix favorables de deux tiers des membres de chaque chambre, auraient valeur constitutionnelle; ces traités se trouvent énoncés dans les deux dernières conventions énoncées dans l'alinéa précédent.

On peut ajouter qu'il n'y eut jamais de réticence à participer à des conventions ayant pour but lesdits droits.

Il n'y a pas de définition légale ni des droits de l'Homme ni des droits fondamentaux; le concept se trouve dans les traités internationaux des droits humains – incorporés à la Constitution par la réforme de 1994 – et dans la jurisprudence de la Cour Suprême. Il n'y a pas non plus de textes légaux établissant une différence de traitement selon les types de droits. Les sources législatives des droits de l'Homme et des droits fondamentaux sont la Constitution nationale, les conventions internationales, les lois fédérales, les constitutions provinciales et les lois provinciales, comme les codes de procédure.

Puisqu'à partir de 1994 les conventions internationales font partie du bloc de constitutionnalité, elles furent fréquemment appliquées par les tribunaux afin de déclarer l'inconstitutionnalité – ou « inconstitutionnalité » – des lois, des décrets et d'autres normes.

Tous les droits fondamentaux sont souvent plaidés, de sorte qu'il n'est pas possible de déterminer des degrés supérieurs et inférieurs d'application parmi eux.

2.1.4 Les Limites légales à la protection des droits de l'Homme et des droits fondamentaux

L'article 23 de la Constitution nationale prévoit la déclaration de l'état de siège, qui suppose la suspension des garanties constitutionnelles en cas de commotion interne ou d'atteinte extérieure qui mettent en danger l'exercice de la Constitution ou les autorités créés par celle-ci. Selon les articles 75, alinéa 29, et 99, alinéa 16, en cas de commotion interne sa déclaration est une attribution du Congrès; le Pouvoir exécutif uniquement peut déclarer l'état de siège pendant la période d'inactivité du Congrès, sujet à l'approbation de celui-ci. En cas d'atteinte extérieure, le président peut déclarer l'état de siège lui-même, par un temps limité et avec l'accord du Sénat.

Les conventions internationales autorisent aussi la limitation de certains droits fondamentaux.

Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, l'article 4, n° 1, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques permet aux États parties prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le même Pacte, sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leurs imposent le droit international et qu'elles n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale (n° 1). Le n° 2 ajoute que cette disposition n'autorise aucune dérogation des articles 6, 7, 8 (n° 1 et 2), 11, 15, 16 et 18, qui interdisent la suspension du droit à la vie, la soumission à des tortures ou des traitements cruels, inhumains ou dégradants, la soumission à l'esclavage ou la servitude, la prison pour dettes, la condamnation pénale pour actes ou omissions qui n'aient été des délits à l'époque des faits, la méconnaissance de la personnalité juridique des êtres humains, et les atteintes contre la liberté de pensée, de conscience et de religion. D'ailleurs, l'article 21 reconnaît le droit de réunion pacifique, dont l'exercice ne peut faire l'objet que des seules restrictions imposées conformément à la loi et qui sont nécessaires dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté publique, de l'ordre public ou pour protéger la santé ou la moralité publiques, ou les droits et les libertés d'autrui.

Plus clairement, en cas de guerre, de danger public ou dans toute autre situation de crise qui menace l'indépendance ou la sécurité d'un État partie, strictement en fonction des exigences du moment, l'article 27 de la Convention Américaine des droits de l'Homme permet de prendre des mesures qui suspendent les obligations contractées en vertu de la convention, pourvu que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations imposées par le droit international et n'entraînent aucune discrimination fondée uniquement sur des considérations de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion ou d'origine sociale. Cette disposition n'autorise pas la suspension des droits déterminés dans les articles suivants: 3 (droit à la reconnaissance de la personnalité juridique); 4 (droit à la vie); 5 (droit à l'intégrité de la personne); 6 (interdiction de l'esclavage et de la servitude); 9 (principe de légalité et de rétroactivité); 12 (liberté de conscience et de religion); 17 (protection de la famille); 18 (droit à un nom); 19 (droits de l'enfant); 20 (droit à une nationalité); 23 (droits politiques). Elle n'autorise pas non plus la suspension des garanties indispensables à la protection des droits susvisés.

2.1.5 Le Contrôle de constitutionnalité

Sur la base de la Constitution nationale et l'exemple de la Constitution et de la jurisprudence des États-Unis à partir de l'arrêt *Marbury vs. Madison* du 24 février 1803, le contrôle de constitutionnalité – ou conventionalité – est diffus, de sorte que tous les tribunaux de n'importe quel degré, soit qu'ils appartiennent au Pouvoir

judiciaire fédéral ou aux pouvoirs judiciaires des provinces, ont l'attribution de déclarer contraires à la Constitution nationale ou aux traités internationaux les lois, les décrets du Pouvoir exécutif et d'autres dispositions administratives. Tous les pouvoirs judiciaires, le fédéral et les provinciaux, ont leur indépendance assurée par l'inamovibilité des juges et l'interdiction de diminuer leurs rétributions.

2.2 Le Rayonnement des droits de l'Homme et des droits fondamentaux sur le droit des contrats

Le principe fondamental du droit des contrats est l'autonomie de la volonté, et ses corollaires, ceux de la liberté de contracter et de la force obligatoire du contrat. Tout ceci apparaît résumé dans l'article 1197 du Code civil, selon lequel « *les conventions faites dans les contrats sont pour les parties une règle à laquelle elles doivent se soumettre comme à la loi même* ». L'article 1198, alinéa premier, en appliquant un principe élémentaire du droit, ajoute que « *les contrats doivent être conclus, interprétés et exécutés de bonne foi et d'accord avec ce que les parties vraisemblablement ont compris ou ont pu comprendre, en agissant avec soin et prévision* ». D'ailleurs, afin d'établir le sens correct des clauses des contrats, la jurisprudence consacra la théorie des actes propres, selon laquelle personne ne peut contredire ses propres actes préalables moyennant une conduite incompatible avec une autre précédente, délibérée, juridiquement significative et pleinement efficace.³

En revanche, il n'y a ni de règle législative ni de précédent judiciaire qui permette de limiter la liberté contractuelle avec pour but de protéger les droits de l'Homme et les droits fondamentaux. La protection de ceux-ci fut étudiée et appliquée notamment aux relations avec l'État ou, en cas de litiges entre particuliers, hors du droit des contrats. Ceci ne veut pas dire que, au cas où il y aurait une situation dans laquelle la liberté contractuelle puisse violer les droits fondamentaux, la protection de ceux-ci soit interdite. Ce seraient les cas de la traite de personnes – interdite par l'article 15 de la Constitution et punie par la loi 26.364 –, la vente d'organes en vue de greffe dans le corps d'un autre individu, ou la soumission à l'esclavage ou à la servitude, lesquels impliqueraient la considération des êtres humaines ou des éléments du corps humain comme choses et non comme personnes.

Si un déséquilibre entre les parties surgit des termes du contrat, aucune norme n'empêche les juges de l'interpréter de la façon la plus favorable à la partie la plus faible ; en fait, ils le font souvent. D'ailleurs, l'article 953 du code civil considère comme nuls les actes juridiques qui auraient pour but un objet interdit ou qui seraient contraires aux bonnes mœurs. L'article 954 permet l'annulation ou la modification par les juges dans le cas où l'une des parties, en exploitant la nécessité, la légèreté,

³ *Arigós c. Villanueva*, 8/4/1869, *Fallos* 7-138, *Miolato de Krebs vs. Krebs*, 11/3/1976, *Fallos* 294.220, et beaucoup d'autres.

ou le manque d'expérience de l'autre partie, obtiendrait un avantage patrimonial évidemment disproportionnée et non justifié (théorie de la lésion subjective).

Au cas où les déséquilibres entre les parties apparaîtraient après la conclusion du contrat, l'alinéa deuxième et les suivants de l'article 1198 régissent la théorie de l'imprévision, laquelle avait été préalablement reconnue par la jurisprudence. Le deuxième alinéa dudit article dispose : « *Dans les contrats bilatéraux commutatifs et dans les unilatéraux onéreux et commutatifs d'exécution différée ou continue, si la prestation à la charge d'une des parties devient excessivement onéreuse à cause d'évènements extraordinaires et imprévisibles, la partie préjudiciée pourra demander la résolution du contrat. Le même principe sera appliqué aux contrats aléatoires au cas où le caractère excessivement onéreux dériverait de causes étrangères au risque propre du contrat* ».

Il n'y a ni de jurisprudence ni de législation sur le droit des contrats civils qui ait été influencée par les droits de l'homme et les droits fondamentaux.

Le cas le plus proche ne relève pas du droit civil sinon du droit du travail. Un arrêt de la Cour suprême déclara inconstitutionnel une loi qui imposait un maximum aux indemnités pour licenciement sans cause parce qu'elle nuisait à la protection du travailleur face au licenciement arbitraire, ladite protection étant assurée par la Constitution nationale et plusieurs conventions internationales. La cour fixa une augmentation de la réparation afin d'atteindre une somme raisonnable.⁴

Puisque les droits humains furent reconnus dès 1853 par la Constitution argentine, il n'y eut pas besoin de les « transplanter » d'une autre législation pour qu'ils fussent nés. Ils ont seulement un développement majeur dans les traités internationaux. Il n'y a point de modifications directes du droit privé par lesdits traités, mais au cas où une disposition de droit interne seraient contraires à une autre d'une convention internationale, celle-là peut être déclarée « inconstitutionnelle » et, partant, inconstitutionnelle, par n'importe quel tribunal. Toutefois, les arrêts des tribunaux inférieurs peuvent être infirmés par la Cour suprême.

La rupture dolosive ou coupable du contrat octroi au cocontractant le droit à une réparation du dommage causé, selon le texte original du code civil compréhensif du préjudice direct et des bénéfices non perçus. La réforme de 1978 a ajouté la possibilité d'ajouter le dommage extrapatrimonial en modifiant l'article 522, dont le nouveau texte est le suivant : « *Dans les cas d'indemnisation pour responsabilité contractuelle le juge pourra condamner le responsable à réparer le dommage moral causé, d'accord à la nature du fait générateur de la responsabilité et les circonstances du cas* ».

⁴ *Vizzoti vs. AMSA*, 14/11/2004, *Fallos* 327.3677.

2.3 Le Rayonnement des droits de l'Homme et des droits fondamentaux sur la responsabilité extracontractuelle

Les principes généraux du droit de la responsabilité extracontractuelle sont : (a) la responsabilité par dol ou par faute, et dans certains cas par le risque ; (b) la réparation intégrale ; (c) la reconnaissance du dommage matériel ou patrimonial et du dommage moral ou extrapatrimonial.

Dans le texte originnaire du Code civil argentin, qui date de 1871, la responsabilité extracontractuelle découlant des actes illicites civils était exclusivement subjective ; elle trouvait son fondement dans le dol (délits civils) ou dans la faute (quasi-délits). L'article 1109 établit l'obligation de réparer le dommage causé à autrui par quelqu'un qui le provoque moyennant sa faute ou sa négligence. Cette obligation comprend les dommages dérivés des actes des personnes sous dépendance et des choses dont on se sert ou qui sont sous garde (article 1113). Quant aux dommages causés par les choses inanimées, son propriétaire était responsable sauf s'il démontrait son manque de faute (article 1133), c'est-à-dire qu'il y avait une présomption de faute qui pouvait être exclue par la preuve contraire.

La réforme du code sanctionnée en 1968 modifia ledit régime en recueillant partiellement la théorie du risque. À cet égard, elle abrogea l'article 1133 et ajouta à l'article 1113 les deux paragraphes suivants, qui distinguent les faits causés avec les choses et les causés par le risque ou le vice des choses :

« Dans les dommages causés par les choses, son propriétaire ou gardien peut être libéré de responsabilité en démontrant qu'il n'y a pas eu de faute de sa part ; si le dommage a été causé par le risque ou le vice des choses, le propriétaire ou gardien sera libéré totalement ou partiellement s'il démontre la faute de la victime ou d'un tiers pour lequel il ne doit pas répondre. »

« Si la chose a été utilisée contre la volonté expresse ou présumée du propriétaire ou gardien, celui-ci ne sera pas responsable. »

Au cours des dernières décennies, plusieurs juristes préconisèrent la substitution du concept de « droit de la responsabilité civile » par celui de « droit des dommages » ou, dans d'autres termes – suivant les idées du professeur français Yvonne Lambert-Faivre – ils soutinrent qu'il ne s'agit pas de dettes de responsabilité mais de crédits d'indemnisation, en mettant l'accent sur le préjudice subi par la victime et pas sur la conduite de celui à qui la responsabilité est attribuée. Les principales conséquences de ce changement seraient l'élargissement du domaine de la responsabilité objective et, par conséquent, l'indifférence de la faute ; l'octroi d'indemnisations d'équité à la charge de ceux qui manquent de volonté juridique, comme ceux qui sont privés de discernement ; l'indifférence de la concurrence de fautes, qui conduit à l'attribution de la totalité de la dette de réparation à chacun des plusieurs débiteurs ; l'augmentation du nombre des dommages réparables et des créanciers de l'indemnisation.

Quant à l'extension de la réparation, il n'y a pas de doute qu'elle doit être intégrale, c'est-à-dire qu'elle doit comprendre tout le dommage, présent ou futur, le dommage matériel (ou patrimonial) et le dommage moral (ou extrapatrimonial). À propos de celui-ci, l'article 1078 (modifié en 1968) dit :

«L'obligation d'indemniser le dommage causé par les actes illicites comprend, outre les pertes et les intérêts, celui de l'offense morale causée à la victime.

«L'action pour réparation du dommage moral n'appartient qu'à celui qui l'a subi directement ; si le fait a produit le décès de la victime, aux réservataires (en droit argentin, héritiers forcés)».

Certains arrêts des tribunaux inférieurs ont déclaré l'inconstitutionnalité du deuxième alinéa de l'article 1078 en tant qu'il exclut le droit à la réparation du dommage moral du concubin ou de la concubine pour comporter une discrimination avec l'épouse dans une égalité des circonstances.⁵ Cependant, ni la Cour suprême de la province de Buenos Aires ni la Cour suprême de la nation n'admettent un tel critère puisque le droit octroie le droit aux «*héritiers forcés*» (expression semblable aux réservataires du droit français) et la concubine ne l'est pas ; celle-ci considéra qu'il y a des motifs de politique législative qui donnent base à la norme et empêchent le droit à la pleine réparation.⁶

2.4 Le Rayonnement des droits de l'Homme et des droits fondamentaux sur la vie privée

2.4.1 En général

La vie privée – connue en Argentine plutôt comme droit à l'intimité – fut protégée depuis 1853 par l'article 19 de la Constitution nationale, transcrit dans la partie I, paragraphe *a*, et par les traités internationaux de droits de l'homme. À cet égard, elle dit : *«Quant au droit à la vie privée et à l'intimité, le fondement constitutionnel se trouve dans l'article. 19 de la Constitution nationale. En relation directe avec la liberté individuelle, il protège juridiquement un domaine d'autonomie individuelle constitué par les sentiments, les habitudes, les relations familiales, la situation économique, les croyances religieuses, la santé mentale et physique et, en somme, les actions, faits ou données qui, en tenant compte des formes de vie acceptées par la communauté, sont réservées au même individu et dont la connaissance et divulgation par des étrangers signifie un danger réel ou potentiel pour son intimité. En rigueur, le droit à la vie privée ne comprend pas seulement la sphère domestique et l'entourage familial et celui des amis, mais encore d'autres aspects de la personnalité spirituelle ou physique des personnes, tels que l'intégrité corporelle ou l'image, et personne ne peut ni s'immiscer dans la vie privée d'une personne ni*

⁵ 1^e. Cour civile et commerciale San Isidro, chambre II, 27/2/2007, *La Ley Buenos Aires* 2007.461 ; Supérieur tribunal province du Chaco, 23/10/2007, *La Ley Litoral* 2008.16 ; 2^e. Cour civile et commerciale Mar del Plata, 26/12/2007, *La Ley* 2008.C.553 ; Cour nationale du travail, chambre V, 15/2/2012, *La Ley* 2012.C.213.

⁶ *Folgan vs. Rivero*, Fallos 326.4768, et *Quiroz Franco vs. Provincia de Mendoza*, Fallos 329.3894 ; Suprême cour province Buenos Aires, 7/5/2003, *Diario de Jurisprudencia de Buenos Aires*, 165.184.

violer les aspects de son activité non destinées à être diffusées sans son consentement ou celui des membres de sa famille autorisés à le faire. Le fait de s'immiscer ne peut être justifié par une loi qu'à condition qu'il y ait un intérêt supérieur protégeant la liberté d'autrui, les bonnes mœurs ou la poursuite du crime».⁷

La jurisprudence de la Cour suprême reconnut l'existence de violation du droit à l'intimité dans les cas suivants : méconnaissance du droit d'un patient témoin de Jehova de ne pas admettre des transfusions de sang⁸ ; inspection ou réquisition domiciliaire réalisées sans le consentement de l'occupant du logement,⁹ sans que le consentement puisse être présumé¹⁰ ; réalisation furtive par un agent secret, lors de la visite d'un domicile avec autorisation de son occupant, de fouilles, inspections, perquisitions, séquestres, etc., au-delà de ce qui peut être compris dans la renonciation de l'intéressé¹¹ ; censure du courrier envoyé par les internés, non autorisée par la loi pénitentiaire. Au cas où on redouterait que le courrier soit utilisé pour favoriser d'autres délits, la censure a besoin d'autorisation judiciaire¹² ; prise forcée de sang d'une personne majeure présumée victime d'enlèvement de mineur et suppression d'état civil afin de produire une preuve hématologique pour déterminer son identité réelle¹³ ; surveillance et punition par les autorités administratives de la conduite privée d'un ambassadeur¹⁴ ; refus par l'office de contrôle des personnes morales (« Inspección General de Justicia ») d'autoriser le fonctionnement comme telle à l'Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transsexual (Association de défense de l'identité des travestis-transsexuels)¹⁵ ; articles 1 et 2 du décret 1563/04, qui autorisent l'écoute des communications téléphoniques ou par Internet sans détermination des cas où elle est autorisée et sans exprimer les justifications qui doivent être requises (déclarés inconstitutionnels)¹⁶ ; norme légale qui incrimine la détention de stupéfiants destinés à la consommation personnelle dans des conditions qui n'impliquent pas un danger concret ou des dommages aux droits ou aux biens d'autrui (déclaré inconstitutionnelle).¹⁷

En revanche, la Cour nia ladite violation dans les cas suivants : mesures fortement limitatives de la liberté individuelle, telle la révision gynécologique des personnes qui assistent à un établissement pénitentiaire afin de rendre visite à un interné, à condition que le but soit de préserver un intérêt de l'État, tel la protection de l'intégrité physique des internés, et qu'il ne résulte pas du procès l'existence de

⁷ *Ponzetti de Balbín vs. Editorial Atlántida*, 11/12/1984, *Fallos* 306.1892.

⁸ *Bazterrica*, 29/8/1986, *Fallos* 308.1392 ; *Bahamondez*, 6/4/1993, *Fallos* 316.479.

⁹ *Ferrer*, 10/7/1990, *Fallos* 313.612.

¹⁰ *Rayford*, 13/5/1986, *Fallos* 308.733.

¹¹ *Fernandez*, 11/12/1990, *Fallos* 313.1305.

¹² *Dessy*, 19/10/1995, *Fallos* 318.1894.

¹³ *Vázquez Ferrá*, 30/9/2003, *Fallos* 326.3758.

¹⁴ *Spinosa Melo vs. État national*, 5/9/2006, *Fallos* 329.3617.

¹⁵ *ALITT vs. Inspection générale de justice*, 21/11/2006, *Fallos* 329.5266.

¹⁶ *Halabi vs. Pouvoir exécutif*, 24/2/2009, *Fallos* 332.111.

¹⁷ *Arriola*, 25/8/2009, *Fallos* 332.1963.

moyens alternatifs qui soient moins restrictifs afin de satisfaire ledit intérêt¹⁸; dissimulation de l'identité d'un policier afin de prendre connaissance d'un fait réalisé librement par le suspect –qui avait le droit d'exclure de son logement à l'inconnu– qui, cependant, réalise devant lui une affaire criminelle¹⁹; pris de sang pour réaliser l'examen immunogénétique de histocompatibilité si le refus a pour but d'empêcher une recherche criminelle²⁰; sommation de la *Dirección General Impositiva* (office de recouvrement des impôts) au *Colegio Público de Abogados* (barreau des avocats) afin qu'informe le numéro de la carte d'identité, de la date de naissance et de celle d'admission des avocats matriculés²¹; évaluation de la santé d'un candidat au recrutement dans le service de police, même moyennant des tests HIV, au cas où il y aurait possibilité de maladies pouvant rendre difficile l'exercice de la fonction²²; interdiction judiciaire de publier les données d'un litige de filiation qui auraient pu identifier le mineur impliqué²³; obtention de données moyennant l'examen de registres des appels effectués ou reçus par des fonctionnaires ou des employés judiciaires suspects de corruption²⁴; perquisition dans un domicile pour séquestrer les matériaux nécessaires afin de déterminer l'ADN d'une personne par des moyens alternatifs à la prise de sang²⁵; vaccination obligatoire d'un mineur contre la volonté de ses parents.²⁶

2.4.2 *La Liberté de la presse et la liberté d'expression en général*

La Constitution nationale prévoit la liberté de la presse dans deux articles. L'article 14 consacre le droit de tous les habitants à « *publier ses idées par la presse sans censure préalable* », et l'article 32 interdit le Congrès de « *dicter des lois qui restreignent la liberté de la presse ou qui établissent sur elle la juridiction fédérale* ».

La liberté de la presse – reconnue par les articles 14 y 32 de la Constitution – fut toujours défendue par la Cour suprême comme un élément essentiel du régime républicain de gouvernement. Depuis longtemps, elle dit maintes fois que « *parmi les libertés que la Constitution nationale consacre, celle de la presse est une de*

¹⁸ *Arena*, 21/11/1989, *Fallos* 312.2218.

¹⁹ *Fiscal vs. Fernández*, 11/12/1990, *Fallos* 313.1305.

²⁰ *H.*, 4/12/1995, *Fallos* 318.2518.

²¹ *État national vs. Colegio Público de Abogados*, 13/2/1996, *Fallos* 319.71.

²² *B. vs. Police Fédérale argentine*, 17/12/1996, *Fallos* 319.3040.

²³ *S. vs. M.*, 3/4/2001, *Fallos* 324.975.

²⁴ Résolution de surintendance dans une recherche administrative, 23/11/2004.

²⁵ *Gualtieri Rugnone de Prieto et al*, 11/8/2009, *Fallos* 332.1769.

²⁶ *N.N.*, 12/6/2012, *Fallos* 335.888.

celles qui possèdent la plus grande entité, au point que sans sa due protection il n'y a qu'une démocratie dégradée ou purement nominal». ²⁷

À l'époque où la Constitution fut sanctionnée, son texte pouvait uniquement prévoir la liberté d'expression par la voie de la presse écrite. Cependant, la jurisprudence de la Cour signala qu'au fur et à mesure que des nouveaux moyens de communication apparaissent, la protection constitutionnelle doit être élargie de sorte que les normes constitutionnelles comprennent non la liberté de presse *stricto sensu* mais la liberté d'expression au travers de n'importe quel moyen. Partant, la protection constitutionnelle fut reconnue au cinéma, ²⁸ à la radio et la télévision, même quant aux programmes humoristiques ne contenant pas diffusion des idées. ²⁹ Les mêmes principes sont applicables aux moyens de communication plus modernes, comme l'Internet ³⁰ ou les réseaux sociaux.

La Cour reconnaît à la liberté de la presse un sens élargi qui s'étend à la liberté d'expression en général, laquelle inclut la liberté de donner et de recevoir des informations. C'est le concept recueilli par l'article 13.1 de la Convention américaine des droits de l'homme, selon lequel la liberté de pensée et d'expression comprend celle de chercher, de recevoir et de diffuser de l'information et des idées de toute nature. ³¹ Toutefois, le droit à la libre expression et information n'est pas absolu, et les délits pénaux ou les actes illicites civils commis moyennant l'abus de son exercice peuvent motiver responsabilité civile. ³²

2.4.3 L'équilibre entre la vie privée et la liberté d'expression et d'information

L'équilibre entre la vie privée et les libertés d'expression et d'information donna lieu à des difficultés qui furent tranchées par la jurisprudence de la Cour suprême. Ce tribunal soutient que l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information n'est pas absolu puisqu'il ne peut pas s'étendre au détriment de l'harmonie qu'il doit garder avec les autres droits constitutionnels, parmi lesquels on trouve celui de l'intégrité morale et l'honneur des personnes. ³³ En d'autres termes, l'exercice de la liberté d'expression et d'information n'est pas absolu puisqu'il ne peut pas être étendu au détriment de l'harmonie nécessaire qui doit garder avec les autres droits constitutionnels, parmi lesquelles se trouvent celui de l'intégrité morale et l'honneur des personnes. C'est pour cette raison que la reconnaissance spéciale dont jouit

²⁷ *Abal vs. diario La Prensa*, 11/11/1960, *Fallos* 248.291, considérant 25; *Abad*, 7/4/1992, 315.632.

²⁸ *Gaffet*, 30/7/1965, *Fallos* 262.246.

²⁹ *Servini de Cubria*, 8/9/1992, *Fallos* 315.1943; *Cancela vs. Artear*, 29/9/1998, *Fallos* 321.2637.

³⁰ *Halabi vs. P.E.N.*, 24/3/2009.

³¹ *Costa vs. Municipalité de la ville de Buenos Aires*, 12/3/1987, *Fallos*, 310.508; *Abad*, précité.

³² *Costa*, précité.

³³ *Ponzetti de Balbín vs. Editorial Atlántida*, 11/12/1984, *Fallos* 306.1892.

cette liberté de chercher, de donner, de recevoir et de diffuser de l'information et des idées de toute nature n'exclut pas la responsabilité face à la justice pour les délits et dommages qui découlent de son exercice étant donné qu'il n'existe pas l'intention d'assurer l'impunité de la presse ; ce principe, appliqué d'abord aux délits pénaux, fut par la suite élargi aux délits et quasi-délits civils.³⁴

À cet égard, dans un arrêt de 1960 la Cour fit déjà allusion aux « caractéristiques du journalisme moderne, qui appartient au droit d'information substantiel des individus qui habitent dans un État démocratique », ajoutant que « *la communauté, dans une structure comme l'établie la Constitution nationale, a le droit à une information qui lui permette d'ajuster sa conduite aux raisons et sentiments suggérés par cette information, et la presse satisfait ladite nécessité collective* ». Après, elle évoqua les libertés d'expression et d'information prévues par la Convention américaine des droits humains, dont l'article 13, n° 1, déclare « *comprise dans la liberté de pensée et d'expression le droit de toute personne de chercher, de recevoir et de diffuser de l'information et des idées en toute genre, sans considération de frontières, soit oralement soit par écrit soit par toute forme imprimée ou artistique ou par n'importe quel autre procédure de leur choix* »³⁵.

Plus récemment, dans un « *leading case* » de 1986, elle a ajouté que « *la liberté d'expression a une place éminente qui oblige à une précaution spéciale afin de déduire les responsabilités dues à son développement* » et qu'« *on peut affirmer sans vacillation que ça n'implique pas la volonté d'assurer l'impunité de la presse* ». Dans le même arrêt, la Cour a déclaré que « *la fonction primordiale du journalisme dans toute société moderne suppose qu'il doit agir avec la plus grande liberté, mais l'exercice du droit d'informer ne peut pas s'étendre au détriment de l'harmonie nécessaire avec les autres droits constitutionnels, parmi lesquels se trouvent l'intégrité morale et l'honneur des personnes* ». Au surplus, elle a fixé les règles à suivre par les journalistes afin de se libérer de toute responsabilité par la diffusion de nouvelles fournies par une autre source : publier l'information en attribuant directement son contenu à la source, en utilisant le verbe au conditionnel, ou en cachant l'identité des imputés. L'attribution de la nouvelle à une source doit être sincère, attribuée directement à une source identifiable, elle doit être encore une transcription substantiellement fidèle ou identique, ce qui doit être démontré par le journaliste.³⁶ Bien sûr, dans ces cas l'exemption de la responsabilité des journalistes n'implique pas exclusion de celle de la source de laquelle ils avaient reçu

³⁴ *Antilli y Barrera*, 27/12/1913, *Fallos* 119.231; *Porfilio vs. Ghioldi*, 15/7/1929, *Fallos* 155.57; *Procurador Fiscal vs. Diario La Provincia*, 23/12/1932, *Fallos* 167.121; *García Nutto vs. Donatti*, 20/10/1967, *Fallos*, 269.189; *Ponzetti de Balbín vs. Editorial Atlántida*, 11/12/1984, *Fallos* 306.1892; *Campillay vs. La Razón, Crítica et Diario Popular*, 15/5/1986, *Fallos* 308.789; *Costa*, 310.508; *Spacarstel vs. El Día*, 5/2/2002, *Fallos* 325.50.

³⁵ *Abad vs. diario La Prensa*, 11/11/1960, *Fallos* 248.291.

³⁶ *Campillay vs. La Razón, Crónica et Diario Popular*, précité. Dans le même sens : *Granada vs. Diarios y Noticias*, 26/10/1993, *Fallos* 316.2394; *Triaca vs. La Razón*, 26/10/1993, *Fallos* 316.2416; *Espinosa vs. Herrera de Noble et al*, 27/10/1994, *Fallos* 317.1448; *Spacarstel vs. El Día*, 5/2/2002, *Fallos* 325.50.

l'information.³⁷ D'ailleurs, il faut distinguer entre les nouvelles fausses et les nouvelles erronées ; de celles-ci on ne peut pas dériver responsabilité si le moyen journalistique a utilisé toute l'attention et la diligence pour l'empêcher.³⁸ La reproduction des nouvelles fournies par l'autorité publique ne peut pas engendrer responsabilité des journalistes,³⁹ de même que celle des lettres des lecteurs, des « solicitudes »⁴⁰ ou des articles signés par des tiers sans prendre part à eux.⁴¹

La Cour a même adopté la doctrine américaine de la malice avérée ou malice réelle,⁴² selon laquelle, afin d'obtenir une réparation pécuniaire pour les dommages causés par des publications concernant à sa fonction, les fonctionnaires doivent démontrer que l'information avait été diffusée en sachant pertinemment qu'elle était fausse ou avec une totale absence de préoccupation sur sa véracité ; en revanche, au cas où on diffuse une nouvelle diffamatoire d'un particulier, la négligence précipitée ou la simple faute suffisent.⁴³ Avec plus de précision, la Cour dit que « *s'il s'agit de l'information concernant des fonctionnaires, figures publiques ou particuliers ayant intervenu dans questions de nature publique, si la nouvelle contient des expressions fausses ou inexacts, les affectés doivent démontrer que celui qui les diffusa connaissait la fausseté de la nouvelle et agit avec la connaissance certaine qu'elle était fausse ou avec une complète indifférence pour son caractère vrai ou faux* ». ⁴⁴

Par application de ces critères, la Cour jugea que la liberté de la presse n'admettait pas la violation de la vie privée dans les cas suivants: reproduction dans une revue de la photographie prise subrepticement d'un homme politique dans son lit de mort de la salle de soins intensifs d'un hôpital, la veille de son décès, qui n'admettait pas de justification et constituait une violation du droit à l'intimité⁴⁵ ; mention inutile du nom d'un magistrat pendant une émission humoristique moyennant une récréation burlesque du système judiciaire⁴⁶ ; diffusion par une chaîne de télévision, lors de l'émission montrant le procès oral pour homicide de l'épouse de l'imputé, des photographies de l'enfant de celui-ci sans autorisation de son père⁴⁷ ; diffusion de

³⁷ *Canavesi vs. diario El Día*, 8/6/2010, Fallos 333.831.

³⁸ *Dahlgren vs. Editorial Chaco*, 9/11/2010, Fallos 333.2079 ; *Alsogaray vs. Editorial La Página*, 13/12/2001, Fallos, 324.1714 ; *Spacarstel vs. El Día*, précité.

³⁹ *Canavesi vs. diario El Día*, 8/6/2010, Fallos 333.831 ; *Alsogaray vs. Editorial La Página*, précité.

⁴⁰ *Solicitudada*: article ou nouvelle dont la publication intéresse à un particulier et qui est inséré dans un journal à demande de celui-ci et moyennant un paiement (définition de la *Real Academia Española*).

⁴¹ *Dahlgren vs. Editorial Chaco*, précité ; *Pérez et Bortnik*, 30/12/1963, Fallos 257.308.

⁴² *New York Times Co. vs. Sullivan*, 9/3/1964. 376 U.S. 254.

⁴³ *Ramos*, 319.3428, *Costa*, précité ; *Menem, Amado vs. La Voz del Interior*, 5/8/2003, Fallos 326.2491.

⁴⁴ *Guerineau vs. La Gaceta*, 15/4/2004, Fallos 327.943 ; *Patitó vs. Diario La Nación*, 24/6/2008, Fallos 331.1530.

⁴⁵ *Ponzetti de Balbín*, précité.

⁴⁶ *Cancela vs. Arterar*, 29/9/1998, Fallos 321.2697.

⁴⁷ *Keylián vs. Santillán*, 31/8/2004, Fallos 327.3536.

situations relatives à la vie familiale, sexuelle et affective d'un mineur⁴⁸; publication de la photographie d'un cadavre, ce qui n'était pas nécessaire pour informer sur la mort d'une personne⁴⁹; publication dans les mass media du nom de la mineur qui réclame la reconnaissance de sa paternité dans un procès réservé.⁵⁰

En revanche, elle a nié l'existence de violation de l'intimité ou du droit à la vie privée dans les cas suivants: déclarations faites pendant une émission de radio sur la conduite d'une personne étant donné que les faits étaient déjà connus par le public⁵¹; mesure provisoire qu'interdisait la télédiffusion des images de la demandeuse et de concepts référents à elle, ce qui constitue un cas de censure préalable et, donc, interdite⁵²; article d'un journal contenant le profil d'un magistrat de l'ordre judiciaire qui ne met pas en évidence qu'il ait été rédigé en vue de léser ou de provoquer un dommage, dont la majorité des données étaient vraies malgré quelques inexactitudes de moindre importance⁵³; publication de photographies dans lesquelles une personne apparaît en public, et non dans son domaine privé⁵⁴; article et photographies sur le comportement d'un fonctionnaire exerçant ses fonctions⁵⁵; publication de nouvelles relatives au décès d'une fille du demandant à la suite d'une interruption volontaire de la grossesse, basées sur une communication incluse dans un dossier de police⁵⁶; allusion dans un journal au soupçon du lien du demandeur avec l'attentat contre l'Ambassade d'Israël⁵⁷; interdiction judiciaire de publier des données d'un procès de filiation permettant d'identifier le mineur concerné⁵⁸; reproduction d'une information objective, en vue de l'intérêt public⁵⁹; loi qui limite temporairement la diffusion d'enquêtes préélectorales et de sondages au pied d'urne.⁶⁰

⁴⁸ *Sciammaro vs. diario El Sol*, 28/8/2007, Fallos 330.3685.

⁴⁹ *Franco vs. Diario La Mañana*, 30/10/2007, Fallos 330.4615.

⁵⁰ *S. vs. M.*, 3/4/2001, Fallos 332.975.

⁵¹ *Gutheim vs. Alemann*, 15/4/1993, Fallos 316.703.

⁵² *Servini de Cubría*, 8/9/1992, Fallos 315.1943.

⁵³ *Baquero Lazcano vs. Editorial Río Negro*, 14/10/2003, Fallos 326.2146.

⁵⁴ *M. vs. Diario La Arena*, 26/3/2013.

⁵⁵ *D. vs. Editorial Río Negro*, 30/10/2012.

⁵⁶ *Canavesi vs. diario El Día*, 8/6/2010, Fallos 333.831.

⁵⁷ *Bruno vs. Diario La Nación*, 23/8/2001, Fallos 324.2419.

⁵⁸ *S. vs. M.*, précité.

⁵⁹ *Pérez Arriaga vs. Arte Gráfica Editorial Argentina*, 2/7/1993, Fallos 316.1693

⁶⁰ *Asociación de Teledifusoras Argentinas c. GCBA*, 7/6/2005, Fallos 328.125.

2.4.4 Harmonisation de la protection de l'honneur avec le contrôle des actes de gouvernement exercé par les citoyens

La relation entre la protection de l'honneur et le contrôle des actes de gouvernement par les citoyens a mérité une attention particulière. Par rapport aux critiques à l'exercice de la fonction publique, la Cour a affirmé qu'elles ne peuvent pas être punies même si elles incluent des termes caustiques, véhéments, blessants, excessivement durs et irritatifs, mais que la conduite de celui qui, compte tenu de sa profession et de son expérience, a agi en sortant du cadre de l'exercice régulier des droits de pétition et de critique n'est pas admissible.⁶¹ En d'autres termes, il ne peut pas avoir responsabilité découlant de la critique ou de la dissidence, même exprimée avec force, étant donné que toute société pluraliste et diverse nécessite du débat démocratique, qui se nourrit des opinions ayant pour but la paix sociale.⁶²

Par conséquent, la Cour jugea inadmissible la critique du comportement d'un magistrat judiciaire qui inclut des calomnies, puisque il n'est pas possible d'exiger des magistrats qu'ils supportent avec stoïcisme n'importe quelle outrage à leur honneur sans réclamer l'indemnisation du dommage injustement subi, notamment si on l'a accusé d'avoir commis un délit dolosif ayant répercussion dans la sphère où il exerçait sa fonction, avec une large couverture journalistique et diffusion dans les cercles familial, social et académique qu'il fréquentait.⁶³ En revanche, elle a admis l'activité journalistique qui a pour but la découverte des faits de corruption, en signalant l'importance de la dénonciation par la presse de l'existence de pratiques corrompues.⁶⁴

Dans un autre ordre d'idées, la Cour a reconnu le droit de réponse malgré le manque de loi interne qui le régleme, en jugeant opérative la disposition de la Convention américaine des droits de l'homme qui le consacre.⁶⁵

2.4.5 La Protection des données à caractère personnel

La réforme constitutionnelle de 1994 a introduit dans le texte originel un article 43, qui règle l'action en garantie des droits (« *acción de amparo* »), dont le troisième alinéa dit : « *Toute personne pourra interjeter cette action afin de prendre connaissance des données référant à elle figurant dans les registres ou banques de données publiques ou privées destinées à fournir ces renseignements, et en cas de fausseté ou de discrimination, pourra exiger la suppression, la rectification, la confidentialité ou la mise à jour de ces données. Le secret des sources d'information*

⁶¹ *Amarilla*, 29/9/1998, *Fallos* 321.2558 ; *Lescano vs. Hardy*, 17/2/2004, *Fallos* 327.183.

⁶² *Patitó*, précité ; *Brugo vs. Lanata*, 16/11/2009, *Fallos* 332.2559.

⁶³ *Lescano vs. Hardy*, 17/2/2004, *Fallos* 327.183.

⁶⁴ *Menem, Eduardo*, 25/10/1998, *Fallos* 321.2848.

⁶⁵ *Ekmekdjian vs. Sofovich*, 7/7/1992, *Fallos*, 315.1492.

journalistique ne pourra pas être affecté ». La doctrine et la jurisprudence appellent cette action « *de habeas data* ». L'action est règlementée par la loi 25.326 « *de protection intégrale des données personnelles incluses dans des archives, des registres, des banques de données, ou d'autres moyens techniques, soient-ils publics ou bien privés, afin de garantir le droit à l'honneur et l'intimité des personnes, et aussi l'accès à l'information qui soit enregistrée sur eux* ». Même avant l'entrée en vigueur de ladite loi règlementaire, la Cour suprême avait résolu que la norme constitutionnelle devait être appliquée sans besoin du règlement.⁶⁶

S'il y a une contradiction entre le droit d'information et les intérêts de l'État, la Cour dit que « *la forme républicaine de gouvernement que la Nation argentine adopta au travers du texte constitutionnel exige la publicité de ses actes ; sans préjudice de ceux qui seraient secrets ou nécessairement réservés du fait qu'ils sont liés à la sécurité intérieure ou aux relations internationales de l'État ; dans ces cas la défense des intérêts généraux doit prévaloir sur les droits individuels. Cette situation doit être évaluée par l'organisme intervenant dans chaque cas concret. Cela n'empêche pas qu'après il y ait un contrôle judiciaire...* ».⁶⁷ Mais les organismes étatiques ne peuvent pas exclure les données qu'ils maintiennent hors l'accès des particuliers sauf lesdits cas.⁶⁸

L'article 26, alinéa 4, de la loi 25326, donnait lieu à différentes interprétations. Selon cet article, « *les données personnelles qui seraient significatives pour évaluer la solvabilité économique-financière des personnes concernées pourront être archivées, enregistrées ou cédées seulement pendant les dernières cinq ans. Ce délai sera réduit à deux ans quand le débiteur chancelle ou éteint son obligation d'autre façon, fait qui doit se faire observer* ». À ce sujet, la Cour réfuta l'interprétation selon laquelle la banque pouvait garder l'information sur une personne tenue comme débiteur insolvable au-delà du délai de cinq ans prévu par la loi et jusqu'à la prescription de la dette.⁶⁹

En revanche, elle n'admit pas que le fait d'informer sur la qualité d'une personne de président d'une société puisse léser ses droits.⁷⁰

2.5 Le Rayonnement des droits de l'Homme et des droits fondamentaux sur le droit de la propriété

Les principes généraux du droit de la propriété sont dans la Constitution argentine depuis 1853. Son article 14 établit le droit de tous les habitants « *d'utiliser leur propriété et d'en disposer* ». L'article 17 précise : « *La propriété est inviolable, et aucun*

⁶⁶ *Urteaga*, 15/10/1998, *Fallos* 321.2767.

⁶⁷ *Ganora*, 16/9/1999, *Fallos* 322.2139.

⁶⁸ *Empresa de Combustible Zona Común S.A. vs. Administración Federal de Ingresos Públicos*, 7/4/2009, *Fallos* 332.770.

⁶⁹ *Catania vs. Banque Central de la République argentine*, 8/11/2011, *Fallos* 334.1276, et *Napoli vs. City Bank*, même date, *Fallos* 334.1327.

⁷⁰ *Lascano Quintana vs. Veraz S.A.*, 6/3/2001, *Fallos* 324.567.

des habitants de la Nation ne peut en être privé, sauf en vertu de sentence fondée sur une loi. L'expropriation pour cause d'utilité publique doit être qualifiée par la loi et préalablement indemnisée ... La confiscation de biens est effacée pour toujours du code pénal argentin ... ».

Quant à la propriété intellectuelle, le même article 17 dispose : « *Tout auteur ou inventeur est le propriétaire exclusif de son œuvre, invention ou découverte pour le temps que la loi lui accorde* ». Le droit à la propriété intellectuelle est régi par la loi 11.723, dont l'article 2 ajoute que « *le droit de propriété d'une œuvre scientifique, littéraire ou artistique comprend pour son auteur la faculté d'en disposer, de la publier, de l'exécuter, de la représenter et l'exposer publiquement, de l'aliéner, de la traduire, de l'adapter ou d'autoriser sa traduction et de la reproduire de n'importe quelle façon* ». Les inventions et les modèles d'utilité sont protégés par la loi 24.481 modifiée par la loi 24.572.

Il n'y a pas de règle autorisant la déviation des principes généraux dans le but de protéger les droits fondamentaux. Par contre, celles de la Constitution et des lois réglementaires sont assez claires et s'accordent aux droits fondamentaux ; ce n'est pas nécessaire la déviation des principes généraux qui fournissent une protection suffisante.

2.6 Le Rayonnement des droits de l'Homme et des droits fondamentaux sur le droit de la famille

2.6.1 Les Principes généraux du droit de la famille

En général, on peut considérer que les principes généraux du droit de la famille en Argentine s'attachent aux caractéristiques dudit droit, qui est une branche du droit civil avec une certaine autonomie. Ces principes sont énoncés ci-dessous : l'influence des idées morales et religieuses sur l'adoption des normes légales et la nécessité que celles-ci s'adaptent à la réalité sociale ; le fait que les droits consacrés dans les normes impliquent des devoirs corrélatifs, ce qui a conduit à sa qualification comme droits-devoirs ou pouvoirs-fonctions ; les relations familiales pures ou qui organisent la famille ont un rang supérieur sur les relations juridiques qui régissent les conséquences pécuniaires de ladite organisation ; l'existence d'une restriction de l'autonomie de la volonté majeure que dans les autres branches du droit civil, puisque la plupart de ses normes sont impératives afin de satisfaire l'intérêt familial ; l'intervention des organes de l'État dans les actes d'emplacement dans l'état de famille et dans certaines autorisations relatives à la famille ou au patrimoine de ses membres.

À mon avis, il y a une coïncidence presque totale entre les caractères du droit de la famille argentine et ceux que le professeur français Jean-Jacques Lemouland énonça comme caractères généraux du droit contemporain de la famille. Ces caractères sont :

Caractère mouvant ou évolutif, dérivé des bouleversements postérieurs à 1960, qui sont multiples et qui firent disparaître le caractère statique de la codification napoléonienne suivant l'évolution des mœurs et les impositions du droit international.

Caractère « pédocentrique », découlant surtout de la consécration du principe recteur de l'intérêt de l'enfant.

Caractère international, dû à une véritable internationalisation résultante de l'internationalisation des sources et de l'application plus fréquente du droit international privé.

Caractère contractuel, fort intense dans le droit français que dans le droit argentin, qui suppose une réduction du nombre des normes impératives et la reconnaissance d'un rôle plus élargi à la volonté individuelle.

Caractère pluraliste, découlant de l'admission de divers types de famille (matrimoniale, non matrimoniale, adoptive, recomposée, monoparentale et même homosexuelle) (Lemouland 2005, nos. 271 et suivantes).

2.6.2 *Les Couples mariés et les couples non mariés*

En Argentine, le traitement juridique des couples non mariés est différent de celui des couples mariés. D'ailleurs la législation civile ne reconnaît pas des unions de deuxième rang, tels que le pacte civil de solidarité, le partenariat ou l'union civile.

Par conséquent, il n'y a ni de droit à aliments ni de droit héréditaire *ab intestato* entre les membres d'un couple non marié. Il n'y a pas non plus de régime matrimonial entre eux. En revanche, tous les actes juridiques licites entre concubins sont valides même ceux qui sont encore interdits entre les conjoints, c'est-à-dire ceux qui impliquent transfert de la propriété de biens, notamment la vente, la donation et la cession de droits. Par application de la doctrine du droit apparent, les concubins sont responsables vis-à-vis des tiers de bonne foi avec lesquels ils s'engagent pour le maintien du couple ou l'éducation des enfants ; dans ce cas, on peut appliquer par analogie la norme sur la responsabilité des conjoints.

Cependant, il y a des conséquences de l'union de fait qui furent reconnues par la législation : présomption de paternité de l'homme qui vivait en concubinage avec la mère pendant l'époque de la conception d'un enfant (code civil, article 257), perte du droit alimentaire qui subsiste en certains cas à la séparation de corps ou au divorce par le conjoint ou ex conjoint qui habite en concubinage avec un tiers (code civil, articles 210 y 218), perte du droit héréditaire par le conjoint séparé de fait qui habite en concubinage avec un tiers (code civil, articles 3574 y 3575), droit à la location en cas de décès du locataire ou abandon de celui-ci, octroyé à celui qui a cohabité avec lui (loi 23.091, article 9), droit héréditaire du conjoint survivant en cas de décès de l'autre conjoint dans les trente jours suivants au mariage s'il avait eu concubinage précédent, droit qui ne lui appartient pas dans le cas contraire (code civil, article 3573).

Quant à la jurisprudence, les tribunaux reconnaissent la possibilité de révocation de la donation faite entre concubins si le donataire exerce son droit de mettre fin à

la cohabitation de façon abusive, par exemple moyennant l'expulsion violente du cohabitant ou n'importe quel autre acte comportant injure grave,⁷¹ l'enregistrement comme bien de famille de l'immeuble où habitent les concubins qui ont des enfants en commun,⁷² l'indemnisation du dommage matériel causé par l'homicide de l'autre concubin.⁷³ Ils refusèrent le partage de la copropriété de l'immeuble où les concubins cohabitent jusqu'à la majorité d'âge des enfants mineurs.⁷⁴ La responsabilité par le dommage moral découlant de l'homicide de l'autre concubin n'est pas admise par l'article 1078 du code civil, qui n'inclut pas le concubin parmi ceux qui peuvent réclamer ce type de préjudice ; cependant, un tribunal déclara inconstitutionnel ledit article et octroya l'indemnisation demandée.⁷⁵

La rupture de l'union de fait par l'un des concubins ne comporte pas d'indemnisation sous forme de dommages-intérêts, mais cela n'empêche pas la responsabilité dérivée des actes illicites concomitants à la rupture, comme –par exemple– les injures, les blessures ou les vols.

2.6.3 L'Impact du droit à la vie familiale sur la législation et la jurisprudence

Il y a un impact du droit à la vie familiale sur la législation et la jurisprudence. Les principaux aspects sur cet impact sont exposés dans les paragraphes suivants.

2.6.3.1 La Dissolution du mariage

En 1986, la Cour suprême déclara inconstitutionnel l'article 64 de l'ancienne loi de mariage civil n° 2393, datant de 1889, selon lequel le mariage ne pouvait pas être dissout pendant la vie des deux conjoints, et dont la conséquence était l'impossibilité d'un nouveau mariage valable pour ceux-ci. Le remariage n'était autorisé que pour

⁷¹ Cour d'appel nationale civile, chambre G, 13/2/2009, *Doctrina judicial* 2009-2546; id., chambre H, 27/8/2007, *La Ley* 2007-E-95; id., chambre I, 4/10/2001, *La Ley* 2002-B-418; id., chambre K, 8/4/2010, *Lexis* 1/70063953-4; id., chambre L, 7/7/2010, *La Ley* on line. Cour d'appel nationale commerciale, 22/12/2008, *Abeledo-Perrot on line* 1-85651. Suprême Cour province de Buenos Aires, 10/12/2008, *Abeledo-Perrot on line* 1-70052006. Cour d'appel civile et commerciale Rosario, 18/11/2008, *Abeledo-Perrot on line* 1-70049996. Tribunal supérieur province Santa Cruz, 19/11/2010, *La Ley Patagonia* 2010-581.

⁷² Cour d'appel nationale civile, Sala H, 28/5/2010, *La Ley* 2010-D-561 ; Cour suprême province Tucumán, 12/4/2010, *La Ley NOA* 2010-808.

⁷³ Suprême cour province Buenos Aires, 17/2/1998, *Jurisprudence argentine* 1998-IV-182; id., 10/4/2001, *La Ley* 2001-944.

⁷⁴ Cour nationale civile, chambre K, 31/5/2006, *Abeledo-Perrot on line* 1/7003868-2.

⁷⁵ Cour nationale civile, 1/7/2009, *La Ley* 2009-F-560 id., chambre L, 17/6/2010, *Lexis* 1/88825 ; 2^e cour d'appel civile et commerciale Mar del Plata, 26/12/2007, *La Ley* 2008-C-553. Supérieur tribunal province Chaco, 23/10/2007, *La Ley Litoral* 2008-168.

le survivant en cas de mort réelle ou présumée de son conjoint. Pour décider ainsi, le tribunal fit application du principe d'interprétation évolutive des normes constitutionnelles, en considérant que sa portée peut changer d'accord aux changements des mœurs et qu'à l'époque la disposition légale objectée heurtait le droit à la dignité humaine compris parmi les droits implicites auxquels fait allusion l'article 33 de la Constitution. Ce fut le premier arrêt de la Cour qui jugea qu'une norme légale concernant le droit du mariage était contraire à la Constitution.

L'opinion séparée du juge Petracchi ajouta à ce fondement ceux qu'on peut extraire de la Déclaration universelle des droits de l'homme des Nations unies et notamment de la Convention américaine des droits de l'homme, dont l'article 1, al. 2, interdit les ingérences arbitraires ou abusives dans la vie privée et la vie de famille, et l'article 16, al. 1, consacre le droit de se marier et de fonder une famille sans aucune restriction par motifs raciaux ou pour d'autres motifs.⁷⁶

2.6.3.2 Le Mariage sexuellement neutre

La possibilité de se marier pour deux personnes du même sexe motiva deux opinions dans la doctrine argentine. Selon l'une, empêcher ce type d'union allait contre l'interdiction des discriminations consacrée par les traités internationaux des droits de l'Homme et l'égalité face à la loi assurée par la Constitution. Selon l'autre, il n'y avait pas de discrimination étant donné que l'égalité face à la loi suppose l'égalité de circonstances. Dans tel sens, la Cour suprême a dit que « *le principe d'égalité de toute les personnes face à la loi n'est que le droit au non établissement d'exceptions ou privilèges qui privent les uns de ce qui est octroyé à d'autres dans les mêmes circonstances. Tout traitement juridique différent n'est pas discriminatoire parce toute distinction de traitement ne peut pas être considérée une offense à la dignité humaine. Il existe certaines inégalités de fait qui peuvent se traduire en inégalités justifiées de traitement juridique, qui expriment une relation proportionnelle entre les différences objectives et le but de la norme* ». ⁷⁷ Dans d'autres arrêts, la Cour a soutenu que « *les distinctions faites par le législateur pour des cas estimés différents ne comportent pas de discrimination à condition de ne pas être arbitraires et de ne pas se baser sur l'intention de persécution ou de privilège indu mais à une cause objective qui fonde le traitement différent* ». ⁷⁸

Un couple homosexuel avait soutenu l'inconstitutionnalité de l'article 172 du code civil qui établissait que le mariage ne pouvait pas être célébré qu'entre un homme et une femme. Une fois arrivé le dossier à la Cour suprême, le *Procurador General de la Nación* (fonctionnaire équivalant à l'avocat général de la Cour de cassation française) avait exprimé son avis contre la requête mais en même temps il avait recommandé une réforme de la loi pour autoriser le mariage de deux personnes de sexe différent ou du même sexe. Avant que la Cour ait pu décider, le Congrès et

⁷⁶ *Sejean*, 27/11/1986, *Fallos* 308.2268.

⁷⁷ *D. de P. vs. O.*, *Fallos* 322.2701.

⁷⁸ *Cafés La Virginia*, 3/6/1997, *Fallos* 320.1166.

le Pouvoir exécutif approuvèrent la loi 26.618, qui réforma le code civil en adoptant le même critère que la loi espagnole de 2005 et l'avis mentionné ci-dessus. Dès lors, le deuxième alinéa de l'article 172 dit: «*Le mariage aura les mêmes conditions et les mêmes effets, indépendamment que les conjoints soient du même sexe ou de sexes différents*».

On parle de «mariage égalitaire» ou de «mariage pour tous». Je préfère le dénommer «mariage sexuellement neutre» ou bien, simplement, «mariage neutre». D'abord puisque, à mon avis, il n'y a pas d'égalité entre les personnes inégales. Le problème est de juger si un couple hétérosexuel est égal à un couple homosexuel: s'ils sont égaux, il aurait eu discrimination dans la loi antérieure, mais non pas s'ils sont inégaux. À cet égard, on peut rappeler l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme selon lequel l'impossibilité légale pour un couple masculin autrichien de se marier ne comportait pas de discrimination.⁷⁹ Ensuite, étant donné que le mariage hétérosexuel n'était pas interdit sauf empêchement légal, le mariage civil a été toujours pour tous.

2.6.3.3 Le Divorce et le remariage

Depuis 1987, le code civil argentin admet le divorce absolu, c'est-à-dire non seulement la dissolution du mariage pendant la vie des deux conjoints, mais aussi la séparation de corps.

Les motifs du divorce peuvent être subjectifs, fondés sur la faute, ou bien objectives. Les causes objectives de séparation de corps sont: les troubles de comportement dus aux altérations mentales graves et permanentes, l'alcoolisme ou l'addiction aux drogues; l'interruption de la cohabitation sans volonté de la reprendre pendant plus de deux ans; et l'accord des conjoints sur l'existence de causes qui rendent moralement impossible la vie en commun, exprimé après plus de deux ans du mariage. Les causes objectives de divorce sont les mêmes sauf les délais, qui montent à trois ans au lieu de deux.

On a remis en cause la validité constitutionnelle ou conventionnelle des normes du code civil qui fondent ces délais sur le fait qu'elles constituent une atteinte à la vie privée. Il n'y a pas de décisions de la Cour suprême à cet égard, mais il y en a d'autres qui proviennent des cours d'appel. Les principales prononciations sont les suivantes: l'inconstitutionnalité des articles 215 et 236, qui requièrent trois ans de mariage avant de demander le divorce moyennant l'accord des conjoints, pour la violation de l'égalité et pour la discrimination avec les causes subjectives⁸⁰; l'inconstitutionnalité de l'article 215 qui exige trois ans de mariage avant de demander le divorce moyennant l'accord des conjoints pour violation des droits fondamentaux reconnus par la constitution et les traités internationaux: droit de se marier, exercice des droits dérivés de la qualité de conjoint face à la dissolution du

⁷⁹ *Schalk and Kopf vs. Autriche*, no. 30141/04, ECtHR 2010.

⁸⁰ Cour d'appel civile et commerciale Dolores, 10/4/2012, *La Ley Buenos Aires* 2012.632.

mariage, protection de l'intimité familiale et respect de la vie privée⁸¹; l'inconstitutionnalité de l'article 214 qui exige trois ans de séparation de fait afin de demander le divorce pour violation des droits à la libre détermination, à l'intimité et à l'égalité, pour discrimination, et pour imposition du devoir de fidélité qui serait incompatible avec le libre choix affectif et sexuel⁸²; l'inconstitutionnalité de l'article 215 qui exige trois ans de mariage avant de demander le divorce sur l'accord des conjoints parce qu'il impose un retard inutile qui méconnaît la volonté des conjoints et maintient en vie un lien affectif inexistant; de l'article 236 qui établit un système de deux audiences afin que le juge recherche les causes de la séparation, car c'est une intrusion dans la vie privée et dans l'autonomie personnelle⁸³; dans tous ces cas, le résultat dépend du concept que l'on a de la discrimination ou de la portée octroyée à la vie privée. La jurisprudence n'est pas définitive puisqu'il manque une prononciation de la Cour suprême, qui est le tribunal de dernière instance en questions constitutionnelles, prononciation que ledit tribunal n'eut pas l'occasion de dicter.

2.6.3.4 La Filiation

L'article 259 du code civil argentin octroie l'action de désaveu de la paternité matrimoniale au mari de la mère ou à ses héritiers et à l'enfant; cela suppose la nier à la mère et au prétendu vrai père qui veut reconnaître celui-ci. La norme fut qualifiée d'inconstitutionnelle et d'inconventionnelle par une mère qui soutenait que la dite norme violait le droit au respect de la vie familiale. La Cour suprême rejeta le pourvoi parce que la disposition ne trouve pas son fondement dans un privilège masculin et qu'elle est le moyen octroyé au mari pour désavouer la paternité qui lui est attribuée par la loi, ce moyen étant actuellement reconnu même à l'enfant. Au surplus, le tribunal ajouta que la Cour européenne des droits de l'homme avait résolu que le sujet était compris dans le marge raisonnable d'appréciation des États pour adopter la politique législative estimée approprié pour assurer le respect de la vie familiale.⁸⁴

Sur le même sujet, la Cour se prononça à l'occasion d'un désaveu de paternité promu par le fonctionnaire du ministère public chargé de la représentation promiscue des mineurs (« *Asesor de menores* »). La Cour rejeta la demande mais, étant donné que le mineur avait atteint l'âge de 14 ans pendant l'instance, elle décida que la pétition devait être continuée ou désistée par le mineur même.⁸⁵

⁸¹ Cour d'appel civile et commerciale Mar del Plata, 3^e chambre, 23/4/2013, revue *Droit de la famille et des personnes*, juillet 2013, p. 62.

⁸² Cour d'appel civile et commerciale Azul, 2^e chambre, 9/4/2013, *La Ley Buenos Aires*, mai 2013, p. 210.

⁸³ Tribunal de famille n° 7 Rosario, 7/3/12, *La Ley* 2012.D.574.

⁸⁴ *D. de P. vs. O.*, 1/11/1999, *Fallos* 322.2701, considérants 5 à 18.

⁸⁵ *O. vs. O.*, 1/9/1999, *Fallos* 322.2755, considérants 10 y 11.

Dans deux autres arrêts la Cour suprême éclaira la portée des preuves biologiques. Dans le premier cas d'espèce, elle admit l'importance particulière de la preuve H.L.A. par rapport à d'autres preuves moins convaincantes et admit la paternité alléguée.⁸⁶ Dans l'autre, à la suite de deux études A.D.N. coïncidentes et catégoriques selon lesquelles le défendeur n'était pas le père du demandant, rejeta l'action de filiation.⁸⁷

2.6.3.5 L'Intérêt supérieur de l'enfant

La Cour suprême a dû se prononcer sur la formule « l'intérêt supérieur de l'enfant » de la Convention internationale des droits de l'enfant quant à savoir si cet intérêt doit être jugé de façon isolée ou doit être comparé avec l'intérêt des autres sujets d'une relation juridique. Elle accepta le point de vue du ministère public, selon lequel « c'est ce meilleur intérêt ce qui définit la consistance de n'importe quel litige au cours duquel on discute la garde d'une personne mineure d'âge » (j'ajouterais peut-être « la garde ou n'importe quel sujet concernant un mineur »), et qualifie la disposition conventionnelle de « règle d'or » reconnue par la communauté internationale comme un vrai *prius* interprétatif qui doit présider n'importe quelle décision concernant directement les personnes de moins de dix-huit ans. Selon cet avis, la règle oblige l'interprète à donner dans chaque espèce des réponses cohérentes avec une protection bien entendue de la personne en formation, et il s'agit d'une règle ouverte que les tribunaux doivent intégrer de façon raisonnable en évaluant les circonstances de l'espèce sur la base de paramètres acceptés par la prudence judiciaire et la doctrine étant enrichies par les disciplines similaires.⁸⁸

Parmi les décisions concrètes qui ont donné lieu à l'application de la règle, on peut citer un litige de divorce dans lequel le mari prétendait démontrer l'adultère de l'épouse moyennant l'examen génétique de la fille issue du mariage. La Cour suprême infirma l'arrêt d'une cour d'appel qui avait admis cette preuve parce que le tribunal inférieur n'avait pas pris en compte de l'intérêt supérieur de la mineur ni ne l'avait entendue, en violant ainsi les articles 3 et 21.1 de la convention internationale sur les droits de l'enfant.⁸⁹

Dans un autre cas, le ministère public avait demandé l'internement d'un mineur dans un hôpital afin de lui appliquer la vaccination obligatoire et une dose de vitamine K qui lui avait été prescrite. Les tribunaux de la province de Buenos Aires avaient admis la pétition mais les parents se pourvurent devant la Cour suprême en alléguant la violation de l'article 19 de la constitution moyennant un « parentalisme compulsif » contre leurs croyances familiales et le plan de vie fondé sur le modèle homéopatique et ayurvédique. La Cour affirma que le droit à la vie privée reconnaissait la limite imposée par la dite norme constitutionnelle. Elle ajouta que dans

⁸⁶ *Díez vs. Catán*, 1/9/1987, *Fallos* 310.1698, considérants 9 et 10.

⁸⁷ *A. vs. F.*, 28/12/2010, *Fallos* 333.2435.

⁸⁸ *M. vs. M.*, 29/4/2008, *Fallos* 331:941, chapitre III de l'avis du ministère public.

⁸⁹ *P. de la S. vs. P.*, 18/8/2010, *Fallos* 333.1376, considérants 6 à 11.

le cas d'espèce le comportement des parents gênait l'efficacité du régime officiel de vaccination en lésant les droits des tiers – puisque ce régime a pour but la protection de la santé de tous les habitants du pays – et l'intérêt du mineur, sujet vulnérable et nécessité de protection. De telle façon, le tribunal fit prévaloir l'intérêt du mineur sur celui de ses parents.⁹⁰

La présentation des mineurs devant les tribunaux donna lieu à un autre jugement de la Cour suprême. Deux enfants de 12 et 10 ans –incapables absolus comme mineurs impubères selon le code civil argentin– sollicitèrent d'intervenir lors d'un procès qui les concernait, assistés par un avocat, basés sur la Convention des droits de l'enfant et sur un article de la loi de protection des enfants. Du fait que la pétition avait été rejetée en deux instances, les enfants et le ministère public se pourvurent devant la Cour suprême, qui décida que les normes invoquées devaient être interprétées de façon cohérente avec celles du code civil se référant aux mineurs impubères. Par conséquent, elle décida de rejeter le pourvoi et d'ordonner l'audition des mineurs par application de l'article 12 de la Convention.⁹¹

2.6.3.6 L'Adoption

En matière d'adoption, les tribunaux argentins prirent toujours en considération l'intérêt d'un mineur. En 1957 la Cour suprême infirma l'arrêt d'une cour d'appel qui avait nié l'adoption d'un mineur né dans une famille catholique par un couple juif évoquant la différence de religion. La Cour jugea que celle décision avait requis une condition discriminatoire et contraire à l'article 14 de la Constitution. Avant la date de la Convention internationale des droits de l'enfant, elle remarqua que la différence de religion était l'une des circonstances dont il faut tenir compte, et que cette différence ne devait être appréciée *in abstracto* mais *in concreto*, selon les modalités de chaque espèce. Enfin, elle dit que la loi d'adoption tenait surtout compte de l'intérêt du mineur, qui ne peut pas être identifié avec l'intérêt d'aucune autre personne.⁹²

Plus tard, la Convention étant déjà en vigueur, la Cour fut appelée à se prononcer plusieurs fois sur l'opposition entre les parents biologiques et les adoptants ou les demandeurs d'adoption, et dans tous les cas elle fit prévaloir l'intérêt du mineur.

En 2005, la Cour Suprême infirma l'arrêt de la Cour suprême de la province de Buenos Aires qui avait rejeté la demande d'adoption et ordonné la restitution d'une mineure à sa mère biologique. La fille avait habité depuis sa naissance avec les demandeurs d'adoption, auxquels la mère avait cédé la garde en exécutant une décision prise, sa grossesse à peine connue. La mère n'avait pas démontré ses regrets et affirmait qu'elle avait subi une situation de conflit à cause de la pression exercée par ses parents ; cependant elle n'avait pas tenté de connaître sa fille pendant quatre ans, et par la suite elle n'insista pas. À l'occasion, le tribunal réitéra son

⁹⁰ N. N., 12/6/12.

⁹¹ P. et P., 27/11/2012.

⁹² Schwartz, 16/12/1957, Fallos 239:367.

ancien critère selon lequel l'intérêt supérieur de l'enfant est une règle de décision face à un conflit d'intérêts et un critère pour l'intervention institutionnelle destinée à protéger le mineur en priorisant le bénéfice de celui-ci face à l'intérêt supposé intérêt des adultes.⁹³

La subordination de la législation interne à la Convention internationale des droits de l'enfant fut réaffirmée dans deux arrêts de 2008 se référant à la loi qui exige l'inscription sur un registre centralisé des postulants à l'adoption. Les tribunaux de la province de Chaco avaient rejeté l'octroi de la garde préalable à l'adoption et ordonné la remise de l'enfant à une autre famille malgré le long laps de temps écoulé de garde parentale de fait des demandeurs à cause du non enregistrement de ceux-ci sur les registres parce qu'ils avaient reçu l'enfant directement de sa mère. La Cour affirma que l'enregistrement ne pouvait pas être exigé avec une rigueur strictement rituelle puisqu'il s'agit de bâtir un système de protection civil et social ayant pour but le bénéfice de la société et de l'enfance, et que le tribunal de la province avait omis de tenir compte des articles 3.1 et 21 de la Convention, qui prévalent sur la loi.⁹⁴

2.6.4 Propositions de lege ferenda pour des changements dans le droit de la famille qui reflètent l'influence des droits de l'Homme et des droits fondamentaux

Le projet de code civil élaboré en 2012 par une commission nommé par le Pouvoir exécutif propose une rénovation totale du droit de la famille qui tente de protéger les droits fondamentaux, dont les principaux traits –en plus du manque de technique et de l'obscurité de style– sont les suivants: divorce par la seule volonté unilatérale, sans cause et sans délais; c'est-à-dire, autorisant à chacun des conjoints à solliciter le divorce dès le lendemain du mariage sans besoin du consentement de l'autre; création de une «*unión convivencial*» (le mot *convivencial* n'existe pas dans la langue espagnole), régie par des normes qui n'établissent pas une différence très nette entre la simple union de fait et le partenariat enregistré, et qui rapprochent trop la nouvelle institution au mariage, dans certains cas avec des dispositions plus rigoureuses que celles de celui-ci; par exemple, les conditions requises pour mettre fin à l'union enregistrée ou qui empêchent le choix pour le régime de séparation de biens qui est admis pour le mariage; distinction entre trois types de filiation –par nature, par reproduction assistée et par adoption – comme si la filiation par reproduction assistée était artificielle et pas naturelle; admission de la gestation pour autrui; présomption de parentalité de l'autre conjoint en cas de procréation dans l'union homosexuelle et, par conséquent, de la comaternité ou de la copaternité, et négation de tout droit à l'apportant des gamètes qui font possible la procréation dans

⁹³ S., 2/8/2005, *Fallos* 328:2870.

⁹⁴ G., 19/2/2008, *Fallos* 331.147, et 16/9/2008, *Fallos* 331.2047.

ce type d'union, en reconnaissant ainsi une filiation fictive ; réduction de l'âge minimum pour adopter à 25 ans ; interdiction de l'adoption pour les étrangers, refusant l'adoption internationale ; procédure confuse et compliquée pour l'adoption, en trois étapes : déclaration d'adoptabilité, octroi de la garde préalable et adoption ; remplacement des dénominations « patria potestad » ou « autorité des parents » par « responsabilité parentale », expression non liée au concept de responsabilité du droit civil ; introduction du concept d'autonomie progressive des enfants, source de confusion et expression incohérente avec les normes sur l'incapacité des mineurs ; suppression de l'usufruit des parents sur les biens des enfants mineurs.

Bien sûr, il est difficile de distinguer si le fondement de ces propositions se trouve dans les droits fondamentaux ou seulement dans les idées des rédacteurs du projet. Le projet peine à être accepté et il n'a pas encore été approuvé par le Congrès.

2.7 Le Rayonnement des droits de l'Homme et des droits fondamentaux sur les autres domaines du droit privé

2.7.1 Le Droit d'auteur

Les normes de la Constitution argentine et de la loi de propriété intellectuelle transcrites ci-dessus protègent largement le droit d'auteur. D'ailleurs, la loi 25.140 de 1999 ratifie la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques.

2.7.2 Les Droits des consommateurs

On ne connaît ni de discordance entre la loi que protège les droits des consommateurs et les traités internationaux des droits de l'homme, ni des traités dont l'Argentine fait partie qui fassent référence au droit de la consommation. Cependant, la loi 24.240 de 1993 modifiée par la loi 26.361 de 2008 crée un régime spécial de protection des consommateurs.

2.7.3 Les Droits de la personnalité

Sous l'influence des conventions internationales, la réforme de 1994 ajouta un paragraphe n° 23 à l'article 75 de la Constitution, qui règle les attributions du Congrès, dont le texte est le suivant :

« Légiférer et promouvoir des mesures d'action positive qui garantissent l'égalité réelle de chances et de traitement, et la pleine jouissance et l'exercice des droits reconnus par cette Constitution et par les traités internationaux en vigueur sur les droits de l'homme, notamment ceux des enfants, des femmes, des personnes âgées de des handicapés.

« Dictier un régime de sécurité sociale spécial et complet afin de protéger les enfants délaissés dès la grossesse jusqu'à la fin du période des études primaires, et de la mère pendant la grossesse et l'allaitement. »

Quant au droit de se marier, l'article 20 de la Constitution octroie aux étrangers que habitent en Argentine les mêmes droits qu'aux nationaux, dans les termes suivants :

« Les étrangers jouissent dans le territoire de la Nation de tous les droits civils des citoyens. Ils peuvent exercer leur industrie, leur commerce et leur profession; posséder des biens immeubles, les acheter et les vendre; naviguer les fleuves et les côtes; exercer librement leur cultes; tester et se marier suivant les lois... »

Sur le droit à l'identité des mineurs, l'article 11 de la loi 26.061 dispose ce qui suit :

« Les enfants et les adolescents ont droit à un nom, à une nationalité, à leurs langues d'origine, à connaître qui sont leurs parents, à la préservation de leurs relations familiales selon la loi, à la culture de leur lieu de naissance et à préserver leur identité et leur idiosyncrasie... ».

D'ailleurs, il y a plusieurs lois – hors les lois se référant au mariage et la filiation – qui ont une relation plus o moins directe avec les droits de la personnalité : la loi 23.511 de 1987 qui crée la banque nationale de données génétiques, la loi 24.193 de 1993 modifiée par la loi 26.066 de 2005 sur les greffes d'organes et de matériaux anatomiques, la loi 24.540 de 1993 d'identification des nouveau-nés, la loi 25.326 de 2000 sur la protection des données personnelles, la loi 25.854 de 2003 sur la garde des mineurs en vue de l'adoption, la loi 26.657 de santé mentale de 2010, et la loi 26.862 de 2013 sur la procréation assistée par la médecine.

La loi 26.743 de 2012 sur l'identification des personnes est plus remarquable car ses normes consacrent le droit à l'identité de genre avec une portée à mon avis exagérée. Elle établit le droit à la reconnaissance de ladite identité, au libre développement des personnes selon leur identité de genre, et à être traités et identifiés selon leur identité de genre (article 1). Au surplus, les articles 4 et 5 autorisent à n'importe quelle personne majeure de 18 ans et aux représentants légaux des mineurs, avec le consentement de ceux-ci, à solliciter la rectification du sexe enregistré sur l'état civil et le changement du prénom et de l'image qui ne coïncident pas avec leur identité de sexe ressentie (« *autopercebida* ») sans besoin de chirurgie ni de traitement hormonale, psychologique ou médical préalables. Bref, le libre choix du sexe.

Quant aux propositions *de lege ferenda*, le projet de code civil et commercial du Pouvoir exécutif de 2012 inclut un chapitre sur les droits et les actes et droits de la personnalité. Les principales dispositions portent sur l'inviolabilité de la personne humaine, les atteintes contre la dignité, le droit à l'image, les actes dangereux contre la vie ou la dignité personnelle, les actes de disposition du propre corps, les pratiques génétiques, les recherches sur la santé humaine, les actes médicaux, les man-

datés sur la santé pour le cas d'incapacité –qui ne peuvent porter sur les pratiques euthanasiques–, et la disposition du cadavre.

2.7.4 *Le Droit des successions*

Il n'y a pas de collision entre le droit argentin des successions et les droits fondamentaux. Les différences de traitement entre le droit héréditaire *ab intestato* des enfants matrimoniaux et celui des enfants nés hors mariage furent supprimés par la loi 23.264 de 1987.

Les traits significatifs du système de droit successoral argentin sont les suivants : En principe, on peut disposer du patrimoine moyennant un testament, qui peut être olographe, par acte notarié ou mystique (le dernier, non utilisé). Pourtant les dispositions testamentaires ne peuvent pas atteindre la portion réservée aux héritiers les plus proches (*herederos forzosos* ou *legitimarios*, c'est-à-dire réservataires en droit français), dénommée *porción legítima*, qui sont les descendants, les ascendants et le conjoint survivant. La portion des descendants est de 4/5 de l'hérédité, celle des ascendants de 2/3 et celle du conjoint de 1/2. Au cas où il y aurait ou bien des descendants ou bien des ascendants en concours avec le conjoint survivant, la portion de celui-ci est incluse dans la portion la plus grande. Au surplus, si dans l'hérédité il y a un seul bien immeuble susceptible d'être habité, celui-ci a été le ménage du couple, et qu'il y a d'autres héritiers, la veuve a le droit d'habitation viager et gratuit sur ledit immeuble.

Le projet de code civil de 2012 propose d'y ajouter la possibilité de disposer d'un tiers des portions légitimes en faveur des descendants ou ascendants handicapés. Le handicap est défini comme l'altération fonctionnelle permanente ou prolongée, physique ou mentale, de laquelle dérivent des désavantages importants pour l'intégration familiale, sociale, éducatif et de travail.

Au cas où le testament manque, il y a quatre ordres d'héritiers : 1° descendants, 2° ascendants, 3° conjoint (en concours avec les descendants ou les ascendants s'il y en a), 4° parents collatéraux jusqu'au quatrième degré. D'ailleurs, si un fils marié du défunt est mort avant le décès de celui-ci, la veuve qui n'a pas eu d'enfants de son mariage reçoit 1/4 de la portion qui aurait appartenu à son mari.

Bibliographie

- Ferrero, R. A. 1984. Sabattini y la decadencia del Yrigoyenismo, t. I. Buenos Aires : Centro Editor de América Latina.
- Lemouland, J.-J. 2005. Encyclopédie juridique Dalloz, Répertoire de droit civil, voix famille. Paris : Dalloz.

Liste des arrêts cités

Cour Suprême de Justice

- Arigós vs. Villanueva*, 8/4/1869, *Fallos*, 7.138.
Antilli y Barrera, 27/12/1913, *Fallos* 119.231.
Porfilio vs. Ghioldi, 15/7/1929, *Fallos* 155.57.
Procurador Fiscal vs. Diario La Provincia, 23/12/1932, *Fallos* 167.121.
Schwartz, 16/12/1957, *Fallos* 239:367.
S.R.L. Samuel Kot, 5/9/1958, *Fallos* 241.291.
Abal c. diario La Prensa, 11/11/1960, *Fallos* 248.291.
Pérez et Bortnik, 30/12/1963, *Fallos* 257.308.
Gaffet, 30/7/1965, *Fallos* 262.246.
García Nutto vs. Donatti, 20/10/1967, *Fallos* 269.189.
Miolato de Krebs vs. Krebs, 18/3/1976, *Fallos* 294.220.
Ponzetti de Balbín vs. Editorial Atlántida, 11/12/1984, *Fallos* 306.1892.
Rayford, 13/5/1986, *Fallos* 308.733.
Campillay vs. La Razón, Crítica et Diario Popular, 15/5/1986, *Fallos* 308.789.
Bazterrica, 29/8/1986, *Fallos* 308.1392.
Sejean, 27/11/1986, *Fallos* 308.2268.
Costa vs. Municipalité de la ville de Buenos Aires, 12/3/1987, *Fallos* 310.508.
Díez vs. Catán, 1/9/1987, *Fallos* 310.1698.
Arena, 21/11/1989, *Fallos* 312.2218.
Ferrer, 10/7/1990, *Fallos* 313.612.
Fiscal vs. Fernández, 11/12/1990, *Fallos* 313.1305.
Abad, 7/4/1992, *Fallos* 315.632.
Ekmekdjian vs. Sofovich, 7/7/1992, *Fallos* 315.1492.
Servini de Cubria, 8/9/1992, *Fallos* 315.1943.
Bahamondez, 6/4/1993, *Fallos* 316.479.
Gutheim vs. Alemann, 15/4/1993, *Fallos* 316.703.
Pérez Arriaga vs. Arte Gráfica Editorial Argentina, 2/7/1993, *Fallos* 316.1693.
Granada vs. Diarios y Noticias, 26/10/1993, *Fallos* 316.2394.
Triaca vs. La Razón, 26/10/1993, *Fallos* 316.2416.
Espinosa vs. Herrera de Noble et al, 27/10/1994, *Fallos* 317.1448.
Dessy, 19/10/1995, *Fallos* 318.1894.
H., 4/12/1995, *Fallos* 318.2518.
État national vs. Colegio Público de Abogados, 13/2/1996, *Fallos* 319.71.
Ramos vs. LR3 Radio Belgrano, *Fallos* 319.3428.
B. vs. Police Fédérale argentine, 17/12/1996, *Fallos* 319.3040.
Cafés La Virginia, 3/6/1997, *Fallos* 320:1166
Amarilla, 29/9/1998, *Fallos* 321.2558.
Cancela vs. Artear, 29/9/1998, *Fallos* 321.2637.
Urteaga, 15/10/1998, *Fallos* 321.2767.
Menem, Eduardo, 25/10/1998, *Fallos* 321.2848.
O. vs. O., 1/9/1999, *Fallos* 322.2755.
Ganora, 16/9/1999, *Fallos* 322.2139.
D. de P. vs. O., 1/11/1999, *Fallos* 322.2701
S. vs. M., 3/4/2001, *Fallos* 324.975.
Bruno vs. Diario La Nación, 23/8/2001, *Fallos* 324.2419.
Spacarstel vs. El Día, 5/2/2002, *Fallos* 325.50.
Menem, Amado vs. La Voz del Interior, 5/8/2003, *Fallos* 326.2491.
Baquero Lazcano vs. Editorial Río Negro, 14/10/2003, *Fallos* 326.2146.
Folgan vs. Rivero, 2/12/2003, *Fallos* 326.4768.
Lescano vs. Hardy, 17/2/2004, *Fallos* 327.183.

- Guerineau vs. La Gaceta*, 15/4/2004, *Fallos* 327.943.
Keylián vs. Santillán, 31/8/2004, *Fallos* 327.3536.
Vizzoti vs. AMSA, 14/11/2004, *Fallos* 327.3677.
 Résolution de surintendance dans une recherche administrative, 23/11/2004.
S., 2/8/2005, *Fallos* 328:2870.
Asociación de Teledifusoras Argentinas c. GCBA, 7/6/2005, *Fallos* 328.125.
Spinosa Melo vs. État national, 5/9/2006, *Fallos* 329.3617.
Quiroz Franco vs. Provincia de Mendoza, 19/9/2006, *Fallos* 329.3894.
ALITT vs. Inspection générale de justice, 21/11/2006, *Fallos* 329.5266.
Sciammaro vs. diario El Sol, 28/8/2007, *Fallos* 330.3685.
Franco vs. Diario La Mañana, 30/10/2007, *Fallos* 330.4615.
G., 19/2/2008, *Fallos* 331.147.
M. vs. M., 29/4/2008, *Fallos* 331:941.
Patitò vs. Diario La Nación, 24/6/2008, *Fallos* 331.1530.
G., 16/9/2008, *Fallos* 331.2047.
Halabi vs. Pouvoir exécutif, 24/2/2009, *Fallos* 332.111.
Empresa de Combustible Zona Común S.A. vs. Administración Federal de Ingresos Públicos,
 7/4/2009, *Fallos* 332.770.
Gualtieri Rugnone de Prieto et al, 11/8/2009, *Fallos* 332.1769.
Arriola, 25/8/2009, *Fallos* 332.1963.
Brugo vs. Lanata, 16/11/2009, *Fallos* 332.2559.
Canavesi vs. diario El Día, 8/6/2010, *Fallos* 333.831.
P. de la S. vs. P., 18/8/2010, *Fallos* 333.1376.
Dahlgren vs. Editorial Chaco, 9/11/2010, *Fallos* 333.2079;
A. vs. F., 28/12/2010, *Fallos* 333.2435.
Napoli vs. City Bank, 8/11/2011, *Fallos* 334.1327.
Alsogaray vs. Editorial La Página, 13/12/2001, *Fallos*, 334.1714.
Catania vs. Banque Central de la République argentine, 8/11/2011, *Fallos* 334.1276.
N.N., 12/6/2012, *Fallos* 335.888.
D. vs. Editorial Río Negro, 30/10/2012.
M. vs. Diario La Arena, 26/3/2013.
- Cour nationale d'appel civil**
- Chambre K, 10/4/2001, *La Ley* 2001-944.
 Chambre I, 4/10/2001, *La Ley* 2002-B-418.
 Chambre K, 31/5/2006, *Abeledo-Perrot on line* 1/7003868-2.
 Chambre H, 27/8/2007, *La Ley* 2007-E-95.
 Chambre G, 13/2/2009, *Doctrina judicial* 2009-2546.
 Chambre H, 28/5/2010, *La Ley* 2010-D-561
 Chambre K, 1/7/2009, *La Ley* 2009-F-560
 Chambre K, 8/4/2010, *Lexis* 1/70063953-64.
 Chambre L, 17/6/2010, *Lexis* 1/88825
 Chambre L, 7/7/2010, *La Ley* on line.
- Autres tribunaux**
- Suprême cour province Buenos Aires, 17/2/1998, *Jurisprudence argentine* 1998-IV-182.
 Suprême cour province Buenos Aires, 7/5/2003, *Diario de Jurisprudencia de Buenos Aires*,
 165.184.
 Suprême cour province Buenos Aires, 10/12/2008, *Abeledo-Perrot on line* 1-70052006.
 Cour suprême province Tucumán, 12/4/2010, *La Ley* NOA 2010-808.
 Supérieur tribunal province du Chaco, 23/10/2007, *La Ley Litoral* 2008.16
 Tribunal supérieur province Santa Cruz, 19/11/2010, *La Ley Patagonia* 2010-581.
 Cour nationale d'appel commerciale, 22/12/2008, *Abeledo-Perrot on line* 1-85651.
 Cour nationale du travail, chambre V, 15/2/2012, *La Ley* 2012.C.213.

Cour d'appel civile et commerciale San Isidro, chambre II, 27/2/2007, *La Ley Buenos Aires* 2007.461.

Cour d'appel civile et commerciale Mar del Plata, 26/12/2007, *La Ley* 2008.C.553.

Cour d'appel civile et commerciale Dolores, 10/4/2012, *La Ley Buenos Aires* 2012.632.

Cour d'appel civile et commerciale Azul, 2^e chambre, 9/4/2013, *La Ley Buenos Aires*, mai 2013, p. 210.

Cour d'appel civile et commerciale Mar del Plata, 3^e chambre, 23/4/2013, revue *Droit de la famille et des personnes*, juillet 2013, p. 62.

Cour d'appel civile et commerciale Mar del Plata, 26/12/2007, *La Ley* 2008-C-553.

Cour d'appel civile et commerciale Rosario, 18/11/2008, *Abeledo-Perrot on line* 1-70049996.

Tribunal de famille n° 7 Rosario, 7/3/12, *La Ley* 2012.D.574.

Tribunaux étrangers et internationaux

Cour européenne des droits de l'homme, *Schalk and Kopf v. Autriche*, no. 30141/04, ECtHR 2010.

Suprême Cour des États-unis, *New York Times Co. vs. Sullivan*, 9/3/1964. 376 U.S. 254.

Chapter 3

Human Rights and Private Law in Austria

Stefan Perner and Moritz Zoppel

3.1 Human and Basic Rights in Austria: General Remarks

3.1.1 Sources of Human Rights

The first approaches towards human rights legislation in Austria date back to the private law codifications at the end of the eighteenth and the beginning of the nineteenth century. Although the *Austrian Civil Code*, the *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB), does not contain a catalogue of basic rights, unlike the earlier codifications like the civil code of western Galicia, its section 16 already states a relatively clear notion of the existence of meta-positive human rights (Schäffer 2009, Rn 4 et seq.).¹

The appearance of fundamental rights in Austrian legislation is closely linked to the development of its modern constitutional system. Catalogues of basic rights formed part of the early draft constitutions of the revolutionary years 1848 and 1849. However, the first time when fundamental rights clearly appeared in Austrian legislation was in 1862. Therefore, the *law on protection of domiciliary rights* (HausrechtsG) and the *law on protection of personal freedom* were the first fundamental rights in Austrian legal history (Berka 1999, 10 et seq.).

¹Section 16 ABGB: „Jeder Mensch hat angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als Person zu betrachten.“ (Every individual has inherent rights, already evident from common sense and has thus to be considered as a person.).

S. Perner

Department of Civil Law, JKU Linz, Altenberger Straße 69, 4040 Linz, Austria

e-mail: stefan.perner@jku.at

M. Zoppel (✉)

Faculty of Law, Department of Civil Law, University of Vienna, Schottenbastei 10-16,

A-1010 Wien, Austria

e-mail: moritz.zoppel@univie.ac.at

The Austrian basic rights catalogue the *Staatsgrundgesetz* (StGG), which entered into force in 1867, is a landmark document in the development of fundamental rights. The *Reichsgericht* obtained a competence to recognize public acts as an infringement of fundamental political rights guaranteed by the StGG. Although the *Reichsgericht* could only identify an act formally as a violation of the StGG and, therefore, was not competent to quash the act in question, its case law still had an important influence on the development of basic rights during the times of the Monarchy.²

The fundamental rights guaranteed by the StGG mainly focus on the protection of personal freedom and property rights against state actors. They are classic civil liberties, restricting the power of public authorities to interfere with the freedom of private parties.

Austria has since then signed all major human rights conventions on international plane.³ Most notable is the *European Convention on Human Rights* (ECHR) of 1950. The ECHR entered into force in 1958. Other than in many European States, the ECHR has the same status as the Constitution.⁴ From a perspective of comparative law, this is a unique situation. The formal status of the ECHR in national law can only be topped by the Netherlands, where the ECHR takes a higher rank than the Dutch Constitution itself (Grabenwarter and Pabel 2012, § 1 Rn 2 et seq.).

Undoubtedly, the ratification of the ECHR caused a major addendum to the Austrian basic rights catalogue (Schäffer 2009, Rn 71 et seq.). Despite an early notion in Austrian doctrine, there had to be numerous adaptations due to the jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECtHR). Especially in the field of Criminal Law, the case law from Strasbourg has had a strong influence (Neuhold et al. 2004, Rz 1558).

Apart from that, Austria signed several agreements regarding special human rights issues. In 2007, Austria was one of the first signatory states of the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance and the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities.⁵

²On the historical development of fundamental rights in Austria, see Berka (1999, 9 et seq.).

³International Covenant on Civil and Political Rights (1966); International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966); International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (1965); Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (1979); International Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment (1984); Convention on the Rights of the Child (1989).

⁴Before the enactment of the B-VG BGBl 1964/59, this was controversial.

⁵See the homepage of the Austrian Foreign Ministry: <http://www.bmeia.gv.at/en/foreign-ministry/foreign-policy/human-rights/what-are-human-rights.html>.

3.1.2 *Definition and Systematization*

As the above-mentioned clearly shows, there is no single *legal document* dealing with *all types* of rights. Human rights or basic rights can be extracted from many different legal texts. Therefore, there is no all-encompassing *legal definition* of the term and it is not always easy to identify human rights. The Austrian Constitutional Court argues that “a right guaranteed by the constitution” needs to implicate a sufficient interest of an individual in complying with an objective norm of constitutional law. In other words, *legal provisions of constitutional rank* which create subjective rights and consequently can be enforced by an individual are fundamental rights.⁶

The vast majority of Austrian scholars distinguish between *fundamental and human rights*. Fundamental rights are widely seen as positive national law, while human rights are mostly regarded as meta-positive, natural or positive-international law (Berka 1999, 14 et seq.; id. 2013, Rz 1157 et seq.). The term ‘*Grundrechte*’ (fundamental or basic rights) is rarely used in Austrian (constitutional) law. Despite the wording of section 16 ABGB, which states that *every individual has inborn rights, and is accordingly to be regarded as an individual*, this should not be regarded as a definition of human rights but at least emphasises the existence of human rights at an early stage in legal history.

The fundamental rights of the StGG and the ECHR *in general* follow a liberal concept (Kucsko-Stadlmayer 2014, Rn 79 et seq.). In principle, the StGG consists of defensive rights (*Abwehrrechte*). These are fundamental rights *safeguarding individual freedoms and limiting acts of public powers* (Brüggemeier et al. 2011, 259). Most of the rights enshrined in the ECHR can as well be identified as defensive rights, although this is clearly not their exclusive function. Scholars argue that all fundamental rights guaranteed by the ECHR and even some of the StGG create *positive obligations* of the state (Holoubek 1999, 97; Walter et al. 2015, Rn 1332 et seq.; Öhlinger and Eberhard 2014, Rn 694 et seq.) The Constitutional Court has acknowledged that *positive obligations* derive from fundamental rights (Holoubek 1999, 97, 108).

3.1.3 *Limitations*

Which limitations to fundamental rights apply, depends on the fundamental right in question. To define these limits is, as Berka argues, one of the most important tasks of fundamental rights doctrine (Berka 2013, Rz 1279).

However, some general remarks on the topic can be made. It is uncontroversial among scholars that human rights do not grant unlimited freedom. Therefore, an

⁶Compare Article 114 B-VG (Federal Constitutional Act): *rights provided by legal provisions of constitutional rank* in Article 114 B-VG. Further reading: Öhlinger and Eberhard (2014, Rz 677 et seq.).

infringement of a human right can be *justified*. An important limit to the protection of human rights is the so-called *stipulation for statutory powers*. Provisions granting basic rights often state that they can be restricted by statute. Such ‘*Gesetzesvorbehalte*’ give the legislator the power to restrict the basic right in question. An example would be Article 5 StGG, which states that expropriation is unlawful – except when the legislator allows it.

3.1.4 Judicial Review

The Constitutional Court (VfGH) is the highest state body in Austria when considering constitutional law.⁷ The Constitutional Court examines the constitutionality of laws passed by Parliament, the legality of executive regulations and finally alleged infringements of constitutional rights of individuals through acts of the administration. The Constitutional Court, therefore, has the competence to review *legislation and regulations* (Gesetze and Verordnungen; see Article 139 and Article 140 Federal Constitutional Act [*Österreichische Bundesverfassung*, B-VG]) concerning their compatibility with legal provisions of a constitutional rank. All fundamental rights provisions, particularly the StGG and the ECHR, hold a constitutional rank. Hence, the Constitutional Court can examine laws and regulations on the basis of human rights.

The so-called *Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit* (Article 144 B-VG) supplies an individual with a right to launch a complaint against an *individual administrative act* (*Erkenntnis*). With about 1500–2000 complaints every year, it concludes numerically the most significant task of the Constitutional Court (Öhlinger and Eberhard 2014, Rz 1049).

An individual needs to claim an infringement of a *right provided by legal provisions of constitutional rank* by an act of an administrative organ or an infringement caused by a law or a regulation that is unconstitutional. All other stages of appeal must be exhausted.

Where *Courts of Law* (*ordentliche Gerichte*) come into play, the situation is different. An individual has no right to launch a complaint against a decision made by Courts of Law. The Constitutional Court cannot nullify judgments of Courts of Law. If jurisprudence violates human rights, one is enabled to take the legal measures provided by Court of Law proceedings, most notably an appeal to the Supreme Court (for Criminal and Private Law). Courts of Law, on the other hand, have no right to review legislation. However, Courts of Law are entitled to submit a request for review to the Constitutional Court if the provision in question would have to be applied by the Court of Law. A recent reform (see Bertel 2013, 269) (BGBl I 2013/114; the provisions are applicable with effect of 2015) even gives individuals

⁷For general information on the Constitutional Court in English, see: <http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/english/index.html>.

the right to request review by the Constitutional Court if the provision is applicable in a pending case (*Gesetzesbeschwerde*).

Due to a lack of comprehensive statistical records, it is difficult to assess *which human rights are most commonly litigated* before Austrian courts and tribunals. However, it can be said that the case law of the Constitutional Court on Article 6 of the ECHR has had the biggest impact on the Austrian legal system (compare to Morscher 2012, 681).

Article 6 ECHR grants a right to a fair trial and states that “in the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law”.

This provision has caused numerous changes in the system of legal protection in administrative law (see only Morscher 2012, 681, 682 et seq.). It is impossible to give a comprehensive overview on the case law of the Constitutional Court and the reforms by the legislative bodies. However, it can be argued that certain “civil” matters (e.g. compensation for expropriation) were transferred from administrative procedures to Courts of Law. Moreover, the system of legal protection in administrative law as a whole changed. The final step of this development is the implementation of independent Administrative Courts (Article 129 B-VG) with effect of 2014 (see Pabel 2012, 492). One of the main purposes of this reform was to grant a fair trial in administrative proceedings, which are considered to fall under the scope of Article 6 ECHR (e.g. administrative penalty proceedings). Due to its impact on the system of legal protection (initiated by the case law regarding Article 6 ECHR), the implementation of Administrative Courts has been called a *Jahrhundertreform* (Storr 2012, 911, 918).

3.2 The Influence of Human and Basic Rights in Contract Law

3.2.1 General Principles of Contract Law

Before assessing the impact of human rights on contract law, some general remarks on the principles of contract law are useful. The principle of Freedom of Contract or Private Autonomy is without doubt the *Leitmotiv* of Austrian Contract Law. Furthermore and due to its liberal tradition, the ABGB, similar to the *German Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), understands freedom of contract in a rather formal way (Flume 1992, 1 et seq. 6.).

Above all it is the choice of the yet to be contracting parties if they come to an agreement (see Bydlinski 2013, Rz 5/20 et seq.). However, according to Bydlinski, there are other relevant principles, which need to be taken into account. Most notably: *legal certainty* (*Verkehrsschutz*) particularly concerning the protection of legitimate legal expectations of one party; the principle of the *contractual equivalent*

(*Äquivalenz der vertraglichen Leistungen und Rechtsstellungen*) and the ethical power of *sanctity of contracts* (*Vertragstreue*) (Bydlinski 1999, 147 et seq.; id. 1967, 122 et seq.). These principles could be summarized as a general *principle of protection* (Bydlinski 2013, Rz 5/20 et seq.).

Private autonomy is, therefore, certainly a crucial value in Austrian Law but it is not granted without limits. Moreover, the accession to the European Union (EU) has had inevitable effects on the notion of freedom of contract (see Lurger 1998, 65 et seq.).

The *protection of the weaker party* clearly marks a limit of Private Autonomy in Austrian Law (see Perner et al. 2014, 41 et seq.). There are numerous possibilities to eliminate the imbalance between the parties. Above all the rules on the capacity to contract (sections 170 and 865 ABGB) serve this purpose ever since.

Section 879 para 2 ABGB determines that “an agreement by which any person exploits the improvidence, the strained financial situation, the lack of experience or the excited frame of mind of another person by causing him to promise or give to himself or to a third person a performance in exchange for a clearly disproportionate consideration” is null and void.

As mentioned above, European legislation played an important role in this matter during the last years. Concerning EU legislation on racial and gender discrimination, it is important to acknowledge that these limitations of private autonomy do not serve to eliminate economic but rather common social imbalances (see Basedow 2008, 230 et seq.).

The above-mentioned examples show that the Austrian courts, as well as the legislator, understand *private autonomy* as a *material concept* rather than a formal one. The mere consent does not provide sufficient authority for a binding contract. To the contrary, the parties of the contract must be actually free in their decision (compare to Canaris 2000, 271, 286 et seq.; Radbruch 1973, 243). This exact idea highlights the need for consumer protection.

3.2.2 *Indirect Horizontal Effect of Human Rights in Contract Law*

Why is private autonomy understood as a material concept? A closer look shows that there is a strong link to the concept of *indirect horizontal effect* of human rights. According to prevailing opinion, fundamental rights do not bind individuals directly but “only” the public authority. More concrete, the legislative body and the judiciary have to protect citizens against the violation of their rights by other citizens (Canaris 1999, 34). First, the legislative power has to take human rights into account during the whole law making process. Secondly, fundamental rights have to be taken into consideration by the judiciary when interpreting general clauses or open texture provisions. Therefore, one of the main arguments in favour of the doctrine on indirect horizontal effect is that it respects the general principles of private law. Consequently, it is not a threat to the autonomy of private law and does not

counteract the distinction between private and public law. Conclusively, fundamental rights are adapted to the scenario *inter privatos*, which differs from the one in a vertical relationship.

According to the concept of *indirect horizontal effect* of fundamental rights (*mittelbare Drittwirkung*), the judiciary must take human rights into account when interpreting and applying the law, most notably when dealing with open texture norms or general clauses (Perner 2013, 144 et seq.). For example, fundamental rights have to be taken into consideration when interpreting the term ‘*gute Sitten*’ in section 879 para 1 ABGB (Bollenberger 2014, § 879 Rz 5; Graf 2010, § 879 Rz 84 et seq.)

The *Austrian Supreme Court* (OGH), for example, argued that the denial of entrance into the only geographically available restaurant in a small town for no particular reason could constitute a breach of the general clause ‘*guten Sitten*’. The unjustified denial of entrance to a space openly accessible to a general public, like a bar or a restaurant, is seen as discriminatory act and therefore a violation of human dignity.⁸ Hence, when interpreting section 879 para 1 or 16 ABGB, human rights play an important role. In a final cause, their violation could possibly lead to the annulment of a contract or a positive obligation to contract (*Kontrahierungszwang*) (Graf 2015, § 879 Rz 84; Schauer 2013, § 16 Rz 15; OGH 14.07.1986, 1 Ob 544/86; Bydlinski 1980, 1, 44 Fn 69).

In other cases, Austrian Courts have been very much inspired by the German neighbour. A representative and important example in contract law is the case law on *suretyship of close relatives*. In 1993, the German Federal Constitutional Court (BVerfG)⁹ decided on the validity of such contracts. The German Federal Constitutional Court declared such surety contracts void in case certain requirements are met (high risk, low income of the surety, no or misleading information about the financial status of the debtor by the creditor etc.). In 1995, the Austrian Supreme Court decided on the same matter and followed the German Court’s opinion.¹⁰ Another 2 years later, the legislator enacted provisions designed to protect consumers in such cases (BGBl I 1997/6).

In addition, *European legislation* has weakened the principle of private autonomy particularly in the fields of consumer protection, labour law, the law of general terms and conditions of trade and most recently anti-discrimination law.

Especially in the areas of law which are determined by EU directives, there has been a tendency towards creating special legal acts (e.g. in the field of anti-discrimination and consumer protection: GIBG; KSchG) instead of the mere interpretation of general clauses and open texture norms in the light of human rights. This might be due to the principle of transparent transformation of EU law (Perner 2012, 9 et seq.; Herrmann 2003; Prechal 2005, 81 et seq.).¹¹

⁸ OGH 14.07.1986, 1 Ob 544/86; see also Reichsgericht 11.04.1901 = RGZ 48, 114, 127; Bydlinski (1980, 1, 44 Fn 69); Aicher (2000, § 16 Rz 30 et seq.).

⁹ BVerfGE 89, 214 et seq.

¹⁰ OGH 27.03.1995, 1 Ob 544/95.

¹¹ For the discussions on a Consumer Protection Act (*Verbrauchergesetzbuch*), see Wendehorst (2009, 53).

3.3 The Influence of Human Rights and Basic Rights in Tort Law

3.3.1 General Principles of Tort Law

Before assessing the impact of human rights on tort law, some general remarks on the functions and principles of tort law are useful. The primary tasks of tort law in Austria are considered to be *compensation*, *deterrence (prevention)* and *continuation of a right* (Koziol 1997, 3 et seq.).¹²

Compensation in this context means providing the victim with reparation for a damage that has already been sustained. According to this concept, section 1295 ABGB refers to the “compensation of damage” (Koziol 2012, 75 et seq.; see also Bydliniski 1999, 185 et seq.). Bydliniski and Koziol argue that the compensatory notion clearly expresses the purpose of Tort Law (Bydliniski 1999, 187 seq.; Koziol 2012, 76). It provides a guideline for the scope of the claim for damages and at the same time excludes the integration of punitive elements or the disgorgement of enrichment within the framework of Tort Law (Koziol 2012, 76).

It is widely recognised that the law of damages furthermore has a *deterrent function* (Bydliniski 1999, 190 et seq.). The threat of a duty to compensate in the event of damage being caused provides a general incentive to avoid inflicting damage (Koziol 1997, Rz 1/15).

The notion of *providing for continuation of a right* is based on the deterrent function. The starting point is an understanding that considers the injured right or legal good as surviving in a claim for compensation.

Koziol explains the notion of the ‘*Rechtsfortsetzungsgedanken*’ as follows: “As the legal system protects the rights and legal goods based on their general appreciation in the legal community, the notion of continuation of a right leads to a claim for compensation for the ordinary value, i.e. the market value, regardless of the content interest of the owner who suffered the loss” (Koziol 2012, 80; id. 1997, Rz 1/15).

3.3.2 Non-pecuniary Damages

As in most legal systems,¹³ Austrian law is restrictive when it comes to granting non-pecuniary damages. This derives mostly from the difficulties posed by assessing these damages in money and even in determining such in the first place (Koziol 2012, 112 et seq.; Bydliniski 1999, 221).

From a comparative law perspective, it is interesting to see that the ABGB, other than the German BGB, has regulated compensation of non-pecuniary damages in a blanket clause (Karner and Koziol 2003, 17 et seq.; Karner 2011, 502, 506; see

¹²In English language: Koziol (2012, 75 et seq.).

¹³An extensive overview is provided by Karner and Koziol (2003).

Bydlinski 1999, 221 et seq.). According to sections 1323 and 1324 ABGB, the tortfeasor must compensate non-pecuniary damage in the case of *gross fault* insofar as no special rules expand the compensation of non-pecuniary damage.

The case law of the Austrian Supreme Court has nevertheless taken a more restrictive position. Obviously inspired by section 253 BGB, in a landmark decision in 1908 the Supreme Court argued that compensation of non-pecuniary damage is only due in such cases as expressly regulated by the law (compensation for pain and suffering in section 1325 ABGB serves as the most prominent example) (Karner and Koziol 2003, 17 et seq.; Karner 2011, 502, 506).

The need for a better protection of human rights through tort law led to a reform in 2004, when section 1328a ABGB was enacted. The provision states a right to privacy. It is considered to realise and complete section 16 ABGB. The right to privacy needs to be balanced against freedom of expression of the infringing party. This means that a balancing of all interests has to occur, when considering if an invasion into the right to privacy was wrongful (*rechtswidrig*). If the invasion was wrongful, there is also compensation for non-pecuniary damages.

In addition to this, the case law of the Court of Justice of the EU (CJEU) had a strong impact in the field of compensation for non-pecuniary damage. In *Leitner* the CJEU argues that non-pecuniary damages, although not explicitly stated in the directive on package travel, package holidays and package tours need to be compensated. From the perspective of EU law, there is no general rule such as laid down in sections 253 BGB or 1323 and 1324 ABGB restricting the compensation of non-pecuniary damages. Therefore, EU Law has had a significant impact on Austrian Tort Law in the field of compensation of non-pecuniary damages.

3.3.3 *Deviation from General Principles in Tort Law*

There is no explicit rule in the legislation or case law that allows deviation from the general principles of tort law in order to protect human rights.

However, section 1310 ABGB could be seen as a provision that *implicitly* deviates from the general principles of Austrian tort law. If insane persons, mental incompetents or infants cause injury to another person, they are not liable (lack of fault). If the person injured cannot obtain any satisfaction (not even by the parents, a custodian etc.), a court must award either full compensation or a reasonable part thereof by taking into consideration: whether the person who has caused injury, notwithstanding his general mental incapacity, is nevertheless at fault in the particular circumstances; whether the injured person failed to defend himself out of consideration for the person causing the damage; and, lastly, the amounts of property of the person causing the injury and the person injured.

The provision protects pecuniary interests (= basic rights) and therefore allows compensation even in cases where the tortfeasor was not at fault (= deviation from general principles).

3.3.4 *Suggestions de Lege Ferenda*

Austrian Tort Law has been a major ground for suggestions *de lege ferenda* in the last years. There have been three different drafts of well renowned academics and an emotional debate among scholars.¹⁴

In the so-called *Reformentwurf* (Austrian Draft), a clause of reduction of the duty to compensate can be found in section 1318. This is in line with international trends, hence a “reduction clause” can be found in the Article 6:202 DCFR and Article 10:401 PETL as well as in Swiss and Dutch Law (for example Koziol 2012, 303 et seq.).

Section 1318 of the Austrian Draft clearly states that the victim is usually due full compensation and only by way of exception, under consideration of various criteria, a reduction is possible. This reduction finds its general justification in the constitutional principle of proportionality (Koziol 2012, 303 et seq.). The idea behind the reduction of the duty to compensate is that it should be possible to reduce compensation duties otherwise ruinous to the damaging party. Canaris argues that exorbitant duties to compensate not only often affect the damaging party’s freedom to act but also its personality rights (Canaris 1987, 1001 et seq.).

3.4 The Influence of Human Rights and Basic Rights in Property Law

The general principles of Austrian property law are a limitation of forms (*numerus clausus*), the principle of coercion of forms, publicity, speciality and causation (Iro 2013, Rz 1/5 et seq.). In Intellectual Property (IP) Law, the territorial principle plays an important role. Therefore, an Austrian trademark is only protected in Austria. Another general principle is, as in property law, limitation of forms (Kucsko 2003, 3 et seq.).¹⁵

The rules on property and IP Law have to be compatible with all norms of a constitutional rank, such as the StGG and the ECHR. Especially in IP Law, the right to freedom of expression (Article 10 ECHR; Article 13 StGG) constitutes a human right that allows deviation from general principles.

Clearly, a balance between the right to freedom of expression or communication and the right to property has to be achieved in the first place. The Austrian Supreme Court acknowledges the equality of these two basic rights and therefore tries to balance the different interests on a case-by-case basis (Kucsko-Stadlmayer 2007, Vor §§ 41 et seq.).

¹⁴For an extensive overview on the Austrian discussion regarding the reform of tort law see Taupitz and Pfeifer (2010, 88).

¹⁵Austrian IP Law is subdivided into: Trademark Law, Patent Law, Copyright Law and Design Right (= Musterrecht).

Kucsko-Stadlmayer argues that the ECtHR has not yet decided on the constellation in question (balancing the right to [intellectual] property with the right to freedom of expression). More commonly, a violation of Article 10 ECHR is assumed in cases dealing with civil or penal law proceedings concerning alleged insults by the media. On this matter, the case law of the ECtHR is widely comparable to the Austrian Supreme Court's (Kucsko-Stadlmayer 2007, Vor §§ 41 et seq.; see also Grabenwarter and Pabel 2012, § 23 Rn 1 et seq.).

3.5 The Influence of Human Rights and Basic Rights in Family Law

Coherent general principles of family law are hard to elaborate because of many, partly inhomogeneous, reforms (Kerschner 2013, Rz 1/20 et seq.; compare to Bydliniski 1999, 351 et seq.). However, it is undisputed that the right to family life as enshrined in Article 8 ECHR has had a huge impact on all recent reforms in Austrian family law. Almost all of them were initiated by judgments of the ECtHR. The following text gives a representative example of the impact of the case law of the ECtHR.

In the wake of the cases *Zaunegger v. Germany*¹⁶ (2009) and *Sporer v. Austria*¹⁷ (2011), a discussion about the conformity of Austrian custody law with Article 8 ECHR had started. The Vienna Higher Civil Court subsequently submitted the question of constitutionality of section 166 ABGB to the Constitutional Court. The Court declared that the Austrian legal framework was unconstitutional, as it did not provide for any judicial review that gives the father of a child born out of wedlock the right to obtain custody without the mother's consent (see Grabenwarter and Störck [forthcoming]). Therefore, the Court held that section 166 ABGB infringed the father's right to family life under Article 8 ECHR.

As a consequence, the Austrian legislator amended the ABGB (KindNamRÄG, BGBl I 2013/15). One of the key aspects of the reform is the implementation of joint custody. According to section 180 ABGB, the court can order a phase of provisional parental responsibility and it gives the father of a child born out of wedlock the possibility to obtain custody even without the mother's consent (Grabenwarter and Störck [forthcoming]).

This example shows that Austrian courts as well as the legislative body are fast and very responsive to the case law of the ECtHR. Therefore, its judgments have had a huge impact on Austrian family law.

At first sight, one would not conclude that the case law of the CJEU affects family law in the same way as the case law of the ECtHR. However, given the fact that the EU has developed from a purely economic community to a rather political one,

¹⁶*Zaunegger v. Germany*, no. 22028/04, ECtHR 2009.

¹⁷*Sporer v. Austria*, no. 35637/03, ECtHR 2011.

there is also substantial impact on Austrian family law. Among the case law of the CJEU, especially the importance of the judgments on free movement provisions (Article 20 TFEU) has to be highlighted (e.g. *Garcia Avello*, *Grunkin-Paul*).

The concept of mutual recognition (name, marital status etc.) has without a doubt had impact on Austrian legislation (see Lurger 2008, 77, 99). In general, “modern” Austrian family law has become far more liberal than it once was. This comes from the fact that mutual recognition leads to the obligation to accept foreign concepts such as registered partnership etc. According to some scholars (for example Lurger 2008, 77), this always causes the need to reform Austrian law in order to avoid inverse discrimination. Even if one refuses to assume this position, one cannot neglect the fact that the case law of the CJEU on mutual recognition is also an important initiator of reforms in Austrian family law. As the most prominent example, one might see the Registered Partnership Act (BGBl I 135/2009) which allows same sex couples to enter a partnership that is similar to matrimony.

As highlighted above, many reforms have been enacted in recent years. However, there are still open issues, which are going to be subject to reforms in the near future. A good example is the case of In Vitro Fertilisation. The Austrian Supreme Court submitted a request to the Austrian Constitutional Court,¹⁸ asking for a review of the provisions laid down in the *Austrian Artificial Procreation Act of 2009* as regards the exclusion of homosexual couples from medically assisted reproduction (Grabenwarter and Störck [forthcoming]). The Constitutional Court argued that the exclusion of lesbian couples from medically assisted reproduction violates Article 14 ECHR. To qualify a different legal treatment based on sexual orientation or sex as non-discriminatory according to Article 14 ECHR, there needs to be a valid and objective justification. In December 2013, the Constitutional Court concluded that such a justification is not given and therefore quashed the provision in question.¹⁹ A reaction by the legislator concerning a general reform of the *Austrian Artificial Procreation Act of 2009* could follow subsequently (compare to Fischer-Czermak 2014, 35).

3.6 The Influence of Human Rights and Basic Rights in Other Fields of Private Law

Human rights have also had an influence in other areas of private law. The field of copyright law is a good example. *Copyright* is protected by the right to property enshrined in Article 10 StGG and Article 1 of the First Protocol to the ECHR. On the other hand, Article 10 ECHR states a right to freedom of expression/communication. The Austrian Supreme Court a couple of times lately has examined the relationship of these two basic rights. Only in a few cases, the Supreme Court has

¹⁸ OGH 19.12.2012, 3 Ob 224/12f.

¹⁹ VfGH 10.12.2013, G 16/2013.

concluded that the right of freedom of expression prevails over the right to property.²⁰ The Supreme Court has examined whether the violation of the right to property is of public interest and if it is the only necessary measure (*das gelindeste Mittel*) (Kucsko-Stadlmayer 2007, Vor §§ 41 et seq.).

The Supreme Court acknowledges the right to privacy in Article 8 ECHR as an inborn and apparent right in the notion of section 16 ABGB. However, the right to privacy needs to be balanced against those of the society as a whole. For instance, *video surveillance of a neighbouring land* is not permitted if there are no obvious security reasons that make surveillance necessary (Schauer 2013, § 16 Rz 18 et seq.).

Human rights did not have a major influence on the general principles of *inheritance law*, such as testamentary freedom, representation per capita and right to a compulsory portion. However, a certain influence of the right to family life can be recognized in section 773a para 3 ABGB. The provision states an exception to the rule that the reduction of the compulsory portion to a half is permitted if the relationship between the testator (*Erblasser*) and the person entitled to a compulsory portion is not as strong as usual in a certain family. The rule does not apply if the testator has denied building up a relationship for no particular reason (Eccher 2014, 11/22 et seq.).

Austria was one of the first signatory states of the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Therefore, the Austrian *legislation on guardianship* is reviewed critically. The focus is particularly strong on a better protection of human rights of the disabled. Most of all, their right to self-determination in the field of medical treatment or a change of homes should be enforced in the transformation of the Convention into Austrian law.²¹

3.7 Final Remarks

In Austrian law, there is no all-encompassing legal definition of the term and it is not always easy to identify human rights. However, it is uncontroversial that human rights play an important role. Especially the importance of the ECHR (and the jurisprudence of the ECtHR) has to be highlighted.

In the present context, it is important to acknowledge that human rights have had a great impact not only on public, but also on private law. The article gave a systematic overview over the impact on different fields of private law. Human rights have had an important influence especially in two areas: In contract law, their existence has led to a material understanding of the concept of private autonomy. In family law, the case law of the ECtHR on Article 8 ECHR (right to family) has caused numerous reforms in Austrian family law. Recent developments show that human

²⁰ For example OGH 12.06.2001, 4 Ob 127/01g – Medienprofessor.

²¹ See *Nationaler Aktionsplan Behinderung 2012–2020*, Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz 36 et seq.

rights will continue to be important guidelines for the Austrian private law legislator as well as for the courts.

However, when discussing the interaction between human rights and private law, one important aspect has to be borne in mind. While private law may get in conflict with human rights, its main objective is to strike a balance between legitimate interests of private parties. Private autonomy safeguards personal liberties of contracting parties; tort law protects private property against a tortfeasor; family law above all protects family life and so on. Therefore, private law serves as a guardian of human rights.

Bibliography

- Aicher, J. 2000. § 16 ABGB. Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, 3rd ed., ed. Rummel, P. Vienna: Verlag Manz.
- Basedow, J. 2008. Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im europäischen Privatrecht. ZEuP 2008: 230.
- Berka, W. 1999. Grundrechte. Vienna: Springer.
- Berka, W. 2013. Verfassungsrecht, 5th ed. Vienna: Springer.
- Bertel, M. 2013. Der Parteiantrag auf Normenkontrolle. JRP 2013: 269.
- Bollenberger, R. 2014. § 879 ABGB. Kurzkommentar zum ABGB, 4th ed., ed. Koziol, H., Bydlinski, P., and Bollenberger, R. Vienna: Springer.
- Brüggemeier, G., Ciacchi, A.C., and Comandè, G. 2011. Fundamental Rights and Private Law in the European Union. Oxford: Oxford University Press.
- Bydlinski, F. 1967. Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts. Vienna: Springer.
- Bydlinski, F. 1980. Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges. AcP 180 (1980): 1–44.
- Bydlinski, F. 1999 (reprint 2013). System und Prinzipien des Privatrechts. Vienna: Springer, Verlag Österreich.
- Bydlinski, P. 2013. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 6th ed. Vienna: Verlag Österreich.
- Canaris, C.W. 1987. Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht. JZ 1987: 993–1004.
- Canaris, C.W. 1999. Grundrechte und Privatrecht. Berlin: De Gruyter.
- Canaris, C.W. 2000. Wandlung des Schuldvertragsrechts – Tendenz zu seiner, Materialisierung“. AcP 200 (2000): 271.
- Danzl, K.H. 2014. § 1328a ABGB. Kurzkommentar zum ABGB, 4th ed., eds. Koziol, H., Bydlinski, P., and Bollenberger, R. Vienna: Springer.
- Eccher, B. 2014. Erbrecht, 5th ed. Vienna: Springer.
- Fischer-Czermak, C. 2014. Medizinisch unterstützte Fortpflanzung lesbischer Paare. EF-Z 2014: 35
- Flume, W. 1992. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II. Das Rechtsgeschäft, 2nd ed. Berlin: Springer.
- Grabenwarter, Ch., and Pabel, K. 2012. Europäische Menschenrechtskonvention, 5th ed. Munich: C.H. Beck.
- Grabenwarter, Ch., and Störck, M-T. Private Life and Family Life under Article 8 ECHR – Recent Case Law and Developments in Austria (forthcoming).
- Graf, G. 2015. § 879 ABGB. ABGB-ON 1.02., eds. Kletečka, A., and Schauer, M. Vienna: Verlag Manz.
- Herrmann, Ch. 2003. Richtlinienumsetzung durch Rechtsprechung. Berlin: Duncker and Humboldt.

- Holoubek, M. 1999. Funktion und Interpretation von Grundrechten. ZÖR 1999: 97.
- Iro, G. 2013. Sachenrecht, 5th ed. Vienna: Verlag Österreich.
- Karner, E., and Koziol, H. 2003. Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht und seine Reform 15. ÖJT II/1. Vienna: Verlag Manz.
- Karner, E. 2011. In: Digest of European Tort Law, eds. Wininger, B., Koziol, H., Koch, B.A., and Zimmermann R. Vol II 502. Vienna: Springer.
- Kerschner, F. 2013. Familienrecht, 5th ed. Vienna: Springer.
- Koziol, H. 2012. Basic Questions of Tort Law from a germanic perspective. Vienna: Jan Sramek Verlag.
- Koziol, H. 1997. Österreichisches Haftpflichtrecht I, 3rd ed. Vienna: Verlag Manz.
- Kucsko, G. 2003. Geistiges Eigentum. Vienna: Verlag Manz.
- Kucsko-Stadlmayer, G. 2007. Vor §§ 41. In: Urheberrecht, ed. Kucsko, G. Vienna: Verlag Manz.
- Kucsko-Stadlmayer, G. 2014. In: Handbuch der Grundrechte VII/1, eds. Merten, D., Papier, H.J., and Kucsko-Stadlmayer, G. Heidelberg: C.F. Müller.
- Lurger, B. 1998. Vertragliche Solidarität. Baden-Baden: Nomos.
- Lurger, B. 2008. Der Einfluss der Personenfreizügigkeit des EGV auf das österreichische Familien- und Erbrecht. EF-Z 2008: 77 and EF-Z 2008: 99.
- Morscher, S. 2012. Art 6 EMRK voll implementiert. JBl 2012: 681.
- Nationaler Aktionsplan Behinderung 2012–2020. Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz.
- Neuhold, H., Hummer, W., and Schreuer, Ch. 2004. Österreichisches Handbuch des Völkerrechts, 4th ed. Vienna: Verlag Manz.
- Öhlinger, T., and Eberhard, H. 2014. Verfassungsrecht, 10th ed. Vienna: Facultas.
- Pabel, K. 2012. Verwaltungsgerichtsbarkeits-Nov 2012. ecollex 2013: 492.
- Perner, S., Spitzer, M., and Kodek, G. 2014. Bürgerliches Recht, 4th ed. Vienna: Verlag Manz.
- Perner, S. 2014. EU-Richtlinien und Privatrecht. Vienna: Verlag Manz.
- Perner, S. 2013. Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Prechal, S. 2005. Directives in EC Law, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press.
- Radbruch, G. 1973. Rechtsphilosophie, 8th ed. Stuttgart: K.F. Koehler.
- Schäffer, H. 2009. In: Handbuch der Grundrechte VII/1, eds. Merten, D., and Papier, H.J. Heidelberg: C.F. Müller.
- Schauer, M. 2013. § 16 ABGB. ABGB-ON 1.01. Eds. Kletečka, A., and Schauer, M. Vienna: Verlag Manz.
- Storr, S. 2012. Das Verfahrensrecht für die zukünftigen Verwaltungsgerichte. ZfV 2012: 911.
- Taupitz, J., and Pfeifer, Ch. 2010. Der Entwurf und der Gegenentwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts – eine kritische Analyse. JBl 2010: 88.
- Wagner, G. 2006. Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe? AcP 206 (2006): 352.
- Walter, R., Mayer, H., Y Kucsko-Stadlmayer, G, and Stöger, K., and Stöger, K. 2015. Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 11th ed. Vienna: Verlag Manz.
- Wendehorst, Ch. 2009. Auf dem Weg zu einem modernen Verbraucherprivatrecht: Umsetzungskonzepte. In: Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa? eds. Jud, B., and Wendehorst, Ch. 153. Vienna: Verlag Manz.
- Wurmnest, W. 2003. Grundzüge des Europäischen Haftungsrechts. Tübingen: Mohr Siebeck.

Case Law

Austrian Constitutional Court

VfGH 10.12.2013, G 16/2013.

Austrian Supreme Court

OGH 14.07.1986, 1 Ob 544/86.

OGH 27.03.1995, 1 Ob 544/95 = SZ 68/64.

OGH 12.06.2001, 4 Ob 127/01.

OGH 19.12.2012, 3 Ob 224/12f = iFamZ 2013/34.

Court of Justice of the European Union

Case C-168/00, *Leitner*, ECLI:EU:C:2002:163.

European Court of Human Rights

Zaunegger v. Germany, no. 22028/04, ECtHR 2010.

Sporer v. Austria, no. 35637/03, ECtHR 2011.

German Courts

Reichsgericht 11.04.1901 = RGZ 48, 114.

Bundesverfassungsgerichtshof 19.10. 1993, 1 BvR 567/89; 1 BvR 1044/89.

Chapter 4

Human Rights in Private Law: The Brazilian Experience

Gustavo Tepedino

4.1 Introduction: Human Rights and Basic Rights in Brazil

The first records of the use of the expression ‘human rights’ in Brazilian law date from the middle of last century, especially as of the decade of the 1960s, although the terms ‘human rights’ and ‘basic rights’ were referred to only as rights of protection for citizens *vis-à-vis* the State, but not applied to relations between private parties. Only with the promulgation of the Brazilian Constitution of 1988 (Constitution) came the understanding that constitutional norms are invested with normative force (prior to that they were considered as mere political-philosophical provisions of programmatic content) (Tepedino 2008b, 18; Barroso 2013, 28; Souza Neto and Sarmiento 2012, 198). This change of perspective proved fundamental for doctrine and jurisprudence to begin to recognize in the fundamental rights extracted from the text of the Constitution the source for effectively and immediately protecting human persons, in addition to setting positive rights *vis-à-vis* the State.

Parallel to this, the Constitution of 1988 also promoted the principle of the dignity of the human person, as provided in Article 1, III, to the position of the highest importance in the legal system, justifying the priority protection of existential interests in relation to property rights, thus offering the philosophical and juridical substratum needed to defend human rights (Fachin and Ruzyk 2008). As a result, the constitutional norms now held a key position in Brazil’s legal system, thereby enabling basic rights to be accepted also in the sphere of private relations. In other words, and notwithstanding sporadic mention in the judicial decisions of earlier decades, it was only after the present Constitution that the importance and magnitude

G. Tepedino (✉)

Gustavo Tepedino Advogados, Rua Primeiro de Março, 23 – 10º andar, Centro,
Rio de Janeiro, RJ 20010-000, Brazil

e-mail: gt@tepedino.adv.br

of human rights and basic rights were recognized in the Brazilian juridical system, and above all in private relations.

Brazilian law contains no legal definition of human rights or basic rights.¹ Generally speaking, Brazil seems not to be out of tune with the terminology currently adopted in European constitutionalism, which sees *human rights* as those rights basic to human persons and provided for in international treaties or conventions, whereas *basic rights* are those established as individual guarantees in the Constitutional charter, constituting therefore a foundation for internal public order.² Given this distinction, specifically based on the (international or constitutional) nature of the norm, many rights can be considered at the same time both human and basic, even though these do not correspond perfectly, with the term human rights being preferred to denote those rights not included in the Constitution or the internal legal system (Bonavides 1998, 16).

The Constitution of the Republic refers to the term ‘human rights’ in Article 4,³ while Title II addresses the provision of ‘Basic Rights and Guarantees’. Article 5, in sub-item XLI and also in §1,⁴ refers to ‘basic rights and guarantees’, and again mentions ‘human rights’ in §3.⁵ Finally, in respect to the *entrenchment clauses* (or unamendable constitutional provisions – *cláusulas pétreas*), that is to say those commands unsusceptible to legislative or constitutional reform by the derived authorities, reference is made once again to “basic rights and guarantees”.⁶ None of these provisions makes any distinction as to the various generations of basic rights.⁷

¹In legal scholarship, human rights are seen as “a minimum set of rights necessary to assure the life of a human being based on freedom, equality and dignity” (Ramos 2005, 19). With regard to the somewhat redundant expression, “The redundancy of the expression “human rights”, or rights of man, is thus justified because it is a matter of required forms of conduct based essentially on the participation of all individuals of the human race, regardless of the concrete differences of an individual or social nature that are inherent to every man” (Comparato 2000a, b, 48). Similarly, see Weis (1999, 20).

²In this sense, basic rights are claimed to be “human rights recognized as such by the authorities who are given the political power to edit norms both within States and on the international level; these are the human rights positivized in Constitutions, laws and international treaties” (Comparato 2000a, 46). Nonetheless, it should be underlined that “the expressions ‘basic rights’ and ‘human rights’ (or similar), despite their being often used as synonyms, have different meanings. At least for those who prefer the term ‘human rights’, it must be ascertained – at the risk of provoking a series of mistakes – whether these are being analysed from the angle of international law or in their positive constitutional dimension” (Sarlet 2012, 35).

³“Article 4. The international relations of the Federative Republic of Brazil are governed by the following principles: (...) II – prevalence of human rights”.

⁴“Article 5. (...) XLI – the law shall punish any discrimination against basic rights and liberties. (...) § 1 – The application of the norms that define basic rights and guarantees is immediate”.

⁵“Article 5. (...) § 3 The international treaties and conventions on human rights approved in each House of the National Congress, in two sessions, by three fifths of the votes of the respective members, will be equivalent to constitutional amendments”.

⁶“Article 60. (...) § 4 – The draft amendment to abolish ...IV – individual rights and guarantees... will not be deliberated upon (...)”.

⁷There is considerable distinction made between the so-called “generations” of basic rights, with first-generation rights corresponding to individual and political rights, those of the second genera-

Human and basic rights have been widely applied in Brazilian law, whether in indirect application (as an interpretative parameter for infra-constitutional legislation and a limit to the exercise of individual prerogatives by private parties), or directly (functioning as norms that generate juridically enforceable individual rights) (Tepedino 2006a, *passim*; Barroso 2013, 212). It has been held that this category of rights, usually enunciated in the form of principles, has been responsible for introducing values into the juridical system to be given priority protection by the interpreter when applying the law.⁸ On the other hand, much remains to be done as far as making human rights effective is concerned; for instance, it is reported that over 90 % of crimes against life in Brazil's interior are not punished, causing a progressive, dangerous escalation of infringement of human rights in the rural areas.⁹

In the private sphere, human rights in general and the basic rights of human persons are often called *personality rights*, direct emanations of the principle of the dignity of the human person (held to be of paramount significance in the Brazilian juridical system and one of the cornerstones of the Republic, in accordance with the terms of Article 1, III of the Constitution). Under the denomination "rights of personality", the rights connected to protection of human persons are considered essential to their dignity and physical and psychological integrity. This, then, is the juridical response to concern with the dignified existence and free development of life in society (On the rights of personality in the Brazilian experience, see Tepedino 2008a, b, 23 et seq. with a vast bibliography). Some personality rights are typified

tion dealing with social rights, and those of the third generation concerned with collective rights. Currently there is even a claim for a fourth generation of basic rights, related to genetic engineering (Bobbio 2004, 5 et seq.) or, for other authors, related to democracy, pluralism and information (Bonavides 2006, 571) and even, according to a sector of the legal scholarship, fifth-generation rights, associated with combating terrorism and preserving peace (Bobbio 2004, 5). Such classification reflects the historical and relative character of human rights, linked to the changed notion of the role of the State and the evolution of society and technologies.

⁸ Brazilian jurisprudence even considers as imprescriptible moral damage resulting from infringements of human rights, such as torture. Oddly enough, the Superior Court of Justice (STF) recognizes that this is an infra-constitutional question (STF, Ag. Rg. no RE 715.268, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, julg. 6.5.2014). The jurisprudence of the Superior Court of Justice, however, has on more than one occasion recognized the imprescriptibility of moral damages resulting from torture. In this respect, see STJ, Ag. Rg. no Ag. no REsp. 85.158, 1ª T., Rel. Min. Benedito Gonçalves, julg. 18.3.2014; and also STJ, Ag. Rg. no Ag. no REsp. 266.082, 2ª T., Rel. Min. Herman Benjamin, julg. 11.6.2013, where it is stated that: "The consensus of the jurisprudence of the STJ is that the 5-year prescription provided in Article 1 of Decree 20.910/1932 is not applicable to the damages brought about by violation of basic rights which are imprescriptible, principally when they occurred during the military regime, a period when the parties subject to jurisdiction were unable to satisfactorily assert their claims".

⁹ According to the Folha de São Paulo newspaper, according to a survey carried out between 2001 and 2010, 98 % of the deaths in the interior of the state of Pará remained unpunished, with 61 % of assassinations not even reaching the Courts. In the rural zones of the state of Rondônia, only 45 % of the 71 deaths were processed, and only 13 % led to condemnations. As for the state of Mato Grosso, 58 % of the 50 deaths during the period reached the Courts, but 90 % received no sentence (Magalhães 2011).

in Articles 11–21 of the Civil Code.¹⁰ Some of these, such as the right of publicity and rights of reputation and privacy, are also included in the list of basic rights, as spelled out in Article 5, X of the Constitution.

However, independent from typical subjective rights, the Constitution of the Republic, on establishing as a cornerstone of the Republic the aforementioned principle of the dignity of human persons, *ex vi* Article 1, III,¹¹ constitutes a general clause of protection and promotion of human persons, upheld by the legal system as being of maximum constitutional value, surpassing the technique of typification and protecting without any restrictions human personality and full development in social life (Tepedino 2008a, b, 50). All of the above shows that, from various perspectives, human rights in the international sphere, basic rights in internal public law, and the rights of personality in private relations, constitute convergent instruments of human dignity and existential relations that are sheltered in the Brazilian system by the Constitution of the Republic.¹²

The application of human rights in the sphere of private law is quite extensive. This happens, for example, when an associate is excluded due to some infraction of a statutory rule which, albeit applied regularly by the Association, fails to heed the principles of adversary proceeding and full defense.¹³ On the other hand, the constitutional protection of the right to housing has justified recognition of the unseizability

¹⁰Namely, the right to physical integrity and one's own body (Articles 13–15), the right to one's name (Articles 16–19), publicity rights and the right to reputation (Article 20) and the right to private life (Article 21).

¹¹As provided in Article 5, § 2, in the sense of including in the internal system the basic rights stemming from the other principles and from the democratic regime, and the human rights provided for in international treaties: "The rights and guarantees expressed in this Constitution do not exclude others resulting from the regime and principles adopted by it, or from international treaties to which the Federative Republic of Brazil is party".

¹²Worth emphasizing, for example, is the fact that the opinions of the Inter-American Court of Human Rights are usually taken into account by Brazilian jurisprudence on matters of personality rights, as in the case where the STF appreciated the obligatoriness of a university degree and membership of a professional board to exercise the profession of journalist: "The Inter-American Court of Human Rights passed a decision on 13 November 1985 declaring that the obligatory nature of a university degree and affiliation to a professional association to exercise the profession of journalist infringes Article 13 of the American Convention on Human Rights, which protects freedom of expression in the broad sense (compare 'La colegiación obligatoria de periodistas' – Opinión Consultiva OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985). Likewise, the Organization of the American States (OAS), through the Inter-American Committee on Human Rights, understands that the requirement of a university degree in journalism, as an obligatory condition to exercise this professional, infringes the right to freedom of expression" (STF, RE 511.961, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 17.6.2009). The same was alleged in the decision that recognized homoaffective unions as family entities: "the Inter-American Court on Human Rights has for a long time recognized juridical protection conferred on life projects (see Loayza Tamayo *versus* Peru, Cantoral Benavides *versus* Peru), which is unquestionably part of the existential content of the dignity of human persons" (STF, ADI n. 4.277, Tribunal Pleno, Relator Min. Carlos Britto, julg. 5.5.2011).

¹³On the occasion, the Supreme Federal Court understood that "the basic rights ensured by the Constitution directly bind not only the government authorities but are also addressed to protecting private parties against private powers" (STF, RE 201.819, 2ª T., Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. para Ac. Min. Gilmar Mendes, julg. 11.10.2005).

of the only residential property of unmarried debtors, even if the legal regulation provides such protection only for property in which family entities dwell.¹⁴

On the other hand, protection of equality and guarantee of access to land as a fundamental necessity for human existence has already been used as a basis for decisions taken on themes as different as demarcation of indigenous lands¹⁵; resolving possession conflicts between owners and landless farmers¹⁶; and between the State and *quilombo* (maroon settlements) possessors.¹⁷ Mention should also be made of the debate on the right to health, as regards the content of the coverage offered by health plans¹⁸; or claims against the government to supply medicines¹⁹ or

¹⁴According to Article 1 of Law n. 8.009/1990, “a residential property owned by a couple, or a family entity, is unseizable and will not answer for any type of civil, commercial, fiscal, welfare or any other sort of debt contracted by the spouses or parents or children who own or reside therein, except in the hypotheses provided by this law”. Nevertheless, the Supreme Court of the country extended this protection also to unmarried debtors in the understanding that the scope of the norm is not properly speaking protection of the family but rather “protection of the basic right of human persons to housing” (STF, RE 182.233, 4^a T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. 6.2.2002).

¹⁵STF, Pet n. 3388, Pleno, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, julg. 19.3.2009. In the judgment of this controversy on demarcation of the indigenous territory *Raposa Serra do Sol*, it was argued that “Articles 231 and 232 of the Federal Constitution have a clearly fraternal or solidarity objective, proper to a constitutional framework which is geared toward making a new type of equality effective: the civil-moral equality of minorities, keeping in mind the proto-value of community integration. This was a constitutional compensation for historically accumulated disadvantages, made feasible by official affirmative-action mechanisms. In this particular case, for the indigenous people to enjoy a territorial space to ensure them of dignified means of economic subsistence in order to more effectively enable them to preserve their somatic, linguistic and cultural identity”.

¹⁶STF, MS 24133, Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, Rel. para Ac. Min. Carlos Ayres Britto, julg. 20.8.2003. In this case the owner filed a writ of mandamus, which was denied, and the rural expropriation was maintained in favour of the Landless Movement, considering the INCRA inspection legitimate, proving that the land was unproductive, even when invaded to a very small extent by the landless.

¹⁷STJ, REsp. 931.060, 1^a T., Rel. Min. Benedito Gonçalves, julg. 17.12.2009, affirmed: “The Constitution of 1998, by enshrining the Democratic Rule of Law in its first article as an unchangeable clause, did so with the intention of protecting individual and social rights of the citizens through a fair government that promotes a society of equality without any distinction as to sex, race, color, creed or social class. (...) This new constitutional order, in the perspective of human rights, assures the remaining dwellers of the *quilombos* (ex-slave enclaves) definitive tenure to the property of which they have been in *bona fide* possession for over 150 (a hundred and fifty) years, in accordance with what is expressly provided in Article 68 of the Act of Transitory Constitutional Provisions”.

¹⁸By way of illustration, see STJ, Ag. Rg. no Ag. no REsp. 422.417, 4^a T., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julg. 24.4.2014; and also STJ, Ag. Rg. no Ag. no REsp. 192.612, 4^a T., Rel. Min. Marco Buzzi, decided on 20.3.2014. In this last example, which dwells on the refusal of the health plan to cover radiotherapy treatment, it is argued that: “the precept of the health plan contract that excludes the cost of the necessary means and materials for the best performance of the clinical treatment or surgical procedure covered, or admission to hospital, is declared to be abusive”.

¹⁹There are very frequent hypotheses in which the government is condemned to supply medications, even admitting the procedure of sequestration for Public Finance to execute the supply. See,

health services.²⁰ In the same line of protection of basic rights, numerous demands for compensation assure civil reparation of moral damages based on infringement of the right of publicity (right to one's image) and the right to privacy.²¹

There are no expressed limits to protection of basic rights. On the contrary, since the Federal Constitution elected the dignity of human persons as one of the foundation stones of the Republic (Article 1, III), it is understood that basic rights enjoy a position of prevalence in Brazil's constitutional system, and should receive preferential protection. Therefore, the only limit to protection of a person's basic rights lies precisely in the protection of other basic rights, which makes it necessary to consider the hypothesis of such rights colliding. However, when protection of basic rights involves the mandatory nature of positive provisions on the part of the State, the government sometimes invokes the so-called "reserve of the possible", alleging that there are no material or budgetary resources for such provisions. In these cases, the Judiciary has to assess the claimed positive provisions of protection of basic rights in the light of the budgetary limitations of the State by trying to optimize the resources in favour of the human person.²²

Also worthy of emphasis is the role of basic rights in controlling the legitimacy of laws and rule-making acts. The infra-constitutional legislation cannot contradict the protection that the Constitution grants to basic rights, nor is the Legislative Power authorized to change the Constitution concerning these rights, which are unamendable constitutional provisions (under the above-mentioned Article 60, §4,

by way of illustration, STJ, REsp. 1.069.810, 1ª S., Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julg. 23.10.2013.

²⁰See, for example: "The right to health, expressly provided in the Federal Constitution of 1988 and in special legislation, is the subjective and immediately demandable guarantee of the citizen against omissions of the government. On disciplining the matter, the ordinary legislator, imposes positive obligations on the State to fulfil its legal duty. (...) The lack of vacancies in Intensive Care Units (ICUs) in the only local hospital violates the right to health and affects the existential minimum of the entire local population, making it a case of diffuse right to be protected" (STJ, REsp. 1.068.731, 2ª T., Rel. Min. Herman Benjamin, julg. 17.2.2011).

²¹Many times there arises some confusion between rights of publicity and privacy. One of the many example is the case in which the Superior Court of Justice (the Court responsible for harmonizing the application of infra-constitutional federal law in Brazil) recognized the moral damages suffered by a woman whose image had been shown on television news program, taken from images on file, kissing a former boyfriend with whom she had no further relationship (STJ, REsp. 1.291.865, 3ª T., Rel. Min. Sidnei Beneti, julg. 25.6.2013).

²²In this respect, it has already been decided that "reserve of the possible" does not mean authorizing incompetent, negligent or insensitive administrators to degrade the dignity of people, since it is unconscionable that negligence by the state, capable of starving a citizen by denying him medical-hospital assistance, can be legitimized or justified. The excuse of 'limited budgetary resources' is often no more than a screen to hide the administrator's option in favour of his private priorities instead of those set down in the Constitution and the laws, imposing his personal interest over the more urgent needs of the collective. This budgetary absurdity and aberration goes beyond and vilifies the limits of the reasonable, the frontiers of common sense and even legislated public policies; fully manageable by the Judiciary, this is absolutely not part of the administrator's area of discretionary decisions, nor does it indicate any breach of the principle of separation of the Powers" (STJ, REsp. 1.068.731, 2ª T., Rel. Min. Herman Benjamin, julg. 17.2.2011).

IV of the Constitution), hence unsusceptible to alteration by the derived authorities; in other words, basic rights and guarantees cannot be the object of a constitutional amendment. In Brazil, control of constitutionality is done either in diffuse fashion (through appeals presented in concrete cases) or in a concentrated manner (when the constitutionality of normative provisions is contested directly in the Supreme Federal Court).

Brazil is signatory to various international conventions and treaties on human rights, including the American Convention on Human Rights (the Pact of San José, Costa Rica), the International Pact on Civil and Political Rights, the International Pact on Economic, Social and Cultural Rights, the Convention against Torture, the Convention on Elimination of Racial Discrimination, the Convention on Elimination of Discrimination against Women, and the Convention on the Rights of the Child, among others. The international norms on the matter are widely adopted, and the Federal Constitution even affirms, in §2 of Article 5, that “The international treaties and conventions on human rights that come to be approved in each House of the National Congress, in two sessions, by three fifths of the votes of the respective members, will be equivalent to constitutional amendments”. To date, this regime, instituted by Constitutional Amendment n. 45 in 2004, has only been affected by the International Convention on the Rights of People with Disabilities.

Even the international norms on human rights (in treaties to which Brazil is signatory) that have not followed this internal legislative procedure, although they do not figure in the constitutional hierarchy, are considered capable of revoking ordinary internal laws. This happened, for instance, with the prohibition of civil prison of irregular depositaries, as provided in Article 7, n. 7 of the Pact of San José, Costa Rica,²³ which revoked Article 652 of the Civil Code,²⁴ in accordance with the decision of the Supreme Federal Court in the judgment of Extraordinary Appeal n. 466.343, on 3.12.2008.²⁵ Brazil is party to the international system of protection of human rights, a *status* won following the redemocratization of the country in the late 1980s.²⁶

²³The text of the Pact of San José, Costa Rica reads as follows: “7. No one should be detained for debts. This principle does not limit the mandates of competent judiciary authorities issued because of default on child support”.

²⁴The Brazilian Civil Code reads as follows: “Article 652. Whether the deposit is voluntary or necessary, the depositary who fails to reconstitute it when demanded will be obliged to do so through imprisonment of no more than a year, and repay the losses”.

²⁵STF, Recurso Extraordinário n. 466.343, Tribunal Pleno, Relator Min. Cezar Peluso, julgado em 3.12.2008.

²⁶The initial mark of the incorporation by Brazil of treaties on human rights is considered to be the ratification in 1989 of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment. Other relevant international instruments were ratified by the country under the aegis of the Constitution of 1988. According to the analysis made by Flávia Piovesan: “In addition to the constitutional innovations, one important factor for ratification of these international treaties was the need of the Brazilian State to re-organize its international agenda in order to make it more coherent with the internal changes stemming from the process of democratization. This effort is made for the purpose of showing a more positive image of Brazil in the international context as a country that respects and guarantees human rights. Also, Brazil’s subscribing to the international

4.2 The Influence of Human Rights and Basic Rights in Contract Law

Brazilian contract law is based on three major principles: private autonomy (which warrants citizens freedom of contracting in the cases not forbidden by law),²⁷ the relativity of covenants (represented by the expression *res inter alias acta*), which limits the effects of contracts to the contracting parties, and which does not admit, as a rule, that the content of the contract be also applicable to third parties (on this topic, see among others: Gomes 2001, 43; Rodrigues 2004, 17; Lopes 2001, 129–133); and the obligation to honour agreements, through which the parties are to fulfil the obligations established in the contract.²⁸

In addition to these fundamentals of contractual theory, the 1988 Brazilian Constitution establishes values and principles which are hierarchically superior and applicable to private activities, and establishes, in Article 170, that the basis for economic order is the proper value given to human work and free initiative, with the aim of ensuring a dignified existence to all, pursuant to the commands of social justice, and the need to observe several principles, among which we may cite the social function of private property, the defence of consumers, the defence of the environment, and the reduction of regional and social inequalities.²⁹

treaties on human rights symbolizes the country's acceptance of the current idea of the globalization of human rights, together with the idea of the legitimacy of the concerns of the international community in this respect. Lastly, one has to add the highly universal nature of these instruments, counting as they do on significant adhesion of the other States that make up the international system" (Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol. 6, 2008).

²⁷ According to Caio Mário da Silva Pereira, this freedom comprises "the ability to enter into agreements or not, that is, the decision to decide, according to the interests and convenience of each, if and when he or she will establish a juridical contractual agreement"; "the choice of the person with whom one will enter into agreement, as well as the kind of business to be conducted"; and "the power of determining the content of the contract, drafting the provisions according to the free game of convenience of the contracting parties" (Pereira 2007, 22–23).

²⁸ "The contract obliges the contracting parties. No regret is lawful in this case; it is not lawful to revoke the contract, except in the case of mutual consent (...) the principle of the compulsory force of the contract comprises the idea that it reflects the utmost subjectivism offered by the legal system: the individual word, enunciated in conformity with the law, contains a spark of creation so strong and so deep that it does not imply retraction, and so imperious that, after gaining life, not even the State itself, except on exceptional occasions, can intervene with the aim of changing the course of effects".

²⁹ Article 170 of the Constitution, *in verbis*: "Article 170. The economic order, based on the appreciation of the value of human work and on free enterprise, is intended to ensure everyone a life with dignity, in accordance with the rules of social justice, with due regard for the following principles: I – national sovereignty; II – private property; III – the social function of property; IV – free competition; V – consumer protection; VI – environment protection, which may include differentiated treatment in accordance with the environmental impact of goods and services and of their respective production and delivery processes; VII – reduction of regional and social differences; VIII – pursuit of full employment; IX – preferential treatment for small enterprises organized under Brazilian laws and having their head-office and management in Brazil. Sole paragraph. Free exer-

This norm must be interpreted in line with the provisions contained in Articles 1–4 of the Constitution, which establish, among the fundamentals and purposes of the Republic, the principles involving the dignity of the human being (Article 1, III, of the Constitution), of social solidarity (Article 3, I),³⁰ and of substantial equality (Article 3, III). In this manner, the Constitution associates the legitimacy of the contracting activity with the promotion of interests beyond the economic issues covered by the contract, providing for the norms of the Civil Code, especially the general provisions which determine the principles of objective good faith (Articles 113 and 422 of the Civil Code), the social function of contracts (Article 421) and the balance of considerations (counter-promises) among the parties (Articles 317 and 478).

Among these new contractual principles, as they are now called, the best known is that of objective good faith (Tepedino 2003, 232), which, in its triple function, gives rise to the duties of cooperation among the parties right from the initial business dealings, throughout the performance and execution of the contract, and later on, until the extinction of the contract; it is also instrumental as an interpretative parameter for juridical transactions and imposes restrictions on the active exercise of rights. Objective good faith appears then as a general clause which, assuming different characteristics, imposes on the parties the obligation of mutual cooperation, in order to achieve the targets sought by the contract and also to watch over and preserve their reciprocal safety. Although until the approval of the 2002 Civil Code the full application of the objective good faith principle was established only in the Commercial Code and in the Consumer Defense Code, its capacity of operation in terms of civil-law relationships, through jurisprudence and the opinions of experts, revealed an expansive force capable of configuring also in contractual theory and thus became an instrument of protection of basic rights in private relationships.³¹

An important application of the objective good faith principle is also subsumed in its relevance in terms of civil liability in the case of unjustified breach of negotiations, which is known as pre-contractual liability. It is understood then that the good faith principle also spreads its effects out to the stage prior to the celebration of the contract, with a technical content that can establish a link between the parties by force of the commitments undertaken even before the consecution of the contract, thereby recognizing the incidence of concomitant duties (among them, and especially, the duty of loyalty) also involving the time of negotiations. The requirement

cise of any economic activity is ensured to everyone, regardless of authorization from government agencies, except in the cases set forth by law”.

³⁰ Article 3 of the Constitution *in verbis*: “Article 3 The fundamental objectives of the Federative Republic of Brazil are:

I – to build a free, just and solidary society; (...)”.

³¹ The aforementioned functional division in three, inspired by the duties of Roman Pretorian law, was adopted in Brazil by authoritative authors. See Azevedo (2000, 7): “This same triple function exists for the general provision of good faith in the contractual field, because the idea is precisely to help in the interpretation of the contract, *adjuvandi*, to fill some of the gaps in the contract, that is, to add what failed to be included in it, *supplendi*, and if necessary to correct something that it is not fair or just, *corrighendi*”. In the same sense, see Aguiar Júnior (1995, 25).

of reasonable behaviour on the basis of good-faith provides an objective standard to the interpreter in terms of the value-related measurement of the breach, without relegating that exercise to subjective judgments that might look for psychological elements or to the attribution of guilt to the party that interrupted negotiations.³² Those procedural standards are furnished, in the case of the unjustified breach of negotiations, by the duties stemming from the good faith, which are the actual core of the principle.³³

The social role of the contract, in turn, imbued by constitutional solidarity, requires the parties to promote, at the level of the contractual relationships, not merely their own economic interests, but also the socially useful interests involved in the contract. Those extra-contractual interests refer, among other things, to the consumers, to free competition, to the environment, and to labour relations (see Tepedino 2006a, b, c, 20).³⁴

Finally, the principle of the balance of contractual considerations, which seeks to preserve the economic rationale planned by the parties. The principle of economic balance in contractual relationships derives directly from the constitutional principles of the social value of free initiative (Article 1, IV of the Constitution), social solidarity (Article 3, I) and equality (Article 3, III), which are the basis of the national economic order and of free initiative (Article 70). As an expression of the strict balance between the counter-promises of the parties, the contracting party victimized by the damage caused is therefore protected (Article 157 of the Civil Code),³⁵ that is to say, whoever through lack of experience had to subject himself to an evidently disproportionate consideration *vis-à-vis* the pecuniary or service consideration of the other party.

Similarly, in order to maintain the economic balance originally sought by the parties, both the revision and the termination of the contract is authorized in the case

³²In this area there was a paradigmatic agreement of the Tribunal of Justice of the State of Rio Grande do Sul which recognized a case of *in contrahendo* tort liability in the following case: “Contract. Negotiations. *Culpa in contrahendo*. Civil liability. Liability of the tomato-industrializing company, which distributed seeds, at the time of planting, and then manifested its intention to purchase the product, but afterwards decided, for its own convenience, not to industrialize that product in that year, resulting in damage to the farmer, who suffered the frustration of his expectations on the sale of the harvest, because he was unable to sell the product” (TJRS, Ap. Civ. 591.028.295, 5ª C.C., Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, decided on June 6, 1991). The decision resolved that “A derivation of the principle of strict good faith, accepted by our legal system, (...) is the obligation of loyalty during negotiations and the subsequent liability of the party who, after creating in the other party a fair expectation on the outcome of a certain business, turns back and desists from entering coming into an agreement”.

³³“Technically, these related duties that compose the core of the general provision on good faith are now imposed positively, demanding a certain behaviour from the contracting parties, either in a negative way, restricting or conditioning the exercise of a right included in the law, or in the contract itself” (Tepedino and Schreiber 2003, 37).

³⁴On the social purpose of the contract in Brazilian authors, see Tepedino (2009a, b), 145 et seq).

³⁵The Brazilian Civil Code establishes that: “Article 157. There is damage when a person, under urgent necessity, or due to lack of experience, is obliged to render a manifestly disproportionate consideration when compared to the value of the counter-commitment of the other party (...)”.

of significant imbalance that might make the obligations extremely onerous for one of the parties, and with excessive advantage(s) to the other party. This means that in the case of unforeseeable reasons and when there is a manifest lack of proportion between the values of the service (or consideration) and the moment these become due, the judge may correct such a disproportion, upon the petition of the party, in order to guarantee, as far as possible, the real value of the service or consideration (Article 317 of the Civil Code).³⁶ In addition, in contracts with considerations that extend in time, when one of them becomes excessively burdensome, with extreme advantage to the other party by force of extraordinary and unforeseen situations, the damaged party is allowed to request termination of the contract (Articles 478 and 480 of the Civil Code).³⁷ In the Brazilian contractual scenario, revision and termination of contracts are being used extensively. They are in fact incorporated to the provisions of Articles 317 and 478 and 479 of the Civil Code, and constitute a mechanism which is deployed whenever facts external to the agreement make the obligations of the contract overly burdensome for one of the parties.

These Civil Code norms are then transformed into mechanisms for the promotion of basic rights in contractual relationships. In the presence of these constitutional principles, the three aforementioned fundamental principles in the contractual sphere – private autonomy, the compulsory force of the contracts and the obligational relativity, although honoured by the system, are given new contours, alleviated by the principles of strict good faith, the social targets of the contract and the balance in the delivery of the obligations. In this sense we can see a gradual conceptual modification of the principle of relativity, through the imposition of contractual effects that extrapolate the contractual agreement. That is, respect for the contractual discipline can then be pleaded among third parties, and at the same time the contracting parties must respect the rights of the owners of socially relevant interests embraced by the contract (Tepedino 2012c, 431).

The Civil Code also envisions the interpretation of the contract in a more favourable manner for those who are parties of adhesion contracts, taking into consideration the absence of previous negotiations in this type of agreement (Article 423 of the Civil Code).³⁸ Similarly, the contractual provisions in adhesion contracts that

³⁶The Brazilian Civil Code establishes that: “Article 317. If, by unforeseen reasons, a manifest disproportion occurs between the value of the service to be rendered and the time of the execution, the judge can correct this disproportion, upon request of the party, in order to ensure, to the extent possible, the real value of the consideration”.

³⁷The Brazilian Civil Code establishes: “Article 478. In the contracts of continued or deferred execution, if the obligation of one of the parties becomes excessively onerous, with an extreme advantage to the other party, by virtue of extraordinary and unforeseeable situations, the debtor is allowed to request the termination of the contract. The effects of the decision that determine termination will be retroactive to the date of the summons. (...) Article 480. If in the contract the obligations correspond to only one of the parties, this party is allowed to request reduction or modification of the obligation in order to execute it and so avoid excessive onerosity”.

³⁸The Brazilian Civil Code establishes in Article 423: “Article 423. When the adhesion contract contains ambiguous or contradictory provisions, the interpretation most favourable to the adhering party must be adopted”.

foresee the anticipated waiver or renunciation of the rights of the adhering party (Article 424 of the Civil Code).³⁹

The same applies to consumer relations, where the consumer is seen as the vulnerable party and the protection of the consumer is expressly included within the aforementioned principles of the economic order (Article 170, V of the Constitution), thus expressing the basic right to substantial equality in mass-contracting situations. The Consumer Defense Code established by Law No. 8078/90 is the legislative instrument focusing on this protection of a constitutional nature, and offers extensive protection for the consumer, who, according to the legislator, is the allegedly vulnerable party in a contract whose parties are also the providers of products and services. For that reason, the law includes some contractual clauses which are considered to be abusive (Article 51),⁴⁰ as well as the possibility of inverting the burden of proof in favour of the consumer if his allegations seem probable or insufficiency made evident (Article 6, VIII)⁴¹; the possibility for the consumer to desist in the first 7 days after the contract is signed outside the commercial establishment (Article

³⁹The Brazilian Civil Code establishes in Article 424: “Article 424. In the adhesion contract, the contractual clauses by which the adherent anticipates waiving rights resulting from the nature of the business are considered null.”

⁴⁰The Consumer Defense Code establishes: “Article 51. Contractual clauses concerning products and services supply shall be deemed lawfully void, among other things, when they: I. – prevent, exempt or reduce suppliers’ liability for defects of any nature in products and services or imply a renouncement or a waiver of rights. In the consumer relations between supplier and consumer – body corporate, the indemnity may be limited in justifiable situations; II. – take from the consumer the option for reimbursement of an amount already paid, in the cases provided for in this Code; III. – transfer responsibility to third parties; IV. – establish obligations understood as unfair, abusive, or that lead the consumer to an unreasonable disadvantage or those that are not consistent with good faith or equity; (...); VI. – establish the reversion of the burden of proof against consumers; VII. – determine a compulsory use of arbitration; VIII. – impose a representative to conclude or carry out another legal negotiation by consumer; IX. – leave to the supplier alone the option to conclude or not the contract, though obliging the consumer; X. – make it possible for the supplier to directly or indirectly change the price unilaterally; XI. – authorize the supplier to unilaterally cancel the contract without giving the same right to the consumer; XII. – require from the consumer the reimbursement for expenses related to the collection of his debts, without giving the same right to the consumer against the supplier; XIII. – authorize the supplier to unilaterally modify the contents or the quality of the contract after its having been entered into; XIV. – infringe or make it possible to violate environmental rules; XV. – are in disagreement with the consumer protection system; XVI. – permit waiving the indemnity right related to necessary improvements. (...)”.

⁴¹The Consumer Defense Code establishes: “Article 6 The following are consumers’ basic rights: (...) VIII – easy defence of the consumer’s rights, including reversal of the burden of proof in his favour in civil proceedings when, at the judge’s understanding, the allegation is probable or he is at a disadvantage according to the ordinary rules of experience (...)”.

49)⁴²; and the solidary liability of all the members of the supply chain of the product (Article 12),⁴³ among other instruments of protection of consumers.

4.3 The Influence of Human Rights and Basic Rights on Tort Law

Civil liability has undergone a thorough evolution in the Brazilian law in the last decades, and repairs in the case of unfair damages have been enhanced on both the contractual and extra-contractual levels. The Brazilian system is structured dualistically, with cases based on guilt (subjective liability, resulting from an illicit act, an expression of the old principle of *neminem laedere*) and on liability based on the risk of the activity (strict liability, regardless of the proof of the fault of the agent that causes the damaging act). The Brazilian Constitution of 1988 consolidated the trend towards the principle of civil liability, either by broadening the hypothetical cases of strict liability, or by resorting to an interpretation which, in the case of subjective liability (to identify whether the act is illicit or not) distances itself from the intention of the agent in favour of normative fault, that is, the breach of a reasonably expected conduct in certain concrete situations in which the damaging act originated (Tepedino et al. 2008, 807 et seq.).

Hence, the incidence of the constitutional principle of social solidarity and of substantial equality is clearly seen (Article 3, items I and III), seeking to ensure an equanimous share of the latent risks of contemporary society in favour of the victims of unfair damages.

In this perspective, the principle of integral reparation emerges, as in the provision of Article 944 of the Civil Code (the obligation to repair fully the damage caused to the victim).⁴⁴ In addition, in order to establish the obligation to repair, the

⁴²The Consumer Defense Code establishes: “Article 49. The consumer may give up a contract within a period of 7 days from its signature or reception of the good or service, whenever contracting products and services outside of a commercial establishment, especially over the telephone or at his domicile. (...)”.

⁴³The Consumer Defense Code establishes: “Article 12. National or foreign manufacturers, producers, constructors, and importers are liable, regardless of the existence of fault, for the redress of damages caused to consumers by defects from design, manufacture, construction, assembly, formula, handling, presentation or packaging of products, as well as for improper or incomplete information about their use and risks (...)”.

⁴⁴The Brazilian Civil Code establishes: “Article 944. Indemnification is measured by the extension of the damage (...)”. In this regard, it was ratified that “In the Brazilian legislation, in terms of civil liability, the value of the damages to be paid is measured according to the extension of the damages caused. Such principle, consubstantiated with Article 944 of the 2002 Civil Code, expresses the fundamental rule of civil law, incorporated to our legal tradition in the calculation of indemnification both in the 1916 Civil Code system and in the current legal text. From that assertion results the rejection of hypothetical damages, and the authors demand that payable damages have to be real (that is to say, they must have occurred at the moment the reparation is claimed) and able to be determined (that is, able to be measured economically). On the other hand, Brazilian legislation

theory of the necessity of cause is established, according to which reparation will only occur if the necessary causal nexus between the damaging event and the cause giving rise to civil liability is present.⁴⁵

The damage caused by infringing the right to privacy features among the most recent topics in the area of civil liability. The right to privacy is consecrated both in the Federal Constitution (Article 5, X)⁴⁶ and the Civil Code (Article 21).⁴⁷ This protection admits not only pecuniary reparation in the case of infringement, but also preventive protection as well as other compensatory mechanisms, such as the condemnation of the agent that causes the damage to public retraction. Also, the protection frequently granted to privacy conflicts with claims based on the right to freedom of expression, which is also protected by the Constitution. In this case there is no pre-established rule to solve the conflict, and therefore it is necessary to weigh both principles in the light of the elements of the concrete case, so as to determine which of these rights (the right to privacy or freedom of expression) must move over (Barroso 2004). The criteria usually used in this case refer to the celebrity status of the owner of the right to privacy, the site where the fact to be disclosed took place (whether public or private), the purpose of the disclosure of the information, and the social interest in disclosing the information, among others.⁴⁸

does not limit the calculation and admits indemnification of all the damages that necessarily resulted from a certain cause” (Tepedino 2012a, b, c, d, 315).

⁴⁵The Brazilian Civil Code establishes as follows: “Article 403. Even when the failure to perform the obligation results from fraud of the debtor, damages shall only include the real damages suffered and the gains ceased by direct and immediate effect, without jeopardizing the provisions of procedure law”. Direct and immediate causality, however, is still mitigated in the Brazilian legislation by a specific interpretation which is usually called *sub-theory of necessity*: “In fact, the expression “direct and immediate” would exclude the possibility of indemnifying indirect or remote damages, creating, in certain cases, some practical problems. As a result, in the area of direct and immediate causality a theory was evolved – the sub-theory of the necessity of the cause – which considers that the expressions “indirect” or “remote” damage reveal a liaison of necessity between cause and effect. Accordingly, the obligation to repair appears when the damaging event is the necessary effect of a certain cause. In this way, indirect damages can be identified, and they are to be repaired provided they are the necessary consequence of the conduct seen as a cause” (Tepedino 2012a, b, c, d, 284). In this regard, see also Cruz (2005, *passim*).

⁴⁶Article 5 of the Federal Constitution establishes as follows: “Article 5. (...) X – the privacy, private life, honour and publicity of persons are inviolable, and the right to compensation for property or moral damages resulting from their violation is ensured (...)”.

⁴⁷The Brazilian Civil Code determines as follows: “Article 21. The private life of the natural person is inviolable, and the judge, upon request of the interested party, will adopt the measures necessary to prevent or terminate any act contrary to this provision”.

⁴⁸Incidentally, it has already been determined that: In the case of a public servant of outstanding social relevance, as in the case of a magistrate, the scope of recognition of damage against publicity and its extension is restricted, especially when a photograph is used to illustrate a pertinent press note, without invading the private life of the person that was photographed” (STJ, REsp. 801.109, 4ª T., Rel. Min. Raul Araújo, julg. 12.6.2012). The understanding of the Inter-American Court of Human Rights is usually taken into consideration by Brazilian jurisprudence in this type of issue, as seen in the following decision by the TRF-2: “It should be pointed out that the Inter-American Court of Human Rights (IACHR), when deciding on questions related to freedom of expression pays special attention to the publications that disseminate information on public ser-

As an expression of the principle of full reparation, after a long evolution in both jurisprudence and legislation, reparation against moral damage is now consensually admitted in Brazil. Although it was initially understood that damages of a non-economic nature would not admit reparation (as this type of damage does not admit precise quantification, whereas patrimonial damage does),⁴⁹ the Brazilian legislation has evolved towards full admissibility of compensation on the basis of moral damage caused, and is included in Item 10 of Article 5 of the Federal Constitution.⁵⁰ The protection granted to basic rights and human rights played a fundamental role in this process, and the understanding was consecrated according to which damage against human dignity, this being considered an extraordinary value in the Brazilian legal system and a pillar of basic rights should then be repaired regardless of the potential inexistence of economic damage.

Therefore, any type of infringement against the human personality, in its most varied manifestations (physical integrity, psychological integrity, privacy, publicity, honour, name, and so on) calls for reparation of moral rights. Similarly, and still in the wake of the aforementioned general clause on the protection granted to the human personality, there is no classification or legal criteria restricting reparation of moral damage, which, as established by the Federal Supreme Court, does not submit to legislative restrictions in terms of quantification, but is freely measured and established by the judge in accordance with the circumstances of the concrete case.⁵¹

vants or candidates to official positions, as it is considered that, in a democratic context, stories of collective interest should be broadly disseminated, in order to allow more control of State activities. In view of this, according to the opinion of the Court, the State must refrain from imposing limitations on news with this type of content, and similarly, agents involved must be more tolerant to criticism made regarding their activities, as they should be aware that, in view of their situation as public agents, they are subject to more surveillance and exigencies than private workers. This does not mean that these people cannot have judicial protection should they suffer unjustified attacks; still, this protection must be granted in conformity with democratic principles and to avert future fears of inhibition or censorship of those dedicated to state supervision" (TRF-2, Ap. Cív. 2005.51.01.015914-5, 5ª T.Esp., Rel. Juiz Fed. Conv. Ricardo Perlingeiro, julg. 3.4.2012).

⁴⁹For a good overview of the evolutionary process, see Cavalieri Filho (2007, 78 et seq).

⁵⁰The Federal Constitution establishes in Article 5, item X: "Article 5. (...) X – The privacy, private life, honor and image of persons are inviolable, and the right to compensation for property or moral damages resulting from their violation is ensured". At a later period of the jurisprudential acceptance of the moral damage, the accumulation of moral damages with the economic compensation was admitted. As an illustration in this regard, please see: "The new Charter of the Republic granted moral damages a constitutional status as it ensured, in the provisions under reference, the compensation when resulting from offense against honour and image or in the case of infringement against privacy and private life. Compensation in the case of moral damage is admitted accumulatively with material damages, as they have their own presuppositions, passing through the judicial decision both in the assessment and quantification" (STF, RE 192.593, 1ª T., Rel. Min. Ilmar Galvão, julg. 11.5.1999).

⁵¹This was the decision of the Supreme Federal Tribunal regarding the value of moral rights caused by the loss of luggage during air transportation, as included in the Warsaw Convention. "Indemnification. Moral Damage. Loss of luggage in air trip. Warsaw Convention. Observation mitigated. Federal Constitution. Supremacy. The fact that the Warsaw Convent reveals, as a rule, a tariffed indemnification for material damages does not exclude the one related to moral rights. As these rights are configured by feelings of discomfort, embarrassment, annoyance and humiliation

The principle of total reparation has been mitigated in two cases. The first of these is in the provision of Article 944, sole paragraph⁵² of the Civil Code, by which, in case of excessive disproportion between the seriousness of the tort and the damage caused, the judge may reduce the indemnification on the basis of equity. This means that, if the damaging consequences of the faulty act extrapolate the reasonable effects assigned to the conduct of the agent, the legislator then authorizes the magistrate to reduce the value of the damage, according to equity, in the understanding that in this case there exists a sort of extrapolation of the expectation of reasonable causality in such behaviour.⁵³

For some authors, the legal provision to a certain extent introduced in the Brazilian legislation the relevance of the grading of fault for purposes of compensation, admitting, at least, the hypothesis of Article 944 of the Civil Code, *i.e.* the influence of the degree of the fault (whether heavy, slight or very slight – *lata, levis* or *levissima culpa*) on the value of the compensation (Bandeira 2008, 227–249). However, taking into consideration that in the Brazilian legal tradition the relevance of the degree of the fault has never been admitted in terms of civil liability, it seems more coherent with the system to provide an escape valve by means of which the magistrate, making use of equity, may in exceptional cases refrain from applying the principle of integral reparation, if and when the existence of damaging consequences exceeding the reasonably expected effects appears in the case of a certain behaviour, even in the case of infringements. This would, therefore, represent a limitation based on equity in the essential causal connection.

The second case in which jurisprudence has exceeded the principle of integral reparation appears in the case of punitive moral damage. This is but a recognition that the quantification of moral damages must take into consideration not only the damage caused to the dignity of the victim, but also the so called pedagogic, preventive or punitive aspect of the indemnification, which accordingly must produce enough impact on the economic sphere of the offender so as to discourage the production of future damage. The punitive nature of the indemnification has been much criticized by some theorist authors who feel that the punitive purpose is not compatible with the scope of civil liability (protection of the victim, rather than the penalty

resulting from the loss of the luggage, the provisions of the Political Charter of the Republic should be observed – items V and X of Article 5, in which they are superposed on the treaties and conventions ratified by Brazil” (STF, RE 172.720, 2^a T., Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 6.2.1996).

⁵² Article 944 of the Civil Code establishes as follows: “Article 944. The indemnification is measured by the extension of the damage. Sole paragraph. In case of excessive disproportion between the seriousness of the fault and the damage, the judge may, based on equity, reduce the indemnification”.

⁵³ As seen elsewhere: “the provision considers a certain hypothesis in which the damaging consequences of the tort extrapolate the effects reasonably attributable to the conduct of the agents. The concern of the legislator is then revealed as regards fair compensation, superposing on the discipline of the damage a kind of limitation on the legitimate causality, so as to authorize the magistrate, in an exceptional situation and through judgment based on equity, to extirpate from the compensation the amount that transcends the effect reasonably attributed, from the social perspective, to the account of a certain behavior” (Tepedino, in update to Pereira 2011, 101).

against the infringer) (Moraes 2003, 258 et seq.), the punitive nature of the indemnification has for a long time been supported by an authoritative sector of experts in Brazil (Pereira 2011, 15, *passim*), and receives wide recognition by the Brazilian courts, with the aim of granting the most effective and preventive protection, in the sense of dissuading similar future behaviour on the part of the author of the cause of the damage, especially in the case of practices against human dignity.⁵⁴

As said above, we are witnessing the tendency to lend material existence to civil liability (admitting the attribution to certain agents of the obligation to compensate, regardless of their fault in the production of the damage). Such a trend results from the principle of social solidarity, which authorizes the distribution of the economic encumbrance of the damage produced in the ambit of certain activities to the whole of society, attributing this encumbrance to certain economic agents who may dilute it in the remuneration of their activities or resorting to insurance systems. This thought has been especially applied to the cases of protection of the vulnerable, with special emphasis on consumer relations. In this way, and as an example, even in the case of a consumer victim who has not received a good directly from the supplier, compensation will be made through the special system of strict civil liability, as [the victim] is considered a consumer by assimilation and for that reason deserves special protection, since protection of consumers is a basic right in the Constitution (Article 5, XXXII).⁵⁵ In the scope of the Consumer Defense Code, on the other hand, the cases of strict liability do not effect activities carried out by independent professionals, for example in the case of the liability of physicians, in which diligence still remains the preponderant factor, and therefore the system of subjective liability prevails with regard to the faulty behaviour of the agent.⁵⁶

⁵⁴By way of illustration, the Superior Court of Justice has already decided to increase the value of compensation for moral damages established by the original court, as the *quantum* originally established was “insufficient to repress new failures in the rendering of services” (STJ, REsp 1.171.826, 3^a T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 17.5.2011). This resource is seen by the courts to be also applicable to the “economic situation of the parties” and to the “pedagogic function of imposing indemnification in the case of an illicit act”, as in the case of criteria for establishing indemnification for moral damages (STJ, REsp. 945.369, 1^a T., Rel. Min. Denise Arruda, Rel. para Ac. Min. Benedito Gonçalves, julg. 5.10.2010. In the same vein, and referring to the “economic possibility of the offender” and to the “punitive-compensatory nature of the indemnification” as parameters, compare STJ, Ag. Rg. no REsp. 1.243.202, 4^a T., Rel. Min. Raul Araújo, julg. 16.5.2013).

⁵⁵Article 5 of the Constitution establishes: “Article 5. (...) XXXII - the State shall provide, as set forth by law, for the defense of consumers (...)”.

⁵⁶The Consumer Defense Code establishes the following: “Article 14. (...) Item 4. The personal responsibility of independent professionals shall be determined upon verification of the fault”. The application of the Consumer Defense Law, however, to the activities of independent professionals, authorizing the reversed onus of proof against them, end up approximating in practice their liability to the strict system, although this is said to be a case of subjective responsibility (because proof of the absence of fault is still relevant, although the faulty conduct is initially assumed). On this topic, see Rentería (2011), 111 et seq. Specifically in the case of the civil liability of physicians, Gustavo Tepedino explains: “although the liability is subjective, the tendency to broaden the obli-

The current tendency to prevent damages should also be highlighted, in an attempt to avoid them whenever possible, as well as the need for economic compensation, which is being increasingly replaced by *in natura* compensation. An emblematic example in this case is the reparation of offense against someone's reputation or image by means of public retraction, a more efficient compensation mechanism in the case of damage caused than simple pecuniary payment by way of indemnification (Schreiber 2011).

On the other hand, in the protection of diffuse and collective interests, the principles of precaution and prevention have evolved in the sense of preventing unfair damages and establishing economic activities compatible with a balanced environment and better harmony in terms of consumer relations. In the same direction, payment of damage caused to collective interests has been stimulated in favour of collective funds for the benefit of society as a whole.

4.4 The Influence of Human Rights and Basic Rights on Property Law

The Brazilian Constitution considers private property (Article 5, XXX) and its social function (Article 5, XXX) to be basic rights. Accordingly, protection of private property is connected to the social use of its economic benefit, which establishes Judiciary control of the exercise of the property rights. Consequently, two aspects of property rights in Brazil are remarkable: the structural and the functional. On the one hand, the structure of subjective prestational rights, designed to guarantee them (*property as guarantee*) is regulated according to the *in rem* rights technique and the corresponding princiology, revealing the economic content of property. Featured among the principles of the *in rem* rights is the principle of binding effect as regards third parties (which determines that the whole collectivity must respect the exercise of proprietorship); the principle of adherence to the right to goods (according to which the power granted by an *in rem* right is exercised directly on the good that serves as object); the principle of publicity of the property law (which requires registry formalization of the articles of incorporation, modification or extinction of *in rem* rights to property); and the principles of taxativity and typicality (which determine that the *in rem* rights are restricted to the species provided in law).⁵⁷

On the other hand, the functional aspect of property conditions the legitimacy of economic benefit so that this may receive juridical protection, thereby promoting

gation to compensate is extraordinarily present in jurisprudence through the mechanism of inverting the burden of proof, which is being used more and more frequently" (Tepedino 2006a, b, c, 86).

⁵⁷In respect to the principles that guide *in rem* rights in the Brazilian system. Reflections on the role of these principles in contemporary civil law can also be found in Maia (2013); Rentería (2014).

socially relevant interests, translated into *access to basic rights* such as housing and work (*property as access*).⁵⁸

In Brazilian jurisprudence, although effectively realizing the social function of property rights (property as access to basic rights) is in constant collision with the subjective right of private property, which is also protected by the Constitution as a basic right (property as guarantee), there exist important precedents that privilege protection of the productive ownership of certain goods to the detriment of the right of their owners when they fail to fulfil their social function. The theme is especially important with regard to land-tenure conflicts.⁵⁹ In fact, it is understood that protecting ownership of property bears direct implications on the protection of human dignity, inasmuch as it leads to the creation of a fairer and more egalitarian society by reducing land-tenure concentration.⁶⁰ In the conflict between two ownership claims to the same good, the one that best promotes its social function should have priority protection.⁶¹

Brazilian law has attempted to optimize the economic benefit of goods by encouraging their compatible use with their social function and promoting diversification of rights to, and consequent forms of benefitting from, the same thing. Privilege has been given to ownership of goods for the purpose of residence or work

⁵⁸ As argued elsewhere, “so we see a radical change in the traditional dogma of property, with the social function no longer being understood as an external limitation counterpoint to the proprietor’s (supra-legislative and sacred) freedom but as a factor that legitimizes the exercise of freedom itself, by qualifying it and justifying the owner’s action” (Tepedino 2009a, b, 138).

⁵⁹ The difficulties as regards considering the social function as a relevant criterion for resolving land-tenure disputes, still poorly absorbed by Brazilian jurisprudence, are addressed in detail by Dantas (2013).

⁶⁰ By way of illustration, see “Direito civil. Ação de reintegração de posse. Imóvel. Programa de habitação. Litígio entre particulares. Função social da posse. 1. A proteção da posse per se, quando emanada na valorização da personalidade humana, busca proporcionar a concretização dos fundamentos da constituição, como a redução das desigualdades sociais e a obtenção uma sociedade mais justa e igualitária. 2. O direito de posse auferido em programa habitacional deve ser destinado à parte que demonstrar melhor usufruir o bem, em cumprimento à função social da propriedade” (TJDFT, AC 2009 03 10 32040-3, Rel. Des. Mario-Zam Belmiro, julg. 6.2.2013). See also TJDFT, Ap.Cív. 2007.10.1010780-6, Rel. Des. Alfeu Machado, julg. 30.11.2011; TJRJ, Ap. Cív. 0013019-58.2007.8.19.0023, Rel. Des. Custodio Tostes, julg. 20.3.2012; TJMG, Ag.Instr. 1.0024.11.193012-9/001, Rel. Des. Edivaldo George dos Santos, julg. 13.4.2012.

⁶¹ See the following example in jurisprudence: “The ownership question under discussion goes beyond the limits of processual-judicial relations to reach a collectivity of people who as co-owners live peacefully in the area in question, where they raise their cattle and till the earth. The social repercussion of the demand could not be greater, the focus being on the dignity of the people who lived and economically exploited the area. Here, ownership is not only attaining one of life’s goods or satisfying some material interest, but rather a means of surviving, maintaining not one, but many families, not for one, but for many generations. (...) Nowadays the concept of social function has moved beyond the sphere of property and now also entails possession, to such an extent that now one refers to the *social function* of possession. In my mind, now one can ponder on the social function of possession where, as in the case under discussion, an economic objective is given to possession of the land, benefitting from natural resources for the sustenance and work of a collectivity of persons. (...)” (TJMG, 10ª C.C., Ap. Cív. 2.0000.00.492967-3/000, Rel. Des. Alberto Vilas Boas, julg. 13.12.2005).

(even with two specific means of acquiring the property through adverse possession for these objectives, which require shorter periods of continuous ownership and obey a different regime).⁶² The Civil Code also provides a special modality of adverse possession for family residence that benefits the separated spouse or partner who remains in the family home.⁶³ A specific administrative procedure for adverse possession was introduced by Law n. 11.977/2009, which created the government land-tenure regularization program and incentives to buy new housing units, called the *Minha Casa, Minha Vida* (in a literal translation, My House, My Life) Program.⁶⁴

Mention should also be made of the notion that property, besides the general guarantee of the individual's creditors, as traditionally understood by civil law, plays a relevant role in the subsistence and development of the human personality. Hence, property must be given special protection when it fulfils the essential function of guaranteeing basic rights – designated as *minimum property* (Fachin 2006). Some reflexes of this understanding have won legislative support, especially in the case of a *legal family homestead act*, provided by Law 8.009/1990, which as a rule makes the residential property of the family entity unseizable, with the exceptions expressly provided in law.⁶⁵

⁶²Both modalities are provided in the following sections of the Civil Code: “Article 1.239. A person who is not the owner of a rural or urban property and for five uninterrupted years without opposition possesses as his own an area of land in a rural zone no larger than fifty hectares, making that land productive by his or his family's toil, and has his home there, will acquire the ownership of same”; “Art. 1.240. A person who possesses as his own for five years uninterruptedly and without any opposition an urban area of up to two hundred and fifty square meters, and uses it as his or his family's home, will acquire dominion of such, provided he is not the owner of another urban or rural property. § 1 The deed to the property and the granting of use will be granted to the man or his wife or to both, regardless of their marital status. § 2 The right provided in the preceding paragraph will not be granted to the same possessor more than once”.

⁶³The Brazilian Civil Code states: “Article 1.240-A. A person who exercises for 2 (two) years uninterruptedly and without any opposition direct and exclusive possession of an urban property of up to 250 m² (two hundred and fifty square meters) and shares this possession with a former spouse or partner who has abandoned home, using it for his or his family's residence, will acquire ownership of same, provided he is not the owner of another urban or rural property (...)”.

⁶⁴This procedure dispenses with the appeal to the Judiciary for recognition of the acquisitive prescription, as provided in the law referred to: “Article 60. Without loss of the rights derived from the previously exercised possession, the holder of the deed legitimizing possession, after 5 (five) years of its being registered, may request the property registry to convert this deed into a deed of ownership, seeing that it was acquired through adverse possession in accordance with Article 183 of the Federal Constitution. § 1. To request the conversion provided above, the acquirer must present: I – certificates from the distributing notary's office showing the non-existence of ongoing actions concerning possession or property of the property; II – declaration that he does not possess any other urban or rural property; III – declaration that the property is used as his or his family's residence; and IV – declaration that he had no previous recognition of the right to ownership of properties in urban areas. § 2 The certificates provided in sub-item I of § 1o will be relative to the total area and will be provided by the government authorities. (...)”.

⁶⁵The law in question reads as follows: “Article 1 The couple's, or family's, actual residential property is unseizable and is not responsible for any kind of civil, commercial, fiscal or welfare debt contracted by the couple, parents or children who are its owners and reside therein, except in the hypotheses provided in this law (...)”.

4.5 The Influence of Human Rights and Basic Rights on Family Law

Brazilian family rights have undergone intense changes over the last few years, especially since the promulgation of the Constitution of 1988, in the light of a new set of constitutional principles that enabled some traditional dogmas of this question to be overcome. Accordingly, the distinction between legitimate and illegitimate children was overthrown by equal treatment of offspring, just as determining equality between spouses allowed the old patriarchal model that granted the husband prominence as head of the family to be superseded. On the other hand, full recognition has been granted to new family structures, quite different from the marriage-based family, all such structures being equally worthy of juridical protection, even if subjected to different regimes – this is the case of one-parent families (composed of just one of the genitors and his/her offspring), no-parent families (where there are no filiation ties between members) and homoaffective families (same-sex couples). These and various other principles have radically reformulated the contours of Brazilian family law.

Marriage has an extensive body of legal regulations provided by the Civil Code (Articles 1.511–1.590), covering almost 80 articles of law, as well as in non-codified legislation. Stable unions in turn enjoy a legal discipline that is far less analytical, composed of a small number of Civil Code provisions (Articles 1.723–1.727). The celebration of marriage calls for a series of solemnities such as the numerous requirements to prepare the fiancés for marriage, the need to publish official notices to obtain information concerning any possible impediments to the marriage, requirements for the celebration of the marriage, registration and so on. Stable unions are by rule configured by gathering the required characteristics of social communication (in the terms of Article 1.723 of the Civil Code: public, continuous and enduring cohabitation for the purpose of constituting a family),⁶⁶ although it is now permitted to register stable unions in a public notary's office (a right recently extended by a paradigmatic decision of the Supreme Federal Court in 2011 to unions of same-sex couples, who are now considered to be family entities).⁶⁷

The duties provided in law in respect to couples who cohabit are far less numerous than those provided for spouses, although conjugal duties are now receiving extensive interpretation by jurisprudence that also affects stable unions. Also, as for undoing the conjugal bond, divorce puts an end to marriage. In the past, judicial separation was an intermediary situation that put an end to conjugal living-together but not to marriage, and was a requirement for divorce. This, however, no longer depends on prior judicial separation, because of the alteration made to Article 226,

⁶⁶The Brazilian Civil Code states: “Article 1.723. A family entity is recognized to be the stable union between a man and a woman configured in public, continuous and lasting cohabitation for the purpose of constituting a family (...)”.

⁶⁷This is the joint decision in the Direct Action of Unconstitutionality (ADIn) n. 4.277 and the Action for Non-fulfilment of Fundamental Precept (ADPF) n. 132, both reported by Justice Carlos Ayres Britto.

§6 of the Constitution by Constitutional Amendment n. 66, dated 2010, which allows unilateral petition for divorce at any time, in recognition of marriage being protected as long as it constitutes an instrument to promote free family co-existence and the personality of each of its members.⁶⁸

On the other hand, the Constitution determines, in Article 226, §3, that, “for the effect of protection of the State, a stable union between a man and a woman is recognized as a family entity, and the law should facilitate its conversion to marriage”, thereby stimulating the various forms of extra-conjugal families, leaving each couple to choose which model they prefer.

Article 226, §7 of the Constitution determines that family planning, based on the principles of human dignity and responsible paternity, “is a free decision of the couple, with the State being responsible for providing educational and scientific resources for the exercise of this right and for prohibiting any form of coercion on the part of official or private institutions”. In addition, the right to family co-existence is recognized for all children and adolescents, in accordance with Article 227 of the Constitution⁶⁹ and article 4 of the Child and Adolescent Statute (Law n. 8.069/1990).⁷⁰

Being more directly concerned with the existential interests of human persons (whose dignity is held to be one of the foundations of the Brazilian Republic, in accordance with Article 1, III of the Constitution), family law has been directly affected by the process of incidence of the constitutional principles on private relations (a process also known as constitutionalization of private law), as being an imperative for granting further protection to existential interests *vis-à-vis* property interests. Accordingly, if basic rights in the other areas of civil law already represent the basis of legitimacy of protected private interests, thereby re-reading the traditional principles that govern contracts, civil responsibility and the right to property, then, in family law, such rights called for removing traditional principles that inherited from Roman law the structured family law around marriage between a man and a woman: the husband was guaranteed as head of the conjugal society, preference was given to children born in wedlock over those resulting from extra-conjugal relations, while women were relegated to a position of inferiority within family relations.

⁶⁸ Above-mentioned Article 226, §6, was originally worded as follows: “Civil marriage can be dissolved by divorce after prior judicial separation of more than a year in the cases expressed in law, or factually proven separation for more than two years”. Consequent to the Constitutional Amendment, the article provided simply that “civil marriage can be dissolved by divorce”.

⁶⁹ The Federal Constitution provides the following: “Article 227. It is the duty of the family, society and the State to guarantee with absolute priority to children, adolescents and the young the right to life, health food, education, leisure, professional training, culture, dignity, respect, freedom and family and community living-together, besides protecting them from all forms of negligence, discrimination, exploitation, violence, cruelty and oppression”.

⁷⁰ The Child and Adolescent Statute sets forth the following: “Article 4. It is the duty of the family, the community, society in general and the government to guarantee with absolute priority effective exercise of the right to life, health, food, education, sport, leisure, professional training, culture, dignity, respect, freedom and family and community living-together”.

In other words, priority protection of human dignity based on the incidence of human and basic rights has grown especially intense in family law and led to its being completely reformulated. Nonetheless, it should be mentioned that the provision of the Civil Code concerning family law is still based on the family model constituted by marriage. In this sense the principles of democracy in the family, equality between spouses and among children, respect for sexual orientation and acceptance of marriage of people of the same sex are slowly becoming affirmed, by force of doctrine and jurisprudence informed by the matrix of constitutional values.

Following this line of affirmation of basic rights, as mentioned above, the Supreme Federal Court admitted marriage between persons of the same sex as an affirmation of the basic right to isonomy, despite the fact that the Civil Code expressly provides for marriage and extra-marital stable union only between a man and a woman (Articles 1.514 and 1.723 of the Civil Code).

The basic right to isonomy has also been applied to the law of succession in order to detect the unconstitutionality of certain provisions of the Brazilian Civil Code on the matter. A significant example is contained in Article 1.790 of the Civil Code,⁷¹ which provides successor rights of the partner quite different from the hereditary rights of the spouse. Part of the doctrine has claimed the unconstitutionality of this provision, based on the right to isonomy between the juridical treatment of spouses and partners for effects of succession.⁷² On the other hand, attempts have been made to mitigate the formal rigor traditionally applied to hereditary succession so that, both in testamentary and legitimate succession, consideration be given to the specific needs of each heir, together with reasonable use of the goods that comprise the inheritance (Nevares 2009). This is an attempt to privilege the forms of partition that best attends to the functionality of the goods in relation to each heir's vocation, personal needs and potentiality. Care is thus taken of the functional perspective of

⁷¹The Brazilian Civil Code states that: "Article 1.790. A partner will take part in the succession of the other partner in respect to the goods acquired at cost during the stable union, in the following conditions: I – if there is concurrence with children in common, the partner will be entitled to a quota equivalent to that which by law is granted to the children; II – if there is concurrence with descendants only of the author of the inheritance, the partner will have the right to half of what is given to each one of them; III – if there is concurrence with other relatives entitled to succeed, the partner shall have the right to one third of the inheritance; IV – if there are no relatives entitled to succeed, the partner shall be entitled to the entire inheritance". Compare this provision with the articles that deal with succession by the surviving spouse: "Article 1.832. In concurrence with descendants (...), the spouse will be entitled to a portion equal to that of each of those who succeed, such portion not being inferior to a fourth part of the inheritance, if the person is an ascendant of the heirs with whom he/she concurs. (...) Art. 1.837. If concurring with a first-degree ascendant, the spouse will be granted one third of the inheritance and one half if there is only one ascendant, or if that degree is greater. Article 1.838. In the absence of descendants and ascendants, succession will be granted in its entirety to the surviving spouse".

⁷²On this matter, see Nevares (2006, 163–164). On the same subject, Tepedino (2012a, b, c, d), 153), where a claim is made for "the illegitimacy of the codified option, which runs counter to the tendency to protect family pluralities (Article 226, §3, CF) by granting differentiated treatment as regards the hereditary succession of the spouse and partner, resulting in the unconstitutionality of Article 1.790".

the right to succession, capable of making it an instrument to protect existential situations and translate how best to protect basic rights, invested with the constitutional principles of substantial isonomy (Article 3, III of the Constitution) and social solidarity (Article 3, I of the Constitution).

With regard to family and succession law, Brazilian jurisprudence has played a leading role by promoting significant advances in a short period of time. Thanks to this jurisprudential work, effective exercise of human and basic rights within the family has been advanced and developed over the last few years in the area of same-sex marriage as family entities, extension of the unseizability of family goods (the dweller's only own residential property), among other matters.

4.6 Final Remarks

The Constitution of 1988 enshrined as foundations and objectives of the Republic the principles of Dignity of Human Persons (Article 1, III of the Constitution), Social Solidarity (Article 3, III) and Substantial Equality (Article 3, I), as well as a remarkable list of basic rights, introduced into the legal system as non-derogable individual guarantees (Article 5), in an unlimited sense, to be constantly complemented by internationally recognized human rights (Article 5, § 2 of the Constitution), inscribed as unamendable constitutional provisions (Article 60, § 4 of the Constitution) and as such not susceptible to revocation by legislators or even by constitutional reform.

In this way, also in the juridical relations of private law, internationally recognized basic rights and human rights become directly binding. The Brazilian Constitution prohibits private economic initiative to develop in any way that is harmful to the dignity of human persons and social justice. Likewise, the Constitution rejects the notion of private spaces such as families, firms and property constituting spaces unsusceptible to State control and propitious to infringements of the constitutional project.

Civil law, therefore, and especially property relations, are no longer justified and legitimized in themselves; they have to be made functional for existential and social interests provided by the Constitution itself – which stands at the summit of normative hierarchy – and accordingly part of the new internal public system. Consequently, the Constitution of 1988 intervenes directly in economic relations, in the family, work relations, the firm, and consumer relations, thereby allowing protection of basic rights to be exercised also in the private sphere. This is a path trodden by Brazilian jurisprudence, although the evolutive process is neither linear nor simple, demanding as it does more of the jurist's attention to avoid regressions that tend to separate the private spaces from the interference of public law and consequently direct incidence of constitutional norms.

Bibliography

- Aguiar Júnior, R.R. 1995. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor* 14.
- Azevedo, A.J. 2000. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil* 1.
- Bandeira, P.G. 2008. Notas sobre o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil. *Revista da EMERJ* 11.
- Barroso, L.R. 2004. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista Trimestral de Direito Civil* 16.
- Barroso, L.R. 2013. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum.
- Bobbio, N. 2004. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier.
- Bonavides, P. 1998. Os direitos humanos e a democracia. In Silva, R.P. (Ed.). *Direitos humanos como educação para a justiça*. São Paulo: LTr.
- Bonavides, P. 2006. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros.
- Cavaliere Filho, S. 2007. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas.
- Comparato, F.K. 2000a. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva.
- Comparato, F.K. 2000b. Fundamentos dos direitos humanos. *Revista Consulex* 48.
- Cruz, G.S. 2005. O problema do nexa causal na responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Renovar.
- Dantas, M. 2013. Função social na tutela possessória em conflitos fundiários. *Revista Direito GV* 18.
- Fachin, L.E. 2006. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar.
- Fachin, L.E., and Ruzyk, C.E.P. 2008. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *Revista Trimestral de Direito Civil* 35.
- Gomes, O. 2001. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense.
- Lopes, S. 2001. *Curso de direito civil. Volume 3*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos
- Magalhães, J.C. 2011. “No Pará, 98% das mortes no campo ficam impunes”, *Folha de S. Paulo*, 7.6.2011.
- Maia, R.M.M. 2013. *Teoria geral dos direitos reais*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Moraes, M.C.B. 2003. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar.
- Neves, A.L.M. 2006. Os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro no código civil de 2002: uma abordagem à luz do direito civil-constitucional. *Revista Brasileira de Direito de Família* 36.
- Neves, A.L.M. 2009. *A função promocional do testamento*. Rio de Janeiro: Renovar.
- Pereira, C.M.S. 2007. *Instituições de direito civil. Volume III*. Rio de Janeiro: Forense.
- Pereira, C.M.S. 2011. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: GZ.
- Piovesan, F. *Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF*. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol. 6, 2008.
- Ramos, A.C. 2005. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar.
- Rentería, P. 2011. *Obrigações de meios e de resultado*, São Paulo, Método.
- Rentería, P. 2014. *Direito de penhor: realidade, função e autonomia privada*. PhD dissertation presented at the Post-graduate Law Program of the Rio de Janeiro State University.
- Rodrigues, S. 2004. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. São Paulo: Saraiva
- Sarlet, I.W. 2012. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Schreiber, A. 2011. *Reparação não pecuniária dos danos morais*. In *Pensamento crítico do direito civil brasileiro*. Tepedino, G. and Fachin, L.E. (Ed.). Curitiba: Juruá.
- Souza Neto, C.P., and Sarmiento, D. 2012. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum.
- Tepedino, G. 2003. *As relações de consumo e a nova teoria contratual*. In *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar

- Tepedino, G. 2006a. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. In *Temas de direito civil. Tome 2*. Rio de Janeiro: Renovar.
- Tepedino, G. 2006b. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002, *Temas de direito civil, t. 2*. Rio de Janeiro, Renovar.
- Tepedino, G. 2006c. Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. In *Temas de direito civil. Tome 2*. Rio de Janeiro: Renovar.
- Tepedino, G. 2008a. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar.
- Tepedino, G. 2008b. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar.
- Tepedino, G. 2009a. A função social da propriedade e o meio-ambiente. *Revista Trimestral de Direito Civil* 37.
- Tepedino, G. 2009b. Notas sobre a função social dos contratos. In *Temas de Direito Civil. Tomo 3*. Rio de Janeiro: Renovar.
- Tepedino, G. 2011. Update to: Pereira, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: GZ.
- Tepedino, G. 2012a. A causalidade nas ações de responsabilidade atribuídas ao hábito de fumar. *Soluções Práticas de Direito. Volume I*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Tepedino, G. 2012b. Controvérsias sobre a sucessão do cônjuge e do companheiro. *Revista Pensar* 17.
- Tepedino, G. 2012c. Novos princípios contratuais e a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers. In *Soluções Práticas de Direito. Volume III*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Tepedino, G. 2012d. Princípio da reparação integral e quantificação das perdas e danos derivadas da violação do acordo de acionistas. In *Soluções Práticas de Direito. Volume I*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Tepedino, G. *Comentários ao Código Civil. Volume XIV*. São Paulo: Saraiva.
- Tepedino, G. et al. 2008. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. Volume II*. Rio de Janeiro: Renovar.
- Tepedino, G., and Schreiber, A. 2003. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. In *A Parte Geral do Novo Código Civil*. In G. Tepedino (Ed.). Rio de Janeiro: Renovar.
- Weis, C. 1999. *Os direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros.

Case Law

- STF, ADI n. 4.277, Tribunal Pleno, Relator Min. Carlos Britto, julg. 5.5.2011.
- STF, Ag. Rg. no RE 715.268, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, julg. 6.5.2014.
- STF, MS 24133, Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, Rel. para Ac. Min. Carlos Ayres Britto, julg. 20.8.2003.
- STF, Pet n. 3388, Pleno, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, julg. 19.3.2009.
- STF, RE 172.720, 2ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 6.2.1996.
- STF, RE 182.233, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. 6.2.2002
- STF, RE 192.593, 1ª T., Rel. Min. Ilmar Galvão, julg. 11.5.1999.
- STF, RE 201.819, 2ª T., Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. para Ac. Min. Gilmar Mendes, julg. 11.10.2005.
- STF, RE 511.961, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 17.6.2009.
- STJ, Ag. Rg. no Ag. no REsp. 192.612, 4ª T., Rel. Min. Marco Buzzi, julg. 20.3.2014.
- STJ, Ag. Rg. no Ag. no REsp. 266.082, 2ª T., Rel. Min. Herman Benjamin, julg. 11.6.2013.
- STJ, Ag. Rg. no Ag. no REsp. 422.417, 4ª T., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julg. 24.4.2014.
- STJ, Ag. Rg. no Ag. no REsp. 85.158, 1ª T., Rel. Min. Benedito Gonçalves, julg. 18.3.2014.

- STJ, Ag. Rg. no REsp. 1.243.202, 4ª T., Rel. Min. Raul Araújo, julg. 16.5.2013.
- STJ, REsp 1.171.826, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrichi, julg. 17.5.2011.
- STJ, REsp. 1.068.731, 2ª T., Rel. Min. Herman Benjamin, julg. 17.2.2011.
- STJ, REsp. 1.069.810, 1ª S., Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julg. 23.10.2013.
- STJ, REsp. 1.291.865, 3ª T., Rel. Min. Sidnei Beneti, julg. 25.6.2013.
- STJ, REsp. 801.109, 4ª T., Rel. Min. Raul Araújo, julg. 12.6.2012.
- STJ, REsp. 931.060, 1ª T., Rel. Min. Benedito Gonçalves, julg. 17.12.2009.
- STJ, REsp. 945.369, 1ª T., Rel. Min. Denise Arruda, Rel. para Ac. Min. Benedito Gonçalves, julg. 5.10.2010.
- TJDFT, AC 2009 03 10 32040-3, Rel. Des. Mario-Zam Belmiro, julg. 6.2.2013.
- TJDFT, Ap.Cív. 2007.10.1.010780-6, Rel. Des. Alfeu Machado, julg. 30.11.2011.
- TJMG, 10ª C.C., Ap. Cív. 2.0000.00.492967-3/000, Rel. Des. Alberto Vilas Boas, julg. 13.12.2005.
- TJMG, Ag.Instr. 1.0024.11.193012-9/001, Rel. Des. Edivaldo George dos Santos, julg. 13.4.2012.
- TJRJ, Ap. Cív. 0013019-58.2007.8.19.0023, Rel. Des. Custodio Tostes, julg. 20.3.2012.
- TRF-2, Ap. Cív. 2005.51.01.015914-5, 5ª T.Esp., Rel. Juiz Fed. Conv. Ricardo Perlingeiro, julg. 3.4.2012.

Chapter 5

Le rayonnement des droits de la personne en droit privé québécois: Que de chemin parcouru... mais que de chemin à parcourir!

Mélanie Samson and Louise Langevin

5.1 Introduction

Le respect des droits fondamentaux de la personne humaine a été l'une des lignes directrices de la réforme du droit civil québécois. L'objectif de notre texte est de décrire les façons dont la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec (1975) (Charte québécoise) et le *Code civil du Québec* (1991) (C.c.Q.) se conjuguent pour permettre une protection optimale des droits de la personne (Samson et Langevin 2015). Notre démonstration s'appuiera sur une étude de la législation, de la jurisprudence et de la doctrine pertinentes.

Nous tracerons d'abord un bref portrait des principaux outils de protection des droits fondamentaux au Québec (Sect. 5.2). Puis, nous étudierons plus spécifiquement l'interaction des règles de la Charte québécoise avec celles du Code civil en droit des obligations (Sect. 5.3), en droit de la responsabilité délictuelle (Sect. 5.4), en droit de la famille (Sect. 5.5) et en droit de la propriété (Sect. 5.6).

De nombreuses règles du Code civil ont été modifiées ou remplacées afin que leur contenu soit davantage conforme aux droits de la personne. C'est ainsi que les règles relatives aux contrats ont été revues de façon à permettre un meilleur équilibre entre les parties et une plus grande protection des personnes vulnérables. Alors que le contrat pouvait auparavant être un outil d'oppression, il apparaît aujourd'hui davantage comme un outil d'autonomisation et d'égalité entre les personnes. De même, les règles relatives à la famille ont été considérablement révisées pour mieux refléter et favoriser la diversité des réalités familiales et l'égalité entre les personnes.

M. Samson (✉) • L. Langevin
Faculté de droit, Université Laval, Pavillon Charles-De Koninck 1030,
avenue des Sciences-Humaines, Québec, QC G1V 0A6, Canada
e-mail: melanie.samson@fd.ulaval.ca; louise.langevin@fd.ulaval.ca

L'influence des droits de la personne sur le droit civil québécois, que l'on désigne parfois comme la « constitutionnalisation » du droit civil (Moore 2009a), a été décriée par la doctrine. Puisque les droits de la personne tirent leur origine du droit public et qu'au Québec, le droit public relève de la *common law*, certains perçoivent la constitutionnalisation du droit civil comme une forme de contamination de ce droit et y voient une menace pour la préservation de son originalité et même pour sa survie. À notre avis, il est sain que le droit civil évolue au même rythme que la société qu'il régit et il faut voir sa préoccupation croissante pour le respect des droits de la personne comme le reflet d'un changement des mentalités. Par ailleurs, il serait faux de penser que le Code civil ne fait que « subir » l'influence des droits de la personne; en tant que droit commun, il contribue aussi grandement à la façon dont les droits de la personne se définissent au Québec. Ainsi, nous verrons que les règles, les principes et les valeurs du Code civil exercent une influence sur l'interprétation des dispositions de la Charte québécoise. Cette influence nous apparaît tout particulièrement perceptible en matière de responsabilité délictuelle et de propriété.

5.2 Le portrait des principaux outils de protection des droits fondamentaux

À l'occasion du rapatriement de sa Constitution en 1982, le Canada s'est doté d'une loi constitutionnelle de protection des droits de la personne,¹ la *Charte canadienne des droits et libertés* (Charte canadienne) (1982). Fondée sur le respect de la dignité humaine (*Morgentaler c. La Reine*, 166; *Hill*, 1167 et 1179; *Blencoe*, 353; *R. c. Kapp*, par. 21), la Charte canadienne garantit notamment les libertés fondamentales d'expression, d'association et de religion (article 2), les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité (article 7) et le droit à l'égalité (article 15 (1)). Ces droits « ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique » (article 1). Le Canada étant dépourvu de cour constitutionnelle, ce sont les tribunaux de droit commun et, dans une certaine mesure, les tribunaux administratifs qui se sont vu confier le mandat d'interpréter et d'appliquer la Charte

¹ Dans certains textes nationaux et internationaux, les droits et libertés de la personne sont désignés comme étant les « droits de l'Homme ». Au Québec, cependant, il est plus fréquent d'employer l'expression « droits de la personne ». Apparue pour la première fois en 1968 dans un rapport de l'Office de révision du Code civil, cette dénomination a été consacrée dans la *Charte des droits et libertés de la personne* (1975). Nous privilégions cette expression parce qu'elle reflète l'égalité de l'homme et de la femme. Comme l'a fait remarquer le professeur Daniel Turp, « la dénomination « droits de l'homme » véhicule une représentation où l'homme, par opposition à la femme, est le véritable titulaire des droits »; elle est en elle-même porteuse d'inégalité. L'expression « droits fondamentaux » est aussi d'usage courant en droit québécois. Comme le souligne le professeur Turp, cette dénomination est parfois plus appropriée parce qu'elle englobe à la fois les droits individuels et les droits collectifs. Voir Turp (2012, 557 et 561).

canadienne. Ils ont notamment pour tâche de contrôler la conformité des lois avec les dispositions de la Charte canadienne (article 52 *Loi constitutionnelle de 1982*).

La Charte canadienne protège les droits fondamentaux des citoyens et des citoyennes dans leurs relations avec l'État. Par contre, elle ne s'applique pas aux rapports de droit privé (article 32; *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd.*). D'autres lois adoptées par le législateur fédéral (*Loi canadienne sur les droits de la personne*) et les législatures des provinces² assurent cependant le respect des droits de la personne dans les rapports entre particuliers. Au Québec, les rapports qui relèvent du droit privé sont régis, entre autres, par deux lois dites « fondamentales »³ : la *Charte des droits et libertés de la personne* et le *Code civil du Québec*. Chacune à leur façon, ces lois contribuent à la protection des droits de la personne.

La Charte québécoise est entrée en vigueur le 28 juin 1976. Elle garantit une série de libertés et de droits fondamentaux, politiques, judiciaires, économiques, sociaux et culturels. Elle protège également les particuliers contre la discrimination dans la reconnaissance et dans l'exercice de ces mêmes droits et libertés. Fortement inspirée des instruments internationaux de protection des droits de la personne,⁴ elle vise essentiellement à assurer « la protection du droit à la dignité et à l'égalité de tout être humain »,⁵ et ce, tant dans ses relations avec l'État que dans ses rapports avec d'autres particuliers.⁶ Tout comme la Charte canadienne, la Charte québécoise

² Charte québécoise; *Code des droits de la personne* de l'Ontario; *Code des droits de la personne* du Manitoba; *Human Rights Act* de la Nouvelle-Écosse; *Human Rights Act* de l'Île-du-Prince-Édouard; *Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act* de l'Alberta; *Human Rights Code* de la Colombie-Britannique; *Human Rights Code* de Terre-Neuve; *Loi sur les droits de la personne* du Nouveau-Brunswick; *Loi sur les droits de la personne* du Yukon; *Loi sur les droits de la personne* des Territoires du Nord-Ouest; *The Saskatchewan Human Rights Code*. Notons cependant que la plupart des lois de protection des droits de la personne adoptées par les législatures des provinces protègent *uniquement* le droit à l'égalité. Seuls la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, le *Saskatchewan Human Rights Code* et la *Loi sur les droits de la personne* du Yukon protègent d'autres droits fondamentaux, dont les libertés fondamentales d'expression, de conscience et d'association. C'est dire que la protection des droits de la personne relève en grande partie du droit commun, lequel est d'origine jurisprudentielle dans les provinces autres que le Québec.

³ *Béliveau St-Jacques*, par. 42; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, 802 (par. 20). Sur le caractère « fondamental » du *Code civil du Québec*, voir notamment *Isidore Garon ltée; Fillion et Frères (1976) inc.*, par. 158–159; *Globe and Mail*, par. 29.

⁴ Les rédacteurs de la Charte se sont tout particulièrement inspirés des dispositions de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, de la *Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, de la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*. Voir Morel (1987, 17 et 18); Morin (1963); Nadeau (2006a); Nadeau (2006b).

⁵ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville); Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, 685 (par. 34); Morel (1986, 60 et 61).

⁶ Notons cependant que la Charte québécoise ne vise que « les matières qui sont de la compétence législative du Québec » (article 55). Plus précisément, la Charte est inapplicable à une personne,

est appliquée et interprétée par les tribunaux de droit commun et les tribunaux administratifs.⁷

En raison de la nature fondamentale des droits qu'elle protège, la Charte s'est vu reconnaître en jurisprudence un statut « quasi constitutionnel ».⁸ Ce statut particulier implique que la Charte reçoive « une interprétation large et libérale de manière à réaliser les objets généraux qu'elle sous-tend de même que les buts spécifiques de ses dispositions particulières » (*Béliveau St-Jacques*, par. 42) et confère à celle-ci une primauté sur les autres lois (*de Montigny*, par. 45). Le caractère prépondérant des articles 1 à 38 de la Charte est d'ailleurs affirmé expressément en son article 52.

Le C.c.Q. est, pour sa part, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994. Il a remplacé le *Code civil du Bas-Canada* (C.c.B.-C.) qui, lui, remontait à 1866. Selon les termes mêmes de sa Disposition préliminaire, le C.c.Q. « établit le droit commun du Québec » et constitue « le fondement des autres lois » (*Doré*, par. 15 et 16). Alors que le C.c.B.-C. « était un code de propriétaires et de rentiers, davantage préoccupé de la protection du patrimoine que du respect des droits de la personne » (Crépeau 1977, xxxi; Deleury 1972, 530; Niort 1994, 860), le C.c.Q. « met plus en évidence le respect de la personne humaine et de ses droits » (Gouvernement du Québec 1977, VI-VII; Allard 2006, 41; Pineau 2005, 238; Pineau 1993, 281 et seq.). Une série de droits de la personnalité, dont le droit à l'intégrité (article 10 C.c.Q.), le droit au respect de sa réputation (article 35 C.c.Q.) et le droit au respect de sa vie privée (articles 35 et 36 C.c.Q.) sont d'ailleurs énoncés en son livre premier. À bien des égards, le C.c.Q. apparaît ainsi comme « la continuation de la Charte » (*M. (M.) c. V. (S.)*).

Pendant longtemps, au Québec, les droits de la personne et le droit civil ont semblé évoluer en vase clos. Un litige pouvait ainsi connaître une issue variable selon qu'il était abordé sous l'angle du droit civil ou à travers le prisme des droits de la personne. De nos jours, cependant, le droit civil et les droits de la personne s'influencent et s'envisagent comme un tout. Dans la Disposition préliminaire du C.c.Q., le législateur établit d'ailleurs un lien étroit entre le Code et la Charte québécoise, en affirmant que le premier doit être interprété « en harmonie » avec la seconde.

une entreprise ou une situation lorsque son application aurait pour effet d'entraver la spécificité fédérale de celle-ci (*Banque canadienne de l'Ouest*, par. 48).

⁷ Créé en 1990, le Tribunal des droits de la personne du Québec est spécialisé dans l'interprétation et la mise en œuvre des dispositions de la Charte prohibant la discrimination, le harcèlement et l'exploitation de personnes âgées ou handicapées et régissant la mise en place de programmes d'accès à l'égalité.

⁸ *Béliveau St-Jacques*, par. 116. Voir aussi *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, 799 (par. 15).

5.3 Le contrat comme source d'égalité

Le professeur Paul-André Crépeau a rappelé l'importance de la fonction du droit des obligations comme reflet des valeurs sociétales: «Le droit des obligations, c'est, [...], la vie de tous les jours mise en équation juridique.» (Crépeau 1998, 732). Les valeurs sociétales changent. La vie de tous les jours évolue. Le droit des obligations aussi.

Avec l'entrée en vigueur de la *Loi sur la protection du consommateur* en 1971, de la Charte québécoise en 1976,⁹ de la Disposition préliminaire et des diverses mesures de protection du contractant vulnérable dans le *Code civil du Québec* en 1994¹⁰ pour ne nommer que ces interventions législatives, le droit des obligations doit être repensé. Si le principe de la liberté contractuelle découlant de l'autonomie de la volonté a été à la base des obligations dans le Code civil de 1866,¹¹ aujourd'hui la liberté contractuelle prend un autre sens.¹² Selon les points de vue, ce principe a été encadré, tempéré (Jobin et Vézina 2013, par. 95), réduit¹³ ou, à notre avis, élargi pour permettre une réelle liberté contractuelle pour toutes les parties au contrat. Nous considérons que si le contrat et la liberté contractuelle qui le sous-tend a pu être une source d'oppression pour des parties vulnérables,¹⁴ il peut aujourd'hui se révéler une source d'autonomie et d'égalité, en raison du respect des droits fondamentaux qui s'ajoutent aux éléments essentiels (consentement, capacité, objet,

⁹Dès 1981, Louis Perret percevait bien que les chartes occasionneraient de grands changements dans les règles du droit des obligations. Voir Perret (1981, 171). Voir aussi Caron (1991, 25) qui s'inquiétait qu'un protectionnisme étatique excessif, issu du droit à l'égalité, vienne limiter la liberté contractuelle.

¹⁰Par exemple, des mesures qui contribuent à une réelle liberté contractuelle: les protections contre les clauses illisibles et incompréhensibles (article 1435 C.c.Q.), externes (article 1436 C.c.Q.) ou abusives (article 1437 C.c.Q.) dans les contrats de consommation ou d'adhésion. Ces exemples font partie de ce que Ghestin avait appelé «l'utile et le juste». Voir Ghestin (1981); Coipel (1990, 485); Rolland (1999, 903).

¹¹On pourrait discuter longtemps sur la question de savoir si le C.c.B.C. proposait une liberté contractuelle totale ou partielle ou si le C.c.Q. a rejeté ce principe. Voir Rolland (1999); Goldstein et Mestiri (2003).

¹²Jobin et Vézina considèrent que «[d]e façon générale, la liberté contractuelle apparaît encore comme le principe dominant, mais il est remarquable qu'aujourd'hui elle coexiste, en quelque sorte, avec les autres fondements au sommet de la pyramide du droit privé.», tels l'ordre public, la bonne foi et l'équité, et la force obligatoire du contrat. Baudouin, Jobin et Vézina (2013, par. 95).

¹³Lluelles et Moore affirment que le principe de la liberté contractuelle est «éducoré [...] au fil des législations protectrices et dirigistes des dernières décennies.» Lluelles et Moore (2012, par. 1879).

¹⁴Un seul exemple suffira à illustrer le contrat comme source d'oppression: En 1940, la Cour suprême du Canada avait fait primer la liberté commerciale sur le respect des droits fondamentaux. Le tenancier d'un bar à Montréal avait refusé l'accès de son établissement à une personne de race noire. Voir *Christie*. Sur la position plutôt réservée des tribunaux québécois en matière de respect des droits fondamentaux en droit privé avant l'adoption de la Charte québécoise, voir Jobin (2003).

cause) à la formation du contrat (article 1385 C.c.Q.) et à son exécution (articles 1434 et 1439 C.c.Q.).¹⁵

Nous verrons de quelles façons le respect des droits fondamentaux a redéfini le principe de la liberté contractuelle lors de la formation (Sect. 5.3.1) et de l'exécution (Sect. 5.3.2) du contrat.

5.3.1 Droits fondamentaux et formation du contrat

L'ancien Code civil (1866) reconnaissait le principe de la liberté contractuelle, bien que tempéré par une timide notion d'ordre public. Aujourd'hui, ce principe s'est transformé. L'influence du respect des droits fondamentaux n'y est pas étrangère.¹⁶ Le C.c.Q. ne mentionne pas explicitement que le contrat est la loi des parties, mais ses articles 1434 et 1439 rappellent que les parties sont tenues par le contenu du contrat. L'article 9 C.c.Q. précise le caractère supplétif du Code civil, sauf pour les règles d'ordre public. Aux conditions classiques essentielles à la formation du contrat (article 1385 C.c.Q., consentement, capacité, objet, cause) s'ajoutent le respect des droits fondamentaux.

Dans la phase précontractuelle, l'article 12 de la Charte québécoise¹⁷ interdit toute forme de discrimination¹⁸ dans la conclusion d'actes juridiques portant sur des

¹⁵ Notre vision d'une réelle liberté contractuelle pour les deux parties et du contrat comme outil d'autonomisation rejoint la thèse de Gerald Goldstein et Najla Mestiri, qui voient le contrat comme outil de justice et d'utilité sociale : « On peut donc avancer que de nos jours la liberté contractuelle tend à se présenter pratiquement comme la résultante des principes de la justice et de l'utilité sociale. » Voir Goldstein et Mestiri (2003, 318).

¹⁶ La Disposition préliminaire du C.c.Q. n'y est pas étrangère non plus. Voir Baudouin, Jobin et Vézina (2013, 131 et seq.), qui expliquent longuement l'influence des droits et libertés sur le droit des obligations.

¹⁷ Charte québécoise, article 12 : « Nul ne peut, par discrimination, refuser de conclure un acte juridique ayant pour objet des biens ou des services ordinairement offerts au public. » Dans certains cas, une situation discriminatoire pourra être maintenue si elle est justifiée en vertu de l'article 20 : « Une distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi, ou justifiée par le caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif d'une institution sans but lucratif ou qui est vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique est réputée non discriminatoire. » Pour une analyse des articles 12 et 15 de la Charte québécoise, voir Samson (2008).

¹⁸ La Cour suprême du Canada a adopté une approche substantive de l'égalité : il ne s'agit pas de traiter de la même façon des personnes dans des situations identiques (approche formelle de l'égalité), mais plutôt de permettre les différences. Ainsi, ce sont les effets négatifs de mesures, de lois ou de décisions à première vue neutres qui sont recherchés. L'intention du législateur ou de la partie poursuivie pour atteinte à des droits fondamentaux n'est pas pertinente. Voir *Andrews*, 143; *Withler*. Selon l'article 10 de la Charte québécoise, « toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce

biens ou des services ordinairement offerts au public. La notion d'acte juridique a ici une portée beaucoup plus large qu'en droit civil (*Mastropaolo*). Selon la Cour d'appel du Québec, elle exclut cependant les services offerts par l'administration publique en application d'une loi plutôt que par le fait de la volonté des parties (*Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (P.G.)*).¹⁹ Par ailleurs, cet article ne vise pas que la conclusion du contrat, mais aussi son exécution.²⁰ Ainsi, des propriétaires ne peuvent refuser de louer leur logement à des personnes membres de minorités²¹ ou à des femmes chefs de familles monoparentales. L'article 15 de la Charte québécoise complète l'article 12 en prohibant la discrimination dans l'accès aux moyens de transport ou aux lieux publics.²² Entre autres, le refus de propriétaires de permettre l'accès à leur commerce à des personnes accompagnées de leur chien-guide ou de leur chien d'assistance a été déclaré discriminatoire (voir Samson 2008, 444 et seq., qui donne de nombreux exemples jurisprudentiels).

L'article 13 de la Charte québécoise intervient dans le contenu du contrat : toute clause discriminatoire est nulle.²³ Par exemple, un contrat d'adhérent à un club de golf privé ne pourrait limiter l'accès des femmes aux seuls jours de la semaine (en excluant les fins de semaine), même si ces dernières paient moins cher (*Quon*). L'article 49, al. 1 de la Charte québécoise donne le droit à la victime de l'atteinte d'obtenir la cessation de cette atteinte (donc la nullité de la clause ou du contrat) et la réparation du préjudice ainsi causé.

D'autres sortes de clauses ont été jugées attentatoires aux droits fondamentaux du cocontractant, comme les « clauses de divorce » qui visent à contrôler la vie privée de l'ex-conjoint (donation dans le contrat de mariage en faveur de l'épouse qui était résolue en cas de divorce par celle-ci) (Jobin 2003), les clauses de viduité (clause qui impose le célibat au conjoint survivant dans un testament)²⁴ ou, dans un contrat de travail, les clauses qui exigent de l'employé que lui et sa famille déménagent dans la ville du lieu de travail au risque d'être congédié, violant ainsi leur droit à la vie privée (*Godbout; La Brasserie Labatt Ltée*).

handicap. Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.»

¹⁹ Pour une critique de la transposition d'une notion de droit civil dans l'interprétation de la Charte québécoise, voir Samson (2008, 433).

²⁰ Voir *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Commission scolaire des Draveurs*.

²¹ Pour des exemples jurisprudentiels récents, voir *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Bernucci*; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Panacci*.

²² Charte québécoise, article 15: «Nul ne peut, par discrimination, empêcher autrui d'avoir accès aux moyens de transport ou aux lieux publics, tels les établissements commerciaux, hôtels, restaurants, théâtres, cinémas, parcs, terrains de camping et de caravaning, et d'y obtenir les biens et les services qui y sont disponibles.»

²³ Charte québécoise, article 13: «Nul ne peut, dans un acte juridique, stipuler une clause comportant discrimination. Une telle clause est sans effet.»

²⁴ L'article 757, al. 2 C.c.Q. interdit ce type de clause.

Dans certains cas de violation de droits fondamentaux, la Charte québécoise offre des moyens de protection supplémentaires. L'article 48 de la Charte québécoise prévoit que « [t]oute personne âgée ou toute personne handicapée a droit d'être protégée contre toute forme d'exploitation. »²⁵ Cet article, qui vise à protéger des personnes vulnérables de la société, intervient entre autres là où le codificateur a refusé d'intervenir : en matière de lésion entre majeurs. En effet, le Code civil ne reconnaît pas la lésion, sauf chez les majeurs et mineurs protégés et dans des cas d'exception (article 1405 C.c.Q.).²⁶ Cette situation a été décrite par la doctrine (voir Baudouin, Jobin et Vézina 2013, par. 262 ; Lluelles et Moore 2012, par. 907). Selon la Cour d'appel du Québec, qui adopte une interprétation large de l'article 48 de la Charte québécoise, « [l]es différentes mesures prévues au Code civil ne permettent pas d'apporter une solution adéquate et satisfaisante aux différentes formes d'exploitation dont peuvent être victimes les personnes âgées ou les personnes handicapées. » (*Vallée*, par. 29).

La Cour d'appel indique que l'article 48 ajoute une dimension supplémentaire aux dispositions du C.c.Q. : « d'une part, [il] étend la protection aux personnes âgées victimes d'exploitation sans égard à la validité de leur consentement ou à l'existence d'un régime de protection et d'autre part, [il] vise toute forme d'exploitation et ne se limite pas au seul contrôle des actes juridiques et obligations contractées par les personnes âgées. » (*Vallée*, par. 24). Le tribunal reconnaît la similitude entre la lésion et l'exploitation visée à l'article 48, mais aussi leur différence puisque l'article 48 a un champ d'application plus large et va au-delà du consentement à un acte juridique.

Alors que le respect des droits et libertés fondamentaux force à repenser les règles du droit des obligations, se pose avec acuité la question de la renonciation contractuelle à un droit fondamental en vue de profiter d'un bénéfice découlant du contrat.²⁷ Tant la jurisprudence que la loi permettent qu'une personne puisse renoncer à un droit fondamental (article 8 C.c.Q.). On pense à la permission donnée à un tiers, par la personne, d'utiliser son image pour des fins commerciales (le droit à la vie privée, article 3 C.c.Q.), à la décision éclairée que prend un patient de se faire opérer (le droit à l'intégrité physique, article 3 C.c.Q.), ou encore à la renonciation au secret professionnel d'une personne qui permet à un professionnel dont elle avait retenu les services de témoigner devant le tribunal (article 9, al. 2 de la Charte québécoise). Incidemment, les tribunaux ont reconnu la validité d'une renonciation au secret médical donnée dans le cadre d'un contrat d'assurance (*Frenette*).

²⁵ Charte québécoise, article 48 : « Toute personne âgée ou toute personne handicapée a droit d'être protégée contre toute forme d'exploitation. Telle personne a aussi droit à la protection et à la sécurité que doivent lui apporter sa famille ou les personnes qui en tiennent lieu. » Voir *Vallée*. Pour une critique de cette décision, voir Gardner et Goubau (2005). Voir aussi *Deschênes*.

²⁶ Les articles 8 et 9 de la *Loi sur la protection du consommateur* corrigent en partie cette situation. Ils permettent d'annuler des contrats en cas d'exploitation du consommateur. Ils reconnaissent à la fois la lésion objective et subjective.

²⁷ La doctrine utilise l'expression « renonciation » à un droit, mais on pourrait aussi y voir l'exercice du droit ou son aménagement. Voir Laporte (2006, 309 et seq.) ; Popovici (2008, 99) ; Loiseau (1992).

Si la renonciation contractuelle à un droit fondamental constitue une variante de son exercice, les conditions de cette renonciation ne sont pas encore claires (Laporte 2006; De Schutter et Ringelheim 2005, 441; Gathem et Strowel 2005). Cette incertitude, à laquelle nous ont habitués les tribunaux en matière de protection des droits fondamentaux, reflète les tergiversations jurisprudentielles. Dans l'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem* (ci-après *Amselem*), des copropriétaires de confession juive avaient installé des souccahs (petites cabanes) sur leur balcon durant la fête du Souccoth, à l'encontre de la convention de copropriété qui interdisait toute construction sur les balcons pour des raisons de sécurité et d'esthétisme dans ce complexe de luxe.²⁸ Faute d'entente, le syndicat des copropriétaires a demandé une injonction pour forcer les copropriétaires récalcitrants à démolir leurs souccahs. Ces derniers ont fait valoir leur liberté de religion à l'encontre de la convention de copropriété. L'affaire s'est rendue devant le plus haut tribunal du pays. Dans une décision très partagée, qui infirme les décisions des tribunaux inférieurs, la Cour suprême du Canada reconnaît que la convention de copropriété viole la liberté de religion des copropriétaires.²⁹ Le plus haut tribunal impose un accommodement raisonnable en permettant aux copropriétaires l'installation de souccahs temporaires sur leur balcon pendant les quelques jours que dure ladite fête, à la condition que la construction laisse un passage suffisant en cas d'incendie.³⁰ La convention de copropriété demeure donc valide, sauf pour la clause en litige qui ne s'applique pas aux copropriétaires de confession juive qui veulent installer des souccahs sur leur balcon.

La Cour suprême n'aborde pas directement la question de la renonciation à un droit fondamental. Dans un *obiter* (*Amselem*, par. 93), le tribunal précise que toute renonciation à un droit fondamental doit avoir été exprimée librement et en pleine connaissance de ses conséquences et de ses effets véritables. Cette clause de renonciation ne peut figurer dans un contrat d'adhésion (article 1437 C.c.Q.). De plus, elle doit être formulée en termes clairs et précis. Le plus haut tribunal affirme : « Non seulement une interdiction générale prohibant toute construction, interdiction comme celle prévue par la déclaration de copropriété, serait-elle insuffisante pour justifier un tribunal de conclure à l'existence d'une renonciation, mais on peut également soutenir qu'il en serait de même pour tout document ne mentionnant pas expressément le droit garanti par la *Charte* qui est visé. » (*Amselem*, par. 100). La Cour considère que les copropriétaires (qui n'avaient d'ailleurs pas lu la convention avant sa signature) n'ont pas clairement renoncé à leur liberté de religion en signant la convention.

²⁸ Le C.c.Q. permet que la déclaration de copropriété limite le droit de propriété des copropriétaires. Article 1056 et 1063 C.c.Q.

²⁹ L'affaire est connue aussi en raison de la position que prennent les juges majoritaires à l'égard de la définition de la religion. Ils adoptent une approche subjective de la religion : le croyant définit lui-même les éléments de sa religion selon sa croyance sincère. Selon l'interprétation personnelle de la Bible par les copropriétaires juifs dans cette affaire, ils devaient habiter dans les souccahs pendant ladite fête.

³⁰ L'Association des copropriétaires avait proposé une souccah communautaire sur le terrain de la copropriété, ce qui avait été refusé par les copropriétaires récalcitrants.

Plusieurs commentateurs ont vivement critiqué les conséquences de cette décision, entre autres, sur la stabilité contractuelle (Moore 2009b; Laporte 2006; Jobin 2007; Landheer-Cieslak 2012). Il faut bien reconnaître que de nombreuses questions se posent. Doit-on comprendre de cette décision que tout contractant peut révoquer son consentement à un contrat, par ailleurs librement consenti, en invoquant sa liberté de religion ? Par exemple, si un copropriétaire change de religion et veut faire modifier l'entente entre copropriétaires parce qu'elle violerait son droit à la liberté religieuse. Un contractant peut-il révoquer son consentement à un contrat en invoquant la violation de tout autre droit fondamental ? Comment un cocontractant de bonne foi peut-il savoir qu'une clause du contrat peut éventuellement violer un droit fondamental d'un futur contractant (Laporte 2006, 327) ? Comme le souligne un auteur (Moore 2009b), il y a lieu de procéder à une analyse contextuelle qui tienne compte notamment du type de contrat et du type de droit concerné. On peut penser que la renonciation contractuelle à certains droits ne serait pas possible, comme la dignité humaine. Le cas du lancer du nain en constitue un bel exemple.³¹ À l'opposé, la renonciation serait envisageable pour des situations plus spécifiques, comme l'installation de soucahs sur les balcons.³²

5.3.2 Droits fondamentaux et exécution du contrat

Sur le plan de la sanction, l'avènement des droits fondamentaux a aussi remodelé les remèdes disponibles en cas d'inexécution contractuelle, permettant plus que la traditionnelle nullité. Dans le difficile exercice d'équilibrage en matière de droit à l'égalité, les tribunaux canadiens ont élaboré la notion du devoir d'accommodement raisonnable, sorte d'obligation de collaboration entre les parties au litige (*Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*; Woerling 1998; Bosset 2007). Le devoir d'accommodement raisonnable devient une composante implicite du contenu obligationnel du contrat (article 1434 C.c.Q.) (voir Baudouin, Jobin et Vézina 2013, 122).³³ Ainsi, en cas de pratiques, de lois, de mesures discriminatoires dans leurs effets (bien que la norme soit neutre à première vue), dans la sphère privée ou publique, les parties doivent trouver une solution qui soit raisonnable. Dans les relations de travail, la raisonnable de la solution a surtout été interprétée en termes financiers pour l'employeur et en termes de sécurité pour les tiers. Dans le cas d'un employé ne pouvant travailler certains jours en raison de ses convictions religieuses, l'employeur doit trouver des solutions qui soient acceptables pour les deux. L'accommodement négocié ne s'applique qu'aux parties

³¹ Voir la décision rendue par le Conseil d'État français en 1995 dans l'affaire du lancer du nain.

³² C'est la position adoptée par la Cour de cassation française dans une situation identique à celle de l'affaire *Amselem* [Affaire du digicode].

³³ Voir aussi Landheer-Cieslak (2012), qui aborde d'autres façons d'obtenir la nullité du contrat en cas de discrimination : par la notion de bonne foi (article 6 C.c.Q.), par la notion de contrat d'adhésion.

concernées, la norme initiale n'étant pas discriminatoire pour les autres employés qui continuent d'y être assujettis. Incidemment, certains employés peuvent ne pas réclamer des accommodements raisonnables; par exemple, des chrétiens peuvent accepter de travailler le dimanche. De même, selon le résultat de la négociation, la partie qui se dit victime de discrimination peut accepter une entente qui maintient certains aspects discriminatoires. Comme le précisent des auteurs (Baudouin, Jobin et Vézina 2013, 187), «[l]e devoir d'accommodement conduit souvent au résultat paradoxal, quoique justifié, qu'une discrimination finit par être parfaitement légale malgré la prohibition absolue de la discrimination et des clauses discriminatoires dans la *Charte*.».

Le respect des droits fondamentaux constitue un élément essentiel à la formation du contrat, aux côtés du consentement, de la capacité, de l'objet et de la cause (article 1385 C.c.Q.) et dans l'exécution du contrat, au même titre que la notion de bonne foi qui doit présider à la formation et à l'exécution du contrat (article 1375 C.c.Q.). Le non-respect des droits fondamentaux exprimé dans le contenu du contrat ou dans ses effets mènera à son invalidité partielle ou totale. Par le fait même, se pose la question de la reconfiguration de la notion d'ordre public.

Il n'est pas clair encore si le respect des droits fondamentaux passe par une redéfinition de la notion d'ordre public, notion à géométrie variable (articles 9, 1413 C.c.Q.) ou si leur respect forme une exigence distincte de l'ordre public.³⁴ Quoiqu'il en soit, le respect des droits fondamentaux ne cadre pas avec les notions existantes d'ordre public de protection ou de direction. Ainsi, l'ordre public de direction appelle comme sanction la nullité absolue, à laquelle le cocontractant ne peut renoncer. Ce régime n'est pas applicable dans les cas de violation de droits fondamentaux puisque la nullité absolue du contrat ou de la clause n'est pas toujours le remède approprié. On pense au devoir d'accommodement raisonnable imposé par les tribunaux en cas d'atteinte au droit à l'égalité, comme nous l'avons vu. D'autre part, l'ordre public de protection ne peut être soulevé d'office par le tribunal, distinction qui n'est pas retenue pour les droits fondamentaux (Laporte 2006, 306 et seq.). Ces catégories ont peut-être atteint leur durée de vie utile, eu égard aux changements impulsés par les chartes sur le droit privé. Comme le concluent des auteurs, «[l]'avènement puis le développement des droits et libertés sont en train de bouleverser le droit classique en matière d'ordre public» (Baudouin, Jobin et Vézina 2013, 198). Il nous semble que la question de l'intégration des droits fondamentaux dans le Code civil, en passant ou non par la notion d'ordre public, est théorique, puisque les tribunaux se voient imposer l'obligation constitutionnelle ou quasi constitutionnelle de les respecter.

³⁴Voir Laporte (2006, 298 et seq.) : une application «indirecte» des droits fondamentaux mis en oeuvre par la lorgnette de l'ordre public, ou une application «directe» des droits fondamentaux sans passer par une notion de droit privé. Voir aussi Landheer-Cieslak (2012). Baudouin, Jobin et Vézina (2013, 160) considèrent que la Charte «constitue une source législative d'ordre public de toute première importance.». Lluellas et Moore (2012, 1078) affirment que «le recours à l'ordre public n'offre pas la même certitude de solution que l'application de la Charte québécoise».

5.4 Le droit de la responsabilité délictuelle : convergences et divergences des règles de la Charte québécoise et du Code civil

Le droit québécois de la responsabilité civile repose sur la notion de faute. La faute civile est constituée par l'écart qui sépare un comportement de celui d'une personne raisonnable, prudente et diligente (*Ciment du St-Laurent inc.*, par. 21; *Bou Malhab*, par. 24). Pour déterminer s'il y a faute civile, le tribunal doit procéder à une analyse « contextuelle » (*Prud'homme c. Prud'homme* ; *Genex Communications inc.*, par. 44) et vérifier si une personne raisonnable et informée (*Bou Malhab*, par. 24), placée dans les mêmes circonstances, aurait pu agir comme l'a fait le défendeur (*Ouellet*). Si le tribunal parvient à la conclusion qu'une personne raisonnable n'aurait pas agi comme l'a fait le défendeur, le comportement de ce dernier est considéré comme fautif. Selon l'article 1457 C.c.Q., qui a succédé à l'article 1053 du *Code civil du Bas-Canada*, il y a matière à réparation lorsqu'une faute occasionne un préjudice.³⁵ La victime de ce préjudice doit démontrer que celui-ci est une conséquence directe et immédiate du comportement fautif (article 1607 C.c.Q.).³⁶ Bref, pour obtenir des dommages-intérêts compensatoires sur la base de l'article 1457 C.c.Q., le demandeur doit établir l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre cette faute et ce préjudice.

Depuis longtemps, les tribunaux considèrent comme fautifs certains types de comportements qui portent atteinte aux droits à la vie, à l'égalité, à la liberté, à l'intégrité physique, au respect de l'honneur et de la réputation, à la vie privée et à la libre jouissance de ses biens ou qui contreviennent aux libertés fondamentales de religion, d'association et d'expression (Caron 1978; Jobin 2003; Lebel 2004; Perret 1981). Cette tendance jurisprudentielle paraît de plus en plus marquée depuis quelques années, un phénomène qui n'est vraisemblablement pas étranger à l'avènement des chartes des droits. Telle qu'elle se conçoit aujourd'hui, la personne raisonnable « respecte les droits fondamentaux »³⁷ de sorte qu'un comportement qui contrevient à l'un de ces droits constitue généralement une faute civile (*Béliveau St-Jacques*, par. 120 ; *Vallée*, par. 60; *Genex Communications inc.*, par. 129). Cela dit, c'est précisément parce que l'interprétation et l'application des règles du droit commun, dont la norme de la faute civile, ne se traduisaient pas toujours par une

³⁵ Article 1457 C.c.Q. : « Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui.

Elle est, lorsqu'elle est douée de raison et qu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice qu'elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer ce préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel.

Elle est aussi tenue, en certains cas, de réparer le préjudice causé à autrui par le fait ou la faute d'une autre personne ou par le fait des biens qu'elle a sous sa garde. »

³⁶ *Joly c. Salaberry-de-Valleyfield (Ville de)*, par. 29; *Genex Communications inc.*, par. 68.

³⁷ *Bou Malhab*, par. 40. Dans le même sens, voir l'opinion de madame la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *R. c. R.D.S.*, par. 46. Voir aussi Langevin (2005, 363–364).

protection efficace des droits de la personne qu'il est apparu nécessaire que le Québec se dote d'une loi ayant spécifiquement pour vocation d'assurer le respect de ces droits : la *Charte des droits et libertés de la personne*.

La notion de « faute » ne se trouve nulle part dans le texte de la Charte québécoise. Selon le libellé de ses dispositions, la Charte québécoise vise plutôt à prévenir, faire cesser, réparer, punir et dénoncer les « atteintes illicites » (et non les fautes) aux droits qu'elle protège. À ces fins, son article 49 offre trois voies de recours à la personne victime d'une atteinte illicite à l'un de ses droits fondamentaux : un recours en réparation du préjudice moral ou matériel subi (Sect. 5.4.1), un recours en dommages-intérêts punitifs (Sect. 5.4.2) et un recours en cessation de l'atteinte (Sect. 5.4.3).

Habituellement, lorsque le législateur utilise des « termes différents », l'on présume que ceux-ci revêtent des « sens différents » (Côté 2009, 382). C'est là une application de l'adage selon lequel le législateur ne parle pas pour ne rien dire. Dans la mesure où la notion de faute est « la clef de voûte du système de la responsabilité civile » (Nadeau et Nadeau 1971, par. 59), il aurait été légitime de penser qu'en utilisant la notion d'« atteinte illicite » à l'article 49 de la Charte québécoise, le législateur avait voulu désigner une réalité différente et mettre en place un régime de responsabilité parallèle à celui du droit commun. Tel n'est pas cependant le raisonnement retenu par la Cour suprême du Canada. De fait, l'étude de la jurisprudence révèle que le régime de réparation mis en place par la Charte québécoise a été, dans une large mesure, assimilé à celui prévu par les règles du droit commun de la responsabilité civile.

5.4.1 Le droit à la réparation du préjudice découlant d'une atteinte illicite à un droit fondamental

L'article 49 de la Charte québécoise prévoit, en son premier alinéa, qu'« [u]ne atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la [...] Charte confère à la victime le droit d'obtenir [...] la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte. » C'est en 1996, dans l'arrêt *Béliveau St-Jacques*, que la Cour suprême du Canada a été appelée pour la première fois à préciser la nature et les conditions d'ouverture de ce recours. Après avoir été indemnisée en vertu de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* (L.A.T.M.P.) pour une lésion professionnelle découlant du harcèlement exercé par l'un de ses supérieurs, une salariée a intenté un recours fondé sur la Charte québécoise en vue d'être dédommagée à nouveau pour les mêmes faits. Or, si la L.A.T.M.P. crée un régime de responsabilité sans égard à la faute en matière d'accidents du travail et de maladies professionnelles, elle prive, en contrepartie, le travailleur victime d'une lésion professionnelle de la possibilité d'intenter un recours « en responsabilité civile » contre son employeur en raison de cette lésion (article 438). Pour déterminer si la salariée bénéficiait néanmoins d'un droit à la réparation en vertu de la Charte québécoise, la

Cour devait déterminer si le recours prévu au premier alinéa de son article 49 était l'équivalent d'un recours « en responsabilité civile ».

Dans une décision rendue à cinq juges contre deux, la Cour suprême a décidé que le recours en dommages-intérêts compensatoires prévu à l'article 49 de la Charte québécoise est un recours en responsabilité civile au sens de l'article 438 de la L.A.T.M.P. S'exprimant au nom de la majorité, le juge Gonthier s'est dit d'avis que « la Charte ne crée pas un régime parallèle d'indemnisation » (*Béliveau St-Jacques*, par. 119 ; *Bou Malhab*, par. 23), le premier alinéa de l'article 49 de la Charte québécoise et l'article 1053 du *Code civil du Bas-Canada*³⁸ – devenu maintenant l'article 1457 du C.c.Q.³⁹ – relevant « d'un même principe juridique de responsabilité attachée au comportement fautif » (*Béliveau St-Jacques*, par. 121). Pour obtenir des dommages-intérêts compensatoires sur la base de l'article 49 de la Charte, le demandeur doit donc établir, tout comme dans le contexte de l'application de l'article 1457 C.c.Q., une faute, un préjudice et un lien de causalité entre cette faute et ce préjudice (*Béliveau St-Jacques*, par. 122). En somme, alors que l'avènement de la Charte québécoise aurait pu se traduire par l'émergence d'une nouvelle voie de recours, autonome, permettant d'obtenir compensation en cas d'« atteinte illicite » à un droit fondamental, – et à notre avis de mieux compenser les victimes – le plus haut tribunal du pays a plutôt décidé, dans l'arrêt *Béliveau St-Jacques*, de transposer, dans le contexte de la Charte québécoise, l'application des règles habituelles de la responsabilité civile.

Après avoir d'abord totalement assimilé les notions d'« atteinte illicite » et de « faute », la Cour suprême a cependant revu partiellement sa position. Bien qu'elle persiste à dire que « [l]e concept d'acte illicite, sur lequel repose l'article 49, se confond souvent avec celui de faute civile » (*de Montigny*), la Cour suprême tend maintenant à reconnaître que la notion d'atteinte illicite a une portée plus large que celle de faute.⁴⁰ Estimant qu'« [i]l faut parfois mettre fin à des comportements ou modifier des usages ou des méthodes incompatibles avec la Charte québécoise, même en l'absence de faute au sens du droit de la responsabilité civile », ⁴¹ le plus haut tribunal du pays admet en effet que certains comportements puissent constituer une atteinte illicite à un droit protégé par la Charte québécoise sans toutefois équivaloir à une faute civile. C'est ainsi que les théories de la discrimination indirecte et

³⁸ Article 1053 C.c.B.-C. : « Toute personne capable de discerner le bien du mal, est responsable du dommage causé par sa faute à autrui, soit par son fait, soit par imprudence, négligence ou inhabileté. »

³⁹ Article 1457 C.c.Q., préc., note 35.

⁴⁰ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, par. 26; *de Montigny*. Voir cependant l'arrêt *Calego International inc.*, dans lequel la Cour d'appel du Québec recherche la présence d'une faute civile (par. 42, 46) pour ensuite se demander s'il y a atteinte illicite au droit à l'égalité (par. 42, 48 et seq.). La démonstration d'une contravention à la Charte apparaît ainsi comme une étape supplémentaire et plus difficile à franchir que la démonstration d'une faute. En ce sens, voir également l'arrêt *Centre hospitalier St. Mary's c. Dire*.

⁴¹ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, par. 26.

de la discrimination systémique reposent sur une conception de l'atteinte illicite à laquelle la notion de faute est complètement étrangère. Il y a discrimination indirecte lorsque l'application d'une norme – en apparence neutre – entraîne un effet discriminatoire. De façon similaire, il y a discrimination systémique lorsque la combinaison d'un ensemble de normes, de pratiques, de politiques et d'attitudes – pourtant non conçues pour promouvoir la discrimination – a pour effet de provoquer l'exclusion de certaines personnes qui présentent une caractéristique personnelle constituant un motif de discrimination prohibé par la Charte québécoise. Par exemple, dans l'arrêt *Gaz Métropolitain*, la Cour d'appel du Québec a conclu à la présence de discrimination systémique après avoir constaté que les méthodes de recrutement, d'embauche et de promotion employées dans l'entreprise avaient eu pour effet d'exclure les femmes de certains postes.⁴² Même si ces méthodes étaient apparemment neutres et que leur adoption ne pouvait être qualifiée de fautive, la Cour a estimé que l'entreprise avait contrevenu de manière illicite au droit à l'égalité des plaignantes en recourant à ces façons de faire.

Même si l'analyse des faits fondée sur la notion civiliste de faute et celle fondée sur la notion d'atteinte illicite conduisent le plus souvent au même résultat, il nous semble souhaitable que les tribunaux développent le réflexe de raisonner sur la base de la notion d'atteinte illicite parce que celle-ci est de nature à faciliter l'indemnisation des personnes dont les droits et libertés ont été brimés. De fait, en plus de permettre une compensation pour des comportements qui pourraient pourtant être considérés comme non fautifs au sens du droit civil, le recours à la notion d'atteinte illicite allège, dans une certaine mesure, le fardeau de preuve de la victime.⁴³ Les tribunaux tendent en effet à reconnaître une répartition du fardeau de la preuve entre la victime, qui doit démontrer avoir subi une *atteinte* à l'un de ses droits protégés par la Charte québécoise, et le défendeur, qui doit ensuite tenter d'établir le caractère *licite* de cette atteinte. Empruntée au droit public, cette approche bipartite implique que le fardeau de la preuve soit, à mi-chemin, transféré du demandeur au défendeur.⁴⁴

Les moyens de défense dont dispose le défendeur varient en fonction du droit quasi constitutionnel auquel il a porté atteinte. Par exemple, l'auteur d'un comportement qui contrevient au droit à l'égalité peut s'en défendre en démontrant qu'il lui serait impossible d'éviter toute discrimination sans subir une contrainte excessive.⁴⁵

⁴² *Gaz métropolitain inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*.

⁴³ Incidemment, l'on notera que le recours aux présomptions légales de responsabilité du commettant (article 1463 C.c.Q.), du mandant (article 2164 C.c.Q.), du parent (articles 600 et 1459 C.c.Q.), du gardien (article 1460 C.c.Q.) et du propriétaire d'un animal (article 1466 C.c.Q.) peuvent aussi alléger le fardeau de preuve de la personne victime d'une atteinte à l'un ou l'autre de ses droits ou libertés fondamentaux. Dans la mesure où ces règles du Code civil favorisent une protection optimale des droits de la personne, il paraît légitime que les tribunaux les appliquent dans le contexte de la Charte québécoise.

⁴⁴ Sur cette méthode « bipartite », voir *Amsellem*, par. 155 et 156; Brunelle (2005, 355 et seq.); Lebel (2004, 249).

⁴⁵ *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin; Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU; Hydro-Québec c. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*.

L'article 9.1 de la Charte québécoise⁴⁶ permet quant à lui de justifier une atteinte aux droits et libertés protégés par les articles 1 à 9 de la Charte québécoise, dont les libertés fondamentales de religion, d'expression et d'association (article 3), le droit à la sauvegarde de la réputation (article 4) et le droit au respect de la vie privée (article 5). En application de l'article 9.1, les tribunaux auront parfois à trancher un conflit entre deux droits protégés par la Charte québécoise. C'est le cas, notamment, lorsqu'une personne se défend d'avoir porté atteinte au droit au respect de la vie privée ou de la réputation d'une autre personne en plaissant avoir exercé sa liberté fondamentale d'expression. En pareilles circonstances, le tribunal saisi du litige doit procéder à un exercice de conciliation (*Amslem*, par. 155) des droits et des intérêts en présence afin de trouver entre eux un « équilibre juste et proportionnel ».⁴⁷

Alors que les tribunaux supérieurs tendent à reconnaître que le recours à la notion civiliste de faute n'est pas toujours approprié dans le contexte de l'article 49 de la Charte québécoise, ils souscrivent au contraire entièrement aux règles du droit civil au moment d'apprécier l'existence d'un préjudice donnant lieu à réparation. Dans les premières années qui ont suivi l'entrée en vigueur de la Charte québécoise, des auteurs ont défendu l'idée selon laquelle une atteinte illicite à une liberté ou à un droit protégés par la Charte québécoise devait être considérée, en elle-même, comme un préjudice moral susceptible d'indemnisation (Drapeau 1994; Popovici 1999, 49; Samson 2012). La Cour suprême du Canada a rejeté clairement cette thèse dans l'arrêt *Béliveau St-Jacques*, en affirmant que « [I]a violation d'un droit garanti [par la Charte québécoise] n'a pas pour effet [...] de créer en soi un préjudice indépendant » (*Béliveau St-Jacques*, par. 121). En d'autres termes, « l'on ne saurait imputer des dommages du seul fait qu'il y a eu atteinte à un droit garanti par la Charte québécoise ».⁴⁸

Ainsi, dans l'état actuel de la jurisprudence, la victime qui souhaite obtenir une réparation monétaire à la suite d'une atteinte illicite à une liberté ou à un droit protégés par la Charte québécoise doit nécessairement faire la preuve d'un préjudice. En vertu des principes du droit civil, ce préjudice doit être certain (article 1611 C.c.Q.; *Laferrière*), immédiat (article 1607 C.c.Q.), direct et individualisé (article 1611 C.c.Q.). L'on verra que cette dernière exigence fait parfois échec à l'indemnisation des personnes qui ont été l'objet de propos discriminatoires ou diffamatoires sans toutefois avoir été visées nommément.

Dans l'arrêt *Bou Malhab*, un recours collectif avait été intenté par des chauffeurs de taxi qui travaillaient dans la région de l'Île de Montréal et dont la langue

⁴⁶Charte québécoise, article 9.1 : « Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec. La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice ».

⁴⁷*R. c. N.S.*, par. 31 (par analogie, dans le contexte de l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*).

⁴⁸*Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, par. 68. Dans le même sens, voir aussi *Université Laval c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, par. 138–139; *Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal (SCFP, section locale 301) c. Coll; Hôpital général juif Sir Mortimer B. Davis c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse; Gaz métropolitain inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, par. 92.

maternelle était l'arabe ou le créole, après qu'un animateur de radio ait tenu des propos discriminatoires. Pour que le recours collectif soit accueilli, il aurait fallu, selon la Cour suprême, qu'il soit démontré que les propos de l'animateur avaient eu pour effet de susciter chez le citoyen ordinaire une opinion moins favorable à l'égard de *chacun* des chauffeurs de taxi arabes et haïtiens considérés *individuellement* (*Bou Malhab*, par. 92). Selon la Cour, cette exigence découle des articles 1607 et 1611 C.c.Q., dont « les termes mêmes [...] confirment que le préjudice réparé doit être *personnel* au créancier du droit à la réparation » (*Bou Malhab*, par. 47). Estimant que les demandeurs ne s'étaient pas déchargés de ce fardeau, la Cour a refusé de leur accorder des dommages-intérêts compensatoires, et ce, même si le caractère diffamatoire, raciste et méprisant des propos tenus à leur endroit ne faisait aucun doute. Pour les motifs que nous verrons, la Cour a aussi rejeté leur réclamation de dommages-intérêts punitifs.

5.4.2 *Le droit à des dommages-intérêts punitifs en cas d'atteinte illicite et intentionnelle à un droit fondamental*

Dans les systèmes de *common law*, il est largement admis que des dommages-intérêts punitifs peuvent être accordés en cas de conduite « malveillante, opprimante et abusive » (*Hill*, par. 196; *Whiten*, par. 36). La situation est quelque peu différente en droit québécois où les dommages-intérêts punitifs ne font pas partie du droit commun de la responsabilité civile (*Richard*, par. 150, 179).⁴⁹ Le second alinéa de l'article 49 de la Charte québécoise déroge cependant à la tradition civiliste en prévoyant que l'auteur d'une *atteinte illicite et intentionnelle* à un droit ou à une liberté garantis par la Charte québécoise peut être condamné au paiement de dommages-intérêts punitifs.⁵⁰ Une atteinte illicite à un droit protégé par la Charte québécoise est *intentionnelle*, au sens de cette disposition, lorsque son auteur « a un état d'esprit qui dénote un désir, une volonté de causer les conséquences de sa conduite fautive ou encore s'il agit en toute connaissance des conséquences, immédiates et naturelles ou au moins extrêmement probables, que cette conduite engendrera » (*Québec (Curateur public)*, par. 121). Dans ces circonstances, l'attribution de dommages-intérêts punitifs vise à punir l'auteur de cette conduite, à dissuader les tiers d'agir de la même façon et à marquer la désapprobation de la cour (*de Montigny*, par. 51; *Béliveau St-Jacques*, par. 21 et 126).

⁴⁹Dans le même sens, voir *Béliveau St-Jacques*, par. 20; *de Montigny*, par. 48; *France Animation, s.a.*, par. 236, 242. Seules trois dispositions du Code civil créent véritablement un droit à des dommages-intérêts punitifs. Il s'agit des articles 1899, 1902 et 1968 C.c.Q. L'article 1621 C.c.Q. contient, par ailleurs, une énumération de critères que le tribunal doit prendre en compte pour déterminer le quantum approprié des dommages-intérêts punitifs lorsqu'une autre disposition législative en prévoit l'attribution.

⁵⁰Notons qu'une vingtaine de lois québécoises, dont la *Loi sur la protection du consommateur*, prévoient la possibilité d'une condamnation au paiement de dommages-intérêts punitifs. La Charte québécoise est sans contredit la plus importante d'entre elles.

Vraisemblablement parce qu'il s'agit d'une voie de recours empruntée à la *common law*, les tribunaux québécois ont pendant longtemps été réticents à accorder des dommages-intérêts punitifs.⁵¹ Ils y ont vu le signe d'une « contamination du droit civil » (*Béliveau St-Jacques*, par. 19). Dans l'arrêt *Béliveau St-Jacques*, une majorité de juges de la Cour suprême du Canada ont considérablement restreint le potentiel du recours en dommages-intérêts punitifs prévu par la Charte québécoise en décrétant qu'il ne pouvait qu'être « l'accessoire d'un recours principal visant à obtenir compensation du préjudice moral ou matériel » (*Béliveau St-Jacques*, par. 127). Autrement dit, il leur est apparu que l'attribution de dommages-intérêts punitifs était assujettie à l'octroi préalable de dommages-intérêts compensatoires. Les juges majoritaires ont affirmé que cette condition d'attribution découlait du libellé de l'article 49 de la Charte québécoise qui, après avoir d'abord fait état de la possibilité pour la victime d'obtenir le paiement de dommages-intérêts compensatoires, prévoit que « le tribunal peut *en outre* condamner [l'auteur de l'atteinte illicite] à des dommages-intérêts punitifs ».

Ce n'est qu'en 2010, dans l'arrêt *de Montigny*, que la Cour suprême a finalement reconnu l'autonomie du recours en dommages-intérêts punitifs. La Cour a affirmé que « son incorporation à la *Charte* commande » que le recours en dommages-intérêts punitifs soit considéré dans toute son « ampleur » et avec « flexibilité » (*de Montigny*, par. 45). Après avoir rappelé que son statut quasi constitutionnel confère à la Charte québécoise une préséance sur les règles de droit commun (par. 44), la Cour a noté que rien ne justifie de subordonner l'attribution de dommages-intérêts punitifs à l'octroi préalable de dommages-intérêts compensatoires et, par le fait même, à la démonstration d'une faute susceptible de compensation (par. 44). Selon elle, retenir une telle approche « revien [drait] à assujettir la mise en œuvre des droits et libertés que protège la *Charte* aux règles des recours de droit civil » (par. 45), ce qui serait incompatible avec l'ordonnancement du système normatif québécois et compromettrait la réalisation des objectifs poursuivis par la Charte québécoise. En somme, sauf exception, l'absence de condamnation au paiement de dommages-intérêts compensatoires ne rend plus, par elle-même, irrecevable une demande de dommages-intérêts punitifs.

Bien sûr, il est encore tôt pour mesurer les retombées de l'arrêt *de Montigny*. L'on peut certes imaginer que les enseignements de cet arrêt profiteront aux personnes qui ont été victimes d'une atteinte illicite à l'un de leurs droits quasi constitutionnels, mais qui n'en ont subi qu'un préjudice minime ou difficile à évaluer ou à démontrer (Grammond 2012). L'on aurait pu penser également que l'arrêt *de Montigny* aurait pour effet d'accroître le taux de succès des recours collectifs, ceux-ci étant parfois rejetés en raison de l'absence d'un préjudice personnel subi par chacun des membres du groupe. Tel n'est pas, cependant, ce que révèle la jurisprudence récente (*Bou Malhab; Gordon*, par. 10 et 11).

L'on se souviendra que dans l'arrêt *Bou Malhab*, la Cour suprême du Canada a refusé d'accorder des dommages-intérêts compensatoires aux chauffeurs de taxi

⁵¹ Au sujet de l'évolution du recours en dommages-intérêts punitifs en droit québécois, voir Samson (2012b).

visés par les propos de l'animateur de radio parce que ces derniers ne lui semblaient pas avoir subi un préjudice personnel susceptible de réparation. Dans ce contexte et à la lumière des enseignements de l'arrêt *de Montigny*, il nous semble que la Cour aurait dû poursuivre son analyse et déterminer s'il y avait néanmoins matière à accorder des dommages-intérêts punitifs. De fait, l'absence de préjudice moral ou matériel ne devrait plus être considérée comme une fin de non-recevoir à l'attribution de dommages-intérêts punitifs. Or, la Cour a estimé que sa conclusion sur la question des dommages-intérêts compensatoires rendait inutile qu'elle étudie la possibilité d'accorder des dommages-intérêts punitifs (par. 13). L'avenir dira s'il faut y voir un retour à la conception qui prévalait avant l'arrêt *de Montigny*.

5.4.3 *Le droit d'obtenir la cessation de l'atteinte illicite à un droit fondamental*

En droit civil, le droit du créancier d'obtenir l'exécution en nature d'une obligation contractuelle constitue théoriquement la règle générale (articles 1590 et 1601 C.c.Q.; *Varnet U.K. Ltd.*). En principe, le créancier ne serait donc pas légalement tenu de se contenter d'une exécution par équivalence. Dans les faits, les tribunaux ont toutefois été pendant longtemps réticents à accorder l'exécution forcée en nature. Cette attitude s'explique vraisemblablement par l'influence du régime de *common law*, qui voit dans l'exécution forcée des obligations une mesure d'exception (*Varnet U.K. Ltd.*). Le caractère personnel, *intuitu personae*, de l'obligation était également souvent invoqué pour expliquer le refus du tribunal d'ordonner son exécution en nature. La consécration de ce recours en matière de droits de la personne, au premier alinéa de l'article 49 de la Charte québécoise, paraît cependant avoir atténué la retenue des tribunaux. Pour dire les choses autrement, la Charte québécoise a eu un effet stimulant sur le recours en exécution forcée du droit civil.

Dans l'affaire *Larocque*,⁵² tranchée par la Cour suprême du Canada en 2004, un homme avait vu sa candidature à un poste de policier municipal être rejetée parce qu'il ne satisfaisait pas à une norme d'acuité auditive imposée par l'employeur, et ce, même si, dans les faits, il n'était atteint d'aucune incapacité fonctionnelle véritable. La Cour suprême a estimé que l'aspirant policier avait été victime de l'application mécanique d'une norme non individualisée et que son exclusion du processus d'embauche constituait donc une forme de discrimination illicite au sens de l'article 10 de la Charte québécoise. En guise de réparation, elle a ordonné que sa candidature soit réexaminée, sans qu'il ne soit tenu compte cette fois de sa perte de capacité auditive. Le plus haut tribunal du pays a particulièrement insisté sur le fait que la Charte québécoise offre, en matière de réparation, des possibilités inconnues du droit civil. Par exemple, alors que l'article 2091 C.c.Q. consacre le droit de l'employeur de mettre fin à un contrat de travail à durée indéterminée dès lors qu'il

⁵² *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*.

offre au salarié un délai de congé raisonnable, la Charte québécoise permet au tribunal d'ordonner la réintégration en emploi de ce même salarié lorsque son congédiement est basé sur un motif discriminatoire.⁵³

Comme tous les autres droits garantis par la Charte québécoise, le droit à la cessation de l'atteinte exige que les tribunaux adoptent une approche concrète et individualisée. Les tribunaux doivent tenir « compte de la nature du droit violé et de la situation du demandeur. Une réparation utile doit être adaptée à l'expérience vécue par le demandeur et tenir compte des circonstances de la violation ou de la négation du droit en cause. »⁵⁴ Elle peut consister, par exemple, en une lettre d'excuse (*C.D.P. c. Restaurant Scampinata Inc.*; *C.D.P.D.J. c. Genest*), en l'attribution d'un logement semblable à celui qu'une personne s'est vu refuser pour un motif discriminatoire (*Coopérative d'habitation L'Escale de Montréal*) ou en une ordonnance enjoignant aux parties à une convention collective d'en renégocier une clause de façon à la rendre non discriminatoire (*Université Laval*). En cette matière, le droit n'en est encore « qu'aux premières étapes de son développement ». ⁵⁵ L'on devine toutefois déjà l'importance pour les tribunaux de faire preuve de « flexibilité » et de « créativité »⁵⁶ pour redonner, autant que faire se peut, le plein usage de ses droits à la victime de l'attente illicite.

* * *

Comme l'a souligné l'honorable Claire L'Heureux-Dubé, alors qu'elle était juge à la Cour suprême du Canada, « [l]e principe général selon lequel une personne n'a de droit que dans la mesure où elle peut obtenir un redressement en cas de violation s'applique avec encore plus de force en matière de libertés fondamentales » (*Béliveau St-Jacques*, par. 50). C'est dire que l'efficacité des garanties offertes par la Charte québécoise dépend largement de l'interprétation donnée à son article 49. Or, les recours prévus par cette disposition peinent à se voir reconnaître une pleine autonomie par rapport aux règles du droit commun de la responsabilité civile.

Pendant longtemps, l'effectivité du recours en dommages-intérêts punitifs a été particulièrement compromise par une interprétation en apparence très littérale de l'article 49 de la Charte québécoise qui avait pour effet de conditionner l'attribution de tels dommages-intérêts à une condamnation préalable au paiement de dommages-intérêts compensatoires. Puis, dans l'arrêt *de Montigny*, la Cour suprême du Canada a reconnu que le recours en dommages-intérêts punitifs jouit d'une certaine autonomie par rapport au recours en dommages-intérêts compensatoires. Outre que la jurisprudence postérieure fasse craindre pour la pérennité des enseignements qui se

⁵³ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Québec (Procureur général)*.

⁵⁴ Par analogie voir *Doucet-Boudreau*, par. 55.

⁵⁵ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, par. 26; *Université Laval*, par. 94.

⁵⁶ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal; de Montigny*, par. 44; *Université Laval*. Voir aussi par analogie *Doucet-Boudreau*, par. 24–25 et 94.

dégagent de cet arrêt, l'on notera que le recours en dommages-intérêts punitifs demeure à tout le moins partiellement subordonné aux règles du droit civil. Le second alinéa de l'article 49, faut-il le rappeler, offre au tribunal la possibilité d'accorder des dommages-intérêts punitifs en cas d'« atteinte illicite et intentionnelle » à un droit ou à une liberté protégés par la Charte québécoise. Or, même si la Cour suprême semble vouloir admettre que la coïncidence de ces deux notions « n'est pas toujours parfaite », l'« atteinte illicite » est encore souvent assimilée à la notion de « faute » (*de Montigny*, par. 44; *Bou Malhab*, par. 23). C'est dire que l'une des conditions *sine qua non* à l'attribution de dommages-intérêts punitifs est encore généralement définie à la lumière des conditions d'ouverture du recours en responsabilité civile que connaît le droit commun.

En matière de réparation, la plus grande marque d'originalité de la Charte québécoise par rapport au droit commun de la responsabilité civile consiste vraisemblablement dans le « droit » d'obtenir la cessation de l'atteinte à un droit ou à une liberté qu'elle garantit. Bien que possible en vertu des règles du droit commun, l'exécution forcée en nature faisait traditionnellement l'objet d'une réticence certaine de la part des tribunaux. La consécration de ce recours en matière de droits de la personne, au premier alinéa de l'article 49 de la Charte québécoise, a cependant mis fin à la retenue des tribunaux. Les ordonnances d'exécution en nature sont désormais plus courantes et plus variées (Baudouin, Jobin et Vézina 2013, 857 et seq.). Les tribunaux s'autorisent à faire preuve d'une plus grande ingéniosité pour que la réparation ordonnée soit « utile » (*Doucet-Boudreau*, par. 55) et adéquate.

5.5 Le droit de la famille à l'aune du droit à l'égalité

En droit privé québécois, le droit de la famille constitue certainement le domaine dans lequel l'influence des droits fondamentaux s'est fait le plus sentir.⁵⁷ Il serait cependant réducteur de voir l'entrée en vigueur de la Charte canadienne en 1982, et les grands arrêts qui ont interprété les droits garantis, comme l'élément déclencheur d'une telle influence. Plusieurs facteurs expliquent la redéfinition de la famille et de l'union conjugale à l'aune des droits fondamentaux (Bureau et Désilets 2011). Dès le début du XX^e siècle, le mouvement des femmes québécoises a joué un rôle majeur dans l'atteinte d'une plus grande égalité pour les femmes, entre autres, au sein de la famille.⁵⁸ La loi canadienne sur le divorce a été adoptée en 1968, et complètement repensée en 1985. La proportion de couples mariés qui divorceront avant leur 30^e anniversaire de mariage est présentement estimée à 41 % (Statistique Canada 2012a). Cette réalité sociale amène nécessairement une reconfiguration des structures familiales. Un meilleur respect des droits fondamentaux des époux et des

⁵⁷ Il en est de même dans les provinces canadiennes de *common law* : voir Leckey et Bala (2012).

⁵⁸ Rappelons simplement qu'au Québec, la femme mariée reprend sa personnalité juridique en 1964. *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*.

enfants a guidé la réforme en droit de la famille en 1980, qui a été le premier livre en vigueur du nouveau C.c.Q.. La notion de famille et d'union conjugale a aussi été reconfigurée par le travail d'éducation, de sensibilisation et de revendication du mouvement gay. De même, il ne faut pas sous-estimer le rôle de la procréation assistée dans les grands changements qu'a connus la famille. On ne parle plus de «la famille», mais de pluralisme familial, de pluriparentalité ou de pluriconjugalité.

Plusieurs droits fondamentaux ont contribué à remodeler le droit de la famille québécois,⁵⁹ dont la liberté religieuse,⁶⁰ le droit à l'égalité,⁶¹ l'intérêt supérieur de l'enfant (article 39 de la Charte québécoise), le droit à la sécurité,⁶² le maintien et la valorisation du multiculturalisme (*Bruker*) et l'autonomie individuelle.⁶³ Aux fins de la présente étude, nous nous concentrerons sur la mise en oeuvre du droit à l'égalité, d'abord dans les rapports conjugaux (Sect. 5.5.1), ensuite dans la filiation (Sect. 5.5.2). La recherche de l'égalité dans la famille met deux valeurs en opposition : la protection des personnes vulnérables et l'autonomie individuelle.

⁵⁹Les chartes canadienne et québécoise ne reconnaissent pas spécifiquement un «droit à la famille». Aucun tribunal canadien n'a reconnu explicitement un «droit à l'enfant». L'idée que le droit à la vie privée (article 5 de la Charte québécoise) englobe le «droit à l'autonomie dans l'aménagement de sa vie personnelle et familiale» (voir *The Gazette (Division Southam inc.)*) et la liberté de prendre des décisions d'une importance fondamentale pour soi-même a été admise par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Godbout* (droit de choisir son lieu de résidence). La décision de se marier ou non et celle d'avoir des enfants ou pas font certainement partie de ces décisions d'une importance fondamentale qui sont protégées par le droit au respect de la vie privée. Dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, par. 22, la juge Wilson avait aussi reconnu que le droit à la liberté (article 7 de la Charte canadienne) comprend le droit de prendre ses propres décisions, dont celle d'avorter.

⁶⁰Voir, par exemple, *Bruker* (validité de l'obligation contractuelle de l'ex-conjoint d'accorder le get juif); collectif d'auteurs (2008). Au sujet de l'interdiction des tribunaux d'arbitrage religieux en matière de litiges familiaux en Ontario, voir Shachar (2008); Razack (2007); Bakht (2007). Depuis 1981, le C.c.Q. interdit l'arbitrage religieux en matière de litiges familiaux (article 2639 C.c.Q.).

⁶¹Voir par exemple *M. c. H.* (le plus haut tribunal a déclaré discriminatoire, en vertu de l'article 15 (1) de la Charte canadienne, la législation provinciale de l'Ontario refusant de reconnaître aux conjoints de même sexe vivant en union de fait le droit de demander des aliments comme pouvaient le faire les conjoints de fait de sexe opposé).

⁶²Voir par exemple *W. (K.L.)* (législation provinciale conférant à l'État le pouvoir d'appréhender un enfant sans autorisation judiciaire préalable «en l'absence d'urgence» lorsqu'il y a des motifs raisonnables et probables de croire que l'enfant a besoin de protection).

⁶³Voir *Québec (Procureur général) c. A.* (non-reconnaissance juridique des conjoints de fait en cas de rupture dans le *Code civil du Québec*).

5.5.1 *L'égalité et les rapports conjugaux*

En 1980, le droit à l'égalité a reconfiguré le droit de la famille québécois.⁶⁴ Quelques années auparavant, la puissance paternelle avait fait place à l'autorité parentale. Avec la réforme de 1980, l'autorité de l'époux chef de famille (la puissance maritale) a été remplacée par l'égalité des droits et des obligations des époux (article 392 C.c.Q.). Désormais, les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille (article 394 C.c.Q.); ils contribuent en proportion de leurs facultés respectives, y compris par leurs activités au foyer, aux charges du ménage (article 396 C.c.Q.); l'époux qui contracte pour les besoins courants de la famille engage pour le tout son conjoint non séparé de corps (article 397 C.c.Q.); les époux choisissent de concert la résidence familiale (article 395 C.c.Q.). Dans le mariage, chacun des époux conserve son nom (article 393 C.c.Q.). Pour contrer les injustices qui pourraient découler, surtout à l'égard des femmes, de la rupture conjugale, le législateur québécois a adopté le mécanisme de la prestation compensatoire (article 427 C.c.Q.), par lequel le conjoint qui a enrichi le patrimoine de son ex-conjoint par son travail à la maison peut obtenir une compensation.⁶⁵ Devant la réticence des tribunaux à appliquer cette mesure, qui s'apparente à l'action pour enrichissement injustifié, le législateur a imposé en 1989 le patrimoine familial,⁶⁶ peu importe le régime matrimonial choisi par les époux. Le mariage est ainsi devenu une union économique entre les conjoints qui vise à protéger le plus vulnérable.

Les mesures adoptées au cours des années pour protéger le conjoint vulnérable dans le mariage ont exclu les conjoints de même sexe ainsi que les conjoints de fait. Ces deux formes de discrimination ont été en partie corrigées par une redéfinition du terme conjoint.

En 2002, bien avant que le gouvernement fédéral mette en vigueur une loi reconnaissant le mariage de même sexe,⁶⁷ le Québec a adopté une loi permettant l'union civile pour les couples de sexe identique ou différent (régime de partenariat

⁶⁴ Pour une description du caractère discriminatoire du droit de la famille avant la réforme, voir Moore (2001); Mayrand (1985). Pour une analyse historique des grandes modifications législatives en matière de mariage au Québec, voir l'opinion du juge LeBel dans l'arrêt *Québec (Procureur général) c. A.*

⁶⁵ En 1970, 70 % des couples sont mariés en séparation de biens. Voir Roy (2002).

⁶⁶ *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux.* «Ce droit de créance donne ouverture à un partage, en parties égales, de la valeur nette de certains biens tels les résidences de la famille, les meubles affectés à l'usage du ménage, les véhicules utilisés par ce dernier, ainsi que les droits au titre de régimes de retraite, et ce, sans égard à l'identité de celui des deux époux qui détient un droit de propriété sur ces biens.» Opinion du juge LeBel, *Québec (Procureur général) c. A.*, par. 72.

⁶⁷ Afin d'en assurer la constitutionnalité, le gouvernement fédéral a soumis son projet de loi reconnaissant le mariage entre conjoints de même sexe à la Cour suprême, qui l'a validé: *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe.* Voir la *Loi sur le mariage civil.*

enregistré),⁶⁸ produisant des effets identiques au mariage⁶⁹ (article 521.1, al. 1 C.c.Q.). L'instauration de l'union civile a été accompagnée de nouvelles règles en matière de filiation, que nous verrons plus loin. Ainsi, le législateur québécois a reconnu une pluralité de modèles conjugaux : le mariage, l'union civile et l'union de fait. Déjà en 1999, la Cour suprême du Canada avait affirmé que les lois accordant des bénéfices aux conjoints de fait hétérosexuels devaient s'appliquer également aux conjoints de même sexe (*M. c. H.*). En 2004, la Cour d'appel du Québec a déclaré que la définition du mariage (article 5, *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*) ne pouvait exclure les couples de même sexe (*Ligue catholique pour les droits de l'homme*). En 2005, dans une loi fédérale (*Loi sur le mariage civil*), la définition du mariage a été modifiée pour reconnaître les couples de même sexe.⁷⁰ L'union civile, qui n'avait pas connu un grand succès, est en voie de devenir obsolète.⁷¹

Si le Québec a été avant-gardiste dans la reconnaissance des unions de même sexe, corrigeant ainsi une discrimination à l'égard des couples gays et lesbiens, il n'en a pas été de même pour les unions de fait. En cas de rupture de cette union, le C.c.Q. ne procure aucune protection juridique pour le conjoint vulnérable,⁷² contrairement à ce qu'il prévoit pour les conjoints mariés.⁷³ Pourtant, les lois à caractère social et fiscal reconnaissent ces unions au nom du respect de la diversité des familles, ce qui crée beaucoup de confusion parmi la population.⁷⁴ Aux yeux d'une grande partie de la population adulte québécoise, il y a symétrie entre union de fait

⁶⁸ Le Québec a été la première province en 1977 à reconnaître l'orientation sexuelle comme motif interdit de discrimination, à l'article 10 de sa Charte. Sur l'historique de la reconnaissance législative des conjoints de même sexe, voir Bureau (2006).

⁶⁹ À la différence du mariage, dont la dissolution doit être judiciaire, l'union civile peut être dissoute par déclaration commune notariée si les conjoints y consentent et en règlent toutes les conséquences dans un accord (article 521.13 C.c.Q.). *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*.

⁷⁰ La définition du mariage est ainsi modifiée partout au Canada. L'État fédéral a compétence en matière de mariage (conditions de fond du mariage) et de divorce (article 91 (26) de la *Loi constitutionnelle de 1867*); les provinces ont compétence en matière de célébration du mariage (article 92 (12) de la *Loi constitutionnelle de 1867*).

⁷¹ De 2002 à 2012, 288 unions civiles de couples de même sexe ou de sexe opposé ont été enregistrées au Québec, en rapport avec 23 491 mariages de couples de même sexe ou de sexe opposé. Voir Institut de la statistique du Québec, 2002–2012.

⁷² Dans certains cas, les conjoints de fait sont assimilés à des époux : en matière d'assurance vie (article 2419 C.c.Q.), de rentes (article 2380 C.c.Q.) et de régime de protection (articles 264, 266 et 269 C.c.Q.). L'article 15 C.c.Q. accorde aux conjoints de fait une pleine reconnaissance en matière de consentement aux soins destinés au majeur inapte.

⁷³ Les enfants, que leurs parents soient mariés ou non, ont droit à un soutien alimentaire. Le beau-parent, conjoint du parent, est exclu de cette obligation. L'obligation *in loco parentis* de la *common law* ne fait pas partie du droit civil. Article 585 C.c.Q.

⁷⁴ Le législateur définit à l'article 61.1 de la *Loi d'interprétation*, la notion de conjoint comme incluant, à moins que le contexte ne s'y oppose, le conjoint de fait. Aux fins des lois sociales ou fiscales, le législateur exige une cohabitation minimale ou encore la présence d'un enfant commun. Au sujet des effets du mariage, qui sont réservés aux couples mariés, le législateur utilise le terme époux.

et mariage, tant sur le plan social que juridique.⁷⁵ D'ailleurs, selon les statistiques les plus récentes, 31,5 % des familles du Québec étaient composées de couples vivant en union libre (la tendance est plus forte chez les couples formés de jeunes personnes), tandis que la moyenne observée dans les autres provinces canadiennes était de 12,1 % (Statistique Canada 2012 b). Plus de 63 % des enfants au Québec naissent hors mariage (Institut de la statistique du Québec 1976–2012). Ces données placent le Québec en tête des pays occidentaux pour le nombre de couples non mariés. Plusieurs motifs peuvent expliquer cette situation: le rejet du modèle d'inégalité des sexes associé à l'institution du mariage, la perte d'influence de l'Église catholique et l'affirmation de valeurs associées à l'individualisme (Moore 2009a, 268). Un nombre important de couples québécois en union de fait, et de femmes dans ces unions, échappent donc au Code civil, le droit commun, qui se trouve en décalage avec la nouvelle réalité sociale. Ajoutons que toutes les autres provinces canadiennes reconnaissent au minimum un soutien alimentaire pour le conjoint vulnérable lors de la rupture de l'union de fait. Certaines provinces traitent les conjoints de fait de la même façon que les couples mariés.⁷⁶ Voilà le paradoxe. Le Québec est distinct du reste du Canada tant par sa langue, sa culture, que son droit privé. Il se distingue aussi par ses modes de vie et ses tendances sociales.

Au cours des années, les élus et les élus québécois se sont penchés sur la question de la protection juridique des conjoints de fait en cas de rupture, et surtout des conjointes de fait et de leurs enfants (Roy 2012; Moore 2010, 2012; Goubau, Otis et Robitaille 2003; Goubau 2003). En 2013, dans une affaire très médiatisée en raison des montants en jeu et de la renommée du couple (*Québec (Procureur général) c. A.*),⁷⁷ le plus haut tribunal canadien s'est prononcé sur la validité constitutionnelle du traitement législatif différencié des couples mariés et non mariés en droit québécois. En première instance, le tribunal avait rejeté l'argument du traitement discriminatoire fondé sur l'état civil envers les couples non mariés (Langevin 2009b). La Cour d'appel avait infirmé cette décision en accordant un soutien alimentaire à l'ex-conjoint dans le besoin, se sentant liée par une décision antérieure de la Cour

⁷⁵La Chambre des notaires (2013) a mené une enquête à ce sujet en mars 2013, après que la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Québec (Procureur général) c. A.* eût été rendue. Comme l'indiquent les résultats, malgré la couverture médiatique entourant l'affaire, la population en général ne connaît pas ses droits en cas de rupture conjugale.

⁷⁶La Saskatchewan (*Miscellaneous Statutes (Domestic Relations) Amendment Act, 2001 (No. 2)*), le Manitoba (*Loi sur les biens des conjoints de fait et modifications connexes*), la Colombie-Britannique (*Family Relations Act*), le Nunavut et les Territoires-du-Nord-Ouest (*Loi sur le droit de la famille*) ont imposé les dispositions législatives sur le partage des biens aux conjoints non mariés.

⁷⁷Les parties ont fait vie commune pendant environ sept ans. Trois enfants sont nés de leur union. Madame souhaite se marier, mais Monsieur ne croit pas à l'institution du mariage. Elle ne travaille pas à l'extérieur du foyer pendant l'union. En 2002, à la suite de leur séparation, elle entreprend des procédures judiciaires. Elle obtient la garde partagée des trois enfants mineurs et une pension alimentaire assez importante pour ces derniers. La requérante intente un recours pour obtenir une pension alimentaire pour elle-même, une somme forfaitaire de cinquante millions de dollars et le partage de ce qui aurait constitué le patrimoine familial et la société d'acquêts si les parties avaient été mariées.

suprême sur le sujet.⁷⁸ Dans une décision très partagée (neuf juges, quatre opinions), très complexe, et très longue (450 paragraphes), la Cour suprême considère que les articles du Code civil qui réservent aux seuls couples mariés des protections en cas de rupture (soutien alimentaire pour le conjoint vulnérable et le partage du patrimoine familial) sont valides en vertu de la Charte canadienne (Roy 2013; Thompson 2013). Des neuf juges, quatre estiment que les dispositions attaquées ne constituent pas de la discrimination à l'égard des couples non mariés.⁷⁹ Cependant, une juge dissidente affirme qu'il s'agit de discrimination et que les couples non mariés devraient être traités comme les couples mariés. Trois autres magistrats dissidents considèrent qu'il y a effectivement discrimination, mais que seul le soutien alimentaire devrait s'appliquer à tous les couples. L'opinion de la juge en chef fera la différence: elle déclare que les dispositions sont discriminatoires, mais qu'elles peuvent être justifiées dans une société libre et démocratique (article 1 de la Charte canadienne). Au total, cinq juges ont considéré qu'un traitement différentiel basé sur la forme de l'union (mariée ou non) était discriminatoire selon l'article 15 (1) de la Charte canadienne, mais les articles du Code civil sont maintenus en raison de la position de la juge en chef.

Nous n'entrerons pas dans l'analyse des motifs des différents juges, sauf pour souligner quatre aspects – ou curiosités – pertinents à notre propos. D'abord, les quatre juges (tous des hommes), qui ne voient aucune manifestation de discrimination dans le traitement différencié des couples non mariés, fondent leur opinion sur le respect de la liberté de choix des couples non mariés, protégée à l'article 7 de la Charte canadienne. Selon eux, en excluant les couples non mariés des protections du Code civil en cas de rupture, le législateur – loin de discriminer – a plutôt respecté leur liberté de choix: s'ils désirent être protégés en cas de rupture, ils peuvent décider de se marier. Ou encore, sans se marier, ils peuvent rédiger un contrat de vie commune qui reprend en partie ou en totalité les protections prévues au Code civil. La liberté de choix, et entre autres l'autonomie contractuelle, serait-elle en quelque sorte hiérarchiquement supérieure au droit à l'égalité? Si la liberté de choix semble si importante aux yeux de certains magistrats, alors comment expliquer que les personnes mariées ne jouissent d'aucune liberté dans l'organisation des effets du

⁷⁸ *Nouvelle-Écosse (Procureur général)*: dans cette affaire issue d'une province de *common law*, la loi sur le partage de biens matrimoniaux (*Matrimonial Property Act*) ne s'appliquait qu'aux couples mariés. En cas de rupture, tous les couples, mariés ou non, avaient droit à un soutien alimentaire pour le conjoint vulnérable. À la suite de la rupture de son union de fait, la demanderesse conteste la constitutionnalité de la loi qui traite différemment les conjoints mariés et non mariés en ce qui concerne le partage des biens matrimoniaux. Le plus haut tribunal considère qu'il n'y a pas de discrimination à l'égard des couples non mariés, estimant plutôt que le législateur respecte leur liberté de choix. Il n'est pas clair si cette décision portant sur une loi issue d'une province de *common law* s'applique au Québec. Dans l'arrêt *Québec (Procureur général) c. A.*, cinq juges de la Cour suprême (qui estiment qu'il y a discrimination) refusent de tenir compte de cette décision.

⁷⁹ En matière de discrimination, les juges doivent appliquer le cadre conceptuel suivant: (1) La loi crée-t-elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue? (2) Cette distinction crée-t-elle un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes? Voir *Withler*.

mariage⁸⁰? L'on pourrait discourir longuement sur l'existence de cette supposée liberté de choix (Langevin 2009a, 2009b ; Belleau et Cornut St-Pierre 2011 ; Moore 2010). Au Québec, l'union de fait semble être le « dernier vestige de l'autonomie de la volonté pure » (Moore 2010, 100). Le dernier vestige, qui disparaîtra bientôt pour rejoindre d'autres institutions juridiques vétustes, ou le dernier bastion, qui sera défendu par de valeureux chevaliers au service d'une notion archaïque ?

Ensuite, même si la décision du plus haut tribunal n'invalide pas – mais de justesse – les articles qui accordent une protection aux seuls couples mariés, il n'en reste pas moins que des injustices se vivent dans le quotidien. Peu importe leur position au sujet de la discrimination (cinq juges estiment qu'il y a discrimination basée sur l'état civil), tous les magistrats donnent en exemple la situation législative dans les autres provinces canadiennes, qui offrent soit un traitement identique pour les couples mariés et non mariés en cas de rupture ou, au minimum, un soutien alimentaire au conjoint économiquement vulnérable. Le gouvernement québécois a saisi le message, puisqu'il a formé un comité pour réfléchir à la pertinence d'encadrer les unions de fait (Rapport Roy 2015). Comme un auteur l'a bien fait remarquer au sujet de l'évolution de la reconnaissance législative de l'union de fait au Québec (Moore 2010), ce type d'union a d'abord été découragé par le droit,⁸¹ pour être progressivement reconnu par le droit à partir de la réforme du droit de la famille de 1980, et puis « protégé » par celui-ci, c'est-à-dire que le droit a protégé une zone de liberté contractuelle pour les conjoints de fait hors du Code civil.

De façon surprenante, ce très long jugement n'aborde pas les répercussions économiques sur les enfants,⁸² dont le parent séparé et non marié, habituellement la mère, ne reçoit aucune protection du Code civil après avoir beaucoup investi dans la famille, au détriment de sa situation économique. Par exemple, les dispositions visant la protection de la résidence familiale ne s'appliquent pas aux couples non mariés (articles 401 et seq. C.c.Q.). Les enfants et leur mère peuvent donc se retrouver sans logement (Leckey, 2011). Pourtant, depuis la réforme de 1980, le Code civil ne distingue plus entre les enfants selon le statut matrimonial de leurs parents. « Ils ont les mêmes droits et les mêmes obligations, quelles que soient les circonstances de leur naissance » (article 522 C.c.Q.). On peut s'interroger sur les effets discriminatoires à l'égard des enfants de cette décision de la Cour suprême du Canada. Discrimination ou pas, l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas assuré (articles 33 C.c.Q. et 39 de la Charte québécoise).

Enfin, sur le plan du droit comparé, cet arrêt appelle de nombreux commentaires que le manque d'espace nous empêche d'approfondir. Les juges mentionnent les solutions adoptées dans les provinces de *common law* pour faire pression en quelque sorte sur le législateur québécois et citent certains auteurs de *common law*. Les solutions législatives adoptées dans un contexte de *common law* répondent-elles au

⁸⁰ En vertu de l'article 391 C.c.Q. les règles relatives aux effets du mariage sont d'ordre public.

⁸¹ Par exemple, en vertu de l'article 768 C.c.B.C., le législateur interdisait tout aménagement des rapports patrimoniaux entre conjoints de fait.

⁸² Un seul intervenant devant la Cour suprême du Canada, la Fédération des associations de familles monoparentales et recomposées du Québec, a abordé cette question.

besoin de la société québécoise ? Rappelons que, d'une part, la Charte canadienne s'applique tant à l'appareil gouvernemental fédéral que provincial et territorial, mais que, d'autre part, le droit de la famille est de compétence provinciale dans la fédération canadienne, et qu'au Québec, le droit privé fait partie du système de droit civil d'inspiration française. En l'espèce, quatre juges estiment qu'il n'y a pas de discrimination à l'égard des couples non mariés alors que quatre autres pensent le contraire. La juge en chef fait pencher la balance par son « swing vote ». Même si elle considère que les articles sous étude sont discriminatoires au sens de l'article 15 (1) de la Charte canadienne, elle croit que cette atteinte est justifiable dans une société libre et démocratique (article 1 de la Charte canadienne). Dans ses motifs, elle souligne le caractère distinct de la société québécoise, de son histoire, de son système de droit et de ses valeurs, ce qui permettrait au législateur québécois d'agir autrement (*Québec (Procureur général) c. A.*, par. 410 à 415). Ce faisant, à notre avis, la juge en chef tente de contrer un reproche « d'uniformisation du droit » (*i.e.* comprendre une assimilation du droit civil) qui a été formulé envers le plus haut tribunal dès le début du XX^e siècle (Popovici 2000), et particulièrement depuis l'adoption de la Charte canadienne, et qui pourrait porter atteinte à la cohérence interne ainsi qu'à l'originalité du Code civil (Samson et Langevin 2015).

5.5.2 L'égalité et la filiation

Si en 1980, le Code civil a codifié l'égalité entre les époux (article 392 C.c.Q.), il a aussi reconnu l'égalité entre les enfants, peu importe le statut matrimonial de leurs parents (article 522 C.c.Q.). En 2005, l'élargissement de la définition du mariage aux couples de même sexe était aussi accompagné de nouvelles règles en matière de filiation (Kirouack 2005), qui ont permis l'adoption pour tous les couples ou toute personne seule (article 546 C.c.Q.) et l'accès à la procréation assistée (P.A.) sans discrimination. « Le législateur n'hésite donc pas à mettre la filiation au service de l'égalité » (Pratte 2003, 546).⁸³ Ainsi, une femme seule ou une femme formant un couple avec une autre femme peut recourir à la P.A. Dans ce dernier cas (lorsque le couple est marié ou uni civilement), la conjointe qui a formé le projet parental avec la mère biologique devient la co-mère, sans avoir à recourir à la procédure de l'adoption (article 538.3 C.c.Q.). L'enfant aura ainsi deux mères et pas de père (articles 115 et 578.1 C.c.Q.).⁸⁴ Le donneur de matériel génétique ne sera pas considéré comme le père, puisqu'il n'est pas partie au projet parental (articles 538 et 538.2

⁸³ Cette auteure considère que le meilleur intérêt de l'enfant n'a pas été pris en compte dans cette réforme qui bouleverse la généalogie traditionnelle.

⁸⁴ Il ne serait pas possible d'avoir trois parents. Mais c'est possible en Ontario. Voir *A.A. v. B.B.* (Par sa compétence *parens patriae* qui lui permet entre autres de combler des lacunes de la loi, la Cour d'appel de l'Ontario décide qu'un enfant peut avoir deux mères et un père. Dans cette affaire, un couple de femmes avait décidé d'avoir un enfant avec l'aide d'un ami. Il avait été décidé que cet homme jouerait un rôle important dans la vie de l'enfant. La co-mère (mère sociale) a par la suite présenté une requête pour être aussi reconnue comme la mère de l'enfant.).

C.c.Q.). Ce projet doit être formé avant la conception du fœtus et ne peut servir comme argument *post facto* par le géniteur pour se déresponsabiliser à la suite d'une grossesse surprise.

La pluriconjugalité et la pluriparentalité, liées dans certains cas à la P.A., ont remis en question les notions de parents, de liens de filiation et de « tiers significatifs » qui jouent des rôles ressemblant à ceux des parents auprès d'enfants. Ainsi, des droits de garde partagée (et non de filiation) ont été accordés à une femme qui avait développé des liens significatifs avec l'enfant de son ex-conjointe.⁸⁵ La paternité d'un homme a été reconnue, alors qu'il avait fourni son sperme de façon traditionnelle à une amie (procréation « amicalement » et non médicalement assistée), sans faire partie du projet parental de celle-ci, sans s'être occupé de l'enfant ou avoir participé financièrement à son entretien.⁸⁶

L'accès à la P.A. pour les femmes seules ou les couples lesbiens soulève la question de l'accès à la maternité de substitution pour les couples gays ou encore pour les femmes qui ne peuvent porter un enfant mais qui ont des ovules. Le recours à cette technique par la fécondation *in vitro* n'est pas interdit ou criminalisé au Québec, seul le contrat est déclaré nul de nullité absolue (article 541 C.c.Q.) (Bureau et Guilhermont 2011; Langevin 2010; Langevin 2011; Langevin 2015). La femme qui accouche est déclarée la mère de l'enfant (article 111 C.c.Q.). Une loi fédérale interdit toute forme de rémunération de la mère porteuse (*Loi sur la procréation assistée*). Même si le contrat entre la mère porteuse et le couple intentionnel est nul (article 541 C.c.Q.), le couple intentionnel doit recourir à l'adoption pour corriger les registres de l'état, faute d'autres procédures administratives. Malgré les termes clairs du C.c.Q., la Cour d'appel du Québec a donné préséance à l'intérêt supérieur de l'enfant, qui a le droit à une filiation maternelle (*Adoption-1445*). La mère porteuse conserve un droit de veto et peut décider de garder l'enfant. Dans le cas d'un

⁸⁵ Voir l'affaire *Droit de la famille-102247*, dans laquelle une femme, qui vit alors en couple avec une autre femme, devient enceinte. Bien que le père soit connu, son nom n'apparaît pas à l'acte de l'état civil. Il décédera après la naissance de l'enfant. Il n'y a pas de projet parental entre les deux femmes, qui élèvent ensemble l'enfant pendant deux ans et demi, jusqu'au moment où leur relation prend fin. L'ex-conjointe, qui n'est pas la mère biologique de l'enfant, demande des droits de garde (pas de filiation), ce à quoi la mère biologique s'oppose. Au nom du meilleur intérêt de l'enfant (article 33 C.c.Q.), la Cour d'appel du Québec accorde des droits de garde à l'ex-conjointe, compte tenu du fait que l'enfant s'était attaché à l'ex-conjointe. Voir Leckey (2013).

⁸⁶ *Droit de la famille - 111729*. Comme elle désirait un enfant et qu'elle avançait en âge, une femme a eu un enfant avec un ami, qui n'était pas partie au projet parental et qui ne devait assumer aucune obligation envers cet enfant. Son nom n'apparaissait pas sur l'acte de l'état civil. Il n'a eu que très peu de contacts avec l'enfant. L'entourage connaissait les origines biologiques de l'enfant. La mère est décédée à l'âge de 41 ans, alors que l'enfant était en bas âge. Le contributeur de matériel génétique, qui croyait que son nom apparaissait à l'acte de l'état civil, a présenté une action en déclaration de filiation, qui a été contestée par la tutrice, la grand-mère maternelle de l'enfant. Le tribunal considère que la mère n'a pas eu recours à la procréation assistée, mais à des rapports sexuels. L'article 538 C.c.Q. ne peut s'appliquer et l'ami n'est pas un donneur de matériel génétique, mais plutôt un père. Les règles en matière de filiation par le sang s'appliquent. La Cour d'appel du Québec reconnaît la paternité de l'homme. Cette décision remet en question la stabilité que doit procurer l'article 530, al. 2 C.c.Q. : « Nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession d'état conforme à son acte de naissance. » Voir Lubetsky (2012) et Goubau (2011).

couple gay marié, en union civile ou en union de fait qui utilise cette technique, le co-père devra procéder par requête en adoption (article 555 C.c.Q.) et l'enfant aura deux pères.⁸⁷ Dans le cas d'un couple hétérosexuel, la mère biologique ou non doit procéder de la même façon. Plusieurs problèmes tant juridiques, médicaux qu'éthiques, qui ont déjà fait l'objet de nombreux débats et études, se posent au sujet de la maternité de substitution. Depuis 2009, l'État québécois débourse les coûts de trois essais de fécondation *in vitro* pour les couples infertiles (*Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*). Une clinique de fertilité publique ou privée peut-elle refuser d'implanter un embryon dans l'utérus d'une mère porteuse, l'embryon étant formé à la suite de la fécondation d'un ovule avec le sperme d'un homme formant projet parental avec un autre homme ? L'accès à cette technique doit-il être limité aux couples hétérosexuels ? S'agit-il de discrimination basée sur l'orientation sexuelle ?

* * *

En raison de plusieurs facteurs sociaux complexes, le *pater familias* et la famille traditionnelle ont fait place à des familles diversifiées. Le droit de la famille doit être repensé dans le respect des droits fondamentaux des uns et des autres, en protégeant à la fois la vulnérabilité et la liberté individuelle, au risque d'être en décalage avec les réalités sociales. Comme le résume bien Benoît Moore (2010, 114):

C'est dire que la protection du mariage ne s'impose plus, ni pour des raisons morales, ni pour des raisons familiales, successorales ou de clans, ni, enfin, pour des raisons liées à sa supériorité sur l'union de fait. La législation sur le mariage s'impose maintenant pour la protection des conjoints contre les effets socio-économiques du mariage. Le caractère institutionnel ne s'est donc pas intensifié ou au contraire marginalisé; il s'est simplement déplacé de la protection de l'institution, vers la protection des gens vivant dans l'institution.

5.6 Le droit de propriété: poids lourd dans le Code civil, poids plume dans la Charte québécoise

Définie comme « le droit d'user, de jouir et de disposer librement et complètement d'un bien » (article 947 C.c.Q.), la propriété est un véritable pilier du droit privé québécois. Le législateur lui a d'ailleurs conféré un statut quasi constitutionnel en prévoyant, à l'article 6 de la Charte québécoise, que « [t]oute personne a droit à la jouissance paisible et à la libre disposition de ses biens ». Pour des raisons politiques, le Constituant a pour sa part choisi de ne pas enchâsser le droit de propriété dans la Charte canadienne (Johansen 1991; Debruche 2006, 209–213).

⁸⁷ *Adoption – 09367*. Le couple avait fait affaire avec une agence et une mère porteuse de la Californie, qui avait été inséminée avec le sperme de l'un des conjoints et qui avait accouché au Québec. Le co-parent a présenté une requête pour ordonnance de placement de l'enfant avec consentement spécial à l'adoption de la mère porteuse.

En dépit du statut quasi constitutionnel de la Charte québécoise, la protection qu'elle offre en matière de propriété connaît plusieurs limites. D'une part, les tribunaux québécois ont considérablement restreint le champ d'application de son article 6 en interprétant la notion de « bien » de façon restrictive (Sect. 5.6.1). D'autre part, le droit à la jouissance paisible de ses biens connaît une limite intrinsèque puisqu'il demeure soumis aux limitations et interdictions prévues par les lois ou règlements (article 6 de la Charte québécoise; *Veilleux*, par. 32; *Commission de protection du territoire agricole du Québec c. Rhéaume*, 547) (Sect. 5.6.2). Enfin, l'exercice de ce droit doit se concilier avec celui des autres droits et libertés protégés par la Charte québécoise (Sect. 5.6.3).

5.6.1 L'interprétation de la notion de « bien »

De façon générale, la Charte québécoise reçoit une interprétation à la fois « large et libérale »,⁸⁸ « contextuelle »⁸⁹ et « téléologique » (*Béliveau St-Jacques*, par. 116; *Bombardier*, par. 31), ce qui permet de « réaliser les objets généraux qu'elle sous-tend de même que les buts spécifiques de ses dispositions particulières » (*Béliveau St-Jacques*, par. 42). L'étude de la jurisprudence révèle, cependant, que son article 6 fait l'objet d'une interprétation plutôt étroite.

À première vue, la formulation de cette disposition suggère une protection généreuse. De fait, selon son libellé même, l'article 6 de la Charte québécoise ne protège pas uniquement le droit de propriété; il garantit le droit « à la jouissance paisible et à la libre disposition » des biens. Selon la Cour d'appel du Québec, cela signifie que toute « personne privée par une autre de la jouissance paisible d'un bien sur lequel elle possède un droit, à titre de propriétaire, de locataire ou à un autre titre » peut se prévaloir de cette disposition (*Investissements Historia inc.*). En d'autres termes, la garantie prévue à l'article 6 concerne tant les « biens dont la personne physique ou morale est propriétaire [que] ceux dont elle peut revendiquer la possession légale ou un droit d'usage. » (*Investissements Historia inc.*).

Cela dit, la portée de la protection offerte par l'article 6 dépend de la définition donnée à la notion de « bien ». Sur cette question, la Charte québécoise est muette. Il convient donc de se tourner vers le *Code civil du Québec* qui, à titre de droit commun, constitue « le texte de référence lorsque la *Charte* est silencieuse ».⁹⁰

⁸⁸ *Béliveau St-Jacques*, par. 42, 116; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, par. 28–29.

⁸⁹ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, par. 31.

⁹⁰ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Pigeon*; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Caisse populaire Desjardins d'Amqui*; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Remorquage Sud-Ouest (9148-7314 Québec inc.)*.

Dans le Code civil, la notion de « bien » recoupe toutes choses corporelles ou incorporelles, à l'exception des parties du corps humain ou ses produits» (Filion 1998, 61). Cette définition englobe notamment les marques de commerce (*Brunet*), les polices d'assurance-vie (*Gélinas*), la clientèle et l'achalandage d'un commerce,⁹¹ le savoir-faire (« know-how ») (*Gaudreau*) et les créances.⁹² Dans la mesure où la Charte québécoise commande, en raison de sa nature quasi constitutionnelle, une interprétation tout particulièrement généreuse, l'on aurait pu s'attendre à ce que la notion de « bien » soit aussi inclusive – sinon plus – dans le contexte de son article 6. Tel ne semble cependant pas être le cas. Par exemple, la question de savoir si un droit de créance constitue un bien au sens de la Charte québécoise reçoit le plus souvent une réponse négative en jurisprudence (Baudouin et Deslauriers 2014, par. 1–382).⁹³ La Cour d'appel du Québec a même jugé cette hypothèse « farfelue » (*Shama Textiles inc.*)! De façon similaire, la Cour d'appel a plus d'une fois refusé de considérer les clauses de non-concurrence comme des biens visés par l'article 6 de la Charte québécoise (*Proviso Distribution inc.*; *Médias Transcontinental inc.*). Après quelques tergiversations,⁹⁴ les tribunaux ont cependant fait montre d'une plus grande souplesse en reconnaissant, à tout le moins, que cette disposition protège la propriété intellectuelle, dont les droits d'auteurs (*Construction Denis Desjardins inc.*; *Cinar Corporation*).

Plusieurs explications ont été avancées par les tribunaux pour justifier leur refus de voir une contravention à l'article 6 de la Charte québécoise dans la négligence ou le refus de payer une créance (Debruche 2006, 184). Certains soutiennent qu'une interprétation aussi large du droit protégé par cette disposition reviendrait à « nier le caractère exceptionnel des dommages-intérêts punitifs » qui peuvent être accordés en cas d'atteinte illicite et intentionnelle à un droit garanti par la Charte québécoise (Baudouin et Deslauriers 2014, par. 1–382). Ainsi, la portée du droit protégé par l'article 6 de la Charte québécoise devrait être limitée parce que l'un des recours auxquels sa violation donne ouverture ne tire pas ses origines du droit civil. Ce raisonnement nous paraît prêter le flanc à la critique. Vu le caractère quasi constitutionnel de la Charte québécoise et la relation d'« harmonie » qu'elle entretient avec le Code civil, il nous semble que les dommages-intérêts punitifs font maintenant pleinement partie du droit privé québécois et que les tribunaux ne devraient éprouver aucune réticence à en accorder lorsque les circonstances le justifient.

⁹¹ *Automobile Cordiale ltée; Groupe Commerce (Le), compagnie d'assurances.*

⁹² *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant.* S'il est vrai qu'il y a déjà eu controverse sur cette question, la professeure Yaëll Emerich a démontré dans sa thèse de doctorat que la créance constitue un bien, et ce, tant en droit civil québécois qu'en droit civil français. Emerich (2008, 69 et seq.).

⁹³ Les auteurs renvoient notamment aux arrêts suivants : *Shama Textiles inc.*; *Azoulay*.

⁹⁴ La professeure Anne-Françoise Debruche (2006, 183) relève que le droit d'auteur est considéré comme un « bien » dans *Société Radio-Canada* et *Prud'homme c. Enseignes Normand Russell inc.* Par contre, il ne l'a pas été dans *Poirier*. D'autres décisions ne se montrent pas très claires à ce sujet : *Azoulay*; *Groupe Polygone-éditeurs inc.*; *Cartes-en-ciel inc.*

5.6.2 *La portée limitée du droit de propriété*

Le droit de propriété n'est pas absolu (*Wilczynski; Wallot*); « il est susceptible, selon différentes sources juridiques, de démembrement et de limitation » (*Wallot*). L'article 947 C.c.Q. reconnaît ce droit « sous réserve des limites et des conditions d'exercice fixées par la loi ». De la même façon, l'article 6 de la Charte québécoise protège le droit de « toute personne [...] à la jouissance paisible et à la libre disposition de ses biens, *sauf dans la mesure prévue par la loi* ». Cette dernière disposition n'offre donc aucune protection contre une expropriation légale ni contre toutes autres restrictions à l'usage d'un bien qui émane d'une loi.

Dans la Charte québécoise, la garantie offerte par l'article 6 n'est pas la seule qui soit assortie d'une « limitation inhérente ».⁹⁵ La plupart des droits sociaux et culturels énumérés dans son chapitre IV comportent aussi une « limite intrinsèque ».⁹⁶ Les différentes clauses limitatives qui se trouvent dans la Charte québécoise « préservent, dans une certaine mesure, la souveraineté du législateur » (*Brunelle 2014, 91*). Elles confèrent à ce dernier le pouvoir discrétionnaire de porter atteinte à des droits protégés par la Charte québécoise sans avoir à recourir à la clause dérogatoire générale prévue par son article 52.⁹⁷ Ainsi, à l'instar du législateur qui se prévaut de cette dernière disposition (*Ford*), la loi adoptée en contravention du droit protégé par l'article 6 est à l'abri de tout contrôle judiciaire (*Gosselin*). C'est dire qu'en fin de compte, la portée du droit fondamental (*Modes Cohoes inc.*)—et même quasi constitutionnel (*Benjamin*)—à la libre jouissance de ses biens relève de la « discrétion pure et simple » (*Chevrette 1989, 78*) du législateur. C'est ce dernier qui, par l'entremise de lois ordinaires, aménage l'exercice des droits relatifs aux biens et en circonscrit les limites.

En principe, l'assujettissement de la protection offerte par l'article 6 de la Charte québécoise « aux limitations et interdictions prévues par les lois ou règlements »⁹⁸ devrait empêcher qu'une loi puisse être déclarée inopérante au motif qu'elle contrevient au droit à la libre jouissance des biens. Les conséquences de cette limite intrinsèque sont cependant plus larges. De fait, les tribunaux en déduisent que le droit à la libre jouissance des biens occupe un rang inférieur aux autres droits garantis par la Charte québécoise.⁹⁹

⁹⁵ *Québec (Commission des droits de la personne) c. Desroches*.

⁹⁶ Il s'agit des articles 40, 42, 44, 45, 46 et 46.1 de la Charte québécoise. Sur cette question, voir *Samson et Brunelle (2011)*.

⁹⁷ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. 9063-1698 Québec Inc.*, par. 40.

⁹⁸ *Veilleux*, par. 32; *Commission de protection du territoire agricole du Québec c. Rhéaume*, 547.

⁹⁹ *Desroches; Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Normandin*.

5.6.3 *La pondération du droit de propriété et des autres droits fondamentaux*

Dans son préambule¹⁰⁰ et son article 9.1,¹⁰¹ la Charte québécoise commande de rechercher un équilibre entre les différents droits qu'elle protège. L'on verra qu'en raison notamment de la limite intrinsèque qu'il comporte, le droit de propriété garanti par l'article 6 de la Charte québécoise peine à se voir reconnaître un caractère fondamental et doit souvent céder le pas devant les autres droits quasi constitutionnels.

Nombreuses sont les décisions dans lesquelles les tribunaux ont conclu qu'il était justifié de restreindre les prérogatives du propriétaire d'un bien pour assurer le respect du droit à l'égalité. Dans l'affaire *Desroches*, le propriétaire d'un immeuble à logements plaidait que son droit à la libre jouissance de ses biens l'autorisait à adopter une politique limitant à deux le nombre d'occupants par logement. Estimant que cette politique avait un effet discriminatoire à l'endroit des personnes ayant des enfants, la Cour d'appel du Québec a pris en considération le fait que la garantie prévue par l'article 6 de la Charte québécoise comporte une limite intrinsèque pour conclure que le droit à l'égalité avait préséance sur les droits du propriétaire. Selon la Cour, les droits protégés par la Charte québécoise – dont le droit à l'égalité – font partie des « limitations prévues par la loi » qui, comme le permet l'article 6, restreignent la portée du droit de propriété.

Il arrive aussi que le droit de propriété doive faire l'objet d'une restriction pour assurer le respect de la liberté de religion. Dans l'affaire *Amsalem*, que nous avons déjà analysée, la Cour suprême du Canada a conclu, à la majorité, que la déclaration de copropriété portait atteinte à la liberté de religion, et ce, de manière injustifiée. Les juges ont décidé que les inconvénients que représenterait la construction de souccahs individuelles pour les autres copropriétaires étaient trop « minimales » pour imposer « des limites valides à l'exercice par les appelants de leur liberté de religion. » (par. 84).

Le droit de propriété est, par ailleurs, souvent limité par le droit au respect de la vie privée. En matière de logement, il a été décidé que son droit de propriété ne permet pas à un locateur de porter atteinte au droit à la vie privée du locataire en pénétrant dans son logement sans son consentement (*Propriétés Parc Vertu*), en le visitant sans prévenir (article 1931 C.c.Q.) ou de façon inutilement répétée (*Golzarian*) ou en lui interdisant de fumer dans son logement (*Koretski*). Par ailleurs, même s'il a déjà été jugé qu'un propriétaire est parfois justifié d'installer des caméras de surveillance dans l'entrée de son immeuble à logements pour prévenir le vandalisme (*St-Michel*), il y a tout lieu de penser que ce dernier ne pourrait être

¹⁰⁰ Charte québécoise, préambule, 4^e considérant : « Considérant que les droits et libertés de la personne humaine sont inséparables des droits et libertés d'autrui et du bien-être général; (...) ».

¹⁰¹ La présence d'une limite intrinsèque dans le texte même de l'article 6 de la Charte québécoise n'exclut pas l'application de la clause justificative prévue à l'article 9.1 En ce sens, voir *Demers*.

autorisé à filmer ses locataires, à leur insu, dans leur logement (par analogie, voir *Deslauriers-Girard*).

De même, dans le contexte du travail, le fait que l'employeur soit propriétaire des locaux et de l'équipement utilisés pour le travail ne saurait justifier, à lui seul, qu'il porte atteinte au droit à la vie privée du salarié en le filmant,¹⁰² en enregistrant ses conversations téléphoniques personnelles (*Ste-Marie*), en fouillant son casier ou en menant une enquête sur le contenu de l'ordinateur qu'il met à sa disposition. À l'inverse, cependant, le droit du salarié à la libre jouissance de ses biens, combiné à son droit au respect de la vie privée, s'oppose à ce que l'employeur exige de lui qu'il travaille à son domicile et qu'il y fasse des aménagements nécessaires à cette fin.¹⁰³

* * *

En somme, bien qu'il s'agisse d'un élément fondamental du droit civil, le droit de propriété apparaît comme un droit de second ordre dans la Charte québécoise. Cette situation découle en partie de la décision du législateur de subordonner aux lois ordinaires la garantie offerte par l'article 6 de la Charte québécoise. Cela dit, à notre avis, il est également possible d'y voir une influence de la Charte canadienne sur l'interprétation de la Charte québécoise.¹⁰⁴ De fait, même lorsqu'ils arbitrent des rapports de droit privé auxquels la Charte canadienne ne s'applique pas, les tribunaux ont parfois tendance à interpréter de façon plus étroite les droits qui sont enchâssés uniquement dans la Charte québécoise, par opposition à ceux qui sont aussi protégés par la Charte canadienne.¹⁰⁵

5.7 Conclusion

Le paysage juridique canadien et québécois a été métamorphosé par l'adoption des chartes canadienne et québécoise. Tant la formation des juristes et leur pratique quotidienne que le travail du législateur, des tribunaux et de la doctrine se sont transformés à la suite de l'enchâssement des droits fondamentaux dans les chartes.

¹⁰² *Syndicat des travailleuses et travailleurs de Bridgestone/Firestone de Joliette (C.S.N.)* Pour un exemple jurisprudentiel récent, voir *Association internationale des machinistes et des travailleuses et travailleurs de l'aérospatiale, section locale 1660 – district 11 et Compagnie Andritz Hydro ltée.*

¹⁰³ *Syndicat des professionnelles du Centre jeunesse de Québec (CSN).*

¹⁰⁴ Au sujet de l'influence de la Charte canadienne sur l'interprétation de la Charte québécoise, voir Morel (1986); Morel (1993). Pour un exemple jurisprudentiel où le tribunal a pris ouvertement en compte l'absence de garantie du droit de propriété dans la Charte canadienne au moment d'appliquer l'article 6 de la Charte québécoise, voir *Club Beauchâteau inc.*

¹⁰⁵ Par exemple, dans l'arrêt *Calego International inc.*, le juge Yves-Marie Morissette souligne que la Charte canadienne « ne fait nulle part mention en termes explicites d'un quelconque droit fondamental de la personne à la sauvegarde de sa dignité et de son honneur » (par. 94) avant d'affirmer que seule la démonstration d'un « affront particulièrement méprisant » permet à un tribunal de conclure qu'il y a eu contravention à ce droit, protégé par l'article 4 de la Charte québécoise.

Comme le démontre notre analyse, les concepts classiques en droit privé n'y ont pas échappé. En édictant la Disposition préliminaire dans le Code civil, le législateur québécois indique clairement que le droit commun doit s'interpréter en harmonie avec la Charte québécoise. Le droit civil et les droits de la personne s'influencent et s'envisagent comme un tout. Si des concepts de base en droit civil ont été réinterprétés à la lumière du respect des droits fondamentaux, les tribunaux ont fait appel à des principes du Code civil pour en permettre une meilleure protection.

La constitutionnalisation du droit privé québécois soulève des questions particulières en contexte canadien et nord-américain. Rappelons que le droit québécois est mixte, les relations entre les personnes étant régies par le droit civil, et les relations entre les personnes et l'État relevant de la *common law*. Certains civilistes se sont inquiétés de l'influence des chartes sur la cohérence et même la survie du Code civil et du droit civil. Nous considérons que les règles de droit civil ont tout intérêt à assurer un meilleur respect des droits fondamentaux, au risque d'être en décalage avec les réalités sociales (Samson et Langevin 2015).

Bibliographie

- Allard, France. 2006. La Charte des droits et libertés de la personne et le Code civil du Québec : deux textes fondamentaux du droit civil québécois dans une relation d'« harmonie ambiguë ». *Revue du Barreau* Numéro spécial : 33–80.
- Aune, Anne-Claire. 2005. La réception de « droits à » dans le Code civil sous l'impulsion des Droits de l'homme. Dans *Le Code civil et les Droits de l'homme : actes du Colloque international de Grenoble*, 3 et 4 décembre 2003, ancien palais de justice de Grenoble et Musée de la Révolution française de Vizille, dir. Jean-Luc Chabot, Philippe Didier, et Jérôme Ferrand, 191–211. Paris : L'Harmattan.
- Bakht, Natasha. 2007. Religious Arbitration in Canada : Protecting Women by Protecting them from Religion. *Revue Femmes et Droit* 19 : 119–144.
- Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. 2013. *Les obligations*, 7e éd. par Pierre-Gabriel Jobin, et Nathalie Vézina. Cowansville : Yvon Blais.
- Baudouin, Jean-Louis, Patrice Deslauriers, et Benoît Moore. 2014. *La responsabilité civile*, volume I - Principes généraux, 8e éd. Cowansville : Yvon Blais.
- Belleau, Hélène, et Pascale Cornut St-Pierre. Automne 2011. La question du 'choix' dans la décision de se marier ou non au Québec. *Lien social et Politiques* 66 : 65–89.
- Bosset, Pierre. 2007. Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable. Dans *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où?*, dir. Myriam Jézéquel, 3–28. Cowansville : Yvon Blais.
- Brunel, Christian. 2014. Les limites aux droits et libertés. Dans *Droit public et administratif*, École du Barreau du Québec, 89–100. Cowansville : Yvon Blais.
- Brunelle, Christian. 2005. La sécurité et l'égalité en conflit : la structure de la Charte québécoise comme contrainte excessive. Dans *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où ?*, dir. Barreau du Québec et Tribunal des droits de la personne, 343–377. Cowansville : Yvon Blais.
- Bureau, Marie-France, et Kim Désilets. 2011. Du mariage gai à la polygamie: triomphe du droit à l'égalité? *Revue du Barreau canadien* 89 : 39–63.
- Bureau, Marie-France. 2006. La famille et la discrimination au Canada : conjugalité et parentalité en redéfinition. Dans *Personne et discrimination : perspectives historiques et comparées*, dir. Marie Mercat-Bruns, 241. Paris : Dalloz.

- Bureau, Marie-France, et Édith Guilhermont. 2011. Maternité, gestation et liberté réflexions sur la prohibition de la gestation pour autrui en droit québécois. *Revue de droit et santé de McGill* 4(2) : 45–76.
- Caron, Madeleine. 1991. L'égalité sous le Code civil : l'incidence des Chartes. Dans *Enjeux et valeurs d'un code civil moderne : Les Journées Maximilien-Caron, 1990*, 25–36. Montréal : Thémis.
- Caron, Madeleine. 1978. Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne. *Revue du Barreau canadien* 56 : 197–232.
- Chambre des notaires du Québec. Mars 2013. Sondage CROP sur les perceptions des Québécois vivant en union de fait. <http://www.ledevoir.com/documents/pdf/uniondefaitcrop2013.pdf>. Consulté le 28 juillet 2014.
- Chevrette, François. 1989. La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne : le dit et le non-dit. Dans *De la Charte québécoise des droits et libertés : origine, nature et défis*, 71–99. Montréal : Thémis.
- Coipel, Michel. 1990. La liberté contractuelle et la conciliation optimale du juste et de l'utile. *Revue juridique Thémis* 24 : 485–504.
- Collectif d'auteurs. 2008. L'affaire Bruker c. Marcovitz: variation sur un thème. *Cahiers de droit* 49 : 655–708.
- COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE (2015). Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales, Québec, Ministère de la Justice du Québec, 616 p. (Rapport Roy)
- Côté, Pierre-André, Stéphane Beaulac, et Mathieu Devinat. 2009. *Interprétation des lois*, 4e éd. Montréal : Thémis.
- Crépeau, Paul-André. 1977. Préface. Dans *Rapport sur le Code civil du Québec*, dir. Office de révision du Code civil, XXV-XXXIX. Québec : Éditeur officiel.
- Crépeau, Paul-André. 1998. La fonction du droit des obligations. *Revue de droit de McGill* 43 : 729–780.
- Debruche, Anne-Françoise. 2006. La protection de la propriété par la Charte des droits et libertés de la personne: diable dans la bouteille ou simple peau de chagrin. *Revue du* : 175–216.
- Deleury, Édith. 1972. Une perspective nouvelle : le sujet reconnu comme objet du droit. *Cahiers de droit* 13 : 529–554.
- De Schutter, Olivier, et Julie Ringelheim. 2005. La renonciation aux droits fondamentaux : La libre disposition du soi et le règne de l'échange. Dans *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, dir. Hugues Dumont, François Ost, et Sébastien Van Drooghenbroeck, 441–481. Bruxelles : Bruylant.
- Drapeau, Maurice. 1994. La responsabilité pour atteinte illicite aux droits et libertés de la personne. *Revue juridique Thémis* 28 : 31–139.
- Emerich, Yaëll. 2008. *La propriété des créances : approche comparative*. Paris, L.G.D.J.
- Filion, Michel. 1998. *Dictionnaire du Code civil du Québec*. St-Nicolas (QC) : Éditions Associations et entreprises.
- Gardner, Daniel, et Dominique Goubau. 2005. L'affaire Vallée et l'exploitation des personnes âgées selon la Charte québécoise : quand l'harmonie fait défaut. *Cahiers de droit* 46 : 961–974.
- Gardner, Daniel. 1988. Les dommages-intérêts : une réforme inachevée. *Cahiers de droit* 29 : 883–913.
- Gathem, Grégoire, et Alain Strowel. 2005. La renonciation limitée aux droits de la personnalité : l'indice d'obligations ? Dans *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, dir. Hugues Dumont, François Ost, et Sébastien Van Drooghenbroeck, 501–522. Bruxelles : Bruylant.
- Ghestin, Jacques. 1981. L'utile et le juste dans les contrats. *Archives de la philosophie du droit* 26 : 35–57.
- Goldstein, Gérald, et Najla Mestiri. 2003. La liberté contractuelle et ses limites, étude à la lueur du droit civil québécois. Dans *Mélanges Jean Pineau*, dir. Benoît Moore, 299–356. Montréal : Thémis.

- Goubau, Dominique, Ghislain Otis, et David Robitaille. 2003. La spécificité patrimoniale de l'union de fait : le libre choix et ses "dommages collatéraux". *Cahiers de droit* 44 : 3–51.
- Goubau, Dominique. 2003. La conjugalité en droit privé : comment concilier "autonomie" et "protection" ? Dans *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21e siècle*, dir. Pierre-Claude Lafond, et Brigitte Lefebvre, 153–163. Cowansville : Yvon Blais.
- Goubau, Dominique. 2011. Le statut du tiers « significatif » dans les familles recomposées. Dans *Développements récents en droit familial* (2011), Service de la permanente du Barreau du Québec, 1–19. Cowansville : Yvon Blais.
- Gouvernement du Québec. 1993. *Commentaires du ministre de la Justice*. Québec : Les Publications du Québec.
- Grammond, Sébastien. 2012. Un nouveau départ pour les dommages-intérêts punitifs. *Revue générale de droit* 42 : 105–124.
- Institut de la statistique du Québec. 2013. Mariages et unions civiles selon le sexe des conjoints, Québec, 2002–2012. <http://www.stat.gouv.qc.ca/statistiques/population-demographie/mariages-divorces/501b.htm>. Consulté le 6 septembre 2013.
- Institut de la statistique du Québec. 2013. Proportion de naissances hors mariage selon le rang de naissance, Québec, 1976–2012. <http://www.stat.gouv.qc.ca/statistiques/population-demographie/naissance-fecondite/5p2.htm>. Consulté le 6 septembre 2013.
- Jobin, Pierre-Gabriel. 2007. L'application de la Charte québécoise des droits et libertés de la personne aux contrats : toute une aventure. *Revue trimestrielle de droit civil* 33–46.
- Jobin, Pierre-Gabriel. 2003. Contrats et droits de la personne : un arrimage laborieux. Dans *Mélanges Jean Pineau*, dir. Benoît Moore, 357–386. Montréal : Thémis.
- Johansen, David. 1991. *Le droit à la propriété et la Constitution*. Ottawa : Bibliothèque du Parlement, Service de recherche.
- Kirouack, Marie-Christine. 2005. Le projet parental et les nouvelles règles relatives à la filiation : une avancée ou un recul quant à la stabilité de la filiation. Dans *Développements récents en droit familial*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, 369–503. Cowansville : Yvon Blais.
- Landheer-Cieslak, Christelle. 2012. Appliquer «en harmonie» le droit civil québécois et la liberté fondamentale de religion : quelques réflexions juridiques et éthiques pour une relecture de *Syndicat Northerest c Amselem*. *Revue québécoise de droit constitutionnel* 4 : 87–127.
- Langevin, Louise. 2015. De l'incertitude à la certitude ? La gestation pour autrui en droit québécois dans *Mélanges en l'honneur de Claire Neirinck*, 539, Paris : Lexisnexis.
- Langevin, Louise. 2005. Mythes et réalités : la personne raisonnable dans le Code civil du Québec. *Cahiers de droit* 46 : 351–338.
- Langevin, Louise. 2009a. Liberté contractuelle et relations conjugales : font-elles bon ménage ? *Nouvelles questions féministes* 28(2) : 24–35.
- Langevin, Louise. 2009b. Liberté de choix et protection des conjoints de fait en cas de rupture : difficile exercice de jonglerie. *Revue de droit de McGill* 54 : 697–716.
- Langevin, Louise. 2010. Réponse jurisprudentielle à la pratique des mères porteuses au Québec : une difficile réconciliation. *Revue canadienne de droit de la famille* 171–200.
- Langevin, Louise. 2011. Vers la reconnaissance juridique de la pratique des mères porteuses : état du droit canadien et québécois. Dans *La gestation pour autrui : Surrogate Motherhood*, Actes du XVIIIe Congrès International de droit comparé, Washington, DC., 85–107. Paris : Société de législation comparée.
- Laporte, Pierre-Olivier. 2006. La charte des droits et libertés et son application dans la sphère contractuelle. *Revue juridique Thémis* 40 : 287–351.
- LeBel, Louis. 2004. La protection des droits fondamentaux et la responsabilité civile. *Revue de droit de McGill* 49 : 231–254.
- Leckey, Robert, et Nicholas Bala. 2012. Les trente années de la Charte canadienne en droit de la famille. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 42 : 409–457.
- Leckey, Robert. 2011. Gimme Shelter. *Dalhousie Law Journal* 34 : 197–228.
- Leckey, Robert. 2013. Two Mothers in Law and in Fact. *Feminist Legal Studies* 21 : 1–19.

- Lluelles, Didier, et Benoît Moore. 2012. *Droit des obligations*, 2e éd. Montréal : Thémis.
- Loiseau, Grégoire. 1992. Le rôle de la volonté dans le régime de protection de la personne et de son corps. *Revue de droit de McGill* 37 : 965–994.
- Lubetsky, Michael H. 2012. « Qui est ton parent ? » : les implications de Droit de la famille – 111729. Dans *Développements récents en droit familial* (2012), Service de la formation continue du Barreau du Québec, 89–125. Cowansville : Yvon Blais.
- Mayrand, Albert. 1985. Égalité dans le droit familial québécois. *Revue juridique Thémis* 19 : 249–280.
- Moore, Benoît. 2009 a. Culture et droit de la famille : de l'institution à l'autonomie individuelle. *Revue de droit de McGill* 54 : 257–272.
- Moore, Benoît. 2009 b. Sur la contractualisation de la croyance. Dans *Le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, dir. Jean-François Gaudreault-Desbiens, 493–530. Montréal : Thémis.
- Moore, Benoît. 2001. La discrimination dans la vie de famille. Dans *La discrimination*, t. L1, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées franco-belges, 535–558. Paris : Société de législation comparée.
- Moore, Benoît. 2010. Variations chromatiques : l'union de fait entre noir et blanc. Dans *Mélanges Adrian Popovici*, dir. Benoît Moore, et Généroza Bras Miranda, 97–124. Montréal : Thémis.
- Moore, Benoît. 2012. Auprès de ma blonde. Dans *Mélanges Pierre Ciotola*, dir. Brigitte Lefebvre, et Antoine Leduc, 360–380. Montréal : Thémis.
- Morel, André. 1987. La Charte québécoise : un document unique dans l'histoire législative canadienne. *Revue juridique Thémis* 21 : 1–23.
- Morel, André. 1986. La coexistence des Chartes canadienne et québécoise : problème d'interaction. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 17 : 49–84.
- Morel, André. 1993. L'originalité de la Charte québécoise en péril. Dans *Développements récents en droit administratif* (1993), Service de la Formation permanente, Barreau du Québec, 65–89. Cowansville : Yvon Blais.
- Morin, Jacques-Yvan. 1963. Une Charte des droits de l'homme pour le Québec. *Revue de droit de McGill* 9 : 273–316.
- Nadeau, Alain-Robert. 2006 a. La Charte des droits et libertés de la personne : origines, enjeux et perspectives. *Revue du Barreau Numéro spécial* : 1–32.
- Nadeau, Alain-Robert. 2006 b. Projet Crépeau-Scott (25 juillet 1971). *Revue du Barreau Numéro spécial* : 571–601.
- Nadeau, André, et Richard Nadeau. 1971. *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*, 2e éd. Montréal : Wilson & Lafleur.
- Niort, Jean-François. 1994. Le Code civil face aux défis de la société moderne : une perspective comparative entre la révision française de 1904 et le nouveau Code civil du Québec de 1994. *Revue de droit de McGill* 39 : 845–876.
- Office de révision du Code civil. 1977. *Rapport sur le Code civil du Québec*. Québec : Éditeur officiel.
- Perret, Louis. 1981. De l'impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec. *Revue générale de droit* 12 : 121–171.
- Pineau, Jean. 2005. Codes et histoire. *Revue juridique Thémis* 39 : 223–244.
- Pineau, Jean. 1993. La philosophie générale du Code civil. Dans *Le nouveau Code civil : interprétation et application : les journées Maximilien-Caron 1992*, 271–291. Montréal : Thémis.
- Popovici, Adrian. 2008. La renonciation à un droit de la personnalité. Dans *Colloque du trentenaire 1975–2005 : Regards croisés sur le droit privé*, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 99–108. Cowansville : Yvon Blais.
- Popovici, Adrian. 2000. Le rôle de la Cour suprême en droit civil. *Revue juridique Thémis* 34 : 607–624.
- Popovici, Adrian. 1999. De l'impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit de la responsabilité civile : un mariage raté ? Dans *La pertinence renouvelée du droit des*

- obligations : retour aux sources, Faculté de droit, Université McGill, Conférence Meredith 1998–1999, 49–94. Cowansville : Yvon Blais.
- Pratte, Marie. 2003. La filiation réinventée : l'enfant menacé ? *Revue générale de droit* 33 : 541–607.
- Razack, Sherene. 2007. The 'Sharia Law Debate' in Ontario : the Legal Modernity/Premodernity Distinction in Legal Efforts to Protect Women from Culture. *Feminist Legal Studies* 15 : 3–32.
- Rolland, Louise. 1999. Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec. *Revue de droit de McGill* 44 : 903–952.
- Roy, Alain. 2002. Le contrat de mariage réinventé : Perspectives socio-juridiques pour une réforme. Montréal : Thémis.
- Roy, Alain. 2012. L'évolution de la politique législative de l'union de fait au Québec - Analyse de l'approche autonomiste du législateur québécois sous l'éclairage du droit comparé. Dans *Cours de perfectionnement du notariat 2012*, Chambre des notaires du Québec, 81–154. Cowansville : Yvon Blais.
- Roy, Alain. 2013. Affaire *Éric c. Lola* : une fin aux allures de commencement. Dans *Cours de perfectionnement du notariat 2013*, Chambre des notaires du Québec, 259–308. Cowansville : Yvon Blais.
- Samson, Mélanie, et Christian Brunelle. 2011. Nature et portée des droits économiques, sociaux et culturels dans la Charte québécoise : Ceinture législative et bretelles judiciaires. Dans *Droit de cité pour les droits économiques, sociaux et culturels : La Charte québécoise en chantier*, dir. Pierre Bosset, et Lucie Lamarche, 19–48. Cowansville : Yvon Blais.
- Samson, Mélanie, et Louise Langevin. 2015. Revisiting Quebec's "Jus Commune" in the Era of the Human Rights Charters. *American Journal of Comparative Law* 63: 719–746.
- Samson, Mélanie. 2012 a. L'atteinte illicite à un droit protégé par la Charte québécoise : source d'un préjudice inhérent ? *Revue des droits et libertés fondamentaux*, chron. n°20. <http://www.revedlf.com/auteurs/samson-melanie/>. Consulté le 28 juillet 2014.
- Samson, Mélanie. 2008. Le droit à l'égalité dans l'accès aux biens et aux services : l'originalité des garanties offertes par la Charte québécoise. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 38 : 413–481.
- Samson, Mélanie. 2012 b. Les dommages punitifs en droit québécois : tradition, évolution et... révolution ? *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 42 : 159–201.
- Shachar, Ayelet. 2008. Privatizing Diversity : A Cautionary Tale from Religious Arbitration in Family Law. *Theoretical Inquiries in Law* 9 : 573–607.
- Statistique Canada (rédigé par Mary Bess Kelly). 2012 a. Les causes de divorce traitées par les tribunaux civils en 2010–2011. <http://www.statcan.gc.ca/pub/85-002-x/2012001/article/11634-fra.htm>. Consulté le 28 juillet 2014.
- Statistique Canada. 2012 b. Portrait des familles et situation des particuliers dans les ménages au Canada : Familles, ménages et état matrimonial, Recensement de la population de 2011. <http://www12.statcan.gc.ca/census-recensement/2011/as-sa/98-312-x/98-312-x2011001-fra.pdf>. Consulté le 28 juillet 2014.
- Thompson, D.A. Rollie. 2013. Annotation: Droit de la famille - 091768. *Review of family Law* 21(7th) : 325.
- Turp, Daniel. 2012. Droits de l'homme, droits de la personne, droits et libertés et droits humains : essai sur la dénomination des droits et plaidoyer pour les « droits fondamentaux ». Dans *Mélanges Pierre Ciotola*, dir. Brigitte Lefebvre, et Antoine Leduc, 539–562. Montréal : Thémis.
- Woerling, José. 1998. L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse. *Revue de droit de McGill* 43 : 325–401.

Table de la législation citée

Textes constitutionnels

Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)].

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Victoria, c. 3.

Textes législatifs fédéraux

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), c. H-6.

Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil, L.C. 2001, c. 4.

Loi sur la procréation assistée, L.C. 2004, c. 2.

Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, c. 3 (2^e suppl).

Loi sur le divorce, S.R. 1970, c. D-8.

Loi sur le mariage civil, L.C. 2005, c. 33.

Textes législatifs provinciaux

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., c. C-12.

Code civil du Québec, L.Q. 1991, c. 64.

Code des droits de la personne, C.P.L.M., c. H175.

Code des droits de la personne, L.R.O. 1990, c. H-19.

Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, c. 128.

Human Rights Act, R.S.N.S. 1989, c. 214.

Human Rights Act, R.S.P.E.I. 1988, c. H-12.

Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act, R.S.A. 2000, c. H-14.

Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, c. 210.

Human Rights Code, R.S.N.L. 1990, c. H-14.

Loi d'interprétation, L.R.Q., c. I-16.

Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation, L.Q. 2002, c. 6.

Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux, L.Q. 1989, c. 55.

Loi sur la capacité juridique de la femme mariée, S.Q. 1964, c. 66.

Loi sur la protection du consommateur, L.Q. 1971, c. 74, remplacée par L.R.Q., c. P-40.1.

Loi sur le droit de la famille, L.T.N.-O. 1997, c. 18.

Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, L.R.Q., c. A-3.001.

Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée, L.R.Q., c. A-5.01.

Loi sur les biens des conjoints de fait et modifications connexes, L.M. 2002, c. 48.

Loi sur les droits de la personne, L.R.N.-B. 1973, c. H-11.

Loi sur les droits de la personne, L.R.Y. 2002, c. 116.

Loi sur les droits de la personne, L.T.N.-O. 2002, c. 18.

Miscellaneous Statutes (Domestic Relations) Amendment Act, 2001 (No. 2), S.S. 2001, c. 51.

The Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, c. S-24.1.

Documents internationaux

Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, Rome, 4.XI. 1950.

Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, 7 mars 1966, 660 R.T.N.U. 195 (ratifiée par le Canada le 14 octobre 1970 et par le Québec le 10 mai 1978).

Déclaration universelle des droits de l'homme, A.G. Rés. 217A (III), Doc. N.U. A/810 (1948).

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171 (entré en vigueur au Canada le 19 mai 1976 et ratifié par le Québec le 1^{er} novembre 1978).

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 16 décembre 1966, 993 R.T.N.U. 3 (entré en vigueur au Canada le 19 août 1976 et ratifié par le Québec le 21 avril 1976).

Table de la jurisprudence citée

- A.A. v. B.B., 2007 ONCA 2 (CanLII).
Adoption – 09367, 2009 QCCQ 16815.
Andrews c. Law Society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 143.
Association internationale des machinistes et des travailleuses et travailleurs de l'aérospatiale, section locale 1660 – district 11 et Compagnie Andritz Hydro ltée, D.T.E. 2013 T-87 (T.A.).
Aubry c. Éditions Vice-Versa inc., [1998] 1 R.C.S. 591.
Automobile Cordiale ltée c. Daimler Chrysler Canada inc., 2010 QCCS 32.
Azoulay c. Azoulay, J.E. 2001-92 (C.A.).
Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta, [2007] 2 R.C.S. 3.
Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics Inc., [1996] 2 R.C.S. 345.
Benjamin c. Montréal (Ville de) (cité de Côte St-Luc), J.E. 2004-1605 (C.S.).
Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission), [2000] 2 R.C.S. 307.
Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc., [2011] 1 R.C.S. 214.
Brunet c. Chrysler Canada Ltd., [1992] R.J.Q. 2276 (C.S.).
Bruker c. Marcovitz, 2007 CSC 54.
Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin, [2003] 1 R.C.S. 666.
Calego International inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2013 QCCA 924.
Cartes-en-ciel inc. c. Boutique Elfe inc., [1991] R.J.Q. 1775 (C.Q.).
Centre hospitalier St. Mary's c. Dire, [1992] R.R.A. 593 (C.A.).
Christie c. York Corp., [1940] R.C.S. 139.
C.D.P. c. Restaurant Scampinata Inc., J.E. 94-1297 (T.D.P.Q.).
Ciment du St-Laurent inc. c. Barrette, [2008] 3 R.C.S. 392.
Club Beauchâteau inc. c. Québec (Procureur général), 2006 QCCS 509.
Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU, [1999] 3 R.C.S. 3.
Commission de protection du territoire agricole du Québec c. Rhéaume, [1984] C.A. 542.
Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. 9063-1698 Québec Inc., REJB 2003-48745 (T.D.P.Q.).
Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Pigeon, D.T.E. 2002 T-1156 (T.D.P.Q.).
Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Genest, [1997] R.J.Q. 1488 (T.D.P.Q.).
Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Caisse populaire Desjardins d'Amqui, [2004] R.J.Q. 355 (T.D.P.Q.).
Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Remorquage Sud-Ouest (9148-7314 Québec inc.), J.E. 2010-1787 (T.D.P.Q.).
Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Commission scolaire des Draveurs, J.E. 99-1061 (T.D.P.Q.).
Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Bernucci, 2012 QCTDP 16.
Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Panacci, 2013 QCTDP 28.
Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Communauté urbaine de Montréal, [2004] 1 R.C.S. 789.
Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Québec (P.G.), [2006] R.J.Q. 2706 (C.A.).
Commission des droits de la personne c. Desroches, [1997] R.J.Q. 1540 (C.A.).
Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Québec (Procureur général), 2008 QCTDP 8.
Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin, [1994] 2 R.C.S. 525.
Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears, [1985] 2 R.C.S. 536.

- Construction Denis Desjardins inc. c. Jeanson*, 2010 QCCA 1287.
- Coopérative d'habitation L'Escale de Montréal c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2010 QCCA 1791.
- Demers c. Autorité des marchés financiers*, 2007 QCCA 1350.
- de Montigny c. Brossard (Succession)*, [2010] 3 R.C.S. 64.
- Deschênes c. Limoges*, 2013 QCCQ 6429.
- Deslauriers-Girard c. Trudeau*, [2002] R.R.A. 371 (C.S.).
- Doré c. Verdun (Ville de)*, [1997] 2 R.C.S. 862.
- Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3.
- Droit de la famille-102247*, 2010 QCCA 1561.
- Droit de la famille – 111729*, 2011 QCCA 1180.
- Droit de la famille-092011*, 2009 QCCS 3782.
- Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712.
- France Animation, s.a. c. Robinson*, 2011 QCCA 1361.
- Frenette c. Métropolitaine (la), cie d'assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647.
- Gaudreau c. 9090-2438 Québec inc.*, 2007 QCCA 1254.
- Gaz métropolitain inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 1201.
- Gélinas c. Simard (Succession de)*, B.E. 2003BE-117 (C.S.).
- Genex Communications inc. c. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, [2009] R.J.Q. 2743, par. 44 (C.A.).
- Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, [2010] 2 R.C.S. 592.
- Godbout c. Longueuil (Ville de)*, [1997] 3 R.C.S. 844.
- Golzarian c. Poulin*, 2011 QCCQ 13049.
- Gordon c. Mailloux*, 2011 QCCA 992.
- Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84.
- Groupe Commerce (Le), compagnie d'assurances c. Couture & Fortier Assurances inc.*, [1998] R.R.A. 957 (rés.) (C.A.).
- Groupe Polygone-éditeurs inc. c. Serna Communications inc.*, J.E. 95-118 (C.S.).
- Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130.
- Hôpital général juif Sir Mortimer B. Davis c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, J.E. 2010-325 (C.A.).
- Hydro-Québec c. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, [2008] 2 R.C.S. 561.
- Investissements Historia inc. c. Gervais Harding et Associés Design inc.*, 2006 QCCA 56.
- Isidore Garon ltée c. Tremblay; Fillion et Frères (1976) inc. c. Syndicat national des employés de garage du Québec inc.*, [2006] 1 R.C.S. 27.
- Joly c. Salaberry-de-Valleyfield (Ville de)*, [2007] R.R.A. 867, par. 29 (C.A.).
- Koretski c. Fowler*, 2008 QCCQ 2534.
- La Brasserie Labatt Ltée c. Villa*, [1995] R.J.Q. 73 (C.A.).
- Laferrrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 541.
- Ligue catholique pour les droits de l'homme c. Hendricks*, [2004] R.J.Q. 851 (C.A.).
- M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3.
- Mastroaolo c. St-Jean-de-Matha (Municipalité de)*, J.E. 2010-961 (T.D.P.Q.).
- Médias Transcontinental inc. c. François Bernatchez et als*, [2005] R.J.Q. 170 (C.S.).
- Modes Cohoes inc. c. Québec (Procureur général)*, [1993] R.J.Q. 2801 (C.A.).
- Morgentaler c. La Reine*, [1988] 1 R.C.S. 30.
- M. (M.) c. V. (S.)*, J.E. 99-375 (C.S.).
- Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325.
- Ouellet c. Cloutier*, [1947] R.C.S. 521.
- Poirier c. Construction Joma inc.*, J.E. 2003-1094 (C.S.).
- Propriétés Parc Vertu c. Jebara*, J.E. 2003-694 (C.Q.).
- Provigo Distribution inc. c. Supermarché A.R.G. inc.*, [1998] R.J.Q. 47 (C.A.).

- Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663.
- Prud'homme c. Enseignes Normand Russell inc.*, J.E. 96-1741 (C.S.).
- Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, 2015 CSC 39.
- Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville); Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665.
- Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211.
- Québec (Procureur général) c. A.*, 2013 CSC 5.
- Quon c. Club de golf de la vallée du Richelieu Inc.*, (1994) 21 C.H.R.R. D/55 (T.D.P.Q.).
- R. c. R.D.S.*, [1997] 3 R.C.S. 484.
- R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483.
- R. c. N.S.*, [2012] 3 R.C.S. 726.
- Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79.
- Richard c. Time Inc.*, [2012] 1 R.C.S. 265.
- S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573.
- Shama Textiles inc. c. Certain Underwriters at Lloyd's*, J.E. 2000-2152 (C.A.), REJB 2000-20964.
- Société Radio-Canada c. Amberola Les disques*, J.E. 2001-1737 (C.S.).
- St-Michel c. Dubé*, J.L.E. 2008JL-24 (R.D.L.).
- Ste-Marie c. Placements J.P.M. Marquis*, [2005] R.R.A. 295 (C.A.).
- Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal (SCFP, section locale 301) c. Coll*, [2009] R.J.Q. 961 (C.A.).
- Syndicat des professionnelles du Centre jeunesse de Québec (CSN) c. Desnoyers*, [2005] R.J.Q. 414 (C.A.).
- Syndicat des travailleuses et travailleurs de Bridgestone/Firestone de Joliette (C.S.N.) c. Trudeau*, [1999] R.J.Q. 2229 (C.A.).
- Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, inf. [2002] R.J.Q. 906, REJB 2002-30953 (C.A.).
- The Gazette (Division Southam inc.) c. Valiquette*, [1997] R.J.Q. 30 (C.A.).
- Université Laval c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2005 QCCA 27.
- Vallée c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, [2005] R.J.Q. 961 (C.A.).
- Varnet U.K. Ltd. c. Varnet Software Corp.*, [1994] R.J.Q. 2755 (C.A.).
- Veilleux c. Québec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 R.C.S. 839.
- W. (K.L.) c. Winnipeg Child And Family Services*, [2000] 2 R.C.S. 519.
- Wallot c. Québec (Ville de)*, 2011 QCCA 1165.
- Whiten c. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 R.C.S. 595.
- Wilczynski c. Corporation minière Osisko*, 2010 QCCA 2069.
- Withler c. Canada (Procureur général)*, [2011] 1 R.C.S. 396.
- Décisions étrangères**
- CE 27 oct. 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, Lebon, 1995, n° 136727 [Affaire du lancer du nain].
- Civ.3^e, 8 juin 2006, bull.civ.III.2006.p. 116 [Affaire du digicode].

Chapter 6

New Czech Civil Law in the Light of Human Rights

Jan Hurdík and Markéta Selucká

6.1 Human Rights and Basic Rights in the Czech Republic

6.1.1 Development of Human Rights in the Czech Republic

At the beginning of 1990s, the Czech Republic, as a former member of the so-called Eastern Bloc, found its way back to a democratic system; a system which recognizes and enforces human rights and freedoms. While embodying human rights into the Czech laws, legislators tried to ensure that such human rights would be properly protected. It should be mentioned that there had been provisions on protection of human rights in the communist laws, too. Communist Czechoslovakia even acceded to several international treaties on protection of human rights and embodied human rights in the Constitution of 1960, but the communist totalitarian system rather failed to protect these rights. Some of the provisions on human rights were being interpreted in accord with the communist totalitarian doctrine, and thus the protection was minimal. Therefore, the Czech dissidents embraced protection of human rights as one of their central topics in 1970s and 1980s. Protection of human rights was one of the principal topics of the so-called ‘Velvet revolution’ of 1989. After the revolution, protection of human rights was given a lot of attention. Václav Havel, who was the first president after the collapse of the communist rule, was one of the prominent promoters of protection of human rights.

J. Hurdík (✉) • M. Selucká

Faculty of Law, Masaryk University, Veveří 158/70, 611 80 Brno, Czech Republic
e-mail: jan.hurdik@law.muni.cz; marketa.selucka@law.muni.cz

6.1.2 Three Levels of Protection

It is typical for protection of human rights to be usually laid down in constitutional documents. Nevertheless, human rights pervade throughout the legislation. Therefore, the constitutionally guaranteed rights and freedoms are also reflected in private law. Generally, protection of human rights in the Czech Republic is three-fold. There is a protection on national level, international level and EU level.

As for national law, human rights are mainly embodied in constitutional laws, i.e. the Constitutional Act No 1/1993 (Constitution), the Charter of Fundamental Rights and Freedoms (Charter) and several other constitutional acts. Aside from that, as we mentioned above, there are provisions on protection of human rights throughout many other laws.

The constitutional protection of human rights has been developing over the years. The Constitution itself has been amended six times since its passage. The Constitution begins with a preamble, which sets forth the fundamental values; there is announced that the Czech Republic follows the rule of law and protects fundamental human rights and freedoms. In the particular chapters of the Constitution, there are outlined the particular rights and freedoms which are protected by the Constitution. The Constitution also includes provisions regarding the Czech Constitutional Court, which started to operate on July 15, 1993. Since its establishment, the Constitutional Court issued many important decisions, whose purpose was to protect human rights and freedoms, as shown below.

On the international level, human rights are protected by international treaties to which the Czech Republic either acceded or became a state party as a successor of Czechoslovakia. The Czech Republic is a signatory to numerous international treaties. Some are the so-called universal, some regional: Convention against Torture, Convention on the Rights of the Child or the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, to mention a few.

As mentioned above, the final source of protection of human rights comes from the EU law. The Czech Republic joined the EU in 2004 and, therefore, it is also bound by the EU primary and secondary legislation. As for human rights, we refer to the Charter of Fundamental Rights of the European Union (EU Charter). The EU Charter did not have full legal effect until the Lisbon Treaty entered into force. Nevertheless, during the process of ratification of the Lisbon Treaty, the then president of the Czech Republic, Václav Klaus feared that the EU Charter could dismantle the so-called “Beneš decrees”, which are the ordinances, based on which Germans from Sudetenland were forced to leave the territory of the Czech Republic after the World War II. Václav Klaus therefore refused to sign the Lisbon Treaty and to finalize the ratification thereof unless the Czech Republic was excluded from application of the EU Charter. The process of ratification was completed upon a condition that there would be an opt-out from the EU Charter. The purpose of the opt-out was to exclude application of the EU Charter to the Czech Republic. Based on this condition, the Council of the EU agreed that “at the time of the conclusion of the next Accession Treaty, the application of the EU Charter to the Czech

Republic would be excluded” (Council of the EU, CONCL 3 2009). Nevertheless, the request for an opt-out was withdrawn at the beginning of 2014.

The three sources of protection of human rights in the Czech Republic, i.e. (i) national legislation and Constitutional Court’s decisions, (ii) international treaties and conventions on protection of human rights, and (iii) EU legislation on protection of human rights. All these three sources are interconnected. The Article 1 of the Constitution sets forth that the Czech Republic shall observe its obligations resulting from international law. According to the Article 10, all promulgated treaties which were ratified with an approval of the Parliament are part of the legal order of the Czech Republic, i.e. they became part of the system of laws. Such treaties are also given priority over national laws: “if a treaty provides something other than what is provided by a statute, the treaty shall apply”.

6.1.3 The Czech Constitutional Court and the Constitution

We mentioned above that there are numerous decisions of the Constitutional Court concerning human rights. These decisions sometimes refer to obligations that the Czech Republic has under the international treaties on human rights.¹ The Constitutional Court plays an important role. It is not a regular court, but rather a special court with special powers and function. One of its main tasks is to review particular complaints. Such complaints may be raised by an individual who claims that his or her fundamental human right or freedom which is guaranteed by the constitutional laws or international treaties was breached by final and binding decisions issued by a public authority. This, however, is just one of the powers of the Constitutional Court. Another important power of the Court is the authority to abolish laws (statutes) or provisions thereof should they conflict the constitutional order. Based on this power, the Constitutional Court is often called “negative legislator”.²

The Charter is another important constitutional law. The Charter follows the natural law doctrine and considers the fundamental human rights and freedoms as something that applies to all people, as it extends from their humanity. In the Charter, there is stated that human rights “emerge from the universally-shared values of humanity and from the nations’ traditions of democracy and self-government”. It is typical for the natural law doctrine that it does not “form” new rights, but it rather recognizes and guarantees the fundamental rights and freedoms that have already existed. From this point of view, the human rights and freedoms do not depend on the Charter, and thus they cannot be repealed or cancelled.

¹ See the decisions of the Constitutional Court No Pl. U.S. 19/93, Pl. U.S. 25/97, Pl. U.S. 7/2000, Pl. U.S. 5/01, Pl. U.S. 31/03, Pl. U.S. 2/02, and so on. <http://nalus.usoud.cz/Search/Search.aspx>. Accessed 17 July 2014.

² The powers of the Constitutional Court are set forth in the Act on the Constitutional Court No 182/1993 Coll. A list of powers of the Constitutional Court: <http://www.usoud.cz/en/competences/>.

Although the natural law doctrine understands the fundamental human rights and freedoms as unalienable, the Charter recognizes certain limits on exercising human rights. For example, the Article 4 of the Charter set forth some of the limits. Although the essence of these limits is not included in the Charter, it may be deduced from several rulings of the Constitutional Court. In the decision No I.ÚS 557/05, the Constitutional court explains that such a limitation may only be done in extraordinary circumstances and it should always be considered whether such a limit is proportionate to the goals to be achieved. The Court also emphasizes the Charter's natural law approach that "individual's sphere of autonomy is protected", i.e. not created, by the state. See below excerpt from the decision:

The core attribute of the rule of law is protection of the fundamental rights of an individual, which may be interfered only in extraordinary circumstances, especially if an individual by means of his or her manifestations infringes the rights of third parties or if such an infringement may be justified by certain public interest, which however may only lead to a proportionate limitation of the particular fundamental right. /.../ The individual's sphere of autonomy is protected by the state; on the one hand the state provides protection against any interference made by third parties and the state itself carries out only such acts that do not interfere with that individual's sphere, i.e. the state may only infringe if there are circumstances supported by the public interest and if such an infringement is proportionate (adequate) with respect to the goals to be achieved.

6.2 The Influence of Human Rights and Basic Rights in Contract Law

6.2.1 *General Principles of Private Law*

From the point of view of 'continental law system' (compare Fleiner 2005 or Helmholz 1990), which is also known under the name 'civil law system', it is strongly differentiated between private law and public law. There are several doctrines on differentiation between private and public law. Some of them are based on the Roman law traditions. The concept of civil law (in strict sense) refers to a subgroup of private law. Civil law may be divided in many partial areas, such as family law, law of obligations, contract law, law in rem, or certain issues concerning a person's status, etc. Some of these partial areas are considered sub-branches of civil law.

Principally, protection of human rights is embodied in constitutional law, which, however, belongs to public law. Nevertheless, the constitutional principles are reflected in many other branches of law. Civil law, as one of the branches of private law, stands as an example. Some of the general principles of civil law are modified by the protection of human rights. One of the core principles of private law is the principle of "freedom of contract", whose purpose is to ensure that contractual parties are free to enter into their contractual arrangements. As for this principle, the Constitutional Court ruled that "*protection of freedom of contract derives from the*

constitutional protection of property rights” (Constitutional Court decision No Pl. ÚS 40/02). The principle of ‘freedom of contract’ is however often limited by some of the other private-law principles. For example, it is limited by the principle *pacta sunt servanda* (agreements must be kept, i.e. complied with). The Czech civil law also recognizes the principle of ‘good mores’, which prohibits individuals to exercise any immoral rights (rights *contra bonos mores*). Although some of these limits and exceptions are expressed in laws, the courts in the Czech Republic often stick to the doctrine that certain principles of private law do not need to be expressly included in laws, as they may be deduced from the democratic principles and the essence of rule of law.

The private law principles represent a broader category than the civil law principles, which corresponds to the abovementioned differentiation between private law and civil law. Civil law is a sub-group of private law. There are some principles which belong to only certain area of civil law, for example principles concerning contract law, where the abovementioned principle of ‘freedom of contract’ belongs. There are several other contract-law principles, such as the principle of equality of the parties in commercial obligations, the principle of no required form of negotiation, principle that agreements must be kept, to name a few.

Civil law underwent a large recodification over the last years. On January 1, 2014, the new Czech Civil Code entered into force. It is the Act No 89/2012 (the ‘new Civil Code’), which replaced the former Civil Code, i.e. the Act No 40/1964 and several other laws and ordinances. Recodification of civil law brought with it an opportunity to rethink the role of protection of human rights in private law and incorporate the fundamental rights into private law. Although the new Civil Code does not contain the words ‘human rights’, it definitely incorporates them. The new Civil Code puts more emphasis on the principle of freedom of contract, as it prefers the autonomy of will. However, even the autonomy of will is subject to certain limits. The Constitutional Court’s decision No II ÚS 3/06 says that although respect and protection of autonomy is an essential condition for proper functioning of substantive law, protection of autonomy cannot be absolute, especially if there is a fundamental right of another individual or a constitutional principle, the autonomy shall be limited proportionally. There is a similar approach concerning collision of two human rights reflected in private law; the test is called a ‘proportionality test’ (Constitutional Court decision No Pl. ÚS 42/03).

6.2.2 Protection of Human Rights in Contract Law

In the following example, we can observe a collision of two rights regarding contract law (lease contract) and a way in which the Constitutional Court applied the ‘proportionality test’: *“Tenancy is a legitimate objective limitation of property rights. If the legitimate aim of protecting the lease is motivated by social reasons, i.e. by a requirement to ensure an adequate standard of living to a tenant, this includes adequate housing as well as the satisfaction of the basic need to have a*

safe place where one can lay your head, then it is clear that further restrictions of the landlord beyond the requirement on satisfying the basic housing needs of tenants would not succeed in the test of proportionality.” The ‘proportionality test’, therefore, serves as scales on which the Court weights the two human rights that collided.

According to the new Civil Code, private law needs to be interpreted in accordance with the Charter, other constitutional laws and the values on which the constitutional order is grounded. If a collision occurs, interpretation that conforms to fundamental rights shall prevail (S 2 ff). In the new Civil Code, there are laid down some of the principles generally accepted in EU law. However, the principle of prohibition of discrimination is not openly stated there. We argue that despite the absence of having the principle included in the new Civil Code, the principle applies because it may be deduced from the other principles included in the Charter.

It is not typical for the lower courts of the Czech Republic to refer to the decisions of the Court of Justice of the European Union (CJEU). Some of the lower courts’ decisions are in conflict with the CJEU decisions. Such a discrepancy is repaired by the higher courts which rectify the wrong interpretation of the lower courts in order to comply with the EU law. The Constitutional court however does not have the power to review the subject matter considered by the general courts, which however have to include enough reasons in their decisions so that their decision could be reviewed by the higher courts. The Constitutional Court mainly considers whether the fundamental human rights and freedoms were breached.

There is no doubt that the practice of the Czech general courts and the Czech Constitutional Court is influenced by the European Court of Human Rights (ECtHR). The decisions of the ECtHR often indirectly influence Czech law. For example, we can mention the concept of ‘weaker party’. There is a general rule that private-law relationships ought to be balanced; any disproportion cannot be to the detriment of a consumer. This approach is connected with the abovementioned requirement of ‘good morals’. Despite the fact that the new Civil Code strengthened neoliberal approach, consumers remain protected, because the requirements on protection of consumers mainly come from the EU law. Consumer policy is part of the strategic objective of the EU (compare Special Eurobarometer 298 2008). One of the decisions of the Constitutional Court read: “*contractual terms of the consumer contracts cannot derogate from the law to the detriment of the consumer. Consumers cannot waive the rights granted to them by law, or in any other way deteriorate their position.... the standing of consumer shall not be deteriorated even with consumer’s consent. On the other hand, changes disfavouring the supplier are possible*” (Constitutional Court decision No I. ÚS 1845/11).

6.3 The Influence of Human Rights and Basic Rights in Tort Law

The new Civil Code caused that the general principles of tort law in the Czech civil law significantly shifted towards the European standards. The fundamental human rights concerning compensation for damage are more reflected now. Below, we outline the key approaches of the new Czech tort law.

Liability overtakes the principle of prevention – a principle that relates directly to torts and tort behaviour. According to this approach, it is desirable to prevent infringement than just to punish it. Liability is based on the principle *neminem ledere*. There is no harm if acting in accordance with law. Another approach concerning compensation for damage is *casum sentit dominus*. Claiming of someone's liability is based on the principle of autonomy, which means that it is up to the injured party whether or not it will bring the wrongdoer to the court. This principle is also closely connected with the principle of *vigilantibus iura*. The purpose of this principle is to make individuals concerning about their issues. There is another important principle regarding liability in tort law. It is the principle of equality of parties; no one can be judge in their own case.

In Czech private law, there are two kinds of liability recognized by law: so-called 'contractual liability' and 'non-contractual' liability. They are both grounded on presumption of negligence. In the cases where law requires that the wrongdoer's act was 'intentional', it has to be proved by the harmed party who claims the compensation. Aside from the general liability, which generally requires wrongdoer's intention to cause harm, the law also regulates a group of special situations to which strict liability applies. Based on the European standards, the new Civil Code makes it possible to claim compensation for immaterial damage. This applies mainly to illegal interfering in individual's or even entity's personality rights. The new Civil Code prefers the so-called 'natural' compensation (*restitutio in integrum*) to 'monetary' compensation. The extent of compensation for damage covers both the actual damage (*damnum emergens*) and lost earnings (*lucrum cessans*). The court, however, is entitled to lower the claimed amount if certain conditions are met. Aside from the objective criteria for determining the amount of compensation, the new Civil Code makes it possible to claim 'price of special preference' or compensation exceeding the price of the damage, for example costs incurred in connection with treating an injured animal (Eliáš 2005, 64).

In the new Civil Code, there is reflected a part of the European principles of tort law and some of the decisions of the European courts, for example the conditions of compensation for damage, compensation for immaterial loss, further steps to getting closer to the European level of compensation for damage caused by public authorities, etc. However, in some aspects, the reflection included in the new Civil Code may be considered as inconsistent, as it does not reflect all the significant, paradigmatic changes in the European principles of tort law.

6.4 The Influence of Human Rights and Basic Rights in Property Law

Being entitled to own a property allows individual to bear liability for his or her life. It allows individuals to develop and act. It gives the individuals the possibility of self-realization. Czech private law is based on the Hedemann's concept of ownership, which is based on the thesis that 'ownership binds'. It expresses the mutual co-existence of freedom and liability. Proprietary rights are not absolute; they have their own inner and outer limits. The latter are statutory limits; the former may be deduced from the Hedemann's concept. Ownership has an important social function within the Czech private law. The Charter does not determine ownership in a strictly individualist manner as the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen or the constitutions of liberal states in the nineteenth century, which promoted inviolability (or even sanctity) of ownership. It rather places an emphasis on liability of an owner to society, i.e. proprietary rights are not supposed to merely satisfy the needs of the owner, but society should also benefit from them.

The Czech Republic guarantees that it will protect ownership of all citizens and entities. The protection covers both protection from interference by the state authorities and other individuals or entities. The Constitutional Court openly stated that: "Although the guarantee of the proprietary rights under the Article 11 of the Charter applies only to the relationship between an individual and the state, these provisions also define an obligation of the public authorities to act in such a way that an individual's proprietary rights are not infringed by the public authorities themselves or to provide the owners with protection against other individuals or entities. Proprietary right is guaranteed by the cited provisions, and, therefore it is not protected only from the public authorities (*status negativus*), but it also requires to receive a certain positive consideration (especially protection) provided by the state (*status positivus*) (Constitutional Court decision No IV. ÚS 1735/07).

The decisions of the Constitutional Court dealing with restitutions that were taking place after the restoration of the democratic system are very interesting from the point of view of the protection of proprietary rights. The purpose of the restitution laws was to repair or at least reduce the injustice that had occurred in the totalitarian communist Czechoslovakia. On the other hand, reparation of injustice must not cause new injustice.³ Balancing between returning the originally expropriated property and granting compensation was sometime debatable. The Constitutional Court, however, follows to keep its preference to return property to the original owners over granting compensation (Constitutional Court decision No III. ÚS 575/05).

³ Compare *Pincova and Pinc vs. Czech Republic*, no. 36548/97, ECtHR 2002.

6.5 The Influence of Human Rights and Basic Rights in Family Law

The crucial sources of human rights concerning the area of Czech family law are especially the following:

- (a) UN Convention on the Rights of the Child, which has been embodied in the Czech legislation since 1991 (published under the No 104/1991);
- (b) European Convention on the Exercise of Children's Rights (published under the No 54/2001, collection of international treaties);
- (c) Convention on Human Rights and Biomedicine;
- (d) Charter on Fundamental Human Rights and Freedoms (published as a constitutional act No 23/1991; it has been embodied in the Czech legislation since January 1, 1993);
- (e) The new Czech Civil Code (the Act No 89/2012, which became effective on January 1, 2014).

The constitutional bases of Czech family law are set forth in the Article 32 of the Charter. Generally, the protection of human rights regarding family and parenthood ensures that: parenthood and family are protected by law; there is a special protection for children and youth. Similar approach is taken with respect to pregnant women. It is stated that pregnant women require special conditions, for example in the employment or labour issues. Children born in wedlock and out of wedlock are granted equal rights. Czech family law observes the principle that it is the parents' right to raise their children. This corresponds with the right of the children to be raised by their parents. Under certain conditions, however, the rights of parents may be limited and children may be taken from reckless parents against their will. Such an act, however, may only be done based on a court's decision.

The family law issues are also regulated by the new Civil Code. In the introductory provisions, there are outlined several principles of human rights within family law. Under the Section 3 para 1, private law shall protect natural rights of man to pursue happiness of his or her family. In the Section 3, para 2, letter B, there is set forth a special statutory protection of family, parenthood and marriage. Aside from that, the new Civil Code embodied many aspects of protection of human rights regarding family issues. Therefore, the area of human rights regarding family is more complex now in the Czech Republic. Including the provisions on family law into the codification has another important aspect: family-law relationships clearly fall under the general private law principles included in the introductory provisions of the new Civil Code.

The category of family, however, does not cover the registered partnership, which is governed by an independent act. The special protection that is granted to marriage and family does not apply to the registered partnership (Melzer et al. 2013, 84).

The development of family and its human-rights aspects in the Czech Republic corresponds with the development in other European states. Czech family law is getting closer to the family law standards in Europe. Nonetheless, there are still

areas that should be improved; for instance, as for reacting to the Principles of European Family Law prepared by the Commission on European Family Law (CEFL) (Králičková 2009, 47). The new Civil Code may be understood as a significant step towards enforcing the standards of understanding the human-rights dimensions of family law in the context of both law and practice.

The European theory concerning family issues has a great influence on the Czech family law, which started to promote horizontal effects of human rights; therefore, human rights are becoming an integral part of Czech family law (compare Wagnerová et al. 2012, 13).

6.6 The Influence of Human Rights and Basic Rights in Other Fields of Private Law

The new Civil Code has radically changed the approach to disabled people. The former legislation recognized a legal concept of ‘depriving of’ and ‘limiting’ one’s capability to carry out legal acts. The new Civil Code, however, only recognizes limitation of capability (legal capacity), i.e. there can no longer be a situation, which occurred when an individual was deprived of legal capacity, that a mentally ill person was not able to carry any legal acts and all acts carried by such a person were considered void. If a person, deprived of legal capacity, bought newspapers or cigarettes, in psychiatric hospital where he or she stayed, the act of purchase was considered to be invalid. The new Civil Code seems to be much more “human” and sensitive, in this respect.

The new Civil Code has also introduced changes in representation of minors with limited capability to act. The law established a new concept of ‘preliminary statement’, which gives the possibility to a person that expects to lose his or her capability, for example after being diagnosed with Alzheimer disease, to state that all his or her affairs be managed in a certain manner; they can also appoint a person who should take care of such affairs or who should become his or her guardian in the future. The new Civil Code has also recognized a concept that is to serve the persons suffering intellectual disability, which, however, are not so serious that the person’s capacity to carry out legal acts would have to be limited. In these cases, the decisions and legal acts are still made by the intellectually disabled, but he has a counsel who gives him advice on, for example, the consequences his decision could have. There needs to be concluded a special contract that has to be approved by a court.

The new Civil Code also offers an option to be represented by a household member. Both, the former Civil Code and the new Civil Code recognized the standardized classic institute of guardian. Aside from that, the new Civil Code introduced another opportunity: intellectually disabled adults who do not have any other representatives may be represented by a family member if such a family member has lived with the intellectually disabled person for at least the last 3 years in one household and if such a person is either a descendant, for example son, daughter,

grandchild, or an ancestor, for example mother, father, grandparent, or a brother, spouse or a registered partner of the intellectually disabled person. Such a representation, however, has to be approved by a court.

Therefore, we argue that the new Civil Code seems to be more “human” code, as it tries to offer to individuals better options for solution of the individual’s situation that is often uneasy.

6.7 Conclusion

There is no doubt that protection of human rights is an important area of law. Although it might seem that protection of human rights falls under constitutional law, we explained that protection of human rights is strongly reflected in private law, too. In the continental system of law, there are many different branches of private law, for example civil law, tort law, contract law, family, and many others. Protection of human rights may be tracked in every branch of private law. The purpose of this branch of law is mainly to regulate relationships between individuals. In these relationships, there are many situations in which it is necessary to protect human rights. In this paper, we focused on several areas of private law and described some of the core principles of protection of human rights in the Czech legislation. The ‘borders’ between the particular branches of law still remain, but the concept of human rights is so universal that it overlaps the particular branches. We pointed out how human rights are reflected in the new Civil Code. Aside from laws, we highlighted the importance of the Czech Constitutional Court, whose decisions strongly influence the interpretation and application of law in the Czech Republic. The decisions of the Constitutional Court have effects on all areas of law, including private law, which shows the significant complexity of all branches of law and the influence that law has on our daily lives.

Bibliography

- Council of the EU. CONCL 3 dated December 1, 2009. http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/110889.pdf. Accessed 17 July 2014.
- Eliáš, K. 2005. Náhrada škody v připravovaném návrhu českého občanského zákoníku. In: *Vývoj práva delikttní odpovědnosti za škodu v České republice*, ed. L. Tichý, 64–74. Prague: Rakousku a Evropě.
- Fleiner, T. 2005. *Common Law and Continental Law: Two Legal Systems*. Universitas Friburgensis. http://www.thomasfleiner.ch/files/documents/legalsystems_fulltext_final.pdf.
- Helmholz, R.H. 1990. Continental Law and Common Law: Historical Strangers or Companions? *Duke Law Journal* 6. <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3131&context=dlj>.
- Králíčková, Z. 2009. *Lidskoprávní dimenze českého rodinného práva*. Brno: MU.
- Melzer, F., Tégl, P. *et al.* 2013. *Občanský zákoník -velký komentář*. Volume I. § 1–117. Prague: Leges 2013.

Special Eurobarometr 298. 2008. Consumer protection in the internal market, European Commission. http://ec.europa.eu/consumers/strategy/facts_eurobar_en.htm.
Wagnerová, E; Šimíček, V.; Langášek, T., Pospíšil, I. *et al.* 2012. Listina základních práv a svobod. Komentář. Prague: Wolters Kluwer ČR.

Case Law

The decisions of the Constitutional Court No: Pl. U.S. 19/93, Pl. U.S. 25/97, Pl. U.S. 7/2000, Pl. U.S. 5/01, Pl. U.S. 31/03, Pl. U.S. 2/02, I.ÚS 557/05, Pl. ÚS 40/02, Pl. ÚS 42/03, III. ÚS 575/05.

Chapter 7

The Role of Human Rights and Fundamental Freedoms for the Development of Croatian Private Law

Tatjana Josipović

7.1 Introduction

Modern global and European trends in the protection of human rights and basic rights (fundamental rights) have had significant effects on the development of Croatian private law. There is currently not a single private law area whose development has not been affected by the demands for the protection of human rights and fundamental freedoms. Classical, traditional private law institutions are now being frequently interpreted in line with the high standards for the protection of human rights and fundamental freedoms. Indeed, all private law areas have been enriched by a number of new legal instruments aimed at providing efficient protection and the exercise of constitutionally guaranteed human rights and fundamental freedoms. The increased constitutionalisation of Croatian private law places new challenges every day on the Croatian legislator and on private law practitioners when it comes to the interpretation and application of the rules of contract law, tort law and property law. Similarly, new challenges are being faced by numerous other private law areas which have lately been significantly reformed to achieve the greater protection of human rights and fundamental freedoms (for example family law).

In this chapter, the author explains the constitutional concept of human rights and basic rights (fundamental freedoms) and its impact on individual private law areas. In particular, the principles of contract law, tort law, property law, family law and inheritance law are considered, as well as some exemptions from these principles that are of importance for the protection of human rights and fundamental freedoms. Current trends in the legislation and case law are also presented because they show heightened awareness of the need to protect human rights and fundamental freedoms in private law relations. These trends indicate that such demands for

T. Josipović (✉)

Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, 10000 Zagreb, Croatia

e-mail: tatjana.josipovic@zg.t-com.hr

the protection of human rights and fundamental freedoms are some of the key determinants for the further development of Croatian private law. The author also analyses new challenges to be met by Croatian private law to ensure that efficient protection of human rights and fundamental freedoms in private law relations is really achieved in practice.

7.2 Constitutional Concept of Human Rights and Basic Rights (Fundamental Freedoms)

7.2.1 Introduction

After Croatia gained its independence and autonomy in 1991, efficient protection of human and basic rights (fundamental freedoms) became an important issue for its further democratic development. The concept of human and basic rights (fundamental freedoms) was first introduced in the Constitution of the Republic of Croatia of 1990¹ (the Constitution). Its constitutional principles on the protection of human rights and basic freedoms are incorporated in numerous acts and bylaws and very efficient mechanisms for their protection have been established.

In the meantime, the Republic of Croatia acceded to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) and thus became a member of many international conventions on human rights. The Republic of Croatia actively participates in international and regional human rights conventions. The ECHR was signed on 6 November 1996. The ECHR entered into force on 5 November 1997 when the Act on the Confirmation of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its Protocols nos 1, 4, 6, 7 and 11² entered into force. Croatia ratified 14 protocols by which the ECHR was supplemented.^{3,4}

Besides the ECHR, Croatia has signed a number of other conventions of the Council of Europe that are important for the protection of human rights and fundamental freedoms, such as the European Social Charter, the European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman and Degrading Treatment or Punishment, the European Charter for Regional or Minority Languages, the Framework Convention for the Protection of National Minorities, the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with Regard to the Application of Biology and Medicine, the Convention on the Prohibition of Cloning Human Beings, the Convention for the Protection of Individuals with regard to

¹Official Gazette (OG) 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10 (consolidated text), 05/14.

²Official Gazette – International Treaties 18/97, 6/99 (consolidated text), 8/99.

³Official Gazette – International Treaties 14/02, 1/06.

⁴On the Republic of Croatia as a party to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms see more in Omejec (2013, 21–34, 46, 47).

Automatic Processing of Personal Data, regarding supervisory authorities and trans-border data flows, the Convention on Human Rights and Biomedicine concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin, the Convention on Cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems, the Convention on the Protection of Children Against Sexual Exploitation and Sexual Abuse, the European Charter of Local Self-Government, the Convention on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence.

Croatia is also a signatory of a whole series of the United Nations (UN) conventions in the area of the protection of human rights, such as the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights, the Convention on Non-applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity, the International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid, the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, the International Convention against Apartheid in Sports; the Convention on the Rights of the Child, the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, and others.⁵

The international conventions of importance for the protection of human rights, as well as all other international treaties signed and ratified by the Republic of Croatia, have a special status in the Croatian legal order. The Constitution expressly lays down (Article 141) that the international treaties, concluded and ratified in accordance with the Constitution and having entered into force as a component of the domestic legal order of the Republic of Croatia, have primacy over domestic law.

The protection of individual human rights and fundamental freedoms is harmonised with the level of protection of these rights and freedoms in the European Union (EU). Croatia, as the 28th Member State of the EU (since 1 July 2013), has fully adjusted its legislation in the area of human rights and fundamental freedoms with the *acquis communautaire* of the EU.⁶

⁵In addition to multilateral treaties on human rights protection, Croatia has signed numerous bilateral treaties with other countries that are of great importance for the protection of human rights in various fields of activity (social and health insurance, refugees, the protection of foreign investments, citizenship, etc.). For an overview of bilateral treaties and other international acts concluded by the Republic of Croatia with individual countries of the world, see at <http://www.mvep.hr/en/foreign-politics/bilateral-relations/overview-by-country/>. Accessed 15 July 2014.

⁶For example, all anti-discrimination directives of the EU have been implemented in the Croatian legal order. See Mišćenić (2014, 87–89).

7.2.2 *Legal Sources of Human Rights and Basic Rights*

The main source of human rights and fundamental freedoms is the Constitution. The exercise and protection of individual human rights and fundamental freedoms are provided for in separate acts. They, like all other laws, must conform to the constitutional provisions on human rights and fundamental freedoms. Constitutional provisions on human rights and fundamental freedoms are the basis for the interpretation of all other parts of the Constitution, all laws and regulations. Human rights and fundamental freedoms are the main frame for the Croatian legal order. Each segment of the Croatian legal order has to contribute to the protection of human rights and freedoms.

There is no single act in Croatia that would integrally provide for the exercise and protection of all human rights and fundamental freedoms in accordance with the constitutional principles. Individual aspects that are important for particular human rights and fundamental freedoms are regulated in numerous separate acts. There are many factors which determine the applicability of a particular act (or acts) to provide concrete protection and the exercise of a particular human right or fundamental freedom. These factors are the areas of life and the spheres of activity, the type of court or administrative proceedings, the specificity of the holder of a right or freedom, and the particular circumstances in which this right or freedom is exercised. The sole purpose of some acts is to ensure the protection or exercise of a right or a freedom, such as the Act on Gender Equality,⁷ the Anti-Discrimination Act,⁸ the Act on Personal Data Protection,⁹ the Act on the Right of Access to Information,¹⁰ the Act on the Protection of Mentally Disabled Persons,¹¹ the Asylum Act,¹² the Constitutional Act on the Rights of National Minorities¹³ and others. In addition, there is a large number of acts providing for particular segments of the Croatian legal system. Among other things, they provide for the exercise and protection of individual human rights and fundamental freedoms in different legal fields like the Act on Ownership and Other Property Rights/Property Act/PA,¹⁴ the Labour Act,¹⁵

⁷ OG 82/08.

⁸ OG 85/08, 112/12.

⁹ OG 103/03, 118/06, 41/08, 130/11, 106/12.

¹⁰ OG 25/13.

¹¹ OG 76/14.

¹² OG 79/07, 88/10, 143/13.

¹³ OG 155/02, 47/10, 80/10, 93/11.

¹⁴ OG 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14.

¹⁵ OG 93/14.

the Company Act,¹⁶ the Family Act,¹⁷ the Health Protection Act,¹⁸ the Rental Act,¹⁹ the Obligations Act,²⁰ the Protection of Nature Act,²¹ the Environmental Protection Act,²² the Succession Act,²³ the Crafts Act,²⁴ the Consumer Protection Act,²⁵ the Criminal Code,²⁶ the Social Welfare Act,²⁷ the acts from the area of education, and others. When it comes to the protection of particular human rights and fundamental freedoms in the proceedings before the court and other public bodies, particularly important are the Civil Procedure Act,²⁸ the Criminal Procedure Code,²⁹ the Administrative Act,³⁰ the Misdemeanour Act,³¹ the Courts Act³² and many others.

7.2.3 Constitutional Concept of Human Rights and Basic Rights (Fundamental Freedoms)

In Article 3 of the Constitution, it is expressly proclaimed that freedom, equal rights, national and gender equality, peace-making, social justice, respect for human rights, the inviolability of ownership, the conservation of nature and the environment, the rule of law and a democratic multiparty system are the highest values of the constitutional order of the Republic of Croatia. Article 3 of the Constitution serves as the basis for the interpretation of other provisions of the Constitution and for the elaboration of individual rights and freedoms in the Constitution and in the existing laws and bylaws. In conformity with its Article 3, the Constitution contains general provisions on the protection of human rights and fundamental freedoms, as well as the allowed limitations of human rights and fundamental freedoms (Articles 14–20).

¹⁶OG 111/93, 34/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 152/11, 111/12, 68/13.

¹⁷OG 75/14, 83/14.

¹⁸OG 50/08, 71/10, 139/10, 22/11, 84/11, 154/11, 12/12, 35/12, 70/12, 144/12, 82/13, 22/14, 154/14.

¹⁹OG 91/96, 48/98, 66/98, 22/06, 154/14.

²⁰OG 35/05, 41/08, 144/12, 81/13, 112/13.

²¹OG 80/13.

²²OG 80/13, 153/13.

²³OG 48/03, 163/03, 35/05, 127/13.

²⁴OG 41/14.

²⁵OG 41/14.

²⁶OG 110/97, 27/98, 50/00, 129/00, 51/01, 111/03, 190/03, 105/04, 84/05, 71/06, 110/07, 152/08, 57/11, 77/11, 125/11, 143/12.

²⁷OG 157/13, 152/14.

²⁸OG 4/77, 36/77, 6/80, 36/80, 43/82, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, 35/91, 53/91, 91/92, 112/99, 88/01, 117/03, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14.

²⁹OG 152/08, 76/09, 80/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14.

³⁰OG 47/09.

³¹OG 107/07, 39/13, 157/13.

³²OG 28/13.

The concept of all human rights and fundamental freedoms is laid down in Articles 21–70 of the Constitution. In the Constitution, human rights and fundamental freedoms are classified in two groups: (1) personal and political rights (Articles 21–47) and (2) economic, social and cultural rights (Articles 48–70). In brief, more than a third of the Croatian Constitution deals with the protection of human rights and fundamental freedoms.

For the purpose of protecting and exercising individual human rights and fundamental freedoms, numerous acts and regulations have been passed. The Croatian Parliament adopts laws (organic laws) elaborating the constitutionally established human rights and fundamental freedoms by a majority vote of all Members of Parliament (Article 83 of the Constitution) (see more in Barić 2009, 251–279). Therefore, the laws aimed at guaranteeing human rights and fundamental freedoms have greater legal force than other acts adopted by a majority vote, provided that a majority of its deputies are present at the Parliament session.

7.2.4 Legal Limits/Restrictions on Human Rights and Basic Rights

The grounds for the restriction of rights and freedoms are established in the Constitution. The main rule is that human rights and fundamental freedoms may only be restricted by law (but not by bylaws, Smerdel 2013, 2014). The reasons for restrictions may only be the protection of the freedoms and rights of others, public order, public morality and health (Article 16(1)). The Constitution expressly lays down that when imposing restrictions, the principle of proportionality must be observed: any restriction of freedoms and rights must be proportionate to the nature of the necessity for restriction in each individual case (Article 16(2)). There are separate rules governing restrictions during a state of war, or an immediate threat to the independence and to the unity of the Republic of Croatia, or in the event of severe natural disasters (Article 17). In all such cases, the Croatian Parliament decides by a two-thirds majority of all members or, if the Croatian Parliament is unable to convene, by the President of the Republic. The principle of proportionality must also be observed in these cases and the extent of such restrictions must be proportionate to the nature of the danger and may not result in the inequality of citizens with regard to race, colour, gender, language, religion, national or social origin (Article 17(3)). However, it is also expressly prescribed that the application of particular constitutional provisions on individual rights and freedoms may not be restricted even in cases of immediate threat to the existence of the State if these rights and freedoms concern the right to life, prohibition of torture, cruel or degrading treatment or punishment, or the legal definitions of punishable offences or punishment, or freedom of thought, conscience and religion (Article 17(4)). Particular grounds for the restriction of individual rights or freedoms are expressly specified in articles stipulating the content of individual rights and freedoms. Thus, for example,

Article 32(3) of the Constitution provides that freedom of movement within the territory of the Republic of Croatia and the right to enter or leave it may exceptionally be restricted by law if this is necessary to protect the legal order, health, or the rights and freedoms of others. In Article 34 of the Constitution, it is expressly provided when and how the right to a home may be restricted by a search of the home or other premises on the basis of a written warrant drafted and reasoned in conformity with law. Freedom and privacy of correspondence may also be restricted only by law if it is necessary for the protection of national security and the conduct of criminal proceedings (Article 36). The right to free association will be restricted by the prohibition of any violent threat to the democratic constitutional order and the independence, unity and territorial integrity of the Republic of Croatia (Article 43(2)). Ownership may be restricted or rescinded by law in the interest of the Republic of Croatia, and free enterprise and property rights may be exceptionally restricted by law for the purpose of protecting the interests and security of the Republic of Croatia, nature, the environment and public health (Article 50).³³

The constitutional principle that human rights and fundamental freedoms may be restricted solely by law and only in the cases laid down in the Constitution is implemented in practice in such a way that individual acts prescribing the exercise of particular rights and freedoms, or regulating certain legal areas, also prescribe how and under what conditions certain restrictions of rights and freedoms may be implemented in practice.³⁴ Any specific restrictions of human rights and fundamental freedoms in individual acts are laid down only for the reasons specified in the Constitution and they must be in conformity with the principle of proportionality (Article 16 of the Constitution).³⁵

7.2.5 Constitutional Review of the Legislation, Jurisprudence and Other Acts on the Basis of Human Rights and Basic Rights

7.2.5.1 Review of Constitutionality and Legality

A review of the legislation, jurisprudence and other acts on the basis of human rights and basic rights is under the jurisdiction of the Constitutional Court (Article 129 of the Constitution) (Smerdel 2013, 2014). The Constitutional Court of the

³³For more details on the above, see Part 7.5: The Influence of Human Rights and Basic Rights in Property Law.

³⁴For example the Defence Act (OG 73/13), the Criminal Code, the Criminal Procedure Act, the Act on Ownership and Other Real Rights, the Act on Access to Information, the Act on the Protection of Personal Data, the Associations Act (OG 74/14), the Labour Act, the Family Act, the Expropriation Act (OG 74/14), and others.

³⁵For more on the restrictions of human rights and basic rights in specific private law areas see above Parts 3, 4, 5, 6.

Republic of Croatia decides upon the compliance of laws with the Constitution and upon the compliance of other regulations with the Constitution and laws (Article 129, indents 1 and 2). Within this jurisdiction, the Constitutional Court decides whether the laws and other regulations are in conformity with the constitutional provisions on the protection of human rights and fundamental freedoms. On the other hand, the Constitutional Court decides on constitutional petitions (constitutional actions) against individual decisions taken by governmental agencies, bodies of local and regional self-government and legal persons vested with public authority where such decisions violate human rights and fundamental freedoms (Article 129, indent 4).³⁶ The rules on deciding on the constitutionality and legality of acts and other regulations and on constitutional complaints are elaborated in detail in the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia.^{37,38} This Act also provides for the position of individuals whose right or freedom has been infringed by a final decision rendered on the basis of an unconstitutional act or an illegal regulation.

The request for a review of the constitutionality of laws and the constitutionality and legality of other regulations may be presented by: one fifth of the members of the Croatian Parliament, a committee of the Croatian Parliament, the President of the Republic of Croatia, the Government of the Republic of Croatia (to review the constitutionality and legality of regulations), the Supreme Court of the Republic of Croatia, or another court (if the issue of constitutionality and legality has arisen in the proceedings conducted before that particular court, or the Ombudsperson (Article 35 of the Constitutional Act on the Constitutional Court). The right to initiate and propose a review of constitutionality and legality is vested in every individual

³⁶In the course of the proceedings, the Constitutional Court may render the so-called interim measures. The Constitutional Court may, prior to its final decision, temporarily suspend the execution of individual decisions or actions undertaken on the grounds of the law or other regulations, whose constitutionality *i.e.* legality is reviewed if their execution might cause grave and irreparable consequences for the realisation and protection of human and fundamental rights (Article 45 of the Constitutional Act on the Constitutional Court). The Constitutional Court thus temporarily suspended the execution of individual decisions undertaken on the grounds of the provisions of the Value Added Tax Act which were challenged because of the violation of the right to freedom of press (Dec. No.: U-I-3861/2013, 16 July 2013). In the proceedings for the assessment of constitutionality of the provisions of the Agricultural Land Act challenged as disproportional restrictions on the disposition of private ownership of agricultural land, the Constitutional Court temporarily suspended the application of these provisions and ruled that prior to a decision on the merits, private owners were allowed to dispose of agricultural land in accordance with the general regulations governing the disposition of real property (Dec. No. U-I-763/2009 U-I-1895/2009; U-I-1047/2010; U-I-1376/2010, 7 July 2010) Source web: http://www.usud.hr/default.aspx?Show=c_praksa_ustavnog_suda&m1=2&m2=0&Lang=hr. Accessed 1 June 2014.

³⁷OG 99/99, 29/02, 49/02.

³⁸In the period from 1990 to the end of June 2014, the Constitutional Court received a total of 9327 applications for the initiation of the proceedings for the assessment of conformity of regulations with the Constitution and the law (a total of 8668 applications were resolved). In comparison with other proceedings conducted before the Constitutional Court, the percentage of those initiated for the assessment of constitutionality and legality amounted to 11.5 %. For more see <http://www.usud.hr/default.aspx?Show=statistika&m1=22&m2=47&Lang=hr>. Accessed 15 September 2014.

or legal person (Article 38(1) of the Constitutional Act on the Constitutional Court).³⁹

The Constitutional Court itself may also decide to institute proceedings to review constitutionality and legality (Article 38(2) of the Constitutional Act on the Constitutional Court). If the Constitutional Court finds that the law is unconstitutional or illegal, it will repeal or annul the regulation (Article 129 of the Constitution). In such cases, persons whose rights have been infringed by a decision rendered on the basis of an unconstitutional act, or an illegal regulation, may avail themselves of special mechanisms for the protection of their rights and freedoms. Every individual or legal person whose right has been violated by a final individual act grounded on the repealed provisions of another regulation has the right to submit a request (within 6 months) to the competent body to change that individual act by the appropriate application of the provisions on renewing proceedings (Article 58 of the Constitutional Act on the Constitutional Court). However, if by changing the final individual act, the damaging effects that are the consequence of the violation of the party's rights cannot be redressed, the party may lodge a request with the competent court to redress these effects by compensation for damage (Article 59 of the Constitutional Act on the Constitutional Court) (for more, see Smerdel 2013, 436–441).

7.2.5.2 Standing of Private Individuals

Private individuals are authorised and entitled to propose to the Constitutional Court a review of the constitutionality and legality of laws and other regulations (Article 38(1) of the Constitutional Act on the Constitutional Court). After the Constitutional Court has proclaimed an act/a regulation as unconstitutional or illegal, private individuals may request amendments to individual acts passed on the basis of unconstitutional or illegal provisions (Articles 58, 59 of the Constitutional Act on the Constitutional Court).

The protection of human rights and fundamental freedoms (so-called constitutional rights) violated by an individual act of a state body, a body of local and regional self-government, or a legal person with public authority deciding on somebody's rights and obligations, or on a suspicion or accusation of a criminal act is exercised by way of a constitutional petition/complaint. Everyone may lodge a constitutional complaint with the Constitutional Court if he or she deems that an individual act of a public body has violated his or her human rights or fundamental freedoms (Article 62 of the Constitutional Act on the Constitutional Court).⁴⁰ The

³⁹For more details see 7.2.5.2.

⁴⁰In the period from 1990 to the end of June 2014, the Constitutional Court of the Republic of Croatia received 70,320 constitutional complaints and a total of 67,712 were decided. In comparison with other proceedings before the Constitutional Court, the percentage of the proceedings initiated by individual constitutional complaints was 79.6 %. In comparison with other proceedings before the Constitutional Court, the percentage of the proceedings initiated by individual constitu-

main condition for lodging a constitutional complaint is that in the proceedings in which the decision was rendered, all legal remedies have previously been exhausted. The constitutional complaint may be lodged within a period of 30 days from the day the decision was received (Article 64 of the Constitutional Act on the Constitutional Court). In principle, the constitutional complaint does not prevent the application of the disputed act. However, on the proposal of the applicant, the Constitutional Court may postpone the execution of the decision if it would cause such damage for the applicant that could hardly be repaired, and if the postponement is not contrary to public interest and would not cause greater damage to anyone (Article 67 of the Constitutional Act of the Constitutional Court). If the Constitutional Court decides that the constitutional complaint will be accepted, by its decision to accept it, the Constitutional Court repeals the disputed act by which a constitutional right has been violated. If the competent judicial or administrative body is obliged to pass a new act to replace the act that has been repealed, the Constitutional Court will return the matter to the body that passed the repealed act for renewed proceedings (Article 76 of the Constitutional Act on the Constitutional Court) (for more see Smerdel 2013, 441–446).

After the possibility to protect human rights or fundamental freedoms violated by an individual act has unsuccessfully been exhausted before the Constitutional Court, the injured person may seek protection of his or her right or freedom before the European Court of Human Rights (ECtHR) in accordance with the ECHR (for more see Smerdel 2013, 110–114).

Under the Courts Act of 2013, the protection of the right to a hearing within a reasonable time is exercised in accordance with the Courts Act (Articles 63–70). A party to the proceedings who believes that the court has not rendered its decision within a reasonable time may submit a request for the protection of the right to have a hearing within a reasonable time, and for the payment of compensation for the violation of such right. The request is submitted to the court before which the proceedings are conducted, and the president of the court decides on the request within 60 days from the receipt of the request. If the request is well-founded, a term of no longer than 60 days is determined within which the judge must solve the case. If the request is rejected as unfounded, the president of an immediately higher court decides on the appeal. If the court does not render its decision within the time limit, the party may seek compensation for the violation of the right to a hearing within a reasonable period of time (the compensation may not exceed HRK 35,000).

7.2.5.3 Human Rights and Basic Rights Commonly Litigated before the Courts and Tribunals

The best indicator to show which human rights and fundamental freedoms are most commonly litigated before the courts and tribunals in Croatia are the statistics of the Constitutional Court of the Republic of Croatia⁴¹ showing how many decisions the Constitutional Court has rendered by referring to the articles of the Constitution providing for human rights and fundamental freedoms. One of the rights whose protection is most frequently sought before the Constitutional Court is the right to impartial court proceedings within a reasonable time (Article 29). In addition, most cases deal with the protection of the principle of equality before the law (Article 14), the right to effective remedy – the right to appeal and the protection of the guarantee of judicial review (Articles 18 and 19), equality before the courts (Article 26), the protection of ownership and entrepreneurial freedom (Articles 48 and 49) and the protection of the right to personal and family life (Article 35).⁴² In the past few years, there has also been an increasing trend in the number of cases where protection from discrimination is sought in court actions, or through complaints submitted to competent ombudspersons.⁴³ The most frequent grounds in court actions and complaints about discrimination are race or ethnicity, skin colour or national affiliation, as well as discrimination based on gender or age, invalidity or health. The most common areas in which actions for discrimination are filed are labour relations and conditions.⁴⁴

Statistics show that the number of cases for the protection of fundamental human rights and freedoms litigated before international tribunals also increased. Until the end of 2013, the total number of judgments in which Croatia was a party was 263. In most judgements, at least one violation of human right and fundamental freedom was found (217), in 17 cases there was no violation. In 26 cases the procedure finished by a friendly settlement. In most cases, the right to a hearing within a reasonable period of time was violated (91 judgments), the right to a fair trial (73 judgments) and the right to effective remedy (31 judgments). As far as economic rights are concerned, most judgments dealt with the protection of property (17

⁴¹ http://www.usud.hr/default.aspx?Show=pregled_prema_člancima_Ustava_Republike_Hrvatske&m1=2&m2=74&Lang=hr. Accessed: 15 September 2014.

⁴² For more see at http://www.usud.hr/default.aspx?Show=pregled_prema_člancima_Ustava_Republike_Hrvatske&m1=2&m2=74&Lang=hr. Accessed 15 September 2014.

⁴³ For example, in 2013 the Ombudsperson received a total of 3021 complaints, *i.e.* 63 % more than in 2012. The largest increase was in the area of denationalisation, housing relations, health care, enforcements, construction, environmental protection and family relations. See the Ombudsperson's report for 2013 at <http://www.ombudsman.hr/index.php/hr/izvjesca/izvjesce-pravobraniteljice>; see also the practice of the Ombudsperson for Gender Equality at <http://www.prs.hr/index.php/odluke-prs>. Accessed 15 May 2014.

⁴⁴ See the Ombudsperson's report for 2013 at <http://www.ombudsman.hr/index.php/hr/izvjesca/izvjesce-pucke-pravobraniteljice>. Accessed 15 May 2014; see also the practice of the Ombudsperson for Gender Equality at <http://www.prs.hr/index.php/odluke-prs>.

judgments). In 2013, a total number of judgments in which Croatia was a party was 24. In most cases, the right to a fair trial was violated (10 cases).⁴⁵

7.2.6 Independent and Autonomous Body Exercising the Protection of Human Rights and Basic Rights

A very special role in the protection of human rights and fundamental freedoms is given to ombudspersons to whom private individuals may turn with their complaints regarding the exercise and protection of their rights and freedoms. In Croatia, there are several ombudspersons for various areas: the People's Ombudsperson,^{46,47} the Ombudsperson for Persons with Disabilities,^{48,49} the Ombudsperson for Children,^{50,51} the Ombudsperson for Gender Equality.^{52,53} The institution of Ombudsperson was introduced in the Croatian Constitution of 1990 (Article 93). The People's Ombudsperson is a commissioner of the Croatian Parliament responsible for the promotion and protection of human rights and freedoms enshrined in the Constitution, laws and international legal instruments on human rights and freedoms ratified by the Republic of Croatia. Everyone may lodge a complaint with the Ombudsperson if he or she deems that his or her constitutional or legal rights have been threatened or violated as a result of any illegal or irregular act by governmental bodies and the civil service, local and regional self-government bodies and bodies vested with public authority (Mađerić 2012). Ombudspersons for particular areas have been introduced by separate acts providing for the status of disabled persons, persons discriminated by gender, children, etc.

⁴⁵For more see at <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports>.

⁴⁶The Ombudsman Act, OG 76/12.

⁴⁷<http://www.ombudsman.hr/en/about-the-ombudsman.html>.

⁴⁸The Disability Ombudsman Act, OG 107/2007, 125/2011, 20/2012.

⁴⁹The Law on the Ombudsman for Children, OG 96/03.

⁵⁰ibid.

⁵¹<http://www.dijete.hr/en/ombudsman.html>.

⁵²Gender Equality Act, OG 82/08.

⁵³<http://www.prs.hr/index.php/english>.

7.3 The Influence of Human Rights and Basic Rights in Contract Law

7.3.1 General Remarks

The Croatian law on obligations and the law of contract are provided for in the Obligations Act (OA).⁵⁴ The Obligations Act has been in force since 1 January 2006. It is the main source of general law on obligations (contract law, tort law, extra-contractual obligations) in the Republic of Croatia. It generally follows the tradition of the former Obligations Act of 1978. The Obligations Act (in force from 1 January 2006) is the main source of general law on contract law in the Republic of Croatia.

The OA contains General and Special Parts. In the General Part, the principles of the law on obligations are laid down, as well as the existence, types and effects of obligations and the parties' legal and acting capacities. Contractual obligations are regulated in the Special Part II (general part⁵⁵ and 35 separate contracts). Aside from the OA being the general legal source of the contract law, there is a series of separate acts governing various contracts. These acts, as *leges speciales*, have precedence in application over the OA. If a particular contract is provided for by a separate act, the OA applies only subsidiarily, unless it is otherwise stipulated in a separate act. Different types of contracts are provided by the Act on Lease and Sale of Business Premises,⁵⁶ the Rental Act,⁵⁷ the Insurance Act,⁵⁸ the Leasing Act,⁵⁹ the Factoring Act,⁶⁰ the Credit Institutions Act,⁶¹ the Energy Act,⁶² the Electricity Market Act,⁶³ the Postal Services Act,⁶⁴ the Labour Act, as well as by many acts providing for air and railway traffic, electronic commerce, telecommunications and other areas.

The OA does not provide for the so-called consumer contract law. In some provisions, the OA only provides for the protection of consumers in consumer contracts (for example liability for material defects). Consumer contracts are provided for in a separate Consumer Protection Act. The Consumer Protection Act, aside from the general provisions on consumer protection, incorporates also some general provisions on consumer contract and special provisions on particular consumer contracts.

⁵⁴OG 35/05, 41/08, 144/12, 81/13, 112/13.

⁵⁵The general part contains general provisions applicable to all contracts such as those on entering into contracts, agency, interpretation of contract, effects of contract, invalidity of contract.

⁵⁶OG 125/11.

⁵⁷OG 91/96, 48/98, 66/98, 22/06.

⁵⁸OG 151/05, 87/08, 82/09, 54/13, 94/14.

⁵⁹OG 141/13.

⁶⁰OG 94/14.

⁶¹OG 159/13.

⁶²OG 120/12, 14/14.

⁶³OG 22/13.

⁶⁴OG 144/12, 153/13.

The directives of the EU on consumer protection and on particular consumer contracts have been incorporated in the Consumer Protection Act. The Consumer Protection Act is a *lex specialis* in relation to the OA. The provisions of the OA apply to obligations and relations between consumers and merchants only subsidiarily. The OA only applies if the Consumer Protection Act does not stipulate otherwise. There is also a lot of special acts providing rules on consumer protection such as the Consumer Credit Act,⁶⁵ the Insurance Act, the Leasing Act, the Credit Institutions Act, the Electronic Signature Act,⁶⁶ the E-Commerce Act,⁶⁷ the Energy Act, the Electricity Market Act, the Electronic Communications Act,⁶⁸ the Air Traffic Act,⁶⁹ the Postal Services Act, etc. These acts, as *leges speciales*, have precedence in application over the Consumer Protection Act.

Contract law rules do not contain any specific private law provisions on the content of human rights and fundamental freedoms. The provisions aimed at protecting human rights and fundamental freedoms in contract law mostly refer to constitutional provisions providing for their content and meaning. The contract law provisions on the protection and exercise of human rights and fundamental freedoms are interpreted in accordance with the constitutional determination of their content and in accordance with international documents on the protection of human rights and fundamental freedoms. Such practice can particularly be seen in Constitutional Court decisions. In its decisions following individual constitutional complaints seeking the protection of human rights and fundamental freedoms, the Constitutional Court of the Republic of Croatia frequently refers to the case law of the ECtHR. In a large number of decisions, the Constitutional Court of the Republic of Croatia bases the statement of reasons precisely upon the case law of the ECtHR.⁷⁰ Currently, other national courts rarely refer to international case law in the area of the protection of human rights and fundamental freedoms. Due to the fact that the Republic of Croatia became a full Member State of the EU only on 1 July 2013, we can expect Croatian national courts to start referring to the case law of the Court of Justice of the EU (CJEU) in their contract law cases.

On the other hand, at this point, in some areas of contract law, there are special provisions giving concrete form to the private law protection of human rights and fundamental freedoms and their limitation in some cases. All these provisions must be in conformity with the Constitution. There are no separate definitions of human rights and fundamental freedoms adapted to the specificities of contract law relations. Nevertheless, the protection of human rights and fundamental freedoms is strongly emphasised in contract law. This is particularly obvious in cases where the contract law rules protect the weaker contractual party. Protection of the weaker

⁶⁵ OG 75/09, 112/12, 143/13, 147/13.

⁶⁶ OG 10/02, 80/08, 30/14.

⁶⁷ OG 173/03, 67/08, 36/09, 130/11, 30/14.

⁶⁸ OG 73/08, 90/11, 133/12, 80/13, 71/14.

⁶⁹ OG 69/09, 84/11, 54/13, 127/13, 92/14.

⁷⁰ See the case law published at http://www.usud.hr/default.aspx?Show=c_praksa_ustavnog_suda&m1=2&m2=0&Lang=hr.

party in contract law is accomplished by the synergy of various “traditional” contract law principles and exceptions in their application, by some particular rules regarding the form of contracts and the participation of public bodies in their making (for example notarial acts), as well as by some new instruments adopted from EU law (for example unfair contract terms in consumer contracts) and particular procedural instruments for providing such protection (for example collective redress, Maganić 2014).

7.3.2 *General Principles of Contract Law*

The most important principles of Croatian contract law regulated in the Obligations Act are: the principle of the monistic regulation of all contracts (business to business (B2B), consumer to consumer (C2C), consumer to business (C2B), regardless of whether the contractual parties are merchants, professionals or consumers) (Article 14),⁷¹ the principle of freedom of contract (Articles 2, 11), the principle of equality of contractual parties (Article 3), the principle of good faith and fair dealing (Article 4), the principle of prohibition of abuse of rights (Article 6), the principle of equal value of mutual performances (Article 7), the principle of prohibition to cause damage (Article 8), the principle of the duty to perform obligations (Article 9) and the principle of cooperation (Article 5) (Klarić and Vedriš 2014).

All the aforementioned principles are important for the protection of human rights and basic rights in contractual relations (Nikšić 2014). The exemptions from the general principles of Croatian contract law have mostly resulted from the need, in some cases, for one of the parties to be granted greater protection of its basic rights. In other words, greater protection is always granted to the weaker contractual party (for example consumers, employees, discriminated persons, lessees, and the like) (see above under Klarić and Vedriš 2014; Nikšić 2014; Slakoper and Gorenc 2009). In accordance with the principle of freedom of contract, the parties are free to regulate their obligations (Article 2). Almost all the provisions of the OA providing for contractual obligations are of a dispositive character – the parties may regulate their mutual obligations in a manner other than in accordance with the OA provisions, unless otherwise indicated in a provision of the OA or by its meaning (Article 11). The principle of equality of the contractual parties expressly provides that they are equal (Article 3). The principle of good faith and fair dealing is of particular importance for the protection of human rights and basic rights. In creating obligations and exercising the rights and obligations resulting from such obliga-

⁷¹The exceptions when it comes to some consumer and commercial contractual relations are expressly provided in separate provisions of the OA. For example, the liability for material defects can be expressly excluded when commercial sales are involved (Article 408(1) OA). However, in the case of commercial contracts, when the liability for material defects is involved, a greater (professional) care is required (Article 402(1),(2) OA). Commercial contracts cannot be annulled because of *laesio enormis* (Article 375(5) OA), etc.

tions, the parties must act in good faith and in accordance with fair dealing (Article 4). The principle of prohibition of the abuse of rights is closely connected with that principle. It is prohibited to exercise any right resulting from an obligation that is contrary to the underlying purpose for which it was established or recognized by law (Article 6). When it comes to bilaterally binding contracts, one of the basic principles is the principle of the equal value of mutual performances (Article 7). The legal consequences for the violation of this principle are expressly regulated by law.⁷² The OA provides for a separate principle, *i.e.* the obligation of the contractual parties to co-operate in order to entirely and duly meet their obligations and to exercise the rights resulting from such obligations (Article 6). The principle of the duty to perform the obligations expressly lays down that the parties will perform their obligations and that they are liable for their performance (Article 9).

In the cases of acting contrary to the principles of the prohibition to cause damage (Article 8), the contractual party that, by violating its contractual obligation, caused damage to the other contractual party is held liable for the damage under the separate rules of tort (Articles 342–349 OA). In the cases where a contractual party does not perform a contractual obligation, or is late with the performance, the other contractual party is entitled to request compensation for the damage suffered thereby (Article 342(2) OA). A contractual party is also liable for the partial or total impossibility to perform, even though the impossibility was not its fault, if the impossibility occurred after the delay the party is liable for (Article 342(4)).⁷³ The contractual liability for damage may be extended by a clause to cases where there is no liability, although the fulfilment of such a clause may not be required if it is contrary to the principle of good faith and fair dealing (Article 34 OA). In addition, the contractual liability for damage may be restricted or excluded by a clause, but only for damage resulting from ordinary negligence (Article 345 OA). For damage resulting from intentional or gross negligence, it is not permitted to restrict or exclude the liability of a party. The contractual clause on exclusion or restriction will be void if such an agreement arises from a monopolistic position of the contractual party, or else from inequality in the relations between the contractual parties in general (Article 345(2) OA). Very interesting is the provision on the scope of compensation (Article 346). In principle, the aggrieved party is entitled to compensation for ordinary damage or

⁷²In the case of evident imbalance of mutual performances (*lesio enormis*), the injured party may request annulment of the contract provided that at the time of the conclusion of the contract, it did not know or had no reason to know of the true value of performance (Article 375(1) OA). A more drastic case of imbalance of mutual performance is a usurious contract. Such contracts are prohibited and they are null and void *ex lege*. These are contracts where one contractual party, exploiting the state of need or a difficult financial situation of another party, its lack of experience, levity or dependence, agreed a benefit for itself or for a third party that is manifestly disproportionate to whatever it has given to, or performed for, or has undertaken to give to or perform for the other party (Article 329(1) OA).

⁷³A contractual party will not be liable for damage if it can prove that it could not perform its obligation or that it is late with the performance due to external, extraordinary and unforeseeable circumstances arising after entering into the contract, which circumstances it could not have prevented, eliminated or avoided (Article 343 OA).

loss of earnings and to equitable non-pecuniary damage that, at the time of entering into a contract, had to be foreseen by the party as possible consequences of a breach of the contract considering the facts it knew or should have known at the time. The party has the right to compensation for the entire damage caused due to the breach of contract only in the case of fraud or deliberate non-performance or non-performance due to gross negligence (Klarić and Vedriš 2014; Nikšić 2014; Slakoper and Gorenc 2009).⁷⁴

7.3.3 Exceptions from the General Principles in Order to Protect Human Rights and Basic Rights

7.3.3.1 Limitation of Freedom of Contract

In Article 2 of the OA, it is expressly laid down that parties are free to regulate their obligations (including contractual obligations). However, the same provision expressly provides that the parties may not regulate their contractual relations contrary to the Constitution of the Republic of Croatia, mandatory laws and the morals of society. In other words, this means that parties are limited in their freedom because, when contracting, they must take into account all the provisions of the Constitution, including those on the protection of human rights and fundamental freedoms, i.e. when entering into a contract, they must make sure that the agreed provisions do not violate human rights and fundamental freedoms guaranteed in the Constitution. This rule is not only declared as a principle of contract law in Article 2 of the OA, but it is also consistently carried through in the numerous provisions of the Act. In many provisions of the OA, reference is made to the Constitution of the Republic of Croatia and thus indirectly also to the need to protect human rights and fundamental freedoms in contractual relations (Klarić and Vedriš 2014; Nikšić 2014; Slakoper and Gorenc 2009). In the OA, it is not only expressly provided that parties may not regulate their contractual relations contrary to the Constitution of the Republic of Croatia (Article 2 OA). The effects of the rules of the Constitution on human rights and fundamental freedoms can also be found in other provisions of the OA. The OA expressly provides that a contract is null and void if it is contrary to the Constitution, the mandatory rules and the morals of society (Article 322). It is also null and void if the performance is inadmissible, i.e. if the performance is contrary to the Constitution, the mandatory rules and the morals of society (Articles 270, 271). A condition stipulated in the contract is also inadmissible if it is contrary to the Constitution of the Republic of Croatia, the mandatory law and the morals of

⁷⁴Unless the provisions of contractual liability for damage provide otherwise, the provisions of OA relating to compensation of non-contractual damage adequately apply to such damage (Article 349 OA).

society (Article 298).⁷⁵ By such express reference to the constitutional provisions in the OA, the prerequisites are created for the contractual provisions on human rights and fundamental freedoms, in a way, to have horizontal direct effects on contractual relations thus restricting the freedom of contracting.

Besides the general contract law laid down in the OA, some separate regulations also provide for the protection of human rights and fundamental freedoms in contracts and in such a way, they also prescribe some limitations on the freedom of contracting. The Labour Act thus prohibits any discrimination when an employment contract is made (Article 7(4)). The Anti-discrimination Act, among other things, also prohibits any discrimination when a contract is made defining work and working conditions, housing and access to goods and services and their provision (Article 8). The prohibition of discrimination thus also applies in certain areas involving contractual private persons and it limits their freedom of contracting.

Finally, a particular restriction on the freedom of contracting is separate rules on the mandatory entering into a contract (Article 248 OA). If a party is bound by law to enter into a contract, the other interested party may require that such a contract be entered into without delay (Klarić and Vedriš 2014; Nikšić 2014; Slakoper and Gorenc 2009). A person who is obliged under the law to conclude a contract will compensate for damage if he or she has failed to immediately conclude the contract at the request of the interested party (Article 1083 OA). A statutory obligation of entering into a contract is envisaged in the Residential Lease Act (RLA). Private owners of flats that used to be socially owned are bound to enter into a lease contract with the so-called protected lessee who had previously had a tenancy right on that particular flat (Article 31 RLA). A novelty is also a separate provision of the Enforcement Act on the protection of persons who must move out of their flats sold in enforcement proceedings, and who do not possess any other immovable and should, therefore, be treated differently (Article 127(2)–(5), in force since 1 September 2014). Such persons should be able to stay in such flats as lessees for a period of 12 months. A potential buyer must enter into a lease contract following a public auction. An explanation for such protection of debtors is the constitutional right to a home.⁷⁶

⁷⁵ In all the aforementioned cases, the protection of basic rights and fundamental freedoms is particularly emphasised also because the court examines the matter of nullity *ex officio*. On the other hand, any interested party may invoke nullity. The State Attorney is also entitled to request the establishment of nullity (Article 327 OA). Finally, OA has a rule on unlimited period for invoking nullity – the right to invoke nullity does not elapse (Article 328).

⁷⁶ See the explanation of the Draft Act on the Amendments to the Enforcement Act at <https://vlada.gov.hr/UserDocsImages//Sjednice/2014/171%20sjednica%20Vlade//171%20-%207.pdf>. Accessed 10 October 2014.

7.3.3.2 Exceptions from the Principles of Equality of Contractual Parties (Protection of the Weaker Party)

The principle of equality of contractual parties is one of the basic principles of the Croatian law of contract (Article 3 OA). In some cases, however, the OA and some other regulations protect one of the contractual parties as the weaker party. Most frequently, consumers are considered as weaker parties to contracts. There are also many other categories of persons who, because of some particular contractual relations they find themselves in, their specific characteristics, their treatment in society, or court proceedings conducted against them, may be considered as weaker parties. In Croatian contract law, such persons may be classified in various categories such as consumers, employees, lessees, debtors, guarantors, persons without business capacity, persons under age, deaf and blind persons, SMEs, and the like. On the one hand, the protection offered to all these parties is ensured through the traditional mechanisms of protection, *i.e.* through classical contract law instruments, such as nullity of contract due to lack of consent (threat, force, fraud – Articles 279, 284 OA), usurious contracts (Articles 329 OA), *clausula rebus sic stantibus* (Articles 369–372 OA.), *laesio enormis* (Articles 155–159 OA). On the other hand, some instruments are used to prevent the existence of imbalance between the parties through separate rules on the form of a contract (for example participation of the court or a notary public in the process of making a contract),⁷⁷ the rules on accessoriness of a secured debt contract, accessoriness of liens, and the like (Josipović 2014a, b).

The prevention of imbalance and the protection of the weaker party in the case of imbalance are achieved through separate contract law rules on forbidden contractual clauses, the nullity of some contractual clauses, limited disposition of some contractual clauses, as well as rules on the special rights and obligations of contractual parties. These rules are mostly contained in the OA but also in many other acts such as the Consumer Protection Act (CPA), the Labour Act, the Notaries Public Act,⁷⁸ the Property Act (PA), etc. Under the Labour Act, for example, only more favourable working conditions than those prescribed by the law may be contracted (Article 7(1)). Thus, for example, in the case of consumer contracts, there is a prohibition of the exclusion of liability for defects of things/services (Article 408 OA) and the prohibition of waiving consumer rights (Article 6 CPA). In the case of lien contracts, *lex commissoria* is forbidden (Article 307 PA). For example, the provisions on contracting compound interest are void (Article 27 OA), as are unfair provisions on general contract conditions (Article 296 OA), unfair provisions in consumer contracts (Article 49 CPA; Baretić and Markovinović 2012), the extension of contractual liability for damage contrary to the principle of good faith and fair dealing (Article 343 OA), the exclusion/limitation of liability for contractual damage/mate-

⁷⁷During authentication or drawing up the contract, the authorized person (notary public, judge) reads the contract to the parties thereto and warns them of its consequences (Article 580(2) OA, Article 106(3) IA, Article 134(4) SA).

⁷⁸OG 78/93, 29/94, 162/98, 16/07, 75/09.

rial/legal defects imposed by using a monopolistic position (Articles 345, 435, 558, 529 OA), etc. The protection of the weaker party is particularly emphasised because the court is *ex officio* attentive to void provisions. However, agreeing on some provisions is not principally forbidden, or void, but their inclusion is allowed only in particular cases where the weaker party does not suffer any damage. The exclusion/limitation of contractual liability is thus allowed only for damages incurred by way of ordinary negligence (Articles 345, 689 OA). Exclusion/limitation of liability for material/legal defects is only allowed for defects unknown to the seller/lessor (Articles 435, 558, 529 OA). The choice of law applicable to a consumer contract is allowed only if the consumer is not deprived of the rights he or she is entitled to under Croatian law (Article 41(3) CPA), etc.

To conclude, the protection of the weaker party is also exercised through the rules on the special rights and obligations of contractual parties, such as the consumer's right of withdrawal (Articles 72–79, 87, 88, 100 CPA; Article 901 OA), separate rules on the termination of a contract of employment, a contract of lease, a contract of protected lease (specified reasons, periods of notice, special procedure of cancellation, etc.), consumer rights to pre-contractual information (Articles 81, 98 CPA), the obligation of liability insurance (travel agencies, notaries public, attorneys-at-law), particular obligations of employers, lessors, traders, etc.

7.3.4 Trends in Contract Law with Respect to Human Rights and Basic Rights

In the process of accession to the EU, Croatia fully harmonised its national legislation with EU law and with all standards of the protection of human rights and fundamental freedoms stipulated in EU regulations and international conventions. A result of such harmonisation with EU law and with international standards of the protection of human rights and fundamental freedoms is that in Croatian law, both at the normative and practical levels, there is now much greater awareness of the need to protect human rights and fundamental freedoms in contract law. The standards of the protection of human rights and fundamental freedoms which had previously existed in Croatian contract law have now become much more concrete in numerous separate regulations. This has created the conditions for the efficient and better protection of human rights and fundamental freedoms in contract law.

In addition, some new procedural mechanisms of protection also contribute to better protection, particularly the institution of collective protection introduced in the CPA, the Anti-Discrimination Act and the Civil Procedure Act. In brief, there is a trend in Croatian law to extend and to give concrete form to the protection of human rights and fundamental freedoms in contract law and to introduce new procedural mechanisms for their protection (separate rules on burden of proof, the impact of judgments on third persons, special interim measures, collective claims,

and others).⁷⁹ It is to be expected that these new procedural mechanisms will contribute to an efficient protection of individual rights. Until now, the collective protection of consumers was accomplished in a single case only. On 4 July 2013, the Commercial Court in Zagreb rendered the first (still not final) judgment (No. P.1401/2012) by which the collective action of the Croatian Union of Associations for Consumer Protection – *POTROŠAČ* – against eight Croatian banks for consumer protection in the cases of consumer loans. This judgment protects consumers when entering into consumer contracts in Swiss francs (CFR) with a foreign currency clause and a variable interest rate because of unfair contractual provisions in contracts of consumer loans and because of unfair business practice. It was established in the decision that the banks had violated the consumers' collective interests and their rights because the regular interest rate was agreed upon which in the course of the existence of the contractual obligation in loan agreements was variable in accordance with the unilateral decision of the creditor. Prior and during the conclusion of the contract, the creditor and the consumers did not negotiate individually nor did they establish clear parameters and the method of their calculation of changing the contractual interest rate. In the end, it all resulted in misbalance of the rights and obligations of the contractual parties to the detriment of the consumers. The Court ordered the sued banks to stop with such an unfair business practice in the future. The judgment became final on 30 June 2014. The High Commercial Court of the Republic of Croatia partly reversed the first-instance decision. The prosecutor's demand to establish the foreign-currency clause in Swiss franc loans as unfair was rejected for being unfounded.⁸⁰ The first-instance judgment was confirmed in the part where it was established that the banks had violated consumers' collective interests by having unilaterally changed the contractual interest rate in consumer credit contracts. However, this judgment is only the basis upon which an individual consumer may bring a private action to request the return of unjustified interest on overdue payments.

For the past year or so, because of more and more financial problems Croatian citizens are faced with, there has been a trend of increased protection in the legislation in two directions. On the one hand, some new rules regarding the fulfilment of the undertaken financial obligations have been introduced. On the other hand, there have been some interventions in the regulation of enforcement to alleviate the position of debtors when debts are enforced, and to protect their basic rights to the maximum. In order to protect consumers when taking consumer loans, some new mandatory rules on the level of the interest rate were introduced in the Consumer Credit Act⁸¹ (the amendments entered into force on 1 January 2014). A statutory restriction on the level of variable interest rates has been expressly prescribed when

⁷⁹ Compare, for example, Articles 60, 93, 111 CPA; 502a–502h Civil Procedure Act.

⁸⁰ See the Decision of the High Commercial Court of the Republic of Croatia Pž-7129/13-4, http://www.vtsrh.hr/uploads/Novosti/VTSRH_P%C5%BE_7129-13-4_AN.pdf. Accessed 10 October 2014.

⁸¹ The Croatian Consumer Loans Act applies to all consumer loan contracts amounting to a total loan of HRK 1,000,000.00 (ca. EUR 131.752,31), including mortgage loans.

the exchange rate of the agreed currency increased for more than 20 %. The provisions on the statutory restriction of the interest rate are valid during such high appreciation. In addition, a creditor's obligation has been introduced to offer, after the statutory restriction on the level of interest rate has expired, a conversion of the remaining part of the foreign currency loan into a loan in HRK (Croatian kuna), or into a loan with a foreign currency clause (EUR). A maximum interest rate is determined for housing loans with a stipulated variable interest rate and for other consumer loans. These new rules apply to all housing and consumer loans, including those with a foreign currency clause (for example EUR, CHF). By 1 January 2014, creditors were bound to adjust the interest rates in the already concluded contracts with the new rules. The consequences of such changes have been significant decreases in credit instalments resulting from loans in CHF (according to estimates by the Ministry of Finance, the instalments will on average be one-fifth lower). The Enforcement Act was also amended to increase the protection of debtors.⁸² The possibility was introduced for debtors to request the postponement of enforcement involving their immovable if they can prove the possession of other assets for the settlement of creditors' claims (Article 84a OA). If a creditor does not settle his or her claims from such alternative assets, the enforcement proceedings involving the debtor's immovable continue. In addition, a debtor's right was introduced to continue living in his or her immovable for another year (if he or she does not own any other immovable) after his or her immovable had been sold in enforcement proceedings (a new Article 127(2)–(5) in force since 1 September 2014). In such a way, the citizens' constitutional right to a home is guaranteed based on a lease contract between the debtor (the former owner) and the new owner, *i.e.* the person who bought the piece of real property at a public auction.

At this point, however, there are no projects or *de lege ferenda* suggestions for changes in general contract law that would reflect the influence of human rights and fundamental freedoms. Croatian general contract law is now in the permanent process of harmonisation with EU law in accordance with the commitments made under the Accession Treaty. However, in the area of specific contract law, there are some ongoing projects which may have some impact on the protection of human rights and fundamental freedoms. For example, a public debate is now underway on the amendments to the Lease Act,⁸³ proposing the regulation of the legal status of owners of flats with protected tenants, *i.e.* the regulation of the rights of the owners of flats returned in the process of denationalisation but not yet being in their owners' possession. The regulation of their rights on these flats which must be returned to their possession should be based on the constitutional guarantee of ownership as a human right, which is also in conformity with the case law of the ECtHR. New obligations are proposed for protected tenants in terms of their use of such flats and the payment of rent. A public debate on the Draft Interest Act is also underway, proposing the consistent calculation of the interest rate for delay in payment, and

⁸²The Act on the Amendments to the Enforcement Act OG 93/14.

⁸³<http://www.mgipu.hr/default.aspx?id=16276>. Accessed 15 May 2014.

other interest stipulated by the contract which would result in a reduction of the maximum interest rate.⁸⁴

7.4 The Influence of Human Rights and Basic Rights in Tort Law

7.4.1 *General Remarks*

Croatian tort law, like contract law, is provided for in the Obligations Act (OA). The Croatian tort law is regulated in Articles 1045–1110 OA which provide for extra-contractual (tort) liability (Baretić 2014). Besides extra-contractual (tort) liability, Croatian law also regulates contractual liability, for example the liability for damage caused by non-performance of contractual obligations (Articles 342–349 OA) and pre-contractual liability, for example the liability for damage caused by negotiations or broken off negotiations contrary to the principle of good faith and fair dealing (Article 251 OA). There are also numerous separate acts governing other specific areas of extra-contractual liability for damage in particular cases (damages to environment, damages arising from terrorist acts and public protests, nuclear damages, the State’s liability for damage, etc.). All separate acts contain a number of specific rules on particular relations concerning obligations which significantly deviate from the general law on obligations. Croatian tort law is harmonised with all EU rules on tort law such as the Product Liability Directive, the rule “polluter pays” for environmental damages, etc. The Constitutional Court, in its decisions on the application of tort law for the protection of human rights and fundamental freedoms very often refers to the case law of the ECtHR.⁸⁵ Due to the fact that Croatia became a Member State of the EU only on 1 July 2013, it is to be expected that Croatian national courts will also start referring to the case law of the CJEU in their judgments in the area of the law of torts.

Croatian tort law has not introduced a specific concept for human rights and fundamental freedoms protected by tort law rules, nor have the rules on human rights and fundamental freedoms been modified for the needs arising from the application of tort law rules. The OA only contains a specification of some human rights and fundamental freedoms protected by the rules of tort law by way of the precise regulation of personality rights (Article 19). However, the OA does not contain a closed list of personality rights whose violation leads to extra-contractual liability. The OA expressly proclaims that any natural or legal person is entitled to the protection of personality rights under the conditions provided by law (Article 19(1)) and it specifies a list of typical personality rights belonging to natural and

⁸⁴The Draft Interest Act of 30 April, 2014 www.sabor.hr/fgs.axd?id=5333. Accessed 10 Oct. 2014.

⁸⁵See case law published at http://www.usud.hr/default.aspx?Show=c_praksa_ustavnog_suda&m1=2&m2=0&Lang=hr. Accessed 15 May 2014.

legal persons.⁸⁶ This does not exclude the possibility that compensation for damage is also sought for the violation of some other personality rights not specified in the OA, or that the injured party directly invokes the constitutional provisions on human rights and fundamental freedoms and requests compensation for damage because of their violation.

7.4.2 *General Principles of Tort Law*

The most important principles of tort law regulated in the OA are: the principle of prohibition of causing damage (Article 8), the principle of full compensation for damage (Article 1090), the principle of fault-based liability (Article 1045/1), the principle of presumed fault (Article 1045/2), the principle of strict liability/caused liability (Article 1045(3)), the principle of the protection of personality rights (Article 19), and the principle of satisfaction for non-material damage (Articles 1099, 1100).

The basic principle on which the Croatian tort law is based, is the principle of full compensation for damage (Article 1090). The main aim of the redress of damage is to eliminate damage completely by restitution or by pecuniary compensation (Baretić 2014; Klarić and Vedriš 2014). If damage is redressed by pecuniary compensation, the injured person has the right to compensation for both pure economic loss and the loss of profit (Article 1089/1 OA).⁸⁷ In Croatian law, tort liability is, as a rule, a fault-based liability. The guilt (*culpa levis*) is presumed. If the tortfeasor wishes to be freed from liability, he or she must prove that the damage has not occurred as a result of his or her own fault. The principle of strict liability/caused liability is applied only exceptionally, in specifically provided cases (Klarić and Vedriš 2014). In Croatian law, the protection of human rights and basic rights in the case of injury by tortious acts (civil delicts) is realised according to special rules providing that for the violation of these rights, redress for material damage and redress for non-material damage may be sought (Klarić and Vedriš 2014). In any case, when seeking compensation for damage, some preconditions must exist: a *tortfeasor* and the *injured party*, a tortious act/wrongful act (civil delict), damage (material or non material damage), a causal link between the wrongful act and the damage, and the unlawfulness of the wrongful act (contrariness to a legal provision or legal order). When the principle of fault-based liability is involved, the tortfeasor's guilt is required. For the protection of human rights and basic rights, particularly

⁸⁶Within the meaning of the OA, personality rights are understood to be the right to life, to physical and mental health, reputation, honour, dignity, name, privacy of personal and family life, freedom, and others. A legal entity has all the stated personality rights, other than the rights related to the biological character of a natural person, in particular the right to reputation and a good name, honour, name or firm name, business secrecy, freedom to conduct business, and others (Article 19(2), (3)).

⁸⁷The amount of damage will be determined with respect to the prices at the time of delivery of the court judgement, unless otherwise provided for by the law (Article 1089(2) OA).

favourable are the cases where the principle of strict liability is involved and where the causal link is presumed (for example the liability for damage from a hazardous thing). In that case, the injured party must only prove the damage and the wrongful act, while the causal link is presumed (Baretić 2014; Klarić and Vedriš 2014). The burden of proof for the non-existence of a causal link lies with the tortfeasor.⁸⁸ When the compensation for damage for the violation of human rights and basic rights is sought under the principle of fault-based liability, the injured party must prove the damage, the wrongful act, the causal link and unlawfulness, and the guilt will be presumed (only *culpa levis*). The tortfeasor must then prove non-existence. However, if damages are sought based on intention or the gross tortfeasor's negligence, the injured party must prove that damage occurred by the increased degree of guilt (Baretić 2014; Klarić and Vedriš 2014).

7.4.3 Exceptions from General Principles in Order to Protect Human Rights and Basic Rights

The OA expressly provides for cases where, despite the damage, there is no liability for it because the condition of unlawfulness, as one of the preconditions for liability for damage, has not been fulfilled. Among others, these are cases where damage results from justified self-defence, necessity or legitimate self-help. A person who has caused damage to his or her attacker will not be liable to redress such damage, unless self-defence was excessive (Article 1052(1) OA). A person who, in the case of legitimate self-help, inflicts damage on a person who provoked the need for self-help will not be liable to compensate such damage (Article 1053(1) OA). Legitimate self-help implies the right of every person to eliminate the violation of rights in the case of imminent danger, provided that such protection is necessary, and provided that the method of eliminating the violation of rights corresponds to the circumstances in which the danger occurs. These are exemptions from the rule of liability for damage caused by individuals who resorted to self-help or self-defence to defend their endangered human rights and fundamental freedoms (Baretić 2014; Klarić and Vedriš 2014).

A certain departure from the general principles of the law of tort, for the sake of greater and better protection of the violated rights, also exists in the rules governing strict liability, *i.e.* the liability for damage regardless of guilt. Such liability exists only exceptionally, in the cases listed in the law. It exists for damage caused in relation to a dangerous thing, or a dangerous activity (Article 1063 OA), for damage caused by a motor vehicle in operation (Article 1068 OA), damage caused by a

⁸⁸The tortfeasor will be released from liability in particular cases stipulated in the law if he proves that the damage results from another unforeseeable cause not incident to the thing, which could not be prevented, avoided or eliminated; if he proves that the damage has occurred exclusively due to an action of the injured party or a third party, which the former could not foresee and the consequences of which could not be avoided or eliminated (Article 1067 OA).

defect on a product (Article 1073 OA), and the like, where there was an enormous risk for individuals that such damage could be inflicted. The realisation of a request for compensation for damage is then much easier because the liability for damage exists even when the tortfeasor is not guilty of the caused damage. In most cases where the rules of strict liability are at issue, the injured party need not prove the causal link between the damage and the wrongful act, which significantly facilitates his or her prospects of realising the compensation claim. Under EU law, the causal link must only be proven in the case of damages caused by defective products (Baretić 2014).

The OA also provides for an exemption from the rule of full compensation, *i.e.* the possibility of reduction of compensation because of the difficult financial situation of the tortfeasor. The court may decide, taking into account the financial position of the injured party, to impose on the liable person compensation that is lower than the amount of damage if the damage was not caused intentionally or by gross negligence, and if the liable person is indigent and a full payment of the compensation would greatly impoverish that person (Article 1091(1) OA).

7.4.4 Tort Liability for Violation of Personality Rights (Redress for Non-material Damage)

The OA that has been effective since 1 January 2006 introduced a new concept of liability for non-material damage – the so-called objective concept of non-material damage based on the principle of the protection of personality rights. In Article 19, the OA expressly provides that any natural person or legal entity is entitled to the protection of its personality rights under the conditions provided by law. Personality rights are understood to be the right to life, to physical and mental health, reputation, honour, dignity, name, privacy of personal and family life, freedom and other rights. Both natural and legal persons are entitled to these personality rights (Baretić 2014; Klarić 2003). Legal persons are entitled to all personality rights other than those related to the biological character of a natural person, in particular the right to reputation and a good name, honour, name or company name, business secrecy, freedom to conduct business, and others. The objective concept of non-material damage is based on the rule that any violation of personality rights, independent of the degree and duration of the physical and mental pain and fear caused by the violation, in itself constitutes non-material damage. Such an objective concept of redress for non-material damage has significantly extended the protection of violated human rights and fundamental freedoms. The scope of such damages is thus significantly broadened to include persons whose personality rights are violated but who do not suffer any subjective difficulties, physical pain and fear, but are still entitled to compensation for damage.

In the OA, redress for non-material damage has two forms – a non-pecuniary form and pecuniary compensation (Baretić 2014; Klarić and Vedriš 2014). The right

to redress for non-material damage exists regardless of the fact that no material damage has been caused. On the other hand, any injured person decides alone which form of redress of non-material damage to request. Depending on the circumstances of every particular case, the injured party is entitled to seek both forms of redress, but it can also seek compensation for non-material damage if material damage was also caused. A non-pecuniary form of redress is the disclosure of a judgment or its modification (Article 1099 OA). The injured party, in the event of violation of personality rights, may request, at the expense of the defendant, the disclosure of the judgment or its modification, the withdrawal of the statement which caused the damage, or a similar action which may attain the purpose of achieving just pecuniary compensation. At the same time, the person whose rights have been violated may request the court, or another competent authority, to order the termination of the activity which violates that person's privacy rights and the elimination of its consequences (Article 1048 OA). The other form of redress for non-material damage – pecuniary compensation – is the obligation of the tortfeasor to pay just pecuniary compensation for the violation of personality rights (Article 1100 OA). Such compensation is awarded not only for already caused non-material damage but also for any future non-material damage if it is certain that it will occur in the future (Article 1104 OA). However, the violation of personality rights entitles a person to just pecuniary compensation only if the court finds that this is justified by the seriousness of the violation and the existing circumstances. In deciding on the amount of just pecuniary compensation, the court takes into account the degree and duration of the physical and mental pain and fear caused by the violation, the objective of this compensation, and the fact that it should not favour the aspirations that are not compatible with its nature and social purpose (Article 1100(1), (2) OA). The circle of persons entitled to just pecuniary compensation according to the OA is very wide. In the first place, an injured person is entitled to the right to just pecuniary compensation. In the event of death, or especially severe disability, the right to just pecuniary compensation belongs to the spouse or an extra-marital spouse, children and parents as the immediate family members. The same right belongs to brothers and sisters, grandparents and grandchildren if a more permanent co-habiting union existed between them and the deceased or injured person (Article 1101 OA). The right to just pecuniary compensation also belongs to a person against whom a criminal act against sexual freedom and sexual morality has been committed by deceit, under duress, or by abuse of any form of relationship of subordination or dependency (Article 1102 OA).

Compensation for the damage caused by the publication of information in the media is provided for in the Media Act (Articles 21, 22, 23). The publisher is the tortfeasor. The Media Act recognises the injured party's right to material and non-material damage and provides a list of exceptions where the publisher is not liable for damage. As a rule, non-material damage is compensated by the publication of information and by the publisher's apology and by the payment of compensation in accordance with the rules laid down in the OA (Article 22(1) of the Media Act). The right to an action for the compensation of non-material damage belongs to a person who asked the publisher in advance to publish a correction of the disputed

information, or the publisher's apology if the correction is not possible (Article 22(3)). Under the Media Act, an action for the compensation for damage must be filed not later than 3 months from the day of becoming aware of the published information which has caused damage (Article 23).

The OA also expressly prescribes the right to compensation of non-material damage in the event of violation of personality rights and disclosure of false information. A person who has compromised the reputation of another person, stated or disclosed false information on another person's past, knowledge, competence, or similar, and is aware or should be aware that this information is false, thereby causing material damage to that person, must compensate the injured party for the damage. Nevertheless, the person is not liable for damage caused if the false information has been disclosed to another without knowledge that it is false, or if none of the parties had serious interest in it (Article 1098 OA).

7.4.5 Protection of the Right to Privacy and Freedom of Expression

The right to privacy is a constitutional right/human right. The Constitution of the Republic of Croatia, in Article 35, provides for the protection of the personal and family life of every citizen. In addition, the Constitution also proclaims the right to access to information held by any public authority as a constitutional/human rights (Article 38). The restrictions on the right to access to information must be proportionate to the nature of the need for such restriction in each individual case and necessary in a free and democratic society, as stipulated by law. The balance between the right to privacy and the right to freedom of expression, among others, is essential in exercising press freedoms in the media and electronic media. The exercise of freedom of expression is regulated in the Media Act⁸⁹ and the Electronic Media Act.⁹⁰ Both these acts also lay down the limits of freedom of expression to protect the right to privacy. The standards of the right to privacy and maintaining balance between the right to expression and the right to privacy are harmonised with EU standards in this area. The Media Act guarantees the protection of privacy, dignity and honour. In addition, public officials and other public persons do not have the same expectation of privacy as other individuals (Article 7). In Article 8 of the Media Act, it is expressly provided that there is no violation of privacy if there is a prevailing public interest over the protection of privacy with regard to journalistic activities or the information itself. Public interest for restricting the right to privacy is determined on a case-to-case basis. In Article 12 of the Electronic Media Act, it is prohibited to promote and spread hatred or discrimination based on race or ethnic affiliation or colour, gender, language, religion, political or other belief, national or

⁸⁹OG 59/04, 84/11, 81/13.

⁹⁰OG 153/09, 84/11,94/13, 136/13.

social origin, property, trade union membership, education, social status, marital or family status, age, health condition, disability, genetic heritage, native identity, expression or sexual orientation, as well as anti-Semitism and xenophobia, and the ideas of fascist, nationalist, communist and other totalitarian regimes. The Electronic Media Act prohibits the publishing of information revealing the identity of a child up to 18 years of age involved in cases of any type of violence, regardless of the child's status as witness, victim or perpetrator, or in cases of attempted suicide or committed suicide, as well as introducing details of a child's family affairs and private life.

7.4.6 Trends in Tort Law with Respect to Human Rights and Basic Rights

In the area of tort law, there is an increased trend of extension of and making more concrete the protection of human rights and fundamental freedoms in both case law and in the legislation. There is also increased awareness of the need of greater protection of personality rights at both practical and legislative levels. The first major step to extend protection was made by the introduction of the so-called objective concept of non-material damage in the OA which has been effective since 2006. The new concept has broadened the possibility of protection in two directions. First, it is expressly regulated that both natural and legal persons enjoy the protection of their personal rights, including compensation for damage because of the violation of such rights (Article 19(1)). The OA lays down the criteria for the assessment of amounts of pecuniary satisfaction for natural and legal persons (Article 1100 OA). Second, the concept of non-material damage has been modified. The former OA of 1978 provided for the subjective concept of non-material damage, *i.e.* non-material damage was defined as physical and psychological suffering because of a decrease of life activities, damaged reputation, dignity, freedom and personality rights, and fear (Baretić 2014; Klarić and Vedriš 2014). On the basis of non-material damage regulated in such a way, the criteria for the determination of the amount of pecuniary satisfaction for non-material damage were defined in case law for individual types of non-material damage (the most recent criteria date from 2002).⁹¹ Even after the entry into force of the new OA, the criteria established in 2002 continued to be used for the assessment of the amount of pecuniary satisfaction, although the concept of non-material damage was changed. However, in the application of the new provisions of the OA on pecuniary satisfaction, there is a trend in case law of greater protection in the cases of violation of personality rights, and a tendency of going beyond the established criteria by awarding larger amounts of pecuniary satisfaction.

⁹¹ http://www.iusinfo.hr/Appendix/DDOKU_HR/DDHR20110111N53_5_1.pdf. Accessed 15 September 2014.

At the normative level, with the OA being the main source of tort law, there is a trend of introducing separate tort law rules for individual areas, for particular types of damage, in specific cases, and so on. These separate rules, such as the Media Act, the Act on the Protection of Patients' Rights,⁹² the Nature Protection Act, the Environmental Protection Act, the Air Protection Act,⁹³ the Consumer Protection Act, the Act on Pecuniary Compensation to Victims of Criminal Offences⁹⁴ and similar acts lay down special preconditions for compensation for damage in specific cases, or they make more concrete the prerequisites for the liability for extra-contractual damage provided for in the OA. In many of these acts we observe a trend of extending strict liability for non-contractual damage whereby the injured parties are given greater protection on the basis of the rules of tort law. Finally, we have also witnessed a trend of extending the obligation of liability insurance for many professions (attorneys-at-law, notaries public, automobile liability insurers, and others) whereby the possibility of receiving compensation for damage from insurance companies is much greater. At the legislative level, there is a trend of introducing mechanisms whose aim is to prevent damage in the first place. In a large number of cases, damage caused by the violation of a personality right is in many separate regulations considered as a misdemeanour for which the wrongdoer is liable, so that beside the civil law liability for damage, there is also a liability for misdemeanour, and sometimes also criminal liability.

Although the trend of introducing separate tort law rules is very obvious at the normative level, there has been no discussion so far concerning reform of the entire tort law. A specific modification of the general tort law legislation that would have an impact on the protection of human and basic rights has likewise not been discussed, except in the areas where individual legal segments must be aligned with EU law. There is a plan to adopt new media legislation by the end of 2014 in order to harmonise it with the EU directives on the media.⁹⁵ In practice (particularly among insurance companies), there have been discussions on the need to specify new criteria for the determination of pecuniary satisfaction for non-material damage by introducing uniform medical criteria⁹⁶ which would in the end bring about some changes in the scope of protection of personality rights. However, there have been no signs at this point that any such proposals to modify the criteria would be accepted in case law.

⁹²OG 169/04, 37/08.

⁹³OG 130/11, 47/14.

⁹⁴OG 80/08, 27/11.

⁹⁵See: *Prijedlog programa za preuzimanje i provedbu pravne stečevine Europske unije za 2014. godinu* (The National Programme for the Adoption and Implementation of the EU *acquis communautaire* for 2014). http://www.vlada.hr/hr/naslovnica/sjednice_i_odluke_vlade_rh/2013/132_sjednica_vlade_republike_hrvatske. Accessed 1 September 2014.

⁹⁶See, for example, the presentation by M. Ćurković, *Medicinske tablice i novi kriteriji za utvrđivanje visine pravične novčane naknade neimovinske štete*, Opatija 2011, http://www.hgk.hr/wp-content/blogs.dir/1/files_mf/medicinske_tablice_i_novi_kriteriji_za_utvrđivanje_visine_pravicne_novcane_naknade_neimovinske_stete.pdf. Accessed 1 June 2014.

7.5 The Influence of Human Rights and Basic Rights in Property Law

7.5.1 General Remarks

Croatian property law is provided for in the Act on Ownership and Other Real Rights (PA). The PA has been in force since 1 January 1997. It is the main source of property law in the Republic of Croatia. It generally follows the Austrian tradition of property law. The PA lays down the general rules on property law, the concepts of immovables and movables, ownership and other property rights, as well as the establishment, acquisition, protection and termination of property rights. Besides the PA, important sources of property law are the Land Register Act (LRA),⁹⁷ the Enforcement Act (EA),⁹⁸ the Act on the Register of Secured Transactions Established in Movables and Patrimonial Rights before a Court or Notary Public (the Registration Act).⁹⁹ Numerous regulations lay down a separate legal regime for special types of immovables or particular legal relations concerning immovables such as the Roads Act,¹⁰⁰ the Agricultural Land Act,¹⁰¹ the Waters Act,¹⁰² the Forests Act,¹⁰³ the Nature Protection Act, the Islands Act,¹⁰⁴ the Expropriation Act, and others. All these acts, as *lex specialis*, take precedence in application over the PA. The provisions of the PA apply subsidiarily only if there is no express provision governing a particular property relation in any of separate acts. Separate acts, in conformity with the Constitution, provide for a number of limitations on ownership and other property rights.

In connection with the harmonisation of Croatian property law with EU law, it must be emphasised that Croatia has implemented all the directives which directly or indirectly apply to property law. This has led to significant changes in some property law areas. For example, the implementation of Directive 2002/47/EC on financial collateral arrangements in Croatian law introduced a new security right on claims whose characteristics are significantly different from the traditional lien. On the other hand, Croatia has fully liberalised the acquisition of real estate by the nationals of EU Member States in accordance with the principle of free movement of capital in the EU. After the accession, the nationals of EU Member States are not in any way discriminated when acquiring real estate. The only immovables which may not be acquired during a transitional period of 7 years following the accession is the agricultural land (Josipović 2013).

⁹⁷OG 91/96, 68/98, 137/99, 73/00, 114/01, 100/04, 107/07, 52/08, 126/10, 55/13 and 60/13.

⁹⁸OG 112/12, 25/13, 94/14.

⁹⁹OG 121/05.

¹⁰⁰OG 84/11, 18/13, 22/13, 54/13, 148/13, 92/14.

¹⁰¹OG 39/13.

¹⁰²OG 153/09, 63/11, 130/11, 56/13, 14/14.

¹⁰³OG 140/05, 82/06, 129/08, 80/10, 124/10, 145/11,68/12, 148/13, 94/14.

¹⁰⁴OG 34/99, 149/99, 32/02, 33/06.

Croatian intellectual property law (Gliha 2014) encompasses copyright (*droit d'auteur*), trademark, patent, industrial design, geographical indications and appellations of origin as well as topographies of semi-conductor products. In the Croatian legal system, intellectual property law is not governed by intellectual property act/code. However, all its substantial parts have been enacted as separate acts. The main legal sources of intellectual property rights in Croatia are the following: the Copyright and the Related Rights Act,¹⁰⁵ the Trademarks Act,¹⁰⁶ the Patent Act,¹⁰⁷ the Industrial Design Act,¹⁰⁸ the Act on Geographical Indications and Designations of Origin of Product or Services,¹⁰⁹ the Act on the Protection of Topographies of Semi-Conductor Products.¹¹⁰ With this set of acts, and all their subsequent amendments, Croatia successfully harmonized its national intellectual property law with the EU *acquis communautaire*. Even though the intellectual property rights are not part of property law in general, some of the above mentioned acts specifically deal with ownership. For example, the Copyright and Related Rights Act expressly states that copyright is independent of the ownership of the copyrighted work (Article 77). Croatian copyright law is in accordance with the current international and European standards for the protection of basic human rights and fundamental freedoms. In addition to being a member of the World Intellectual Property Organization (WIPO) and the World Trade Organization (WTO), Croatia has fully implemented the Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council on harmonisation of certain aspects of copyright and all related rights in the information society (commonly referred to as Information Society or InfoSoc Directive). The Directive sets out the conditions for the exceptions and limitations of copyright with respect to the information society.

7.5.2 General Principles of Property Law

The most important principles of Croatian property law are: the principle of the closed number (*numerus clausus*) of property rights, the principle of the universal effect of property rights (*contralerga omnes*), the principle of speciality, the principle of publicity (Article 11(3) PA, Article 8 LRA), the principle of *bona fide* protection (Articles 118, 122–125 PA), the priority principle (Article 302 PA), the principle *superficies solo cedit* (Article 9 PA), the principle of causal tradition (Articles 116, 119 et al. PA) (Gavella et al. 2007; Josipović 2013).

Each of these property law principles is particularly important for the protection and exercise of human rights and basic freedoms in the area of property law. For the

¹⁰⁵ OG 167/03, 79/07, 80/11, 125/11, 141/13, 127/14.

¹⁰⁶ OG 173/03, 54/05, 76/07, 30/09, 49/11.

¹⁰⁷ OG 173/03, 87/05, 76/07, 30/09, 128/10, 49/11, 76/13.

¹⁰⁸ OG 173/03, 76/07, 30/09, 49/11.

¹⁰⁹ OG 80/13, 14/14.

¹¹⁰ OG 173/03, 76/07, 30/09, 49/11.

security of the legal transactions with movables and immovables, and a greater protection of the property right holders and acquirers, the number, the types and the essential content of property rights, as well as the basic conditions of acquisition, protection and their termination, must be determined by law (the principle of the closed number (*numerus clausus*) of property rights).¹¹¹ The principle of freedom of contract is not as prominent in property law as it is in contract law. The parties may not establish a new property right by contract if it is not specified by law, they may not agree on removing its universal effect, and they may not change the core content of rights specified by law. In order for property rights, as human rights protected by the Constitution, to be effectively protected, it is particularly important that they have an effect on all third persons (*contra omnes, erga omnes*). Precisely because of the universal effect of property rights, everyone is obliged to refrain from acts violating another person's property right. To achieve a universal effect of property rights, they must be publicised accordingly (principle of publicity). Publicity is achieved by the instruments laid down in the PA and the LRA.¹¹² Yet another basic condition for property rights to have an absolute effect and to be respected by every person is the requirement that every property right is established on a particular, individually specified thing (movable, immovable) with a precisely defined content (principle of speciality). Particularly important effects for the protection of *bona fide* third persons, who have participated in legal transactions by having confidence in the accuracy of the publicised legal status, are added to the legal effects of the publication of property rights (principle of *bona fide* protection). Croatian law offers great protection to fair acquirers of real property rights in cases when the publicised property status regarding a movable or an immovable is not correct. *Bona fide* third persons will be protected although they have acquired a property right from a person who is not its holder (the property right is only publicised in favour of that person). By the rules on *bona fide* protection, the preconditions for the acquisition of property rights from non-owners are thus established (Gavella et al. 2007; Josipović 2013). Finally, a particularly important property law principle is the priority principle determining the sequence of acquiring a property right on the same thing. The main rule is that the priority of property rights established on the same thing is determined according to the order of acquisition or establishment. When it comes to the acquisition of real rights by contract *inter vivos*, there is a rule in Croatian law that for the acquisition, two components must always cumulatively exist: a valid contract (*titulus*) and the corresponding modality (*modus*) of the acquisition of a property right (principle of causal tradition). The acquisition of the right takes place only after the appropriate modus of acquisition is made (for example the transfer of

¹¹¹ Based on the PA, the following rights exist in the Croatian legal order: ownership (Article 30 PA), easements (Article 174 PA), real burdens (Article 246 PA), the right to build (Article 280 PA) and liens (Article 297 PA).

¹¹² The publicity of property rights on movables is achieved by possession (Article 11(3) PA), while the publicity of property rights on immovables is achieved exclusively by an entry in the land register.

possession of a movable, registration in the land register or some other public register, and the like).

Concerning the problems connected with the protection of human rights and basic freedoms in the area of property law, it was particularly important to see how the transformation of the rights on movables and immovables in the so-called social ownership was carried out (Gavella and Josipović 2002). The property law reform in Croatia, after the abolishment of social ownership, went in two directions. On the one hand, only private ownership was introduced, *i.e.* social ownership was rescinded. On the other hand, the principle *superficies solo cedit* was reintroduced, according to which immovables are parcels of the earth's surface together with everything permanently affixed to the land, on or below the earth's surface (Articles 2(3), 9(1) PA). The reform was carried out in such a way that the principle of the protection of the acquired rights was observed to the maximum. The rights that existed on the socially owned things were transformed into the right of ownership. The owners of buildings that had been erected on the socially owned land became the owners of the whole immovable (the land and the building).

7.5.3 Exceptions from the General Principles in Order to Protect Human Rights and Basic Rights

7.5.3.1 Permitted Restrictions on Ownership

The right of ownership is a human right whose protection is guaranteed by the Constitution (Article 48). The Constitution expressly provides that the right of ownership is guaranteed. The PA defines ownership as a property right that gives the holder unlimited (integral) legal power over a thing. The owner has, *inter alia*, the right to the possession, use, utilisation and disposition (factual and legal) of the thing he or she owns. However, the Constitution expressly lays down that ownership implies obligations and that holders of the right of ownership and its users contribute to general welfare (Article 48(2)). Such a social component of ownership as a human right implies also the possibility of limiting ownership (Gavella et al. 2007). The Constitution expressly provides which restrictions of ownership are allowed and on which legal bases. In its Article 50, the Constitution lays down that in the interest of the Republic of Croatia, ownership may be restricted or rescinded by law, subject to indemnification equal to market value of the pertinent property. It is expressly laid down that free enterprise and property rights may be exceptionally restricted by law for the purpose of protecting the interests and security of the Republic of Croatia, nature and human environment and health. The Constitution, in Article 54, lays down that the law may prescribe that some immovables are of interest to the Republic of Croatia and that they enjoy its special protection (sea, seashore, islands, waters, air space, mineral resources and other natural assets, agricultural land, forests, flora and fauna, components of the natural environment, immovables and items of particular cultural, historical, economic or ecological

significance). When it comes to the assets of interest to the Republic of Croatia, the law must prescribe the manner in which these assets may be used and exploited by the holders of rights and by their owners. The law must also provide for the compensation for any restrictions imposed on the owners of such assets. The cited constitutional provisions were the basis for the regulation of restrictions on ownership as a human right in numerous regulations.

The Expropriation Act lays down that in the interest of the Republic of Croatia, ownership may be taken away by law (complete expropriation), or it may be limited by the establishment of a right (easement, lease) on the owner's thing (incomplete expropriation). In such a case, the owner is entitled to the compensation amounting to the market value of the expropriated land. A new Expropriation Act is in force from 26 June 2014. It is intended to ensure greater protection of owners in the process of expropriation by providing the criteria for the determination of compensation for expropriation. Expropriation proceedings have thus become more transparent. Indeed, a special Regulation on the Evaluation of Immovable Property was adopted,¹¹³ laying down the methods of evaluating immovables in the process of expropriation. On the other hand, the new Expropriation Act expressly provides that the same criteria applying to expropriation proceedings are also applied when compensation is paid to persons whose ownership of immovable property terminates by virtue of some other act (for example by declaring an immovable to be a maritime good, by an immovable being transferred to the ownership of the Republic of Croatia whereby a foreigner may not inherit it). The Property Act lays down general and specific (particular) limitations on ownership. General statutory limitations (Article 31 PA) are valid and effective in relation to every owner of individual things. These limitations are based on the constitutional provision stating that general interests and other people's interests that are not in contradiction with the owner's right must be taken into consideration. General limitations particularly oblige the owner not to use his right with the purpose of harming or bothering another person (prohibition of misusing the right of ownership). The owner is not authorised to prohibit another person's interventions or works on his or her thing if they are necessary to remove the damage directly threatening another person that would be disproportionately greater than the damage the owner would suffer as a result of the works. The owner is also not authorised to prohibit works by another person at a height or depth at which he has no justified interest to exclude them (Gavella et al. 2007; Josipović 2013). The PA also lays down that the owner, in exercising his ownership rights, may also be limited by particular statutory limitations (Article 32). The constitutional basis for such limitations is provided in Article 52 of the Constitution. Particular statutory limitations bind only the owners of particular things. The owners of such particular things may exercise their ownership rights only within some limitations based on a particular piece of legislation with the aim of protecting the interests and security of the State, nature, the human environment and health. Particular statutory limitations on ownership are also laid down in order to protect things proclaimed to be of interest to the Republic of Croatia. The owners

¹¹³OG 74/14.

of such things may then be bound by law to use such things in a strictly prescribed way. If the owner does not act in accordance with the obligations imposed by local self-government bodies, these bodies may take temporary control of the thing by applying the rules on temporary custody (sequestration) (Gavella et al. 2007). Special limitations on ownership over things proclaimed to be of special interest for the Republic of Croatia are set forth in many acts such as the Agricultural Land Act, the Forests Act, the Nature Protection Act, the Islands Act, the Act on the Protection and Preservation of Cultural Goods, the Hunting Act, the Defence Act and others (Gavella et al. 2011). All these special limitations on ownership are governed by the rule that they must be proportionate (Article 16 of the Constitution) and that the owner is entitled to compensation for such limitation (Article 52 of the Constitution).

7.5.3.2 Permitted Restrictions on the Right to the Protection of Personal Data

The Constitution of the Republic of Croatia expressly provides that the restrictions on the right to access to information must be proportionate to the nature of the need for such restriction in each individual case and necessary in a free and democratic society and that they must be stipulated by law (Article 38(5) of the Constitution). The Republic of Croatia has recently enacted a new act on access to information, namely the Act on the Right to Access to Information. The Act sets forth the obligations of public authorities to disclose information every individual is entitled to receive. For the reasons of state security and due process of law, some types of information are excluded from the scope of this Act (Article 1(3)–(4)). Article 15 of the Act provides the conditions for the restriction on the right to access to information. Pursuant to subsection 2 of this Article, public authorities may limit access to information if such information constitutes a state secret, a professional secret, if it is protected under tax law, if the information is protected under the protection of personal data laws, if disclosure of such information could significantly endanger a decision-making process within the public authority, etc. As a safeguard and prior to the decision that restricts access to certain information, the Act provides for the necessary proportionality and public interest test that should be conducted by the public authority competent for the disclosure of the information in question (Article 16).

The right to protection of personal data is a human right guaranteed by Article 37 of the Constitution where it is expressly provided that without the consent from the person concerned, personal data may be collected, processed, and used only under the conditions specified by law. In conformity with the above said, the protection of data and an oversight of the operation of information systems in the State are regulated by law. The use of personal data contrary to the express purpose of their collection is prohibited. The right to protection of personal data is regulated by the Personal Data Protection Act.¹¹⁴ Article 23 of the Act provides the requirements for

¹¹⁴OG 103/03, 118/06, 41/08, 130/11, 106/12.

the restriction of the rights guaranteed under this Act: (a) the restriction has to be prescribed by law, (b) it has to serve the legitimate aims provided by the Personal Data Protection Act and (c) it has to be proportionate to the legitimate aim pursued. Any violation of the rights and obligations under this Act can be submitted to the Croatian Data Protection Agency as provided in Article 24 of this Act.

7.5.4 Impact of the Case Law on Human Rights and Basic Rights of the Regional and International Courts on Property Law

The content of Croatian property law is permanently harmonised with the case law on human rights of the ECtHR. It can mostly be seen in the area of separate legal regimes governing immovables. Individual restrictions on ownership over such immovables are often subject of examination by the Constitutional Court of the Republic of Croatia from two aspects: admissibility and proportionality (Radolović 2010). The Constitutional Court refers to the case law of the ECtHR regarding the criteria for the assessment of admissibility and proportionality of limitations on ownership. The best example here is the Constitutional Court decision U-I-763/2009 of 30/03/2011¹¹⁵ in which the Constitutional Court rescinded the provisions of the former Agricultural Land Act of 2008 by which disproportional restrictions on the free use of land were imposed on the owners of agricultural land. The criterion for the assessment of proportionality of the restrictions was the case law of the ECHR which the Constitutional Court expressly referred to in its decision. The consequences of the CC decision were first the amendments to the Agricultural Land Act during 2011 and then the adoption of the new Agricultural Land Act in 2013 where there were no longer any disproportional restrictions on the ownership of agricultural land.

The most recent case law of the Constitutional Court of the Republic of Croatia in proceedings upon constitutional complaints for the protection of ownership as a constitutional/human right is also very significant. Indeed, the Constitutional Court started making rulings whereby enforcement is postponed on social grounds by referring to the provisions on the postponement of enforcement until a decision on the constitutional complaint is rendered (Article 67(2) of the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia).¹¹⁶ In its ruling of 30 June 2014, the Constitutional Court temporarily postponed the implementation of enforcement by postponing an already scheduled auction for selling an immovable. The ruling was made on the application of a person lodging a constitutional complaint (a debtor in enforcement proceedings) for the protection of her ownership of an immovable which was the object of enforcement proceedings. The postponement of enforcement

¹¹⁵OG 39/11.

¹¹⁶OG 49/02.

was explained by the applicant's difficult life situation as a socially handicapped person with no steady income and living in the immovable which was up for auction (point 9 of the ruling). By taking into consideration these circumstances, the Constitutional Court held that such a postponement of enforcement in this concrete case was not contrary to public interest and would not cause additional damage to anyone. The Court also held that a public auction would cause irreparable damage to the applicant (point 10 of the ruling). Therefore, the implementation of enforcement was postponed until the final decision of the Constitutional Court on the foundedness of the constitutional complaint is rendered.¹¹⁷

7.5.5 Trends in Property Law with Respect to Human Rights and Basic Rights

In the case law of the Constitutional Court and of other national courts, there is a trend of increased protection of ownership as a human right, particularly with regard to the allowed restrictions on ownership. The application of the constitutional rules on guaranteeing ownership as a human right has in practice been widely interpreted, so that their application is also extended to all other property rights. In practice, we have witnessed increased sensibility for the protection of property rights as human rights. The same trend can be observed in the legislation. In recent regulations providing for separate legal regimes governing real estate and special legal restrictions on ownership, the owner's right to compensation as a result of such restrictions is expressly stipulated. In addition, in some new regulations, we can find a decrease in the number of special restrictions on ownership (for example in the regulations governing construction).

On the other hand, there is a trend of introducing particular restrictions on ownership to protect some other basic rights. Certain restrictions on ownership of immovables acquired at auction in enforcement proceedings are thus introduced to protect some other human rights (for example the right to a home). By the amendments to the Enforcement Act, a particular right is incorporated of debtors who live in immovables that are sold in enforcement proceedings and do not have any other immovables. In order to protect the debtor's right to a home, it would be possible for the debtor to continue living in the sold immovable for 12 months following the auction by paying the appropriate rent (Article 127(2)–(5) EA). Such protection of a debtor's right to a home will lead to a certain restriction on ownership of immovables acquired at auction. The basis for such restriction will be the constitutional rule stating the social binding of ownership. The new Family Act (FA)¹¹⁸ (entering into force on 1 September 2014) also introduces a particular restriction on ownership

¹¹⁷Ruling of the Constitutional Court of the Republic of Croatia No. U-IIIB-2793/2014, <http://sljeme.usud.hr/usud/praksaw.nsf/Novosti/C12570D30061CE54C1257D07003E9B33?OpenDocument>. Accessed 20 September 2014.

¹¹⁸OG 75/14, 83/14.

to protect the well-being of children and the family home (Article 46 FA). In case of divorce, at the request of the parent who is awarded custody of common children under legal age, the court may rule that only the parent awarded custody is allowed to continue living in the family home being their marital property (co-owned by both spouses). In other words, a restriction is imposed on the other parent (who does not have custody, although he or she co-owns the family home) because he or she is not able to live in and possess the respective immovable.¹¹⁹

At present, there are no *de lege ferenda* suggestions for changes that would have impact on the protection of human rights and fundamental freedoms in the area of general property law. However, some new acts are in the process of adoption that will have influence on the restrictions on ownership as a human right.¹²⁰ The amendments to the Lease Act¹²¹ are also pending and they should enable the owners of flats occupied by protected tenants (former tenancy right holders) to use and possess their flats. In such a way, their position would be harmonised with the decisions of the ECHR and the Constitutional Court of the Republic of Croatia according to which some valid provisions on the position of the owners of flats occupied by protected tenants were considered as being contrary to the principle of guaranteeing ownership as a human right. A Draft Act on Energy Efficiency by which the Croatian legislation is harmonised with the corresponding European directives is also subject to public debate.¹²² The Act offers new rules on making decisions by co-owners in blocks of flats regarding renewed energy saving systems in buildings. Despite the fact that under the general property law rules these tasks are considered to be extraordinary, they require the consent of all co-owners who together own more than half of an immovable. This will finally lead to particular obligations for the co-owners who did not give their consent to the reconstruction and thus also to particular limitations on their ownership.

¹¹⁹The housing right may last no longer than until the dissolution of co-ownership on the immovable being the family home. Taking into consideration the circumstances of the case, the court may rule that the parent who continues living with the children in the family home is obliged to pay rent to the other parent in the form of a lump sum, as well as the utilities (Article 46(3), (4) FA).

¹²⁰See the Draft of the Expropriation Act at http://www.vlada.hr/hr/naslovnica/sjednice_i_odluke_vlade_rh/2014/137_sjednica_vlade_republike_hrvatske. Accessed 5 October 2014.

¹²¹See at <http://www.mgipu.hr/default.aspx?id=16276>. Accessed 5 October 2014.

¹²²<http://www.mingo.hr/page/prijedlog-zakona-o-energetskoj-ucinkovitosti-16-31-svibnja-2014>, Accessed 5 October 2014.

7.6 The Influence of Human Rights and Basic Rights in Family Law

7.6.1 General Remarks

Croatian family law is provided for in the Family Act (FA) (in force since 1 September 2014) and the Same-sex Life Partnership Act.¹²³ The sources important for the regulation of family relations are the Act on the Protection against Domestic Violence,¹²⁴ the Gender Equality Act and the Temporary Maintenance Act.¹²⁵

At present, four forms of life unions are regulated in the Republic of Croatia and the law provides for the conditions of their existence and their legal effects: marriage, extra-marital unions, same-sex life partnership and informal same-sex life partnership. Marriage is a life union of a woman and a man regulated by law (Article 12 FA). An extra-marital union is a life union of an unmarried woman and an unmarried man lasting for at least 3 years, or less if the extra-marital partners have a common child (Article 11(1) FA) (Hrabar 2014). Extra-marital unions exist without any registration. Same-sex partnership is a life union of two persons of the same sex entered into before a competent body (Article 2 of the Same-sex Life Partnership Act).¹²⁶ Informal same-sex life partnership is a family union of two persons of the same sex who have not entered into a life partnership before a competent body, if their union has lasted for at least 3 years and if it fulfils the pre-conditions prescribed for a valid life partnership (Article 3(1) of the Same-sex Life Partnership Act).

Like in all other private law areas, the regulation of family rights is harmonised with the provisions on family protection of international and regional conventions and the case law of international courts dealing with the protection of human rights and fundamental freedoms in family relations (see more in Korać Graovac 2013, 1, 39–51). Croatian legislation has been harmonised with EU law in the area of freedom of movement, including the EU legislation providing for the need to merge families when granting temporary stays (for example the Foreigners' Act).¹²⁷ Due to the fact that Croatia became a EU Member State only on 1 July 2013, it is to be expected that in the future, the impact of EU law on the case law in family matters will increase.

¹²³ OG 92/14.

¹²⁴ OG 137/09, 14/10, 60/10.

¹²⁵ OG 92/14.

¹²⁶ Life partnership is entered in the Register of Life Partnerships kept in the form of a unified central electronic database (Article 31 of the Life Partnership Act).

¹²⁷ OG 130/11, 74/13.

7.6.2 *General Principles of Family Law*

7.6.2.1 General Remarks

The Family Act expressly provides that the regulation of family relations is based on the following principles: the principle of equality between a woman and a man (Article 3 FA), the principle of solidarity, mutual respect and assistance by all family members (Article 4 FA), the principle of the primary protection of the welfare and rights of the child (Article 5 FA), the principle of the primary parental right to care for the child (Article 6 FA), the principle of a proportionate and the least intrusive intervention in family life (Article 7 FA), the principle of guardian protection of a parentless child and a grown-up person who is unable to care for himself or herself (Article 8 FA), the principle of agreed solutions of family relations (Article 9 FA), the principle of urgency in resolving family and legal matters concerning children (Article 10 FA), and the principle of equality of marital and extra-marital unions (Article 11 FA). The principles governing life partnership are expressly regulated in the Same-sex Life Partnership Act. These are the principle of equality, the principle of respect of dignity, and the principle of mutual assistance and respect of partners (Article 6(1) of the Same-sex Life Partnership Act). In both these acts, the principle of prohibition of discrimination is proclaimed as a separate principle based on the family status, the life partnership entered into, sexual orientation and gender identity (Article 11(3) FA, Article 6(3) of the Same-sex Life Partnership Act).

7.6.2.2 Principle of Equality

With regard to legal relations in any life unions, the principle of equality applies. The FA expressly provides that an extra-marital union creates the same personal and property relations as a marital union, and that the provisions of the FA on the personal and property relations of spouses, or the provisions of other acts providing for the personal, property or other relations of spouses apply accordingly (Article 11(2) FA). The Same-sex Life Partnership Act expressly lays down that informal life partnership creates personal and property relations to which the provisions of this Act apply accordingly in the area of personal rights, relations regarding children, and the property relations of life partners (Article 4(1)). The Same-Sex Life Partnership Act is aimed at establishing a new regulation of same-sex unions in accordance with the ECHR and the case law of the CJEU concerning the legal position of partners in same-sex unions. The Same-sex Life Partnership Act regulates registered and informal life partnerships of same-sex partners and the legal effects of such unions (their rights and duties, maintenance, property relations, their pension insurance status, health, protection, employment, access to services, temporary residence, acquisition of citizenship, asylum, the right to statutory inheritance, and the like). In brief, there is a tendency to equate to the maximum the effects of same-sex partnerships with the effects of marital and extra-marital unions.

Regarding the assets acquired from work while living in the union, the same property regime applies to all unions. Such assets are co-owned by both partners and each of them owns half. The assets owned by a partner at the time of entering into the union, or those acquired in any other way rather than from work, are considered to be his or her individually owned property (Article 35 FA, Article 50 Same-sex Life Partnership Act). The right to party autonomy in the regulation of matrimonial property relations (matrimonial agreement/extra-marital agreement/same-sex union agreement) applies to all types of unions (Articles 40–42 FA, Article 53 Same-sex Life Partnership Act). The same rules regarding liability for debts to third persons also apply to all types of unions (Articles 43–44 FA, Article 54(1) Same-sex Life Partnership Act).

The right to inheritance is provided for in the Succession Act (SA)¹²⁸ and the Life Partnership Act (Article 55). Spouses and extra-marital partners inherit from each other on the basis of intestate succession. Their position in the law of succession is expressly laid down in the Succession Act of 2003. The Succession Act of 2003 laid down for the first time that an extra-marital partner was a statutory heir. Prior to this Act, an extra-marital partner had only been considered as a testamentary heir (Gliha and Josipović 2014). The Life Partnership Act now equalises the life partners' inheritance right with that of spouses (Article 55). When inheritance is involved, a life partner is treated in the same way as a spouse, and children under his or her guardianship are equal to the children of a spouse. A life partner (regardless of whether this involves a registered or an informal partnership) has now the status of a legal heir and the provisions of the Succession Act on the legal positions of spouses apply accordingly.

7.6.3 Exceptions from General Principles in Order to Protect Human Rights and Basic Rights

In order to protect the family members exposed to domestic violence and to ensure their health and safety, the Protection against Family Violence Act provides for the possibility of imposing various protective measures some of which lead to certain deviations from the general family law principles. In order to combat domestic violence, a protective measure of prohibited contacts with the victim of domestic violence may be imposed, a protective measure of moving away from the flat the person who committed violence against co-habiting family members, a protective measure of ensuring protection of the person exposed to violence, etc. In addition, in some cases, the Family Act itself limits the exercise of parental care to protect the child's interest. For example, if parents manage and dispose of the child's assets, the Family Act expressly provides that for the purpose of such disposition, an approval of the competent court is needed (Article 101 FA). In order to protect the child, the Family

¹²⁸ OG 48/03, 163/03, 35/05, 127/13.

Act also lays down the procedure for the imposition of measures for the protection and well-being of the child (Articles 127–179 FA), such as the deprivation of the right of a parent to live with the child, deprivation of the right to parental care, prohibition imposed on a parent or other family members against unauthorised contacts with the child, etc. The Family Act also contains separate provisions on the restriction of disposing over a family house or a flat acquired by both spouses, and a family home where the other spouse lives with their children without a written consent given by the other spouse and certified by a notary public. If a spouse leases the flat where they live together with their children, he or she cannot cancel the lease agreement without a written consent given by the other spouse.

7.6.4 Impact of the Right to Family Life on the Legislation and Case Law

The right to family life is recognised in all areas of Croatian legislation, *i.e.* in the area of housing (for example the protection of the living spouse and children in the case of death of the spouse who was the tenant), in the area of the law of tort (for example family members being entitled to compensation for damage because of the death of a family member, Article 1101 OA), in the area of succession law (for example the right of family members to compulsory parts, Article 69 SA), in the area of tax law (for example tax benefits in legal transactions between spouses involving immovables), in the area of procedural law (for example the right to exemption from testifying against a family member, Article 239 Civil Procedure Act), in the area of labour law (for example the right to social security of family members), in the area of retirement insurance (for example the right to a family pension), and the like. Under the constitutional provisions on the protection of families (Article 62), the family enjoys the State's special protection in all areas of life.

7.6.5 Trends in Family Law with Respect to Human Rights and Basic Rights

There is a trend of increased protection of the family as a constitutional category both in the case law and in the legislation governing family law. This is manifested in numerous separate acts providing for the protection of families in specific situations (for example domestic violence). These acts provide for the implementation of the principles of equality of genders and prohibition of discrimination, protection of privacy, and the like. Separate regulations, in conformity with EU law, mostly specify and prescribe in detail the protection of family values. We have also witnessed some tendencies in the public to seek increased protection of marriage to exclude the possibility of entering into homosexual marriages. In December 2013, a national

referendum was organised which resulted in an amendment to the Constitution whereby a new paragraph was added to Article 62 of the Constitution stating the following: “Marriage is a life union of a woman and a man.”¹²⁹

In the following period, significant changes in the family law legislation occurred. The new Family Act and the Same Sex Life Partnership Act were adopted. There is also a separate Act on Temporary Maintenance providing for the maintenance of a child whose parent does not live with the child and does not fulfil his or her obligation of maintenance. The priorities of the new Family Act are the enhancement of family protection, the improvement of custody and adoption provisions, as well as clear regulation of the obligation of maintenance and of the procedure for the determination of extra-marital unions, and the adjustment of procedural rules on the protection of children with the European Convention on the Exercise of Children’s Rights.

7.7 The Influence of Human Rights and Basic Rights in Other Fields of Private Law

7.7.1 Consumer Protection

In accordance with its obligations assumed during the negotiations for the accession to the EU, as well as in accordance with the commitments undertaken under the Accession Treaty, Croatia is undergoing a continued process of harmonising the positions of consumers and their protection with EU standards. The main source of the rules on consumer protection is the Consumer Protection Act (CPA). The CPA is a *lex specialis* in relation to the OA. The provisions of the OA apply to obligations and relations between consumers and merchants only subsidiarily. Apart from the CPA, the protection of consumers is regulated by a series of other acts such as the General Product Safety Act,¹³⁰ the Consumer Credit Act, the Insurance Act, the Leasing Act,¹³¹ the Credit Institutions Act, the Energy Act, the Electricity Market Act, the Postal Services Act, and others.

The protection of consumers is not only harmonised with EU directives from the area of consumer protection (Mišćenić 2014), but the rules on consumer protection are also adjusted to the problems consumers encounter because of the financial crisis. We have seen a trend of making it easier for the consumers by amending the corresponding legislation aimed at overcoming the financial difficulties they are faced with on the market. At the end of 2013, the Consumer Credit Act was amended

¹²⁹For more details see the Constitutional Court decision at <http://www.usud.hr/uploads/Odluka%20u%20povodu%20okončanja%20postupka%20nadzora%20nad%20ustavnošću%20i%20zakonitošću%20provođenja%20državnog%20referenduma%20održanog%201.12.2013.pdf>. Accessed 15 September 2014.

¹³⁰OG 30/09, 139/10, 14/14.

¹³¹OG 141/13.

in order to modify the provisions on the interest calculated on consumer loans. There is also a trend of increased protection of consumers in case law. A new CPA has been in force since 8 April 2014 (some articles since 1 January 2015) and is harmonised with all EU consumer directives, including the Directive 2011/83/EU on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council.¹³² It regulates the protection of consumers in consumer contracts more systematically than the old CPA. Apart from a number of general provisions that are common to all consumer contracts, those governed by special consumer directives are laid down separately. The special protection of consumers is achieved by a rule providing that a consumer may not waive his or her right under this or any other act. The provisions of a contract less favourable for the consumer than those laid down in the act are considered to be null and void (Article 41 CPA).

7.7.2 Succession/Inheritance Law

The right of succession is considered to be a constitutional right within the framework of economic, social and cultural constitutional rights. Article 48(4) of the Constitution expressly guarantees the right of inheritance (Gliha and Josipović 2014). Croatian inheritance law is regulated in the Succession Act (SA) of 2003 which has been effective since 3 October 2003. One of the basic principles on which Croatian inheritance law is based, and which is important for the protection of human rights, is the principle of equality. All natural persons are equal in succession and the same conditions apply to all of them (Article 2 SA). Men and women, the decedent's children born in or out of wedlock, the spouse and the decedent's extra-marital partner are all equal in their rights of succession on the basis of a will (testamentary succession), or by operation of law (statutory succession). Such equal rights of succession belong to both spouses and extra-marital partners (Article 8(2) SA). Domestic and foreign citizens are equal in their rights to succession on the condition of reciprocity (Article 2(2) SA). Legal persons are capable of inheriting only on the basis of a will (Article 124(3) SA). According to valid regulations, same-sex partners are not eligible for statutory succession. When it comes to inheritance, the Same-sex Life Partnership Act also equalises same-sex partners with marital and extra-marital partners in terms of their succession rights. They all have the status of statutory heirs and the status of heirs in tail.

¹³² Official Journal of the European Union, L 304/64, 22/11/2011.

7.8 Concluding Remarks

The protection of human rights and fundamental freedoms in Croatian private law is becoming increasingly expressed and important on a daily basis and it has a growing impact on the development of Croatian private law. This trend has become particularly obvious in the past few years primarily because of modern tendencies in the organisation of private law relations where any elements of discrimination are eliminated, where the weaker parties are protected, and where this protection is generally being increased. At the same time, because of the ever deepening financial crisis, particular protection of socially deprived parties to private law relations is required.

Such an intensive development in the protection of human rights and basic rights in private law relations places new and very specific challenges not only on the legislator but also on practitioners who must apply the regulations that are important for the protection of human rights and basic rights. Every lawyer must now be highly sensitive to the need to provide effective protection of human rights and fundamental freedoms in private law relations. This requires not only being well informed about current global trends in the protection of these rights but also very specific knowledge on concrete legal instruments for their protection. The holders of various human rights and basic rights, as well as all the participants in the processes for their protection before the courts and before other public bodies must possess that knowledge. High quality and continuing education on human rights and basic rights is the main precondition for their efficient protection. This is particularly important because of the intensive development of private law areas (Internet law, telecommunications law, environmental law, energy law) and because of the ever increasing impact of modern technologies on the development of private law which all require the constant redefinition of the content of human rights and fundamental freedoms and the adjustment of the methods for their protection in the light of these new trends.

Such intensive development will probably call for a specific model for the protection of human rights and fundamental freedoms for particular private law areas because it will no longer be possible to apply general private law rules and base protection on the interpretation of constitutional declarations of human rights and fundamental freedoms. A particularly demanding challenge will be how to maintain an optimum balance in the protection of individual human rights and basic rights when specific private law relations are concerned where the exercise of these rights is mutually exclusive or where it results in a collision.

In such situations, the questions arise concerning which right is more important, the protection of which right must be given priority, how to assess whether the protection of a particular right must be given priority over another right and how to compensate for the fact that a particular right has been given priority. These questions arise more and more often in private law relations precisely because of the increased sensitivity regarding the protection of human rights and basic rights. There have already been many such cases in Croatian law and their number will

increase in the future. Indeed, a question will arise about how to strike a balance in the event of an enforced sale between the debtor's right to a home and the buyer's right to the protection of ownership of a flat bought at auction, or how to strike a balance between the right to have access to information and the right to the protection of personal data stored in digital (for example in land or court registers). There is also the question of how to ensure at the same time the appropriate energy efficiency that is important for the protection of the environment and which imposes certain obligations and restrictions on owners, and the constitutional guarantee of the right of ownership, etc.

There is no doubt that great time and discussion will be necessary to define in practice the criteria and standards for the balanced protection of mutually conflicting human rights and basic rights in private law relations. To conclude, the most important challenge in Croatian practice is how to provide the efficient and quick protection of violated human rights and basic rights in disputes between physical persons. Therefore, the establishment and continuous development of efficient procedural mechanisms for the protection of rights are the most important conditions to avoid human rights and basic rights being considered as a mere constitutional declaration but for them to be observed to the maximum in any private law relation and for the appropriate protection to be ensured.

Bibliography

- Baretić, M. 2014. Tort Law. In *Introduction to the Law of Croatia*, ed. Tatjana Josipović, 161–190. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer.
- Baretić, M., and Markovinović H. 2012. Nepoštene ugovorne odredbe – opće i posebna uređenja. In *Zbornik 50. jubilarnog susreta pravnika*, ed. J. Barbić, and M. Giunio, 57–132. M. Zagreb: Hrvatski savez udruga pravnika u gospodarstvu.
- Barić, S. 2009. Organski zakoni i ustavni sud Republike Hrvatske u usporednopravnoj analizi. In *Liber Amicorum Jadranko Crnić*, ed. D. Foretić, 251–279. Zagreb: Novi informator.
- Gavella, N. *et al.* 2007. *Stvarno pravo I*. Zagreb: Narodne novine.
- Gavella, N. *et al.* 2011. *Stvarno pravo III*. Zagreb: Narodne novine.
- Gavella, N., and Josipović, T. 2002. Pravni učinci pretvorbe društvenih poduzeća: s osvrtom na njezine imovinskopravne učinke. *Vladavina prava: časopis za pravnu teoriju i praksu* 6(2002), 1(29): 169–203.
- Gliša, I. 2014. Copyrights and Related Rights. In *Introduction to the Law of Croatia*, ed. Tatjana Josipović, 291–309. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer.
- Gliša, I., and Josipović, T. 2014. Succession Law. In *Introduction to the Law of Croatia*, ed. Tatjana Josipović, 191–215. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer.
- Hrabar, D. (2014) Family Law. In: Josipović T. (ed) *Introduction to the Law of Croatia*. Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, p 217–243
- Josipović, T. 2014a. Rechtsschutz des schwächeren Subjekten in kroatischen Privatrecht – Auswirkungen auf die Privatautonomie und die Vertragsfreiheit. In *XI. Dies Luby Iurisprudentiae, Rechtsschutz des schwächeren Subjekts im Privatrecht*, eds. H. Baranová, P. Blaho, adn J. Lazar, 11–32. Frankfurt: Peter Lang.
- Josipović, T. 2014b. Neuheiten im kroatischen Kreditsicherungsrecht – Auswirkungen auf die traditionellen Grundsätze des Pfandrecht. In: *Welser R. (ed) Das Recht der Kreditsicherung in Zentral- und Osteuropa*. Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, p 73–108

- Josipović, T. 2013. International Encyclopaedia for Property and Trust – Croatia (Suppl. 19). In: International Encyclopedia of Laws. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer.
- Klarić, P. 2003. Odštetno pravo. Zagreb: Narodne novine.
- Klarić, P., and Vedriš, M. 2014. Građansko pravo (14. izdanje). Zagreb: Narodne Novine.
- Korać Graovac, A. 2013. Hrvatsko obiteljsko pravo pred Europskim sudom za ljudska prava. *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske* 4(2013),1:39–51.
- Maderić, L. 2012. Tijela za zaštitu i promicanje ljudskih prava u Republici Hrvatskoj. *Hrvatska pravna revija*:18–32.
- Maganić, A. 2014. Kollektiver Rechtsschutz im kroatischen Recht. In XI. *Dies Luby Jurisprudentiae, Rechtsschutz des schwächeren Subjekts im Privatrecht*, eds. H. Baranová, P. Blaho, and J. Lazar, 84–107. Frankfurt am Main: Peter Lang.
- Mišćenić, E. 2014. Consumer Protection Law. In *Introduction to the Law of Croatia*, ed. T. Josipović. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer.
- Nikšić, S. 2014. Contract Law. *Introduction to the Law of Croatia*, ed. T. Josipović, 133–160. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer.
- Omejec, J. 2013. Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava: Strasbourški *acquis*. Zagreb: Novi informator.
- Radolović, A. 2010. Jamstvo prava vlasništva u praksi Ustavnog suda Republike Hrvatske i Europskog suda za ljudska prava. *Pravo u gospodarstvu : časopis za gospodarsko-pravnu teoriju i praksu* 49(2010),1:1–41.
- Slakoper, Z., and Gorenc, V. 2009. Obvezno pravo – opći dio – sklapanje, promjene i prestanak ugovora. Zagreb: Novi informator.
- Smerdel, B. 2013. Ustavno uređenje europske Hrvatske. Zagreb: Narodne novine.
- Smerdel, B. 2014. Constitutional Law. *Introduction to the Law of Croatia*, ed. T. Josipović, 7–54. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer.

Chapter 8

Quelle influence pour les droit des l'homme et les droits fondamentaux en droit privé français?

Geneviève Helleringer and Kiteri Garcia

8.1 Introduction

8.1.1 Apparition et contenu des notions de droits de l'Homme et droits fondamentaux dans la jurisprudence, doctrine et législation

A titre préliminaire, les différences pouvant exister entre les notions de droits de l'Homme et de droits fondamentaux ne seront pas évoquées ici. Les deux expressions seront donc tenues pour synonymes. D'une part la rédaction des questions n'opère aucune distinction; d'autre part, la différence semble essentiellement d'ordre terminologique. Si l'on évoque aujourd'hui plus volontiers les droits fondamentaux, c'est en raison des critiques adressées aux droits de l'Homme: la notion de droits fondamentaux apparaît plus neutre et rappelle l'idée de prééminence que ne contient pas celle de droits de l'Homme. Le changement de vocable traduit probablement un changement de paradigme pouvant renvoyer à l'inépuisable distinction

G. Helleringer (✉)
Essec Business School, Paris, France
e-mail: helleringer@essec.fr

K. Garcia
Université de Pau et des Pays de l'Adour,
Avenue de l'Université, BP 576, 64012 PAU cedex, France
e-mail: kitgarcia@free.fr

entre droits et libertés. Mais il s'agit peut-être davantage d'un changement d'enveloppe et de valeurs que d'un changement de contenu.

La notion de droits de l'Homme est d'abord apparue en France dans les écrits et réflexions des théologiens et intellectuels. C'est ainsi la doctrine qui, la première, s'est fait écho de cette notion, précédant la législation puis la jurisprudence.

Dater la naissance précise de la notion de droits de l'Homme semble difficile : d'une part son existence fait l'objet d'une controverse dans l'Antiquité et le monde romain (Reverso 2003, 13); d'autre part l'idée de droits de l'Homme a nécessairement précédé sa qualification. Or, figer la naissance d'une simple idée, d'un concept, en retrouver l'origine et les prémisses apparaît bien incertain.

La doctrine s'accorde néanmoins généralement aujourd'hui pour dire que l'histoire des droits de l'Homme en France commence véritablement au XVI^{ème} siècle. Cette naissance va de pair avec le déclin des concepts médiévaux du droit et l'essor de la Renaissance humaniste. Elle est associée à la théorie dite du droit naturel. Encore faut-il cependant préciser.

L'idée qu'un droit puisse être tiré de la simple observation, de l'étude de la nature est en effet partagée par deux courants théoriques bien différents, dont l'origine n'est pas du tout la même.

Dans l'Antiquité romaine, relayée ensuite par les travaux de grands théologiens comme Saint Thomas d'Aquin, c'est l'observation de la nature des choses qui était censée permettre la révélation d'un juste équilibre, d'une harmonie source de droit. Dans cette perspective, l'Homme n'est pas au centre de la réflexion : il s'inscrit dans un monde plus vaste dont les lois s'imposent à lui. Cette manière d'envisager les choses n'est pas non plus totalement absente de la pensée grecque (Gaudemet 2001, 350).

La théorie d'un droit naturel acquiert toutefois une toute nouvelle importance et une toute autre dimension aux alentours du XVI^e siècle avec l'Ecole de Salamanque en Espagne et l'avènement du « droit des gens » (Gaudemet 2001, 350) aux Pays Bas. L'accent est ici porté sur la nature de l'Homme. Par essence, chaque homme porte en lui-même la forme entière de l'humaine condition et cette égalité serait à la source d'une série de règles accessibles grâce à la Raison, autre donnée commune à tous. Sans doute là encore convient-il de nuancer. L'accord n'est pas total parmi les partisans du droit naturel : pour certains, l'idée d'un droit naturel n'exclut pas l'importance du divin puisque la nature serait le reflet de la loi divine ; pour d'autres au contraire, le droit naturel procède uniquement de la nature humaine et de la raison. C'est le fameux postulat de Grotius : même si Dieu n'existait pas, il n'en existerait pas moins un droit naturel. A vrai dire, seule la laïcisation du droit naturel dit classique a permis de détacher le droit de toute forme de légitimité divine pour considérer que chaque individu possède, par naissance et en raison de sa nature, des droits innés et inaliénables. Ainsi qualifiée d'Ecole du droit naturel moderne, cette doctrine fut portée en France, entre autres, par Jean Bodin et Michel de Montaigne et à l'étranger Thomas Hobbes et Hugo Grotius. Elle fut ensuite vulgarisée et propagée par la Philosophie des lumières, qui permit l'avènement de l'individu, « une réappropriation par l'homme de ce qu'il avait remis si longtemps aux mains de Dieu » (Dupront 1996, préface Furet, III) et constitua la principale source

d'inspiration de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (DDHC). Ses représentants français les plus connus furent Montesquieu, Jean Jacques Rousseau, Denis Diderot, ou encore Voltaire.

La consécration des droits de l'Homme et des droits fondamentaux dans la législation peut s'apprécier à deux points de vue, selon le sens réservé au terme législation. Celui-ci est en effet susceptible d'une double acception : matérielle et formelle.

D'un point de vue matériel, la législation renvoie à toute disposition à caractère général, abstrait et permanent. Et en ce sens, la notion de droits de l'Homme et de droits fondamentaux est apparue en France dans la DDHC en 1789. Le terme même de « Déclaration » traduit très bien l'idée du droit naturel selon laquelle les constituants se bornent, ou du moins prétendent se borner à déclarer des droits qui seraient donc déjà préexistants dans l'état de nature.¹

La notion de droits de l'Homme ressort ensuite des préambules des constitutions de 1946 et 1958 et enfin de la lettre même de la Constitution de 1958. Ces textes forment aujourd'hui la Charte constitutionnelle française, encore nommée bloc de constitutionnalité et ont acquis une véritable valeur juridique lorsque le Conseil constitutionnel, en 1971, a accepté de vérifier la conformité des lois à leur égard.

Si la question posée limite nécessairement la réponse aux textes nationaux, il n'en demeure pas moins que certains textes internationaux renvoient également aux droits de l'Homme. Ainsi de la DDHC. Or, dans un système moniste tel que le système français, ces normes font partie intégrante de la législation.

D'un point de vue formel ensuite, la législation désigne tout acte émanant du Parlement. Le terme est plus restreint. La législation, à laquelle renvoie la question, ne concerne que les textes votés par le Parlement si on l'envisage dans un sens organique. En se fondant sur cette dernière acception, la notion de droits de l'Homme ou de droits fondamentaux apparaît parfois de manière déguisée dans les textes nationaux. Par exemple, la loi du 31 décembre 1992, désormais codifiée à l'article L1121-1 du code du travail, proclame le principe du respect par l'employeur des libertés individuelles et collectives du salarié. Le terme de libertés individuelles est ainsi préféré à celui de droits fondamentaux ou de droits de l'Homme dans le code du travail. Le même constat peut être dressé concernant le code pénal (c. pén).² Le Code civil (c. civ), quant à lui, fait référence à la notion de libertés individuelles et droits fondamentaux³ depuis la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 ainsi qu'à celle de *droits de l'Homme et libertés fondamentales*⁴ depuis la loi n°2011-525 du 17 mai 2011. Enfin, l'expression *droits fondamentaux* des personnes ne se retrouve qu'une

¹ Absente de la Constitution du 3 septembre 1791, la notion de droits de l'Homme se retrouve néanmoins dans celle du 24 juin 1793. Toutefois, n'ayant pas valeur normative, ce texte ne pouvait être mentionné dans cette partie. Il en est de même pour la Déclaration des droits de la Femme et de la citoyenne, rédigée en septembre 1791 qui, tout en mentionnant pas explicitement la notion de droits de l'Homme, la suggère nécessairement par celle de droits de la Femme.

² C. pén, articles 432-4 et 461-6.

³ C. civ, article 415.

⁴ C. civ, article 910.

fois dans le code de commerce (c. com)⁵ depuis le 20 avril 2010. Deux déductions découlent de cet inventaire relatif aux codes les plus usités en droit privé: d'une part, à la notion de droits de l'Homme, le législateur préfère des notions voisines au contenu à peu près identique; d'autre part, la présence de ces notions dans les dispositions législatives est un phénomène récent et assez limité.

Pour ce qui est de la jurisprudence, la notion de droits de l'Homme et de droits fondamentaux apparut pour la première fois dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, dans la décision qui donna pleine valeur juridique aux textes nationaux organisant leur protection. Le 16 juillet 1971, le Conseil constitutionnel intègre la DDHC dans le bloc de constitutionnalité œuvrant ainsi pour un véritable droit constitutionnel des droits de l'Homme (Oberdorff 2011, 95). Ultérieurement, la jurisprudence étoffa encore le bloc de constitutionnalité avec la notion de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

Pour ce qui est du sens attribué à la notion de droits de l'Homme et des droits fondamentaux, la DDHC les définit comme des droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme, ou encore des droits imprescriptibles⁶ (article 2). De son côté, le préambule de 1946 les présente comme des droits inaliénables et sacrés. La Constitution de 1958, pour sa part, renvoie à la notion de droits de l'Homme telle qu'envisagée par ces deux textes.

Trouver une définition unique sur laquelle tous s'accorderaient est à ce jour impossible tant la question est débattue. Il est toutefois envisageable de distinguer deux définitions qui recouvrent la notion. Les droits fondamentaux peuvent être définis selon leur contenu d'une part: ils constitueraient alors une catégorie de droits à la source d'autres droits ou principes, qu'ils fonderaient ainsi (Henette-Vauchez et Roman 2013, 12). Ils constitueraient une catégorie de droits fondateurs et matriciels.

Ils pourraient ensuite être définis selon leur valeur, d'autre part: un droit fondamental serait un droit qui prévaudrait sur les autres droits ainsi que sur les normes juridiques en raison de son caractère essentiel à l'humanité (Henette-Vauchez et Roman 2013, 13).

8.1.2 Position et réticences françaises sur les conventions internationales relatives aux droits de l'Homme

Une réponse aussi complète que possible implique de distinguer outils internationaux et régionaux en matière de protection des droits de l'Homme.

Au regard des dix principaux instruments internationaux de protection des droits de l'Homme,⁷ la France participe indéniablement au mouvement international de

⁵C. com, article A823-37.

⁶DDHC, article 2.

⁷Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale; Pacte international relatif aux droits civils et politiques; Pacte international relatif aux droits économiques,

promotion des droits fondamentaux.⁸ Elle a signé et ratifié neuf textes sur les dix, s'abstenant de participer à la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille du 18 décembre 1990. Il faut toutefois relever que sur les neuf instruments signés, seuls quatre ne font l'objet d'aucune déclaration ni réserve.⁹ Ainsi, sans qu'il soit justifié d'évoquer une réticence partielle de l'Etat français, une certaine prudence le caractérise sans doute : il n'adhère pas aux instruments de manière systématique et tente de les concilier avec ses principes et législation en vigueur. Ce souci manifeste de conciliation explique notamment que la France révisé parfois sa Constitution avant de ratifier un texte, comme ce fut par exemple le cas pour le deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort.

En parallèle, la France participe aux systèmes régionaux de protection des droits de l'Homme, en particulier à ceux mis en place par le Conseil de l'Europe et l'Union européenne. Il est à noter toutefois une réticence concernant deux instruments :

- Le premier est la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, adoptée le 5 novembre 1992 sous les auspices du Conseil de l'Europe, que la France n'a pas ratifiée. Une proposition de loi constitutionnelle en ce sens a été néanmoins enregistrée le 6 janvier 2014 et il se pourrait que la situation se modifie sous peu. L'hésitation française résultait de la jurisprudence du Conseil constitutionnel¹⁰ et du Conseil d'Etat. Ce dernier, dans un avis du 5 mars 2013, estima que la ratification de ce texte impliquait une révision de la Constitution, particulièrement ses articles 1 et 2 insistant respectivement sur l'indivisibilité de la République ainsi que la langue officielle.
- Le second est le protocole 12 à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) qui étend le champ de l'interdiction de la discrimination prévu par l'article 14 de la CEDH, du 4 novembre 2000.

sociaux et culturels ; Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes ; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ; Convention relative aux droits de l'enfant ; Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille ; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées ; Convention relative aux droits des personnes handicapées.

⁸Pour un exemple récent la France a signé, à New York, le 11 décembre 2012, le Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC). Ce texte établit un mécanisme de plainte au niveau international pour les personnes dont les droits économiques, sociaux et culturels ont été violés.

⁹Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 10 décembre 2008 ; deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort du 15 décembre 1989 ; Protocole relatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 10 décembre 1999 ; Protocole facultatif à la Convention relative aux droits des personnes handicapées du 13 décembre 2006.

¹⁰Cons. const., 15 juin 1999, DC n° 99-412.

8.1.3 L'existence d'une définition juridique des droits de l'Homme et droits fondamentaux

Une définition juridique peut découler à la fois des sources textuelles, jurisprudentielles et doctrinales.

Quant aux sources textuelles, déjà évoquées, la DDHC définit les droits de l'Homme comme les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme mais également imprescriptibles. Ils sont également présentés comme des droits inaliénables et sacrés par le préambule de 1946. La Constitution de 1958 quant à elle renvoie à la notion de droits de l'Homme telle qu'envisagée par ces deux textes. Il ne s'agit donc pas à proprement parler d'une définition mais d'une caractérisation : les droits de l'Homme sont envisagés par leurs caractères mais aucune définition générale ne s'en évince.

Il n'est pas, à notre connaissance, de définition des droits fondamentaux posée par la jurisprudence.

Pour la doctrine, la notion moderne de droits de l'Homme se base sur une conception à la fois égalitaire et universaliste de la nature humaine, qui sert de fondement à une construction juridique, de nature elle aussi égalitaire et à vocation universelle (Ferrand and Petit 2003, 15). Elle définit tout d'abord les droits fondamentaux en fonction de leur contenu : ils constitueraient une catégorie de droits à la source d'autres droits ou principes, qu'ils fonderaient ainsi (Henette-Vauchez et Roman 2013, 12). Ils constitueraient une catégorie de droits fondateurs et matriciels.

Ils pourraient ensuite être définis selon leur valeur : un droit fondamental serait un droit qui prévaudrait sur les autres droits ainsi que sur les normes juridiques en raison de son caractère essentiel à l'humanité (Henette-Vauchez et Roman 2013, 1³).

Une *approche fonctionnelle* pourrait également venir compléter les précédentes en précisant le rôle objectif des droits fondamentaux : ils impliqueraient que l'ensemble de l'action publique soit réalisée à l'aulne du respect de ces droits. Ce respect, afin d'être complet, impliquerait à la fois de ne pas y porter atteinte mais également de les protéger, y compris par le biais d'actions positives.

8.1.4 Fonction principale des droits de l'Homme et droits fondamentaux en France

Aborder la fonction des droits de l'Homme et des droits fondamentaux renvoie à l'approche fonctionnelle de ces droits, développée précédemment. Les droits fondamentaux permettent ainsi de consacrer des valeurs communes et des droits inaliénables. Cette fonction se réalise concrètement lorsque le juge, par égard à l'exercice d'un droit fondamental, écarte une disposition réglementaire ou législative qui lui serait contraire (Dreyer 2006, 11). Elle se traduit en France par les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité.

8.1.5 Droits de l'Homme et droits fondamentaux les plus invoqués devant les cours et tribunaux français

A notre connaissance, il n'existe pas d'outils scientifiques en France permettant de répondre de manière précise à la question de l'utilisation en justice des droits fondamentaux. Dès lors, la réponse ne peut être qu'intuitive et déductive, d'autant que les droits les plus plaidés ne sont pas nécessairement ceux donnant lieu aux constats de violation auxquels il est possible d'accéder.

Il est toutefois envisageable de préciser les droits ayant fondé des questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) sur la période couvrant l'année 2013. Evidemment, cette méthode a ses limites: elle ne permet pas de déterminer les droits les plus souvent invoqués devant tous les juges nationaux, et notamment lorsqu'aucune QPC n'est posée. Elle donne néanmoins des résultats assez révélateurs.

Sur les 64 QPC rendues en 2013, les violations les plus invoquées concernent les articles 6 et 16 de la DDHC, soit l'égalité devant la loi (environ un tiers des affaires) et l'organisation de la séparation des pouvoirs comprenant le droit à un recours juridictionnel effectif (environ un quart des affaires).

8.1.6 Limites légales à la protection des droits de l'Homme et des droits fondamentaux et justifications

Il faut distinguer les limites pouvant être apportées aux droits fondamentaux suivant que la situation est exceptionnelle ou pas. Ces dernières hypothèses, à savoir l'état de siège (article 36 de la Constitution), l'état d'urgence (Loi du 3 avril 1955) et les circonstances exceptionnelles à proprement parler (article 16 de la Constitution), permettent la restriction provisoire (Lebreton 2007, 81) des libertés fondamentales. Elles demeurent toutefois, comme leur nom l'indique, exceptionnelles. Aussi ne relèvent-elles pas du droit commun.

Pour ce qui est des limites traditionnelles aux droits de l'Homme, un premier socle de droits intangibles ne supporte aucune limite. Il s'agit du droit à la vie, de l'interdiction de la torture, des traitements inhumains ou dégradants, de la servitude et du travail forcé.

Concernant les autres droits, leurs limites sont prévues dans les instruments mêmes qui organisent leur protection. Ainsi, l'article 4 de la DDHC mentionne les droits d'autrui comme limite à la liberté. L'article 10 de ce même texte pose quant à lui l'ordre public comme borne à la liberté d'opinion et l'article 11 l'abus en matière de liberté d'expression. D'autres exemples pourraient venir allonger cette liste.

De façon générale, les limites aux droits de l'Homme découlent d'une compétence de principe du législateur et se trouvent justifiées soit par souci de concilier les droits entre eux, soit par mesure de protection de l'ordre public. La première justification trouve sa source à l'article 4 de la DDHC dans lequel «*la liberté consiste à*

pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société, la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi». L'on comprend ainsi que l'exercice des droits fondamentaux d'une personne ne saurait être sans limite au risque d'empiéter sur les droits d'une autre. La seconde justification aux limites résulte de la notion d'ordre public qu'il faut entendre comme comprenant dans ses branches classiques les sécurité, salubrité et tranquillité publiques (Henette-Vauchez et Roman 2013, 246) mais également, dans un sens réputé moderne, le respect de certaines valeurs garantissant le «vivre ensemble» (Henette-Vauchez et Roman 2013, 248). Enfin, ces limites sont soumises à l'exigence de proportionnalité,¹¹ entendue comme condition de légitimité des limites apportées aux droits fondamentaux. Dès lors, les limitations doivent tout d'abord être justifiées (Rochfeld 2011, 188), elles doivent être ensuite adaptées au but recherché.

8.1.7 Possibilité d'examen de la législation et la jurisprudence sur la base des droits de l'Homme et droits fondamentaux

Aucune base de données nationale n'existe précisément en matière de droits fondamentaux. Il est toutefois possible de procéder à des recherches sur des bases de données générales à la fois législative et jurisprudentielle *via* les mots clés «droits fondamentaux» ou «droits de l'Homme» (Légifrance, Lexisnexis, Dalloz,...).

8.1.8 Organe indépendant et autonome exerçant révision de la Constitution en France

La procédure de révision est définie à l'article 89 de la Constitution. Son initiative revient soit au président de la République sur proposition du Premier ministre, soit aux membres du Parlement.

Au regard du principe d'autonomie des assemblées, il est donc possible d'affirmer qu'un organe indépendant et autonome peut exercer révision de la Constitution en France.

¹¹ Pour un exemple voir article L1121-1 du code du travail : «*Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché*».

8.2 Le rayonnement des droits de l'Homme et des droits fondamentaux en droit des contrats

8.2.1 *Les principes généraux du droit des contrats et articulation avec les droits fondamentaux*

Le Code civil ne comprend pas de principes généraux ou principes directeurs du droit des contrats identifiés comme tels. Parmi les projets de réforme du Code civil qui ont été élaborés dans la dernière décennie, le projet rédigé par la Chancellerie recense, dans sa version initiale, un certain nombre de principes qualifiés de « directeurs » (liberté contractuelle ; bonne foi ; force obligatoire du contrat ; principe de non-contradiction). Toutefois, les critiques ont été vives en raison des craintes associées à l'important pouvoir conféré au juge dans l'application de tels principes directeurs. Dans sa version ultérieure de décembre 2008, le projet de la Chancellerie ne comporte donc plus de chapitre « principes directeurs ».

Cependant l'étude du droit positif permet de dégager un certain nombre de règles générales qui inspirent les règles applicables.¹² Recenser ces règles implicites relève des missions de la doctrine juridique, sachant qu'une influence mutuelle existe entre doctrine et jurisprudence (voir Fabre-Magnan 2010, 74).

Certains principes sont, d'ailleurs visés par la jurisprudence de manière régulière. Il en est ainsi, par exemple, du principe général de justice ou, circonscrits à la matière contractuelle, le principe de liberté contractuelle (qui recouvre tant la liberté de contracter que celle de choisir son cocontractant), de la force obligation et de bonne foi dans la formation et l'exécution du contrat. D'autres principes revêtent quant à eux une nature plus spéculative : peuvent être cités les devoirs des contractants déclinés en devoir de loyauté, devoir de coopération, devoir de collaboration, et plus récemment, un devoir de fraternité.¹³ D'autres principes sont proposés en lien avec le contenu du contrat : l'utile et le juste, suggéré par J. Ghestin (Ghestin 1981, t 26, 35), le principe de proportionnalité (qui recouvre le contrôle de l'absence de déséquilibre manifeste), le principe de cohérence, et selon des propositions plus récentes, le principe de transparence, d'égalité, de modération, de stabilité et de pérennité. Le principe de solidarité n'est reconnu que par une partie de la doctrine.

Les droit de l'homme et les droits fondamentaux ayant un rang constitutionnel, ils peuvent déroger à tous les principes généraux de rang inférieur, et notamment aux principes fondateurs de rang législatif : force obligatoire reposant sur l'article 1134 al. 1, bonne foi reposant sur l'article 1134 al. 3 du Code civil, ou encore liberté contractuelle dérivée de l'article 6 du Code civil.¹⁴ La valeur constitutionnelle ou

¹²V° « principe » in *Vocabulaire Capitant* (2011) : le premier sens de principe est « règle ou norme générale, de caractère non juridique d'où peuvent être déduites des normes juridiques ».

¹³Pour des références précises sur les travaux ayant élaborés chacun de ces principes, voir Fabre-Magnan (2010, 73-83).

¹⁴Article 6 du Code Civil : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Cet article a été interprété a contrario : tout ce qui

législative du principe de liberté contractuelle est a été discutée durant les deux dernières, l'enjeu étant de savoir si toute loi limitant la liberté contractuelle est susceptible d'un recours en inconstitutionnalité. En pratique, des solutions ont été posées, domaine par domaine : il est reconnu que le législateur peut encadrer les libertés publiques alors même qu'elles ont valeur constitutionnelle,¹⁵ mais cet encadrement doit être mesuré. Par ailleurs, la valeur du principe de liberté contractuelle a évolué au cours du temps. D'abord, et à une époque où les exceptions législatives à la liberté contractuelle s'étaient multipliées en lien avec le développement du droit de la consommation, toute valeur constitutionnelle fut écartée.¹⁶ Par la suite, le Conseil constitutionnel a nuancé sa position et autorisé un pouvoir d'intervention du législateur tout en reconnaissant l'importance de la liberté contractuelle. Le Conseil constitutionnel a ainsi affirmé le 20 mars 1997 que si «le principe de liberté contractuelle n'a pas en lui-même valeur constitutionnelle», sa méconnaissance peut cependant être invoquée devant le Conseil «dans le cas où elle conduirait à porter atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis». Le Conseil reconnaissait ainsi qu'il pouvait censurer une loi portant atteinte à la liberté contractuelle dès lors que cette loi aurait pour effet d'enfreindre une liberté à valeur constitutionnelle. Ainsi, l'atteinte à la liberté contractuelle ne doit pas porter atteinte au principe général de liberté énoncé à l'article 4 de la DDHC de 1789¹⁷ ou au principe de sécurité juridique visé à l'article 16 de la DDHC.¹⁸

De manière générale, l'obligation contractuelle doit être conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs en vertu de l'article 6 du Code civil. A défaut, l'engagement est illicite. L'ordre public recouvre différentes dimensions : certaines sont politiques (*i.e.* ordre public de direction qui recouvre la défense de l'Etat de la famille, de la morale) et correspondent à l'expression des valeurs fondamentales de l'Etat à un moment donné, d'autres visent à la protection de l'une des parties au contrat.

n'est pas défendu est permis et entre dans le cadre de la liberté contractuelle, voir par exemple Civ 1, 11 déc. 2008, n° 07-19494, RDC 2008, p. 2477, obs. Laithier : un mannequin professionnel peut céder le droit d'exploiter des photographies pour lesquelles il a posé en consentant à un aménagement des dispositions de l'article 9 du Code civil qui ne sont pas d'ordre public.

¹⁵ Par exemple, la liberté d'entreprendre, qui figure dans la Constitution, connaît des limites imposées par les lois réglementant l'accès à une profession.

¹⁶ Décision du Conseil constitutionnel du 3 août 1994 : « aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle ».

¹⁷ Décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 1998 : « le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclu une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (...) S'il est loisible au législateur d'apporter, pour des motifs d'intérêt général, des modifications à des contrats en cours d'exécution, il ne saurait porter à l'économie des contrats une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ».

¹⁸ Décision du Conseil constitutionnel du 13 janvier 2003 : « considérant que le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclu une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ».

Il est notable que, de manière générale, les libertés et droits fondamentaux contenus dans le Préambule de la Constitution de 1958 ou dans des chartes et conventions internationales, sont sollicités de manière croissante pour apprécier la licéité du contenu contractuel. Le contrôle opéré par le juge repose sur la technique de la proportionnalité, l'atteinte à un droit fondamental et l'intérêt évoqué pour justifier la clause litigieuse étant comparés.

8.2.2 *Le contrôle du déséquilibre contractuel*

Le souci d'une plus grande justice contractuelle renforce l'importance de concepts discutés de longue date tels que la commutative, l'équilibre ou le caractère équitable du contrat (Le Gach-Pech 2000, préface Muir Watt ; Lasbordes 2001, préface Saint-Alary-Houin ; Fin-Langer 2003, préface Thibierge ; Bakouche 2005), préface Gobert ; déjà Maury 1920). La même logique vient au soutien d'une prise compte de la lésion, ne serait-ce que « qualifiée », c'est-à-dire conditionnée au constat d'un abus de faiblesse (cf. Chantepie 2007, 434 et seq.).

C'est dans la même perspective que se comprend le renforcement du contrôle de l'existence de la cause à partir des années 1990. S'est d'abord dessinée en jurisprudence une « concrétisation » de la cause : au-delà d'une vérification de la présence d'une contrepartie,¹⁹ c'est l'existence d'un intérêt tangible pour chaque partie qui se trouve contrôlée.²⁰ Ensuite, la cause a connu une « subjectivation » : les raisons personnelle de l'engagement qui ont pénétré le champ contractuel sont prises en compte.²¹

Par ailleurs, c'est sur le fondement du contrôle de la cause que certaines clauses, telles celles limitant la responsabilité, ont pu être réputées non écrites dès lors contredisent la portée de l'engagement souscrit.²² Les projets de réforme du Code civil reflètent largement ces évolutions.²³

¹⁹ Quand le contrat est nommé, la contrepartie résulte du type de contrat ; par exemple, dans une vente, le prix pour le vendeur et le transfert de propriété de la chose pour l'acheteur.

²⁰ Par exemple Cass. civ. 3^e, 3 mars 1993, Bull. civ. III, n^o 28, *JCP G* 1994, I, 3744, obs. Fabre Magnan (1994, 124) *RTC civ.*, obs. Gautier.

²¹ Cass. civ. I^{re}, 3 juill. 1996, *Bull. civ. I*, n^o 286, *D.* 1997, p. 500, note Reigné (1997) *JCP G*, I 4015, obs. Labarthe (1996, 1015) *Defrénois*, article 36381, note Delebecque P. (1996, 903) *RTD civ.*, obs. Mestre. Sur ces évolutions, parmi de très nombreuses références, cf. Chazal (1998, 152) ; Rochfeld (1999) ; Guégen (1999, 352) ; Auguet (2001, 33) ; Mazeaud (2004, 451) ; Rochfeld (2005) ; Ghestin (2006) ; Rochfeld J. (2010) « Un avenir pour la cause ? », in J. Cartwright, S. Vogenauer et S. Whittaker, *Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, SLC, p. 91. Adde, sceptique, Lagarde X. (2007) « Sur l'utilité de la théorie de la cause », *D.*, chr. p. 740.

²² Cass. com., 22 oct. 1996, *Chronopost*, *Bull. civ. IV*, n^o 261, *D.* 1997, somm. 175, obs. Delebecque et p. 121, note. Sériaux A. (1997) *RTD civ.* p. 418, obs. Mestre J. (1997) *JCP*, I, 4002, obs. Fabre-Magnan M.

²³ Article 1125 et s, avant projet de réforme du droit des obligations préc.

L'opposition entre «partie faible» et «partie forte», quoique délicate (cf. Combaluzier-Vaude 2008), s'est installée dans le discours contractuel depuis un peu plus d'une décennie (Fontaine et Ghestin 1996). Transversale, elle conduit à des raisonnements similaires dans différentes branches du droit.²⁴

Plus spécifiquement, les droits et liberté fondamentaux peuvent servir de justification pour rééquilibrer un contrat, par soustraction ou par addition. De fait, ils autorisent à neutraliser certaines clauses (et à faire prononcer la nullité du contrat tout entier si les clauses enfreignant illicitement les droits et libertés fondamentaux sont causes impulsives et déterminantes du contrat). La jurisprudence est fournie en matière de contrat de bail.²⁵ Elle est également abondante en matière de contrat de travail, notamment quand il s'agit d'articuler des exigences de l'employeur avec le droit au respect de la vie privée.²⁶ Ils pourraient par ailleurs ajouter au contrat : une obligation pourrait être ajoutée au contrat, alors même qu'elle n'aurait pas été prévue par les parties dès lors qu'elle est nécessaire au respect effectif d'un droit fondamental. Il s'agit d'une dimension purement théorique car la dont la jurisprudence n'a jusqu'à lors pas accepté un tel effet additif.²⁷

De manière générale, en droit interne, des appréciations en termes de proportionnalité des atteintes ont pris le pas sur le contrôle de la licéité (cf. sur ce mouvement Mekki 2004, 537 et seq.).

²⁴Pour le droit de la consommation vers le droit commun des contrats, Rouhette (1981, 247); Calais-Auloy (1994, 239); Sauphanor-Brouillaud (2000); Rzepecki (2002); cf. Vogel (2000, 6); Chagny (2004, 861). Pour le droit du travail vers le droit commun, cf. Gautier (1998, 129); Supiot (2005, 47), qui montre en quoi le droit du travail aurait opéré un «retour du social refoulé», dans le droit civil, en le poussant à réintégrer la «sécurité physique», la «protection de la partie faible» et une «solidarité».

²⁵Cass. civ. 3^e, 6 mars 1996, *Bull. civ.* III, n° 60, *D.* 1997, p. 167, note de Lamy (1996), *JCP G*, I, 3958, obs. Jamin (1996) *RTD civ.*, p. 897, obs. Mestre J., et p. 1204, obs. Marguénaud J.-P., qui regarde comme contraire à l'article 8 de la CEDH la clause entravant l'accueil d'un membre de la famille du preneur; Cass. civ. 3^e, 12 juin 2003, *Bull. civ.* III, n° 125, *D.* 2003, *AJ*, p. 1694, note Rouquet Y. (2003) *JCP G*, II, 1190, note Auque F., *RDC* 2003, p. 231, obs. Rochfeld J., qui énonce que «la clause d'un bail commercial faisant obligation au preneur d'adhérer à une association des commerçants et à maintenir son adhésion pendant toute la durée du bail est entachée d'une nullité absolue»: Cass. civ. 3^e, 22 mars 2006, *Bull. civ.* III, n° 73.

²⁶Par exemple Cass. soc., 28 mai 2003, *D.* 2003, p. 2718, note Guionard F. (2003) *RTD civ.*, p. 680, obs. Hauser J. (2003), *JCP G*, II, 10128, note Corrigan-Carsin D., *Add.*, en la matière l'article L.1121-1, c. trav.

²⁷cf. Cass. civ. 3^e, 18 déc. 2002, *RJPF* 2003/4, p. 13, note Garaud E. (2003) *RTD civ.*, p. 290, obs. Mestre J. et Fages B., p. 382, obs. Marguénaud J.-P., et p. 575, obs. Libchaber R. (2003) *RDC*, p. 220, obs. Marais A., et p. 231, obs. Rochfeld J., rejetant la demande de pose d'une serrure électrique, à la charge du bailleur, visant à permettre l'exercice de la liberté de religion.

8.2.3 *La fondamentalisation du droit des contrats*

Les sources du droit des contrats français porte la marque d'une «fondamentalisation». La jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme (Cour EDH) nourrit cette évolution (voir Debet 2002, 689 et seq. ; Raynaud 2003 ; Chassagnard-Pinet 2008, 225).²⁸ Son influence est tant verticale qu'horizontale.

D'abord, sur le plan vertical, l'article 11 de la CEDH reconnaît la liberté contractuelle. Sur cette base, la Cour EDH contrôle à l'aune des exigences du respect des droits fondamentaux la manière dont les contrats sont interprétés à l'échelle des Etats.²⁹ L'influence de la jurisprudence de la Cour EDH se fait en conséquence ressentir en droit interne. En particulier, la Cour EDH pourrait condamner une application des principes d'interprétation du Code civil si celle-ci était jugée trop mécanique.³⁰

Ensuite sur le plan horizontal, la jurisprudence européenne relative aux effets des droits fondamentaux dans les relations entre particuliers tend également à orienter la jurisprudence nationale. En particulier, les dispositions contractuelles qui portent atteinte aux droits fondamentaux des parties se trouvent privées d'effet.

8.3 Le rayonnement des droits de l'Homme et des droits fondamentaux en droit de la responsabilité délictuelle

8.3.1 *Les principes généraux du droit de la responsabilité délictuelle en France*

Le droit français de la responsabilité délictuelle consacre une multitude de régimes spéciaux. Certains sont propres à telle ou telle cause de dommage. La responsabilité liée à un accident de la circulation ou à un produit défectueux obéit ainsi à des règles spécifiques. D'autres sont adaptés à la personne dont la responsabilité est recherchée. Ainsi par exemple de la responsabilité des fonctionnaires ou des dirigeants de société.

Aussi nombreux soient-ils, ces régimes spéciaux ne remettent pourtant pas en cause l'existence d'un droit commun qui repose sur une série de principes généraux.

²⁸ Critique, Jamin (2009, 175), qui décrit la figure nouvelle du contractant «post-matérialiste» et le renversement entraîné par la référence aux droits fondamentaux sur la conception sociale du droit des contrats ; Rochfeld (2008, 851). Ces droits fondamentaux composeraient un nouvel ordre public, cf. Fenouillet (2001, 487).

²⁹ Cour EDH 13 juillet 2004, arrêt Pla et Puncerneau c / Andorre, stigmatisant l'interprétation d'un contrat par un juge espagnol car en «flagrante contradiction avec l'interdiction de discrimination».

³⁰ Cour EDH 1^{er} déc. 2009, Velcea et Mzare c/ Roumanie, RDC 2010, p. 981, obs. Marguénaud J.-P.

Les uns sont relatifs au fait générateur du dommage. A cet égard, le droit français connaît trois principes qui structurent l'ensemble de la matière : chacun est responsable non seulement de ses fautes personnelles, mais aussi des choses qu'il a sous sa garde et des personnes dont il doit répondre. Le premier est d'application très large : toute faute est susceptible d'engager la responsabilité civile de son auteur, fût-elle d'omission.³¹ Le second repose sur la garde d'une chose, définie comme le pouvoir d'usage, de direction et de contrôle sur une chose corporelle. Le troisième demeure un peu plus flou : pour lors, il ne concerne que des personnes intervenant dans le milieu associatif (et non pas dans le secteur de l'économie marchande donc) afin de prendre en charge l'état ou l'activité d'autrui (associations d'aides à la réinsertion d'handicapés, de mineurs délinquants ou encore associations sportives).

Les autres ont trait au dommage réparable. Celui-ci doit d'abord être certain, direct, personnel et correspondre à la lésion d'un intérêt légitime. Si ces critères sont remplis, le dommage doit être entièrement réparé : c'est le principe dit de la réparation intégrale.³² Etant précisé que ce principe revêt une double dimension. La première, positive, exige que tout le dommage soit réparé. Ce qui explique notamment que la victime d'un dommage qui s'aggrave postérieurement à la décision rendue par un juge pourra former une nouvelle demande sans que l'autorité de la chose jugée puisse lui être opposée. De même la Cour de cassation refuse-t-elle d'imposer à la victime une obligation de minimiser son dommage au nom du principe de la réparation intégrale. La seconde, négative, implique que seul le dommage puisse être réparé : la responsabilité civile ne peut être une source d'enrichissement, sa fonction étant seulement de réparer.

Il est en revanche plus difficile de déceler l'existence d'un quelconque principe au sujet du lien de causalité qui doit relier le fait générateur au dommage. Ici, la jurisprudence s'avère en effet passablement casuistique, voire opportuniste.

8.3.2 La présentation du droit à la vie privée et l'exigence nationale de mise en balance avec la liberté d'expression

La consécration juridique du droit au respect de la vie privée est relativement récente en France ; elle a accompagné le développement de la protection accordée à la personne humaine.

Encore faut-il distinguer les textes de la jurisprudence.

Longtemps, les premiers ont en effet totalement méconnu l'exigence d'une quelconque protection de la vie privée. Absent de la DDHC du 26 août 1789, le droit au respect de la vie privée fit une première apparition dans une loi pénale du 11 mai 1868 dont l'article 11 disposait que "*Toute publication dans un écrit périodique relative à un fait de vie privée constitue une contravention punie d'une amende de*

³¹ Le Conseil constitutionnel a expressément rattaché le principe de responsabilité à l'article 4 de la DDHC : cons. const., 9 novembre 1999, DC n° 99-419.

³² Récemment rappelé : cass. crim., 18 février 2014, n° 12-87.629.

500 F". C'est ensuite une ordonnance du 6 mai 1944 qui introduisit dans la loi du 29 juillet 1881 relative à la liberté de la presse une disposition selon laquelle : "*la vérité des faits diffamatoires peut toujours être prouvée, sauf : a) lorsque l'imputation concerne la vie privée de la personne (...)*".³³ Toutefois, la portée de ce texte est limitée puisque, loin de protéger en lui-même la vie privée, il interdit seulement la justification d'une diffamation par l'utilisation d'une information relative à la vie privée.

Toujours en matière pénale, l'article 23 de la loi du 17 juillet 1970 créa les nouveaux articles 368 à 372 du code pénal relatifs aux délits d'atteintes à la vie privée. Mais cette loi modifia également, cette fois en matière civile, l'article 9 du Code civil qui prévoit désormais en son alinéa 1^{er} que « *Chacun a droit au respect de sa vie privée* ». Ce droit fut ensuite rattaché par le Conseil constitutionnel à la liberté individuelle proclamée par l'article 2 de la DDHC³⁴ dont il devient ainsi une composante. Ce rattachement lui confère donc aujourd'hui valeur constitutionnelle.

Avant sa consécration législative, c'est à la jurisprudence qu'est revenu le soin de protéger la vie privée en matière civile, ce qu'elle fit à compter de la fin du 19^{ème} siècle. Le fondement choisi était alors l'article 1382 du Code civil, posant de manière générale que quiconque cause à autrui un dommage par sa faute est obligé à réparation des dommages causés par cette faute (Nerson 1971, 741). Suite à la consécration de la protection autonome de la vie privée à l'article 9 du Code civil, la jurisprudence affirma l'autonomie de ce texte par rapport à l'article 1382 du même code, affirmant que désormais, "*la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation*".³⁵ Faute et dommage se trouvent ainsi comme présumés par le simple fait qu'il y ait eu violation du droit au respect de la vie privée.

Le droit au respect de la vie privée confère à chaque individu une sphère d'intimité, qu'il a le droit de garder secrète et qu'il peut protéger de toute intrusion non consentie (Henette-Vauchez et Roman 2013, 457). Malgré des contours difficiles à fixer, il est possible de s'accorder aujourd'hui pour dire que la vie privée regroupe la vie familiale, la vie sentimentale et sexuelle, le droit à l'image, les convictions religieuses, la santé, les loisirs et le travail.

Législation et jurisprudence mettent usuellement en balance le droit au respect de la vie privée avec la liberté d'expression. Le premier constitue indéniablement une limite du second.

Pour la loi, la liberté d'expression ne saurait justifier une atteinte à la vie privée d'autrui par la captation, l'enregistrement ou la transmission, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel. De même, constitue une atteinte à la vie privée le fait de fixer, enregistrer ou transmettre, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé. Ainsi, les limites à la liberté d'expression constituent des délits et sont réprimés par le code pénal en son article 226-1. Toutefois, ce texte permet une mise en balance entre les droits : il précise que si ces actes sont effectués au vu et au su des intéressés

³³ Article 35 de la loi du 29 juillet 1881.

³⁴ Cons. const, 23 juillet 1999, DC n° 99-416.

³⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 5 novembre 1996, n° 94-14.798.

sans qu'ils s'y soient opposés, alors qu'ils étaient en mesure de le faire, le consentement de ceux-ci est présumé. Dans cette dernière hypothèse, la liberté d'expression pourra s'exprimer pleinement, sans porter atteinte au droit au respect de la vie privée.

L'article 9 du Code civil permet à son tour une telle mise en balance : il prévoit des mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée. Cela signifie qu'il appartiendra au *juge* civil de vérifier si l'usage de la liberté d'expression porte atteinte à la vie privée. Une telle atteinte n'est pas systématiquement illégitime : la Cour de cassation a ainsi affirmé que « *les droits au respect de la vie privée et à la liberté d'expression, revêtant, eu égard aux articles 8 et 10 de la Convention européenne et 9 du code civil, une identique valeur normative, font ainsi devoir au juge saisi de rechercher leur équilibre et, le cas échéant, de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime* ». ³⁶

S'inspirant à la fois du droit pénal et du droit européen, la jurisprudence admet ainsi, en premier lieu, qu'il n'y a pas d'atteinte à la vie privée lorsque la personne qui s'en plaint a accepté l'atteinte matérielle, y a consenti. En second lieu, l'atteinte à la vie privée peut être justifiée par un intérêt légitime, en particulier les nécessités de l'information du public.

En ce sens, la Cour de cassation admet qu'une atteinte à la vie privée peut être justifiée par la liberté d'expression lorsqu'elle s'avère nécessaire et proportionnée. Elle sera nécessaire lorsque la publication journalistique concerne un événement public, d'actualité ou un débat d'intérêt général, à condition qu'il existe une relation directe entre cet événement ou ce débat et la personne atteinte dans sa vie privée. ³⁷ En outre, même si l'intérêt du public à être informé légitime l'atteinte à la vie privée d'une personne, l'atteinte au droit au respect de la vie privée ne doit pas être disproportionnée. Dès lors, un parallèle doit être établi entre la gravité de l'atteinte et le droit à être informé. A cet égard, l'atteinte ne doit pas dépasser ce qui est strictement nécessaire à l'information du public.

8.3.3 L'existence d'un droit à dommages non pécuniaires en France et influence des droits de l'Homme et des droits fondamentaux sur l'étendue de ces dommages

8.3.3.1 Sur l'existence des dommages « non pécuniaires »

Si l'on tient que les dommages « non pécuniaires » renvoient essentiellement aux préjudices extra patrimoniaux, la notion englobe toute atteinte à la sphère personnelle de la victime : douleurs physiques, souffrances psychiques, esthétiques et

³⁶ Cass. civ. 1ère, 9 juillet 2003, n° 00-20.289, D. 2004. 1633, Caron C. ; RTD civ. 2003. 680, Hauser J.

³⁷ Saint Pau J.-C., J.-Cl Civil Code Article 9, fasc. 15.

autres inconvénients affectant la qualité générale de l'existence d'une personne et ce, de façon temporaire ou permanente.

En tant que telle, la catégorie des préjudices non pécuniaires n'est pas évoquée dans les textes. En l'état actuel du droit positif, ceux-ci se bornent à évoquer la perte éprouvée et le gain manqué (article 1149 du Code civil). Une telle imprécision a suscité une jurisprudence aussi foisonnante que difficile à systématiser, peu prévisible.

C'est afin de rationaliser la matière qu'un groupe de travail, réuni sous l'égide d'un magistrat de la Cour de cassation, a proposé une nomenclature dont l'utilité n'est pas douteuse. Communément appelée du nom de son maître d'œuvre Dintilhac, cette nomenclature n'a certes pas reçu de consécration législative ou réglementaire. Elle n'en est pas moins utilisée par les assureurs et les juridictions.³⁸ Elle distingue les préjudices à caractère économique (ou patrimonial) des postes de préjudice à caractère non économique (ou extra-patrimonial ou personnel). La reprise de cette nomenclature se justifie à deux titres : elle permet de classer les dommages et dépeint largement la pratique du système judiciaire français (Robineau 2010, 612).

8.3.3.2 Sur la typologie des dommages «non pécuniaires»³⁹

8.3.3.2.1 Les dommages temporaires

Le déficit fonctionnel temporaire Ce poste de préjudice correspond à l'invalidité subie par la victime dans sa sphère personnelle pendant la maladie traumatique. Cette invalidité traduit l'incapacité fonctionnelle totale ou partielle que va subir la victime. Elle correspond aux périodes d'hospitalisation, mais aussi à la "perte de qualité de vie et celle des joies usuelles de la vie courante" que rencontre la victime pendant la maladie traumatique (séparation de la victime de son environnement familial et amical durant les hospitalisations, privation temporaire des activités privées ou des agréments auxquels se livre habituellement ou spécifiquement la victime, préjudice sexuel pendant la maladie traumatique, etc.).

Les souffrances endurées «Il s'agit de toutes les souffrances physiques et psychiques, ainsi que des troubles associés, que doit endurer la victime durant la maladie traumatique, c'est-à-dire du jour de l'accident à celui de sa consolidation». C'est l'indemnité à laquelle peut prétendre la victime d'une atteinte à l'intégrité physique, pour la douleur qu'elle a éprouvée dans sa chair, physique ou morale, en fonction de la gravité des blessures, des interventions chirurgicales, de la durée et de l'intensité des soins ou de l'hospitalisation ainsi que de la crainte éprouvée par la victime de rester invalide, ou de mourir.

³⁸ « La nomenclature Dintilhac n'est pas figée », Entretien avec Dominique Arcadio (2011, 1111).

³⁹ Typologie et définitions sont reprises de la nomenclature Dintilhac (2005).

Le préjudice esthétique temporaire « Il a été observé que, durant la maladie traumatique, la victime subissait bien souvent des atteintes physiques, voire une altération de son apparence physique, certes temporaire, mais aux conséquences personnelles très préjudiciables, liée à la nécessité de se présenter dans un état physique altéré au regard des tiers. Or ce type de préjudice est souvent pris en compte au stade des préjudices extra-patrimoniaux permanents, mais curieusement omis de toute indemnisation au titre de la maladie traumatique où il est pourtant présent, notamment chez les grands brûlés ou les traumatisés de la face. Aussi, le groupe de travail a décidé d'admettre, à titre de poste distinct, ce chef de préjudice réparant le préjudice esthétique temporaire ».

8.3.3.2.2 Les dommages permanents

Le déficit fonctionnel permanent « Ce poste de préjudice cherche à indemniser un préjudice extra-patrimonial découlant d'une incapacité constatée médicalement qui établit que le dommage subi a une incidence sur les fonctions du corps humain de la victime. Il s'agit ici de réparer les incidences du dommage qui touchent exclusivement à la sphère personnelle de la victime. Il convient d'indemniser, à ce titre, non seulement les atteintes aux fonctions physiologiques de la victime, mais aussi la douleur permanente qu'elle ressent, la perte de la qualité de vie et les troubles dans les conditions d'existence qu'elle rencontre au quotidien après sa consolidation. Ce poste peut être défini, selon la Commission européenne à la suite des travaux de Trèves de juin 2000, comme correspondant à "la réduction définitive du potentiel physique, psychosensoriel ou intellectuel résultant de l'atteinte à l'intégrité anatomo-physiologique médicalement constatable donc appréciable par un examen clinique approprié complété par l'étude des examens complémentaires produits, à laquelle s'ajoutent les phénomènes douloureux et les répercussions psychologiques, normalement liées à l'atteinte séquellaire décrite ainsi que les conséquences habituellement et objectivement liées à cette atteinte dans la vie de tous les jours". En outre, ce poste de préjudice doit réparer la perte d'autonomie personnelle que vit la victime dans ses activités journalières, ainsi que tous les déficits fonctionnels spécifiques qui demeurent même après la consolidation. En raison de son caractère général, ce déficit fonctionnel permanent ne se confond pas avec le préjudice d'agrément, lequel a pour sa part un objet spécifique en ce qu'il porte sur la privation d'une activité déterminée de loisirs ».

Le préjudice d'agrément « Ce poste de préjudice vise exclusivement à réparer le préjudice d'agrément spécifique lié à l'impossibilité pour la victime de pratiquer régulièrement une activité spécifique sportive ou de loisirs. Ce poste de préjudice doit être apprécié in concreto en tenant compte de tous les paramètres individuels de la victime (âge, niveau, etc.) ».

Le préjudice esthétique permanent « Ce poste cherche à réparer les atteintes physiques et plus généralement les éléments de nature à altérer l'apparence physique de la victime, notamment comme le fait de devoir se présenter avec une cicatrice

permanente sur le visage. Ce préjudice a un caractère strictement personnel et il est en principe évalué par les experts selon une échelle de 1 à 7 (de très léger à très important)».

Le préjudice sexuel «Ce poste concerne la réparation des préjudices touchant à la sphère sexuelle. Il convient de distinguer trois types de préjudice de nature sexuelle : le préjudice morphologique qui est lié à l'atteinte aux organes sexuels primaires et secondaires résultant du dommage subi ; le préjudice lié à l'acte sexuel lui-même qui repose sur la perte du plaisir lié à l'accomplissement de l'acte sexuel (perte de l'envie ou de la libido, perte de la capacité physique de réaliser l'acte, perte de la capacité à accéder au plaisir) ; le préjudice lié à une impossibilité ou une difficulté à procréer (ce préjudice pouvant notamment chez la femme se traduire sous diverses formes comme le préjudice obstétrical etc.). Là encore ce préjudice doit être apprécié in concreto en prenant en considération les paramètres personnels de la victime».

Le préjudice d'établissement «Ce poste de préjudice cherche à indemniser la perte d'espoir, de chance ou de toute possibilité de réaliser un projet de vie familiale "normale" en raison de la gravité du handicap permanent, dont reste atteint la victime après sa consolidation : il s'agit de la perte d'une chance de se marier, de fonder une famille, d'élever des enfants et plus généralement des bouleversements dans les projets de vie de la victime qui l'oblige à effectuer certaines renonciations sur le plan familial.

Il convient ici de le définir par référence à la définition retenue par le Conseil national de l'aide aux victimes comme la perte d'espoir et de chance de normalement réaliser un projet de vie familiale (se marier, fonder une famille, élever des enfants, etc.) en raison de la gravité du handicap.

Ce type de préjudice doit être apprécié in concreto pour chaque individu en tenant compte notamment de son âge».

Les préjudices permanents exceptionnels «Lors de ses travaux, le groupe de travail a pu constater combien il était nécessaire de ne pas retenir une nomenclature trop rigide de la liste des postes de préjudice corporel. Ainsi, il existe des préjudices atypiques qui sont directement liés aux handicaps permanents, dont reste atteinte la victime après sa consolidation et dont elle peut légitimement souhaiter obtenir une réparation. À cette fin, dans un souci de pragmatisme – qui a animé le groupe de travail durant ses travaux – il semble important de prévoir un poste "préjudices permanents exceptionnels" qui permettra, le cas échéant, d'indemniser, à titre exceptionnel, tel ou tel préjudice extra-patrimonial permanent particulier non indemnisable par un autre biais. Ainsi, il existe des préjudices extra-patrimoniaux permanents qui prennent une résonance toute particulière soit en raison de la nature des victimes, soit en raison des circonstances ou de la nature de l'accident à l'origine du dommage».

En sus de ces catégories existent encore les préjudices extra patrimoniaux évolutifs (Préjudices liés à des pathologies évolutives : Il s'agit d'un poste de préjudice relativement récent qui concerne toutes les pathologies évolutives. Il s'agit notamment de maladies incurables susceptibles d'évoluer et dont le risque d'évolution

constitue en lui-même un chef de préjudice distinct qui doit être indemnisé en tant que tel. C'est un chef de préjudice qui existe en dehors de toute consolidation des blessures, puisqu'il se présente pendant et après la maladie traumatique. Tel est le cas du préjudice lié à la contamination d'une personne par le virus de l'hépatite C, celui du VIH, la maladie de Creutzfeldt-Jakob ou l'amiante, etc. Il s'agit ici d'indemniser « le préjudice résultant pour une victime de la connaissance de sa contamination par un agent exogène, quelle que soit sa nature (biologique, physique ou chimique), qui comporte le risque d'apparition à plus ou moins brève échéance d'une pathologie mettant en jeu le pronostic vital » et les préjudices extra patrimoniaux des victimes indirectes en cas de survie de la victime directe (Souffrances morales, préjudice d'affection, bouleversement des conditions de vie).

8.3.3.3 Sur l'impact des droits fondamentaux

Rien ne permet d'affirmer avec certitude que les droits fondamentaux aient une influence sur l'étendue des dommages extra patrimoniaux. Néanmoins, il se peut que la jurisprudence offre une protection particulière à certains droits ou intérêts notamment ceux mentionnés au titre premier du livre premier du Code civil (vie privée,⁴⁰ dignité⁴¹). En raison de la seule atteinte injustifiée à l'un de ces droits, la réparation est en effet acquise, permettant d'en déduire une hiérarchisation des préjudices réparables. L'on peut y voir un lien avec les droits fondamentaux et les préjudices nécessairement extra-patrimoniaux qu'entraîne leur violation. Postuler le préjudice favorise en effet la réparation de certains droits et souligne leur importance. Il n'est donc pas impossible que ces préjudices bénéficient d'une protection hiérarchisée (en ce sens voir Quézel-Ambrunaz 2012, 251) ou, comme l'affirme un auteur, « une reconnaissance différenciée des intérêts » (Quézel-Ambrunaz 2012, 251). On notera toutefois que certains en appellent à une réforme tendant à moduler la protection apportée en fonction de l'intérêt en cause, tel que le prévoit par exemple le droit allemand.⁴²

8.3.4 *L'existence d'une règle permettant de déroger aux principes généraux dans le but de protéger les droits de l'Homme et des droits fondamentaux*

A notre connaissance, aucune règle générale ne permet de contourner les principes généraux de la responsabilité délictuelle dans le but de protéger les droits fondamentaux. La seule exception pouvant être avancée concerne certains droits de la

⁴⁰ C. civ., article 9.

⁴¹ C. civ., article 16.

⁴² Cf le rapport d'information sénatorial : « Responsabilité civile : des évolutions nécessaires », par Anziani et Béteille L., p. 29 : <http://www.senat.fr/rap/r08-558/r08-5584.html>.

personnalité dont la seule atteinte injustifiée permet réparation, sans qu'il soit nécessaire de se fonder sur l'article 1382 du Code civil. En ce cas, l'exception réside en ce que les conditions tenant à l'exigence d'une faute et d'un dommage semblent se confondre dans la notion d'atteinte : la faute se déduit de l'existence d'un dommage afin de protéger de manière plus efficace les droits de la personnalité (Gratton 2013, 275).

Sans doute pourrait-il également être tentant de relier l'idéologie de la réparation au droit à la vie entendu dans un sens large. Après tout, le souci que manifestent les tribunaux d'indemniser les victimes, notamment de dommages corporels, peut être théoriquement rattaché à ce droit fondamental et aboutit souvent à tordre certains concepts classiques du droit de la responsabilité civile, au premier rang desquels figure celui de lien de causalité. Il est toutefois douteux qu'une telle association soit consciente en pratique. En tout état de cause, elle serait purement implicite.

Par ailleurs, les droits fondamentaux de troisième génération, en particulier ceux relatifs à l'environnement, méritent une mention spéciale. En droit français, la charte de l'environnement de 2004 a été constitutionnalisée en 2005. Or elle consacre un principe de précaution qui est susceptible de bousculer quelques principes généraux du droit de la responsabilité civile.⁴³

Il convient ici d'évoquer le contentieux des antennes relais qui témoigne d'un gauchissement de certains principes classiques du droit de la responsabilité civile :

- Sur la faute, la consécration du principe de précaution implique nécessairement un élargissement du concept de faute puisqu'il aboutit à créer de nouvelles obligations dont la violation constitue une faute.
- Sur le préjudice surtout, la consécration du principe de précaution favorise la réparation de nouveaux préjudices que certains estiment hypothétiques. Elle a en tout cas permis la reconnaissance du préjudice d'angoisse.

De manière plus générale, il faut également relever que l'avènement du principe de précaution contribue sinon à donner, du moins à renforcer une fonction préventive au droit de la responsabilité civile. Celui-ci pose des règles tendant à éviter un dommage. Classiquement, il est toutefois enseigné que la responsabilité civile a surtout pour fonction de réparer un dommage.

A noter qu'au-delà des effets perturbateurs qu'il est susceptible d'exercer sur le droit commun de la responsabilité civile, le souci de protéger l'environnement a justifié l'adoption d'un régime spécial de responsabilité, lequel résulte en droit français d'une loi du 1^{er} août 2008, transposant la directive communautaire 2004/35 du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale, l'ensemble du dispositif étant actuellement codifié aux articles L.160-1 et suivants et R.161-1 et suivants du code de l'environnement.

⁴³ Article 5 : « Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en oeuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ».

Un dernier exemple doit être relevé. Au nom de la liberté d'expression, la Cour de cassation, dans un arrêt d'Assemblée plénière de 2000 a écarté l'application de l'article 1382 pour consacrer un régime spécial exclusivement fondé sur les spécificités de la loi de 1881. Dans deux arrêts du 12 juillet 2000, l'Assemblée plénière refusait l'application de l'article 1382 du Code civil en présence d'une infraction de presse : « les abus de la liberté d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881 ne peuvent être réparés sur le fondement de l'article 1382 du Code civil ». ⁴⁴ Or, l'application de la loi de 1881 avait pour conséquence d'écarter les délais de prescription du droit commun en les remplaçant par des délais beaucoup plus courts. Dans un arrêt du 27 septembre 2005, la première chambre civile de la Cour de cassation était même allée encore plus loin en ne subordonnant plus l'exclusion de l'article 1382 à un délit prévu et réprimé par la loi de 1881. Elle décidait en effet de manière générale que « les abus de la liberté d'expression envers les personnes ne peuvent être poursuivis sur le fondement de l'article 1382 du Code civil ». ⁴⁵ Un arrêt plus récent manifeste toutefois un retour à la solution des arrêts de 2000, ce qui fait dire à un auteur qu'on assisterait à un « discret retour de l'article 1382 » en matière de presse. ⁴⁶ En conclusion, si la loi de 1881 instaure un régime spécial exclusif, ce n'est qu'à raison de son champ d'application et non pas pour tous les délits liés à la liberté d'expression (ex : faute d'imprudence lié au fait de laisser publier un article manquant de sérieux).

8.3.5 L'influence de la jurisprudence sur les droits de l'Homme et droits fondamentaux des tribunaux régionaux et internationaux sur le contenu du droit de la responsabilité délictuelle en France

8.3.5.1 L'influence de la jurisprudence en matière de droits de l'Homme sur le contenu du droit de la responsabilité délictuelle

Le droit de la responsabilité délictuelle n'échappe pas au mouvement dit de « fondamentalisation » du droit même si toutes ces influences ne sont pas aisément repérables. Ainsi, il est probable que la Convention du Conseil de l'Europe sur la responsabilité civile en *cas de dommages causés par des véhicules automoteurs du 14 mai 1973 a influencé la loi du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation*. Toutefois, la prudence impose de ne décrire que les phénomènes palpables d'imprégnation du droit français par la jurisprudence relative aux droits de l'Homme, résultant de la Cour EDH et de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE).

⁴⁴ Cass. ass. plén., 12 juillet 2000, n° 98-10160.

⁴⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 27 septembre 2005, n° 03-13622.

⁴⁶ Jourdain P., RTD Civ. 2009, p. 331.

8.3.5.2 L'influence de la Cour EDH sur le contenu du droit de la responsabilité délictuelle

Concernant la Cour EDH, quatre sources d'influence peuvent être perçues (sur cette question, voir notamment Marchadier 2002, 111 ; Lucas 2002, 111).

La première s'exprime au travers d'une volonté croissante de protection de la personne, placée au centre de la logique des droits fondamentaux. Le souci de protection de la personne se retrouve dans les conditions de réparation des atteintes aux droits de la personnalité. Ainsi, comme évoqué précédemment, « la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation »⁴⁷ sur le fondement de l'article 9 du Code civil. La Cour de cassation se fondant toutefois explicitement, pour justifier son revirement, sur un texte de droit interne, que ce soit l'article 9 ou l'article 16 du Code civil, l'influence n'est sans doute qu'implicite.

De même, l'évolution de la responsabilité en matière médicale place la personne au cœur du raisonnement. Si auparavant la sanction de l'obligation d'information du médecin était dépendante du préjudice, tel n'est plus véritablement le cas aujourd'hui. Sans aller jusqu'à prétendre qu'il n'y a plus besoin de préjudice, la jurisprudence se place en amont en instaurant une présomption. Tandis qu'avant la victime d'une violation de l'obligation d'information du médecin devait prouver que cette violation l'avait privé d'une chance de prendre une bonne décision quant à l'opération projetée, il suffit dorénavant qu'elle démontre la violation qui en elle-même implique le préjudice. La réparation se fonde désormais sur le droit au respect de l'intégrité corporelle, lequel suppose qu'aucune atteinte ne puisse y être portée sans le consentement éclairé de son titulaire (article 16-3 du Code civil), mais encore le droit au respect de la dignité de la personne, consacré quant à lui par l'article 16 du Code civil.⁴⁸ Ces deux fondements ont été retenus par la Cour de cassation dans un arrêt marquant une rupture avec la jurisprudence antérieure.⁴⁹ L'attention se focalise donc sur l'atteinte : le corps humain en tant que tel est inviolable, ceci résultant de ce que le corps humain est le *substratum* de la personne et que, dès lors, y porter atteinte revient du même coup à atteindre la personne humaine. C'est tout le sens de la jurisprudence récente de la Cour de cassation en matière médicale : elle vise à offrir une protection de même niveau au corps humain, et au travers lui à la personne humaine, que la protection offerte à la vie privée. En ce sens, un arrêt de 28 janvier 2010⁵⁰ abandonne le fondement classique de l'article 1147 du Code civil pour viser notamment l'article 16-3 du Code civil, en unifiant le fondement juridique de la responsabilité médicale⁵¹ et en sanctionnant la violation d'un

⁴⁷ Cass. civ. 1ère, 25 février 1997, n° 95-13.545 ; cass. civ. 1ère, 5 novembre 1996, n° 94-14.798.

⁴⁸ Au visa des principes de la dignité de la personne humaine et d'intégrité du corps humain : cass. civ. 1^{re}, 12 juin 2012, n° 11-18.327.

⁴⁹ Cass. civ. 1^{re}, 3 juin 2010, n° 09-13.591.

⁵⁰ Cass. civ. 1^{re}, 28 janvier 2010, n° 09-10.992.

⁵¹ En ce sens voir le rapport annuel de la Cour de cassation (2010, 163 et seq.).

droit de la personnalité.⁵² Pour un dernier exemple, le souci de protection s'étend également à la propriété de la personne. En ce sens, la Haute juridiction a estimé que l'atteinte au droit de propriété littéraire et artistique d'une personne constitue en elle-même un préjudice réparable.⁵³

Une deuxième source d'influence se perçoit dans la pratique, recommandée par la Cour de cassation,⁵⁴ de la recherche d'un équilibre entre droits concurrents. Tel est le cas par exemple entre le droit au respect de la vie privée et la liberté d'expression comme vu précédemment. Une telle méthode de pondération d'intérêts divergents, si elle n'est pas d'essence européenne, est néanmoins familière à la Cour EDH et peut être considérée comme caractérisant le raisonnement tendant à concilier des droits et libertés fondamentaux antagonistes.

Quant à la troisième source d'influence, elle provient d'un renforcement de la sécurité des victimes. Dans l'affaire du sang contaminé, la Cour EDH a permis d'améliorer le sort des victimes post-transfusionnelles du sida pendant la période au cours de laquelle la norme juridique interne a manqué de clarté. La Cour de cassation, suite à des arrêts relevant l'inconventionalité du système français, a assoupli sa position en admettant que les victimes ayant accepté l'offre d'indemnité du fonds d'indemnisation avant le 26 janvier 1994 pouvaient également réclamer en justice des dommages et intérêts au tiers responsable de la contamination.⁵⁵ Cette affaire eut également un impact sur le législateur qui a, ultérieurement et lors de la mise en place d'autres fonds d'indemnisation, précisé si l'acceptation de l'offre d'indemnité formulée par le fonds empêchait ou non la victime d'agir en justice contre un éventuel tiers responsable (sur quoi : Leduc 2013, 5).

L'influence relative à la protection des victimes se perçoit également au travers des effets d'un autre constat de violation de la CEDH concernant la France. La violation de l'instrument européen concernait la rétroactivité d'une loi nouvelle privant brutalement les victimes d'une créance de réparation que leur reconnaissait le droit antérieur. La Cour EDH a estimé que l'applicabilité immédiate de la loi nouvelle aux instances en cours contrevenait à l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la CEDH.⁵⁶ La Cour de cassation a donc décidé d'écarter l'application de la loi nouvelle pour les cas dans lesquels la créance de réparation était née dans le patrimoine de la victime avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle.⁵⁷

⁵² Voir toutefois sur le choix récent de la Cour de cassation optant pour la réparation du préjudice « d'impréparation » : cass. civ. 1re, 23 janvier 2014, n° 12-22.123 - note 87 Cour EDH, 6 oct. 2005, Draon c. France et Maurice c. France : *Resp. civ. et assur.* 2005, 327, C. Radé ; *RTD civ.* 2005, 743, Marguénaud J.-P. ; *JCP G* 2006, I, 109, Sudre F.

⁵³ Cass. civ. 1^{re}, 11 octobre 1983, n° 82-11.458.

⁵⁴ Cass. civ. 1^{re}, 9 juillet 2003, n° 172 : « *Les droits au respect de la vie privée et à la liberté d'expression, revêtant, eu égard aux articles 8 et 10 de la Convention européenne et 9 du Code civil, une identique valeur normative, font ainsi devoir au juge saisi de rechercher leur équilibre et, le cas échéant, de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime.* »

⁵⁵ Cass. civ. 1^{re}, 6 juin 2000, n° 98-22.117.

⁵⁶ Cour EDH, 6 oct. 2005, Draon c. France et Maurice c. France : *Resp. civ. et assur.* 2005, comm. 327, note C. Radé ; *RTD civ.* 2005, 743, obs. Marguénaud J.-P. ; *JCP G* 2006, I, 109, obs. Sudre F.

⁵⁷ Cass. Civ. 1re, 24 janvier 2006 (trois arrêts), n° 01-01-684, 02-12.260, 02-13.775.

Enfin, un dernier exemple de l'influence de la jurisprudence relative aux droits fondamentaux résulte d'un arrêt de la Chambre commerciale du 15 mai 2012⁵⁸ admettant le droit à réparation du préjudice moral d'une société. L'on sait en effet que dès 2000, la Cour EDH avait admis cette possibilité.⁵⁹

8.3.5.3 L'influence du Tribunal et de la Cour de justice de l'Union européenne sur le contenu du droit de la responsabilité délictuelle

Quant à l'étendue du droit à réparation, la directive de l'Union du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux a mené à la loi française du 1^{er} juillet 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, intégrant au Code civil les articles 1386-1 à 1386-18. Ce régime général se distingue du droit classique de la responsabilité délictuelle en ce que, notamment, il n'opère pas de différence entre responsabilité délictuelle et contractuelle. L'application du texte par les juridictions de l'Union ne concerne pas explicitement les droits fondamentaux mais s'en inspire puisqu'elle favorise et étend ici le principe de réparation.

Le même regard peut être porté sur la loi du 1er août 2008 qui a transposé en droit français la directive « responsabilité environnementale » du 24 avril 2004. Un nouveau régime de responsabilité a été ainsi mis en place, sous l'influence du droit de l'Union, fondé notamment sur le principe pollueur-payeur. Cette loi vient compléter utilement l'approche classique du droit de la responsabilité afin d'appréhender le dommage causé aux ressources naturelles en tant que telles, autrement nommé « dommage environnemental », « préjudice écologique pur » ou « dommage écologique » (Sutterlin 2012, n° 56).

Enfin, la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique a transposé la directive du 8 juin 2000 relative au commerce électronique et pose, en son article 6, des règles spéciales de responsabilité délictuelle applicables aux intermédiaires techniques de l'internet. Apparaissent ainsi, douze ans après l'adoption de ces règles dans l'Union européenne, des évolutions majeures et notables à l'égard de ces intermédiaires (Castets-Renard 2012, 827).

⁵⁸ Cass. com., 15 mai 2012, n° 11-10.278 .

⁵⁹ Cour EDH, 6 avril 2000, n° 35382/97, Sté Comingersoll, à propos du préjudice moral résultant pour une société commerciale de l'atteinte à son droit à un procès dans un délai raisonnable, AJDA 2000., 526, Flauss. J.-F.

8.3.6 *Les tendances générales de la législation françaises sur le droit de la responsabilité délictuelle relative aux droits de l'Homme et les droits fondamentaux*

La tendance générale participe d'une volonté de faciliter et d'étendre, dans la plupart des cas,⁶⁰ la réparation des victimes. Ce constat résulte des évolutions touchant à la fois le fond et la forme.

Sur le fond, concernant le fait générateur, la tendance consiste à créer des régimes autonomes lorsque les règles classiques se trouvent inadaptées (vie privée, dignité, produits défectueux...).

Pour ce qui est du préjudice, le mouvement est à l'extension du champ des préjudices réparables (angoisse, affinement des catégories de préjudices corporels,...).

Sur la forme, certaines règles facilitent la réparation afin de garantir de manière effective les droits fondamentaux. Par exemple, l'influence du droit de l'Union en matière d'égalité de traitement eut un impact considérable sur la charge de la preuve en cas de discrimination en droit du travail. Or, lorsque ces discriminations ont lieu lors de l'embauche, le candidat à l'emploi n'est lié par aucun contrat et l'on se trouve bien alors dans le champ de la responsabilité délictuelle,⁶¹ dont les modalités de réparation se trouvent ainsi facilitées.

8.3.7 *L'adaptation des droits de l'Homme et droits fondamentaux au droit privé français*

A la question de savoir si c'est le droit privé qui s'est adapté aux droits fondamentaux ou l'inverse, nulle réponse tranchée ne peut être apportée tant il paraît erroné de parler en termes de prévalence. L'interadaptation semble plus appropriée pour ce qui est de la pénétration des droits de l'Homme au sein du droit privé. Si le droit privé s'est adapté aux droits fondamentaux, la réciproque n'est pas moins vraie.

Ainsi, l'on pourrait considérer que le droit privé s'est adapté en ce sens qu'il s'est imprégné de la prévalence de la personne. L'expansion de la catégorie des droits de la personnalité, entre autres, en témoigne. Il en est de même pour l'effectivité que le

⁶⁰ Cf. *contra* la responsabilité en matière de presse où l'on a pu constater que les droits fondamentaux peuvent au contraire parfois justifier une restriction de la mise en œuvre de la responsabilité, dont les restrictions sont justifiées au regard de la liberté d'expression.

⁶¹ L.1134-1 du code du travail dispose que « *lorsque survient un litige en raison d'une méconnaissance des dispositions du chapitre [relatif au principe de non-discrimination], le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte "telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations". Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination [...]* ».

droit privé a été contraint d'apporter à ces droits justement parce qu'ils découlaient des droits fondamentaux et passent donc désormais pour des droits prééminents.

A l'inverse, le droit privé, quant à lui, offre un terrain privilégié d'application aux droits de l'Homme entre personnes privées. En cela les droits fondamentaux se sont adaptés au droit privé en empruntant ses mécanismes, au travers de ce qu'il est courant de nommer leur effet horizontal.

8.3.8 Les suggestions de lege ferenda pour un droit de la responsabilité délictuelle reflétant l'influence des droits de l'Homme et des droits fondamentaux

Plusieurs projets de réforme ont été élaborés par des groupes de travail. Il en va ainsi des projets dits Catala et Terré. Ce dernier projet semble avoir les faveurs de la Chancellerie (Terré 2011). Il n'est pas fait référence, dans ces propositions, aux droits de l'Homme ou aux droits fondamentaux.

Toutefois, il est possible de relever une possible influence, implicite donc, au travers :

- du statut particulier réservé aux atteintes portées à l'intégrité physique et psychique de la personne (article 3 puis 56 et suivants);
- de la prise en compte des atteintes portées à un intérêt collectif, notamment à l'environnement (article 8).

8.4 Le rayonnement des droits de l'Homme et des droits fondamentaux en droit de la propriété

8.4.1 Les principes généraux du droit de la propriété en France

Le droit de propriété est considéré en France comme un droit civil et politique et bénéficie d'un double fondement constitutionnel : l'un, général, dans la DDHC en ses articles 2 et 17 ; l'autre, spécifique, dans le préambule de la Constitution de 1946. Ainsi, l'article 2 de la DDHC de 1789 énonce que « le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ». Et l'article 17 du même texte de préciser que « la propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ». Sur ce dernier point, le dispositif est complété par l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946 qui prévoit que « tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation

a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité". Visant initialement les droits des personnes privées, le droit de propriété fut ensuite étendu par le Conseil constitutionnel à ceux des personnes publiques.⁶²

Mais le droit de propriété est également l'objet de dispositions législatives : il se voit garanti aux articles 544 et suivants du Code civil pour lequel il correspond au « droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ».

En droit français, les principes généraux relatifs au droit de propriété procèdent d'une conception classique (1) que certaines réformes récentes tendent néanmoins à bousculer (2). Et s'ils manifestent une extension du droit de propriété à de nouveaux objets immatériels, les droits de propriété intellectuelle contribuent également à remettre en cause certains de ces principes généraux (3).

(1) Au regard des textes ci-dessus énoncés, le droit de propriété se caractérise par une grande généralité. A raison de ses titulaires d'abord : personnes publiques et privées peuvent être propriétaires. A raison de ses éléments ensuite : si l'article 544 du Code civil n'évoque que le droit de jouir et de disposer, il est en effet constant que le droit de propriété repose sur un triptyque : l'usus, qui désigne le pouvoir d'utiliser ou de ne pas utiliser la chose ; le fructus, celui d'en retirer tous les revenus ; l'abusus, celui d'aliéner ou de détruire la chose. En somme, le droit de propriété est le droit de retirer toutes les utilités économiques d'un bien. Enfin, le droit de propriété revêt trois caractères qui en soulignent à nouveau la généralité : il est un droit perpétuel, exclusif et absolu. Etant toutefois précisé que ces trois caractères sont à relativiser, ne serait-ce qu'en raison de l'utilité sociale du droit de propriété, déjà envisagée par l'article 17 de la DDHC.

(2) Cette conception classique du droit de propriété est bousculée par de récentes réformes dont la doctrine a souligné la dimension subversive. En premier lieu, le législateur a consacré la possibilité d'utiliser le droit de propriété comme une simple sûreté. Ainsi la propriété peut-elle être retenue afin de garantir le paiement d'une créance. C'est le cas de la fameuse clause de réserve de propriété, dont le succès pratique est considérable. Mais elle peut aussi être transférée aux fins de garantie. Comme dans la cession fiduciaire par exemple. Dans les deux cas, le droit de propriété a donc vocation à n'être que temporaire : son titulaire en sera investi jusqu'au paiement de la créance garantie. Par ailleurs, la propriété se trouve finalisée. Et il y a une espèce de décrochage entre la propriété juridique et la propriété économique. Car la chose sur laquelle porte le droit de propriété est moins considérée pour elle-même que pour sa valeur.

Plus généralement, une loi du 19 février 2007 a introduit en France la fiducie. Définie comme « l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires ». Un tel contrat peut être conclu afin de créer une garantie : le fiduciaire sera

⁶² Cons. const., 26 juin 1986, DC, n° 86-207.

propriétaire des biens transférés par un constituant à seule fin d'assurer le paiement de la dette dont celui-ci est tenu à l'égard de celui-là. Mais il peut également être conclu afin de confier au fiduciaire la mission de gérer un bien ou un ensemble de biens. Il s'agit alors d'une fiducie gestion. Le fiduciaire ne sera alors investi d'un droit de propriété que dans un but déterminé et devra se conformer aux limites de la mission confiée par le constituant. Au demeurant, sa propriété sera aussi temporaire. Juridiquement, il est donc propriétaire. Economiquement, cette propriété n'est toutefois pas vraiment pour lui. La perturbation apportée à la conception classique du droit de propriété est flagrante.

(3) Depuis le Code civil, le droit de propriété s'est élargi à la propriété littéraire et artistique ainsi qu'à la propriété industrielle et commerciale.⁶³ Dès lors, il ne porte plus seulement sur une chose matérielle mais aussi sur le fruit d'un travail, élément immatériel, incorporel, laissé hors du Code civil en 1804. En ce sens, l'article L.112-1 du code de la propriété intellectuelle assure la protection des œuvres de l'esprit. Cette extension remet en cause les traits généraux du droit de propriété tant cette propriété s'avère spécifique, notamment en ce que qu'elle est le plus souvent limitée dans le temps, là où le droit de propriété classique est censé être perpétuel.

8.4.2 L'existence d'une règle permettant de déroger aux principes généraux dans le but de protéger les droits de l'Homme et les droits fondamentaux : liberté d'expression, accès à l'information, droit à la protection des données à caractère personnel et liberté de recevoir ou de communiquer des informations

Si la question est celle de savoir s'il existe une seule règle générale permettant de déroger aux principes généraux du droit de propriété dans le but de protéger les droits fondamentaux, une réponse négative s'impose. Certes, les articles 17 de la DDHC et 544 du Code civil prévoient des limites mais sans qu'elles fassent expressément référence aux droits fondamentaux. En revanche, de nombreuses règles éparses permettent de restreindre ou d'encadrer le droit de propriété. En dehors de l'application toujours possible de la théorie de l'abus de droit, des intérêts supérieurs, possiblement fondés sur des droits fondamentaux, peuvent justifier tout à la fois une privation du droit de propriété ou une simple restriction à l'usage des biens. Aussi, des dispositions législatives sont-elles susceptibles de porter atteinte aux caractères absolu, perpétuel et exclusif du droit de propriété. Sans vouloir être exhaustif, les exemples sont nombreux et certains découlent en effet de la liberté d'expression, comme le suggère la question posée.

⁶³ La loi Le Chapelier considérait déjà en 1793 l'ouvrage, fruit de la pensée d'un écrivain, comme « la plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, et [...] la plus personnelle des propriétés ».

La liberté d'expression peut justifier nombre d'atteintes au droit de propriété, perçu comme droit exclusif concédé au propriétaire et notamment à un auteur. Le législateur autorise ainsi expressément les citations, analyses, résumés ou encore parodies d'œuvres de l'esprit appartenant à autrui. En dehors de ces exceptions, la jurisprudence n'admet toutefois aucun droit d'atteinte général au droit de propriété en raison de la liberté d'expression. Cette interprétation restrictive s'étend au droit du public à l'information, composante de la liberté d'expression qui ne saurait, d'après la Cour de cassation, être valablement et de façon générale opposée à l'auteur d'une œuvre de l'esprit.⁶⁴

La protection des données personnelles limite elle aussi le droit de propriété. Pour les entreprises dont l'activité est de récolter ou d'utiliser les données personnelles, en vue par exemple de dresser des fichiers clients, ces données constituent une valeur commerciale, un actif. En droit français, le texte de base en la matière est la loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés du 6 janvier 1978, plusieurs fois modifiée depuis lors. Ce texte, qui vise à encadrer la collecte et le traitement des données, est très représentatif de la difficulté qui consiste à vouloir concilier les droits fondamentaux susceptibles de se heurter au droit de propriété. Ainsi, alors que cette loi considère que les données sont la propriété de l'entreprise qui les détient, elle pose dans le même temps en son article 1^{er} que : « *L'informatique (...) ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'Homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques* ». Le droit de propriété à peine proclamé se voit donc imposé de strictes limites en vue de protéger, entre autres, le droit au respect de la vie privée des personnes concernées. Et ces limites sont nombreuses : en termes d'information, de droits dont disposent les individus : droit d'accès, de rectification ou d'opposition. La vie privée des personnes est également garantie par l'obligation de sécurité et de confidentialité des propriétaires. En outre, le traitement des données, sur lequel porte donc le droit de propriété, doit être limité dans le temps : c'est ce que suppose le « droit à l'oubli » de chacun. Les informations ne peuvent ainsi être conservées indéfiniment par le propriétaire du fichier.

A son tour, la protection de la vie familiale peut justifier des limites au droit de propriété. Ainsi, l'intérêt supérieur de la famille peut commander l'indisponibilité de certains biens à caractère familial. Ainsi, un époux ne peut disposer seul des droits par lesquels est assuré le logement de la famille (article 215, alinéa 3 du Code civil) de même qu'il ne peut aliéner les immeubles, fonds de commerce et exploitations dépendant de la communauté (article 1424 du Code civil). L'on pense encore à l'article 1426 du Code civil qui permet au juge, si le comportement de l'un des époux menace gravement les intérêts de la famille, de lui interdire l'aliénation de certains biens, même ceux lui appartenant en propre. La propriété se voit également entravée par les règles relatives à la réserve héréditaire qui, tout en subissant un net recul, demeure d'actualité, limitant le droit de disposer de ses biens. Ce dernier droit s'est vu imposer des bornes en raison d'un autre principe fondamental, le droit à l'égalité qui, appliqué à la filiation, ne saurait autoriser la discrimination d'un enfant en raison de son statut naturel ou adultérin.

⁶⁴Cass. civ. 1^{ère}, 13 novembre 2003, n° 99-19.852.

8.4.3 *L'influence de la jurisprudence sur les droits de l'Homme et droits fondamentaux des tribunaux régionaux et internationaux sur le contenu du droit de propriété en France*

L'examen de la jurisprudence des tribunaux régionaux et internationaux sur les droits de l'Homme permet de déceler deux vecteurs d'influence sur le contenu du droit de propriété.

Le premier concerne la notion même de biens, préférée par la Cour européenne à celle de propriété. La juridiction strasbourgeoise privilégie une approche globalisante de cette notion dans la mesure où elle constitue le critère d'applicabilité de l'article 1 du premier protocole, qu'elle interprète généreusement. La Cour EDH étend donc cette catégorie au-delà des seuls biens corporels. Elle y intègre les créances contractuelles ou délictuelles, l'« espérance légitime » de voir se concrétiser une créance,⁶⁵ les suretés et prestations sociales et tout intérêt économique substantiel, même sans titre juridique.⁶⁶

Le juge national s'est rallié à ces interprétations européennes. Conseil d'Etat et Cour de cassation ont peu à peu considéré comme étant des biens les parts sociales, la clientèle d'un cabinet d'avocat ou encore les objets des droits de propriété intellectuelle. Les juridictions nationales ont également intégré l'extension européenne de la qualification de biens aux créances, y compris aux créances en réparation susceptibles de naître d'une jurisprudence établie.⁶⁷ Ce faisant, les hautes cours ont expressément consacré la notion d'espérance légitime énonçant qu'à défaut de créance certaine, l'espérance légitime d'obtenir la restitution d'une somme d'argent devait être regardée comme un bien, au sens des stipulations de l'article 1er du première protocole.⁶⁸ La notion d'espérance légitime n'est toutefois pas interprétée de manière aussi extensive en droit interne qu'en droit européen (en ce sens, Bailleul 2010, 1828).

L'attribution de la qualification de biens aux prestations sociales est également représentative de l'influence de la jurisprudence européenne. Sur cette question, la Cour de cassation a d'ailleurs fait expressément appel à la CEDH « telle qu'interprétée par la Cour EDH ».⁶⁹ Le Conseil constitutionnel n'est pas resté à l'écart de cette influence puisque, s'inspirant de la jurisprudence de la Cour EDH, il a constitutionnalisé le droit de propriété des créanciers.⁷⁰

⁶⁵ Voir aussi dernièrement Cour EDH, 4 févr. 2014, n° 29932/07, Mottola et al. cf. Italie Cour EDH, 4 févr. 2014, n° 29907/07, Staibano et al. c. Italie.

⁶⁶ Sudre F., J.- Cl Europe Traité, fasc. 6523, n° 6.

⁶⁷ Cass. civ. 1^{re}, 24 janvier 2006, n°s 02-13.775, 01-16.684 et 02-12.260 ; CE., 24 février 2006, n° 250704, *RTD civ.* 2006. 263, note Marguénaud J.-P.

⁶⁸ Cass. civ. 1^{re}, 24 janvier 2006, n° 02-13.775 ; CE, 24 février 2006, n° 250704.

⁶⁹ Cass. soc., 14 janvier 1999, Bozkurt c. CPAM de Saint-Étienne : JCP G 1999, II, 10082, Sudre F. ; D. 1999, p. 334, Marguénaud J.-P. et Mouly J.

⁷⁰ Cons. const., 10 juin 2010, QPC n° 2010-607 : D. 2010, p. 2553, Mouton S. - note 106: Marguénaud J.-P., in Grands arrêts de la CEDH, n° 66.

Le second vecteur d'influence de la jurisprudence régionale ou internationale relative aux droits de l'Homme se perçoit au travers d'une forme de socialisation du droit de propriété.⁷¹ Conjointement, CJUE et Cour EDH ont consacré la fonction sociale de la propriété pour la première et de la notion de biens pour la seconde. Il est ainsi admis que ce droit n'est pas une prérogative absolue et qu'il doit être pris en considération par rapport à sa fonction dans la société,⁷² ce qui justifie notamment la réglementation de l'usage des biens par les États dans un but d'intérêt général. Il en résulte que l'usage des biens peut prendre en compte diverses nécessités, tels la préservation de l'environnement, l'accès au logement à des prix raisonnables ou le droit de bénéficier de ressources financières minimales assurant les moyens de subsistance.⁷³ La législation interne suit ce mouvement en s'éloignant d'une propriété-exclusivité et en se tournant vers un exercice social de ce droit, qui doit donc se combiner avec l'intérêt général. Trois exemples synthétiques permettent d'illustrer ce mouvement :

- Concernant le droit au logement décent, le Conseil constitutionnel a considéré que la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent constitue un objectif constitutionnel qui prolonge le principe de la dignité de la personne humaine et le renforce.⁷⁴ Une telle approche a justifié la mise en place d'un régime de réquisitions.
- La mise en valeur des espaces naturels (L125-1 du code rural) autorise l'exploitation forcée de terres incultes ou sous-exploitées.
- La Cour de cassation rappelle la conformité aux articles 2 et 17 de la DDHC des articles 671 et 672 du Code civil instituant une servitude légale. L'article 671 pose une interdiction ou restriction des plantations en limite de propriété et l'article 672 autorise l'arrachage par un voisin des plantations ne respectant pas ces règles. Pour la Haute juridiction, de telles restrictions à l'exercice du droit de propriété sont légitimes et proportionnées à un but d'intérêt général.⁷⁵

8.4.4 Les tendances générales de la législation française sur le droit de propriété relative aux droits de l'Homme et les droits fondamentaux

Les évolutions quant à la notion de biens et la socialisation du droit de propriété ayant été évoquées au titre de l'influence européenne, elles ne seront pas reprises ici même si, nécessairement, l'influence européenne marque les tendances.

⁷¹ Marguénaud J.-P., in GACEDH, n° 66.

⁷² Cour EDH, 30 novembre 2004, *Oneryildiz* c. Turquie, n° 48939/99 ; CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, aff. 4/73 ; CJCE, 29 avril 1999, *HA Standley*, aff. C-293/97 ; Trib UE, 2 mars 2010, *Arcelor SA* c. Parlement et conseil, aff. T-16/04.

⁷³ Cour EDH, 15 septembre 2009, *Moskal* c. Pologne, n° 10373/05.

⁷⁴ Cons. const., 19 janvier 1995, *DC* n° 94-359.

⁷⁵ Cass., 5 mars 2014, *QPC* n° 2014-394.

Si la question des tendances actuelles en matière de propriété est éminemment large, deux d'entre elles se dégagent à la fois de la législation et de la jurisprudence. Contrairement aux apparences, elles ne se contredisent pas et ne sont qu'amplification des influences européennes relevées.

L'extension de la catégorie des biens va de pair avec la multiplication des atteintes au principe de libre disposition. En effet, l'atteinte ne se perçoit qu'à compter du moment où la qualification de bien peut être employée. Faites au nom de la nécessité publique, ces atteintes impliquent des aménagements permanents pour pouvoir se combiner avec le droit de propriété.

Mesurer scientifiquement le degré d'atteinte à un droit fondamental peut certes s'avérer difficile ; néanmoins, le droit de propriété est sans doute l'un des droits fondamentaux qui nécessite l'arbitrage le plus permanent avec l'intérêt général.

Si la loi n'autorise pas la remise en cause du droit de propriété, elle admet de nombreuses limites aux modalités de son exercice. Or, ces lois sont légitimes dès lors que l'atteinte qui en résulte ne dénature ni le sens ni la portée du droit de propriété. C'est ce qui explique que le propriétaire ne soit plus aujourd'hui un individu isolé bénéficiant d'une appropriation exclusive. Cette appropriation s'ouvre à l'égard des tiers, puissance publique comprise, ce que mentionnaient déjà, sous l'appellation « nécessité » et « utilité » publiques, les articles 17 de la DDHC et 545 du Code civil. Le droit de propriété est donc un droit qui aujourd'hui connaît de multiples limitations exigées au nom des tiers et de l'intérêt général. Il suffit de penser aux régimes des biens précieux ou classés prévus dans le code du patrimoine, au droit de l'urbanisme veillant à l'aménagement du territoire, à la protection de l'environnement, aux servitudes d'utilité publique ou aux troubles anormaux de voisinage pour s'en convaincre. Egalement, l'expropriation pour cause d'utilité privée prévue à l'article 274-2° du Code civil permet au juge d'attribuer de manière forcée un bien, propriété d'un débiteur condamné à payer une prestation compensatoire. Or, ces dispositions ont été jugées conformes à la Constitution.⁷⁶ L'idée selon laquelle la propriété représente pour son titulaire un monopole perd de sa vigueur : si elle impliquait que les tiers n'avaient, en principe, aucune part à l'utilité de la chose tandis qu'au contraire le propriétaire avait la faculté de faire de son bien tous les usages, tel n'est plus le cas aujourd'hui. Ainsi, la Cour de cassation est-elle revenue sur sa jurisprudence dite de « l'image des biens » d'après laquelle le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci.⁷⁷ Elle admet désormais qu'un juste équilibre doit être ménagé entre les différents intérêts en présence et limite donc la possibilité au propriétaire de s'opposer à l'utilisation de l'image du bien qu'en cas d'atteinte intolérable à son droit.⁷⁸ La mise en balance des droits et intérêts est ainsi récurrente en matière de droit de propriété.

Quoiqu'omniprésente, la pesée des intérêts cesse à l'instant où la propriété porte sur des biens que la tendance actuelle qualifie de « biens de dignité ». Il s'agit là de l'effet réfléchissant de la première tendance : les atteintes se multipliant, il est néces-

⁷⁶ Cons. const., 13 juillet 2011, QPC n° 2011-151.

⁷⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 10 mars 1999, n° 96-18699.

⁷⁸ Cass. ass. plén., 7 mai 2004, n° 02-10450.

saire, concernant certains biens, de les empêcher. Aussi la tendance vise-t-elle à reconnaître à l'homme ce qui a pu être qualifié de patrimoine de dignité (Rochfeld 2011, 382; Rochfeld 2003, 743), c'est-à-dire l'existence de biens sur lesquels la propriété ne saurait être relative. Il en résulte que certains biens sont décrétés insaisissables, cette qualité ne leur étant attribuée en raison d'une attention croissante portée à la dignité de la personne. Biens ou droits peuvent ainsi revêtir une importance vitale pour leur détenteur ou sa famille, d'où les prescriptions d'insaisissabilité des pensions et créances à caractère alimentaire, des biens mobiliers nécessaires à la vie et au travail du saisi et de sa famille, des objets indispensables aux personnes handicapées ou destinées aux soins des malades, d'une fraction du salaire⁷⁹...

8.4.5 Les suggestions de lege ferenda pour des changements dans le droit de propriété reflétant l'influence des droits de l'Homme et des droits fondamentaux

La matière étant en pleine mutation, il existe peu de projet de réforme en matière de propriété. L'avant-projet de réforme en droit des biens, de l'association Capitant et présidé par H. Perinet-Marquet ne mentionne pas les droits fondamentaux ni les droits de l'Homme.

En revanche, la logique des droits fondamentaux tend à justifier une nouvelle appréhension du concept même de propriété et des biens communs. Les droits de l'Homme dits de « troisième génération » ont notamment permis sinon de redécouvrir, du moins de mettre en exergue la notion de « biens communs ». Certains biens devraient ainsi être soustraits au concept classique de propriété exclusive afin d'en permettre un accès étendu et/ou une protection spécifique. Le droit de l'environnement pousse évidemment en ce sens. Mais l'on peut aussi songer au droit de la santé. Les médicaments peuvent-ils être tenus pour des biens comme les autres ? Sans doute l'appropriation privée est-elle ici un formidable aiguillon pour la recherche. Elle n'en présente pas moins d'inévitables limites et ne saurait justifier les pratiques de captation nuisibles aux populations les plus démunies. Et la brevetabilité du vivant ? Elle aussi pose nécessairement problème au regard du droit à la vie, à la santé. Quelques suggestions ont été formulées, en France, à l'occasion d'un colloque dont les actes ont été récemment publiés (Parance et de Saint Victor 2014).

⁷⁹Voir par exemple les articles L.145-1 et suivants du code du travail.

8.5 Le rayonnement des droits de l'Homme et des droits fondamentaux en droit de la famille

8.5.1 *Les principes généraux du droit de la famille en France*

Branche du droit privé, le droit de la famille est constitué en France par l'ensemble des règles d'ordre patrimonial et extrapatrimonial qui régissent les rapports de famille (Cornu 2001, 22), ceux-ci pouvant résulter de liens du sang, de droit et/ou d'affection.

Les principes généraux du droit de la famille s'articulent logiquement autour du couple d'une part, de l'enfant d'autre part.

S'agissant du couple S'agissant du couple, la famille ne repose plus entièrement sur le mariage. Celui-ci en demeure toutefois l'institution fondatrice et partant, la plus réglementée. Ici, le premier principe général a trait à la liberté matrimoniale, reconnue par le Conseil constitutionnel comme l'une des composantes de la liberté individuelle dans une décision du 13 août 1993.⁸⁰ Cette liberté s'entend de la liberté de se marier, de ne pas se marier et celle de choisir son conjoint, qui s'illustre notamment au travers de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de même sexe. Elle est toutefois encadrée par des conditions relatives à la formation du mariage, reposant sur l'ordre public familial qui interdit par exemple la bigamie ou l'inceste.

Les effets du mariage reposent quant à eux sur un principe d'égalité entre les conjoints, dans leurs rapports à la fois personnels et pécuniaires. Il en va de même à l'égard des droits et devoirs régissant les rapports avec les enfants du couple, dans lesquels prédomine désormais le principe d'égalité. De plus, Conseil d'État et Conseil constitutionnel ont estimé que pouvait se déduire du 10^{ème} alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 « *le droit de mener une vie familiale normale* »⁸¹ duquel il découle, entre autres, un principe général d'unité de la famille, lequel justifie par exemple que le nom donné au premier enfant du couple vaille ensuite pour l'ensemble de la fratrie.

Enfin, la loi organise le relâchement ou la dissolution des liens du mariage au travers de la séparation de corps et du divorce. La loi du 26 mai 2004 autorise quatre cas de divorce : par consentement mutuel, par acceptation du principe de la rupture, par altération définitive du lien conjugal ou en cas de faute. Ainsi, bien qu'allégé, le divorce demeure un acte judiciaire. Il y a là également un principe général du droit matrimonial : pas de divorce sans juge.

Le droit français reconnaît également deux autres formes de couple : le concubinage, qui ne bénéficie guère que d'une définition sans aucun régime spécifique ; le Pacs (pacte civil de solidarité), qui se trouve beaucoup plus organisé. Un principe commun à ces deux formes d'union réside dans la liberté, notamment celle de rom-

⁸⁰ Cons. const., 13 août 1993, n° 93-325.

⁸¹ CE, 8 décembre 1978, n° 10097 ; Cons. const., 9 nov. 2006, DC n° 2006-542.

pre à tout moment le couple, sans indemnité. Un embryon de solidarité tend néanmoins à émerger : par le biais de l'indivision en matière de Pacs ; par celui du droit commun des obligations en matière de concubinage.

S'agissant des enfants S'agissant des enfants un souci croissant de protection préside au droit contemporain de la famille. Cette protection résulte d'abord d'une série d'interdictions, en particulier celle de toute forme de discrimination, notamment dans l'établissement de sa filiation et la jouissance de ses droits. C'est le principe d'égalité. Mais la protection se manifeste également sous forme positive, par l'octroi de droits mettant en avant son intérêt supérieur : droit d'être entendu dans les procédures qui le concernent ou encore de se voir désigner un administrateur *ad hoc* lorsque ses intérêts sont en opposition avec ceux de ses représentants légaux. Le droit d'accéder à ses origines personnelles demeure quant à lui mis en balance avec celui de la mère de préserver son anonymat, un tel accès faisant ainsi l'objet d'une organisation spécifique.

8.5.2 Le traitement juridique différent des couples mariés et non mariés en France au travers de la législation et de la jurisprudence

Si la loi du 17 mai 2013 a posé un principe d'égalité entre les couples mariés, qu'ils soient de sexe différent ou de même sexe,⁸² ce principe ne s'étend pas aux différentes formes de couple. En effet, ni le concubinage, dont le Code civil pose désormais une définition,⁸³ ni le Pacs, mis en place par la loi du 15 novembre 1999, n'offrent un statut comparable à celui du mariage. L'évolution tend néanmoins au rapprochement,⁸⁴ surtout entre le Pacs et le mariage. Des différences subsistent toutefois, préservées par la jurisprudence qui persiste à ne pas vouloir raisonner en termes d'analogie.

De nombreuses différences se constatent ainsi entre concubinage d'un côté et mariage et Pacs de l'autre : rien n'est prévu en matières d'obligations ou de devoirs personnels des concubins au cours du concubinage. De même, la rupture du concubinage n'est soumise à aucune règle particulière et demeure régie par le droit commun. Seules quelques mesures éparses accordent des droits au concubin notoire. Tel est le cas en matière de transfert de bail, de qualité d'ayant droit en matière de prestation sociale ou de congés parentaux.

Des différences existent également entre Pacs et mariage : le premier tend à s'aligner sur le second comme on le constate en matière de congés, transfert du bail

⁸² Voir en ce sens le nouvel article 6-1 du Code civil qui pose toutefois une réserve en matière de filiation.

⁸³ C. civ., article 515-8.

⁸⁴ C'est le cas par exemple en matière de violences au sein des couples, d'ayant droit de la sécurité sociale ou de congés parentaux.

ou abattements fiscaux. Mais l'assimilation n'est cependant pas totale et le partenaire d'un Pacs n'a ainsi ni vocation successorale, ni droit à pension de réversion. La rupture du Pacs obéit également à une liberté que les couples mariés n'ont pas dans la même mesure : le divorce reste soumis à différents cas d'ouverture limitativement prévus. Les juridictions refusent de raisonner par analogie en estimant que le principe d'égalité n'implique pas nécessairement un alignement complet des statuts. Ainsi, le Conseil constitutionnel estime justifiée la différence des traitements qu'opère la loi et la faveur qu'elle accorde au statut du mariage.⁸⁵

8.5.3 L'impact du droit à la vie familiale sur la législation et la jurisprudence en France

L'impact du droit au respect de vie familiale, entendu au sens de droit générique, est considérable sur la législation et la jurisprudence françaises. Dans le cadre du droit privé, nombreuses sont les interactions entre ce droit au respect de la vie familiale et les autres branches du droit. A nouveau, face à l'impossibilité de recenser tous ces liens, seuls quelques exemples illustreront le propos.

Ainsi, de multiples liens juridiques se tissent entre le travail et la famille. Droit social et droit du travail s'ouvrent chaque jour davantage aux impératifs familiaux. Les illustrations ne manquent pas : il suffit de songer aux prestations familiales ou à l'interdiction de discrimination fondée sur la situation de famille,⁸⁶ à l'octroi de congés pour événements familiaux, à la protection de la vie conjugale ou parentale du salarié ou encore aux multiples mesures de conciliation vie professionnelle / vie familiale.⁸⁷

Pas davantage le droit des affaires ne peut-il ignorer le droit au respect de la vie familiale : le statut du conjoint du chef d'une entreprise artisanale ou commerciale, l'implication de la famille en cas de redressement ou de liquidation judiciaire (Lecourt 2004) sont autant d'exemples de ces liens. Récemment, le statut d'entrepreneur individuel et la déclaration d'insaisissabilité du patrimoine immobilier non professionnel, donc de la résidence familiale, en témoigne également.

A son tour, la procédure civile tient compte de la vie familiale puisque le code de procédure civile prévoit des règles particulières pour de nombreux domaines du droit de la famille (Lemouland 2005, n° 163). Ces liens se sont encore illustrés suite à la loi du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allégement des procédures lorsque la Cour de cassation s'est opposée à la circulaire du 16 juin 2010 concernant les pouvoirs liquidatifs du juge aux affaires familiales (Larribau-Terneyre 2012, comm. 179).

⁸⁵ Cons. const., 6 octobre 2010, QPC n° 2010-39 et 29 juillet 2011, QPC n° 2011-155.

⁸⁶ C. trav., article L122-45.

⁸⁷ Sur ce thème, l'AJ famille a consacré un dossier « Famille et travail » dans ses n° 3-2013 et n° 4-2013 ; voir également nos observations dans Dr. Soc (2009, 12).

La vie familiale intéresse encore la matière pénale, ne serait-ce que parce que le statut familial peut constituer une circonstance aggravante ou, à l'inverse, constituer un obstacle à la répression. Ainsi, en matière de délits et crimes incestueux, le Conseil constitutionnel a rappelé la nécessité de définir précisément le « membre de famille ». ⁸⁸ Sur cette dernière question, d'autres exemples pourraient être puisés en droit rural ou fiscal.

Une dernière observation semble nécessaire : au-delà des frontières du droit privé, le droit au respect de la vie familiale est présent dans les matières et contentieux liés au droit des étrangers. En effet, la « vie privée et familiale » est l'un des statuts justifiant une carte de séjour temporaire au regard du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA).

8.5.4 L'existence d'une règle permettant de déroger aux principes généraux dans le but de protéger les droits de l'Homme et des droits fondamentaux

Si la question est celle de savoir s'il existe une seule règle générale permettant de déroger aux principes généraux du droit de la famille dans le but de protéger les droits fondamentaux, une réponse négative s'impose. D'ailleurs, une règle qui prévoirait formellement la mise à l'écart de principes généraux au nom des droits fondamentaux est difficilement concevable : ce serait en effet reconnaître une valeur d'exception aux droits fondamentaux qui sont au contraire des principes fondateurs du droit de la famille.

A défaut de règle générale, il se trouve néanmoins quelques règles spéciales justifiant la mise à l'écart des principes généraux du droit de la famille au nom de droits fondamentaux. Il est toutefois rare que la mise à l'écart se fasse explicitement pour protéger un droit fondamental. Pour ce qui est des textes, l'article 460 du Code civil organise une restriction à la liberté matrimoniale qui se justifie par la protection des intérêts d'une personne sous curatelle. ⁸⁹ De plus, les mesures d'assistance éducative organisent le placement d'un enfant dans un but de protection tout en portant atteinte au principe de l'unité familiale. ⁹⁰ Pour ce qui est de la jurisprudence, le Conseil constitutionnel a fait primer le respect dû aux morts sur le droit d'établir sa filiation. ⁹¹ Dans ces trois derniers exemples, le droit fondamental implicitement favorisé est le droit au respect de la privée et de l'intégrité de la personne.

Parfois, la mise à l'écart d'un principe général de droit de la famille peut se faire explicitement au nom d'un droit fondamental. Ainsi, au visa de l'article 8 de la CEDH, la première chambre civile de la Cour de cassation a décidé d'écarter la

⁸⁸ Cons. const., 6 septembre 2011, QPC n° 2011-163.

⁸⁹ Cons. const., 29 juin 2012, QPC n° 2012-260.

⁹⁰ C. civ. article 375.

⁹¹ Cons. const., 20 septembre 2011, QPC n° 2011-73.

prohibition du mariage entre alliés au motif qu'elle constituait une ingérence injustifiée dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale.⁹² L'exemple est d'autant plus topique que ce n'est pas la loi fustigeant l'inceste qui est écartée en tant que telle mais son application à un cas particulier.

8.5.5 *L'influence de la jurisprudence sur les droits de l'Homme et des droits fondamentaux des tribunaux régionaux et internationaux sur le contenu du droit de la famille en France*

Plusieurs questions de droit de la famille ont directement bénéficié des avancées des jurisprudences internationales et européennes. A l'examen du contenu du droit de la famille, cette influence opère notamment une poussée favorable au développement de l'égalité. Sur ce point, il est difficile de limiter le propos à la seule influence jurisprudentielle : le juge, en général, se contente d'interpréter un texte préexistant. L'influence est donc textuelle, d'abord, jurisprudentielle, ensuite. Par ailleurs, il convient de distinguer influence implicite et explicite.

Parfois, l'influence n'est qu'implicite. Ainsi, sans que la France n'y ait été contrainte par les juridictions européennes, l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe résultant de la loi française du 17 mai 2013 atteste d'une prise en compte des principes européens, jurisprudence comprise. Concernant le respect de l'orientation sexuelle, un texte émanant du Parlement européen s'était, dès 1994, révélé particulièrement catégorique (Gaudemet-Tallon 1996, 115), quoique non contraignant. Cette résolution sur les droits des homosexuels et des lesbiennes prévoit que le « *changement de la société exige que de nombreux États membres adaptent leurs dispositions civiles, pénales et administratives en vue d'abolir les discriminations liées à la tendance sexuelle* ». ⁹³ Le Parlement émet, en outre, le souhait qu'un terme soit mis à l'interdiction faite aux couples homosexuels de se marier ou de bénéficier de dispositions juridiques équivalentes. ⁹⁴ L'on peut également penser à l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui, mentionnant le droit de se marier et de fonder une famille, ne fait pas référence au sexe des époux. Or, les juridictions européennes se sont référées à plusieurs reprises à ces textes, si ce n'est pour imposer l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe, tout au moins pour démontrer les avancées du droit sur cette question. ⁹⁵

⁹² Cass. civ. 1ère, 4 déc. 2013, n° 12-26.066 : JCP G 2014, 93, Lamarche M.; D. 2014 p. 179, Chénéfé F.

⁹³ Résolution du 8 février 1994 sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la Communauté européenne : JO C 61 du 28. février 1994, p. 40.

⁹⁴ Ibid., point 14 de la résolution.

⁹⁵ Sur cette question, voir notamment l'affaire Schalk et Kopf : *Schalk et Kopf c. Autriche*, no. 30141/04, Cour EDH 2010.

Dans le même esprit, la loi du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et des pupilles de l'État permet d'accéder à des données non identifiantes. Ce texte s'inspire non seulement de l'article 7 alinéa 1 de la Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant mais également de la jurisprudence européenne. C'est d'ailleurs cette réforme législative qui permit à la France d'éviter une condamnation strasbourgeoise dans l'arrêt *Odièvre contre France*.⁹⁶

Dans d'autres hypothèses, l'influence de la jurisprudence internationale ou européenne est beaucoup plus explicite. La protection européenne contre les violences domestiques, désormais traitées par la Cour EDH sous l'angle de la torture, des traitements inhumains et dégradants⁹⁷ n'est pas étrangère au processus actuel français. Outre le projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes qui renforce la protection des femmes victimes de violences, la loi du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France comprend un chapitre XII qui comporte « *des dispositions portant adaptation de la législation française à la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, signée à Istanbul le 11 mai 2011* » (Égea 2013, alerte 49). S'en suivent diverses modifications du code pénal qui viennent s'ajouter aux dispositions législatives récentes en matière de « *aux violences faites spécifiquement aux femmes* ». ⁹⁸

Le droit français de la famille se trouve également largement influencé par la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) du 20 novembre 1989 dont certaines dispositions sont désormais d'application directe et donc invocables par les particuliers. Là encore, l'influence textuelle ne saurait être détachée de l'influence jurisprudentielle : la CIDE est interprétée par la Cour EDH qui intègre ses dispositions protectrices à l'égard de l'enfant dans les propres normes européennes. Par exemple, dans l'affaire *B. contre la Belgique* du 10 juillet 2012,⁹⁹ la Cour EDH rappelle que les obligations des États en matière d'enlèvements internationaux doivent être interprétées à la lumière de la Convention de La Haye ainsi qu'à celle de la CIDE. Ce faisant, elle interprète la CEDH à la lumière d'autres textes, en particulier la CIDE, permettant ainsi à l'instrument international de bénéficier d'une réelle effectivité en matière de droits de l'enfant. Une limite à l'influence des droits fondamentaux doit toutefois être relevée à ce sujet puisque les juridictions nationales ont précisé que l'intérêt supérieur de l'enfant, consacré par la CIDE, n'appartient pas aux droits et libertés garantis par la Constitution française. Si le rayonnement existe sans nul doute, il n'est donc pas total.¹⁰⁰

⁹⁶ *Odièvre c. France*, no. 42326/98, Cour EDH 2003.

⁹⁷ *Eremia et autres c. République de Moldova*, no. 3564/11, Cour EDH 2013.

⁹⁸ L. n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants.

⁹⁹ *B. c. Belgique*, no. 60444/08, Cour EDH 2012 ; Dr. fam. 2013, 3, Gouttenoire A.

¹⁰⁰ Cass. soc., 25 janvier 2012, QPC n° 11-40090.

Le renforcement de l'égalité découlant des jurisprudences européennes s'est encore perçu au sujet de la vocation successorale de l'enfant adultérin puisque la France a modifié sa législation¹⁰¹ après sa condamnation dans l'affaire Mazurek.¹⁰² Cette évolution a été remise en perspective avec un arrêt de la Grande chambre de la Cour EDH.¹⁰³ Celle-ci a estimé que le juge national ne pouvait se prévaloir de dispositions transitoires afin de limiter le redressement de situations déclarées attentatoires aux droits fondamentaux. Les affaires Mazurek et Fabris témoignent ainsi d'un double rayonnement des droits fondamentaux sur le droit patrimonial de la famille : non seulement sur le fond du droit mais également sur la forme que devait prendre cette évolution, nous y reviendrons.

Enfin, l'on pourrait encore mentionner l'égalité dans la dévolution du nom de famille, à laquelle tiennent tant la Cour EDH¹⁰⁴ que la CJUE.¹⁰⁵

8.5.6 Les tendances générales de la législation française sur le droit de la famille relative aux droits de l'Homme et les droits fondamentaux

Les développements précédents attestent que les évolutions récentes du droit de la famille contemporain se font à la fois dans le sens de l'égalité et de la liberté.

L'égalité, qui se manifeste concrètement par des mesures de lutte contre les discriminations, est recherchée à la fois entre les sexes (égalité homme femme dans le couple, quant à l'attribution et l'exercice de l'autorité parentale, dans l'attribution du nom de famille...), entre les couples (extension du statut protecteur du mariage et des effets de la filiation adoptive aux couples de même sexe, amorce d'établissement d'un droit commun du couple (Buffelan-Lanore et Larribau-Terneyre 2013, 593)) ainsi qu'entre les différentes filiations.

La liberté, quant à elle étend les possibilités de choix quant au modèle familial. La contractualisation (Fenouillet et Vareilles-Sommières 2001) croissante des rapports familiaux qui en découle est telle aujourd'hui qu'elle peut conduire à déclarer valables au regard de la force obligatoire des conventions des actes pourtant contraires à l'intérêt de la famille.¹⁰⁶ Les conventions sont ainsi susceptibles de régler les effets du divorce y compris la date à laquelle ils pourront rétroagir,¹⁰⁷ la liquidation

¹⁰¹ Loi 2001-1135 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral du 3 décembre 2001, JO 281 du 04 décembre 2001, p. 19279.

¹⁰² *Mazurek c. France*, no. 34406/97, Cour EDH 2000, RTD civ 2000, p. 429, Marguénaud J.-P.

¹⁰³ *Fabris c. France*, no. 16574/08, Cour EDH 2013.

¹⁰⁴ *Cusan et Fazzo c. Italie*, no. 77/07, Cour EDH 2014.

¹⁰⁵ Aff. C-148/02, *Garcia Avello*, ECLI:EU:C:2003:539.

¹⁰⁶ Pour un exemple concernant un changement de régime matrimonial, voir Cass. civ. 1^{ère}, 29 mai 2013, n° 12-10027, AJ fam. 2013. 453, obs. Hilt P.

¹⁰⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 26 juin 2013, n° 12-13.361, AJ fam. 2013. 501, obs. Hilt P.

et le partage du régime matrimonial, l'autorité parentale, la loi applicable à la désunion ...

Cette liberté trouve toutefois une limite dans la prise en considération omniprésente de l'intérêt de l'enfant et le renforcement de ses droits dans toute procédure le concernant, intérêt qui doit être regardé à son tour comme une donnée essentielle actuelle du droit de la famille.

8.5.7 Les suggestions de lege ferenda pour des changements dans le droit de la famille reflétant l'influence des droits de l'Homme et des droits fondamentaux

Un groupe de réflexion sur la filiation, présidé par Irène Théry, œuvre depuis octobre 2013 à l'élaboration d'un projet de loi sur la famille. Cette réforme, annoncée pour 2014, viserait entre autres à modifier l'adoption et à créer des outils juridiques permettant à des tiers d'être acteurs auprès des enfants qui ne sont pas les leurs (Neirinck 2014, repère 3). La protection de l'enfant semble au cœur de la réflexion, dans l'esprit de la jurisprudence de la Cour EDH et de la CIDE.

8.6 Le rayonnement des droits de l'Homme et des droits fondamentaux dans d'autres domaines du droit privé

8.6.1 Le rayonnement des droits de l'Homme et des droits fondamentaux sur le contenu du droit d'auteur y compris dans le cadre du développement de la société d'information

C'est au nom du droit de propriété, que le droit d'auteur a été consacré, philosophiquement d'abord puisqu'il trouve ses fondements dans la pensée naturaliste ; juridiquement ensuite par les lois du 13 et 19 janvier 1791 et du 19 et 24 juillet 1793. Aujourd'hui, ce droit recouvre une double dimension : une dimension pécuniaire et une dimension morale. Pris dans sa dimension pécuniaire, le droit d'auteur est assuré et protégé par le droit de propriété. L'idée est à la fois de permettre à l'auteur (ou à ses héritiers) de vivre de son travail et de favoriser la création.

En revanche, pris dans sa dimension morale, le droit d'auteur concerne l'essence même de l'œuvre : le respect de son nom et de son intégrité notamment. La protection conférée aux droits patrimoniaux dure soixante-dix ans alors que pour le droit moral, elle est perpétuelle.

Le droit à l'information recouvre en droit français deux sortes de prérogatives. La première résulte de la loi du 17 juillet 1978 et permet l'accès aux documents administratifs, c'est-à-dire à tout document détenu par l'administration, qu'il soit ou

non produit par elle. Dans ce cadre, la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) intervient à titre d'intermédiaire. Qualifié de « liberté publique » par le Conseil d'Etat dans un arrêt du 29 avril 2002,¹⁰⁸ ce droit ne relève pas du droit privé, objet de ce rapport.

La seconde relève quant à elle de cette dernière branche du droit et renvoie au droit du public à l'information, formellement énoncé par la Cour de cassation.¹⁰⁹ Ce droit à l'information et à la culture est parfois invoqué afin de remettre en cause le droit d'auteur. En raison du monopole et de l'exclusivité qu'il confère, le droit d'auteur peut être considéré comme une entrave au développement de la société de l'information et une atteinte à la liberté d'expression et d'information. Une affaire récente démontre toutefois le souci des juridictions nationales de parvenir à un équilibre entre impératif d'information et protection de l'auteur.¹¹⁰ En l'espèce, des photographes avaient cédé des clichés réalisés durant des défilés de mode à une société qui les avait mis en ligne. La Cour de cassation estima tout d'abord que les créations et les défilés de mode sont des œuvres de l'esprit sur lesquelles les maisons de couture jouissent d'un droit de propriété protégé par le code de la propriété intellectuelle. De la sorte, en divulguant les clichés sans autorisation des auteurs, les photographes s'étaient rendus coupables de délit de contrefaçon. Cette décision démontre que la protection dont bénéficie la liberté d'expression n'est pas systématiquement favorisée par rapport au droit d'auteur. En l'espèce, l'impératif d'information n'a pas justifié l'atteinte portée au droit d'auteur ni empêché le prononcé de condamnations au titre de la contrefaçon de ces droits. D'ailleurs, le maintien de la protection offerte par le droit d'auteur et la condamnation prononcée par la chambre criminelle ont été ultérieurement jugées conformes à la CEDH par la Cour EDH.¹¹¹ Comme le relève B. Spitz : « *malgré l'importance théorique et potentielle de cette immixtion des droits de l'Homme dans la propriété intellectuelle, les atteintes au droit d'auteur resteront sans doute limitées* » (Spitz 2013, 73). Tel sera le cas *a fortiori* lorsque l'information résulte d'une démarche avant tout commerciale sans débat d'intérêt général.¹¹²

8.6.2 Le rayonnement des droits de l'Homme et des droits fondamentaux sur le droit de la consommation en France

Le principal problème en droit de la consommation concerne le droit fondamental d'agir en justice. Il a fait l'objet d'une évolution récente. La loi n° 2014-344 relative à la consommation du 17 mars 2014, dite « loi Hamon », vise à créer de nouveaux

¹⁰⁸ Conseil d'Etat, 29 avril 2002, n° 228830.

¹⁰⁹ Cass. civ. 1ère, 15 juin 1994, D. 1994, IR p. 18.

¹¹⁰ Cass. crim., 5 février 2008, n° 07-81.387.

¹¹¹ *Ashby Donald et autres c. France*, no. 36769/08, Cour EDH 2013.

¹¹² *Ashby Donald et autres c. France, op. cit.*, § 39, Cour EDH 2013.

outils de régulation économique afin de rééquilibrer les pouvoirs entre consommateurs et professionnels, le but étant de rétablir l'égalité des armes entre ces acteurs économiques. L'une des mesures phares de cette loi concerne ainsi les actions de groupe. Après de longues discussions, le projet de loi a été voté en dernière lecture par l'Assemblée nationale le 13 février 2014. Le Conseil constitutionnel a été saisi le 14 février 2014 par 60 députés et 60 sénateurs. Il a rendu sa décision le 13 mars 2014¹¹³ et a validé l'action de groupe, dont la conformité à l'article 16 de la DDHC et à l'exigence d'un recours effectif à la justice était contestée. L'action de groupe ouvre une voie de recours aux consommateurs en réponse aux manquements des entreprises au code de la consommation (pratiques abusives, frauduleuses, allégations mensongères) ainsi qu'aux pratiques anticoncurrentielles. Les consommateurs obtiennent par cette nouvelle loi une voie de recours collective en réparation des préjudices économiques, qui sera prise en charge et organisée par les associations de consommateurs agréées. Celles-ci organiseront et prépareront l'introduction d'une action en justice, soulageant ainsi les consommateurs des avances de frais et de l'énergie nécessaires à une telle action.¹¹⁴ Sans doute les modalités techniques de cette action de groupe à la française ont-elles pu justifier quelques critiques de nature à remettre en cause l'efficacité pratique de cette action. Celle-ci n'en renforce pas moins le droit d'accès au juge des consommateurs et témoigne du rayonnement des droits fondamentaux sur le droit de la consommation.

8.6.3 Le rayonnement des droits de l'Homme et des droits fondamentaux relatif aux droits de la personnalité

Les droits fondamentaux influencent les droits de la personnalité en renforçant l'impératif de protection de la personne. Ce souci se retrouve notamment dans les conditions de réparation des atteintes aux droits de la personnalité : la seule atteinte à certains droits de la personnalité permet ainsi réparation, sans qu'il soit nécessaire de se fonder sur l'article 1382 du Code civil. En ce cas, on l'a vu, les conditions de faute et de dommage semblent se confondre dans la notion d'atteinte.

Mais il est d'autres manifestations de cette influence. L'hospitalisation sans consentement, par exemple, a fait l'objet d'une réforme par la loi du 5 juillet 2011 qui fut expressément justifiée par le souci de protéger les droits fondamentaux du malade. Il convient en effet de rappeler qu'en principe, le patient doit donner son accord pour bénéficier d'un traitement médical.¹¹⁵ L'hospitalisation d'office d'une personne affectée d'un trouble mental constitue ainsi une exception qui, portant notamment atteinte au droit à la sûreté, appelle un contrôle vigilant. La Cour EDH

¹¹³ Cons. const., 13 mars 2014, DC n° 2014-690.

¹¹⁴ <http://www.economie.gouv.fr/loi-consommation/action-groupe>.

¹¹⁵ C. civ., article 16-3.

a d'ailleurs précisé à plusieurs reprises les exigences contenues dans la CEDH en matière d'hospitalisations d'office.¹¹⁶

La loi du 5 juillet 2011¹¹⁷ a semblé nécessaire afin de renforcer les garanties offertes aux malades sur cette question qui contrarie *a priori* les droits fondamentaux. Certes, la loi nouvelle conserve la possibilité d'une admission en soins sans consentement,¹¹⁸ notion substituée à celle d'hospitalisation sans consentement. Le texte met toutefois en place certains gardes fous : d'une part, il introduit au cœur du dispositif une autorité judiciaire en charge de veiller au respect des libertés individuelles : le juge des libertés et de la détention (JLD) ; d'autre part, il précise que de tels soins supposent des restrictions adaptées aux libertés individuelles et qu'en toutes circonstances, « *la dignité de la personne doit être respectée et sa réinsertion recherchée* ». ¹¹⁹ Ce rappel explicite du principe de dignité de la personne, dans une procédure pourtant par essence attentatoire à la liberté, puise sa source dans l'idée de valeur accordée à l'homme et à ses droits fondamentaux.

Enfin, dernier exemple saillant de l'influence des droits fondamentaux sur l'évolution des droits de la personnalité, la stérilisation des personnes handicapés mérite une mention particulière. A titre prospectif cette fois, il se pourrait en effet que les droits fondamentaux, ensemble la protection de la dignité, l'interdiction des traitements inhumains et dégradants, s'opposent à la stérilisation de personnes handicapées mentales prévue par l'article L2123-2 du code de la santé publique que l'irrecevabilité d'une requête ne met pas à l'abri d'un constat d'inconventionnalité.¹²⁰

8.6.4 Le rayonnement des droits de l'Homme et des droits fondamentaux sur le droit des successions

En droit des successions, le législateur français a modifié le sort défavorable jusque-là réservé aux enfants adultérins en leur reconnaissant par la loi du 3 décembre 2001 des droits successoraux égaux à ceux des autres enfants. Cette réforme faisait suite à l'arrêt Mazurek rendu contre la France le 1^{er} février 2000 par la Cour EDH. Bien que modifiant substantiellement le régime des successions, la loi de 2001 entendait limiter ses effets aux successions n'ayant pas encore donné lieu à partage au jour de sa publication. Il s'agissait donc, par le jeu des dispositions transitoires, de limiter au nom de la sécurité juridique et de la sauvegarde de la paix des familles, les effets d'une loi mettant fin à une discrimination fondée sur la naissance. Toutefois, par un arrêt du 7 février 2013,¹²¹ la Grande chambre de la Cour EDH a estimé que le juge

¹¹⁶ Pour des arrêts rendus contre la France : *R.L. et M.-J.D. c. France*, no. 44568/98, Cour EDH 2004 ; *Baudoin c. France*, no. 35935/03, Cour EDH 2010.

¹¹⁷ Cons. const., 20 avril 2012, QPC n° 2012-235.

¹¹⁸ C. santé publique, article L3211-2-1.

¹¹⁹ C. santé publique, article L3211-3, récemment modifié par la loi du 27 septembre 2013.

¹²⁰ *Gauer c. France*, no. 61521/08, Cour EDH 2012.

¹²¹ *Fabris c. France*, no. 16574/08, Cour EDH 2013.

national ne pouvait se prévaloir de dispositions transitoires afin de limiter le redressement de situations déclarées attentatoires aux droits fondamentaux. Sans entrer dans les détails de cette affaire « Fabris », elle témoigne d'un véritable rayonnement des droits fondamentaux non seulement sur le droit des successions mais aussi sur l'ensemble de l'effectivité du droit privé. Et pour cause : cet arrêt pose qu'une loi visant à mettre fin à une situation discriminatoire touchant les enfants nés hors mariage n'est satisfaisante qu'à condition de mettre effectivement un terme aux situations inégalitaires que le droit national laisserait persister.

Le développement du principe d'égalité eut d'autres influences : il a ainsi entraîné la fin du droit de prélèvement.¹²² Le Conseil constitutionnel a en effet déclaré cette règle inconstitutionnelle en raison de sa contrariété au principe d'égalité posé aux articles 6 de la DDHC et 2 de la Constitution.¹²³

8.6.5 *Le rayonnement des droits de l'Homme et des droits fondamentaux sur le droit privé en France*

Face à l'impossibilité de recenser toutes les illustrations du rayonnement des droits de l'Homme sur l'intégralité du droit privé français, des choix s'imposent. Leur importance a déjà été évoquée en droit médical,¹²⁴ elle peut l'être encore en droit des affaires et des régimes matrimoniaux, même s'il s'agit encore parfois de prospective.

Le droit des affaires n'est pas à l'abri de l'influence des droits fondamentaux. Deux exemples pour s'en convaincre. Le premier est issu du droit de la distribution. En ce domaine, la Cour de cassation a trouvé dans la liberté d'association un droit pouvant fonder la protection d'un preneur à bail d'un local commercial contraint à adhérer à une association de commerçants. La liberté du preneur de ne pas adhérer à une association lui permet d'obtenir la restitution des cotisations indument versées.¹²⁵ D'autres droits garantis par la CEDH pourraient encore susciter le débat : en quoi et jusqu'où la liberté d'expression des membres d'un réseau peut-elle être bridée par l'appartenance à celui-ci ? Ou encore : le droit de propriété des distributeurs sur leur fonds de commerce ne permet-il pas d'invalider les clauses ménageant à la tête d'un réseau la possibilité d'exploiter les fichiers clients constitués par les distributeurs ?

Le second exemple concerne la question de l'absence de rémunération des clauses de non-concurrence. S'il est acquis depuis 2002 qu'une telle clause doit être rémunérée lorsqu'elle impose à un salarié de ne pas travailler à la concurrence

¹²² « Prérogative reconnue au français appelé à une succession de prélever sur les biens sis en France la part nécessaire pour le remplir des droits que lui accorderait la loi française, quelle que soit la loi applicable à la succession considérée », Cornu (2011, 783).

¹²³ Cons. const., 5 août 2011, QPC n° 2011-159.

¹²⁴ Cf *infra*.

¹²⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 20 mai 2010, n° 09-65.045.

après la cessation de son contrat de travail,¹²⁶ la Cour de cassation française persiste à ne pas étendre cette solution aux contrats de distribution (contrats de franchise et de concession notamment). Ce refus pourrait cependant être remis en cause au regard de l'article 6.1 du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 qui garantit le droit de toute personne de gagner sa vie par un travail librement choisi (Dissaux 2009, 47 et seq.). Le droit de propriété pourrait également être mobilisé. De fait, lorsqu'elle aboutit à déposséder le débiteur de son fonds de commerce, la clause de non-concurrence à effet post-contractuel non rémunérée n'équivaut-elle pas à une expropriation pour cause d'utilité privée ? L'article 17 de la DDHC viendrait ainsi au secours du franchisé ou du concessionnaire évincé dans la mesure où ce texte pose la condition d'une «*juste et préalable indemnité*».

Enfin, le droit des régimes matrimoniaux pourrait également profiter du rayonnement des droits fondamentaux. L'arrêt *Zrilić contre Croatie*,¹²⁷ rendu le 3 octobre 2013 par la Cour EDH, en témoigne. Bien que conduisant à un constat de non violation, l'affaire laisse à penser que la vente d'une maison sur licitation pourrait constituer une atteinte au droit au respect du domicile d'un ex-époux. Dans cette espèce, une femme divorcée se plaignait d'avoir dû quitter la maison familiale parce que le partage ordonné par les juridictions nationales avait conduit à la vendre sur licitation à son ex-mari qui lui avait versé sa part du produit de la vente. La requérante invoquait une atteinte disproportionnée à son droit au respect du domicile. Si la Cour ne fait pas droit à sa demande, elle observe néanmoins attentivement les raisons ayant empêché le partage en nature de la maison. C'est seulement une fois convaincue que le dit partage ne pouvait avoir lieu sans investissements démesurés que la Cour admit qu'il n'y avait pas d'autre issue que la licitation. Dès lors, cette solution conduirait à préférer à la licitation de l'ancien domicile conjugal son partage en nature, à condition qu'un tel partage puisse être envisagé commodément.

Bibliographie

- Bakouche D., *L'excès en droit civil*, (2005), préf. Gobert M., LGDJ.
- Buffelan-Lanore, Y., et Larribau-Terneyre, V. 2013. Droit civil, Introduction, Biens, Personnes, Famille. Sirey.
- Castets-Renard, C. 2012. Le renouveau de la responsabilité délictuelle des intermédiaires de l'internet. Rec. Dalloz 2012 : 827.
- Chantepie G., (2007), *La lésion*, préf. Viney G., LGDJ
- Chassagnard-Pinet S. (2008) « Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel. Contrat et Convention européenne des droits de l'homme », in Mél. Le Tourneau P., Dalloz
- Combaluzier-Vaude A. (2008). *Contribution à la définition de la notion de partie faible dans les contrats*, th. Montpellier III, dir. Wicker G

¹²⁶ Cass. soc., 10 juill. 2002 : Bull. civ. 2002, V, n° 239, 3 arrêts ; JCP G 2002, II, 10162, Petit F.; JCP E 2002, 1511, Corrignan-Carsin D.; D. 2002, p. 2491, Serra Y.

¹²⁷ *Zrilić c. Croatie*, no. 46726/11, Cour EDH 2013, RTD Civ. 2013, p. 810, Marguénaud J.-P.

- Cornu, G. 2011. Droit civil, la famille, Montchrestien, 2001 ; dans Vocabulaire juridique, 9ème éd., dir. G. Cornu.
- Dreyer, E. 2006. La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique. Rec. Dalloz 2006 : 748.
- Dupront, A. 1996. Qu'est ce que les Lumières ?, folio.
- Fabre-Magnan M. (2010), *Droit des obligations*, 2nd édition, PUF, p. 74.
- Ferrand J., et Petit H. (Eds.). 2003. Fondations et naissances des Droits de l'Homme. Paris : L'Harmattan.
- Fin-Langer L., (2003) *L'équilibre contractuel*, préf. Thibierge C., LGDJ.
- Fontaine M. et Ghestin J. (dir.) (1996) *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, LGDJ.
- Égea, V. 2013. Adaptation du droit français aux engagements internationaux de la France. Dr. fam 2013, alerte 49.
- Gaudemet, J. 2001. Les naissances du droit. Paris : Montchrestien.
- Gaudemet-Tallon, H. 1996. La famille face au droit communautaire, dans Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille, dir. F. Dekeuwer-Defossez, 115. Paris : LGDJ.
- Gratton, L. 2013. Le dommage déduit de la faute. RTD civ. 2013 : 275.
- Henette-Vauchez, S., et Roman, D. 2013. Droits de l'Homme et libertés fondamentales. Paris : Dalloz.
- Larribau-Terneyre, V. 2012. La fronde à la circulaire confirmée concernant les pouvoirs liquidatifs du JAF. Dr. fam. 2012, comm. 179.
- Lasbordes V., (2001), *Les contrats déséquilibrés*, préf. Saint-Alary-Houin C., PUAM.
- Lebreton, G. 2007. Les atteintes aux droits fondamentaux par l'état de siège et l'état d'urgence, CRDF n°6 : 81.
- Lecourt, A. 2004. La délicate articulation du droit des procédures collectives et du droit de la famille. RTD com.
- Leduc, F. 2013. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le droit français de la responsabilité civile. LPA : 5.
- Le Gach-Pech S., (2000), *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préf. Muir Watt H., LGDJ.
- Lemouland, J.-J. 2005. Rep. civ., famille, n° 163.
- Lucas, O. 2002. La CEDH et les fondements de la responsabilité civile. JCP G, I, 111.
- Marchadier, F. 2009. La réparation de dommages à la lumière de la CEDH. RTD civ : 245.
- Mekki M. (2004) *L'intérêt général et le contrat*, préf. J. Ghestin, LGDJ.
- Nerson, R. 1971. La protection de la vie privée en droit positif français. RIDC : 741.
- Oberdorff, H. 2011. Droits de l'Homme et libertés fondamentales. Paris : LGDJ.
- Parance, B., et de Saint Victor, J. 2014. Repenser les biens communs, éd. du CNRS.
- Quézel-Ambrunaz, C. 2012. La responsabilité civile et les droits du titre I du livre I du code civil. RTD civ. : 251.
- Raynaud J. (2003) Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes de droit privé, préf. Garaud E. PUAM.
- Reverso, L. 2003. La pensée juridique romaine face aux « Droits de l'Homme » : l'exemple de Cicéron », dans Fondations et naissances des Droits de l'Homme, dir. J. Ferrand, et H. Petit. Paris : L'Harmattan.
- Robineau, M. 2010. Le statut normatif de la nomenclature Dintilhac des préjudices. JCP G. : 612.
- Rochfeld, J. 2011. Les grandes notions du droit privé. Puf : 188.
- Spitz, B. 2013. Le droit d'auteur en France : un monopole menacé ?. Revue Lamy Droit de l'Immatériel : 73.
- Sutterlin, O., J. 2012. CI Environnement et Développement durable, fasc. 2420, n° 56.
- Terré, F. (dir.). 2011. Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, coll. «Thèmes et commentaires». Paris : Dalloz.

Chapter 9

The Impact of Human Rights and Basic Rights in German Private Law

Dirk Looschelders and Mark Makowsky

9.1 Introduction

9.1.1 *The History of the Concept of Fundamental Rights in Germany*

The concept of fundamental rights in Germany has undergone a process that is strongly tied to the change of state sovereignty in the last centuries (compare Michael and Morlok 2014, margin no. 5 et seqq.; Epping 2012, margin no. 5 et seqq.). The legal system of the German territorial states in the nineteenth century was characterised by the sovereignty of monarchs. If civil rights were recognized, especially economic freedoms, they were given by the sovereign to his people. This idea of the monarchs' sovereignty to grant basic rights in state constitutions and laws was also upheld in the *Kaiserreich*. The *Reichsverfassung* of 1871 itself included no catalogue of fundamental rights as this matter was solely assigned to the autonomous sphere of each single state.

In contrast, the modern constitutional state that is based on the sovereignty of the people acknowledges basic rights as unalienable, natural human rights that do not derive from the state. This idea was adopted by the *Paulskirchenverfassung* following the March Revolution of 1848. However, this constitution never came into effect. It was not until the *Weimarer Reichsverfassung* of 1919 that Germany became a constitutional state in a modern sense with an extensive catalogue of fundamental rights. The legal meaning of these basic rights was nonetheless highly disputed. It was particularly controversial if they had any binding effect for the three divisions

D. Looschelders (✉) • M. Makowsky
Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf, Universitätsstr. 1, 40225 Düsseldorf, Germany
e-mail: Dirk.Looschelders@hhu.de; Mark.Makowsky@uni-duesseldorf.de

of government, especially the legislative branch. Moreover, some understood the basic rights as mere negative rights that protect the private freedom of each citizen against the state. Others stressed the political function of basic rights as an expression of a certain value system.

The German *Grundgesetz* (also GG) of 1949 reacted to these uncertainties very clearly as it did to the experiences of National Socialism. The catalogue of basic rights was put at the very beginning of the *Grundgesetz* (Article 1–19 GG); it emphasizes human dignity (Article 1 I GG) and human rights (Article 1 II GG) and it clarifies that all branches of government are bound by these rights (Article 1 III GG).

9.1.2 The Role of International Conventions on Human Rights in German Law

The *Grundgesetz* generally follows the idea of openness and friendliness to international law (The Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht* (BVerfG)) 2006b). Moreover, Article 1 II *Grundgesetz* states that “the German people (...) acknowledge inviolable and inalienable human rights as the basis of every community, of peace and of justice in the world”. Following this constitutional mandate, Germany supports international conventions on human rights and has signed almost every United Nations (UN) convention aimed at their recognition and protection. It has also ratified regional conventions on human rights, most importantly the European Convention on Human Rights of the Council of Europe (ECHR). Pursuant to Article 59 II *Grundgesetz*, these conventions legally have the formal status of national federal law. Furthermore, the *Bundesverfassungsgericht*, the German Constitutional Court, postulates an interpretation of national (constitutional) law in light of international conventions (BVerfG 1987b, 2004c, 2005c, 2006b, 2008). As a member of the European Union (EU), Germany is also subject to the EU Charter of Fundamental Rights (EU Charter).

9.1.3 Sources and Functions of Human Rights and Basic Rights

Generally, there is no specific codified legal definition of human or basic rights in German law. However, there are many court decisions and scholarly commentaries on their scope and meaning. The primary and main (constitutional) source for fundamental rights is the *Grundgesetz* itself. Basic rights laid down in the constitutions of the federal states become rarely practically relevant (Epping 2012, margin no. 23). In recent time, the European Convention on Human Rights (ECHR) has grown to an important source for fundamental rights as well, especially with regard to

rights which are not (expressly) regulated in the *Grundgesetz* (for example the right to a fair trial in Article 6 I ECHR) or which differ in their scope, for example the right of privacy in Article 8 I ECHR (compare Michael and Morlok 2014, margin no. 65). On the EU level the fundamental freedoms in the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) and the fundamental Union rights in the EU Charter form the most important sources.

The basic rights of the *Grundgesetz* are binding for all branches of government (Article 1 III GG); they are directly enforceable law that has precedence over statute law. The basic rights – which can be classified in freedom rights and equality rights – primarily function as negative, subjective rights against the state (BVerfG 1958, 1982d, 1984c). As such, they protect individual freedoms and privacy against state interferences or illegitimate discrimination. Furthermore, the basic rights embody an objective value system that applies to all fields of law as a basic constitutional decision (BVerfG 1958, 1975, 1979b, 1982b, 1985). Only some basic rights function as positive rights aimed at the protection and public promotion or creation of certain conditions, for example Article 6 I, IV *Grundgesetz* (BVerfG 1957b, 1990b, Epping 2012, margin no. 14).

It can be assumed that the most commonly litigated basic right is the general right to freedom which is laid down in Article 2 I *Grundgesetz*. This clause serves as a catch-all provision when no special basic freedom right applies (compare BVerfG 1957a, 1965, 1979a, 1983, 2006a, Di Fabio 2014, margin no. 21). Therefore, it has a very broad scope.

9.1.4 *Legal Limits to the Protection of Basic Rights*

Generally, all basic rights can be limited (compare Michael and Morlok 2014, margin no. 544). The most important exception is human dignity, which is inviolable (Article 1 I GG) and allows no intrusions (Herdegen 2014a, margin no. 73; Michael and Morlok 2014, margin no. 544). The *Grundgesetz* provides expressly for some basic rights to be limitable by parliamentary law. However, even those basic rights that are guaranteed non-restrictively can be limited by statutory laws with respect to the limits the constitution draws itself. These limits are set particularly by the basic rights of others or other constitutionally protected interests (BVerfG 1970a, 1971a, 1990a, Michael and Morlok 2014, margin no. 711; Müller 1969, 46 et seqq.). Therefore, the opposing basic rights and interests need to be fairly balanced by the law and their interpretation. The legal limits may of course not interfere with the core area of the basic right (BVerfG 2004a); there has to be a legitimate purpose for every limitation and the intrusion has to be strictly proportional with respect to that purpose (compare Grzeszick 2014, margin no. 107 et seqq.; Michael and Morlok 2014, margin no. 623 et seqq.).

9.1.5 *Judicial Review on the Basis of Human Rights and Basic Rights*

For all acts of public authority, access to justice is guaranteed by the rule-of-law principle (Article 20 III GG) in connection with the infringed constitutional basic right (compare Schmidt-Abmann 2014, margin no. 16 et seqq.; Michael and Morlok 2014, margin no. 890 et seqq.). With respect to acts of the executive, Article 19 IV *Grundgesetz* provides a special basic procedural right that guarantees judicial protection of any subjective right. The German courts also review any acts of public authority at the standard of European basic and human rights (compare Michael and Morlok 2014, margin no. 917). If they question whether an EU directive or regulation violates the EU Charter, the matter is brought before the Court of Justice of the European Union (CJEU) (Article 267 TFEU). The courts also consider the ECHR as directly applicable law when they apply or interpret the national (constitutional) law. Moreover, every person can file an individual application to the European Court of Human Rights (ECtHR) claiming that his rights set forth in the Convention or the protocols thereto have been violated by the state (Article 34 ECHR).

The German Supreme Court, the *Bundesverfassungsgericht*, exercises the constitutional review in Germany. Pursuant to Article 93 Abs. 1 Nr. 4a *Grundgesetz* any person can file constitutional claims to the *Bundesverfassungsgericht* alleging that one of his basic rights has been infringed by public authority. The conditions for the standing of private individuals are concretized in § 90 BVerfGG (Law on the Federal Constitutional Court): According to § 90 I BVerfGG “anyone” can file a constitutional complaint who is a possible subject of basic rights; entitled to a complaint are therefore all natural persons, even if they are underage (BVerfG 1968, 1998c). The complainant must also be triable; if minors do not have the necessary capacity of discernment, their legal representatives (parents) act for them. A legal representation by a lawyer is not necessary (Michael and Morlok 2014, margin no. 921). The complaint must be targeted at an act of public authority (Article 93 Abs. 1 Nr. 4a GG in connection with § 90 BVerfGG) which includes judicial, legislative and executive acts. Due to the access to justice against acts of the executive, however, normally only complaints against judicial or legislative acts become relevant (Michael and Morlok 2014, margin no. 923).

The constitutional complainant is not a popular action (BVerfG 1977, 1982c, Michael and Morlok 2014, margin no. 926); the complainant must allege a direct and present infringement of his own basic rights (BVerfG 1998a, 2000, 2004a, 2005e). Generally, the constitutional complaint is subsidiary to other legal actions and processes (BVerfG 1986a, 1989b, 1996, 2005e). The complaint must be substantiated and filed in writing within time (§§ 23 I, 92 et seqq. BVerfGG).

9.2 The Influence of Human Rights and Basic Rights in Contract Law

9.2.1 General Principles of German Contract Law

The primary principle of contract law is the freedom of contract. It embodies the most important element of private autonomy that is constitutionally guaranteed by the general right of freedom in Article 2 I *Grundgesetz* (BVerfG 1987a; BGH 1978, 1995b; Wolf and Neuner 2012, § 10 margin no. 33 et seqq.; Looschelders 2013, margin no. 49 et seqq.). The freedom of contract comprises the freedom to enter into a contract and to arrange its content. Another general principle of German contract law is the freedom of form. Contracts can be concluded formlessly (and hence tacitly), if not exceptionally the law requires a certain form (Wolf and Neuner 2012, § 10 margin no. 39). Especially under the influence of European legislation, consumer protection has become a principle of contract law as well (Stadler 2014, margin no. 8).

9.2.2 The Limitation of the Freedom of Contract on the Grounds of Basic Rights

There are many laws that limit the freedom of contract in order to protect and balance the equality of the parties with regard to their basic rights. In some typical cases of unequal economic and social strength – such as in employment and tenancy law – there are mandatory rules to protect the rights of the weaker party. The consumer protection laws already amount to a principle of contract law (compare Ellenberger 2014, margin. no 14; Looschelders 2013, margin no 56). Furthermore, as a consequence of several European legislative acts, the German General Act on Equal Treatment (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* – AGG), the General Equality Treatment Law, was passed in 2006 which limits private autonomy by widely banning discrimination in contract law.

Basic and human rights generally do not limit the freedom of contract directly and independently because the contract parties are not bound to them in their relation as private citizens (BVerfG 1984a, Canaris 1984, 202 et seqq.). In its famous *Lüth*-decision of 1958, however, the *Bundesverfassungsgericht* held that the basic rights of the *Grundgesetz* embody an objective value system that influences the law and its interpretation as a general constitutional decision (compare I. 3.) (BVerfG 1958). As such, the basic rights have an indirect third party effect on private law: the judges (bound by the basic rights pursuant to Article 1 III GG) have to interpret the law and especially the blanket clauses of the *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) (the German Civil Code) and vague legal concepts according to the constitutional basic rights (BVerfG 1986b, 1993b, Sprau 2014a, margin no. 42; Wolf and Neuner 2012, § 5 margin no. 13 et seqq.). In this manner, the basic rights take influence on

the private contract law most importantly through the blanket clauses of § 138 BGB – unconscionability (compare Looschelders 2012a, margin no. 40 et seqq.) and § 242 BGB – good faith (compare Looschelders and Olzen 2009, margin no. 144 et seqq.).

As established before (compare Part 9.1.2), the ECHR has to be considered when interpreting the constitutional and federal law; therefore, the European human rights can also impact the contract law through the blanket clauses and norms that are open for interpretation, i.e. the third party effect of the ECHR on private law (compare Ellger 1999, 636 et seqq.).

9.2.3 *The Elimination of Imbalance between the Parties*

As shown, there are many laws in existence which react to typical imbalances between contract parties in order to protect the weaker party or prevent discrimination. Beyond these specific rules, the influence of basic rights can require the elimination of an imbalance in application of the blanket clauses and vague legal concepts. A famous case in this context is the review of a contract of surety where a commercially inexperienced and impecunious person stood surety for a close family member although the debt greatly exceeded his financial capabilities. The *Bundesverfassungsgericht* ruled that the civil courts are constitutionally obliged to control the content of such a contract with regard to the basic rights at stake (BVerfG 1993b). The references of the blanket clauses (§§ 138, 242 BGB) to morality, common usage and good faith require the courts to concretize with respect to objective values, which primarily deduce from the basic rights of the constitution (compare Looschelders and Olzen 2009, margin no. 460 et seqq.). Of course, not every imbalance can justify a judicial interference with the contractual agreement. There has to be a severe imbalance that turns the contract from a medium of private autonomy to a medium of heteronomy (BVerfG 1993b).

In labour law, it is acknowledged that the liability of the employee to his employer has to be limited with respect to damages that occur due to operational activities. The idea behind this concept is that even a very cautious employee cannot be careful at any moment and his activities mainly benefit the employer. The *Bundesarbeitsgericht* (Federal Labour Court) has justified this limitation with an analogy of § 254 BGB (contributory negligence) with regard to the constitutionally guaranteed general right to freedom (Article 2 I GG) and the basic right of professional freedom, Article 12 I GG (BAG 1994; compare Looschelders 1999, 105 et seqq.). This example again demonstrates the third party effect of basic rights that influence the contractual relation through the interpretation and application of the private law (here § 254 BGB).

9.2.4 *Case Law of the Court of Justice of the EU on Human Rights and Basic Rights*

In the last decades, the EU law has become more and more influential on the German contract law, especially in the field of consumer protection. Consequently, the decisions of the CJEU have shown great impact on the legislation as well as on the decisions of national courts. Many recent decisions concerning consumer rights have followed a referral by German courts to the CJEU (EuGH 2008, 2011b) and have led to a different interpretation of the law (e.g. § 439 I BGB) and/or resulted ultimately in a legislative change of the law, eg. § 474 II BGB (compare Looschelders 2014, margin no. 90a et seqq.). The CJEU's decisions have binding effect; moreover, pursuant to Article 288 TFEU and Article 4 III Treaty on European Union (TEU) the national courts are required to interpret and develop the national law in accordance with the underlying directive (BGH 2008c, 2011; EuGH 1984).

A very controversial recent decision by the CJEU concerned the equality of men and women in insurance contract law (EuGH 2011a; crit. Looschelders 2012b, 109). The court held that the gender specific assessment of tariffs in insurance contracts based on Article 5 II of the gender directive (Dir. 2004/113/EC) contradicts the purpose of the directive and the fundamental equality rights in Articles 21, 23 of the EU Charter. As a result, § 20 II AGG (General Equality Treatment Law) which allowed a gender differentiation based on relevant and precise insurance mathematical and statistical data has become inapplicable with effect of 21.12.2012.

Decisions by the ECtHR did not have a significant impact on German contract law yet.

9.2.5 *Conclusion*

Generally, the influence of fundamental rights has resulted in a “materialization” of contract law which is aimed at ensuring the (factual) premises of individual private autonomy (Canaris 2000, 273 et seqq.; Looschelders and Olzen 2009, margin no. 464). This development is demonstrated clearly by the rise of consumer protection as well as anti-discrimination laws and the case law of the *Bundesverfassungsgericht* regarding the protection of the weaker party in imbalanced contract relations.

Private parties are owners and not addressees of basic rights. If basic rights were to affect the private (contractual) relation directly and fully, the result would be a significant infringement of private freedom (compare Herdegen 2014b, margin no. 59). Hence, basic rights have a mere indirect third party effect. The judges have to consider and protect individual basic rights, when they decide a private law suit. However, as both parties own basic rights, both positions need to be fairly balanced and thus have a weaker effect than in the relation between citizens and state (compare Herdegen 2014b, margin no. 59; Michael and Morlok 2014, margin no. 484). They are principles that the judge needs to harmonize on a constitutional level.

The main and fully recognized instrument regarding the influence of human and basic rights on contract law is their indirect third (private) party effect. It allows and requires the interpretation and application of the law – especially by means of blanket clauses – with respect to the individual basic rights that are at stake. Beyond this general legal method and tool, the German law already has many specific provisions that balance and protect basic rights in typical episodes of imbalance.

9.3 The Influence of Human Rights and Basic Rights in Tort Law

9.3.1 General Principles of German Tort Law

The German tort law is characterized primarily by the principle of fault. Accordingly, a claim for damages requires that the tortfeasor acted unlawfully with negligence or intent. Moreover, the tort law is limited to the protection against infringements of certain basic rights (life, body, health, property, freedom of movement); pure economic losses or the general freedom of action are generally not protected. Beyond the principle of fault, some singular norms constitute a strict liability, most importantly the liability of the car owner for damages caused by the operation of the car (§ 7 Road Traffic Act (*Straßenverkehrsgesetz* – StVG)). The strict liability of the manufacturer of a product (§ 1 Product Liability Act (*Produkthaftungsgesetz* – ProdHaftG)) is based on the EU Product Liability Directive (Directive 85/374/EEC). An important principle of the law of damages is the principle of total reparation, which obliges the tortfeasor to fully compensate the injured (compare Looschelders 2013, margin no. 875).

9.3.2 The Right to Privacy

At the time of the development of the BGB, the protection of a right to privacy by the means of civil law was predominantly disapproved (compare Leuze 1962, 72 et seqq.; BVerfG 1973). After the coming into effect of the *Grundgesetz*, however, jurisdiction and legal literature came to the conclusion that this restrictive attitude does not satisfy the basic right of each individual to respect of his dignity (Article 1 I GG) and his right to free development (Article 2 I GG). In 1954 the *Bundesgerichtshof* ruled in its famous “*Leserbrief*” decision that the right to privacy is a constitutionally guaranteed basic right which has to be qualified as an “other right” in § 823 I BGB and is protected as such by the general clause of tort law (BGH 1954). In later decisions, the victim was entitled to claim his immaterial damages (BGH 1958, 1959, 1961, 1963); shortly after, this claim was directly derived from Article 1 I, 2 I GG (BGH 1994, 2004c; Grüneberg 2014, margin no. 10; Looschelders 2013,

margin no. 978). In its “*Soraya*” decision, the *Bundesverfassungsgericht* has approved this jurisdiction (BVerfG 1973).

In contrast to the other rights protected by § 823 I BGB, the right to privacy is not clearly defined. Therefore, whether an infringement of the right to privacy is unlawful has to be assessed based on a thorough balancing of interests (compare Looschelders 2014, margin no. 1238). Here, the basic rights of the tortfeasor, namely the general right to freedom (Article 2 I GG) and most importantly the freedom of expression and press (Article 5 I GG) as well as the freedom of art (Article 5 III GG), have to be considered.

9.3.3 *Non-pecuniary Damages*

Generally, non-pecuniary damages can only be restituted in kind (for example the revocation of libel). In contrast, according to § 253 I BGB, compensation for non-pecuniary damages may only be claimed when the law expressly provides for such compensation. The most important cases are regulated in § 253 II BGB: If a certain elementary right (body, health, freedom or sexual self-determination) is infringed, the victim can also claim non-pecuniary damages. This provision, however, is not the basis for the claim on its own but requires that the violator is liable according to contract or tort law. As seen before, the claim for immaterial damages caused by infringements of the right to privacy is directly derived from the constitution (Article 1 I, 2 I GG); a claim is only accepted in case of a severe infringement that cannot be compensated otherwise (BGH 1994; Looschelders 2013, margin no. 979).

The basic rights influence the scope of non-pecuniary damages by interpreting and applying the general clause of § 253 II BGB that demands a “fair compensation”. This third party effect of the basic rights is demonstrated clearly by the jurisdiction in cases of full destruction of personality (for example an accident caused severe brain damages). The *Bundesgerichtshof* has first acknowledged only a symbolic compensation, arguing that the victim does not feel pain and cannot feel satisfaction upon the payment of the compensation (BGH 1975, 1982; compare Looschelders 1999, 100 et seq.). With respect to the significant constitutional value of the personality (Article 1 I, 2 I GG), however, the court revised its jurisdiction stressing that the nearly full destruction of the ability to feel and perceive caused by the tortfeasor may not impair the amount of compensation (BGH 1992b, 1993a; compare Looschelders 2000, 183).

9.3.4 *The Significance of Human Rights and Basic Rights*

As in contract law (compare Sect. 9.2), the human and basic rights can influence tort law by means of applying and interpreting the blanket clauses. The vague legal concept of “other rights” protected in § 823 I BGB allows a deviation from the

general limitation of protected rights. By acknowledging the constitutionally guaranteed right to privacy (compare Sect. 9.3.2) as an “other right”, the protection of tort law is extended to this basic right. Another example is the qualification of an established and operated business as an “other right” (BGH 1951, 1966, 1977; Sprau 2014b, margin no. 126). This follows from the constitutional protection of property by Article 14 *Grundgesetz*.

The basic rights can also impact the question of compensable damage. Whether the damage is eligible for restitution is subject to normative corrections that can be a gateway for the assessment of basic rights. In this context, it was highly disputed if the maintenance costs for an unwanted child (wrongful birth) can be qualified as damage. The *Bundesverfassungsgericht* held that human dignity (Article 1 I GG) forbids regarding the existence of a child as source of damage (BVerfG 1993a). However, the recognition of maintenance costs as damages does not contravene the acknowledgment of the child’s existence as an immaterial value. Moreover, it does not infringe the child’s right to life (Article 2 II GG); in contrast, the perspective of compensation encourages the mother to give birth to the child (BVerfG 1997b). Therefore, the *Bundesgerichtshof* has decided – with approval of the *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG 1997b) – that the maintenance costs for a child may be qualified as a compensable damage (BGH 1993b, 1995a). The parents may also claim the maintenance costs as damages from the party responsible when a disabled child is born (wrongful life) (BGH 1983, 1993b). However, in this case the child itself is not entitled to damages, as this claim would have to be based on the accusation that the other party did not prevent the child’s own birth. With regard to human dignity (Article 1 GG), nobody has the right to non-existence but has to accept his life as it is given by nature.

The *Bundesverfassungsgericht* has also approved a limitation of the principle of total reparation (compare III. 1.) by means of § 242 BGB (good faith) with regard to the basic rights of minors which otherwise would face long-term and unbearable liabilities in tort (BVerfG 1998b; compare Looschelders 1999, 102 et seq.).

9.3.5 Case Law of the European Court of Human Rights

The most remarkable influence on tort law has emanated from a decision of the ECtHR regarding the protection of celebrities against violations of their right to privacy. In its famous ruling concerning the press release of pictures showing Princess Caroline of Monaco (today Hanover) the ECtHR criticized the criteria that have been developed by the German jurisdiction to protect the right to privacy against unauthorized photographs (EGMR 2004c). Until then, persons of prominent position (monarchs, politicians, artists, or athletes) were qualified as figures of contemporary society “par excellence” and pictures of them could generally be published without their consent (compare BGH 1995c). An exception was only recognized in cases where the person concerned retreated to his domestic area or a remote place (BGH 1995c, 2004b, BVerfG 1999, 2001b). The ECtHR held that this

jurisdiction did not meet the demands of the right to respect for private and family life as guaranteed by Article 8 ECHR. In balancing the protection of private life against the freedom of expression (Article 10 ECHR) the Court emphasized the question, whether the photos or articles in the press contribute to a debate of general interest or whether their sole purpose is to satisfy the curiosity of a particular readership. Following this ruling, the *Bundesgerichtshof* has – with approval of the *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG 2008) – revised its jurisdiction and dismissed the concept of figures of contemporary society “par excellence” (BGH 2007a, b; compare Looschelders 2014, margin no. 1242).

9.3.6 Conclusion

The basic and human rights have a mere indirect third party effect on the private law (compare Sects. 9.2.2 and 9.2.5). In the relation between the tortfeasor and the victim, both parties can invoke fundamental rights on their own. Therefore, these rights need to be balanced against each other and have a weaker effect than in the relation between citizens and state (compare Herdegen 2014b, margin no. 59; Michael and Morlok 2014, margin no. 484).

The historical concept of limited protection by tort law has undergone a significant change with respect to human and basic rights. These rights have influenced the tort law especially through the blanket clause and central norm of § 823 BGB. The recognition of “other rights”, most importantly the right to privacy, has broadened the scope of protection by the tort law.

9.4 The Influence of Human Rights and Basic Rights in Property Law

9.4.1 General Principles of German Property Law

The German property law follows the idea of absoluteness (compare Baur and Stürner 2009, § 4 margin no. 1 et seq.). Property rights constitute a right of control against everybody. The owner of an object may generally deal with it at his discretion and exclude others from every influence (§ 903 BGB). A second important principle is publicity meaning that property must somehow be publicly visible. Therefore, as an example, the transfer of property requires that the object is handed over to the new owner. According to the principle of speciality, property rights always relate to single objects.

The intellectual property law also stipulates the absoluteness of intellectual property rights and protects their owner against everyone (compare Rehbinder 2010, margin no. 91). Pursuant to the principle of unity, the intellectual property right is a unitary

right, which serves the owner's (material) interest of economic utilization as well as his (non-material) personal interests (compare Reh binder 2010, margin no. 92).

9.4.2 *The Significance of Human Rights and Basic Rights*

The property right is not granted unlimited. According to § 903 BGB, the right of the owner to deal with his property at his discretion and to exclude others from any interference is limited by laws and rights of others. In public law, many rules limit the property right aiming at the protection of human and basic rights. For example, there are many provisions in building and emission control laws that protect the neighbours' property right as well as their basic right to health (compare Säcker 2013, margin no. 34). In private law several blanket clauses (for example §§ 138, 242, 226, 826 BGB) allow an interpretation with respect to human and basic rights and can limit the property right (Säcker 2013, margin no. 33). The property right may also come into conflict with someone else's intellectual property right, for example the rights of an architect (BGH 1974, 2008a; Wandtke 2014, margin no. 7).

According to § 1004 II BGB, the owner may only enforce his property right against someone else, if he is not obliged to tolerate the infringement. As for intellectual property rights, claims by the owner also require an unlawful infringement (§ 97 I 1 UrhG – Copyright Act). To assess, whether the owner has to tolerate an infringement or whether the infringement is unlawful, the basic rights of the opposing party have to be taken into account; they can constitute a legitimate reason for the interference with the (intellectual) property right.

The freedom to expression may for example allow a party to project a parole against genetic engineering on the wall of a dairy factory (OLG Dresden 2005). It was also discussed whether the freedom to expression allows to build a “Wailing Wall” in front of the Cologne Cathedral (OLG Köln 1997). An infringement of the intellectual property right can under certain circumstances be justified by the freedom of expression, if there is an intellectual battle of opinions that is of great importance to the public (OLG Stuttgart 2003). In a recent decision, the *Bundesverfassungsgericht* held that the freedom of assembly could justify assemblies on private ground (BVerfG 2011).

The right to access to information can especially limit the intellectual property right (compare Schack 2013, margin no. 97 et. seqq.). In balancing both positions, it can be justified that the copyright owner must tolerate copies without his consent and even without payment. An example is the right to quote in § 51 Copyright Law (*Urheberrechtsgesetz* – UrhG).

The right to protection of personal data limits in certain cases the owner's right to sell his property that contains personal information of others. Without consent of the patients, a medical doctor may not sell his office containing the patients' files (BGH 1991). Accordingly, lawyers or tax accountants may not sell their office with clients' files, if the clients do not agree with the transfer (BGH 1991, 1996).

The freedom to receive or impart information especially comes into play in tenancy law. If cable TV is unavailable, the property right of the houseowner generally has to give way to the tenant's interest to install a television satellite onto the house (BVerfG 1991b, 2005a; Looschelders 2014, margin. no. 402; Looschelders and Olzen 2009, margin no. 754).

With respect to private property law, there is no remarkable case law on human/basic rights that would have taken any influence. There are some decisions by the ECtHR, however, dealing with the basic property right and its protection against state interference (EGMR 2004a, 2012).

9.4.3 Conclusion

The third party effect of basic and human rights also influences the property law. Although the property law defines rather strict rules and follows the idea of absolute property rights, the law and especially the (general) blanket clauses allow the consideration of somebody else's basic rights.

9.5 The Influence of Human Rights and Basic Rights in Family Law

9.5.1 General Principles of German Family Law

The general principles of family law derive directly from the *Grundgesetz*. According to Article 6 I *Grundgesetz* marriage and family enjoy the special protection of the state. Therefore, the state is obliged to protect and support this unity (BVerfG 1968) and is barred from any disadvantaging (BVerfG 1957b). Marriage is defined as the partnership between a man and a woman (principle of different sexes) to an all-embracing, irresolvable union (BVerfG 1982e). Since 2001 same-sex couples can enter into a civil union. Article 6 I *Grundgesetz* constitutes a rule of equality that forbids to disadvantage marriage and family compared with single persons (compare Gernhuber and Coester-Waltjen 2010, § 5 margin no. 18 et seqq.). Moreover, Article 6 I *Grundgesetz* contains an institutional guarantee of certain basic principles, such as the freedom of marriage (BVerfG 1970b, 1987c), the principle of monogamy (BVerfG 1971b), the general insolubility of marriage (BVerfG 1959). Article 6 II *Grundgesetz* stipulates that the care and upbringing of children falls to the parents as a natural right and duty. Article 6 IV *Grundgesetz* emphasizes the protection of the mother by the community. Children born outside marriage shall be granted the same conditions as children born in marriage, Article 6 V *Grundgesetz*.

9.5.2 *Developments in Case Law and Legislation on Family Law with Respect to Human Rights and Basic Rights*

The basic rights of the *Grundgesetz* resulted in several reforms of the family law of the BGB.

Most importantly, the stipulation of equality between men and women in Article 3 II *Grundgesetz* demanded the change of many provisions that expressed a certain role perception. Milestones in this context are the Equality Rights Act of 18. 6.1957 (BGBl. I 1957) and the First Marriage Law Reform Act of 14.6.1976 (BGBl. I 1976). Yet the last “primacy” of men concerning the family name was eliminated by the *Bundesverfassungsgericht* not until 1991 (BVerfG 1991a).

Article 6 V *Grundgesetz* postulates the equality of children regardless of whether they were born into the marriage or out of wedlock. However, German case law and legislation only hesitantly followed this mandate (compare BVerfG 1969). In 1968 the law recognized the relationship between the father and his (“illegitimate”) child. Many general inequalities were finally abolished by the reform of the law of parent and child in 1997 (BGBl. I 1997). Moreover, the *Bundesverfassungsgericht* ruled in 2007 that the different times for maintenance claims due to the care of a child (compare § 1615 I BGB) are unconstitutional (BVerfG 2007).

In several recent decisions, the *Bundesverfassungsgericht* found that the denial of privileges to the civil union of homosexual partners (*Lebenspartnerschaft*) cannot be justified with a mere reference to the constitutional protection of marriage in Article 6 I *Grundgesetz* (BVerfG 2009, 2010b, 2013a, b). Since both, marriage and civil union are entered into as a lasting relationship with mutual care and responsibility, any legal differentiation is only admissible under strict premises with respect to the equality clause in Article 3 I *Grundgesetz*.

The general right of personality (Article 1 and 2 GG) has begun to take some influence on the family law as well, especially regarding the question of paternity of the child. The *Bundesverfassungsgericht* held in several decisions that a child has the right to know its paternity (BVerfG 1989a, 1997a, 2010c). On the other hand, the child’s claim to information against its own mother is of course limited by her general right of personality as well (BVerfG 1997a).

Another trend is the strengthening of the rights of the biological father, especially under the influence of the ECtHR. In this context the new provision § 1686a BGB is the newest example of how human and basic rights (Article 8 ECHR, Article 6 II GG) influence the family law (Part V. 4.).

9.5.3 *The Legal Treatment of Married and Unmarried Couples*

Married and unmarried couples are treated differently insofar as the provisions of marriage (§§ 1353 et seqq. BGB) do not apply (neither directly nor by analogy) to unmarried couples (Dethloff 2012, § 8 margin no. 5). Unmarried couples generally

face each other as two separate private persons whose relation is governed by the common private law. Especially, the provisions for maintenance during marriage (§§ 1360 et seqq. BGB) and after divorce (§§ 1569 et seqq. BGB) do not apply. Each partner's property and gains in fortune generally stay untouched by the relation; unmarried couples may, however, contractually arrange their financial affairs (compare Gernhuber and Coester-Waltjen 2010, § 44 margin no. 1).

If one unmarried partner performed services or payments with regard to the relationship, the courts did not acknowledge any claims for compensation, when the relationship has ended. In 2008, however, the *Bundesgerichtshof* set a turnaround to this jurisdiction and found that unmarried partners – as married spouses – generally perform relying upon the continuance of their relationship (BGH 2008b). Therefore, the same claims for compensation as for married spouses (§§ 313 BGB, 812 et seqq. BGB) apply, when the relationship has ended contrary to this reliance.

9.5.4 *The Impact of the Right to Family Life on the Rights of the Biological Father*

The right to family life (Article 6 GG, Article 8 ECHR) had a great impact on the legislation in family law. Especially, the rights of the biological father were strengthened. In 2003, the *Bundesverfassungsgericht* decided that Article 6 II *Grundgesetz* is violated, if the biological father is excluded from any possibility to contest the paternity (BVerfG 2003). As a result, § 1600 I no. 2 BGB was created which entitles a man to contest the paternity if he declares in lieu of an oath that he had sexual intercourse with the mother of the child during the period of conception.

In a new decision the *Bundesgerichtshof* ruled that the same right applies to a sperm donor when there is no consent of the legal father pursuant to § 1600 V BGB (BGH 2008b). This right is, however, very limited. According to Article § 1600 II BGB the contestation requires that there is no social and family relationship between the child and its legal father.

The *Bundesverfassungsgericht* has recently decided that the contestation of paternity by the competent authority according to § 1600 I No. 5 BGB is unconstitutional, as it violates the constitutional parenthood (Article 6 II 1 GG) and the child's right to parental care and education (Article 2 I in connection with Article 6 II 1 GG) (BVerfG 2013c).

Moreover, the ECtHR held in 2009 that the German law violates the rights (Article 8 in conjunction with Article 14 ECHR) of fathers of children born out of wedlock as it generally excludes the judicial review of the initial attribution of sole custody to the mother (EGMR 2009). Only one year later, the *Bundesverfassungsgericht* joined this view and found § 1626a BGB unconstitutional (BVerfG 2010a). The court ruled that it violates the father's parental rights guaranteed by Article 6 II *Grundgesetz* when – failing the consent of the mother – he is generally excluded from custody for his child and has no remedy to a judicial review whether it is in

best interest of the child to grant the custody to both parents or even solely to him. As a result § 1626a BGB has been reformed. Since May 19th 2013 § 1626a II BGB states that each parent can apply for joint parental custody if it does not contradict the best interests of the child.

Finally, the biological father's right to family life has now also resulted in a change of legislation regarding the questions of contact with and information about the child. § 1685 II BGB gave the biological father a right to contact with his child only in cases where a social and family relationship existed between the father and his child. Furthermore, if the biological father was not the legal father, he had no right to information about the child according to § 1686 I BGB. The ECtHR found that this legal situation violated Article 8 ECHR (EGMR 2010, 2011). The ECtHR criticized especially that the biological father is denied the right to contact and information having no regard to the best interest of the child.

The parliament now passed § 1686a BGB, which gives the biological father a right to contact, if he has shown a sincere interest in the child and if the contact serves the best interest of the child. If the father has a legitimate interest he is also entitled to information if this does not contradict the best interest of the child. In response to the critique the new § 1686a BGB, which came into force on 13th July 2013, gives the biological father a right to contact, if he has shown a sincere interest in the child and if the contact serves the best interest of the child. If the father has a legitimate interest he is also entitled to information if this does not contradict the best interest of the child.

9.5.5 Other Influences of Human Rights and Basic Rights

The protection of human and basic rights has often resulted in legislative changes of family law (compare Sects. 9.5.2 and 9.5.4). However, the general idea of fundamental rights influencing the application and interpretation of private law applies to family law as well. Therefore, court measures in the case of endangerment of the best interests of the child according to § 1666 BGB have to be decided under strict consideration of proportionality. To separate a child from his parents is only legitimate in severe cases with regard to the fundamental rights in Article 6 II *Grundgesetz* (BVerfG 1982a) and Article 8 ECHR (EGMR 2002, 2004b). In a recent decision the *Bundesverfassungsgericht* ruled that Article 6 I also protects the family relationship between grandparents and their grandchildren; therefore the family courts particularly have to consider the grandparents in a decision on the selection of a guardian according to § 1779 BGB (BVerfG 2014).

The basic rights also influence the family law with regard to the control of marriage contracts. The *Bundesverfassungsgericht* held that the civil courts have to control the content of these contracts in order to avoid any disadvantages of the weaker spouse (BVerfG 2001a; Looschelders 2012a, margin no. 188). If the contract is valid according to the blanket clause of § 138 BGB, the courts may also prevent one

spouse to invoke the contract pursuant to § 242 BGB, for example if a child was born or the other spouse became seriously ill (BGH 2004a, 2005, 2007c).

9.5.6 Case Law of the European Court of Human Rights

The ECtHR has taken a fundamental influence on the content of the family law especially with regard to the relation of the child to his biological father who is not married with the mother (compare Sect. 9.5.4) (Rauscher 2008, margin no. 57a). Moreover, the ECtHR has decided that court measures in the case of endangerment of the best interests of the child according to § 1666 BGB may – in light of Article 8 ECHR – only under strict requirements result in a removal of parental custody or prohibition of contact with the child (EGMR 2002, 2004b).

Due to the lack of competence of the EU for the substantive family law, the CJEU has not established any remarkable case law that would have influenced the German family law. As seen above, however, the rulings of the ECtHR have had a significant influence.

9.6 The Influence of Human Rights and Basic Rights on Inheritance Law

Inheritance law is characterized by the testator's freedom to make his will (§§ 1937–1941 BGB); this basic right is guaranteed by Article 14 I *Grundgesetz* (BVerfG 1994). Article 14 I *Grundgesetz* in conjunction with Article 6 I *Grundgesetz* also guarantees the minimum economic participation of the testator's children in his or her estate, which is in principle inalienable and non-means-tested (BVerfG 2005b).

The testator's will generally takes precedence over the interests of his relatives or other potential heirs (Looschelders and Olzen 2009, margin no. 941). Especially, the testator is constitutionally not obliged to equal treatment of his descendants (BVerfG 1984b). Their interests are sufficiently secured by the minimum economic participation according to §§ 2303 et. seqq. BGB (Looschelders 2012a, margin no. 195). Therefore, the basic rights of others can influence the validity of a will by means of the blanket clauses of §§ 138, 242 BGB only in very specific cases. In a famous decision, the *Bundesgerichtshof* found an equality clause in a royal testament valid, according to which the descendants could only succeed if they came from or lived in an equal (royal) marriage (BGH 1998). This judgment was turned down by the *Bundesverfassungsgericht* in 2004, as this testament puts an undue pressure to the choice of spouses and therefore violates the right of freedom to marry, Article 6 *Grundgesetz* (BVerfG 2004b).

9.7 The Influence of Human Rights and Basic Rights on International Private Law

Basic and human rights also influence the International Private Law and can result in the inapplicability of foreign law that contradicts these fundamental rights (compare Looschelders 2001). According to Article 6 *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche* – EGBGB “a provision of the law of another country shall not be applied where its application would lead to a result which is manifestly incompatible with the fundamental principles of German law”. Article 6 I 2 EGBGB concretizes this reservation: “In particular, inapplicability ensues, if its application would be incompatible with civil rights.” Article 6 EGBGB therefore contains a blanket clause that allows to consider the basic rights of the *Grundgesetz* (compare BVerfG 1971b; Thorn 2014, margin no. 7; Looschelders 2004, margin no. 21 et seqq.) as well as human rights guaranteed by international conventions such as the ECHR (Lorenz 2014, margin no. 15; Stürner 2011). However, the foreign law is not abstractly tested at the standard of these fundamental rights; only the concrete result of the application of the law is controlled by Article 6 EGBGB (compare BGH 1992a; Sonnenberger 2010, margin no. 44; Thorn 2014, margin no. 5; Looschelders 2004, margin no. 11, 23).

Bibliography

- Baur, J., and Stürner, R. 2009. *Sachenrecht*, 18th ed. Munich: C.H. Beck.
- BGBI. (Federal Law Gazette) I. 1957. Gleichberechtigungsgesetz of the 18.6.1957. BGBI. I 1957: 609–640.
- BGBI. (Federal Law Gazette) I. 1976. Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts of the 15.6.1976. BGBI. I: 1421–1463.
- BGBI. (Federal Law Gazette) I. 1997. Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts (Kindschaftsrechtsreformgesetz – KindRG) of the 19.12.1997. BGBI. I: 2942–2967.
- Canaris, C.W. 1984. Grundrechte und Privatrecht. AcP 184 (1984): 201–246.
- Canaris, C.W. 2000. Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner “Materialisierung”. AcP 200: 273–364.
- Dethloff, N. 2012. *Familienrecht*, 30th ed. Munich: C.H. Beck.
- Di Fabio, U. 2014. Art. 2 GG. In *Grundgesetz*, 71st ed, ed. T. Maunz, G. Dürig. Munich: C.H. Beck.
- Ellenberger, J. 2014. Einführung vor § 145 BGB. In *Bürgerliches Gesetzbuch*, 73rd. ed, ed. O. Palandt. Munich: C.H. Beck.
- Ellger, R. 1999. Europäische Menschenrechtskonvention und deutsches Privatrecht. RabelsZ 63: 625–664.
- Epping, V. 2012. *Grundrechte*, 5th ed. Berlin et al.: Springer.
- Gernhuber, J. and Coester-Waltjen, D. 2010. *Familienrecht*, 6th ed. Munich: C.H. Beck.
- Grüneberg, C. 2014. § 253 BGB. In *Bürgerliches Gesetzbuch*, 73rd. ed, ed. O. Palandt. Munich: C.H. Beck.
- Grzeszick, B. 2014. Art. 20 GG Abschn. II–VII. In *Grundgesetz*, 71st ed, ed. T. Maunz and G. Dürig. Munich: C.H. Beck.
- Herdegen, M. 2014a. Art. 1 I GG. In *Grundgesetz*, 71st ed, ed. T. Maunz and G. Dürig. Munich: C.H. Beck.

- Herdegen, M. 2014b. Art. 1 III GG. In Grundgesetz, 71st ed, ed. T. Maunz and G. Dürig. Munich: C.H. Beck.
- Leuze, D. 1962. Die Entwicklung des Persönlichkeitsrechts im 19. Jahrhundert. Bielefeld: Giesecking.
- Looschelders, D. 1999. Die Ausstrahlung der Grundrechte auf das Schadensrecht. In Einwirkungen der Grundrechte auf das Zivilrecht, Öffentliche Recht und Strafrecht, ed. J. Wolter, E. Riedel and J. Taupitz, 93–111. Heidelberg: C.F.Müller.
- Looschelders, D. 2000. Review of Deliktsrecht in Europa. Systematische Einführungen, Gesetzestexte, Übersetzungen. Landesberichte, ed. C. v. Bar, H. Grothe, A. Spickhoff. RabelsZ 64: 183–194.
- Looschelders, D. 2001. Die Ausstrahlung der Grund- und Menschenrechte auf das Internationale Privatrecht. RabelsZ 65: 463–512.
- Looschelders, D. 2004. Art. 6 EGBGB. In Internationales Privatrecht – Art. 3–46 EGBGB. Berlin: Springer.
- Looschelders, D., and Olzen, D. 2009. § 242 BGB. In Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, ed. J. von Staudinger. Berlin: Sellier – de Gruyter.
- Looschelders, D. 2012a. § 138 BGB. In Bürgerliches Gesetzbuch – Allgemeiner Teil | EGBGB, 2nd ed, ed. T. Heidel, R. Hüftege and H. Mansel, U. Noack. Baden-Baden: Nomos.
- Looschelders, D. 2012b. Diskriminierung und Schutz vor Diskriminierung im Privatrecht. JZ 2012: 105–114.
- Looschelders, D. 2013. Schuldrecht Allgemeiner Teil, 11th ed. Munich: Vahlen.
- Looschelders, D. 2014. Schuldrecht Besonderer Teil, 9th ed. Munich: Vahlen.
- Lorenz, S., 2014. Art. 6 EGBGB. In Beck'scher Onlinekommentar BGB, 32nd ed, ed. H. Bamberger and H. Roth. Munich: C.H. Beck.
- Michael, L., and Morlok, M. 2014. Grundrechte, 4th ed. Baden-Baden: Nomos.
- Müller, F. 1969. Positivität der Grundrechte: Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik. Berlin: Dunker & Humblot.
- Rauscher, T. 2008. Familienrecht, 2nd ed. Heidelberg: C.F.Müller.
- Rehbinder, M. 2010. Urheberrecht, 16th ed. Munich: C.H. Beck.
- Säcker, F. 2013. § 903 BGB. In Münchener Kommentar zum BGB, 6th ed, ed. F. Säcker and R. Rixecker. Munich: C.H. Beck.
- Schack, H. 2013. Urheber- und Urhebervertragsrecht, 6th ed. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Schmidt-Aßmann, E. 2014. Art. 19 IV GG. In Grundgesetz, 71st ed, ed. T. Maunz, G. Dürig. Munich: C.H. Beck.
- Sonnenberger, H. 2010. Art. 6 EGBGB. In Münchener Kommentar zum BGB, 5th ed, ed. F. Säcker and R. Rixecker. Munich: C.H. Beck.
- Sprau, H. 2014a. Einleitung vor § 1. In Bürgerliches Gesetzbuch, 73rd. ed, ed. O. Palandt. Munich: C.H. Beck.
- Sprau, H. 2014b. § 823 BGB. In Bürgerliches Gesetzbuch, 73rd. ed, ed. O. Palandt. Munich: C.H. Beck.
- Stadler, A. 2014. § 311 BGB. In Bürgerliches Gesetzbuch, 15th ed, ed. O. Jauernig. Munich: C.H. Beck.
- Stürner, M. 2011. Europäisierung des (Kollisions-)Rechts und nationaler ordre public. In Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70. Geburtstag am 28. Dezember 2011, ed. H. Kronke and K. Thorn, 463–482. Bielefeld: Giesecking.
- Thorn, K. 2014. Art. 6 EGBGB. In Bürgerliches Gesetzbuch, 73rd. ed, ed. O. Palandt. Munich: C.H. Beck.
- Wandtke, A. 2014. § 44 UrhG. In Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4th ed, ed. A. Wandtke and W. Bullinger. Munich: C.H. Beck.
- Wolf, M., and Neuner, J. 2012. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10th ed. Munich: C.H. Beck.

Case Law

- Bundesarbeitsgericht (BAG) of 27.09.1994 – GS 1/89 (A). *NJW* 1995, 210–213.
- Bundesgerichtshof (BGH) of 26.10.1951 – I ZR 8/51. BGHZ 3: 270–285.
- Bundesgerichtshof (BGH) of 25.05.1954 – I ZR 211/53. BGHZ 13: 334–341.
- Bundesgerichtshof (BGH) of 14.02.1958 – I ZR 151/56. BGHZ 26: 349–359.
- Bundesgerichtshof (BGH) of 18.03.1959 – IV ZR 182/58. BGHZ 30: 7–18.
- Bundesgerichtshof (BGH) of 19.09.1961 – VI ZR 259/60. BGHZ 35: 363–370.
- Bundesgerichtshof (BGH) of 05.03.1963 – VI ZR 55/62. BGHZ 39: 124–134.
- Bundesgerichtshof (BGH) of 21.06.1966 – VI ZR 261/64. BGHZ 45: 296–311.
- Bundesgerichtshof (BGH) of 31.05.1974 – I ZR 10/73. *NJW* 1974: 1381–1383.
- Bundesgerichtshof (BGH) of 16.12.1975 – VI ZR 175/74. *NJW* 1976: 1147–1149.
- Bundesgerichtshof (BGH) of 16.06.1977 – III ZR 179/75. BGHZ 69: 128–144.
- Bundesgerichtshof (BGH) of 09.02.1978 – III ZR 59/76. BGHZ 70: 313–326.
- Bundesgerichtshof (BGH) of 22.06.1982 – VI ZR 247/80. *NJW* 1982: 2123–2124.
- Bundesgerichtshof (BGH) of 22.11.1983 – VI ZR 85/82. BGHZ 89: 95–107.
- Bundesgerichtshof (BGH) of 11.12.1991 – VIII ZR 4/91. *NJW* 1992: 737–741; BGHZ 116: 268–278.
- Bundesgerichtshof (BGH) of 04.06.1992a – IX ZR 149/91. BGHZ 118: 312–351.
- Bundesgerichtshof (BGH) of 13.10.1992b – VI ZR 201/91. BGHZ 120: 1–9.
- Bundesgerichtshof (BGH) of 16.02.1993a – VI ZR 29/92. *NJW* 1993: 1531–1532.
- Bundesgerichtshof (BGH) of 16.11.1993b – VI ZR 105/92. BGHZ 124: 128–146.
- Bundesgerichtshof (BGH) of 15.11.1994 – VI ZR 56/94. BGHZ 128: 1–16.
- Bundesgerichtshof (BGH) of 28.03.1995a – VI ZR 356/93. BGHZ 129: 178–185.
- Bundesgerichtshof (BGH) of 20.09.1995b – VIII ZR 52/94. BGHZ 130: 371–377.
- Bundesgerichtshof (BGH) of 19.12.1995c – VI ZR 15/95. BGHZ 131: 332–346.
- Bundesgerichtshof (BGH) of 22.05.1996 – VIII ZR 194/95. *NJW* 1996: 2087–2088.
- Bundesgerichtshof (BGH) of 02.12.1998 – IV ZB 19/97. BGHZ 140: 118–134.
- Bundesgerichtshof (BGH) of 11.02.2004a – XII ZR 265/02. BGHZ 158: 81–110.
- Bundesgerichtshof (BGH) of 09.03.2004b – VI ZR 217/03. *NJW* 2004: 1795–1797.
- Bundesgerichtshof (BGH) of 05.10.2004c – VI ZR 255/03. *NJW* 2005: 215–218.
- Bundesgerichtshof (BGH) of 25.05.2005 – XII ZR 296/01. *NJW* 2005: 2386–2390.
- Bundesgerichtshof (BGH) of 06.03.2007a – VI ZR 13/06. *NJW* 2007: 1981–1982.
- Bundesgerichtshof (BGH) of 06.03.2007b – VI ZR 51/06. BGHZ 171: 275–287.
- Bundesgerichtshof (BGH) of 28.11.2007c – XII ZR 132/05. *NJW* 2008: 1080–1084.
- Bundesgerichtshof (BGH) of 19.03.2008a – I ZR 66/05. *NJW* 2008: 3784–3789.
- Bundesgerichtshof (BGH) of 09.07.2008b – XII ZR 179/05. *NJW* 2008: 3277–3282.
- Bundesgerichtshof (BGH) of 26.11.2008c – VIII ZR 200/05. BGHZ 179: 27–43.
- Bundesgerichtshof (BGH) of 21.12.2011 – VIII ZR 70/08. *NJW* 2012: 1073–1080.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 16.01.1957a – 1 BvR 253/56. BVerfGE 6: 32–45.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 17.01.1957b – 1 BvL 4/54. BVerfGE 6: 55–84.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 15.01.1958 – 1 BvR 400/51. BVerfGE 7: 198–230.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 29.07.1959 – 1 BvR 205/58. BVerfGE 10: 59–89.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 14.12.1965 – 1 BvR 413/60, 1 BvR 416/60. *NJW* 1966: 147–149.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 29.07.1968 – 1 BvL 20/63, 1 BvL 31/66. *NJW* 1968: 2233–2238.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 29.01.1969 – 1 BvR 26/66. BVerfGE 25: 167–108.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 26.05.1970a – 1 BvR 83/69, 1 BvR 244/69, 1 BvR 345/69. BVerfGE 28: 243–264.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 07.10.1970b – 1 BvR 409/67. BVerfGE 29: 166–178.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 24.02.1971a – 1 BvR 435/68. BVerfGE 30: 173–227.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 04.05.1971b – 1 BvR 636/68. BVerfGE 31: 58–87.

- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 14.02.1973 – 1 BvR 112/65. BVerfGE 34: 269–293.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 25.02.1975 – 1 BvF 1/74, 1 BvF 2/74, 1 BvF 3/74, 1 BvF 4/74, 1 BvF 5/74, 1 BvF 6/74. BVerfGE 39: 1–95.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 08.02.1977 – 1 BvF 1/76, 1 BvL 7/75, 1 BvL 8/75, 1 BvR 239/75, 1 BvR 92/76, 1 BvR 103 bis 115/76, 1 BvR 140 bis 143/76, 1 BvR 187/76. BVerfGE 43: 291–400.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 01.03.1979a – 1 BvR 532/77, 1 BvR 533/77, 1 BvR 419/78, 1 BvL 21/78. *NJW* 1979: 699–711.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 19.06.1979b – 2 BvL 14/75. BVerfGE 51: 304–324.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 17.02.1982a – 1 BvR 188/80. BVerfGE 60: 79–95.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 04.05.1982b – 1 BvR 1457/81. BVerfGE 60: 348–360.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 18.05.1982c – 1 BvR 602/78. BVerfGE 60: 360–374.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 08.07.1982d – 2 BvR 1187/80. BVerfGE 61: 82–118.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 30.11.1982e – 1 BvR 818/81. BVerfGE 62: 323–333.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 08.11.1983 – 1 BvL 8/81. BVerfGE 65: 237–248.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 25.01.1984a – 1 BvR 272/81. BVerfGE 66: 116–151.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 16.10.1984b – 1 BvR 513/78. BVerfGE 67: 329–348.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 31.10.1984c – 1 BvR 35/82, 1 BvR 356/82, 1 BvR 794/82. BVerfGE 68: 193–226.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 08.10.1985 – 2 BvR 1150/80, 2 BvR 1504/82. BVerfGE 70: 297–323.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 25.02.1986a – 1 BvR 1384/85, 1 BvR 30/86. BVerfGE 72: 39–50.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 23.04.1986b – 2 BvR 487/80. BVerfGE 73: 261–280.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 14.01.1987a – 1 BvR 1052/79. BVerfGE 74: 129–162.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 26.03.1987b – 2 BvR 589/79, 2 BvR 740/81, 2 BvR 284/85. BVerfGE 74: 358–380.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 12.05.1987c – 2 BvR 1226/83, 2 BvR 101/84, 2 BvR 313–84. BVerfGE 76: 1–83.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 31.01.1989a – 1 BvL 17/87. BVerfGE 79: 256–274.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 03.10.1989b – 1 BvR 1245/88. BVerfGE 81: 22–28.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 07.03.1990a – 1 BvR 266/86, 1 BvR 913/87. BVerfGE 81: 278–298.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 29.05.1990b – 1 BvL 20/84, 1 BvL 26/84, 1 BvL 4/86. BVerfGE 82: 60–105.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 05.03.1991a – 1 BvL 83/86, 1 BvL 24/88. BVerfGE 84: 9–25.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 15.10.1991b – 1 BvR 976/89. *NJW* 1992: 493–494.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 28.05.1993a – 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92. BVerfGE 88: 203–366.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 19.10.1993b – 1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89. BVerfGE 89: 214–236.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 14.12.1994 – 1 BvR 720/90. BVerfGE 91: 346–366.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 18.12.1996 – 1 BvR 748/93, 1 BvR 616/95, 1 BvR 1228/95. BVerfGE 95: 163–173.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 06.05.1997a – 1 BvR 409/90. BVerfGE 96: 56–66.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 12.11.1997b – 1 BvR 479/92, 1 BvR 307/94. BVerfGE 96: 375–407.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 14.01.1998a – 1 BvR 1995/94, 1 BvR 2248/94. BVerfGE 97: 157–168.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 13.08.1998b – 1 BvL 25/96. *NJW* 1998: 3557–3558.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 29.10.1998c – 2 BvR 1206/98. *NJW* 1999: 631–634.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 15.12.1999 – 1 BvR 653/96. *NJW* 2000. 1021–1026.

- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 19.07.2000 – 1 BvR 539/96. BVerfGE 102: 197–224.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 06.02.2001a – 1 BvR 12/92. *NJW* 2001: 957–961.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 26.04.2001b – 1 BvR 758/97, 1 BvR 1857/98, 1 BvR 1918/98, 1 BvR 2109/99, 1 BvR 182/00. *NJW* 2001: 1921–1926.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 09.04.2003 – 1 BvR 1493/96, 1 BvR 1724/01. BVerfGE 108: 82–122.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 03.03.2004a – 1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99. BVerfGE 109: 279–391.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 22.03.2004b – 1 BvR 2248/01. *NJW* 2004: 2008–2011.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 14.10.2004c – 2 BvR 1481/04. BVerfGE 111: 307–332.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 24.01.2005a – 2 BvR 1953/00, *NZM* 2005: 252–253.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 19.04.2005b – 1 BvR 1644/00, 1 BvR 188/03. BVerfGE 112: 332–363.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 10.06.2005c – 1 BvR 2790/04. *NJW* 2005: 2685–2689.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 27.07.2005d – 1 BvR 668/04. BVerfGE 113: 348–392.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 27.09.2005e – 2 BvR 1387/02. BVerfGE 114: 258–302.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 11.07.2006a – 1 BvL 4/00. *NZA* 2007: 42–47.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 19.09.2006b – 2 BvR 2115/01, 2 BvR 2132/01, 2 BvR 348/03. *NJW* 2007: 499–504.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 28.02.2007 – 1 BvL 9/04. *NJW* 2007: 1735–1741.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 26.02.2008 – 1 BvR 1602/07, 1 BvR 1606/07, 1 BvR 1626/07. *NJW* 2008: 1793–1801.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 07.07.2009 – 1 BvR 1164/07. BVerfGE 124: 199–235.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 21.07.2010a – 1 BvR 420/09. *NJW* 2010: 3008–3015.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 21.07.2010b – 1 BvR 611/07, 1 BvR 2464/07. BVerfGE 126: 400–433.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 18.08.2010c – 1 BvR 811/09. *NJW* 2010: 3772–3773.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 22.02.2011 – 1 BvR 699/06. *NJW* 2011: 1201–1209.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 19.02.2013a – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09. *NJW* 2013: 847–855.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 07.05.2013b – 2 BvR 909/06, 2 BvR 1981/06, 2 BvR 288/07. *DStR* 2013: 1228–1238.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 17.12.2013c – 1 BvL 6/10. *FamRZ* 2014: 449–459.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) of 24.06.2014 – 1 BvR 2926/13. *NZ Fam* 2014: 734–737.
- Europäischer Gerichtshof (EuGH) of 10.04.1984 – 14/83. *NJW* 1984: 2021–2022.
- Europäischer Gerichtshof (EuGH) of 17.04.2008 – C-404/06. *NJW* 2008: 1433–1435.
- Europäischer Gerichtshof (EuGH) of 01.03.2011a – C-236/09. *JZ* 2011: 732–734.
- Europäischer Gerichtshof (EuGH) of 16.06.2011b – C-65/09, C-87/09. *NJW* 2011: 2269–2274.
- Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) of 26.02.2002 – 46544/99. *FamRZ* 2002: 1393–1397.
- Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) of 22.01.2004a – 46720/99, 72203/01, 72552/01. *NJW* 2004: 923–927.
- Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) of 08.04.2004b – 11057/02. *NJW* 2004: 3401–3407.
- Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) of 24.06.2004c – 59320/00. *NJW* 2004: 2647–2652.
- Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) of 26.06.2012 – 9300/07. *NJW* 2012: 3629–3633.
- Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) of 03.12.2009 – 22028/04. *NJW* 2010: 501–504.
- Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) of 21.12.2010 – 20578/07. *NJW* 2011: 3565–3568.

- Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) of 15.09.2011 – 17080/07. *NJW* 2012: 2781–2786.
- Oberlandesgericht (OLG) Dresden of 07.04.2005 – 9 U 263/05. *NJW* 2005: 1871–1872.
- Oberlandesgericht (OLG) Frankfurt of 20.11.2000 – 20W 192/00. *NJW-RR* 2002: 176–178.
- Oberlandesgericht (OLG) Köln of 26.05.1997 – 8 U 107/96. *NJW* 1998: 1405–1406.
- Oberlandesgericht (OLG) Stuttgart of 22–07.2003 – 4 W 32/03. *NJW-RR* 2004: 619–623.

Chapter 10

The Influence of Human Rights and Basic Rights on Greek Private Law

Christina Deliyanni-Dimitrakou and Christina M. Akrivopoulou

10.1 The Framework of Fundamental Rights in the Greek Legal System^{1,2}

10.1.1 *The Introduction of the Concept of Constitutional and Human Rights in Greece*

The concept of fundamental rights emerged in the Greek legal system prior to and during the Greek War of Independence against the Ottoman Empire (the 1821 Revolution). Influenced by both the American (1776) and mainly the French Revolution (1793), the ideals of democracy and fundamental rights had gradually been introduced in Greece (Svolos 1935; Vlachos 1991). In the relevant literature,

¹For Greek journals and reviews cited, the following abbreviations will be applied: ChriDik, Χρηματοπιστωτικό Δίκαιο = Credit Law; DEE, Δίκαιο Επιχειρήσεων και Εταιριών = Review of Enterprises and Corporations; DtA, Δικαιώματα του Ανθρώπου = Revue de droits de l'homme, EDD, Εφημερίδα Διοικητικού Δικαίου = Newspaper of Administrative Law; EED, Επιθεώρηση Εμπορικού Δικαίου = Commercial Law Review; EEN, Εφημερίς Ελλήνων Νομικών = Greek Lawyers Review; EergD, Επιθεώρηση Εργατικού Δικαίου = Labour Law Review, EEfAD, Εφαρμογές Αστικού Δικαίου = Applications of Public Law; EfDD, Εφαρμογές Δημοσίου Δικαίου = Applications of Public Law. Elliniki Dikaiosyni Ελληνική Δικαιοσύνη Also cited: Elliniki Dikaiosyni (Law Review); Nomiko Vima (Law Review); To Syntagma (Constitutional Law Review).

²By Christina M. Akrivopoulou.

C. Deliyanni-Dimitrakou (✉)
Law School, Department of International Studies, Aristotle University of Thessaloniki,
University Campus, 54124 Thessaloniki, Greece
e-mail: chdel@law.auth.gr

C.M. Akrivopoulou
Greek Refugee Appeals Authority, Athens, Greece
e-mail: akrivopoulouchristina@gmail.com

the Greek philosopher and one of the main representatives of the Greek Enlightenment movement, Adamantios Korais (1748–1833) was the first to translate the French Declaration and the work of several classic authors of European Enlightenment (such as the famous *Dei Delitti e delle pene* by Cesare Beccaria) to Greek. The first legal text to incorporate the concept of fundamental rights was the Magna Carta by Rigas Velesinlis, one of the greatest political figures of the pre-revolutionary period of Greek history. The Magna Carta of Rigas was in fact a blueprint of a Constitution referring mostly to the concept of basic rights and has been implemented by several revolutionary Constitutions adopted during the Greek War of Independence. Among those, the Constitutions of Epidaurus (1822), Astros (1823) and Troizena (1827) introduced the liberal concept of civil rights, namely the protection of the private sphere, of personal autonomy, the right to property as well as the freedom of communication, etc. The liberal tradition has been the inspiration for all the forthcoming historical Constitutions of Greece (1844, 1864, 1911, 1927, 1952, 1975/1986/2001/2008).

The 1844 Constitution was adapted in a framework that was oppressive for the rights and liberties during king Otto's monarchy and is now considered a contract between the king and the people rather than a product of the latter's free will. It has recognized, for the first time, substantial autonomy for civil liberties such as the freedom of correspondence, the protection of the domicile and the right of resistance (Article 107). Similarly, the 1864 Constitution focused on the field of political freedom. Thus, the Constitution recognizes the democratic principle and popular sovereignty as the means to limit the powers that were constitutionally appointed to King George I, along with the introduction of the rights to assembly and association. The 1911 revision brought forward an extension of the prevailing civil rights guaranteeing further protection of the rule of law. Thus, the institution of free obligatory public elementary education as well as the obligation of Greek citizens to equally share public burdens were introduced. In the same framework, it guaranteed judicial independence along with the permanency of public servants, while the Greek Council of State was reinstated. The 1927 Constitution was the first to guarantee the social autonomy of the individual, namely scientific freedom and the freedom of art.

The 1952 Constitution was considered conservative and repeated mainly the fundamental rights that the 1864 and 1911 Constitutions had introduced. Undoubtedly, the current 1975 Greek Constitution (GC) adopted after the 7-year coups d'état of the colonel is the most comprehensive one regarding the protection of fundamental rights in Greece.

10.1.2 Sources of Constitutional and Human Rights

10.1.2.1 Constitutional Sources

The basic legal source regarding the protection of fundamental rights in the Greek legal system is the 1975 Constitution as revised in 1986, 2001 and 2008. The second part (Articles 4–25) of the Constitution (civil and social rights) enlists the basic

rights protected in the Greek legal system, although the basic political rights are enshrined in other articles of the constitutional text (Articles 29, 51 and 120). In Article 2, the principle of human dignity is guaranteed, Article 4 protects the principle of equality, Article 5 protects the right to one's free development of personality, Article 5A the rights to information and participation in the information society, Articles 6, 7 and 8 the principle of *nullum crimen sine lege* (the prohibition of torture and the right to a natural judge), Articles 9 and 9A guarantee the rights to domicile, privacy and data protection, Articles 10, 11 and 12 guarantee the rights to petition, the rights to assembly and association, Articles 13, 14 and 15 recognize the freedom of religion, expression, the freedom of press and the mass media, Articles 16, 17, 19 protect education, art, science, property and the secrecy of correspondence, Article 20 guarantees the right to legal protection, Articles 21, 22, 23 recognize the protection of family, marriage, motherhood and youth, the rights to work and social security, the freedom to unionize and the right to strike, Article 24 protects the right to environment, Article 25 entails the general provisions regarding the fundamental rights protection (principles of *Drittwirkung*, proportionality and due process, while Articles 29, 51 and 120 guarantee to political parties the right to vote and the right to resist (Chryssogonos 2006).

Apart from the Greek Constitution, fundamental rights are also protected by parliamentary legislation. The example of the Greek Civil Code (GCC) articles on the protection of personality, image and name (Articles 57–59) illustrates this form of implementation of fundamental rights in private law.

10.1.2.2 International Sources

Greece has long been a country that is open to the international community standards regarding human rights protection. Thus, after the World War I (WWI) the historical Greek Prime Minister, Eleftherios Venizelos enlisted Greece into the League of Nations and the International Labour Organization (1919). After the World War II (WWII), Greece joined the United Nations (UN) (1945) and subsequently became an associate Member of the European Union (EU) in 1963. Following the 7-year (1967–1974) colonels' dictatorship and the introduction of the 1975 Constitution, Greece has adopted all the important international conventions and is currently a Member of the Council of Europe and the EU. Thus, regarding the general international framework on human rights Greece has, among others, adopted the International Covenant on Civil and Political Rights (law 2462/1997), the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (law 1532/1985), the Convention on the Elimination of all forms of Discrimination against Women (law 1342/1983), the Convention on the Rights of the Child (law 2101/1992), the European Convention on the exercise of Children's Rights (law 2502/1997), the European Convention of Human Rights (ECHR), (Legislative Decree 53/1974) and the European Social Charter (law 1426/1986).

Accordingly, Greece has adopted all the major human rights conventions such as the Convention relating to the Status of Refugees (Legislative Decree 3989/1959),

the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Legislative Decree 3091/1954), the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (law 1782/1988). More recently, Greece has implemented a series of conventions regarding the protection of the individual against technology such as the Convention for the Protection of individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (law 2068/1992) and the Convention on Human Rights and Biomedicine on the Prohibition of Cloning Human Beings (Ministerial Decree Φ0546/1/ΑΣ.732/Μ.4898). Regarding social rights, Greece has most recently ratified the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities (Law 4074/2012), while implementing the European Code of Social Security (Law 1136/1981) as well as numerous International Labour Organisation (ILO) conventions such as the Convention no 100 on Equal Remuneration (Law 46/1975), the Convention no 183 on Maternity Protection (Law 1302/1982), the Convention no 87 on Freedom of Association and Protection of the Right to Organize (Legislative Decree 4204/1961) and the Convention no 98 concerning the Right to Organize and to Bargain Collectively (Legislative Decree 4205/1961), etc.

The generally open character of the 1975 GC towards international law is specifically reflected in Article 28(1). Thus, according to this provision the generally accepted rules of international law as well as international conventions ratified by law and become operative according to their respective conditions shall be an integral part of domestic Greek law and shall prevail over any contrary provision. According to the interpretation of this provision, it is unanimously accepted that the term “legislative provision” refers solely to the provisions of ordinary legislation rather than to constitutional ones (Iliopoulou-Straga 1990). Thus, according to the hierarchy of Greek legal sources the “generally accepted rules of international law and the international treaties ratified by Greece” rank between the Constitution and the common legislation.

Under Article 28 of the GC, Greece applies a mixed (both monistic and dualistic elements) system regarding international law. Thus, a great part of legal sources, namely the generally accepted rules of international law, are directly applied in Greek legal order. On the other hand, the signature by a Greek State of an international treaty does not produce any effect in the domestic Greek law until the treaty is ratified by a statute. This procedure sometimes hampers the alignment of Greek State with international standards in cases where the ratification of a treaty is delayed for a certain period of time. Additionally, the current financial crisis prevents furthermore Greek State to meet the international obligations it has assumed with the ratification of international treaties and especially those treaties guaranteeing economic and social rights. Thus, the European Social Charter Committee has recently condemned Greece for violation of the European Social Charter 1961 by the legislation it has adopted in order to implement into Greek legal order the austerity measures imposed by the Memoranda (Decisions Nos 65 and 66/2012; Deliyanni-Dimitrakou 2013; Koukouli-Spiliotopoulou 2014).

The connection between the ECHR and Greek private law is of extreme significance. Following the general policy adopted by the courts in most European coun-

tries, Greek case law very often adopts the provisions of the ECHR as a hermeneutic criterion in order to interpret the provisions of the common legislation. Therefore, Greek courts tend to rely on Article 6 of the ECHR establishing the right to a fair trial (Chryssogonos 2001) and on Article 1(1) of the First Protocol to the ECHR, requiring the respect of the right to property (Drossos 1997), while the right to privacy and family life is evoked by the Greek courts. Regarding the use of this hermeneutic criterion one could observe that it is in fact a form of a horizontal application of the Convention's provisions in the field of private relations. Primarily, this is why it is specifically recognized by the ECHR that violations caused by individuals that could have been avoided by the adoption of appropriate State measures may qualify as State violations. Secondly, the provisions of the Convention may be applied to private relations only if they are deemed to be appropriate.

10.1.2.3 Sources of Fundamental Rights in EU Legal System

Lastly, of principal significance for the Greek legal order is also the law of fundamental rights of the EU (Stangos 2004). According to Article 6 of the Treaty of European Union (TEU), sources of EU fundamental rights Law are: the EU Charter of Fundamental Rights (EU Charter), the ECHR that the EU 'shall' accede and the general principles of EU law which include national constitutional traditions and other international human rights treaties adopted by the Member States. Nevertheless, apart from acknowledging the formal sources of the EU fundamental rights, the protection of fundamental rights is also included in Article 2 of the TEU which makes assertion of the foundation of the EU on respect for human rights, and in the Article 7 of the TEU, whereby a Member State's rights may be suspended if it engages it engages in a serious and persisted breach of values mentioned in Article 2 of the TEU. There are also specific Treaty items which qualify as fundamental rights, such as Article 157 of the Treaty of Functioning of the European Union (TFEU) guaranteeing the right to equal pay, and Article 19 of the TFEU, which provides the EU with a legal base to enact legislation on non-discrimination. Some fundamental rights exist also as secondary legislation rather than as treaty provisions, of which the Equal Treatment directives are good examples.

Greek legal system recognizes EU law as a source of law by virtue of Article 28 (1) (2) GC. It should moreover be underlined that the Greek courts (Christianos 2008) are basing the primacy of EU over national laws on the above-mentioned provision and not in the Court of Justice of the EU (CJEU) case law. A controversy existed also within Greek legal theory and praxis on the extent of this primacy, and in particular whether or not it includes constitutional provisions within its scope. It should be also noted that during 2000–2010 this controversy has been augmented due to the opposition towards the secondary legislation of the EU of a new provision introduced by the Greek Constitution with the 2000 revision. Nevertheless, following a preliminary question posed to the CJEU by the Plenary Session of the Council of the State the former put an end to the controversy by confirming the aforementioned incompatibility.

10.1.3 *The Horizontal Effect of Fundamental Rights in Private Law*

In Greek legal system fundamental rights have been interpreted from a liberal point of view, as freedoms against the State and as powers that the individual may exercise in his/her political, social and private sphere. Furthermore, human rights are considered basic moral guarantees of universal character addressed to all simply on the basis of being a human being. In other words, human rights revolves in Greece around the principle of human dignity whose recognition renders all individuals subjects and not objects of the law. Most importantly, in the Greek legal system human rights serve as arguments and standards of justification and legitimacy, regardless of whether or not they are recognized and enforced substantially as especially illustrated in the impact that the Strasburg decisions have on Greek case law.

The great significance of human rights is best illustrated in a shift observed in the Greek legal system upon implementing fundamental rights in the field of private law and in the private sphere, mainly after the 1980s (Dellios 2003a, 2012). While rights are increasingly recognized as claims of citizens against the State as well as principles or values (Manitakis 1994) binding for the whole of the legal system, they have gradually been considered to affect individuals in their private sphere and relations. Thus, the German theory of *Drittwirkung* (third-party effect) was first introduced in Greece in the field of labour law during the 1960s and in the field of public law during the 1980s. There has been an ongoing debate in the Greek legal theory regarding the direct or indirect effect of fundamental rights in the private sphere reflecting the relevant dialogue that had developed in the German legal theory during the 1950s and thereafter (Iliopoulou-Straga 1990; Akrivopoulou 2007b).

More particularly, the problem that preoccupied Greek legal scholars was not so much whether fundamental rights should bind individuals in their private relationships. It was mainly the manner, degree and extent to which this influence should be exercised in practice. Between the disciples of the indirect *Drittwirkung* which argued that constitutional rights must penetrate indirectly into private relationships through general clauses and abstract legal concepts of civil law (Korsos 1973; Dagtoglou 1984; Deliyannis 1981) and the proponents of the direct *Drittwirkung*, on the other part, which argued that constitutional rights should bind individuals in a direct manner, generating obligations for them (Katranis 1978; Dimitropoulos 1982; Kassimatis 1981) a third opinion rejected the transplantation of the notion of *Drittwirkung* into Greek legal system underling the differences that separate the liberal character of GC from the corresponding German one. According to this opinion, public freedoms are not only moral commitments. They operate also as rules of public order which penetrate private law relationships through the clauses of civil law, making the use of the legal construction of the *Drittwirkung* unnecessary (Manitakis 1991).

However the theoretical debate on the limits of the horizontal effect of fundamental rights has gradually been outdated in Greece mainly for two different reasons. Firstly, because of the diffused character of the judicial review on constitutional matters, which allowed the Greek courts not only to meet the constitutional provisions guaranteeing fundamental rights, as public policy rules, but also to implement them in private relationships without any reference to the mechanisms of direct or indirect. And secondly, because under the 2001 revision of the 1975 Greek Constitution the principle of *Drittwirkung* has been introduced in Article 25(1) section 3, whereby “these rights [of the human being as an individual and as a Member of the society, Article 25(1) section 1] also apply to the relations between individuals to whom they pertain”. Thus, the constitutional principle of *Drittwirkung* as recognized in the GC refers to the horizontal effect of fundamental rights as well as to human rights in the private sphere (Akrivopoulou 2007a, b). According to the view that prevails nowadays in Greek scholarship the GC ensures the horizontal effect of all human rights regardless of their distinction into civil, political and social, and whether they are regulated by the Constitution or other international or supranational texts. Certainly, Article 25(1) GC does not specify the way in which human rights should be applied to private relationships. This issue however, depends on how the rule embodied in each of these rights is formulated and should be decided by the judge *in concreto*.

It is indeed interesting to note that Areios Pagos (the Greek Supreme Court of Cassation) has recently aligned itself with this view. In the decision AP 2159/2007 it has emphasized that the effect of the constitutional provisions on fundamental principles and fundamental rights to private relations is primarily indirect (Chryssogonos 2006; Papanikolaou 2006; Dellios 2003a, b; Katrougalos 2001). Additionally, a direct horizontal application of those provisions can be discussed only if civil law is unable to offer a solution that meets the requirements of the fundamental constitutional principles. In conclusion, only where there is no alternative solution should we exclude the immediate application of the constitutional provisions concerning human rights in private relationships.

10.1.4 The Numerous Functions and Limits of Fundamental Rights and the Role of the General Clauses of Private Law in Their Judicial Application

There are five main functions that constitutional and human rights facilitate in the field of private law: they serve as arguments to legitimize judicial judgments; they serve as criteria, standards and principles to balance conflicting rights, claims and interests of opposing private parties; they assist in interpreting legal norms of private law; they strengthen judicial law-creating authority and they mediate the creation of sub-rights that are specifically and judicially constructed in the ad hoc

framework of a given judicial dispute between opposing individuals, usually as a result of counterbalancing conflicting interests, claims and rights.

In the Greek legal system, general clauses are vital for the communication between public and private law as well as between fundamental rights and private norms. More particularly, constitutional and human rights are legal principles of abstract and general nature and as such, are difficult to apply without being concretized. The general clauses facilitate the adaptation of constitutional and human rights in the field of private law through their application in the framework of a specific case and thus facilitate their concretization. This procedure results in the creation of norms specifically designed to provide solutions on a case-to-case basis. On some occasions the procedure leads to the creation of new rights or roots in a balancing. Indeed, when a constitutional right is evoked in the field of private law a counter right is developed since in private relations both parties are bearers of rights. Thus, upon application of constitutional and human rights in the field of private law one of the main functions of the general clauses is their concretization and balancing. In the Greek legal system such clauses are for example the good faith clause (Article 288 GCC) or the abuse of rights clause (Article 281 GCC). In a similar context, it is necessary to evoke constitutional and human rights to concretize abstract legal concepts such as the concept of *bonos mores* (Article 178 GCC).

Further to their fundamental significance, in the Greek legal system fundamental rights may be limited on grounds pertaining to: the need to also guarantee the rights of other individuals in cases involving fundamental rights clash or in cases that reflect conflicting claims; whereby the Constitution poses a certain limit on the enjoyment of a right or freedom, for example Article 11 limiting the right to demonstration only to peaceful and unarmed ones; or cases in which the State is faced with exceptional conditions such as the case of *l'état d'exception*, whereby the enjoyment of certain rights subdues the necessity to respond more effectively to a national crisis (Article 48 GC); instances in which reasons pertaining to the protection of public interest prevail, for example the need to limit the right to property when required by the public interest; cases of an "abusive" exercise of rights, a concept that is difficult to define and is considered obsolete by the Greek constitutional theory and to cases whereby rights may be limited due to the citizens' need to fulfil their duty of social and national solidarity. In the end, it should be noted that albeit the vast majority of the Greek fundamental rights applying for all *humans* regardless of their citizenship, in certain cases the Greek constitutional system preserves the enjoyment of those rights to solely Greek citizens, for example the principle of equality (Article 4 GC). In the Greek constitutional theory these limitations of fundamental rights are not considered unlimited. Thus, a restriction to a fundamental right may be imposed only if the due process of the law clause (Article 25(1) section 4) is respected, therefore imposing the restriction by law and law only; the law guarantees the principle of equality; the principle of proportionality is preserved; the *core* of the right remains intact and if the limitation is subsequent to the enjoyment of a fundamental right or freedom.

10.1.5 *The Greek System of Judicial Review*

The Greek system of constitutional review is one of the oldest in the world and has its origins in the model of the USA. It has been formally adopted under the 1927 Constitution that was introduced in the Greek legal theory in the nineteenth century and enforced for the first time under the 23/1897 judgment of the Areios Pagos. In the Greek legal system the GC is not amended or replaced through the common procedure used for the replacement or amendment of an ordinary legislation. Therefore, it enjoys an upscale formal power providing its provisions with precedence over all other legislations. Consequently of this supremacy, an ordinary legislation should not disregard the principles enshrined in the Constitution. Nonetheless, Greek courts do not have the power to deprive the law of its force, as in the case of the German Constitutional Court or the French Conseil Constitutionnel. The only power they have is to abstain from applying the unconstitutional provision in the specific case they are hearing (Spiliotopoulos 1983; Skouris and Venizelos 1985; Kaïdatzis 2013). A judicial review of the legislation as an obligation of all Greek courts is provided in Article 93 (4) GC.

In this context, in Greece all legal documents, laws, presidential and legislative decrees may be reviewed on grounds pertaining to their conformity with constitutional norms and principles that guarantee fundamental rights. The Greek legal system is a system of diffused judicial review. This means that given the lack of a Constitutional Court all courts (lower and superior ones alike) are entitled to review the conformity of legislation with the Constitution. The main characteristics of this system are: the judicial review is diffused to all courts rather than being centralized to a constitutional or supreme court; the judicial review does not lead to the annulment of a legislative norm, which is implemented in the framework of the specific case while having the potential to be considered in force and to actually be enforced as such by another court; the judicial review cannot be conducted as an autonomous complaint. Hence, all private individuals may argue that a constitutional violation occurred solely in the framework of another prevailing general complaint, thus the complaint of a constitutional violation is only one of a number of supporting arguments in a case, while the judicial review is thus characterized as incidental; the judicial review is aimed at a certain legislative norm. This means that a judicial review is specific rather than abstract, thus a judicial review of a law or presidential decree as a whole cannot be conducted in the Greek system of judicial review.

Despite the lack of a Constitutional Court in the Greek legal system, when conducting judicial review the Greek Council of State has acquired a principal role over the years reflected in the introduction of principles such as that of proportionality or doctrines such as the protection of legitimate expectations. The 1975 GC provides for two forms of “centralized” judicial review. Thereby, in the cases involving two of the Supreme Courts (Areios Pagos, Council of State (Article 94 GC) and the Court of Auditors (Article 98 GC) on grounds pertaining to the constitutionality of a legal norm, the Supreme Special Court (Article 100 GC) rules on the subject and its decision is binding *erga omnes* for all the Greek courts (Article 100(1) section 5).

Additionally, according to Article 100(5), judicial review regarding matters of extreme importance (such as the protection of human and constitutional rights) is performed by the Plenary Session of the Supreme Courts for reasons of unification of the relevant case law. In a similar framework, law 3900/2010 has introduced the institution of “pilot” trials in the Greek Council of State, further enhancing the informal “centralization” of judicial review in Greece.

Nevertheless, judicial review is not the only means to adapt the principles and considerations deriving from human and constitutional rights in the field of private law. Additionally, there is the interpretation of legal norms that are compatible with the GC. This form of interpretation leading to the examination of the existing legislation and in particular of the Civil Code in the light of the Constitution has been initially established by the Supreme Constitutional Court of Germany (Kommers and Miller 2012), also known as *Die Verfassungskonforme Gesetzesauslegung* (Hesse 1999) and has been applied with a growing frequency by the Greek case law over the past years. Thus, the terms “coordinated interpretation” or “interpretation consistent with the Constitution” are methods of interpretation that require that a legislator or legal theorist facing more than one interpretations of the same statutory provision choose the interpretation ultimately not resulting in the proclamation of the disputed statutory provision as a violation of the Constitution and is the one therefore capable to ensure its validity (Stamatis 1999).

Thus, the requirement of the statutory provisions to comply with the GC is transformed into an autonomous hermeneutic criterion imposing on the legislator the obligation to choose the interpretation that is most consistent with the GC, in the case of multiple interpretations of the same norm. Nevertheless, it must be noted that the relevant provision should in fact need interpretation. In other words, it should be ambiguous. Otherwise, if the provision is clear, the possibility of an interpretation that is consistent with the GC does not exist. In the latter case, the court has the power only to examine the conformity of the above provision with the GC as well as to examine whether or not to implement it. Differently, the interpretation of a non-ambiguous norm that is consistent with the GC leads to a modification of its content and is, therefore, an act falling outside the authority of the court and within the power of the legislator. However, this does not preclude in case the judge holds a legal provision a violation of the GC and therefore inapplicable. In such a case, the judge has the authority to evoke the constitutional provisions to fill the gap arising due to the inapplicability of the aforementioned provision.

As emphasized, constitutional provisions possess a hermeneutic function, for they provide evaluative criteria that should be taken into account by the legislator upon concretization of general principles of law and abstract legal clauses. The above hermeneutic function of constitutional provisions is based on the fact that when the judge is called to interpret and apply the law, it must primarily be presumed that the legislator has taken into account the constitutional requirements while keeping in compliance with them. It is a hermeneutical procedure which mildly advances the evocation of human and constitutional rights in the field of private law, without resulting in the need for the judicial review of private law norms and may also be evoked ad hoc either by the judge or the private parties in the framework of a specific case.

10.2 The Influence of Fundamental Rights on Contract Law³

10.2.1 *Origins, Main Principles and Constitutional Foundations of Greek Contract Law*

The term “contract” has both a broad and a narrow concept in the Greek Civil Code (GCC). The broad concept of the term provided for in the first book of the GCC (Articles 185–196) is observed in the first book of civil law entitled the “General Principles” and recognizes an act whereby two wills concur with a view to binding each other. The narrow concept of the contract is that of a promissory contract, which obligates one or both contracting parties to give, do or not do something. Promissory contracts are the main body of contracts concluded in business transactions. They are regulated in the second book of the GCC concerning obligations. This book neither includes a comprehensive list of all the possible types of contractual agreements, nor does the validity of any contract depend on its compliance with any of the recognizable categories. The underlying principle of the Greek law of obligations is, therefore, the principle of contractual freedom recognized in Article 361 GCC that permits private parties to build all types of contractual relations to assist their needs.

Additional legal principles composing the legal framework of contract law in Greece are: the principle of good faith recognized in Article 288 GCC, as well as the principles of civil liability deriving from the norm *pacta sunt servanda* and that of the protection of the economically weaker party.

The principle of contractual freedom lies in the core of the GCC, as enshrined in Article 361 establishing the rule whereby private autonomy may generate rights and obligations through contracts (Stathopoulos 2004). In other words, the legal establishment of obligations and the self-regulation of individuals to the realization thereof require contracts. Thus, Article 361 establishes contractual freedom as a direct corollary of the principle of private autonomy which is the very basis of private law as a whole. Contractual freedom is also constitutionally recognized in Greece, while similar to all European constitutions, the GC does not explicitly refer to it. In line with the German constitutional model, it protects contractual freedom indirectly through Article 5(1) enshrining the individual’s right to free development of personality (Stathopoulos 2004; Szwed 2014).

Apart from being founded in civil and constitutional law, contractual freedom is also based on the principle of autonomy and the self-regulation of the individual. However, a basic precondition for its moral legitimization is the principle of fairness and thus the principle of equality before the law, as well as the real equality of the contractual parties. When lacking this necessary precondition, the whole doctrine of contractual freedom may be challenged, albeit this necessary precondition often being challenged by the unequal bargaining power of the contractual parties as illus-

³By Christina Deliyanni-Dimitrakou.

trated in the examples of accession agreements and general terms of transactions (Stathopoulos 2004).

Hence, although contractual freedom is the inalienable principle on which the whole Greek system of contracts is constructed, it is not the only one. The need for justice in favour of the weaker party and of the wider socio-economic impact of every specific transaction is of equally great importance (Stathopoulos 2004). These two principles reflecting the foundations of Greek contract law are not entirely consistent with each other. The legislator overlooking the obligation of fairness of contracts may result in the protection of the stronger party of a specific transaction. The risks arising from accession agreements and general terms of transactions are characteristically reflected in these provisions that are predominantly of EU origin and highlight the need to ensure the contractual freedom of the weaker party.

The restrictions to contractual freedom are set in various ways in the Greek legal system. The general clauses of the GCC concretized via the invocation of human and constitutional rights and thus leading to their indirect application in contractual relations are of vital importance.

10.2.2 General Clauses and the Principle of Protection of the Weaker Party as the Means to the Restriction to Contractual Freedom

There are three general clauses in the GCC that facilitate a deviation from the general principles of contract law and function as “gateways” (Heldrich and Rehm 2003) to introduce the constitutional rights in the field of private law. More particularly, these general clauses allow for deviation from the principle of contractual freedom to the principles deriving from human and constitutional rights in order to prevent contractual “immorality”, imbalance between the parties, their interests, claims and profits, to prevent unfair contracts or economically immoral ones as well as to provide for the protection of the weaker party (Brüggemeier et al. 2010). Thus, according to Article 178 GCC “a legal act that opposes public morality is invalid”. In theory the concept of public morality is considered a direct reference to the principles and values that derive from the recognition of constitutional rights. Via this clause, the imbalance between the rights and obligations of the contracting parties is evaluated in favour of the individual who is economically weaker or repressed regarding his/her economic freedom. The clause is applied especially in labour contracts and thus protects the employee against the employer in cases the latter benefits from the labour force of the first in a way or to an extent that is infringing for his dignity and personality. Those are contracts that can be considered “over-profiting” (Zerdelis 1999).

The second clause of the “abuse of rights” is established in Article 281 GCC: “the exercise of a right is prohibited when it manifestly exceeds the limits of good faith or public morals or of the right’s economic purpose”. This clause regulates the imbalances and sets the limits to the enjoyment of the rights recognized in all fields

of private law, thus functioning as a principle of proportionality in private relations. Thus, in several cases, the concepts of good faith and public morals introduce constitutional rights and freedoms in the field of private relations while facilitating the balancing between the conflicting rights and interests of the individuals. The definition of the economic *purpose* of a right is extremely problematic, since the concept of purpose or the goal of a liberty or right contradicts its very nature. This originates from the fact that liberties and rights should not have a prefixed or pre-assigned goal. Nevertheless, Greek legal theory generally observes that it is considered an abusive economic goal that a beholder of a right abstains from enjoying the right in practice, thus weakening his/her claim for its protection (Stathopoulos 2004).

Another principle that is highly important for the operation of civil obligations is the principle of good faith as recognized in Article 288 GCC providing that “the debtor shall be bound to perform his obligation in accordance with the requirements of good faith taking also into consideration the business usages”. The good faith clause is imbued with a humanitarian and social spirit, originating from the ideas of fairness and of respect for human dignity, while its practical implementation lies in imposing additional obligations on the contractual parties that are not specifically provided by the contract, such as safety requirements, foresight terms and conditions, loyalty obligations etc. (Stathopoulos 2004).

The highly important function of these general clauses is illustrated in their judicial application. By evoking human and constitutional rights in the field of contract disputes the court employs general clauses aiming to evaluate and limit contractual freedom from a humanitarian perspective. In these procedures, the private claims of individuals are concretized in the form of specific, judicially constructed legal norms that take account of, are orientated around or guided by the principles deriving from human and constitutional rights. By enabling the judicial monitoring review of contracts, the traditional liberal spirit of the private law codifications of the nineteenth and twentieth century bends and becomes renewed and filtered via the meta-legal principles of societal morality, fairness and decency. The main fields these principles apply in are the waivers of rights in employment contracts as illustrated below, consumer rights and the balancing of the economic interests of contractual parties as well as the evaluation of the validity of surrogate motherhood contracts.

10.2.3 Europeanization of Contract Law and the Involvement of Fundamental Rights in Its Implementations

The general clauses and abstract legal concepts of the domestic legal system are not the sole routes allowing for the fundamental rights to penetrate in the field of contract law. Apart from these clauses, the scope of fundamental rights in contractual relations is also strengthened by the various formal and informal procedures of harmonization operating within the EU. These procedures have incurred the Europeanization of contract law.

10.2.3.1 Informal Europeanization of Contract Law

Currently, the informal Europeanization of contract law is being carried out by various academic research groups aiming to promote the convergence of this by forming common principles or seeking common solutions to similar problems (Keirse 2011). In 1989, when the European Parliament first established the idea for the drafting of a “Common European Code on Private Law”, these academic groups already existed. The oldest and most important of those is the “Commission on European Contract Law” referred to as the “Lando Commission”, after its Chairman and founder Ole Lando who established the “Common Principles on European Contract Law” published in three parts between 1994 and 2000 (Lando 1995; Lando and Beale 2000; Lando et al. 2003). After 2000, many of the Members of the Lando Commission went on to join the Study Group on European Civil Code chaired by Christian von Bar who undertook the establishment of common principles in various fields of contract law and of private law in general. The findings of this group have been published in the series Principles of European Law (PEL).

Moreover, the role of the European Commission in the contribution to the work of these groups is of great importance. More specifically, in 2005 the European Commission founded and funded an academic group chaired by Professor Christian von Bar who undertook to carry out a legal research in view of the elaboration of the Academic Draft of Common Frame of Reference (Von Bar et al. 2009). This draft was published in 2009 and includes principles, definitions and model rules of private law, including contract and tort laws. The perception of the drafters concerning the role of the general clauses and fundamental rights in the establishment of European contract law is of great interest. Particularly, Article I.-1:102 (2) DCFR stipulates that its rules “are to be read in the light of any applicable instruments guaranteeing human rights and fundamental freedoms and any applicable constitutional laws”. Specific provisions on non-discrimination law have, furthermore, been included in Chapter II of Book 2 of the DCFR. Article II.-7: 301 DCFR moreover provides that “[a] contract is void to the extent that (a) it infringes a principle recognized as fundamental in the laws of Member States of the European Union and (b) nullity is required to give effect to that principle”. According to the comments on that article, it has deliberately been formulated in a neutral and descriptive way, so as to avoid confusion with national concepts of immorality, illegality at common law, public policy, public order and bonos mores. Therefore, the provision should be understood as if referring to a necessary broad idea of fundamental principles found across the EU, including EU law. The drafters of the DCFR indicate that guidance as to these *fundamental principles* “may be found in, for instance, the TFEU, the EDHR and the EU Charter of Fundamental Rights”. Although national constitutions may also provide inspiration, the drafters made a point to emphasize that “merely national concepts as such have no effect under the Article” (Mark 2009).

As underlined by the theory (Mark 2009), Article II.-7: 301 DCFR bridges the gap between private and constitutional laws in Europe, while permitting the reconciliation of various concepts of social justice that may be pursued within the EU. It provides the European scholar with a “common language” to discuss the values that

are deemed worthy of protection in the European society and should, thus, entail nullity of contracts. As such, it might not reflect a common conception of “fundamental principles”, “good morals” or “public policy”. It does, however, fulfil its function as a point of reference for the further development of European private law.

10.2.3.2 EU Legislation in Contract Law

However, apart from its informal reconciliation, there is also a formal reconciliation of contract law through EU legislation. EU legislation that directly influences contracts is mostly derived from consumer, equality and non-discrimination laws. Certain provisions of the EU Charter also affect contract law.

10.2.3.2.1 EU Legislation in Consumer Protection

EU consumer legislation includes two types of rules: those aiming to improve market conditions and those focusing on consumer rights protection. The consumer rights protection directives represent what is often called the “consumer acquis”. The most important of those directives are: the Unfair Contract Terms Directive (93/13 EEC) directly affecting the content of contracts concluded between a consumer and a vendor or supplier, by putting aside the terms which fail to meet its standard of fairness; the Doorstep Selling Directive (85/77 EEC) protecting consumers against unfair practices concerning door-to-door sales or other contracts concluded at the initiative of traders who are operating outside their business premises; the Distance Selling Directive (97/7 EC) that provides a minimum amount of Union rules regarding contracts concluded exclusively by means of distance communication; the Package Travel Directive (90/314 EEC) aiming to remove obstacles to the functioning of the domestic tourism industry and to safeguard the consumers rights; the Timeshare Directive (94/47/EC) replaced by the new Timeshare Directive (2008/122 EC), which provides a minimum protection level for the purchaser of the right to use a real estate property on the basis of a timeshare and the Consumer Sales Directive (99/44) regulating the requirement of conformity according to which goods are supplied by a business to a consumer, the goods supplied must be in conformity with the contract.

Moreover, in 2011 the Council and the European Parliament adopted Directive 2011/83 EU on Consumer Rights (Directive on Consumer Rights) that has been in force since June 2014. This new directive replaces the Distance Contract Directive and the Directive on contracts negotiated away from business premises. It also slightly modifies the Unfair Terms Directive and introduces further duties for general information. Contrary to its initial version submitted by the European Commission in 2008, the Directive on Consumer Rights does not introduce a full harmonization. It introduces a targeted harmonization permitting a Member State to provide for a higher level of consumer protection. In its Preamble it also provides respect for fundamental rights and observes the principles recognized by the EU Charter.

Directive on Consumer Rights as well as other directives representing the consumer *acquis* have been transferred into the Greek legal system and have become domestic law. Most of those Directives are also incorporated in law 2251/1994 amended by law 3587/2007 that is the basic legislative instrument on consumer protection in Greece.

10.2.3.2.2 EU Legislation in Equality and Non-discrimination Law

Moreover, EU law affects contract law through its equality and non-discrimination legislation which has been transferred into the Greek legal system and have become Greek Law.

EU non-discrimination legislation has been building up in a piecemeal fashion since a series of gender equality directives were adopted during the 1970s. This legislative framework has been extended and consolidated following the insertion of the new legal basis of Article 13 (present Article 19 TFEU) in the Treaty establishing the European Community (TEC) in 1999. A year later two new directives were adopted on the basis of this provision. The first one is the Racial Equality Directive that prohibits discriminations in employment, vocational training, social security and access to goods and services including housing on the basis of racial and/or ethnic origin. The second is Employment Equality Directive that prohibits discriminations on the grounds of religion or belief, disability, age and sexual orientation but only in employment and vocational training.

These two Directives triggered in turn a major reform in the field of gender equality. Directive 76/207 that prohibited discrimination on the ground of sex in employment and vocational training was substantially amended in 2002 in order to codify some of the CJEU case law and to incorporate many of the new elements found in Racial Equality Directive and Employment Equality Directive. Despite the 2002 amendments, the legal provisions pertaining to sexual discrimination in employment, vocational training and social security remained scattered over several directives. This gave rise to the 2006 Recast Gender Employment Directive that consolidates gender equality legislation.

A few years ago Directive 2004/113 EC was also adopted. This Directive implements the principle of equal treatment between man and woman regarding access to and supply of goods and services that considerably affects contract law and the provisions of which were not amended by the Recast Directive.

10.2.3.3 The Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the EU concerning Contract Law

The provisions of the EU Charter that might have an impact on contract law are those guaranteeing the right to privacy (i.e. respect for private and family life under Article 7), the principles of equality and non-discrimination (Articles 20–21), the principle of consumer protection (Article 38) and the right to an effective remedy

and to a fair trial (Article 47). Contrary, the question of whether or not and to what extent contractual freedom is protected by Article 16 of the Charter as a component of the freedom to conduct a business remains strongly controversial. The CJEU has recently addressed this issue. However, its case law has not put an end to the reservation in question.

10.2.3.4 Fundamental Rights and Contract Law in the CJEU Case Law

10.2.3.4.1 Cases Recognizing the Contractual Freedom as a Fundamental Freedom

Contractual freedom has been first recognized as a fundamental freedom by the CJEU in two cases: the case *Sky Österreich* (C-283/11) and the case *Alermo-Heron* (C-426/11).

In *Sky Österreich*, the CJEU examined whether or not the fact that Article 15(6) of the Audiovisual Media Services Directive (AVMSD) restricts the compensation of the holder of exclusive broadcasting rights for the transmission rights he is obliged to grant to other broadcasters, constitute an inadmissible breach of the right to property and the freedom to conduct a business enshrined in Articles 16 and 17 EU Charter. The CJEU deferred that the protection provided by Article 16 EU Charter to the freedom to conduct a business and to contractual freedom, a special representation of it, is not absolute and should be examined in the light of social function that these freedoms fulfil. On the basis of the above reasoning, the CJEU held that the restriction to compensation provided in Article 16(6) AVMSD should be considered permissible since it is justified by reasons of public interest as well as by the need to protect the right to information and the pluralism of the mass media.

Contrary, in *Alermo-Heron* the CJEU gave absolute precedence to contractual freedom. In this decision the CJEU was called to determine the compliance with the Acquired Rights Directive of a dynamic reference clause, incorporated through a collective agreement to the labour contracts of the transferors employees according to which the working conditions of the latter should be consistent with the collective agreements negotiated periodically by a collective board after the transfer. The CJEU held that the enforceability of the dynamic reference clause at issue against the transferee was contrary to Article 3 of the Acquired Rights Directive, which provides that the transferee is obliged to observe the terms of collective agreements applicable to the transferor only until the end or expiry of these agreements. According to the CJEU, the enforceability of the dynamic reference clause would also be an impermissible restriction to the contractual freedom of the transferee, enshrined as a fundamental right in Article 16 EU Charter, since it would force the latter to apply collective clauses adopted after the transfer, but without its participation, to the employees. However, through such a legal reasoning the CJEU refrained from balancing the contractual freedom of the transferee with the fundamental rights of the employees that are derogated by the prohibition of enforceability of the dynamic reference clause. Hence, the CJEU has distanced

itself from its position in *Sky Österreich*, whereby it refused to grant precedence to the freedom in question, and preferred to balance it with other fundamental rights of the EU Charter it has been contrary to.

10.2.3.4.2 Cases Enhancing the Protection of the Weaker Party

Contrary to its attitude in the aforementioned case law, the CJEU accepted severe restrictions to contractual freedom in its case law concerning the interpretation of the Directives on consumer protection. In this field, the *Océano Grupo* (C-244/98) decision is of major importance. In this decision the CJEU examined, in light of Unfair Contract Terms Directive, a clause that conferred jurisdiction to the courts of Barcelona where the trader had its headquarters but where none of the defendant consumers in the main proceedings resided. The Court held that a clause obliging the consumer to come under the exclusive jurisdiction of a court possibly located far from the consumer's place of residence is unfair because it may hinder the consumer's right to take legal action. It held, moreover, that domestic courts should determine of their own motion whether or not a term of a contract before them is unfair upon examining whether or not a claim should be allowed to proceed before the domestic courts.

The obligation of domestic courts to set aside of their own motion unfair contract terms was then confirmed by a rich case law of the CJEU. In the *Banco Español de Crédito* case (C-618/10), the Court was questioned whether or not the obligation to set aside an unfair term should also apply in the context of an order for payment procedure, without the objection or opposition of the debtor. The Court has then responded positively, extending even further the statutory requirement to raise an unfair term. However, the *Banco Español de Crédito* case also gave rise to the question whether or not the national judge has the power to not only eradicate but also revise the unfair contract term of his own motion. The CJEU responded negatively to this question, stressing that the power of the domestic court to review an unfair term is contrary, both in terms and in objectives, to Unfair Contract Terms Directive because it removes the deterrent effect of the latter.

In the framework of consumer protection law, the *Messner* case (C-489/07) poses another interesting CJEU decision concerning the interpretation of the Distance Selling Directive 97/7/EC. This case concerned the online purchase of a second hand laptop, the screen of which became damaged after a few months. Upon refusal of the vendor to repair the damage free of charge, Ms Messner, the buyer exercised her right of withdrawal and claimed reimbursement of the price, but the seller counterclaimed compensation for the use of the computer on behalf of Ms Messner, amounting to a sum somewhat higher than the purchase price. Under German law such a claim for compensation could be successful in principle. However, the German court addressing the case questioned the CJEU whether or not the aforementioned provision of German Law was compatible with Article 6 of the Distance Selling Directive providing that a consumer can withdraw from a distance contract within a certain timeframe without penalty and justification. The CJEU responded

negatively to the preliminary question. However, it stressed that the aforementioned provision of the Distance Selling Directive does not prevent the consumer from being required to pay compensation for the use of the goods in the case where he has made use of those goods in a manner incompatible with the principles of civil law, such as those of good faith or unjust enrichment. By this clarification, the CJEU made an effort to reconcile the general principle of civil law in Member States with the effects of EU legislation on the protection of consumer rights.

The *Leitner* (C-168/00) decision is yet another highly important significant case law in the framework of consumer protection. In this case the CJEU recognized that albeit Directive 90/314 on Package Travel not referring to it, it could be connoted from its interpretation that it confers to consumers a right to compensation for moral damage resulting from the non-performance or improper performance of the services constituting a package. The CJEU adopted the exact same position in a recent decision (C-83/10, *Aurora Sousa Rodríguez*), whereby it was called to interpret Regulation No 261/2004 establishing the common rules on compensation and assistance to passengers in the event of denied boarding and of cancellation or long delay (Regulation No 261/2004). As Article 12 of the Regulation No 261/2004 authorizes “additional compensation” without further specification, it is intended, according to the CJEU, “to complete the implementation of the measures provided for by regulation, so that passengers be compensated for all the harm they have suffered because of the failure of the airline to its contractual obligations”.

10.2.3.4.3 Cases Concerning Restrictions to Contractual Freedom Posed by Equality and Non-discrimination Law

Finally, the CJEU case law that has interpreted the EU legislation governing the principle of equality and non-discrimination also has a significant influence on contract law. In the *Mangold* (C-144/04) and *Kücükdeveci* (C-555/07) cases the CJEU has recognized the principle of non-discrimination on the ground of age as a general principle of EU law embodied in Article 21 EU Charter. Beyond this recognition, in *Kücükdeveci* case the CJEU has used that authority to grant a horizontal effect to EU directives regulating the principle of non-discrimination. In subsequent cases, the CJEU has strengthened this jurisprudence. For instance, in the *Prigge, Fromm and Lambach* (C-447/09) case the CJEU has used the principle of non-discrimination on the ground of age in order to hold the age limit of 60 for pilots established by a collective agreement contrary to Directive 2000/78, thus limiting the contractual freedom of the social partners.

The *Test-Achats* (C-236/09) case is another significant one whereby the CJEU applied provisions of the EU Charter (Articles 21 and 23) on equality and non-discrimination in contractual relations. According to the facts of the case, the Association belge des consommateurs transposed Directive 2004/113 that implements the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services. According to the allegations of the claimant, the aforementioned law was contrary to the principle of equality between men and

women, because it had made use of the possibility of derogation offered by Article 5(2) of the Directive permitting proportionate differences in individuals' premiums and benefits in cases whereby the use of sex is a determining factor in risk assessment on the basis of relevant and accurate actuarial data. The question arising during the proceedings was whether or not the Directive itself was incompliant with the principles of equality and non-discrimination. The Belgian Constitutional Court addressing the case posed a question to the CJEU for a preliminary ruling asserting that Article 5(2) of the Directive had to be held invalid in light of the principle of equal treatment for men and women protected by Articles 21 and 23 EU Charter.

More specifically, evoking the above provisions of the EU Charter with a view to annulling Article 5(2) of the Directive, the CJEU proceeded to an indirect horizontal application of these provisions in insurance contracts of Member States. Due to the annulment of the above provision of the Directive, Member States are obliged to comply so as not to allow for premiums in insurance contracts for men and women.

10.2.4 Contract Law and Fundamental Rights in Greek Case Law

After delineating the CJEU case law that directly or indirectly applies fundamental rights in contractual relations let us overview the relevant Greek case law. In Greek legal system constitutional and human rights affect the contractual freedom from several aspects. Firstly, evoking fundamental rights poses a limit to the contractual freedom of an individual to refuse a contract. Secondly, fundamental rights may influence the content of a contract as well as its long-term operation. Lastly, fundamental rights may affect the termination of a contract and the consequences of its dissolution. The next sections will present the influence of basic rights and human rights case law on Greek contract law following the above typology.

10.2.4.1 Fundamental Rights as Restrictions to the Freedom of an Individual to Agree to or to Refuse a Contract Award

10.2.4.1.1 The Position of the Problem

When one contractual party refuses to enter into contract with another party, fundamental rights and particularly the principle of equality are affected, especially in the cases whereby the parties have unequal bargaining power. In those cases, the refusal of the more powerful party to enter into contract is considered an abuse of power and status. Such a situation occurs especially when the more powerful party holds a monopoly or a dominant market position. This objectively abusive practice is more specifically illustrated in cases lacking a justified reason for refusing the contract. The reason possibly justifying the refusal should be considered of much more significance compared to the need of the weaker party to enter into a contract. More specifically, when it is not easy for the weaker party to acquire the desired good or

in case a product is of vital importance, it is difficult to justify the refusal of the more powerful party to enter into a contract. In this framework, in Greek law as well as in other legal systems the prevailing legal doctrine and case law states that whoever provides the public with a service has an obligation not to exclude arbitrarily an individual from acquiring this service (Stathopoulos 1999).

10.2.4.1.2 Refusal of a Contract Award Due to Discrimination Against the Other Party

Nevertheless, the refusal of an individual to enter into agreement might be on grounds pertaining to the personal characteristics of the other party, such as race, colour, ethnicity, religion etc. However, in legal theory, it is widely acknowledged that the conflict between contractual freedom and the need to avoid discriminations is not always balanced in favour of the latter. Accordingly, contractual freedom is more worthy of respect as it is closely connected with the individual's rights to privacy and free development of personality. Thus, when coming across individual and personalized contracts whereby the personal relations between the parties are overriding, it is considered acceptable to provide the contractual parties with the freedom to choose on the basis of their personal criteria. Therefore, it is generally accepted that (Stathopoulos 1999), in the framework of the principle of private autonomy guaranteed in the GCC, the owner aiming to rent a room in his/her house has the right to choose his/her tenant on grounds pertaining to his/her religion or ethnic group, or the handyman has the freedom to prioritize the order of preference for his clients based on his personal relationship with them etc. Nevertheless, the treatment should be diverse in cases whereby more than one potential candidate is eager to enter into contractual agreements, such as in the cases of contracts regarding labour positions or supply that are published through advertisements in the press or by public tenders. In such a case, the relevant advertisement and tender procedure should respect the fundamental rights and in particular the principles of equality and non-discrimination as enshrined in the GC and in international and EU law.

A characteristic case of a public tender that violated the principle of non-discrimination is the one the Greek courts have dealt with in the late 1980s and which led to decision 1360/1992 of the Areios Pagos. The facts of the case concern a call for tender regarding personnel recruitment for a bank. The announcement regulated that the recruitment would be conducted with a view to drawing up separate lists of successful candidates for males and females. In reality, the bank hired candidates exclusively from the male list, although women candidates were more qualified. Upon interpreting law 4114/1984 and implementing the principle of gender equality in labour relations in the light of Directive 76/207 EEC, the Areios Pagos annulled the ruling of the Court of Appeal, considering that since this legislation has already been enforced the employer could no longer ignore the principle of gender equality in the call for expressing interest in the public tender or upon application of specific criteria for the selection among candidates. Therefore, the Court concluded that holding a public tender by drawing a separate list of candidate for males and females and subsequently hiring on the basis of gender and without tak-

ing into account their specific qualifications was, in fact, unlawful and should be considered prohibited. Based on these considerations, the Court held that the results of the public tender should be claimed void albeit this invalidity not affecting the other parties in the procedure. In this framework, the Court underlined that the principle of equal treatment of genders in labour relations provides that a list of successful – on the basis of relevant qualifications – candidates should be drawn regardless of gender or the needs evoked by the employer. Exceptions may be justified only on grounds pertaining to specific occupations in which, due to their specific context or nature, the gender of the employee may be considered a decisive factor.

Most recently in a case concerning the application of a disabled woman, who had been enlisted second in a competition for the appointment of notaries, the Greek Council of State (StE = *Symvoulío tis Epikrateias*) ordered (judgment 3729/2011) the annulment of the relevant competition procedures because the claimant had not been ensured the opportunity to participate on an equal basis with her fellow candidates. More specifically, the claimant had been suffering from a 100 % locomotor disability of her lower limbs. She had informed the organizing committee of her condition prior to the competition and had provided the relevant medical certificate. The organizing committee, however, failed to take the necessary measures in order to accommodate her in the competition premises and facilitate the candidate's participation in the tests. Due to this negligence, during the period of the competition, i.e. for five consecutive days, the candidate was obliged firstly, to move from her house adjusted according to her needs and reside in a hotel improperly facilitated for her medical condition. Secondly, during this period she was obliged to be entrusted to a family member as her constant companion in order to facilitate her movements. And thirdly, she was obliged not to use the toilet or drink liquid beverages throughout the competition that lasted for 8 h daily. These conditions resulted in a significantly restricted performance of the applicant, and ultimately in her failing to succeed in the competition. The Greek Council of State referred to the provisions of Article 21(2), (3) and (6) GC that acknowledge the State's obligation to protect people with disabilities, thus concluding that the conditions of the specific competition of law 3304/2005 that incorporated Directive 2000/78 on equality in employment had been violated. The Greek Council of State particularly pointed out that the lack of a toilet for disabled individuals in the examinations centre constituted an indirect discrimination against the applicant violating Articles 7(1b) and 8(1a) of the abovementioned law and voided the competition.

This trend regarding the need to respect the principles of equality and non-discrimination in public tenders on employment has also been enforced by Greek courts in other contract categories (for example public contracts). Thus, in another case whereby a public tender had set as a criterion, among other particulars, the location of the candidate companies, the Greek Council of State (296/91) held such a criterion invalid by a qualified majority voting. However, it was cleared that "location" could be deemed justified only if it was of public interest and if the aim of the public tender could not be fulfilled otherwise, by other measures potentially supporting the development of the Greek region.

10.2.4.1.3 Restrictions to the Freedom to Enter into Contract Through the Constitutional Provisions Protecting Human Value and Childhood

Finally, the Greek case law relevant to the CJEU case law in the *Omega* case (C-36/02) is highly noteworthy. The relevant case law of the Greek courts posed restrictions to the freedom of an individual to enter in a contract interpreting Article 57(1) GCC on the protection of personality and the provisions of law 2251/94 concerning unfair advertisement in the light of Articles 2(1) and 21(1) GC guaranteeing the principles of human value and the protection of childhood, respectively. More specifically, on the basis of this interpretation, these courts posed limitations on the freedom of individuals to import, supply and advertise toys that violate the personality of the minors (Athens Single Member Court of First Instance 335/95).

10.2.4.2 Fundamental Rights as a Limitation to the Content of the Contract

10.2.4.2.1 Consumer Contracts

Apart from the barriers that fundamental rights set to contractual freedom upon drawing up a contract, fundamental rights also limit contractual freedom regarding content, especially in case of a bargaining inequality of the parties. The GC, similarly to other European Constitutions, guarantees contractual freedom both from a formal and a substantial point of view, considering contractual freedom a means to ensure the ability of self-definition for contractual parties. This guarantee includes, inter alia, the obligation to protect the weaker party against a unilateral imposition of contractual terms by the other party. Thus, the State bodies have an obligation to respect contractual freedom as well as to guarantee its unhindered and effective enjoyment.

Integrating the Unfair Contract Terms Directive into the Greek legal system, law 2251/1994 contains a specific legislative provision regarding the review of the consumer contract terms and the adoption of the relevant criteria by the legislator (Articles 2(6) and (7)). Therefore, it enabled Greek courts to review the content of consumer contracts and, consequently, to protect consumers against unfair terms. Besides, the provisions of the aforementioned Law on unfair contracts terms should also be interpreted in light of the purpose of the constitutional provisions, and especially those concerning fundamental rights. In particular, as law 2251/94 contains several vague legal concepts it is possible for the courts to give content to these provisions by invoking constitutional provisions protecting fundamental rights. Decision 620/86 of the Areios Pagos accentuates the role of constitutional rights and principles when interpreting the content of contracts. In this decision, the Supreme Court of Cassation annulled a general contract term considering it oppressive pursuant to Article 179 GCC by reference to the fundamental right of provision of judicial protection enshrined in Article 20(1) GC.

10.2.4.2.2 Assimilation of Guarantors and Consumers

Nonetheless, Greek courts have not proceeded to a direct implementation of constitutional rights as the means to address various structural inequalities in certain contracts, which do not fall within the protective field of application of law 2251/94 on consumer protection.

In contrast, the German courts followed the above policy when facing the established practice whereby banks with a view to securing the loans granted to their clients require a surety agreement with one of their client's close relatives, usually the spouse. Banks tend to bowl over even scarce hesitations of the candidate guarantors by presenting the issue as a standard terms procedure since in these cases the spouse is usually unable to refuse assistance, especially if the other party is in need for a loan while in a difficult financial situation, while the guarantor cannot refuse to commit either, due to his inexperience. Naturally, the German Federal Court of Justice refused to provide the borrowers' relatives with protection (BGHZ 106 and 107). Contrary, the German Constitutional Court that addressed the latter's claim re-assessed the case from the perspective of private autonomy as a constitutionally enshrined principle. It considered, therefore, that such surety agreements were violating the German Constitution and in particular Article 2 which guarantees the free development of personality, and in consequence, upheld the two judgments of the German Federal Court of Justice (BVerfG 31 January 1989, BVerfG 5 August 1994; Dellios 2005). The aforementioned judgment has resulted in a major shift in German Federal Court of Justice case law that by analogy started to apply the protection provided to the contactors by the legislation on unfair contract terms to the guarantors (BGH, *NJW*, 1996).

In contrast, the CJEU adopted a narrower protection. While accepting the application of EU directives on consumer protection to the guarantors, by referring to the "ancillary" character of the surety agreement it considered the double status of the guarantor (both a guarantor and a consumer) a necessary precondition for this application (C-45/96, *Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG*). In Greece, the problem of protection of the guarantor as a consumer created a great controversy within legal theory and case law (Dellios 2013, 2014; Karakostas 2012). This controversy is expressed in case law through the delivery of two diametrically opposed judgments. On the one hand, Decision 91/2002 of the Piraeus Court of Appeal that in order to overrule the guarantor's claim that his waiver from the objections of Articles 853 et seq. GCC effectuated through a general contract term is not enforceable according to Article 2(6) law 2251/94, reasoned that the guarantor is not the receiver of the services offered by the bank and consequently, is not a consumer under law 2251/94. On the other hand, the Decision 5253/2004 of the Athens Court of Appeal, which states that the guarantor falls within the concept of consumer as provided under law 2251/94, because he comes to the supplier bank as a customer and is, thus, the receiver of the bank's services.

Part of the legal theory has taken sides with the first decision, accentuating two main arguments (Papanikolaou 2010; Kotsiris 2005). Firstly, that the primary obligor negotiates with the bank the granting of any form of banking finance as a profes-

sional aiming at the immediate improvement of the profitability of his business; whereas, on the other hand, the banking guarantor also benefits directly or indirectly from that transaction, especially when the guarantor is a partner of the primary obligor.

A number of scholars, however, support the opinion of the second decision, sustaining that the borrower is the ultimate receiver of any credit bank services and should, therefore, be regarded as a consumer, irrespectively of the character of loans (for example loan for consumer purposes or professional use). These scholars also argue that the guarantor of a professional or consumer loan should be considered a consumer as well, given the ancillary nature of the surety agreement (Dellios 2005).

In the same framework, in the legal theory as well as in case law, the guarantor's protection has been expanded even further. More specifically, in cases of surety agreements that have been provided for consumer, mortgage (Athens Court of Appeals judgment 5253/2003) as well as business loans (Thessaloniki Court of Appeals, 459/2011), the Greek courts recognized that the guarantor is to be considered a consumer under Article 2 law 2251/1994, because he/she is in fact a customer of the bank, the final receiver of its services and therefore has the same need for protection against it as the loaner, regarding the terms of his/her surety agreement.

It should be noted though that the aforementioned controversy will soon end since the issue will be ruled by the Plenary Session of the Areios Pagos (1332/2012). Nevertheless, certain legal scholars have already proposed a solution, according to which any natural person or legal entity that enters into a surety agreement in favour of a consumer or as a guarantor and is not acting in the course of his professional or business activity, should be considered a consumer (Dellios 2005).

10.2.4.2.3 The Protection of Employees Against Abusive Terms of the Employer

A third category of contracts in which the inequality of negotiating parties is structural is that of labour contracts. Greek labour law is sceptical regarding the freedom to determine the content of the labour contract due to the unfavourable bargaining position of the employee (Zerdelis 2011). This scepticism is expressed via a multitude of mandatory provisions that define, in a manner binding for the parties, what should apply or be prohibited as a content of a labour contract. Collective bargaining agreements pose restrictions also on the content of labour contracts. However, despite the mandatory provisions and collective bargaining agreements, the labour contract still plays an important role in shaping labour conditions in the Greek legal system.

Hence, labour contract conditions that provide the employer with the right to reduce the agreed salary, to worsen labour conditions or to reduce working hours with a corresponding reduction in salary, are not rare in the Greek legal order. Furthermore, apart from the conditions providing the employer with the right to intervene in the principal contractual obligations of the parties, terms that broaden the ancillary obligations of the employee under the law or the principle of good faith

are quite often agreed on. These practices have multiplied during the past years due to the Greek financial crisis that lead to the deregulation of the protective labour law provisions concerning individual labour relations. Thus, there are non-competition clauses in individual labour contracts requiring that during the period of the labour contract, the employee will abstain from any other employment, even if it is not competitive to the activity of the employer (Travlos-Tzanetatos 2005). Another case of a contractual clause that limits the employee's professional freedom is the one that prohibits post-contractual competition. While the German or Italian case law, for instance, regulates the requirements of the insertion of such a clause in the labour contract by legislation, the Greek legal system lacks such legislation.

In the absence of specific legislative provisions, similar to prevailing ones in other countries or equivalent to the ones established for consumer contracts, these clauses are reviewed in the Greek legal system by the general clauses that limit contractual freedom (Travlos-Tzanetatos 2005; Koukiadis 2012). These are, more specifically, the provisions of Articles 178 and 179 GCC prohibiting both the transactions contrary to morality, and the so-called oppressive or unconscionable transactions, respectively. These clauses define the moral minimum in contractual freedom that should be guaranteed by every legal system. Nevertheless, they cannot facilitate the re-establishment of the structural inequality that characterizes the labour contract (Zerdelis 2011). To provide remedy for this inequality, a more rigorous judicial review is necessary based on the clause of Article 281 GCC prohibiting an abusive exercise of rights. As this clause specifically enlists *bonos mores* and good faith as well as the socio-economic purpose of the right as the criteria for the abusive exercise of rights, it allows the courts, especially when applying it coupled with fundamental rights, to rigorously limit the exercise of contractual freedom in the context of labour contracts and thus it ensures a stronger labour protection than that conferred by Articles 178 and 179 GCC. To date, however, the Greek courts are reluctant to apply Article 281 GCC in order to review the terms of an individual labour contract.

10.2.4.2.4 Expansive Equality and Equal Pay

Another situation illustrating the influence of human rights on the content of contracts is the one whereby the judge evokes the constitutional principle of equality in order to expand the favourable regulations provided by the legislator to categories not provided by him. This judicial practice has lately been of great controversy in Greece. The particular question that preoccupies Greek legal scholars and case law is whether or not the judge who held a statutory provision contrary to the constitutional principles of equality and gender equality (Article 4(1) and (2) GC)) should proclaim the disputed provision unconstitutional and void simply by eliminating the arbitrary discrimination, or if he is also obliged to restore the real equality by expanding the favourable regulation to all individuals arbitrarily excluded from its scope (Chrysogonos 2006; Yiannakourou 2008).

Views on this issue vary within legal theory. Certain legal scholars reject the expansive application of the principle of equality, calling upon its being contrary both to the principle of separation of powers (Article 25 GC) and the provisions regarding the judicial review of laws (Article 91(1) GC) (Dagtoglou 1990; Vegleris 1955; Vlachou 2004). These principles impose the non-application of a law that the court deems unconstitutional without recognizing the court's power to amend the law or to create a new legal provision. Contrary to these views, a significant number of Greek legal scholars argue that the expansive application of equality is the sole way to achieve the substantial perception of this principle, while the judicial decision implementing this expansive application is not an unacceptable interference with the legislative power because it concerns a specific case and is not of general and abstract nature.

The above division has been challenged for several years in the field of case law, as well. Particularly, until the mid 1990s the Greek Council of State has been hesitant about accepting the expansive application of the principle of equality (StE 3552/1992; StE 1728/1994), while the Areios Pagos had already been embracing this practice since the 1960s (1273/1996). Subsequent to various fluctuations though, the Greek Council of State aligned with the policy of the Areios Pagos. Thus, the two national Supreme Courts have granted the principles of equality and gender equality a positive, creative and proportional function that comprises the expansion of the favourable provision to arbitrarily deprived workers.

In recent years, however, the above case law has been reversed both by the Plenary Session of the Areios Pagos and the Chambers that had applied the principle of gender equality in a negative manner. Therein, the Areios Pagos judgment 130/2005 invoked the constitutional and EU provisions guaranteeing equality and gender equality in order to declare that the arbitrary legislative or administrative discriminations against or in favour of one sex are prohibited. In this case, the Areios Pagos reversed a decision of a Peace Court that had extended a regulation provided by an arbitration sentence that was favourable for unmarried women to unmarried men, thereby recognizing that the particular regulatory provision was comprehensively abolished for being contrary to the principles of Articles 4(1), (2) and 22(1b) GC as well as Article 119 TEC that guarantee equal pay. Successively, the same provision has been challenged by the Areios Pagos 1418/2005 judgment and brought before the Plenary Session. In its judgment 21/2006, the latter held that the provision at issue included in the arbitration sentence no 83/91 is contrary to Articles 4(1), (2), 22(1b), 116(1) and (3) GC and should, therefore, be considered comprehensively abolished for both.

10.2.4.3 The Impact of Fundamental Rights on Ancillary Obligations Deriving from Contracts

Fundamental rights also affect the operation of contractual relations as they help identify the rights and obligations arising therefrom. The influence of fundamental rights on the operation of contracts is implemented in the Greek legal system via the

good faith clause included in Article 288 GCC. In the Greek legal order the concept of good faith is regarded in an objective manner, meaning that it is considered a parameter of the behaviour that is mutually required or reasonably expected by the contracting parties. Greek courts have used the above principle in order to impose additional obligations on the contractual parties, such as safety requirements, foresight terms and conditions, loyalty obligations etc.

The principle of good faith has also played a highly important role in shaping the rights and obligations arising from the so-called long-term contracts, which are based on the cooperation of the parties. In particular, the contribution of this principle was decisive in the field of labour law, whereby the employee's fundamental rights and dignity as well as the need to protect private economic undertakings have produced a set of norms imposing numerous duties on both parties to cooperate (Koukiadis 2012; Zerdelis 2011). More specifically, reference is made to the welfare obligations of the employer and the faith obligations of the employee. Among these, the obligation of the employer to actually employ the employee is of extreme importance (Koukiadis 2012; Zerdelis 2011). Of note, the protection of the personality of the employee has been, for several decades, a vital reference point for all views expressed on the issue in question, even for those who deny the existence of a principle obliging the employer to actually employ the employee, a view generally embraced by higher courts and more specifically by the Areios Pagos (1297/2001, 1515/2003; Deliyannis 1997). Nevertheless, while the legal doctrine considered it appropriate, in order to strengthen the argumentation regarding the employer's obligation for actual employment of the employee, to call upon the relevant constitutional provisions and in particular upon Articles 2(1) and 22(1) GC guaranteeing human value and the right to work respectively, the Greek courts were hesitant to adopt this solution. Thus, in order to protect the employee, in the case of the employer's refusal to employ him, they based their arguments on Article 57 GCC on the protection of the right to personality and on Article 281 GCC prohibiting the abusive exercise of rights without referring to the respective constitutional provisions at all.

Yet, there have been cases in which the Greek courts referred directly to the relevant constitutional provisions. Thus, the Athens Court of Appeals, based on Articles 57–59 GCC in conjunction with Articles 2(1), 5(1) and (2), 22(1) and 25(1) GC, thus the rights to dignity, personality, labour, social State and the principle of proportionality, respectively, conceded that it was an unlawful infringement of the personality of an Olympic Airways flight attendant, that her employer, albeit continuing to pay her, put her “off air” for an unduly long period, hitherto infringing her moral personality towards her colleagues and third parties (Athens Court of Appeals 3687/1978). Moreover, the Thessaloniki Court of Appeals in its 319/1989 ruling held, under the provisions of Articles 2(1) and 22 GC, that the refusal of an employer to employ a woman with a psychology degree as a vestry and his decision to reassign her to an inferior position constituted an infringement of the right to personality of the employee. The employee considered this an infringement of her labour contract terms and declined stating that she would continue to offer her services under the conditions according to which she was originally recruited. Respectively, the employer issued a termination notice against her while the court considered his

action invalid and abusive, thus considering that it was infringing for the personality of the employee to accept the employer's reassignment.

The same constitutional provisions, namely Articles 2(1), 5(1) and 22(1) GC were also evoked as the legal bases of decision 145/1988 of the Rodope First Instance Court, whereby the obligation of the employer to actually employ the employee was also argued. The case concerned the termination notice of a non-fixed term labour contract, which was considered abusive because the necessary legislative requirements for the dismissal of trade union officials were not taken into account, thus resulting in the infringement of the right of the employee to her personality.

10.2.4.4 The Effect of Fundamental Rights on the Dissolution or Termination of a Contract

10.2.4.4.1 Breach of Contract as an Infringement of Personality and the Restitution of Non-pecuniary Damage

The combined application of private law of personality (Article 57 GCC) and constitutional rights is often geared to the formation of new rights that are able to protect the individual against various types of risks. Of great importance here, the contribution of the legal theory (Papachristou 1981; Karakostas 1986; Kornilakis 2007; Zervogianni 2011) on the characterization of the non-fulfilment of a debt as a violation to the personality of the creditor and his subsequent allocation of a claim for compensation for non-pecuniary damages under Articles 59 et seq. GCC. In this framework it is of note that Article 299 GCC allows for compensation for such damage only in a certain number of cases, exhaustively listed by law, among which the non-performance of a contractual obligation is not listed. However, a great number of Greek legal scholars consider that non-pecuniary damages are identified with a serious intervention to the individual's inner self, which is certainly a manifestation of the personality. According to this view, the creditor may file a claim against the debtor on the basis of Article 59 GCC for remedy of non-pecuniary damages, which include compensation for mental anguish.

Nevertheless, it should be underlined that even though Greek courts do not share these views of the theory, the latter are already present in the Greek legal system once recognized by the CJEU that, as seen above, accepts remedy for non-pecuniary damages generated from violation of aviation contracts or contracts of package travel.

10.2.4.4.2 Termination of Indefinite Term Labour Contract

Another instance of the influence of fundamental rights on the termination of contracts comes again from the field of labour law. Unlike most European labour laws that require a serious reason to terminate an indefinite term labour contract, the

Greek legal system considers the termination notice of a non-fixed term labour contract a non-causal act, meaning that its validity does not depend on a particular cause (Gavalas 1993; Zerdelis 1991). Thus, the employer may unilaterally dismiss the employee without having the obligation to evoke a reasonable cause given that he has provided the employee with a written notice and compensation. Naturally, this practice has increased in the framework of the Greek financial crisis.

However, while Greek dismissals legislation aims solely to ensure the compensation of the dismissed employee with no regard to establishing any form of review of the grounds of the dismissal, Greek case law has attempted to introduce a certain form of protection against unjustified dismissals. To this end, the employer's right to terminate a long-term labour contract may be reviewed according to Article 281 GCC on the abuse of rights, in conjunction with Articles 5(1), 22(1) and 25(1) GC that guarantee professional freedom, the right to labour and the principle of social State, respectively (Zerdelis 2011).

Furthermore, under Article 281 GCC lower-level Greek courts ruling on civil matters declare invalid the malicious dismissals motivated by empathy, revenge or wickedness of the employer etc., as well as the unfair and therefore "objectively unreasonable" dismissals that do not serve the employers legitimate interests (Patras Court of Appeals 183/1996; First Instance Court of Athens 2019/2006). The aforementioned courts base the above restriction to the right of the employer to terminate the labour contract on the principle of good faith, as it is interpreted in light of Articles 5, 22(1) and 25(1) GC guaranteeing professional freedom of occupation, the right to work and the principle of the welfare State, respectively. In fact, certain courts, based on the abovementioned principles, attempted to further strengthen the protection of the work position. Thus they examined, in line with the views of the theory (Areios Pagos 573/2007; Areios Pagos 203/2004), the gravity of the reasons the employer invoked to terminate the employment contract and whether or not those reasons rendered the dismissal of the employee necessary or if there was an opportunity to address the problem by milder measures. Thus, they applied the principle of proportionality in employee-employer relationships, examining whether or not the option of the measure of dismissal that in some cases is more burdensome for the employee, exceeds the limits of good faith and therefore constitute an abuse of rights contrary to Article 281 GCC.

In contrast, the Areios Pagos adheres to the abstract nature of the contract termination notice and refuses to review the employer's decision to dismiss the employee from a purely objective position (Areios Pagos 307/2010; Areios Pagos 1591/2010). However, this approach limits legal requisition and particularly compromises the ability of the employee to effectively exercise his right to judicial protection provided by Article 20(1) ECHR in case of dismissal for two reasons. Firstly, because he is imposed upon the burden of proving issues that are hard to be proven (Dermitzaki 2011). And secondly, because the employer is not obliged to give notice to the employees regarding the reason for terminating their contract so that they can assess whether or not this is unfair and worth taking it to court, claiming its annulment. In view of these problems, Greek legal scholars emphasize the need to adopt specific legislative regulations on dismissal aiming to address existing shortcomings and to take into account the requirements of constitutional provisions pro-

protecting the right to work and the right to an effective legal remedy (Travlos-Tzanetatos 1986). The adoption of these legislative measures is also imposed by the EU Charter, which provides in Article 30 that “every worker has the right to protection against unjustified dismissal, in accordance with Union law and domestic legislative practices” (Dermitzaki 2011).

Yet, apart from the indirect limitations that fundamental rights impose, through the clause of Article 281 GCC on the employer’s freedom to terminate an employment contract, there are also direct limitations to this freedom arising from legislative provisions that had been adopted in order to implement specific fundamental rights. The prohibition, for instance, of dismissal on grounds pertaining to sex or marital status provided in Article 10 of law 3896/2010 that has transposed the revised Directive 2006/54/EC, as well as the prohibition of dismissal on grounds pertaining to pregnancy or to prohibited grounds of discrimination provided in Article 8(1c) of law 3304/2005 incorporating Directive 2000/78, are typical examples of legislative norms that implement fundamental rights, while placing direct limitations on the freedom of the employer to terminate an employment contract. However, while these legislative regulations provide a more effective protection against dismissal, Greek courts, and especially the Areios Pagos, prefer to address dismissal solely by the means provided under Article 281 GCC on abusive exercise of rights.

This was the position upheld, for instance, by the Areios Pagos in a relatively recent case whereby it recognized the validity of an employee’s dismissal due to his being infected by the AIDS/HIV virus (Travlos-Tzanetatos 2010). According to the facts of the case, the HIV-positive employee was fired subsequent to the reactions and pressures of his colleagues. The First Instance Court of Athens (1042/2006) that delivered the first degree ruling in the case held that the dismissal was based solely on the health status of the employee and constituted, therefore, an abusive exercise of the managerial prerogative of the employer. The Athens Court of Appeals reached the same conclusion, yet it rejected the employee’s claim for reinstatement since he had already found employment in another company. The case was brought, therefore, before the Areios Pagos which ruled in favour of the employer and rejected the appeal of the employee (676/2009). The latter turned subsequently to the European Court of Human Rights (ECtHR), which declared a violation of both Article 8 ECHR guaranteeing respect for private and family life and Article 14 ECHR prohibiting discrimination and condemned Greece for these violations (IB v Greece, No 552/2010).

10.2.5 Proposals and Recommendations for an Enhanced Interaction between Fundamental Rights and Contract Law

As seen in this chapter, human and basic rights mainly affect the field of contracts. Most of the times they influence Greek contract law indirectly via the general clauses, principles and abstract legal concepts provided in the GCC. The influence is illustrated in all the stages of a contractual relation. More specifically, it affects

the negotiation, the content, the operation and the termination of a contract. However, there are also fundamental rights that set direct limitations to the individual's freedom to enter into a contractual relation, while also determining the content of those relations. For instance, equality and non-discrimination rights fall within this category.

The legislation aiming to restore the principle of substantial equality in contractual relations by prohibiting the unfair terms included in consumer contracts also poses significant limitations on the content of contracts. Greek case law also tends to broaden the scope of this legislation to surety contracts. Thereby it protects individuals who enter into a surety agreement with banks with a view to helping their family members who have taken up loans.

Labour contracts also include abusive terms due to a structural inequality between employers and employees. The deregulation of the Greek collective labour law due to the Memoranda adopted as a result of the Greek debt crisis has increased the incorporation of such clauses in individual employment contracts. Nevertheless, Greek courts are reluctant to review the abusive character of these terms under Article 281 GCC. It should be pointed out, however, that for reasons pertaining to the current financial crisis the judicial review of such abusive and unfair terms is imperative and requires the intervention of the Greek legislator. Thus, it is needed to introduce a legislation that will concretize the application of the general clause of Article 281 GCC in conjunction with the constitutional provisions guaranteeing the freedom of labour for employees and the employer's economic freedom, thus specifying in which case and under which conditions the various terms incorporated in a contract are abusive and unfair.

Greek case law uses this systematic interpretation when evaluating the legitimacy of ancillary obligations arising from a contract. In particular, in labour law the interpretation of the principle of good faith in conjunction with Articles 2(1), 5(1) and 22(1) GC enshrining the principle of human dignity, the right to the free development of personality and the right to work, respectively, have provided the legal basis for the judicial recognition of the employer's obligation to actually employ the employee.

Furthermore, the contribution of a systematic interpretation of Article 281 GCC to the abovementioned constitutional provisions aiming to mitigate the weaknesses in the Greek law of dismissal arising from the non-causal character of the labour contract's termination notice is of vital importance. Since the Greek case law adopted over the last years that enforce the Memoranda has dramatically reduced the average compensation upon dismissal, which in the previous system was higher and thus prevented the employer from terminating a labour contract, the regulation of dismissal law in labour relations has become imperative. Thus, there is a need for a new legislation that will reconcile the managerial right of the employer to terminate a labour contract with the fundamental rights of the employees. Moreover, this legislation should enforce the employer's obligation to lay down serious and objective grounds for a dismissal as well as incorporate limitations to the managerial right of the employer to terminate a contract as set in Greek law by further laws such as the legislation prohibiting discrimination, and the law concerning maternity protection.

10.3 The Influence of Fundamental Rights on Tort Law⁴

10.3.1 General Characteristics and Foreign Origins of the Greek Tort Law

In the Greek legal system torts are regulated under Articles 914–938 GCC, in Chapter 39 of the Second Book (“Law of Obligations”). Unlike common law systems in general, the GCC does not treat torts on a case-by-case basis and prefers to regulate them through the Romano-Germanic technique of general clauses.

The general clauses of Articles 914 and 919 GCC that regulate tort liability for fault, follow the analytical model established by the Swiss Code of Obligations (Articles 41(1) and (2)), (Deliyannis 1952, 1984; Vavouskos 1954; Deliyannis and Kornilakis 1992.; Stathopoulos 2004). In other words, they do not introduce a general rule according to which anyone culpably incurring loss to someone else has the obligation to restore, as provided in Article 1382 of the French Civil Code. Thus, the French concept of fault (*faute*) is introduced in the GCC as follows: Article 914 GCC provides that anyone culpably and unlawfully causing damage to any other individual is obliged to restore any damage, while Article 919 GCC further provides that any individual causing damage to any other individual intentionally and in a manner that violates the commands of morality is also obliged to restore any damage. As stated above, the aforementioned clauses establish liability for damages based on the principle of fault. In the Greek legal system strict liability is not established through a general clause but through specific provisions on a case-by-case basis foreseen in the GCC, or in special laws.

Article 914 GCC presupposes an unlawful and faulty conduct (*act* or *omission*), loss and causal link between the unlawful and faulty conduct and the loss caused. In tort, the burden of proof of the prerequisites for the claim for damages is borne by the injured party in the sense that he is the one obliged to prove the detrimental conduct, the loss that he has suffered, the element of fault of the individual causing the injury (*dolus* or *negligence*) as well as the causation. The underlying reason of the liability for damages is, to the law of torts, the unlawful act or omission according to Article 914 GCC.

Unlawfulness is a controversial concept in the Greek legal system. On the one hand, it is divided into the proponents of subjective theory that perceives Article 914 GCC as a substantive provision prohibiting any behaviour exercised without a right. On the other hand, it is divided into the proponents of the objective theory that considered the above provision a blanket norm relying on the legal system as a whole to determine its content (Vavouskos 1954). This controversy led to a compromise. More particularly, it generated the *de lege ferenda* version of the objective theory according to which, in order to substantiate unlawfulness, breaches of rules need not to be positive law provisions. They may simply belong to the unwritten rules and

⁴By Christina Deliyanni-Dimitrakou Sects. 10.3.1, 10.3.2, 10.3.3.5, 10.3.3.6, and 10.3.3.7, 10.3.4 & by Christina Akrivopoulou Sects. 10.3.3.1, 10.3.3.2, 10.3.3.3, and 10.3.3.4.

principles of the legal system as well as to the constitutional norms protecting the human rights that indirectly govern private law relations through general principles and abstract legal formulas (Deliyannis 1952, 1984; Vavouskos 1954; Deliyannis and Kornilakis 1992; Stathopoulos 2004). Therefore, based on this *de lege ferenda* perception of unlawfulness that converted Article 914 GCC from a blanket norm to a real general cause, the Areios Pagos referred to Article 5(1) GC guaranteeing the free development of the personality and confirmed yet again that “the basic principle that each act or omission resulting in culpable infliction of damage obliges the actor to compensate such damage, not only if his act or omission violates a specific provision, but also if it infringes upon the general spirit of our legal system which demands that the conduct of a business must not result in a transgression of public policy” (Areios Pagos 81/1991).

The abovementioned theory renders feasible the enlargement of the concept of unlawfulness in order to permit, on the basis of Article 914 GCC, recovery of a wide range of damages including losses arising from violations of human rights. A certain number of Greek legal scholars as well as the majority of Greek courts have, however, been supporting a diametrically opposed view. This view is influenced by Article 823 of the *German Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) that was unjustifiably considered the source of Article 914 GCC, which in reality is reflecting Article 41 of the Swiss Civil Code. According to this opinion the establishment of unlawfulness does not depend so much on the behaviour of the tortfeasor, as on its result – and especially on whether or not the injurious conduct constitutes a violation of an absolute right or a protected legal interest. It is, therefore, the judicial reception of the above legal construction that led the Greek legal system to an unjustified restriction of tort liability for fault, which has been manifested in the exclusion of pure economic loss as well as third-party non-pecuniary loss from the protective scope of Article 914 GCC (Deliyanni-Dimitrakou 2006).

However, the compensation of pure economic loss is not impossible under Greek law. Rather, it may be implemented in two cases. Firstly, when it comes to loss caused by intent and in a manner contrary to morality, so that Article 919 GCC may be applied. Secondly, when the loss at stake has arisen from the violation of a law aiming to protect private legal interests.

Besides, in judgment 14/1999 (Kostopoulos 2001) the Areios Pagos has accepted the recovery of a certain type of pure economic loss, i.e. ricochet loss caused by negligence (Bussani and Palmer 2003), by evoking Article 1 of the First Protocol to the ECHR protecting the right to property in combination with Article 914 GCC. Moreover, Greek First Instance and Appeal courts proceeded to the restoration of third-party non-pecuniary loss by evoking a combined application of Article 932 GCC regulating this type of loss and Articles 57 and 59 GCC regulating the protection of right to personality. Finally, the intense of European influence on this field at an informal as well as a formal, stature way has contributed and will do so even more to the diminishment of the above inflexibility in the field of Greek law of torts.

10.3.2 Europeanization of Tort Law and the Role of Fundamental Rights

10.3.2.1 Informal and Formal Europeanization of the Law of Torts

Nowadays, tort law has been displaying a high degree of informal harmonization. Apart from the considerable comparative law studies published in this field (Van Dam 2009), academic scholars are also making highly significant efforts aiming to harmonize the discipline and provide recommendations. The most important of those initiatives are: the Study Group on a European Civil Code founded by Christian von Bar in 1998 that published a draft on Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another in 2005 (Von Bar 2001); the European Group on Tort Law (or the Tilburg Group) founded by Jaap Spier and Helmut Koziol in Vienna in 1993 that published a draft on the Principles of European Tort Law (PETL) in 2005 (Koziol 2004) and the Project on the Common Core of European Private Law of the University of Trento whose two working groups are dealing with issues such as pecuniary loss and fault liability (Bussani and Mattei 2003).

In addition to these academic initiatives, there is also a formal harmonization of tort law that has been implemented through EU legislation. The most well known Directive on tort law is the Product Liability Directive 85/374/EEC, which has been enforced in the Greek legal system through laws 2251/1994 and 3043/2002. Further to the Product Liability Directive, in 1990 the European Commission proposed a Directive concerning Liability for Defective Services (OJC 12/8, 18 January 1991, COM (94) 260, law 2251/1994) that aimed to provide a liability regime covering a wide range of services. Although the Directive was intended to be an instrument of minimum harmonization only, it has been strongly challenged by the Council, resulting in its withdrawal in 1994. However, the Greek legislator is the only one among his EU Member States counterparts who, under Article 8 of law 2251/94, has adopted the aforementioned proposition abolishing a number of its limitations and broadening its scope so as to prevent any damage caused by faulty services (Stathopoulos et al. 1995; Dellios 2003a, b). Other EU directives that have directly or indirectly affected Greek tort law are Directive 2004/35/CE on environmental liability with regard to the prevention and remedy of environmental damage, Directive 2005/29 EC on Unfair Commercial Practices that modified Directives 84/450/EEC (on Misleading Advertising) and 197/55 EEC (on Comparative Advertising) that have been incorporated in Greece by law 3587/2007.

10.3.2.2 Tort Law and Fundamental Rights in the CJEU Case Law

10.3.2.2.1 The CJEU Case Law Concerning State Liability for Breach of EU Law as a Factor Enhancing the Impact of Fundamental Rights on Private Relations

The EU law of torts has been formed, to a great extent, through CJEU case law interpreting Article 340 TFEU (ex-Article 288 TEC) on the extra-contractual liability of the EU for acts or omissions of its organs, on the basis of the common principles of

Member States that the above provision refers to. On the basis, yet again, of these common principles of Member States, the CJEU proceeded to create the liability of the State for breach of EU law in order to grant a compensation remedy to individuals who suffered damage due to these breaches. This remedy has been recognized in five stages, leading to the creation of a comprehensive EU law liability principle.

The first stage is the recognition of the liability of EU institutions for acts or omissions of their organs through the interpretation of Article 340 TFEU (ex-Article 288 TEC) (van Greven 2000). The second stage is the recognition in the *Francovich* and *Bonifaci* cases (C-6/90 and 6-9/90), whereby the liability of a Member State for breach of EU law was tried. The third stage is the recognition of the direct correlation between these two types of liability (i.e. the liability of the EU and that of a Member State) in the *Brasserie du Pêcheur* and *Factortame* cases (C-46/93 and C-48/93) as well as the establishment of a common set of requirements in the *Bergaderm* case (C-352/98). The fourth stage is the recognition of the Member State liability in case of EU law violation by the higher courts (C-453-00, *Kühne & Heitz*). The fifth stage is the recognition of the potential application of the general liability principle of EU law to private individuals in the *Courage* case (C-453/99, *Courage v Grehan*). Additionally, of vital importance is the Luxemburg Court case law reviewing the State's liability regarding controversies between private parties colliding their fundamental rights and freedom (Case C-112/00, *Schmidberger*).

The above case law has been incorporated, to a great extent, in the legal systems of Member States. Hence, in parallel with the already existing system of State liability for violations by national public bodies of domestic legal norms, a second system of State liability concerning exclusively the violations of EU legal norms by domestic State authorities was created (Metaxas 2003). Given that Member States applied the same rules in these two systems of State liability, it was only natural that osmosis incur between them. Thus, the perception, whereby the State could traditionally be held liable only for acts or omissions of the administration and not for legislative acts that has previously been prevailing both in Greece (Oikonomides 1890; Pavlopoulos 1989) and in other Member States, has been gradually abandoned (Kellner 2008).

Under the influence of the CJEU case law it has been unanimously recognized, in Greece as well as in other Member States, that State liability may also arise from unlawful acts or omissions of the legislator (Kellner 2008). It is, therefore, not incidental that during the last few years several Greek rulings have dealt with legislative wrongs for breach of EU law (Athens First Instance Administrative Court 1/2009; StE 2244/2000, Thessaloniki First Instance Administrative Court 1458/2000; Mytilini First Instance Administrative Court 47/2008; Avdikos 2013). This progress has rendered inevitable the subsequent recognition of State liability for breach of international treaties and especially on behalf of international conventions protecting fundamental rights such as the European Convention on Human Right (Heraklion First Instance Administrative Court 165/2000). It is obvious that this outcome has enhanced the protection of fundamental rights within the legal systems of Member States allowing for individuals claiming remedy from the State for breach of the rights in question regardless of being generated by State organs or private third par-

ties. However this enhancement of protection did not have significant repercussions on the private law of torts of Member States.

More particularly, the limited influence of CJEU case law concerning State liability for breaches of EU law on private law of torts lies in the following two facts: firstly, in the fact that Member States, with the exception of the United Kingdom, do not apply the private law rules of tortious liability in cases of State liability, but rather regulate State liability through special rules such as Articles 105 and 106 of the introductory law of GCC (Van Dam 2009). And secondly, in the fact that in a number of Member States, and especially in Greece, extra-contractual State liability cases are normally heard by administrative courts and not by the civil courts under which private law cases of tortious liability are adjudicated (Flogaitis 2002). Hence, while the Greek administrative courts recognize remedy for all forms of loss arising from breaches of EU law, regardless of their nature as physical or pure economic loss, the Greek civil courts continue to refuse, as discussed above, to restate pure economic loss caused by negligence (Rebhan 2008).

10.3.2.2.2 Other CJEU Decisions Illustrating the Influence of Fundamental Rights on Tort Law

Contrary, the CJEU case law that has interpreted the Product Liability Directive 85/374/EEC has the ability to influence, to a greater extent, private tort law liabilities of Member States. In the *Veefald* case (C-203/99), for instance, a kidney donated for transplantation has been destroyed because the perfusion liquid used for its preparation was defective. One of the preliminary questions posed to the CJEU was whether or not the destruction of a kidney for transplantation constituted a “damage” caused by death or by personal injuries provided by Article 9(a) of the Directive or a “damage” to an item of property other than the defective product itself provided by Article 9(b) of the Directive. The distinction at issue is important because Article 9(b) provides a lower threshold of €500 whereas Article 9(a) does not. The Court held that it was left to national legislatures to determine the precise contents of those two heads of damage. It emphasized, however, that the application of national rules was not allowed to impair the effectiveness of the Directive and, that the national court had to interpret its domestic law in light of the wording and the purpose of the Directive.

The *Otis* case (C-199/11) is yet another important ruling demonstrating the involvement of fundamental rights in EU tort law. In this case the CJEU ruled that the European Commission is allowed to bring an action before a domestic court claiming compensation for loss against the Members of a cartel on behalf of the EU. According to the facts of the case, in February 2007 the European Commission had issued a decision imposing fines on certain companies for infringement of Article 101 TFEU. The companies brought actions for annulment of this decision before the General Court that dismissed those actions. During the same period the EU, represented by the European Commission, brought proceedings before the Brussels Commercial Court seeking an order for the companies to pay the EU the

sum of € 7,051,688 to compensate the loss it suffered as result of the anti-competitive practice (the EU had entered into several contracts with the defendants regarding the installation, maintenance and replacement of elevators and escalators in several EU institutions buildings). The defendants, however, disputed the European Commission's capacity to act as the EU's representative, mainly because of the special role played by the European Commission as an authority monitoring the EU law of competition.

The Brussels Commercial Court decided to refer to the CJEU two preliminary questions: firstly, whether or not the European Commission was entitled to represent the EU before the national court; and secondly whether or not Articles 47 EU Charter and 6 ECHR, both guaranteeing the right to fair trial, prevent the European Commission from bringing an action for damages before the national court when it has itself previously adopted a decision that is binding for the referring court, and when it has found that an agreement or practice infringes Article 101 TFEU.

The CJEU answered by approving the first question. However, when addressing the second preliminary question the CJEU held regarding (1) whether or not the European Commission can be seen both as a judge and a conflicting party and (2) whether or not the principle of equality of arms between parties was violated. As to the first question, the CJEU stated that the European Commission cannot be regarded both as a judge and a conflicting party of its own cause in the context of a dispute as the case at issue. The reason for this being that the European Commission's decision can be reviewed by an independent authority in addition to the fact that in an action for damages for breach of Article 101 TFEU, the national court should examine whether or not the two additional prerequisites, the occurrence of a loss and of a direct causal link between this loss and the agreement or practice in question, concur. As to the second point, the CJEU held that the principle of equality of arms had not been violated due to the numerous safeguards provided by EU law in order to ensure that this principle is observed.

10.3.3 Tort Law and Fundamental Rights in Greek Case Law

10.3.3.1 The Right to Personality and Its Strong Interconnection with the Law of Torts

In the Greek legal system the right to personality is not protected solely by Article 5(2) GC. It is also regulated by the common legislation and more specifically by Articles 57–59 GCC. The right to personality acts as a womb to create new rights because it constantly interacts with constitutional and human rights. These rights influence, via the right to personality, the correlations between private individuals and specifically affect the law of torts. In fact, the infringement of the right to personality represents a specific form of tort. This right develops a highly interesting correlation with a number of constitutional rights. Primarily, it retains sufficiency, a “core” that has the ability to protect the individuals effectively against a series of infringements. Through the right to personality, tort law protects absolute rights

such as the right to life, physical integrity, honour, reputation, as well as economic rights. It also protects the individual regarding additional, equally vital dimensions of his personal integrity (for example privacy, protection of personal data or one's image). In order to do so, it develops a correlation with specific constitutional rights to relate to when its own normative content seems to be exhausted.

10.3.3.2 Right to Personality and Environmental Torts

One of the most interesting examples of this procedure and of Article 57 GCC functioning as a “womb” to create new rights is illustrated in a set of cases concerning the protection of the environment as a specific quality and interest of the private right of personality. Thus, Article 57 has been applied by Greek courts in cases whereby public access (for example to the sea coast) is reduced as well as with a view to granting injunctive relief and removal where the sea is polluted. To date, claims for damages have been dealt with under traditional norms of tort law, especially under provisions protecting personal property. In addition, Greek courts have dealt with a number of activities either insulting or degrading the cultural or physical environment (for example the construction of an air-electric station or the installation of an electro-magnetic station in inhabited areas), or interrupting or diminishing the positive effects that the environment provides for health and the quality of life (also Korinthos First Instance Court 2536/2001).

In a recent case for example (First Instance Court of Trikala 349/2001), the Greek courts were confronted with a controversy between a famous Greek singer and the monastic community of the Meteora. The singer staged a video clip for her songs in the monastic city of Meteora. Afterwards, she used the audio-visual material to promote her music. The monks claimed that these activities breached their private right to personality. The court accepted their arguments by interpreting Article 57 GCC in the light of Article 24(1) GC, protecting the cultural environment as a civil and social right (Fountedaki 2012). The characteristic element in this case is the fact that a collective and constitutionally protected interest such as that of the environment may acquire an intensive individualistic dimension when combined with a right of private law, such as the right to personality.

10.3.3.3 The Right to Ethnic Origin versus the Right to Scientific Freedom

The most characteristic Greek ruling regarding the influence of constitutional and human rights on breach of a personality tort is the famous Babiniotis decision 13/1999 of the Plenary Session of the Areios Pagos. The judgment refers to the cassation of the Prosecutor of the Areios Pagos as opposed to the 18134/1998 decision of the Thessaloniki First Instance Court that provided a preliminary injunction against the circulation of the Babiniotis Dictionary. The First Instance Court ruling found the inclusion of the word “voulgaros” (= Bulgarian), interpreted in the dictionary as “supporter or player of the team of Thessaloniki (especially of PAOK)”,

offensive for the personality of the supporters of the team. The 13/1999 judgment of the Plenary Session of the Areios Pagos annulled the judgment of the First Instance Court. The Court recognized the PAOK supporters to be collective subjects of the civil right to personality (Article 57 GCC), the aspect of which is nationality as “a determinant element of the identity of an individual”. On the other hand, the activity of the lexicographer was considered to be a protected expression of scientific freedom (Article 16(1) GC) and the freedom of speech (Article 14(1) GC). The collision and the necessity of balancing between the competing rights on both sides led the majority of the court to rank them hierarchically in favour of the scientific freedom, which was deemed to be aiming at safeguarding some of the “highest social interests” and thus evaluated them as superior as opposed to the civil right to personality.

10.3.3.4 The Right to Privacy and Its Correlation with the Freedom of Expression

The Greek Constitution also protects both the right to privacy (Article 9(1), (2)) and the right to data protection (Article 9A) that is also regulated by ordinary legislation (law 2472/1997 incorporating the EU Directive on Data Protection, 95/46 EC), as particular manifestations of personality rights. According to the prevailing opinion in the Greek legal theory, the right to privacy covers the sphere of intimacy, the sexual life of the individual being its very core, while the right to the protection of personal data covers a wider area: both the personality and the intimacy of the individual (Akrivopoulou 2012).

The right to privacy often collides with the freedom of speech that is protected under Article 14(1) GC. In Greece, a characteristic example of a conflict between privacy and the freedom of speech is ruling 65/2004 of the Athens First Instance Court concerning the dispute that arose when a well-known journalist published emails of the mother of a former Prime Minister of Greece (George Papandreou), in which she advised her son on how to act in order to become Prime Minister. The emails were illegally intercepted by a hacker and delivered anonymously to the journalist. The Greek court vindicated the journalist, giving precedence to the freedom of the press over the right to privacy, calling upon the highly political nature of the letters – which made their publishing justified as well as imperative. Yet, the Athens Court of Appeal in its ruling 9909/2005 overrules the first-instance decision. It therefore vindicated the claim of the former Prime Minister’s mother, giving precedence to her personality and privacy rights (Athens Court of Appeals 9909/2005).

10.3.3.5 The Issue of Wrongful Life

The right to personality has also contributed significantly to the adjudication of the so-called wrongful life (Brüggemeier et al. 2010; Fountedaki 2006; Tsiros 2004) cases heard by Greek courts in recent years. These cases are correlated with law

suits filed by parents against doctors and medical facilities claiming considerable damages for themselves and on behalf of their underage offspring born with serious illnesses or disabilities that could have been diagnosed during the prenatal stages but were not due to medical error (Athens Court of Appeals 7347/1998).

These cases share the fact that the health condition that the child in question is suffering from could not have been averted by any medical act or treatment, either because the foetus had suffered an irreparable damage or because the child was suffering from a genetic or congenital disease. In other words, in wrongful life-cases the health condition is not caused by act or omission of the doctor, as it is a pre-existing condition that could not be avoided. However, in the event that the medical act or omission of the doctor had not occurred, childbirth itself would not have happened, i.e. the child would not have been born, because the pregnancy would have been terminated or interrupted upon decision of the mother. Consequently, the damage caused by the medical error is the childbirth itself, namely the birth of a child with a health condition.

However, the most crucial problem arising with regard to wrongful life is interconnected with the concept of damage. The emerging question is whether or not the birth and the very existence of a child suffering from a health condition can be regarded as damage and whether or not the child is entitled to compensation. Awarding a claim for damages to the child would mean that the life of an individual with a severe health condition constitutes damage as well as that his/her non-existence would be preferable to him; such a conclusion, however, would contravene the constitutional protection of human dignity (Article 2 GC) and the constitutionally imposed obligation of the State to protect individuals with disabilities (Article 21(2) GC). Moreover, the claim for damages emerges against dogmatic impediments, since the difference theory aiming to restore to the victim the property status s/he would have enjoyed had the tort not occurred cannot apply in cases of wrongful life. Indeed, if the medical error had not taken place, the child would not have avoided a reduction of his property, rather s/he would have never existed and would thus have no property at all. By reasoning this way, Greek courts and Greek legal theory reject, in the case of wrongful life, the possibility of a child born with disability to address a compensation claim for tort against the doctor or his/her employer. Regarding the claim of the child for non-pecuniary damages, it has been argued that the existence of an individual cannot be regarded as an offence towards that same individual. Therefore, the suffering child cannot demand compensation for moral harm, because that would constitute a claim for the relief of the moral suffering caused by his own existence.

However, in the Greek legal system it is supported that any hindrances attributed to the theory of difference that are posed to the substantiation of the child's claims could be overcome if, instead of a tort according to Article 914 GCC, the violation of the personality of the child was accepted, thus leading to a valid claim for non-pecuniary damages under Article 59 GCC (Stathopoulos 2000). Based on the same concept, the restitution of pecuniary damage brought about by disability could be founded on the claim for cessation of the violation and the non-repetition of it in the future, as provided in Article 57(1) GCC. As the real and complete cessation of the

violation is impossible in a wrongful life case given that the damage inflicted to the child's health is impossible to restore, it will result in the recognition of the offender's obligation to repay the costs incurred due to disability in case of a disabled child.

Albeit being particularly interesting and effective, it should be underlined that theorists have neither favourably received this theoretical construction nor has it been applied by Greek courts to date. Nevertheless, in wrongful life cases the Greek legal theory recognizes the possibility for parents to claim both pecuniary and non-pecuniary damages from the gynaecologist or medical facility on the basis of Articles 59 and 932 GCC. In the view of Greek academics, the fact that the parents were deprived of their personal familial right to be informed about a severe abnormality of their foetus, and consequently to decide to terminate the pregnancy, constitutes a violation of their right to develop their personality, which violates Article 57 GCC.

Initially, the Greek courts did not concur with this view. Greek case law, however, has changed recently, especially due to the contribution of judgment 544/2007 of the Larissa Court of Appeals. In this case, the Court re-examined the omission of a doctor to a timely diagnosis of a genetic anomaly of a foetus that could have possibly provided the mother with the chance to terminate her pregnancy. The Court has decided in favour of non-pecuniary damages for both parents according to the relevant provisions of the right to personality (Article 57 GCC). More specifically, it underlined that obstructing the choice of a pregnant mother to terminate a pregnancy, when this termination is lawful (Article 304 GCC) equals to the violation of the right to the development of her personality, as it is a choice established in Article 5(1) GC and, that due to the conjugal relation there was a reflective violation of the spouse's right to the development of personality, thus allowing for the restoration of the latter party's non-pecuniary damage (from another point of view: Larissa Court of Appeals 544/2007). Similar resolutions were accepted by Greek courts also in subsequent rulings (Piraeus MultiMember Court 591/2009; Chania MultiMember Court, 226/2009).

It emanates from the aforementioned decisions that certain courts that examined the merits of the cases are aligned with the views of a part of legal theory and are calling upon Articles 57 and 59 GCC on the protection of personality, in order to substantiate, in the event of an individual's death or injury to physical integrity or health, the restoration of non-pecuniary damages sustained by third parties that are interconnected with the injured party by emotional ties on the basis of Article 932 GCC.

10.3.3.6 The Impact of Personality Rights on the Broadening of the Beneficiaries of Non-pecuniary Damages

According to the view prevailing in the Greek theory and case law, non-pecuniary damages sustained by third parties interconnected with the injured party by emotional ties cannot be restituted, on the one hand because the aforementioned

individuals are not considered to be directly injured bearers of the right violated by the tort; on the other hand, because they do not fall within the protective scope of Articles 928 and 929 GCC that recognize, in case of manslaughter or harm to the body or the health of an individual, a claim for damages with regard to a third party who had the lawful right to claim alimony or a service and was deprived of it.

Nevertheless, there is a part of Greek academics increasingly gaining popularity, who claim that the individuals cited above are entitled to claim damages as individuals directly injured by the perpetrator, as the latter's behaviour has directly offended their family life, which constitutes a more particular expression of their personality as well as a right that is individually safeguarded in the Greek legal system by virtue of Article 21(1) GC and Article 8 ECHR (Fountedaki 2006).

Hence, academics have supported the view that, in the event of a culpable death of an embryo, both the woman carrying it and the man whose genetic material produced the embryo are holders of the right to claim monetary restitution for non-pecuniary damage under Articles 932 and 59 GCC, on the grounds that the foetus carries the genetic material of both parties and thus constitutes an expression of their personalities. Similarly, certain academics have also supported the view that provisions for the protection of personality may also form the basis to restore non-pecuniary damage as well as serious damage to the patrimony of close relatives of an individual injured by a tort against his health and his physical integrity, as they have to interrupt their work or move in order to show their support. In the opinion of the above academics, with the exception of the pecuniary and non-pecuniary damage of the parents of a child with a serious congenital disease or disability that was not diagnosed during pregnancy due to medical error (wrongful life), the non-pecuniary damage of a spouse who became impotent and infertile due a tort can be restituted as well. Notably, Greek courts have recognized the above claim of the husband, acknowledging that compensation for non-pecuniary loss of the husband was justified by the fact that the perpetrator deprived him of valuable elements of his family life such as marital affection, pleasure and companionship (First Instance Court of Volos, 1531/2002; Trikala First Instance Court, 496/2001).

Contrary, the Greek courts and in particular the Areios Pagos have proved to be extremely conservative when defining which individuals are entitled to receive damages for non-pecuniary loss in the event of death. Article 932(3) stipulates that the aforementioned monetary compensation may be awarded to the members of the victim's family, nevertheless without defining who these individuals are. The prevailing view in the legal theory had long accepted that the beneficiaries of monetary compensation due to non-pecuniary loss are members of the victim's immediate family but not all his intestate successors, according to the interpretation rules in Articles 928 and 929 GCC (Kornilakis 1992). Accordingly, the circle of individuals comprising the family of the victim in the sense attributed by Article 932(3) should be determined by the judges ad hoc and solely on the basis of proven ties of affinity to and love for the victim.

While courts examining the substance of the case have adopted these views during recent years, the Areios Pagos systematically rejects them. For instance, in the 775/2011 decision the Areios Pagos annulled a ruling of the Athens Court of Appeal

that applied Article 932(3) GCC by analogy, and granted the sum of € 30,000 as a compensation for the pain and suffering of the plaintiff whose cohabiting partner had been killed in a car accident caused negligently by the defendant. In this case, the Areios Pagos asserted its previous case law, according to which an individual who merely cohabited with the deceased having had no intention to successively engage in marriage should be excluded from the protective scope of Article 932(3) GCC (Dacronia 2012).

Nevertheless, Greek legal doctrine has strongly criticized this approach emphasizing its being highly outdated considering the implementation of law 3719/2008 that introduced the cohabitation pact in Greece, i.e. an agreement between two adults of different sex whereby they organize their cohabitation, executed in person and vested the notarial deed that entails legal consequences (property relations, recognition of the parental care of the child born during the cohabitation pact to both parents in common, right of inheritance etc.). In fact, the aforementioned law does not assimilate the couples entering the pact to couples who have been married and therefore are not included in the scope of Article 932 GCC, explicitly giving to one of the partners the right to ask for monetary compensation for pain and suffering in case of the other's death. However, it has been emphasized that the above omission is an unintended *lacuna*, which the legislator aimed to fill the same way; hence the Court is allowed, or even obliged, to fill the gap either by a broad interpretation of the term "family" so as to include the partner as well or, at least, by applying Article 932 GCC by analogy.

10.3.3.7 Non-pecuniary Damage and the Constitutional Principle of Proportionality

In recent years there has also been a lengthy discourse in the Greek legal theory and case law on the judicial application of the principle of proportionality upon determining reasonable restitution of non-pecuniary damages. Following the 2001 constitutional revision, this principle is deemed a fundamental principle of the Greek legal system and is guaranteed in Article 25(1) GC. In fact, beyond the horizontal application of the fundamental rights to private relations, the latter provision also states that "restrictions of any kind which, according to the Constitution, may be imposed on these rights, should be provided either directly by the Constitution or by statute, should a reservation exist in the latter's favour, and should respect the principle of proportionality".

Prior to the 2001 constitutional revision, the Areios Pagos held that the concept of non-pecuniary damages and that of "reasonableness" regarding pecuniary restitution constituted *facts* that could not be subjected to cassation review that is not a review of substance rather of legality (Areios Pagos 1823/1981; 1916/1986; 1410/1986). Thus, it was impossible to perform a proportionality test with a view to determine the "reasonableness" of the amount of money that the Court has decided on grounds pertaining to non-pecuniary damages. Initially, the Supreme Court

adopted this line of thinking even after the 2001 constitutional review. However, in its 132/2006 decision it underlined that, since the principle of proportionality constitutes a supra-legislative principle that is directly binding upon all State institutions including courts (Doris 2004; Stathopoulos 2010), it should be directly applied also to private relations and, in case it is not applied correctly by the court examining the merits of the case, the grounds of cassation of Articles 559(1) and 19 of the Greek Code of Civil Procedure are established.

This case law has been formed by the First Chamber of the Areios Pagos and has been challenged both by academics and the Plenary Session of it. Thus, it has been supported that the principle of proportionality refers to legislative restrictions imposed on constitutional rights and consequently the judicial review of the application of the principle is limited to the constitutional review of the law that limits these constitutional rights. Accordingly, this principle does not directly apply to private relations and, is of an interpretative rather than normative character (Matthias 2005). In view of that, according to the Areios Pagos Plenary judgment 6/2009, the direct applicability of the principle of proportionality upon determining the reasonableness of non-pecuniary damages could not be accepted. However, the Court remained faithful to the basic principles of its case law, whereby the invocation of the principle of proportionality by the courts is possible in two cases. Firstly, in case a law has violated the principle of proportionality by excessively limiting the exercise and enjoyment of constitutional rights, in which case the law should be subjected to review and should not be applied; and secondly, in the cases whereby the judge is called upon alternatively to cover the gap created by applying the principle of proportionality. The minority in this decision (four judges) expressed the view that the constitutional principle of proportionality establishes a mandate addressed to the legislator as well as to judges. It thus came to the conclusion that, if upon recognition of the reasonable pecuniary restitution of Article 932 GCC the principle of proportionality is violated by granting a disproportionately small or large amount of remedy, the court's decision may be cassated on grounds pertaining to the erroneous application of a legislative provision, namely Article 25(1) GC.

10.3.4 Proposals and Recommendations for an Enhanced Interaction between Fundamental Rights and Tort Law

The above analysis clearly illustrates that the recovery of loss caused by violations of fundamental rights could be evoked in the Greek legal system exclusively via the clauses regulating tort liability and in particular via Article 914 GCC. Such a solution could be provided if the Greek legal theory and case law unreservedly accepted the objective theory regarding a broader understanding of unlawfulness. Such an understanding would entail that the concept of unlawfulness is enriched by its interpretation in conjunction with the principles deriving from constitutional and human

rights. However, since the above theory has only partially been accepted by the Greek legal theory and case law, Greek courts prefer to opt for the combined application of Articles 914, 57 and 60 GCC that guarantee the right to personality in order to ensure the reasonable compensation for damages suffered by individuals who underwent a violation of their constitutional and human rights.

As a result of a combined application of the above articles, the restoration of damages that concern absolute rights as well as damages arising from the violation of the various aspects of an individual's personality became feasible. According to the Greek legal theory, Greek courts have applied this combined interpretation of the general liability clause (Article 914 GCC) and the right to personality aiming to restore damages concerning the environment and the environmental goods composing our common living space, which is vital for the development of an individual's personality.

The contribution of the combined implementation of Articles 932 and 57 GCC regarding wrongful life is also of vital importance for lawsuits filed by the parents of children with disabilities who could have been diagnosed during pregnancy but were not as a result of a medical error that claim damages against practicing doctors and hospitals. However, similarly to several European countries, for reasons directly pertaining to fundamental rights the Greek courts refuse to accept the claims of the child itself in cases concerning wrongful life. The financial burden imposed on a child born with disabilities as a result of a diagnostic error of the doctor or a hospital during the mother's pregnancy could be affected by the legislator's intervention. Thus, one could propose the adoption of a legislation comprehensively addressing the issue and thus guaranteeing a more general regulation of the rights of individuals born with disabilities. Sadly, the current unfavourable financial situation in Greece does not confer hopes that such legislation will be adopted in the near future.

The combined application of Articles 932 and 57 GCC has also contributed to the restoration of non-pecuniary damages in cases whereby the infringement of the physical integrity of an individual affected a third individual correlated with the victim by emotional ties. However, Greek courts and in particular the Areios Pagos were reluctant to restore, in the event of an individual's death, the non-pecuniary damage suffered by third parties who were interconnected with the victim by close emotional ties while not belonging to the immediate core of the family, as specified in Articles 928 and 929 GCC. These hesitations, however, could be overcome if the Greek legislator were to adopt radical reforms. As follows below in the chapter regarding the influence of constitutional and human rights in the field of Greek family law, the lack of such legislation does not encourage Greek courts to adopt a broader understanding of the concept of family.

10.4 The Influence of Fundamental Rights on Property Law⁵

10.4.1 *The Influence in Property Law*

10.4.1.1 **Origins, General Principles and Constitutional Background of Greek Property Law**

In the Greek legal system the term “property law” denotes a set of private law norms that regulate the relations between individuals and things. These norms are included in the third book of the Greek Civil Code (GCC) entitled “Property law”. The substance of the articles of this book (Articles 947–1345 GCC) has been derived from the Roman tradition, from the indigenous Greek variations that have been developed in the nineteenth century and from certain modern civil codes. In the Greek legal system, as in all civil law jurisdictions, the number of real rights is limited (*numerus clausus*). This means that the parties cannot create new or different property rights through a contract, unless the law provides otherwise. According to Article 973 GCC, the real rights that the parties can acquire are: ownership, personal and real servitudes, pledges and mortgages. Possession and detention are *sui generis* rights, neither real nor personal. The only case in which the parties have discretion in the formation of a property right is in personal servitudes (Article 1188 GCC).

Apart from the *numerus clausus* principle of real rights, further basic principles of Greek property law are: the principle of publicity of property rights; the principle of specificity according to which property rights are enforced on specific objects rather than on a group of things; the principles of the unity of economic purpose and that of economic utilization and the principle of good faith (Vavouskos 1995; Georgiadis 2010; Karybali and Tiptsiou 2003; Filios 2011). Greek property law is constitutionally founded on Article 17 GC, which provides that “property is under the protection of the State”. The establishment of property is also included in Article 17 of the Universal Declaration of Human Rights, Article 1 of the First Protocol to the ECHR and Article 17 EU Charter.

10.4.1.2 **The Broadened Concept of “Property” Deriving from Article 17 GC and Article 1 of the First Protocol to the ECHR**

Although the Greek Constitution does not define the concept of property, the prevailing view of Greek legal scholars accepts that the concept of property provided in Article 17 GC is broader than the corresponding concept in civil law (Drossos 1997). More particularly, it comprises the ownership and the additional property rights as well as any belongings, namely contractual rights, bank deposits, rights on tangible and intangible properties such as intellectual and industrial property as well

⁵By Christina Deliyanni-Dimitrakou.

as property in general. The above perception of property is consistent with Article 1(1) of the First Protocol to the ECHR, which provides that any natural person or legal entity is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. According to ECtHR case law, Article 1 of the First Protocol to the ECHR does not limit itself to property in the most traditional sense of the term, but rather includes real or personal rights as well as vested economic interests.

Over the last years, the Greek courts have started to interpret Article 17 GC in the light of Article 1 of the First Protocol to the ECHR. Thus, the Areios Pagos has recognized as a violation of Article 17 GC and Article 1 of the First Protocol to the ECHR the legislative abrogation of damages claims derived from criminal offences related to mass media and the press (law 2172/1993), the legislative abolition of succession rights on the lump sum pension compensations of public servants (presidential decree 670/1976) and the statutory repeal of the special time-benefit for public servants who have served in the border areas of the country. Similarly, in ruling 6/2007 the Plenary Session of the Areios Pagos held that Article 14(4) of law 3049/2002 abolishing the right to collect equitable remuneration on computers provided in Article 18 of law 2121/93 has violated Article 17 GC as well as Article 1 of the First Protocol to the ECHR. The most crucial issue raised by Article 14(4) of law 3049/2002 was its retroactive application to the right holders' claims that had accrued prior to its effective date. The question raised by this provision was, therefore, whether or not its retroactive application violated the property right enshrined in Article 17 GC and Article 1 of the First Protocol to the ECHR. The ruling of the Plenary Session of the Areios Pagos stated as a matter of principle that the law's retroactive application was contrary to the abovementioned provisions of both the Greek Constitution and the First Protocol to the ECHR.

10.4.1.3 Property Rights Limitations

Although the right to property is an absolute right, modern legal systems have broadened its absolute character. The Greek Constitution takes account of this fact. Thus, in Article 17(1) GC enshrining that property falls within the protective scope of the State, it also refers to the fact that rights deriving from the right to property cannot be exercised against the public interest. Moreover, Article 17(2) GC stipulates that no one is to be deprived of his possessions, if not for reasons pertaining to duly demonstrated public interest and always subsequent to a full compensation. Article 17(2) and (3) provide the prerequisites of the expropriation.

The First Protocol to the ECHR also includes a similar provision. Article 1(2) provides that "no one shall be deprived of his possessions except in public interest and subject to the conditions provided by law and by the general principles of international law". According to Article 1(2) of this Protocol, the proceeding provisions shall not, however, in any way impair the right of the state to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the public interest, either to secure the payment of taxes or other contributions of penalties.

The fact that Article 17(1) GC stipulates that the rights derived from the right to property cannot be exercised against the public interest has a double consequence. It prohibits, on the one hand, the abusive exercise of property and recognizes on the other hand, the social character of this right. In other words, it confirms that a possession generates rights as well as obligations (Chrysogonos 2006). Finally, the prohibition of the abusive exercise of property is the basis that the enactment of the legal restrictions of the right in public interest is established on. However, apart from the legal restrictions in public interest, there are restrictions to property in private interest. The general provisions of Articles 25 GC and 281 GCC are the basis of the latter and prohibit the abusive exercise of all rights.

Restrictions to property in public interest are numerous and varying. The Greek legislator intervenes with the field of property law either due to a state intervention in the economy or to protect the public interest or national security. The Greek courts have thus accepted that the judicial concession of the family home to one of the spouses, regardless of the person, is not contrary to Article 17 GC because it aims to protect the family enshrined as an institution in Article 21(1) GC (Athens Court of Appeal 698/189). The Greek courts have judged the various laws accordingly, enforcing the obligatory extension of the lease (Areios Pagos 1239/1998) or land easements for military purposes (Areios Pagos 1600/1991). All these restrictions have been deemed in line with Article 17 GC because they are in favour of the public interest.

Most of the restrictions on property posed by the Greek legislator in public interest aim to protect the right to environment enshrined in Article 24 GC. Hence, the Greek courts have ruled that layout restrictions aiming to protect adjacent spas or the banning of construction works near archaeological sites are not unreasonable restrictions on property and are not contrary to Article 17 GC. The banning of fences within a 500-m range from the beach as well as the demolishing of existing fences on real estates with no house or cultivated land were ruled similarly.

Moreover, it is of note that the Greek legal theory identifies environmental goods with common things and with things of common use (Karakostas 2011). More specifically, it considers that the right of all individuals to use, enjoy and benefit from environmental goods derives from the right to personality protected by law under Article 57–59 GCC. This approach provides an interesting legal basis for repulsing several forms of environmental pollution. Thus, Greek legal scholars claim that the right to use common things and things of common use should be perceived both from the scope of the principles guaranteeing the protection of human dignity (Article 2(1) GC) as well as of the free development of personality (Article 5(1) GC), and on the basis of Article 24(1) GC recognizing environmental protection as a state obligation. Greek courts have employed this theoretical argumentation on several accounts. Moreover, the option of a temporary judicial protection through injunction relief has proven the most convenient judicial tool to prevent or restrict environmental damages. Most of the rulings of the Greek political courts regarding the protection of environmental goods have been delivered subsequent to injunction relief claims (First Instance Court of Athens 1727/2001, First Instance Court of Trikala, 420/1998). Henceforth, the Greek courts have accepted that applicants have

the right to use common things and things of common use, as a right deriving from the broader right to personality established in Article 57 GC. Greek courts have also recognized that the specific right to a vital space deriving from the right to personality comprises the protection, preservation and enjoyment of the archaeological treasures and monuments of the country (First Instance Court of Athens 10961/1997), and that the right to personality is also violated in cases whereby the common use originating from the common use of water space is disturbed or abolished (First Instance Court of Ioannina, 471/1996, First Instance Court of Mesollogi, 134/1997 (both injunction relief)). Notably, in case of harmful sanitary impacts of mobile phone installations on environmental goods, the courts pointed out that the applicants based their safety measures claim on a provision of Article 57 GCC and recognized them the right to environmental goods (First Instance Court of Athens, 14316/1995; First Instance Court of Athens, 24377/1994, 1997; Karakostas 2011).

However, private law does not address environmental abuses solely by means of the norms on the protection of personality. In order to address those abuses, provisions of neighbour law on emissions are also applied (Articles 1003–1005 GCC). Although the wording of these provisions evidence that the emissions generated by a habitual use of the property should be considered legitimate even if they degrade or essentially alter environmental goods, legal theory has broadened the protective scope of the above provisions, interpreting them in the light of Articles 24(1), 17, 2(1) and 5(1) GC protecting the right to environment, the right to property, the principle of human value and the free development of personality, respectively.

10.4.1.4 The Elementary Character of the EU Property Law and the Limited Involvement of Fundamental Rights in Its Formation

Property law is a field of private law exhibiting vivid differentiations in Europe. Naturally, the drafters of the Draft Common Frame of Reference have pursued common principles in contract and tort law as well as in the law of restitution, but also in the area of property law. Moreover, the EU has adopted texts that directly or indirectly regulate the aspects of property law of the Member States (Akkermans 2011).

More specifically, texts such as Directive 93/7/EEC on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State, Regulation 1346/2000/EC on insolvency proceedings ((EC) No 1346/2000), Directive 2000/35/EC combating late payment in commercial transactions (2000/35/EC) as well as Directive 2002/47/EC on financial collateral arrangements (2002/47/EC) directly regulate issues of property law. Furthermore, an indirect impact on the property law of Member States have both the environmental Directive 2003/87/EC on emissions rights (2003/87/EC) and the Regulation Proposals on the regulation of issues concerning jurisdiction, applicable law, the recognition and enforcement of decisions in matters of succession as well as in matrimonial property matters (COM(2009)). However, regardless of their significance, these texts promote a segmental and fragmented harmonization. To this end, it is difficult to detect a common EU property

law that is equivalent to EU contract law and to foresee the expected impact that the fundamental rights will potentially have on the formation of such a law.

Nevertheless, the EU Charter explicitly protects the right to property. Article 17(1) specifically stipulates that “everyone has the right to own, use, dispose of and bequeath his or her lawfully acquired possessions. No one may be deprived of his or her possessions, except in the public interest and in the cases and under the conditions provided for by law, subject to fair compensation being paid in good time for their loss. The use of property may be regulated by law in so far as is necessary for the general interest”. Naturally, to date the CJEU has been in the position to apply this provision on limited occasions. However, in *Sky Österreich GmbH* analysed above, the CJEU refrained from granting an absolute character to the right to property, and held that the provision of the Audiovisual Media Services Directive 2010/13/EU (Article 15(6)) that restricts the reasonable compensation owed to the holder of exclusive broadcasting rights for the rights he grants to other broadcasters, is not contrary to Article 17(1) EU Charter enshrining the right to property, since it aims to protect other fundamental rights and especially the right of the public to information.

10.4.2 Intellectual Property Law and Its Strong Correlation to Fundamental Rights

Contrary to property law that has been introvert and ethnocentric to date, intellectual property law is internationalized and strongly Europeanized. The concept of intellectual property explicitly expresses a series of legally recognized exclusive rights to creations of the mind. Under intellectual property law, owners are granted certain exclusive rights to a variety of intangible assets, such as musical, literary, and artistic works; discoveries and inventions; and words, phrases, symbols and designs. Intellectual property rights are divided into two categories: industrial property and copyright rights.

10.4.2.1 The Internationalization and Europeanization of Intellectual Property Law and Its Influence on Greek Case Law

The international protection of intellectual property has been implemented through several treaties and agreements, the most important of which are: the Paris Convention for the Protection of Industrial Property (1883) and the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (1886).

At EU level, the EU Charter protects the intellectual property in Article 17(2). Additionally, the EU has adopted a significant legislation that harmonizes the laws on intellectual property of the Member States. In this field, Regulation No 207/2009 on the Community Trade Mark, Directive 2008/95/EC on Trade Marks, Directive

2001/29/EC on Copyright in the Information Society and Directive 2004/468/EC on the Enforcement of Intellectual Property Rights are of high importance among the EU legislative texts. Additional significant EU legislations concerning intellectual property are: Directive 98/71/EC on the Legal Protection of Designs; Directive on Biotechnological Inventions and Directive on Topographies of Semiconductor Products.

These texts have been transposed to the Greek legal system and incorporated into the legislation regulating the field of intellectual property. The same holds for the abovementioned international treaties that Greece has long joined and has ratified all their revisions.

Beyond the international and supranational texts, the Greek Constitution also provides multiple legal foundations to intellectual property. It protects, more particularly, the author regarding both the production and the distribution of his work, as well as copyright as a commodity, in several ways. The protection of the intellectual creator is provided in Article 2(1) GC that recalls the principle of the protection of human dignity; in Article 5(1) and (3) that guarantee the free development of personality; in Article 14 that establishes the free expression and distribution of views as well as in Article 16 that recalls the freedom of art, science, research and education.

The current Greek legislation in the field of industrial property is law 1733/1987 that founded the Industrial Property Organization. As for copyright law, of note are law 2121/1993 as subsequently amended mainly by law 2435/1995 (Articles 3 and 10), law 2557/1997 (Article 8) transposing Directives 93/83, 93/98 EEC as well as law 2819/2000 (Article 7), law 3057/2002 (transposing Directive 2001/29/EC), laws 3183/2003 and 3184/2003 and the ministerial decree 8300/2000. This legislative framework also corresponds to the right to the intellectual products as recognized in Article 60 GCC (Ministerial Decree 8300/2003). The main purpose of this legal framework is to provide the most comprehensive and effective protection of copyright rights by protecting the moral rights of the creators and by recognizing them as natural persons solely. The protection of the *post mortem auctoris* for a period of 70 years subsequent to decease, as well as the protection of copyright rights regardless of their value or purpose is of great significance.

10.4.2.2 Interaction between Fundamental Rights and Intellectual Property in the CJEU and Greek Case Law

The CJEU has played a crucial role in the formation of intellectual property law. In the *Tocai* case (C-347/03), the CJEU recognized the intellectual property as a fundamental right and applied to it Article 1 of the First Protocol to ECHR. Nonetheless, it refrained from granting to this right an absolute character underlining its social function. In its subsequent case law, the CJEU enhanced its position balancing the right to intellectual property with other fundamental rights, such as, for instance, the right to private life, to the protection of personal data or the right to information. In the *Promusicae* (C-275/06) case, for instance, the CJEU ruled that EU law does not

oblige Member States to publish personal details in order to guarantee an effective protection of the author's rights. In the *Scarlet* case (C-70/10) as well, the CJEU ruled that an Internet Service Provider (ISP) cannot be ordered to deploy a generalized filtering system on its network to block the exchange of musical files not authorized by the copyright holders.

The CJEU case law on issues pertaining to intellectual property has influenced the Greek case law. In the *SGAE* (C-306/05) case, for instance, the CJEU held that the distribution of a signal by means of television sets in a hotel to customers staying in the rooms, whichever the means of the broadcasting of the signal, is a means of its communication to the public. In the 161/2009 decision, the Areios Pagos addressed a similar case. Given that it held the facts of the case at issue to be non-equivalent to that of the *SGAE* case, it filed a preliminary question to the CJEU. The CJEU in responding through the reasoned order of 18 March 2011 (Case C-136/09 *Organismos Sillogikis Diacheirisis Dimiourgon versus Divani-Acropolis Hotel and Tourism AE*) confirmed the principles it had applied in the *SGAE* case.

Decision 4658/2012 of the First Instance Court of Athens is another important Greek case that highlights the involvement of fundamental rights in intellectual property law as well as the attempt of the Greek courts to take into account the CJEU case law. More specifically, the decision in question ordered the adoption of preliminary technological measures against the Internet Service Providers (ISPs) aiming to forbid the access of users to websites facilitating the illegal exchange of digital music and audiovisual works. The significance of the decision lays in the fact that it orders, for the first time in the Greek legal system, the adoption of preventive measures in applying Article 64A law 2121/1993 that incorporates the Article 8(3) of EU Directive 2001/29 concerning the possibility to take security measures against mediators (internet service providers), the services of whom are used by a third party aiming to violate copyrights or related right.

The injunction at issue has been imposed more specifically through the above decision after a request brought by organizations protecting intellectual property in Greece. The One-Member First Instance Court of Athens ordered the application of the filter against the Internet Service Providers (ISPs), in order to hinder the access of subscribers of the aforementioned companies to the conflicting websites. The Court, however, deemed the written notification of the subscribers visiting these sites an inadequate measure. It also took into account the CJEU decisions (C-369/10 *Ravensburger AG* and C-70/10 *Scarlet v SABAM* cases) that are relevant to the issue at stake. Thus, it recognized that the imposition of a general obligation for a generalized application of "filtering" technologies on the providers would be incompliant with the fundamental rights, such as the freedom of speech and the right to participate in the information society that are established in the ECHR. Finally, however, the Greek court has adopted the obligatory application of the filtration technique by the providers as a security measure, resulting in the severe criticism of the decision in question by the theory.

10.4.3 Proposals and Recommendations for an Enhanced Interaction between Fundamental Rights and Property Law

As seen in the above analysis, the adoption of a broader notion of property both by the Greek theory and the case law is of great significance. This notion should exceed the traditional understanding of property by expanding it in order to cover *stricto sensu* property rights as well as financial interests of all types. The relevant case law of the European Court of Human Rights in Strasbourg is extremely useful in this field.

Fundamental rights, however, have not influenced solely the concept of property. They have also altered the intents and the philosophical background of this right, granting it a relevant social orientation. In the Greek legal system the most important restrictions to the right to property are of environmental character. They are, in other words, enforced directly or indirectly by the right to environment. The Greek courts have, however, recognized restrictions to the right to property in order to take into account various other values and legal institutions protected by the GC, such as for instance the institution of family.

Even though the interference of the right to property with other fundamental rights, and especially with the right to environment, has been addressed extensively by the Greek courts, at a European level the CJEU has dealt with this issue on a few occasions solely. Nevertheless, the CJEU case law on intellectual property right and on its conflicts with other fundamental rights is of extreme importance and has influenced, to a certain extent, the Greek case law.

10.5 The Influence of Fundamental Rights on Family Law⁶

10.5.1 The Socio-political Background of Greek Family Law and the Contribution of Fundamental Rights to its Renovation

The fourth book of the GCC entitled “Family law” includes 18 chapters that address the issues of engagement, marriage and divorce, the relations between parents and children, and the legal effects of parenthood, adoption, guardianship of minors and of imprisoned persons, the curatorship of the property of absent persons, and judicial assistance (Deliyannis 1986–1987; Koumantos 1988–1989; Kounougeri-Manoledaki 2008; Papachristou 2005). The particular flavour of this book results from the Greek tradition as well as from the religious doctrines of the Greek Orthodox Church. Therefore, its provisions until recently have reflected the

⁶By Christina M. Akrivopoulou.

outdated patriarchal perceptions of the divisions of roles between spouses, according to which the husband and father is the head of the family and the exclusive bearer of paternal power over the offspring, while the wife must obey her husband, run the household and educate the children. However, all these perceptions were eliminated at the beginning of the 1980s when the first legislative revision of family law took place by virtue of law 1329/1983 implementing the constitutional requirement of equality between men and women in private law (Androuidakis-Dimitradis 2009; Grammatikaki-Alexiou 2008; Papachristou et al. 2012). The aforementioned law brought a partial modernization of the fourth book of GCC concerning family law, which was subsequently complemented by a series of newer laws that attempted to adapt Greek family law to the new requirements set by both the socio-economic developments and the advances in the area of biotechnology.

There are two most important revisions of the framework of family law in the Greek legal system regarding the realization and enjoyment of constitutional and human rights. The first one took place after the adoption of the 1975 GC that explicitly stipulated (Article 116(1)) that the current family law legislation be amended according to the principle of equality between men and women provided in Article 4 GC. The amendment took place by virtue of two laws: 1250/1982 recognizing, for the first time, civil marriage equivalent to the religious orthodox marriage recognized exclusively by the former legislative regime; and 1329/1983 that led to the radical revision of family law in Greece. Along with the parallel abolishment of the criminalization of adultery, the revision abolished dowry, the legal obligation to marriage deriving from engagement, the participation of the Greek Orthodox Church in the divorce procedures (“spiritual dissolution of the marriage”), while recognizing the children of Greek citizens that were united by civil marriage abroad as offspring born in wedlock. Indeed, during the system prior to law 1329/1983, civil marriage was not recognized and thus the children of Greek citizens married abroad in this type of marriage had not been recognized as legitimate offspring by the Greek authorities. This legislative framework had a severe and negative impact on family relations as well as on successions. Moreover, in the previous system the role of the man in the family was that of the *pater familias* characterized by a long-standing inequality between the husband and wife as well as of the absence of substantial child rights.

The revision abandoned these old-fashioned institutions while introducing a new image for the Greek family and created a new model of marriage and family: a modern and open one that was European in character and was founded on the principles of equality and freedom among family members. In this context, the child was recognized as a subject of rights and s/he acquired the right to the free choice of a surname. Moreover, the threshold of adulthood and of full legal capacity was modified from 21 to 18 years of age, and an offspring obtained the right to a paternity suit, a right that had previously belonged to the father exclusively. However, the major reform introduced by law 1329/1983 led to the full equation between children born out of wedlock and those born in wedlock. This change was combined with a symbolic change in the legal terminology that until then stigmatized those children as “bastards” and “illegitimates”. In the field of matrimony man and wife became

equal regarding the parental care of their children. Among the numerous important changes one should emphasize the right of a woman to keep her surname after the marriage and in particular the simplification of the institution of divorce in a way that no longer led to the injury of the family and the punishment of the one “culpable” for the family breakup. This simplification took place via the introduction of the institutions of consensual and automatic divorce after separation. In the same context, alimony has thereafter been associated mainly with the economic situation and strength of the spouses and has not focused entirely on the issue of liability for the event of divorce.

Based on this stable legal ground regarding the overall reform of the institutions of marriage and family aiming at gender equality and children’s rights, in the mid 1980s the legislation regarding abortion had, at last, been also liberalized. In Greece, abortion until the second trimester of pregnancy was legitimized in 1978 solely in cases concerning malformations of the foetus. This legislative system had been eventually amended by law 1609/1986 that integrates the matter of personal choice and the need for the social protection of woman into the reasons of legitimate abortion. Thus, abortion up to the 12th week of pregnancy and also in cases of rape or danger to the physical and mental health of the pregnant woman is now considered legitimate.

In the context of promoting the private autonomy of individuals in the field of assisted medical human reproduction, law 3089/2002 has revised Articles 1455–1460 GCC. That was the second more important revision of family law in Greece. According to the abovementioned law, in vitro fertilisation (IVF) is possible with a view to dealing with the physical incapacity of giving birth or avoiding transmission of serious diseases to the foetus. Cloning as well as gender selection is entirely forbidden, unless it is the only way to avoid a serious hereditary condition (Article 1455 GCC). The law provides the donor of genetic material with the right to anonymity (Article 1460 GCC) and regulates surrogate pregnancy as an act with no financial compensation requiring the written informed consent of all parties in the form of a notaries act. Lastly, the law gives the right to IVF even after the death of the spouse or life companion, with the permission of a court of justice if a consent in the form of a notaries act had been given prior to the event of death or if a disease potentially leading to death or sterilization had occurred (Article 1457 GCC) (Kounougeri-Manoledaki 2003).

10.5.2 General Principles of Family Law and the Clauses Permitting the Invocation of Fundamental Rights in the Field of Family Relations

The system of family law in Greece is regulated by the following principles: equality between husband and wife in matters pertaining to family life and parental decisions under Article 4(1) GC; the freedom of choice to enter into marriage, a principle

deriving from the constitutional right of the individual to the free development of personality (Article 5 GC) and the constitutional right to privacy (Article 9 GC); the protection of family as a social institution of fundamental significance under Article 21 GC; the principle of the child's best interest regarding all decisions made on his/her behalf; and the protection of private autonomy for the subjects both as individuals and as members of the family, as reflected in the fields of divorce, reproduction etc.

In this framework, the notion of "marriage" is perceived as a freedom based on the mutual consent and free choice of the individuals as for their spouse and the type of marriage. The notion of "family" is perceived as a protective sphere for the rights of its members, namely their rights to personality and dignity, their freedom of reproduction, equality between the spouses and protection of the children's rights.

Moreover, "family" from another point of view is considered to be a highly important social institution that is constitutionally guaranteed, while the child is recognized as the bearer of rights and as a subject to special legislative and constitutional protection. In this framework, the rights and freedoms developed in the field of family relations are limited by the rights of others and by the public interest of preserving principles correlated with the equality, personality, privacy and especially the dignity of individuals, such as for example the principle of monogamy, the restrictions regarding reproductive cloning, the provisions regarding the protection of the autonomy of the spouses and the children, as for instance the right of the latter to dispute parental choices regarding education or religion etc. From this point of view, it could be argued that the Greek system of family law actually reflects a block of constitutional rights guaranteed in the Greek Constitution (dignity, equality between men and women, personality, privacy, family life, protection of the child, marriage and the institution of family).

10.5.3 Law 3719/2008 Recognizing the Civil Union of Opposite-Sex Couples and Its Opposition to the Principle of Non-discrimination: The Vallianatos v. Greece Case ECtHR

In Greece, law 3719/2008 regulating "cohabitation pacts" and civil unions, better known from the French law "pacte de solidarité" (*Pacs*), was a first step regarding the promotion of equality between married and unmarried couples in a free union. Those pacts refer only to opposite-sex couples thus discriminating against couples of the same sex (Article 1 law 3719/2008) (Papadopoulou 2008).

Under law 3719/2008 an opposite-sex couple can enter into a civil union by a notarial act that is registered at the Office of the Registrar (Article 1). According to Articles 127–129 GCC both parties should have full legal capacity. Such a pact may be terminated by the consensual agreement of both parties in the form of a notary act, by marriage between the two parties or a third one, or unilaterally following the notification of the other party. Law 3719/2008 also regulates the rights for acquisi-

tions made by the parties during the period that the cohabitation pact was in effect, hereditary rights (Article 1), obligation to alimony (Article 7), parental rights (Article 10) and the presumption of fatherhood (Article 8), as well as setting regulations regarding the children's surname (Article 5). Law 3719/2008 does not establish a full equality between married couples and couples in a free union who enter cohabitation pacts, but it is certainly moving towards that direction. A great disadvantage of the law is that it excludes same-sex unions from its scope, as mentioned above. Thus, its failure to also regulate same-sex civil unions results in sexual discrimination and the subsequent violation of their rights to privacy, sexual freedom and the principle of equality.

Law 3089/2002 is far more liberal. In Articles 1455–1460 it stipulates that all the rights to human-assisted artificial reproduction be expanded to unmarried women, as well. Nevertheless, in the case that they live in a free union the law requires a notarial act expressing the informed consent of their partner to the artificial insemination (Articles 1465–1467). Regarding law 3719/2008, it should be noted that additional problems are caused by the fact that this law does not regulate the possibility of adoption in the frame of civil unions, thus rendering adoption by one parent only.

In the *Vallianatos and others v Greece* case (nos. 29381/09 and 32684/09, ECtHR 2013) the ECtHR has condemned Greece for banning same-sex civil unions. The joint complaints were heard by the Grand Chamber on 16 January 2013 while the judgment was delivered on 7 November 2013. In this case, four same-sex couples, members and representatives of Greek homosexual organizations, have filed to ECtHR joint complaints claiming that under Article 14 ECHR law 3719/2008 was discriminating against homosexuals and under Article 8 ECHR it had violated their right to enjoy their rights to privacy and family life. More specifically, the applicants complained that in Greece law 3719/2008 has introduced civil unions for opposite-sex couples sharing a stable relationship as an alternative option to the institution of marriage, while explicitly excluding homosexuals from its scope (Anthopoulos 2013).

The Greek government has argued that law 3719/2008 did not aim to recognize civil unions as substitutes to the institution of marriage, rather to regulate stable opposite-sex relationships and to provide their parties with family, hereditary and parental rights and obligations. As the Greek government has sustained, this law also aimed to regulate the rights of the children born in civil unions, thus dealing with a major and crucial social issue, that of single parent families. According to this argumentation, law 3719/2008 was merely following the social evolution in the field of family law and by no means was it aiming to exclude homosexuals from its scope.

Nevertheless, the ECtHR was not persuaded by this argumentation. As the ECtHR has pointed out in its previous jurisprudence, same-sex stable relationships are included in the scope of family life under Article 8 ECHR (*Shalk and Kopf v Austria*, no. 30141/04, ECtHR 2010). Accordingly, to the ECtHR any discriminating treatment of their right to enjoy privacy and family life would be violating Articles 8 and 14 ECHR. In the *Vallianatos* case, after performing a proportionality

test the ECtHR concluded that law 3719/2008 was not pursuing any legitimate aim that could justify the exclusion of same-sex couples from its scope. As the ECtHR has observed there was a perfect analogy between opposite-sex and same-sex couples as far as their needs for mutual assistance, companionship and care were concerned, therefore deeming their banning from the legislatively-recognized civil unions unnecessary in a democratic society.

Lastly, the ECtHR underlined that albeit not weighing on its judgment, it should nevertheless be noted that whenever the institution of civil unions was introduced in Europe, it aimed at recognizing same-sex cohabitation and family rights. Moreover, according to the ECtHR 9 out of 19 Member States of the Council of Europe recognize same-sex marriage while 17 extended the institution of civil unions to same-sex couples, thus forming a strong argument in favour of granting homosexuals the right to marriage or to enter civil union. As the ECtHR shrewdly pointed out, at this point only Lithuania and Greece have reserved the legislative recognition of civil unions for opposite-sex couples only, thus being one of the last Member States of the Council of Europe to recognize the right of homosexuals to marriage and civil union.

Apparently, the *Vallianatos* case isolates Greece from the rest of the Council of Europe Member States regarding the recognition of family rights for homosexuals. Hopefully the conviction of Greece would open the path for a new understanding regarding the rights of homosexuals and would satisfy the pressing need for their social integration in Greece. Laws such as law 3719/2008 discriminate against homosexuals in the field of their privacy and family life and are also infringing the very core of their dignity and personality as free, unencumbered individuals that have the right to be different and regulate autonomously their way of life. In this framework, it is imperative that this legislation change and that law 3719/2008 be amended according to the principles set by the ECtHR in order to include same-sex couples in its scope.

10.5.4 The Impact of EU Legislation and the ECtHR Case Law on Greek Family Law

According to the ECtHR the notion of family life has developed over time along with the changing social attitudes. Today it is not limited solely to families based on marriage and may encompass even de facto relationships. Thus the ECtHR, upon determining whether or not a relationship falls within the concept of family life according to Article 8 ECHR, may take into account whether or not a couple lives together, the length of their relationship, whether or not they have demonstrated their commitment by having children or by any other means etc. (*X, Y and Z v. UK*, no. 21830/93, ECtHR 1997).

The *Negrepointis-Giannisis v. Greece* (no. 56759/08, ECtHR 2013) case is the most important recent judgment regarding the right to family life under Article 8

ECHR. The case concerned the refusal on behalf of the Greek courts to recognize a full adoption made in the USA between a monk and his nephew. The ECtHR found that there has been a violation of Article 8 ECHR illustrating that the refusal of the Greek courts to recognize the adoption order was not responding to any social necessity and was disproportionate to the aim pursued. The Court also found a violation of Article 14 ECHR, since by their refusal the Greek courts had discriminated against an adopted compared to a biological child. Subsequently, the Court found that the Greek authorities had also violated Article 6(1) ECHR regarding a fair trial and Article 1 of the First Protocol to the ECHR, since the decision also violated the hereditary rights of the adopted child.

The introduction of law 3500/2006 regarding “domestic violence” is the most important impact of EU law on Greek family law. This was a highly significant attempt to align the relevant Greek legislation with the fundamental principle of equality between men and women as developed in EU law mainly via the CJEU case law and especially via Directive 2006/54/EC on “equal treatment”. The law perceives the term “family” by establishing a *de facto* definition stipulating that, apart from a married couple, a family may comprise children born in wedlock, adopted children, cohabiting relatives, couples living in a free union and children born in free unions. Article 2 of the law 3500/2006 also prohibits within the family any form of violence. More particularly, this law prohibits to any family members to generate physical pain, exhaustion potentially dangerous for one’s health, psychological pain that can cause moral damage, the continuing isolation of the victim and the violation of sexual dignity in any humiliating manner (by expression or physical action) (Articles 6(4) and 9). The great innovation of the law lays in the fact that Article 11 stipulates that in case of misdemeanours of domestic violence the competent District Attorney can initiate a procedure of criminal mediation.

Thus, the perpetrator of a domestic violence can avoid incarceration under the following three conditions: declaring that s/he would not commit any future acts of domestic violence; in the case of cohabitation agreeing to leave the family residence; and attending a program of consultation and/or therapy. If the perpetrator commits another act of domestic violence within 3 years, the procedure is immediately interrupted and persecution follows. On the other hand, if the perpetrator does not commit any such act, s/he is acquitted of all charges. In the end, according to Article 21 of the law 3500/2006, domestic violence victims enjoy social protection and assistance from the social services of the State.

Migration and refugee law is another field in which EU law has a major impact on national legislations. Thus, Directive 2003/86/EC has led to presidential decrees 131/2006 and 167/2008 regarding the right to family reunification and its application in cases concerning migration, refugee (protection of international status) and subsidiary protection for third-country citizens. In these cases, the right to family reunification allows for the legal movement of the Members of the family of the individual who enjoys protection under the international status of refugee; or is a legal immigrant in one of the EU Member States. In this framework, the spouse, the minors, children (adopted children as well as children of the other spouse) are included in the “family”, while the reunification of an unmarried partner, of an adult

dependent children or of a dependent additional relative may be authorized by the competent national authorities.

Similar to any EU citizen, the family members deemed eligible may have a family permit and gain access to education, employment and vocational training, while after 5 years of residence one of the abovementioned family members may autonomously apply for a residence status. Restrictions pertaining to public order and public security can be posed on national legislation. Thus, polygamy is not included in the family reunification status and therefore the right to family reunification applies only to the first spouse. In a similar framework, fraud marriages may face criminal charges while EU Member States may require that the beneficiaries prove the existence of adequate accommodation, sufficient financial resources and a health insurance in the country of reception. Lastly, according to the relevant CJEU case law (C-540/03, *Parliament v. Council*), EU Member States must apply the provisions of the Directive on the basis of the principles deriving from the fundamental rights protection and the child's best interest. It is in this framework that the Greek legislation has adopted the right to family reunification as well.

10.5.5 Greek Case Law Indicative of the Influence of Fundamental Rights on Family Law

The most recent trends in Greek family law regarding the influence of fundamental rights on the fields of assisted human reproduction, marriage and divorce, the following case law (Kotzampasi 2011) is of note.

A number of cases concerning the legal capacity of a child to renounce his/her father are distinctive examples of an interpretation of family law legislation that is constitutionally orientated towards fundamental rights (Athens Court of Appeals No 10168/1982 and No 9702/1984). In the early 1980s, children born in wedlock were automatically recognized as natural descendants of the mother's husband and were unable to renounce their father under the GCC in case they were in fact not blood-related. This was a right that the GCC only granted to the legally recognized father (Articles 1471 and 1475 GCC). The Greek courts invoked Articles 2(1), 5(1) and 21(1) GC and concluded that the systematic application of the rights to human dignity, the free development of personality as well as the constitutional protection of the family and child serve as the basis for the recognition of the right of a child to uncover his/her true origins and recover his/her true identity. On this constitutional basis, the Greek courts re-interpreted the private law norms in question and provided the child with a ground to support the legal action necessary to renounce the legally recognized father. The Greek courts on this occasion avoided discarding the specific norms of private law as unconstitutional norms by reshaping their scope and meaning so as to render them compatible with the invoked constitutional rights. Thus, the Greek courts interpreted the relevant norms coordinated to the constitutional rights guaranteed by the Greek Constitution ('*Verfassungskonforme Gesetzesauslegung*').

The Areios Pagos case law regarding parental decisions concerning the child's name is crucial for the development of the principle of the protection of the child's best interest that is fundamental for family law. According to this case law, the decision over the choice of the child's name should be of both parents, should be consensual and is formed as an aspect of their parental care independently of the rights that one of them may or may not have regarding the child's custody after a divorce. The choice of the child's name should be made on the basis of what is deemed best for his/her interest. Similarly, when a court is called to rule concerning the validity of an agreement between the parents as far as the child's name is concerned, it should form its decision according to the child's interest and having taken account of the principle of equality between the genders, especially when it is considered to have been violated in favour of the male or female spouse (Areios Pagos 1700/2001, 417/2005, 1910/2005, 1005/2006). In this framework, the recent judgment of the ECtHR in the *Cusan and Fazzo v. Italy* case (no. 77/07, ECtHR 2014) is extremely interesting. In this case the ECtHR has considered the Italian legislation requiring the exclusive use of the father's surname discriminatory according to Articles 8 and 14 ECHR.

Judgment 826/2008 of the Court of Appeals of Thessaloniki concerning the limits that good morals set to the autonomy of the spouses to form agreements regarding the parental care of their children is of note, as well. In its judgment the court examined a case whereby the mother has resigned from her rights to parental care in exchange of a financial compensation from her former husband and father of their children. The mother has sued her former husband for not compensating her according to their mutual agreement even though she had resigned from all her parental rights over their children. The court considered the initial agreement invalid and supported its argument sustaining that it violated the good morals as protected under Articles 178–179 GCC. Thus, the court decided against the commercialization of family relations and set moral limits to the autonomy of the spouses to form a consensual agreement regarding matters of parental care.

Regarding equality between men and women in the rights of reproduction judgment 2827/2008 of the First Instance Court of Athens is also of extreme interest. The court held that both men and women have the right to reproduction and thus may have children by egg donation and via surrogacy. The court based its judgment on the principle of equality under Articles 4(2) and (3) GC and expanded the right to reproduction as a field of the personal autonomy of men as for the physical boundaries of their gender.

On the subject of the spouses' rights to choose whether or not to have children by means of IVF, the Greek courts have determined that the mother should make the relevant choice. Thus, in case 15298/2010 the MultiMember First Instance Court of Thessaloniki ruled that the husband's continuous demand that his wife be subject to a long-term hormonal treatment could be, in fact, considered a ground for divorce. This judgment has defined the right of the woman and wife to autonomously make her choices regarding her body and motherhood, based on her right to personality.

The jurisprudence concerning the validity of a marriage of a same-sex couple that took place on the Greek island of Tilos as a form of a protest against law 3719/2008 excluding homosexuals from the provisions regarding free civil unions is of particular note, as well. The District Attorney of Rhodes contested to the legality of the marriage which, according to the judgment of the MultiMember First Instance Court of Rhodes, was “non-existent” due to the absence of one of the substantial elements required by Articles 1350 et seq GCC, namely the difference of gender between the parties entering the marriage. This judgment laid the ground for the subsequent *Vallianatos and others v Greece* case analysed above and led to the conviction of Greece by the ECtHR.

Albeit complex, matters regarding the application of Sharia to the Greek Muslims of Thrace are also highly interesting. It should be noted that law 1920/1991 has provided the First Instance Courts with the competence to review whether or not the judgments of the Mufti fall within the scope of his jurisdiction and whether or not they are compatible with the GC. Nevertheless, these courts usually avoid exercising this review, thus recognizing and enforcing the judgments of the Mufti by typically ensuring only their agreement to the rules of Islamic law.

It should, however, be noted that more recently Greek courts have gradually started to review the constitutionality of the rules and principles of the sacred Islamic law regulating the family and hereditary relations of the Greek Muslim citizens. In this framework, in case 102/2012 (Pantelidou 2013) the First Instance Court of Xanthi held that Articles 2(1), 4(1) and (2) and 21(1) were violated by the rule of the sacred Islamic law that stipulates that in the event of a divorce the custody of a minor boy be granted to the mother until the boy turns his seventh year of age, while stipulating that a minor girl remain in the mother’s custody until she turns nine; and that after these ages the custody of the minors be passed to their father, who is entitled to exercise this right until the children become adults. The court also held that the abovementioned rule was violating Articles 13 GC and 9 ECHR that guarantee the negative aspect of the right to religious freedom, thus forcing the Muslim Greek Citizens who have entered religious, in judgment 9/2008 the MultiMember First Instance Court of Rhodope pointed out that the regulation of the sacred Islamic law stating that in the case of intestate succession the share of the male heirs be twice than that of the female heirs, was contrary to the national constitutional requirements and international standards guaranteeing the principle of gender equality in succession. The Greek courts have adopted the same approach a few years ago when facing foreign customs that did not apply the principle of equality in succession. Thus, in its 653/1972 judgment, the Areios Pagos addressed a foreign custom that recognized the exclusive right to inheritance of the property of a father only to the first-born son and of the property of a mother only to the eldest daughter, thus excluding all additional children from intestate succession. The Areios Pagos refused to apply the above custom, evoking its being contrary to the fundamental principle of equality in succession as recognized and emphasized by both the Greek legal order and the legal systems of the other member countries of the Council of Europe. The Court held, therefore, that the custom could not be applied in Greece due to its being contrary to the clause of Article 33 GCC on public policy.

10.5.6 Proposals and Recommendations for an Enhanced Interaction between Fundamental Rights and Family Law

As indicated above, the field of family law is one of the fields most influenced by fundamental rights subject areas. The Greek legal order has achieved a lot done regarding the gradual renovation of family law and one could say that the recent trends regarding the enhanced protection of fundamental and human rights have been integrated. Nevertheless, as illustrated above, specific legislative action should be taken regarding the recognition of the right to civil unions and marriage for homosexuals, thus enforcing the principle of equality and the right to privacy according to the relevant ECtHR case law in the recent *Cusan and Fazzo v. Italy* case. In the same framework, Greek case law should gradually develop a broader concept regarding the notion of family under the influence of the ECtHR case law in order to adopt the societal transformations that the institution of family is phasing. As shown above, the adoption of a wider notion of “family” that is open to social change is crucial both in the field of tort law and that of family law. On a much similar basis, Greek case law should also address decisively the enforcement of human rights in the marriages and family relations of the Greek citizens of Muslim origin, thus contributing to the development and modernization of an anachronistic family law system.

10.6 Concluding Remarks

As seen in the above analysis, in the Greek legal order fundamental rights have a significant influence on private relations. This influence can be deemed: direct, since certain rights can be directly enforced in the private sphere (for example the principle of equality in the cases of equal pay between men and women); indirect, since certain rights are only enforced via abstract notions (for example the notion of unlawfulness in torts, Article 914 GCC) or general legal clauses (for example the good faith clause); and either in conjunction with the right to personality as recognized under Article 57 GCC, or specified in those cases where the application of a fundamental right has been specified by law (for example the legislative protection of personal data). In the same framework, as already underlined, the ECHR and ECtHR case law are of significant influence as far as the evolving interpretation of constitutional rights is concerned, thus enabling on certain occasions their understanding also as human rights.

As seen, in the fields of contract, tort, family, succession, property and intellectual property law fundamental rights play a particularly significant and crucial role when applied in private relations, a role well recognized both by Greek case law and legal theory. Thus, they serve as interpretative tools for the judge in the cases whereby there is a need for balancing between private claims and interests (for

example the cases of labour relations); they assist the development of private law and serve as the foundation for the introduction of a novel interpretation of existing private law norms (for example the cases of wrongful life); they guarantee the principle of equality in the cases whereby a private relation is formed between a weaker and a more powerful party (for example consumer law); they act as a supplementary legal argument for the restoration of moral damages and finally, they realize the need for a constitutional and human rights-orientated understanding of private law.

The main fundamental rights applied directly or indirectly by Greek case law in private relations are: the rights to personality, the right to privacy and family life, the principles of equality and non-discrimination, the right to work and the right to property (the right to the peaceful enjoyment of one's possessions, Article 1 of the First Protocol to the ECHR). Moreover, the legislative policies that enable the horizontal application of fundamental rights in private relations are numerous, of which it is important to mention those aiming at the protection of the weaker party (for example legislation on labour and consumer relations). As seen, these policies guarantee equality, non-discrimination, the personal autonomy and self-determination of the individual as well as justice and the society's democratic organization. The protection of the weaker party usually aims at restoring equality in contractual relations. Nevertheless, in the field of tort law the protection of the weaker party is also of great importance. The invocation of fundamental rights with a view to ensuring the restoration of the non-pecuniary damages of a family member or the physical damages of the individuals associated with him/her through emotional-family ties is of great importance. Of similar interest, as shown, are the wrongful life cases whereby the horizontal application of fundamental rights enables the protection of the parents of a child born with disabilities due to medical errors against the hospital or doctor held responsible.

The horizontal application of the principles of equality and non-discrimination is also crucial for the enhancement of justice and democracy in private relations. The paradigms regarding the renovation of Greek family law aiming to implement the principle of equality between the spouses are most characteristic. Nevertheless, as underlined, more can be done in the field of equality between opposite-sex and same-sex couples as well as for the introduction of a broader understanding of the concept of "family" in the Greek legal system. As noted, the horizontal application of fundamental rights assists the resolution of conflicts between competing rights and ensures their fair balancing, for example conflicts between privacy and the freedom of speech and the press, the employee's right to personality and the employer's economic freedom etc. However, in other cases, the invocation of fundamental rights does not aim at their being balancing to other conflicting rights or interests, rather at protecting the individual against judicial interpretations that exclude the restoration of certain type of damage as most graphically illustrated in the cases of ricochet loss.

At this point, the great significance of abstract notions and general clauses in the interaction between fundamental rights and private law norms in the Greek legal system should be underlined. While in many cases EU legislation has proven to be a useful tool for the implementation of fundamental rights in the Greek legal system

(for example the legislation on personal data), the role of general clauses in the interaction between fundamental rights and private law norms can be characterized equally important. The legislative formulation of fundamental rights is of great significance in certain cases, since it regulates complex or technical matters. In other instances, however, this formulation may lead to the “petrification” or the limitation of fundamental and human rights. The Greek legislation regarding civil unions that has been criticized for excluding from its scope same-sex couples is a characteristic example of this. On the other hand, the general clauses are characterized by elasticity and their application by Greek case law confirms that they can function as a tool in the hand of the judge to promote a modern, wider and fundamental rights-oriented interpretation of private law norms.

The invocation of fundamental enriches the Greek private law with added values and principles that are not always easy to be acquired via the sole interpretation of the general principles and abstract concepts of the system itself. This beneficial interaction between fundamental rights and private law may also lead to an informal convergence of Greek private law to its European counterparts. It may result, in other words, in the promotion of an alignment with EU private law that instead of coming from the legislator will derive from Greek case law. To accomplish this convergence via case law, the Greek judges should gradually familiarize themselves with the multitude of international, supranational and constitutional sources guaranteeing the protection of fundamental and human rights. They should learn the way to employ these often conflicting sources of law and facilitate their reconciliation by using the tools of comparative law and by turning to judicial dialogue conducted formally through the mechanism of the preliminary questions filed to the CJEU, and informally through the interaction between the case law of foreign supreme courts and that of the ECtHR.

Even though the application of fundamental rights in Greek private law can be considered sufficient in the proposals made, it is of note that in their application Greek case law is often not as bold as one should expect. Albeit the fact that Greek courts often interpret the general clauses of private law in the light of fundamental rights, they tend to abstain from making explicit reference to the general constitutional, international or supranational provisions that enshrine them. On the other hand, in certain cases the Greek courts expressly refer to ECtHR case law, as for instance in the case law regarding the right to personality and the protection of the environment. In a similar framework, in certain cases the judges are hesitant when adopting arguments from comparative law and solutions provided by other jurisdictions (for example same-sex marriage). This hesitation is mainly a result of the difficulties that the courts and judges face when called to enforce both domestic and international sources of law, a difficult procedure that also requires a high level of specialization. This difficulty is demonstrated in the hesitation of the Greek judges, for instance, to confer preliminary questions to the CJEU more often.

In the end, nevertheless, one should anticipate a gradually enhanced interaction between the fundamental rights and private law due to the Greek economic crisis and especially its repercussions in the fields of contract, labour and property law. During the upcoming years, phenomena such as globalization and the resulting

global financial crisis are expected to intensify the conflicts between financial public policies and the international, supranational and constitutional rules guaranteeing fundamental rights. The Greek courts should be aiming, therefore, to attenuate such conflicts by applying fundamental rights in private law.

Bibliography

- Akkermans, B. 2011. The European Union Development of European Property Law. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1888294.
- Akrivopoulou, Ch. 2007a. Validity and effect of constitutional rights in interpersonal relations [Art. 25(1) section 3 of the Greek Constitution]. *European Review of Public Law*. 19: 703–739.
- Akrivopoulou, Ch. 2007b. Taking Private Law Seriously in the Application of Constitutional Rights. In *Human Rights and the Private Sphere: A comparative Study*, eds. Oliver, D. Fedtke, 157–179. London, New York: Routledge.
- Akrivopoulou, Ch. 2012. The Right to Privacy: From its Genesis to its Modern Development and Protection. Athens, Thessaloniki: Sakkoulas [in Greek]
- Androuridakis-Dimitradis, I. 2009. Greece. ed. Blampain, R.. *International Encyclopedia of Laws: Family Law*. The Netherlands: Kluwer Law.
- Anthopoulos, Ch. 2013. The ECtHR in the role of a Constitutional Court? Thoughts on the ECtHR case *Vallianatos versus Greece*. *EDD*. 8: 595–601.
- Avdikos, G. 2013. Member State liability for breaches of EU law and its implementation in national legal order. <http://hdl.handle.net/10442/hedi/28872> [in Greek].
- Von Bar, C. et al. 2009. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law; Draft Common Frame of Reference (DCFR). http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf.
- von Bar, C. 2001. *Konturen des Deliktsrechtskonzeptes der Study Group on European Civil Code*. München: ZEuP Verlag; C. H. Beck.
- Brüggeheimer, G. Colombi Giacchi, A. Comandù, G. (2010). *Fundamental Rights and Private Law in the European Union*. Vol II, Comparative analyses of selected case patterns. Cambridge: Cambridge University Press
- Bussani, M., and Palmer, V. 2003. *Pure Economic Loss in Europe*. Oxford: Oxford University Press.
- Bussani, M., and Mattei, U. 2003. *The common Core of European Private Law*. London, New York: Kluwer Law International.
- Christianos, V. A. 2008. The Application of Community Law in Greece. In *Introduction to Greek Law*, eds Kerameus, K. Kozyris, Ph., 65–77. The Netherlands: Kluwer Law International.
- Chryssogonos, K. 2006. Individual and social rights. Athens: Nomiki Vivliothiki [in Greek].
- Chryssogonos, K. 2001. The Incorporation of the European Convention of Human Rights into the National Legal System. Athens-Komotini: Ant. Sakkoulas [in Greek].
- Dacronia, E. 2012. Greece. In *European Tort Law*, eds Oliphant, K. Steininger B. C., 279. Vienna: Jan Sramek Press.
- Van Dam, C. 2009. *European Tort Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Dagtoglou, P. 1984. The Drittwirkung of Individual Rights (especially freedom of will and sex equality). *Nomiko Vima*. 30: 780–789 [in Greek].
- Dagtoglou, P. (1990). *Individual Rights*. Athens-Komotini: Ant. Sakkoulas [in Greek].
- Dellios, G. 2003a. Individual rights of private law: Consumer protection and surety agreements of bank loans. *Digesta*. 5: 357–388 [in Greek].
- Dellios, G. 2003b. The presumption of liability of the services tender, 2003. Retrieved from www.enas.gr/dellios1.pdf. [in Greek].

- Dellios, G. 2005. Consumers protection and private law system. Athens-Thessaloniki: Sakkoulas [in Greek].
- Dellios, G. 2013. General Transactions Terms: Individual and Collective Consumers Protection against the Luck of Substantial Negotiation of the Contracts Terms: Case law Analysis. Athens-Thessaloniki-Sakkoulas [in Greek].
- Dellios, G. 2014. The recent case law on the protection of the guarantor as a consumer. *Dikaiopolis*. 1: 4–7 [in Greek].
- Dellios, G. 2012. Distressed guarantor under the proceedings of Law 3869/2010. *ChriDik*. 6: 21–25. [in Greek].
- Deliyanni-Dimitrakou, Ch. 2006. Pure Economic Loss under Greek Law. *Revue hellénique de droit international*.58: 87–118.
- Deliyanni-Dimitrakou, Ch. 2013. La Charte sociale européenne et les mesures d'austerité grecques: à propos des décisions nos 65 et 66/2012 du Comité européen des droits sociaux fondamentaux, *Revue de droit du travail* : 457–470.
- Deliyannis, I. 1986–1987. Family Law Volumes I-II. Athens-Thessaloniki: Sakkoulas, Athens-Thessaloniki [in Greek].
- Deliyannis, I. 1981. L' influence de la Constitution hellénique sur le droit des personnes et de la famille. *Journées de la Société de la Législation Comparée*. 81: 551–594.
- Deliyannis, I. 1997. The Protection of Personality according to Civil Code and in terms of the relevant constitutional provisions. *Elliniki Dikaiosyni*. 37: 489–499 [in Greek].
- Deliyannis, I. 1984. L'illicéité comme élément de la responsabilité civile extra-contractuelle en droit hellénique. *Journées de la Société de législation comparée*. 83: 77–111.
- Deliyannis, I. 1952. La notion d'acte illicite. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- Deliyannis, I. Kornilakis, P. 1992. Law of Obligations: Special Part. Athens-Thessaloniki: Sakkoulas [in Greek].
- Dermitzaki, F. 2011. Judicial Review of the termination of non-fixed-term labor contract. *EErgD*. 2011, 61: 881–914. [in Greek].
- Dimitropoulos, A. 1982. The Constitutional Protection of Human Being from Private Power, A Contribution to the Problem of 'Dritwirkung'. Athens-Komotini: Ant. Sakkoulas [in Greek].
- Doris, Ph. 2004. The Principle of Proportionality in Private Law Relations and Especially in the Field of Civil Law. In Volume in Honor of the Council of State, 229. Athens-Thessaloniki: Sakkoulas, Athens-Thessaloniki, 229–249 [in Greek].
- Drossos, Y. 1997. Constitutional Restrictions to Property and Damages. Athens-Komotini: Ant. Sakkoulas [in Greek].
- Filiou, P. Ch. 2011. Property Law. Athens-Thessaloniki: Sakkoulas [in Greek].
- Flogaitis, S. 2002. State Extra-Contractual Liability in France, England and Greece. In *Tort Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, eds Fairgieve, D. Andenas M., and Bell, J., 439–449. London: British Institute of International and Comparative Law.
- Fountedaki, K. 2012. Natural persons and personality in the Greek Civil Code. Athens-Thessaloniki: Sakkoulas [in Greek].
- Fountedaki, K. 2006. Issues of civil medical liability in cases of birth of persons with serious disease or disability (Wrongful Life). In Volume in Honor of Apostolos Georgiadis, 913–929. Athens: Ant. Sakkoulas [in Greek].
- Gavalas, N. 1993. The employee's dismissal in Greek and in comparative law. Athens-Komotini: Ant. Sakkoulas [in Greek].
- Georgiadis, Ap. 2010. Property Law. Athens-Thessaloniki: Sakkoulas [in Greek].
- Grammatikaki-Alexiou, A. 2008. Family Law. In *Introduction to Greek Law*, eds K.Kerameus. Ph.J. Kozyris, 179–199, The Netherlands: Kluwer Law International
- van Greven, W.. 2000. Cases, Material and Texts on National, Supranational and International Tort Law. Oxford: Oxford University Press.
- Heldrich, A. Rehm, G. M. 2003. Importing constitutional values through blanket clauses. In *Human rights in private law*, eds Friedman, D. Barak-Erez D., 113–141. Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing.

- Iliopoulou-Straga, J. 1990. The Drittwirkung of Individual and Social Rights of the 1975 Constitution. *Ant. Sakkoulas: Athens-Komotini* [in Greek].
- Ioannou, K. Economides, K. Rozakis, Ch. Fatouros, A. International Public Law. Relations between International and Municipal Law. Athens-Komotini: *Ant. Sakkoulas* [in Greek].
- Hesse, K. 1999. *Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg: C. F. Müller.
- Kaïdatzis, A. 2013. Judicial Review in Greece seen on the light of the distinction between strong- and weak-form review. <http://www.constitutionalism.gr/site/tag/mark-tushnet/>. [in Greek].
- Karybali, Tiptsiou, Y. 2003. Greece, in R. Blampain (ed), *International Encyclopedia of Laws, Property and Trust Law*.
- Karakostas, I. 2012. Consumer Protection Law. Athens: *Nomiki Vivliothiki* [in Greek].
- Karakostas, I. 1986. Recovery of non-pecuniary losses and case law'. *Nomiko Vima*, 34: 1385–1396 [in Greek].
- Karakostas, I. 2011. Environment and Law: Law of managing and protecting environmental commodities. Athens: *Nomiki Vivliothiki*.
- Kasapi, Z. 2013. Homosexual couples and “civil union pacts”. *EDD*. 8: 623–632 [in Greek].
- Kassimatis, G. 1981. The Problem of the Drittwirkung of Civil and Social Rights. To *Syntagma*. 6: 1 [in Greek].
- Katranis, A. 1978. The Theory of Drittwirkung of Human Rights (The German Teaching and the Possibility of its Application under the Greek Constitution of 1975). To *Syntagma*. 3: 237 [in Greek].
- Katrougalos, G. 2001. Legal and Political Meaning of the Revision of Article 25 Greek Constitution, *Revue des droits de l' homme*. 3: 468–481.
- Keirse, A. L. M. 2011. European impact on contract law. A perspective on the interlinked contributions of legal scholars, legislators and courts to the Europeanization of contract law. *Utrecht Law Review*. 7: 34–51.
- Kellner, M. 2008. Comparative Report. In *Tort Law of the European Community*, eds Koziol, H. Schultze R, 559–588. Wien, New York: Springer.
- Kommers, D. P. Miller, R. A. 2012. *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham, London: Duke University Press.
- Kornilakis, A. The Breach of Contract as an Infringement of the Personality Right. *EED*. 57: 23–35 [in Greek].
- Kornilakis, P. 1992. Law of Obligations: Special Part. Athens, Thessaloniki: *Sakkoulas* [in Greek].
- Korsos, D. 1973. The Individual Rights in Private Law. In *Festschrift für Pan. J. Zepos anlässlich seines 65. Geburtstages: Vol 1*, eds Caemmerer, E. Kaiser, J. H. Kegel, G. Müller-Freienfels W., 175–187. Athens, Freiburg, Köln: Ch. Katsikalis [in Greek].
- Kostopoulos, G. 2001. Consequential Shareholders' Loss and OIAP 14/1999. *DEE*. 6: 348–357 [in Greek].
- Kotsiris, L. 2005. The notion of consumer (legal advisement). *DEE*. 10: 1128–1133 [in Greek].
- Kotzampasi, A. 2011. Gender equality and private autonomy in family relations. Athens-Thessaloniki: *Sakkoulas* [in Greek].
- Koukiadis, J. 2012. Labour law: Individual labor relations and flexibility law. Athens, Thessaloniki: *Sakkoulas* [in Greek].
- Koukoulis-Spiliotopoulou, S., 2014. Austerity Measures in Greece and Human Rights: International Organs Assessments, EU Law and Greek case law examples, *EDKA*, 193–252.
- Koumantos, G. 1988–1989. *Family Law: Volumes I-II*. Athens: P. N. *Sakkoulas* [in Greek].
- Kounougeri-Manoledaki, E. 2008. *Family Law: Volumes I-II*. Athens, Thessaloniki: *Sakkoulas* [in Greek].
- Kounougeri-Manoledaki, E. 2003. Artificial insemination and family law. Thessaloniki-Athens: *Sakkoulas* [in Greek].
- Koziol, H. 2004. The Principles of European Tort Law: European Group on Tort Law, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*. 11: 234–241.

- Lando, O. 1995. *Principles of European Contract Law: Part I*. The Netherlands: Kluwer Law International.
- Lando, O., and Beale, H. 2000. *Principles of European Contract Law; Parts I and II*. The Netherlands: Kluwer Law International.
- Lando, O. et al. 2003. *Principles of European Contract Law: Part III*. The Netherlands: Kluwer Law International.
- Manitakis, A. 1991. Drittwirkung: a Superfluous for Greek Legal Order Concept. In *Annals of the Foundation Marangopoulou*, 290–323. Athens, Komotini: Ant. Sakkoulas 290 [in Greek].
- Manitakis, A. 1992. The Impact of the Constitution in Private Legal Relations. In *NOMOS-Acta Legalia Quotannis Edita A Schola Jurisprudentiae, Charistiria Ioanni-Deliyanni: Part IV*, 247–276. Thessaloniki: Aristotle University of Thessaloniki, 1992 [in Greek].
- Manitakis, A. 1994. Rule of law and the judicial review of legislation. Thessaloniki, Athens: Sakkoulas [in Greek].
- Mark, C. 2009. The Constitutional Momentum of European Contract Law (II), The DCFR and the European constitutional order. <http://lider-lab.ssup.it/ophonio>.
- S. Mathias, The Scope of the Principle of Proportionality, *Elliniki Dikaiosyni*, 10: 1–14 [in Greek].
- Metaxas, A. 2003. Liability of the State for violations of Community Law by Supreme Court's Decisions. Athens, Thessaloniki: Sakkoulas [in Greek].
- Oikonomides, V. 1890. *Manual of Civil Procedure*. Athens. [in Greek].
- Pantelidou, P. 2013. The applicable to Greek Muslims Family Law and Succession Law: Remarks on the decision of the Court of Appeals of Thrace 489/2011 and the First Instance Court of Xanthi 102/2012. *EfAD*, 5: 290–309 [in Greek].
- Papachristou, A. 1981. The Protection of Personality and Art. 299 GCC. *To Syntagma*. 6: 42–63 [in Greek].
- Papachristou, A. 2005. *Manual of Family Law*. Athens: Ant. Sakkoulas [in Greek].
- Papachristou, Th. K. Lekkas, G. Ravdas, P. Sergidis, G. A. Trokanas, Th. Foundedaki, P. and Kounougeri-Manoledaki. E. 2012. Family law in the 21st century: From occasional to structural changes. Thessaloniki, Athens: Sakkoulas. [in Greek].
- Papadopoulou, L. 2008. Same-sex Marriages. *DtA*, 9: 405–472.
- Papanikolaou, P. 2006. The Constitution and the Autonomy of Civil Law. Athens-Komotini: Ant. Sakkoulas [in Greek].
- Papanikolaou, P. 2000. *Methodology of Private Law and Interpretation of Legal Acts*. Athens, Komotini: Ant. Sakkoulas [in Greek].
- Papanikolaou, P. 2010. The notion of consumer today. Especially in credit contracts agreed according to general terms of transactions. *DEE*, 5: 533–544 [in Greek].
- Pavlopoulos, P. 1989. *Civil Liability of the State: Vol. II*, Athens, Komotini: Ant. Sakkoulas [in Greek].
- Rebhan, R. 2008. Non-Contractual Liability in Damages of Member States for Breach of Community Law. In *Tort Law of the European Community*, eds Koziol, H., and Schultze R., 206–219. Wien, New York: Springer.
- Skouris, B. Venizelos, E. 1985. The judicial review of laws. Athens, Komotini: Ant. Sakkoulas [in Greek].
- Spiliotopoulos, E. Judicial Review of Legislative Acts in Greece, *Temple Law Quarterly*, 56 463–479.
- Stathopoulos, M. 2009. *Contract Law in Greece*. Athens, The Netherlands: Ant. Sakkoulas, Wolters Kluwer.
- Stangos, P. 2004. The Judicial Protection of Fundamental Rights in Community Legal Order, The Relation with the Constitutional Evolution of European Union. Athens, Thessaloniki: Sakkoulas.
- Stathopoulos, M. 1999. The Principle of Equality in Contract Law, *Critical Law Review*. 5: 13–42 [in Greek].
- Stathopoulos, M. 2010. Proportionality, Reasonable Damage and Cassation Review, *56: 833–845* [in Greek].

- Stathopoulos, M. 2000. Schadenersatz und Persönlichkeitsschutz des behinderten Kindes. In Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, 1213–1230. München: C. H. Beck.
- Stathopoulos, M. 2004. General Law of Obligations. Athens, Thessaloniki: Ant. Sakkoulas [in Greek].
- Stathopoulos, M., Avgoustinakis, M., and Chiotellis, Ar. 1995. European Community Civil Law. Athens, Thessaloniki: Sakkoulas, Athens-Thessaloniki [in Greek].
- Stamatis, K. 1999. The Foundation of Judicial Reasoning: Introduction into Methodology of Law. Athens, Thessaloniki: Sakkoulas.
- Svolos, A. 1935. The First Constitutions and the Influence of the French Revolution. EEN. 2: 737–772 [in Greek].
- Szwed, M. 2014. Constitutional protection of freedom of contract in the European Union, Poland and United States and its impact on the European contacts law. www.etd.ceu.hu/2014/szwed_marcin.pdf.
- Travlos-Tzanetatos, D. A. 2005. *The post-contractual non-competition clauses in labor law*. Athens-Komotini: Ant. Sakkoulas [in Greek].
- Travlos-Tzanetatos, D. 1986. Labour Law and Politics. Athens, Komotini: Ant. Sakkoulas [in Greek].
- Travlos-Tzanetatos, D. 2010. Dismissal of employee infected by AIDS/HIV, subsequent to specific request of the personnel. On account of recent case law developments, *EED*, 61: 193–214 [in Greek].
- Tsiros, D. 2004. Medical liability: Damages to a child born with a disability due to a medical error, which prevented the mother from terminating the pregnancy. *Elliniki Dikaiosyni*. 52: 61–75 [in Greek].
- Vavouskos, V. 1995. Property Law. Athens, Thessaloniki: Sakkoulas [in Greek].
- Vavouskos, V. 1954. The omission as a damaging fact in civil law torts. Athens, 1954 [in Greek].
- Vegleris, F. 1955. Observations on public law case law, Athens [in Greek].
- Vlachos, G. 1991. La portée de la Révolution française sur la formation du droit grec moderne. In “Haristiria” I. Deliyannis : Part I, 81–95. Thessaloniki: Law School of Aristotle University of Thessaloniki.
- Vlachou, S. 2004. Expansive equality in the Greek case law: Limits and abuses, *EfDD*, 17: 833–857 [in Greek].
- Yiannakourou, M. 2008. The Equal Treatment of Men and Women According to the EU and Greek Labour Law, Athens-Thessaloniki: Sakkoulas [in Greek].
- Zerdelis, D. 1999. Individual labor relations. Athens-Komotini: Ant. Sakkoulas [in Greek].
- Zerdelis, D. 1991. The dismissal as ultima ratio, Thessaloniki: Sakkoula [in Greek].
- Zerdelis, D. 2011. Labour law: Individual labour Relations. Athens, Thessaloniki: Sakkoulas [in Greek].
- Zervogianni, E. 2011. On the recovery of non-pecuniary loss in Italy and Greece. In *Essays in Honor of P. Agallopoulou*: Vol. II, 1625–1643. Athens, Thessaloniki: Sakkoulas [in Greek].

Chapter 11

Protection of Fundamental Rights by Private Law: Hungary

Fruzsina Gárdos-Orosz

11.1 Introduction

11.1.1 Sources of Fundamental Rights in a Historical Context

The preamble to Act I of 1946, which declared Hungary's new form of government, contained the first attempt at defining human rights standards in a way in which the Fundamental Law presently in force does. It stated that the Hungarian Republic guarantees the natural and inalienable rights of all its citizens. The rights themselves appeared in the form of a list of examples. It also contained a clause of universal equality stipulating that rights apply equally to everyone. This provision also guaranteed that no citizen may be deprived of his or her rights without due legal procedure. History, however, hindered this statute, also known as 'the minor constitution', from taking full effect. Act XX of 1949, which was the constitution of Hungary until January 2012, first did not provide for the protection of human rights. Constitutional orders related to human rights first appeared, as a declaration, in the Constitution with the constitutional reform of 1972. This, however, did not result in any significant improvement in the field of fundamental rights protection, since the state-party did not wish to enforce human rights any more than in the preceding years. Noteworthy change only arrived with the democratic revolution of 1989. It was then that the legal system for the protection of fundamental rights was established, and not merely as a declaration, but as an actual safeguard, with institutional foundations, guaranteed by the state, for every individual to exercise his or her rights, as regulated by the provisions of the Constitution.

F. Gárdos-Orosz, Ph.D (✉)
Hungarian Academy of Sciences Centre for Social Sciences,
Országház u. 30, 1014 Budapest, Hungary
e-mail: orosz.fruzsina@tk.mta.hu

The human rights provisions themselves were not any more part and parcel of the socialist system of the Kádár-era, where exercising rights was inseparable from the fulfilment of obligations, and rights could only be exercised in harmony with the interests of the ‘socialist society’. Rights became unconditional, subjected not only for those who complied with their duties, but for everyone (Gárdos-Orosz 2008a).

11.1.2 The Scope of Fundamental Rights in the Fundamental Law of Hungary

The Hungarian Fundamental Law includes fundamental rights, more specifically basic rights and constitutional rights, obligations, constitutional values and objectives. The Constitutional Court differentiated between the categories of constitutional rights, and established distinct status, function and level of protection for each of the ‘fundamental rights’ enumerated in the Constitution. Constitutional rights are less protected and can more easily be limited. It is the rights declared ‘basic rights’ by the Constitutional Court that enjoy stronger protection *vis-à-vis* state power. These rights include the basic liberties as well. The liberties of the individual are also legal in nature, since the demand can arise that the state protects the right of the individual to enjoy this freedom, according to constitutional standards. Liberty, then, appears as an enforceable right. A liberty becoming a basic right turns into much more than a liberty, or a nationally accepted freedom to act: in the case of a basic right, the state is obliged to actively create the possibility for exercising that liberty (Sajó 1995, 348).

Although everyday parlance regarding ‘right’ is multifarious, the concept of fundamental rights has a very special meaning in constitutional democracies. “Rights in the sense of civil, subjective rights due to every individual are basic categories of human intercourse and social thinking, since our rights define or may define our social liberties, our possibilities for action; which, in turn are guaranteed ultimately by the legal system – and thus the state –, which has the power to create and defend these possibilities” (Bragyova 1994, 134).¹ The separation of the clusters of the fundamental rights catalogue, the interpretation of their legal character, as regards both their original content and their limitation, is a challenge that faces legal practice. This is due to the fact that in the case of fundamental rights regulations, in defining their content and the possibilities of their limitation, legal considerations are inseparable from moral, political and other concerns.

Presently the Fundamental Law of Hungary effective from January 2012 contains provisions on rights and all rights in other pieces of law stem from the Fundamental Law. Article I of the Fundamental Law states that the inviolable and inalienable fundamental rights of *Man* shall be respected. It shall be the primary

¹ Translated by the author.

obligation of the State to protect these rights. Hungary shall recognise the fundamental individual and collective rights of Man. The rules relating to fundamental rights and obligations shall be laid down in Acts. A fundamental right may only be restricted in order to allow the exercise of another fundamental right or to protect a constitutional value, to the extent that is absolutely necessary, proportionately to the objective pursued, and respecting the essential content of such fundamental right. Legal entities established by an Act shall also have the fundamental rights, and they shall also be bound by the obligations which, by their nature, apply not only to human beings.

The phrase inviolability and inalienability concerning fundamental rights found in the former Constitution and the effective Fundamental Law (2012) is a remnant of Act I of 1946, and a term also from international treaties. Those who negotiated at the Round Table on the eve of the democratic transition returned to this document in order to make up for the shortages in respecting human rights (Sólyom 2005, 43).² The notions of inalienability and inviolability have their roots in the philosophy of human rights; their positive meaning in constitutional law indicates the type of force human rights have. These notions imply that neither the constituent, nor the legislator have power over the fundamental rights (Gárdos-Orosz 2008a).

11.1.3 Participation in International and Regional Conventions on Human Rights

Hungary recognises the fundamental human rights. More than merely recognising these rights, the State respects them, and places them under its active protection, qualitatively transforming them thereby, through guarantees of the State. This legal concept is in harmony with international and European human rights standards (Klein 1994, 67). Right hereby means that the State is specifically obliged to justify any departure from guaranteeing these entitlements and the internationally standard protection (Dworkin 1984, 191).

Fundamental rights can, therefore, be defined as that group of rights which the national constitution and international treaties recognise as such, and which thus form part of statutory law. Fundamental rights acknowledged by international law accepted by Hungary have to be incorporated into the text of the constitution, and an effective institutional framework has to be provided for. The Hungarian Fundamental Law, therefore, does not merely declare the fundamental rights, but ensures the means of their protection as a duty under international law.

The Constitutional Court (also CC) relied on international traditions of human rights jurisdiction in establishing the national framework for the protection of

²László Sólyom, former president of the Constitutional Court and former President of the Republic, believes that this wording is reminiscent of the European Convention on Human Rights (inherent rights) as well, and clearly points to the roots in natural rights.

fundamental rights. Human rights norms worldwide and in the European Union (EU), together with the precedents in the practice of the courts define the minimal standards that every member has to comply with in the field of the national protection of human rights. The work of the Hungarian CC is most heavily affected, besides the German (and in some cases American) examples by the jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECtHR).³

11.1.4 The Major Function of Human Rights and Basic Rights in Hungary

Under the interpretation of the Constitutional Court the major function of the constitutional rights are to provide for, ensure and protect a value system of the state which is based on the equal protection to the human dignity (47/2007 (VII. 3.) CC decision). The Constitution is a system of values in itself, and it is the responsibility of the State to safeguard its enforcement. Fundamental rights are, in this sense, values as well, which have to be protected.⁴

It is important to mention, nonetheless, that the system of values discussed in this decision is not a fiction that precedes the decisions, but a constantly evolving system that finds its origins in the individual rulings of the Constitutional Court, in which the position of the given values is a function of the way in which constitutional debates are resolved. The temporary condition of the system of values can be reconstructed only after the decisions; it is not an a priori existent.

The fundamental rights enlisted in the Constitution are summarily called the fundamental rights catalogue. The fundamental rights catalogue is necessary in order that the legislator may not make an arbitrary decision according to its temporary needs concerning the range and content of fundamental rights regulations (Sajó 1995, 336, 319–362).

³The situation is similar in most countries that are experiencing or have recently experienced the democratic transformation. Compare *The protection of fundamental rights by the constitutional court* (European Commission for Democracy through law: Council of Europe Publishing, 1996).

⁴For instance, Antal Ádám, former judge at the Constitutional Court, is of the opinion that “fundamental rights guarantee the basic intellectual, moral, political interests of humans, citizens and societies, together with the protection of their life and health, their social services and material possibilities, and thus, unquestionably are among the fundamental values.” Translated by the author. See Ádám (2002, 11).

11.1.5 Constitutional Review and Constitutional Complaint Mechanisms in Hungary

In Hungary the first body to protect the constitution was set up on 2 January 1990. The Hungarian Fundamental Law effective from 1 January 2012 has significantly changed the competencies of the Constitutional Court and the role of the different constitutional institutions in constitutional adjudication. Among several changes it introduced three types of constitutional complaints and abolished the former existing *actio popularis*, *ex post facto* abstract supervision of the constitutional norm. The lively system of *actio popularis* meant a legal possibility that anyone could turn to the Constitutional Court claiming that a law, legal provision or a regulation is contrary to a constitutional provision. The petitioner could also request the annulment of that piece of law. Constitutional complaint under former jurisdiction was to be lodged only in case of personal injury caused by the application of an unconstitutional norm.

The aims of the new constitutional complaint mechanisms were to protect against personal injuries caused by ordinary courts and provide a possibility for constitutional review also in cases where the complainant cannot turn to ordinary court. Moreover, the Constitutional Court may supervise the constitutionality of legal provisions when applied in certain judicial cases and leads to unconstitutional court decision. As a result of the introduction of the new types of constitutional complaint ordinary courts must also show an elevated awareness to questions of constitutionality among the ordinary waves of legal adjudication with regard to the new control mechanism that easily sheds light to the deficiencies of fundamental rights legislation and adjudication.

Judicial referral as it existed formerly stayed in force. After the transition of 1989–1990 Article 38. of the 1989. XXXII. Act on the Constitutional Court ensured that judges can initiate the constitutional review of legal instruments to be applied in the procedure with the suspension of the case. Under the present rules, judges cannot deny the application of allegedly non-constitutional provisions, but are obliged to refer the case to the Constitutional Court in case of alleged unconstitutionality so that it decides on the constitutionality of the legal instrument. This is a vehicle to guarantee not only the constitutionality of the legal instruments, but the constitutional interpretation of the law as well (see examples to these motions in Uitz 1999, 39).

Furthermore, the ‘law in action doctrine’ existing in the jurisprudence of the Constitutional Court, namely that the Constitutional Court can examine and invalidate law if there is a tendency of unconstitutional interpretation, may approve and help to secure the guarantees of fundamental rights. The roots of this idea imply the acknowledgment of the constitution, namely the requirement that ordinary courts interpret legal norms in conformity with the Constitution. This doctrine was quite neglected for a long time and is rarely used in present jurisdiction, however forms the bases of some decisions, where the Constitutional Court declared unconstitutional and invalidated the guiding decisions of the Supreme Court, obligatory to

lower courts, saying that it amounts to be similar to an ordinary legal instrument (first 42/2005. (XI. 14.) CC decision, ABH 2005. 504). This jurisprudence also helps to secure the constitutional interpretation of ordinary courts, because the Constitutional Court is able to act if the judiciary is on the wrong track in respecting human rights (Gárdos-Orosz 2012).

11.2 The Influence of Human Rights and Basic Rights in Contract Law

11.2.1 *The General Principles of Contract Law in Hungary*

Since 1959, the substantive rules of civil law are codified: Act 4 of 1959, the first Hungarian Civil Code, contained rules on personality rights, legal capacity, property law, contract law and law of succession (Act 4 of 1959 hereinafter abbreviated as Old Civil Code). The first chapter of the Old Civil Code contained certain general principles, such as the principle of interpretation, the protection of rights of persons and the protection of ownership, the principle of good faith and fair dealing, the prohibition of abuse of right.

On 15 March 2014 a new Civil Code entered into force (Act 5 of 2013, hereinafter abbreviated as New Civil Code). From a structural perspective, the New Civil Code contains two significant changes. First, the scope of the Code was extended: the New Civil Code contains rules on family law and the company law. Second, the number of general principles regulated in Book I (Introductory Provisions) changed. Only those principles are regulated in Book I that apply to every Book of the New Civil Code. Consequently, the general principles of contract law can be found in two sections: Book I and Book VI, the first containing the general principles of civil law, while the latter containing the principles relating merely to contract law. The same structure applies to every Book of the New Civil Code.

The present article will focus on the New Civil Code, but as no case law exists yet, it will also refer to the Old Civil Code where such reference is useful in light of the new rules.

Book I contains the following principles:

- (a) principle of interpretation (Article 1:2) – provisions of the New Civil Code have to be interpreted in accordance with the constitutional order of Hungary; laws relating to issues falling under the scope of the New Civil Code shall be interpreted in accordance with the New Civil Code;
- (b) principle of good faith and fair dealing, which includes the *nemo suam turpitudinem* principle as well (Article 1:3);
- (c) the general standard of conduct required by the New Civil Code (Article 1:4);
- (d) the prohibition of abuse of right (Article 1:5).

Book VI (Law of Obligations) lists the following principles:

- (a) freedom of contract (Article 6:59) – the parties are free to conclude contracts and to choose with whom they conclude a contract; the parties are further free to determine the content of their contract; the parties may deviate from the provisions relating to their rights and obligations with mutual consent, unless such deviation is prohibited by the New Civil Code;
- (b) presumption of reciprocity (Article 61) – unless the contract or the applicable circumstances expressly indicate otherwise, a consideration is due for services set forth in the contract;
- (c) duty to co-operate and duty to inform (Article 62) – the parties shall co-operate during negotiations, conclusion, termination and the whole life of the contract; and shall, with certain exceptions, inform each other about all relevant circumstances.

11.2.2 Freedom of Contract

The Constitutional Court made it clear already in the early 1990s that based on Article 9 of the Constitution, which provided that Hungary was a market economy, freedom of contract was a constitutional right (13/1990. (VI. 18.) CC decision). The Constitutional Court stated that rule of law in contractual relationships means freedom of contract (64/B/1990. CC decision).

Freedom of contract was regulated not as fundamental right, but as constitutional right. The difference is significant from the point of view of limitation of such right. Whereas limitation of fundamental rights is possible only if such limitation is necessary and proportional, and the core of the right cannot be limited, limitation of constitutional rights is possible even regarding its core (61/1993. (XI. 29.) CC decision).

11.2.3 Tackling Imbalance Between the Parties

11.2.3.1 Introduction

The Fundamental Law contains two provisions that are relevant for the protection of the weaker party. Article M protects consumers by providing that the State protects the rights of consumers, whereas Article XV provides a different protection, namely the protection against discrimination.

11.2.3.2 Consumer Protection

The rules on the protection of consumers can be found in several laws. The title of Act 155 of 1997, “consumer protection”, would suggest that this act contains the most important rules of consumer protection, however that is not the case. Beside

sporadic rules on consumer protection (e.g. how price should be indicated on goods), Act 155 of 1997 contains rules only on the institutional framework and consumer mediation. The Unfair Commercial Practices Directive (Directive 2005/29/EC) was on the other hand implemented in Hungary in Act 47 of 2008. Further, several acts regulating non-consumer issues, directly or indirectly relate to consumer protection. See e.g. Act 237 of 2013 on Credit Institutions and Financial Enterprises, which regulates, among other questions, consumers loans, or Act 138 of 2007 on Investment Firms and Commodity Exchange Service Providers.

The New Civil Code also contains important rules on consumer protection:

- (a) Article 6:79 of the New Civil Code implements Article 22 of the Consumer Rights Directive (2011/83/EU), which provides that before the consumer is bound by the contract or offer, the trader shall seek the express consent of the consumer to any extra payment in addition to the remuneration agreed upon for the trader's main contractual obligation.
- (b) Article 6:82–6:85 of the New Civil Code implements Section 3 of the E-Commerce Directive (2000/31/EC), which regulates contracts concluded by electronic means. These mandatory rules set the minimum scope of information to be provided to the consumer, regulates how orders shall be placed, etc.
- (c) Article 6:86 (2) contains the *in dubio contra proferentem* rule, stating that in consumer transactions, ambiguous terms shall be interpreted in favour of the consumer.
- (d) Article 6:98 regulates *laesio enormis*. The New Civil Code provides that the parties may agree that the contract shall not be invalid in the case of *laesio enormis*. However, in the case of consumer transactions, the right of the consumer to rescind the contract cannot be excluded.
- (e) Article 6:101 provides that in consumer transactions the consumer cannot waive any right which is provided by law.
- (f) Article 6:104–6:106 implements the Unfair Consumer Terms Directive (93/13/EEC).
- (g) Article 6:131 provides rules on pre-payment, i.e. performance of debts before the date of performance fixed in the contract. The general rule under New Civil Code is that contract may provide that in such cases the creditor is entitled to interest, costs, etc., and the contract may also exclude the debtor's right of pre-payment (Art 6:43). However, in case of consumer contracts, such exclusion is not possible, and the extent of costs that can be claimed by the creditor is limited to costs that arise in relation to pre-payment. This provision shall be read in conjunction with Act 162 of 2009, which implements Article 16 on early repayment of the Consumer Credit Directive (2008/48/EC).
- (h) Article 6:157–6:167 of the New Civil Code implements Directive 1999/44/EC on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees.
- (i) Article 6:168–6:170 introduce a new consumer protection tool in Hungary, the so-called product warranty. Product warranty creates the direct liability of the manufacturer and distributor of the product *vis-à-vis* the consumer.

- (j) Article 6:219–6:220 implement Article 18 and 20 of the Consumer Rights Directive regulating delivery and the passing of risk.
- (k) The New Civil Code introduces special rules protecting consumers in case of *in rem* and *in personam* securities (charge, surety and guarantee). The purpose of the new rules is to limit the risk that can be taken by a consumer. Further, in case of charge, where the New Civil Code provides for rules of private enforcement, the Code limits the availability of such possibilities in case of consumers.
- (l) The New Civil Code contains rules on consumer protection in case of insurance contracts. These rules provide, e.g. that certain rules of insurance contracts are mandatory.

11.2.3.3 Protection of the Weaker Party

The non-exhaustive list above showed how the New Civil Code's rules on contracts protect consumers. However, the weaker party in a contract is not necessarily a consumer. There are, therefore, further rules in the New Civil Code, which aim to provide protection to the weaker party irrespective of whether such party qualifies as consumer.

The most important among such rules are the rules on general terms. The New Civil Code starts from the assumption that the party using the general term is stronger than the other party, thus it provides certain protection to the latter. Such rules include e.g. the obligation to make the general terms available to the party and, in certain cases, to inform the party about the content of the general terms.

The New Civil Code provides that where a party unjustifiably refuses to conclude or maintain a contract by abusing his dominant position, the other party shall have the right to bring action and request the court to establish the contract between them under the principle of statutory obligation to contract (Article 6:72).

The New Civil Code introduced a ban of fiduciary securities (i.e. *in rem* securities which are not in the form of charge, e.g. assignment or transfer of ownership by way of security). The purpose of the rule is to protect the weaker party, the debtor in the case, by forcing the creditors to use charge, as the rules on charge provide a more fair balance between the interests of the parties involved.

11.2.3.4 The Relevance of the Norms of the Fundamental Law in Case of Contracts

Private law has always protected the weaker party, but new human rights challenges might call for a different approach. The legislation has developed the idea, as I introduced above, that fundamental rights apply in private relations as an interpretative tool, and thus the legislative and the judiciary might also apply the scrutiny developed by the Constitutional Court. Thus, the approach to human rights matters might become similar on both fields of private and public law, however, balancing of rights

will certainly provide different end results in jurisprudence of fields closer to public law and of fields closer to purely private law matters.

In Hungary several times ordinary judges interpret human rights norms together with the applicable private law rule (e.g. Gazette of the Supreme Court 1992/14. BH1997. 489; BH 1998. 132.; PKKB 29.P.87.533/1996/4), though usually they do not expressly refer to constitutional provisions. However, in other cases, e.g. in gender discrimination and employment matters, courts expressly and directly refer to constitutional provisions (e.g. 8.P.20.767/1999/18. judgement of the city court of Balassagyarmat).

It is an interesting phenomenon that Article 28 of the Fundamental Law provides for a new interpretative rule, which states that the courts shall interpret the laws in light of their purpose and in accordance with the Fundamental Law. When interpreting the Fundamental Law or any other law, it shall be presumed that they are reasonable and of benefit to the public, serving virtuous and economical ends. This provision is increasingly referred to by the courts (see e.g. EBH2013. G.10.).

Judges usually do not adjudicate pure constitutional matters, however, in the course of everyday's work they are obliged to interpret the provisions of the legal instruments in conformity with the constitution. The means in the Hungarian legal system and legal thinking are sufficient to talk about the indirect horizontal effect of constitutional rights.

11.2.4 Amendment of Contracts by Law

One exceptional limit to the freedom of contract is the state's right to amend contracts by law. The Constitutional Court was faced with the question under what conditions the state may amend contracts already in 1991. The reason for the petition was that right after the change of the regime, the new government amended the rules relating to the interest rate of housing loans. The petitioners claimed that such amendment was unconstitutional. The Constitutional Court rejected the petition and ruled that the state's right to amend contract provided in Article 226 (2) of the Old Civil Code shall be interpreted in accordance with the *clausula rebus sic stantibus* rule which grants the courts right to modify the contract under certain circumstances. The Constitutional Court stated that the conditions for the amendment of contract by law are the following: (a) a change of circumstances which occurred after the conclusion of the contract, (b) such change of circumstance leads to the detriment of the important legitimate interest of the party, (c) the change of circumstance could not have been reasonably foreseen at the time of the conclusion of the contract, and (d) the change of circumstance exceeds the normal risk of such change and the interference of the state satisfies social demand.

The question of the possibility to amend contracts by law became highly interesting in 2014 again, when the government initiated the proceeding of the Constitutional Court in relation to the handling of foreign-currency loans (8/2014. (III. 20.) CC decision).

The petition referred to the unexpected and excessive change of the rate of exchange and the increase of the installment payment of the foreign-currency loans which cause difficulties for the wide levels of the society. The government asked two questions in the petition. According to the first question, the Constitutional Court should interpret the Fundamental Law regarding the action against any abuse of dominant position and the protection of the rights of consumers. The first question of the government was whether it is deducible from these provisions of the Fundamental Law that those contractual conditions which are defined unilaterally and which cause significant disadvantage for the consumers, the judicial verdicts which confirm them or those legal provisions which are the base of these judgments, are unconstitutional. The second question asked the Constitutional Court to interpret the right to human dignity and the legal certainty (which belongs to the rule of law) in order to define in which constitutional conditions allow to modify existing contacts by law.

Regarding the first question, the Constitutional Court declared that the obligations of State arising from the Fundamental Law are to create and maintain an institutional system which protects the interests of the consumers and to act against any abuse of dominant position; and to adopt legal regulations to ensure the rights of consumers. Consumer rights in private contractual relations are not directly enforceable on the basis of the Fundamental Law, intermediate legal regulations are indispensable. Furthermore, those concrete features of judicial verdicts that may cause unconstitutionality – based on the provision on the protection of consumer rights – cannot be defined in the competence of the interpretation of the Fundamental Law.

As far as the second question is concerned, the Constitutional Court declared that the Fundamental Law ensures the contractual freedom, but it does not mean that the concluded contracts shall not be modified. Legal regulation may exceptionally – in case of unanticipated and significantly changed circumstances of the conclusion of the contact – amend the content of those contracts that had been made before the concerned legal regulation entered into force. The Constitutional Court explicated that the requirements of legal certainty, contractual freedom and trust in the fulfilment of the concluded contracts may achieve their goal if the State modifies the content of the contracts by law only under the same conditions which are indispensable in the case of judicial amendment too. In this case, the amendment must take the equitable interests of both parties into account. Thus, these contracts shall strive after balance among the interests after the changed circumstances. The Constitutional Court, therefore, uphold its earlier decision on this topic, by declaring that a legal regulation may exceptionally – in case of unanticipated and significantly changed circumstances after the conclusion of the contact – amend the content of those contracts that had been concluded before the concerned legal regulation entered into force.

11.2.5 Damages for the Breach of Contract

The New Civil Code significantly amended the rules relating to damages for the breach of contract. The Old Civil Code provided that if a party caused damage to the other party by way of breach of contract, the party shall be liable for such damage, unless the party proves that it acted as it is expected generally in the given situation (Article 339). The same rule applied to liability for breach of contract and tort liability. The party in breach of the contract was obliged to pay full compensation.

The New Civil Code kept the old rule for tort liability, however, for contractual liability a new rule was introduced. Article 6:142 provides that the person who causes damage to the other party by breaching the contract shall be liable for such damage. Exemption is only possible if the party proves that (a) the damage occurred in consequence of a circumstance beyond his control, (b) such circumstance could not have been foreseen at the time of the conclusion of the contract and (c) it could not have been expected to take action for preventing or mitigating the damage. The New Civil Code not only changed the rules relating to exemption, but it also introduced new rules on the scope of damages to be reimbursed. Article 6:143 provides that, with certain exceptions, the party in breach of contract has to pay damages in the extent that was foreseeable at the time of the conclusion of the contract. The Constitutional Court has not yet reviewed the rules relating to the breach of contracts.

11.3 The Influence of Human Rights and Basic Rights in Tort Law

11.3.1 The Notion of “Tort Liability” Under Hungarian Law

The law of torts in common law and the law of torts in Hungarian law are based on different assumptions. The common law basically kept a system similar to the Roman law liability by distinguishing between various ‘delicts’. Hungarian law starts from the assumption that all wrongdoing is illegal, and, therefore, may give rise to damages. We may differentiate between two major parts of tort liability: liability for the infringement of personality rights and non-contractual liability.

11.3.2 Personality Rights in Civil Law

The “Freedom and Responsibilities” Chapter of the Fundamental Law lists the most important personality rights, such as human dignity, right to freedom and personal security, right to privacy, right to freedom of thought, conscience and religion, right to freedom of assembly and freedom to establish or join organizations, right to freedom of expression, etc.

Personality is also protected by the civil code. Section 1 of the Old Civil Code defined its scope by stating that the code governs ‘financial and certain personal relations’. The definition suggested that whereas all financial (i.e. non-personal) relations are covered by the code, only certain personal relations fall under its scope. The New Civil Code, therefore, made it clear that all fundamental aspects of financial and personal civil law relations are covered by the code (Article 1:1).

There is an inevitable overlap between the Fundamental Law and the New Civil Code in the field of personality rights. The guiding principle of the New Civil Code is that it lists the most important personality rights, irrespective whether it is also listed in the Fundamental Law, but the New Civil Code only regulates those rights which are not regulated in the Fundamental Law. The New Civil Code follows this structure:

- (a) Article 2:42 provides the general protection of personality rights: Everyone is entitled to freely practice his personality rights within the framework of the law and within the rights of others, and to not be impeded in exercising such right by others; human dignity and the related personality rights must be respected by all, personality rights are protected under this Act. The purpose of the general personality right is to defend all rights, which do not belong to any of the specifically protected personality rights.
- (b) Article 2:43 contains a non-exhaustive lists of personality rights (violation of life, bodily integrity or health; violation of personal liberty or privacy; discrimination; breach of integrity, defamation; violation of the right to privacy and personal data; violation of the right to a name).
- (c) Articles 2:44–2:50 regulate certain aspects of personality rights: (i) limited protection of the personality rights of public figures (Article 2:44); (ii) integrity and defamation (Article 2:45); (iii) privacy (Article 2:46); (iv) business secret and know-how (Article 2:47); (v) portrait and transcription (Article 2:48); (vi) name (Article 2:49); (vii) piety rights (Article 2:50).

11.3.3 Reference to the Constitution in Civil Law Cases

The Fundamental Law (and earlier the Constitution) and the practice of the Constitutional Court are rarely referred to in civil law cases. When the judgments contain reference to constitutional law, such reference mostly plays merely “decorative” role, as the judgments do not discuss the cited constitutional rules in detail. In some cases the difficulties in the interpretation of constitutional rights are more obvious than the success in harmonising private law and the constitution (e.g. 2.Pf.20.561/2005/4; 20.P.85.750/2002/9) It is, therefore, difficult to see the exact role of references to human rights in the judgments; the attempts to the explicitly harmonized interpretation of human rights rules in the constitution and applicable private law rules are not always clear and representative (Gárdos-Orosz 2011, 84–110).

11.3.4 Personality Rights of Public Figures

In connection with the freedom of expression, previous jurisprudence was quite inconsistent regarding the necessity to refer to the constitutional fundamental rights when interpreting personality rights, but in some relevant cases courts made a constitutional reasoning on the relation of the general personality right and freedom of expression. In the past, the Constitutional Court pointed out that value judgements voiced as a result of a clash of opinions concerning public affairs are given enhanced constitutional protection, even if they are exaggerated or intense. It was also pointed out by the Constitutional Court that persons voluntarily becoming public figures must accept that both the general public and the press scrutinize their words and deeds and therefore they must show more tolerance for any criticism they might draw (1.B.III. 1141/2005/9).

This form of reference is typical in the sense that it properly shows that courts do not cite the decisions of the Constitutional Court accurately even if they consider important that a constitutional reasoning is taken into account in the judgement (Enyedi et al. 2008, 90). It is the most common in freedom of expression related personality right cases that the court's decision is consistent with the relevant Constitutional Court decisions (48.Pf.27.087/2002/4), but the court nevertheless typically fails to cite the constitution or the decisions of the Constitutional Court. One example of such judgements is the case when the Supreme Court assessed the comments of a public figure made about another public figure. The court found that the statements 'a character in the circus', 'a pathetic figure of political games' and the like are not unreasonably offensive, hurtful or humiliating (BH2001. 522).

The original proposal of the New Civil Code intended to incorporate the criteria developed by the Constitutional Court and the courts. However, before the adoption of the bill, the draft was amended in order to limit freedom of expression in case of public figures. The wording provided that "Exercising the fundamental rights guaranteeing the freedom of debates about public affairs may be restricted on the basis of acknowledgeable public interest – to the necessary and proportional extent – the protection of the personality rights of a public figure without injuring human dignity" (Article 2:44 of the New Civil Code). The Constitutional Court then testing the wording of the New Civil Code established that the text "on the basis of acknowledgeable public interest" in Section 2:44 of the Act V of 2013 on the Civil Code is in conflict with the Fundamental Law therefore the Constitutional Court annulled it (7/2014, III.7. CC decision).

11.3.5 Collective Defamation

After a number of fruitless attempts at regulating hate speech had been blocked by the Constitutional Court in recent years in Hungary, the Parliament added a new anti-hate speech rule to the New Civil Code taking effect on 15 March 2014. Section

2:54(5) of the New Civil Code allows private individuals to enforce a claim against offenders in the case of hate speech: “In the event of a violation of rights committed before the wider public and seriously offensive to the Hungarian nation or to some national, ethnic, racial or religious community or unreasonably insulting for these groups in its manner of expression, any member of these groups is entitled to enforce his or her personality right in relation to him or her belonging to such groups, being an essential trait of his or her personality. The right to make a claim will be precluded after a period of 30 days from the injury. With the exception of surrendering the material advantage achieved through the violation, any member of the community may enforce any sanction available in the case of violations of personality rights.”

In order to eliminate any concerns related to the constitutionality of the new rule, the governing parties, relying on their two-thirds majority in the Parliament, adopted the Fourth Amendment to the Fundamental Law shortly after the passing of the New Civil Code; the amended Fundamental Law now includes a provision that makes it possible to sanction hate speech as an injury to the personality rights of the individual (see Gárdos-Orosz 2015).

11.3.6 Rules Relating to Non-pecuniary Damages

The Old Civil Code provided that in the case of breach of personality rights “non-pecuniary” damages shall be awarded. This provision, which was introduced in 1977, was highly controversial (34/1992. (VI. 1.) CC decision, Sóllyom 1983, 279–311, Boytha 2003, 3–6). One of the reasons of the controversy was that it seems obscure to award pecuniary damages for non-pecuniary losses. This problem was also present in the court practice, as most of the courts required the claimant to prove that he suffered damages as a consequence of the breach of his personality rights (EBH2000. 302). The Constitutional Court also reviewed the question of non-pecuniary damages in its decision 34/1992. (VI. 1.), in which the Constitutional Court found that certain conditions of the Old Civil Code relating to non-pecuniary damages are unconstitutional. The Constitutional Court also started from the assumption that non-pecuniary damages cannot be interpreted within the framework of damages, as non-pecuniary damages cannot be measured. The purpose of non-pecuniary damages is not to reimburse the damages that the claimant suffered, but to provide a different type of remedy, which is more or less equal to the “pain” caused by the defendant. The consequence of the decision was that the Old Civil Code did not contain any provisions of non-pecuniary damages, the rules of damages applied to these as well.

The New Civil Code introduces a new legal institution to overcome the difficulties of non-pecuniary damages. In case of the breach of personality rights, instead of non-pecuniary damages, the so-called injury award was introduced. The novelty of injury award is that it is also available if no pecuniary loss can be proven in relation to the infringement of the personality rights. The court shall determine the

amount of restitution in one sum, taking into account the gravity of the infringement, whether it was committed on one or more occasions, the degree of liability and the impact of the infringement upon the aggrieved party and his environment (Section 2:52).

11.3.7 Cases and Controversies

Generally international law and EU law has a great effect on the development of legislative instruments and the jurisdiction, especially of the Constitutional Court as to personality rights protection and the protection of the right to property (Schanda 1994, 14; Paczolay and Bitskey 2012) Tort law was also very much influenced by especially EU law on the level of legislation, also during the codification of the New Civil Code (Wellmann 2013).

Although there are significant attempts to find the balance between personality rights norms found in the Civil Code and human rights norms found in the constitution, international and EU law instruments, the relation of these two is not always evident and there always is a controversy how personality rights have to be interpreted in conformity with the constitution and what the applicable standards are, what the methodology is.

In Zoltán Fleck's book on judicial practice, the authors discovered that the civil courts in many personality rights matter had found in a large number of individual cases that "it is not the task of a civil court to contrast constitutional rights" (S.P.53.344/2006/12).

However, besides this approach, some (although fewer) courts follow the practice of citing the relevant rules of the Constitution indirectly, in connection with the interpretation or application of a different rule of law (see for instance the official journal of the Supreme Court, 1992/14; BH 1997/489; BH 1998/132; PKKB 29.P.87.533/1996/4; see Halmi 2005). One representative example of this approach is the practice of the Baranya County Court concerning non-pecuniary damages. Both the Civil Law Bench and the Administrative Law Bench of the Court have examined the constitution-related aspects of non-pecuniary damages. According to the proposal: "When a personality right not specified in the Civil Code is infringed, the relevant rule of the Constitution may also be cited because fundamental constitutional rights transform into personality rights in civil law. If no specific personal right may be applied regarding the given facts of the case, general personality rights may be cited for the protection of a person's autonomy such as the right to self-determination, the right to personal freedom, the general freedom of action or the right to privacy. The right to live in a complete and healthy family is a personality right that is also a recognized constitutional right. If it is violated as a result of the death or disability of a relative, non-pecuniary damages may be awarded."⁵

⁵See Proposal for the 17 November 2000 meeting of the Civil Law and Administrative Law Benches of the Baranya County Court in connection with non-pecuniary damages in civil and labour law cases *Bírósági Döntések Tára* [Collection of Judicial Decisions], 2001/2, 5–31.

Judges usually interpret the Constitution in conjunction with the applicable rule of law without specifying the relevant provision of the Constitution. In these cases, it cannot be identified what role the given constitutional provision has had on the passing of the judgement. The scope of these analyses is restricted to those cases in which the court specified the rule of the Constitution applied. Such cases also include examples when the court referred to the Constitution directly and exclusively.

In judicial practice, there are examples of judgements in which the personality rights specified in the Civil Code were in the same line with the relevant rule of the Constitution in the introductory part of the judgement's reasoning, sometimes even in combination with Constitutional Court decisions, and even the European Convention on Human Rights and its related case law were cited. However, the merits of the reasoning were still based on the statements of position issued by the Civil Law Bench of the court (2.Pf.21.471/2004/3., 2.Pf.21.185/2006/4). In judicial practice of personality rights, cases whose reasoning is predominantly based on the interpretation of the relevant rules of the Constitution are rare (Fővárosi Bíróság 19.P.21.073/2007; Kende 2008, 209).

Of the arguments concerning the application of the Constitution, the most significant is the one that points to doubts about legal certainty. Some cases point to this problem very sharp: e.g. in Hungary a court of first instance rejected the idea that under Section 85(1) of the Old Civil Code personality rights may only be enforced in person in case of collective defamation (PKKB 20.P.85.346/2003/10). However, the Metropolitan Court of Budapest as the court of second instance returned to the earlier practice and refused to interpret the law in line with the Constitution as described in the judgement of the court of first instance (52. Pf.29063/2003/4). In spite of the fact that the court of first instance's decision was based on Decision 30/1992 ((V. 26.) CC) of the Constitutional Court, the court of second instance did not draw the same conclusion from the same decision of the Constitutional Court, but interpreted it differently.

11.3.8 Non-contractual Liability

Non-contractual liability is based on the assumption that it is unlawful to cause damage to third parties. Although the Old Civil Code contained the same rule for contractual and non-contractual liability, the New Civil Code distinguishes between the two regimes both in terms of exculpation and in terms of damages to be reimbursed.

The New Civil Code starts from the assumption that all torts are prohibited by law (Article 6:518). Any person who wrongfully causes damage to another person shall be liable for such damage. The tortfeasor shall be exempted of liability if he can prove that he acted as it is generally expected in the given situation (Article

6:519). The tortfeasor shall compensate the aggrieved party for all his losses in full (Article 6:522 (1)). However, no causal relationship shall be deemed to exist in respect of any damage that the tortfeasor could not have foreseen (Article 6:521). The rules on non-contractual liability have not been reviewed by the Constitutional Court.

11.4 The Influence of Human Rights and Basic Rights in Property Law

11.4.1 The General Principles of the Property Law

The right to property has been interpreted by the Constitutional Court in a number of decisions, in particular on the basis of the case law of the Court of Justice of the EU (CJEU) and the ECtHR. Although traditionally the CJEU does not consider the field of property law an area for the application of the principle guaranteeing the free movement of goods, it tends to accept, in conformity with human rights principles, that the right to property is a general legal principle whose protection must be guaranteed (see Menyhárd and Attila's chapter on Harmonisation of Community law and Property Law in Menyhárd 2007; Sajó 2006). These principles have influenced the drafting of the current legislation and the judicial practice evolved on the basis of this legislation. However, as noted above, it was the Constitutional Court that decided disputed points in connection with unconstitutionality (Halmai and Tóth 2003).

There is no generally accepted position concerning the existence and role of the basic principles of property law, including in particular their role in the interpretation of law (Menyhárd 2007).⁶ The principle of the closed list and fixed content of rights, the principle of absolute effect, the principle of publicity and the principle of uniqueness might be mentioned as such (Menyhárd 2007, 17).

11.4.2 The Notion of Property and the Limitation of the Right to Property

Decision 64/1993 (XII. 22.) is a fundamental decision of the Constitutional Court from two aspects. On the one hand the Constitutional Court explained that it is considered to be a broader concept in constitutional law than in private law. The right to property is socially bound, hence, many connected rights are protected under the umbrella of the right to property. This means that the constitutional protection extends to rights which do not qualify as property under the civil code. On the other

⁶ www.szazadveg.hu/files/46menyhard.pdf.

hand, the Constitutional Court also explained how the limitation of this right is possible. “Because of the particularities of the nature of property protection the central point of the enquiry into the constitutionality of state intervention, the field of the constitutional review has become the adjudication of proportionality between the ends and the means, viz., the public interest and the restriction on property. At the outset of an enquiry into the necessity and unavoidability of restricting a fundamental right it must be borne in mind that Article 13(2) of the Constitution merely requires the ‘public interest’ to justify expropriation; that is, if monetary compensation is provided a more compelling and justified ‘necessity’ need not be established for constitutional purposes.” It was also established by the Constitutional Court in respect of examining the public interest in restriction that “accordingly, the constitutional review of the ‘public interest’ determined by the democratically-elected legislature does not focus upon the question whether such legislation was unavoidably necessary, rather /.../ it confines its enquiry to the question of whether the invocation of the ‘public interest’ is justified, and whether the solution adopted for the ‘public interest’ violates some other constitutional rights (such as the prohibition of negative discrimination).”

11.4.3 Right to Property vs. Right to Non-discrimination

In the case law, constitutional questions in the field of property law usually arise from the conflict of right to property and right to non-discrimination. One of the first representative cases is from 2002, where a court was faced with the question whether a pub owner has the right to select who can enter the pub. The court rejected the argument of the pub owner and awarded non-pecuniary damage to the Roma claimant, who was not allowed to enter the pub (EBH 2002. 625). Also, when Roma students of a school had organized separate farewell parties from non-Roma students, a court decided that this conduct caused harm to the applicants (EBH 2001. 515). A handicapped person who could not get into a bank building also sued with success (BH 1995. 698).⁷

11.4.4 Constitutionality of Adverse Possession

The constitutionality of adverse possession was reviewed by the Constitutional Court several times. The first ruling of the Constitutional Court stated that the provision of the Old Civil Code, which provided that in the case of state owned property, adverse possession is not possible, is unconstitutional (29/1992. (V. 19.) CC decision). The consequence of the decision was that the legislator, in order to “save” the

⁷In accordance with similar cases and hypotheticals the study of Attila Menyhárd tries to prove that the limitation on private liberty will not produce general welfare. See Menyhárd (2006, 8–15).

state's ownership, prolonged the general term for adverse possession with retrospective effect. Although the constitutionality of the amendment was questioned, the Constitutional Court found that the law is constitutional as the legislator is free to amend the conditions upon which such acquisition is constitutional until ownership is acquired (39/B/2002 CC decision) (for concerns relating to the decision, see Vékás 2008, 40).

The issue came up again a few years later, when a fundamental rule of the Hungarian real estate regime was under review. The Real Estate Registration Act (Act 141 of 1997) provided that after a certain period de-registration is not possible, even if registration was based on an invalid contract. The purpose of the provision, which existed for over 150 years, was to provide legal certainty. However, the Constitutional Court found the provision unconstitutional (80/2006. (XII. 20.) CC decision). The original rule, in a slightly amended form, was re-introduced by the New Civil Code.

11.4.5 The New Civil Code

The codification of the New Civil Code offered an opportunity for reforming the regulation on the basis of human rights, but no relevant changes were made. There was a proposal for changing the rules on acquiring ownership title from non-owners (Article 4:47 in Vékás and Gárdos 2008, 625–627), but the rules eventually stayed practically the same as before. For the purpose of evaluating property law regulations from the aspect of property protection under constitutional law, the correct solution seems to be that the legislator's constitutional duty is to resolve conflicts of interests between subjects of private law in a way that the legislator's offers enhanced protection to the substantive law foundations of the autonomy of action.

11.5 The Influence of Human Rights and Basic Rights in Family Law

11.5.1 Relevant Provision of the Fundamental Law

Article L of the Fundamental Law provides that Hungary shall protect the institution of marriage, the conjugal union of a man and a woman based on their voluntary and mutual consent; Hungary shall also protect the institution of the family, which is the foundation for the survival of the nation. The basis for family relationship is marriage, as well as the relationship between parent and child. Hungary shall promote the commitment to have and raise children. Article XVI further regulates the rights and obligations of parents and children. Every child shall have the right to the protection and care necessary for his or her proper physical, intellectual and moral

development. Parents shall have the right to choose the form and method of rearing their children. Parents shall provide care for their minor children. This obligation includes the education of their child. Children of adult age shall provide care for their parents if they are in need.

11.5.2 Principles of Family Law

The New Civil Code brought serious changes to Hungarian family law. The Old Civil Code did not contain provisions on family law; a separate act (Act 4 of 1952) regulated family law. The act contained the following principles: (a) protection of family and marriage; (b) equality of spouses; (c) responsibility for children; (d) the code shall be interpreted taking into account the interests of the child; (e) balancing individual and social interests.

Book Three of the New Civil Code contains rules on family law. One consequence of the incorporation of family law is that the basic principles of civil law (Book One of the New Civil Code) also apply in the field of family law. However, due to the unique family law considerations and values, Book Three contains additional principles. There are four such basic principles in the adopted rules: (a) the protection of family relations, (b) the protection of the child's interests, (c) the principle of fairness, and (d) the principle of the protection of the weaker party (New Civil Code: Book One, Book Four Sections 4:1 to 4:4, see Vékás and Gárdos 2013, 239–241).

11.5.3 Legal Status of Unmarried Partners

In the Old Civil Code the definition of a 'life partner' was stated in Section 685/A. In conformity with Decision no. 14/1995 (III. 13.) CC, this rule no longer referred to the partner's sex (Ministerial Commentary of Act XXIX on Registered Partnership and on the Amendment of Related Laws Required for Facilitating the Verification of the Existence of a Partnership). It was allowed by a separate law that couples of the same sex could make their relationship official by registering themselves as life partners. This registration had similar legal consequences to a marriage.

Hungarian law recognizes the necessity of establishing a legal institution that allows any person to apply for the registration of their life partnership, regardless of their sex and sexual orientation and of that this registration must have certain legal effects. The possibility of registration first of all makes it simpler for the parties to prove that they live together, and in the case of heterosexual couples it establishes the presumption of paternity for their children. However, in Decision 154/2008 (XII. 17.) CC, the Constitutional Court made it clear that the institution of marriage receives enhanced protection under the Constitution, and therefore registered partnership cannot have an identical content to the legal consequences of marriage.

It is emphasized in Decisions 46/2001. (IX. 10.) CC and 56/1994 (XI. 10.) CC that the right to privacy is an integral part of the right to human dignity. The Constitutional Court's decision also refers to the provisions of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR). According to the decision, "no one can be subjected to arbitrary intervention related to their privacy." This legal principle is a fundamental one for the interpretation of family law and also for the interpretation of all basic rights related to human dignity.

The constitutional content of the right to marriage and family life and the judicial practice evolved on the basis of this right are influenced by international and foreign law to a significant degree after the democratic transition. For this reason, in Decision 4/1990 (III. 4.) CC, the Constitutional Court found that the rules governing marriage and family affairs affect fundamental rights and duties. In regular judicial practice, reference is made sometimes to international law. Decision 22/1992 (VI. 10.) CC discusses the freedom to marry. Specific references were made in the reasoning of the decision to provisions of international conventions such as Article 23.2 of the ICCPR and Article 12 of the European Convention on Human Rights.

The New Civil Code has been particularly influenced by international documents; for instance, the Convention on the Rights of the Child is cited in the official commentary in connection with a number of provisions.

In Hungary, the approach to marriage and family in constitutional law has been a hotly debated issue over the past few years. In 2012, the Constitutional Court adopted a comprehensive decision concerning these legal institutions in connection with the new Act on the Protection of Families. According to Decision 43/2012 (XII. 20.) CC, the rule that defines 'family' as a set of relationships creating an emotional and economic community of natural persons based on a marriage between a man and a woman, lineal kinship, or guardianship accepting the child into the family is unconstitutional. The Constitutional Court found the definition of 'family' in the new act on family law too narrow. If the legislator wishes to grant rights to and impose duties on families, it cannot deprive people of rights who have been living in a permanent emotion-based and economic community without entering into a marriage and the legislator may not decrease the existing level of protection granted to consensual partnership forms. The duty of protecting the institution of marriage and family may not lead to direct or indirect discrimination against children on the basis of whether they are brought up by their parents in a marriage or in another form of cohabitation (Szeibert 2006, 245–265).

The following conclusions can be drawn on the basis of a review of the legislation in the field of marriage, registered partnership and unregistered life partners. The principle of equality of the parties applies to all three forms of family law relationships: in any affairs related to the marriage (community), spouses (registered partners, life partners) have equal rights and duties. Minors who have reached the age of 16 may get married if the guardianship authority permits them. However, no minor may establish a registered partnership in any case, not even with the prior approval of the guardianship authority. There is no statutory age requirement for life partners.

Only a man and a woman may form a married couple under Hungarian Fundamental Law following the jurisprudence of the Hungarian Constitutional Court. However, the regulations recognize registered partnerships and life partnerships between partners both of the same sex and of different sexes.

11.6 The Influence of Human Rights and Basic Rights in Other Fields of Private Law

11.6.1 Human Rights and Copyright Law

Copyright law regulations of the past took into account social interests that were in conflict with the interests of the author. After the change of the system (1989–1990), judicial practice and legal literature started to re-evaluate and transform these interests into human rights based values through the Constitution. This re-interpretation/confirmation process, however, did not automatically result in an actual rearrangement of values or a radical change in regulation (Gyenge 2010).

Intellectual creations are not considered items of property under Hungarian law. However, Hungarian law allows economic rights under intellectual property law to be transferred and inherited. This means that the Hungarian legislator does not reject the idea of treating intellectual creations as intellectual property items, and the economic rights under intellectual property law allow intellectual property items to be utilised through the market and the law ensures their transferability. This brings such rights close to the status of property without actually making them property (Menyhárd 2007, 22–23).

The various subject-matter items of copyright law affect the following human rights: the right to property, the freedom of expression, the freedom of cultural life, and the educational and scientific freedom. The latest activities of UNESCO and the expected development of the EU's primarily legislation prove that the cultural right, property law and freedom of expression related approaches are interdependent. It is necessary to identify a human rights background concerning the limitation and also the respect of copyright, because the duality of the property law approach namely the cultural right/freedom of expression approach allow us to understand the nature of these right.

The Hungarian Constitutional Court has very limited practice concerning the constitutionality of copyright regulations. However, the decisions adopted so far suggest that not only did the Constitutional Court extend the guarantee of ownership to copyright, but it also recognizes and supports copyright's main function, i.e. that the freedom of expression of authors and the freedom to participate in cultural life must be granted also through this institution of law.

For this reason, when assessing the constitutionality of copyright rules, the Constitutional Court applies the public interest test and the test of necessity and proportionality depending on the aspect of copyright law it evaluates. However, it

can be established on the basis of an analysis of the Constitutional Court's case law that the constitutional ground for restricting copyright is, at this point, not described in sufficient detail. Case law only confirms that by now it is beyond doubt that due to the institution safeguarding function of the constitution it is not possible to introduce a restriction that makes it fully impossible to exercise copyright. However, it is possible to apply a restraint (even a strong one) as a result of which the given right becomes fragmented.

This conclusion can also be drawn in connection with fair use: no such fair use can be granted under the constitution that would completely "empty" the content of copyright. However, if the personal and economic interests of the author may be promoted in other ways, some of the rights may be severely (i.e. broadly) restricted on a constitutional law basis (Gyenge 2010).

11.6.2 Human Rights and Basic Rights in Inheritance Law

Article XIII of the Fundamental Law, in accordance with Article 14 of the Constitution, states that everyone shall have the right to succession. Book Seven of the New Civil Code contains provisions on the law of inheritance, but it does not contain any explicit reference to the Fundamental Law. The Constitutional Court has dealt with questions relating to inheritance law.

In an early decision, in relation to the question whether certain restraints on the heritability of agricultural lands, the Constitutional Court recalled that the European Convention of Human Rights's practice protects merely ownership, but not the right to ownership, thus questions of inheritance do not fall under the scope of the 1st protocol to the Convention (35/1994. (VI. 24.) CC decision).

In a new decision the Constitutional Court had to review the constitutionality of a law, which deprived same sex couples from the possibility of inheritance by law. The Constitutional Court found the law unconstitutional (43/2012. (XII. 22.) CC decision).

11.6.3 Human Rights and Company Law

Human rights also significantly influence company law (Kisfaludi 2006, 195–244). The most important aspects are the following.

Since the first modern companies act (Act 6 of 1988), the legislation is based on the principle of freedom of association of natural and legal persons. Hungarians and foreign persons as well are free to establish companies. The few limits, which existed before the change of the regime, were found unconstitutional (e.g. 59/1991. (XI. 19.) CC decision, which annulled certain privileges of state owned entities in company law). The Constitutional Court also reviewed whether it is possible under the new constitutional framework to provide that certain activities can only be per-

formed by the State, and found this rule to be constitutional (1130/B/1990 CC decision).

The Constitutional Court further analysed the rule which provided that managers cannot participate in more than three companies. The Constitutional Court found that such limitation is in line with the higher standards and stricter liability of managers, and therefore found the rule to be constitutional (793/B/2001. CC decision; see also the concerns raised by Kisfaludi 2006, 212).

The New Civil Code, which also incorporates company law, brought a significant change in the method of regulation. The Companies Act (Act 4 of 2006) contained mandatory rules. The members were only able to deviate from the rules of the Companies Act where the Act itself provided this right to the members. The New Civil Code chose a different method when it provided that as regards relations between members and founders, and between them and the legal person, and as regards the organizational structure and operational arrangements of the legal person, in the instrument of constitution the members and founders may derogate from the provisions of this Act relating to legal persons, save where Subsection (3) applies. Subsection (3) contains that members and founders of a legal person may not derogate from the provisions of this Act: (a) if it is precluded by law; or (b) where any derogation clearly violates the interests of the legal person's creditors, employees and minority members, or it is likely to prevent the exercise of effective supervision over legal persons.

The New Civil Code, therefore, starts from the assumption that until the rights of third parties (creditors, employees, minority shareholders or the state) are infringed, the members are free to establish their own statutes. In light of the new rules, it is easy to see that the arguments of the Constitutional Court relating to the limitation of the number of companies in which a manager may participate are not convincing. Such rules clearly do not affect the interests of third parties, therefore such limitations shall not be acceptable.

11.7 Final Remarks

The debate in Hungary on the issue of how human rights apply in private relations was fairly heated, with special regard to the codification procedure of the New Civil Code (Vékás 2011). The study demonstrated that the legislative instruments in private law are quite well developed by 2014 in most fields of private law to protect human rights in horizontal relations. The question is rather how these written rules apply in judicial practice.

After the democratic transition some authors argued in Hungary that direct horizontal applicability of the constitutional norms was desirable to gain the full protection of constitutional rights (Halmai 1998; Kovács 1998), some others contested in favour of the autonomy of the civil law, and the impossibility of applying human rights standards directly in private law (Vincze 2004, 3–13). Worshippers of the indirect horizontal effect stated that the German model, *Drittwirkung*, would pos-

sibly suit the Hungarian system. Legal practitioners often found arbitrary solutions in individual cases due to the lack of adequate guidelines. Lajos Vékás, leader of the codification procedure of the New Civil Code, argued that it is not possible to measure constitutional rights in civil law adjudication with the tests developed in constitutional law. Civil law litigation, even if it concerns fundamental rights in conflict, is not about the constitutional evaluation of the case and controversy. Hence it is a crucial question to answer how civil law courts should reach the required protection of fundamental rights. First and foremost the applicable legal rules must be in conformity with domestic, international and European human rights' standards.

Tamás Lábady, professor of private law and judge at Court of Appeal, former judge at the Constitutional Court, emphasized that the inherent logic of private law had great effect on the development of the Constitutional Court's jurisprudence on questions of fundamental rights. It is a tendency that private law gains the more and more territory from other public branches of the law, namely tries to incorporate important public law rules into its codes, because it feels the more and more concern about the public sphere (Lábady 2000b, 14). This is why it becomes possible to use the same standards in private law as in constitutional law. Lábady argues that the constitution binds everybody so it has to be directly applicable in private litigations. The constitution determines private relations, because otherwise they would not be always consistent with constitutional values. This means first of all that statutes and other legal instruments have to be conforming to constitutional human rights norms, and if there is no civil law regulation on a certain matter, the Constitution has to directly protect the individuals against each other (Lábady 2000a, 16).

Examining Hungary, an example of the young democracies of Central Eastern Europe, we cannot find final answers to the question of how human rights and fundamental rights apply in private relations, if the legislation and jurisdiction presently in force always comply with human rights standards (Gárdos-Orosz 2008). There definitely is a burden on the state to act as a protective entity of human rights, in some cases in horizontal relations as well; however it is not clear to what extent and in what way the state should protect the individuals against each other. So far, taking a clear stance on these issues has always been postponed (Halmai 2005, 104; Holló and Balogh 2005, XII. Chapter).

Up until 2012, the German-type real constitutional complaint did not exist in Hungary, thus, the Constitutional Court could not supervise and standardize constitutional interpretation of ordinary courts. In accordance with constitutional requirements and with the new type of constitutional complaint regulated in Article 27 of the Act 2011/CLI on the Constitutional Court, the Constitutional Court becomes capable to help in unifying constitutional interpretation of ordinary jurisprudence as it is required by the New Civil Code as well. There might be controversies regarding the harmonisation of the ideas of human rights with certain private law matters, but the cooperation of the ordinary courts and the constitutional adjudication might lead to finding satisfactory solutions.

Bibliography

- Ádám, A. 2002. Az alkotmányi értékek fejlődési irányairól [The development of constitutional values]. *Jura* 8 (1): 5–20.
- Boythá, G. 2003. A személyiségi jogok megsértésének vagyoni szankcionálása. [Sanctioning the violation of personality rights]. *Polgári Jogi Kodifikáció*, 5 (1): 3–6.
- Bragyova, A. 1994. *Az Alkotmánybírászkodás elmélete* [Theory of constitutional justice]. Budapest: KJK-MTA ÁJI.
- Dworkin, R. 1984. *Taking Rights Seriously*, London: Duckworth.
- Enyedi K., Halmi, G., Német, A., Polgár, E., and Sólyom, P. 2008. Alkotmányos és nemzetközi jogi szabályok a rendes bíróságok gyakorlatában. [Constitutional and international norms in the practice of ordinary courts. In *Bíróságok a mérlegen*, ed. Fleck, Zoltán, 75–183. Budapest: Pallas.
- Gyenge, A. 2010. *Szerzői jogi korlátozások és a szerzői jog emberi jogi háttere* [The human rights foundations of the law on intellectual property]. Budapest: HVG-Orac.
- Halmi, G. The third party effect in Hungarian Adjudication. 2005. In *The constitution in private relations. Expanding constitutionalism*. Sajó, A.-Uitz, R. (eds.). The Hague: Eleven Publishing, 2005.
- Halmi, G., and Tóth, G. A. (eds.). 2003. *Emberi Jogok* [Human Rights]. Budapest: Osiris.
- Halmi, G. 1998. Az Alkotmány mint norma a bírói jogalkalmazásban [Constitution as legal norm in jurisprudence]. *Fundamentum* 2 (3) 77–81.
- Holló, A., and Balogh, Z. (eds.) 2005. *Az értelmezett alkotmány* [The interpreted constitution]. Budapest: Magyar Hivatalos Könyvkiadó.
- Kende, P. 2008. *Elorzott igazság. Újabb röpirat bírókról, ítéletekről.* [Deprived of justice: another pamphlet on judges and judgements]. Budapest: Hibiszkusz Kiadó.
- Kisfaludi, A. 2006. Alkotmányos alapjogok a társasági jogban. [Fundamental rights in the law of corporations] In *Alkotmányosság a magánjogban* [The constitution in private law] Sajó, A. (ed): 195–244. Budapest: Complex.
- Klein, E. 1994. Az alapjogok meghatározása az alkotmányban [The definition of fundamental rights in the Constitution]. In *Alkotmányfejlődés és jogállami gyakorlat* [The development of the Constitution and constitutional practice], ed. Ádám, A. (ed.), Budapest: Hans Seidel Alapítvány.
- Kovács, K. 1998. Emberi jogaink magánjogi viszonyokban, [Expanding the prohibition of discrimination in the European Convention of Human Rights]. *Fundamentum* 2 (4) 85–90.
- Gárdos-Orosz, F. 2011. Alkotmányos polgári jog: Az alapvető jogok alkalmazása a magánjogi jogvitákban. [Constitutionalisation of private law?]. Budapest: Dialog-Campus.
- Gárdos-Orosz, F. 2015. The regulation of offensive speech in the new Hungarian Civil Code. *ELTE Law Journal* forthcoming.
- Gárdos-Orosz, F. 2008. Constitutional rights: horizontal effect and anti-discrimination law in Hungary. *Acta Juridica Hungarica: Hungarian Journal of Legal Studies* 49 (1) 111–136.
- Gárdos-Orosz, F. 2008a. The underpinning of the protection of fundamental rights provided by the Hungarian constitution: Article 8 paragraph (1).
- Gárdos-Orosz, F. 2012. The Hungarian constitutional court in transition: from *actio popularis* to constitutional complaint. *Acta Juridica* 53 (4) 302–315.
- Lábady, T. 2000a. Alkotmányjogi hatások a készülő Ptk. szabályaira. [Effects of constitutional law on the draft Civil Code]. *Polgári Jogi Kodifikáció* 2(2): 13–19.
- Lábady, T. 2000b. Alkotmányos alapjogok és személyiségi jogok, [Basic rights and personality rights] *Jogi Beszélgetések*. 2 (1) 75–85.
- Menyhárd, A. A tulajdonhoz való jog magánjogi aspektusai. [The private law aspects of the right to property.] Online, Századvég <http://www.szazadveg.hu/files/.../46menyharc.pdf>. Accessed 30. August 2014.
- Menyhárd, A.: *Dologi jog*. [Property law]. 2007. Budapest: Osiris.

- Menyhárd, A. 2006. Diszkrimináció-tilalom és polgári jog [The prohibition of discrimination and private law]. *Polgári jogi kodifikáció*. 8 (3): 8–15.
- Paczolay, P., and Bitskey, B. (eds.). 2012. *Az Alkotmánybíróság döntései* [Decisions of the Constitutional Court]. Budapest: Magyar Közlöny Lap-és Könyvkiadó.
- Sajó, A. 1995. *Az önkorlátozó hatalom* [Limited Government]. Budapest: MTA-KJK.
- Sajó, A. (ed.). 2006. *Alkotmányosság a magánjogban* [Constitutionality in Private Law]. Budapest: Complex.
- Schanda, B. 1994. Emberi jogi egyezmények az Alkotmánybíróság gyakorlatában. [Human Rights Conventions in the practice of the Constitutional Court]. *Acta Humana* 5(14): 47–54.
- Sólyom, L. 2005. Az Alkotmány emberi jogi generálklauzulájához vezető út [The road to the general human rights clause of the Constitution]. *Iustum, aequum, salutare* 1(1): 27–50.
- Sólyom, L. 1983. A személyiségi jogok elmélete. [Theory of personality rights]. Budapest: Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó.
- Szeibert, O. 2006. Házasság, házasságon kívüli partnerkapcsolat – család a nemzetközi jogi emberi jogi egyezmények, az Alkotmány és az alkotmánybírósági gyakorlat tükrében. [Marriage and registered partnership In Hungary in light of international law, the Constitution and the practice of the Constitutional Court]. In *Alkotmányosság a magánjogban* [Constitutionality in private law]. 245–265. Sajó, A.-Uitz, R. (eds.). Budapest: Complex.
- Pokol, B. 1991. Az alapjogok és az „alapjogi” bírászkodás [Fundamental rights and fundamental rights jurisdiction]. *Társadalmi Szemle* 46 (5): 55–64.
- Uitz, R. 1999. Egyéni jogsérelmek és az Alkotmánybíróság. [Violation of individual rights and the Constitutional Court]. *Fundamentum* 3 (2): 39–52.
- Vékás, L. 2008. *Parerga. Dolgozatok az új Polgári Törvénykönyv tervezetéhez*. [Parerga. Studies on the Draft of the New Civil Code.] Budapest: HVG-ORAC.
- Vékás, L., and Gárdos, P. (eds.). 2008. *Szakértői Javaslat az új Polgári Törvénykönyvhöz* [Expert Proposal to the New Civil Code]. Budapest: Complex.
- Vékás, L., and Gárdos, P. (eds.). 2013. *A Polgári Törvénykönyv magyarázatokkal*. [Commentary on the New Civil Code]. Budapest: Complex.
- Vékás, L. 2011. *Az új Polgári Törvénykönyv elméleti előkérdései*. [The theoretical preliminary problems of the New Civil code]. Budapest: HVG-ORAC.
- Wellmann, G. (ed.). 2013. *Új Ptk. Kommentár* (Commentary to the New Civil Code). Budapest: HVG-ORAC 2013.
- Vincze, A. 2004. Az alkotmány rendelkezéseinek érvényre juttatása a polgári jogviszonyokban, [Enforcing constitutional rules in private relations]. *Polgári jogi kodifikáció* 1(3) 3–13.

Case Law

Decisions of the Constitutional Court

- 7/2014. (III. 7.) CC decision.
- 8/2014. (III. 20.) CC decision.
- 43/2012 (XII. 20.) CC decision.
- 154/2008 (XII. 17.) CC decision.
- 42/2005. (XI. 14.) CC decision.
- 13/1990. (VI. 18.) CC decision.
- 64/B/1990. CC decision.
- 61/1993. (XI. 29.) CC decision.
- 8/2014. (III. 20.) CC decision.
- 30/1992. (V. 26.) CC decision.
- 37/1992. (VI. 10.) CC decision.
- 36/1994. (VI. 24.) CC decision.

34/1992. (VI. 1.) CC decision.
29/1992. (V. 19.) CC decision.
39/B/2002. CC decision.
80/2006. (XII. 20.) CC decision.
35/1994. (VI. 24.) CC decision.
43/2012. (XII. 22.) CC decision.
59/1991. (XI. 19.) CC decision.
1130/B/1990. CC decision.
793/B/2001. CC decision.
64/1991. (XII.17.) CC decision.

Decisions of Ordinary Courts

BH 1997. 489.
BH 1998. 132.
BH 2001. 522.
BH 1997. 489.
BH 1998. 132.
BH 1995. 698.
EBH 2001. 515.
EBH2000. 302.
EBH 2002. 625.
PKKB 29. P.87.533/1996/4.
PKKB 29. P.87.533/1996/4.
PKKB 20. P.85.346/2003/10.
Balassagyarmati Városi Bíróság 8.P.20.767/1999/18.
Fővárosi Bíróság Pf.20.561/2005/4.
Fővárosi Bíróság 48.Pf.27.087/2002/4.
Fővárosi Bíróság 19.P.21.073/2007.
20.P.85.750/2002/9.
19.P.23.103/2007/4.
19.P.21.294/2007/4.
20.P.91.132/2001/10.
20.P.53.344/2006/12.
2.Pf.21.471/2004/3.
2.Pf.21.185/2006/4.
52.Pf.29063/2003/4.

Chapter 12

The Influence of Human Rights and Basic Rights in Italian Private Law: Strategies of ‘Constitutionalisation’ in the Courts Practice

Emanuela Navarretta and Elena Bargelli

12.1 Strategies of ‘Constitutionalisation’ of Private Law

This report deals with the process of ‘constitutionalisation’ of private law in Italy, particularly focusing on developments in legislation and case law. The impact of human rights or fundamental rights on court practice is relatively recent in the Italian legal system: after being scarcely considered until the 1970s, over time the importance of these rights in judicial reasoning has increased significantly.¹ Although some opinions are keen to differentiate the legal nature of human or inviolable rights and fundamental rights (Trstenjak 2014; in the Italian literature see Mengoni 1992, 324 f.), we will use these concepts without drawing any distinction between them.

Although the Italian Constitution (Constitution) came into force in January 1948, the academic debate on the ‘horizontal effects’ of the constitutional principles on private law dates back to the beginning of the 1960s, when some scholars started advocating the direct application of constitutional norms to private law (Natoli 1955) and the constitutionally-oriented interpretation of the general rules regulating contracts (such as good faith and public order) (Rodotà 1969; Bigliuzzi Geri 1970) and torts (Rodotà 1964). This trend reached its peak during the 1970s.²

¹ While the relevance of fundamental rights has increased, less emphasis is given to the principle of solidarity in the Italian private law system of the new century, see Busnelli (2013, 413 ff.).

² For a general overview of the general trends of this decade, see the volume of Nivarra (2008).

E. Navarretta (✉)
University of Pisa, Piazza dei Cavalieri, 2, 56126 Pisa, Italy
e-mail: navarretta@gmail.com

E. Bargelli
University of Pisa, Via Serafini, 3, 56126 Pisa, Italy
e-mail: elena.bargelli@sp.unipi.it

The influence of human rights or fundamental rights on the courts practice started at a later time. During the 1970s some basic courts started invoking the constitutional principles in their reasoning. Although the Constitutional Court has become active in 1955, the most significant decisions in the field of private law date back to 1986 (Constitutional Court no. 184/1986) and 1988 (Constitutional Court no. 404/1988), when the Constitutional Court recognized the right to damages for personal injuries as a consequence of the application of the right to health (Article 32 of the Constitution) as well as the right of the tenant's unmarried partner to succeed in the tenancy contract after his/her death as a consequence of the recognition of the right to habitation.

Rather than reviewing the impact of fundamental rights on private law disputes involving separate branches of law such as tort, contract, family, inheritance, labour law, etc., this report analyses the different strategies for the protection of fundamental rights practiced by the courts.

It is divided into two basic parts. The first part focuses on the topic of 'fundamental rights v statutory law', while the second deals with 'fundamental rights v contractual freedom'.

12.2 Fundamental Rights v Statutory Law

In order to assess the impact of fundamental rights on private law it is worth starting with cases of conflict with existing legislative provisions, which led the legislator or the courts to intervene and change the whole legal framework or the single rule.

Afterwards we will consider situations in which the absence of a legal rule infringes a fundamental human right, prompting the court to act in place of the legislator.

12.2.1 Legislative Reforms Inspired by Fundamental Human Rights

Whenever a legislative provision is deemed to infringe a fundamental right, the legislator itself can solve the conflict. The reform of family law (Law no. 151/1975) is but the most significant example, having radically changed the rules, inspired by a patriarchal and authoritarian concept of domestic relationships, which encroached on the fundamental rights of family members. Indeed, after the Constitution came into force in 1948, the entire family law as enshrined in the Italian Civil Code was deemed contradictory to the principles of non-discrimination based on sex and birth (Articles 29 and 30 of the Constitution).

Lately, recognition of the fundamental rights of the child, originally confined to international treaties and declarations (European Convention on Human Rights

(ECHR), EU Charter of Fundamental Rights (EU Charter)), has given rise to dramatic changes in existing legislation.

Thus, the right of the child to a relationship with both parents lies at the core of shared custody as a general rule, introduced into the Italian legal system (Law no. 54/2006). Furthermore, the acknowledgement of a human right to genetic identity prompted a change in the adoption law, in order to entitle the child to know the identity of his/her biological parents (Article 28 Law no. 184/1983 as changed by Law no. 149/2001 and by Article 177 subs. 2 of Legislative decree no. 196/2003).

Finally, the principle of non-discrimination based on birth (see Article 21 of the EU Charter) inspired the abrogation, by statute no. 219/2012, of any residual legal difference between the children of married and unmarried couples. In addition, the statute recognised the right of children to be heard and to express their views in judicial proceedings that involve them (see Article 24 of the EU Charter), provided that they are 12 years old or even younger if they are mature enough, and the right of children to be raised in their own family (new Article 315*bis* Civil Code). Both provisions are currently deemed to be general principles of the Italian legal system.

On the other hand, the legislator may intervene in fields that were not originally regulated by statutory law, in order to affirm and protect fundamental human rights.

This happened in particular in medical law and bioethics. Examples are given by the acknowledgement of patient rights, such as the informed consent to treatment (Law 23 December 1978, no. 833, Article 35 of the deontological medical code) or the principle of non-commercialization of the body and its parts (Law 13 July 1967 no. 584, Law 26 June 1967 no. 458, Law 1 April 1999 no. 91). These provisions stem from the constitutional recognition of human rights (Article 2) and are expressly declared by Articles 5 ff. of the Oviedo Convention,³ by Article 3 of the Charter and by Article 21 of the Oviedo Convention, respectively.

A controversial case of conflict between human rights is given by the law on artificial insemination (no. 40/2004) whose original provisions were essentially inspired by protection of the life of the conceptus child. The constitutional legitimacy of the law was subsequently and repeatedly challenged before the Constitutional Court, which ultimately sought a more appropriate balance with the prospective mother's right to health and self-determination.⁴

The European Court of Human Rights (ECtHR) has also played a role in urging legislative changes. As regards the right to a fair trial (Article 6 of the ECHR), for example, a significant set of violations concerned the reasonable time requirement and in most cases, involved civil and criminal proceedings before the Italian courts. As a consequence of these ECHR cases, a new statute (Law no. 54/2001, the so-called *Legge Pinto*) came into force, which provides an indemnity in the event of excessive delay in judicial proceedings.

³Ratified by Law 28 March 2001, no. 145.

⁴See below Sect. 12.2.2.1.

12.2.2 *Judicial Techniques*

12.2.2.1 **Judgments of Constitutional Legitimacy**

Besides legislative reforms, the most traditional way of enforcing fundamental rights against a legal provision is the judgment of constitutional legitimacy, aimed at removing the contested rule.

Since the establishment of the Constitutional Court, the most frequent challenges brought to legislation have fallen under the heading ‘family law and bioethics’. By the 1970s, the Constitutional Court had laid down as unconstitutional several provisions of the Civil Code. Most decisions, however, were based on the principle of equality rather than on the recognition of individual fundamental rights.

Conversely, the reference to fundamental rights has become more frequent in recent years, leading to a broadening of individual freedoms. For example, the human right to take judicial action, recognised as such by Article 24 of the Constitution, lies at the core of the declaration of unconstitutionality of the rules of the Civil Code, limiting the action of disclaimer of paternity (Constitutional Court no. 266/2006) and that of judicial acknowledgement of a child (Constitutional Court no. 50/2006).

Again, the need for true protection of the inviolable right to health is at the core of judgments concerning the lack of compensation for personal injuries caused by non-compulsory vaccinations (1 Law 25 February 1992, no. 107). While the Constitutional Court declared this provision to be unconstitutional inasmuch as it contravened Articles 2, 3 and 32 of the Constitution (Constitutional Court no. 107/2012), the same year the Tribunal of Rimini (2012) came to a similar conclusion by applying the ‘constitutionally-oriented’ interpretation of the above mentioned provision and concluded that compulsory vaccinations could not be treated differently from highly recommended, but non-compulsory, vaccinations.

Several judgments have recently focused on the statute regulating artificial insemination (Law no. 40/2004), which has also been repeatedly questioned before the ECtHR.

In particular, some limits provided by this statute were removed by the Constitutional Court, inasmuch as they were in conflict with the prospective mother’s fundamental right to health. For example, this conclusion was drawn as regards the rule which imposed the physician to simultaneously implant all fertilized eggs (in any event, no more than three) (Constitutional Court no. 151/2009).

In 2012 the ECtHR (application no. 54270/10) dealt with the Italian rule prohibiting antenatal diagnosis before implantation⁵ and concluded that interference with the applicants’ right to respect for their private and family life (Article 8 ECHR) was disproportionate.

⁵Individuals satisfying the conditions provided for in section 5 shall be informed of the number and, at their request, the state of health of the embryos produced and destined to be transferred into the womb [Article 14(5)] Measures Ministry of Health decree no. 15165 of 21 July 2004 Measures protective of the embryo “... Any test regarding the state of health of an embryo created in vitro, within the meaning of section 14(5) [of Law no. 40 of 2004], must be for observation purposes alone”.

Finally, in April 2014 the Constitutional Court upheld the question of unconstitutionality regarding the prohibition of heterologous techniques of fertilization, on the basis of the argument that this prohibition contravened the couple's right to self-determination (Article 2 of the Constitution) and the right to respect for mental integrity (Article 32 of the Constitution) (Constitutional Court no. 162/2014).

It is worth noting that in 2011 the ECHR (Application no. 57813/00), in dealing with the Austrian Artificial Procreation Act prohibiting the use of ova from donors and sperm from donors for in-vitro fertilization, dismissed the claim raised under Article 8 of the ECHR, arguing that, in view of the lack of a uniform approach to this question by the contracting states and the nature of the sensitive moral and ethical issues involved, the contracting states enjoyed a broad margin of appreciation in this field.

The evolution of the adopted child's right to know the identity of the biological mother, notwithstanding her expressed will to remain anonymous, is also deeply affected by the dialogue between the Constitutional Court and the Strasbourg Court. While the Constitutional Court originally upheld the mother's right to privacy as prevailing over the child's right to personal identity (Constitutional Court no. 425/2005), a further decision of the ECtHR led the Italian court to retrace its steps (2012, Application no. 33783/09). In 2013 it came to the conclusion that, in the event that the adopted child expressed the will to know the identity of the biological mother, she should be confidentially asked whether or not she still wished to remain anonymous (Constitutional Court no. 278/2013).

Within the field of contract law, significant examples of judgments of unconstitutionality based on fundamental rights concern urban residential tenancy law.

A provision that did not recognise the right of the non-married partner to take the place of a deceased partner in the lease (see the original formulation of Article 6 of Law no. 392/1978) was laid down in 1988 by the Constitutional Court, arguing that it infringed the 'right to housing' as an inviolable human right (Constitutional Court no. 404/1988). A rule which made the order of release of the dwelling conditional on registration of the tenancy contract was removed by the Constitutional Court in 2001 as conflicting with the fundamental right of judicial action (Article 24 of the Constitution) (Constitutional Court no. 333/2001).

Besides the judgments of constitutional legitimacy aimed at striking down the contested statutory provisions, the courts have developed a different technique consisting in adapting legislative rules to the need to protect fundamental rights. The courts are the protagonists of this alternative attitude (*diritto vivente*) (Alpa 2008, 47 ff.) whereas the Constitutional Court often intervenes to 'seal' solutions worked out by them.

12.2.2.2 Horizontal Effects of Fundamental Rights

As stressed above, an alternative to constitutional examination since the early development of fundamental rights was based on the constitutionally-oriented interpretation of legislative provisions combined with the horizontal effects of fundamental

rights (*Drittwirkung*). This technique is founded on the argument that fundamental rights take axiological priority, resulting in reinforcement of their protection. The legal basis for this outcome is found in the wording of Article 2 of the Constitution, according to which the Italian Republic recognises and *guarantees* (emphasis added) fundamental human rights.

12.2.2.2.1 Non-pecuniary Loss

Since the 1970s, the growing sensibility to the right to health has led to an innovative approach to private law issues (Busnelli and Breccia 1978). This resulted in the constitutionally-oriented interpretation of several provisions of the Civil Code. It is worth mentioning the tendency to neglect the reciprocity condition (Article 16 of the provisions preliminary to the Civil Code) in the event that fundamental human rights are involved,⁶ as well as the expansion of the range of damages arising from non-contractual liability and contractual liability in the event that a personal injury (*danno biologico*) occurred.

The starting point of this evolution is given by Article 2059 of the Civil Code, whose wording clearly betrays the initial reluctance of the Civil Code towards the commodification of non-pecuniary interests. Accordingly, compensation for non-pecuniary loss is granted only if expressly provided by the law, with the consequence that the violation of fundamental rights would not be compensated unless that condition is fulfilled. In particular, according to Article 185 of the Criminal Procedure Code, compensation for non-pecuniary loss is allowed where the harmful conduct is a crime. By the 1970s, this restriction started to be deemed unacceptable.

In the beginning, the courts allowed compensation for non-pecuniary loss arising from personal injuries regardless of whether the requirement provided by Article 2059 was met or not. Their reasoning was based on the acknowledgement that health is a fundamental human right according to Article 32 of the Constitution and initially led to a broad interpretation of the general rule on tort liability (Article 2043 of the Civil Code), upheld as including the infringement of physical and mental integrity (Constitutional Court no. 184/1986). In this line of argument an essential role was also played by the principle of equality (Article 3 of the Constitution), read as commanding that compensation for the same injuries be equal, regardless of their impact on the financial situation of the victim.

The argument based on the horizontal effect of constitutional rights was later extended to fundamental human rights other than health, as proclaimed by Article 2 of the Constitution (Navarretta 1996; Cendon 1998, 567 ff.; Ziviz 1999). In particular, in 2003 (Cassazione no. 8828/2003) and in 2008 (no. 26974/2008) the *Cassazione* held that Article 2059 of the Civil Code must be read in connection with

⁶After having been advocated by some scholars (see, for instance, Bigliazzi Geri, Breccia, Busnelli and Natoli 1989, 112), this solution has been upheld by the courts: among the most recent judgments see Cass. of 21 March 2013, no. 7210, *Archivio locazioni*, 2013, p. 483.

Article 2 of the Constitution, with the consequence that the limits it sets out do not apply to infringement of fundamental human rights. According to this doctrine, being the essential measure of protection of fundamental rights, the granting of damages cannot be barred by legislative provisions (Navarretta 1996, 401, 2001, 801 ff.).

In other words, the court affirmed that the right to damages should be considered to be the basic means of protection of fundamental human rights and, therefore, should not be restricted to the cases provided by legislative provisions. Only trivial damages – as the *Cassazione* specified – should be disregarded.⁷ Furthermore, the *Cassazione* declared that this doctrine applied to non-contractual and contractual liability.

The doctrine affirmed in this leading case has been upheld by a line of subsequent decisions (Cass. no. 18853/2011). It has led to award compensation for bereavement damages, violation of spouse or parental duties, environmental damages (see the cases reported in Navarretta 2010, 233 ff), wrongful life, infringement of personality rights. Among these, it is worth mentioning the infringements of workers' personality rights, such as holiday entitlement or professional dignity and freedom (Articles 1 and 15 of the Charter). For example, the right to damages is affirmed in the event of the employee's forced relocation to unskilled work (Cass. no. 687/2014; Cass. no. 4063/2010; Cass. no. 2352/2010).

In some cases, however, the range of the protection of fundamental rights has been unduly extended by the *Cassazione*, leading to controversial results. We will mention two main examples.

In 2012, the court allowed the congenitally disabled child to file a claim for damages in the event that because of a mistaken prenatal diagnosis, the mother could not have an abortion, deeming that the unborn child's protected interest follows on from the woman's right to "conscious and responsible procreation" (Cass. no. 16754/2012). This decision went beyond the recognition of the woman's reproductive self-determination, and therefore, of her right to pecuniary and non-pecuniary damages in the case of mistaken prenatal diagnosis and consequent wrongful life as affirmed in previous judgments (Cass. no. 14488/2004; Cass. no. 13/2010. Both awarded pecuniary and non-pecuniary damages also to the father of the child). It came to the conclusion that compensation for being born as such should be allowed.

Secondly, in 2014 the *Cassazione* recognised the right to damages for loss of life in itself where the victim dies immediately after the fatal accident (Cass. no. 1361/2014). This right passes to heirs, with the consequence that in most cases such heirs would be entitled to claim bereavement damages *iure proprio* plus non-pecuniary damages *iure hereditario* for the primary's victim loss of life. Subsequently, the question whether loss of life is worth of being compensated has been submitted to the Plenary Session of the *Cassazione* (Cass. no. 5056/2014).

⁷An application of this doctrine is given by Cass. 25 September 2009, no. 20684, in *Nuova giurisprudenza civile commentata* (NGCC) 2010, I, p. 144, with comment by R. Foffa, *Un nuovo stop della cassazione ai danni bagatellari*.

Both examples raise the question as to whether the process of ‘constitutionalisation’ of private law is open-ended or still needs to be enshrined in solid private law doctrines.

12.2.2.2.2 Negative Injunction

That of cautionary negative injunctions (Article 700 of the Civil Procedure Code CPC) granted by the courts is another area where the need to protect fundamental rights resulted in the expansion of a pre-existing remedy.

In particular, given the absence of a general mechanism of negative injunction, the courts have widened the range of preventive cautionary injunction enshrined in Article 700 of the CPC. This is the case whenever a human fundamental right is under imminent danger of suffering an irrecoverable loss: consider the case of a disabled child urgently needing a back-up teacher (Tribunal of Reggio Calabria 2007; Tribunal of Napoli 2004) or information system and outfit at school (Tribunal of S. Angelo dei Lombardi 2004). But the provision was also employed against the electromagnetic field (Tribunal of Milan 1999) and so on and so forth.

Furthermore, in the field of consumer law and of unconscionable clauses in particular, the courts are keen to grant a temporary injunction if this is deemed to be just and convenient in order to provide an effective remedy for consumers’ fundamental rights (Tribunal of Rome 2003; Tribunal of Roma 1998; Tribunal of Roma 1997), according to Articles 2 and 24 of the Constitution.

12.2.2.3 Setting aside Legislative Provisions Conflicting with Fundamental Rights

Lately the courts have even gone beyond the technique of broadening the sphere of application of traditional contractual and non-contractual remedies and have started to set aside provisions conflicting with fundamental human rights. In so doing they followed the Court of Justice of the EU (CJEU) line of judgments which came to the same result as regards national laws conflicting with the principle of non-discrimination and fundamental economic freedoms such as the freedom of movement (Case C-144/04, *Mangold*, and Case C-555/07, *Küçükdeveci*).

The starting point is the recognition of the rights, freedoms and principles set out in the Charter in the new version of the Treaty on European Union (TEU) and the acknowledgement that the fundamental rights guaranteed by the ECHR and common to the constitutional traditions of member states are general principles of union law (Article 6 TEU).

Thence some administrative tribunals concluded that the fundamental rights proclaimed by the ECHR are directly applicable to the Italian legal system (Consiglio di Stato (administrative Supreme Court) no. 1220/2010) bypassing the undisputed and widespread technique of interpreting the national legislation in conformity with EU law and the ECHR and that the courts are entitled to set aside the provisions

conflicting with fundamental rights and directly apply EU law (Tribunale Amministrativo Regionale (Administrative Regional Court TAR) Lazio no. 11984/2010, so that a judgment of the Constitutional Court) would not be required.

This extreme measure of protection of fundamental rights, however, does not seem to be completely convincing. As a matter of fact, Article 6 TEU does not extend EU competences as defined by the treaties (see Article 6(1) and 6(2) TEU). As a consequence, the courts are only entitled to set aside the legislative national provisions insofar as they are dealing with matters within the EU sphere of competence; furthermore, and contrary to what the CJEU usually states, the national courts should defer the preliminary ruling to the CJEU before setting aside the provision conflicting with EU law, in order to avoid divergences between different judgments that are too disparate.

Conversely, it is safe to state that the courts are entitled to set aside a legislative provision deemed to violate fundamental rights during a precautionary proceeding, provided that the question of its constitutional legitimacy is simultaneously raised before the Constitutional Court. While constitutional proceedings are pending, disapplication of the legislative provision is indeed the only means of granting an effective remedy against the infringement of a fundamental right. This technique of enforcement was used in a case concerning the starting point of maternity leave, which, according to the contested provision, should start from the birth of the child instead of from his/her arrival home after the stay in hospital (Const. Court no. 116/2011).

12.2.2.4 ‘Judge Makes Law’ in the Absence of Legal Provisions

Unlike the above-mentioned situations (Sects. 12.2.2.2 and 12.2.2.3), where a rule of law hinders enforcement of fundamental rights, sometimes it is the absence of regulation that prevents the recognition and protection of fundamental rights. Again, a case involving bioethical issues may be mentioned as a typical instance of the set of situations dealt with by this section.

In the absence of legislation regulating living wills, several judgments have had to deal with the issue of the fate of people in a permanent vegetative state. The Englaro case was at the core of an intricate judicial case resulting in a seminal decision by the *Cassazione* (Cass no. 21748/2007).

The question arose whether or not the parents of Eluana Englaro, a young woman who had been in a permanent vegetative state for more than 17 years, were entitled to turn off her life-support mechanism, which consisted in a feeding tube. The *Cassazione* firstly argued that the patient’s consent to treatment is a fundamental right stemming from Articles 2 (inviolable human rights), 13 (right to personal freedom) and 32 (right to health) of the Constitution and, secondly, that where a patient is mentally incompetent, the legal guardian might take the decision on behalf of the patient, provided that the following guidelines are observed; on the one hand, the legal guardian must act according to the best interest of the mentally incompetent person and on the other, that he/she must take into account the wishes of the

patient, expressed before being incapacitated (see also Article 9 of the Oviedo Convention). In the absence of an express will, the guardian is entitled to infer the patient's attitude from his/her personality, lifestyle, ethical and religious beliefs and personal concept of human dignity. Thus, in the absence of legislation, the courts take the place of the legislature and lay down general legal rules, applying the right to self-determination and the freedom of choice.

Conversely, there are situations where the courts are clearly not too keen to act as lawmakers and fill the gaps in legislation. This is the case of homosexual partners' battle for marriage equality, which resulted in constitutional litigation based on Articles 2, 3 and 29⁸ of the Constitution (Constitutional Court no. 138/2010).

On that occasion, the court refrained from striking down the provisions of the Civil Code, which implicitly require that spouses be of a different gender. Rather it called for an intervention of the legislature in this matter. At the same time, the court framed homosexual relationships and cohabitation within Article 2 of the Constitution, which protects the inviolable human rights of the person "both as an individual and in the social groups where human personality is expressed". A subsequent judgment of the *Cassazione* stressed that although same-sex spouses are not allowed to register their wedding under Italian law, they enjoy the right to respect for their private and family life (Article 8 ECHR) (Cass no. 4184/2012).

It is worth noting that, after this judgment, a recent decision of the Tribunal of Grosseto (of 9 April 2014) recognized for the first time the right of a same-sex couple to record the wedding officiated abroad into the register of marriages in Italy.

As a consequence of this constitutional framework, same-sex life in common enjoys a certain protection under private law. For example, case-law recognizes same-sex partners bereavement damages, custody of children (Cass no. 601/2013) and foster care of children temporarily lacking an appropriate home environment (Tribunale dei minorenni Emilia Romagna 2013).

12.3 Fundamental Rights v Contractual Freedom

The impact of fundamental rights on private law is not confined to statutory provisions. Even the norms created by the contractual freedom may be limited by the need to respect fundamental rights, on the basis of their priority over conflicting economic interests.

As far as court practice is concerned, the impact of fundamental rights on contractual freedom is limited compared to tort and family law. There are, of course, mandatory limits to contractual autonomy stated by legislative provisions, which may be inspired by the need to protect fundamental rights. Most of them are confined to labour law, residential tenancy law, insurance law, and, under many respects,

⁸ 'The Republic recognises the rights of the family as a natural society founded on marriage'.

consumer law. Apart from the interpretation of mandatory rules,⁹ judicial intervention in the contract takes different forms.

12.3.1 *Contract Clauses Conflicting with Fundamental Rights*

In a first line of cases the contract itself violates a fundamental right. Several techniques are available to let this conflict emerge and several remedies are applicable as well. The most traditional way of checking the consistency of a contract with constitutional principles lies in the general rules of public order (*ordre publique*) and public morality. This technique leads to declaring the contract as void, for instance in the event that it limits religious, association or family freedoms (Roppo 2010, 404). In particular, as to the freedom of association, it is worth reminding cases concerning the recognition of religious associations as protected by Articles 8, 19, 20 of the Constitution (Cass. no. 16345/2008, concerning ‘Scientology’; Consiglio di Stato no. 1390/1986). As to the violation of the insured party’s freedom of political association see Tribunal of Milan 1994.

Another traditional technique consists in the good faith and fairness test combined with the aim of protecting fundamental rights. This may lead to excuse the debtor’s breach of contract, to raise the *exceptio doli* and to extend the benefits provided by the contract to situations unfairly excluded. For instance, a judgment (Pretore of Pietrasanta 1984) stated that the tenant who, after termination of the contract, did not give back the dwelling, could not be held liable inasmuch as he had no alternative dwelling and needed to protect his family and his family’s fundamental rights. A further judgment (Tribunal of Milan 2012) applied the good faith test in combination with the principle of non-discrimination to the clause of an employment contract granting health care to the employee’s spouse and, as a result, extended such benefit to the employee’s cohabitant.

Finally, there are cases where the courts pretend to apply the fundamental rights directly to the contract (*unmittelbare Drittwirkung*), where it is held to be in conflict with them. This seemed to be the case of a clause of a residential tenancy contract prohibiting the tenant to host people other than family members not for a short time (Cass. no. 14343/2009). This clause was held to be void for being in contrast with the “mandatory duties of social solidarity imposed by Article 2 of the Constitution”, although the reasoning of the court did not seem to take into account the actual circumstances of the case.

Conversely, there are situations in which the contract aims to satisfy one contracting party’s fundamental right, violated by the breach of contractual duties. As stressed above, Italian courts are keen to award non-pecuniary damages in the case of breach of contract, as far as a fundamental right is infringed. Examples are given

⁹For instance, the need to protect human health leads the courts to give the widest interpretation of Article 2087 of the Civil Code and therefore, to impose the employer to take all precautionary measures to eliminate any health risk: see Cass. 7 March 2006, no. 4840.

by medical malpractice, infringement of holiday entitlements and omission of precautionary measures to avoid the employee's exposure to health risks (Cass. no. 18626/2013) and so on and so forth (see above, Sect. 12.2.2.1).

12.3.2 *Discriminatory Refusal to Contract*

In a second line of cases the question arises as to whether the protection of fundamental rights may impact even on the choice of the contracting party. In particular, the non-discrimination principle has recently caused a great deal of debate. The question is relevant as far as non-discrimination is based on human dignity (Article 2 of the Italian Constitution) (Gentili 2009, 228 ff.), rather than a mere instrument of efficient market regulation.

The starting point of the argument is the statute (Legislative Decree 25 July 1998, no. 286), which, after having provided a legal definition of "discrimination" (Article 43), grants a right of injunction to the victim (Article 44). In addition, European Union legislation implemented the principle of equal treatment between people irrespective of racial or ethnic origin (Directive 2000/43/EC, transposed by Legislative Decree 9 July 2003, no. 215) as well as between men and women (Directive 2000/113/EC, transposed by Legislative Decree 6 November 2007, no. 196).

It is undisputed that discriminatory contractual clauses (for instance, a conditional clause) violate the principle of public order. As stressed above, the invalidity of the contract or the clause is by no means the only available remedy. The combination of the good faith test and the horizontal effects of the principle of non-discrimination allow the courts to extend the benefits provided by the contract to the situations unfairly excluded (see above, Sect. 12.3.1).

According to the most widespread opinion, the principle of non-discrimination is applicable only to proposals made in public advertisements (Gentili 2009, 221 ff.; Maffei 2007). This is held to be the rationale behind Article II. – 4:201 (3) Draft Common Frame of Reference (DCFR) (Tommasi 2011, 119 ff.), which is however restricted to an offer made by a business in a public advertisement or catalogue.¹⁰

Conversely, it is uncertain the extent to which the perpetrator of discriminatory acts can be forced into a contract with the victim.

Furthermore, it is controversial whether the non-discrimination principle may restrict the freedom of choice of the contracting party even in the case of an offer made to one or more specific persons.

The predominant opinion, in confining the application of such a principle in the area of publicly-offered contracts, correctly stresses that the motivations behind the

¹⁰ 'A proposal to supply goods from stock or a service at a stated price made by a business in a public advertisement or a catalogue or by a display of goods, is treated, unless circumstances indicate otherwise, as an offer to supply at that price until the stock of goods or the business's ability to supply the service is exhausted'.

exercising of contractual autonomy generally remains unquestionable. The opposite view would turn the freedom of contract into its opposite and therefore, would infringe its constitutional protection (Article 41 Constitution).

As a consequence of these preliminary remarks, there must be good reason to censure such motivations.

For instance, at the negotiation stage, when a party has placed reliance on conclusion of the contract due to the other party's unambiguous conduct, the latter has to state the reason for his/her subsequent refusal to contract, having to pay pre-contractual damages in the event that this proves to be unfair (Article 1337 of the Civil Code). In this case, if the former is able to prove that the reason for refusal is discriminatory, he/she would be allowed to file a claim for non-pecuniary damages in addition to pre-contractual damages.

As far as publicly-offered contracts are concerned, the legislator itself appears to be inclined to give priority to the principle of equal treatment among potential contractors rather than allowing the offering party to refuse to contract for discriminatory reasons. The rationale behind this choice of the legislator cannot however be extended to other situations as a rule.

12.4 Conclusive Remarks

As stressed above, fundamental rights do not serve as mere limits to the legislative power and contractual freedom. They also play a constructive and positive role in building a more advanced legal system and granting a stronger protection of personality rights.

As far as the statutory provisions are concerned, the legislator has not been the only protagonist of this process, having the basic courts, the *Cassazione* and the Constitutional Court contributed to working out new legal rules to a great extent.

The fundamental rights also serve as limits to contractual freedom, which do not merely result in striking down remedies such as invalidity, rather allowing a judicial intervention aimed at protecting those rights without preventing enforceability of the contract.

As pointed out above, the increasing role of the fundamental rights is founded on the intrinsic relevance of the fundamental rights and their axiological priority over economic interests. However, the question arises as to what "fundamental" actually means, given that the ECHR, as well as the EU Charter, protect property (Article 1 of the First Protocol and Article 17 respectively) and other economic freedoms (see Article 16 of the EU Charter: freedom to conduct a business) as fundamental rights.

In dealing with this issue, it is worth mentioning and taking into account the line of thought which, since the Weimer Constitution came into force, has drawn a distinction between fundamental rights and inviolable rights (see above, n. 1) on the one hand and fundamental or inviolable rights in a strict sense (personality rights) and fundamental or inviolable rights in a wide sense (economic rights) on the other.

Given that the ECHR provides the basic legal framework of the protection of human rights within the European territory, it would be intrinsically contradictory for this text to embrace the liberal slogan “property & liberty”. Therefore, it is reasonable to conclude that property may not enjoy the same protection as proper inviolable rights.

As far as EU law is concerned, the Lisbon Treaty approach leads to arguing the overcoming of the CJEU doctrine put forward in the *Laval* case (Case C-341/05) and the consequent mercantilist idea of Europe. After this treaty the CJEU seems rather concerned with the economic affordability of the inviolable rights.

To conclude, the priority of inviolable rights should not result in disregarding fundamental economic rights; it should rather lead to the “unequal” balance between the former and the latter (Luciani 1995). Furthermore, fundamental economic rights take priority over other non-fundamental economic interests, which do not enjoy the same protection.¹¹ As a consequence, the European legal framework does not seem to contradict the hierarchy of inviolable rights, fundamental economic rights and non-economic rights stemming from our national constitutional tradition.

Bibliography

- Alpa, G. 2008. Il diritto giurisprudenziale e il “diritto vivente”: convergenza o affinità dei sistemi giuridici? *Sociologia del diritto*: 47.
- Alpa, G. 2014. *Cesl, diritti fondamentali, principi generali, disciplina del contratto*. Nuova giurisprudenza civile, II: 147.
- Bigliazzi Geri, L. 1970. Note in tema di interpretazione secondo buona fede. Pisa: Pacini.
- Bigliazzi Geri L. Breccia U. Busnelli F. D. Natoli U. 1989. *Diritto civile*. 1. Turin: Utet.
- Busnelli, F. D. 2013. Il principio di solidarietà e l’attesa della povera gente, oggi. *Rivista trimestrale diritto e procedura civile*: 413.
- Busnelli, F. D. – Breccia U. *Tutela della salute e diritto privato*, Giuffrè, Milan, 1978.
- Breccia, U. 1984. Problema costituzionale e sistema privatistico. *Rivista critica diritto privato*: 687 et seq.
- Cendon, P. 1998. Non di sola salute vive l’uomo. *Rivista critica diritto privato*: 559.
- Gentili, A. 2009. Il principio di discriminazione nei rapporti civili. *Rivista critica diritto privato*: 207.
- Lipari, N. 1996. Diritti fondamentali e categorie civilistiche. *Rivista critica diritto privato*: 414 et seq.
- Luciani, M. 1995. ‘Sui diritti sociali’, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, II. Padova: Cedam.
- Maffei, D. 2007. *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*. Milano: Giuffrè.
- Mengoni, L. 1976. Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico. *Jus*: 3 et seq.
- Mengoni, L. 1992. I principi generali del diritto e la scienza giuridica’, in *I principi generali del diritto (Atti dei Convegni Lincei, Roma, 27–29 maggio 1991)*, Roma Accademia dei Lincei, 324.

¹¹ For instance, in the case of composition in bankruptcy, Cass. 12 February 2010, no. 3327, in *GC*, 2011, I, p. 2938, invoking the right to property of the person declared bankrupt (Article 1 First Protocol to the ECHR) gave priority to his/her proposal over that made by third parties.

- Natoli, U. 1982. (1955). *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*. Naples: Esi.
- Navarretta, E. 1996. *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*. Torino: Giappichelli.
- Navarretta, E. 2001. *Il danno alla persona fra solidarietà e tolleranza. Responsabilità civile e previdenza*: 801.
- Nivarra, L. (ed.). 2008. *Gli anni Settanta del diritto privato*. Milano: Giuffré.
- Pretore Pietrasanta of 3 July 1984, in *Archivio locazioni*, 1984, 485.
- Rodotà, S. 1964. *Il problema della responsabilità civile*. Milan: Giuffré.
- Rodotà, S. 2004. (1969). *Le fonti di integrazione del contratto*. Milano: Giuffré.
- Roppo, E. 2010. *Il contratto*. Milano: Giuffré.
- Salvi, C. (ed.). 2012. *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*. Torino: Giappichelli.
- Tommasi, S. 2011. *La non discriminazione nel «Draft Common Frame of Reference»*. *Rivista critica diritto privato*: 119.
- Trstenjak, V. 2014. *General Report on the influence of human rights and basic rights in private law*.
- Vettori, G. (ed.). 2006. *Contratto e Costituzione in Europa*. Padova: Cedam.
- Ziviv, P. 1999. *La tutela risarcitoria della persona: danno morale e danno esistenziale*. Milano: Giuffré.

Case Law

- Cassazione (Cass.) of 31 May 2003, no. 8828, *Foro italiano* (FI), 2003, I, 2272, with comment by E. Navarretta, *La corte costituzionale e il danno alla persona in fieri*.
- Cass. of 29 July 2004, no. 14488, in FI, 2004, I, 3327, with comment by Bitetto A., *Il diritto a «nascere sani»*.
- Cass. of 16 October 2007, no. 21748 FI, 2008, I, 125, with comment of Maltese D., *Convincimenti già manifestati in passato dall'incapace in stato vegetativo irreversibile e poteri degli organi preposti alla sua assistenza*.
- Cassazione Sezioni Unite (Cass. SS. UU.) of 11 November 2008, no. 26974, in *Rivista diritto civile* (RDC), 2009, II, 97, with comment by Busnelli F. D., *Le sezioni unite e il danno non patrimoniale*, in FI, 2009, I, p. 120, with comment by Palmieri A., *La rifondazione del danno non patrimoniale, all'insegna della tipicità dell'interesse leso (con qualche attenuazione) e dell'unitarietà*, R. Pardolesi – R. Simone, *Danno esistenziale (e sistema fragile): die hard*, G. Ponzanelli, *Sezioni unite: il «nuovo statuto» del danno non patrimoniale*, Navarretta E., *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*.
- Cass. of 17 June 2008, no. 16345, in *Diritto ecclesiastico*, 2008, 807.
- Cass. of 19 June 2009, no. 14343, in *Rassegna diritto civile*, 2011, 992, con nota di Caso R., *Fondamento costituzionale del dovere di ospitalità e conformazione dell'autonomia privata*.
- Cass. of 4 January 2010, no. 13, in DR 2010, 697, with comment by Feola M., *La Cassazione e il diritto del minore «a nascere sano»*.
- Cass. SS. UU. of 22 February 2010, no. 4063, in DR 2010, 1043, with comment by Malzani F., *Prova e liquidazione del danno non patrimoniale da contratto di lavoro dopo le Sezioni Unite del 2008*.
- Cass. of 2 February 2010, no. 2352, in DR 2010, 1137, with comment by N. Calcagno, *Responsabilità dell'autore materiale del «demansionamento illecito» e risarcibilità del danno esistenziale da dequalificazione post 26972/2008*.
- Cass. of 15 September 2011, no. 18853, in GC, 2012, I, 375.
- Cass. of 15 March 2012, no. 4184, in *Famiglia e diritto*, 2012, 665, with comment by Gattuso M., *«Matrimonio», «famiglia» e orientamento sessuale: la cassazione recepisce la «doppia svolta» della corte europea dei diritti dell'uomo*.
- Cass. of 2 October 2012, no. 16754.

- Cass. of 11 January 2013, n. 601, in *Giusprudenza italiana*, 2013, 789.
- Cass. of 5 August 2013, no. 18626.
- Cass. of 15 January 2014, no. 687.
- Cass. of 23 January 2014, n. 1361, FI, 2014, I, 719, with comment by PALMIERI A., PARDOLESI R.
- Cass. 4 March 2014, n. 5056.
- Consiglio di Stato of 30 July 1986, no. 1390, in *Consiglio di Stato*, 1987, I, 1002.
- Consiglio di Stato of 2 March 2010, no. 1220, in *Rivista italiana diritto pubblico comunitario*, 2010, 1346, with comment by Mirate S., *La Cedu nell'ordinamento nazionale: quale efficacia dopo Lisbona?*
- Constitutional Court of 14 July 1986, no. 184, FI, 1986, I, 2053, with comment by G. Ponzanelli, *La corte costituzionale, il danno non patrimoniale e il danno alla salute*.
- Constitutional Court of 7 April 1988, no. 404, *Giustizia civile (GC)*, 1988, I, 1654.
- Constitutional Court of 5 October 2001, no. 333, FI, 2001, I, 3017.
- Constitutional Court of 25.11.2005, no. 425, in *Guida al diritto*, 2005, 28, with comment by Fiorini M.
- Constitutional Court of 6.7.2006, no. 266, FI, 2007, I, 705, with comment by M. Fortino, *Diritto di famiglia: il favor veritatis vince un'altra battaglia, ma non diventa valore assoluto*.
- Constitutional Court of 10.2.2006, no. 50, FI, 2006, I, 966.
- Constitutional Court of 8 May 2009, no. 151 *Corriere giuridico (CG)*, 2009, 1213, with comment by G. Ferrando, *Diritto alla salute della donna e tutela degli embrioni: la consulta fissa nuovi equilibri*.
- Constitutional Court of 15 April 2010, no. 138 FI, 2010, I, 1361, with comment by Romboli R., *Per la corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*, Dal Canto F., *La corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*. It is worth noting that, after this judgment, a recent decision of the Tribunal of Grosseto (9.4.2014) recognized for the first time the right of a same-sex couple to record the wedding officiated abroad into the register of marriages in Italy.
- Constitutional Court of 7 April 2011, no. 116, FI, 2011, I, 1276.
- Constitutional Court of 26 April 2012, no. 107 DR, 2012, 1063, with comment by Ponzanelli G., *L'indennizzo ex legge 210 dovuto anche in assenza di un obbligo a sottoporsi ad un trattamento sanitario*.
- Constitutional Court of 22 November 2013, no. 278, *Famiglia e diritto*, 2014, 11 ff., with comment by V. Carbone, *Un passo Avanti del diritto del figlio, abbandonato e adottato, di conoscere le sue origini rispetto all'anonimato materno*.
- Constitutional court of 9 May 2014, n. 162.
- Court of Appeal of Milan, 31 August 2012, *Rivista critica diritto lavoro privato e pubblico*, 2012, 1044.
- European Court of Human Rights, *S. H. v Gov. Austria* no. 57813/00, 2011.
- European Court of Human Rights, *Costa and Pavan v Italy*, no. 54270/10, 2012.
- European Court of Human Rights, *Godelli v Italy*, no. 33783/09, 2012.
- European Court of Justice, C-341/05, *Laval un Partneri*, ECLI:EU:C:2007:809.
- Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) Lazio of 18 May 2010, no. 11984, in *Rivista amministrativa*, 2010, p. 319, with comment of Feleppa F. R., *L'interpretazione conforme alla Cedu da parte del giudice nazionale ed il tramonto dell'occupazione acquisitiva*.
- Tribunal of Milan, 30 March 1994, in *FI*, 1994, I, 1572.
- Tribunal of Rome, 24 December 1997, in *FI*, 1998, I, 3333, with comments by Palmieri A., *Clausole abusive e tutela urgente: gli effetti destabilizzanti di una formula legislativa infelice*, Armone G., *Tendenze giurisprudenziali involutive in materia di inhibitoria cautelare e clausole vessatorie*.
- Tribunal of Rome, 8 May 1998, in *FI*, 1998, I, 1989.
- Tribunal of Milan, 7 October 1999, in *FI*, 2001, I, 141.
- Tribunal of Milan, 29 March 2012.
- Tribunal of Rome, 11 August 2003, in *Giurisprudenza merito*, 2004, 902.

Tribunal of Napoli, 25 November 2004, in *Giurisprudenza di merito*, 2005, 696.

Tribunal of Reggio Calabria, 9 April 2007, in *Famiglia e minori*, 2007, 73.

Tribunal of S. Angelo dei Lombardi, 22 February 2004, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2006, 127, with comment by S. Varone, *Il diritto all'integrazione scolastica degli alunni disabili fra vincoli normativi e criteri di riparto della giurisdizione*.

Tribunale dei minorenni Emilia Romagna, 31 October 2013, in *Famiglia e diritto*, 2014, 273, with comment by Tommaseo, *Sull'affidamento familiare d'un minore a coppia omosessuale*.

Tribunal of Rimini, 15.3.2012, in DR 2012, 1068.

Chapter 13

Les Droits de l'Homme en Droit Privé au Japon – Influences Indirectes sauf une Exception

Hiroki Hatano

13.1 Les Droits de l'Homme au Japon

13.1.1 *Promulgation du Code Civil et des Constitutions*

Dans les années 1850 et 1860, le gouvernement japonais a dû conclure des traités inégaux avec les Etats-Unis, la Grande Bretagne, la Russie etc. A partir de la restauration du pouvoir impérial en 1867–1868, le gouvernement a poursuivi des travaux ayant pour objet une réforme législative, notamment la codification des lois pénales, civiles et commerciales, inspirées des principes du droit moderne de l'Occident. Ces travaux législatifs étaient indispensables pour faire disparaître le régime des juridictions consulaires, régime auquel les puissances étrangères n'acceptaient de renoncer que le jour où notre pays posséderait un corps de lois écrites propres à garantir les droits de leurs nationaux (Motoo et Tomii 1898, i (préface)). Notre code civil, promulgué le 28 avril 1896, était donc inspiré principalement par les codes civils français et allemand.

S'agissant des droits de l'Homme, la Constitution de l'Empire du Japon, promulguée le 11 février 1889, avait certes consacré des droits de « citoyen de l'Empereur », tels que la liberté d'expression et la liberté d'association etc. Toutefois, ces libertés n'étaient assurées que dans la mesure où des lois en assuraient l'exercice. En réalité, les lois ont supprimé ces libertés fondamentales avant la deuxième guerre mondiale pour contraindre tous les citoyens à participer à cette guerre.

H. Hatano (✉)
Faculty of Law, University of Rikkyo,
3-34-1, Nishi-Ikebukuro, Toshima-ku 171-8501, Tokyo, Japan
e-mail: hatano@rikkyo.ac.jp

Le 3 novembre 1946, la nouvelle Constitution a été promulguée.¹ Cette Constitution, qui est en vigueur de nos jours, assure non seulement des droits et des libertés dans le champ desquels toute intervention de l'Etat est interdite (la liberté d'expression, la liberté d'association etc.), mais aussi des droits sociaux. Elle attribue aussi à des tribunaux le pouvoir de juger de l'inconstitutionnalité des lois (article 81 de la Constitution). N'ayant pas de tribunal constitutionnel, les tribunaux ordinaires peuvent déclarer inconstitutionnelle une disposition législative dans un cas concret si nécessaire. C'est dans ce contexte que la notion de droits de l'Homme et de libertés fondamentales s'est développée dans la jurisprudence, la doctrine et la législation.

13.1.2 Conventions Internationales Relatives aux Droits de l'Homme

Nous avons ratifié surtout : La Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 ; Le Pacte du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques ; Le Pacte du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ; La Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes ; La Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant ; La Convention internationale du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale.

Il convient de noter que, compte tenu de l'augmentation des divorces au niveau international, le législateur japonais a admis le 22 mai 2013 l'adhésion à la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international des enfants.

D'ailleurs, le gouvernement japonais n'est pas parti à une convention régionale sur les droits de l'Homme du fait de l'inexistence de ce type de convention. Toutes les conventions ratifiées par le Japon sont moins contraignantes que la Convention Européenne des droits de l'Homme.

13.1.3 Principaux Droits de l'Homme, leurs Fonctions et leurs Limites

La Constitution consacre principalement les droits et libertés fondamentales suivantes : la dignité de l'homme, le droit à la vie, à la liberté, à la poursuite du bonheur (article 13) ; l'interdiction de la discrimination (article 14) ; la liberté de pensée et de conscience (article 19) ; la liberté d'assemblée et d'association, de parole, de presse et de toute autre forme d'expression (article 21) ; le droit de choisir

¹ D'après la nouvelle Constitution, l'Empereur n'est que symbole de l'Etat et du citoyen (article 1).

sa résidence et d'en changer, ou de choisir sa profession (article 22); le droit au maintien d'un niveau minimum de vie matérielle et culturelle (article 25); le droit des travailleurs de s'organiser, de négocier et d'agir collectivement (article 28); le droit de propriété (article 29); le droit de recours devant les tribunaux (article 32).

Les sources principales des droits de l'Homme sont donc les dispositions de la Constitution consacrées et développées par la jurisprudence. S'agissant de leurs fonctions, on peut relever trois fonctions principales : encadrer le pouvoir étatique ; assurer à tous les citoyens un niveau minimum de vie ; promouvoir de nouveaux droits ou, selon l'époque, sensibiliser à de nouveaux droits (par exemple, en intégrant par la jurisprudence dans le droit à la poursuite du bonheur (article 13 de la Constitution) le droit de choisir un traitement thérapeutique de fin de vie).

D'après une base de données juridique (Lex/DB Internet 2004), d'ailleurs, la disposition de la Constitution la plus citée dans la jurisprudence est l'article 14 sur le principe de non-discrimination (1186 arrêts). Le deuxième article est l'article 21 sur la liberté d'expression (850 arrêts). Le troisième est l'article 13 qui consacre la dignité de l'Homme (606 arrêts).

Selon l'article 13 de la Constitution, «Tous les citoyens devront être respectés comme individus. Leur droit à la vie, à la liberté, à la poursuite du bonheur, dans la mesure où il ne fait pas obstacle au bien-être public, demeure le souci suprême du législateur et des autres responsables du gouvernement». Les limites à la protection des droits de l'Homme sont donc justifiées par le bien-être public. Cette notion fonctionne comme «l'intérêt général» en droit français.

13.1.4 Révision de la Loi, Révision de la Constitution

La Constitution attribue aux tribunaux le pouvoir de juger l'inconstitutionnalité des lois (article 81). Par exemple, la grande chambre de la Cour suprême a consacré en 1995 la constitutionnalité de l'article 900 du Code civil qui diminue de moitié la part héréditaire de l'enfant naturel par rapport à l'enfant légitime (grande chambre, 5 juillet 1995, *Minsyû* vol. 49 n° 7. 1789). Cependant, la grande chambre vient de juger inconstitutionnel le même article, en septembre 2013 (grande chambre, 4 septembre 2013, *Minsyû* vol. 67. n° 6. 1320).²

Concernant la possibilité de réviser la Constitution, il n'y a pas d'organe indépendant habilité à réviser la Constitution. C'est le législateur qui en prend l'initiative. «Les amendements à la présente Constitution sont introduits sur l'initiative de la Diète, par un vote des deux tiers au moins de tous les membres de chaque chambre ; après quoi ils sont soumis au peuple pour ratification, pour laquelle est requis un vote affirmatif d'une majorité de tous les suffrages exprimés à ce sujet, lors d'un référendum spécial ou à l'occasion d'élections fixées par la Diète» (article 96 de la Constitution). Les individus peuvent donc y participer par voie de référendum.

²La Cour suprême peut modifier la jurisprudence en examinant l'affaire dans la grande chambre (article 10 de la loi portant sur les tribunaux).

13.2 Les Droits de l'Homme et le Droit des Contrats

13.2.1 *Principes Généraux en Droit des Contrats*

La liberté contractuelle est l'un des principes les plus importants en droit des contrats. Plus précisément, la liberté contractuelle est divisée en deux sous-principes : la liberté de choisir son contractant et la liberté de déterminer le contenu du contrat. La jurisprudence consacre aussi le principe de loyauté comme principe général depuis longtemps et le législateur l'a inséré dans le Code civil en 1947. Mais, c'est surtout la liberté contractuelle qui est en cause lorsqu'il s'agit du rapport avec les droits de l'Homme.

A cela, il faut ajouter que l'ordre public (article 90 du Code civil) a pour rôle de protéger un droit fondamental d'une partie lésé par un contrat. Par exemple, en 1981, la Cour suprême (24 mars 1981, *Minsyû* vol. 35. n° 2. 300) a jugé nulle une clause d'un contrat du travail qui stipule comme âge de retraite 55 ans pour les hommes et 50 ans pour les femmes, au motif que cette clause est discriminatoire et donc contraire à l'ordre public. L'ordre public fonctionne lorsqu'il s'agit de la liberté de déterminer le contenu du contrat. Après cet arrêt, la loi portant sur l'égalité des sexes dans le contrat du travail a été réformée en 1985, pour interdire la différenciation fondée sur le sexe quant à l'âge de retraite.

13.2.2 *Influence des Droits de l'Homme dans le Domaine de la Protection de la Partie Faible*

On trouve rarement la trace de l'influence des droits de l'Homme dans le domaine du droit des contrats car en appliquant les règles relatives à l'ordre public ou celles relatives à la responsabilité civile, on peut en tirer une conséquence raisonnable, sans avoir recours à la norme des droits de l'Homme, même si celle-ci rend parfois la jurisprudence civile plus justifiable, plus convaincante. En plus, nous avons des dispositions législatives qui protègent les parties plus faibles, employées (surtout la loi du 5 décembre 2007 portant sur le contrat de travail, la loi du 7 avril 1947 portant sur les standards de base de droit du travail, loi du 1er juin 1949 portant sur les syndicats de travailleurs) et consommateurs (la loi du 12 mai 2000).

Au sein du Code civil, c'est le contrat de cautionnement qui concerne la partie plus faible car les cautions sont très souvent les parties plus faibles. Le Code civil exige que les parties concluent un contrat par écrit (article 446 al. 2 du Code civil). Mais, même si la partie faible conclue un contrat de cautionnement par écrit, il y a un autre moyen de protection jurisprudentiel : si une partie utilise l'ignorance ou l'indigence d'une autre partie ou son état de subordination ou son état d'oppression pour former un acte qui porte atteinte au droit d'autrui ou permet d'acquérir un intérêt injuste, l'acte ainsi conclu est contraire à l'ordre public, donc frappé de nullité (Cour suprême (ancienne), 1^{er} mai 1934, *Minsyû* vol. 13. 875).

On est en train de préparer une grande réforme du Code civil portant sur le droit des obligations au sein du Ministère de la Justice. Il est toutefois peu aisé d'identifier les marques de l'influence des droits de l'Homme. Ce constat vient du fait que des droits de l'Homme influencent indirectement le droit civil, c'est-à-dire par le biais de l'ordre public ou de la responsabilité délictuelle.

13.2.3 Influence des Conventions Internationales

Une affaire est intéressante sur ce sujet. Le bain public est très populaire au Japon. Les japonais en connaissent les usages mais des marins russes sont entrés dans un bain public donnant sur un port, sans en connaître les usages. Du fait de leurs agissements, une mauvaise rumeur s'est répandue dans la ville et ce bain a fait faillite. Après cet événement, certains bains publics ont mis une affiche «Japanese only (Japonais seulement)». Un allemand et deux américains ont saisi le tribunal pour demander des dommages-intérêts, en réparation de leurs préjudices moraux.

Le tribunal de Sapporo a admis une responsabilité délictuelle de la société qui dirigeait le bain public concerné en relevant que «selon l'article 14 de la Constitution, l'article 26 du Pacte du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques et la Convention internationale du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, compte tenu du fait que l'un des demandeurs a obtenu la nationalité japonaise, ce refus d'entrée ne constituait pas une distinction basée sur la nationalité mais une distinction basée sur la race, la couleurs de la peau et les origines. De ce fait, le tribunal devait qualifier ce refus de discrimination raciale interdite même entre des personnes privées» (Tribunal de Sapporo, 11 novembre 2002, *Hanrei-jihou*, n° 1806, 84). On peut dire que c'est un arrêt qui encadre la liberté de choisir son co-contractant et que la responsabilité délictuelle fonctionne lorsqu'il s'agit de la liberté de choisir son contractant.

13.3 Les Droits de l'Homme et le Droit de la Responsabilité Délictuelle

13.3.1 Introduction

La responsabilité pour faute³ est un principe de premier plan dans ce domaine. La responsabilité délictuelle est alors instituée pour sanctionner des comportements fautifs, ce qui assure en même temps pour les citoyens le respect de leur liberté. Mais, la norme des droits de l'Homme influe plutôt la notion «d'intérêt juridique-

³ Article 709 du Code civil: Quiconque a, volontairement ou par sa faute, porté atteinte au droit d'autrui ou à un intérêt légitimement protégé est tenu de réparer le dommage qui en résulte.

ment protégé» (article 709) que «la faute» ou «le dommage». Autrement dit, le Code civil japonais n'admet pas l'indemnisation pour la lésion de tous les intérêts et on se demande si telle ou telle lésion d'un intérêt pourrait être protégée par la règle relative à la responsabilité délictuelle. Très souvent, lorsqu'un juge admet la violation d'un droit de l'Homme, il admet une indemnisation du préjudice moral causé par cette violation.

En général, la jurisprudence sur les droits de l'Homme et les droits fondamentaux des cours régionales et internationales influencent très peu le contenu du droit de la responsabilité délictuelle car, me semble-t-il, il suffit d'appliquer la règle nationale pour résoudre les problèmes.

Dans le domaine de la responsabilité délictuelle, lorsqu'il s'agit des droits de l'Homme, les juges se prononcent principalement sur la « privacy », le droit à l'image, les nuisances ou le droit à l'environnement sur lesquels nous allons développer ci-dessous.

13.3.2 La Notion de « Privacy »

La notion de «privacy» (dans le sens du droit au respect de sa vie privée) est très souvent utilisée au Japon mais comporte différents sens. On peut distinguer deux sortes de droits dans la notion de «privacy»: le droit de contrôler ses données personnelles et le droit au libre arbitre.

13.3.3 Le Droit de Contrôler ses Données Personnelles

Nous allons présenter ici un arrêt de la Cour suprême qui concerne ce premier aspect de la notion de «privacy», car cette notion doit être parfois mise en balance avec la liberté d'expression.

Au Japon, il existe un genre de roman qui s'appelle «Shi-shôsetu (roman sur la vie privée)» qui signifie que l'auteur dévoile sa vie privée dans son roman, avec certaines modifications. Ce type de roman entraîne parfois la divulgation de la vie privée d'une autre personne. Une femme a ainsi saisi le tribunal pour demander l'indemnisation de son préjudice moral à l'auteur du roman ainsi que la cessation de sa publication, en faisant valoir que la publication de ce roman pourrait entacher son honneur et violer sa «privacy» (droit au respect de la vie privée). La Cour suprême (24 septembre 2002, *Hanrei-jihou* n° 1802. 60) a admis non seulement l'indemnisation mais aussi la cessation de la publication en admettant la violation de sa «privacy» et le risque grave d'aggraver sa douleur car dans son roman l'auteur dévoilait l'existence d'une tumeur sur le visage de la demanderesse, l'arrestation de son père, sa carrière universitaire et son lieu de résidence.

La demanderesse de cette affaire est une personne purement privée (doctorante universitaire). Mais concernant la personne publique, il peut arriver qu'un

dévoilement de la vie privée devienne un fait qui concerne les intérêts publics (Cour suprême, 16 avril 1981, *Keisyû* (Recueil officiel des arrêts de la Cour suprême dans le domaine pénal) vol. 35. n° 3. 84), ce qui exonère en principe les sanctions civiles et pénales. Un arrêt très connu de la Cour suprême (11 juin 1986, *Minsyû* vol 40. n° 4. 872) précise qu'une prohibition avant publication fondée sur le droit à l'honneur est en principe non valide s'il s'agit de l'expression d'un fonctionnaire ou d'un candidat à l'élection politique, sauf si cette expression relève du mensonge ou qu'il est évident qu'elle n'a pas d'objectif d'intérêt général, et qu'elle risque de nuire gravement et de façon irréparable à la victime.

S'agissant du droit de contrôler ses données personnelles, d'ailleurs, la loi du 23 mai 2003 sur la protection des données personnelles occupe une place importante. En effet, cette loi impose aux professionnels qui obtiennent des données personnelles de préciser l'objectif de leur utilisation et de ne pas en abuser. C'est une règle de droit public mais elle influence pratiquement la vie privée des personnes.

Le Libre Arbitre (L'Auto-Détermination) Le libre arbitre est admis par interprétation de l'article 13 de la Constitution.⁴ Le juge admet parfois l'indemnisation du préjudice moral en consacrant un droit au libre arbitre.

Voici un exemple très célèbre au Japon. Une patiente, témoin de Jéhovah, souffrant d'un cancer grave a recherché un chirurgien acceptant de pratiquer une intervention sans transfusion sanguine. Un médecin s'est dit d'accord pour tenter de l'éviter, mais lorsqu'elle lui a demandé de ne pas pratiquer de transfusion sanguine même si un risque mortel survenait pendant l'opération, la réponse du médecin fut ambiguë. Or, au cours de l'opération, un risque mortel est survenu et le médecin a pratiqué une transfusion sans en informer la patiente, même après l'opération. Un an après, cette dernière a su qu'elle s'était fait transfuser et elle a saisi le tribunal pour demander l'indemnisation de son préjudice moral. La Cour suprême (29 février 2000, *Minsyû* vol 54. n° 2. 582) a admis des dommages-intérêts en relevant que son droit au libre arbitre avait été violé dans ce contexte.

13.3.4 *Droit à l'Image, Nuisances, Droit à l'Environnement*

Concernant le droit à l'image, il n'y a aucun texte législatif. Mais la Cour suprême (grande chambre, 24 décembre 1969, *Keisyû* vol 23. n° 12. 1625) relève que l'« on a la liberté de ne pas être photographié sans sa permission, ceci constituant l'une des libertés de la vie privée de l'individu. Hormis le sujet de savoir s'il s'agit d'appliquer tout au moins le droit à l'image, le fait pour un policier d'avoir pris des photos des personnes sans leur permission et sans raison justifiable est contraire à l'intention de l'article 13 de la Constitution, donc inadmissible ».

⁴ Article 13 de la Constitution : Tous les citoyens devront être respectés comme individus. Leur droit à la vie, à la liberté, à la poursuite du bonheur, dans la mesure où il ne fait pas obstacle au bien-être public, demeure le souci suprême du législateur et des autres responsables du gouvernement.

S'agissant des nuisances, on admet le principe de l'indemnisation à l'encontre du pollueur qui est à l'origine d'une pollution massive, comme par exemple la pollution au mercure qui a lieu à Minamata dans les années 1950. Il y a aussi les cas des nuisances entre voisins : par exemple, la Cour suprême (27 juin 1976, *Minsyû* vol 26, n° 5. 1067) admet le droit à l'ensoleillement dans une certaine mesure.

S'agissant du droit à l'environnement, les habitants aux alentours de l'aéroport d'Osaka, qui étaient dérangés par le bruit depuis longtemps, ont saisi le tribunal pour demander une indemnisation ainsi que la cessation de l'utilisation de l'aéroport en faisant valoir leur droit à l'environnement et leur droit de la personnalité. La Cour d'appel d'Osaka (27 novembre 1975, *Hanrei-times* n° 330. 116) a admis l'indemnisation de leur préjudice moral ainsi que la cessation de l'utilisation de l'aéroport à partir de 21 heures, en consacrant la lésion de leur droit de la personnalité.

La Cour suprême s'est aussi prononcée sur le point de savoir si les habitants d'un quartier ont le droit de défendre leur paysage. En effet, les demandeurs assuraient volontairement la conservation du paysage de leur quartier, en évitant de construire un bâtiment d'une certaine hauteur. Mais il y avait un terrain qui n'avait pas de limite de hauteur et une agence en a profité pour construire un bâtiment haut. La Cour suprême (30 mars 2006, *Minsyû* vol. 60 n° 3. 948) n'a admis ni l'indemnisation ni la cessation de la construction mais elle a admis tout de même qu'il peut y avoir un intérêt juridique des habitants à profiter du beau paysage de leur quartier.

13.4 Les Droits de l'Homme et le Droit de la Propriété

Le premier alinéa de l'article 29 de la Constitution précise que «Le droit des biens est inviolable». Le principe général du droit de propriété est celui selon lequel «sur un bien, nous avons un droit de propriété».

On a du mal à trouver un exemple qui illustre une influence des droits de l'Homme sur le droit de la propriété parce que, premièrement, la protection du droit de propriété est elle-même un droit de l'Homme et que, deuxièmement, le principe selon lequel «sur un bien, nous avons un droit de propriété» n'a pas de rapport direct avec les droits de l'Homme. Il n'y a pas non plus d'influence évidente des conventions internationales des droits de l'Homme en ce domaine.

Par contre, nous avons un exemple d'une influence non des droits de l'Homme mais de la règle de droit civil sur la notion d'un droit de l'Homme. La loi sur la forêt avait interdit aux copropriétaires de partager la forêt commune sauf accord des copropriétaires ayant plus de la moitié des quotes-parts. Cela signifiait que le copropriétaire ayant juste la moitié des quotes-parts ne pouvait pas demander de partage. L'objectif de cette règle était d'éviter un morcellement de la forêt. Mais la Cour suprême (grande chambre, 22 avril 1987, *Minsyû* vol 41. n° 3. 408) a jugé cette règle contraire à l'alinéa 2 de l'article 29 de la Constitution⁵ en qualifiant le droit de demander le

⁵ «Les droits de propriété sont définis par la loi, conformément au bien-être public. La propriété privée peut être expropriée pour utilité publique, moyennant juste compensation».

partage de droit essentiel de la copropriété. La doctrine relève que cette jurisprudence érige l'article 256 du Code civil⁶ en règle ayant valeur constitutionnelle.

13.5 Les Droits de l'Homme et le Droit de la Famille

13.5.1 *Couples Mariés et Non-mariés*

Jusqu'avant la deuxième guerre mondiale, notre droit de la famille était fondé sur l'institution d'«*ie*» (qui signifie la famille dans un sens traditionnel). Inspirée par la coutume de la période féodale, l'institution d'«*ie*» a donné le monopole au chef de famille. Ce système ne supposait pas une famille nucléaire mais une famille plus étendue pouvant inclure plus de trois générations, liées par le sang. Dans ce système d'«*ie*», il y avait des interdictions de mariage plus larges que dans la règle actuelle. Par exemple, un couple formé par de futurs chefs d'«*ie*» ne pouvait pas se marier. C'est pour cela qu'il y avait certain nombre de couples non-mariés qui vivaient en fait comme des couples mariés. La doctrine a proposé de protéger ces couples non-mariés, victimes de l'institution d'«*ie*». Le législateur est intervenu pour les protéger dans le domaine du droit de la sécurité sociale, comme dans la loi sur les usines de 1920 en admettant le droit à pension pour le concubin survivant. La jurisprudence a tenté elle-aussi de les protéger en qualifiant ce type de couple de quasi-mariage. Cette protection avait pour rôle d'assurer le droit au mariage à des couples qui ne pouvaient pas se marier en raison d'empêchements injustifiables.

Après la deuxième guerre mondiale, nous avons aboli l'institution d'«*ie*». Les prohibitions liées au mariage sont devenues plus limitées et raisonnables. Mais la protection prévue pour les couples non-mariés a continué pendant certaines périodes. Par exemple, la Cour suprême (11 avril 1958, *Minsyû* vol. 12. n° 5. 789) a admis une indemnisation à l'encontre une partie d'un couple qui avait quitté sa concubine sans raison légitime, en qualifiant ce couple de quasi-mariage. C'est dans les années 1990 qu'on a commencé à douter de cette qualification : maintenant qu'on peut se marier librement - contrairement à la période d'avant la deuxième guerre mondiale - on doit se demander si la qualification de «quasi-mariage» est justifiable. Récemment la jurisprudence a montré des prémices de changement : par exemple, la Cour suprême (18 novembre 2004, *Hanrei-jihou* vol. 1881. 83) a refusé une demande d'indemnisation de préjudice moral pour une personne qui avait connu une rupture brutale de la part de son partenaire. Certes ils n'avaient jamais vécu ensemble, mais ils avaient eu deux enfants et leur relation avait duré plus de dix ans. Le refus d'indemnisation opposé par la Cour suprême me paraît symptomatique. Dans le domaine de la sécurité sociale, d'ailleurs, la protection du concubinage perdure.

⁶ Article 256 du Code civil : Chaque copropriétaire peut demander, à tout moment, le partage de la chose commune. Toutefois, les copropriétaires peuvent convenir de rester dans l'indivision pendant un délai n'excédant pas cinq ans. Cette convention peut être renouvelée. Toutefois, la durée de l'indivision qui en résulte ne peut excéder cinq ans à dater du renouvellement.

13.5.2 *Egalité entre l'Enfant Légitime et l'Enfant Naturel*

Jusqu'à l'année 2013, la part héréditaire de l'enfant naturel était la moitié de celle de l'enfant légitime. Le 5 juillet 1995, la grande chambre de la Cour suprême (*Minsyû* vol. 49 n° 7. 1789) avait jugé conforme à la Constitution n° 4 de l'article 900 du Code civil.⁷ Mais, après cette décision, la majorité de la doctrine et même certains conseillers de la Cour suprême ont douté de cette constitutionnalité. Par exemple, le conseiller J. Shimada, qui s'était prononcé comme la majorité dans l'arrêt du 31 mars 2003 (*Hanrei-jihou* n° 1820. 62) en ayant affirmé la constitutionnalité de l'article 900 du Code civil, a ajouté un avis complémentaire selon lequel « à propos de cet article, il est fortement souhaitable que l'organe législatif le modifie dès que possible dans le sens de l'égalisation des parts héréditaires ».

Récemment, le 4 septembre 2013, la grande chambre de la Cour suprême (*Minsyû* vol. 67. n° 6. 1320) a changé sa position : elle a finalement jugé inconstitutionnel l'article 900 en disant que cette différence de traitement entre les enfants légitimes et les enfants naturels est discriminatoire. Dans ce jugement, les conseillers ont évoqué des recommandations venant d'une part de la Commission du Pacte du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques - émises en 1995 - et des recommandations venant d'autre part de la Commission de la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant, qui avaient recommandé la suppression de cet article. C'est un exemple relativement rare d'influence d'une norme internationale relative aux droits de l'Homme sur une norme de droit civil japonais.

Le législateur, très passif dans le domaine du droit patrimonial et extra-patrimonial de la famille, a finalement voté, le 5 décembre 2013, pour rendre la part héréditaire des enfants naturels égale à celle des enfants légitimes.

13.5.3 *Procréation Médicalement Assistée*

Nous n'avons aucune règle législative sur ce point et seul s'applique le code de déontologie de l'association des obstétriciens. D'après ce code, la gestation pour autrui est interdite. L'insémination artificielle avec don de sperme (IAD) est possible. Le don de sperme est basé sur la gratuité et l'anonymat. Le don d'ovules est aussi possible mais dans la pratique le nombre de dons reste très faible pour le moment. Les couples mariés et non-mariés peuvent bénéficier de ces techniques, s'ils ne peuvent pas avoir d'enfant en raison de la maladie de l'un ou de deux partenaires.

⁷L'article 900 du Code civil japonais : Lorsque le défunt laisse plusieurs héritiers dans le même ordre, leurs parts héréditaires sont soumises aux conditions *énoncées* ci-dessous :

⁴ Lorsque le défunt laisse plusieurs enfants, descendants ou frères et sœurs, chacun a la même part. Toutefois, la part de l'enfant non-légitime est la moitié de celle de l'enfant légitime, ...

Concernant la gestation pour autrui, le code de déontologie de l'association des obstétriciens interdit cette pratique. Mais il y a des couples qui la pratiquent à l'étranger (aux Etats Unis par exemple) et reviennent au Japon avec un enfant né de la mère de substitution. La Cour suprême (23 mars 2007, *Minsyû* vol. 61. n° 9. 619) a jugé que la mère de l'enfant est la mère de substitution. Le couple demandeur dans cette opération peut tout de même établir un lien de filiation par une adoption spéciale, adoption très proche de l'adoption plénière en France dans le sens où on admet la coupure du lien de filiation avec ses parents biologiques (Section locale de Himeji du Tribunal de Kobe, 26 décembre 2008, *Kasai-geppô* vol. 61. n° 10. 72). Il est tout de même à noter que lorsque le juge admet un établissement de la filiation adoptive spéciale, l'existence du jugement figure sur l'état civil de l'enfant adopté, ce qui signifie que celui-ci pourrait savoir un moment donné l'inexistence de l'accouchement par « sa mère ».

13.5.4 *Transsexuels*

Concernant les transsexuels, la loi du 10 juillet 2003 sur les traitements spéciaux des transsexuels permet de changer la mention du sexe sur l'état civil aux cinq conditions suivantes : le demandeur d'un changement de sexe sur son état civil a plus de vingt ans ; il n'est pas marié au moment où il demande un changement de sexe ; il n'a pas d'enfant mineur ; il lui manque une gonade ou il n'a plus de fonction génitale ; son organe génital a l'apparence de celui du sexe opposé.

Un transsexuel, biologiquement féminin, peut devenir un homme juridiquement. Il peut se marier avec une femme et celle-ci peut avoir en enfant en ayant recours au don de sperme. Un arrêt de la Cour de Cassation (10 décembre 2013, *Minsyû* vol. 67. n° 9. 1847) admet l'application de l'article 772 du Code civil sur la présomption de paternité. Nous admettons donc largement le droit de fonder une famille aux transsexuels biologiquement féminins.

13.5.5 *Nom de Famille*

S'agissant du nom de famille, l'un des mariés doit changer de nom de famille au cours du mariage (article 750 du Code civil). Mais, en réalité, pour plus de 96 pour cent des couples, c'est la femme qui change de nom de famille. En 1996, une assemblée délibérante formée au sein du Ministère de la Justice a publié une proposition qui ouvrait le choix de conserver son nom de famille pour chacun. Cette proposition est restée sans suites pour le moment.

13.6 Les Droits de l'Homme et d'Autres Domaines du Droit Privé

13.6.1 Droit d'Auteur

Nous abordons ici seulement un cas de figure, important dans la société de l'information : A peut publier l'ouvrage de B sur internet sans permission. Dans ce cas-là, A a lésé le droit de reproduction de B. Sur internet il est possible que personne n'accède au site de A, mais il suffit que le public puisse y accéder pour engager la responsabilité délictuelle de A (articles 23 et 49 de la loi sur le droit d'auteur).

Quant au fournisseur d'accès à internet (C), d'après la loi sur les limites de la responsabilité du fournisseur, C est condamné s'il avait connaissance de la lésion du droit de B ou s'il avait pu en avoir connaissance.

13.6.2 Droit de la Personnalité

Nous avons parlé de la jurisprudence qui concerne la personnalité en 13.3.2 et 13.3.3. Il convient d'ajouter ici la notion même du droit de la personnalité. La jurisprudence distingue la notion de «droit de la personnalité» de celle d'«intérêt concernant la personnalité». La première notion semble utilisée pour protéger un intérêt personnel relativement plus important par rapport à la deuxième même si les contours de deux notions sont ambigus.

Le Droit de la Personnalité La jurisprudence utilise cette notion pour faire cesser une publication qui pourrait violer l'honneur et le droit de contrôler ses données personnelles. Elle l'utilise aussi lorsqu'un auteur a lésé le droit au libre arbitre d'une personne. Sur le détail de la jurisprudence, nous avons donné des explications en 13.3.2 (Cour suprême, 24 septembre 2002, *Hanrei-jihou* n° 1802. 60 ; Cour suprême, 29 février 2000, *Minsyû* vol 54. n° 2. 582). D'après la jurisprudence, la fonction de cette notion est principalement d'ordonner une cessation de la publication même si elle peut entraîner seulement une indemnisation.

L'Intérêt Concernant la Personnalité Lorsque la jurisprudence utilise la notion d'«intérêt concernant la personnalité», elle ordonne une indemnisation. Par exemple, un journaliste a publié sans permission du juge les photos et les dessins d'un prévenu qui était dans la salle d'audience d'un tribunal avec des menottes: la Cour suprême (10 novembre 2005, *Minsyû* vol. 59. n° 9. 2428) admet une indemnisation en raison d'une violation de «l'intérêt concernant la personnalité» du prévenu.

13.7 Conclusion

Nous avons vu de différentes influences des droits de l'Homme dans le domaine du droit privé. En se limitant à quelques remarques en droit civil seulement, on peut dire qu'au Japon, l'influence des droits de l'Homme n'est pas tout à fait visible. Dans le domaine du droit des obligations et du droit de la propriété, les règles de droit civil sont plus stables et les juges peuvent résoudre des problèmes en appliquant des règles déjà établies sans recourir à la notion des droits de l'Homme. Mais les droits de l'Homme influencent parfois l'interprétation de la notion telle que l'ordre public et l'intérêt juridiquement protégé. On peut donc percevoir des influences plus indirectes. Par contre, dans le domaine du droit de la famille, il y a eu une influence directe s'agissant de la part héréditaire de l'enfant naturel. En général, comme le législateur japonais, plutôt passif pour s'adapter aux changements sociaux dans le domaine du droit de la famille, intervient rarement, la doctrine et parfois les juges doivent avoir recours directement à la notion des droits de l'Homme pour protéger certaine catégorie des personnes. Si l'attitude du législateur ne change pas, il peut y avoir d'autres sanctions directes de la part de la norme des droits de l'Homme.

Bibliographie

Lex/DB Internet. 2004. <https://www.e-japanlaw.jp>. Consulté le 27 septembre 2013.
 Ichiro, Motono, et Massa-akira, Tomii (traduction). 1898. Code civil de l'Empire du Japon Livres I, II et III, Paris, réimprimé par l'édition Shinsei-syuppan, Tokyo, 1997.

Liste des arrêts cités

La Cour suprême

Cour ancienne, 1er mai 1934, *Minsyû* vol. 13. 875.
 11 avril 1958, *Minsyû* vol. 12. n° 5. 789.
 Grande chambre, 24 décembre 1969, *Keisyû* vol 23. n° 12. 1625.
 27 juin 1976, *Minsyû* vol 26. n° 5. 1067.
 24 mars 1981, *Minsyû* vol. 35. n° 2. 300.
 16 avril 1981, *Keisyû* vol. 35. n° 3. 84.
 11 juin 1986, *Minsyû* vol 40. n° 4. 872.
 Grande chambre, 22 avril 1987, *Minsyû* vol 41. n° 3. 408.
 Grande chambre, 5 juillet 1995, *Minsyû* vol. 49 n° 7. 1789.
 29 février 2000, *Minsyû* vol 54. n° 2. 582.
 24 septembre 2002, *Hanrei-jihou* n° 1802. 60.
 31 mars 2003, *Hanrei-jihou* n° 1820. 62.
 18 novembre 2004, *Hanrei-jihou* vol. 1881. 83.

10 novembre 2005, *Minsyû* vol. 59. n° 9. 2428.

30 mars 2006, *Minsyû* vol. 60 n° 3. 948.

23 mars 2007, *Minsyû* vol. 61. n° 9. 619.

Grande chambre, 4 septembre 2013, *Minsyû* vol. 67. n° 6. 1320.

10 décembre 2013, *Minsyû* vol. 67. n° 9. 1847.

La Cour d'appel

Osaka, 27 novembre 1975, *Hanrei-times* n° 330. 116.

Le Tribunal de première instance

Sapporo, 11 novembre 2002, *Hanrei-jihou*, n° 1806, 84.

Section locale de Himeji du Tribunal de Kobe, 26 décembre 2008, *Kasai-geppô* vol. 61. n° 10. 72.

Chapter 14

The Impact of Fundamental Rights on Dutch Private Law: Revolution or Evolution?

Olha O. Cherednychenko

14.1 Introduction

Traditionally private law was considered to be immune from the effect of fundamental rights, the function of which was limited to being individual defences against the vigilant eye of the state. Today, however, this conventional view hardly reflects reality. Fundamental rights, i.e. rights enshrined in national constitutions and international and supranational human rights instruments, tend to create strong magnetic fields across the entire body of law, including private law. Fundamental rights and private law have become firmly aware of each other's presence and have realised that a relationship between the two should be established.¹ Many authors speak in this context about the 'constitutionalisation of private law' (see, for example, Cherednychenko 2007, with further references).

This development can also be observed in the Netherlands. Fundamental rights contained in the Dutch Constitution (*Grondwet*) and international human rights treaties, in particular the European Convention on Human Rights of 1950 (ECHR), become increasingly relevant for private law relationships. Not only should the legislation in the field of private law be in compliance with the fundamental rights. Such rights can also have effect between private parties whose relationship is governed by private law. Probably the most far-reaching impact of fundamental rights can be observed in the field of Dutch family law and civil procedural law. Particularly in these areas, many important legal changes have been prompted by

¹For a comprehensive comparative study of the relationship between fundamental rights and private law, see, for example, Cherednychenko (2007), Mak (2008), Vos (2010a), Emaus (2013).

O.O. Cherednychenko (✉)

Faculty of Law, Department of Constitutional Law, Administrative Law and Public Administration, University of Groningen, Oude Kijk in 't Jatstraat 26, 9712 EK Groningen, The Netherlands
e-mail: o.o.cherednychenko@rug.nl

the right to a fair trial guaranteed by Article 6 of the ECHR and the right to privacy laid down in Article 8 of the ECHR, as interpreted and applied by the European Court of Human Rights (ECtHR) (on this, see, for example, Forder 2002, 2003; Smits 2008). However, general part of Dutch private law has not been immune to the effect of fundamental rights either.

The aim of this contribution (written as the Dutch report for the XIXth International Congress of Comparative Law 2014) is to discuss the impact of fundamental rights on the relationships between *private parties* under Dutch private law, with emphasis on *general private law*. Within the latter, the focus will be on contract law, tort law, and property law. For practical reasons, the impact of fundamental rights beyond these three core fields of private law lies outside the scope of this contribution. In the following, I will first provide a brief overview of the Dutch system of fundamental rights protection (Sect. 14.2). Subsequently, I will discuss the issue of the effect of fundamental rights between private parties, i.e. horizontal effect, in the Dutch legal order, in general (Sect. 14.3). Building upon this analysis, I will then proceed to examine the impact of fundamental rights in the field of contract law (Sect. 14.4), tort law (Sect. 14.5), and property law (Sect. 14.6). I will conclude with some final observations as to whether *evolution*, rather than *revolution*, is the way forward for the constitutionalisation of private law (Sect. 14.7).

14.2 The Dutch System of Fundamental Rights Protection

Like many Western European legal systems, the Kingdom of the Netherlands has a long-standing experience with the protection of fundamental rights. While such rights play a pivotal role in the Dutch legal order, there is no consensus among Dutch legal scholars about their meaning. Some authors use a substantive criterion for defining fundamental rights and generally regard them as fundamental values or principles of law aimed, in particular, at protecting human dignity (see, for example, Elders 1986, 36). Others, by contrast, emphasize the need for a more workable concept of fundamental rights and, using a more formal criterion, define them as rights embedded in the Constitution or another legal document with a similar standing (see, for example, Hofman et al. 1995, 17). In any case, it is generally recognized that the major sources of fundamental rights in the Dutch legal order are the Dutch Constitution, on the one hand, and international and supranational treaties to which the Netherlands is party, on the other. Apart from the ECHR, such treaties include, *inter alia*, the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966, and the Treaty on European Union as amended by the 2007 Lisbon Treaty which has given a binding legal force to the Nice Charter of Fundamental Rights of the EU.

The Dutch Constitution contains a broad catalogue of fundamental rights ranging from classical to socio-economic rights. The classical rights laid down in Articles 1–18 of the Constitution include, for example, the right to equal treatment, the freedom of religion, the freedom of expression, the right of association, the right of assembly and demonstration, the right to privacy, and the right to bodily integrity. The socio-economic rights laid down in Articles 21, 22, and 23 of the Constitution

concern employment, welfare and social security, the environment, health and education. Compared, for instance, to the role of the Basic Law in Germany, however, the role of the current Dutch Constitution, which dates back to 1815, in the protection of fundamental rights in the Netherlands may seem to be rather modest. According to the prevailing opinion in the academic literature, fundamental rights laid down in the Dutch Constitution do not embody *all* fundamental principles of law and thus do not have a monopoly position in the Dutch legal system (see, for example, Burkens 1989, 179 et seq.; Verhey 1992, 24; Koekkoek 1985, 405 et seq.). The reception of the German conception of basic rights as an over-arching system of values for the *whole* legal order, as adopted by the German Constitutional Court in *Lüth*,² was therefore not recommended for the Dutch legal order (Koekkoek 1985, 412). Furthermore, there is no Constitutional Court in the Netherlands which would be entrusted with the adjudication of constitutional issues. Last but not least, according to Article 120 of the Dutch Constitution, the constitutionality of Acts of Parliament and treaties may not be reviewed by the courts.³ Although both before and after the last revision of the Dutch Constitution in 1983 attempts have been made to introduce a judicial review of the constitutionality of legislation, thus far they have not met with success.⁴

Yet, the position of international treaties, in particular that of the ECHR, in the Dutch legal order compensates, to a significant degree, for these limitations of the Dutch Constitution in the protection of fundamental rights. Reflecting a (moderate) monistic system of the relationship between international law and domestic law adopted by the Netherlands, Article 93 of the Dutch Constitution envisages that provisions of the treaties and resolutions by international institutions, which may be binding on all persons by virtue of their content, become binding after they have been published. Furthermore, Article 94 of the Dutch Constitution explicitly states that statutory regulations in force within the Kingdom will not apply if such application is in conflict with the provisions of treaties that are binding on all persons or resolutions of international institutions. These constitutional provisions open up possibilities for the national courts to review primary legislation, including that in the field of private law, as to its compatibility with the ECHR, as interpreted and applied by the ECtHR.⁵ Thus, when an individual is of the opinion that his or her

²BVerfG 15 January 1958, *BVerfGE* 7, 198 (*Lüth*).

³The prohibition of the judicial review of the constitutionality of legislation applies only to the ultimate legislator itself, i.e. the Crown and Parliament together, and not to any form of derived or delegated legislative power. The latter, therefore, are always subject to judicial review.

⁴See, for example, the recent proposal by Halsema for the amendment of the Dutch Constitution with a view to giving the courts the power to test laws against a number of constitutional provisions. See *Kamerstukken II* 2009/10, 32 334, no. 1.

⁵Recently, however, proposals have been made to amend Article 94 of the Dutch Constitution so as to restrict the scope of this provision and the openness of the Dutch constitutional system to international human rights law. See, for example, the proposal by the State Commission on Constitutional Reform (*Staatscommissie Grondwet*) (*Rapport Staatscommissie Grondwet* 2010, 127 et seq.) and the proposal by three Members of the Dutch Parliament from the People's Party for Freedom and Democracy (*Volkspartij voor Vrijheid en Democratie, VVD*) (Blok et al. 2012). For the analysis of these proposals, see Efthymiou and de Wit (2013, 84 et seq.).

fundamental right is infringed by a particular legislative act, he or she will have to invoke a directly effective provision of the ECHR even if a similar provision of the Dutch Constitution offers more protection. In practice, therefore, fundamental rights contained in the Dutch Constitution are often invoked together with their counterparts in the ECHR.

The primary function of fundamental rights under Dutch law is to provide individual defences against the State. It implies the negative obligations of public authorities to refrain from any intrusions into fundamental rights of individuals. In addition, following the case law of the ECtHR, such authorities can also have positive obligations towards individuals to protect their fundamental rights in the private sphere. The starting point for the idea of state responsibility for the infringement of the rights embodied in the ECHR by private actors lies in *Marckx*.⁶ In this case, the ECtHR made clear that a state's duty not to interfere with the exercise of the right to private and family life under Article 8 of the Convention may encompass positive obligations – for example, to legislate in a way which is compatible with this right.⁷

14.3 The Issue of Horizontal Effect of Fundamental Rights in the Dutch Legal Order

In the Netherlands, the issue of the applicability of fundamental rights in private law relationships has generally been discussed under the denominator of the 'horizontal effect' (see, for example, Boesjes 1973; Biesheuvel 1981; Graaff and Haas 1984; Koekkoek 1985). The academic debate on this issue commenced in 1969 when the Dutch Society of Lawyers (*Nederlandse Juristen-Vereniging (NJV)*) devoted its meeting to this subject (see Maris 1969). Since then, the main discussion has focused not on the issue of *whether* fundamental rights should have horizontal effect, but rather *how far* such effect should extend. In this context, Dutch scholars mainly distinguish between *direct* and *indirect* horizontal effect.⁸ In the most widely understood meaning, the difference between the two lies in the fact that while in the case of the direct horizontal effect a private party has, in his or her action against another private party, a claim or a defence which is directly based on a fundamental right which overrides an otherwise applicable rule of private law, in the case of the indirect horizontal effect, the claim or defence is based on a private law rule which is interpreted in the light of the fundamental right in question.⁹ Most scholars favour

⁶ *Marckx v Belgium* (1979), Series A 31, p. 23.

⁷ *Marckx v Belgium* (1979), Series A 31, p. 23, para. 31.

⁸ This differentiation finds its origin in the report by Maris for the Dutch Society of Lawyers who introduced it based on the German constitutional jurisprudence. See Maris (1969, 26–27).

⁹ In my view, the problem with this distinction or, more exactly, the way in which it has been applied in practice, is that it does not make it unequivocal which body of law substantially determines the outcome of disputes between private parties – fundamental rights law or private law. On this in more detail, see Cherednychenko (2007, 541 et seq).

the indirect horizontal effect of fundamental rights and reject the idea of their direct horizontal effect. The main reason being that in the case of direct horizontal effect, fundamental rights apply in horizontal relationships in the same way as they do in vertical relations, but the limitation clauses contained in the fundamental rights provisions are not suitable for application in disputes between private parties (see, for example, Alkema 1995, 57; Leenders 1998, 149; Verhey 1992, 188).

In the legislative domain, the issue of horizontal effect was brought to the forefront of the debate during the Reform of the Dutch Constitution in 1983.¹⁰ It is notable that in the Explanatory Memorandum to the Bill on the Constitutional Reform, the Dutch Government explicitly acknowledged that constitutional rights could apply between private parties and even made an attempt to distinguish between different forms of horizontal effect according to the degree of its intensity.¹¹ In the Government's view, which is based on the 'sliding scale' developed by Boesjes (1973, 911), the horizontal effect may take place in five forms, ranging from the least to the furthest-reaching. These are the following: (1) the mandate of the legislator or the government to ensure the effect of a constitutional right in relationships between private parties (e.g. social rights which contain instructions to implement a certain policy or principle in the horizontal context); (2) the constitutional right as an important value which can be taken into account by the judge when interpreting private law concepts and open norms; (3) the constitutional right as an independent legal interest which should be taken into consideration by the judge when weighing all the interests at hand; (4) the constitutional right as an expression of a legal principle which may be disregarded only for compelling reasons; (5) finally, the constitutional right is applied as such, i.e. as an imperative norm of law, which can only be restricted in compliance with the constitutional limitation clauses. While the last form in the scale is referred to as direct horizontal effect, the other four variations are referred to as indirect horizontal effect. According to the Government, whether a particular fundamental right could have a horizontal effect was to be decided by the courts. In its opinion, the advantage of such an approach is that the issue of horizontal effect is set free from its doctrinal character and reduced to the normal proportions of constitutional interpretation.

As will be shown in subsequent sections, the case law of the Dutch courts, especially after the Constitutional Reform of 1983, provides evidence that the courts tend to consider fundamental rights contained in the Dutch Constitution and the ECHR in private law disputes, but do so to a varying extent depending on the field of private law. A striking feature of the Dutch case law where fundamental rights came into play is the absence of any doctrinal approach to the issue. The Dutch Supreme Court in civil matters (*Hoge Raad*) has so far not made any general pronouncement as to how fundamental rights relate to private law or how they are to affect private law relationships in the Dutch legal order. Instead, it has given effect to fundamental rights in different ways, without really explaining why one form of horizontal effect in a particular case was preferred to another. This approach

¹⁰For a detailed overview of the parliamentary discussions, see Verhey (1992, 34 et seq).

¹¹See Kamerstukken II 1975–1976, 13 872, no. 3, 15 et seq.

is clearly in line with the position of the Dutch Government in so far as it has advocated releasing the issue of horizontal effect from its doctrinal character. However, one can hardly trace the ‘sliding scale’ of the Government in the case law. The distinction between five forms of such effect has apparently turned out to be unsuitable to guide the judge in the particular circumstances of an individual case. Instead, one can in principle distinguish between two main categories of cases in relation to the way in which fundamental rights affect private law relationships: (1) when fundamental rights are granted direct horizontal effect, and (2) when they are (explicitly or implicitly) granted indirect horizontal effect. However, as will be demonstrated below, this distinction plays a formal rather than substantive role in the case law of civil courts and, therefore, does not say much about the *intensity* of the horizontal effect of fundamental rights in the Dutch legal order.

Generally, the Dutch civil courts are not averse to acknowledging the relevance of the case law of the ECtHR in private law cases. Nevertheless, the extent of its impact varies from case to case and is not easy to ascertain.¹² Quite characteristic are formal references to the case law of the ECtHR when terms, such as ‘compare’ or ‘see in the same sense’, are used.¹³ Such references appear to justify the domestic solutions which would have been reached regardless of the impact of the ECHR rather than actually support the more innovative solutions which do not easily fit into the existing national patterns. Furthermore, at present, there are hardly any references to the Charter of Fundamental Rights of the EU in private law cases, which can to some extent be explained with a relative unfamiliarity with its content within the Dutch legal community.¹⁴

14.4 The Impact of Fundamental Rights on Dutch Contract Law

Freedom of contract has traditionally been recognized as a central principle of Dutch contract law. It safeguards the autonomy of private parties and enables them to order their relationships in the way that suits them best. Yet the freedom of contract is not unlimited. In particular, the general clauses of private law contained in the Dutch Civil Code (*Burgerlijk Wetboek*), such as good morals (*goede zeden*) and public order (*openbare orde*) (Article 3:40), and good faith (*redelijkheid en billijkheid*) (Article 3:11, Article 6:2, and Article 6:248), set limits on the exercise of freedom of contract in order to protect the public interest of the society as a whole and the private interests of one of the contractual parties in the particular

¹² Cf. Vos 2010b, 463. See also Maanen and Lindenbergh (2011).

¹³ See, for example, HR 18 June 1993, *NJ* 1994, 347 (*AIDS test I*) (recommendation of Advocate General Koopmans, no. 14: ‘this point of view corresponds with ...’); HR 15 April 1994, *NJ* 1994, 608 (*Valkenhorst*): ‘compare ...’.

¹⁴ On the potential importance of the Charter of Fundamental Rights of the EU for Dutch private law, see Barkhuysen et al. (2011).

circumstances of a case. Such clauses may also serve as the gateways to the effect of fundamental rights in contractual relationships.

So far, however, Dutch contract law has not been profoundly affected by fundamental rights. In contrast, for example, to German law where fundamental rights have played a revolutionary role in protecting the weaker party in contract law,¹⁵ fundamental rights have hardly played any role in Dutch law. The treatment of non-professional sureties who guarantee the borrowing of family members – the so-called family sureties – may serve as an illustration.

It is worth recalling a famous judgment of the German Constitutional Court in the *Bürgschaft* case¹⁶ where, essentially, the Court invalidated a suretyship contract under which a daughter had acted as a surety for her father's debts on the basis of the daughter's basic right to the free development of her personality guaranteed by Article 2(1) in conjunction with the principle of the social state laid down in Article 20(1) and Article 28(1) of the Basic Law. According to the Constitutional Court, in cases where a 'structural inequality of bargaining power' has led to a contract which is exceptionally onerous for the weaker party, the civil courts are obliged to protect the basic right to private autonomy of this party by intervening in the contract within the framework of the general clauses of private law. Yet, when deciding the *Van Lanschot v Bink* case,¹⁷ which involved a mother who had acted as a surety for her son's debts, the Dutch Supreme Court in civil matters did not seek resort to fundamental rights. Instead, relief for the mother was provided on the basis of the well-established private law concept of mistake contained in Article 6:228 of the Dutch Civil Code. Based on this provision, the Supreme Court laid down a rule according to which a bank, as a professional credit supplier, is under a duty to inform a non-professional party of the risks involved in acting as a surety. At the end, therefore, resorting to fundamental rights in *Van Lanschot v Bink* turned out to be simply unnecessary in order to achieve a result comparable to that reached by the German Constitutional Court in *Bürgschaft* on the basis of fundamental rights. Such a result in Dutch law could be reached through evolutionary change in general contract law.

Nevertheless, there are a few cases where fundamental rights were considered by the Dutch civil courts when interpreting and applying the general clauses of private law. The following three cases throw some light not only on the relevance of fundamental rights in contract law disputes, but also on the intensity of their effect in contractual relationships.

Thus, already in 1948 the Arnhem Court of Appeal had to deal with a situation where the parties to a lease contract had agreed that the contract would be terminated if the tenant had not made sufficient efforts to achieve the goals of the Protestant Church.¹⁸ When the tenant changed his religious beliefs and became a Jehova's

¹⁵ See, for example, BVerfG 7 February 1990, BVerfGE 81, 242 (*Handelsvertreter*) and BVerfG 19 October 1993, BVerfGE 89, 214 (*Bürgschaft*). On this in more detail, see Cherednychenko (2007).

¹⁶ BVerfG 19 October 1993, BVerfGE 89, 214 (*Bürgschaft*).

¹⁷ HR 1 June 1990, NJ 1991, 759 (*Van Lanschot Bankiers/Bink*).

¹⁸ Hof Arnhem 25 October 1948, NJ 1949, 331 (*Protestantse Vereniging/Hoogers*). See also Hof Arnhem 24 June 1958, NJ 1959, 473 (*Diaconie Nieuwe Tonge*) and Hof Arnhem 15 November 1958, NJ 1959, 472 (*Diaconie Dirksland*). Since the adoption of the 1958 Lease Act (*Pachtwet*),

Witness, the landlord (the Protestant Church) terminated the contract. After an equitable balancing of the interests of both sides, the Court of Appeal found the term in question to be contrary to good morals and public order because it seriously impaired the tenant's freedom of religion.

In another case decided by the Dutch Supreme Court in 1969 the question to be answered was whether a contractual clause that barred the person concerned from teaching Mensendieck physiotherapy exercises for the rest of her life if she failed to obtain the required diploma was void.¹⁹ This question was answered in the affirmative by the lower court which ruled that such a clause is per se contrary to public order and good morals because it restricts the constitutional freedom of education. This decision was, however, overturned by the Supreme Court. According to the latter, when considering whether a clause is contrary to public order and good morals, regard should also be had to the interest which the contract serves, as well as the question whether this interest is of such importance as to justify an encroachment on the freedom of education.

Both cases provide typical examples of the indirect horizontal effect of fundamental rights through the general clauses of private law. The courts explicitly take the fundamental right into account when examining the validity of the contract clauses under Article 3:40 of the Dutch Civil Code concerning good morals and public order and ultimately consider such rights as just *one* of the factors when balancing the competing interests of the contractual parties within the framework of this private law provision. The fundamental rights provisions as such, however, are not applied. This ensures the evolution of Dutch general contract law in the light of fundamental rights but prevents revolutionary changes therein at the same time.

A slightly different approach was taken by the Dutch Supreme Court in the third case worth mentioning in the present context – the *Aidstest II* case.²⁰ The dispute in this case arose out of the fact that during medical treatment the blood of a patient, who belonged to a group of persons with a higher risk of being infected with the HIV virus, had come into contact with the blood of a dentist. The latter requested a court order for the patient to undergo an AIDS test. In defence of his refusal to do so, the patient claimed that the demanded blood test constituted a violation of his constitutional rights to bodily integrity and privacy laid down in Article 11 and Article 10, respectively, of the Dutch Constitution. In its decision, the Dutch Supreme Court recognized the patient's constitutional right to bodily integrity. At the same time, it held that this right is limited by restrictions laid down by or pursuant to the law as they follow from Article 6:162 of the Dutch Civil Code on tort (*onrechtmatige daad*), as well as from the contract between the parties. Because the parties had concluded a medical treatment contract, in the circumstances connected with the contract or following therefrom they owed each other a duty of care. For

the provisions of which were substantially revised and incorporated in Title 5 of Book 7 of the Dutch Civil Code in 2007, the problems involved in this case are no longer likely to arise.

¹⁹HR 31 October 1969, *NJ* 1970, 57 (*Mensendieck I*). See also HR 18 June 1971, *NJ* 1971, 407 (*Mensendieck II*). See also HR 22 January 1988, *NJ* 1988, 891 (*Maimonides*).

²⁰HR 12 December 2003, *NJ* 2004, 117 (*Aidstest II*).

this reason, according to the Supreme Court, also after the termination of the contract, the patient could be required to do what is necessary to limit the damage suffered by the dentist at the time of the medical treatment. Following these considerations, the Supreme Court turned to the balancing of the competing interests of the parties. In its view, a relatively slight infringement of the patient's constitutional right to bodily integrity in this case was confronted with the compelling interest of the dentist in knowing whether or not he had been infected with the HIV virus. Therefore, by refusing to cooperate in the blood test, the Supreme Court concluded, the patient had failed to perform his obligations under the contract and thus had acted unlawfully against the dentist.

At first sight, such an approach constitutes the furthest-reaching effect of fundamental rights between private parties: the court applies a fundamental right directly and examines whether its restriction can be justified on the basis of the limitation clauses envisaged in the Constitution or – as in other cases of this type – the ECHR. Whether the direct horizontal effect as it is applied by the Dutch courts is indeed the furthest-reaching form of the horizontal effect with the most far-reaching consequences for private parties is, however, rather questionable in view of the fact that, as has been exemplified by the *Aidstest II* case, limitations upon the exercise of fundamental rights are found in the open private law norms. As a result, in order to resolve a conflict between the parties, the courts ultimately resort to balancing competing interests within the framework of private law. For this purpose, they translate a fundamental right into a private law interest connected with the exercise of this right and then weigh it against another purely private law interest or an interest which, being protected by the fundamental right, is also translated into a private law interest. This appears to be the only possible way of balancing the competing interests of the parties against each other because a fundamental right, as such, is not susceptible to such balancing (compare Burkens 1989, 186). Under such circumstances, what formally can be considered the direct horizontal effect of fundamental rights, in substance comes down to the indirect horizontal effect of such rights and fits well into the evolutionary path of the constitutionalisation of Dutch private law (compare Sieburgh 2013, 440).

14.5 The Impact of Fundamental Rights on Dutch Tort Law

Within general private law, tort law is most associated with the impact of fundamental rights. Indeed, compared to contract law where fundamental rights may pose a threat to private autonomy, tort law is more receptive to their influence, particularly because it traditionally protects personality rights, which in turn are closely connected with fundamental rights. After all, the personality rights concern the essential aspects of the human personality and seek to safeguard the dignity of the human being as a person, including his or her integrity, identity, and independence (compare Lindenbergh 1999, 1705). Such private law rights include, for example,

the right to physical integrity, and the right to protection of the private sphere, which are also protected by the fundamental rights, in particular Articles 11 and 10, respectively, of the Dutch Constitution, and Article 8 of the ECHR.

The relevant provision which may serve as a gateway for the effect of fundamental rights in tort law is Article 6:162 of the Dutch Civil Code. Under this provision, an unlawful act is committed when (1) a subjective right, i.e. a patrimonial right or a personality right, is violated, (2) an act or omission violates a statutory duty, and (3) an act or omission violates a rule of unwritten law pertaining to proper social conduct. The first and third category of unlawful acts are of most relevance as far as the horizontal effect of fundamental rights is concerned.²¹

The link between personality rights and fundamental rights in a private law case was most strikingly shown by the 1994 judgment of the Dutch Supreme Court in civil matters in the *Valkenhorst* case.²² Within the framework of Article 6:162 of the Dutch Civil Code, the Court had to deal with a claim by the child born out of wedlock in a Roman Catholic institution providing support for unmarried mothers, against the Valkenhorst foundation which had taken over the functions of the institution in which she was born. The child claimed that Valkenhorst owed her a duty to disclose information provided by her mother which would reveal the identity of the father. Valkenhorst rejected this claim on the ground that it owed a duty of confidentiality to the mother. According to this duty, during the mother's lifetime the information about the presumed biological father could only be disclosed if the mother gave her consent. The mother, however, who was still alive at that time, refused to give her permission. Whereas the lower court ruled against the child by holding that the duty of confidentiality owed by Valkenhorst towards the mother prevailed over the interest of the child to know her paternity, the Supreme Court overturned this decision and accepted the claim of the child against Valkenhorst.

In the present context, the most interesting part of the judgment by the Supreme Court lies in the legal basis found by it in order to rule in favour of the child. According to the Court:

‘The point of departure for deciding the case is that the general right to personality, which lies at the roots of such constitutional rights as the right to respect for one's private life, the right to freedom of thought, conscience and religion, and the right to freedom of expression, also includes the right to know one's parents. This right also found international recognition in Article 7 of the Convention on the Rights of the Child of 20 November 1989 which has not yet been ratified by the Netherlands. This right gives a person in circumstances such as those ... [in the present case] a claim against the foundation such as Valkenhorst as to the disclosure, at her request, of the information known to the foundation about her parents.’²³

²¹ Recently, the introduction of a new independent basis for the enforcement of fundamental rights in Dutch tort law – a breach of a fundamental right (*fundamentele rechtsschending*) – was advocated in the literature. See Emaus (2013, 325 et seq). It remains to be seen, however, whether this suggestion will lead to a fundamental change in Dutch tort law.

²² HR 15 April 1994, *NJ* 1994, 608 (*Valkenhorst*). On this case in more detail, see Nehmelman (2002, 103 et seq., with further references).

²³ HR 15 April 1994, *NJ* 1994, 608 (*Valkenhorst*), para. 3.2 (my translation).

In the view of the Supreme Court, the right to know one's parents is, however, not absolute. This right has to be balanced against other countervailing rights, such as the mother's right to confidentiality, and it is in this very balancing that the lower court erred in holding that the right of the mother should be given the greatest weight.²⁴

As has been demonstrated by this decision of the Dutch Supreme Court, fundamental rights may serve as a means of assistance in tracing the unwritten general principles of law from which, in their turn, new personality rights of a private law nature can be derived in disputes between private parties. In the *Valkenhorst* case, the general right to personality was used by the Dutch Supreme Court as a legal basis for the recognition of the right to know one's origin, which was considered controversial at the time the judgment was made. Ten years after *Valkenhorst* this right was embedded in the legislation adopted by the Dutch Parliament.²⁵ Furthermore, in the *Parool* case,²⁶ the general right to personality served again as the foundation for the establishment of another new personality right in private law – this time, the right to be left alone. In the particular circumstances of that case, this right implied that a person was entitled to be no longer confronted in public with a crime which he had committed at a young age during the war after more than 40 years had passed since he had been sentenced, had served his sentence and was subsequently pardoned. In this way, recourse to fundamental rights enables the evolution of Dutch tort law when it comes to the protection of personality.

In addition, fundamental rights play a role in private law disputes involving the well-established personality rights. A substantial proportion of the cases involving such rights concerns the protection of the private sphere.²⁷ Typically, while one party alleges the violation of his or her right to privacy with a reference to Article 10 of the Constitution and Article 8 of the ECHR, the other party invokes the right to freedom of expression as a defence with a reference to Article 7 of the Constitution and Article 10 of the ECHR. In the absence of a hierarchy between these fundamental rights, the courts must resolve a conflict between them. When such a clash occurs, however, the fundamental rights are hardly ever confronted in their quality as fundamental rights. What follows is the balancing of interests protected by the fundamental rights in the particular circumstances of a case, taking a number of

²⁴Whether the Supreme Court adequately balanced the interests of the child and those of the mother was, however, questioned in the literature. See, for example, Smits (2003, 127).

²⁵The 2004 Artificial Insemination (Donor Information) Act (*Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting*) gives children conceived by artificial insemination with donor semen (AID), oocytes or embryos the right to learn the identity of the donor upon reaching the age of 16, unless the weighty interests of the donor make the disclosure of this information impossible. See, in particular, Article 3(2) of the Act.

²⁶HR 6 January 1995, NJ 1995, 422 (*Parool*).

²⁷See, for example, HR 24 June 1983, NJ 1984, 801 (*Gemeenteraadslid*); HR 4 March 1988, NJ 1989, 361 (*Kinderen De Bourbon-Parma*); HR 12 June 1992, NJ 1992, 554 (*Mr. Y*); HR 21 January 1994, NJ 1994, 473 (*Ferdie E.*); HR 2 May 2003, NJ 2004, 80 (*Storms/Niessen*). See also Verhey (1992, 191 et seq).

parameters into account. The role of fundamental rights as such, therefore, is limited to providing a source of inspiration.

A good example of such a balancing exercise within the framework of Article 6:162 of the Dutch Civil Code is provided by the judgment of the Supreme Court in *Gemeenteraadslid*.²⁸ In this case, a local councillor provided journalists with some documents as an alleged proof that a certain person had benefited financially from illegal transactions using the community money. The main issue before the Court was whether this act was unlawful. When dealing with it, the Supreme Court first established that there was a collision between two important interests: on the one hand, the interest of individual citizens in not being exposed to reckless allegations, and, on the other hand, the interest of the general public in being informed of the abuses in the society. Whose interest was to prevail depended on the particular circumstances of the case which were to be evaluated using a number of specific parameters. The latter included the nature of the allegations published and the seriousness of the consequences for the person concerned; the seriousness of the alleged abuse; the available evidence concerning the alleged abuse at the time of publication; the way in which the allegations are put in words; the probability that the aim of the publication could also have been achieved by other, less damaging, means; and the possibility of reducing the detrimental effect of the documents' publication in case they would have received publicity without the contested delivery to the press. The fundamental rights had only indirect horizontal effect in this case by highlighting the fundamental interests involved therein. As such, the fundamental rights did not play any substantial role in the balancing of such interests against each other. The result of this balancing exercise ultimately depended on the specific facts and their relative importance in the given case.

Apart from playing a role in establishing whether a wrongful act under Article 6:162 of the Dutch Civil Code was committed, fundamental rights may also influence the application of statutory rules concerning compensation of losses, in particular losses which are non-material in nature (*smartengeld*). According to Article 6:106 of the Civil Code, other damage than material loss can be claimed only in three cases explicitly mentioned therein: (1) where the liable person had the intention to inflict such damage; (2) where the injured person sustained physical injuries or his honour or reputation is injured or he is harmed otherwise in person; and (3), under certain conditions, where the damage consists of harming the memory of a deceased. As the case law shows, fundamental rights may play a major role in determining whether a party who is allegedly aggrieved 'is harmed otherwise in person' in the sense of Article 6:106 of the Civil Code and, in essence, provide a ground for compensation for non-pecuniary damage (compare Lindenbergh 2006, 123 et seq). For example, in the *Baby Kelly* case,²⁹ in which the parents of a child born with severe disabilities brought a 'wrongful life' action against the hospital, the Dutch Supreme Court accepted the right to non-material damages for both the father and

²⁸HR 24 June 1983, NJ 1984, 801 (*Gemeenteraadslid*).

²⁹HR 18 March 2005, NJ 2006, 606 (*Baby Kelly*). See also HR 9 July 2004, NJ 2005, 391 (*Gemeente Groningen/Lammerts*).

the mother based on a violation of their right to self-determination. This right was infringed because, as a result of a medical error, the parents were deprived of the possibility to decide for themselves about their own reproduction. According to the Supreme Court, such a serious violation of the fundamental right should be considered as harm in person in the sense of Article 6:106 of the Civil Code even in the absence of any mental injury, which was usually required.³⁰

At the same time, the fundamental rights arguments have so far not convinced the Dutch Supreme Court to enable relatives to claim the so-called emotional distress damages (*affectieschade*) caused by grief over the death or injury of a close relative. Under the current Dutch law, the possibility for claiming such damages is practically non-existent.³¹ In the *Baby Joost* case³² and the *Kindertaxi* case,³³ therefore, the parents supported their claim for such damages, following, respectively, a severe permanent disability and the death of the child, by invoking the fundamental right to family life as laid down in Article 8 of the ECHR. In both cases, however, the Supreme Court rejected this argument, as, in the words of the Court, Article 8 of the ECHR does not seek to protect the interest asserted by the parents, i.e. the integrity of family life,³⁴ nor does it impose an obligation on the legislator to provide for damages in such cases.³⁵ Despite the criticism of such a restrictive approach by many Dutch scholars (see, for example, Smits 2003, 137–138; Lindenbergh 2006, 124; see also Verheij 2002, 387 et seq.) in 2010 the Dutch Parliament rejected the bill aimed at amending the Civil Code so as to enable a limited group of close relatives to claim emotional distress damages.³⁶ It is also notable that the drafters of this bill did not bring this issue into connection with fundamental rights. It appears, however, that particularly in this area, fundamental rights could play an important role in the evolution of Dutch tort law towards broadening the possibilities of recovering non-material losses.

14.6 The Impact of Fundamental Rights on Dutch Property Law

The discussion concerning the impact of fundamental rights on Dutch property law has centred around Article 1 of the First Protocol to the ECHR. According to the first paragraph of this provision, every natural or legal person is entitled to the

³⁰HR 18 March 2005, *NJ* 2006, 606 (*Baby Kelly*), paras. 4.8 and 4.9.

³¹See, in particular, Articles 6:107 and 6:108 of the Civil Code concerning damages in case of physical or mental injury, and death, respectively. See also Lindenbergh (1998); Verheij (2002); Perron (2003).

³²HR 8 September 2000, *NJ* 2000, 734 (*Baby Joost*).

³³HR 22 February 2002, *NJ* 2002, 240 (*Kindertaxi*).

³⁴HR 8 September 2000, *NJ* 2000, 734 (*Baby Joost*), para. 3.7.

³⁵HR 22 February 2002, *NJ* 2002, 240 (*Kindertaxi*), para. 6.3.

³⁶*Kamerstukken II* 2002/2003, 28 781.

peaceful enjoyment of his possessions and nobody can be deprived of them except in the public interest and subject to the conditions provided for by the law and by the general principles of international law. The second paragraph also makes it clear that the right to the peaceful enjoyment of one's possessions as outlined in the first paragraph does not in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.

The legal terms used in these provisions of the ECHR have their own meaning which may not necessarily correspond to the one in which these terms are used in national legal systems. Thus, the concept of property under Article 1 of the First Protocol to the ECHR is much broader than a similar concept under Article 1 of Book 5 of the Dutch Civil Code. In contrast to the latter, the former includes, for example, a claim arising from a wrongful act; such a claim is considered the aggrieved party's asset under the ECHR.³⁷

So far Article 1 of the First Protocol to the ECHR has mainly played a role in a vertical relationship between an individual and the State (on this, see Barkhuysen and Emmerik 2005).

Individuals mostly use this provision in order to challenge the compatibility of the specific laws adopted in the public interest that deprive them of their property or restrict them in its use with the ECHR.³⁸ Therefore, the cases involving disputes between private parties in which Article 1 of the First Protocol would play a role are rare.

An example of an indirect horizontal effect of this provision, which is worth mentioning in the present context, is the judgment of the Amsterdam Court of Appeal in a dispute between a woman who had suffered severe injuries as a result of the accident at the railway station and the Dutch railway company *N.S. Reizigers B.V.*³⁹ While the company's liability in this case was established, the company refused to award full compensation to the victim by invoking Article 8:110 (1) of the Dutch Civil Code. Based on this provision, the liability of the carrier was limited to Dfl. 300,000 (€ 145,000), which was many times lower than the amount of pecuniary and non-pecuniary damage incurred by the victim. The latter, therefore, submitted, *inter alia*, that it would be contrary to good faith if the company could successfully rely on the limitation of its liability in the case at hand. In support of this claim, the victim also referred to Article 1 of the First Protocol to the ECHR.

The victim's claim was upheld by the Court of Appeal which applied the well-established test used by the ECtHR in cases decided under this provision. In short, it examined whether the limitation of liability had a legitimate purpose and whether there was a fair balance between the public interest pursued thereby, on the one hand, and the protection of the individual rights of the victim, on the other. The Court of Appeal concluded that while the limitation of liability may serve a legiti-

³⁷ See, for example, *Pressos Compania Naviera SA and Others v Belgium* (2005), Series A 332, p. 21.

³⁸ See, for example, HR 16 November 2001, NJ 2002, 469 (*Varkenswet*).

³⁹ *Hof Amsterdam 12 August 2004*, NJF 2004, 543 (*NS Reizigers/Mevrouw B*).

mate purpose, i.e. controllability of the entrepreneurial risk and its insurability, the general interest in enforcing this limitation did not outweigh the individual rights of the victim in the particular circumstances of the given case. Although Article 8:110 (1) of the Civil Code as such was not contrary to Article 1 of the First Protocol, according to the Court, it would be contrary to good faith interpreted in the light of this fundamental right if the company could invoke the limitation of liability against the victim in the case at hand.

Dutch scholars are divided concerning the potential of Article 1 of the First Protocol to the ECHR to have impact in horizontal relationships. Nieuwenhuis, for example, is of the opinion that this provision is a ‘gold mine for a renewed discourse on property, autonomy and solidarity’ (Nieuwenhuis 2001, 1230 (my translation)). By contrast, Ploeger is sceptical about this; while recognizing the symbolic value of the fundamental right to property, which reflects the fundamentals of private law, he considers this right to be too vague to provide any guidance in horizontal relationships (Ploeger 2005, 120). It remains to be seen, therefore, to what extent Article 1 of the First Protocol to the ECHR will prompt evolution in Dutch property law. In any case, this provision is unlikely to produce revolutionary changes therein, considering that the Dutch courts tend to carry out a careful balancing of all public and private interests involved in a particular case within the framework of private law.

Finally, it is worth mentioning a few cases in relation to property *stricto sensu* in which the freedom to receive information as guaranteed by Article 10 of the ECHR was granted indirect horizontal effect.⁴⁰ The cases involved tenancy contracts prohibiting the installation of a satellite dish on a rented building without permission of a landlord or a letting agency. The tenants challenged the refusal to grant such permission before the courts and resorted to Article 10 of the ECHR in support of their claims. Having recognized the essential importance of the freedom to receive information in a free and democratic society, the courts had to balance the interest of the tenants protected thereby with the contractually protected interest of the landlords within the framework of private law. In some cases the outcome of such a balancing exercise turned out in favour of the tenant,⁴¹ while in others in favour of the landlord.⁴² Whose interest ultimately prevailed depended on the particular circumstances of each case.

14.7 Final Remarks

As has been demonstrated in this contribution, fundamental rights and Dutch private law no longer exist in isolation from each other. Fundamental rights embodied in the Dutch Constitution and the ECHR have influenced the core areas of general private

⁴⁰ See, for example, Arr.-Rb. Assen 25 March 1986, *NJ* 1987, 15 (*Maris/SWA*); HR 3 November 1989, *NJ* 1991, 168 (*Prins/Woningstichting Sint Joseph*).

⁴¹ See, for example, Arr.-Rb. Assen 25 March 1986, *NJ* 1987, 15 (*Maris/SWA*).

⁴² See, for example, HR 3 November 1989, *NJ* 1991, 168 (*Prins/Woningstichting Sint Joseph*).

law, albeit to a varying degree. The relevance of fundamental rights for horizontal relationships between private parties is more acknowledged in tort law than in contract law and particularly property law.

In all three fields, however, fundamental rights generally have only a subtle impact on private law relationships. Although the techniques used by the Dutch courts include both the direct and indirect horizontal effect, the way in which they have been applied shows that fundamental rights in the case law of the Dutch courts mostly play a role as one of the factors which is taken into account when resolving disputes between private parties. The interests protected by fundamental rights come into play with the traditional interests protected by private law and the particular circumstances of an individual case. The approach of the Dutch Supreme Court in civil matters is characterized by a careful balancing of the competing interests involved in a particular case within the framework of private law and with due regard to private law. Fundamental rights thus do not supersede private law. Instead, the two interact with each other. In many cases, such an interplay occurs spontaneously when the civil courts look at fundamental rights as a source of inspiration when tracing general principles of private law or interpreting and applying the open private law norms.

While the impact of fundamental rights on private law puts legal certainty and the predictability of judicial decisions under pressure, it at the same time has the potential to lead to major breakthroughs in the understanding of justice between the parties in private law. Such breakthroughs, however, can only be realised if fundamental rights enrich private law discourse without severely undermining its logic. It should not be forgotten that over the years general private law has developed solutions to the problems of injustice in relationships between private parties. In particular, it is notable that the protection of the weaker party within Dutch contract law has hardly been prompted by the recourse to fundamental rights. In fact, many values embodied in fundamental rights, such as private autonomy, human dignity, and the protection of property, already find their expression in private law. Using the wisdom of fundamental rights law in private law disputes should therefore not destroy the rich wisdom of private law. What is needed is the evolution of private law in the light of fundamental rights, rather than a constitutional revolution in private law. The evolutionary path of the constitutionalisation of private law presupposes a complementary relationship between fundamental rights law and private law based on the idea of a dialogue between the two but not the subordination of private law to fundamental rights law. The Dutch experience with building a complementary relationship between fundamental rights law and private law can provide some useful insights into how such a relationship could develop in other national legal systems and in EU law.

Bibliography

- Alkema, E.A. 1995. Fundamentele rechten – nationale en internationale dimensies. Preadvis voor de Nederlandse Juristen-Vereeniging (NJV). Handelingen NJV 1995-I. Zwolle: Tjeenk Willink.
- Barkhuysen, T., and M.L. Emmerik. 2005. De eigendomsbescherming van artikel 1 van het eerste protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht: het Straatsburgse perspectief. Preadvis voor de voorjaarsvergadering van de Vereniging voor Burgerlijk Recht. Deventer: Kluwer.
- Barkhuysen, T., A.W. Bos, and F. ten Have. 2011. Een verkenning van de betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het privaatrecht. *NTBR* 28: 479–492.
- Biesheuvel, M.B.W. 1981. Horizontale werking van grondrechten. *NJCM-Bulletin* 6: 147–162; 205–225.
- Blok, S., K. Dijkhoff, and J. Taverne. 2012. Verdragen mogen niet langer rechtstreeks werken. 23 February *NRC Handelsblad*: 17.
- Boesjes, J. 1973. De horizontale werking van grondrechten. *NJB* 48: 905–916.
- Bos, B.J. de. 2010. Horizontale werking van grondrechten. Antwerpen/Apeldoorn: Maklu.
- Burkens, M.C. 1989. Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht. Zwolle: Tjeenk Willink.
- Cherednychenko, O.O. 2007. Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party: A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions. Sellier: European Law Publishers.
- Efthymiou, N. S., and J.C. de Wit. 2013. The Role of Dutch Courts in the Protection of Fundamental Rights. *Utrecht Law Review* 9: 75–88 (available at <http://www.utrechtlawreview.org>).
- Elders, J.L.M. 1986. Burgerlijk recht en grondrechten: 'Een integratieve benadering. Lelystad: Koninklijke Vermande.
- Emaus, J.M. 2013. Handhaving van EVRM-rechten via het aansprakelijkheidsrecht. Over de inpassing van de fundamentele rechtsschending in het Nederlandse burgerlijk recht. Den Haag: Boom Juridische uitgevers.
- Forder, C.J. 2002. Het mensenrechtelijk hart van het personen- en familierecht: overzicht van de ontwikkelingen in de periode 1995–2002 (Deel I). *NJCM-Bulletin* 27: 992–1011.
- Forder, C.J. 2003. Het mensenrechtelijk hart van het personen- en familierecht: overzicht van de ontwikkelingen in de periode 1995–2002 (Deel II). *NJCM-Bulletin* 28: 19–36.
- Graaf, F. de, and M.J.O.M. de Haas 1984. Horizontale werking van grondrechten: een heilloos leerstuk. *NJB* 59: 1353–1358.
- Hofman, J.A., J.W. Sap, and I. Sewandono. 1995. Grondrechten en evenwicht. Deventer: Kluwer.
- Koekoek, A.K. 1985. De betekenis van grondrechten voor het privaatrecht. *WPNR* 5742: 385–389; *WPNR* 5743: 405–412; *WPNR* 5743: 425–434.
- Leenders, M.A.J. 1998. Horizontale werking van grondrechten: een heilloos leerstuk in de communautaire rechtsorde? In *Grenzen aan grenzenloosheid – Algemene leerstukken van grondrechtenbescherming en de Europese Unie*, ed. L.M.F. Besselink and H.R.B.M. Kummeling, 147–164. Deventer: Tjeenk Willink.
- Lindenbergh, S.D. 1998. *Smartengeld*. Deventer: Kluwer.
- Lindenbergh, S.D. 1999. De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Nederlandse privaatrecht. Preadvis voor de Vereniging voor de Vergelijkende studie van het recht in Nederland en België. *TPR* 36: 1665–1707.
- Lindenbergh, S.D. 2006. The Constitutionalisation of Private Law in the Netherlands. In *Constitutionalisation of Private Law*, ed. T. Barkhuysen and S.D. Lindenbergh, 97–128. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff.
- Maanen, G.E. van, and S.D. Lindenbergh. 2011. EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos? Preadviezen 2011 voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht. Kluwer: Deventer.

- Mak, C. 2008. *Fundamental Rights in European Contract Law: A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- Maris, A.G. 1969. Dient de wet bijzondere regels te bevatten ten aanzien van de civielrechtelijke werking van de grondrechten, en, zo ja, welke? Preadvies voor de Nederlandse Juristen-Vereniging (NJV). *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging 1969*, Zwolle: Tjeenk Willink.
- Nehmelman, R. 2002. *Het algemeen persoonlijkheidsrecht. Een rechtsvergelijkende studie naar het algemeen persoonlijkheidsrecht in Duitsland en Nederland*. Deventer: Kluwer.
- Nieuwenhuis, J.H. 2001. Een geheid groeifonds. TPR 38: 1225–1230.
- Perron, C.E. du. 2003. Genoegdoening in het civiele aansprakelijkheidsrecht. Preadvies voor de Nederlandse Juristen-Vereniging (NJV). In *Het opstandige slachtoffer – Genoegdoening in strafrecht en burgerlijk recht*. *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging 2003-I*, Deventer: Kluwer.
- Ploeger, H.D. 2005. De eigendomsbescherming van Artikel 1 van het eerste protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht: het nationale civielrechtelijke perspectief. Preadvies voor de voorjaarsvergadering van de Vereniging voor Burgerlijk Recht. Deventer: Kluwer.
- Sieburgh, C. 2013. De betekenis van grondrechten voor het algemene vermogensrecht. In *De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht*, ed. J. Gerards and C. Sieburgh, 429–452. Deventer: Kluwer.
- Smits, J.M. 2003. *Constitutionalisering van het vermogensrecht. Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*. Deventer: Kluwer.
- Smits, P. 2008. *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*. Deventer: Kluwer.
- State Commission on Constitutional Reform (Staatscommissie Grondwet). 2010. *Rapport Staatscommissie Grondwet* (available at <https://rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2010/11/11/rapport-staatscommissie-grondwet>).
- Verheij, A.J. 2002. *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*. Nijmegen: Ars Aequi Libri.
- Verhey, L.F.M. 1992. *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy*. Zwolle: Tjeenk Willink.
- Vos, B.J. de. 2010a. *Horizontale werking van grondrechten: Een kritiek*. Apeldoorn/Antwerpen: Maklu.
- Vos, B.J. de. 2010b. *The Netherlands*. In *Fundamental Rights and Private Law in the European Union*, Volume I, ed. G. Brüggemeier, G. Comandè, and A. Colombi Ciacchi, 405–484. Cambridge: Cambridge University Press.

Case Law

European Court of Human Rights

Marckx v. Belgium, no. 6833/74, ECtHR 1979.

Pressos Compania Naviera SA and Others vs. Belgium, no. 17849/91, ECtHR 1995.

German Federal Constitutional Court

BVerfG 15 January 1958, *BVerfGE* 7, 198 (*Lüth*).

BVerfG 7 February 1990, *BVerfGE* 81, 242 (*Handelsvertreter*).

BVerfG 19 October 1993, *BVerfGE* 89, 214 (*Bürgerschaft*).

Dutch Supreme Court in civil matters

HR 31 October 1969, *NJ* 1970, 57 (*Mensendieck I*).

HR 18 June 1971, *NJ* 1971, 407 (*Mensendieck II*).

HR 24 June 1983, *NJ* 1984, 801 (*Gemeenteraadslid*).

HR 22 January 1988, *NJ* 1988, 891 (*Maimonides*).

HR 4 March 1988, *NJ* 1989, 361 (*Kinderen De Bourbon-Parma*).
HR 3 November 1989, *NJ* 1991, 168 (*Prins/Woningstichting Sint Joseph*).
HR 1 June 1990, *NJ* 1991, 759 (*Van Lanschot Bankiers/Bink*).
HR 12 June 1992, *NJ* 1992, 554 (*Mr. Y*).
HR 18 June 1993, *NJ* 1994, 347 (*AIDS test I*).
HR 21 January 1994, *NJ* 1994, 473 (*Ferdi E.*).
HR 15 April 1994, *NJ* 1994, 608 (*Valkenhorst*).
HR 6 January 1995, *NJ* 1995, 422 (*Parool*).
HR 8 September 2000, *NJ* 2000, 734 (*Baby Joost*).
HR 16 November 2001, *NJ* 2002, 469 (*Varkenswet*).
HR 22 February 2002, *NJ* 2002, 240 (*Kindertaxi*).
HR 2 May 2003, *NJ* 2004, 80 (*Storms/Niessen*).
HR 12 December 2003, *NJ* 2004, 117 (*Aidstest II*).
HR 18 March 2005, *NJ* 2006, 606 (*Baby Kelly*).
HR 9 July 2004, *NJ* 2005, 391 (*Gemeente Groningen/Lammerts*).

Dutch courts of appeal in civil matters

Hof Arnhem 25 October 1948, *NJ* 1949, 331 (*Protestantse Vereniging v. Hoogers*).
Hof Arnhem 24 June 1958, *NJ* 1959, 473 (*Diaconie Nieuwe Tonge*).
Hof Arnhem 15 November 1958, *NJ* 1959, 472 (*Diaconie Dirksland*).
Hof Amsterdam 12 augustus 2004, *NJF* 2004, 543 (*NS Reizigers/Mevrouw B*).

Dutch district courts in civil matters

Arr.-Rb. Assen 25 March 1986, *NJ* 1987, 15 (*Maris/SWA*).

Chapter 15

The Influence of Human Rights and Basic Rights in Norway

Kåre Lilleholt

15.1 Human Rights and Basic Rights in Norway

The concept of human rights was well known to the drafters of the Norwegian Constitution in 1814, when Norway gained her independence from Denmark in the aftermath of the Napoleonic wars (see, in general, Michalsen 2011, 267–289). The Constitution was inspired *inter alia* by the Constitution of the United States and the French Constitutions of 1791 and 1795. The Norwegian Constitution included several articles protecting citizens' rights, even though the term 'human rights' was not applied. Property rights and freedom of speech were among these rights. In parallel, torture, retroactive legislation, punishment without law, etc. were prohibited. Other aspects of the Constitution were less liberal; freedom of religion was not protected and Jews, Jesuits and monastic orders were not even allowed to enter the country (the ban against Jews was abolished in 1851 and the ban against Jesuits and monastic orders was abolished in 1956).

Norway played an active role in the revitalisation and further development of international human rights in the post World War II period.¹ The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950, ECHR) was ratified by Norway in 1951 and the country has subsequently ratified and joined several human rights conventions. Human rights are among the three principles of the Constitution enumerated in Section 2 (together with democracy and the rule of law). A duty of the state to protect human rights is expressed in Section 92 and a comprehensive new Chapter on human rights was added to the Constitution on the occasion of its 200th anniversary in 2014.

¹ On human rights in Norwegian law, see for example Aall (2011); Høstmælingen (2012); Andenæs and Bjørge (2012).

K. Lilleholt (✉)

Department of Private Law, University of Oslo, P.O. Box 1072, Blindern 0316, Oslo, Norway
e-mail: kare.lilleholt@jus.uio.no

The Norwegian system is commonly described as *dualistic*, in the sense that international obligations must be implemented through national legislation in order to become internally binding, but it is less and less clear what this entails. This principle is softened by the *presumption* that national law complies with the state's international obligations. In 1999, three human rights conventions were given the status of national law through the Human Rights Act: the ECHR, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Later the Convention on the Rights of the Child and the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women were added to this list. Under the rules of the 1999 Human Rights Act, these conventions take precedence over other legislation, except for the Constitution.

Participation in human rights conventions and the implementation of such obligations in national law is generally welcomed by politicians and in the public discourse. There are, however, some concerns regarding a tendency to interfere with the political process by "substituting judges for politicians". It has been argued that quite trivial matters are sometimes turned into human rights issues and that the democratic control of national parliaments is thus averted.

By far, the most important influence of international human rights over the last 20 years in Norway has been on rules concerning criminal procedure, and also to some extent on civil procedure. Another area where Norwegian courts have adjusted their course is freedom of speech and, most recently, the balancing of this right against the right to protection of private life. Protection of property rights has also been strengthened lately, partly due to a stricter interpretation of national law, partly due to decisions by the European Court of Human Rights (ECtHR).

Norway has no Constitutional Court. Quite early in the 1800s, the Supreme Court took on the role of reviewing legislation and administrative acts. Legislation is not reviewed *in abstracto* but in the ordinary course of litigation of individual cases. Review takes place not only in the Supreme Court but also in the lower courts. The intensity of this control has varied. Legislation was rarely found to be unconstitutional during the twentieth century, but findings of unconstitutionality have been increasingly frequent in recent years. Review naturally includes the parts of the Constitution protecting the citizens' rights. Since the introduction of the Human Rights Act in 1999, human rights review of legislation is often related to this Act. But even prior to 1999, the Supreme Court applied international human rights conventions in its review.

There is a National Human Rights Institution in Norway. It has for several years been part of the Norwegian Centre for Human Rights at the University of Oslo. This institution does not deal with individual complaints. The National Human Rights Institution is currently being reorganised and will become an institution directly under the Norwegian Parliament.

15.2 The Influence of Human Rights and Basic Rights in Contract Law

Freedom of contract is the cornerstone of the Norwegian contract law. This principle has been restricted by legislation to a varying degree throughout the last two centuries. Following a liberal period in the second part of the nineteenth century, most of the twentieth century was devoted to increasing the protection of weaker contract parties, in line with the political will to intervene in markets for the sake of the general good. For some decades now, however, a market approach has again come to prevail, as in many other European countries.

Norway has no civil code. Contract legislation consists mostly of acts regulating specific types of contracts, in addition to a few enactments of general rules, for example the Formation of Contracts Act 31 May 1918 No. 4 (*lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer*). Freedom of contract is expressed in one provision in a code dating back to 1687, interestingly enough with the qualification that contracts “against the law” or “against morality” are not binding (the Norwegian Code [*Kong Christian Den Femtis Norske Lov*] 15 April 1687, Article 5-1-2). The prohibition of contracts ‘against morality’ is still applied now and then, particularly in cases where a contracting party has undertaken to circumvent legislation, etc. (agreement to circumvent voting rules in a company, agreement to pay a sum in addition to a set maximum price) (Rt. 1995, 46; Rt. 2004, 1582). In modern terms, the provision expresses the idea that contracts which infringe fundamental principles are not binding.

Section 33 of the Formation of Contracts Act has, more or less since its enactment, been regarded as adopting a principle of “loyalty” (Lilleholt 2013a): An otherwise valid declaration of intent may not be invoked by the person to whom it is made if it would be contrary to good faith and honesty to rely on the declaration because of circumstances which existed at the time when the declaration was made and which must be regarded as having been known to that person.²

Section 33 is typically applied in a situation where the promisee is aware that the promisor is mistaken as to facts motivating the promise (*error in motivis*).

A ‘general clause’ was included in the Formation of Contracts Act in 1983 (Section 36). The essence of the rule is that a contract term may be adjusted or set aside if the application of the term would lead to unfair results or results contrary to good business practice. In the assessment, the content of the contract, the position of the parties, the conditions at the time of conclusion of the contract, as well as subsequent developments and other circumstances, are all taken into consideration. This provision was also held to be sufficient as an implementation of Directive 93/13 on unfair terms in consumer contracts (with some minor additional provisions).

The provision on contracts against morality and Sections 33 and 36 of the Formation of Contracts Act supplement a variety of mandatory rules in the

² Author’s translation.

legislation on specific types of contracts. Many of these rules are today the result of the implementation of European Union (EU) directives on consumer protection.

Limitations on freedom of contract, in the form of general provisions or specific mandatory provisions, are not usually considered as a matter of human rights or fundamental rights. In real terms, however, the rules may be seen from a human rights perspective. Rules protecting the lessee's rights under residential tenancies, for example, deal essentially with the right to housing (Lilleholt 2013c). Labour law, protecting the employee against dismissal and a dangerous working environment, may be regarded as protecting the right to work and the right to health. The general rules on good faith and unfair terms protect a fundamental right to self-determination.

Human rights may conflict in some cases. Legislation protecting the tenant under ground leases (thus protecting the right to housing) was found to violate the owner's property rights under Article 1 of the First Protocol to the ECHR (*Lindheim and others v. Norway*, nos. 13221/08 and 2139/10, ECtHR 2012). The ground lease case also illustrates the impact of case law from the international courts. The rules in question had been accepted as not encroaching on the owner's rights under national constitutional law. This legislation is now (2014) being revised.

Norway is not a member of the European Union but most EU legislation relevant to contract law is implemented in Norwegian law as a result of the European Economic Area (EEA) agreement. Norwegian courts cannot submit requests for a preliminary ruling to the Court of Justice of the EU. A corresponding procedure is possible at the EFTA Court. Requests from Norwegian courts for such advisory opinions are not frequent. Nevertheless, the Norwegian Supreme Court gives significant weight to case law from the Court of Justice of the EU when deciding cases involving EEA relevant law.

Sections 33 and 36 of the Formation of Contracts Act – the general provisions on good faith and on unfair terms – are rarely applied by the Norwegian Supreme Court. A few recent cases, in 2012 and 2013, *may* signal a new trend, the most important case concerned investment products sold to consumers (Lilleholt 2013a; Rt. 2013, 388; Rt. 2013, 769; Lilleholt 2013b).

There have been no amendments to contract law legislation brought about by the process of transposing rules on human rights or fundamental rights into national law.

15.3 The Influence of Human Rights and Basic Rights in Tort Law

Tort or non-contractual liability in Norwegian law is based on the principle of *culpa* (negligence, fault) (see, in general, Nygaard 2007; Lødrup 2009). This principle is not expressed in legislation in its general form. Rules on strict liability have been developed in case law, starting in the late nineteenth century with liability for

damage caused by industrial enterprises, etc. There is legislation on several specific forms of liability – for damage caused by defective products, damage caused by employees, damage caused in health-care, etc.

The right to privacy and honour is protected by both criminal law – including rules on ‘mortifikasjon’ (a procedure in which a court declares a statement to be null and void) – and by rules on civil liability for damage (see, in particular, Borvik 2011). Civil liability includes compensation (‘oppreising’) for non-pecuniary damage (Act Relation to Compensation 13 June 1969 No. 26 [*lov om skadeserstatning*] Section 3-5). Criminal liability for defamation is to be abolished, leaving only civil liability (Criminal Code 20 May 2005 No. 28 [*straffelov*]).³

The case law of the ECtHR has influenced the case law of the Norwegian Supreme Court to a significant extent in the balancing of the right to privacy and honour against the right to freedom of expression. Some years ago, Norwegian law on liability for defamation was found to violate Article 10 of the ECHR in several cases (See for example, *Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway*, no. 21980/93, ECtHR 1999; *Bergens Tidende and others v. Norway*, no. 26132/95, ECtHR 2000; *Tønsbergs Blad AS and Haukom v. Norway*, no. 510/04, ECtHR 2007; *TV Vest AS and Rogaland Pensjonistparti v. Norway*, no. 21132/05, ECtHR 2008). The practice of the Norwegian Supreme Court was adjusted accordingly. In a recent case, the ECtHR even held that the Norwegian Supreme Court had given too much weight to the protection of freedom of expression and as such had violated Article 8 on privacy (*A v. Norway*, no. 28070/06, ECtHR 2009).

Cases on defamation aside, the protection of privacy has evolved to include, for example, protection against intrusion into the private sphere (paparazzi coverage of celebrities, etc). The case law of the ECtHR played an important role in this development, in particular the *von Hannover* cases (see, for example, Rt. 2007, 687 and Rt. 2008, 1089; the Hannover cases: *von Hannover v. Germany*, no. 59320/00, ECtHR 2004; *von Hannover v. Germany (no. 2)*, no. 40660/08 and 60641/08, ECtHR 2012).

Freedom of expression has been protected by the Norwegian Constitution since 1814. The relevant provision (Section 100) was revised and modernised in 2004, also to better reflect international human rights. Criminal and civil liabilities for defamation belong to well-established national law. The right to privacy in a wider sense has developed through case law. One example is a much discussed Supreme Court case from 1952 in which the distribution of a film based on a crime was successfully blocked by the person who had committed the crime several years earlier (Rt. 1952, 1217). It is commonly held that the balancing of freedom of expression and the right to privacy would be different were the case to come to court today. Legislation also protects a person’s ‘image’ against use without good reason in photographs, etc. (the Copyright Act 12 May 1961 No. 2 [*lov om opphavsrett til åndsverk*] section 45 c).

Even if the protection of freedom of expression, the protection of honour and privacy and the balancing of such rights are well known to national law and have

³The relevant sections are not yet in force (2014).

been for a long time, it is correct to say that the influence of human rights on this area of law in recent years has contributed to a new awareness of the underlying principles and the need to balance conflicting rights.

15.4 The Influence of Human Rights and Basic Rights in Property Law

The right to property is one of the ‘classic’ human rights to be included in the Norwegian Constitution in 1814 in Section 105, a provision that has not been amended since.

Section 105 provides that everyone has a right to full compensation if his immovable or movable property is taken for public use (“for the welfare of the State”). The law on compensation in cases of expropriation has been developed by the courts and subsequently also in legislation. A legislative act on the quantum of compensation was found partly unconstitutional by the Norwegian Supreme Court in a landmark plenary judgment in 1976, as the compensation prescribed by the act was found to be inadequate (Rt. 1976, 1).

As in most other states, the question has arisen as to the extent to which an owner must accept control of the use of his property without this being regarded as an expropriation, entitling the owner to compensation. The Norwegian Supreme Court set the course in a 1918 judgment concerning public regulation of the use of waterfalls for hydro-electric production: control of the use of property in the public interest did not, as a rule, entitle the owner to compensation (Rt. 1918, 403). This was confirmed in a plenary judgment in 1970, concerning area planning which rendered a piece of land practically inexploitable for the owner (Rt. 1970, 67).

On the other hand, *transfer* of ownership is still regarded as expropriation and must be compensated. This was confirmed, for example, when the Norwegian Supreme Court set aside as unconstitutional a provision allowing lessees in ground leases an option to buy the leased ground at a price set at 40 % of the market value (Rt. 2007, 1308, plenary judgment).

The Norwegian Constitution includes a prohibition of retroactive legislation. In criminal law, this prohibition is more or less absolute. In civil and administrative law, however, a modified interpretation has developed in case law, implying that only strongly unreasonable retroactive effect is forbidden (see, in general, Høgberg 2010). The legislator’s intervention in a running contract will often entail a shift of balance in the relationship between the parties, thus in real terms transferring assets from one party to the other. Such transfers of assets without compensation have been approved in several cases. Thus, the Norwegian Supreme Court accepted a provision giving lessees a right to prolong ground leases for an indefinite period, on unchanged conditions, irrespective of the contract terms (Rt. 2007, 1281 and Rt. 2007, 1306). This was later found to be a violation of the First Protocol to the ECHR, as mentioned in section 2 above (*Lindheim and others v. Norway*, nos.

13221/08 and 2139/10, ECtHR 2012). Under the Convention there is no distinction between retroactivity and the transfer of rights equivalent to that found in Norwegian case law.

The issue of acceptable retroactivity has been discussed in several cases in the Norwegian Supreme Court. For example, legislation changing public pension plans was accepted without compensation to the right-holders. Nevertheless, the court stated, in the same case, that such rights could, in principle, be protected against retroactive legislation (Rt. 1996, 1415; Rt. 1996, 1440, plenary judgments), and indeed a change of tax schemes for ship-owners was later found to be unconstitutional (Rt. 2010, 143, plenary judgment).

The cases regarding ground leases illustrate how the protection of property rights must be balanced against other fundamental rights, such as the right to housing (Lilleholt 2013c).

Intellectual property law ('immaterialrett') has not for the most part been treated as property law in the civil law meaning of that term ('Sachenrecht'). The protection of copyright, patents, etc. is fully recognised and Norway is bound by several international treaties protecting right-holders. The question of constitutional protection of intellectual property rights as property has never been put to the test (Stenvik 2001, 113–115).

Naturally, international discussion of human rights and intellectual property rights has been commented upon in legal literature (e.g. the issue of intellectual property rights being protected under human rights law and the issue of freedom of expression and information *limiting* intellectual property rights) (see, for example, Rognstad 2009, 68–72). It seems fair to say, though, that such questions have not been present to a high degree in Norwegian law so far.

Other aspects, such as patent law and biotechnology, are related to human rights and basic rights and have of course also been discussed in Norway (see, for example, Stenvik 2006, 156–172).

15.5 The Influence of Human Rights and Basic Rights in Family Law⁴

The Lutheran Christian religion was Norway's state religion up until 2012 and the former State Church still has semi-official status. Secular marriage has been accepted since the mid-nineteenth century, but religious communities also have the right to marry people. Registration of same-sex partnerships was allowed from 1993 and same-sex marriage from 2008. The issue of same-sex partnerships and marriage has mostly *not* been discussed from a human rights viewpoint but it naturally involves fundamental rights. This is particularly so concerning the right of same-sex couples to adopt children together and the acceptance of parental status for a female

⁴See, generally, Lødrup and Sverdrup (2011).

spouse of the mother (both these rights are secured under the 2008 reforms, Act on adoptions 28 February 1986 No. 8 [*lov om adopsjon*] Sections 5 and 5 a; Act relating to children and their parents 8 April 1981 No. 7 [*lov om barn og foreldre*] Section 3). Artificial fertilisation for same-sex couples and surrogacy in particular still raise controversial questions.

Legislation concerning unmarried couples mostly has the effect of putting them on equal footing with married couples as far as tax, public pensions etc. are concerned, so as to avoid the detrimental effects of marrying. In addition, there are some provisions securing partners' rights after a separation and, as from 2009, unmarried couples with children have some rights under inheritance law (Inheritance Act 3 March No. 5 [*lov om arv m.m.*] chapter III a). The paradox is, of course, that many unmarried couples have chosen this form of relationship precisely because they do *not* want to be included in the legal protection and regulation relating to married couples.

Equal treatment of women has, for over a hundred years, been the most important topic regarding family law and fundamental rights. Both spouses were *formally* considered on equal footing (from 1927), but in reality the wife has usually been the weaker party, in particular in economic matters. Case law in the 1970s recognised housework as a contribution to the acquisition of the common house etc., which typically gave the wife a better position in case of divorce.

Children of unmarried and married couples have had equal rights since 1915.

Protection of the rights of the child has been gradually strengthened over the last decades. In particular, the "best interests of the child" is the leading normative principle in all conflicts concerning parental status and guardianship.

The Convention on the Rights of the Child and the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women have recently been given the status of national law in Norway (2009). Discussion of equal treatment and of the rights of the child was of course vivid in family law for a long time prior to the inclusion of these international human rights instruments.

The balancing of conflicting rights is needed in cases of neglect or abuse of children, leading to children being forcibly removed from their biological parents and kept separated.⁵

Protection of family life has consequences for the legislation on immigration, for example concerning the right to immigrate to reunite a family and as a hurdle in extradition cases. In case law, both the provisions of the Immigration Act regarding such protection as well as ECHR Article 8 and the Convention of the Rights of the Child have been discussed. These issues are still very controversial; it has been argued that protection of family life and the rights of the child should not permit circumvention of immigration restrictions.

The Norwegian deportation practice was found by the ECtHR to violate Article 8 of the EHRC in one case (*Butt*). In another case (*Nunez*), the ECtHR found that there would be violation in the event of a decided expulsion being effected (*Butt v.*

⁵ See, for example, *Johansen v. Norway*, no. 17383/90, ECtHR 1996.

Norway, no. 47017/09, ECtHR 2012; *Nunez v. Norway*, no. 55597/09, ECtHR 2011).

15.6 The Influence of Human Rights and Basic Rights in Other Fields of Private Law

Freedom of expression (including the right to information) has played an important role in the discussion concerning control of communications and control of the Internet. Arguably, freedom of expression lost out in the political process which led to the EU Data Storage Directive (the consequences of the later case law of the Court of Justice of the EU on the Directive have so far not been drawn). It remains to be seen whether the revelations in 2013 concerning the worldwide surveillance by the US National Security Agency will lead to a new debate on the directive and a reassessment of the balancing of interests.

In Norway, a semi-official child pornography Internet filter has been active for several years, but the lack of public discussion on this matter has been astonishing.

Copyright holders have recently been given quite far-reaching access to user identities and ip-addresses in investigating alleged violations of copyright on the Internet.⁶ The right to privacy and anonymous communication has of course been part of this discussion.

Concerning the influence of human rights and basic rights on consumer law, see Sect. 15.2 above on contract law, and for personality rights, see Sect. 15.4 on property law.

Rights under inheritance law for unmarried couples were referred to under Sect. 15.5 on family law. Apart from this, and the more general topic of the equal rights of both sexes, there has been little discussion of inheritance law from a human rights perspective.

Bibliography

- Aall, J. 2011. *Rettsstat og menneskerettigheter*. 3. ed. Bergen: Fagbokforlaget.
- Andenæs, M., and Eirik B. 2012. *Menneskerettighetene og oss*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Borvik, B. 2011. *Personvern og ytringsfridom. Avveginga mellom kolliderande menneskerettar*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Høgberg, B. M. 2010. *Forbud mot tilbakevirkende lover*. Oslo: Universitetsforl.
- Høstmælingen, N. 2012. *Internasjonale menneskerettigheter*. Oslo: Universitetsforl.
- Lilleholt, K. 2013a. Application of general principles in private law in the Nordic countries. *Juridica International*:12–19.
- Lilleholt, K. 2013b. Revitalisering av generalklausulen? *Tidsskrift for Rettsvitenskap*:550–566.

⁶ Amendments to the Copyright Act 12 May 1961 No. 2 (*lov om opphavsrett til åndsverk*) in 2013.

- Lilleholt, K. 2013c. The Right to Housing and its Impact on Contract Law. In *Velferd og rettferd. Festskrift til Asbjørn Kjønstad 70 år*, ed. K. Ketscher, K. Lilleholt, E. Smith and A. Syse. Oslo: Gyldendal Juridisk.
- Lødrup, P. 2009. *Lærebok i erstatningsrett*. 6 ed. Oslo: Gyldendal Akademisk.
- Lødrup, P. and Sverdrup, T. 2011. *Familieretten*. 7 ed. [Oslo]: Peter Lødrup og Tone Sverdrup.
- Michalsen, D. 2011. *Retten. En internasjonal historie*. Oslo: Pax Forlag AS.
- Nygaard, N. 2007. *Skade og ansvar*. 6 ed. Bergen: Universitetsforl.
- Rognstad, O.-A. 2009. *Opphavsrett*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Stenvik, A. 2001. *Patenters beskyttelsesomfang*. Oslo: Cappelen akademisk forlag.
- Stenvik, A. 2006. *Patentrett*. Oslo: Cappelen akademisk forl.

Case Law

The Norwegian Supreme Court (reported in Norsk Retstidende, Rt.):

- Rt. 1918, 403.
 Rt. 1952, 1217.
 Rt. 1970, 67.
 Rt. 1976, 1.
 Rt. 1995, 46.
 Rt. 1996, 1415.
 Rt. 1996, 1440.
 Rt. 2004, 1582.
 Rt. 2007, 1281.
 Rt. 2007, 1306.
 Rt. 2007, 1308.
 Rt. 2007, 687.
 Rt. 2008, 1089.
 Rt. 2010, 143.
 Rt. 2013, 388.
 Rt. 2013, 769.

The European Court of Human Rights:

- A v. Norway*, no. 28070/06, ECtHR 2009.
- Bergens Tidende and others v. Norway*, no. 26132/95, ECtHR 2000.
- Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway*, no. 21980/93, ECtHR 1999.
- Johansen v. Norway*, no. 17383/90, ECtHR 1996.
- Lindheim and others v. Norway*, nos. 13221/08 and 2139/10, ECtHR 2012.
- Nunez v. Norway*, no. 55597/09, ECtHR 2011.
- TV Vest As and Rogaland Pensjonistparti v. Norway*, no. 21132/05, ECtHR 2008.
- Tønsbergs Blad AS and Haukom v. Norway*, no. 510/04, ECtHR 2007.
- Von Hannover v. Germany (no. 2)*, no. 40660/08 and 60641/08, ECtHR 2012.
- Von Hannover v. Germany*, no. 59320/00, ECtHR 2004.

Chapter 16

Human Rights and Private Law in Portugal

Jorge Sinde Monteiro, André Dias Pereira, Alexandre L.D. Pereira,
Geraldo Ribeiro, Luís Fábrika, Mónica Jardim, and Paula Távora Vítor

16.1 Introduction¹

16.1.1 *Origin and Meaning*

The wording ‘human rights’ was inserted in the first Portuguese Constitution (1822) as part of the text dedicated to the guarantee of free speech: “The free communication of thoughts is one of the most precious human rights” (article 7).

In this first Constitution, ‘human rights’ appears to be a concept equivalent to ‘citizens’ rights’ – mentioned in the Preamble – and ‘individual rights’ – mentioned in the epigraph of Title I. The contents of this title, placed at the head of the constitutional text, are similar to those of the charts and declarations of rights of those times and its *Oberbegriff* – ‘individual rights of Portuguese’ – evokes the ‘Rights of Man and the Citizen’ of the French Declaration of 1789 and other proclamations of the early days of the liberal period.

The other Portuguese constitutions of the nineteenth century did not keep the expression ‘human rights’. The Constitutional Charter of 1826 preferred the term ‘civil and political rights of Portuguese citizens’ and the Constitution of 1838 chose

¹This part is written by Luís Fábrika.

J.S. Monteiro (✉) • A.D. Pereira • G. Ribeiro • M. Jardim • P.T. Vítor
Faculty of Law, University of Coimbra, Coimbra, Portugal
e-mail: sindemon@fd.uc.pt; andreper@fd.uc.pt; geraldo@fd.uc.pt; mjardim@fd.uc.pt;
paula.tavora.v@gmail.com

A.L.D. Pereira
Faculty of Law and Institute for Legal Research, University of Coimbra, Coimbra, Portugal
e-mail: aldp@fd.uc.pt

L. Fábrika
School of Law, Portuguese Catholic University at Lisbon, Lisbon, Portugal
e-mail: l.fabrica@fd.lisboa.ucp.pt

‘rights and guarantees of the Portuguese’. But this change in terminology had no particular meaning: the contents of the texts reveal a very clear line of continuity, which extends to the first Republican Constitution of 1911, where we find the phrasing ‘individual rights and guarantees’.

Ironically, it was the anti-liberal Constitution of 1933, which introduced the word ‘fundamental’ in this context, using for the first time the expression ‘fundamental guarantees’ in its Title I. This expression was however very misleading because in fact Title I dealt with a wide range of heterogeneous issues (family, social-economic groups, education, defence, public finance, economics, public domain), in which were diluted some provisions on individual rights.

Finally, after a long hiatus of 150 years, the expression ‘human rights’ reappeared in the 1976 Constitution, although in a limited context, namely the guiding principles of the international relations of the Portuguese State. ‘Fundamental rights’ became since then the preferred expression.

The introduction of constitutional precepts on fundamental rights – whatever the terminology – was accompanied from the very beginning by the idea that these standards were mandatory for all organs of the State. However, the acceptance that a public act should be deemed invalid in case of violation of these standards was slowly achieved. And the idea that a judicial protection should be granted against violations of human rights was even slower.

In fact, throughout the nineteenth century, the legal protection in case of disrespect of fundamental rights was almost limited to the presentation of petitions to the legislative and executive bodies. Specific legal remedies to ensure compliance with constitutional standards were claimed by most scholars by the end of the century – but it was not until the Republican Constitution of 1911 that the judicial protection of fundamental rights (and constitutional norms in general) was established.

16.1.2 Concept, Types and Sources

Portugal is party to the most important international conventions on human rights, including the *Universal Declaration of Human Rights* (UDHR), the *International Covenant on Civil and Political Rights*, the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, the *European Convention on Human Rights* and the *European Social Charter*.

These international pacts, as well as other conventions ratified or approved, are an integral part of the laws that are directly applicable in Portugal, pursuant Article 8 of the Portuguese Constitution.

However, the UDHR holds in this respect a very special place because the Portuguese constitutional and legal provisions on fundamental rights should be interpreted and integrated in accordance with the Declaration (Article 16 n. 2 of the Portuguese constitution).

With regard to the *European Convention on Human Rights*, the jurisprudence of the Portuguese Constitutional Court emphasizes that all its content is already

covered by the standards of the Constitution. However, the decisions of the European Court of Human Rights have an important role in the Portuguese system of guarantees of fundamental rights, because of their influence on the decisions of national courts, including the Constitutional Court itself.

Portugal is also submitted, as a member state of the European Union (EU), to the provisions of the *EU Charter of Fundamental Rights*.

In addition, it should be noted that the Portuguese Constitution imposes the respect for human rights as a principle governing the international conduct of the Portuguese State (Article 7 n. 1) and also recognizes the provisions of international law as source of internally applicable fundamental rights (Article 16 n. 1) – meaning that such fundamental rights of international origin should be added to the internal catalogue, which already includes UDHR (see above).

Portugal's attitude is therefore very open towards international and European law on human rights, receiving those standards as part of the law internally applicable. In some cases, they are considered as part of the constitutional law, or even as part of a supra-constitutional order (this may be the case of the European Union laws).

Portuguese law, including constitutional law, does not include a legal definition of fundamental rights (or human rights, a concept almost limited to international relations). The concept is widely used, however, and requires from the courts and scholars a persistent effort of delineation and characterization.

One of the main obstacles to this task is the dispersion of the sources of fundamental rights.

In fact, it is not possible to limit the fundamental rights to the catalogue (though large) contained in the Part I of the Constitution, under the epigraph 'Fundamental Rights and Duties'. The Constitution itself makes a specific reference to other fundamental rights that are dispersed outside that Part I (Article 17).

Second, the UDHR is an autonomous source of fundamental rights, placed at the same level as the Constitution (Article 16 n. 2).

Third, the Portuguese Constitution expressly admits that provisions of international and ordinary laws may also be sources of fundamental rights (Article 16 n. 1). However, according to most scholars, these rights should be qualified as 'fundamental' only in 'material sense', in opposition to the 'fundamental rights in formal sense' that are established by the Constitution and the UDHR.

This acceptance of fundamental rights based on ordinary law sources – a hallmark of Portuguese legal system, since the Constitution of 1911 – poses the difficult problem to find the right criterion to determine whether a given right has a 'fundamental' nature, *i.e.* which attributes are considered necessary to qualify a right as 'fundamental'.

The dominant doctrine, stressing that fundamental rights in formal sense are also fundamental in material sense, extends the concept of fundamental rights to any subjective position, no matter its legal grounds (not only constitutional standards) that is related to goods requiring a special protection, given its prominence in the scope of the constitutional system. In other words, fundamental rights in material sense are the ones that grant someone certain goods, due to the requirements arising from the dignity of the human person and the principles of a democratic rule of law.

The assessment of the regime that should be applied to these fundamental rights is a debated issue. For example, it is highly doubtful whether the constitutional regime of restrictions established for the fundamental rights in formal sense should be extended to the fundamental rights in material sense.

These matters are also closely related to the differences in legal status between the two categories of fundamental rights contained in the Portuguese Constitution, namely 'Rights, Freedoms and Guarantees' and 'Economic, Social and Cultural Rights' (corresponding roughly to the great categories established in the two Covenants that complement the UDHR).

Some scholars consider 'Rights, Freedoms and Guarantees' as the true paradigm of fundamental rights, stressing its essential equivalence to 'fundamental rights' (these authors tend to underrate the protection granted by some constitutional norms and principles to 'Economic, Social and Cultural Rights'). Other scholars support the opposite view, emphasizing the essential unity of both categories of fundamental rights and asserting the extension of an important part of the regime of the 'Rights, Freedoms and Guarantees' to the 'Economic, Social and Cultural Rights'.

16.1.3 Main Function

The traditional defensive role of fundamental rights, resulting in the protection afforded to an autonomous sphere of individuals' free conduct, continues to occupy a central place in the Portuguese constitutional order.

However, this protection is granted not only in the classic framework of the relations between private persons and public authorities, but also in the relations between private persons, including *de facto* social powers.

In fact, the provisions of the Portuguese Constitution relating to 'Rights, Freedoms and Guarantees' – considered the main category of fundamental rights (see above) – directly bind private persons, not just public authorities. It means that an individual may claim constitutional protection against other individuals, therefore broadening the traditional scope of the defensive function of fundamental rights. The invocation of fundamental rights against private entities is generally related to the reserve of privacy, secrecy of correspondence, consumer rights, freedom of expression, freedom of religion and freedom of association (including trade-unions).

But applying fundamental rights to private law relationships should not be regarded as a simple extension of its classical function of protection before public authorities. In fact, specific problems arise in this new context, related to the balance between the respect of other persons' fundamental rights and some constitutional principles. In particular, the principle of private autonomy can justify some important restrictions in what concerns the invocation of human rights against other private persons.

On the other hand, it should be noted that this prominence of the defensive function, especially at the constitutional praxis, does not mean that the positive function -

involving claims on public or even private persons - of fundamental rights (or certain fundamental rights) has a reduced or minimal interest.

Among other circumstances, the generosity of the constitutional text, in contradiction with the economic constraints of the country, has led to a reduced implementation of several provisions granting social rights. However, an accurate representation of the Portuguese Constitution and the constitutional praxis should stress the importance of the positive content of these fundamental rights. Besides the more traditional rights to social welfare, a special mention must be done to the fundamental rights to government intervention against other individuals developing harmful activities, as well as to the (very debated) fundamental rights to the adoption of certain public policies grounded on some constitutional provisions on social rights.

16.1.4 Main Judicial Pleadings

According to the Portuguese case law in recent years, the most common types of disputes relating to fundamental rights deal with:

- (i) The procedural rights or the rights related to the exercise of the judicial function: guarantees of defense in criminal proceedings, the right of access to justice, the right to an effective judicial protection, the right to a timely decision.
- (ii) The right to reputation or image, as opposed to freedom of speech, freedom of information and freedom of press.
- (iii) The right to privacy (as well as the right to protection of personal data and to confidentiality of communications), as opposed to the use of new technologies (video surveillance, remote control), especially in labour relations.
- (iv) The right to health, housing and quality of life, as opposed to private property and private initiative.
- (v) The right to choose an occupation and to equal access to public service, as opposed to the right of self-organization of certain regulated professions and to the rules of recruitment in the Public Administration.
- (vi) The principles of equal treatment, proportionality and protection of confidence (which are part of the fundamental rights constitutional regime) as opposed to some legal changes with restrictive effects on pensions and civil servants salaries

16.1.5 Legal Limitations and the Scope of Protection

Courts and scholars admit the existence of different categories of limitations on fundamental rights. However, terminological and conceptual differences make it difficult to build a consensual framework in relation to these very delicate matters.

On the other hand, a main focus of discussion subsists, namely whether and to what extent the theory of limits of fundamental rights must be restricted to ‘Rights, Freedoms and Guarantees’ or extended to the category of ‘Economic, Social and Cultural Rights’ (see above).

Having in mind these precautions, it seems necessary to distinguish between the limits of contents of each fundamental right and the limits to its exercise. Limits of contents deal with the goods or actions that are protected and with the level and extent of this protection. As for the limits to exercise, they concern the exclusion or compression of some forms of exercising those rights, whether in general or only in certain contexts.

Limits of contents of a fundamental right are first of all a consequence of its inclusion in a given system of principles and constitutional standards, covering different matters. In addition, those limits may arise from the necessary coexistence with other fundamental rights in a specific context. The legislator may also impose restrictions to the contents of a fundamental right through ordinary laws, proved that a constitutional authorization, express or implied, to that effect exists.

These ordinary laws that restrict fundamental rights are submitted to some exigent requirements, related to their aim of protecting constitutional principles and values (they may not exceed what is necessary to achieve that objective), to their general and abstract effects and to their non-retroactivity. Besides, any law introducing restrictions to a given fundamental right must respect the essential content of that right.

In turn, limitations to the exercise of fundamental rights may be grounded on the principles of the Constitution or even on the generic standard of Article 29, n. 2 of UDHR, as this is part of the Portuguese constitutional order.

There is no consensus to what extent constitutional requirements set forth for ordinary laws restricting fundamental rights (see above) apply to other interventions affecting those rights. It should be noted, on the other hand, that Article 29 of UDHR have its own list of requirements.

16.1.6 Control of Conformity of Legislation and Jurisprudence

There is a judicial control of conformity of public actions to fundamental rights, in general terms. However, we must bear in mind that the consequences and forms of reaction against the violation of the norms establishing fundamental rights may differ a lot and only a brief analysis is possible in the context of this survey.

As fundamental rights bind private persons too, it may happen that a violation occurs as the result of conducts regulated by private law. In such cases, judicial remedies are the same available against violations of ordinary rights. With some exceptions, jurisdiction lies with ordinary courts.

The violations of fundamental rights by public authorities are given a different treatment according to the legal nature of their acts, namely (i) individual acts (including omissions of such acts), like judicial decisions or administrative acts; or

(ii) legal rules (including omissions of such rules), associated or not with individual acts.

The general remedies against violations of fundamental rights by unconstitutional judgments are the appeals to higher courts. It is also possible a claim for damages against the State, but the procedure related to this remedy is very restrictive (probably too restrictive: some authors raise serious doubts concerning its constitutionality). In short, there are no specific mechanisms of protection against the violation of fundamental rights by judicial decisions.

There are also no specific remedies against administrative conducts, including contracts. These infringements to fundamental rights (directly or indirectly, through actions or omissions) are treated in general like any other case of illegality of administrative acts, opening the common procedures of reaction through the administrative courts.

Legal rules violating fundamental rights may be submitted to the control procedures set forth to ensure the constitutionality of legislative acts. A violation of fundamental rights means, in general, a violation of constitutional norms and principles by ordinary rules and the procedures to challenge that infringement do not differ from those available in cases of unconstitutionality.

Given the constitutional norm that prohibits courts of applying ordinary rules disrespecting the Constitution, the question of constitutionality of ordinary rules relevant to the decision of the case should be raised by the judge *ex officio*. Whether the judge deems the ordinary rule unconstitutional and refuses to apply it or considers it valid and applicable, this preliminary decision on the question of constitutionality is subject to appeal to the Constitutional Court (immediately or only after the exhaustion of ordinary appeals, as appropriate). The judgement of this appeal is restricted to the question of constitutionality, never entering the main issue, which should be judged by the ordinary court, obviously in accordance to the decision of the Constitutional Court. The effects of the judgment of the Constitutional Court are limited to the case.

Portuguese law doesn't include any remedy similar to the Spanish *recurso amparo* or the German *Verfassungsbeschwerde*.

The question of constitutionality of an ordinary rule – namely for violation of a constitutional provision on fundamental rights – may also be submitted to the Constitutional Court as an independent issue, apart from any judicial case. If the Constitutional Court declares the ordinary rule to be unconstitutional, this decision has general binding force and retroactive effects. Nevertheless, the opening of this procedure of abstract constitutional review is reserved for a limited number of high rank public authorities.

16.1.7 Independent and Autonomous Control Bodies

Pursuant the constitutional rule that requires them not to enforce any ordinary standard disrespecting the Constitution, all courts have jurisdiction over constitutionality issues, within the framework of the case they are judging. They are therefore

empowered to perform an incidental review of the constitutionality of the rules that are relevant to the trial. This review is in general requested by the parties, but it is nevertheless an *ex officio* prerogative.

Whether the decision is in favour of unconstitutionality or not, it may be challenged before the Constitutional Court. When the judge deems the ordinary rule unconstitutional, the appeal to the Constitutional Court is immediate; in the opposite case, it must wait for the exhaustion of ordinary appeals (see above). The appellants are the parties in the case and the public prosecutor.

In Portuguese law, the Constitutional Court is a judicial body, with all the guarantees of a common court. The final decision on constitutional issues appertains to it.

Following three appeals decided in the same sense of unconstitutionality, one of its judges or public prosecutor may require the Court to declare the unconstitutionality of that rule with general binding force. This declaration, which evicts the rule from the legal order, has in most cases retroactive effects.

Beyond this function as a last resort instance for appeals on questions of constitutionality, the Constitutional Court may also take decisions with general binding force on the constitutionality of legal rules, independent from any concrete judicial dispute. As said before, these “abstract” procedures may be initiated only by the highest authorities of the State.

The Constitutional Court may also assess the constitutionality of a given law before it is promulgated, as well as the violation of the Constitution by omission of the legislative procedures necessary for the full effectiveness of constitutional norms. These procedures are not open to individuals.

16.2 The Influence of Human Rights and Basic Rights in Contract Law²

16.2.1 Main Principles of Contract Law

The main principles of contract law are the recognition of legal personality for individuals, rights relating to personality, non-discrimination, contractual freedom, good faith, equivalence of benefits and civil liability.

These principles bind and shape the contract law primarily by the use of general clauses that works as contractual freedom limit (Article 405, paragraph 1 of the Civil Code). One such example is the general right of personality (Article 70, paragraph 1 of the Civil Code) that allows the integration of fundamental rights in civil law alongside the principle of legal personality and the right for free development of personality (Article 26, paragraph 1 of the Constitution).

²This part is written by Geraldo Ribeiro.

Another example is the principle of good faith foreseen by a General Clauses in Articles 227, 239, 334, 762, nr 2 of the Civil Code. The interpretation of these general clauses is made in conformity with fundamental rights that bind the contractual freedom and determine the legality of the contracts. There is also the general clause of public policy foreseen in Articles 81, nr 1, 280, nr 2, 281, 334 of the Civil Code and morals Article 280, nr 2, 281, 340, nr 2 of the Civil Code. Within this legal framework is perfectly possible to limit contractual freedom under human rights and fundamental rights by civil law.

16.2.2 Efficacy of Fundamental Rights in Private Relations

Alongside this general admission of the indirect efficacy of fundamental rights in private relations through general clauses and indeterminate legal concepts, it is always safeguarded the possibility of recognizing the direct application of fundamental rights as rights, freedoms and guarantees (Article 18, paragraph 1 of the Constitution) or as analogous to this category (under Article 16 of the Constitution) by horizontal effect. These rights are under the Article 24 and following of the Constitution and also the rights (most of them similar) provided in the texts of international law, like the Universal Declaration of Human Rights and the European Convention on Human Rights includes both (Article 16 of the Constitution).

In the majority of cases, fundamental rights are mediated by general clauses, except in situations where the contractual legal relationship presupposes a relationship of subordination or one of the parties is protected by law. In this type of contracts it is understood that one of the parties is weaker and because of that, it is most likely to invoke directly the fundamental rights and its horizontal effect. As an example of these contracts we have the lease contracts, consumer contracts and employment contracts.

16.2.3 Case Law: Contract Law and Fundamental Rights

One example was decision of the Supreme Court of Justice (18/12/2012, Proc. no. 9035/03.TVLSB.L1.S1) that has stated that a football player, as a worker, is only limited in his freedom of choosing the club where he wants to play, if he has gave prior consent.

Somewhat controversial have been the decisions of the high courts in terms of fixing the boundaries of the employee's Privacy Rights. In the decision of Oporto's Court of Appeal (26/06/2006, Proc. no. 0610399) it is stated that the employer doesn't violate the privacy if he have read a message send from an employee to another through a professional email address that he or other employees could access. The Supreme Court, in another case, (05/07/2007, Proc. no. 07S043) decided that the personal messages exchange by email are still personal even though there

are professional references in them. The right of privacy has a larger scope than the rights mentioned in Article 16.º, nr 2 of the Labour Code and the messages received and sent by a professional email doesn't allow the employer to read them. Alongside this position, the Lisbon's Court of Appeal (07/03/2012, Proc. no. 24163/09.0T2SNT. L1-4) stated that the privacy of the messages results on the nature and matter and not if the email has a professional address or if the messages are store on the employer computers server.

In terms of video surveillance the courts are unanimous to recognize the right of the employee not to be object of a continuum and permanent surveillance in the working place. However the employer may use the means of remote surveillance when it has as strict purpose of protecting persons and property. It is being understood, however, that this possibility is limited to open and public spaces or areas where strange personal can access as long there is a reasonable risk of crimes against persons or property (*inter alia* the Supreme Court's decisions 08/02/2006, Proc. no. 05S3139 and 22/05/2007, Proc. no. 07S054).

In the cases of lease contracts there was a recent discussion about the transfer of legal position of the tenant by death and it's restriction by Law nr 6/2006. The Constitutional Court (Decision nº 1030/09) has decided that the restriction of the cases where is possible the legal transfer doesn't violate the principle of non-discrimination (Article 13.º, nr 1 of the Constitution). Alongside with this decision is the case of Oporto's Court of Appeal (25/10/2012, Proc. no. 457/08.1TMSNT. L2-6).

With regard to consumer's contract, it appears that the vast legislative's production, much by the transposition of community directives, protects directly the fundamental rights, making unnecessary to seek protection by means of horizontal effect. Still it is assured the protection by this effect, partly because, according to the majority of writers, the right to protection of health and safety and the right of redress consumer (Article 60) are analogous to the rights, freedoms and guarantees. Yet in consumer's contract, has been identified in a comparative study, the importance of the interpretation of private law in accordance to Constitution and the theory of horizontal effect of fundamental rights in private relations to correct the terms and effects of exclusion or limitation liability's clause in contracts.

There is a famous decision taken by the Constitutional Court (Decision no. 153/90) where it stated that the limitation of liability cannot deprive the consumer's legal guarantee of reimbursement of damages causes by defaulting debtor's conduct. The reason is that such practice makes it rendered meaningless the right to see repaired the damage suffered (Article 60.º nr 1 (ex 110.º nr 1) of the Constitution). Likewise see the Constitutional Court Decision no. 650/04.

In respect to public utility contracts the Constitutional Court declared the unconstitutionality of an ordinance that allowed the cutting water supply with the consumer's default. For the Court it is understood that the values associated with access to water consumption doesn't allow, for a consumer that regularly complies with his obligations, the threat of cutting the water supply. Such a provision violates, in the opinion of the court, the right to protection of health, housing, the environment and quality of life (Articles 64, 65 and 66 of the Constitution).

The Supreme Court (26/09/2013, Proc. no. 15/10.7TJLSB.L1.S1), deciding on life insurances contract, has stated that is not possible to oblige the insurance beneficiary to join elements protected by the right to private life, including medical report, which should include clinical elements that caused the death. Especially when in all contracts in which there is such contractual clause there is another that authorizes the insurer's doctor to get them.

With respect to the protection of weaker party, this is done directly by special regulation, as it is done in consumers and workers contracts. That means, like we have said, there is no special provision for protection of such type of party. However the relevance and operation of the principle of good faith in civil law, in particular Articles 229, 334 and 762, nr 2 of the Civil Code provides that the contractual provisions may be null and void if it harms the relevant interests or rights in the contract. As examples of mandatory rules that protects fundamental rights we have Articles 18, 19 and 21, 22 General Contractual Clauses Act (Decree-Law No. 446/85 of 25 October last change through Decree-Law No. 323/2001 of 17 December)) and others that affect the burden of proof and rules relating to the formation and interpretation of contracts (Articles 4, 5, 6 11 Law of General Contractual Terms). Another important Law is the Consumer Protection (Law No. 24/96, of July 31, which was last amended was approved by Law No. 10/2013, of 28 January) that establishes mandatory rules for consumer protection (Article 16) and recognize consumer rights, including the protection of the health and physical safety (Articles 3 al. b) and 5), as well as access to judicial protection like inhibitory actions (Article 10) and tort (Article 12).

There is also a general rule to correct the contract in the Civil Code (Article 437) that allows the correction *ex post* of imbalance generated by exterior circumstances to the contract (*rebus sic stantibus* clause). The party affected by the imbalance of contractual or statutory distribution of risk has the legal power to adapt or terminate the contract. Likewise it should be noted the possibility of termination or modification of contracts when a party obtains unreasonably benefits exploiting the counterparts' state of necessity (Article 282).

16.2.4 Modern Trends in Contract Law

The general trends of legislation have been, since the approved Constitution of 1976, to prohibitive or limit the contractual freedom by legal regulation in areas where the economic relations by the parties are not equal. This was the way for the legislator to safeguard fundamental rights also accompanied by the growing importance of injunctions and the intervention of regulatory authorities in private matters, such as the Insurance Institute of Portugal and the National Commission for Data Protection. The statement of data protection in the private sector has found a broad field of development, but not finding specific mounts regarding protection requirements applicable to public entities (e.g. relating to collection, storage and access to data held in servers).

Under the principle of equality and non-discrimination it has been the legislation to gradually eliminate those requirements that could *prima facie* be regarded as discriminatory: marital status (recognition by the Union De Facto) and sexual orientation (the recognition of marriage between same-sex partners).

But there are still differences: it may be suggested, on the one hand, there are personal spheres under private law in which the degree of requirement for compliance with the principle of non-discrimination is less binding than it is in public law, such that the weighting overhangs in favour of the rationale for differentiating behaviour (e.g. a lease contract where the owner, that also lives in the house object of the lease, only pretends to rent to people of his gender to feel more comfortable). On the other hand, the principle of non-discrimination also has specific relief in private law with regard to the issue of genetic identity through the provision of mandatory rules in order to avoid discrimination. Thus results in the sphere of information and genetic testing (Law No. 12/2005 of 26 January on personal genetic information and health information) or even the exercise of self-determination prohibiting any discrimination under an insurance contract (Article 10 of Law No. 25/2012 of July 16 on Living Wills).

Finally, there are areas in which the private law cannot affirm an unequivocal relief of the principle of equality and non-discrimination. This is the case under the treatment of joint debtors where voluntary payment or enforcement procedure, or even in the case of personal guarantees given by family members. In none of these situations there are specific rules ensuring equal treatment of debtors.

16.2.5 Influence of International and European Law

In terms of the international courts' importance, it must be pointed out that the European Court of Human Rights case law has helped shape the law of contracts in Portuguese, albeit indirectly, mainly by the relevance that Article 8 paragraph 1 of the Convention ("everyone has the right to private and family life, his home and his correspondence"). As regarding the influence of European Union law in contract law it is undeniable. Consumer protection and related legislation has been approved following the very advances of European law. One example is the transposition, among others, of the Directive 2011/83 on Consumer Rights by Decree-Law No. 24/2014 of 14 February. The general trend of legislation has been avoiding by prohibition or limitation of contractual freedom the violation of fundamental rights. Alongside this there is the growing importance of injunctions and the intervention of regulatory authorities in private matters, as we already said.

16.3 The Influence of Human Rights and Basic Rights in Tort Law³

16.3.1 General Principles of Portuguese Tort Law

Portugal is a member of the Continental legal family, with roots stemming both from the French legal tradition and from the German legal tradition. In fact, it is a “mixed system” within the Civil Law family, with a structure that is very similar to the German BGB, but with several solutions and rules that derive from the French legislation of 1804.

The first Portuguese Civil Code (CC) of 1867 is a product of the movement of Codification and was also influenced by *L'école de l'Exégèse*. It has been written almost exclusively by the hand of Prof. Seabra, who was influenced by the *Code Napoleon*, despite other Codifications have also been studied and taken into consideration, especially the *Allgemeines Landrecht* (Prussia), the *ABGB* (Austria) and the *Sardinian Civil Code*.

In 1966, the new *Código Civil* was enacted. Zweigert and Kötz (1998, 108) comment that this Code “*is remarkable for the intelligent attention it pays to foreign legislation – especially German, Swiss, and Italian – to the point where one may wonder whether Portuguese private law ought still to be included in the Romanistic legal family.*” In fact, the Pandectistic divisions of the BGB and much of its conceptual apparatus were strictly followed. The Code is divided into five books: Book I – General part, Book II – Law of Obligations, Book III – Property Law and other rights *in rem*, Book IV – Family Law and Book V – Law of Successions.

Portuguese tort law is divided in three sets of norms. The first one is presented on Articles 483–510 concerning extra-contractual liability. Another set of rules is to be found in Articles 562–572 (obligation to compensate), because these rules are common to tort and contract liability.⁴ Thirdly, norms regulating defences are to be found in Articles 334 ff., especially: Article 336 (self-help), Article 337 (self-defence), Article 339 (necessity) and Article 340 (consent).

The Portuguese Civil Code concentrates the *General Principle* (Article 483) on the individual person, who acts with fault and causes damage to another. Strict liability, liability for dangerous activities and liability for auxiliary are seen as a deviance from the main rule. Article 483 (2) confirms this idea by stating: There is an obligation to pay compensation independently of fault only where specified by law.

³This part is written by André Dias Pereira.

⁴The main differences between contractual liability and non-contractual liability in Portuguese law are the following: (1) The debtor is presumed to have acted in fault in case of non-performance or defective performance of a contractual duty (Article 799 (1)); (2) Limitation period in tort law is 3 years (Article 497) and 20 years in contract (Article 309). The *cumul* of contractual and extra-contractual liability (“*Anspruchsnormen-konkurrenz*”) is accepted by literature and case law, and plays an important role in cases of medical liability and transport liability. Case law accepts that non-pecuniary damages may be compensated under contract law.

Fault liability is the Principle and strict liability is an exception. Neither analogical application, nor a general clause is accepted.

Concerning the concept of wrongfulness there are different European traditions. Portuguese tort law can be considered as following a ‘middle road’. It follows the recent tendency to avoid a general and virtually unlimited scope of the French Code Civil, as well as the overly compartmentalized model of the BGB and the piecemeal approach of the English law of torts. For the Portuguese CC, wrongfulness is a basic concept in tort law. Article 483 (1) enounces two types of wrongfulness: (1) violation of ‘rights of another’ (*erga omnes* rights) and (2) violation of legal provision intended to protect the interests of others (‘protective norms’). (3) Moreover, the Literature agrees there is a third type of wrongful behaviour: intentional damage *contra bonos mores* that is to be found in Article 334 – *Abuse of a right*.

Concerning the protection of ‘rights of another’, one shall stretch the Chapter concerning personality rights: Articles 70–81. We can find specific personality rights, like name; honour, reputation and credit; image; privacy and publication of ones picture or private letters in Articles 72–80 CC, and many other recent personality rights like protection of genetic data, confidentiality of medical data, the right not to know, etc. in other legal sources such as the Constitution, Penal Code, International Conventions and Case law. The remedies are not only *damages*, but also *restoration in kind* an *injunctive relief* (Article 70 (2)).⁵

16.3.2 *The Right to Privacy in Balance with the Freedom of Expression*

Among the vast case law concerning the *right to privacy* and its dialectic relationship with the *freedom of expression* (Matos 2011), we can present the following cases.

The decisions of the Supreme Court of Justice, 14 February 2002 [CJ-STJ, X, T-I (2002), 92] and Supreme Court of Justice, 14 May 2002 [CJ-STJ, X, T-II (2002), 63] deal with *defamation by the press and the right to good name*. In both cases the court condemned the wrongdoers to pay compensation to the victim for their abuse of freedom of press and the violation of privacy, good name and honour of the persons involved. In accordance with Article 484 of the Civil Code (“offence to credit or good name”), “whoever affirms or disseminates a fact capable of harming the credit or good name of any person, private individual or legal person, is responsible for the damage caused.” ‘Good name’ is protected as a personality right. Some authors and court decisions (Supreme Court, 3-10-1995, Boletim do Ministério da Justiça, 450, 424) have also understood that the affirmation or dissemination of true facts gives rise to liability (if it does not correspond to the exercise of a right or to

⁵ Article 829-A regulates a private pecuniary sanction for every day or every event the tortfeasor breaches his duties. This is similar to the French ‘*Astreinte*’ and it can be very important for avoiding continuous violation of personality rights.

the fulfilment of a duty). Indeed, Article 484 makes no reference to the non-truthful nature of the facts. But this orientation is not certain. Moreover, the Penal Code [Article 180 (and 183 – if the crime is committed by the *media*)] punishes the defamation even if the facts are true. The only defence of the author is to prove there are ‘legitimate interests’ and the facts are coming from a veritable source and can be reasonably held as true.

In Portugal the media normally respects privacy and honour of ordinary people as well as VIP’s and Courts do not hesitate to condemn the wrongdoers when they violate the law. Following the ‘continental culture’, the politicians are a little bit more exposed in affairs concerning patrimonial advantages and social influences in their conduct, but not on their private or sexual life.

Article 26 (1) of the Constitution establishes the protection of private and family life and number 2 of the same Article states that legislation will set forth adequate guarantees against the abusive use or a use that collides with human dignity of information regarding persons and families. Moreover, the Constitution contains specific reference to the right honour and reputation and the personal right to one’s image, in Article 26/1 of the Constitution.

In Civil law, Article 80 of the Civil Code also reflects the two traditional dimensions of this right, designed both as to prevent others from interfering with private life and to prohibit the diffusion of information about private and family life. Articles 75–78 of the Civil Code, refer to professional secrecy and to the protection of correspondence, and are also a relevant development in this field, as their violation triggers civil responsibility and the correspondent duty to compensate, in pecuniary and moral terms, the victims.

The Supreme Court of Justice decision of 12 September 2006 deals with the problem of defamation and the right to honour of a politician. The Supreme Court of Justice explained that the right to good name and reputation and the right to honour are protected by the Constitution as well as by the Civil Code. In fact, there is a special provision (Article 484) that protects these rights. Although a politician may have the right to reputation less protected than an ordinary citizen, there are limits that have been overruled in this situation. Therefore, the Supreme Court considered the compensation of €7.500 as fair and adequate. This case shows that according to Portuguese case law, also politicians have the right to good name and reputation and that the rights to free speech and critic, crucial in a democratic society, have limits. A direct offence to the honor of a person, as was the case, is a wrongful act and the tortfeasor is liable for damages.

However, the European Court on Human Rights condemned the Portuguese State for violation of Article 10 of the Convention (freedom of speech), in the decision of 23 January 2007 *Almeida Azevedo vs. Portugal*.

The Supreme Court of Justice decision of 14 January 2010 awarded compensation to the plaintiffs, a famous person and two brothers. A boulevard newspaper published some alleged facts concerning inheritance law and intense discussions within the family. The Supreme Court stated that public figures also have the right to privacy, and a news without any public interest that was damaging the honour and

reputation of the plaintiff was wrongful and awarded compensation of 30.000€ for the first plaintiff; €15.000 for the second plaintiff and €5.000 for the third plaintiff.

By the same token, the Supreme Court of Justice decision of 25 March 2010 condemned the journalist and the newspaper to pay compensation to the plaintiff. The claimant was Minister at that time, and according to the news he was involved in a drug dealer network. There was no evidence of such involvement and the investigation and publication of the news did not match the required standard of care of the journalism. The court stated that the publication of a false fact, such as association with traffic of drugs concerning someone who by profession is committed with the criminal investigation (the plaintiff was previously Public Prosecutor) and at the time of the publication was directing the policy activity (he was Minister of the Interior) is especially serious! The amount of compensation awarded was €30.000.

16.3.3 The Right to Non-pecuniary Damages, and the Influence of Human Rights and Basic Rights in the Scope of Eligible Non-pecuniary Damages

In order to understand the Portuguese CC in the matter of non-pecuniary damages, we should distinguish between: (a) non-pecuniary damage in general; (b) personal injury (including injury to his liberty or other personality rights); (c) non-pecuniary damage suffered by persons having a close relationship with a victim suffering a fatal injury and (d) non-pecuniary damage suffered by persons having a close relationship with a victim suffering a very serious non-fatal injury.

- (a) *Non-pecuniary damage in general is regulated in Article 496 CC, which states: “For the determination of compensation, regard must be had to non-pecuniary damage which, due to its seriousness, deserves protection of the law.” Thus, the legislator left to the courts the decision on what “deserves the protection of the law”. The norm under analysis does not exclude the possibility of awarding non-pecuniary damage in case for the destruction of a pet or a thing (for example: a family treasure or souvenir), but Portuguese case law has been very conscious and careful on deciding what “deserves the protection of the law”. On the other hand, case law accepts that non-pecuniary damage may be compensated also in the field of contractual liability.*

The criteria to determine the amount of non-pecuniary damages are in Article 496 (3) and Article 494: “degree of fault, the economic situation of both the defendant and the victim and other circumstances of the case.” Paragraph (3) prescribes that “in assessing damages (..) similar sums should be awarded for objectively similar losses.” This derives from the principle of equality (Article 13 of the Portuguese Constitution) and case law normally justifies the amount awarded by reference to previous case law.

Moreover, there is the possibility for *ad hoc reduction* of compensation (Article 494): “Where liability is based on mere fault, compensation may be

fixed equitably to an amount *lower* than that corresponding to the damage caused, provided that the degree of fault of the wrongdoer, the financial situation of the wrongdoer and of the injured party as well as the other circumstances of the case so justify.” In case of negligence the court might decide the defendant is not liable for full compensation. The degree of fault, the economic situation of both the defendant and the victim and other circumstances of the case are the criteria the Court shall take into consideration.

- (b) *Personal injury (including injury to his liberty or other personality rights)* has been playing a very important role in this field. In the absence of a limitative enumeration of protected rights in the general provision of Article 483 (1) CC, nor in Article 496, Portuguese courts have included personality rights in the scope of protection of tortious liability rules and award compensation for non-pecuniary damage when those rights are violated. For the past 20 years there has been an increasing study and implementation of tort liability for the violation of personality rights in Portugal, including the right to life, namely to compensate the death; the right to a good environment; the right to health, to rest and to tranquillity; and the reinforcement of right to honour, reputation and credit, mostly by offences perpetrated by the mass media. More recently the right to compensation after bodily injury in cases of traffic accidents as well as medical liability are of utmost importance.
- (c) *Non-pecuniary damage suffered by persons having a close relationship with a victim suffering a fatal injury.* Compensation for wrongful death will be briefly explained.

Article 496 stated as follows, until August 2010: 1. *For the assessment of compensation, regard must be had to serious non-pecuniary damage, which therefore deserves the protection of the law.* 2. *Where a victim dies, the right to compensation for non-pecuniary damage shall be available, jointly, to a spouse who is not legally separated from the persons and assets and to the children or other descendants; failing the latter, to the parents or other ascendants; and, finally, to the brothers and sisters or nephews and nieces representing them.* 3. *The amount of compensation shall be fixed equitably by the court, having regard in any event to the circumstances mentioned in Article 494; in the event of death, regard may be taken not only of non-pecuniary damage suffered by the victim but also of such damage suffered by the persons entitled to compensation by virtue of the previous paragraphs.*

Therefore, concerning non-pecuniary damage, in case of death, three (possible) losses shall be compensated: (1) “Loss of life” of the victim; (2) Damage suffered by the victim before dying; and (3) Damage suffered by the relatives.

Only *close relatives* referred to in the norm may receive compensation for their own non-pecuniary damage, as well as – by inheritance – compensation for the “loss of life” of the deceased. In principle, the ‘moral’ damage of those relatives should be proved. However, courts tend to facilitate that proof and even *presume* that the surviving spouse and the children do suffer for the loss of the deceased. However, when especially emotional relationships (between the deceased and relatives) are proven, the amount of damages tends to be higher. There is no need to

present a psychiatric report or any kind of medical examination in order to prove the suffering of the surviving relatives.

There is some debate in the literature concerning the amount of damages that shall be awarded in case of death (in respect to the specific “*dano da morte*”).

Some authors state it should be equal for everyone (arguing with the constitutional principle of equality); others claim general rules of assessing damage should apply. The Supreme Court of Justice decided on 25 January 2002 (269/09.5GBP.NF. P1.S1) that, when establishing the amount of damages for loss of life, *the concrete circumstances of the life of the deceased person are relevant*. The fact that the victim was 24 years old “with a long life expectancy and a promising future in front of her” was taken into consideration.⁶ This varies from €50.000 to €70.000. The damage of affection of the relatives varies from €5.000 to €35.000 (e.g. death of a young child)

16.3.4 *Wrongful Death and Unmarried Couples (De facto Union)*

A non-married partner’s right to compensation in case of death of the partner has been an issue of vivid debate in Portuguese Case Law.

In order to present the Portuguese situation concerning wrongful death and unmarried partners (de facto union),⁷ three steps will be presented: the Constitutional Court decision of 2002; the Supreme Court of Justice decision of 2003 and the Law of 2010.

The Constitutional Court Decision no. 275/2002 dealt with the following case (in DR, II, 24 July 2002; see also Pereira (2003, 346)). A was condemned as author of a murder of X and sentenced to 12 years in prison. He was also held liable for the payment of a compensation of €150.000 to the children and the partner of the victim. This amount included *pecuniary damages* (€70.000) and *non-pecuniary damages*: €40.000 for his own damage of “loss of life” (*dano da morte*), and €15.000 for the non-pecuniary damages of each *child*. According to the decision, *the partner had no right to receive compensation for her own pain and suffering* caused by the death of her partner. In fact, at that time, Article 496 of the Civil Code only protected the *spouses, descendants and other relatives* and the Supreme Court of Justice (Decision of 7/12/2000) did not award her any damages. This decision was in line with the traditional jurisprudence that did not concede any compensation to a partner

⁶Similarly, Supreme Court of Justice decision of 11 December 2008 (08B2935).

⁷De facto union or unmarried partnership is only protected by law after the existence of a relationship akin to marriage which has subsisted for two years and the legal protection is still different from marriage, especially since there are no inheritance rights, no personal duties and no system of acquisition of goods and liability for debts. There is no registration on the process. Rights can be claimed after a couple lives together for two years. An application of joint tax assessment can be made to prove the union but it is not required.

in a *de facto* union. Thereinafter she appealed to the Constitutional Court alleging the unconstitutionality of that norm (Article 496 (2) and (3) of the Civil Code).

The Constitutional Court decided that this norm is unconstitutional, since it violates Article 36 (1) (*family*) of the Portuguese Constitution and the *principle of proportionality* (Article 18), as it excludes the right to receive non-pecuniary compensation for the damages suffered by a person who lives in a stable and durable partnership, in similar conditions to a matrimonial relationship.

Article 36/1 of our Constitution establishes the *right to found a family* and the *right to marry*.⁸ On the other hand, Portuguese law offers protection to *non-married couples*. Law 7/2001, of 11 May, gives some legal protection to *heterosexual*, as well as *homosexual* partnerships, for people who have been living of the family home, in case of death or separation. But there is no protection in the field of succession law (Coelho and Oliveira 2001, 83 and ff).⁹

This decision of the Constitutional Court was extremely important in the direction of recognizing some rights to unmarried couples. The Constitutional Court considered Article 496 unconstitutional, since Article 36 of the Constitution protects *all kinds of families*. The Civil Code should not exclude partners from the right to be compensated for non-pecuniary damages for the death of the other.

However, the decision of the Constitutional Court was not followed by the Supreme Court. The decision of the Supreme Court of Justice of 4 November 2003 (CJ-STJ (2003), III, 133–136) concerned the following facts: in a collision of vehicles A died in an accident caused by B. She had lived for 5 years with the plaintiff and they had two children. The courts ordered the insurance company of the tortfeasor to pay damages to her *children*, but not to the partner. In this case, the Supreme Court did not consider this norm to be unconstitutional and did not award the *de facto* husband any compensation. Although the Constitutional Court had considered the aforementioned norm as unconstitutional the previous year, the Supreme Court defended that the judgment of such case by the Constitutional Court was dramatically conditioned by the *intentional murder* that had happened in such case. Furthermore, the Supreme Court held that the legislator might establish distinctions between *legal* and *de facto* family, therefore literal interpretation of the norm in question (Article 496 (2) and (3)) prevailed.

The Supreme Court was not obliged to follow the before mentioned decision of the Constitutional Court, because it was a *mere* concrete analysis of constitutionality. Only if the Constitutional Court considers a given norm as unconstitutional in

⁸Similarly the *Charter of Fundamental Rights of the European Union* also declares the “rights to marry and the right to found a family”. As the Constitutional Court observed, this formulation is generally interpreted as protecting both marriage and other forms of relationship (vg, *de facto* cohabitation).

⁹A different Act, Law 6/2001, 11 May, protects – although with fewer legal effects – those people who share a home and a domestic economy but do not necessarily have sexual relations: mere friends or homosexuals who do not wish to overtly publicise their relation.

three concrete cases, than that unconstitutionality will acquire *general and abstract value*.¹⁰

Finally, Law no. 23/2010, of 30 August 2010, solved the matter. The issue of compensation for pain and suffering the partner after a wrongful death of the other partner was debated in the Literature and Case law during the last decade, with disparate decisions in lower courts. In August 2010, the legislator amended the Act on *de facto union* (unmarried couples) and changed Article 496, concerning non-pecuniary damage. Number 3 was added to Article 496, stating:¹¹

3. If the victim was living in a *de facto union*, the right to compensation provided in the previous paragraph shall be available in the first place to the person that lived with the victim together with the children and other descendants.

Therefore it is now clear in Portuguese law that the partner in a *de facto union* has right to compensation in case of wrongful death of the partner. The partner has thus a legal protection as generous as the spouse, in this respect.

Portuguese society is changing very rapidly. These changes are evident in the field of Family Law. In a short period of 11 years we had the legal recognition of the *de facto union* (in 1999) to a broader protection of this social (and legal) relationship.¹²

Several European systems grant damages for the mental suffering consequent on the death of persons closely linked to the deceased and without any requirement that there be a medically recognized illness. In the last decade some groups of academics have developed very important studies of comparative law, with the aim of creating the common framework in European Civil law, namely in the field of tort law. Among these groups the *European Group on Tort Law* and the *Study Group on a European Civil Code* reached very impressive scientific results, notably in field of law of damage. The proposals of these groups accept compensation for non-married couples. Several European legal systems and modern proposals of legislation accept that in case of wrongful death, close members of the family, including the new families (which derive from *civil partnership*), deserve the right to be compensated for non-pecuniary loss. The evolution of the compensation for non-married couples shows clearly that influence of *fundamental rights in private law* may provide new and fairer solutions.

¹⁰Article 281 (3) Constitution: “The Constitutional Court also has jurisdiction to review and give generally binding rulings on the unconstitutionality or illegality of a legal rule, the application of which it has held to be unconstitutional or illegal in three appeals.”

¹¹Previous no. 3 became no. 4.

¹²*De facto union* was introduced for opposite-sex couples in 1 July 1999 and extended to same-sex couples by the Act of 11 May 2001 and, since 5 June 2010, Portugal also recognizes same-sex marriage, with *de facto unions* remaining as an alternative to couples (same-sex or opposite-sex) who do not wish to marry.

16.3.5 *Non-pecuniary Damage Suffered by Persons Having a Close Relationship with a Victim Suffering a Very Serious Non-fatal Injury*

In case of serious non-fatal injury, non-pecuniary damage suffered by third parties (even close relatives) is normally *not* compensated by Portuguese courts, except in the aforementioned case of death. However, recently we can find some decisions that accept what the French doctrine calls “*dommage par ricochet*”.

In the first case (Oporto Court of Appeal decision of 29 June 2003), due to a car accident Mr. X suffered several injuries, including impotence. The plaintiff, his wife, sued the insurance company of the tortfeasor claiming *compensation for her non-pecuniary damage (consisting on being unable to have sexual intercourse with her husband)*. The Court considered that this is a *direct* damage, since the wedding contract creates the mutual *duty of cohabitation* (Article 1672 Civil Code), including having a *regular sexual life*, which is now impossible. The wedding creates also the *duty of fidelity* (Article 1672 CC). Moreover, at the time of the accident, the wife could still be biologically a mother, which means that another “right” was affected (Article 68 of the Constitution: protection of motherhood). In short, the court considered that there is a *right to marital sexual life* according to the norms of family law and the general personality right (Article 70 CC), and ordered the insurance company to pay compensation for non-pecuniary damage of the ‘injured’ woman.

The Supreme Court of Justice decision of 26 May 2010 (CJ-STJ, II) accepted compensation for non-pecuniary damage of third person, namely for *sexual harm of the spouse of the primary victim*. After a traffic accident where vehicles collided, A was severely injured. A, born on 6 December 1972, was in a coma for 8 days, underwent three dramatic operations, was in hospital for 4 months and had to be treated many other times in hospital. As a consequence, A experiences severe pain, absolute and permanent impotence, incontinence, scars, loss of mobility, depression and must take necessary medication.

A’s wife, B, born on 2 November 1976, also claims compensation for non-pecuniary damage arising from witnessing the pain and suffering of her husband, from being unable to have normal sexual relations with him, from being unable to have more children with her husband by natural methods and for all the anxiety and distress she experiences. The court of first instance awarded compensation of € 98,674 in pecuniary damage and € 150,000 for the non-pecuniary damage of the husband plus € 20,000 for the non-pecuniary damage of the wife. The Court of Appeal of Guimaraes awarded the following compensation: € 54,981 pecuniary damage (considering that an insurance company had already paid as incapacity to work the amount of € 85,018); non-pecuniary damages of € 200,000 to A and for his wife € 50,000.

Concerning the damage of the husband, the Supreme Court awarded a higher compensation for pecuniary loss, € 153,674 and upheld the compensation amount of € 200.000 for non-pecuniary loss. Concerning A’s wife, B, it was claimed that she also suffered non-pecuniary harm from the accident. The Supreme Court of Justice

quoted several authors and case law that decided in favour of compensation of relatives in case of severe harm caused to a loved one. In the case of the married woman,¹³ her sexuality was hindered and sexuality is an integral part of personality; moreover in marriage there is a duty of cohabitation and a duty of fidelity. Somehow – the Supreme Court stated – her loss is even harder than the physical one, since she cannot emotionally exercise her sexuality with her beloved husband who was injured in the accident. Secondly, she cannot have more children with her husband, except using artificial methods, which is also a severe non-pecuniary damage. Thirdly, her husband displays jealous behaviour, which often leads to arguments and discussions. All these facts cause great anxiety, sadness and distress.

Against the traditional case law that only accepted compensation in case of death of a relative (Article 496 (3) Civil Code), the Supreme Court of Justice accepted the compensation awarded by the Court of Appeal of € 50,000. This amount is considered equitable since it is in line with another case from 2005 (Supreme Court of Justice decision of 8 March 2005), where a woman was awarded € 40,000 and in this case she could prove a more painful situation due to the jealous behaviour of her husband.

This case comes in a line of case law whereby the STJ accepts, in extraordinary circumstances, compensation for non-pecuniary harm of third persons, not directly injured by the accident. However, in its justification, the Supreme Court uses two sets of arguments: on the one hand, it quotes several authors and case law that accept compensation of third persons for non-fatal serious damage to a relative.¹⁴ On the other hand, the Supreme Court, quoting the Court of Appeal of Guimaraes, states there is a *direct damage* of the married wife. Another relevant aspect of this case is the extraordinary compensation for non-pecuniary loss of the husband: € 200,000. Without a doubt, there is a development in Portuguese case law in the sense of awarding very significant compensation for very serious physical and moral harm as in this case.

Another set of cases is represented by the Supreme Court of Justice decision of 25 November 1998(BMJ 481, 470), where a *child was severely injured*. The parents claimed compensation for their own non-pecuniary damage. The Supreme Court awarded them compensation, arguing that there is a family law relationship of parental power, which includes “the right to see the young child grow up healthy.”

¹³ See for this specific damage, the decisions of the Court of Appeal of Porto of 26 June 2003 (0333036), Coimbra Court of Appeal of 25 May 2004 (3480/03) and also one decision of the Supreme Court of 8 March 2005 (05A395).

¹⁴ See PETL: Art 10:301. Non-pecuniary damage (1) (...) Non-pecuniary damage can also be the subject of compensation for persons having a close relationship with a victim suffering a fatal or very serious non-fatal injury.

16.3.6 Deviations from the General Principles of Tort Law in Order to Protect Human Rights and Basic Rights

The Law no. 18/2004, of 11 May, providing equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, is an Act of the Parliament that implements into national law Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, which has the purpose of laying down a framework for combating discrimination on the grounds of racial or ethnic origin, with a view to putting into effect in the Member States the principle of equal treatment. In the field of tort law, Article 6 concerning *burden of proof* is relevant, since it states that persons who consider themselves wronged because the principle of equal treatment has not been applied to them have to establish facts from which it may be presumed that there has been direct or indirect discrimination; but it shall be for the defendant to *prove* that there has been no breach of the principle of equal treatment. This regime establishes a '*soft inversion of the burden of the proof*', which is in discrimination claims imposed on the defendant. This is an exception to the general rule on the burden of the proof (Article 340 (1) CC). These norms combined with Article 70 CC (general personality right) are legal ground for tort liability. According to the aforementioned Article 70, individuals may institute legal proceedings to protect themselves against any unlawful interference with their physical or psychological personality. Furthermore, victims are entitled to ask the courts to put a stop to such interference or, where there is a threat of such interference, to prevent it. It is noteworthy to state that the implementation of the anti-discrimination Directives, contrary to some other member-States, caused almost no political or academic debate in Portugal, so that one may say that there is a general agreement on these new regimes. Moreover, Portugal already had an anti-discrimination statute since 1999: *Law 139/99*, of 28 August, which prohibited discrimination in the exercise of rights on grounds race, colour, nationality and ethnic origin, which applied to public and private entities or persons, and Portugal has signed and ratified recently a large number of international legal instruments relating to the fight against racism and intolerance.¹⁵

The Parliament enacted a Statute that prohibits and punishes discrimination concerning *handicapped* and the existence of *aggravated health risks* (Law no. 46/2006, of 28 August (Handicap and aggravated health risks anti-discrimination Statute of Parliament)). The scope of this Statute is to prevent and prohibit direct or indirect discrimination for reasons of handicap or aggravated health risk and to sanction the activities, which infringe fundamental rights or that imply the refusal or limitation of economic, social and cultural rights, by public or private entities. The violation

¹⁵Portugal has ratified *Protocol No. 12 to the European Convention on Human Rights and the Framework Convention for the Protection of National Minorities* by Decree of 25 June 2001 and the *European Charter for the Protection of Regional and Minority Languages*. On 25 August 2001, Portugal has issued a declaration under Article 14 of the *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* recognising the competence of the Committee set up under this Convention to receive and consider communications from individuals.

of the equality principle for reasons of handicap or aggravated health risk of a citizen is a discriminatory act. The Statute enumerates the following examples: refusal of provision of goods or services; refusal or limitation of access or normal exercise of an economic activity; refusal or limitation of a sale or rent agreement, as well as house credit access; refusal or limitation of insurance contracts; refusal or the limitation of using gestual language; refusal or limitation of access to public places or places open for the public; refusal or limitation of access to public transport; refusal or limitation of access to health-care facilities, public or private; refusal or limitation of access to teaching facilities, public or private and measures that would limit access to new technologies. Concerning labour the Statute provides protection against the adoption of criteria which would limit access of handicap people or people with aggravated health risks, as well as the production or diffusion of job offers, which contain any preference related to handicap discrimination. In case of discrimination there is a right to claim damages on tort, for pecuniary and non-pecuniary damage (Article 7). The court shall take into consideration on the evaluation of damage, the degree of wrongfulness, the economical status of the injurer and the personal conditions of the injured. Moreover, in case of condemnation there is a mandatory publication of the court decision in a national newspaper. However, the diffusion of the identity of the injured is dependent on his/her consent.

Law no. 14/2008, 12 March (Sex Discrimination Act) transposes into national law Directive 2004/113/EC, of the Council, of 13 December, implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services. A claim for civil liability in case of gender discrimination is expressly regulated (Article 10): the victim may claim pecuniary and non-pecuniary damages. Non-governmental organizations and other associations have legitimacy to sue for protection of collective interests as well as individual interests of the associated persons. However in case of harassment, only the person concerned has legitimacy to act in court. Article 9 provides a facilitation of the burden of proof of discrimination. In the field of insurance contracts and financial services, Article 6 prohibits a differentiation in the duties of the insured person, due to sex, except if accurate risk assessment based on actuarial data justify it.

16.3.7 Influence of Case Law on Human Rights and Basic Rights of the Regional and International Courts in the Content of the Portuguese Family Law, and General Trends and Solutions in the Case Law and Legislation on Tort Law with Respect to Human Rights and Basic Rights

Arguably the Portuguese legal education in the last 50 years has created a very 'monistic' approach to law in general. By this, we mean not only that International law is integrated into national law by its mere ratification or accession to a Treaty

(Article 8 (2) of the Constitution), but also in the sense that the difference between Public Law and Private Law in the field of fundamental rights and personality rights is more academic, than practical. Therefore, it is very common to argue for a right invoking directly a fundamental right written in the Constitution, or even in an International Treaty, even if we are “only” dealing with a tort law case.

A good example for this can be seen in the Coimbra Court of Appeal, 15 January 2002 [CJ, XXVII, T-I, (2002), 5], where the issues of the *Right to rest – right to respect for his or her private and family life – right to health* were dealt with. The Court invokes Articles 3 and 25 of the Universal Declaration of Human Rights, Article 2 of the European Convention on Human Rights, Articles 25, 64 and 66 of the Portuguese Constitution, Article 70 of the Civil Code, Articles 1, 22 and 44 of the General Act on Environment, all of which protect the right to rest, to the respect for the tranquillity of private and family life and to health that are indispensable and essential aspects of life. However, the Constitution and the law also protect the *right to enterprise* and economic initiative. Therefore, the Court must balance both conflicting rights, according to Article 335 of the Civil Code. In this balance of rights, one can argue that personality rights are more important than the right to economic initiative, but do not impose a complete prohibition of the exercise of that economic activity (running a Pub). Therefore, the Court of Appeal decided: (1) the Pub must close after 10 p.m. and (2) the defendant must compensate the plaintiff for his non-pecuniary damages.

It is interesting to see that a Portuguese Court takes into consideration the international declaration and Conventions on Human Rights and even the *Strasbourg case law*, the Constitution and an Administrative Act in order to solve a civil law problem. Civil law is not only the ‘common’ law; it is also extremely flexible, especially in respect to the sources of law. That’s why in order to characterise and to define a personality right and a conflict of rights one shall take into consideration all the relevant elements of the legal order. This decision offered adequate civil law protection to the “right to respect for his or her private and family life”,¹⁶ applying fundamental rights in private law.¹⁷ The ‘general personality right’ and the reparatory and sanctioning means provided by Article 70 of the Civil Code allow the Court to achieve fair decisions. *Property law*, regulating the ‘relations of vicinity’, also provides a defence against noises derived from neighbour houses (Article 1346^o of the Civil Code).

Another interesting case is the Supreme Court of Justice decision of 6 May 2003, concerning the *Right to a Healthy Environment*. There was *partial* expropriation of a piece of land for a road construction. It was proved that, before the construction of the road, the house was quiet, without any noise or smoke pollution, with good access, good sun exposure, as well as wide and beautiful sights. When the road was constructed, all these amenities faded away, because the viaduct was 40 m high and just 30 m away from the residence.

¹⁶ See Article 7 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

¹⁷ The doctrine of *Drittwirkung* or *horizontal effect* of fundamental rights is prescribed in Article 18 of the Constitution and dominant in Portugal.

The Supreme Court of Justice decided that the *right to a healthy and balanced human environment* (Articles 65 (Housing and Planning) and 66 (Environment and Quality of Life) of the Constitution) was at stake. The Court condemned the expropriation entity to pay compensation for the *whole land*, and not only the expropriated part, since the dwellers had lost all the tranquillity, quality of life and well-being that the residence could offer them.

This is a welcome decision that makes meaningful the right to a human environment also in case of individual-subjective claims. The way to indemnify was not a mere compensation, but rather the obligation to expropriate the whole land.

16.3.8 De Lege Ferenda Suggestions for Changes in Tort Law That Would Reflect the Influence of Human Rights and Basic Rights

Some abrupt change does not seem necessary, since our legal system and our case law has been able to incorporate the influence of human rights and basic rights into the law in force, in a dialectic dialogue between the literature, case law and the legislation.

16.4 The Influence of Human Rights and Basic Rights in Property Law¹⁸

16.4.1 General Principles of Portuguese Property Law

It is possible to point four basic features concerning the right of ownership: (1) abstraction; (2) elasticity; (3) perpetuity; (4) exclusivity; (5) unity; (6) transferability.

Abstraction means that ownership comprises an indeterminate number of powers. The content of property rights will differ according to different social resources, as some rights may exist with specific resources but not with others. Certain objects of property determine the contours of the property relationship, conditioning its rights and duties (such as duties of stewardship or obligations to use in a certain manner). As a general idea, the powers of the owner of immovable property are not the same as the owner of movable property, and even here the power of the owner of a car is not the same as the power of the owner over an animal.

In contrast to ownership, the powers that limited real rights comprise can be defined accurately. To a certain extent, it can be said that the powers included by ownership get actual only when they are separated from the nucleus of the owner's

¹⁸This part is written by Mónica Jardim and André Dias Pereira.

right, forming part of the content of a limited real right. Although ownership is composed of an indeterminate number of powers, and despite the existence of limited real rights, it would be wrong to define ownership as an unlimited right.

The law sets structural conditionings that modulate the exercise of the right by its holder. Those limits have the aim of favouring interests for other individuals (personality rights protection), of favouring the exercise of other property rights by their holders (neighbourhood law), or with the aim of favouring general social interests (justified by the requirement that property fulfils a social function).

Contrary to other legal systems, the social function of property is not imposed as a limit to property in the Portuguese Constitution of 1976. Nonetheless, regulations and restrictions on property rights must be done considering the social aims enshrined in the fundamental law (e.g. environmental issues) and reconciled with other fundamental rights (for example, the regulation that imposes accessibility for disabled in private buildings).

Although it is not expressly stated, the social function of property is considered a general principle of Property Law in what respects the exercise of the private right to property, namely, the use of property. The idea that property fulfils a social function is, hence, consolidated in the abuse of rights prohibition. Article 334 states that the exercise of a right is to be considered unlawful whereas it goes against good faith, morality or the economic or social function of that right.

The Portuguese Civil Code sets forth an entire chapter (Articles 1344–1384) to neighbourhood relations. In order to prevent neighbouring problems, the law sets a general set of general limits to property rights. Those limits are established in order to shape the content and function of property rights over immovable property.

They are not considered easements if favour of the adjacent buildings.

The neighbouring restrictions to property rights are set forth according to the normal use of the land. The criterion is necessarily objective and abstract. If the owner of the land has special needs that require a specific and more stringent protection, such protection is obtained through the personality rights legal regime.

For example, if the owner of a building is a sick person, that needs to sleep early, she might get an injunction against the neighbour, in order to stop a noisy activity, under personality rights protection. That protection is granted in consideration to the concrete needs of the individual, and might restrict even more the use of an estate.

16.4.2 Case Law

The Court of Appeal of Évora decided in 21 July 1977 (CJ, I, 1977) the following case: The plaintiff lived in the first floor of a house. The defendant ran a coffee bar, a pub and a seafood restaurant in the ground floor of the same house. The ceiling of the house was in bad condition and the plaintiff suffered from noises, odours and smoke from the kitchen into his premises. He therefore claimed for an injunction to stop the nuisance and also claimed damages for economic and non-economic loss.

The Court ordered the defendant to take measures to repair the ceiling and stop the noise within 90 days, and granted compensation for non-pecuniary damages to the plaintiff. The Court based its decision on Article 335, paragraph 2 of the Civil Code (conflict of rights). The two rights in conflict were the defendant's right to run his coffee bar, pub and seafood restaurant, and the plaintiff's right to tranquillity. The Court held the plaintiff's right to be protected by Article 66 of the Constitution (environment and quality of life) outweighed that of the defendant (Kern 2010, 577).

16.4.3 Characteristics of Ownership

Ownership is an elastic power that returns to its original shape after the restriction or charge that made it deform or distort is removed. Limited rights act as a strain. For example, when the usufruct ends, in the event of its holder's death, the power to use and enjoy return into the bosom of the right of ownership. Elasticity means that ownership remains always as a sort of residual power, capable of resuming original shape after stretching or compression.

Perpetuity means that property tends to last as much as its object does, and not as long as its owner lives, that is to say, the length of a property right is defined by the physical or economic permanence of the object it falls upon, which allows distinguishing property from certain limited rights that have a life character. For that reason, legal protection for property is closely connected with the legal protection for the right of inheritance.

Exclusivity means also that two rights of ownership protected fully and simultaneously in favour of two different owners cannot exist. Limited real rights are not exclusive in the sense that they always depend on the existence of a previous right of ownership that they will compress (e.g. a mortgage is a restriction on ownership).

Unity is a main characteristic of ownership in Portugal and it constitutes a general principle of Property Law. Fragmentation of ownership is not lawful in Portugal: upon one thing, only one ownership right must impinge (although this right might be held in common by several holders).

16.4.4 Transfer of Property

Transfer of property is constitutionally guaranteed. Article 62 of the Constitution expressly states that everyone is secured, in accordance with the Constitution, the right to private property and to its transfer during lifetime or by death. Article 1305 CC also includes the right of disposal of property at the core of property rights.

In Portugal, as a general principle, contractual restrictions on the transfer of property are not accepted. It is generally accepted that the holder cannot renounce

the power of disposal and that such an agreement would not have real effects, that is, enforceability against third parties. Therefore, in a situation where A sells an immovable to C, a restriction to sale agreed upon between A and B is not enforceable against C. Obligational effects, that is, effects between parties, are accepted only if the renounce is merely temporary.

16.4.5 Deviations from General Principles in Order to Protect Human Rights and Basic Rights

According to the Constitution of 1976, the Right to private property is considered an economic right, protected under Article 62, which states:

1. Everyone is guaranteed, under this Constitution, the right to private property and to transfer it during his or her lifetime and on death.
2. Requisitioning or compulsory acquisition of property for public purposes shall be carried out only under the authority of law and on the payment of fair compensation.

In case law there are some cases that express the tension between property law and other basic rights, in other cases the Constitutional Court analyses whether the right property is violated by some legal norms. We can summarize that, generally speaking, the Constitutional Court (and the ordinary Courts) have a restrictive perspective of the right to property and finds the options of the ordinary legislator proportional and justified, especially when we are dealing with the *horizontal effect* of the fundamental right. On the other hand, if on the other side of the norm, one finds the State, or the Social security or the Tax Authority, than the criteria of the Constitutional Court is stricter.

*1. Horizontal effect of the basic right*¹⁹

The Constitutional Court decision 127/13 stated that Article 1793 of the Civil Code is not unconstitutional. This norm prescribes that after divorce the spouse who is the (only) owner of the house may be obliged, by a court order, to lease the house to the other spouse. This norm, *prima facie*, is a violation of the right to property, but is considered justified and proportional by the interest of protecting the children and the needs of the former spouse.

An important set of cases has to do with the real estate warranties. Firstly, the relation between the retention right (*ius retentionis*) and mortgage might be problematic. According to Article 759(2) of the Civil Code the *retention right* has a higher value than *mortgage*, that is, in case of competition of creditors, the one protected by the retention right prevails over the one with a mortgage, even if the later has been registered previously. This can be seen as a violation of the right to property (*lato sensu*) and the principle of proportionality and equality as

¹⁹By horizontal effect, we mean that there is a conflict of interests between two private parties and the Courts scrutinize whether the law or the interpretation of the law was violating in a disproportional way a basic right.

well as the confidence and stability in the previously acquired rights. The Supreme Court of Justice (11 May 2011) stated that Article 759(2) of the Civil Code is constitutional.

In cases that deal with the prevalence of the retention right over mortgage in case of promissory acquisition, the Constitutional Court decisions 374/03, 594/03 and 359/05 considered those norms constitutional.

On the other hand, the Constitutional Court decisions 362/2002 and 363/2002 declared the unconstitutionality of the interpretation of the norm according to which Social Security and the Tax Authority would have a general privilege of being paid before all other creditors, including those who had previously registered a mortgage.

2. *Vertical effect of basic right*

The Constitutional Court Decision 139/04 declared the unconstitutionality of the norms foreseen in Articles 3(2) and 5 of Decree-Law 468/71, of 5 November, when interpreted in a way that the mere classification of certain goods as part of the *public domain* imposes its automatic transfer into the public domain, independently of fair compensation.

The Decision of the Constitutional Court 205/00 debated whether the acquisition of property by accession is a violation of the right to property, based on an expropriation for private utility (Article 62/2 CRP), and a restriction that violated the principle of proportionality (Article 18 (2)), as the compensation foreseen in the norm violates the principle of fair compensation. This norm prescribes the acquisition of property through accession by a person who, in good faith, builds on, sows on or cultivates another person's property, if the value of the construction, sowing or cultivation exceeds the original value of the estate (Article 1340, paragraph 2 Civil Code). Moreover, paragraph 4 of this Article assumes as good faith a person who is doing the building, sowing or cultivation does not know that the property belongs to another person or when the owner authorised the acquisition. The new acquirer has to pay compensation, that is, the value the land had before the construction, sowing or cultivation. The Court considered the norm of Article 1340 Civil Code constitutional.

16.5 The Influence of Human Rights and Basic Rights in Family Law²⁰

16.5.1 *General Principles of Portuguese Family Law*

Articles 36, 67, 68 e 69 of the Portuguese Constitution are dedicated to the family and form the basis to enunciate the fundamental principles of Portuguese Family Law (Coelho and Oliveira 2008): (1) Right to found a family; (2) Right to marry; (3)

²⁰This part was written by Mónica Jardim and André Dias Pereira.

Competence of civil law to regulate the requirements for and the effects of marriage and its dissolution by death or divorce, regardless of the form by which it was entered into; (4) Admissibility of divorce regardless the type of marriage; (5) Equality of spouses; (6) Right and duty of parents to educate their children; (7) Right of children not to be separated from their parents; (8) Non-discrimination of children born outside marriage; (9) Protection of adoption; (10) Protection of the family; (11) Protection of fatherhood and motherhood; (12) Protection of childhood.

16.5.2 Different Legal Treatment of Married and Unmarried Couples

In Portugal the legal treatment of married and unmarried couples is different. Marriage encompasses a series of effects, both personal and on property. As a rule, such effects do not apply to unmarried couples.

The marital relationship results from the performance of a marriage ceremony, a formal and solemn act – either civil or religious (Religious Freedom Act – Act 16/2001, June 22nd) – subject to registration (see Articles 1587 ff. of the Civil Code (CC) and Articles 134–215 of the Code of Civil Status Registry). The law controls its substantial requirements and the nature of the consent provided by the spouses – personal, free, perfect, not subject to conditional clauses or term (Articles 1618 ff, 1634–1646 CC) – as well as their capacity to marry (Articles 1600 ff CC).

Unmarried couples may benefit from the regime of cohabitation (*de facto* union) as far as they fulfill the legal requirements. According to Act 7/2001, May 11th (as amended by Act 23/2010, August 30th), the couple must have cohabited in conditions similar to those of spouses for more than 2 years.

Article 1576 CC enlists the family relationships according to the Civil Code. It includes marriages, but it does not mention cohabitation outside marriage (*de facto* union). This does not imply the refusal to legally recognize family outside marriage. Furthermore, according to some interpretations of the Constitution (Article 36(1), 1st part), *de facto* union is recognized under the right to found a family (Canotilho and Moreira 2007).

16.5.2.1 Legal Effects of Marriage

Concerning personal effects, spouses are reciprocally bound by duties of respect, fidelity, cohabitation, cooperation and assistance/maintenance (Articles 1672 ff CC). Spouses may add up to two surnames of their husband or wife (Article 1677 CC). According to the Portuguese Nationality Act (Article 3(1), Law No. 37/81 of 3 October, as updated by Law No. 43/2013 f 3 July), “A foreigner married to a

Portuguese national for more than three years may acquire Portuguese nationality by means of a declaration made during the duration of the marriage”.

Concerning effects on the property, marriage is regulated by a matrimonial property regime, either chosen by the spouses or determined by law (Articles 1717 ff CC). Special rules are foreseen regarding the administration of the assets of the spouses (Articles 1678–1681 CC), their powers of disposition (Articles 1682–1687 CC) and liability for debts of the spouses (Articles 1690 ff CC).

Additionally there are several rights and duties foreseen outside the Civil Code, for instance regarding Social Security or Fiscal Law.

16.5.2.2 Termination of Marriage in Special Divorce

The law also regulates the modification (separation of persons and assets – Article 1794 CC) and the termination of marriage (Article 1688 CC). Marriage may either be declared void or annulable (Articles 1625 ff and 1631 ff, 1634 ff, 1639 ff, and 1643 ff CC) or be dissolved, on the grounds of death (Article 1788 CC) or divorce (Arts. 1773 CC). Since 2008 (Law No 61/2008 of 31 October) the Portuguese divorce system is exclusively a non-fault divorce system. Divorce may be required either without the consent of the other spouse (Articles 1779 ff CC) or by mutual consent, which is the most relevant type of divorce in practical terms (Articles 1775 ff CC).

The dissolution of marriage terminates personal and property relations between former spouses (Articles 1688 CC) and potentially triggers a series of other effects: the distribution of common property (Articles 1790 CC); the attribution of the home of family (Articles 1793 CC and 1105 CC); the liability for damages (Articles 1792 CC); maintenance payments (alimony) on the behalf of the spouse in need (Articles 2016 ff CC).

In case of death one must stress inheritance rights. Indeed the spouse is not only a legal heir but also a necessary heir (Articles 2157 e 2133 CC) and holds a privileged position in this context: the first place in the hierarchy of heirs (Articles 2133(1)(a)(b) CC); the right to one fourth of the reserved share when dividing it with the *de cuius* children (Articles 2139 CC); the right of the surviving spouse to the headed in the right to inhabit the family home and in the right to use the household assets (Articles 2103-A ff CC); the maintenance right (alimony) of the surviving spouse through the income of the deceased spouse’s assets (Article 2018 CC); exemption to restore donations to the succession in order to permit an equivalent partition (Articles 2104 ff CC).

16.5.2.3 Cohabitation Outside Marriage (*De facto* Union)

The *De facto* Union Act (DUA) (Law No. 7/2001 of May 11th, last amended by Law No. 23/2010 of 30 August) establishes the requirements to apply the regime of *de facto* union to unmarried couples (Article 1(2) DUA), the circumstances that

hinder the attribution of the foresaw rights and benefits (Article 2 DUA) – which are closely related to the marital impediments of the Civil Code (Articles 1601 and 1602 CC) – and the means of proof of the relationship (Article 2-A DUA). It also determines the cases of termination of the *de facto* union (Article 8 DUA).

The DUA also provides the effects of *de facto* union. Partners continue to benefit from the same regime of married people who are workers of the Public Administration, regarding holidays, absence from work, leaves and preference in job placement (Article 3(1)(b) DUA). The same solution is extended to those who are bound by a labour contract (Article 3(1)(c) DUA). Cohabiting partners are also entitled to the regime of the individual income tax under the same terms as married couples, who are not legally separated (Article 3(1)(b) DUA), to protection in case of death of one partner according to the Social Security regime and the general law (Article 3(1)(c) DUA, and Article 8 of Decree -Law No 322/90 of 18 October). The law confers the right to a death grant and to survivor's pension if the deceased partner was an employee or agent of the Public Administration or of the Regional or Local Administration. Article 3(1)(d) and (e) DUA also grant rights to benefits on the grounds of death resulting from work accident or professional illness or to field allowances and pensions for exceptional and relevant services to the country.

Furthermore, the DUA regulates the protection of the couple's home (Article 3(a) DUA), either it is leased (Article 4 DUA and Articles 1105 and 1793 CC) or owned by one or both partners (Article 5 DUA).

Finally, adoption (Article 7 DUA and Article 1979 CC), as well as the access to medically assisted reproduction (Article 6(1) of Law No 32/2006 of 26 July 26), are allowed to different sex partners in similar terms to married couples.

Outside the DUA, one may find other rules regarding *de facto* union.

Article 2020 CC foresees that the “surviving partner of the *de facto* union is entitled to demand maintenance [alimony] from the inheritance of the deceased”, without any further requirements. The previous version of this Article demanded that the applicant could not obtain it from the spouse or ex-spouse, descendants, ascendants or siblings. Such demands were often appreciated by the Constitutional Court, in the context of the application for social benefits (v. Decisions 195/2003, 88/04, 159/2005, and 614/2005). Law No 23/2010 ended up by eliminating them. The surviving partner is not a legal heir, although he or she may be entitled to inherit by means of a testament, within the limits of law.

Since 2010 the surviving partner is entitled to an indemnity for moral prejudice in case of death of the partner (Article 496(2) CC), a matter that had already been discussed by the Constitutional Court (Decisions 275/02 e 86/07). As for the indemnity for patrimonial damages, it has been maintained that it can be grounded on Article 495(3) CC whenever the deceased guaranteed the maintenance of the partner.

Cohabitation outside marriage is also relevant as to the establishment of paternity. The fact that the father has cohabited with the mother during the legal time of conception as a married couple grounds a judicial presumption of paternity within a suit of judicial declaration of paternity (Article 1871(c) CC).

In the context of an unmarried couple, parental responsibilities are held by both parents, as long as legal parenthood is established. Since Law No 61/2008, the regulation of parental responsibilities of married parents applies to cohabiting parents without any further requirements (Article 1911 CC).

According to the Portuguese Nationality Act (Article 3(3)), a “foreigner who, at the time of the declaration, lives in a *de facto* union with a Portuguese national for more than three years may acquire Portuguese nationality, after judicial recognition of the status by a civil court”.

One may also find rights of assistance regarding the members of the household (v. Article 252(1)(2), Article 64 and Article 50(5) of the Labour Code; Article 54(2) of Decree-Law No 100/99 of 31 March; Article 3(1) of Law No 106/2009 of 14 September) and family reunification (Article 100(1)(a)(b), Law No 23/2007 of 4 July).

Couples who cohabit in conditions similar to those of spouses but do not fulfill the legal requirements of *de facto* union or face the circumstances of Article 3 DUA do not benefit from this regulation. In some cases, however, the rules regarding the “life in common economy” (Law No 6/2001 of 11 May) may apply.

16.5.3 The Impact of the Right to Family Life on Portuguese Legislation and Case Law

It shall be considered the “right to family life” in its different dimensions and its expressions in the Portuguese legal system even if there has been no direct reference to Article 8 ECHR.

16.5.3.1 Establishment of Affiliation

The Principle of biological truth is the fundamental principle regarding the establishment of affiliation in the Portuguese legal system. This does not mean, however, that the evolution regarding the protection of this principle is over. One of the most discussed topics in case law has been the *time limitation of suits of legal recognition of paternity*.

The case law of the Constitutional Court has not been univocal – in the past it has considered such time limitation admissible (Decisions 99/88, 451/89, 506/99), but it has later sustained a different view (Decisions 456/2003 and 486/04). In particular, in its Decision 23/2006 the Constitutional Court has declared unconstitutional the rule of Article 1817(1) CC, which time limits applied to paternity *ex vi* Article 1873 CC. It had been argued that the rights to personal identity and to the knowledge of one’s origins, as well as the right to freely develop one’s personality were at stake. Such rights prevailed over the traditional arguments of the protection against patrimonial ambitions or the perils of old evidences, notably due to the advent of

and improvements to DNA testing. Meanwhile Law No 14/2009 has established a new time limit to these suits of 10 years after adulthood or emancipation of the applicant. Recently the Supreme Court ruled, in its judgment of 14 January 2014, that this new time limit was unconstitutional in a specific case.

The issue of *time limitation of suits of objection of paternity* is also discussed. Regarding specific cases, the Constitutional Courts has already considered that, where the husband of the mother (Decision 589/2007) or the mother (Decision 441/2013) are the applicants, the time limit is not unconstitutional, whereas it is unconstitutional where the child is the applicant (Decisions 609/2007 and 279/2008).

16.5.3.2 Right to Marry

The right to marry is enshrined in the Constitution (Article 36 (1) “Everyone has the right (...) to marry under conditions of full equality”). Such right has been extended to same-sex couples by Law No 9/2010 of 31 May. In the past, case law had discussed this subject. In 2007, the Lisbon Court of Appeal (decision of 15/02/2007) had decided against the possibility of same-sex marriage, taking into account the rule of Article 1577 CC (drafted by Decree-Law No 496/77 of 25 November) that defined marriage as “the contract entered into by two individuals of different sex gender”. Confronted with this position, the Constitutional Court has not pronounced this rule unconstitutional (Decision 359/2009). However, later on, when appreciating the conformity with the Constitution of pending Decree no. 9/XI, it has decided (although not unanimously) that the rule that would amend Articles 1577, 1591 and 1690(1) CC in order to allow same-sex marriage was not unconstitutional (Decision 121/2010). Although the ECHR has treated this subject under the right to private life (case *X & Y v. United Kingdom*), the treatment given by Portuguese law has been more closely related to the right to family life.

As for the marriage of transgender people (see Cases of *Christine Goodwin v. the United Kingdom* and *I. v. the United Kingdom*, of 11 July 2002), before Law No 9/2001, it was considered that in case a transgender person had undergone the change after marriage that marriage would be considered inexistent, as a same sex marriage would (Article 1628(e) CC, version before Law No 9/2001). However this rule has been revoked and therefore this effect is no longer imposed.

16.5.3.3 Non-discrimination of Children Born Outside Marriage

The non-discrimination of children born outside marriage is guaranteed by the Constitution (Article 36(4)) and it implies that such children may not be the object of any discrimination for that reason, and neither the law, nor official departments or services may employ discriminatory terms in relation to affiliation (such as “illegitimate child”, “bastard”). However it is admitted that, when establishing affiliation, the presumption *pater is est* (Article 1826(1) CC) may only apply to children born inside the wedlock.

This principle has implications regarding the extension of the rules of marriage to the *de facto* union in order to protect the children. It has been considered by the Constitutional Court regarding the protection of the family home, in case there are children born out of the cohabiting couple (Decisions 359/91 and 1221/96), and the priority in occupying a position by partners of workers of the Public Administration or the military (Decision 286/99).

The changes operated by Law No 61/2008 are also significant. It has applied the same regime of parental responsibilities either to married and unmarried couples who cohabit in the same terms as spouses (Articles 1901–1904, *ex vi* Article 1911 CC). Unmarried parents who do not cohabit are subject to the rules that apply to the death, divorce, legal separation, declaration of nullity or annulment or placement in care of another person (Articles 1904–1908, *ex vi* Article 1912 CC).

16.5.3.4 Relations between Parents and Children; Single-Parent Families; Blended Families

The Constitution enshrines the right of children not to be separated from their parents (Article 36(5)). There may be exceptions to this rule only when the parents do not fulfil their basic duties towards them, and always by judicial decision (Articles 1915 and 1918 CC).

As a rule both parents hold parental responsibilities, as long as affiliation is legally established and regardless of marriage or cohabitation of parents.

Since 2008 (Law No 61/2008), as a rule, even parents who do not cohabit hold joint responsibilities regarding “acts of particular relevance” for the life of the children (Articles 1905–1907 and 1912 CC). The purpose of the law is to reinforce the contact between the child and both parents. As for daily life acts, the responsibility lies with the resident parent (Article 1906(3) CC). Furthermore, when determining the residence of the child, it has to be taken into account the availability of each parent to promote the relations with the other (Article 1906(5) CC).

The enforcement of the regime of parental responsibilities is now also guaranteed by the fact that its lack of fulfillment may constitute child abduction (Article 249(1(c) of the Criminal Code).

As far as *blended families* are concerned, the position of “social parents” has been disregarded by the law, with some exceptions regarding Social Security law or the possibility to delegate responsibility for daily life acts by the residential parent (Article 1906(4) CC).

The issue of family reunification has also been addressed by Portuguese law. See Law No 23/2007 of 4 July (amended by Law No 29/2012 of 9 August), Articles 64, 65, 81(4), 98–108, 118, 121-A(2), 121-K(2), 210(2)(c), Regulation Decree 84/2007 of 5 November (amended by Decree-Law 31/2014 of 27 February), Articles 66–69. See also Law No 37/2006 of 9 August, which has implemented EC Directive 2004/38 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States.

16.5.4 Deviations from the General Principles of Family Law in Order to Protect Human Rights and Basic Rights

Human rights are enshrined in the Portuguese Constitution as fundamental rights and therefore they are protected by their special regime, particularly by the regime of civil rights and liberties, whose restriction is particularly constricted (Article 18(2)(3) of the Constitution). The law may only restrict rights, freedoms and guarantees by a general and abstract law, in cases expressly provided for in the Constitution, and such restrictions may not be retroactive and must be limited to those needed to safeguard other constitutionally protected rights and interests.

Therefore in case of collision of family law principles that may be identified with human rights, a task of legal mediation regarding each case must be undertaken (Gomes Canotilho).

Finally, there may also be a situation of abuse of right, *i.e.* where “the right holder manifestly violates the limits of good faith, *boni mores* and the social or economic purpose of the right” (Article 334 CC).

16.5.5 The Influence of Case Law on Human Rights and Basic Rights of the Regional and International Courts on the Content of the Portuguese Family Law

As a rule the most recent Family Law reforms do not mention the case law of international courts as an explicit influence. Nevertheless the options of the Portuguese legislature express the concern to conform to human rights.

Indeed the closest source is the Constitution itself and its chart of fundamental rights that does “not exclude any others set out in applicable international laws and legal rules” (Article 16(1) of the Constitution). Article 16(2) of the Constitution establishes that “The constitutional provisions concerning fundamental rights must be interpreted and completed in harmony with the Universal Declaration of Human Rights”.

Even though there is not express reference to international case law, the most recent Family Law reforms have followed paths that are most of the times supported by international bodies, particularly by the European Convention on Human Rights (ECHR) and the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR).

In some cases, however, this reference is made. Indeed, even though it is not common to appeal to the rules of the ECHR or the case Law of the ECtHR, there has been a growing trend on behalf of this. As a matter of fact, Portuguese courts are more eager to call on the fundamental rights enshrined in the Constitution. However the charter of fundamental rights of the Constitution corresponds significantly to the rights listed in the ECHR. Moreover, according to Article 8(2) of the Constitution, “[t]he norms contained in duly ratified or approved international conventions come

into force in Portuguese internal law once they have been officially published, and remain so for as long as they are internationally binding on the Portuguese state”.

Article 8 ECHR has already been called upon when discussing the conservation of the family unit when the application of a supplementary penalty of expulsion to foreigner citizens who are responsible for Portuguese underage children living in national territory is at stake (Decision of the Constitutional Court 232/04).

As far as the establishment of affiliation is concerned, more precisely the time limitation of suits of legal recognition of paternity, Portuguese case law has referred to the case of the European Court of the Human Rights *Mizzi v. Malta* (Decisions of the Oporto Court of Appeal of 15-03-2010 and of 13-03-2014 and Decision of the Guimarães Court of Appeal of 16-05-2013). The Supreme Court has also mentioned the case law of this international Court regarding the right to find out the origins, particularly the case *Odièvre v. France* (Decision of the Supreme Court of 24-05-2012).

Regarding parental responsibilities and contacts between parents and children, the Oporto Court of Appeal (Decisions 14-01-2014 and 19-06-2012) has mentioned the conclusions of the European Court of the Human Rights in the case of *Reigado Ramos v. Portugal*, of 22 November 2005 (see below), in which the Court considered that the Portuguese authorities “had not taken adequate and sufficient action to enforce the applicant’s right of access, thereby infringing his right to respect for his family life”, and that therefore there had been a violation of Article 8.

Finally, the Oporto Court of Appeals (Decision of 07-05-2012) has dealt with the broadening of the concept of “family life” beyond the biological family, having as reference the case law of the ECtHR regarding Article 8 ECHR.

As for the case law of the ECtHR that has dealt with complaints against the Portuguese State in Family Law matters, the following cases have to be mentioned:

1. *Case of Velosa Barreto v. Portugal*, 21 November 1995, A334: the applicant complained against Portuguese authorities on the grounds of not having accepted the termination of the tenancy of the house that the plaintiff had inherited, arguing that it violated Article 8 ECHR. The Court held that there had been no violation of this Article, since the right to private and family life does not demand the protection by national law of an exclusive house household for each family. It has further recognized that there is a legitimate purpose that has been considered by national Court – the social protection of tenants.
2. *Case of Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, 21 December 1999, R99-IX: in this case the applicant alleged violation of Article 8 of the convention taken alone and in conjunction with Article 14 by the Lisbon Court of Appeal that had based its decision to award parental responsibility for their daughter to his ex-wife rather than to himself exclusively on the ground of his sexual orientation. The Court considered that the different treatment given to the applicant and to the mother, based on the former’s sexual orientation would not be admissible because it lacked a reasonable relationship of proportionality in order to protect the interests of the child.

3. *Case of Maire v. Portugal*, 26 June 2003, R03-VII: in this case, the applicant, a French national, alleged that the Portuguese authorities had failed to act and were negligent in enforcing judicial decisions by the French authorities granting him custody of his child (who was taken by the mother to Portugal) and had interfered with his right to respect for his family life. The Court concluded that the Portuguese authorities had failed “to make adequate and effective efforts to enforce the applicant’s right to the return [custody] of his child and thereby breached his right to respect for his family life as guaranteed by Article 8 of the Convention”.
4. *Case of Reigado Ramos v. Portugal*, 22 November 2005: in this case, the applicant has also alleged that the Portuguese authorities failed to adopt the adequate and sufficient action to enforce the applicant’s right of access to his daughter, that amounted to a violation of Article 8 (right to respect for private and family life). The Court considered that “Portugal had not taken adequate and sufficient action to enforce the applicant’s right of access, thereby infringing his right to respect for his family life”, and that therefore there had been a violation of Article 8.
5. *Case of Dore v. Portugal*, 1 February 2011, 775/08: in this case, the applicant, an Italian national, complained that the authorities were negligent in their handling of his request to have the child returned to him, in the State of his residence, the United Kingdom. The Court concluded that the Portuguese judiciary authorities had not resort to efficient means to handle the request and hence had violated Article 8 ECHR.
6. *Case of Pontes v. Portugal*, 10 April 2012: The applicants alleged a breach of their right to respect for their family life on account of decisions by the Portuguese authorities that led to one of their children being removed from them and ultimately adopted and their parental authority having been withdrawn. The Court has concluded that the “decision to place child P. for adoption had not been based on relevant and sufficient reasons capable of justifying it as proportionate to the legitimate aim pursued and held, consequently, that there had been a second violation of Article 8 of the Convention.”
7. *Case of Santos Nunes v. Portugal*, 22 May 2012: the applicant alleges the lack of diligence of the Portuguese authorities in enforcing judicial decision concerning the custody of his child, whom the mother had placed in the care of another couple, had violated his right to family life. Although the violation of Article 6 ECHR had also been invoked, the Court decided that the case should be examined under Article 8 alone. Finally the Court held that the proceedings had shown a distinct lack of diligence, in breach of the applicant’s right to respect for the family life of the applicant. It therefore concluded that there had been a violation of Article 8.
8. *Case of Assunção Chaves v. Portugal*, 31 January 2012, 61226/08: the applicant had sustained that there had been a failure to duly inform him, who was neither present nor represented at hearing, of procedure for challenging a court order withdrawing his parental authority, had violated Article 8 ECHR. The Court held that the lack of clear and reliable official information concerning the avenues of

appeal and the formal requirements and time-limits for lodging an appeal had infringed the applicant's right of access to a court under Article 6 § 1 ECHR, but regarding Article 8 there had been no substantial violation and that would not be justified to analyze it from a procedural point of view.

As for the Court of Justice of the EU (CJEU), the references are even harder to find in the field of Family Law when one focuses merely on substantial law.

Nonetheless, the Coimbra Court of Appeal has considered the case law of the CJEU in a case of parental responsibilities in order to determine the meaning of "habitual residence" (Decision 23-04-2013). The Lisbon Court of Appeal (Decision 05-06-2012) has also briefly considered the decision of the European Court of Justice of 11 July 2008, when dealing with child abduction, by reference to the Regulation (CE) n° 2201/2003, 27 November 2003.

16.5.6 General Trends and Solutions in the Case Law and Legislation on Family Law with Respect to Human Rights and Basic Rights

Equality of spouses; expansion of the effects of the *de facto* union (better protection of unmarried couples); establishment of affiliation made easier (suits of legal recognition and suits of objection, specially of paternity); equalization of the legal treatment of different sex and same sex couples (de facto union and marriage, with exceptions); centrality of children rights; equal treatment of children born inside and outside marriage; Reinforcement of the idea of co-parenting; dissolution of marriage made easier (on the grounds of the irretrievable breakdown of marriage).

16.5.7 De Lege Ferenda Suggestions for Changes in Family Law That Would Reflect the Influence of Human Rights and Basic Rights

There are recent discussions of law bills presented by different parliamentary parties regarding adoption in the context of same sex couples. Only one bill went further in the legislative proceedings – Bill 278/XII, on the "possibility of co-adoption by the same-sex spouse or cohabitant", but ended up by not being approved. It should also be noted Bill 997/XII/3.^a recommending to the Government that the National Health Service ensures the gamete preservation of cancer patients. Two bills have also addressed surrogate motherhood (131/XII e 138/XII), without further developments.

16.6 The Influence of Human Rights and Basic Rights in Other Fields of Private Law: Intellectual Property²¹

16.6.1 Sources of Intellectual Property Rights

Intellectual property (*propriedade intelectual*) is referred to in Article 1303 of the Portuguese Civil Code as a special kind of property, which includes authors' rights and related rights (copyright) and industrial property rights. Intellectual property is also considered a kind of property for purposes of the constitutional protection of the right of private property (Article 62 of the Constitution (Constitutional Court, Decision no. No 491/02, Proc. No 310/99) and Article 17 of the TFEU).

Intellectual property rights are regulated under a special body of legislation, which has of two main instruments. On one hand, the Code of Industrial Property (*Código da Propriedade Industrial*),²² concerning patents and utility models, integrated circuits, models and designs, marks, logotypes (names and brands), rewards, denominations of origin and geographical indications, and unfair competition including the protection of undisclosed information. On the other hand, the Code of Author's Right and Related Rights (*Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos*)²³, concerning artistic and literary works and performances of artists, sound/video recordings, and broadcasts; the regulation of copyright is complemented by specific legislation concerning namely certain categories of works (computer programs²⁴ and databases²⁵), specific rights (rental and public lending,²⁶ satellite broadcasting and cable retransmission²⁷), copyright levies,²⁸ or copyright collecting societies.²⁹

Portuguese intellectual property legislation implements several international treaties, in particular WIPO-Administered Treaties,³⁰ as well as EU primary or

²¹ This part is written by Alexandre L.D. Pereira.

²² Enacted by Decree-Law No 36/2003 of 5 March, as last amended by Decree-Law No 52/2008 of 28 August.

²³ Enacted by Decree-Law 63/85 of March 1985, as last amended by Law No 48/2015 of 5 June.

²⁴ Decree-Law No 252/94 of 20 October.

²⁵ Decree-Law No 122/2000 of 4 July.

²⁶ Decree-Law No 332/97 of 27 November.

²⁷ Decree No 333/97 of 27 November.

²⁸ Decree-Law No 62/98 of 1 September.

²⁹ Law No 26/2015 of 14 April.

³⁰ Notably the Paris Convention for the Protection of Industrial Property (1883), as revised by the Stockholm Act (1967); the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (1886), as revised by the Paris Act (1971); the International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations, adopted at Rome on 26 October 1961 (Rome Convention); the European Patent Convention, signed at Munich on 5 October 1973 (revised in 2000); the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS 1994).

derivative law to which Portugal is bound as a Member State of the EU, including the judgments given by the European courts.

Concerning industrial property, EU law has not only harmonized the domestic legislation of the Member States³¹ but it has also established unitary Community rights.³² In what concerns *copyright and related rights*, several instruments of harmonization have been adopted.³³ A common instrument of harmonization has been adopted concerning the enforcement of both industrial property and copyright and related rights.^{34, 35}

³¹ E.g. Council Directive 87/54/EEC of 16 December 1986 on the legal protection of topographies of semiconductor products (OJ L 24, 27.1.1987, p. 36–40); Directive 2008/95/EC of the European Parliament and of the Council of 22 October 2008 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks (OJ L 299, 8.11.2008, p. 25–33, which repealed Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988); Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the Council of 6 July 1998 on the legal protection of biotechnological inventions (OJ L 213, 30.7.1998, p. 13–21); Directive 98/71/EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 1998 on the legal protection of designs (OJ L 289, 28.10.1998, p. 28–35).

³² Instruments that create unitary rights are: Council Regulation (EC) No 2100/94 of 27 July 1994 on Community plant variety rights (OJ L 227, 1.9.1994, p. 1–30) (as last amended by Council Regulation (EC) No 15/2008 of 20 December 2007); Regulation (EC) No 1610/96 of the European Parliament and of the Council of 23 July 1996 concerning the creation of a supplementary protection certificate for plant protection products (OJ L 198, 8.8.1996, p. 30–35); Council Regulation (EC) No 6/2002 of 12 December 2001 on Community designs (OJ L 3, 5.1.2002, p. 1–24); Council Regulation (EC) No 207/2009 of 26 February 2009 on the Community trade mark (OJ L 78, 24.3.2009, p. 1–42, which repealed Council Regulation (EC) No 40/94, OJ L 11, 14.1.1994, p. 1).

³³ Directive 2014/26/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online use in the internal market; Directive 2012/28/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on certain permitted uses of orphan works; Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs (OJ L 111, 5.5.2009, p. 16–22, which repealed Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs, OJ L 122, 17.5.1991, p. 42, as amended by Directive 93/98/EEC); Council Directive 93/83/EEC of 27 September 1993 on the coordination of certain rules concerning copyright and rights related to copyright applicable to satellite broadcasting and cable retransmission (OJ L 248, 6.10.1993, p. 15–21); Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases (OJ L 77, 27.3.1996, p. 20–28); Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society (OJ L 167, 22.6.2001, p. 10–19); Directive 2001/84/EC of the European Parliament and of the Council of 27 September 2001 on the resale right for the benefit of the author of an original work of art (OJ L 272, 13.10.2001, p. 32–36); Directive 2006/115/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property (OJ L 376, 27.12.2006, p. 28–35, which repealed Council Directive 92/100/EEC, OJ L 346, 27.11.1992, p. 61, Council Directive 93/98/EEC, OJ L 290, 24.11.1993, p. 9, Article 11(2), and Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council, OJ L 167, 22.6.2001, p. 10, Article 11(1)); Directive 2006/116/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on the term of protection of copyright and certain related rights (OJ L 372, 27.12.2006, p. 12–18, which repealed Council Directive 93/98/EEC, OJ L 290, 24.11.1993, p. 9).

³⁴ Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights (OJ L 157, 30.4.2004, p. 45–86).

³⁵ Other EU instruments of harmonization may have an impact on intellectual property rights, notably Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on

16.6.2 *Basic Features of Intellectual Property Rights*

Intellectual property rights protect cultural creations and the freedom of enterprise, and they share some principles, notably the immaterial nature of the subject-matter (technical inventions, distinctive signs, artistic or literary works), the patrimonial scope of protection (exclusive rights of economic exploitation), temporality (protection is not perpetual), and territoriality (the existence of IP rights depends upon each country's legal system, notwithstanding its international obligations).

16.6.2.1 *Patents, Models, and Marks*

Industrial property confers exclusive rights over patents, utility models and designs, trademarks, logotypes (brand names and insignia), rewards, denominations of origin and geographical indications.³⁶ Industrial property rights have to be applied for at the *Instituto Nacional da Propriedade Industrial* (Industrial Property Office), which issues a title of industrial property in case the requirements of attribution are met. Infringements to industrial property rights are deemed criminal offenses.

Patents are granted to protect inventions of products or processes, in all fields of technology, provided they are new to the state of the art, non-obvious (“involve an inventive step”) and capable of industrial application; discoveries, scientific theories, mathematical methods and computer programs as such, as well as human cloning processes, cannot be patented. A patent title is issued by the Industrial Property Office describing the invention and giving the patent holder for a non-renewable period of 20 years an exclusive right of economic exploitation of the patent, including a bundle of rights to make, use, sale, and import, with the exception of certain acts such as namely private use without commercial purposes and acts for experimental purposes. Patent holders are required to explore the patent invention and under certain circumstances they are subject to compulsory licenses.

The protection of *utility models* and topographies of semiconductor products follows closely the regulation of patents. The term of protection is however limited to 6 years, which can be extended twice for periods of 2 years provided it does not exceed an overall 10 years term of protection, and concerning topographies it is limited to 10 or 15 years, depending on the circumstances. Concerning models and designs, they have to be original or novel and registration at the Industrial Property Office is also required. In case protection of an industrial design is granted, any person without consent of the right owner may not, for a period of 5–25 years, make, sell or import, or store for such purposes, articles bearing or embodying a

certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce) (OJ L 178, 17.7.2000, p. 1).

³⁶The prohibition of unfair competition, including the protection of undisclosed information, is also provided by the Code of Industrial Property.

design which is a copy, or substantially a copy, of the protected design, when such acts are undertaken for commercial purposes.

Marks are protected by industrial property in case they are signs capable of graphic representation and of distinguishing the goods or services of one undertaking from those of other undertakings. Certain elements, such as signs or indications that have become customary in current language, cannot be granted an exclusive use, unless the signs have acquired distinctive character in commercial practice. To be registered a mark must also comply with other principles, such as veracity and distinctive capacity of the signs. Registration is made in respect of specified goods or services and therefore it will be refused if for ex. the sign is deceptive or misleading, meaning that it is likely to mislead the public, namely with respect to the nature, qualities, usefulness or geographical origin of the product or service for which the trademark is to be used. Marks of prestige enjoy protection against registration of similar signs for different products or services where the new mark would take advantage of, or cause damage to, the distinctive power or prestige of such mark of prestige. Registration of a mark confers to the mark owner the exclusive property right concerning the products or services to which the mark has been registered. The owner of the registered mark has the right to prohibit any other person from using an identical or similar mark in economical activities for identical or related products to those for which the mark has been registered, and that by virtue of such similitude between the signs or the products may lead to confusion or association in the minds of the public.

The exclusive right meets several limitations, namely the rule of exhaustion within the European economic area, as well as certain uses for informative purposes. Registration lasts for 10 years and may be renewed without limit for equal periods.

16.6.2.2 Copyright and Related Rights

Portuguese copyright law belongs to the Civil Law family of *droit d'auteur* countries. It protects original works, *i.e.* intellectual creations in literary or artistic fields expressed in any perceptible form, regardless of their purpose or merits. The normative concept of protected works is illustrated by an open catalogue of examples; derivative works and compilations may also be protected as original works. Copyright protection starts as soon as the work is created and it is independent of any formalities, such as registration or deposit. Copyright protection includes titles but does not extend to ideas, procedures, operational methods or mathematical concepts as such nor to news or facts reports or political speeches.

Copyright comprehends both economic and moral rights. Economic rights can be assigned, while moral rights, namely the right of paternity and the right of integrity, are always attached to the creator and cannot be waived or disposed of. Copyright belongs to the intellectual creator of the work – *i.e.* the author, who is in principle the person identified as such – and it lasts during the life of the author plus

70 years *post mortem auctoris* or after the publication of the work for certain categories of works.

Copyright confers an exclusive and disposable right of economic exploitation of the work in any form already known or later developed, comprehending a bundle of independent rights which cover the most typical uses such as the right of reproduction, the right of distribution, the right of communication to the public, and the right to make available on computer networks. The Copyright Act provides for detailed regulation for special uses, such as edition, stage performance, production of audiovisual works, fixation and publication of phonograms and videos, broadcasting, communication to the public, and translations. Economic rights can be exercised directly by the copyright holders or through collective management entities. There are however situations of compulsory collective management such as cable retransmission.

The Copyright Act provides also for related rights (*direitos conexos*) to artistic performers, phonogram producers, broadcasting organizations and entertainment organizers. A *sui generis* right is also granted to the producer of database to protect his substantial investments in the production of the database.³⁷

Infringements to copyright and related rights are deemed criminal offenses, as well as the violation of technological protection measures and integrity of copyright management information. For example, it is a criminal offence to circumvent (or to facilitate the circumvention of) technological protection measures used by copyright and related rights holders, including the *sui generis* right of the database producer.

16.6.3 Deviations from the General Principles of Intellectual Property in Order to Protect Human Rights and Basic Rights

The Charter on Fundamental Rights of the EU provides in Article 17(2) that intellectual property is a fundamental right like property. This Charter codifies the jurisprudence of the CJEU, where it has considered that Article 1 of the First Protocol to the ECHR (which added private property to the rights enshrined in the Convention) also applies to intellectual property (Case C-347/03, *Tocai*). The Court has however emphasized that the principle of the protection of intellectual property as a fundamental right does not mean it is an absolute property but rather that it shall be taken into consideration its function in society, *i.e.* the Court stressed the social function of this kind of property. This approach has been consistently held in other judgments concerning the demand to strike a fair balance between intellectual property and other fundamental rights, notably personal data and freedom of information – e.g.

³⁷Decree-Law No 122/2000 of 4 July, Chapter III, Articles 12–17.

judgments of 29 January 2008 (Case C-275/06, *Promusicae*), of 24 November 2011 (Case C-70/10, *Scarlet*), and of 16 February 2012 (Case C-360/10, *Netlog*).³⁸

The right of property is not the only fundamental right in the system. In particular it has to be optimized in terms of striking a fair balance with other fundamental rights, notably freedom of expression and information, access to information, protection of personal data and the freedom to share information, which are also guaranteed by the Constitution (Articles 35°–42°).

The interests of intellectual property owners are arguably the main scope of protection of the legislation on industrial property and copyright and related rights. Notwithstanding, these legal instruments also provide limitation and exceptions which are aimed to preserve other fundamental values. For example, Article 75 of the Code of Copyright and Related Rights provides a comprehensive list of exceptions and limitations, in line with those allowed by international instruments and EU Directive 2001/29 on copyright in the information society. Recently, Law No 32/2015 of 24 April has implemented EU Directive 2012/92, by way of adding to Article 75 a new type of free use or exemption specific for orphan works, with a view to promote access to knowledge and cultural goods.

In fact, the exclusive right meets certain limitations and exceptions, such as private copy, freedom of information, press reviews, quotations, research and teaching illustration. The exercise of these exceptions is controlled by the so-called «three step rule», *i.e.* it's a special case, does not conflict with a normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder. Free uses are deemed mandatory, as they cannot be derogated from by contract, and some of them even prevail over the protection of technological measures. Moreover, copyright holders are entitled to equitable compensation for some of the free uses, in particular a system of copyright levies is provided for concerning free reproductions for private use.³⁹

Intellectual property legislation also provides some level of protection for other fundamental values, such as freedom of expression and information, access to information, protection of personal data and the freedom to receive and to give information. However, it is disputed whether the protection of other fundamental values conflicting or competing with intellectual property is limited to what is safeguarded by legislation. Some argue that the limitations and exceptions to intellectual property rights are to be interpreted narrowly, while others argue that the interpretation should be open with a view to find a fair balance between intellectual property and other fundamental rights.

Nonetheless, a basic principle of legal interpretation in Portuguese law is that legislation including intellectual property legislation, has to be interpreted within the reasonableness that is to be expected from the legislator, which is to be fixed by the spirit of the system (Articles 9 and 10 of the Civil Code), *i.e.* in accordance with the Constitution and the principles of international law, notably those guaranteed by the Universal Declaration of Human Rights and the European Convention on

³⁸ <http://www.curia.europa.eu/>.

³⁹ The regulation of copyright levies is provided for by Law No 62/98 of 1 September 1998, last amended by Law No 48/2015 of 5 June.

Human Rights (Article 8–10), which are considered to be part of the constitution for purposes of interpreting the constitution itself.

In this regard, it is important to outline the hermeneutic role of Article 18(1) of the Portuguese Constitution, according to which fundamental rights are binding not only before the government but also within the relations among individuals and private entities. It means that the principle of proportionality also has to be taken into account where interpreting ordinary legislation, so that for instance a fundamental right (e.g. copyright) does not eliminate another fundamental right (e.g. freedom of information). In particular, it is a basic understating of Portuguese constitutional law that fundamental rights can be opposed against ordinary legislation, replacing it or an interpretation thereof (Canotilho and Moreira 2007, 382–383).

Concerning copyright law, in particular, it has been proposed that certain uses of protected works should be listed as free uses, stressing the role of the interpretation of ordinary legislation in conformity with the Constitution (including fundamental rights directly or indirectly enshrined therein) in order to safeguard the validity of such uses (e.g. parodies, online research and access to information in databases, software interoperability) (Pereira 2008).

16.6.4 Case Law of the Court of Justice of the EU

In the field of European case-law, the CJEU has outlined the need to strike a fair balance between fundamental rights in *Promusicae* (C-275/06) and later in *Scarlet v. SABAM* (C-70/10), and *Netlog* (C-130/10).

In *Scarlet v. SABAM*, the question in dispute was whether it was consistent with EU law to impose an injunction on an ISP requiring it to install a filtering system to monitor all the data relating to each of its customers in order to prevent any future infringement of intellectual-property rights. According to the Court this assessment demands that “account must also be taken of the requirements that stem from the protection of the applicable fundamental rights” (par. 41). So the Court considered that “The protection of the right to intellectual property is indeed enshrined in Article 17(2) of the Charter of Fundamental Rights of the EU (the Charter). There is, however, nothing whatsoever in the wording of that provision or in the Court’s case-law to suggest that that right is inviolable and must for that reason be absolutely protected” (par. 43). The Court recalled its judgment in *Promusicae* (C-275/06), holding that “the protection of the fundamental right to property, which includes the rights linked to intellectual property, must be balanced against the protection of other fundamental rights. More specifically, [...] in the context of measures adopted to protect copyright holders, national authorities and courts must strike a fair balance between the protection of copyright and the protection of the fundamental rights of individuals who are affected by such measures” (par. 44–45).

Having this in mind, the CJEU considered that “national authorities and courts must, in particular, strike a fair balance between the protection of the intellectual

property right enjoyed by copyright holders and that of the freedom to conduct a business enjoyed by operators such as ISPs pursuant to Article 16 of the Charter” (par. 46). In the main proceedings of the case at issue (*Scarlet*), the CJEU concluded that the injunction at stake “is to be regarded as not respecting the requirement that a fair balance be struck between, on the one hand, the protection of the intellectual-property right enjoyed by copyright holders, and, on the other hand, that of the freedom to conduct business enjoyed by operators such as ISPs” (par. 47–49).

The CJEU added that the filtering system might “also infringe the fundamental rights of that ISP’s customers, namely their right to protection of their personal data and their freedom to receive or impart information, which are rights safeguarded by Articles 8 and 11 of the Charter respectively” (par. 50). The protection of personal data and freedom of information are identified as fundamental rights protected by the Charter and the contested injunction for purposes of copyright enforcement is deemed not to strike a fair balance with such fundamental rights (see also par. 51–53).

In conclusion, the CJEU ruled that “Directives 2000/31, 2001/29, 2004/48, 95/46 and 2002/58, read together and construed in the light of the requirements stemming from the protection of the applicable fundamental rights, must be interpreted as precluding an injunction made against an ISP which requires it to install the contested filtering system.” Later the Court has consistently applied the same reasoning in the *Netlog* judgment of 16 February 2012 (C-360/10). In *Painer*, judgment of 1 December 2011, the CJEU had already recognized the influence of basic rights, notably freedom of expression, in interpreting exceptions and limitations to copyright; in particular, the case concerned the quotation exception for purposes of criticism or review (C-510/10, para. 134 et seq.).

This trend in European Law to preserve freedom of expression and information has also been advocated by the ECtHR which has ruled that the enforcement of copyright law must comply with Article 10 of ECHR, *i.e.* copyright enforcement has to be in accordance with the right of freedom of expression and information guaranteed by Article 10 of the ECHR (*Ashby Donald and others v. France*, no. 36769/08, ECtHR 2013). However, in the judgment of 19 February 2013 in the case of *Fredrik Neij and Peter Sunde Kolmisoppi (The Pirate Bay) v. Sweden* (no. 40397/12, ECtHR 2013), the ECtHR held that the criminal conviction of the co-founders of *The Pirate Bay* for infringement of copyright does not violate Article 10 ECHR (<http://www.kluwercopyrightblog.com/2013/03/20/echr-copyright-vs-freedom-of-expression-ii-the-pirate-bay/>).

16.7 Final Remarks/Conclusion

This Chapter deals with the influence of Human Rights and Fundamental Rights in Portuguese Private Law. The Constitutional model of 1976 is explained, according to which fundamental rights are effective also in private law relations. However this applicability shall be mediated by general clauses and an interpretation of private law in accordance with the Constitution. In some exceptional cases, the Constitution

is directly applicable. Moreover, the influence of fundamental rights written in Portuguese Constitution, as well as other human rights such as derived from case law of ECtHR and also the influence of the CJEU in protecting fundamental freedoms have played a major role, in different areas of law, from contract law to family law and intellectual property.

As the Portuguese legal order does not allow a direct claim to the Constitutional Court, the debate around fundamental rights must follow the hierarchy of judicial courts and only at a later point can the Constitutional Court decide. This system – together with legal education in the last 30–40 years – has led to a great importance of fundamental rights in the legal discourse and gave rise to imaginative approaches to cases, whereby sometimes dramatic changes in private law occurred due to the influence of human rights. We could give the example of consumer law (e.g., the decision taken by the Constitutional Court no.153/90, where it stated that the limitation of liability cannot deprive the consumer's legal guarantee of reimbursement of damages caused by defaulting debtor's conduct. Even more striking was the influence in family law in areas of filiation and the rights of non-married couples. Just to stress a couple of examples.

On the other hand, Portuguese case law and literature have been taking into consideration the evolutions of human rights at European level.

Thus, in conclusion, we could state that Portuguese Law follows the monistic paradigm and a correct interpretation of private law must include the generous catalogue of fundamental rights of our Constitution as well as the Strasbourg case law.

References

- Abrantes, J. J. 2005. *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Alexy, R. 1993. *Teoría de los derechos fundamentales*, (trans: Ernesto Garzón Valdés, from the original German edition. *Theorie der Grundrechte*. 1986). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Andrade, C. 1996. *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Bar, C. von. 1998. *The Common European Law of Torts, I*. Oxford: OUP.
- Brügge-meier, G., Ciacchi, A. C., and Commandé, G. 2010. *Fundamental Rights and Private Law in the European Union*. Cambridge: CUP.
- Campos, L. de. 1987. A vida, a morte e a sua indemnização, in *Boletim do Ministério da Justiça*: 365.
- Canaris, C.-W. 2003. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, (trans: Ingo Wolfgang Sarlet and Paulo Mota Pinto, from the original German version, *Grundrechte und Privatrecht*). Coimbra: Almedina.
- Canotilho, G., and Moreira, V. 1993. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Canotilho, J.J. Gomes, and Moreira, V. 2007. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Canotilho, José, and Joaquim Gomes. 2004. *Dogmática de Direitos Fundamentais e Direito Privado in J.J. Gomes Canotilho, Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Carvalho, O. de. 1973. Les droits de l'homme dans le droit civil portugais in *BFD*. Vol. 491:1.

- Coelho, P., and Oliveira, G. 2001. *Curso de Direito da Família*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Coelho, P., and Oliveira, G. 2008. *Curso de Direito da Família*, Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora.
- Cordeiro, A. M. 2001. Os Direitos de Personalidade na Civilística Portuguesa in ROA. Year 61. Vol. III:1229.
- Cordeiro, A. M. 2001. Os Direitos de Personalidade na Jurisprudência Portuguesa, in ROA.
- Correia, F. A. 2003. Os Direitos Fundamentais e a sua Protecção Jurisdicional Efectiva, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Vol. 79:63.
- Dinis, J. 2001. Dano Corporal em acidentes de Viação in CJ-STJ, 7.
- Dray, G. 2006. *Direitos de Personalidade - Anotações ao Código Civil e ao Código do Trabalho*. Coimbra: Almedina.
- Gerven, W. van, Lever, J., Larrouche, P., Bar, C. von, and Viney, G. 1997. *Tort Law – Scope of Protection*, Oxford: Hart Publishing.
- Hondius, E., Van Dam, C., and Von Bar, Ch. 1994. *Deliktsrecht in Europa*. Koln: Carl Heymans Verlag.
- Kern, G. 2010. “Portugal”, in *Fundamental Rights and Private Law in the European Union*, Brüggemeier, Ciacchi, G. A. Colombi, and Commandé, G. Volume I: A Comparative overview. Cambridge: CUP.
- Koziol, H. 2007. Wrongful Death – Basic Questions, in *European Tort Law*, Koziol, H., and Steininger, B, Springer.
- Leitão, L. M. 2001. *O Ensino do Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina.
- Leite, S. 2003. A União de Facto em Portugal in *Revista de Estudos Demográficos*. Lisboa: INE.
- Matos, F. A. 2011. *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*. Coimbra: Almedina.
- Monteiro, A. P. 1990. *Cláusula Penal e Indemnização*. Coimbra: Almedina.
- Monteiro, A. P. 1985. *Cláusulas de limitação e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina.
- Monteiro, J. S, Ramos, R. M, and Hörster, H. 1994. *Landesbericht Portugal», in Deliktsrecht in Europa*, in Christian v. Bar (Hrsg.). Koln, Carl Heymans Verlag.
- Monteiro, J. S. 2001. Assinatura electrónica e certificação (A Directiva 1999/93/CE e o Decreto-Lei no. 290-D/99, de 2 de Agosto) in RLJ: 261–272.
- Monteiro, S. 2003. “Portugal”, in *Pure Economic Loss in Europe*. Cambridge: Bussani/Palmer.
- Moura, D. 2001. *Da Responsabilidade Pré-contratual em Direito Internacional Privado*. Coimbra: Almedina.
- Pereira, A. 2005. 2006. In *European Tort Law*, Koziol, H., and Steininger, BC.
- Pereira, A. 2003. Portugal. In Koziol, H., and Steininger, B.C., *European Tort Law 2002*, Springer.
- Pereira, A. 2004. Brazil. In Koziol, H., and Steininger, B., *European Tort Law 2003*. Springer.
- Pereira, A. L. D. 2008. *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*. Coimbra: Almedina.
- Pinto, C. A. M. 2005. *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.th ed. António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra Editora. Coimbra: Coimbra Editora.
- Pitão, F. 2000. *União de Facto no Direito Português*. Coimbra: Almedina.
- Rainer, J.M. 2002. *Europäisches Privatrecht: Die Rechtsvergleichung*, Frankfurt am Main: Peter Lang.
- Ramos, R. M. M. 2001. *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a Protecção dos Direitos Fundamentais em Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*. Coimbra: Coimbra Editora. 964 ff.
- Ribeiro, J. S. 1998. *Constitucionalização do Direito Civil*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. 74. 729 ff.
- Ribeiro, J. S. 2007. *Direito dos contratos – Estudos*. Coimbra: Almedina.
- Ribeiro, J. S. 1999. *O problema do contrato – As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina.
- Rogers, H. “Death an Non-pecuniary Loss,” in Koziol, H. / Steininger, B. *European, 2007 Tort Law*. 2006, Springer.
- Sarlet, I. W. 2004. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

- Sousa, R. C. 1995. O Direito Geral de Personalidade. Coimbra: Coimbra Editora.
- Tunc, A. 1981. La Responsabilité Civile. Paris: Economica.
- Varela, J. A. 1972. Rasgos inovadores do código civil português de 1966, in BFD.
- Varela, J. A. 2000. Das Obrigações em Geral. Coimbra: Coimbra Editora.
- Vasconcelos, P. P. 2006. Direito de Personalidade. Coimbra: Almedina.
- Vieira de Andrade, J. C. 2004. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Coimbra: Almedina.
- Zimmermann, R. in Koziol, H. and Steininger, B. 2004. *European Tort Law* 2003. Springer.
- Zweigert, K. and Kötz, H. 1998. An Introduction to Comparative Law, Oxford University Press.

Chapter 17

The Influence of Fundamental Rights in Slovene Private Law

Petra Weingerl

17.1 Introduction

17.1.1 Historical Background

In the Republic of Slovenia (hereinafter Slovenia) the modern concept of human rights and basic rights (hereinafter also fundamental rights) had been introduced almost a quarter of a century ago, when Slovenia gained its independence from the Socialist Federal Republic of Yugoslavia. After gaining independence in June 1991, the *Constitution of the Republic of Slovenia*¹ was adopted and was entered into force on 23 December 1991. It is a modern constitution, based upon the principles that are typically found in modern European constitutional legal orders: democracy, the rule of law, the principle of a welfare state, and the principle of separation of powers.² It provides an extensive catalogue of human rights and fundamental freedoms. Human dignity, as the source and the common expression of all human rights, forms the foundation of the Slovenian constitutional order.³ With independence, the process of a transition into a contemporary democratic political social order based on a

¹Ustava Republike Slovenije (The Constitution of the Republic of Slovenia), the Official Gazette of the RS, Nos. 33/91-I et seq.

²National report prepared by the Slovenian Constitutional Court for the XVIIth Congress of the Conference of European Constitutional Courts 2014, 'The Co-operation of Constitutional Courts in Europe – Current Situation and Perspectives' 3, accessible at <http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-kongress/downloads/landesberichte/KF-Slovenie-EN.pdf> (hereinafter The Constitutional Court's Report).

³The Constitutional Court's Report, p. 3.

P. Weingerl (✉)
Faculty of Law and University College, University of Oxford,
High Street, Oxford OX1 4BH, UK
e-mail: petra.weingerl@univ.ox.ac.uk

respect for human rights and the principles of a state governed by the rule of law thus began.⁴

The introduction and the development of the concept of fundamental rights in Slovenia and the influence of fundamental rights in Slovenia's system of private law need to be seen from a historical perspective, taking into account that the territory of the today's Republic of Slovenia was part of different state formations through the twentieth century, which significantly influenced the development of the concept of both fundamental rights, as well as of private law in our legal system.

Slovenian territory formed part of the Austrian Empire and the Austro-Hungarian Empire until the end of the Great War and was subsequently part of different state formations throughout the twentieth century, from the State of Slovenes, Croats, and Serbs, Kingdom of Yugoslavia, to the Federal Socialistic Republic of Yugoslavia, and finally independent Slovenia in 1991. In the field of private law, for more than 100 years the *Austrian Civil Code* (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (hereinafter *ABGB*)) of 1811, the oldest European civil codification after the *French Civil Code* of 1804, was the formal legal source governing private relationships on what is considered to be nowadays Slovenian territory. After the dissolution of the Austro-Hungarian Empire, the *ABGB* remained in force until the end of the Second World War, when the Slovenian territory became part of socialistic Yugoslavia. In 1946, the *Law on the invalidity of legal regulations enacted prior to 6 April 1941 and during enemy occupation*⁵ was enacted. It repealed pre-war legal provisions; however, they could still be applied as legal norms until new provisions were adopted, provided that they were not contrary to the legal order of the new state. Thus, the provisions of the *ABGB* were formally repealed; however, in practice, its content was pragmatically applied as legal norms also after the Second World War.⁶

Despite the crucial changes in the political and social system brought on by the socialistic state after the Second World War, private law remained part of the legal system (Juhart 2013, 56). In some areas of private law new laws were adopted, mainly in the second part of 1970s; for example, in the area of family and inheritance law (1976), law of obligations (1978), and property law (1980), thus the frequency and the number of legal norms of the *ABGB* that were still applicable in practice was diminishing.

After gaining independence in 1991, new 'Slovenian' laws have been gradually adopted in the fields of private law. For example, the *Code of Obligations*⁷ in 2001 (entered into force in 2002) and the *Law of Property Code*⁸ in 2002 (entered into force in 2003). In the field of family and inheritance law, the Yugoslav act of 1976 is still in force, as the new *Family Code* was rejected in the referendum in 2012, mainly due to the contested provision on the possibilities of allowing homosexuals

⁴ See the website of the Slovenian Constitutional Court, accessible at <http://www.us-rs.si/en/about-the-court/institution/position/>.

⁵ The Official Gazette of the Federal Republic of Yugoslavia 86-605/46.

⁶ *ibid.*

⁷ *Obligacijski zakonik* (Code of Obligations), Official Gazette of the RS No. 83/01 et seq.

⁸ *Stvarnopravni zakonik* (Law of Property Code), Official Gazette of the RS No. 87/02 et seq.

to adopt step-children. In March 2015, the Parliament enacted the amendment of the old act that puts heterosexual and same-sex marriages on an equal footing. Currently, it is unclear whether the Constitutional Court will allow the referendum again; in the meantime, the constitutional provisions on referendum have been amended, prohibiting referendums on laws eliminating unconstitutionality in the field of human rights and fundamental freedoms or any other unconstitutionality.⁹ In the areas where there is a *lacuna* or a legal vacuum, provisions governed by the Yugoslav laws and also the *ABGB* provisions (see for example Juhart 2013, 71; Trstenjak 2013, 127, see especially fn. 4) are still applicable, if they do not contradict the Slovenian legal order.

17.1.2 Sources of Fundamental Rights

The sources of fundamental rights in Slovenia can be divided into sources at the national, regional and international level. At the national level, the most important source of fundamental rights is the *Constitution* of the Republic of Slovenia (hereinafter the *Constitution*). The *Constitution* has a classical constitutional content (*materia constitutionis*), comprising also provisions concerning human rights and fundamental freedoms. The catalogue embracing human rights and fundamental freedoms forms the first part of the *Constitution*, and is laid down in the second chapter in Articles 14–65. It comprises five groups of fundamental rights: (1) fundamental and basic rights and freedoms; (2) personal rights and freedoms; (3) political rights and freedoms; (4) economic and social rights; (5) rights of minorities. Some fundamental rights can be found also in other parts of the *Constitution*, especially in its third part on economic and social relations (Kaučič and Grad 2003, 101).

Article 15 of the *Constitution*, governing exercise and limitation of rights, provides that human rights and fundamental freedoms shall be exercised *directly* on the basis of the *Constitution*. It further explains that the manner in which they are exercised may be regulated by law whenever the *Constitution* so provides or where this is necessary due to the particular nature of an individual right or freedom. This Article provides that human rights and fundamental freedoms shall be limited only by the rights of others and only in cases provided for by the *Constitution*. If they are violated, judicial protection and the right to obtain redress shall be guaranteed.

Notably, the fifth paragraph of Article 15, containing the so-called maximization clause as regards to international human rights, reads that no human right or fundamental freedom regulated by legal acts in force in Slovenia may be restricted on the grounds that the *Constitution* does not recognise that right or freedom or recognises it to a lesser extent. Consequently, the constitutional protection is granted also to

⁹Article 90 of the Constitution, as amended by the Constitutional Act Amending Articles 90, 97, and 99 of the Constitution of the Republic of Slovenia, which was adopted on 24 May 2013 and entered into force on 31 May 2013, Official Gazette of the RS No. 47/13.

fundamental rights governed by international treaties; for example, the *European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms* (the *ECHR*).¹⁰

Besides the *Constitution*, important sources of fundamental rights are also *laws*.

The source of fundamental rights can also be *judicial decisions*, especially decisions of the Constitutional Court. It is an autonomous and independent state authority. The Constitutional Court exercises extensive jurisdiction intended to ensure effective protection of constitutionality and for the prevention of violations of human rights and freedoms.¹¹ The *Constitution* contains a special chapter on the Constitutional Court, in which it provides that the Constitutional Court is composed of nine judges, elected from among legal experts on the proposal of the President of the Republic by the National Assembly in a manner provided by law.¹² It determines the powers of the Constitutional Court in Article 160, and provides that proceedings before it shall be regulated by law.¹³ No appeal is allowed against decisions and orders issued in cases within the jurisdiction of the Constitutional Court. The *Constitution* provides in Article 167 that Constitutional Court judges enjoy the same immunity as National Assembly deputies. The constitutional position of the Constitutional Court as an independent and autonomous body exercising constitutional review is further regulated by the *Constitutional Court Act*, which entered into force on 2 April 1994.¹⁴

ECHR At the regional level, Slovenia is a member state of both main European formations, the Council of Europe and the European Union (EU). As the member state of the Council of Europe, it is committed to respecting the *ECHR*. The *ECHR* was adopted by the member states of the Council of Europe in 1950 in Rome, and it has been effective since 1953. Slovenia ratified it together with its Protocols 1–7 and 9–11 in 1994.

The Constitutional Court fairly frequently refers to the *ECHR* and the jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECtHR). In so doing, it adopted different approaches to the assessment of a violation of a human right from the perspective of the *ECHR*. As a general rule, if the scope of a right from the *Constitution* matches that of the right from the *ECHR* or even exceeds it, then formally only the *Constitution* serves as the criterion for the assessment of the Constitutional Court.¹⁵ If the *Constitution* does not guarantee a particular human right or it guarantees such to a lower degree than the *ECHR*, the assessment of the alleged violation or the disputed legislation is conducted from the viewpoint of its

¹⁰The Constitutional Court's Report, p. 10.

¹¹ See the website of the Constitutional Court, accessible at <http://www.us-rs.si/en/about-the-court/institution/position/>.

¹² Article 163 of the Constitution.

¹³ Article 162(1) of the Constitution.

¹⁴ Zakon o ustavnem sodišču (Constitutional Court Act), Official Gazette of the RS No. 64/07 et seq. See the website of the Constitutional Court, accessible at <http://www.us-rs.si/en/about-the-court/institution/position/>.

¹⁵The Constitutional Court's Report, p. 8.

consistency with the *ECHR*.¹⁶ Thus, the Constitutional Court can directly apply the *ECHR* as a criterion for its assessment of the challenged law, or, in constitutional complaint proceedings, it directly establishes the violations of rights determined by the *ECHR*.¹⁷

As the Constitutional Court submitted, with regard to the frequency with which it refers to the *ECHR* and to the case law of the ECtHR, it can be established that it applies the *ECHR* and the case law of the ECtHR as a part of constitutional law.¹⁸ Thus, the *ECHR* possesses the legal force of a constitution.¹⁹

The Constitutional Court expressly emphasised in its jurisprudence that it is bound by the case law of the ECtHR regardless of the fact whether it was adopted in a case in which the Republic of Slovenia was not itself a party to proceedings before the ECtHR.²⁰

European Union and the Charter of Fundamental Rights of the European Union Slovenia has been a EU Member State since 2004. The Constitutional Court expressly held that fundamental principles of EU law, as laid down in the Treaties, or developed by the case law of the Court of Justice of the EU (CJEU), are internal constitutional principles that bind with the power of the *Constitution*.²¹ It also stressed that courts must apply EU law of their own motion, as it follows from the case law of the CJEU (the Constitutional Court referred to the Judgments in the case C-312/93, *Peterbroek Van Campenhout & Cie SCS v. Belgium*, and in joined cases C-430/93 and C-431/93, *Van Schijndel and van Veen v. Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*).²²

The most important legal instrument governing fundamental rights in the EU is the *EU Charter of Fundamental Rights of the EU* (the *Charter*), which was proclaimed in 2000 and is legally binding since the Lisbon Treaty's entry into force in 2009, thus being part of the primary EU law. Human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights are values that were already embedded in the EU Treaties. The *Charter* has reinforced them. The *Charter* brings together into a single document the fundamental rights protected in the EU. It contains rights and freedoms under six titles: Dignity, Freedoms, Equality, Solidarity, Citizens' Rights, and Justice. It entrenches all of the rights found in the case law of the Court of Justice of the EU; the rights and freedoms enshrined in the *ECHR*; and other rights and principles resulting from the common constitutional traditions of

¹⁶ *ibid.*, p. 9.

¹⁷ *ibid.*, p. 9.

¹⁸ *ibid.*, p. 10.

¹⁹ *ibid.*

²⁰ See the Decision of the Constitutional Court No. U-I-65/05, 29 September 2005, para. 12.

²¹ The Decision of the Constitutional Court No. U-I-155/11, 18 December 2013, para. 14.

²² The Decision of the Constitutional Court No. Up-1201/05, 6 December 2007, para. 10. For the account of the impact of the case law of the CJEU on the so-called 'Europeanization' of private law see, for example, Weingerl (2014a, b). On the influence of the EU law in public law sphere see, for example, Ferčič and Samec (2014).

EU countries and other international instruments.²³ It is a modern codification and includes ‘third generation’ fundamental rights, such as data protection, guarantees on bioethics, and transparent administration.²⁴ The *Charter* is consistent with the *ECHR*. When the *Charter* contains rights that stem from the *ECHR*, their meaning and scope are the same.²⁵

So far, the Constitutional Court has not yet dealt with a case in which it would have to apply the *Charter* as a direct criterion for its assessment; however, it has referred to it from a comparative law perspective in which it served as an additional argument for the interpretation of constitutional provisions.²⁶ Moreover, in a few cases the Constitutional Court defined the content of constitutional provisions by referring to the content of the *Charter*.²⁷

For example, in the decision *U-I-92/07* the Constitutional Court reviewed the manner of regulation of the registration and functioning of religious communities in Slovenia.²⁸ It emphasised that with the entry into force of the Treaty of Lisbon the *Charter* became legally binding and that, under Article 10, it guarantees the freedom of thought, conscience and religion.

Other Regional Instruments Slovenia has also ratified other documents of the Council of Europe; for example, the *European Social Charter* and the *European Convention on the Exercise of Children’s Rights*. The *European Social Charter* was adopted by the member states of the Council of Europe in 1961 in Torino, whilst Slovenia ratified it in 1999. It is a Council of Europe treaty that guarantees social and economic human rights.

The *European Convention on the Exercise of Children’s Rights* was adopted in 1996 and entered into force in 2000. It states that the rights and best interests of children should be promoted and that they should have the opportunity to exercise their rights, especially in family proceedings.

International Instruments At the international level, the most important source of fundamental rights is the *United Nations’ Universal Declaration of Human Rights* of 1948. The *Universal Declaration of Human Rights*, together with the *International Covenant on Civil and Political Rights* of 1966, and its two Optional Protocols and the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* of 1996 forms the so-called *International Bill of Human Rights*.

²³ See the European Commission’s webpage on EU Charter of Fundamental Rights, accessible at http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/charter/index_en.htm.

²⁴ *ibid.*

²⁵ See Article 52(3) of the Charter, which reads as follows: ‘In so far as this Charter contains rights which correspond to rights guaranteed by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the meaning and scope of those rights shall be the same as those laid down by the said Convention. This provision shall not prevent Union law providing more extensive protection.’

²⁶ The Constitutional Court’s Report, p. 10.

²⁷ *ibid.*

²⁸ The Decision of the Constitutional Court No. U-I-92/07, 15 April 2010.

With regard to the *Universal Declaration of Human Rights* from 1948, the Constitutional Court adopted the position that it expresses customary international law and that the parties can directly rely on it before the Constitutional Court.²⁹

17.1.3 Applicability of Fundamental Rights in Horizontal Relations

In the legal sense, human rights are entitlements of the individual that he or she possesses in relation to the State (Kaučič and Grad 2003, 91). The core characteristic of a human right is not solely its entitlement, but also its legal protection, which is usually enforceable (Kaučič and Grad 2003, 91). From this perspective, fundamental rights represent the limitations of the State's power, especially the protection against its arbitrariness (Kaučič and Grad 2003, 91).

In Slovenia, all courts have a duty to take into account fundamental rights laid down in the *Constitution* and the *ECHR*. Slovenian legal scholarship has accepted that constitutional fundamental rights have direct effect, which follows from the express wording of the *Constitution* (see also Besselink 2012). Article 15, governing exercise and limitation of rights, provides that human rights and fundamental freedoms shall be exercised directly on the basis of the *Constitution*.

The Supreme Court of the Republic of Slovenia addressed the issue of direct applicability of constitutional fundamental rights in its decision *II Ips 737/2005*, in which the protection of personality rights was balanced against the freedom of expression.³⁰ The case dealt with a newspaper article in which the journalist described the applicant as the 'mafia godfather' whose final destination will be prison. The article allegedly caused applicant's mental suffering due to harmed honour and good name. In this case, two constitutional fundamental rights collided, the right to personal dignity (Article 34 of the *Constitution*) and freedom of expression (Article 39 of the *Constitution*). The applicant claimed that the defendant cannot rely on the constitutional right in the relation to the applicant. The Court replied that it is true that freedom of expression is given especially against the public authority; however, this does not mean that it is not also provided in private relations. It referred to theories of tertiary (horizontal) application of the fundamental rights (German *Drittwirkung der Grundrechte*), which do not exclude the effect of the constitutional rights of the private party, and attempted to answer the question of what effect they do have on the horizontal legal relations. The Constitutional Court reasoned that according to the theory of direct effect, the constitutional rights apply directly in horizontal legal relationships. According to the theory of indirect effect, they apply only indirectly through general clauses and vague legal concepts. However, the Constitutional Court stated that this is not relevant in the case at hand,

²⁹ See the Order of the Constitutional Court No. Up-97/02, 12 March 2004, para. 4; the Order of the Constitutional Court No. Up-114/05, 13 June 2004, para. 2.

³⁰ The Supreme Court decision, *II Ips 737/2005*, 03 April 2008.

since on the basis of Article 15 of the *Constitution* human rights and fundamental freedoms are exercised directly on the basis of the *Constitution*.

17.2 Law of Obligations

17.2.1 Introductory Remarks

The Slovenian law of obligations is primarily governed by provisions laid down in the *Code of Obligations*, which entered into force in 2002, replacing Yugoslav *Obligations Act* adopted in 1978. As noted elsewhere, although the socialistic regime fundamentally changed the role of the law and of the judicial system, it did not have an equal impact on all fields of law. One good example of this is the law of obligations, as apart from a few exceptions, the Yugoslav *Obligations Act* was really modern and comparable to some Western civil (obligations) codes (Trstenjak 2000, 77; Možina 2008, 173; Juhart 2013, 59). Both mentioned acts and their content have built upon the *ABGB*, which is arguably still in force in Slovenia as a secondary legal source in circumstances where there is a legal vacuum. The ‘Slovenian’ *Code of Obligations* is in fact the modified Yugoslav *Obligations Act* with a fresh numbering of articles, as apart from the regulation of some contract types that were previously unregulated in the Yugoslav *Obligations Act* and some minor changes, with no conceptual reforms, the modifications were mostly of a ‘cosmetic’ nature (Možina 2008, 175).

17.2.2 The Unitary Approach to the Law of Damages

The Slovenian *Code of Obligations* governs both the obligations arising out of the contract and the non-contractual obligations. Its provisions governing contract and tort law build on the Yugoslav *Obligations Act*’s regulation, which has modelled its provisions on the basis of the *ABGB* and its approach – *the unitary approach to the law of damages* (Možina 2013, 349). Thus, the provisions on non-contractual (delictual) liability are applied both for contract and tort, in so far as there is no special provision laid down for contractual relations. This is reflected in Article 246 of the *Code of Obligations* governing the application of provisions on reimbursement of damage, providing that ‘Unless stipulated otherwise in the provisions of this subsection, the provisions of the present code on the reimbursement of non-contractual damage shall apply to the reimbursement of damage occurring through the breach of a contractual obligation.’³¹

³¹ Article 246 of the Code of Obligations.

Once the liability for damage is established, either through a breach of a contractual provision or through an unlawful interference with the legally protected interests of another person, its content is in principle the same (see Možina 2013, 350). In contrast to German or Austrian regulation, the Slovenian law of obligations does not distinguish between delicts and contracts according to legally protected interests, thus the notion of legally protected damage is the same.³² The *non-pecuniary damage* is compensated in both contract and tort. As provided by the *Code of Obligations*, just monetary compensation shall pertain to the injured party for physical distress suffered, for mental distress suffered owing to a reduction in life activities, disfigurement, the defamation of good name or reputation, the truncation of freedom or a personal right, or the death of a close associate, and for fear.³³

However, there are also differences in regulation of the contract and tort concerning the civil liability and compensation of the harm. In tort, the liability is established on the basis of the principle of fault. The *Code of Obligations* provides that ‘any person that inflicts damage on another shall be obliged to reimburse it, unless it is proved that the damage was incurred without the culpability of the former’.³⁴ However, in a case where the material damage and activities result in major risk of damage to the environment, and in other cases defined by law, persons shall be liable for damage irrespective of culpability.³⁵ Therefore, in tort the principle of fault is the rule, and strict liability irrespective of culpability is the exception. In contrast, concerning contractual liability, a person can be released of the contractual liability solely in the case if it is shown that the debtor was unable to perform the obligation or was late in performing the obligation owing to circumstances arising after the conclusion of the contract that could not be prevented, eliminated or avoided.³⁶ Thus, the principle of fault does not apply in relation to contractual liability, as contractual liability can be described as some sort of subjective-objective theory of liability, arguably closer to the objective conception of liability than to the subjective one.³⁷

17.2.3 *The Influence of Fundamental Rights in Contract*

As aforementioned, provisions governing contract law are mainly found in the *Code of Obligations*. Further, provisions that also have an impact on contract law are governed by the *Consumer Protection Act*,³⁸ adopted in 1998, which is *lex specialis* to the *Code of Obligations*. The last amendment of the latter act was adopted in May

³² *ibid.*

³³ Article 179(1) of the Code of Obligations.

³⁴ Article 131(1) of the Code of Obligations.

³⁵ Articles 131(1) and (3) of the Code of Obligations.

³⁶ Article 240 of the Code of Obligations.

³⁷ See for example Možina (2013, 351), arguing that the principle of fault does not apply in the contract law, and that contractual conception of liability is closer to objective conception.

³⁸ Zakon o varstvu potrošnikov (Consumer Protection Act), Official Gazette of the RS No. 98/04 et seq.

2014, mostly implementing the *EU Consumer Rights Directive*.³⁹ The *Consumer Protection Act* governs special rules on limitations of party autonomy in relations between sellers and consumers regarding unfair contract terms, guarantees for the proper functioning of goods, contracts of sale, instalment sales, doorstep selling, distance contracts, time-share contracts, and producer's liability. Although Slovenia was not yet formally a Member State of the EU at the time of its adoption, some of the provisions were modelled according to the EU directives, whilst in 2002, as part of the accession procedure, the *Consumer Protection Act* was amended to implement the whole EU consumer protection *acquis*. In consumer contracts, the *Code of Obligations* is still applicable as *lex generalis* regarding matters not regulated in the *Consumer Protection Act*.⁴⁰ There are also other laws that have an impact on contract law to a certain extent, for example the *Consumer Credit Act*.⁴¹

Freedom of Contract and the Weaker Party Protection Basic principles governing all obligational relationships are provided by the first part of the *Code of Obligations*.⁴² Freedom of contract or party autonomy is recognised as a central principle of Slovenian contract law. The provision governing this freedom also immediately sets limits to it, as it provides that individuals shall be free to regulate contractual relationships (obligations), but may not contravene the *Constitution*, compulsory regulations or moral principles.⁴³ Other general principles governing the law of obligations are the optional nature of the legal provisions (*ius dispositivum*), equality of participants in contractual relationships, principle of conscientiousness and fairness, diligence, the prohibition of abuse of rights, the principle of equal value of performance, duty to perform obligations (*pacta sunt servanda*), and the prohibition to inflict damage on another person (*neminem laedere*).⁴⁴ Concerning the principle of abuse of rights, Article 7 of the *Code of Obligations* provides: 'In exercising their rights, contractual parties must refrain from action by which the performance of the obligations of other parties would be rendered more difficult. Any action by which the holder of a right acts with the sole or clear intention of harming another shall be deemed as an abuse of the right.'⁴⁵

Freedom of contract is not absolute. There is a parallelism between freedom and equality, and also the *Code of Obligations* stresses in Article 4, in the provision following the freedom of contract provision, that participants in contractual relationships shall be equal. The equality is legal. The law cannot impact economic

³⁹Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council, OJ L 304, 22.11.2011.

⁴⁰Article 1(2) of the Code of Obligations.

⁴¹Zakon o potrošniških kreditih (Consumer Credit Act), Official Gazette of the RS No. 77/04 et seq.

⁴²Article 1 of the Code of Obligations.

⁴³Article 3 of the Code of Obligations.

⁴⁴See Title I of the Code of Obligations (Basic Principles).

⁴⁵Article 7 of the Slovenian Code of Obligations.

inequality among the parties; however, it can interfere in cases when the economically stronger party wishes to influence the contractual relations with another party, to create an inferior legal position for the latter (Cigoj 2003, 18). Thus, attaining equality in the sense of non-discrimination requires more than simple, formal equal treatment (Ciacchi 2010, 303). It means embracing a substantive understanding of equality, which includes the need for positive action to counterbalance existing factual and social imbalances that put individuals in an unequal position (Ciacchi 2010, 303). Traditionally, freedom of contract and weaker party protection has been understood to be conflicting principles, with legislative rules providing the weaker party with protection mostly seen as exceptions to the principle of freedom of contract (Ciacchi 2010, 303). In contrast, some authors endorse the proposition that fairness and solidarity should be the guiding principles in contract law (Ciacchi 2010, 303).

The *Code of Obligations* contains several provisions which aim to restore contractual imbalance. For example, it contains a provision on usurious contracts, providing that ‘if anyone exploits another’s distress, severe financial problems, or the inexperience, recklessness or dependence thereof, and reserves for the former or for a third person benefits that are in clear disproportion to what the former provided or did or undertook to provide or do, such a contract shall be null and void’.⁴⁶ Article 122(1) on the nullity of general terms and conditions in contracts provides that the court may reject the application of individual provisions of general terms and conditions that remove another party’s right to object or appeal, or provisions based on a party losing contractual rights or deadlines or that are *otherwise unjust or too strict for the party*. Moreover, provisions in an insurance contract are, in principle, of the mandatory nature, whilst non-mandatory are only those provisions that are expressly defined by law, with the aim of the protecting insured persons as a weaker party to the contract.⁴⁷

The substantive understanding of party autonomy has also been subtly acknowledged by the Slovenian Constitutional Court. A credit agreement with an excessive interest rate could be null and void if the requirements for the usurious contract laid down in Article 119 of the *Code of Obligations* are met. However, if these requirements are not met, the contract with an excessive interest rate could theoretically have been deemed immoral and thus declared null and void on the basis of immorality.⁴⁸ However, Slovenian civil courts were reluctant to avoid a contract solely on the basis of the immorality clause, and required the applicability of other, more specific causes of action, such as impermissible subject matter of the contract, impermissible motive, or, indeed, usury (Ciacchi 2010, 303).

⁴⁶ Article 119(1) of the Code of Obligations.

⁴⁷ See the Decision of the Appellate Court in Celje, VSC Cp 356/2009, 28 May 2009.

⁴⁸ Article 86(1) of the Code of Obligations reads: ‘A contract that contravenes the Constitution, compulsory regulations or moral principles shall be null and void if the purpose of the contravened rule does not assign any other sanction or if the law does not prescribe otherwise for the case in question.’

This position of the Slovenian civil courts was challenged by the Constitutional Court. It found that the autonomy of both contractual parties was protected by the *Constitution* of 1991, namely in Article 35 (protection of personality rights)⁴⁹ and Article 74 (freedom of business).⁵⁰ On this basis, the Constitutional Court held that the validity of contracts which evidently violated basic principles of contract law such as good faith and fair dealing, equal performance, or prohibition of abuse of rights, had to be examined by civil courts regardless of whether they could be qualified as usurious.⁵¹ Thus, the Constitutional Court's decision means that general principles allow courts to intervene even where the agreement is not found to be usurious. The Constitutional Court justifies such limitation of the freedom of contract in the area of interest rates by the public interest and the need to ensure social security, to ensure the constitutional principle that Slovenia is a state governed by the rule of law and a welfare state.⁵² This judgment is an example of horizontal effect of fundamental rights, in which the fundamental rights help to determine the rights and duties of the parties of a private law relationship, i.e. the content of private law provisions.

The Slovenian Supreme Court abandoned its restrictive jurisprudence on the immorality clause in 2005 (see Ciacchi 2010). It held that Article 86 of the *Code of Obligations* represented a direct legal basis for the nullity of a contract which evidently violated basic moral principles, such as the principle of good faith and the principle that freedom of contract is subject to limitations. Moreover, it suggested that a gross violation of the principle of equal performance could be sanctioned by Article 86 of the *Code of Obligations* independently of the usury in the contract.⁵³

Another example of the collision of the party autonomy and the principle of the equality between parties is the judgment delivered by the Appellate Court in Koper, dealing with the interpretation of a brokerage contract in the light of the principle of fairness governed by Article 5 of the *Code of Obligations* (or then Article 12 of the *Yugoslav Obligations Act*).⁵⁴ The case concerned a brokerage contract, under which the applicant (a real-estate broker) and the defendant agreed that the applicant will find a buyer for defendant's house and the defendant will pay a provision (2 %). Further, they agreed that in the case that the contract was not concluded, the defendant must pay a 5 % commission. The court held that the contractual provision obliging the defendant to pay 5 % commission (2.5 times the provision) is too strict, contrary to the principle of fairness and to the principle of party equality.

⁴⁹ Article 35 of the Constitution reads: 'The inviolability of the physical and mental integrity of every person, his privacy and personality rights shall be guaranteed.'

⁵⁰ Article 74(1) of the Constitution reads: 'Free economic initiative shall be guaranteed.'

⁵¹ The Decision of the Constitutional Court No. U-I-202/93, 6 October 1994.

⁵² Article 2 of the Constitution. See also the Decision of the Supreme Court of the Republic of Slovenia, II Ips 386/2001, 21 November 2002.

⁵³ The Decision of the Supreme Court of the Republic of Slovenia, II Ips 409/2004, 07 April 2005.

⁵⁴ The Decision of the Appellate Court Koper, Cp 611/2007, 15 April 2008.

17.2.4 *The Influence of Fundamental Rights in Tort*

17.2.4.1 General

Also the provisions governing tort, or more precisely the non-contractual liability, are mainly found in the *Code of Obligations*. In principle, the *Code of Obligations*' provisions on damages govern tort and are applicable also to contractual obligations. Article 246 provides that provisions on reimbursement of damage governing non-contractual relations are applicable also for contractual relations, unless stipulated otherwise by law. For introductory remarks on damages in the Slovenian law of obligations see Sect. 17.2.2 of this report.

Non-contractual liability is grounded on the basic principle of the law of obligations, *neminem laedere*, governed by Article 10 of the *Code of Obligations*, which provides that each person shall be obliged to refrain from action by which damage could be inflicted on another person. Civil liability is liability to repair damage for which the person is liable. Damage is only that loss which is inflicted on the legally recognised interests (Cigoj 2003, 165). The difference in the source of non-contractual and contractual liability is the norm that is infringed – in the case of the non-contractual liability the legal norm is infringed, whilst in the case of the contractual liability the breached norm was agreed upon by the parties, which were in legal relation already prior to the occurrence of the loss (Cigoj 2003, 165).

Non-pecuniary Damages The Supreme Court of the Republic of Slovenia addressed the issue of the availability of non-pecuniary damages in the case of the alleged infringement of personal rights in the case *II Ips 737/2005*, in which the protection of personal rights was balanced against freedom of expression.⁵⁵ The case dealt with a newspaper article in which the journalist described the applicant as the 'mafia godfather' whose final destination will be prison. The article allegedly caused applicant's mental suffering due to harmed honour and good name. In this case, two constitutional fundamental rights collided, the right to personal dignity (Article 34 of the *Constitution*) and freedom of expression (Article 39 of the *Constitution*). The legal basis of the plaintiff's claim for compensation for the harmed honour and reputation represented the Article 200 of the Yugoslav *Obligations Act*, under which the court awards monetary damages for mental anguish suffered due to defamation of reputation and honour, if it finds that the circumstances of the case, and in particular the degree of pain and its duration, justify it. However, this provision does not define defamation of reputation and honour as a cause of mental pain. The Supreme Court held that the purpose of civil liability in this case is to protect personal rights and human dignity, however, such protection is not in the conflict with the need to critique, freedom of expression, the right to obtain information of public importance etc. This is reflected in the fact that rights and freedoms have its limits set by the equal rights or freedoms of others. The exercise of these freedoms and rights may be subject to restrictions to protect the reputa-

⁵⁵The Decision of the Supreme Court, *II Ips 737/2005*, 03 April 2008.

tion and fundamental rights of others. This protection also comprises of the inviolability of human integrity and personal rights and personal dignity (Articles 34 and 35 of the *Constitution*), which also bind the journalist in his work (freedom of assembly, receive and impart information and opinions within the meaning of the first paragraph of Article 39 of the *Constitution*). The assessment of whether the content of the published article is unacceptable and damaged the reputation and good name of someone else depends not only on the truth of the particular statement, but also on the manner in which this statement is written.

Another case in which non-pecuniary damages were awarded in relation to publications in the media is the case *I Cp 1808/2008*.⁵⁶ In this case the applicant, a singer, requested the court issue an order to prohibit the defendant from publishing photographs of the applicant, which had been taken on the Croatian island Lošinj, especially photos of her bare breasts or other intimate parts of her body, and non-pecuniary damages. The court held that publishing the applicant's photographs without her consent (even more: with her explicit opposition and despite an injunction) in a commercial magazine constitutes an interference with one aspect of her personal rights – a right to her own image. Moreover, as the applicant was photographed topless, the defendant also intervened with another dimension of the applicant's personal sphere – her intimacy, which is an integral part of her privacy.

The Appellate Court held that the defendant did not act according to his journalistic freedom of expression (Article 39 of the *Constitution*). Yellow tabloids are not protected by the freedom of journalistic expression (tabloids are primarily protected within the free economic initiative – the first paragraph of Article 74 of the *Constitution*). The Appellate Court ruled that in the case at hand it is not possible to identify any legally protected interest of the public to see the photographs of the applicant, showing her secretly filmed naked while in a remote location on vacation with her family. The court further held that a tabloid is a marketable product which sole purpose is either profit, the intention to harm someone or there is no intention at all, and there is no exercise of journalistic freedom of expression under Article 39 of the *Constitution*.

The first instance court awarded € 2,000 for the compensation of the non-pecuniary damage caused by this infringement. Such compensation is, in the opinion of the appellate court, too low in relation to the principles of individualization and strict conditionality of the amount of the compensation. The defendant has interfered with two aspects of the applicant's personal sphere. Moreover, the applicant expressly prohibited the publication of photos of her. Thus, the appellate court has raised the amount of damages awarded to € 5,000 to better comply with the substantive criteria set out in Article 179 of the *Code of Obligations*.

⁵⁶The Decision of the Appellate Court Ljubljana, VSL I Cp 1808/2008, 22 October 2008.

17.2.4.2 The Right to Privacy

The right to privacy and personality rights are protected by the joint constitutional provision, governed by Article 35 of the *Constitution*. This Article reads as follows: ‘The inviolability of the physical and mental integrity of every person and his privacy and personality rights shall be guaranteed.’

Civil Penalty Moreover, the *Code of Obligations* governs some types of civil penalty in Article 134, providing rules on requests to cease infringement of personal rights. It provides that all persons shall have the right to request the court or any other relevant authority to order that action that infringes the inviolability of the human person, personal and family life or any other personal right be ceased, that such action be prevented or that the consequences of such action be eliminated.⁵⁷ Further, this Article provides that the court or other relevant authority may order that the infringer cease such action, with failure to do so resulting in the mandatory payment of a monetary sum to the person affected, levied in total or per time unit.⁵⁸

Labour Law The special protection of privacy is provided also in the labour law. Regardless of whether the employee belongs to the public or private sector, he is entitled to process employees’ personal data solely pursuant to the law and only in exceptional cases also on the basis of personal consent of the employee. In labour relations, parties are in a situation of inequality in bargaining power, so the legislation in this area does not allow for party autonomy. Thus, the legislature decided to protect the interest of the weaker party (the employee) with legal provisions and thereby to limit the processing of personal data even in the private sector.

Balancing The number of court decisions dealing with the balancing of the right to privacy with other fundamental rights, most notably the freedom of expression is vast. Freedom of expression is governed by Article 39 of the *Constitution*, which reads as follows: ‘Freedom of expression of thought, freedom of speech and public appearance, freedom of the press, and other forms of public communication and expression shall be guaranteed. Everyone may freely collect, receive, and disseminate information and opinions. Except in such cases as are provided by law, everyone has the right to obtain information of a public nature in which he has a well founded legal interest under law.’ The Constitutional Court held in its jurisprudence that it pays special attention to the issues related to the relationship between freedom of expression and the right to privacy and protection of personal rights.⁵⁹

Journalism The Constitutional Court emphasizes the special importance of freedom of expression when it comes to journalism.⁶⁰ The first paragraph of Article 39 guarantees freedom of expression, freedom of speech and public appearance, to the press and other forms of public communication and expression. Anyone may freely

⁵⁷ Article 134(1) of the Code of Obligations.

⁵⁸ Article 134(2) of the Code of Obligations.

⁵⁹ The Decision of the Constitutional Court No. Up-570/09, 02 February 2012, para. 5.

⁶⁰ The Decision of the Constitutional Court No. Up-570/09, 02 February 2012, para. 5.

collect, receive and disseminate information and opinions. The Constitutional Court stresses that the freedom of expression is, in addition to the direct expression of one's personality in society, a fundamental constitutive element of a free democratic society. It held that freedom of the press and expression of opinions help to establish and create the impartially informed public.⁶¹ It recognizes a wide margin of freedom of the press as one of the cornerstones of modern democratic society, especially when reporting on topics that are in general public interest. It follows from the Constitutional Court's case law that the role and importance of freedom of expression is multi-layered.⁶² Its function is to protect the freedom to impart information and opinions (active aspect) as well as the freedom to receive, i.e. the right to be informed (passive aspect).

Public Figures In the case *II Ips 983/2006* the Supreme Court balanced the right to privacy and freedom of expression relative to the publication of allegations about the plaintiff's order for a murder.⁶³ In this case, the Supreme Court interpreted who falls under the reduced protection of privacy of public figures. It held that when the injured party's personal rights and the public's right to information collide, it is necessary to establish a balance between these fundamental rights and consider whether the claim truly justifies the necessity of the court's intervention. In a democratic society, the press has an important role, especially in regard to so-called public figures. This circle does not only include people in certain leading political or economic positions, as well as not only famous people from cultural life or show business, but also persons who are known to the public for other reasons and only within a certain period of time; for example, people who have been associated with well known criminal proceedings.

Fishing Expedition The right to privacy cases also deal with the issues of the unauthorized blind intrusion into an electronic mailbox (i.e. fishing expedition). In a case decided by the Appellate Court in Ljubljana, the applicant alleged that a journalist (photo reporter) photographed the monitor of the plaintiff's notebook computer, showing the e-mail that the applicant was reading.⁶⁴ The applicant was then a member of the Parliament and a candidate for the defence minister position. Photography of the open screen, showing the open e-mail was published on the website of the journal, accompanied with a short article that in most parts referred to the content of the private e-mail. The Supreme Court held that such an unauthorized intrusion is absolutely unacceptable. This applies both to hacking through a computer system, as well as to the invasion by technical means in the real world. The only criterion is a measure of the expected field of privacy.

In this decision the court set out criteria applied by the Constitutional Court and the Supreme Court in balancing the right to privacy and the freedom of expression. It held that in assessing the justification of the intrusion in the right to privacy it has

⁶¹ The Decision of the Constitutional Court No. UI-172/94, 09 November 1994.

⁶² The Decision of the Constitutional Court No. Up-2940/07, 05 February 2009.

⁶³ The Decision of the Supreme Court, II Ips 983/2006, 07 May 2009.

⁶⁴ The Decision of the Appellate Court Ljubljana, VSL II Cp 1300/2012, 15 May 2013.

to be considered which part of the individual's private life is at stake in an individual case (whether it is in the field of intimate and family life, the scope of private life, which does not take place in a public area, or in the public life of the individual). In so doing, the following rule was established: the less intimate the scope of the private life of an individual, the less legal protection enjoyed when there is a conflict with the interests and rights of other individuals. Another criteria to be taken into consideration are the characteristics of the individual who is subject to the intrusion (without the consent of the affected person journalists can write about their private life of persons that the public is interested – for this public figures can be distinguished absolute public figures and relative public figures – individuals that are interested to the public only in relation to a specific event). However, without the consent of public figures it is forbidden to publish information on their intimate life.

A Topic of High Public Interest The prevalence of journalistic freedom of expression over the right to privacy was determined in the Constitutional Court case *Up-570/09*.⁶⁵ In this case, the plaintiff claimed compensation for non-pecuniary damages caused by the unlawful interference with his personality rights when the newspaper published disputed articles on the bank's violations of regulations on the prevention of money laundering and expressly mentioned the plaintiff as a person that was depositing money. The first instance court awarded damages to the plaintiff at the expense of both the newspaper and the journalist. The Appellate Court held that the public has a right to be informed about the irregularities or violations of regulations on the prevention of money laundering in the bank. However, it held that the public has no legitimate interest in the disclosure of the full name and surname of the plaintiff in the capacity of a person that has carried out deposits, even if he is a successful entrepreneur and thereby a relatively public figure. In contrast, the Constitutional Court assessed that the Appellate Court, which by its decision protected the complainant's right to the protection of privacy and personality rights, did not establish a proper balance between the right of the plaintiff and the right of the complainants – a journalist and a newspaper company – to freedom of expression. The Constitutional Court assessed that it unjustifiably limited the leeway of the journalist and the newspaper to report about a topic of high public interest. In so doing, it inadmissibly interfered with the constitutionally protected core of the complainants' right to freedom of expression, governed by Article 39 of the *Constitution*.

Yellow Press Further, in the case *I Cp 1808/2008* the Appellate Court in Ljubljana held that the 'yellow press' is not protected by the journalistic freedom of expression governed by Article 39 of the *Constitution*.⁶⁶

The Appellate Court in Ljubljana dealt with the question of journalistic freedom of expression in relation to the political party's website.⁶⁷ It held that in cases where it comes to press coverage, the balance between the right to freedom of expression and the personality rights are often tilted in favour of freedom of expression, but the

⁶⁵The Decision of the Constitutional Court, *Up-570/09*, 02 February 2012.

⁶⁶The Decision of the Appellate Court Ljubljana, *VSL I Cp 1808/2008*, 22 October 2008.

⁶⁷The Decision of the Appellate Court Ljubljana, *VSL II Cp 621/2013*, 12 December 2013.

situation concerning the website of a political party is special, as it has without a doubt the specific nature of the medium. Although freedom to impart information applies also to the latter, in balancing in the case of the collision of rights the nature and purpose of such media has to be considered.

ECtHR The ECtHR delivered a remarkable decision in drawing the limits of the freedom of expression in the case *Mladina d.d. Ljubljana vs. Slovenia*, in the case of the journal article, commenting the conduct of a certain Member of the Parliament in the Parliament and describing it as that of a ‘cerebral bankrupt.’⁶⁸ The ECtHR reminded that the impugned statement was made in the context of a political debate on a question of public interest, where only few restrictions are acceptable under Article 10 § 2 of the Convention,⁶⁹ and was directed against a politician. It has emphasized on many occasions that a politician must in this regard display a greater degree of tolerance than a private individual, especially when he himself makes public statements that are susceptible to criticism. In this connection, the ECtHR held that it ‘reiterates that journalistic freedom also covers possible recourse to a degree of exaggeration or even provocation, or in other words, somewhat immoderate statements.’⁷⁰

The Right to Privacy of a Legal Entity An interesting decision of the Constitutional Court was delivered on the issue of the right to privacy of a legal entity. The Constitutional Court was reviewing the regulation on the prevention of restriction of competition, which authorised the governmental agency responsible for the protection of competition to conduct an investigation of business premises of legal persons without the prior issuance of the judicial decision.⁷¹ Constitutional issues raised in this case were the question of whether the *Constitution* protects the right to privacy of a corporation, and if it protects it, whether the interference with the privacy of legal persons requires a prior judicial decision. The Constitutional Court has tackled these issues from the perspective of spatial privacy (Article 36 of the *Constitution*) and from the perspective of the privacy of communication (Article 37 of the *Constitution*). In the interpretation of both constitutional provisions it relied on the *ECHR* and the case law of the ECtHR. Given the spatial privacy, it noted that Article 36(2) of the *Constitution* provides the same level of privacy protection as Article 8 of the *ECHR* (as interpreted by the ECtHR). In relation to the privacy of communication of a legal person, it held that Article 37 of the *Constitution* ensures higher level of protection than Article 8 of the *ECHR*. Therefore, on both aspects of privacy the assessment was carried out only on the basis of constitutional provisions, and not from the perspective of the *ECHR*.

The Constitutional Court held that ‘a legal entity, which is an artificial form within the legal order, also enjoys the constitutionally protected right to privacy which the *Constitution* otherwise ensures to natural persons as a human right. The

⁶⁸ *Mladina d.d. Ljubljana vs. Slovenia*, no. 20981/10, ECtHR 2014.

⁶⁹ See *Sürek vs. Turkey (no. 1)*, no. 26682/95, § 61, ECtHR 1999.

⁷⁰ *ibid.*, para. 40.

⁷¹ The Decision of the Constitutional Court No. U-I-40/12, 11 April 2013.

constitutional protection of the right to privacy of legal entities is adapted to the nature of that right and to the nature of legal entities, which are established by natural persons in order for their rights to be exercised, in the economic field, specifically the right to free enterprise. It is important for the existence of legal entities and for the normal performance of their activities for which they were established that there exists a certain sheltered inner sphere that is protected to a reasonable extent from outside intrusions and in which the members of their human substratum can perform in peace activities that pursue the purpose for which the legal entity was established. The *Constitution* guarantees legal entities the possibility to safeguard facts and data regarding their functioning from arbitrary interferences by the state and from interferences by private persons; it guarantees them, in a space which is generally not publicly accessible and in which they perform their activities, the protection of privacy, protection against undesired intrusions, and the possibility to communicate at a distance safely and in privacy.’ The Constitutional Court further held that a legal entity enjoys the right to spatial privacy on its business premises that are not generally open to the public. Its spatial privacy is formed by two circles of privacy in which its expectations to be left undisturbed are essentially different. In the narrowest circle of spatial privacy, also the legal entity may, in accordance with the first paragraph of Article 36 of the *Constitution*, expect equal constitutional protection as a natural person.

The Constitutional Court ruled that ‘the spatial privacy and communication privacy of legal entities are protected less intensely than the spatial privacy and communication privacy of natural persons. The lower level of protection of legal entities in comparison with natural persons can be reflected mainly in the less strict conditions for ordering interferences both on the abstract level as well as in specific procedures, and in the possibility of ordering more invasive and long-lasting interferences. However, it cannot be reflected in dispensing with the constitutional requirement of a court order, the purpose of which lies in preventing abuses and in respecting the equal legal treatment of all subjects.’

17.3 Property Law

Historically, the function of property law is to ensure an individual’s control over the object, and thereby, to ensure to him the exclusive enjoyment of all of the benefits derived from the object (Juhart et al. 2007, 39). The most important provisions governing property law are found in the *First Protocol to the ECHR* and in the Slovenian *Constitution*. As provided by the *First Protocol to the ECHR*, no one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law. The second paragraph of Article 1 of this Protocol further states that the preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a state to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.

The right to property is recognized also as a human right by the *Constitution*, which in Article 67 provides that the manner in which property is acquired and enjoyed shall be established by law so as to ensure its economic, social, and environmental function. Article 68 of the *Constitution* sets out the requirements for aliens' property rights, providing that aliens may acquire ownership rights to real estate under conditions provided by law or a treaty ratified by the National Assembly.

The content of the constitutional provision is repeated in the provision in Article 37 of the *Law of Property Act*. The *Law of Property Act* provides a comprehensive regulation of the classical property law (Juhart et al. 2007, 57).

The Protection of Privacy and Inviolability of Dwellings Slovenian courts dealt with balancing of fundamental rights in cases concerning the protection of privacy and inviolability of dwellings, which are both recognised as fundamental rights by the *Constitution*. For example, the decision on the right to privacy and inviolability of dwellings in collision with the property right was determined by the Appellate Court in Ljubljana.⁷² In this case, the defendants lived in the plaintiff's dwellings. The case concerned the judicial decision that required the defendants to hand over to the plaintiff duplicate keys of the apartment; however, they refused to execute it as they claimed that such a requirement violated their right to privacy and inviolability of dwellings. In contrast, the plaintiff submitted that such a refusal violated his right to possession. The court held that the protection of two fundamental rights, protection of privacy and inviolability of dwellings, does not extend as far as to outbalance another constitutional right, the right to property.

In contrast, in another decision in this field delivered by the Appellate Court in Maribor, the balancing test gave a different result. The case dealt with the collision of the fundamental right to privacy and inviolability of dwellings with the right of the heir to occupy the dwelling.⁷³ The defendant lived in the contested apartment along with the plaintiff's daughter on a daily basis, and continued to use the apartment after her death. The plaintiff lived elsewhere. The plaintiff required replacement of locks. The court found that such a requirement would allow the plaintiff to enter into the disputed apartment and also its factual use, which in this case meant an inadmissible interference with the defendant's human rights provided by Article 35 (Protection of the Rights to Privacy and Personality Rights) and Article 36 (Inviolability of Dwellings) of the *Constitution*.

17.4 Family Law

Several provisions of the *Constitution* deal with the content that falls under family law. Article 53 of the *Constitution* on marriage and the family provides that marriage is based on the equality of spouses. It stipulates that the state shall protect the family, motherhood, fatherhood, children, and young people and shall create the

⁷²The Decision of the Appellate Court Ljubljana, VSL II Cp 720/2001, 16 May 2001.

⁷³The Decision of the Appellate Court Maribor, II Ips 114/2008, 14 January 2010.

necessary conditions for such protection. Article 54 of the *Constitution* provides that parents have the right and duty to maintain, educate, and raise their children, which may be limited only in order to protect the child's interests and when provided by the law. Further, it puts on equal footing both children born in and out of wedlock.

The *Constitution* also contains a provision on the freedom of choice in childbearing (Article 55). Article 56 governs rights of children, providing that children shall enjoy special protection and care, and that they shall enjoy human rights and fundamental freedoms consistent with their age and maturity.

The most important legislative act governing the essence of family law is the *Marriage and Family Relations Act* of 1976. It defines family as a community of parents and children, which enjoys special protection for the benefit of the child.⁷⁴

Slovenian legislation recognizes three main forms of life unions: marriage, extra-marital unions and same-sex unions. As far as the legal treatment of married and unmarried couples is concerned, both unities by and large enjoy equal rights in Slovenia, and they are equally protected on a general basis, as special laws put them on equal footing. For instance, the *Inheritance Act* provides that couples living in long-term relationships inherit under the same rules as married couples, if no reason exists that would render their potential marriage invalid.⁷⁵

Same-sex couples were granted a limited spectrum of rights with the *Registration of a Same-Sex Civil Partnership Act*, which has been in force since 2006. The new *Family Code*, which was supposed to bring equal rights to same-sex partners and families, was rejected by public referendum in March 2012.

Regarding the inheritance rights of same-sex partners, the remarkable decision was made by the Slovenian Constitutional Court in 2013, prior to the amendment enacted in March 2015, which recognized same-sex marriage and granted this type of union similar rights to heterosexual marriages. In this decision, the Constitutional Court held that the *Inheritance Act* is incompatible with the Slovenian *Constitution*, due to the unequal treatment of same-sex partners in comparison to different sex partners in access to inheritance rights. It ruled that unregistered same-sex partners living in long term relationships are entitled to the same rights as unmarried different-sex couples.⁷⁶ The Constitutional Court held that until the elimination of inconsistencies, the same rules apply for same-sex partners with regard to inheritance between spouses under the *Inheritance Act*.

The most influential decision on the impact of fundamental rights in family law was delivered by the CJEU in the case referred in the preliminary reference procedure by the Appellate Court in Maribor in the case *Detiček*.⁷⁷ In this case, which interpreted *Brussels II bis Regulation* provisions on jurisdiction to grant custody of the child, the CJEU expressly grounded its reasoning on the fundamental right governed by the *Charter*. Ms Detiček, of Slovene nationality, and Mr Sgueglia, of

⁷⁴ Article 2 of the Marriage and Family Relations Act.

⁷⁵ Article 10(2) of the Slovenian Inheritance Act.

⁷⁶ The Decision of the Constitutional Court No. U-I-425/06, 02 July 2009.

⁷⁷ Case C-403/09 PPU, *Detiček*, ECLI:EU:C:2009:810.

Italian nationality, a married couple in the course of divorce proceedings, lived in Italy for 25 years. In 2007, they brought divorce proceedings, also related to custody of their daughter, Antonella, before the competent court. On the same day, Ms Detiček left Italy with her daughter to travel to Slovenia, where they have settled permanently.

Relying on a change in circumstances and on the best interests of the child, the Slovenian court, on application by Ms Detiček, granted her provisional custody of Antonella despite the fact that an Italian court, which has jurisdiction as to the substance of the case, had already granted custody to the other parent. The Slovenian court has found that the child's return to Italy and forced placement in a children's home would be contrary to her welfare, as it would cause her irreversible physical and psychological trauma. In this case, the CJEU noted that one of the child's fundamental rights is the right, set out in the *Charter*, to maintain a personal relationship and direct contact, on a regular basis, with both parents, and respect for that right is undeniably in the best interests of any child.⁷⁸ The CJEU held that a court of a Member State in which a child is present cannot provisionally grant custody of the child to one parent if a court of another Member State, which has jurisdiction as to the substance of the case, has already given custody to the other parent.

Bibliography

- Besselink, L. F. M. 2012. The Protection of Fundamental Rights post-Lisbon: The Interaction between the EU Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights (ECHR) and National Constitutions (FIDE Report). http://www.fide2012.eu/index.php?doc_id=94. Accessed 15 September 2014.
- Ciacchi, A. C. 2010. Party autonomy as a fundamental right in the European Union. *European Review of Contract Law* 6: 303–318.
- Cigoj, S. 2003. *Teorija obligacij: Splošni del obligacijskega prava*. Ljubljana: Uradni list RS.
- Ferčič, A., and Samec, N. 2014. European Union state aid law and policy, and local public services. *Lex localis* 12: 267–287.
- Juhart, M. 2013. Pomen avstrijskega Občnega državlanskega zakonika (ODZ) za razvoj slovenskega civilnega prava. In *Izročilo Občnega državlanskega zakonika*, Ada Polajnar Pavčnik (ed.), 55–71. Ljubljana: GV Založba.
- Juhart, M. *et al.* 2007. *Stvarno pravo*. Ljubljana: GV Založba.
- Kaučič, I., and Grad, F. 2003. *Ustavna ureditev Slovenije*. Ljubljana: GV Založba.
- Možina, D. 2008. Harmonisation of Private Law in Europe and the Development of Private Law in Slovenia. *Juridica International* 173.
- Možina, D. 2013. Pogodbena in nepogodbena odškodninska odgovornost: ODZ (1811) in Obligacijski zakonik (2001). In *Izročilo Občnega državlanskega zakonika*, Ada Polajnar Pavčnik (ed.), 343–357. Ljubljana: GV Založba.
- Trstenjak, V. 2013. Pomen in pojavnost ABGB/ODZ v sodni praksi Sodišča EU. In *Izročilo Občnega državlanskega zakonika*, Ada Polajnar Pavčnik (ed.). Ljubljana: GV Založba.
- Trstenjak, V. 2000. Zivilrecht in Slowenien: Entwicklung und Stand der Dinge heute. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 8(1): 77–89.

⁷⁸Case C-403/09 PPU, *Detiček*, ECLI:EU:C:2009:810, para. 54.

- Weingerl, P. 2014a. Civil Liability in the EU: Exploring the Implications of the Recent Case Law and Legislation on Causal Link. *European Journal of Commercial Contract Law* 3–4: 62–69.
- Weingerl, P. 2014b. Sodišče EU kot motor evropeizacije zasebnega prava: Ignorantia iuris Europae nocet. *Pravna praksa* 38: I–VIII.

Case Law

Constitutional Court

- U-I-155/11, 18.12.2013.
U-I-202/93, 6.10.1994.
U-I-40/12, 11. 4. 2013.
U-I-425/06, 02.07.2009.
U-I-65/05, 29.10.2005.
U-I-92/07, 15.4.2010.
UI-172/94, 09.11.1994.
Up-114/05, 13.06. 2004.
Up-1201/05, 6.12.2007.
Up-2940/07, 05.02.2009.
Up-570/09, 02.02.2012.
Up-97/02, 12.03.2004.

Other Courts

- Appellate Court Koper, Cp 611/2007, 15.04.2008.
Appellate Court Ljubljana, VSL I Cp 1808/2008, 22.10.2008.
Appellate Court Ljubljana, VSL II Cp 1300/2012, 15.05.2013.
Appellate Court Ljubljana, VSL II Cp 621/2013, 12.12.2013.
Appellate Court Ljubljana, VSL II Cp 720/2001, 16.05.2001.
Appellate Court Ljubljana, VSL I Cp 1808/2008, 22.10.2008.
Appellate Court Maribor, II Ips 114/2008, 14.1.2010.
Supreme Court, II Ips 386/2001, 21.11.2002.
Supreme Court, II Ips 409/2004, 07.04.2005.
Supreme Court, II Ips 737/2005, 03.04.2008.
Supreme Court, II Ips 737/2005, 03.04.2008.
Supreme Court, II Ips 983/2006, 07.05.2009.

Court of Justice of the EU

- Case C-403/09 PPU, *Detiček*, ECLI:EU:C:2009:810.

European Court of Human Rights

- Mladina d.d. Ljubljana vs. Slovenia*, no. 20981/10, ECtHR 2014.
Sürek v. Turkey, no. 26682/95, ECtHR 1999.

Chapter 18

An Uneasy Relationship: The Influence of National and European Fundamental Rights in English Private Law

Raymond H. Youngs

18.1 Introduction

18.1.1 *First Appearance of Human Rights and Basic Rights (Fundamental Rights)*

Because England has a common law system, and its basis is decisions in court cases, supplemented or amended in certain areas by legislation, there are no broad concepts or principles of the kind that one would find stated in a written Constitution or codes.

Formally fundamental rights were first introduced in England on the 2nd October 2000 when the Human Rights Act 1998 (HRA) took effect and incorporated the European Convention on Human Rights (ECHR) into English law.

There were however already statutes containing fundamental rights, for example Magna Carta 1215, and the Bill of Rights 1689, but these could be repealed or amended like other statute law: for example section 13 of the Defamation Act, 1996 amended Article 9 of the Bill of Rights 1689. However, in *Thoburn v Sunderland City Council* (2002) at paragraph 68 it was suggested that Magna Carta and a few other statutes might be protected by the common law from implied repeal, i.e. there would have to be legislation expressly repealing any such statutes.

It has also been recognised that there are certain fundamental common law rights (see for example [Laws 1993](#)) which can only be removed by the clear wording of a

R.H. Youngs (✉)

Kingston University, Law School, Kingston Hill, Kingston Upon Thames,
Surrey KT2 7LB, UK

e-mail: R.Youngs@kingston.ac.uk

statute.¹ Laws L J said in *R v Lord Chancellor ex p Witham* (1997) that the common law did not generally speak about constitutional rights, but: “in the unwritten legal order of the British state, at a time when common law continued to accord a legislative supremacy to Parliament, a constitutional right could only . . . inhere in the following proposition: that the right in question could not be abrogated by the state save by specific provision in an Act of Parliament, or by regulations whose *vires* in main legislation specifically contained the power to abrogate. General words would not suffice and any such rights would be creatures of the common law, since their existence would not be the consequence of the democratic political process but would be logically prior to it.”

It has sometimes been claimed that the degree of protection accorded by such rights is equivalent to that in the ECHR. In *Derbyshire v Times Newspapers* (1993) Lord Keith considered that in this respect there was no difference between the common law and the ECHR, and the House of Lords reached its conclusion without relying on Article 10. In *R v Lord Chancellor ex p Witham* (1997), Laws L J said that:

the common law afforded no lesser protection of the right of access to the courts than might be vindicated in Strasbourg.

The courts continued to take this approach after the HRA came into force.² Section 11 HRA provides that reliance on ECHR rights does not restrict rights or freedoms under the ordinary law. It is however acknowledged that some of the ECHR rights did not exist in English law, for example privacy.

18.1.2 Status of International Conventions on Human Rights

The English legal system is dualist. Lord Denning MR said in *Blackburn v Attorney General* (1971): “We take no notice of treaties until they are embodied in law enacted by Parliament . . .”

This is not completely true, since as Lord Bingham pointed out in *R v Lyons* (2002) the ECHR, even before the HRA took effect, had “a persuasive and pervasive influence on judicial decision-making in this country, affecting the interpretation of ambiguous statutory provisions, guiding the exercise of discretions, bearing on the development of the common law” and the same would apply to other treaties which have been ratified but not implemented.

¹See for example *Smith v Director of Serious Fraud Office* (1992), where it was held that an accused’s right to refuse to answer questions asked after the making of a charge (which is part of the privilege against self-incrimination) was taken away by s 2 of the Criminal Justice Act 1987 (questioning by the Serious Fraud Office).

²See for example *R (Burke) v General Medical Council* (2005) (Articles 2, 3 and 8 of the ECHR did not advance argument or alter common law protection of life); *R v Abdroikov* (2005) (no need to distinguish between positions under Article 6 of the ECHR and at common law as to jury bias).

European Union (EU) law, although arising from international treaties, was incorporated into the English legal system by statute, and appears to have a higher status than ordinary statute law. The Treaty of Lisbon incorporated the Charter of Fundamental Rights into EU law, but by Protocol 30 to the Treaty on European Union the UK (with Poland) opted out of this.

The ECHR has also, as indicated above, been incorporated into English law by statute, with the effect described below under Sect. 18.1.3.

There is no general reluctance to participate in international or regional conventions on human rights but the dualist position taken by the English legal system is claimed to be justified by the sovereignty of a democratically elected Parliament, and its power to make or unmake any law.

18.1.3 Definitions, Texts and Sources for Fundamental Rights

The legal text dealing with European human rights is the HRA which incorporates Articles 2–12 and 14 of the ECHR, Articles 1–3 of the First Protocol and Article 1 of the 13th Protocol as read with Articles 16–18 of the ECHR. These are defined as the ECHR rights applying under the HRA. Section 2 of the Act provides that decisions of the European Court of Human Rights (ECtHR) (and of the Commission) must be taken into account by courts or tribunals in England whenever relevant. Section 3 HRA provides that so far as possible effect must be given to primary and subordinate legislation whenever enacted in a way which is compatible with the ECHR rights. However, this does not affect the validity of any primary legislation which is incompatible, or subordinate legislation where primary legislation prevents the removal of the incompatibility. The higher courts can nevertheless declare primary legislation to be incompatible under section 4. In such a case (or where the ECtHR has made a similar decision) a government minister can remove the incompatibility by subordinate legislation under section 10.³

The sources of the miscellaneous English rights referred to above are the relevant statutes or cases. There are also human rights in treaties which the UK has ratified, but these only have the limited effect referred to at Sect. 18.1.2 above.

18.1.4 Major Function of Fundamental Rights

The function of such rights is to protect individuals (or organisations in appropriate cases) against the state in vital aspects of their individual or communal existence. Section 6 HRA provides that it is unlawful for a public authority to act in a way

³In *Ghaidan v Mendoza* (2004) the interpretative obligation under section 3 of the HRA 1998 was held to extend beyond cases where the legislation is ambiguous, and might require the court to depart from Parliament's legislative intention; the court should only resort to a declaration of incompatibility under section 4 if a human rights compatible interpretation would be inconsistent with the underlying thrust of the legislation.

which is incompatible with an ECHR right unless the authority was acting under provisions of (or made under) incompatible primary legislation. But public authority here includes a court or tribunal, and this has been used to justify the application of ECHR rights against private individuals or organisations in some cases. The theories about this are not well developed because the issue is not otherwise addressed in the HRA. Different academics have differing opinions and solutions (Brinktrine 2001).⁴

18.1.5 Legal Limits to Fundamental Rights

Articles 8, 9, 10 and 11 ECHR can under their terms (and the terms of Article 16 as to the last two articles) be restricted in the manner and for the purposes specified.

Common law rights have inherent limits (for example the common law right of freedom of speech is limited by the common law on defamation) and are limited to the extent that they can be altered by the clear wording of a statute; statutory rights may have stated limits and can be amended by a later statute.

18.1.6 Possibility of Reviewing Legislation, Jurisprudence and Other Acts on Basis of European Convention Rights

As to legislation, the position has been dealt with at Sect. 18.1.3 above.

As to jurisprudence, if it is a question of challenging the decision in a particular case for failure to observe a ECHR right, this may only be done by appeal or otherwise in accordance with rules of court (section 9, HRA). As to jurisprudence in the sense of the precedential effect of case law, an earlier court decision which conflicts with ECHR rights can be overruled, but only in accordance with the doctrine of precedent. Section 2 HRA requires decisions of the ECtHR and the Commission to be taken into account by the English courts, but for instance a lower court would remain bound by a decision of the Supreme Court, even if that decision were contrary to a decision of the ECtHR. The overruling of the Supreme Court decision would have to be left to the Supreme Court itself.⁵

⁴Moreham (2007, 374–375) considers the view of Lord Woolf in *A v B* (2002) at paragraph 4 that courts as public authorities could comply with their obligation under s 6 HRA 1998 by absorbing ECHR rights into private law (which Moreham considers to be indirect effect) and the view of Buxton L J in *McKennit v Ash* (2006) (which Moreham regards as direct horizontal effect and which has been widely criticised). Lord Steyn expressed the view (in Steyn (2005, 353, 354)) that, on the basis of *Campbell v MGN Ltd* (2004), ECHR rights do not have direct but do have indirect horizontal effect.

⁵*Leeds City Council v Price, Kay v Lambeth LBC* (2006), per Lord Bingham paragraphs 42–5.

As to other acts by public authorities, there is a right to bring proceedings (or to rely on the Convention right in any proceedings brought) (section 7 HRA). This may involve a claim for judicial review.

18.1.7 Constitutional Review and Standing of Private Individuals

Claims that public authorities have acted incompatibly with Convention rights and any action involving a fundamental right as a ground of claim or defence can be brought in any appropriate court or tribunal; there is no specialised court, except that actions for judicial review must be brought in the administrative section of the High Court. As to standing in such judicial review actions, section 7 HRA provides that the applicant has a sufficient interest if he is, or would be, a victim of that act, and this is only so if he would be a victim of it for the purposes of Article 34 ECHR. (The common law rules about standing were different and – as now expressed in the Supreme Court Act 1981, section 31(3) – require the applicant to have a sufficient interest).

18.2 Influence of Fundamental Rights in Contract Law

18.2.1 General Principles of Contract Law

The freedom to make contracts which are then binding on the parties is a general principle of English contract law. Another is that for a promise to be enforceable something – consideration – must be given in return for it (unless it is made by a deed).

Some rules of contract law can be altered by agreement, but some cannot, for example rules that make certain contracts void for public policy reasons.⁶ There is no general requirement for good faith in contract law. The standard remedy at common law for breach of contract is monetary compensation (damages), but equity allows an order for specific performance of a contractual obligation in certain circumstances.

Damages for non-pecuniary loss were not originally available, but they are possible if the object of the contract was to provide pleasure, for example a holiday; or to prevent distress, for example to get a restraining order against a stalker. In *Farley v Skinner* (No 2) (2001) damages were obtained against a surveyor acting for the purchaser of a house for aircraft noise which purchaser had said he did not want, but which the surveyor had failed to notice. If a contract is not perfectly performed, the

⁶See further Sect. 18.2.2 below.

court may give a reasonable sum to the disappointed party for loss of amenity rather than a larger sum for the cost of perfect performance (cost of cure): *Ruxley Electronics & Construction Ltd v Forsyth* (1996).

18.2.2 Rules Based on Fundamental Rights Allowing Deviation from General Principles or Limiting Freedom of Contract

If the freedom to contract on whatever terms one wants, or not to contract at all,⁷ or the enforcement of a contract contravened a fundamental right then the court would probably require the fundamental right to be observed. Certain contracts have in the past been declared by the courts to be void at common law for public policy reasons, but sometimes the reason has seemed close to an individual right of a similar nature to a human right, for example a contract restraining personal liberty (*Horwood v Miller's Timber Co* (1917)) and a contract suppressing freedom of speech (*Neville v Dominion of Canada News Co Ltd* (1915)). The view has been expressed that invalidation of contracts for breaches of ECHR rights in general would be an appropriate step (Stone 2013, 405).

18.2.3 Elimination of Imbalance Between Parties

This is possible but is not based on fundamental rights. In *Boustany v Pigott* (1995) it was held that where one party was seriously disadvantaged in relation to the other who exploited this, and the transaction was therefore manifestly imprudent for the first party who lacked adequate advice, the court would not enforce the contract on the ground of unfairness.⁸ Contracts can also be avoided on the ground of duress (physical – for example *Barton v Armstrong* (1976) – or economic – for example *B & S Contracts & Designs Ltd v Victor Green Publications Ltd* (1984)) – or undue influence – for example *Royal Bank of Scotland plc v Etridge* (No. 2) (2001).

⁷ See *Nagle v Feilden* (1966) (refusal of Jockey Club to grant trainer's licence to woman – court accepted she had an arguable claim for relief). This has now been superseded by statutory provisions preventing discrimination on certain grounds eg race, sex and largely based on EU law.

⁸ See also *King v Michael Faraday & Partners Ltd* (1939) (against public policy to enforce an agreement depriving director of sole means of support).

18.2.4 Influence of Fundamental Rights and EU Law on Contract Law

As to ECHR rights, see Sect. 18.2.2 above. *Wilson v First County Trust Ltd (No. 2)* (2003) seems to indicate that the courts will be reluctant to question the provisions of modern legislation on the basis of the right to property under Article 1 of the First Protocol and the right of access to a court under Article 6 ECHR.⁹

English contract law is also affected by EU Directives and national legislation made under them, but this is largely for the protection of consumers rather than in pursuance of human rights. There is national legislation made in compliance with EU legislation on the subject of equality between certain groups of people which might affect freedom of contract.

The author is not aware of any other particular indications of trends, adaptation on transplantation or *de lege ferenda* suggestions for changes in relation to fundamental rights so far as contract law is concerned.

18.3 Influence of Fundamental Rights in Tort Law

18.3.1 General Principles of Tort Law

English tort law consists of a collection of individual torts created by case law, and a few by statute law. The most important is the tort of negligence (which involves situations where there is a duty of care, a breach of that duty and foreseeable harm resulting), and those involving intentional and direct or indirect harm to person or property (trespass and nuisance). There is a common law principle of strict liability under the rule in *Rylands v Fletcher* (1868) in respect of certain non-natural things brought on to land which cause harm when they escape; and certain specific statutes which create strict liability. There is however no general theory of abuse of rights, according to *Bradford Corporation v Pickles* (1895).

18.3.2 Right to Privacy and Balancing It with Freedom of Expression

The law of privacy in England grew from the concept of breach of confidence under the influence of Article 8 ECHR. About a decade ago it came to be recognised that the victim of a breach of confidence could sue the perpetrator of the breach without needing to prove that a relationship of confidence existed. The claim became one for misuse of private information.

⁹ See Sect. 18.6.2 below. See also *Shanshal v Al-Kishtaini* (2001) and Sect. 18.3.5 below.

The new methodology applied in cases like *Campbell v MGN* (2004) involves deciding whether the claimant has a reasonable expectation of privacy and then a balancing operation where neither Article 8 nor Article 10 ECHR has precedence; justification for interfering with each right and the proportionality test are applied to each. In *McKennitt v Ash* (2006) the court refused to allow publication of parts of a book written about a well known singer by a former friend. The singer's privacy rights outweighed the author's freedom of expression under Article 10. In *HRH Prince of Wales v Associated Newspapers Ltd* (2006) it was held not to be in the public interest that confidential diaries of the Prince of Wales which had only been circulated among friends, should be published.

In *Peck v UK* (2003) the applicant was held to be entitled to a remedy when images of him attempting to commit suicide were shown on television and in the press.

The right to privacy is also extended by the Data Protection Act 1998 as amended. Under this Act data controllers must register with the Commissioner. It is an offence for an unregistered data controller to process personal data. There are exemptions, for example national security, crime, taxation and health. The person to whom the data relates has a right to know if it is being processed and, if so, its content, the purposes of the processing and the persons who may receive it (unless possibly another individual is involved). He can also prevent processing likely to cause damage or distress, or for direct marketing, and can ask for rectification, blocking, erasure or destruction.

ECHR rights may also provide a right to anonymity: see for example *ETK v News Group Newspapers Ltd* (2011) (Article 8 ECHR prevented revelation of a sexual relationship) and *Carr v News Group Newspapers Ltd* (2005) (Article 2 ECHR prevented disclosure of identity of accomplice to child murders).

18.3.3 Entitlement to Non-pecuniary Damages and Influence of Fundamental Rights on These

Non-pecuniary damages are awarded for pain and suffering and loss of amenity (bodily function). Non-pecuniary damages will also be awarded for example for misuse of private information (as in *Mosley v News Group Newspapers Ltd* (2008): £60,000) and defamation. However, Article 10 ECHR influenced the reduction of the libel damages in *Rantzen v Mirror Group Newspapers* (1994). In *Tolstoy Miloslavsky v UK* (1995) the award of libel damages of £1.5 million was held not to be necessary in a democratic society in the light of Article 10.

Some rights to compensation survive the claimant's death (under the Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1934 (as amended)). But the death of a victim as a result of a tort may also give rise to a claim by the victim's dependants¹⁰ under the

¹⁰Dependants can include a wide variety of relatives: in particular a spouse or former spouse, civil partner or former civil partner, a person living with the victim for at least the last 2 years as a

Fatal Accidents Act 1976, as amended by the Administration of Justice Act 1982. There may also be a claim over and above this under Article 2 (and 13) ECHR.¹¹

18.3.4 Rules Based on Fundamental Rights Allowing Deviation from General Principles of Tort Law

In *Van Colle v Chief Constable of Herfordshire* (2008) Lord Bingham considered whether the common law tort action for negligence should develop in the light of the case law of the ECtHR. In para 58 he said:

...It seems to me clear on the one hand that the existence of a Convention right cannot call for instant manufacture of a corresponding common law right where none exists¹²... On the other hand one would ordinarily be surprised if conduct which violated a fundamental right or freedom of the individual did not find a reflection in a body of law ordinarily as sensitive to human needs as the common law and it is demonstrable that the common law in some areas has evolved in a direction signalled by the Convention¹³... There are likely to be persistent differences between the two regimes, in relation (for example) to limitation periods and, probably, compensation.

But I agree with Pill LJ in the present case (paragraph 53) that “there is a strong case for developing the common law action for negligence in the light of Convention rights” and also with Rimer LJ (paragraph 45) that “where a common law duty covers the same ground as a Convention right, it should, so far as practicable, develop in harmony with it”.

However, in the same case Lord Brown says at paragraph 138:

[C]onvention claims have very different objectives from civil law actions. Where civil actions are designed essentially to compensate claimants for their losses, convention claims are intended rather to uphold minimum human rights standards and to vindicate those rights.

Right to Life In *Van Colle* itself a claim was made against the police for the murder of a witness whom the police had failed to protect. Such a claim would not have been possible under the common law of negligence because of the decision by the House of Lords in *Hill v Chief Constable of Yorkshire* (1988). But, although the House of Lords acknowledged in *Van Colle* that, in view of *Osman v UK* (1998), such a claim was now possible under Article 2 ECHR if the officer in charge should have realised that there was a real and immediate risk, it decided that this requirement was not satisfied in the actual case.

Freedom of Expression In *O’Shea v MGN Ltd* (2001) the court held that in the light of Article 10 ECHR it would be wrong to impose strict liability for defamation

spouse or civil partner, and persons treated by the victim as children or parents; illegitimate children are to be treated as legitimate.

¹¹ *Rabone v Penine Care NHS Foundation Trust* (2012); *Reynolds v UK* (2012).

¹² *Wainwright v Home Office* (2003). But see *Wainwright v UK* (2007).

¹³ *JD v East Berkshire Community NHS Trust* (2003), paragraphs 55–58.

in the case of an advertisement for a pornographic website with a photograph of a woman who (unknown to the defendant) looked very like the claimant. Section 12 HRA provides that interim injunctions should not be granted in cases involving freedom of expression unless the court is satisfied that the claimant is likely to establish when the case goes to trial that the publication should not be allowed. In *Steel and Morris v UK* (2005) it was held that Article 10 ECHR might require a defendant in a libel action to be granted legal aid.

Right to a Home In *McKenna v British Aluminium* (2002) the requirement that claimants in respect of nuisance caused by noise and fumes should have a legal interest in land in order to be able to sue was held to be a breach of Article 8 ECHR.

18.3.5 Influence of Fundamental Rights and EU Law on Tort Law

Tort law is also affected by the EU Directive on product liability and national legislation made under it, but this is for the protection of consumers rather than in pursuance of human rights.¹⁴

It was thought that tort law would adapt and expand to protect ECHR rights more fully. But a separation of tort and HRA actions appears to be emerging (Steele 2008). It is clear that the adaptation of breach of confidence to meet the requirements of Article 8 ECHR does not go far enough, as it only relates to the misuse of private information.

The author is not aware of any other particular indications of trends, adaptation on transplantation or *de lege ferenda* suggestions for changes in relation to fundamental rights so far as tort law is concerned.

18.4 Influence of Fundamental Rights in Property Law

18.4.1 General Principles of Property Law

There is a very significant distinction between real property (freehold land) and personal property (other types). There is a presumption at common law that statutes do not interfere with private property rights and that property rights will not be taken away without compensation. There are limitations on the forms which property can take (*numerus clausus*).¹⁵ The principle of legitimate expectations is applied in that purchasers of unregistered land in good faith without notice of certain third party interests purchase free of them, and purchasers of registered land can assume

¹⁴ See Directive 85/374 and the Consumer Protection Act 1987.

¹⁵ See for example *Street v Mountford* (1985).

that there are usually¹⁶ no third party interests except those registered. Things which are fixed to the ground become part of it for property purposes (*quicquid plantatur solo, solo cedit*). No special considerations arise as to intellectual property law, but see Sect. 18.6.1 below.

18.4.2 Rules Based on Fundamental Rights Allowing Deviation from General Principles of Property Law

The content of property rights is not generally affected by the ECHR but, where a public sector landowner has an absolute right to possession of residential accommodation, Article 8 requires the decision of the landowner to recover possession to be proportionate.¹⁷ This does not however appear to apply to private sector land owners (see nevertheless Nield and Hopkins 2013).

As to freedom of expression and property rights see Sect. 18.6.1.

18.4.3 Influence of Fundamental Rights and EU Law on Property Law

In *Stretch v UK* (2003) it was held that a legitimate expectation by a tenant that it would be granted an option to renew a lease was protected by Article 1 of the First Protocol to the ECHR. Article 1 can also require a statutory obligation to make documents available for inspection to be interpreted as excluding confidential documents.¹⁸

The author is not aware of any relevant EU law or any other particular indications of trends, or *de lege ferenda* suggestions for changes in relation to fundamental rights so far as property law is concerned.

18.5 Influence of Fundamental Rights in Family Law

18.5.1 General Principles of Family Law

Section 1 of the Family Law Act 1996 provides that the institution of marriage is to be supported. The welfare of children is of great importance.¹⁹ Contracts prejudicial to family life are contrary to public policy and void at common law (a human rights issue according to the argument at Sect. 18.2.2 above). This covers contracts impos-

¹⁶ But not always: those that may bind without being registered are called overriding interests.

¹⁷ *Manchester City Council v Pinnock* (2010).

¹⁸ *Veolia ES Nottinghamshire Country Council* (2010).

¹⁹ See generally the Children Act 1989 and *Scott v UK* (2000): “consideration of what is in the best interests of the child is always of crucial importance”.

ing a total restraint on marriage (but, according to old case law, not partial), marriage brokerage contracts²⁰ and agreements interfering with the sanctity of marriage. Pre-nuptial agreements may however be taken into account in divorce proceedings.²¹

Under section 1A of the Surrogacy Arrangements Act 1985 (inserted by the Human Fertilisation and Embryology Act 1990) surrogacy arrangements are unenforceable, and certain forms of negotiation of these arrangements are offences.

18.5.2 Legal Treatment of Married and Unmarried Couples

Matrimonial legislation makes detailed provision for married couples' rights in relation to property and children. Issues relating to cohabitants' property are decided according to the law of trusts; if their intentions are not set out in a document, they have to prove them. The Child Support Acts however apply to married and unmarried couples and the Children Act 1989 provides for unmarried fathers to obtain parental responsibility and other orders for their children. Orders under the Children Act provide for an unmarried parent caring for children to obtain occupation of the cohabitants' home for the carer and the children until they attain majority.

18.5.3 Impact of Right to Marriage and Family Life

The right to marry has been extended by Article 12 ECHR to include certain in-law relationships²² and transsexuals.²³ Family is defined widely under ECHR law to include foster parents and foster children.²⁴ Children can only be taken away from their mother by a local authority if such a serious interference with her rights under Article 8 ECHR is necessary and proportionate.²⁵ Disruption to family life may outweigh loss suffered by creditors by postponement of the sale of a family home in case of bankruptcy.²⁶

²⁰ *Hermann v Charlesworth* (1905).

²¹ *Radmacher v Granatino* (2010) relating to a German pre-nuptial agreement. See also *Sanders* (2010).

²² *B and L v UK* (2006) leading to the Marriage Act 1949 (Remedial) Order 2007 (SI 2007/438).

²³ *Bellinger v Bellinger* (2003) superseded by the Gender Recognition Act 2004.

²⁴ *Gaskin v UK* (1990).

²⁵ *EH v London Borough of Greenwich* (2010).

²⁶ *Barca v Mears* (2004).

18.5.4 Rules Allowing Deviation from General Principles of Family Law to Protect Fundamental Rights

Victims of domestic violence can be protected by court orders under Part IV of the Family Law Act 1996: a non-molestation order; or an occupation order regulating occupation of the family home.

A presumption of paternity based on a subsisting marriage conflicts with a child's rights under Article 8 ECHR to seek a declaration as to who its parents are.²⁷

As to corporal punishment, in *Campbell and Cosans v UK* (1993) the court decided that corporal punishment infringed the rights of parents who disagreed with it. Section 548 of the Education Act 1996 provides that corporal punishment by staff in schools cannot be justified on the basis of any right.²⁸

As to medical treatment, children over 16 can consent to it under the Family Law Reform Act 1969, but children below this age may also be competent (known as Gillick competence after *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* (1986)). The State will occasionally override parents' wishes: *Re A (Minors) (Conjoined Twins: Medical Treatment)* (2001).

18.5.5 EU Law, Trends and de lege ferenda Suggestions

The concept of freedom of movement under the Treaty on the Functioning of the European Union extends rights of free movement to family members.

There is a tendency both to extend the rights attaching to family membership and the definition of family for this purpose.

Otherwise the author is not aware of any relevant EU law or any other particular indications of trends, or *de lege ferenda* suggestions for changes in relation to fundamental rights so far as family law is concerned.

²⁷ *Secretary of State for Work and Pensions v Jones* (2003).

²⁸ This section was held to be justified and proportionate and not a breach of the Article 9 ECHR rights of parents who agreed with corporal punishment in *R (Williamson and others) v Secretary of State for Education and Employment* (2005). Other corporal punishment might be allowed, but in *A v UK (Human Rights: Punishment of Child)* (1998) the caning of a child by its stepfather was held to be sufficiently severe to breach Article 3 ECHR and the state had failed to provide protection, as the stepfather had been acquitted on basis of reasonable chastisement.

18.6 Influence of Fundamental Rights in Other Fields of Private Law

18.6.1 Copyright Law and the Information Society

Freedom of expression under Article 10 ECHR has an effect on copyright law. In *Ashdown v Telegraph Group* (2001) (see also Newman 2009) where a newspaper had published unlicensed extracts from the diary of a politician, the court decided that Article 10 should be reflected by withholding the discretionary relief of an injunction and only allowing the copyright owner to sue for compensation or an account of profits.

The Information Society Directive 2001/29/EC providing for greater freedom of expression and information was (insofar as the Copyright, Designs and Patent Act 1988 had not already done so) implemented by the Copyright and Related Rights Regulations 2003 (SI 2003/2498) made under the powers contained in s 2(2) of the European Communities Act 1972.

18.6.2 Consumers and Consumer Protection

The law protecting consumers consists of statutory provisions, some national and some required by EU law. In *Wilson v First County Trust Ltd (No 2)* (2003) the House of Lords decided that section 127(3) of the Consumer Credit Act 1974 (making consumer credit agreements unenforceable by creditors if the agreements are not in the prescribed form) was not incompatible with Article 1 of the First Protocol to the ECHR (which was inapplicable anyway because the events in question occurred before the HRA 1998 came into force).

18.6.3 Personality Right

In *Von Hannover v Germany* (2005) Article 8 ECHR was held to include a person's name and picture, physical and psychological integrity, and "the development, without outside interference, of the personality of each individual in his relations with human beings" (paragraph 50). The "physical and psychological integrity" definition in *Von Hannover* was cited with approval by Laws L J in *R (Woods) v Commissioner of the Metropolitan Police* (2009) at paragraph 20. In *Re Guardian News and Media Ltd and Others* (2010) at paragraphs 717, 718 it was said that following ECtHR case law a person's reputation could now be included in his Article 8 ECHR rights. Moreham comments that Article 8 now includes "interests as diverse as the right to change one's name, to live as a gypsy and not to be assaulted" (Moreham 2007, 376). The Gender Recognition Act 2004 provides for the obtaining of a certificate of new gender recognition in certain circumstances for a person who has taken steps to live fully and permanently in a different gender.

18.6.4 *Inheritance Law*

The inability of illegitimate children to inherit property was removed by the Family Law Reform Act 1969 (see now the Family Law Reform Act 1987). When someone dies without leaving a will, the Administration of Estates Act 1925 as amended provides that a surviving spouse or civil partner is entitled to the deceased's estate, but if the deceased left descendants, the surviving spouse or civil partner will only receive the deceased's personal possessions, a lump sum and half the remainder of the estate; the rest will go to the descendants. The Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975 as amended provides for a claim for reasonable financial provision to be made against the estate of a deceased person by (amongst others) a spouse or civil partner (current or former) or someone who has lived with the deceased for the last 2 years as the deceased's spouse or civil partner, or a child of the deceased (or someone treated as such), or anyone maintained by the deceased.

Following *Ghaidan v Mendoza* (2004) (concerning succession to a tenancy) the Civil Partnerships Act 2004 gave property rights almost identical to marriage for same sex relationships. The Marriage (Same Sex Couples) Act 2013 provides that same sex couples can enter into a legal marriage, but the difference in the nature of the relationship is manifest in the provisions about nullity and adultery. However, in *Burden and another v UK* (2008) it was held that unmarried sisters sharing a house could not (unlike spouses or civil partners) claim exemption from inheritance tax on death of the first to die under Article 14 and Article 1 of the First Protocol to the ECHR.²⁹

18.6.5 *Employment Law*

In *Wilson v UK* (2002) it was held that offering employees of private organisations financial incentives to surrender their trade union rights was a breach of Article 11 ECHR.

18.7 Conclusion

The picture resulting from this brief overview and selections from the case law is a confusing one. Fundamental rights may exist in national case law and legislation in the sense that they possibly cannot be removed except by express statutory provision. But these rights are not clearly labelled as fundamental, and there are other national legal rules which in some countries would be regarded as relating to fundamental rights, but which are only treated as ordinary law in England. Because of this ambivalent approach, no general distinction is made in national law between rights

²⁹This was stated to be because marriage had special status under Article 12 ECHR, there was no legally binding agreement between them, and there was a fundamental difference between their relationship and marriage or civil partnership.

which are exercisable only against public bodies and those which also affect private law.

On top of this, the HRA introduced the ECHR into English law with the capacity to change existing areas of law. But, because of the doctrine of parliamentary sovereignty, primary legislation is an exception to this. The courts have very extensive powers to interpret it so as to be compatible with ECHR rights, but will sometimes have to declare it to be incompatible (although still valid and effective). ECHR rights apply against public bodies, but it is for the courts to determine the extent to which these rights apply against private individuals and bodies; the courts carry out this task on the basis of principles which are unclear.

Bibliography

- Brinktrine, R. 2001. The horizontal effect of human rights in German constitutional law: the British debate on horizontality and the possible role model of the German doctrine of “mittelbare Drittwirkung der Grundrechte”. *European Human Rights Law Review* 4: 421–432.
- Laws, Sir J. 1993. Is the High Court the guardian of fundamental constitutional rights? *Public Law Spr*: 59–79.
- Moreham, N. 2007. Privacy and horizontality: relegating the common law. *Law Quarterly Review*, 123: 373–378.
- Newman, S. 2009. Human rights and copyrights: a look at practical jurisprudence with reference to author’s rights. *European Intellectual Property Review* 31(2): 88–92.
- Nield S., and Hopkins N. 2013. Human rights and mortgage repossession: beyond property law using article 8. *Legal Studies* 33(3): 431–455.
- Sanders, A. 2010. Private autonomy and marital property agreements. *International and Comparative Law Quarterly* 59(3): 571–604.
- Steele, J. 2008. Damages in tort and under the Human Rights Act: remedial or functional separation? *Cambridge Law Journal* 67(3): 606–634.
- Steyn, Lord 2005. 2002–2005. Laying the foundations of human rights law in the United Kingdom. *European Human Rights Law Review* 4: 349–362.
- Stone, R. 2013. *The Modern Law of Contract* 10th edit. London: Routledge.

Case Law

- A v UK (Human Rights: Punishment of Child)* ((1998) 27 EHRR 611).
- Ashdown v Telegraph Group* ([2001] EWCA Civ 1142, [2001] 3 WLR 1368).
- B & S Contracts & Designs Ltd v Victor Green Publications Ltd* ([1984] ICR 419 (CA)).
- Barca v Mears* ([2004] EWHC 2170 (Ch)).
- Barton v Armstrong* ([1976] AC 104 (PC)).
- Blackburn v Attorney General* ([1971] WLR 137).
- Boustany v Pigott* ((1995) 69 P & CR 298, PC (Ant)).
- Bradford Corporation v Pickles* ([1895] AC 587).
- Burden and another v UK* (App no 13378/05 [2008] All ER (D) 391 (Apr)).
- Campbell v MGN Ltd* ([2004] UKHL 22, [2004] 2 AC 457).
- Campbell and Cosans v UK* (Series A, No 48; (1993) 2 EHRR 293).
- Derbyshire v Times Newspapers* ([1993] 1 All ER 1011).
- EH v London Borough of Greenwich* ([2010] EWCA Civ 344).

Farley v Skinner (No 2) ([2001] UKHL 49, [2002] 2 AC 732).
Gaskin v UK ((1990) 12 EHRR 36).
Ghaidan v Mendoza ([2004] UKHL 30).
Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority ([1986] AC 112).
Hermann v Charlesworth ([1905] 2 KB 123).
Hill v Chief Constable of Yorkshire ([1988] 2 WLR 1049).
Horwood v Miller's Timber Co ([1917] 1 KB 305).
HRH Prince of Wales v Associated Newspapers Ltd ([2006] EWCA Civ 1776).
J A Pye (Oxford) Ltd v UK Grand Chamber (2007) (app no 44302/02).
JD v East Berkshire Community NHS Trust ([2003] EWCA Civ 1151, [2004] QB 558).
King v Michael Faraday & Partners Ltd ([1939] 2 KB 753).
Leeds City Council v Price, Kay v Lambeth LBC ([2006] UKHL 10, [2006] 2 AC 465).
Manchester City Council v Pinnock ([2010] UKSC 45).
McKenna v British Aluminium ([2002] Env LR 30).
McKennit v Ash ([2006] EWCA Civ 1714, [2008] QB 195).
Mosley v News Group Newspapers Ltd ([2008] EWHC 1777 (QB), [2008] EMLR 20).
Nagle v Feilden ([1966] 2 QB 633).
Neville v Dominion of Canada News Co Ltd ([1915] 3 KB 556).
Ofulue v Bossert ([2009] UKHL 16, [2008] HRLR 20).
O'Shea v MGN Ltd ([2001] EMLR 40).
Osman v UK ([1998] 29 EHRR 245).
Peck v UK (App 44647/98, 28 January 2003).
R v Abdoukovic ([2005] EWCA Crim 1986).
R v Lord Chancellor ex p Witham ([1997] 2 All ER 779).
R v Lyons ([2002] UKHL 44).
R (Burke) v General Medical Council ([2005] EWCA Civ 1003).
R (Malik) v Waltham Forest NHS Primary Care Trust and Secretary of State for Health ([2007] EWCA Civ 265).
R (Williamson and others) v Secretary of State for Education and Employment ([2005] UKHL 15)).
R (Woods) v Commissioner of the Metropolitan Police ([2009] EWCA Civ 414, [2010] 1 WLR 123).
Rabone v Penine Care NHS Foundation Trust ([2012] UKSC 2, [2012] 2 AC 72).
Radmacher v Granatino ([2010] UKSC 42).
Rantzen v Mirror Group Newspapers ([1994] QB 670).
Re A (Minors) (Conjoined Twins: Medical Treatment) ([2001] 2 WLR 480).
Re Guardian News and Media Ltd and Others ([2010] UKSC 1, [2010] 2 AC 697).
Reynolds v UK ((2012) 55 EHRR 35).
Royal Bank of Scotland plc v Etridge (No. 2) ([2001] UKHL 44, [2002] 2 AC 773 (HL)).
Ruxley Electronics & Construction Ltd v Forsyth ([1996] 1 AC 344 (HL)).
Rylands v Fletcher ((1868) LR 3 HL 330).
Secretary of State for Work and Pensions v Jones ((2003) The Times 13 August).
Shanshal v Al-Kishtaini ([2001] EWCA Civ 264, [2001] 2 All ER (Comm) 601).
Smith v Director of Serious Fraud Office ([1992] 3 All ER 456).
Street v Mountford ([1985] AC 809).
Stretch v UK ((2003) The Times, 3 July).
Thoburn v Sunderland City Council ([2002] 3 WLR 247).
Tolstoy Miloslavsky v UK (1995 Series A, No 316).
Van Colle v Chief Constable of Herfordshire ([2008] UKHL 50, [2009] 1 AC 225).
Veolia ES Nottinghamshire Country Council ([2010] EWCA Civ 1214).
Von Hannover v Germany (App 59320/00 (2005) 40 EHRR 1).
Wainwright v Home Office ([2003] UKHL 53, [2004] 2 AC 406).
Wainwright v UK (app 12350/04 26 September 2006).
Wilson v Carnley ([1908] 1 KB 729).
Wilson v First County Trust Ltd (No. 2) ([2003] UKHL 40, [2004] 1 AC 816).

Chapter 19

The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law in the United States

Jonathan M. Miller

19.1 Introduction

The question of the influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law is increasingly important in most of the world, since international human rights instruments have mushroomed since World War II, and because social and economic rights form an important part of international human rights as understood by most countries, especially since entry into force in 1976 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.¹ Any country's domestic incorporation of international economic, social and cultural rights inevitably impacts private legal relationships, since it accentuates moving beyond a traditional focus on liberty of contract and protection of private property. International human rights law turns commonly existing practices of economic regulation into international obligations to engage in regulation for the benefit of the vulnerable²; hence one would expect the private law of most countries of the world to be affected by the expansion of international human rights, or at least expect redefinition of some existing socio-economic regulation as human rights-required practice. The United States, however, is different. While this chapter will analyze the impact of international human rights and basic rights on private law in the United States, as will be seen, the impact is extremely limited. Although this chapter will not address practices in other

¹International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Dec. 16, 1966, 993 U.N.T.S. 3.

²See for example, *ibid*, Article 7 (fair remuneration, safe working conditions, limitations on hours and a right to holidays with pay); *ibid*, Article 10(2) (paid leave for mothers before and after child-birth); *ibid*, Article 12(2)(c) (creation of conditions for medical services), all situations likely to affect private legal relationships.

J.M. Miller (✉)

Southwestern Law School, 3050 Wilshire Boulevard, Los Angeles, CA 90010, USA

e-mail: jmiller@swlaw.edu

countries, in the context of the other contributions to this book, the United States will likely be seen as an outlier.

Compared to any other country in the world, the United States displays a unique combination of: (i) liberal traditions that emphasize individual autonomy; (ii) an exceptional self-sufficiency and ability to project its military and economic power that permits it to favor its parochial culture over human rights intercourse; and (iii) legally and socially entrenched federalism. These three characteristics lead the United States to generally resist the application of international human rights and fundamental rights to the private law field. While many nations display one or two of the three characteristics, the unique combination of all three in the United States make it exceptionally difficult for international human rights or fundamental rights to enter the private law field, and give an atypical cast to those situations where human rights and fundamental rights do modify private law. Litigators and legislators seeking to assert the primacy of international human rights and fundamental rights in private law may enjoy isolated successes, but always against a backdrop that views their arguments as a typical.

Liberal traditions of individual autonomy, the realpolitik consequences of U.S. self-sufficiency and power, and U.S. federalism, create a framework that together constrain the operation of international human rights on private relationships. They have permitted the United States to largely reject the notion that individuals may impose demands upon the State or private parties for the provision of constitutionally necessitated goods and services, and have limited constitutional protections to situations of governmental action. U.S. constitutionalism largely excludes the possibility that a private actor may violate constitutional rights. When they exist at all, U.S. constitutional protections in the private law context usually appear as limits on the possibility of individuals to call upon the courts to exercise their authority in ways that affect individual rights.³ While both the Federal and State governments have often modified private relations in ways that provide economic and social assistance to individuals, perhaps most prominently in the health care field,⁴ such assistance is rarely described in human rights or constitutional terms. The only exception to the general lack of positive human rights appears in a limited number of State constitutional provisions.⁵ Recent Supreme Court decisions if anything

³ See *infra* note 1033 and accompanying text for the example of racially restrictive real estate covenants. A rare example that could also be described as falling in the private law field is *Troxel v. Granville*, 530 U.S. 57 (2000), in which the U.S. Supreme Court held that the State of Washington could not obligate a mother to allow a child's grandparents private visitation with her children solely on the basis of consideration of the best interests of the child, without also considering a parent's constitutional right to raise her child, *ibid*, 67–68.

⁴ For example, U.S. law now requires employers who employ more than 50 full-time employees to provide those employees with health insurance or face penalties. Patient Protection and Affordable Care Act (2010), Pub. L. No. 111–148, 124 Stat. 119, 253.

⁵ See Zackin (2013, 3) (describes three movements in U.S. history to incorporate positive rights at the State constitutional level); see also *ibid*, 71, 77–78, 83, 90 (tables showing State constitutional adoption of a right to an education or imposing an obligation on the State to establish schools); *ibid*, 111 (State constitutional adoption of various protections for workers); *ibid*, 151 (State constitutional adoption of the right to a healthy environment).

demonstrate a pull backwards from any notion that U.S. courts have a role in the enforcement of international human rights, especially when private law is involved. Equal protection and freedom of expression are the fundamental rights areas that have most modified private law relationships, but even in the equal protection context, the arguments have been statutory, not constitutional, and in litigation, are usually presented without reference to international human rights.

Some of these ideas have already been expressed by Michael Ignatieff and his contributors in his edited book, *American Exceptionalism and Human Rights* (see generally Ignatieff 2005a). The impact of international human rights on private law was not a concern of that volume, but many of the features and causes of exceptionalism that Ignatieff describes are no different. Ignatieff emphasizes that no other country consistently exempts itself from as many provisions of human rights treaties, uses such markedly double standards in human rights for friends compared with enemies, and insists so much on its domestic traditions. His explanations, somewhat broader than those expressed here, consider a rights tradition in the United States that is more insistent on individual responsibility and individual freedom and more distrustful of government than in Europe, note the extent of U.S. military and economic power, and emphasize U.S. institutions and politics that involve not just strong federalism, but greater roadblocks generally than in most countries to the incorporation of international law – roadblocks created in part by a strong populist, conservative element that enjoys substantial political weight and that is confident that U.S. political institutions already work well enough without outside influences. While not identical, since the primary concern here is private law, the ideas expressed here are very much in the vein that Ignatieff and his collaborators lay out.

This chapter will begin by describing the liberal traditions, realpolitik considerations and federalism that in combination make the United States unique, and then will examine how, thanks to these factors, international human rights law and fundamental rights have severely limited scope in private law in the United States, with application primarily in the equal protection and free speech areas. Then the chapter will conclude with a brief examination of how recent U.S. Supreme Court decisions show that the U.S. Supreme Court is now widening the distance between U.S. law and international human rights law, and the trend is likely to continue for at least the near future.

19.2 The Background Factors Limiting Human Rights Influences in Private Law: Liberal Traditions, International Hegemony and Federalism

The strong liberal traditions of the United States, the limited permeability of the United States to international law thanks to its international power, and the federalism of the U.S. Constitution, each limit the influence of human rights on private law

in the United States. Liberal traditions cause Americans to view fundamental rights as a question governing their individual relations with the government, not their relations with each other. U.S. international power means that the United States has weaker incentives to integrate itself into International Law's human rights commitments than countries less able to use economic and military might instead of good will to accomplish international goals. Federalism, which places most of private law in the hands of State courts and legislators, increases the distance between those who make and interpret private law and the officials who manage international relationships, which are primarily a concern of the federal government, and therefore hinders the domestic reach of international law.

International human rights law today includes entitlements that the individual can demand from the government and society that often implicitly carry with them rights in relations between individuals; however the U.S. Constitution's Framers operated from highly individualistic notions of rights (see Henkin 1979, 408, 418–419, 422; Sunstein 2005, 90, 95–96). The Framers of the U.S. Constitution were heavily influenced by liberal, Lockean notions of individual autonomy and a social contract that legitimized government yet also required the protection of individual rights from abuse by the government (see Richards 1989, 78–97).⁶ This individualistic focus has carried two important consequences: (1) that government in the United States has no fundamental obligation to protect private parties from each other; and (2) an approach towards constitutional rights that defines them largely in terms of harmful government conduct towards the individual.

First, in the United States, the starting point for the constitutional analysis of rights in the context of private relations remains whether government regulation has improperly interfered with the liberty of individuals to make agreements with each other. While admittedly constitutional analysis today subjects government interference with the economic liberty of individuals to nothing more than a rational basis test – asking if government has a legitimate purpose and if there is a rational relationship between the regulation adopted and the government's purpose⁷ – the analysis never goes the further step of imposing an obligation on government to protect individuals from each other. In fact, the U.S. Supreme Court has not even found an obligation of government to offer police protection to individuals from private criminal conduct, and prosecutors and the police enjoy complete discretion as to whether and how thoroughly they will investigate a crime or prosecute.⁸ In the 2005 U.S. Supreme Court case of *Town of Castle Rock v. Gonzales*, the police failed to enforce a judicial restraining order that required an estranged husband to stay away from his wife and children, incompetence that resulted in the husband murdering the children in a context where an appropriate police response to the mother's

⁶ See generally Hartz (1955) (describing the major currents of U.S. history since colonial times in terms of their interaction with and subjection to a dominating philosophy of Lockean liberalism).

⁷ See Chemerinsky (2011, 639–644) (describing the movement of the U.S. Supreme Court from heightened protection of economic liberties to the very weak rational basis analysis used in *Williamson v. Lee Optical*, 348 U.S. 483, 487 (1955)).

⁸ See *Town of Castle Rock v. Gonzales*, 545 U.S. 748, 761 (2005).

repeated calls might have prevented their deaths; yet the failure of the police to respond did not violate the plaintiff mother's rights under the U.S. Constitution.⁹ While the Inter-American Commission on Human Rights would later rule (in an opinion that the U.S. government does not regard as binding¹⁰) that the United States had failed to protect the human rights of the mother and children,¹¹ for U.S. domestic purposes, there is no constitutional entitlement to police protection.¹²

Second, the U.S. Supreme Court has developed "State Action Doctrine." Under this doctrine, constitutional rights will only be deemed violated when the wrongful conduct is that of the government, or of a private entity with such a close connection to the government that in practice the government is deemed to have acted.¹³ Private parties, no matter how powerful, can never be accused of violating an individual's constitutional rights, merely of violating statutory rights. For example, while individuals and corporate entities may be barred from engaging in race, ethnic or gender discrimination in employment, in housing, and in places of public accommodation such as a hotels and restaurants,¹⁴ such obligations do not have a constitutional origin.

In short, in a context where there is no constitutional right not to be murdered by another – with a constitutional obligation neither placed on the police to protect the victim, nor on the murderer not to engage in murder – it is difficult to expect much of a fundamental rights influence in the sphere of private relations. The U.S. Supreme Court has also long abandoned the natural rights approaches that were traditional in the Common Law,¹⁵ natural rights approaches that Catholic tradition, by contrast, has used to treat economic and social rights as fundamental, natural rights (see for example, Pope John XXIII 1961; Pope Francis 2013, paras 52–60). U.S. Constitutional Law is simply not developed either in terms of positive obligations of the government that might in turn affect interpersonal relations, or in terms of constitutional obligations that individuals owe each other directly.

However, aside from its Lockean traditions, thanks to its superpower status, the United States also has less of a need to assume international law obligations than smaller nations. One need not take a Realist position that economic and political power are all that matter in international relations to argue that at least at the margins,

⁹ *Ibid.*, 751–54.

¹⁰ The U.S. Government position is that decisions of the Inter-American Commission on Human Rights are merely recommendations in the case of the United States, because the United States has not ratified the American Convention on Human Rights. Brief for the Respondent in Opposition at 29–32, *Garza v. Lappin*, 533 U.S. 924 (2001) (No. 00-10631).

¹¹ *Lenahan v. United States*, Case 12.626, Inter-American Commission on Human Rights, Report No. 80/11 (2011).

¹² 545 U.S. at 756, 761.

¹³ *Brentwood Academy v. Tennessee Secondary School Athletic Assn.*, 531 U.S. 288, 296 (2001). The requirement of State Action first gets developed in *The Civil Rights Cases: United States v. Stanley*, 109 U.S. 3 (1883).

¹⁴ Discussed *infra*.

¹⁵ See *Erie R. Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64, 79 (1933) (the U.S. Supreme Court rejecting the notion of the Common Law as a "transcendental body of law").

superpowers that have alternatives to collaboration and coordination, and which therefore enjoy options that smaller nations lack, face a weaker set of incentives compared to smaller nations to bind themselves to international law norms that treat all nations as equals (Moravcsik 2005, 147, 150, 167–68).¹⁶ Similarly, superpowers often face weaker incentives to accept dispute resolution mechanisms that neutralize power-based advantages (Krisch 2005, 377). One might even expect that self-interested smaller nations will think twice before criticizing the United States for its international law practices, because of the value of being perceived by the United States as an ally, unless the issue directly concerns them. This is not to say that superpowers have no interest in international law. Sometimes international law may offer the means for securing a uniform regulatory mechanism, or of establishing and legitimizing dominance – as is the case with present design of the United Nations Security Council and the veto enjoyed by its permanent members.¹⁷ Nevertheless, one would expect the government of a superpower to show greater reluctance to undertake international human rights obligations that may upset domestic constituencies than would be the case with a smaller nation with fewer alternatives to collaboration in its international relationships.¹⁸

Proving cause and effect is impossible, but the superpower status of the United States is at least a plausible, partial explanation for its limited domestic engagement with international human rights law. The United States is one of only three members of the United Nations not to have ratified the Convention on the Rights of the Child,¹⁹ is one of only seven UN members not to have ratified the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women,²⁰ has yet to ratify the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights – though it signed the Convention in 1979,²¹ and is one of the few nations in the Americas not to have

¹⁶ See generally Scott (2004, 73–81) (offering an overview of Realist views of how U.S. approaches towards international law have changed as its power has increased).

¹⁷ U.N. Charter Article 23, para 1 and Article 27, para 3 (creating the Security Council and voting rules giving the five permanent members a veto).

¹⁸ See Krisch (2005, 371, 374, 377) (describing powerful nations as using international law as a tool for regulating other nations, for pacification, as a tool for stabilizing their dominance, and as a way to legitimize their domination).

¹⁹ Convention on the Rights of the Child, Nov. 20, 1989, 1577 U.N.T.S. 3 <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en>. Compare Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General, ch. IV, at 389–91, U.N. Doc. ST/LEG/SER.E/26 (2009) [hereinafter *MTDSG*], with Member States of the United Nations, U.N., <<http://www.un.org/en/members/>>. Accessed 27 July 2014.

²⁰ Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, Dec. 18, 1979, 1249 U.N.T.S. 13. Compare *MTDSG*, supra note 25 at 284–86 <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en>. Accessed 27 July 2014., with Member States of the United Nations, supra note 25. See generally Convention to the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, Dec. 18, 1979, 1249 U.N.T.S. 13. <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en>. Accessed 27 July 2014.

²¹ See *MTDSG*, supra note 25, at 182–84, <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en>. Accessed 27 July 2014. See generally International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Dec. 16, 1966, 993 U.N.T.S. 3.

ratified the American Convention on Human Rights.²² But perhaps even more striking, when the United States ratifies an international human rights treaty, it does so in a manner designed to ensure no impact on U.S. domestic practice (Henkin 1995, 341; see also Bradley and Goldsmith 2000, 416–22). For example, in the case of the International Covenant on Civil and Political Rights, not only did the United States provide that the Covenant was to be deemed non-self-executing by U.S. courts,²³ and also declare that the Covenant was never to be interpreted in a manner inconsistent with the U.S. Constitution,²⁴ but extensive U.S. reservations, declarations and understandings were designed to ensure that there would be a reservation, declaration or understanding whenever an aspect of the Covenant might require a change in U.S. practice, so that no domestic changes would be needed.²⁵ Obviously in such a context, the Covenant could hardly influence U.S. public law, let alone private law. Every few years, the U.S. Supreme Court has cited foreign or international practice for additional support for change in an area where existing U.S. practice was strikingly divergent from the international norm, such as with a State statute that criminalized sodomy,²⁶ death sentences for crimes committed by defendants as juveniles,²⁷ and life imprisonment of juveniles without possibility for parole for crimes other than homicide.²⁸ However the U.S. Supreme Court never uses international human rights law to indicate that the United States is bound by foreign or international practice in interpreting fundamental rights under the Constitution.

Finally, federal systems like that of the United States, where negotiation of treaties lies with the Federal government while the formulation of most private law lies with the States, will tend to lag in the incorporation of international human rights law into private law, because the entity assuming the international human rights obligation is not the entity carrying it out. It stands to reason that State authorities who are elected with no reference to their political positions on foreign policy and whose official roles only exceptionally involve international relationships will not typically be heavily invested in incorporating international law into local law. Given the manner in which State authorities in the United States have repeatedly ignored orders by the International Court of Justice (ICJ) that they halt pending executions²⁹ – in scenarios where there was no question that the ICJ enjoyed jurisdiction and that an execution would violate U.S. international obligations

²² See generally American Convention on Human Rights, Nov. 21, 1969, 1144 U.N.T.S. 143.

²³ Senate Committee on Foreign Relations (1992, 657).

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*, 650; see also Friedman (2005, 219–24).

²⁶ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 573 (2003).

²⁷ *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, 575–77 (2005).

²⁸ *Graham v. Florida*, 130 S.Ct. 2011, 2024–33 (2010).

²⁹ Angel Breard (a citizen of Paraguay executed in Virginia in 1998) and Karl Lagrand (a citizen of Germany executed in Arizona in 1999) were both executed in violation of provisional orders of the ICJ, and José Medellín (a citizen of Mexico executed in Texas in 2008) was executed in violation of a final judgment of the ICJ. Kalb (2010, 1036–44) and Townsend (2009, 468–72); see also Winer (2010, 346–53).

(Kalb 2010, 1036–1044; Townsend 2009, 468–472; Winer 2010, 346–353) – it is hard to imagine most State legislators and governors feeling obligated to incorporate international human rights law into private law. There are exceptions. Sometimes a liberal municipality will adopt a resolution that takes account of an important human rights instrument (see Resnik 2006, 1647–56), but these limited initiatives have certainly not affected private law. Rather, a move is now underway in many conservative States to legislatively ban all citation of foreign, Islamic and/or international law by State courts.³⁰

19.3 The Exceptions: Non-discrimination and Freedom of Expression

In spite of the forces that push against application of international human rights and fundamental rights concepts to private law in the United States, principles of non-discrimination and protection of freedom of expression are two areas where fundamental rights have had an important impact on private law. Both, however, are areas that to some extent prove the rule.

Non-discrimination in private relations, unlike most situations that might apply basic rights to private law, fits Lockean principles, and also emerged in a unique foreign policy context where the U.S. faced exceptionally high costs if it failed to domestically incorporate non-discrimination aspects of international human rights law. Non-discrimination principles applied to private relations are consistent with John Locke's emphasis on toleration (see Locke 1689), even if they move beyond his primary concern of equality under the law (see Locke 1690, paras 87–94). Moreover, desegregation in the United States occurred during the Cold War, a time of ideological battle with the Soviet Union when the United States found it important to show the world that it respected human rights. While there was only a limited international element to the forces that led to the end of segregation in the United States and to the Civil Rights Act of 1964, which outlawed discrimination on the basis of race or gender in the workplace or places of public accommodation,³¹ the situation was one where U.S. foreign policy objectives required domestic change.³²

Without doubt, principles of non-discrimination have become central to many aspects of private law. As will be discussed, the most important areas are non-

³⁰The Brennan Center for Justice at New York University School of Law has conducted a study of the initiatives, noting five States that have now banned the use of foreign law, and many more with legislative proposals for bans. Patel et al. (2013).

³¹Civil Rights Act of 1964, Pub. L. No. 88-352, 78 Stat. 241 (codified as amended in scattered sections of 2 U.S.C., 28 U.S.C., and 42 U.S.C.). Title II outlaws discrimination in places of public accommodation and Title VII outlaws discrimination in employment.

³²See generally Dudziak (2000) (describing the role of the Cold War in the civil rights struggle in the United States given the need for the United States to win its international ideological battle with Communism).

discrimination in housing, in the workplace, and in hotels, restaurants and other places of public accommodation, and the protections today cover discrimination on the basis of race, ethnicity, religion, gender, disability and age, with the protections varying somewhat according to the classification. Further, many States provide for non-discrimination on the basis of sexual orientation, and the family law field has now accepted gay marriage.

The story of the battle against private discrimination in housing in the United States begins with a constitutional decision where the U.S. Supreme Court stretched the boundaries of the requirement that the Constitution only provides protection against government action, not private conduct. In 1948, in *Shelley v. Kraemer*, the Supreme Court held that it was unconstitutional for courts to grant relief to enforce a racially restrictive covenant.³³ This decision ended the practice of homeowners maintaining the ethnic purity of their neighborhood through provisions in their deeds that excluded African Americans and other minorities from purchasing or occupying homes, since it found that for the courts to enforce such covenants involved the state in unconstitutional race discrimination and constituted state action.³⁴ In 1968, Congress passed the Fair Housing Act as Title VIII of the Civil Rights Act.³⁵ The Fair Housing Act initially prohibited discrimination in the sale or rental of real estate and the provision of related services because of race, color, religion or national origin,³⁶ an amendment to the Act in 1974 added gender as a protected class,³⁷ and a further amendment in 1988 added families with children and the disabled.³⁸ There is an enormous case law applying the Act (see cases and commentary in Smolla 2013, §§ 3:11–3:87), and remedies include not only both injunctive relief and damages,³⁹ but punitive damages⁴⁰ and attorneys' fees.⁴¹

Employment discrimination legislation offers an even more striking example of a far-reaching change in private legal relationships out of at least implicit human rights concerns. The primary vehicle for the prevention of employment discrimination is Title VII of the Civil Rights Act of 1964,⁴² and today it applies not just to intentional

³³ *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1, 19–21 (1948).

³⁴ *Ibid.* A later U.S. Supreme Court decision, *Jones v. Alfred H. Mayer Co.*, allowed the application of 42 U.S.C. §1982, from the Civil Rights Act of 1866, which bars discrimination in housing, by giving a narrow reading to *The Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3 (1883). See 392 U.S. 409, 420 note 25 (1968). But this provision has had far less impact than the Fair Housing Act of 1868 discussed below.

³⁵ Civil Rights Act of 1968, Pub. L. No. 90-284, 82 Stat. 73 (codified at 42 U.S.C. §§3601–3619 (2014)).

³⁶ Pub. L. No. 90-284, Title VIII, § 804, 82 Stat. 83 (1968).

³⁷ Housing and Community Development Act of 1974, Pub. L. No. 93-383, Title VIII, § 808(b)(1), 88 Stat. 729 (codified in scattered sections of 42 U.S.C.).

³⁸ The Fair Housing Amendments Act of 1988, Pub. L. No. 100-430, §§ 6(a)–(b)(2), (e), 15, 102 Stat. 1620, 1622, 1623 (codified at 42 U.S.C. §§ 3601–3169, 3631, and §§ 2341–2342 (2013)).

³⁹ 42 U.S.C. §3613(c)(1).

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ 42 U.S.C. §3613(c)(2).

⁴² Pub. L. No. 88-352, 78 Stat. 241, 253 (1964) (codified at 42 U.S.C. §2000e *et seq.*).

discrimination,⁴³ but to hiring standards that have a disparate impact on protected groups.⁴⁴ The statute bars discrimination based on race, color, religion, gender or national origin,⁴⁵ and after shifting case law⁴⁶ that led to Congressional amendment,⁴⁷ today essentially provides that employment practices that have a disparate impact on the protected groups violate the Act unless the practice is required by a business necessity – understood as important skills, abilities and knowledge necessary for successful performance of the job.⁴⁸ Employers are also expected to eliminate workplace harassment of employees by fellow employees.⁴⁹ Violations of the statute can lead to damages for “front pay” (damages for earnings that the plaintiff might have received),⁵⁰ back pay,⁵¹ injunctive relief,⁵² and attorneys’ fees.⁵³ In addition, the Age Discrimination in Employment Act,⁵⁴ passed in 1967, prohibits discrimination based on age against persons over 40 in hiring, firing and promotions,⁵⁵ in terms very similar to Title VII of the Civil Rights Act of 1964, as does the Americans with Disabilities Act of 1990⁵⁶ for those suffering physical or mental impairment, and for whom reasonable accommodation in the workplace is possible.⁵⁷

Finally, Title II of the Civil Rights Act of 1964⁵⁸ prohibits discrimination based on race, color, religion, or national origin, in places of public accommodation – such as hotels, restaurants, and places of entertainment – provided that the establishment is one “affecting interstate commerce.”⁵⁹ The requirement of “affecting interstate commerce,” a clause necessitated by the limited legislative authority of

⁴³ 42 U.S.C. §2000e-2(a)-(d), 2000e-3.

⁴⁴ 42 U.S.C. §2000e-2(k).

⁴⁵ Pub. L. No. 88-352, Title VII, §703–04, 78 Stat. 255–58 (1964).

⁴⁶ Compare *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424, 431–432 (1971) (ruling Title VII forbids employers from using “testing or measuring procedures” that are “artificial, arbitrary, and unnecessary barriers to employment” to discriminate against protected classes), with *Wards Cove Packing Co. v. Atonio*, 490 U.S. 642, 659 (1989) (holding a legitimate employment qualification does not require the “practice be ‘essential’ or ‘indispensable’ to the employer’s business”).

⁴⁷ Civil Rights Act of 1991, Pub. L. No. 102-166, 105 Stat. 1071 (1991).

⁴⁸ *Ibid.* at §105 (codified at 42 U.S.C. §2000e-2(k)(1)(A)(i)).

⁴⁹ *Van Zant v. KLM Royal Dutch Airlines*, 80 F.3d 708 (2d Cir. 1996).

⁵⁰ *Allison v. Citgo Petroleum Corp.*, 151 F.3d 402, 411 (5th Cir. 1998) (ruling front pay as falling under “other equitable relief”).

⁵¹ Pub. L. No. 88-352, Title VII, § 706(g), 78 Stat. 241, 261 (1964) (codified at 42 U.S.C. §2000e-5(g)).

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.* at §706(k) (codified at 42 U.S.C. §2000e-5(k)).

⁵⁴ Pub. L. No. 90-202, 81 Stat. 602 (1967) (codified at 29 U.S.C. §§ 621–634).

⁵⁵ 29 U.S.C. §§ 623.

⁵⁶ Pub. L. No. 101-336, 104 Stat. 328 (1990) (codified at 42 U.S.C. §§ 12101–12213).

⁵⁷ 42 U.S.C. §§ 12102(1), 12112(a)-(b).

⁵⁸ Pub. L. No. 88-352, Title II, § 201, 78 Stat. 241, 243 (1964) (codified at 42 U.S.C. §2000a-2000a-6).

⁵⁹ 42 U.S.C. §2000a(a)-(b).

the Federal government vis-à-vis the States, has been interpreted broadly, so that few, if any, hotels, restaurants and entertainment venues are not covered.⁶⁰ The statute does not reach private clubs,⁶¹ but was central in ending the system of apartheid in public places that existed in the United States until the 1960s (see McLain 2011, 99–104).

The above are only the most important non-discrimination provisions in the Federal system in the United States, and virtually every State in the United States also has anti-discrimination legislation.⁶² However the most important new area where principles of non-discrimination have come into play in recent years is in measures protecting individuals based on sexual orientation. Many States in the United States today have legislation barring many types of discrimination by businesses and individuals based on sexual orientation,⁶³ and all States now provide for gay marriage as a result of a U.S. Supreme Court decision in June 2015 holding that gay marriage is constitutionally protected, on grounds that since marriage is a fundamental right, same-sex couples must enjoy the same right to marry as heterosexual couples.⁶⁴ This is also an area where it could be argued the U.S. Supreme Court has been influenced by international human rights practice, since while it did not cite international practice on the gay marriage issue, in 2003, it did make use of European human rights case law in its decision holding that the criminalization of sodomy was unconstitutional, in the case of a statute that specifically criminalized gay sodomy.⁶⁵

Freedom of expression is the other fundamental rights area that affects private law. The protection that Freedom of Expression receives in the United States today owes far more to John Stuart Mill than to John Locke,⁶⁶ and often varies from the Lockean scenario of an individual pitted against government action. Freedom of expression directly affects private law in the areas of defamation and infliction of emotional distress. Nevertheless, the justification that leads free speech to trump

⁶⁰ See *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. U.S.*, 379 U.S. 241, 258 (1964) (finding that a hotel affects interstate commerce); *Katzenbach v. McClung*, 379 U.S. 294, 301–303 (1964) (a restaurant serving a primarily local clientele nevertheless affects interstate commerce); *Daniel v. Paul*, 395 U.S. 298, 305 (1969) (a recreational facility with a snack bar that sold items with ingredients coming from other States was held to affect interstate commerce).

⁶¹ 42 U.S.C. §2000a(e).

⁶² See generally, Navex Global, 50- State Survey of Discrimination Laws http://www.navexglobal.com/sites/default/files/uploads/lb_Descrimination-50States.pdf. Accessed 27 July 2014; West (2012). California, for example, provides for non-discrimination on the basis of “sex, race, color, religion, ancestry, national origin, disability, medical condition, genetic information, marital status, or sexual orientation” in all business establishments of any kind. West’s Ann. Cal. Civ. Code § 51.

⁶³ American Civil Liberties Union (2011).

⁶⁴ *Obergefell v. Hodges*, 135 S.Ct. 2584 (2015)

⁶⁵ 539 U.S. at 560, 572–73.

⁶⁶ On Mill’s influence, see Ofseyer (1999, 395), Blasi (2011, 536–37), and Koppelman (2013, 702–03).

private law's traditional protection of personal reputation does not lie in the notion of a fundamental right inherent in individual human needs or in self-realization, but in societal needs. Thus the landmark decision of *New York Times v. Sullivan*⁶⁷ justifies enhanced protection of defendants in the defamation context not because of a fundamental right of the defendant, but because of a societal need for free debate, arguing that "[t]he constitutional safeguard . . . 'was fashioned to assure unfettered interchange of ideas for the bringing about of political and social changes desired by the people.'"⁶⁸ The value expressed is "[t]he maintenance of the opportunity for free political discussion to the end that government may be responsive to the will of the people and that changes may be obtained by lawful means."⁶⁹ *New York Times v. Sullivan* held that a defamation action by a public official relating to official conduct requires proof "that the statement was made with 'actual malice' – that is, with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not,"⁷⁰ and the standard has been further expanded to apply both to public figures generally⁷¹ and to the tort of intentional infliction of emotional distress.⁷² Clearly freedom of expression concerns have required important changes to private law, which had established liability for simply harming the reputation of an individual in the community through a negligent communication (Prosser et al. 1984, §111; American Law Institute 1977, §§558, 559).

Yet even though freedom of expression is often described as a fundamental right, it is a bit of a misnomer to consider the constitutionalization of U.S. defamation law an example of fundamental rights case law that modifies private law, since the rights do not exist primarily because of needs of the individual but because of needs of society. The individual does not just have a personally endowed fundamental rights claim that prevails over the private interests of others, but also asserts a broader societal interest in uninhibited debate on public issues even though individual reputations and privacy may be harmed.⁷³

In the end, while there is no doubt that fundamental rights concepts have influenced the development of equal protection and free speech law in the United States with a corresponding impact on private law, these are exceptional areas, and neither are developed primarily with reference to international human rights. Moreover, recent U.S. Supreme court case law points towards a diminishing, not increasing role for international human right in U.S. private law, at least in the short-term.

⁶⁷ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

⁶⁸ *Ibid*, 269.

⁶⁹ *Ibid*.

⁷⁰ *Ibid*, 279–80.

⁷¹ *Gertz v. Welch*, 418 U.S. 323 (1974); see also Smolla and Nimmer (2013, §23:4).

⁷² *Hustler Magazine v. Falwell*, 485 U.S. 46, 49 (1988); see also Rotunda and Nowak (2012, §20.33(f)).

⁷³ *Bartnick v. Vopper*, 532 U.S. 514, 534 (2001).

19.4 Conclusion: Little Change on the Horizon

Until recently, while the exceptionalism described in this article undoubtedly meant that the United States lagged in the incorporation of international human rights law into its legal system, certain important U.S. Supreme Court precedents nevertheless offered some hope for the future. Under the U.S. Supreme Court decision in *Missouri v. Holland* in 1920,⁷⁴ it seemed clear that treaties were a source of Federal government authority and that Congress enjoyed virtually unlimited authority vis-à-vis the States to pass legislation implementing a treaty commitment.⁷⁵ The *Missouri v. Holland* precedent meant that Congress could at least potentially reshape domestic law in implementing international human rights treaties, even though it has never chosen to do so (see Bradley and Goldsmith 2000, 411–12; Merico-Stephens 2004, 267–68). Moreover, in 2004 in *Sosa v. Alvarez Machain*,⁷⁶ the U.S. Supreme Court permitted a limited incorporation of international human rights law into U.S. tort law when it held that under the Alien Tort Statute⁷⁷ a foreigner bringing an action in a U.S. District Court for a tort committed in violation of the Law of Nations could use sufficiently specific and well-established norms of international law as the basis for an action – treating such norms as part of U.S. law for the purposes of such a law suit.⁷⁸ However, under Chief Justice John Roberts, the U.S. Supreme Court seems to be headed in a more restrictive direction.

First, it is becoming increasingly likely that the U.S. Supreme Court, out of federalism concerns, will place some limits on the ability of Congress to legislate in the implementation of treaty commitments. In 2008, in *Medellin v. Texas*,⁷⁹ the Supreme Court hinted rather broadly that Presidential power to give effect to a treaty commitment could be lessened when it infringes the traditional authority of the States. The decision itself held unconstitutional a memorandum issued by President George W. Bush in which he ordered State courts to comply with a decision of the International Court of Justice that required hearings for Mexicans on death row in the United States whose rights had been violated under the Vienna Convention on Consular Relations.⁸⁰ While the decision did not deal with federalism specifically, but with the extent of Presidential authority in the context of what the Court deemed a non-self-executing treaty obligation, the Court noted that it had greater concern when Presidential action in the foreign affairs area displaced State law.⁸¹ Moreover in

⁷⁴ *Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416 (1920).

⁷⁵ *Ibid.*, 434; see also American Law Institute (1987, §302 cmt. C, §303 cmt. C) (noting that the Treaty Power has no limits as to its subject matter and that *Missouri v. Holland* establishes that Congress may legislate by virtue of a treaty in areas that it could not legislate in the absence of a treaty).

⁷⁶ *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004).

⁷⁷ 28 U.S.C. §1350 (2013).

⁷⁸ 542 U.S. at 724–25.

⁷⁹ *Medellin v. Texas*, 552 U.S. 491 (2008).

⁸⁰ *Ibid.*, 523–32. The Memorandum appears at *Ibid.*, 503.

⁸¹ *Ibid.*, 528.

its recent decision in *Bond v. United States*,⁸² the Supreme Court only narrowly avoided placing limits on the authority of Congress to implement a treaty commitment. The case considered application of a federal criminal statute passed to implement the Chemical Weapons Convention,⁸³ in a case in which a betrayed wife caused her husband's lover to suffer a minor chemical burn on her thumb,⁸⁴ and the defendant wife asked the Supreme Court to consider to what extent Congress may act in areas typically covered by State law when implementing a treaty.⁸⁵ Conservative figures like Texas Senator Ted Cruz seized on the case to call for the Court to halt the giving away of the policy making power of the States and the autonomy of U.S. citizens to international actors (Cruz 2014, 93–94). In the end, the Supreme Court ruled that legislation implementing a treaty needed to be interpreted against a backdrop of federalism concerns and only be read to modify the traditional dominance of state law in criminal and civil law when congress is reasonable explicit.⁸⁶ The majority of six justices, found that Congress had not been sufficiently explicit, and hence did not consider whether limits existed to the ability of the United States to enter into a treaty that affected areas of private law otherwise beyond the reach of the Federal government.⁸⁷ Three justices in dissent, however, took the position that treaties must regulate matters of intercourse with other nations and must not regulate the relationship of a nation with its own citizens on inherently domestic matters⁸⁸ – essentially questioning whether the United States may enter into international human rights treaties that would invade traditional areas of State law like private law. The trend is clearly against international human rights law becoming a force in State law domains like private law.

Further, in 2013, in *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*,⁸⁹ in strictly limiting the application of the Alien Tort Statute where the wrongful conduct has occurred outside of the United States, the Supreme Court rejected the possibility that international human rights law, because of its universal nature, could form the basis of a cause of action before a U.S. court when the conduct has arisen outside of the United States.⁹⁰ While the *Sosa* decision had opened the door to treating international human rights law as a type of federal common law for at least a limited range of cases involving foreigners, the *Kiobel* decision has sharply limited its scope of application. Interpretation of the Alien Tort Statute has sometimes been perceived as a culture war between progressives who wish the widest possible embrace by the United States of international human rights law, and conservatives, who fear retali-

⁸² *Bond v. United States* 134 S. Ct. 2077 (2014).

⁸³ *Ibid*, 2087.

⁸⁴ *Ibid*, 2085.

⁸⁵ See Brief for the Petitioner at i–ii, *Bond v. United States*, 2013 WL 1963862 (2013)(No. 12-158) (Questions Presented).

⁸⁶ 134 S. Ct. at 2088–89.

⁸⁷ See *ibid*, 2090–93.

⁸⁸ See *ibid*, 2108–10 (Thomas, J., dissenting).

⁸⁹ *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S.Ct. 1659 (2013).

⁹⁰ *Ibid*, 1669.

ation by other nations and who emphasize U.S. values of federalism and limited government, and who therefore favor limited incorporation of international human rights law into U.S. law (see Bederman 2001, 476–489). At least for the moment, the progressives have lost.

Perhaps a future generation in the United States will reconsider the relative impermeability of U.S. domestic law to international human rights law and the need to consider fundamental rights as embracing more than protection of the individual from government. Unfortunately present judicial and legislative attitudes do not offer much hope. To the extent that the projection of U.S. influence depends upon encouraging the development of a shared set of values with the rest of the world, the United States will find itself hobbled if it cannot work towards the domestic incorporation of evolving understandings of international human rights.

Acknowledgments The author would like to thank Laily Javid, Southwestern Law School Class of 2014, and Ima Khodakaram and Kevin To, Southwestern Law School Class of 2015, for their outstanding research assistance.

Bibliography

- American Civil Liberties Union. 2011. Non-Discrimination Laws: State by State Information Map, Sept. 21, 2011, available at <<https://www.aclu.org/maps/non-discrimination-laws-state-state-information-map>>.
- American Law Institute. 1997. Restatement (Second) of Torts §§558, 559.
- American Law Institute. 1987. Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States §302 cmt. C, §303 cmt. C.
- Bederman, DJ. 2001. International Law Advocacy and Its Discontents. *Chicago Journal of International Law* 2: 475–484.
- Blasi, V. 2011. Shouting “Fire!” in a Theater and Vilifying Corn Dealers, *Capital University Law Review* 39: 535–569.
- Bradley, CA, and Goldsmith, JL. 2000. Treaties, Human Rights, and Conditional Consent. *University of Pennsylvania Law Review* 149:399–468.
- Chemerinsky, E. 2011. *Constitutional Law: Principles and Policies*, 4th ed. New York, NY: Aspen Publishers.
- Cruz, T. 2014. Limits on the treaty power. *Harvard Law Review Forum* 127: 93–121.
- Dudziak, ML. 2000. *Cold War Civil Rights: Race and the Image of American Democracy*, Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Friedman, MS. 2005. The Uneasy U.S. Relationship with Human Rights Treaties: The Constitutional Treaty System and Nonself-Execution Declarations, *Florida Journal of International Law* 17:187–258.
- Hartz, L. 1955. *The Liberal Tradition in America*, New York, NY: Hartcourt Brace.
- Henkin, L. 1979. Rights: American and Human, *Columbia Law Review* 79: 405–425.
- Henkin, L. 1995. U.S. Ratification of Human Rights Conventions: The Ghost of Senator Bricker, *American Journal of International Law* 89: 341–350.
- Ignatieff, M. (ed.) 2005a. *American Exceptionalism and Human Rights*
- Ignatieff, M. 2005b. Introduction: American Exceptionalism and Human Rights. In *American Exceptionalism and Human Rights*, M Ignatieff (ed.), 1–28. New Jersey: Princeton University Press.

- Kalb, J. 2010. Dynamic Federalism in Human Rights Treaty Implementation. *Tulane Law Review* 84:1025–1066.
- Koppelman, A. 2013. Veil of Ignorance: Tunnel Constructivism in Free Speech Theory. *Northwestern University Law Review* 107: 647–729.
- Krisch, N. 2005. International Law in Times of Hegemony: Unequal Power and the Shaping of the International Legal Order. *European Journal of International Law* 16: 369–408.
- Locke, J. 1689. A Letter Concerning Toleration, reprinted in *35 Great Books of the Western World* 2–24 (Robert Maynard Hutchins ed., 1952).
- Locke, J. 1690. The Second Treatise of Government ¶¶ 87–94 (Thomas P. Peardon ed., Bobbs-Merrill 1952).
- McLain, LC. 2011. Involuntary Servitude, Public Accommodations Laws and the Legacy of Heart of Atlanta Motel, Inc. v. United States. *Maryland Law Review* 71:83–162.
- Merico-Stephens, AM. 2004. Of Federalism, Human Rights, and the Holland Caveat: Congressional Power to Implement Treaties. *Michigan Journal of International Law* 25: 265–333.
- Moravcsik, A. 2005. The Paradox of U.S. Human Rights Policy. In *American Exceptionalism and Human Rights*, M Ignatieff (ed.), 147–197. New Jersey: Princeton University Press.
- Ofseyer, JJ. 1999. Taking Liberties with John Stuart Mill. *Annual Survey of American Law* 1999: 395–433.
- Patel F., Duss M., and Toh A. 2013. Foreign Law Bans: Legal Uncertainties and Practical Problems, updated on 23 May 2013, available at <<http://www.brennancenter.org/sites/Default/files/publications/ForeignLawBans.pdf>>.
- Pope Francis. 2013. Encyclical Letter *Evangelii Gaudium*, 24 Nov 2013, available at <http://www.vatican.va/holy_father/francesco/apost_exhortations/documents/papa-francesco_esortazione-ap_20131124_evangelii-gaudium_en.html>.
- Pope John XXIII. 1961. Encyclical Letter *Mater Et Magistra*, 15 May 1961, available at <http://www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater_en.html>.
- Prosser, WL. et al (Eds.). 1984. *Prosser and Keeton on Torts* §111 (5th ed. 1984).
- Resnik, J. 2006. Law's Migration: American Exceptionalism, Silent Dialogues, and Federalism's Multiple Ports of Entry. *Yale Law Journal* 115:1564–1667.
- Richards, DAJ. 1989. *Foundations of American Constitutionalism*. New York, NY: Oxford University Press.
- Rotunda, RD, and Nowak JE. 2012. *Rotunda and John E. Nowak, Treatise on Constitutional Law: Substance and Procedure* 5: §20.33(f) (5th ed. 2012).
- Scott, SV. 2004. Is There Room for International Law in Realpolitik?: Accounting for the US 'Attitude' Towards International Law. *Review of International Studies* 30: 71–88.
- Senate Committee on Foreign Relations (1992), Report on the International Covenant on Civil and Political Rights, S. Exec. Rep. No. 102-23 (p19) reprinted in *International Legal Materials* (1992) 31: 645–660.
- Smolla RA (2013), *Federal Civil Rights Acts 1: §§3:11–3:87* (2d ed. 2013).
- Smolla RA, Nimmer MB. 2013. *Smolla & Nimmer on Freedom of Speech* 3: §23:4 (Thomson Reuters West ed., 2013).
- Sunstein, CR. 2005. Why Does the American Constitution Lack Social and Economic Guarantees. In *American Exceptionalism and Human Rights*, M. Ignatieff (ed.), 90–144. New Jersey: Princeton University Press.
- Townsend, J. 2009. Note, *Medellín Stands Alone: Common Law Nations Do Not Show a Shared Poststratification Understanding of the ICJ*. *Yale Journal of International Law* 34: 463–495.
- West. 2012. *50 State Statutory Surveys: Employment: Private Employment, Unlawful Discrimination*, 0060 Surveys 25.
- Winer, AS. 2010. An Escape Route from the Medellín Maze. *Connecticut Journal of International Law* 25: 331–365.
- Zackin, E. 2013. *Looking For Rights in All the Wrong Places: Why State Constitutions Contain America's Positive Rights*. Princeton, NJ: Princeton University Press.

Case Law

Allison v. Citgo Petroleum Corp., 151 F.3d 402 (5th Cir. 1998).
Bond v. United States 134 S. Ct. 2077 (2014).
Brentwood Academy v. Tennessee Secondary School Athletic Assn., 531 U.S. 288 (2001).
Daniel v. Paul, 395 U.S. 298 (1969).
Erie R. Co. v. Tompkins, 304 U.S. 64 (1938).
Garza v. Lappin, 533 U.S. 924 (2001) (No. 00-10631).
Gertz v. Welch, 418 U.S. 323 (1974).
Graham v. Florida, 130 S.Ct. 2011 (2010).
Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S. 424 (1971).
Heart of Atlanta Motel, Inc. v. U.S., 379 U.S. 241 (1964).
Hustler Magazine v. Falwell, 485 U.S. 46 (1988).
Jones v. Alfred H. Mayer Co. 392 U.S. 409 (1968).
Katzenbach v. McClung, 379 U.S. 294 (1964).
Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co., 133 S.Ct. 1659 (2013).
Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003).
Lenahan v. United States, Case 12-626, Inter-Am. Comm'n H.R., Report No. 80/11 (2011).
Medellin v. Texas, 552 U.S. 491 (2008).
Missouri v. Holland, 252 U.S. 416 (1920).
New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).
Obergefell v. Hodges, 135 S.Ct. 2584 (2015).
Roper v. Simmons, 543 U.S. 551 (2005).
Shelley v. Kraemer, 334 U.S. 1 (1948).
Sosa v. Alvarez-Machain, 542 U.S. 692 (2004).
Town of Castle Rock v. Gonzales, 545 U.S. 748 (2005).
Troxel v. Granville, 530 U.S. 57 (2000).
United States v. Stanley, 109 U.S. 3 (1883).
Van Zant v. KLM Royal Dutch Airlines, 80 F.3d 708 (2d Cir. 1996).
Wards Cove Packing Co. v. Atonio, 490 U.S. 642 (1989).
Williamson v. Lee Optical, 348 U.S. 483 (1955).