

Τιμητικός Τόμος Φιλίππου Δωρή

I



ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΑΝΤ. Ν. ΣΑΚΚΟΥΛΑ

ΕΜΜΑΝΟΥΗΛ ΛΑΣΚΑΡΙΔΗΣ*

Η αρχή της αναλογικότητας στο Αστικό Δίκαιο

ΔΙΑΓΡΑΜΜΑ

- A. Η ενασχόληση του καθηγητή Φίλιππου Δωρή με την αρχή της αναλογικότητας
- B. Η πρόσφατη υιοθέτηση της αρχής της αναλογικότητας από τη νομολογία των πολιτικών δικαστηρίων
- Γ. Υπέρ της αναλογικότητας Ι. Καράκωστας, Φ. Δωρήs
- Δ. Οι επιφυλάξεις του Π. Παπανικολάου
- Ε. Η θέση μου επί του θέματος
- Στ. Επίλογος

A. 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 διατάξεων 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. 2251/1994.¹

Το τιμώμενο σε αυτόν τον τόμο πρόσωπο προσπάθησε με πληθώρα δημοσιεύσεων να αποδείξει ότι η προσπάθεια εξισορρόπησης συμφερόντων στο Αστικό Δίκαιο συνάδει πλήρως στην εφαρμογή της αρχής της αναλογι-

* Ειδικός Επιστήμονας στη Νομική Σχολή Δημοκρίτειου Πανεπιστημίου Θράκης, Δικηγόρος Δ.Ν.

1. Βλ. ανάλυση της σκέψης αυτής και στο τελευταίο κεφάλαιο της ανά χείρας μελέτης.

κότητας σε αυτό.² Μέσα από παραδείγματα κυρίως του εμπραγμάτου δικαίου υποστήριξε ότι το αστικό δίκαιο επιδιώκει μια αντίστοιχη με το συνταγματικό δίκαιο πρακτική εναρμόνιση των συγκρουόμενων ιδιωτικών δικαιωμάτων.³ 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 αντιθέτες 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 δίκαιο,⁴ γεγονός που αναδεικνύει την επιρροή που ανεπαίσθητα έχει ασκήσει το συνταγματικό δίκαιο στο αστικό δίκαιο. Στο αστικό δίκαιο η αναλογικότητα εφαρμόζεται με δυο 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 αποκατάσταση της ηθικής βλάβης⁶ (ΑΚ 932).⁷ Ο δεύτερος τρόπος εφαρμογής της αρχής της ανα-

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 ΟΛΑΠ 6/2009) σε Τιμ. Τόμο Καλλιμόπουλου, 2010, σ. 127-193· του ίδιου, Η αρχή της αναλογικότητας επί συγκρούσεως δικαιωμάτων στο Εμπράγματο Δίκαιο, Γενέθλιον Απ. Γεωργιάδη, τομ. Ι, 2006, σ. 249-277.

3. Φ. Δωρή, Η αρχή της αναλογικότητας επί συγκρούσεως δικαιωμάτων στο Εμπράγματο Δίκαιο, Γενέθλιον Απ. Γεωργιάδη, τομ. Ι, 2006, σ. 249-277.

4. Σταθόπουλος, Μελέτες Ι (2007) Μελέτη 27, αρ. 2-6, όπου προσπαθεί να «συγκεράσει» ασφάλεια και ελευθερία και Ι.Καράκωστας, Το Δίκαιο της Προσωπικότητας (2012), σ. 347. Βλ. επίσης Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht (1967).

5. Ι. Καράκωστας, Το Δίκαιο της Προσωπικότητας (2012), σ. 370.

6. Βλ. θεμελιωδώς γι' αυτό το θέμα του υπολογισμού της ηθικής βλάβης Σταθόπουλος, Αναλογικότητα, εύλογη αποζημίωση και αναρετικός έλεγχος, ΝοΒ 2010, 833-845, 839-845· Ι. Καράκωστας, 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 ΟΛΑΠ 6/2009) σε Τιμ. Τόμο Καλλιμόπουλου, 2010, σ. 127-193.

λογικότητας 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 άμβλυνσης της σύγκρουσής τους. Αυτή η προσπάθεια άμβλυνσης και όχι σύγκρουσης έχει τα ερείσματά της στο συνταγματικό δίκαιο, το οποίο μέσω γενικών ρητρών του Αστικού Κώδικα όπως αυτήν της «δημόσιας τάξης»⁸ εισέβαλε στο αστικό δίκαιο (έμμεση τριτενέργεια).⁹ Μέσω των ρητρών αυτών τριτενεργεί η αρχή της αναλογικότητας όπως κατοχυρώνεται στο άρθρο 25 § 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

Κατά τον Π. Παπανικολάου παρόμοιες περιπτώσεις που χρήζουν προσδιορισμού είναι αυτές της «εύλογης αποζημίωσης» του ΑΚ 225, 286, 674, 675 και 918, του «προσθήκοντος 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 χρίζουσες προσδιορισμού από τον δικαστή Φ. Δωρή, Η αρχή της αναλογικότητας στο πεδίο ρύθμισης του ιδιωτικού δικαίου σχέσεων ιδιαίτερα στο Αστικό Δίκαιο σε Τιμ. Τόμ. 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. Εφ'Αμ 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 π.δ. 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 οροφωκτών για κατάργηση του κοινοχρήστου χαρακτήρα της στέγης-δώματος.

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

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

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 θανάτους.¹² Αυτές οι μελέτες παρακίνησαν τον ευρωπαϊό 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 αμπελώνια με 245 κλήματα σουλτανίνας που ευρισκόταν σε απόσταση 3 μέτρων από σχολείο της Κορίνθου. Στην εν λόγω υπόθεση ήταν προφανής η ανάγκη στάθμισης μεταξύ αφενός του συλλογικού οικονομικού συμφέροντος ψεκασμών, ως μέσου προστασίας της αγροτικής παραγωγής και επομένως ταχύτερης οικονομικής ανάπτυξης, και αφετέρου της προστασίας της παιδικής ηλικίας. Η πρακτική εναρμόνιση μεταξύ του άρθρου 5 § 1 (ελεύθερη οικονομική ανάπτυξη) με το άρθρο 21 § 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 ανάπτυξης.¹⁴ Το δικαστήριο, εντούτοις,

11. Χρ.ΙΔ 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, Δημοσίων 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§1 Σ, το οποίο θέτει ως όριο απόλαυσης της ιδιοκτησίας το «γενικό συμφέρον». Ως τέτοιο συμφέρον 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' έτοι κατ' αποτέλεσμα Μπαλής, Εμπράγματο' 1961, 33, σ. 95 Απ. Γεωργιάδης, Εμπράγματο Δίκαιο² (2010), § 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,

ανέτρεψε αυτή τη νομοθετική πρόταξη εφαρμόζοντας την αρχή της αναλογικότητας και επέτρεψε τον ψεκασμό αυτό σε ώρες που δεν λειτουργεί το σχολείο. Θεώρησε δηλ. ότι η συλλογική οικονομική ανάπτυξη υπερεπείκει της απόλυτης προστασίας της παιδικής ηλικίας και περιορίσε 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 ανίχνευση 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 επέτρεψε στον δικαστή να «διαπλάσσει δίκαιο»¹⁶. Το δικαστήριο, επικαλούμενο την αρχή της αναλογικότητας, θεώρησε ότι πέτυχε την πρακτική εναρμόνιση μεταξύ του άρθρου 5§1 (ελεύθερη οικονομική ανάπτυξη της προσωπικότητας) και άρθρο 24§1 (προστασία του περιβάλλοντος) ανεχόμενο μόνο την μέχρι ενός ορίου μόλυνση με βιομηχανικά απόβλητα του Ασωπού. Έτσι περιορίσε 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 ανθρωπίνη 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. Ενδείκνυται, άλλωστε, η εφαρμογή της αρχής της προφύλαξης¹⁷, η οποία προκύπτει, τόσο από το άρθρο 174 της Συνθήκης της Ευρωπαϊκής Ένωσης και το

2006, σ. 249, 268 επ. Για την εφαρμογή των ρυθμίσεων της private nuisance σε αυτές τις περιπτώσεις στο αγγλοσαξωνικό δίκαιο βλ. *I. Καράκωστα, Περιβάλλον και Δίκαιο*³ (2011), σ. 459-464.

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

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

17. Μπάλιας, Η αρχή της προφύλαξης (2005), σ. 94 επ. και *I. Καράκωστα, Περιβάλλον και Δίκαιο*³ (2011), σ. 25.

άρθρο 130P της Συνθήκης του Μάαστριχτ όσο και από την Διακήρυξη του Ρίο και το άρθρο 24 § 1 του Συντάγματος. Σύμφωνα με αυτή,¹⁸ 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. Προς την ίδια κατεύθυνση κινήθηκε και το Μονομελές Πρωτοδικείο Βόλου, το οποίο προέταξε με την 2785/2003 απόφασή του το συλλογικό οικονομικό συμφέρον λειτουργίας χαλυβουργείου έναντι της προστασίας του περιβάλλοντος.²⁰

Στις ως άνω τρεις δικαστικές αποφάσεις, με την αρωγή της αρχής της αναλογικότητας, προτάχθηκε έμμεσα η οικονομική και η βιομηχανική ανάπτυξη έναντι άλλων μη περιουσιακών συμφερόντων²¹. Το Μονομελές Πρωτοδικείου Πάτρας, με την υπ' αριθμό 2239/2010²² απόφασή του, κινήθηκε προς αντίθετη κατεύθυνση με αυτή τη νομολογία και 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 πολίτες.²³ Χαρακτηριστικά αναφέρεται η

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. Πρβλ. 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*, 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 λευχαιμία 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. ΠΠρΛαο 100/2007 ΤΝΠ Νόμος. ΜΠρΑθ 2122/2007, ΔιΜΕΕ 2008, 509 (προσβολή της υγείας του ανθρώπου από ηλεκτρομαγνητικά κύματα ακόμα και σε περίπτωση νόμιμη χορήγησης άδειας). Βλ. επίσης τις παλαιότερες ΜΠρΘεσ 9069/2005, ΤΝΠ Νόμος. ΜΠρΛαο 3867/2005 ΤΝΠ ΔΣΑ. ΜΠρΘεσ 16242/2003, Αρμ 2005,

απόφαση 109/2009 του Μονομελούς Πρωτοδικείου Ηρακλείου²⁴, με την οποία έγιναν δεκτά ασφαλιστικά μέτρα κατά εγκατάστασης πυλώνων κινητής τηλεφωνίας υπό την επίκληση της αρχής της προφύλαξης.

Γ. Υπέρ της αναλογικότητας: Ι. Καράκωστας, Φ. Δωρής

Η αρχή της αναλογικότητας έχει αποτελέσει αντικείμενο έρευνας, όχι μόνο στο δημόσιο,²⁵ αλλά και στο ιδιωτικό δίκαιο²⁶. Χάριν συντομίας θα αναφερθούμε μόνο στους αστικολόγους που αναφέρονται σε αυτή. Ο Ι. Καράκωστας κάνει ευρεία χρήση της αρχής της αναλογικότητας στο Δίκαιο του Καταναλωτή, όπου επικαλείται την αρχή της αναλογικότητας κατά τον έλεγχο των καταχρηστικών ρητρών (άρθρο 2 § 7 ν. 2251/1994)²⁷. Στο πλαίσιο της άσκησης εμπραγμάτων δικαιωμάτων εξετάζει κατά πόσο παρέλκει η εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας ενόψει του άρθρου 281 ΑΚ περί καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος.²⁸ Τέλος, ευρεία χρήση της αρχής της αναλογικότητας γίνεται στη 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 932.²⁹

Παρά την αναφορά της αρχής της αναλογικότητας στα έργα του ο Ι. Καράκωστας δεν θα μπορούσε να θεωρηθεί αναμφισβήτητο ως υπέρμαχός της. Η αναφορά της ήταν αναπόφευκτη στα έργα του «Δίκαιο των ΜΜΕ», «Δίκαιο του Ίντερνέτ» και «Δίκαιο του Περιβάλλοντος», αφού και τα τρία ανήκουν στην κατηγορία που θα χαρακτηρίζα ως «υβριδικό δίκαιο». Αποτελούν δηλ. 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.

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», ΕΑΔνη 2006, σ. 1-10 και Μαργαρίτη, «Η παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας ως αναιρετικός λόγος (ΚΠολΔ 559 αρ. 1 και 19)», ΝοΒ, 2007, 534-536.

27. Ι. Καράκωστας, Δίκαιο Προστασίας του Καταναλωτή (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 εμπράγματες σχέσεις (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.

Ακόμα και στην καθαρά αστυνομική του μελέτη, «Το Δίκαιο της Προσωπικότητας», δεν υποστηρίζει ο ίδιος την εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας, αλλά απλώς εκθέτει τον τρόπο εφαρμογής της από τα πολιτικά δικαστήρια.

Ο Φ. Δωρή αποτελεί 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 932.³¹ Συγκεκριμένα, υποστηρίζει ότι και τα πολιτικά δικαστήρια οφείλουν να λαμβάνουν υπόψη τους την αρχή της αναλογικότητας, κατά το «τρίπτυχο»: έλεγχος συνταγματικότητας, ερμηνεία νόμων, διαπίστωση και πλήρωση κενών νόμου.³² 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 τις μελέτες του υποστηρίζει ως 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 πρώτο τόμο του Γενέθλιου Απόστολου Γεωργιάδη, με θέμα «Η αρχή της αναλογικότητας επί συγκρούσεως δικαιωμάτων στο Εμπράγματο Δίκαιο»³⁴, όπου επιχειρεί να αποδείξει την ανα-

30. σ. 229-249.

31. Βλ. αναλυτικά και 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 ΟΛΑΠ 6/2009) σε Τιμ. Τόμο Καλλιμόπουλου, 2010, σ. 127-193.

32. Βλ. 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 ΟΛΑΠ 6/2009) σε Τιμ. Τόμο Καλλιμόπουλου, 2010, σ. 181-182.

33. 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/ipac/20/ipac.jsp?session=1S097V64E9328.920&profile=main&tr&source=!!uoa_library&view=items&uri=full=3100034-1548592-1&ri=1&aspect=subtab33&menu=search&ipp=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

γκαιότητα 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 Σοντή* και του *Απόστολου Γεωργιάδη*, εντούτοις σε αυτές 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 μη εναρμόνιση, σύγκρουση. Όταν δύο συμφέροντα συγκρούονται πρέπει κάποιο να «θυσιαστεί». Αντίθετα η πρακτική εναρμόνιση προϋποθέτει απουσία σύγκρουσης, αλλά παράλληλη και απρόσκοπτη αρμονική λειτουργία και συνύπαρξη. Στο βάθος λοιπόν 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 *Τσολακίδης*, ο οποίος υποστηρίζει, κυρίως με σχόλιά του επί αποφάσεων ιδιωτικού δικαίου, την εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας για αποφυγή των συγκρούσεων μεταξύ δικαιωμάτων.³⁷ Τέλος, ο *Χελιδόνης*, ορμώμενος από τις παρατηρήσεις του *Φ. Δωρή* αναφορικά με την εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας στο αστικό δίκαιο, υποστηρίζει ότι η ΑΚ 387 (σώρευσης δικαιώματος υπαναχώρησης και καταβολής εύλογης αποζημίωσης του δανειστή) δεν αποτελεί τίποτε άλλο παρά μια ακόμη έκφραση της αρχής της αναλογικότητας.³⁸

Δ. Οι επιφυλάξεις του Π. Παπανικολάου

Ο *Π. Παπανικολάου* ανήκει μάλλον στους ελάχιστους πολέμιους της εφαρμογής της αναλογικότητας στο Αστικό Δίκαιο. Στη μονογραφία του,

&uiindex=&aspect=subtab33&menu=search&ri=1#focus

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*.

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

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

«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 αυτοτέλεια 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 αυτοτέλει των δύο δικαίων αποτελεί η διαφορετική φύση του συνταγματικού από το αστικό δίκαιο.⁴¹ Υποστηρίζει ότι στο πρώτο μπορεί να γίνει λόγος για περιορισμό δικαιωμάτων, ενώ στο δεύτερο συνήθως οι επιλογές του νομοθέτη είναι ξεκάθαρες. Αναφορικά με το αστικό δίκαιο κάνει λόγο για θυσία δικαιωμάτων στο βωμό υπέρτερων αγαθών. Ως παράδειγμα αναφέρει την ΑΚ 1036, όπου η ασφάλεια των συναλλαγών και η εμπιστοσύνη των τρίτων προτάσσεται έναντι της κυριότητας, και την 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. Ως έτερο παράδειγμα, αναφέρει το 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 εκφάνσεως του κράτους δικαίου και του δημοσίου συμφέροντος.⁴³ 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 βάσης δογματικής θεμελίωσης της απόφασής του ή ακόμη και συσκοτίση της αληθινής *ratio legis*.⁴⁴ Ο Π. Παπανικολάου χρησιμοποιεί όρους και μεθοδολογία οικείους στη «θεωρία της στάθμισης συμφερόντων», όπως αυτούς της «θυσίας», των «υπέρτερων αρχών» και του «προσδιορισμού των συμφερόντων» που προτάσσονται από κάθε νομοθετική διάταξη.⁴⁵

39. Π. Παπανικολάου, *Σύνταγμα και αυτοτέλεια του Αστικού Δικαίου* (2006), αρ. 83. Η σχετική έκφραση υιοθετείται από τον Πρόλογο του Βεγλερή σε Ηλαιοπούλου-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* § 1 αρ. 53 επ. § 22 αρ. 3 και § 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*, ΧρΔ 2014, 81-92, υπ. 40.

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

45. Βλ. χαρακτηριστικά Π. Παπανικολάου, *Σύνταγμα και αυτοτέλεια του Αστικού Δικαίου*

Παράλληλα, ο Π. Παπανικολάου 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 αστικολόγοι,⁴⁶ συμφωνούν ως προς τη διάγνωση, αλλά όχι και τη θεραπεία του προβλήματος των συμβατικών ανισοτήτων. Ο Φ. Δωρή, όπως προαναφέραμε, ανατρέχει και σε συνταγματικά εργαλεία όπως η αρχή της αναλογικότητας. Αντίθετα ο Π. Παπανικολάου υποστηρίζει ότι σε επίπεδο Αστικού Δικαίου προτάσσονται τα αστικολογικά μεθοδολογικά εργαλεία, αποκλείοντας κατά κανόνα την παράλληλη χρήση των αντίστοιχων συνταγματικών.⁴⁷ Εκφράζει επιφυλάξεις ως προς το συνταγματικό έλεγχο των συμβάσεων μέσω της άμεσης τριτενέργειας, διότι αυτό θα προσέκρουε στην αρχή της ιδιωτικής αυτονομίας 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 αναλογικότητας.⁴⁹ 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.⁵⁰ 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 Αρειος Πάγος, ο οποίος σε πρόσφατη απόφαση του αναφέρει ότι «η αρχή της αναλογικότητας» δεν εφαρμόζεται απ' ευθείας από το Δικαστήριο, παρά μόνο για

(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, Περί 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 § 1 και 5 § 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), § 3 αρ. 68.

48. Π. Παπανικολάου, Σύνταγμα και Αυτοτέλεια του Αστικού Δικαίου (2006), 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 ΟΛΑΠ 6/2009 σε Τιμ. Τόμο Καλλιόπουλου, 2010, σ. 166-167. Στο ίδιο άρθρο αναλύεται και η αντίθετη άποψη του Φ. Δωρή, σ. 167-171.

50. Π. Παπανικολάου, ό.π., αρ. 74-75.

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

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 *Koziol*.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-Φάλτση⁵⁵ 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. Η θέση μου επί του θέματος

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 τάξης.⁵⁷ 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 δικαιούνται 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 αθόρυβα και χωρίς καθαρή τοποθέτηση σταθμίσεις υπέρ περιουσιακών αγαθών σε

52. ΑΠ 725/2013 ΤΝΠ Νόμος.

53. Π. Παπανικολάου, υπ. 135-170.

54. Αυτόθι υπ. 135-170.

55. Γέσιου-Φάλτση, ΕΛΛΔνη 1991, 299 και της ίδιας, Δίκαιο της Αναγκαστικής Εκτέλεσης, Γενικό Μέρος (1998), § 9 αρ. 39.

56. Γέσιου-Φάλτση, Δίκαιο της Αναγκαστικής Εκτέλεσης, Γενικό Μέρος (1998), § 9 αρ. 39.

57. Βλ. μια προσπάθεια προσδιορισμού αυτού του πίνακα στην ΠρωτΠρΑθ 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. Μπάλια, Η αρχή της προφύλαξης (2005), σ. 94 επ.

βάρος πολιτιστικών αγαθών, της προστασίας του περιβάλλοντος και της δημόσιας υγείας⁶⁰ με την ανοχή⁶¹ και ενίοτε με την επιδοκimasία της θεωρίας.⁶²

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 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 όψews 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 γίνει 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

60. Βλ. την ανάλυση των ΜΠρΧαλκ 1158/2010, ΤΝΠ Νόμος = ΧρΔ 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· ΧρΔ 2011, 92-95. Βλ. επίσης ΜΠρΚορ 2449/2008 ΧρΔ 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.

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.

γενικών ρητρών⁶⁵ του Αστικού Κώδικα, αλλά δεν εξικνείται μέχρι κατίσχυσης 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 αναίρωντας την ιδιωτική αυτονομία στο πεδίο των ιδιωτικών εννόμων σχέσεων.⁶⁶ Ο εν λόγω καθηγητής ορθώς σημειώνει ότι μόνο το λεπτομερές και εξειδικευμένο⁶⁷ αστικό δίκαιο μπορεί να συμβάλει 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 ορισμένου ατόμου με δημοσίευμα στον τύπο, την σύγκρουση των δυο συνταγματικής τάξεως αρχών, της προστασία δηλ. της ιδιωτικότητας (άρθρο 9 § 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 § 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 προσβολής.⁶⁸ Κι αυτό, γιατί η προτεινόμενη στο πεδίο της ερμηνείας του Συντάγματος για την άρση μιας τέτοιας συγκρούσεως αρχή της πρακτικής εναρμονίσεως των συγκρουόμενων δικαιωμάτων που υπαγορεύει την *in concreto* αλληλοπροσαρμογή τους σε συνδυασμό με την αρχή της αναλογικότητας (άρθρο 25 § 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 κανόνα.⁶⁹ Στο ιδιωτικό δίκαιο

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. ανόθι αρ. 75. Έτσι και Γέσιου-Φαλτσή, ΕΛΛΔνη 1991, 299 και της ίδιας, *Δίκαιο της Αναγκαστικής Εκτέλεσεως*, 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, *Συ-*

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 διαφημιζόντος ένα προϊόν (άρθρο 9 ν. 2251/1994) και καταναλωτικού κοινού είναι τεράστιες. 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 § 6 εδ. α' και § 7 ν. 2251/1994) και δικαιοπραξιών (ΑΚ 179).

Επιπλέον, το αστικό δίκαιο δεν είναι λόγω της εξειδίκευσής του πρόσφορο να προβαίνει σε προτάξεις συμφερόντων στον ίδιο βαθμό 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 άλλου,⁷⁰ γι' αυτό είναι ευχερής η εφαρμογή της «πρακτικής εναρμόνισης». Στο αστικό δίκαιο, αντίθετα, κάθε ρύθμιση αποτελεί ουσιαστικά μια πρόταξη ενός εκ των δυο ή περισσότερων συγκρουόμενων συμφερόντων και γι' αυτό είναι αλυσιτελής, κατ' αρχήν, η εφαρμογή της αρχής 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 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

νταγματικό δίκαιο (2005), σ. 121-123.

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

προγενέστερο ειδικότερο^{71,72} Οι ερμηνευτικές αυτές οδηγίες είναι αλυσιτελείς, πάντα σε συνταγματικό επίπεδο, διότι οι διατάξεις του συντάγματος είναι – κατά την κρατούσα άποψη⁷³ – ίσης τυπικής ισχύος μεταξύ τους 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 μεταξύ αστικών διατάξεων, μέσω των προαναφερθέντων κανόνων, έχει στη διάθεσή του μια δεύτερη κατηγορία μεθοδολογικών εργαλείων: τις τέσσερεις μεθόδους ερμηνείας (γραμματική, ιστορική, συστηματική, τελολογική).⁷⁴ Σε περίπτωση που ούτε αυτά τα εργαλεία αποδειχτούν κατάλληλα, τότε ως καλύτερη μέθοδος άρσης αντινομιών ή συγκρούσεων συμφερόντων αναδεικνύεται η θεωρία της στάθμισης συμφερόντων.⁷⁵ Διαφορετικά, αν εφαρμόζοταν δηλ. σε αυτές τις περιπτώσεις η αρχή της αναλογικότητας, όλος αυτός ο μεθοδολογικός πλούτος κινδυνεύει να εξαφανιστεί από την άκριτη και άκρατη χρήση της 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 επίλυσης των επί μέρους συγκρούσεων»⁷⁶. Αυτοί οι κανόνες επίλυσης αστικών δικαϊκών προβλημάτων παραμερίζονται δια της εφαρμογής της αρχής της αναλογικότητας. Μάλιστα, σε ορισμένες περιπτώσεις η αρχή αυτή θεωρείται παραφύδα της θεωρίας της στάθμισης συμφερόντων, επιφέροντας σύγχυση ως προς τη διάκριση των δυο αυτών διαφορετικών με-

71. Ένα σύγχρονο παράδειγμα επίλυσης σύγκρουσης συμφερόντων και κανόνων δικαίου μέσω της ερμηνευτικής αυτής οδηγίας αναφορικά με το άρθρο 7 ΚΙΔ δίνουν οι Κοντσοπούλου / Ταιρανιάς 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 σύγχρονης ελληνικής νομολογίας, Αφιέρωμα στον Λιτζερόπουλο Ι, σ. 47-67.

73. Πρβλ. όμως Δημητρίου, 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/Αυγουστιανή, 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, Η εξίσωση της νομικής ισχύος δημόσιων και ιδιωτικών ιατρικών πιστοποιητικών, *Digesta* 2009, 357, 369 και Παπανικολάου/Λαδογιάννη, Σύγκρουση μεταξύ υποθηκής σε μηχανήματα κατά τον ν. 4112/1929 και ενεχύρου με δημοσίευση κατά τον ν. 2844/2000, Τμ. Τόμο Ανδρουδαίικη-Δημητριάδη (2011), σ. 399-437.

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

μεθοδολογικών εργαλείων.⁷⁷ 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 αναφύομενων σε αυτό συγκρούσεων. Μολαταύτα, η κριτική στην εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας στο αστικό δίκαιο δεν μειώνει την σημαντική συμβολή του τιμώμενου προσώπου στη δημιουργία εποικοδομητικού διαλόγου με σκοπό την ανεύρεση πρόσφορων λύσεων σε θέματα σύγκρουσης συμφερόντων.

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