

Εφαρμογές
ΑΣΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ
& ΑΣΤΙΚΟΥ ΔΙΚΟΝΟΜΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ

ΕΤΟΣ 2015 / ΤΕΥΧΟΣ 2

Εμμανουήλ Λασκαρίδης,
Δικηγόρος, ΔΝ

*Η αρχή της αναλογικότητας
στο αστικό δίκαιο*



NOMIKH BIBLIOΘΗΚΗ

ΑΝΑΤΥΠΟ

nbonline.gr

ΨΗΦΙΑΚΗ ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ

Εμμανουήλ Λασκαρίδης

Δικηγόρος, ΔΝ

Η αρχή της αναλογικότητας στο αστικό δίκαιο

«Εφαρμογές ΑΣΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ & ΑΣΤΙΚΟΥ ΔΙΚΟΝΟΜΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ»

Τεύχος 2 / Έτος 2015



ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ ΑΕΒΕ

Μαυρομικάλη 23, 106 80 Αθήνα • Τηλ.: 210 3678 800 • Fax: 210 3678 819

<http://www.nb.org> • e-mail: info@nb.org

Η αρχή της αναλογικότητας στο αστικό δίκαιο*

Εμμανουήλ Λασκαρίδης,
Δικηγόρος, ΔΝ

Περίληψη: Στη μελέτη εξετάζονται με κριτικό πνεύμα οι απόψεις του καθηγητή Φίλιππου Δωρή περί προσπάθειας εξισορρόπησης συμφερόντων στο Αστικό Δίκαιο μέσω εφαρμογής της αρχής της αναλογικότητας. Η εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας στο Αστικό Δίκαιο εξ άλλου υποστηρίζεται συχνά από τη νομολογία των πολιτικών δικαστηρίων ως προσπάθεια «πρακτικής εναρμόνισης των εκατέρωθεν συμφερόντων». Εφαρμόζοντας την αρχή αυτή τα Δικαστήρια συχνά αποφεύγουν την εφαρμογή των νομοθετικών επιταγών και αποφασίζουν την ανατροπή της νομοθετικής στάθμισης και πρόταξης με έμμεσο τρόπο.

Οι συγκεκριμένες θέσεις αντιτίθενται με αυτές του καθηγητή Παπανικολάου, συμβάλλοντας με αυτόν τον τρόπο σε ένα ζωντανό επιστημονικό διάλογο. Βασικό επιχείρημα του Π. Παπανικολάου κατά μιας γενικής εφαρμογής της αρχής στο αστικό δίκαιο αποτελεί η ανάγκη διατήρησης της αυτοτέλειας Αστικού και Συνταγματικού δικαίου λόγω της διαφορετικής φύσης των διαφορών που ανακύπτουν σε αυτά. Υπό το πρίσμα αυτό, η εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας στο Αστικό Δίκαιο συνιστά άσκοπη επιβάρυνση της προσπάθειας του δικαστή για αναζήτηση της ορθής δογματικής θεμελίωσης της απόφασής του ή ακόμη και συσκοτίση της αληθινής *ratio legis*. Με νομολογιακά παραδείγματα αναλύεται το πώς η εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας δημιουργεί σύγχυση αναφορικά με την ιεράρχηση αξιών της έννομης τάξης εφόσον τα Δικαστήρια προβαίνουν αθόρυβα και χωρίς καθαρή τοποθέτηση σε σταθμίσεις υπέρ περιουσιακών αγαθών σε βάρος αγαθών όπως η δημόσια υγεία και η προστασία του περιβάλλοντος.

Σκοπός της παρούσας εξέτασης είναι η θεμελίωση της εφαρμογής της αξιολογικής στάθμισης συμφερόντων για την επίλυση των προβλημάτων στο αστικό δίκαιο. Η επιλογή αυτή στηρίζεται αφενός στον συγκρουσιακό χαρακτήρα του αστικού δικαίου που επιβάλλει την πρόταξη ενός συμφέροντος και αφετέρου στην πληθώρα των διατάξεων αλλά και των μεθοδολογικών εργαλείων που διαθέτει το Αστικό Δίκαιο για την επίλυση των αναφυομένων σε αυτό συγκρούσεων.

Α. Η ενασχόληση του καθηγητή Φίλιππου Δωρή με την αρχή της αναλογικότητας

Το αστικό δίκαιο, αν και αποτελεί το απαύγασμα του φιλελευθερισμού και την ανταμοιβή της αστικής τάξης για τους κόπους που κατέβαλε ώστε να δημιουργηθεί μια ελεύθερη αγορά, δεν είναι τόσο φιλελεύθερο όσο θα αναμενόταν. Πληθώρα δια-

τάξεων προσπαθώντας να προστατέψουν το αδύναμο μέρος της κάθε έννομης σχέσης περιορίζουν την συμβατική ελευθερία αλλά και την αρχή της ευθύνης. Οι διατάξεις ΑΚ 179, 288 και 388 αποτελούν μερικά, γενικά μόνο, παραδείγματα της προσπάθειας του συντάκτη του Αστικού Κώδικα να περιορίσει ενδεχόμενες δυσαναλογίες παροχής αντιπαροχής και να επιφέρει μια εξισορρόπηση συμφερόντων, όταν δυο πρόσωπα

μιας ιδιωτικής έννομης σχέσης δεν διαθέτουν την ίδια γνωστική ή οικονομική ικανότητα. Προς αυτή την κατεύθυνση κινούνται και άλλα νομοθετήματα αστικού δικαίου, εκτός Αστικού Κώδικα, όπως τα άρθρα 2, 6 και 8 του Ν 2251/1994¹.

* Το παρόν άρθρο αποτελεί προδημοσίευση από τον Τιμ. Τομ. Φ. Δωρή.

Ο καθηγητής Φ. Δωρής προσπάθησε με πληθώρα δημοσιεύσεων να αποδείξει ότι η προσπάθεια εξισορρόπησης συμφερόντων στο Αστικό Δίκαιο συνάδει πλήρως στην εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας σε αυτό². Μέσα από παραδείγματα κυρίως του εμπραγμάτου δικαίου υποστήριξε ότι το αστικό δίκαιο επιδιώκει μια αντίστοιχη με το συνταγματικό δίκαιο πρακτική εναρμόνιση των συγκρουόμενων ιδιωτικών δικαιωμάτων³. Η προσπάθειά του αυτή ήρθε σε αντίθεση με θέσεις του καθηγητή Παπανικολάου συμβάλλοντας με αυτόν τον τρόπο σε ένα ζωντανό επιστημονικό διάλογο ως προς την εφαρμογή συνταγματικών αρχών, όπως της αναλογικότητας στο αστικό δίκαιο. Θα εξετάσουμε με κριτικό πνεύμα τις αντίθετες θέσεις του διαλόγου αυτού, προτείνοντας λύση στο συγκεκριμένο ζήτημα.

Β. Η πρόσφατη υιοθέτηση της αρχής της αναλογικότητας από τη νομολογία των πολιτικών δικαστηρίων

Η προσπάθεια «πρακτικής εναρμόνισης των εκατέρωθεν συμφερόντων» σε αστικολογικές μελέτες αποτελεί χαρακτηριστικό της προαναφερθείσας τάσης μεταφοράς συνταγματικών αρχών στο αστικό δίκαιο⁴, γεγονός που αναδεικνύει την επιρροή που ανεπαίσθητα έχει ασκήσει το συνταγματικό δίκαιο στο αστικό. Στο τελευταίο η αναλογικότητα εφαρμόζεται με δύο τρόπους. Ο πρώτος τρόπος ομοιάζει με την *stricto sensu* αναλογικότητα και αφορά τον καθορισμό ποινών στο πλαίσιο του αστικού δικαίου, όπως για παράδειγμα τον μετριασμό υπέρμετρα μεγάλης ποινής κατά το ΑΚ 409⁵ ή τον υπολογισμό της εύλογης αποζημίωσης για την αποκατάστα-

ση της ηθικής βλάβης⁶ (ΑΚ 932)⁷ ή τον αποκλεισμό του δικαιώματος διόρθωσης στην ΑΚ 540 περ. 1 ή τέλος το άρθρο 692 παρ. 3 ΚΠολΔ που επιβάλλει την αναλογία επάχθειας και ωφέλειας στα ασφαλιστικά μέτρα. Σε αυτές περιπτώσεις η εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας ενδείκνυται διότι λειτουργεί ως περιορισμός μιας αστικής τιμωρίας, όπως η ποινική ρήτρα, η γένεση αξίωσης χρηματικής ικανοποίησης λόγω ηθικής βλάβης ή διόρθωσης πράγματος («περιορισμός των περιορισμών»). Ο δεύτερος τρόπος εφαρμογής της αρχής της αναλογικότητας στο αστικό δίκαιο αφορά στην προσπάθεια άμβλυνσης της σύγκρουσης αστικών δικαιωμάτων και συμφερόντων. Επιδιώκεται δηλ. η αποφυγή της πρόταξης ενός, μεταξύ δυο αλληλοσυγκρουόμενων συμφερόντων, μέσω της άμβλυνσης της σύγκρουσής τους. Αυτή η προσπάθεια άμβλυνσης και όχι σύγκρουσης έχει τα ερείσματά της στο συνταγματικό δίκαιο, το οποίο μέσω των γενικών ρητρών, όπως της «δημόσιας τάξης»⁸, εισέβαλε στο

1. Βλ. ανάλυση της σκέψης αυτής και στο τελευταίο κεφάλαιο της ανά χειράς μελέτης.
2. Η αρχή της αναλογικότητας στο πεδίο ρύθμισης των ιδιωτικού δικαίου σχέσεων και ιδιαίτερα στο Αστικό Δίκαιο, σε Τιμ. Τόμο Συμβουλίου Επικρατείας (2004) σ. 229-249· του ίδιου, Η αρχή της αναλογικότητας στη νομολογία των πολιτικών δικαστηρίων, ΔτΑ 2005, σ. 25· του ίδιου, Ο δικαστικός έλεγχος για την τήρηση της αναλογικότητας επί χρηματικής ικανοποίησης για ηθική βλάβη όταν ο νόμος θεσπίζει ελάχιστα γι' αυτήν όρια (απολογισμός ύστερα και από την ΑΠ Ολ 6/2009) σε Τιμ. Τόμο Καλλιμόπουλου, 2010, σ. 127-193· του ίδιου, Η αρχή της αναλογικότητας στο εμπράγματο δίκαιο σε Τιμ. Τόμο Σταθόπουλου (2010), σ. 249-277.
3. Φ. Δωρής, Η αρχή της αναλογικότητας στο εμπράγματο δίκαιο σε Τιμ. Τόμο Σταθόπουλου (2010), σ. 249-277.
4. Σταθόπουλος, Μελέτες Ι (2007) Μελέτη 27, αρ. 2-6, όπου προσπαθεί να «συγκεράσει» ασφάλεια και ελευθερία και Ι. Καρακώστας, Το Δίκαιο της Προσωπικότητας (2012), σ. 347. Βλ. επίσης Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht (1967).
5. Ι. Καρακώστας, Το Δίκαιο της Προσωπικότητας (2012), σ. 370.

6. Βλ. θεμελιωδώς γι' αυτό το θέμα του υπολογισμού της ηθικής βλάβης Σταθόπουλο, Αναλογικότητα, εύλογη αποζημίωση και αναιρετικός έλεγχος, ΝοΒ 2010, 833-845, 839-845· Κ. Καραγιάννης, Περί του προσδιορισμού της χρηματικής ικανοποίησης λόγω ηθικής βλάβης επί προσβολής της προσωπικότητας από ΜΜΕ, ΧρίΔ 2011, 11 επ., Ι. Καρακώστας, Το Δίκαιο της Προσωπικότητας (2012), σ. 157-159, 385-388 και υπ. 1467, όπου πληθώρα παραπομπών σε σχετική νομολογία.
7. Βλ. αναλυτικά Φ. Δωρή, Ο δικαστικός έλεγχος για την τήρηση της αναλογικότητας επί χρηματικής ικανοποίησης για ηθική βλάβη όταν ο νόμος θεσπίζει ελάχιστα γι' αυτήν όρια (απολογισμός ύστερα και από την ΑΠ Ολ 6/2009) σε Τιμ. Τόμο Καλλιμόπουλου, 2010, σ. 127-193. Κατά τον Π. Παπανικολάου παρόμοιες περιπτώσεις που χρήζουν προσδιορισμού είναι αυτές της «εύλογης αποζημίωσης» του ΑΚ 225, 286, 674, 675 και 918, του «προσέκοντος μέτρου» των ΑΚ 388, 409, 707, της συμβατικής δέσμευσης όπως η ΑΚ 179 και της «ανάλογης διατροφής» των ΑΚ 1390, 1442, 1493, 1504· Σύνταγμα και Αυτοτέλεια του Αστικού Δικαίου (2006), αρ. 108. Βλ. για επιπλέον περιπτώσεις χρήζουσες προσδιορισμού από τον δικαστή Φ. Δωρή, Η αρχή της αναλογικότητας στο πεδίο ρύθμισης του ιδιωτικού δικαίου σχέσεων ιδιαίτερα στο Αστικό Δίκαιο σε Τιμ. τόν. ΣτΕ (2004), σ. 229, 233-234.
8. Ο όρος δημόσια τάξη καθιερώνεται στην ΑΚ 3, και αναφέρεται περαιτέρω στις διατάξεις ΑΚ 105, 115, 123. Δημόσιας τάξης (ή αναγκαστικού δικαίου) είναι αρκετές διατάξεις του οικογενειακού δικαίου (π.χ. ΑΚ 1346-1347 περί μνηστείας, ΑΚ 1350-1360, περί κωλυμάτων σύναψης γάμου, ΑΚ 1367-1371, περί της τέλεσης γάμου, ΑΚ 1386-1388, οι περισσότερες διατάξεις που αναφέρονται σε σχέσεις γονέων και τέκνων ΑΚ 1505 επ. κ.α.), αλλά και κληρονομικού (ΑΚ 1716-1780 περί συντάξεως, ανάκλησης και δημοσίευσης διαθήκης, ΑΚ 1781-1812 περί περιεχομένου διαθήκης κ.α.). Για νομολογιακά παραδείγματα, όπου γίνεται επίκληση διατάξεων δημόσιας τάξης βλ. Εφλαμ 42/2013 ΤΝΠ Νόμος, αναφορικά με τις διατάξεις των άρθρων ΑΚ 3, 174 και 180 για υποχρεωτική τήρηση βιβλιαρίων υγείας ορισμένων κατηγοριών ασφαλισμένων· ΑΠ 293/2012 ΤΝΠ Νόμος, αναφορικά με τη διάταξη του άρθρου 3 (σε συνδ. με το ΠΔ 234/1980) για τυχόν αντίθετη βούληση των μερών σε περιπτώσεις μη κάλυψης της δαπάνης νοσηλείας σε μη συμβεβλημένη κλινική από ασφαλιστικό ταμείο· ΑΠ 1102/2012 ΤΝΠ Νόμος = ΕΠολΔ 2012, 648, αναφορικά με τις διατάξεις των άρθρων ΑΚ 3, 174 για απαγόρευση συμφωνίας των ορο-

αστικό δίκαιο (έμμεση τριτενέργεια)⁹. Μέσω των ρητρών, αυτών τριτενεργεί η αρχή της αναλογικότητας, όπως κατοχυρώνεται στο 25 παρ. 1 Σ.

Αυτό που αξίζει να παρατηρηθεί στο πλαίσιο της παρούσας μελέτης είναι ο τρόπος με τον οποίο εφαρμόζεται η αρχή της αναλογικότητας από τα πολιτικά δικαστήρια. Σε αρκετές περιπτώσεις εφαρμογής της αρχής το αντικείμενο της δίκης έχει και δημόσιο χαρακτήρα. Αντικείμενο της υπ' αριθμ. 1796/1993 απόφασης του Μονομελούς Πρωτοδικείου Θεσσαλονίκης¹⁰, ήταν η προστασία ρωμαϊκού αμφιθεάτρου σε οικόπεδο, όπου θα ανεγείρετο πολυκατοικία. Το δικαστήριο αποδέχτηκε ως ορθή την αρχή της αναλογικότητας που εφάρμοσε η Διοίκηση, δηλ. την κατάχωση των ρωμαϊκών ευρημάτων προ της ανέγερσης της νέας οικοδομής. Με αυτό τον τρόπο επιλέχθηκε ένα αναγκαίο, κατάλληλο και ανάλογο της προσβολής της κυριότητας μέτρο προς πλήρη απόλαυση της ιδιοκτησίας. Το εν λόγω δικαστήριο θεώρησε ως απολύτως σύμφωνη με το ιδιωτικό δίκαιο την επιλογή αυτή, αποδεχόμενο πλήρως την εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας.

Ένα επιπλέον χαρακτηριστικό παράδειγμα αποτελεί η υπ' αριθμόν 2449/2008¹¹ απόφαση του Πρωτοδικείου Κορίνθου. Στο αιτιολογικό της απόφασης αυτής γίνεται αναφορά σε επιδημιολογικές μελέτες ειδικών επιστημόνων, από τις οποίες προκύπτει ότι η έκθεση (ιδιαίτερα παιδιών) στα φυτοφάρμακα συνδέεται με την ανάπτυξη διαφόρων μορφών καρκίνου, ιδίως κατά την παιδική ηλικία (όπως η λευχαιμία, το νευροβλάστωμα και ο καρκίνος του εγκεφάλου) καθώς και ότι η έκθεση αυτή συνδέεται επίσης με τη μείωση διανοητικών λειτουργιών, με προβλήματα στη συμπεριφορά, ακόμα και με πρόωρους θανάτους¹². Αυτές οι μελέτες παρακίνησαν τον ευρωπαϊκό νομοθέτη μέσω της οδηγίας 91/414/ΕΟΚ «απαγόρευση χρήσης φυτοφαρμάκων σε περιοχές που γειτνιάζουν με σχολεία ή παιδικές χαρές»¹³. Η προαναφερθείσα απόφαση εκδόθηκε επί αιτήσεως ασφαλιστικών μέτρων για απαγόρευση ψεκασμού με φυτοφάρμακα σε αμπελώνες με 245 κλήματα σουλτανίνας που ευρισκό-

ταν σε απόσταση 3 μετρών από σχολείο της Κορίνθου. Ανέκυψε δηλ. ανάγκη στάθμισης μεταξύ του συλλογικού οικονομικού συμφέροντος ψεκασμών, ως μέσου προστασίας της αγροτικής παραγωγής και επομένως ταχύτερης οικονομικής ανάπτυξης, και της προστασίας της παιδικής ηλικίας. Η πρακτική εναρμόνιση μεταξύ του άρθρου 5 παρ. 1 (ελεύθερη οικονομική ανάπτυξη) με το άρθρο 21 παρ. 1 Συντάγματος (προστασία παιδικής ηλικίας) πραγματοποιήθηκε, μέσω της προαναφερθείσας οδηγίας, από τον ευρωπαϊκό νομοθέτη, ο οποίος προέταξε το συλλογικό μη περιουσιακό συμφέρον προστασίας της παιδικής ηλικίας έναντι της συλλογικής οικονομικής ανάπτυξης¹⁴. Το δικαστήριο, εντούτοις, ανέτρεψε αυτή τη νομοθετική πρόταση εφαρμόζοντας την αρχή της αναλογικότητας και επέτρεψε τον ψεκασμό αυτό σε ώρες που δεν λειτουργεί το σχολείο. Θεώρησε δηλ. ότι η συλλογική οικονομική ανάπτυξη υπερτερεί της απόλυτης προστασίας της παιδικής ηλικίας και περιόρισε μερικώς την τελευταία χάριν της πρώτης. Το δικαστήριο χρησιμοποιώντας την αρχή της αναλογικότητας απέφυγε τους ορθούς μεθοδολογικούς δρόμους και αποφάσισε την ανατροπή της νομοθετικής στάθμισης με έμμεσο τρόπο. Περιορίσε δηλ. την εφαρμογή των νομοθετικών επιταγών επικαλούμενο την αρχή της αναλογικότητας.

Σε μια παρόμοια στάθμιση έχει προβεί το Μονομελές Πρωτοδικείο Χαλκίδας με την υπ' αριθμ. 1158/2010 απόφασή του, με την οποία θεώρησε ότι η ανίννευση εξασθενούς χρωμίου στον ποταμό Ασωπό μέχρι και δυο μικρογραμμάρια ανά λίτρο δεν καθιστά μη ασφαλές το πόσιμο νερό. Η διαφοροποίηση από την προηγούμενη υπόθεση έγκειται στο γεγονός ότι, αναφορικά με τους ψεκασμούς φυτοφαρμάκων, προϋπήρχε νομοθετική ρύθμιση και στάθμιση, κάτι που δεν ισχύει για την περίπτωση του Ασωπού. Παρά την κοινή υπουργική απόφαση¹⁵ για τον «Καθορισμό Ποιοτικών και Περιβαλλοντικών Προτύπων στον ποταμό Ασωπό» δεν υπήρξε κανονιστική ρύθμιση προς υλοποίησή της. Το κανονιστικό αυτό κενό

φοκητών για κατάργηση του κοινοχρήστου χαρακτήρα της στέγης-δώματος.

9. Βλ. συνοπτικά Λαδά, Γενικές Αρχές (2009), παρ. 45, αρ. 9-10.

10. Νόμος και Φύση 1994, 571 με σχόλιο Τζήμα.

11. ΧρίΔ 2009, 122. Βλ. όμως ΕιρΣκυδρ 135/2011 ΤΝΠ Νόμος, επίσης αναφορικά με απαγόρευση ψεκασμού. Πρβλ. επίσης ΕιρΜουζ 7/2002, ΑρΧΝ 2005, 513 το οποίο απαγόρευσε στο Δήμο την γεώτρηση σε κοινόχρηστη οδό και ΠρΒολ 27856/2003, Αρμ 2004, 679, το οποίο δεν δέχθηκε την προσωρινή παύση της λειτουργίας χαλυβουργείου, η οποία θα οδηγούσε στον οικονομικό μαρασμό της επιχείρησης.

12. Για τις τραγικές συνέπειες που μπορεί να έχει ο ψεκασμός φυτοφαρμάκων σε περιοίκους και την αλληλεξάρτηση Ανεξαρτήτων Αρχών, Δημοσιών Υπηρεσιών και ΜΚΟ για την καταπολέμηση της κυκλοφορίας παράνομων φυτοφαρμάκων Βλ. ΣτΠ 24692/19.9.2011 (αδμ.).

13. Βλ. και Ν 2538/1997 αναφορικά με τη χρήση γεωργικών κτηνοτροφικών φαρμάκων.

14. Το θέμα θα μπορούσε να αντιμετωπιστεί από πλευράς καλλιεργητή ως θέμα ατομικού περιουσιακού συμφέροντος προστασίας της ιδιοκτησίας, οπότε θα μπορούσε να γίνει επίκληση του άρθρου 17 παρ. 1 Σ, το οποίο θέτει ως όριο απόλαυσης της ιδιοκτησίας το «γενικό συμφέρον». Ως τέτοιο θα μπορούσαμε να θεωρήσουμε στην εν λόγω περίπτωση την προστασία της παιδικής ηλικίας. Σε επίπεδο αστικού δικαίου θα μπορούσε μάλιστα να γίνει επίκληση της ΑΚ 1003· έτσι κατ' αποτέλεσμα Μπαλής, Εμπράγματο⁴ 1961, 33, σ. 95. Απ. Γεωργιάδης, Εμπράγματο Δίκαιο² (2010), παρ. 13 αρ. 2 και Φ. Δωρής, Η σημασία της αρχής της αναλογικότητας επί συγκρούσεως δικαιωμάτων στο εμπράγματο δίκαιο, σε Γενέθλιον Απόστολου Σ. Γεωργιάδη, τόμος Ι, 2006, σ. 249, 268 επ. Για την εφαρμογή των ρυθμίσεων της private nuisance σε αυτές τις περιπτώσεις στο αγγλοσαξωνικό δίκαιο Βλ. Ι. Καράκωστα, Περιβάλλον και Δίκαιο³ (2011), σ. 459-464. Η νεότερη νομολογία έχει επιτρέψει εντούτοις ψεκασμούς δίπλα σε σχολείο· ΠΠρΚορ 136/2014 ΕφΑΔ 2014, 712-715.

15. Των υπουργών Εσωτερικών, Οικονομίας, Περιβάλλοντος και Υγείας με αριθμό 204888 (19.06.2010).

επέτρεψε στον δικαστή να «διαπλάσσει δίκαιο»¹⁶. Το δικαστήριο, επικαλούμενο την αρχή της αναλογικότητας, θεώρησε ότι πέτυχε την πρακτική εναρμόνιση μεταξύ των άρθρων 5 παρ. 1 (ελεύθερη οικονομική ανάπτυξη της προσωπικότητας) και 24 παρ. 1 (προστασία του περιβάλλοντος), ανεχόμενο μόνο την μέχρι ενός ορίου μόλυνση με βιομηχανικά απόβλητα του Ασωπού. Έτσι περιόρισε μερικώς την προστασία του περιβάλλοντος χάριν της οικονομικής ανάπτυξης. Το νερό του Ασωπού, το οποίο περιέχει κάτω των 2 γραμμαρίων εξασθενές χρώμιο δεν συνιστά, εντούτοις, το καθαρό πόσιμο νερό που θα έπιναν οι περίοικοι του Ασωπού πριν την ανθρώπινη παρέμβαση σε αυτόν. Εξάλλου, δεν γνωρίζουμε ακόμα τις μακροπρόθεσμες συνέπειες της κατάποσης του νερού αυτού από τον άνθρωπο, γεγονός που αποδέχεται η εν λόγω απόφαση. Ενδεικνύεται, άλλωστε, η εφαρμογή της αρχής της προφύλαξης¹⁷, η οποία προκύπτει, τόσο από το άρθρο 174 της Συνθήκης της Ευρωπαϊκής Ένωσης και το άρθρο 130P της Συνθήκης του Μάαστριχτ όσο και από την Διακήρυξη του Ρίο και το άρθρο 24 παρ. 1 του Συντάγματος. Σύμφωνα με αυτή¹⁸, αρκεί και η ύπαρξη ενδείξεων για κινδύνους βλάβης της υγείας ή του περιβάλλοντος, οι οποίοι δεν μπορούν να αποκλειστούν, για να επιβληθούν περιοριστικοί όροι στη βιομηχανική επέμβαση. Την προτροπή αυτή, που λαμβάνει την μορφή τεκμηρίου «σε περίπτωση αμφιβολίας υπέρ του περιβάλλοντος»¹⁹, παρέκαμψε το εν λόγω δικαστήριο υπέρ της οικονομικής ανάπτυξης. Σε παρόμοιο αποτέλεσμα κατέληξε και το Μονομελές Πρωτοδικείο Βόλου το οποίο πρόεταξε με την 2785/2003 απόφασή του το συλλογικό οικονομικό συμφέρον λειτουργίας χαλυβουργείου έναντι της προστασίας του περιβάλλοντος²⁰.

Από τις ως άνω τρεις δικαστικές αποφάσεις προκύπτει ότι κατά την εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας προτάχθηκε έμμεσα η οικονομική και η βιομηχανική ανάπτυξη.²¹ Σε αντίθετη πρόταση προβαίνουν σε παρόμοια σύγκρουση συμφερόντων πρωτοβάθμια πολιτικά δικα-

στήρια. Το Μονομελές Πρωτοδικείο Πάτρας, με την υπ' αριθμό 2239/2010²² απόφασή του απαγόρευσε τον κατακερματισμό υλικών αμιάντου κοντά στο Ρίο, προστατεύοντας το περιβάλλον έναντι της βιομηχανικής ανάπτυξης. Προς την ίδια κατεύθυνση κινούνται και τα πρωτοβάθμια δικαστήρια αναφορικά με τους πυλώνες κινητής τηλεφωνίας και τα κέντρα διανομής της ΔΕΗ, τα οποία δέχονται τα ασφαλιστικά μέτρα για την παύση λειτουργίας τους ή την απομάκρυνση τους από μέρη όπου ζουν ή περνούν συχνά πολίτες²³. Χαρακτηριστικά αναφέρεται η απόφαση 109/2009 του Μονομελούς Πρωτοδικείου Ηρακλείου²⁴, με την οποία έγιναν δεκτά ασφαλιστικά μέτρα κατά εγκατάστασης πυλώνα κινητής τηλεφωνίας υπό την επίκληση της αρχής της προφύλαξης.

Γ. Υπέρ της αναλογικότητας:

Ι. Καράκωστας, Φ. Δωρήs

Η αρχή της αναλογικότητας έχει αποτελέσει αντικείμενο έρευνας, όχι μόνο στο δημόσιο²⁵, αλλά και στο ιδιωτικό δίκαιο²⁶. Αρκετοί καθηγητές αστικού δικαίου αποδέχονται την εφαρμογή της σε αυτό. Ο Ι. Καράκωστας ανήκει σε αυτούς και κάνει ευρεία χρήση της αρχής της αναλογικότητας στο Δίκαιο του Καταναλωτή, όπου επικαλείται την αρχή της αναλογικότητας κατά τον έλεγχο των κατα-

2003, 524 και *Κατρούγκαλο*, Αρχή της αναλογικότητας και κοινωνικά δικαιώματα, ΔΤΑ 2006, 141-158, 145.

22. ΕφΑΔ 2011, 167 επ. = ΤΝΠ Νόμος.

23. ΠΠρΗρακ 109/2009 ΤΝΠ Νόμος (παράνομη εγκατάσταση χωρίς λήψη άδειας). ΠΠρΗρακ 109/2009 (παράνομη εγκατάσταση χωρίς λήψη άδειας). ΜΠρΑθ 584/2009 ΤΝΠ ΔΣΑ. ΜΠρΑθ 4890/2009 ΤΝΠ ΔΣΑ (μικρός κίνδυνος για λευκαίμια κατοίκων λόγω κέντρου διανομής της ΔΕΗ) ΜΠρΧανίων 34/2009, ΝοΒ 57, 513. ΜΠρΘεσ 4541/2009 και 35767/2009 σε ΤΝΠ ΔΣΑ (ανοικτό το θέμα των βιολογικών επιδράσεων από την έκθεση σε ηλεκτρομαγνητικά επίπεδα υψηλής συχνότητας της κινητής τηλεφωνίας). ΜΠρΗρακ 3064/2008 ΤΝΠ ΔΣΑ. ΠΠρΛαρ 100/2007 ΤΝΠ Νόμος. ΜΠρΑθ 2122/2007, ΔίΜΕΕ 2008, 509 (προσβολή της υγείας του ανθρώπου από ηλεκτρομαγνητικά κύματα ακόμα και σε περίπτωση νόμιμης χορήγησης άδειας). Βλ. επίσης τις παλαιότερες ΜΠρΘεσ 9069/2005, ΤΝΠ Νόμος. ΜΠρΛαρ 3867/2005 ΤΝΠ ΔΣΑ. ΜΠρΘεσ 16242/2003, Αρμ 2005, 1202 (όλες με πιθανολόγηση βλάβης υγείας περιοίκων σταθμών ραδιοεπικοινωνίας).

24. ΤΝΠ Νόμος. Στην εν λόγω απόφαση γίνεται και ανάλυση των δυο κριτηρίων της αρχής της προφύλαξης: α) σοβαρότητα και β) ανεπανόρθωτο της βλάβης.

25. *Κοντόγιωργα-Θεοχαροπούλου*, Η αρχή της αναλογικότητας στο εσωτερικό δημόσιο δίκαιο, (1989). *Μητσόπουλος*, «Τριτενέργεια» και «αναλογικότητα» ως διατάξεις του αναθεωρηθέντος Συντάγματος, ΔΤΑ 2002, 641-663. *Ορφανουδάκης*, Η αρχή της αναλογικότητας στην ελληνική έννομη τάξη. Από τη νομολογιακή εφαρμογή της στην συνταγματική της καθιέρωση, (2003).

26. Πέρα από τις μελέτες που αναφέρονται στη συνέχεια βλ. *Ματθία*, Το πεδίο εφαρμογής της αρχής της αναλογικότητας, ΕλΛΔνη 2006, σ. 1-10 και *Μαργαρίτη*, Η παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας ως αναρετικός λόγος (ΚΠολΔ 559 αρ. 1 και 19), ΝοΒ, 2007, 534-536.

16. Αυτό που θα ονόμαζε ο *Heck* ως *Rechthsgewinnung*.

17. *Μπάλιας*, Η αρχή της προφύλαξης (2005), σ. 94 επ. και Ι. *Καράκωστας*, Περιβάλλον και Δίκαιο³ (2011), σ. 25.

18. Εδώ εξετάζουμε την αυστηρή έκδοση της αρχής της προφύλαξης.

19. Ο Ι. *Καράκωστας* κάνει λόγο για «αντιστροφή του βάρους απόδειξης» με αφορμή την σχετική Ανακοίνωση της Επιτροπής για την αρχή της προφύλαξης (τελικό), Βρυξέλλες, COM (2000) 1 τελικό 2.2.2000, 234 επ.· Δίκαιο της Προσωπικότητας (2012), σ. 205. Έτσι και ΜΠρΑθ 4531/2004, Αρμ 2005, 467.

20. ΜΠρΒολ 2785/2003, Αρμ 2004, 679.

21. Βλ. και *Στρατηλάτη*, Η συγκεκριμένη στάθμιση των συνταγματικών αξιών κατά τη δικαστική ερμηνεία του Συντάγματος, ΤοΣ 2001, 495, 538. Πρβλ. αναφορικά με την στάθμιση σε θέματα υγείας του Συνταγματικού Δικαστηρίου Νότιας Αφρικής Η. *Klug*, Access to Health Care: Judging Implementation in the Context of Aids, 18 *Sajhr* 114, 2002, 119. D. *Bilchitz*, South Africa: Right to health and access to HIV/AIDS drug treatment, *Int J Constitutional Law*,

χρηστικών ρητρών (άρθρο 2 παρ. 7 Ν 2251/1994)²⁷. Στο πλαίσιο της άσκησης εμπραγμάτων δικαιωμάτων εξετάζεται κατά πόσο παρέλκει η εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας ενόψει του άρθρου 281 ΑΚ περί καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος²⁸. Τέλος, ευρεία χρήση της αρχής της αναλογικότητας γίνεται στην πρόσφατη μονογραφία του *Ι. Καράκωστα*, Δίκαιο της Προσωπικότητας (2012) όπου γίνεται δεκτή η εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας μόνο αναφορικά με τον υπολογισμό της εύλογης αποζημίωσης του ΑΚ 932²⁹.

Παρά την αναφορά της αρχής της αναλογικότητας στα έργα του, ο *Ι. Καράκωστας* δεν θα μπορούσε να θεωρηθεί αναμφισβήτητος ως υπέρμαχος της. Η αναφορά της ήταν αναπόφευκτη στα έργα του Δίκαιο των ΜΜΕ, Δίκαιο του Ίντερνέτ και Δίκαιο του Περιβάλλοντος, στα οποία πραγματοποιείται μια ένωση τριών διαφορετικών δικαίων υπό μια ενιαία θεματική. Το γεγονός, επομένως, ότι ένα μέρος των δικαίων αποτελεί διοικητικό δίκαιο καθιστά αναγκαία την επίκληση και τη χρήση της αρχής της αναλογικότητας. Ακόμα και στην καθαρά αστική του μελέτη, το Δίκαιο της Προσωπικότητας, δεν υποστηρίζει ο ίδιος την αρχή της αναλογικότητας, αλλά απλώς εκθέτει τον τρόπο εφαρμογής της από τα πολιτικά δικαστήρια.

Ο *Φ. Δωρής* αποτελεί μάλλον τον κύριο υπέρμαχο της εφαρμογής της αρχής της αναλογικότητας. Σε μια πρώτη μελέτη του στον Τιμητικό Τόμο του Συμβουλίου Επικρατείας για τα 75 χρόνια λειτουργίας του (2004) με τίτλο «Η αρχή της αναλογικότητας στο πεδίο ρύθμισης των ιδιωτικού δικαίου σχέσεων και ιδιαίτερα στο Αστικό Δίκαιο»³⁰ εξετάζει τη νομοθετική εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας, τόσο αναφορικά με την επιμέτρηση ποινών ή αποζημίωσης, όσο και σε θέματα δικαιοπρακτικής ικανότητας, όπως της δικαστικής συμπαράστασης. Δίνει επίσης ιδιαίτερο βάρος στην δικαστική εφαρμογή αυτής της αρχής κατά τον έλεγχο συνταγματικότητας από τον πολιτικό δικαστή καθώς και κατά την επιμέτρηση της εύλογης αποζημίωσης κατά το ΑΚ 932³¹. Συγκεκριμένα, υποστηρίζει ότι και τα πολιτικά δικαστήρια οφείλουν να λαμβάνουν υπόψη τους την αρχή της αναλογικότητας, κατά το «τρίπτυχο»: έλεγχος συνταγματικότητας, ερμη-

νεία νόμων, διαπίστωση και πλήρωση κενών νόμου³². Την εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας στο ιδιωτικό δίκαιο αποδέχεται και με μια δεύτερη μελέτη του ένα χρόνο αργότερα με τίτλο «Η αρχή της αναλογικότητας στη νομολογία των πολιτικών δικαστηρίων»³³ όπου παραθέτει πλειάδα αποφάσεων του Αρείου Πάγου. Σε αυτές θεωρεί απόλυτα δικαιολογημένη τη μεταφορά αυτής της αρχής στο ιδιωτικό δίκαιο με κύριο και πειστικό επιχείρημα τις σχέσεις εξουσίας που μπορεί να υπάρξουν μεταξύ ιδιωτών, ακριβώς όπως ισχύει για την σχέση κράτους-πολίτη. Προς επίρρωση των παραπάνω θέσεων του, δημοσίευσε άρθρο στον Τιμητικό Τόμο του Σταθόπουλου με θέμα «Η αρχή της αναλογικότητας στο εμπράγματο δίκαιο»³⁴, όπου επιχειρεί να αποδείξει την αναγκαιότητα εφαρμογής της αρχής της αναλογικότητας σε διατάξεις του εμπραγμάτου δικαίου, όπως οι ΑΚ 1003, 1012, 1269 εδ. γ' και 1270.

Παρά το γεγονός ότι ειδικά οι δυο τελευταίες μελέτες είναι πλούσιες σε παραδείγματα αλλά και αναφορές σε θέσεις αναγνωρισμένων ακαδημαϊκών δασκάλων, όπως του *Ιωάννη Σόντη* και του *Απόστολου Γεωργιάδη*, εντούτοις δίδονται ερείσματα και για τους αρνητές της αρχής της αναλογικότητας. Ειδικά στην τελευταία μελέτη του³⁵, ο *Φ. Δωρής*, αν και κάνει λόγο για εναρμόνιση συγκρουόμενων συμφερόντων και δικαιωμάτων, όταν αναλύει επιμέρους διατάξεις του εμπραγμάτου δικαίου όπως τις ΑΚ 1269 και 1270 κάνει λόγο για «θυσία στο δικαίωμα επί του οποίου έχουν τεθεί οι περιορισμοί»³⁶. Όμως η λέξη «θυσία» μπορεί να ανατρέψει τη θεωρία του περί εφαρμογής της αναλογικότητας στο ιδιωτικό δίκαιο (εννοείται πλην των περιπτώσεων υπολογισμού της ζημίας) όπως τονίσαμε παραπάνω. Η «θυσία» προϋποθέτει σύγκρουση και πρόταξη. Όταν δύο συμφέροντα συγκρούονται πρέπει κάποιο να «θυσιαστεί». Η εναρμόνιση προϋποθέτει απουσία σύγκρουσης, αλλά παράλληλη και απρόσκοπτη αρμονική λειτουργία και συνύπαρξη. Στο βάθος λοιπόν

27. *Ι. Καράκωστας*, Δίκαιο Προστασίας του Καταναλωτή² (2008), αρ. 96 επ. και αρ. 194.

28. Τίθενται όμως όρια εφαρμογής μεταξύ της ΑΚ 281 και της αρχής της αναλογικότητας *Ι. Καράκωστας*, Η κατάχρηση δικαιώματος στις εμπράγματα σχέσεις² (2009), σ. 151-153.

29. *Ι. Καράκωστας*, Το Δίκαιο της Προσωπικότητας (2012), σ. 157-159, 385-388 και υπ. 1467 όπου πληθώρα παραπομπών σε σχετική νομολογία.

30. σ. 229-249.

31. Βλ. αναλυτικά και *Φ. Δωρής*, Ο δικαστικός έλεγχος για την τήρηση της αναλογικότητας επί χρηματικής ικανοποίησης για ηθική βλάβη, όταν ο νόμος θεσπίζει ελάχιστα γι' αυτήν όρια (απολογισμός ύστερα και από την ΑΠ Ολ 6/2009) σε Τιμ. Τόμο Καλλιμόπουλου, 2010, σ. 127-193.

32. Βλ. *Φ. Δωρής*, Ο δικαστικός έλεγχος για την τήρηση της αναλογικότητας επί χρηματικής ικανοποίησης για ηθική βλάβη όταν ο νόμος θεσπίζει ελάχιστα γι' αυτήν όρια (απολογισμός ύστερα και από την ΑΠ Ολ 6/2009) σε Τιμ. Τόμο Καλλιμόπουλου, 2010, σ. 181-182.

33. Η αρχή της αναλογικότητας στη νομολογία των πολιτικών δικαστηρίων, ΔτΑ 2005, σ. 25 επ.

34. σ. 249-277. Βλ. σχετικά και την εργασία της μεταπτυχιακής φοιτήτριας *Σουβαλιώτη*, Η αρχή της αναλογικότητας στο εμπράγματο δίκαιο (2009), σε http://hippo.lib.uoa.gr/ipac20/ipac.jsp?session=15097V64E9328.920&profile=main&tr&source=-!uoa_library&view=items&uri=full=3100034-!548592-!1&ri=1&aspect=subtab33&menu=search&ipr=20&spp=20&staffonly=&term=%CF%83%CE%BF%CF%85%CE%B2%CE%B1%CE%BB%CE%B9%CF%89%CF%84%CE%B7&index=.GW&uindex=&aspect=subtab33&menu=search&ri=1#focus και *Αλικάκο*, Κατάχρηση εμπράγματος δικαιώματος (2007), ιδίως σ. 151 επ.

35. *Φ. Δωρής*, Η αρχή της αναλογικότητας στο εμπράγματο δίκαιο σε Τιμ. Τόμο Σταθόπουλου (2010), σ. 249-277.

36. *Αυτόθι*, σ. 264 αλλά και *passim*.

των θέσεων του Φ. Δωρή υφίσταται η έννοια της σύγκρουσης και πρόταξης συμφερόντων, η οποία δεν είναι δυνατό να συνυπάρξει με την εναρμόνιση και αναλογικότητα, την οποία με πρωτοτυπία υποστηρίζει. Προς την κατεύθυνση αυτή κινείται και ο *Ζαφείριος Τσολακίδης*, ο οποίος υποστηρίζει, κυρίως με σχόλιά του επί αποφάσεων ιδιωτικού δικαίου, την εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας για αποφυγή των συγκρούσεων μεταξύ δικαιωμάτων³⁷. Τέλος, ο *Απόστολος Χελιδόνης*, ορμώμενος από τις παρατηρήσεις του Φ. Δωρή αναφορικά με την εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας στο αστικό δίκαιο, υποστηρίζει ότι η ΑΚ 387 περί σώρευσης δικαιώματος υπαναχώρησης και καταβολής εύλογης αποζημίωσης του δανειστή, κατά τη διακριτική ευχέρεια του δικαστή, δεν αποτελεί τίποτε άλλο παρά μια ακόμη έκφραση της αρχής της αναλογικότητας³⁸.

Δ. Οι επιφυλάξεις του Π. Παπανικολάου

Ο Π. Παπανικολάου ανήκει μάλλον στους ελάχιστους πολέμιους της εφαρμογής της αναλογικότητας στο Αστικό Δίκαιο. Στη μονογραφία του, «*Σύνταγμα και Αυτοτέλεια του Αστικού Δικαίου*», υποστηρίζει ότι η άκρατη εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας πρέπει να εξεταστεί στο πλαίσιο μιας «πλησμονής Συνταγματισμού»³⁹, η οποία παρατηρείται στο Αστικό Δίκαιο και απειλεί την αυτοτέλειά του. Στο πλαίσιο αυτής της πλησμονής παρατηρεί ότι στη σκέψη του σύγχρονου Αστικολόγου η αρχή της αναλογικότητας «τείνει να καταστεί κυριολεκτικά αντικείμενο λατρείας»⁴⁰. Βασικό επιχείρημα του Π. Παπανικολάου για την διατήρηση της αυτοτέλειας των δύο δικαίων αποτελεί η διαφορετική φύση των διαφορών στο συνταγματικό και το αστικό δίκαιο⁴¹. Υποστηρίζει ότι στο πρώτο μπορεί να γίνει λόγος για περιορισμό δικαιωμάτων ενώ στο δεύτερο συνήθως οι επιλογές του νομοθέτη είναι ξεκάθαρες και γι' αυτό κάνει λόγο για θυσία δικαιωμάτων στο βωμό υπέρτερων αγαθών. Ως παράδειγμα αναφέρει το ΑΚ 1036, όπου η ασφάλεια των συναλλαγών και η εμπιστοσύνη των τρίτων προτάσσεται έναντι της κυριότητας, και το ΑΚ 1057, όπου «*θυσιάζεται*» η τελευταία χάριν της οικονομικής ενότητας του πράγματος. Σε αυτές τις περιπτώσεις

θεωρεί ότι «δεν μπορεί να τεθεί σοβαρά θέμα ισχύος του άρθρου 17 του Συντάγματος»⁴². Σε νεότερη μελέτη του αναφέρεται στο θεσμό της παραγραφής (ΑΚ 247 επ.), ο οποίος υπαγορεύεται από τα συμφέροντα του οφειλέτη για δίκαιη δίκη και ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας του ατόμου, επικουρικά δε από τη διασφάλιση της ασφάλειας δικαίου ως ratio της εκφάνσεως του κράτους δικαίου και του δημοσίου συμφέροντος⁴³. Για την δικαιολόγηση του συγκεκριμένου θεσμού, η επίκληση της αρχής της αναλογικότητας συνιστά, κατά την άποψή του, άσκοπη επιβάρυνση της προσπάθειας του δικαστή για αναζήτηση της ορθής δογματικής θεμελίωσης της απόφασής του ή ακόμη και συσκότιση της αληθινής ratio legis⁴⁴. Ο Παπανικολάου χρησιμοποιεί όρους και μεθοδολογία οικείου στη «θεωρία της στάθμισης συμφερόντων», όπως αυτούς των «υπέρτερων αρχών» και του «προσδιορισμού των συμφερόντων» που προτάσσονται από κάθε νομοθετική διάταξη⁴⁵.

Παράλληλα, ο ίδιος δέχεται τη θέση του Φ. Δωρή, σύμφωνα με την οποία είναι απαραίτητη η προστασία του ασθενέστερου σε καταστάσεις συμβατικής ανισότητας. Οι δύο, όμως, αυτοί ειδικοί στα θέματα συμβατικής ελευθερίας αστικολόγοι⁴⁶ συμφωνούν ως προς τη διάγνωση, αλλά όχι και τη θεραπεία του προβλήματος των συμβατικών ανισοτήτων. Ο Φ. Δωρή, όπως προαναφέραμε, ανατρέπει και σε συνταγματικά εργαλεία όπως η αρχή της αναλογικότητας. Αντίθετα ο Π. Παπανικολάου εμμένει ότι σε επίπεδο Αστικού Δικαίου προτάσσονται τα αστικολογικά μεθοδολογικά εργαλεία, αποκλείοντας κατά κανόνα την παράλληλη χρήση των αντίστοιχων συνταγματικών⁴⁷. Εκφράζει επιφυλάξεις ως προς το συνταγματικό έλεγχο των συμβάσεων μέσω της άμεσης τριτενέργειας, διότι αυτό θα προσέκρουε στην αρχή της ιδιωτικής αυτονο-

37. Ενδεικτικά σχόλιο σε ΜΠρΧαλκ 1158/2010 ΧρΙΔ 2011, 93, 94-95.

38. Βλ. Χελιδόνη, Το πλέγμα θεσμών και συνεπειών στην παθολογία της ενοχής, *Digesta* 2008, 123-158, 142.

39. Π. Παπανικολάου, *Σύνταγμα και αυτοτέλεια του Αστικού Δικαίου* (2006), αρ. 83. Η σχετική έκφραση υιοθετείται από τον Πρόλογο του Βεγγερί σε Ηλιοπούλου-Στράγγα, Η τριτενέργεια των ατομικών και κοινωνικών δικαιωμάτων του Συντάγματος του 1975 (1990).

40. Π. Παπανικολάου, *Σύνταγμα και αυτοτέλεια του Αστικού Δικαίου* (2006), αρ. 80. Πρβλ. Δωρή, τιμ. τόμ. ΣτΕ, σ. 229 επ.· Κ. Μπέη, Δ 2005, 290 επ. και 724 επ.· Σταθόπουλος, Ενοχικό Δίκαιο παρ. 1 αρ. 53 επ. παρ. 22 αρ. 3 και παρ. 23 αρ. 36 επ.

41. Π. Παπανικολάου, *Σύνταγμα και αυτοτέλεια του Αστικού Δικαίου* (2006), αρ. 69.

42. *Αυτόθι*, αρ. 69 και αρ. 86.

43. Π. Παπανικολάου, Η ρύθμιση της παραγραφής στον Αστικό Κώδικα και η συνταγματική αρχή της αναλογικότητας, ΧρΙΔ 2014, 81-92, υπ. 40.

44. Π. Παπανικολάου, Η ρύθμιση της παραγραφής στον Αστικό Κώδικα και η συνταγματική αρχή της αναλογικότητας, ΧρΙΔ 2014, 81-92, υπ. 71.

45. Βλ. χαρακτηριστικά Π. Παπανικολάου, *Σύνταγμα και αυτοτέλεια του Αστικού Δικαίου* (2006), αρ. 69.

46. Η καλή γνώση του χώρου αυτού αρύεται από τη μονογραφική τους ενασχόληση με το θέμα· Φ. Δωρή, Περιορισμοί της συμβατικής ελευθερίας στις ρήτρες αποκλειστικής διεθνούς δικαιοδοσίας (1988)· Π. Παπανικολάου, Περὶ των ορίων της προστατευτικής παρεμβάσεως του δικαστή στη σύμβαση. Προς μια γενική θεωρία της καταχρήσεως της συμβατικής ελευθερίας (1991).

47. Ως εξαιρετικές περιπτώσεις δέχεται την παραβίαση των άρθρων 2 παρ. 1 και 5 παρ. 1 Σ, για τα οποία δέχεται την άμεση εφαρμογή τους στο αστικό δίκαιο. Θεωρεί ότι η σύμβαση μίσθωσης δούλου ή απαγόρευση στην μισθώτρια να μείνει έγκυος είναι άκυρες ως αντικείμενες στα προαναφερθέντα άρθρα χωρίς επίκληση των ΑΚ 178 και 179· Π. Παπανικολάου, *Σύνταγμα και Αυτοτέλεια του Αστικού Δικαίου* (2006), παρ. 3 αρ. 68.

μίας και μαζί «σε κατάλυση ουσιαστικά της αυτοτέλειας του Αστικού Δικαίου»⁴⁸. Υπό αυτή τη σκοπιά θεωρεί ότι η εφαρμογή της ΑΚ 281 αποκλείει την αρχή της αναλογικότητας⁴⁹. Αυτό ισχύει πολύ περισσότερο στο πλαίσιο του δικαίου των συμβάσεων.

Η γενικότητα των συνταγματικών διατάξεων δεν επιτρέπει τη χρήση αξιολογικών κριτηρίων από τον δικαστή για την άρση αντινομιών και συγκρούσεων μεταξύ συμφερόντων και δικαιωμάτων, σε αντίθεση με το αστικό δίκαιο στο οποίο έχουν αποκρυσταλλωθεί τέτοιου είδους κριτήρια⁵⁰. Ο Π. Παπανικολάου επικαλούμενος το ορθό μέτρο⁵¹ αποδέχεται την επικουρική επιρροή του συνταγματικού δικαίου στο αστικό δίκαιο, μόνο υπό τον αυστηρό μεθοδολογικό έλεγχο του ιδιωτικού δικαίου, δηλ. μόνο μέσω των γενικών ρητρών του (έμμεση τριτενέργεια). Προς αυτή την κατεύθυνση κινείται και ο Άρειος Πάγος, ο οποίος σε πρόσφατη απόφασή του αναφέρει ότι «η αρχή της αναλογικότητας» δεν εφαρμόζεται απ' ευθείας από το Δικαστήριο, παρά μόνο για τον έλεγχο συνταγματικότητας νόμων που περιορίζουν τα δικαιώματα του ανθρώπου»⁵². Η θέση του Π. Παπανικολάου βρίσκει επίσης συμμάχους αρκετούς επιφανείς γερμανούς νομικούς θεωρητικούς, όπως τους *Larenz, Canaris, Hesse* και *Kozio*⁵³. Μέρος της επιχειρηματολογίας του εξετάζει θέσεις έγκριτων ελλήνων αστικολόγων όπως του *Απόστολου Γεωργιάδη, Μιχάλη Σταθόπουλου, Γιώργου Δέλλιου* και *Φίλιππου Δωρή*⁵⁴. Στο έργο του παρατίθεται πλήθος νομοθετικών παραδειγμάτων.

Την επιφυλακτική αυτή στάση απέναντι στην εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας στο ιδιωτικό δίκαιο και μάλιστα στην Πολιτική Δικονομία υιοθετεί και η *Γέσιου-Φαλτσή*⁵⁵ υποστηρίζοντας ότι η αρχή αυτή δεν έχει το εύρος εφαρμογής της ΑΚ 281 και δεν είναι πρόσφορη να δώσει λύση μεταξύ δανειστή και οφειλέτη αναφορικά με την εκτελούμενη απαίτηση. Εξετάζοντας την εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας αναφέρει ότι «τα κριτήρια

που δίνει το άρθρο 281 ΑΚ είναι πιο πρόσφορα για την αντιμετώπιση αναγκών της πρακτικής»⁵⁶.

Ε. Σύνοψη θέσεως και προτεινόμενη λύση

Η νομολογία των κατώτερων δικαστηρίων, τα οποία εφαρμόζουν την αρχή της αναλογικότητας, καταλήγει κατά κανόνα σε ορθό διατακτικό αλλά με μια δογματική σύγχυση στο αιτιολογικό, γεγονός που αποδυναμώνει την ασφάλεια δικαίου και παράλληλα δημιουργεί σύγχυση αναφορικά με την ιεράρχηση αξιών της έννομης τάξης⁵⁷. Σε μια προσπάθεια εφαρμογής των αρχών της πρακτικής εναρμόνισης και αναλογικότητας εγκαταλείπονται ακόμα και σταθμίσεις, τις οποίες έχει πραγματοποιήσει ο νομοθέτης και από τις οποίες δεν δικαιούται να αποκλίνει ο δικαστής. Ήδη αναλύθηκε παραπάνω πως με την αρωγή της αρχής αυτής εγκαταλείφθηκε από ορισμένα πρωτοβάθμια πολιτικά δικαστήρια⁵⁸ η νομοθετικά αναγνωρισμένη αρχή της προφύλαξης του περιβάλλοντος⁵⁹ ή ο τρόπος με τον οποίο γίνονται θόρυβα και χωρίς καθαρή τοποθέτηση σταθμίσεις υπέρ περιουσιακών αγαθών σε βάρος πολιτιστικών αγαθών, της προστασίας του περιβάλλοντος και της δημόσιας υγείας⁶⁰ με την ανοχή⁶¹ και ενίοτε με την επιδοκίμασία της θεωρίας⁶².

Ο Φ. Δωρής, ο κύριος θεωρητικός υπέρμαχος αυτής της όσμωσης συνταγματικού και αστικού δικαίου, υποστηρίζει την πρακτική εναρμόνιση⁶³ μεταξύ εμπραγμάτων δικαιωμάτων μέσω της εφαρμογής της αρχής της αναλογικότητας. Προσπαθεί να δώσει πρακτικά παραδείγματα και να εξειδικεύσει την εφαρμογή αυτών των εργαλείων επικαλούμενος την ανάγκη για «*θυσία στο δικαίωμα*

48. Π. Παπανικολάου, *Σύνταγμα και Αυτοτέλεια του Αστικού Δικαίου* (2006), παρ. 3 αρ. 72.

49. Βλ. Φ. Δωρή, Ο δικαστικός έλεγχος για την τήρηση της αναλογικότητας επί χρηματικής ικανοποιήσεως για ηθική βλάβη όταν ο νόμος θεσπίζει ελάχιστα γι' αυτήν όρια (απολογισμός ύστερα και από την ΑΠ Ολ 6/2009) σε Τιμ. Τόμο Καλλιμόπουλου, 2010, σ. 166-167. Στο ίδιο άρθρο αναλύεται και η αντίθετη άποψη του Φ. Δωρή, σ. 167-171.

50. Αυτόθι αρ. 74-75.

51. Αυτόθι κεφάλαιο «ΙV. Αναζητώντας το ορθό μέτρο» αρ. 77 επ., ιδίως αρ. 83.

52. ΑΠ 725/2013 ΤΝΠ Νόμος.

53. Αυτόθι υπ. 135-170.

54. Αυτόθι υπ. 135-170.

55. *Γέσιου-Φαλτσή*, ΕλλΑδη 1991, 299 και της *ίδιας*, Δίκαιο της Αναγκαστικής Εκτελέσεως, Γενικό Μέρος (1998), παρ. 9 αρ. 39.

56. *Γέσιου-Φαλτσή*, Δίκαιο της Αναγκαστικής Εκτελέσεως, Γενικό Μέρος (1998), παρ. 9 αρ. 39.

57. Βλ. μια προσπάθεια προσδιορισμού αυτού του πίνακα στην ΠΠΡΑΘ 17115/1988, ΝοΒ 1989, 270-271 αλλά και *Λασκαρίδη*, Παλιά σταθμά στην Πλάστιγγα της Θέμιδος, σε Αφιέρωμα σε Δημητριάδη-Ανδρουλιδάκη (2011), σ. 247, 258-259 και 262 επ.

58. ΜΠρΚορ 2449/2008 ΤΝΠ Νόμος.

59. Βλ. *Μπάγια*, Η αρχή της προφύλαξης (2005), σ. 94 επ.

60. Βλ. την ανάλυση των ΜΠρΧαλκ 1158/2010, ΤΝΠ Νόμος = ΧρΙΔ 2011, 90-95 (εξασθενές χρώμιο στον Ασωπό)· ΜΠρΚορ 2449/2008 ΤΝΠ Νόμος (ψεκασμός φυτοφαρμάκων δίπλα σε σχολείο). Βλ. επίσης τις παλαιότερες ΠΠρΗρ 109/2009, ΤΝΠ Νομος· ΠΠρΛαρ 100/2007, ΠερΔικ 2007, 587· ΜΠρΗρ 2835/2009 ΤΝΠ Νόμος.

61. Βλ. σχόλιο *Τσολακίδη* στην ΜΠρΧαλκ 1158/2010 (εξασθενές χρώμιο στον Ασωπό) ο οποίος φαίνεται να αποδέχεται την εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας· ΧρΙΔ 2011, 92-95. Βλ. επίσης ΜΠρΚορ 2449/2008 ΧρΙΔ 2009, 122 με παρατηρήσεις του *ιδίου*.

62. Φ. Δωρής, Η σημασία της αρχής της αναλογικότητας επί συγκρούσεως δικαιωμάτων στο εμπράγματο δίκαιο, σε Γενέθλιον Α. Γεωργιάδη, τόμος Ι (2006), σ. 249 επ.

63. Φ. Δωρής, Η σημασία της αρχής της αναλογικότητας επί συγκρούσεως δικαιωμάτων στο εμπράγματο δίκαιο, σε Γενέθλιον Α. Γεωργιάδη, τόμος Ι (2006), σ. 349, 353 επ.

επί του οποίου έχουν τεθεί οι εν λόγω περιορισμοί»⁶⁴. Οι έννοιες όμως εναρμόνιση και θυσία βρίσκονται εννοιολογικά σε αντίθετους πόλους. Η πρώτη έχει ένα θετικό περιεχόμενο και είναι συνώνυμη της αποφυγής συγκρούσεων και στερήσεων, ενώ η δεύτερη αποτελεί το αποτέλεσμα σύγκρουσης και υποχώρησης ενός των δυο μερών. Κατά συνέπεια, ακόμα και οι θεωρητικοί υποστηρικτές της εφαρμογής της αρχής αναλογικότητας, όταν βρεθούν αντιμέτωποι με πρακτικά προβλήματα του αστικού δικαίου συνειδητοποιούν ότι η σύγκρουση είναι κατά κανόνα τόσο αναπόφευκτη όσο και η ανάγκη πρόταξης ενός εκ των συγκρουόμενων συμφερόντων.

Ο Π. Παπανικολάου εκ πρώτης όψεως εμφανίζεται ως ένας συντηρητικός αστικολόγος, ο οποίος απαιτεί την πλήρη απομόνωση του αστικού δικαίου. Ο τίτλος της μονογραφίας του, όμως, «Σύνταγμα και Αυτοτέλεια του Αστικού Δικαίου» δεν πρέπει να γίνεται αφορμή για την δημιουργία λανθασμένων εντυπώσεων. Στην πραγματικότητα δεν επιδιώκει την πλήρη αυτοτέλεια του αστικού δικαίου, αλλά αποδέχεται την εφαρμογή του συνταγματικού δικαίου επικουρικά, στον βαθμό που έχουν εξαντληθεί τα αστικολογικά μεθοδολογικά εργαλεία. Η επιρροή του συνταγματικού δικαίου γίνεται δεκτή μέσω γενικών ρητρών⁶⁵ του Αστικού Κώδικα, αλλά δεν εξικνείται μέχρι κατάρρευσης και επιβολής συνταγματικών μορφωμάτων επί υφιστάμενων αστικών. Θεωρεί δε ότι κι αυτή ακόμα η μέσω γενικών ρητρών εφαρμογή συνταγματικού δικαίου πρέπει να είναι περιορισμένη, διότι διαφορετικά θα μπορούσαν ιδιωτικές συμφωνίες να ακυρώνονται ως αντισυνταγματικές αναιρώντας την ιδιωτική αυτονομία στο πεδίο των ιδιωτικών εννόμων σχέσεων⁶⁶. Ο εν λόγω καθηγητής ορθώς σημειώνει ότι μόνο το λεπτομερές και εξειδικευμένο⁶⁷ αστικό δίκαιο μπορεί να συμβάλλει στην δημιουργία ιεραρχίας αξιών μέσω των τελεολογικών σταθμίσεων στις οποίες προβαίνει ο νομοθέτης και ο δικαστής. Οι γενικές διατάξεις του Συντάγματος παραμένουν κατ' ανάγκην κατευθυντήριες ερμηνευτικές αρχές με περιορισμένη δηλωτική αξία, οι οποίες λόγω της γενικότητάς τους αδυνατούν να προσφέρουν στον δικαστή τα απαραίτητα για την άρση της αντινομίας (ειδικότερα) αξιολογικά κριτήρια.

Τη θέση του στηρίζουν πρακτικά παραδείγματα. Όταν λ.χ. ζητείται κατ' ΑΚ 57, 59, 914 και 932 χρηματική ικανοποίηση λόγω προσβολής της προσωπικότητας ορισμέ-

νου ατόμου με δημοσίευμα στον τύπο, την σύγκρουση των δύο συνταγματικής τάξεως αρχών, της προστασίας δηλ. της ιδιωτικότητας (άρθρο 9 παρ. 1 και 9Α Σ) και του δικαιώματος πληροφόρησης (5Α Σ) δεν πρέπει ο δικαστής να την άρει με επίκληση του ερμηνευτικού κανόνα του άρθρου 25 παρ. 1 εδ. γ' Σ. Ο κανόνας αυτός δεν προσφέρει κανένα κριτήριο επιλογής όσον αφορά στην κρίση ποια από τις ανταγωνιζόμενες εν προκειμένω αρχές θα πρέπει να τριτενεργήσει ώστε να διαγνωσθεί ευθέως το παράνομο ή μη της συγκεκριμένης προσβολής⁶⁸. Κι αυτό, γιατί η προτεινόμενη στο πεδίο της ερμηνείας του Συντάγματος για την άρση μιας τέτοιας συγκρούσεως αρχή της πρακτικής εναρμόνισης των συγκρουόμενων δικαιωμάτων που υπαγορεύει τον *in concreto* περιορισμό τους (άρθρο 25 παρ. 1 εδ. δ' Σ) είναι αλυσιτελής.

Εξάλλου, το συνταγματικό δίκαιο αποτέλεσε μια μορφή αντίδρασης απέναντι στον παντοδύναμο ρόλο του μονάρχη και αποσκοπούσε στην αποκατάσταση μιας ισορροπίας μεταξύ αυτού και των ανίσχυρων. Η ανισότητα μεταξύ κράτους και πολίτη αποτελούσε τον κανόνα⁶⁹. Στο ιδιωτικό δίκαιο δεν συντρέχουν οι ίδιες συνθήκες ανισότητας. Κατά κανόνα τα δυο υποκείμενα της ιδιωτικής έννομης σχέσης μετέχουν ισότιμα στη διαμόρφωσή της. Μόνο κατ' εξαίρεση εμφανίζονται στο ιδιωτικό δίκαιο σχέσεις εξ αρχής άνισες, όπως για παράδειγμα στο δίκαιο του καταναλωτή, όπου είναι τεράστια η γνωστική ανισότητα μεταξύ καταναλωτή και παραγωγού προϊόντος (άρθρο 6 Ν 2251/1994) ή συντάκτη ΓΟΣ και συναλλασσόμενου (άρθρο 2 Ν 2251/1994) ή παρέχοντος υπηρεσίες (άρθρο 8 Ν 2251/1994) ή διαφημιζοντος ένα προϊόν (άρθρο 9 Ν 2251/1994) και καταναλωτικού κοινού. Την ανισότητα αυτή εξισορροπεί ο νομοθέτης με καθιέρωση γνήσιας (στην ευθύνη του παραγωγού) ή νόθου αντικειμενικής ευθύνης (στην ευθύνη του παρέχοντος υπηρεσίες) ή ακυρότητας συμβατικών όρων (άρθρο 2 παρ. 6 εδ. α' και παρ. 7 Ν 2251/1994) και δικαιοπραξιών (ΑΚ 179).

Επιπλέον, το αστικό δίκαιο δεν είναι λόγω της εξειδίκευσής του πρόσφορο να προβαίνει σε προτάξεις συμφερόντων σε σχέση με το αφηρημένο και γενικό συνταγματικό δίκαιο. Το τελευταίο λόγω του αφηρημένου, και κατ' επέκταση ελαστικού χαρακτήρα του, δεν καθορίζει την πρόταξη ενός συμφέροντος (ατομικού δικαιώματος) έναντι κάποιου άλλου⁷⁰, γι' αυτό είναι ευχερής η εφαρμογή της «πρακτικής εναρμόνισης». Στο αστικό δίκαιο, αντίθετα, κάθε ρύθμιση αποτελεί ουσιαστικά μια πρόταξη ενός εκ των δυο ή περισσοτέρων συγκρουόμενων συμφερόντων και γι' αυτό είναι αλυσιτελής, κατ' αρχήν, η

64. Στο πλαίσιο των ΑΚ 1269 και 1270· Φ. Δωρής, Η σημασία της αρχής της αναλογικότητας επί συγκρούσεως δικαιωμάτων στο εμπράγματο δίκαιο, σε Γενέθλιον Α. Γεωργιάδη, τόμος Ι (2006), σ. 349, 364.

65. Π. Παπανικολάου, Σύνταγμα και αυτοτέλεια του Αστικού Δικαίου (2006), αρ. 107.

66. Π. Παπανικολάου, Σύνταγμα και αυτοτέλεια του Αστικού Δικαίου (2006), αρ. 72.

67. Π. Παπανικολάου, Σύνταγμα και αυτοτέλεια του Αστικού Δικαίου (2006), αρ. 89. Πρβλ. αυτόθι αρ. 75. Έτσι και Γέσιου-Φαλτσή, Ελληνική 1991, 299 και της ίδιας, Δίκαιο της Αναγκαστικής Εκτελέσεως, Γενικό Μέρος (1998), § 9 αρ. 39.

68. Π. Παπανικολάου, Σύνταγμα και αυτοτέλεια του Αστικού Δικαίου (2006), αρ. 73.

69. Δαγτόγλου, Συνταγματικό Δίκαιο: Ατομικά Δικαιώματα (2012), αρ. 3-5· Μαυριάς, Συνταγματικό δίκαιο (2005), σ. 121-123.

70. Με σπάνιες εξαιρέσεις όπως το Σ 17 παρ. 1 όπου προτάσσεται το δημόσιο συμφέρον από το ατομικό συμφέρον της ιδιοκτησίας.

αρχή της αναλογικότητας. Για την επίλυση αυτών των προβλημάτων το αστικό δίκαιο διαθέτει ένα αφανές σύστημα μεθοδολογικών κανόνων επίλυσης προβλημάτων. Αφανές, διότι το σύστημα αυτό δεν περιλαμβάνεται ρητώς σε διατάξεις του ΑΚ. Σύστημα, γιατί τα μεθοδολογικά εργαλεία που χρησιμοποιεί ο αστικολόγος για την επίλυση των συγκρούσεων και αντινομιών βρίσκονται σε μια συγκεκριμένη σχέση και αξιολογική ιεραρχία μεταξύ τους.

ΣΤ. Επίλογος

Το φαινόμενο των αντινομιών είναι συχνό στο Αστικό Δίκαιο. Η άρση τους θα πρέπει να επιδιώκεται μέσω «ερμηνευτικών οδηγιών» όπως: α) ο ανώτερος κανόνας δικαίου έχει προβάδισμα σε σχέση με τον κατώτερης τυπικής ισχύος κανόνα δικαίου β) ο ειδικότερος κανόνας δικαίου σε σχέση με τον γενικότερο γ) ο μεταγενέστερος κανόνας δικαίου σε σχέση με τον προγενέστερο και δ) ο νεότερος γενικότερος κανόνας δικαίου δεν αποκλείει τον προγενέστερο ειδικότερο^{71, 72}. Ωστόσο αυτές οι ερμηνευτικές μέθοδοι είναι αλυσιτελείς σε συνταγματικό επίπεδο διότι οι διατάξεις του συντάγματος είναι -κατά την κρατούσα άποψη⁷³- ίσης τυπικής ισχύος και στην πλειοψηφία τους ίδιας χρονικής στιγμής. Εξάλλου, λόγω του αφηρημένου χαρακτήρα τους, είναι δύσκολο να διακρίνει κανείς τον γενικότερο από τον ειδικότερο κανόνα. Σε περίπτωση που ο αστικολόγος δεν μπορεί να άρει τη σύγκρουση αστικών διατάξεων μέσω των προαναφερθέντων κανόνων έχει στη διάθεσή του μια δεύτερη κατηγορία μεθοδολογικών εργαλείων: τις τέσσερις μεθόδους ερμηνείας (γραμματική, ιστορική, συστηματική, τελολογική)⁷⁴. Σε περίπτωση που ούτε αυτά τα ερ-

γαλεία αποδεικτούν κατάλληλα, τότε ως καλύτερη μέθοδος άρσης αντινομιών ή συγκρούσεων συμφερόντων αναδεικνύεται η θεωρία της στάθμισης συμφερόντων⁷⁵, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι όλος αυτός ο μεθοδολογικός πλούτος κινδυνεύει να εξαφανιστεί από την άκριτη και άκρατη χρήση της αρχής της αναλογικότητας στο Αστικό Δίκαιο. Αρχίζει να ξεχνάει ο σύγχρονος πολιτικός δικαστής και αστικολόγος ότι «το Αστικό Δίκαιο υπήρξε ανέκαθεν κατ' εξοχήν αρμόδιο να περιλάβει στο δογματικό του σύστημα κανόνες επιλύσεως των επί μέρους συγκρούσεων»⁷⁶. Αυτοί οι κανόνες επίλυσης αστικών δικαιοκρίσεων προβλημάτων παραμερίζονται δια της εφαρμογής της αρχής της αναλογικότητας. Μάλιστα, σε ορισμένες περιπτώσεις η αρχή αυτή θεωρείται παραφυάδα της θεωρίας της στάθμισης συμφερόντων, επιφέροντας σύγχυση ως προς τη διάκριση των δυο αυτών διαφορετικών μεθοδολογικών εργαλείων⁷⁷. Στην παρούσα μελέτη για λόγους που ήδη αναφέρθηκαν απορρίψαμε την εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας στο αστικό δίκαιο, λόγω αφενός του συγκρουσιακού χαρακτήρα που αυτό έχει και επιβάλλει την πρόταση ενός συμφέροντος και αφετέρου της πληθώρας των διατάξεων αλλά και μεθοδολογικών εργαλείων που προσφέρουν ο Αστικός Κώδικας αλλά και το αστικό δίκαιο αντίστοιχα για την επίλυση των αναφυόμενων σε αυτό συγκρούσεων. Μολαταύτα, η κριτική στην εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας στο αστικό δίκαιο δεν μειώνει την σημαντική συμβολή του καθηγητή Φ. Δωρή στη δημιουργία εποικοδομητικού διαλόγου με σκοπό την ανεύρεση πρόσφορων λύσεων σε θέματα σύγκρουσης συμφερόντων.

71. Ένα σύγχρονο παράδειγμα επίλυσης σύγκρουσης συμφερόντων και κανόνων δικαίου μέσω της ερμηνευτικής αυτής οδηγίας αναφορικά με το άρθρο 7 ΚΙΔ δίνουν οι Κουτσοπούλου/Τσιρωνάς σε Λασκαρίδη (επιμ.), ΕρμΚΙΔ (2013), άρθρο 7, αρ. 2-3.

72. Βλ. γι' αυτές Σταμάτη, Η θεμελίωση των νομικών κρίσεων (2009), σ. 510-511 και Bobbio, Des critères pour résoudre les antinomies σε Perelman (ed), Les antinomies en droit, σ. 237 επ. Βλ. περαιτέρω τη μελέτη του Βαβούσκου, Ο κανών lex posterior generalis non derogat legi priori speciali και η επ' αυτού θέσις της επιστήμης και δη της σύγχρονου ελληνικής νομολογίας, Αφιέρωμα στον Λιτζερόπουλο Ι, σ. 47-67. Ως παράδειγμα της αποτυχίας επίλυσης ενός πρακτικού προβλήματος μέσω των ερμηνευτικών οδηγιών βλ. Λασκαρίδη, Η εξίσωση της νομικής ισχύος δημόσιων και ιδιωτικών ιατρικών πιστοποιητικών, Digesta 2009, 357, 369. Πρβλ. και Παπανικολάου/Λαδογιάννη, Σύγκρουση μεταξύ υποθήκης σε μηχανήματα κατά τον Ν 4112/1929 και ενεχύρου με δημοσίευση κατά τον Ν 2844/2000, Τιμ. Τόμο Ανδρουλιδάκη-Δημητριάδη (2011), σ. 399-437.

73. Πρβλ. όμως Δημητρώπουλο, Συνταγματικά Δικαιώματα ΙΙΙ (2008), § 13 αρ. 26, ο οποίος μιλάει για μητρικά ατομικά δικαιώματα, τα οποία προήλθαν λογικά και ιστορικά από άλλα νεότερα θεμελιώδη δικαιώματα.

74. Συνοπτικά Σταθόπουλος σε Σταθόπουλο/Αυγουστιανάκη, Εισαγωγή στο Αστικό Δίκαιο (1992), σ. 87-91 και Σταμάτης, Η θεμελίωση των νομικών κρίσεων (2009), σ. 383-397.

75. Βλ. ως παραδείγματα δυο περιπτώσεις, οι οποίες μπορούν να επιλυθούν με τη στάθμιση συμφερόντων Λασκαρίδη και Παπανικολάου/Λαδογιάννη, υποσημ. 72.

76. Π. Παπανικολάου, Σύνταγμα και Αυτοτέλεια του Αστικού Δικαίου (2006), αρ. 187 ακολουθώντας την αντίστοιχη θέση επιφανών γερμανών θεωρητικών όπως των Larenz-Wolf, Diederichsen, Canaris.

77. Ο Τσολακίδης θεωρεί ως σκοπό της στάθμισης συμφερόντων και εφαρμογής της αρχής της αναλογικότητας «τον εντοπισμό του σημείου ισορροπίας» των αντίρροπων δικαιωμάτων: ΧρΙΔ 2011, 93, 95.



NΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ ΑΕΒΕ

ΑΘΗΝΑ Μαυρομικάλη 23, Τηλ.: 210 3678800 (30 γραμμές), ΑΘΗΝΑ Μαυρομικάλη 2, Τηλ.: 210 3607521,
ΠΕΙΡΑΙΑΣ Φίλωνος 107-109, Τηλ.: 210 4184212, ΘΕΣ/ΝΙΚΗ Φράγκων 1, Τηλ.: 2310 532134,
ΠΑΤΡΑ Κανάρη 28-30, Τηλ.: 2610 361600

www.nb.org • e-mail: info@nb.org