

ΑΦΙΕΡΩΜΑ

ΣΤΗΝ

ΙΣΜΗΝΗ ΑΝΔΡΟΥΛΙΔΑΚΗ - ΔΗΜΗΤΡΙΑΔΗ



ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΑΝΤ. Ν. ΣΑΚΚΟΥΛΑ

УНИВЕРСИТЕТ "СВ. СВЕТОСЛАВ" - ПЛОВДИВ

Факултет "Обществени науки и социални дисциплини"

Институт за изследване на източната култура

Кафедра "История на България"

Специалност "История"

Сектор "История на България"

Специалност "История"

Сектор "История на България"

Специалност "История"

Сектор "История на България"

Специалност "История"

Сектор "История на България"

Специалност "История"

Сектор "История на България"

Специалност "История"

Сектор "История на България"

Специалност "История"

Сектор "История на България"

Παλιά σταθμά στην πλάστιγγα της Θέμιδος¹

ΔΙΑΓΡΑΜΜΑ

Α. ΕΙΣΑΓΩΓΗ

- I. Κοινωνική Πραγματικότητα
- II. Στον απόηχο της Γαλλικής Επανάστασης

Β. ΣΥΓΚΡΟΥΣΕΙΣ ΚΑΙ ΣΤΑΘΜΙΣΕΙΣ ΣΥΜΦΕΡΟΝΤΩΝ

- I. Η καθολικότητα των συγκρούσεων
- II. Συνταγματική στάθμιση στο ιδιωτικό δίκαιο
 - 1. Τι είναι η «στάθμιση συμφερόντων»
 - 2. Εφαρμογή της στάθμισης στο ιδιωτικό δίκαιο

Γ. ΤΑ ΣΤΑΘΜΑ ΤΗΣ ΠΛΑΣΤΙΓΓΑΣ

- I. Γενικά κριτήρια
- II. Συγκρούσεις με ατομικό συμφέρον
 - 1. Η προστασία του ασθενέστερου έναντι άλλων συμφερόντων
 - 2. Η προστασία ασθενέστερου έναντι της ιδιωτικής αυτονομίας
 - 3. Η προστασία του ασθενέστερου έναντι της αρχής της υπαιτιότητας
 - 4. Λανθασμένες σταθμίσεις
- III. Τα συλλογικά συμφέροντα³
 - 1. Προστασία του συλλογικού συμφέροντος έναντι του ατομικού
 - 2. Εμπράγματα δικαιώματα έναντι οικονομικής αξιοποίησης
 - 3. Σύγκρουση δυο συλλογικών συμφερόντων
- IV. Συμφέροντα διαφορετικής φύσης
 - 1. Οικονομικό συμφέρον έναντι ηθικού
 - 2. Το συμφέρον της υγείας και η τεχνητή γονιμοποίηση

Δ. ΕΠΙΛΟΓΟΣ

*Dr.iur., LL.M. (Heidelberg). Ειδικός Επιστήμονας στο Συνήγορο του Πολίτη.

1. Η Θέμις (γυναίκα του Δια και μητέρα της Δίκης) εκπροσωπεί στην παρούσα μελέτη τη Νομοθεσία. Βλ. σχετικά *Hattenhauer*, *Europäische Rechtsgeschichte*⁴ (2007), σ. 1-10.

Α. ΕΙΣΑΓΩΓΗ

Ι. Κοινωνική Πραγματικότητα

Η νομική έρευνα όπως και κάθε επιστημονική έρευνα καλείται να φέρει στο φως επιτεύγματα και γνώση που η ανθρωπότητα δεν είχε πριν γνωρίσει. Η διαφορά της από τις άλλες επιστήμες έγκειται στο ότι δεν παρατηρεί απλώς τους κανόνες – όπως π.χ. η φυσική τους νόμους της φύσης ή η ψυχολογία τους κανόνες της ανθρώπινης συμπεριφοράς – αλλά και συμβάλλει στη θέσπισή τους. Η έρευνα αυτή για γνώση και επιβολή του δικαίου λειτουργεί τόσο αθόρυβα και ευεργετικά σε μια κοινωνία όπως το ηλιακό φως στα φυτά και τα ζώα. Χωρίς ήλιο δεν μπορεί να υπάρξει ζωή. Χωρίς γνώση και επικράτησή του δικαίου δεν μπορεί να υπάρξει υγιής κοινωνική ζωή.

Αυτή η υγιής κοινωνική ζωή είναι το ζητούμενο σε μια χρονική στιγμή κατά την οποία αυξάνεται η διαφθορά² στη χώρα μας. Σε αυτή προστίθεται ακόμα μια εκδήλωση κοινωνικής παθογένειας: η ανεργία³. αυτή αποφλοιώνει με συνεχώς αυξανόμενο ρυθμό τα χαμηλά αστικά στρώματα και τα ωθεί στα όρια της φτώχειας. Το ιδιωτικό δίκαιο, γέννημα της αστικής τάξης και έμπνευση προς διατήρηση και επίρρωση της, οφείλει να διατηρήσει την κοινωνική ισορροπία μειώνοντας τα κοινωνικά άκρα (φτώχεια και υπερβολικό πλούτο). Υπό αυτές τις συνθήκες η έρευνα, η αναζήτηση και η επικράτηση του δικαίου, ίσως, να είναι και η μόνη ελπίδα πάνω στην οποία πρέπει να επενδύσουμε.

2. Η Ελλάδα είναι στην 79η θέση διεθνώς από άποψη διαφάνειας. Σε βαλκανικό επίπεδο μόνο η Αλβανία και η Βοσνία-Ερζεγοβίνη εμφανίζουν μεγαλύτερο ποσοστό διαφθοράς από την χώρα μας. Βλ. σχετικά <http://www.transparency.gr/home.aspx> (τελευταία επίσκεψη 20/12/2010) και τις μελέτες Δημόπουλου, Διαφθορά (2005) και Γρ. Λάζου, Διαφθορά και Αντιδιαφθορά (2005). Ειδικότερα αναφορικά με την έλλειψη διαφάνειας αναφορικά με την πρόσβαση σε δημόσια έγγραφα βλ. ΣτΠ (επιμ.), Πρόσβαση στα έγγραφα και διαφάνεια της διοικητικής δράσης (2010). Βλ. επίσης για το θέμα της διαφθοράς σε όλα τα μεσογειακά κράτη τα πρακτικά της 3ης Συνάντησης Συνηγόρων του Πολίτη (ΑΟΜ) στις 14-15 Δεκεμβρίου 2009 και ιδίως των Συνηγόρων της Ισπανίας, Μαρόκου και Καταλωνίας με θέμα «Διαφάνεια και μάχη κατά της διαφθοράς» (υπό έκδοση).

3. Ο Οργανισμός Οικονομικής Συνεργασίας και Ανάπτυξης υπολογίζει στο 28,9 % την ανεργία νέων ανθρώπων μέχρι το τέλος του έτους 2010. *Scarpetta, Greece – Quick action needed to tackle rising youth unemployment, says OECD* σε www.oecd.org/document/47/0,3343,3,en_2649_37457_44849329_1_1_1_1,00.html Κατά το Β' τρίμηνο του έτους 2010 οι άνεργοι συνολικά ανέρχονταν σε 141.500. βλ. σχετικό διάγραμμα της Ελληνικής Στατιστικής Υπηρεσίας www.statistics.gr. Βλ. επίσης για τα θέματα ανεργίας την Ειδική Έκθεση του Συνηγόρου του Πολίτη (Κύκλος Κοινωνικής Προστασίας) Ιούνιος 2007 με θέμα «Παροχές Ανεργίας» προσβάσιμο στην ιστοσελίδα www.synigoros.gr/porismata_kp.htm (τελευταία επίσκεψη και στις τρεις ιστοσελίδες 20/12/2010).

Γνωρίζουμε ότι σήμερα, σε μια περίοδο οικονομικής κρίσης, η ελευθερία που προσφέρει το ιδιωτικό δίκαιο αμφισβητείται όσο ποτέ.⁴ Όντως το σύγχρονο αστικό δίκαιο, αφήνει μεγάλα περιθώρια στον ισχυρότερο (οικονομικά, κοινωνικά ή γνωστικά) να επιβληθεί. Για αυτό έχει προταθεί ο περιορισμός της οικονομικής ελευθερίας και του δικαιώματος ιδιοκτησίας των επιχειρηματιών σε ορισμένες περιπτώσεις⁵. Στην παρούσα μελέτη χρησιμοποιούμε αυτή την αμφισβήτηση για να βρούμε τρωτά σημεία του σύγχρονου ιδιωτικού δικαίου και να προτείνουμε βελτιώσεις του έχοντας ως θυρέο τη φράση: «η Αμφισβήτηση ως γενεσιουργός πηγή ελπίδας»⁶. Μια νέα θεώρηση του ιδιωτικού δικαίου μπορεί να μας οδηγήσει μακριά από τις συμπληγάδες της Φτώχειας και της Έριδας. Εργαλείό μας σε αυτή τη θεώρηση είναι ένα γνώριμο στη θεά Δίκη μηχανήμα: η πλάστιγγα. Αρωγός για το ζύγισμα των εκάστοτε σταθμιζόμενων συμφερόντων αποτελεί η «θεωρία της στάθμισης συμφερόντων». Τα σταθμά προσπαθούμε να τα εξάγουμε από το (θετικό και φυσικό) δίκαιο.

II. Στον απόηχο της Γαλλικής Επανάστασης

Η Γαλλική Επανάσταση αποτελεί ένα παράδειγμα αποφυγής στάθμισης συμφερόντων. Ο Βασιλιάς της Γαλλικής Αυτοκρατορίας Λουδοβίκος 14^{ος} αρνείται να προβεί σε μια στάθμιση μεταξύ, αφενός, ελευθερίας, εμπορικής ανάπτυξης και κοινωνικής ειρήνης και, αφετέρου, διατήρησης της άρχουσας τάξης, υποταγής στη φεουδαρχία και κατάπνιξης των αντιδράσεων. Μια απόφαση έπρεπε να δοθεί άμεσα στην πείνα του λαού κατά το έτος 1788 ώστε να αποκατασταθεί η κοινωνική ειρήνη. Αυτή η απόφαση δεν λήφθηκε ποτέ, με αποτέλεσμα την επικράτηση της Έριδας, της Πείνας και του Θανάτου μέχρι την ανατροπή του Παλαιού Καθεστώτος (Ancien Regime) στις 14 Ιουλίου 1789. Παρόμοια παράλειψη οδηγεί στην Οκτωβριανή Επανάσταση του 1917.

4. Βλ. Καζάκο, Αστικό Δίκαιο, Οικονομία της Αγοράς και Προστασία του Καταναλωτή (1987), σ. 73 για την ένταση που δημιουργείται μεταξύ οικονομίας και πολιτικής υπό το παρόν φιλελεύθερο οικονομικό καθεστώς, όταν η πολιτική επιδιώκει την εξυπηρέτηση κοινωνικών στόχων. Πρβλ. Rivoli, Labor Standards in the Global Economy: Issues for Investors, Journal of Business Ethics 2003, σ. 223-232.

5. Γενικά στις εξαρτημένες ομάδες όπως μισθωτούς. Βλ. σχετικά Μανιτάκη, Το υποκείμενο των συνταγματικών δικαιωμάτων (1981), σ. 255 και Καζάκο, υπ. 4 σ. 68 και 92 επ. Πρβλ. την ευχή για πίεση προς προστασία των μισθών και των δικαιωμάτων των εργαζομένων με ιστορικές και δικαιοσυγκριτικές παρατηρήσεις Rivoli, Labor Standards in the Global Economy: Issues for Investors, Journal of Business Ethics 2003, σ. 223-232.

6. Τίτλος τιμητικού άρθρου του Μαγκάκη στον Θ. Τσάτσο σε Σύνταγμα, Ελληνική Πολιτεία, Ευρωπαϊκή Συμπολιτεία (2004), σ. 27-32.

Ο Ναπολέοντας ευτυχώς δεν ξεχνά το πάθημα του λαού του και γι' αυτό ωθεί τη χώρα του το έτος 1807 στην Ευνομία μέσω ενός Αστικού Κώδικα, ο οποίος ενέχει στάθμιση συμφερόντων μεταξύ των υφιστάμενων κοινωνικών τάξεων και μάλιστα με ένα τρόπο, ώστε να ικανοποιούνται όλα τα κοινωνικά στρώματα με τις λιγότερες δυνατές προσβολές των συμφερόντων τους. Τα αιτήματα των αστών ικανοποιούνται στο εύπλαστο Δίκαιο των Ενοχών (*Droit des Obligations*)⁷. Η ελευθερία των συμβάσεων τους δίνει τον ελεύθερο χώρο που χρειάζονται ώστε να διαπλάσουν τα νομικά μορφώματα που θα τους βοηθήσουν να αναπτυχθούν ταχύτερα οικονομικά (αρχή του ατύπου των δικαιοπραξιών)⁸, γεγονός που θα ωφελήσει την ευρύτερη βιοτική και πνευματική ανάπτυξη της κοινωνίας. Το πνεύμα του δικαίου των ενοχών συνοψίζεται στη γαλλική φράση *laissez faire, laissez passer*. Τα κεκτημένα δικαιώματα των φεουδαρχών διατηρούνται στο άτεγκτο και λεπτομερέστατο ρυθμισμένο Δίκαιο των Πραγμάτων (*Droit des Biens*).⁹ Οι αστοί πλέον μπορούν να δημιουργήσουν νέες μορφές δικαιοματών, αλλά πρέπει να υποταχθούν εν μέρει στο υφιστάμενο *status quo*. Το πνεύμα του δικαίου των πραγμάτων συνοψίζεται στο λατινικό όρο *numerus clausus*, καθώς κλειστός, ορισμένος και αδιαπραγμάτευτος παραμένει ο αριθμός των εμπραγμάτων δικαιοματών. Έτσι οι φεουδάρχες παραχωρούν τον χώρο του εμπορίου και των συμβάσεων στους αστούς αλλά κρατούν τα κεκτημένα δικαιώματά τους στη γη.

Η Γαλλική Επανάσταση και ο Ναπολεόντειος Κώδικας βρίσκονται μεν σε δυο αντίθετους πόλους, μας προσφέρουν όμως ένα ενιαίο δίδαγμα: όποιος αποφεύγει να προβεί σε στάθμιση συμφερόντων και να πάρει μια δίκαιη απόφαση, ανταποκρινόμενη στο φυσικό δίκαιο, θα ανατραπεί. Όπως κανείς δεν μπορεί να φανταστεί μια ζωή χωρίς να απαιτείται η λήψη αποφάσεων, έτσι είναι ανέφικτη και μια κοινωνική ζωή, όπου δεν θα επεμβαίνει κανείς να ρυθμίσει τα συγκρουόμενα συμφέροντα επιλέγοντας το ωφελιμότερο για την ευδαιμονία της Πολιτείας.¹⁰ Η αποφυγή ή αναβολή μιας στάθμισης συμφερόντων από την εκάστοτε Αρχή δημιουργεί δονήσεις στα θεμέλια της εξουσίας και υπάρχει κίνδυνος, ενίοτε, αυτά να μην αντέξουν τους κραδασμούς και να καταρρεύσουν.

7. Άρθρα 516-710 γαλλ. Αστικού Κώδικα.

8. Βλ. συνοπτικά και τη σχέση αυτής της αρχής με την ελευθερία των συμβάσεων Σταθόπουλο, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο (2004), § 1 αρ. 53.

9. Άρθρα 1101-2094 γαλλ. Αστικού Κώδικα.

10. Χαρακτηριστικές οι δυο ομιλίες του Έλληνα σκεπτικού της Ακαδημίας Καρνεάδη στη Ρώμη το 156-155 π.Χ., οι οποίες μνημονεύονται από τον Κικέρωνα (*De republica*), όπου παρουσιάζει το σύνδεσμο μεταξύ του συμφέροντος της πολιτείας και της δικαιοσύνης. Βλ. σχετικά και Π.Σούρλα, Φιλοσοφία του Δικαίου Α' (2000), σ. 163.

Αυτό το μήνυμα φαντάζει ιδιαίτερα επίκαιρο τη χρονική περίοδο που διανύουμε. Μετά την πτώση του ανατολικού παραπετάσματος αποδεικνύεται ότι και το φιλελεύθερο σύστημα δεν αποτελεί το ιδανικότερο σύστημα διανομής αγαθών. Η οικονομική κρίση το επιβεβαιώνει. Ο φιλελευθερισμός μας οδήγησε σε μια υπερπροστασία του ατομικού συμφέροντος εις βάρος των συλλογικών συμφερόντων, γιατί επικράτησε ότι η κινητήριος δύναμη μιας οικονομίας μπορεί να αποτελέσει μόνο η ικανοποίηση του ατομικού (στο πλαίσιο του ιδιωτικού δικαίου συνήθως οικονομικού) συμφέροντος. Η δικαιοπολιτική, όμως, αυτή επιλογή βαίνει εις βάρος του συνόλου. Η ικανοποίηση για παράδειγμα του ατομικού οικονομικού και επαγγελματικού συμφέροντος ενός πολιτικού προσώπου μπορεί να συγκρούεται με το συμφέρον του συνόλου. Το ίδιο ισχύει και με την ικανοποίηση του οικονομικού συμφέροντος μιας μονοπωλιακής εταιρείας. Αυτή η πολύτιμη εμπειρία αποκτήθηκε με το πέρας της εξηκονταετίας ισχύος του ελληνικού Αστικού Κώδικα.

Η εμπειρία αυτή αποδεικνύει ότι το φιλελεύθερο μήνυμα της Γαλλικής Επανάστασης για ισότητα όλων¹¹ έχει παραμορφωθεί με αποτέλεσμα να φαίνεται τρομερά επίκαιρο το διήγημα του Όργουελ «Η φάρμα των ζώων». Οι φίλοι της ελευθερίας έχουν καταντήσει οι κυρίαρχοι της παγκόσμιας οικονομίας και οι δυνάστες των λαών, με αποτέλεσμα «οι επτά εντολές»¹² της παγκόσμιας φάρμας να σβήνονται σιγά – σιγά και να επικρατεί ένας και μόνο κανόνας «όλα τα ζώα είναι ίσα, αλλά κάποια ζώα είναι πιο ίσα».¹³ Σε μια παντελώς ελεύθερη αγορά είναι φυσιολογικό να νικά πάντα ο ισχυρότερος, ειδικά όταν αυτός είναι που διαμορφώνει και τους κανόνες του παγκόσμιου οικονομικού παιχνιδιού,¹⁴ χωρίς να επιτρέπει σε κράτη να αποτρέψουν την πλήρη και χωρίς όρους ικανοποίηση των συμφερόντων του. Αυτές οι νέες συνθήκες απαιτούν μια νέα στάθμιση συμφερόντων και πιθανότατα κάποιες νομοθετικές αλλαγές. Οι νέες κοινωνικές συνθήκες απαιτούν και νέες σταθμίσεις συμφερόντων σε επίπεδο τόσο νομοθετικό όσο και νομολογιακό, διαφορετικά κινδυνεύουμε να καταντήσουμε σαν τους ιδιο-

11. Το κλασσικό τρίπτυχο αρχών της Γαλλικής Επανάστασης ήταν αδελφότητα, αλληλεγγύη και ισότητα.

12. Μεταξύ των οποίων σημαντικότερη είναι η έβδομη «όλα τα ζώα είναι ίσα»· βλ. Όργουελ, «Η φάρμα των ζώων» 1945 (μετάφραση Μπάρτη), Εκδόσεις Κάκτος, σ. 43.

13. Ibid, σ. 143.

14. Βλ. για τη γέννηση της οικονομικής κρίσης και την εξάπλωσή της μέσω «τοξικών» επενδυτικών προγραμμάτων στην Ευρώπη και την Ασία από τις αμερικανικές επενδυτικές τράπεζες Pezzuto, *Miraculous Financial Engineering or Toxic Finance. The genesis of the U.S. subprime mortgage and loan crisis and its consequences in the global financial market and real economy*, SMC Working paper 2008 προσβάσιμο σε <http://ssrn.com/abstract=1332784> (τελευταία επίσκεψη 21/12/2010).

κτήτες του βυσινόκηπου, στο ομώνυμο θεατρικό έργο του Τσέχωφ, όπου ο εγκαταλειμμένος στον κήπο παππούς, θα είναι η δύναμη και εξουσία των θεωρητικών νομικών εργαλείων που πάντα ξεχνούσαμε να χρησιμοποιήσουμε σωστά.

Δύο πρέπει να είναι τα ζητούμενα τη συγκεκριμένη χρονική στιγμή: να διατηρηθεί και να αυξηθεί η αστική τάξη, που αποτελεί εγγύηση παραγωγικότητας και ευδαιμονίας, και μέσω αυτής της διατήρησης να αποφευχθεί η ανατροπή, η εξέγερση, καθώς η εξέγερση αποτελεί συνώνυμο της απαξίας της νομικής επιστήμης και ένδειξη της αποτυχίας της. Αυτός είναι, κατά τη γνώμη μας, ο μονόδρομος που οδηγεί στην γη της Επαγγελίας: «Στάθμιση, όχι σύγκρουση». Εάν δεν ακολουθήσουμε εγκαίρως αυτόν το δρόμο θα μείνουμε για πάντα εδώ, στο σήμερα, στο οποίο –όσον αφορά τουλάχιστον τη χώρα μας– βασιλεύει ο καταστροφικός θούριος: «σύγκρουση, όχι στάθμιση».

Β. ΣΥΓΚΡΟΥΣΕΙΣ ΚΑΙ ΣΤΑΘΜΙΣΕΙΣ ΣΥΜΦΕΡΟΝΤΩΝ

Ι. Η καθολικότητα των συγκρούσεων

Έκφραση αυτών των συγκρούσεων είναι οι αντινομίες.¹⁵ Αντινομίες τόσο σε επίπεδο δημοσίου όσο και ποινικού δικαίου προσκόπτουν και την αρμονική λειτουργία του αστικού δικαίου διττώς. Πρώτον, διότι αν δεν εξασφαλισθεί μέσω δημοσίου δικαίου η επί ίσοις όροις μεταχείριση πολιτών και κράτους και εάν δεν αποτραπεί μέσω του ποινικού δικαίου η Νέμεσις και η αυτοδικία, τότε η κοινωνική αναταραχή και ανασφάλεια θα καθηλώσουν την οικονομία. Αυτό δεν συνάγεται μόνο ιστορικά και επαγωγικά αλλά αποτελεί και βίωμα της ελληνικής κοινωνίας στην παρούσα στιγμή οικονομικής ύφεσης. Κατά δεύτερο λόγο, αντινομίες του δημοσίου και ποινικού δικαίου εμποδίζουν και την ομαλή λειτουργία του ιδιωτικού δικαίου, διότι το μεν πρώτο διαχέεται στο αστικό δίκαιο και τριτενεργεί μέσω των γενικών ρητρών (κυρίως χρηστά ήθη, προσωπικότητα και καταχρηστική άσκηση δικαιώματος), το μεν δεύτερο συνδέεται άμεσα με την έννοια του «παρανόμου» στο ΑΚ 914 και επομένως επηρεάζει όλο το δίκαιο της αδικοπρακτικής αποζημίωσης. Εάν επομένως οι δυο αυτοί τομείς του δικαίου δεν προβαίνουν σε αρμονικές σταθμίσεις συμφερόντων (ή ορθότερα στο πλαίσιο του ποινι-

15. Για τις αντινομίες μεταξύ αρχών δικαίου και τη στάθμιση των εμπλεκόμενων αγαθών βλ. Σταμάτη, Η θεμελίωση των νομικών κρίσεων (2009), σ. 511 επ. Βλ. επίσης ένα χαρακτηριστικό παράδειγμα σύγκρουσης αρχών και άρσης αυτής μέσω στάθμισης σε Λασκαρίδη, Εξίσωση νομικής ισχύος δημόσιων και ιδιωτικών ιατρικών πιστοποιητικών, *Digesta* 2009, 357-372.

κού δικαίου «εννόμων αγαθών»), τότε είναι ανέφικτος ο στόχος του ιδιωτικού δικαίου: η εξασφάλιση δηλ. της κοινωνικής ειρήνης και ευημερίας μέσω οικονομικής ανάπτυξης (economic efficiency) μιας κοινωνίας.¹⁶

Ακριβώς, λόγω της παραπάνω αλληλέξαρτησης των τριών βασικών κλάδων της νομικής επιστήμης (δημοσίου, αστικού και ποινικού δικαίου) θεωρούμε απαραίτητη την εξέταση των συγκρούσεων συμφερόντων και δικαιωμάτων¹⁷ σε επίπεδο συνταγματικού δικαίου. Το ποινικό δίκαιο έχει περιορισμένη αξία για το αστικό δίκαιο, καθώς εξετάζεται κατά κύριο λόγο αναφορικά με την αδιοπρακτική ευθύνη. Αντίθετα, το Σύνταγμα ως ανώτατος κανόνας δικαίου τριτενεργεί και κατισχύει του ιδιωτικού δικαίου ασκώντας τεράστια επιρροή σε αυτό.¹⁸

Κατά τη συνταγματική θεωρία υποστηρίζεται ότι δεν δικαιολογείται ο όρος «σύγκρουση»¹⁹, αφού σκοπός του Συντάγματος είναι η εναρμόνιση των αναγνωρισμένων στα 25 πρώτα άρθρα του Συντάγματος δικαιωμάτων. Η διαδικασία εναρμόνισης δικαιωμάτων ομοιάζει με τη διαδικασία στάθμισης κάθε είδους εννόμου συμφέροντος. Ανθρωπιστικά, διαχρονικά και πανανθρώπινα συμφέροντα προστατεύονται στα άρθρα 2, 4 και 5 Σ (ανθρώπινη αξία, ισότητα, προσωπικότητα), τα οποία εναρμονίζουν το φυσικό με το θετικό δίκαιο, ιδιωτικά συμφέροντα θωρακίζονται στα άρθρα 9 και 9^Α Σ

16. Βλ. σχετικά την οικονομική ανάλυση του δικαίου σε Calabresi, *The Cost of Accidents, A Legal and Economic Analysis* (1970)· Posner, *Economic Analysis of Law*⁵ (1998). Παρουσίαση της αμερικάνικης αυτής διδασκαλίας στην Ελλάδα σε Τσίπρη, *Οικονομική ανάλυση του Δικαίου*, ΝοΒ 1989, 574 επ.· Κοζύρη, *Τρεις Προβληματισμοί στην Αμερικανική θεωρία του Δικαίου* ΝοΒ 1991, 715 επ.· Θ. Παπαϊωάννου, *Η οικονομική ανάλυση του δικαίου: Μια ενδιαφέρουσα αλλά και επικίνδυνη θεωρία*, Αισυμνήτης 4, 1991, 51 επ.· Ν. Γεωργακόπουλος, *Περί θεματικού δανεισμού από την αμερικανική νομική σκέψη*, ΝοΒ 1995, 779 επ.· Γέμπτο, *Οι θεωρητικές βάσεις της οικονομικής ανάλυσης του δικαίου*, ΝοΒ 1999, 1 επ.· Παπανικολάου, *Μεθοδολογία του Ιδιωτικού Δικαίου* (2000), αρ. 153 επ.· Χατζή, *Η οικονομική ανάλυση του δικαίου των συμβάσεων* (στο παράδειγμα της ποινικής ρήτηρας, ΑΚ 409), *Digesta* 2003, 322 επ. και Αγγ. Κορνηλάκη, *Η αθέτηση της αμφοτεροβαρούς σύμβασης* (2009), 281-438. Συνοπτικά, διδακτικά και κριτικά για τη θεωρία αυτή βλ. Σταθόπουλο, *Γενικό Ενοχικό Δίκαιο* (2004), αρ. 38-44.

17. Η σύγκρουση δικαιωμάτων είναι κατά τον Γαζή στενότερη έννοια από τη σύγκρουση συμφερόντων. Η τελευταία, σε αντίθεση με την πρώτη, μπορεί να παίζει ένα καθοριστικό ρόλο κατά την ερμηνεία του δικαίου. Βλ. Γαζή, *Η σύγκρουση των δικαιωμάτων* (1959), σ. 90.

18. Σχετικά με τις θεωρίες του Hans Kelsen για την ιεράρχηση των κανόνων δικαίου βλ. Π. Σούρλα, *Justi atque injusti scientia* (1995), σ. 64-65.

19. Χαρακτηριστική η πρόταση του Δημητρώπουλου «εφόσον προσβάλλεται θεμελιώδες δικαίωμα δεν πρόκειται για σύγκρουση δικαιωμάτων, αλλά για προσβολή δικαιώματος»· Δημητρώπουλος, *Συνταγματικά Δικαιώματα* ΙΙ¹⁰, σ. 99. Βλ. επίσης του ίδιου, *Η συνταγματική προστασία του ανθρώπου από την ιδιωτική εξουσία*, σ. 85, υπ. 97.

(οικογενειακή, ιδιωτική ζωή και προσωπικά δεδομένα), θρησκευτικά συμφέροντα στο άρθρο 13 Σ (θρησκευτική ελευθερία), περιουσιακά στα άρθρα 17 και 18 Σ (ιδιοκτησία) κ.ο.κ. Ο όρος «σύγκρουση δικαιωμάτων» είναι κατά τον Δημητρόπουλο στο πλαίσιο του συνταγματικού δικαίου «πλαστός»²⁰ κι αυτό διότι σκοπός του δικαίου αυτού είναι η εναρμόνιση όλων των δικαιωμάτων. Όταν υπάρχει σύγκρουση ουσιαστικά πρέπει να γίνεται λόγος για υπέρβαση των ορίων ασκήσεως ενός δικαιώματος. Δηλ. κάποιος φορέας δικαιώματος εισβάλλει στη σφαίρα ατομικού δικαιώματος άλλου φορέα για δικό του συμφέρον, το οποίο όμως στερείται έννομης προστασίας.²¹

Η αρμονική άσκηση των ατομικών δικαιωμάτων επιτυγχάνεται με την εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας, η οποία εφαρμόζεται όχι μόνο στο συνταγματικό, αλλά και σε άλλους χώρους του δικαίου όπως το δίκαιο προσωπικών δεδομένων και (μέσω της τριτενέργειας) στο αστικό δίκαιο²². Εξάλλου και η ΑΚ 281 δεν αποτελεί στην ουσία της παρά μια εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας στο ιδιωτικό δίκαιο.²³ Σύμφωνα με αυτή τη θεώρηση είναι αδύνατο το δίκαιο να επιτρέπει τη σύγκρουση δικαιωμάτων. Κατά συνέπεια τίθεται το ερώτημα: «Πως είναι δυνατό το δίκαιο να επιδοκιμάζει και να αποδοκιμάζει ταυτόχρονα την ίδια συμπεριφορά;»²⁴.

Όντως, το συνταγματικό δίκαιο επιδιώκει την πλήρη αρμονία κατά την άσκηση των ατομικών δικαιωμάτων που αναγνωρίζει, κατά τρόπο ώστε αυτά να μην συγκρούονται. «Κι όμως συγκρούονται». Για παράδειγμα, αν και τα νέα άρθρα 5^Α και 9^Α Συντάγματος επιδιώκουν την ικανοποίηση του δικαιώματος πληροφόρησης με μια παράλληλη προστασία προσωπικών δεδομένων κατά τρόπο ώστε να μη συγκρούονται τα δυο αυτά δικαιώματα,

20. «Η εικόνα της σύγκρουσης δικαιωμάτων είναι πλαστή»· Δημητρόπουλος, Συνταγματικά Δικαιώματα ΙΙ¹⁰, σ. 100. Αντίθετος Δαγτόγλου, Ατομικά Δικαιώματα, Τομ. Α' (1991), αρ. 196.

21. «Εφόσον πράγματι υπάρχει σύγκρουση ανάμεσα στους φορείς των θεμελιωδών δικαιωμάτων, αυτό σημαίνει ότι κάποιος από τους φορείς «υπερέβη» τα όρια της άσκησης των δικαιωμάτων του ή με άλλη έκφραση «παρέβη» τις υποχρεώσεις, που του επιβάλλει το δίκαιο, δηλαδή ενήργησε χωρίς δικαίωμα. Η παράβαση των υποχρεώσεων, οδηγεί στην παράβαση των δικαιωμάτων του άλλου»· Δημητρόπουλος, Συνταγματικά Δικαιώματα ΙΙ¹⁰, σ. 100.

22. Βλ. Σταθόπουλο, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο (2004), αρ. 62.

23. Κατά τον Απ.Γεωργιάδη ισχύει το αντίστροφο· η ερειδόμενη στο ΑΚ 281 αρχή της μη καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος διαχέει τόσο το ιδιωτικό όσο και το συνταγματικό και ευρωπαϊκό δίκαιο· Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου³ (2002), § 23 αρ. 9-19. Στην πραγματικότητα υπάρχει μια αλληλεπίδραση των ιδιωτικών και δημοσίων δικαίων συστημάτων, αφού και σε αυτά γίνεται λόγος για καταχρηστική άσκηση δικαιώματος. Βλ. χαρακτηριστικά άρθρο 25 § 3 Σ.

24. Δημητρόπουλος, Συνταγματικά Δικαιώματα ΙΙ¹⁰, σ. 100.

εντούτοις στην πράξη συγκρούονται.²⁵ Έτσι, για παράδειγμα, εάν ζητήσει μια ασφαλιστική εταιρεία έναν ιατρικό φάκελο από ένα δημόσιο νοσοκομείο το τελευταίο αντιμετωπίζει τη σύγκρουση αυτών των δικαιωμάτων (πληροφόρησης της ασφαλιστικής και προστασίας δεδομένων του ασθενή) λόγω μίας αντινομίας. Κατά το άρθρο 7 και 7^Α του ν. 2472/1997 δεν είναι δυνατή η πρόσβαση στον φάκελο χωρίς ειδική, ρητή και σαφή συναίνεση του ασθενή. Σε περιπτώσεις που αυτή απουσιάζει, δεν πρέπει να δοθούν τα ιατρικά δεδομένα κατά την Αρχή Προστασίας Δεδομένων Προσωπικού Χαρακτήρα.²⁶ Αντίθετα, κατά το άρθρο 5 ΚΔΔ/σίας πρέπει να δοθεί ο ιατρικός φάκελος, διότι είναι εμφανές το έννομο συμφέρον της ασφαλιστικής εταιρείας (έλεγχος εξαπάτησής της και γνώσης της ασθένειας από τον ασφαλισμένο προ της ασφαλίσεως του) και πρόκειται για δημόσιο έγγραφο. Αυτή είναι και η γνώμη του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους. Το νοσοκομείο κατά συνέπεια είτε επιτρέψει, είτε αποτρέψει την πρόσβαση στον ιατρικό φάκελο παρανομεί. Παρατηρούμε, λοιπόν, ότι ατομικά δικαιώματα (πληροφόρησης και προστασίας προσωπικώνδεδομένων) συγκρούονται, όπως και τα συμφέροντα που αυτά εκπροσωπούν. Έκφραση αυτής της σύγκρουσης αποτελούν αντινομίες, όπως η προαναφερθείσα. Οι συγκρούσεις και αντινομίες οδηγούν σε πλήρη αντιπαράθεση και τα τακτικά δικαστήρια τόσο μεταξύ τους όσο και με άλλα όργανα της Πολιτείας (π.χ. στο εν λόγω παράδειγμα Ανεξάρτητες Αρχές).²⁷

Βλέπουμε, λοιπόν, ότι η θέση του Δημητρώπουλου είναι επικίνδυνη στο βαθμό που δέχεται την αυθεντία του συνταγματικού νομοθέτη, διότι παραβλέπει νομικές αντιφάσεις στις οποίες αυτός μπορεί να υποπέσει. Προσιδιάζει η θέση του σε αυτή των νομικών θετικιστών, οι οποίοι έχουν ως εφιαλτήριο την φράση «η εξουσία και όχι η αλήθεια γεννά το νόμο»²⁸ και

25. Βλ. ακόμα ένα χαρακτηριστικό παράδειγμα σύγκρουσής τους στο γαλλικό δίκαιο πριν την τροποποίηση (με το ν. 2000-801 της 6ης Αυγούστου 2004) του γαλλικού Νόμου Προστασίας Προσωπικών Δεδομένων στο *Laskaridis, La publicité des jugements civils et la protection des données personnelles, Expertises des systèmes d'information* no 283, Ιούλιος 2004, σ. 263-268.

26. ΑΠΔΠΧ 55/2010 (τραπεζικά δεδομένα και ασφαλιστικές εταιρείες ζωής)· 66/2006· 60/2006· 61/2006 και 54/2004 (όλες με θέματα ιδιωτικών ασφαλιστικών εταιρειών). Βλ. επίσης ΣτΠ 1308/2007 (αδημ.) και ΕφΑθ 147/2004 (ΤΝΠ ΔΣΑ). *Ιγγλεζάκης, Ευαίσθητα Προσωπικά Δεδομένα* (2003), σ. 222 και *Αρμαμέντος/Σωτηρόπουλος, Ερμηνεία ν. 2472/1997* (2005), σ. 229, υπ. 13.

27. Βλ. χαρακτηριστικά για τέτοιες συγκρούσεις 63/2010, σ. 4-5 (δημοσιεύματα για κόρη δικαστικής λειτουργού)· 17/2008 σ. 6 (δημοσίευση ερωτικής ζωής σε εφημερίδα) και ΑΠΔΠΧ 25/2005 σ. 11 (παραδικαστικό κύκλωμα και σκανδαλώδη συμπεριφορά ιεραρχών). Όλες προσβάσιμες στην ιστοσελίδα της Αρχής www.dpa.gr.

28. «*autoritas, non veritas facit legem*» από το κλασικό έργο του *Thomas Hobbes*

θεωρούν ότι το δίκαιο είναι μια καθαρά λογική διεργασία. Μια τέτοια θέση είναι ουτοπική, γιατί οι νόμοι φτιάχνονται από ανθρώπους και κατά συνέπεια εμφανίζουν σφάλματα.²⁹ Αλλά και τέλει να ήταν πάλι δεν μπορούμε να βασιστούμε σε αυτούς, εάν δεν αφουγκράζονται εγκαίρως την κοινωνική πραγματικότητα και δεν προσαρμόζονται στις ανάγκες της. Η θέση, κατά συνέπεια, ότι οι διατάξεις των πρώτων 25 άρθρων του Συντάγματος αλλά και οι λοιπές διατάξεις του κοινού δικαίου που αναγνωρίζουν δικαιώματα δεν συγκρούονται δεν πρέπει να γίνει δεκτή. Επομένως, πιο κοντά στη νομική πραγματικότητα βρίσκεται η θέση του *Δαγτόγλου*,³⁰ ο οποίος δέχεται ότι και σε συνταγματικό επίπεδο είναι δυνατή η σύγκρουση δικαιωμάτων.

Την απόλυτη αρμονία μεταξύ δικαιωμάτων μπορεί να επιτύχει μόνο το φυσικό και όχι το θετικό δίκαιο. Όπως, πολύ πετυχημένα έχει σημειώσει ο *Π.Καργάδος* «το θετικόν δίκαιον πάντοτε υπολείπεται, πολύ ή ολίγον, των απαιτήσεων της Δικαιοσύνης»³¹. Στόχος κάθε νομικής έρευνας είναι να συνδράμει ώστε το έλλειμμα αυτό της δικαιοσύνης να είναι όσο γίνεται μικρότερο. Το θετικό δηλ. δίκαιο να βρεθεί όσο γίνεται πιο κοντά στο φυσικό.³²

II. Συνταγματική στάθμιση στο ιδιωτικό δίκαιο.

1. Τι είναι η «στάθμιση συμφερόντων»

Όπως φάνηκε από το παράδειγμα της Γαλλικής Επανάστασης και της δημιουργίας του γαλλικού Αστικού Κώδικα, η στάθμιση συμφερόντων υλοποιείται ανέκαθεν, είτε εκούσια είτε ακούσια, από το Νομοθέτη και το Δικαστή³³ χωρίς να έχει αναπτυχθεί ως θεωρία. Λίγο μετά τις αρχές του 20^{ου}

Leviathan, Κεφ. 26, σ. 133 της λατινικής έκδοσης του 1670. Πρβλ. και το θεμελιώδες έργο του *R.Jhering*, «Το πνεύμα του ρωμαιοδικαίου» (*Der Geist des Römischen Rechts*), 1865.

29. Έτσι και ο *Σταμάτης*, Η θεμελίωση των νομικών κρίσεων (2009), σελ. 522, ο οποίος δέχεται ότι υπάρχουν αντινομίες και στο εσωτερικό του Συντάγματος.

30. Ατομικά Δικαιώματα, Τομ. Α' (1991), αρ. 196.

31. *Καργάδος*, Χαιρετισμός – Προσφώνηση σε ΕΝΟΒΕ, Η προστασία του ασθενέστερου στο δίκαιο (1997), σ. 7, 8 με παραπομπή στον *Larenz*.

32. Βλ. το παράδειγμα του *Καργάδου* με το παιδί που πικραίνουν οι μεγαλύτεροι και ισχυρότεροι και την προσπάθεια προσδιορισμού του φυσικού δικαίου: «το τι είναι δίκαιον ή άδικον έχει εμφυτευθεί εις τους ανθρώπους a priori (ή άνωθεν) και υπάρχει πέρα πάσης εμπειρίας. *Ibid* σ. 10 με παραπομπή στον *Larenz*.

33. Χαρακτηριστικό παράδειγμα δικαστικής στάθμισης συμφερόντων αναφέρει η Παλαιά Διαθήκη (Γένεσις ιθ' 24-26) σχετικά με αίτημα δυο γυναικών προς αναγνώριση τέκνου τους, το οποίο εξετάστηκε και λύθηκε με πρακτικό τρόπο από τον βασιλιά Σολομώντα (εξ ου και η έκφραση «Σολομώντεια Λύση»).

αιώνα εμφανίζεται ο Πρόδρομος της «θεωρίας για τη στάθμιση συμφερόντων», ο γερμανός νομικός *Rudolf v. Jhering*, ο οποίος στο βιβλίο του «Το πνεύμα του ρωμαιοδικαίου» το 1865, προτείνει μια μεταστροφή από τη λογική κατεργασία νομικών εννοιών (θετικισμός) σε στοχασμό πάνω στην κοινωνική πραγματικότητα. Κατά τον ίδιο το δίκαιο δεν πρέπει να εξετάζεται ως απλή βούληση του νομοθέτη αλλά ως σύνθεση ατομικών και ομαδικών επιδιώξεων και συμφερόντων.³⁴

Μισό αιώνα αργότερα ο *Philip Heck* θα αναπτύξει τη «θεωρία της στάθμισης συμφερόντων» στο βιβλίο του «Εφαρμογή του νόμου και νομολογία περί συμφερόντων»³⁵. Η θεωρία αυτή εκκινεί από την εκτίμηση ότι οι κανόνες δικαίου αποτελούν συνισταμένες συμφερόντων υλικού, εθνικού ή ηθικού χαρακτήρα. Άρα η κατανόηση των κανόνων δικαίου από του νομικούς, είτε της θεωρίας είτε της πράξης, απαιτεί την αναδρομή στις σταθμίσεις συμφερόντων που έχει κάνει ο ίδιος ο νομοθέτης. Αυτή η μέθοδος είναι πολύ χρήσιμη όχι μόνο για την άρση αντινομιών και την κάλυψη κενών δικαίου³⁶ αλλά και για νομοθετικές προτάσεις, οι οποίες θα πρέπει να βρίσκονται σε αρμονία με το υπόλοιπο δικαιοσύστημα. Επιπλέον, μέσω της στάθμισης συμφερόντων το δίκαιο αποκτά επαφή με την κοινωνική πραγματικότητα και θέτει τους νομικούς ενώπιον των ευθυνών τους ως προς την ποιότητα των λύσεων που προτείνουν.

Η στάθμιση συμφερόντων έχει βρει εμφανή απήχηση σε άρθρα όπως το ΑΚ 285 και 388 καθώς και ΠΚ 25. Ειδικά, αναφορικά με το τελευταίο άρθρο του Ποινικού Κώδικα (κατάσταση ανάγκης) η θεωρία προβαίνει σε εκτενείς αναφορές στην «στάθμιση ή σύγκρουση συμφερόντων»³⁷ και στην «πρόταξη του υπέρτερου συμφέροντος»³⁸.

34. Βλ. αναλυτικά *Gromitsaris*, *Theorie der Rechtsnorm bei Rudolf Jhering* (1993), σ. 13-127.

35. *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz* (1914). Για την ευρεία επρροή και αποδοχή της εν λόγω θεωρίας βλ. *Ellscheid/Hassemmer*, *Interessenjurisprudenz* (1974).

36. *Σταμάτης*, Η θεμελίωση των νομικών κρίσεων (2009), σ. 28 και 30.

37. *Σπινέλλης*, Βασικά στοιχεία Ποινικού Δικαίου και Ποινικής Δικονομίας (1990), αρ. 3· *Μ.Μαργαρίτης*, Ποινικός Κώδικας (2003), σ. 84· *Κοτσαλής*, Ποινικό Δίκαιο. Γενικό Μέρος Ι (2005), σ. 332 και υπ. 332, όπου μιλάει για «πλάστιγγα». Βλ. και *Δαγτόγλου*, Ατομικά Δικαιώματα, τ. Α' (1991), αρ. 348. Η «εξυπηρέτηση του αληθούς συμφέροντος» των ανήλικων ή δικαιοπρακτικά ανίκανων ασθενών θεωρείται λόγος άρσης του αδικού στο ποινικό δίκαιο· *Χαραφάς*, Ποινικό Δίκαιο, σ. 225.

38. *Κοτσαλής*, Ποινικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος Ι (2005), σ. 332 με δύσκολα επαληθεύσιμες ελληνικές παραπομπές. Βλ. για την εφαρμογή της «αρχής του υπέρτερου συμφέροντος» αναφορικά με ιατροχειρουργικές επεμβάσεις στο ποινικό δίκαιο *Σχόλιο Τζαννετή ΠοινΧρ* 1991, 602, 603 υπό Π, ο οποίος απορρίπτει την αρχή αυτή ως «πολύ ευρεία και ασαφή».

2. Εφαρμογή της στάθμισης στο ιδιωτικό δίκαιο

Η «θεωρία της στάθμισης συμφερόντων» (Interessen ή Güterabwägung) μοιάζει με το τέκνο από παρένθετη μητρότητα. Η επιστήμη του ιδιωτικού δικαίου έδωσε την ιδέα (τον σπόρο) της στάθμισης συμφερόντων· η ανάπτυξη και εφαρμογή της ιδέας αυτής πραγματοποιήθηκε, όμως, στον χώρο του συνταγματικού δικαίου. Υποθέσεις γερμανικών πολιτικών δικαστηρίων, οι οποίες παραπέμφθηκαν στο Ανώτατο Ομοσπονδιακό Συνταγματικό Δικαστήριο οδήγησαν στη γέννηση της θεωρίας αυτής, η οποία επιδίωκε την άρση συγκρούσεων ιδιωτικών συμφερόντων μέσω της τριτενέργειας συνταγματικών δικαιωμάτων.³⁹ Στην Ελλάδα λόγω έλλειψης συνταγματικού δικαστηρίου η εφαρμογή της θεωρίας της στάθμισης συμφερόντων εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια κάθε δικαστή, ο οποίος αποτελεί από μόνος του ένα οιονεί συνταγματικό δικαστήριο. Νομιμοποιείται δηλ. να προβαίνει αυτός ο ίδιος στον έλεγχο συνταγματικότητας των νόμων.⁴⁰ Ενδιαφέρον εμφανίζει μια προσπάθεια τέτοιας στάθμισης από το Πρωτοδικείο Αθηνών πριν δυο δεκαετίες με αφορμή μια υπόθεση που είχε διχάσει την ελληνική κοινωνία αναφορικά με την προβολή ή μη της ταινίας «Ο τελευταίος Πειρασμός»⁴¹.

Σε αυτή την υπόθεση τέθηκαν σε αντιδιαστολή το δικαίωμα ατομικής οικονομικής δραστηριότητας των εταιρειών εισαγωγής και εκμετάλλευσης της ταινίας του Μάρτιν Σκορτσέζε «Ο τελευταίος Πειρασμός» ως έκφραση της ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας (άρθρο 5 § 1 Σ) από τη μια και η θρησκευτική ελευθερία (άρθρο 13 Σ) ως ατομικό δικαίωμα των μελών της Πανελλήνιας Ομοσπονδίας Ορθοδόξων Χριστιανικών Σωματείων «Απόστολος Παύλος» από την άλλη.⁴² Επρόκειτο δηλ. για σύγκρουση ατομικών δικαιωμάτων – κατά κύριο λόγο –⁴³ νομικών προσώπων.⁴⁴ Μέρος των συνταγματολόγων θα υποστήριζε και εδώ ότι δεν υπήρξε η σύγκρουση δικαιωμάτων αλλά υπέρβαση του ενός (οικονομικής ανάπτυξης) σε βάρος του άλλου (θρησκευτική ελευθερία). Αντίθετα το δικαστήριο δέχτηκε ότι

39. Βλ. συνοπτικά Δημητρόπουλος, Συνταγματικά Δικαιώματα III10, σ. 97-98.

40. Βλ. γενικά Σκουρή/Βενιζέλο, Ο έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων (1985).

41. Ασφ. Μέτρα Ι7115/1988, ΝοΒ 1989, 270-277.

42. Βλ. σχετικά και ΠΚ 198-200.

43. Αιτούντες ασφαλιστικών μέτρων υπήρξαν και φυσικά πρόσωπα των οποίων τα στοιχεία λόγω ανωνυμοποίησης της απόφασης δεν είναι γνωστά.

44. Τα νομικά πρόσωπα είναι επίσης φορείς ατομικών δικαιωμάτων Δημητρόπουλος, Συνταγματικά Δικαιώματα III¹⁰, σ. 92-93. Για το δικαίωμα ηθικής βλάβης νομικών προσώπων βλ. Κεφάλαια, Το δικαίωμα της προσωπικότητας των νομικών προσώπων ιδιωτικού δικαίου (1982), σ. 197-216. Πρβλ. την έρευνα της Ζερβογιάννη, Προστασία δεδομένων νομικών προσώπων σε ΤιμΤομ Σταθόπουλου Ι (2010), σ. 641-672 σχετικά με την επέκταση της προστασίας προσωπικών δεδομένων για τα νομικά πρόσωπα.

υπήρξε σύγκρουση εννόμων συμφερόντων και θεώρησε ότι η προστασία των «ηθικών αρχών και αντιλήψεων που κυριαρχούν στην ελληνική κοινωνία» υπερτερούν της ελεύθερης οικονομικής ανάπτυξης της προσωπικότητας των εταιρειών εκμετάλλευσης της εν λόγω ταινίας. Βέβαια γεννάται ένα εύλογο ερώτημα: Γιατί; Για ποιο λόγο έκριναν οι δικαστές στη σχετική στάθμιση ότι η προστασία της θρησκευτικής ελευθερίας υπερισχύει έναντι της ελεύθερης οικονομικής ανάπτυξης;

Ίσως εάν είχαν ληφθεί υπόψη κοινωνιολογικές μελέτες που να αποδεικνύουν τα επικρατούντα ήθη ή εάν είχαν προσδιοριστεί τα κριτήρια με τα οποία κατέληξε το δικαστήριο σε αυτή τη στάθμιση, να μπορούσε να γίνει δεκτή αυτή η θέση. Οι ελλείψεις στο αιτιολογικό δικαστικών αποφάσεων οφείλονται στην παράλειψη της θεωρίας να προσφέρει έναν «πίνακα κριτηρίων» στη νομολογία. Εξάλλου, η ασφάλεια δικαίου επιτάσσει την ανάπτυξη κάποιων κριτηρίων, τα οποία θα λειτουργήσουν ως σταθμά κατά τον συμβιβασμό⁴⁵ των συμφερόντων. Το ερώτημα, επομένως, που ανακύπτει σε επίπεδο συνταγματικού δικαίου είναι: πώς πρέπει να ζυγίσει ο νομοθέτης ή ο δικαστής; Ποια πρέπει να είναι τα κριτήρια μιας στάθμισης συμφερόντων;⁴⁶ Η απάντηση αυτού του θεμελιώδους ερωτήματος μας απασχολεί στο επόμενο κεφάλαιο.

Γ. ΤΑ ΣΤΑΘΜΑ ΤΗΣ ΠΛΑΣΤΙΓΓΑΣ

Ι. Γενικά κριτήρια

Η σύγκρουση συμφερόντων ως έννοια αλλά και κοινωνική πραγματικότητα ήταν γνωστή στον συντάκτη του Αστικού Κώδικα, γι' αυτό και προέβη σε ρυθμίσεις που προσπαθούν να επιτύχουν μια ορθή και δίκαιη στάθμισή τους. Το νομοθετεί, κατά συνέπεια, αποτέλεσε - και πρέπει να συνεχίσει να αποτελεί - εξέταση αντικειμενικών περιστάσεων και κοινωνικών αναγκών της πραγματικότητας. Πολλές φορές, όμως, ορισμένες κοινωνικές ανάγκες συγκρούονται με άλλες κοινωνικές ή ατομικές, οπότε είναι αναγκαία η ιεράρχηση των συγκρουόμενων συμφερόντων. Οι συγκρούσεις

45. Ο όρος «συμβιβασμός συμφερόντων» χρησιμοποιείται από τον Π.Θεράπου ως συνώνυμο της «στάθμισης συμφερόντων» στο έργο του Απαγόρευσις και Κατάχρησις Δικαιώματος (1947), σ. 80-81.

46. Το ερώτημα αυτό απασχολεί τη θεωρία σε πολλούς κλάδους του ιδιωτικού δικαίου, όπως κατά τη στάθμιση των εννόμων συμφερόντων της προστασίας προσωπικότητας και ελευθερίας των ΜΜΕ. Χαρακτηριστική η απορία του Ι. Καράκωστα «Το θέμα είναι όμως με ποιο τρόπο θα πραγματοποιηθεί η στάθμιση» στο Δίκαιο των ΜΜΕ (2003), σ. 250.

συμφερόντων, αντικατοπτρίζουν με ακριβέστερο τρόπο, από ότι οι συγκρούσεις δικαιωμάτων την ταξική και ατομική πάλη, γιατί δεν περιβάλλονται τον εξωτερικό μανδύα «εξουσίας προς ικανοποίησή τους». ⁴⁷ Ακόμα και το «έννομο συμφέρον», το συμφέρον δηλ. του οποίου την ικανοποίηση επιδοκιμάζει η έννομη τάξη, αποτελεί έννοια ευρύτερη του δικαιώματος. Για το «έννομο συμφέρον» μπορεί να μην προβλέπονται διαδικασίες ικανοποίησής του. Αντίθετα αυτές είναι απαραίτητες για την έννοια του δικαιώματος, αφού συστατικό στοιχείο του είναι η «εξουσία ικανοποίησης εννόμου συμφέροντος».

Η παραπάνω διάκριση καθίσταται κατανοητή με ένα παράδειγμα. Ο καθένας μας έχει συμφέρον στο να μην μπορούν να παρακολουθηθούν οι κινήσεις του εντός ελληνικής επικράτειας μέσω αλλοδαπού δορυφόρου. Το συμφέρον μας αυτό είναι έννομο, γιατί προστατεύεται από το άρθρο 9^Α και το ν. 2472/1997, αλλά δεν υπάρχει αντίστοιχο δικαίωμα για μια τέτοια προστασία μας, δηλ. δεν μας παρέχεται η εξουσία ικανοποίησης αυτού του εννόμου συμφέροντός μας.

Αυτή η διαφοροποίηση του εννόμου συμφέροντος από το δικαίωμα δεν αποκλείει, εντούτοις, την εφαρμογή των κριτηρίων για άρση συγκρούσεως δικαιωμάτων και στην άρση της σύγκρουσης συμφερόντων. Για παράδειγμα πρέπει να δεχτούμε ότι η καταχρηστική ικανοποίηση του εννόμου συμφέροντος αποδοκιμάζεται από την έννομη τάξη, κατ' ανάλογη εφαρμογή του άρθρου 281 ΑΚ. Τα κριτήρια του ΑΚ 281 σε κάθε περίπτωση (καλή πίστη, χρηστά ήθη, ο οικονομικός και κοινωνικός σκοπός του δικαιώματος) ⁴⁸ μπορούν να συμβάλουν στην οριοθέτηση και μεταξύ «εννόμων συμφερόντων». ⁴⁹

Άλλα κριτήρια που ισχύουν κατά τη σύγκρουση δικαιωμάτων και μπορούν να εφαρμοστούν και στη σύγκρουση συμφερόντων αποτελούν οι κανόνες που διαμόρφωσαν οι πανδεκτιστές του δεύτερου ημίσεως του 19^{ου} αιώνα. ⁵⁰

47. Βλ. σχετικό ορισμό σε Απ. Γεωργιάδη, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου 3 (2002), § 19 αρ. 9-17 και Λαδά, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου I (2007), § 10, αρ. 20-23. Κριτικός στον ορισμό του *Jhering* και κατά συνέπεια της κρατούσας στην ελληνική θεωρία θέσης, με συγκεκριμένη αντιπρόταση ο Παπαστερίου, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου 2 (2009), § 15 αρ. 24-32.

48. Βλ. αντί άλλων Ν.Γεωργιάδη σε Απ.Γεωργιάδη, ΣΕΑΚ I, άρθρο 281 αρ. 24-26.

49. Βλ. χαρακτηριστικά Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη, Η νομολογιακή εφαρμογή του ΑΚ 281 στο οικογενειακό δίκαιο, ΕΛΛΔνη 1997, 1457· Απ.Γεωργιάδης, Η νομολογιακή εφαρμογή του άρθρου 281 ΑΚ στο ενοχικό δίκαιο, Αρμ 1998, 52· Ι.Καράκωστας, Η νομολογιακή εφαρμογή του άρθρου 281 ΑΚ στο εμπράγματο δίκαιο, ΕΛΛΔνη 1998, 509· ο ίδιος, Η καταχρηστική άσκηση δικαιώματος στο εμπράγματο δίκαιο, Αρμ 1998, 657 και Παντελίδου, Η καλή πίστη στο κληρονομικό δίκαιο, ΝοΒ 2003, 1953.

50. Windscheid, Dernburg και Regelsberger. Βλ. Γαζή, Η σύγκρουσις δικαιωμάτων (1959), σ. 24 με σχετικές παραπομπές.

για την επίλυση συγκρούσεων. Οι σημαντικότερες από αυτές τις αρχές συνοψίζονται στην α) αρχή της επικράτησης του ισχυρότερου δικαιώματος, ιδίως επί συγκρούσεως εμπράγματος και ενοχικού δικαιώματος β) αρχή της χρονικής προτεραιότητας, ιδίως αναφορικά με συγκρούσεις εμπραγμάτων συμφερόντων γ) αρχή της σύμμετρης ικανοποίησης εννόμου συμφέροντος, κυρίως αναφορικά με το συμφέρον οικονομικής ικανοποίησης των δανειστών του πτωχεύσαντος και δ) αρχή της πρόληψης αναφορικά με σύγκρουση ενοχικών περιουσιακών συμφερόντων μεταξύ τους, όπου προτιμάται ο προλαβών της ικανοποίησης.⁵¹ Στην πορεία αναπτύχθηκαν, επιπλέον κριτήρια στάθμισης όπως το κοινό περί δικαίου αίσθημα,⁵² η καλή πίστη⁵³, τα χρηστά ήθη και η εξ αυτών απορρέουσα εντιμότητα και εμπιστοσύνη.⁵⁴

Επειδή, όμως, τα συμφέροντα, όπως ήδη αναλύσαμε, αποτελούν ευρύτερη έννοια και, επομένως, συγκρούονται συχνότερα από ότι δικαιώματα είναι απαραίτητα περισσότερα και ειδικότερα εργαλεία ή κριτήρια για την εξισορρόπησή τους. Ο συντάκτης του αστικού κώδικα έχει δημιουργήσει ένα τέτοιου είδους εργαλείο στο γράμμα του άρθρου 285 ΑΚ (κατάσταση ανάγκης). Σε αυτό η στάθμιση συμφερόντων αποτελεί όρο του πραγματικού και χάριν αυτού έχουν δημιουργηθεί ορισμένα κριτήρια στάθμισης συμφερόντων σε νομολογία και θεωρία.⁵⁵

Η ανάλυση όλων αυτών των κριτηρίων δεν αποτελεί αντικείμενο της παρούσας μελέτης. Αντίθετα δίνεται βάρος σε κριτήρια, τα οποία συνάγονται από τις ήδη υπάρχουσες νομοθετικές ρυθμίσεις και μπορούν να εφαρμοστούν ειδικά στη στάθμιση συμφερόντων. Ως τέτοια μπορούμε να θεωρήσουμε το συμφέρον του ασθενέστερου, για το οποίο έχει γίνει λόγος στη θεωρία⁵⁶ και φαίνεται «αθόρυβα» (χωρίς δηλ. να αναφέρεται ρητά στο γράμμα του νόμου) να λαμβάνεται υπόψη από το συντάκτη του Αστικού

51. Σχετικά Γαζής, Η σύγκρουση δικαιωμάτων (1959), σ. 24-25. Για τη σύγκρουση αυτών των αρχών μεταξύ τους βλ. Απ.Γεωργιάδης, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου² (2002), αρ. 25-28.

52. Η έννοια προσιδιάζει μάλλον στο φυσικό δίκαιο. Βλ. Καργάδο, υπ. 32.

53. Για την καλή πίστη ως κριτήριο στάθμισης βλ. και παρακάτω υπό 3 α. αα).

54. Αστ. Γεωργιάδης, Η προστασία του ασθενέστερου στο Αστικό Δίκαιο σε *ENOBE*, Η προστασία του ασθενέστερου στο δίκαιο (1997), σ. 39, 54-55. Βλ. επίσης την υφηγεσία του Canaris, Vertrauenshaftung (1966).

55. Βλ. νομολογία ενδεικτικά Εφαθ 1650/1986, Αρμ 1986, 1129 και θεωρία Γάφο, ΕρμΑΚ 285 αρ. 15. Ταμπάκη σε Γεωργιάδη-Σταθόπουλο, 285 αρ. 10. Απ.Γεωργιάδης, Γενικές Αρχές (2003), § 24 αρ. 27 και Ν.Γεωργιάδης, 285 αρ. 2, 11-12.

56. Βλ. α.α. *ENOBE*, Η προστασία του ασθενέστερου στο δίκαιο (1997).

Κώδικα και άλλων νομοθετημάτων ιδιωτικού δικαίου. Η γενίκευση ενός συμφέροντος, ο μεγάλος δηλ. αριθμός προσώπων, το οποίο αυτό αφορά αποτελεί ένα επιπλέον χρήσιμο κριτήριο, το οποίο εξετάζεται στα επόμενα κεφάλαια.

II. Συγκρούσεις με ατομικό συμφέρον

1. Η προστασία του ασθενέστερου έναντι άλλων συμφερόντων

α) Ο προσδιορισμός του ασθενέστερου

αα) Ασθενέστερα άτομα και ομάδες

Οφείλουμε να ομολογήσουμε ότι ο προσδιορισμός της έννοιας «ασθενέστερος» στο πλαίσιο του ιδιωτικού δικαίου είναι δυσχερής.⁵⁷ Σε άλλους τομείς δικαίου, όπως το ποινικό δίκαιο, υπάρχει ομοφωνία ως προς τον προσδιορισμό του ασθενέστερου, ο οποίος ταυτίζεται με τον κατηγορούμενο.⁵⁸ Σίγουρα, η έννοια του ασθενέστερου περιλαμβάνει και τον ιατρικά ασθενή⁵⁹, αλλά είναι ευρύτερη. Νομικά «ασθενής» δεν είναι μόνο ο άρρωστος αλλά και π.χ. ο οικονομικά ασθενής μερικά απασχολούμενος ή το κοινωνικά ασθενές τέκνο χωρισμένων γονέων.⁶⁰ Μια κατάσταση αδυναμίας και εξάρτησης υποκρύπτει και η ανηλικότητα ή η δικαιопπρακτική ανικανότητα εν γένει,⁶¹ γι' αυτό και προτάσσονται τα συμφέροντα του τέκνου και του τελούντος σε δικαστική συμπαράσταση στο οικογενειακό δίκαιο⁶².

Κατά συνέπεια ως κριτήριο προσδιορισμού της «ασθενείας» (της αδυναμίας ή κατωτερότητας) δεν ορίζεται μόνο η δυσχερής οικονομική αλλά και

57. Για το δόγμα της προστασίας του ασθενέστερου στο ιδιωτικό δίκαιο βλ. Τσεβρένη, Περί της συμπράξεως νομοθέτη και δικαστή για την προστασία του ασθενέστερου μέρους της σύμβασης (2006), σ. 63-69 (αδημ. μεταπτυχιακή εργασία Αστικού Δικαίου ΕΚΠΑ).

58. Αστ. Γεωργιάδης, Η προστασία του ασθενέστερου στο Αστικό Δίκαιο σε ΕΝΟΒΕ, Η προστασία του ασθενέστερου στο Δίκαιο (1997), σ. 37, 40.

59. Αυτό συνάγεται από τα άρθρα 131, 171 και 1719 ΑΚ, που προβλέπει ειδικές ρυθμίσεις για τους διανοητικά ή ψυχικά πάσχοντες. Πρβλ. και άρθρο 21 § 1 Συντάγματος κατά το οποίο «οι πάσχοντες από ανίατη σωματική ή πνευματική νόσο δικαιούνται της ειδικής φροντίδας του κράτους».

60. Καργάδος, Χαιρετισμός-Προσφώνηση σε Προστασία του ασθενέστερου στο δίκαιο (1997), σ. 7, 9.

61. Δασκαρόλης, Οι νέες τροποποιήσεις στο δίκαιο της επιτροπείας σε ΕΝΟΒΕ, Η προστασία του ασθενέστερου στο δίκαιο (1997), σ. 15, 19-21.

62. *Ibid*, σ. 15, 20-35.

ηλικιακή⁶³, ψυχική⁶⁴ ή κοινωνική θέση⁶⁵ του ενός από τα μέρη, μεταξύ των οποίων υφίσταται σύγκρουση συμφερόντων. Αυτό είναι εμφανές σε θεσμούς όπως το δίκαιο της επιτροπείας ανηλίκων (ΑΚ 1589-1665), απόντος (ΑΚ 1701-1704) καθώς και το θεσμό της δικαστικής συμπαράστασης (ΑΚ 1666-1688).

Ασθενείς μπορεί να είναι και κοινωνικές τάξεις π.χ. εργατική τάξη ή κοινωνικές ομάδες π.χ. καταναλωτές. Οι τελευταίοι θεωρούνται ασθενείς⁶⁶ γιατί είθισται – τουλάχιστον προ της θέσης σε ισχύ του ν. 1969/1991 – να επωμίζονται τον οικονομικό κίνδυνο κατά την χρήση αγαθών όπως προϊόντα και υπηρεσίες.⁶⁷ Η έλλειψη γνώσης ως προς τις ακριβείς ιδιότητες και τον τρόπο παρασκευής ενός πράγματος καθώς και η εξάρτηση των καταναλωτών από ισχυρά οικονομικά πρόσωπα (παραγωγούς) τους καθιστά ιδιαίτερα ευάλωτους. Γι' αυτό υπήρξε επιτακτική η προώθηση μέσω του ν. 2251/1994 (Προστασία Καταναλωτή) αρχών στις συναλλαγές τους, με τις οποίες προστατεύονται από πρακτικές όπως η παραπλανητική διαφήμιση. Ειδικά με τη νέα παράγραφο 4 άρθρου 14 ν. 2251/1994⁶⁸ γίνεται λόγος για την προστασία «των οικονομικών συμφερόντων των καταναλωτών» και εξισορρόπηση των γνωστικών τους ελλείψεων μέσω ενημέρωσής τους.

Τις περισσότερες φορές η εξάρτηση και εκμετάλλευση του καταναλωτή οφείλεται όχι στη σύμβαση του με τον λιανοπωλητή διανομέα αλλά στη σύμβαση του διανομέα με τον κατασκευαστή του προϊόντος. Είναι δυνατόν δηλαδή να μη δίνεται η δυνατότητα στον καταναλωτή να αγοράσει φθηνό π.χ. στιγμιαίο καφέ ή ποιοτικό ελληνικό καφέ λόγω αθέμιτων παρεμποδιστικών του ανταγωνισμού πρακτικών μιας κατέχουσας «δεσπόζουσας θέσης» στην αγορά εταιρείας, οι οποίες αναγκάζουν τους διανομείς να μην έχουν άλλο προμηθευτή (φθηνότερου ή και καλύτερου καφέ) εκτός από αυτήν.⁶⁹ Για την προστασία του καταναλωτή, τόσο άμεσα στη σύμβασή του με λιανοπωλητές ή παρέχοντες υπηρεσίες, όσο και έμμεσα με διατήρη-

63. Για την προστασία των ηλικιακά αδυνάτων στο Ποινικό Δίκαιο βλ. *Μανωλεδάκη*, Η προστασία των αδυνάτων στο Ποινικό Δίκαιο σε *ENOBE*, Η προστασία του ασθενέστερου στο δίκαιο (1997), σ. 169, 178-179.

64. Για την προστασία του ψυχικά αδύναμου στο Ποινικό Δίκαιο *ibid*, 177-178.

65. Προστασία των κοινωνικά αδυνάτων θεωρεί ο *Μανωλεδάκης* την ΠΚ 323, η οποία τιμωρεί το εμπόριο δούλων· *ibid*, 183.

66. Για την προστασία του καταναλωτή ως ασθενέστερου και τα συμφέροντά του βλ. *Τσεβρένη*, υπ. 58, σ. 69 επ. και 72 επ. αντίστοιχα.

67. *Καζάκος*, Αστικό δίκαιο, οικονομία της αγοράς και προστασία του καταναλωτή (1987), σ. 25.

68. Όπως προστέθηκε από το άρθρο 16 ν. 3853/2010.

69. Βλ. χαρακτηριστικά ΕΠ.ΑΝΤ. 434/V/2009 (Δρίτσας κατά Nestlé) προσβάσιμη σε http://www.epant.gr/img/x2/apofaseis/apofaseis543_1_1235735726.pdf (τελευταία επίσκεψη 17/12/2010).

ση υγιούς ανταγωνισμού που επιτρέπει την πρόσβαση σε κάθε «καλό» προϊόν, έχει καθιερωθεί ο διοικητικός προληπτικός έλεγχος (συγκεντρώσεων) από την Επιτροπή Ανταγωνισμού και ο κατασταλτικός έλεγχος από την ίδια καθώς και το Συνήγορο του Καταναλωτή. Ο νομοθέτης επιτρέπει στις ασθενείς ομάδες να ασκήσουν τα συμφέροντά τους με συλλογικό τρόπο όπως π.χ. αφενός, την ομαδική αγωγή (class action) κατά το άρθρο 10 ν. 2251/1997 όπως τροποποιήθηκε από το ν. 3587/2007 για την ικανοποίηση συμφερόντων περισσοτέρων καταναλωτών και, αφετέρου, τις συλλογικές συμβάσεις εργασίας και την ειδική διαδικασία εργατικών διαφορών (ΚΠολΔ 663 επ.) για την προστασία των εργατικών συμφερόντων.

ββ) Ο ασθενέστερος στο Ιδιωτικό Δίκαιο

Ο συντάκτης των τριών πρώτων βιβλίων του ΑΚ φαίνεται να θεωρεί ασθενή τον αδύναμο οφειλέτη, υπέρ του οποίου συνήθως προβλέπει μεγαλύτερο βαθμό προστασίας.⁷⁰ Χαρακτηριστικότερο παράδειγμα αποτελεί η παραγραφή (ΑΚ 247-280), η οποία θεωρεί τον οφειλέτη ασθενέστερο, γι' αυτό και τον απαλλάσσει της οφειλής του, εάν ο δανειστής του δεν έδειξε ενδιαφέρον για την ικανοποίησή της για εύλογο χρονικό διάστημα. Ενδεικτικά αναφέρουμε και το ΑΚ 504, το οποίο επιτρέπει στον υπό τρόπο δωρεοδόχο να αρνηθεί την εκπλήρωση του τρόπου, όπου η αξία του δωρηθέντος δεν καλύπτει τη δαπάνη για την εκτέλεση του τρόπου, ούτε συμπληρώνεται το ελλείπον.⁷¹

Αυτή η τάση επικρατεί τόσο στο υπόλοιπο Ιδιωτικό Δίκαιο όσο και στην Πολιτική Δικονομία, όπου ο επιτιθέμενος ενάγων επιβαρύνεται (με το αντικειμενικό βάρος απόδειξης) ως ισχυρότερος, ενώ ο αμυνόμενος εναγόμενος απαλλάσσεται κατ' αρχήν του αντικειμενικού βάρους ως ασθενέστερος. Σε περίπτωση που ο τελευταίος είναι για κάποιους λόγους ισχυρότερος (το αντικείμενο απόδειξης βρίσκεται στη σφαίρα επιρροής του π.χ. ευθύνη του παραγωγού ή παρέχοντα υπηρεσίες) ή τεκμαίρεται ότι είναι ισχυρότερος (π.χ. οικονομικά ισχυρός ο κάτοχος ζώου ή κτίσματος ή αυτοκινήτου) τότε μετατοπίζεται το αντικειμενικό βάρος απόδειξης σε αυτόν. Οι προαναφερθείσες αρχές ισχύουν πολλώ μάλλον για το δίκαιο της αναγκαστικής εκτέλεσης, όπου ασθενέστερος θεωρείται ο καθ' ου, αυτός δηλαδή που βρίσκεται σε άμυνα.⁷²

Σε άλλους τομείς δικαίου, όπως, το Δίκαιο του Ανταγωνισμού δεν μπορεί να θεωρηθεί ο αμυνόμενος ασθενέστερος, αφού κατά κανόνα αμυνόμε-

70. Φουρκιώτης, Ελληνικόν Ενοχικόν Δίκαιον, τ. Α' (1964), σ. 72.

71. Για την προστασία του οφειλέτη στα ΑΚ 377 και 809 βλ. παρακάτω υπό «2. Προστασία ασθενέστερου έναντι ιδιωτικής αυτονομίας» σ. 23.

72. Αστ. Γεωργιάδης, Η προστασία του ασθενέστερου στο Αστικό Δίκαιο σε *ENOBE*, Η προστασία του ασθενέστερου στο δίκαιο (1997), σ. 39, 40.

νη είναι μια εταιρία που έχει «δεσπόζουσα θέση στην αγορά» κατά το άρθρο 2 ν. 703/1977. Δεν μπορούμε δηλ. να θεωρήσουμε ότι πάντα η Nestlé,⁷³ όταν κατηγορείται για νόθευση του ανταγωνισμού ενώπιον της Αρχής Ανταγωνισμού είναι ασθενέστερη, επειδή είναι και αμυνόμενη. Πολύ χρήσιμος, όμως, είναι ο ορισμός του ισχυρότερου σε αυτό το δίκαιο. Αυτός είναι ο «έχων δεσπόζουσα θέση», δηλ. εκείνος (κατά κύριο λόγο επιχείρηση) ο οποίος διαθέτει οικονομική δύναμη που του δίνει τη δυνατότητα να παρεμποδίζει τον αποτελεσματικό ανταγωνισμό και η οικονομική αυτή ισχύς του επιτρέπει να συμπεριφέρεται σε σημαντικό βαθμό ανεξάρτητα από ανταγωνιστές, πελάτες και καταναλωτές⁷⁴ (π.χ. Microsoft).

Στο πλαίσιο αυτό, ενδιαφέρον παρουσιάζουν οι προκαταρκτικές εργασίες της Ευρωπαϊκής Επιτροπής σχετικά με νομοθετική πρωτοβουλία για την εισαγωγή ρυθμίσεων για τις αγωγές αποζημίωσης για παραβάσεις της αντιμονοπωλιακής νομοθεσίας (δηλαδή των άρθρων 101 και 102 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης, εφεξής ΣΛΕΕ, πρώην άρθρα 81 και 82 Συνθήκης ΕΟΚ). Συγκεκριμένα, στην Πράσινη⁷⁵ και Λευκή Βίβλο για τις αξιώσεις αυτές⁷⁶, η Ευρωπαϊκή Επιτροπή εξετάζει τη δυνατότητα εισαγωγής μιας σειράς ειδικών ρυθμίσεων που στοχεύουν στη διαδικαστική διευκόλυνση της ικανοποίησης των θυμάτων των παραβάσεων της αντιμονοπωλιακής νομοθεσίας, δηλαδή των συμφερόντων του ασθενέστερου επιχειρηματία αλλά και καταναλωτή. Η ζημία του ασθενέστερου

73. Η οποία απασχολεί 230.000 εργαζόμενους σε 509 χώρες και αποτελεί τη μεγαλύτερη εταιρία τροφίμων παγκοσμίως και στην ελληνική αγορά μετά την εξαγορά της Λουμίδης Α.Ε. (το έτος 1998) ελέγχει το μεγαλύτερο μέρος εμπορίας καφέ· βλ. σχετικά www.nestle.com. Πρβλ. υπόθεση «Κώστας Δρίτσας & ΣΙΑ ΕΒΕΕ» κατά «Nestlé Ελλάς Α.Ε.» ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού ΕΠΑΝΤ 459/V/2009 σε www.epant.gr/apofaseis.php?Lang=gr&id=289&page=2 και ΕΠΑΝΤ. 434/V/2009 (Δρίτσας κατά Nestlé) προσβάσιμη σε www.epant.gr/apofasi_details_php?Lang=gr&id=289&nid=543 (τελευταία επίσκεψη και στις δυο 17/12/2010).

74. Κοτσίρης, Δίκαιο του Ανταγωνισμού (2001), σ. 508. Σχετικά με τη σχέση «δεσπόζουσας θέσης» με την έννοια «ισχυρή θέση» βλ. Κατσουλάκο/Βέττα, Πολιτική Ανταγωνισμού και Ρυθμιστική Πολιτική (2004), σ. 349. Χαρακτηριστικά του έχοντα δεσπόζουσα θέση είναι κατοχή πάνω από 50% της αγοράς (C-62/86, Akzo Chemie κατά Επιτροπής, παρ. 60-61) ή τουλάχιστον κατοχή διπλάσιου ποσοστού της αγοράς από ότι ο πλησιέστερος ανταγωνιστής της (C-27/76, United Brands κατά της Επιτροπής, σκέψη, 111).

75. Βλ. σχετικά με τους κάθετους περιορισμούς στο δίκαιο του ανταγωνισμού Lianos, *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique* (2007), Διατριβή Πανεπιστημίου Στρασβούργου και γενικά Τρούλη, Η Πράσινη Βίβλος για τις αγωγές αποζημίωσης για παράβαση των αντιμονοπωλιακών κανόνων της Εκ, Ευρωπαϊκών Πολιτεία 2007, 929 επ.

76. Βλ. σχετικά Τρούλη, Η Λευκή Βίβλος σχετικά με τις αγωγές αποζημίωσης για παράβαση της αντιμονοπωλιακής νομοθεσίας της ΕΚ, *Digesta* 2010, 176, 222.

επιχειρηματία ή του καταναλωτή μπορεί να προκύπτει, εξάλλου από μια σειρά από καταχρηστικές πρακτικές από τους έχοντας δεσπόζουσα θέση. Αυτή είναι η περίπτωση όταν ο ασθενέστερος αναγκάζεται να αγοράσει ένα επιπλέον προϊόν μιας εταιρείας προκειμένου να αποκτήσει αυτό που πραγματικά έχει ανάγκη (bundling⁷⁷ ή tying, ενδεχόμενη παράβαση λόγω του αποτελέσματος αποκλεισμού του ανταγωνισμού – «exclusionary practice»)⁷⁸ ή να αγοράζει ένα προϊόν υπερτιμημένο λόγω του μονοπωλιακού του χαρακτήρα (ενδεχόμενη παράβαση λόγω του εκμεταλλευτικού χαρακτήρα της πρακτικής αυτής – «exploitative practice»)⁷⁹.

Ορθή είναι, επομένως, η τοποθέτηση του ν. 703/1977 ο οποίος προστατεύει την οικονομική ανεξαρτησία, γιατί μόνο αυτή μπορεί να θεωρηθεί το συνώνυμο της ισχύος. Η εξάρτηση, αντίθετα, είναι συνώνυμο της αδυναμίας. Το δικαιοπρακτικά εξαρτώμενο θύμα της νόσου Alzheimer⁸⁰ χρήζει σαφώς της προστασίας κάποιου προσώπου (δικαστικού συμπαραστάτη), το ψυχικά εξαρτώμενο τέκνο της προστασίας των γονέων του, ο οικονομικά εξαρτώμενος σύντροφος της οικονομικής βοήθειας του εύπορου (δικαίωμα διατροφής διαζευγμένου συζύγου)⁸⁰ κ.ο.κ. Το αυτό ισχύει και για τον οικονομικά εξαρτώμενο εργαζόμενο ή προστιθέμενο, για τους οποίους προβλέπεται συλλογική προστασία των συμφερόντων τους και γνήσια αντικειμενική ευθύνη αντίστοιχα.

2. Προστασία ασθενέστερου έναντι ιδιωτικής αυτονομίας

Όπως αναφέρθηκε ήδη παραπάνω⁸¹ η ιδιωτική αυτονομία γεννήθηκε ως αντίδραση στην αυθαιρεσία και την εδαφική μονοκρατορία των φεουδαρ-

77. Βλ. σχετική απόφαση σε ΕΠ.ΑΝΤ. 434/V/2009 ό.π., υπ. 79 υπό 69-70.

78. Π.χ. πρακτική της Nestlé να μοιράζει στους προμηθευτές της ελληνικό καφέ μόνο εάν αυτοί αγοράζουν και τον στιγμιαίο καφέ της, με σκοπό να αποκλείσει την ελληνική εταιρία στιγμιαίου καφέ «Κώστας Δρίτσας & ΣΙΑ ΕΒΕΕ» από την αγορά. Η πρακτική αυτή της εν λόγω αλλοδαπής εταιρίας οδήγησε σε κλείσιμο των ελληνικών καταστημάτων που συνέχισαν τη συνεργασία τους με την ελληνική εταιρεία· βλ. αιτιολογικό απόφασης ΕΠ.ΑΝΤ. 434/V/2009 («Κώστας Δρίτσας & ΣΙΑ ΕΒΕΕ» κατά «Nestlé Ελλάς Α.Ε.») προσβάσιμη σε http://www.epant.gr/apofasi_details.php?Lang=gr&id=289&nid=543 σκέψεις υπό Ι 5. και 6. β και επ.

79. Π.χ. η πρακτική απαγόρευσης σε λιανοπωλητές να αγοράζουν το ίδιο προϊόν άμεσα από τον παραγωγό και όχι τον τοπικό αντιπρόσωπο ώστε να προσφέρουν καλύτερη τιμή στον καταναλωτή βλ. ΔΕΚ C-27/76, United Brands κατά Ευρωπαϊκής Ένωσης σκέψεις 130-160.

80. Βλ. σχετικά με τις γενικές προϋποθέσεις «απορίας» του δικαιούχου και «ευπορίας» του υποχρέου για την εφαρμογή του ΑΚ 1442 ΑΠ 624/2002, ΕλλΔνη 2002, 1635_ ΑΠ 228/2000, ΕλλΔνη 2000, 1314 και Παπαχρίστου, Εγχειρίδιο Οικογενειακού Δικαίου 3 (2005), σ. 171-172.

81. Βλ. παραπάνω «Π. Στον απόηχο της Γαλλικής Επανάστασης», σ. 233 επ.

χών. Σκοπός της ήταν η προστασία του εξουθενωμένου δουλοπάροικου και η οικονομική ανάπτυξη. Εντούτοις, η οικονομική εξουθένωση και οικονομική κρίση είναι δυνατή και μέσα σε ένα φιλελεύθερο πλαίσιο. Κατά τον 20^ο αιώνα έγινε αντιληπτό ότι η απεριόριστη απόλαυση της ιδιωτικής αυτονομίας ουσιαστικά μπορεί να οδηγήσει στο αντίθετο από το επιδιωκόμενο αποτέλεσμα. Αντί δηλ. να επιφέρει την ελευθερία μπορεί να οδηγήσει στη σκλαβιά. Έτσι για παράδειγμα εάν επέτρεπε ο νομοθέτης μέσω της πλήρους προσκόλλησής του στη συμβατική ελευθερία την δημιουργία μονοπωλίων σε ισχυρές εταιρείες δια της απορροφήσεως μικρότερων εταιρειών, τότε ο πολίτης και καταναλωτής θα αποτελούσε το έρμαιο των μονοπωλίων. Ο ισχυρός θα ρύθμιζε μονομερώς τους όρους, επιβάλλοντας στους άλλους είτε να τους αποδεχθεί ως έχουν, είτε να προσχωρήσει (δόγμα *take it or leave it*). Η Πολιτεία οφείλει να αποτρέψει, όμως, τέτοια φαινόμενα καθώς η οικονομική εξουθένωση παραγωγικών και καταναλωτικών μονάδων, οδηγεί μοιραία από την ατομική στη συλλογική οικονομική παρακμή.

Ο νομοθέτης έχει προσπαθήσει με ορισμένες ρυθμίσεις να αποτρέψει την οικονομική εξουθένωση παραγωγικών μονάδων.⁸² Χαρακτηριστικό παράδειγμα οι ρυθμίσεις των ΑΚ 377 και ΑΚ 809. Η πρώτη παρέχει αναβλητική ένσταση στον υπόχρεο σε προεκπλήρωση οφειλέτη από αμφοτεροβαρή σύμβαση, αν η αξίωσή του για την αντιπαροχή κινδυνεύει από ουσιώδη ελάττωση της περιουσιακής καταστάσεως του άλλου, που δεν τη γνώριζε ούτε όφειλε να τη γνωρίζει. Η δεύτερη επιτρέπει στον υποσχεθέντα την παροχή δανείου να αρνηθεί την εκπλήρωση, αν ο δικαιούχος του δανείου κατέστη αφερέγγυος ή ο υποσχεθείς αγνοούσε την αφερέγγυότητα χωρίς υπαιτιότητά του.⁸³

Η εκμετάλλευση του διαπραγματευτικά ανίσχυρου και η μονομερής επιβολή όρων εμφανίζεται και στους Γενικούς Όρους Συναλλαγών. Η εκμετάλλευση αυτή συνίσταται με υπεξαίρέσεις μικροποσών από τους καταναλωτές κινήτης τηλεφωνίας (π.χ. 20 έως 50 ευρώ το μήνα) για τις οποίες είναι ασύμφορη η προσφυγή στη δικαιοσύνη, αφού τα δικαστικά έξοδα είναι περισσότερα από τη ζημία που πρόκειται να απαιτήσει. Η μονομερής επιβολή παρατηρείται κατά την απαλλαγή οποιασδήποτε ευθύνης των εταιρειών μέσω σχετικών ρητρών στους ΓΟΣ που αυτές θέτουν. Ο μέσος καταναλωτής όμως, απόλυτα αντόνομος αλλά και ανενημέρωτος προσχωρεί σε αυτές. Χάριν των ρυθμίσεων του άρθρου 2 ν. 2251/1992 παραβιάζεται η αρχή *pacta sunt servanda* και οι προαναφερθείσες συμφωνίες θεωρούνται

82. Κατά την Παντελίδου η αρχή προστασίας του ασθενέστερου πηγάζει από την καλή πίστη της ίδιας. Η αντίστροφη πλευρά της προστασίας των μισθώσεων σε *ENOB*, Η προστασία του ασθενέστερου στο δίκαιο (1997), σ. 57, 61-62.

83. Αστ. Γεωργιάδης, Η προστασία του ασθενέστερου στο Αστικό Δίκαιο σε *ENOB*, Η προστασία του ασθενέστερου στο δίκαιο (1997), σ. 39, 47.

άκυρες και δεν δεσμεύουν τον ασθενέστερο καταναλωτή.⁸⁴ Η ακυρότητα δε αυτή καθίσταται δυνατή με χαμηλό δικαστικό κόστος μέσω εφαρμογής του άρθρου 10 ν. 2251/1994 (συλλογική αγωγή).⁸⁵ Αυτές οι προστατευτικές για την καταναλωτή ρυθμίσεις θεωρούνται ως «συνεπείς απέναντι στην ουσιαστική ισότητα»⁸⁶, αφού επαναφέρουν μια στάθμιση δυνάμεων των δυο αντισυμβαλλόμενων μερών.

Παρατηρούμε, λοιπόν, ότι στη σύγκρουση (οικονομικών) συμφερόντων μεταξύ οικονομικά και διαπραγματευτικά ισχυρού και οικονομικά αδύνατου, υπερτερεί στη νομοθεσία το δεύτερο συμφέρον. Με αυτό τον τρόπο, αν και εκ πρώτης όψεως φαίνεται να καταστρατηγείται η ιδιωτική αυτονομία, που επιδιώκει την τήρηση των συμβάσεων, εντούτοις στην ουσία προστατεύεται, διότι «αυτονομία βουλήσεως και συμβατική ελευθερία νοείται μόνον μεταξύ ίσων, ισότητα που προϋποθέτει ισοβαρείς τις εκατέρωθεν οικονομικές δυνάμεις»⁸⁷. Η τριτενέργεια της συνταγματικής επιταγής της ισότητας (άρθρο 4 Συντάγματος) είναι, κατά συνέπεια, επιβεβλημένη και την υλοποίησή της επιφέρει το κοινοτικής προέλευσης Δίκαιο της Προστασίας του Καταναλωτή (ν.2251/1992)⁸⁸. Ο «αιφνιδιασμός» του καταναλωτή στις συμβάσεις εκτός εμπορικού καταστήματος ή από απόσταση είναι προφανής. Η φυσική τάξη της αγοράς επιτάσσει την επίσκεψή της μόνο όταν αυτός νοιώσει πραγματική ανάγκη απόκτησης αγαθών ή υπηρεσιών. Αυτή η διαφοροποίηση φέρνει τον καταναλωτή σε διαπραγματευτική δεινότητα και αδυναμία. Οι ρυθμίσεις των άρθρων 3 και 4 ν. 2251/1994, αντίστοιχα, αποκαθιστούν τη σχέση ισότητας των μερών.⁸⁹

84. Βλ. σχετικά και *Ι.Καράκωστα*, Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτή2, αρ. 43-210 με πλούσιες παραπομπές σε νομολογία.

85. Βλ. α.α. *Ι.Καράκωστα*, Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτή2 (2008), αρ. 955-1072 και ιδίως σ. 398 υπ. 8α όπου και πλήθος αναφορών σε νομολογία προ του έτους 2002. Βλ. επίσης για το δικονομικό μέρος *Michailidou*, Prozessuale Fragen des Kollektivrechtsschutzes im europäischen Justizraum (2007), Διατριβή Πανεπιστημίου Χοϊντελβέργης.

86. *Σταθόπουλος*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο (2004), αρ. 79. Βλ. και *Καζάκο*, Αστικό Δίκαιο, οικονομία της αγοράς και Προστασία των Καταναλωτών (1987), σ. 67, ο οποίος θεωρεί απαραίτητο «τον οικονομικό περιορισμό της οικονομικής ελευθερίας χάριν αποτελεσματικότερης προστασίας των συμφερόντων των καταναλωτών».

87. *Αστ.Γεωργιάδης*, Η προστασία του ασθενέστερου στο Αστικό Δίκαιο σε *ENOBE*, Η προστασία του ασθενέστερου στο δίκαιο (1997), σ. 39, 55. Βλ. επίσης *Σταθόπουλο*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο (2004), αρ. 71, ο οποίος αναφέρει ότι «η ανάγκη να τίθεται φραγμός στη διαπραγματευτική και γενικότερη υπεροχή των ισχυρότερων είναι αίτημα δικαιοσύνης».

88. *Σταθόπουλος*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο (2004), αρ. 72. Βλ. επίσης γενικά *Ι.Καράκωστα*, Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτή2 (2008).

89. Για τις ειδικές περιστάσεις σύναψης της σύμβασης από απόσταση και συγκεκριμένα μέσω διαδικτύου βλ. *Γ.Γεωργιάδη*, Η σύναψη συμβάσεως μέσω του διαδικτύου

Αυτή η αξίωση προστασίας του ασθενέστερου είναι ιδιαίτερα δικαιολογημένη στην εποχή μας, όπου η διόγκωση και παγκοσμιοποίηση των συμφερόντων πολυεθνικών εταιρειών έχει ανατρέψει τον ρυθμιστικό και παρεμβατικό ρόλο του κράτους σε ευρωπαϊκό τουλάχιστον επίπεδο. Τα κοινωνικά δικαιώματα που αναγνωρίστηκαν στη φιλελεύθερη Δύση υπό το φόβο της επέκτασης του ανατολικού παραπετάσματος συρρικνώνονται άλλοτε σταδιακά και άλλοτε απότομα. Ο καταναλωτής και ο εργαζόμενος αποτελούν πλέον μονάδες που συνεχώς υποτιμώνται. Ένα πρώτο κριτήριο στάθμισης επιβάλλουν αυτές οι κοινωνικές συνθήκες: όπου δεν είναι δυνατή η παράλληλη ικανοποίηση της αρχής της αυτονομίας με την αρχή της προστασίας του ασθενέστερου, η τελευταία να υπερτερεί της πρώτης. Όσο και αν ακούγεται επαναστατικό, το να παραβιάζουμε τις συμβάσεις χάριν προστασίας του ασθενέστερου, η θέση αυτή δεν είναι πρωτόγνωρη.⁹⁰

Για παράδειγμα η ΑΚ 702 (σύμβαση έργου) προτάσσει την προστασία του ασθενέστερου έναντι δυο θεμελιωδών αρχών του ενοχικού δικαίου. Αναλυτικότερα η ρύθμιση αυτή που αφορά εργαζομένους σε ακίνητες εγκαταστάσεις κατά πρώτο λόγο παραβιάζει την αρχή της σχετικότητας των ενοχών. Έτσι, ενώ ο εργοδότης συνδέεται συμβατικά μόνο έναντι του εργολάβου και όχι έναντι του εργαζόμενου, εντούτοις επιτρέπει στον εργαζόμενο να στραφεί εναντίον του εργοδότη αξιώνοντας την αμοιβή του και αποκλείει την επίκληση της ένστασης της σχετικότητας των ενοχών στον τελευταίο (ΑΚ 702 §§ 1 και 2).⁹¹ Κατά δεύτερο λόγο προτάσσει ο συντάκτης του εν λόγω άρθρου την προστασία του εργαζόμενου έναντι της αρχής της υπαιτιότητας, αφού καθιστά άκυρη οποιαδήποτε συμφωνία που περιορίζει προκαταβολικά τα προαναφερθέντα δικαιώματα του εργαζόμενου (ΑΚ 702 § 3). Εξάλλου, η τελευταία αυτή ρύθμιση είναι αναγκαστικού δικαίου και μπορεί να τροποποιηθεί μόνον υπέρ των συμφερόντων του εργαζόμενου.⁹² Σε αυτήν όμως τη στάθμιση μεταξύ αρχής της υπαιτιότητας και προστασίας του ασθενέστερου αφιερώνουμε ένα αυτοτελές κεφάλαιο.

(2003), σ. 289-293. Για την υπαναχώρηση και άλλα μέτρα προστασίας του καταναλωτή βλ. *ibid*, σ. 336-378.

90. Διάσπαση της αρχής *pacta sunt servanda* θεωρεί η Παντελίδου και την καταγγελία λόγω μεταμέλειας στις εμπορικές μισθώσεις υπό το παλαιό καθεστώς (άρθρο 43 π.δ. 34/1995) της ίδιας, Η αντίστροφη πλευρά της προστασίας του ασθενέστερου: Το παράδειγμα των μισθώσεων, σε *ENOBE*, Η προστασία του ασθενέστερου στο δίκαιο (1997), σ. 59, 68-69.

91. Βλ. σχετικά Γαζή, Σύγκρουσις δικαιωμάτων (1999)2, σ. 140.

92. Βαλτούδης σε ΣΕΑΚ άρθρο 702 αρ. 5 με περαιτέρω παραπομπές σε παλαιότερα ερμηνευτικά έργα.

3. Προστασία του ασθενέστερου έναντι της αρχής της υπαιτιότητας

α) Στην ενδοσυμβατική ευθύνη

Η αρχή της υπαιτιότητας εμφανίζεται στο πλαίσιο της ενδοσυμβατικής ευθύνης με τη μορφή της προσήκουσας επιμέλειας (ΑΚ 330). Έκφραση αυτής της επιμέλειας αποτελεί το ΑΚ 380,⁹³ το οποίο μεταθέτει τον κίνδυνο της τυχαίας αδυναμίας προς παροχή στον οφειλέτη. Αυτός οφείλει να είναι επιμελής ως προς την εκπλήρωση της παροχής. Εάν παρά την επιμέλειά του δεν καταφέρει να εκπληρώσει την οφειλόμενη, τότε απαλλάσσεται τόσο αυτός όσο και ο δανειστής του των σχετικών υποχρεώσεών του.⁹⁴ Αυτή η κοινή απαλλαγή, όμως, δεν επέρχεται εάν ο οφειλέτης είναι ασθενέστερος και χρήζει προστασίας. Κατά την ΑΚ 657 § 1 ο εργαζόμενος διατηρεί την επί του μισθού του αξίωση, αν μετά τη δεκαήμερη τουλάχιστον παροχή εργασίας κωλύεται να εργασθεί για σπουδαίο λόγο, που δεν οφείλεται σε υπαιτιότητά του. Έχουμε δηλ. μια εξαίρεση από τον κανόνα του ΑΚ 380 χάριν προστασίας του εργαζομένου.

β) Στην αδιοπρακτική ευθύνη

Βασική αρχή του ιδιωτικού δικαίου, η οποία πηγάζει από το ρωμαϊκό δίκαιο, είναι η αρχή της υπαιτιότητας. Αυτή η αρχή αποτελεί συνέπεια της αρχής της ιδιωτικής αυτονομίας που αναλύσαμε παραπάνω. Μόνο ο αυτόνομος, ο ελεύθερος άνθρωπος μπορεί να ευθύνεται. Ως τέτοιο σίγουρα δεν μπορούμε να χαρακτηρίσουμε το παιδί ακόμα και τη γυναίκα ενός *pater familiae*, ενός κυρίου ρωμαϊκού οίκου (*dominus*). Αυτά τα πρόσωπα στερούνταν ιδιωτικής ελευθερίας και αυτονομίας, γι' αυτό και δεν ευθυνόταν για τη ζημία που προκαλούσαν. Για αυτές ευθυνόταν αποκλειστικά ο κύριος τους. Εξάλλου, μόνο αυτός είχε κατά κανόνα την οικονομική ευχέρεια ικανοποίησης της αξίωσης αποζημίωσης. Το ίδιο ίσχυε και για λοιπά πράγματα όπως τα ζώα, τα κτήρια ή τον σκλάβο⁹⁵. Για τη ζημία που προκαλούσε το ζώο ή ο σκλάβος όφειλε ο κύριος είτε να αποζημιώσει τον ζημιωθέντα είτε να του μεταβιβάσει το ζημιόγνοο ζώο ή πράγμα. Στον τραυματισμό τρίτου από πτώση κτηρίου όφειλε επίσης ο κύριος της οικογένειας να τον αποζημιώσει. Παρατηρούμε λοιπόν ότι η ιδιοκτησία εντός σπιτιού σήμαινε ευθύνη προς τα έξω.

93. *Ι.Καράκωστας*, άρθρο 380 ΑΚ, αρ. 900 σημ. 1 και *Χελιδόνης* σε ΣΕΑΚ άρθρο 380, αρ. 3.

94. *Απ.Γεωργιάδης*, *Ενοχικό Δίκαιο*, Γενικό Μέρος (1999), § 6 αρ. 15· *Σταθόπουλος*, *Γενικό Ενοχικό* (2004), § 19 αρ. 6 και *Χελιδόνης* σε ΣΕΑΚ, άρθρο 380, αρ. 4.

95. Ο σκλάβος θεωρείτο πράγμα (*res*) και όχι πρόσωπο στο ρωμαϊκό δίκαιο.

Αν εξαιρέσουμε τη θέση της χειραφετημένης πλέον σήμερα γυναίκας, το νομικό καθεστώς δεν έχει αλλάξει ως προς τις έννομες συνέπειές του. Στη σχέση εξαρτημένης εργασίας, στην ευθύνη ανηλίκου, στην ευθύνη κατόχου ζώου και ιδιοκτήτη κτηρίου ισχύει και σήμερα γνήσια αντικειμενική ευθύνη του κατόχου κυρίου. Αιτία της δυσμενούς για τον κύριο ρύθμισης δεν είναι μόνο το γεγονός ότι τα εν λόγω πρόσωπα και πράγματα ανήκουν στη σφαίρα επιρροής του⁹⁶, αλλά επιπλέον, η οικονομική του ευχέρεια να αποζημιώσει χωρίς να εξοντωθεί οικονομικά καθώς και η κοινωνική επιταγή για προστασία του ασθενέστερου. Διάφορες μορφές ευθύνης από διακινδύνευση όπως η προστασία περιβάλλοντος, ευθύνη από αυτοκινητικά ατυχήματα και χρήση ατομικής ενέργειας έχουν ως δικαιολογητικό λόγο κατά πρώτον λόγο την κυριότητα, δηλ. ευρύτερα το ότι όποιος καρπούται των ωφελειών ενός πράγματος ευθύνεται και για τις ζημιές που αυτό προκαλεί, και κατά δεύτερο λόγο στην οικονομική ευχέρεια του ζημιώσαντος. Ακόμα, λοιπόν, και αυτή η αρχή της υπαιτιότητας δεν εφαρμόζεται για όλους του φορείς δικαιωμάτων, αλλά μόνο για αυτούς που είναι οικονομικά ισχυροί.

Σε ορισμένες περιπτώσεις, εντούτοις, παραβιάζεται η αρχή της υπαιτιότητας χάριν προστασίας του ασθενέστερου. Αυτό συμβαίνει στην ευθύνη του παραγωγού, όπου ο τελευταίος δεν έχει μετά την πώληση ιδιοκτησία στο πράγμα και όμως ευθύνεται για τα ελαττώματά του και για τις ζημιές που αυτό προκαλεί. Στην τελευταία περίπτωση έχουμε απόκλιση από την αρχή της υπαιτιότητας. Ευθύνεται δηλ. και ο μη έχων κυριότητα οικονομικά ισχυρός. Κατά συνέπεια παρατηρούμε ότι στο ερώτημα αρχή της υπαιτιότητας ή προστασία του οικονομικά ασθενέστερου βαρύνει το δεύτερο συμφέρον. Όσο και αν φαίνεται μια τέτοια απόκλιση από βασική αρχή του αστικού δικαίου επικίνδυνη είναι καθόλα δίκαιη, αφού η δικαιοσύνη είναι η προστασία του ασθενέστερου. Στην δε τελευταία περίπτωση της ευθύνης του παραγωγού προϊόντων τίθεται το συμφέρον του παραγωγού αντιμέτωπο με την προστασία του συλλογικού συμφέροντος όλων των καταναλωτών. Αφού μια παράλειψη στη δική του αλυσίδα παραγωγής μπορεί να έχει συνέπειες στην υγεία χιλιάδων καταναλωτών.⁹⁷

Ακριβώς ίδια αιτιολογία έχει και το άρθρο 8 ν.2252/1994, το οποίο θεμελιώνει νόθο αντικειμενική ευθύνη του παρέχοντος υπηρεσίες χάριν προστασίας του καταναλωτή.⁹⁸ Δηλ. θεωρείται ότι ο χρήστης των ανεξάρτητων

96. Βλ. για «σφαίρες επιρροής» Σταθόπουλο. Γενικό Ενοχικό Δίκαιο (2004), § 20 αρ. 31.

97. Χαρακτηριστική η περίπτωση Contegral ή Θαλυδομίδη, όπου η χορήγηση του ομώνυμου φαρμάκου σε εγκύους είχε συνέπειες σε εκατοντάδες χιλιάδες βρέφη ανά τον κόσμο και αποτελεί την αφορμή για τη ρύθμιση της ευθύνης του παραγωγού, αρχικά στο Ηνωμένο Βασίλειο και κατόπιν στις ΗΠΑ και σε πολλές ευρωπαϊκές χώρες.

98. Βλ. αιτιολογική έκθεση.

υπηρεσιών είναι οικονομικά αδύναμος σε σχέση με τον παρέχοντα τις ανεξάρτητες υπηρεσίες. Κατά τη γνώμη μου η αιτιολογία αυτή χωλαίνει. Σήμερα ο ελεύθερος επαγγελματίας, τουλάχιστον στην Ελλάδα, δεν έχει ένα τέτοιο τεκμήριο πλουτισμού και με την μέσω του άρθρου 8 καθιέρωση νόθου αντικειμενικής ευθύνης μάλλον κινδυνεύει με οικονομική εξαφάνιση, εάν δεν συνασπιστεί σε εταιρείες. Πολλές φορές ο λήπτης των υπηρεσιών ενός ιατρού ή δικηγόρου είναι αρκετά ισχυρότερος οικονομικά από τον παρέχοντα υπηρεσίες. Παρατηρούμε λοιπόν ότι ο συντάκτης αυτού του άρθρου στάθηκε μακριά από την κοινωνική πραγματικότητα, γεγονός που παρατήρησε ο έλληνας πολιτικός δικαστής και για το οποίο αποφεύγει την εφαρμογή αυτής της διάταξης.⁹⁹

4. Λανθασμένες σταθμίσεις

Παρατηρήσαμε παραπάνω ότι στο Ενοχικό Δίκαιο, κατά κανόνα, ισχυρότερος θεωρείται ο δανειστής, γι' αυτό και αυτό λειτουργεί προστατευτικά υπέρ του οφειλέτη. Εντούτοις, ειδικά στο πλαίσιο των αμφοτεροβαρών συμβάσεων μια τέτοια θέση αντιμάχεται την πραγματικότητα. Έτσι, λ.χ. ο εργαζόμενος μισθωτός είναι δανειστής ως προς το μισθό του έναντι του οφειλέτη-εργοδότη του, καθώς και ο μικροκαταθέτης της τράπεζας είναι δανειστής, ως προς το ποσό της καταθέσεώς του, έναντι εκείνης, η οποία και την ιδιότητα του οφειλέτη έχει και της αυτόθροης νομοθετικής εύνοιας απολαμβάνει.¹⁰⁰ Ο εργοδότης και η τράπεζα σίγουρα δεν χρήζουν προστασίας ως οικονομικά ισχυροί παρ' όλο που είναι οφειλέτες.

Φαινόμενα δυσνομίας, εμφανίζονται και σε χώρους του ιδιωτικού δικαίου, στους οποίους αγωνίστηκε ο νομοθέτης για μια εξισορρόπηση συμφερόντων. Ένας τέτοιος χώρος είναι οι επαγγελματικές μισθώσεις, όπου με τη νομοθετική ρύθμισή τους στο ν. 813/1978 (και την μερική τροποποίησή του με το π.δ. 34/1995) επιδιώκεται «η αδιατάρακτη χρήση του μισθίου επί μακρόν χρόνον προς ανάπτυξη εμπορικής δράσης και κάρπωσης εισοδημάτων από τον ιδιοκτήτη εμισθωτή»¹⁰¹. Η εν λόγω ρύθμιση έχει χαρακτηριστεί ως «ιδανική ρύθμιση στάθμισης (εννόμων) συμφερόντων»¹⁰². Αν και προβλέπονται αυστηρότατες προϋποθέσεις και βαρύτατες οικονομικές συνέπειες για τον εκμισθωτή-ιδιοκτήτη ως προς την εγκυρότητα της καταγ-

99. Βλ. ΠΠρΘεσ 24582/2008, ΧρΙΔ 2009, 431· ΑΠ 1227/2007, ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ. Βλ. όμως και υπέρ εφαρμογής του εν λόγω άρθρου ΠΠρΑθ 189/2010, ΕπισκεΔ 2010, 590-599.

100. Αστ. Γεωργιάδης, Η προστασία του ασθενέστερου στο Αστικό Δίκαιο σε *ΕΝΟΒΕ*, Η προστασία του ασθενέστερου στο δίκαιο (1997), σ. 39, 40.

101. Έτσι στην Εισηγητική Έκθεση του ν. 813/1978.

102. Βλ. Αρχανιωτάκη, Η επαγγελματική μίσθωση (2002), σ. 29 επ.

γελίας της εμπορικής μίσθωσης (άρθρο 16 επ. π.δ. 34/1995), η ρύθμιση ανταποκρίνεται στο αίτημα ουσιαστικής ισότητας, γιατί συνήθως ο εκμισθωτής είναι οικονομικά ισχυρότερος από τον μισθωτή και θα ήταν άδικο να εκμεταλλεύεται ο πρώτος την άνοδο της αξίας του ακινήτου μέσω της διαμόρφωσης επαγγελματικού χώρου από τον δεύτερον και κατόπιν να απαιτεί την απόδοση του διαμορφωμένου χώρου.¹⁰³

Ανακύπτουν, εντούτοις, και στις επαγγελματικές μισθώσεις περιπτώσεις, όπου ο εκμισθωτής μπορεί να είναι ασθενέστερος. Χαρακτηριστικό είναι το παράδειγμα που αναφέρει η Παντελίδου¹⁰⁴: «εάν ο εκμισθωτής καταγγείλει υπέρ του γιού του που είναι άνεργος, θα πρέπει να περιμένει να επέλθουν τα αποτελέσματα μετά από διάστημα που μπορεί να φθάσει τα δυο χρόνια και να καταβάλει αποζημίωση που μπορεί να αυξηθεί έως τα τριάντα μισθώματά. Εάν μετά από αυτά οι δουλειές δεν έλθουν κατ' ευχήν και αποφασίσει να μισθώσει το μισθίο πριν περάσει η διετία, πρέπει να υπολογίσει ότι θα καταβάλει άλλα πενήντα μισθώματα, εκτός από την επανεγκατάσταση με τους παλαιούς όρους». Σε αυτή την περίπτωση ο δανειστής-εκμισθωτής, αν και έχει το τεκμήριο οικονομικής ισχύος καθίσταται οικονομικά ασθενέστατος. Δεν αρκεί δηλ. που η επιχείρηση του απέτυχε οικονομικά και κατέβαλε και είκοσι μισθώματα γι' αυτό το ρίσκο, οφείλει επιπλέον να πληρώσει και άλλα πενήντα στον οφειλέτη-μισθωτή. Το τεκμήριο οικονομικής ισχύος του πρέπει σε αυτή την περίπτωση να αρθεί με κατάργηση της σχετικής ρύθμισης για τα πενήντα μισθώματα. Μια τέτοια κατάργηση κατευθύνεται προς την κατάκτηση της ουσιαστικής και όχι τυπικής ισότητας των συναλλασσομένων μερών.

Διαπιστώνουμε, λοιπόν, ότι ενίοτε ασθενέστερος είναι ο δανειστής, τον οποίο ο Αστικός Κώδικας γενικά δεν προστατεύει, διότι τον θεωρεί ισχυρότερο. Σπάνια συναντάμε στο Ενοχικό Δίκαιο μια προστατευτική για το δανειστή ρύθμιση, όπως αυτή της ΑΚ 334 (ακυρότητα απαλλακτικής υπέρ του οφειλέτη ρήτηρας), η οποία πάλι δεν πρέπει να γίνει άκριτα δεκτή. Η ρύθμιση αυτή επιδιώκει την προστασία του δανειστή από έναν ισχυρότερο οικονομικά οφειλέτη, ο οποίος διαταράσσει τη συναλλακτική και συμβατική ισότητα των μερών και κατά συνέπεια θέτει σε κίνδυνο τη συμβατική

103. Βλ. όμως και κριτική κατά του π.δ. 34/1995 Παντελίδου, Η αντίστροφη πλευρά της προστασίας του ασθενέστερου: Το παράδειγμα των μισθώσεων, σε *ENOBE*, Η προστασία του ασθενέστερου στο δίκαιο (1997), σ. 67-68. Κατά την άποψή της δεν πρέπει να εφαρμόζονται οι προστατευτικές για την μίσθωση βοηθητικών επαγγελματικών χώρων διατόξεις στην περίπτωση μισθώσεων φοιτητικών εστιών, αφού το ΑΕΙ ως ισχυρός εκμισθωτής δεν χρήζει προστασίας.

104. Η αντίστροφη πλευρά της προστασίας του ασθενέστερου: Το παράδειγμα των μισθώσεων, σε *ENOBE*, Η προστασία του ασθενέστερου στο δίκαιο (1997), σ. 59, 64-65.

ελευθερία του ασθενέστερου μέρους. Εάν, επομένως, ο οφειλέτης δεν είναι ισχυρότερος οικονομικά η διάταξη αυτή, σύμφωνα με μέρος της θεωρίας,¹⁰⁵ δεν πρέπει να εφαρμοστεί.

Δυστυχώς, υπάρχουν και περιπτώσεις, όπου το οικογενειακό δίκαιο αφήνει δικονομικά απροστάτευτο τον ασθενέστερο,¹⁰⁶ όπως στην ευκολία¹⁰⁷ με την οποία, σήμερα, επιτρέπεται η διάζευξη συζύγων σε βάρος της ψυχικής ισορροπίας των παιδιών τους (ΚΠολΔ 692). Το εν λόγω άρθρο προβλέπει απλά δυνατότητα συμφιλίωσης του ζεύγους με δική του πρωτοβουλία και όχι την υποχρεωτική παρέμβαση τρίτων προσώπων. Κατά τη γνώμη μας, το συμφέρον του τέκνου αλλά και της κοινωνίας επιβάλλει να καταστεί δυσκολότερη η διάζευξη μέσω περισσότερων υποχρεωτικών προσπαθειών συμφιλίωσης του ζεύγους, αφού τέκνα με μη ομαλή οικογενειακή ζωή εμφανίζουν συχνά και μη ομαλή συμπεριφορά σε άλλες κοινωνικές δραστηριότητες.

Τέλος, λανθασμένη θεωρούμε και τη γενικευμένη προστασία του καταναλωτή στο άρθρο 8 του ν. 2472/1997. Απαραίτητη είναι μια διάκριση στον καταναλωτή προϊόντων (άρθρο 6 ν. 2251/1994) από τον «καταναλωτή» (γνωστό ως «χρήστη») υπηρεσιών. Αναφέραμε ήδη παραπάνω την ανάγκη προστασίας του καταναλωτή κατά την αγορά προϊόντων. Σε αυτές τις περιπτώσεις ο καταναλωτής είναι κατά κανόνα οικονομικά ασθενέστερος. Η προστασία του, επομένως, είναι απόλυτα δικαιολογημένη.¹⁰⁸

105. Ibid σ. 39, 41-42. Βλ. γενικά για τις απαλλاکτικές ρήτρες επίσης Αστ.Γεωργιάδη, Ενοχικό Δίκαιο. Γενικό Μέρος Ι2 (1993), σ. 111. Βλ. επίσης Παντελίδου, Η αντίστροφη πλευρά της προστασίας του ασθενέστερου: Το παράδειγμα των μισθώσεων σε *ENOBE*, Η προστασία του ασθενέστερου στο δίκαιο (1997), σ. 57, 62, η οποία εφιστά την προσοχή αναφορικά με μια υπερβολική προστασία το ασθενέστερου.

106. Το αξιολογότερο παράδειγμα εμφανίζεται στο Ποινικό Δίκαιο, το οποίο αφήνει εντελώς απροστάτευτη την ασθενέστερη κυοφορούμενη ζωή. Έτσι και Καργάδος, Χαιρετισμός-Προσφώνηση σε Προστασία του ασθενέστερου στο δίκαιο (1997), σ. 7, 12.

107. Βλ. ΚΠολΔ 602, όπου προβλέπεται δυνατότητα προσπάθειας συμφιλίωσης του ζεύγους. Συνέκρινε και τα παλαιά ΚΠολΔ 593 (α.ν. 44/1967) και ΚΠολΔ 45 (β.δ. 677/1971) κατά τα οποία η αγωγή διαζυγίου θεωρείτο απαράδεκτη, εάν δεν είχε προηγηθεί προσπάθεια συμφιλίωσης ενώπιον του αρμόδιου Επισκόπου (ομόδοξους) ή αρμόδιου θρησκευτικού λειτουργού (ετερόδοξους). Σε λοιπές περιπτώσεις (π.χ. άθεους) αρμόδιος για την προσπάθεια συμφιλίωσης ήταν ο Πρόεδρος Πρωτοδικών του τόπου κατοικίας του εναγόμενου. Η εξυπηρετούσα, τόσο το συμφέρον του ζεύγους και των τέκνων όσο και της κοινωνίας, ρύθμιση καταργήθηκε με το άρθρο 5 ν. 1250/1982.

108. Βλ. Σταθόπουλο, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο (2004), αρ. 80, ο οποίος εγκρίνει τα «τη σύγχρονη τάση θέσπισης προστατευτικών κανόνων αναγκαστικού δικαίου (ως προς την ισχύ και περιεχόμενο σύμβασης) και γενικότερα τάση αύξησης της ευθύνης ισχυρότερου μέρους, που συνήθως είναι παραγωγός ή προμηθευτής και ενίσχυση προστασίας ασθενέστερου μέρους (δηλ καταναλωτή)»

Αντίθετα, στην περίπτωση της παροχής ανεξαρτήτων υπηρεσιών στην ελληνική επικράτεια δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι ο καταναλωτής είναι ασθενέστερος. Πολύ συχνά αυτός είναι οικονομικά ισχυρότερος από τον μέσο δικηγόρο, ιατρό, πολιτικό μηχανικό ή λογιστή, ο οποίος καταγίνεται σε έναν αγώνα επιβίωσης. Ορθότερο θα ήταν, επομένως, να εφαρμοστεί η νόθος αντικειμενική ευθύνη του άρθρου 8 μόνο σε ορισμένες περιπτώσεις που ο παρέχων υπηρεσίες είναι οικονομικά ισχυρότερος από τον χρήστη όπως π.χ. απέναντι σε οικονομικά ισχυρές εταιρίες δικηγόρων, ιατρών, λογιστών κλπ. ή σε περιπτώσεις που ο παρέχων ανεξάρτητες υπηρεσίες έχει εξαφανίσει αποδείξεις με μοναδικό χαρακτήρα όπως π.χ. ο δικηγόρος τον δικηγορικό φάκελο του πελάτη,¹⁰⁹ το νοσοκομείο, το πρωτόκολλο συντήρησης των ιατρικών του μηχανημάτων, ο τραπεζίτης τη σύμβαση συναίνεσης του πελάτη του για ένα οικονομικό ρίσκο που αναλαμβάνει.

III. Τα συλλογικά συμφέροντα

1. Προστασία του συλλογικού συμφέροντος έναντι του ατομικού

Ένα τελευταίο ερώτημα που ανακύπτει σχετικά με τη στάθμιση συμφερόντων έγκειται στο εξής: όταν έχουμε τη σύγκρουση συμφέροντος ενός ατόμου, από τη μια, και περισσότερων προσώπων, από την άλλη, γέρνει η πλάστιγγα προς το συμφέρον των τελευταίων; Δηλ. η στάθμιση γίνεται με κριτήριο την ποσότητα ή την ποιότητα των συμφερόντων;

Μια πρώτη απάντηση στο ερώτημα αυτό λαμβάνουμε από τον θεσμό της αναγκαστικής απαλλοτρίωσης. Στα άρθρα 7 και 11 του ν.δ. 797/71 γίνεται εμφανές ότι ακόμα και αυτό το φυσικό δικαίωμα της κυριότητας αποδοκιμάζεται από το νομοθέτη, εάν έρχεται σε σύγκρουση με τα συμφέροντα περισσότερων προσώπων. Για παράδειγμα το συλλογικό συμφέρον διάνοιξης ενός δρόμου που θα ωφελήσει ανυπολόγιστο αριθμό πολιτών δεν πρέπει να προσκόπτεται από ατομικά ιδιοκτησιακά συμφέροντα πολιτών. Αυτή την πρόταξη του συμφέροντος των πολλών έναντι του συμφέροντος του ενός επιδοκιμάζει στον χώρο της απαλλοτρίωσης και η νομολογία.¹¹⁰

Όσο ευρύτερο και συλλογικότερο είναι ένα συμφέρον κατά τη σύγκρουση και στάθμισή του με ένα άλλο τόσο βαρύνει η πλάστιγγα με το

109. Όσον αφορά την παροχή δικηγορικών υπηρεσιών οι προτάσεις αυτές μοιραία θα έχουν ελάχιστη σημασία, αφού πλέον θεωρείται ειδικότερη η διάταξη του άρθρου 73 ΕνΚΠολΔ και κατά συνέπεια προκρίνεται του άρθρου 8 ν. 2251/1994. Βλ. σχεπικά Κ.Παναγόπουλος, Η ευθύνη του δικηγόρου και του συμβολαιογράφου (μετά το ν. 2251/1994), Digesta 1998-2001, 36-41.

110. ΑΠ 74/1992, ΕΕΝ 1993, 213 όπου γίνεται λόγος για «σημαντικής κοινωνικής αξίας έργο». Βλ. επίσης ΑΠ 19/1996, ΝοΒ 1998, 204 και Ι.Καράκωστα, ΝοΒ 2003, 2072, 2080.

μέρος του. Σε περιπτώσεις όπου ένα δικαίωμα αποσκοπεί στην ικανοποίηση ενός συμφέροντος του συνόλου του ελληνικού λαού γίνεται λόγος για εθνικό συμφέρον και ο νομοθέτης το περιβάλλει με την προστασία ενός κανόνα αναγκαστικού δικαίου. Αυτό ισχύει ακόμα και εάν η σχετική ρύθμιση αφορά χώρους του κατεξοχήν ενδοτικού δικαίου, όπως το ενοχικό δίκαιο. Ένα παράδειγμα προς επίρρωση αυτής της θέσης αντλούμε από το ν. 3250/1924 και τον α.ν. 1366/1938, οι οποίες απαγορεύουν την κατάρτιση δικαιοπραξιών με αλλοδαπούς επί ακινήτων που βρίσκονται σε παραμεθόριες περιοχές. Στην εν λόγω περίπτωση το εθνικό συμφέρον προστασίας παραμεθορίων περιοχών υπερτερεί των επιμέρους ατομικών συμφερόντων οικονομικής ανάπτυξης και της βασικής αρχής ελευθερίας των συμβάσεων (ΑΚ 361). Τη στόθμιση αυτή συμφερόντων ακολουθεί παγίως και η νομολογία των πολιτικών δικαστηρίων μας.¹¹¹

2. Εμπράγματα δικαιώματα έναντι οικονομικής αξιοποίησης

Η ιδιοκτησία αποτελεί ένα φυσικό δικαίωμα. Ακόμα και μη ανθρώπινα όντα προσδιορίζουν τον χώρο επιρροής και ιδιοκτησίας τους (π.χ. σκύλοι) ή την προστατεύουν (π.χ. τα πουλιά και πολλά θηλαστικά που προστατεύουν τη φωλιά τους). Αυτό το δικαίωμα ιδιοκτησίας είναι γνωστό και από το μετακλασσικό ρωμαϊκό δίκαιο ως *suum cuique tribuere* («εκάστω το ίδιον απονέμειν»)¹¹². Η προστασία της ατομικής ιδιοκτησίας και η ασφάλεια που δημιουργεί η διατήρηση των κεκτημένων οδηγεί προς οικονομική ανάπτυξη. Κι όμως και αυτό το φυσικό δικαίωμα της ιδιοκτησίας μπορεί να είναι καταστροφικό για το συμφέρον και την ευδαιμονία μιας κοινωνίας σε μια μόνο περίπτωση: όταν ικανοποιεί την ατομική πλεονεξία. Αυτή, εξάλλου, έρχεται σε άμεση σύγκρουση με την έννοια του «νόμου»¹¹³, ο οποίος έχει σκοπό να διανεμίει ισόποσα τα αγαθά. Η πλεονεξία είναι συνώνυμο της αδικίας,¹¹⁴ ενώ

111. Ενδεικτικά ΑΠ 126/1976, ΕΕΝ 1976, 571· ΑΠ 773/1979, ΝοΒ 1980, 58_ ΕφΔωδ 30/1981, ΝοΒ 1982, 481 με σχόλιο Ν. Αλιβιζάτου. Πρβλ. ΟΛΑΠ 8/2001, ΕΕΔ 2001 με σχόλιο Παμπούκη, σ. 392 = ΕΛΛΔνη 2001, 382. Βλ. και *Ι.Καράκωστα*, ΕΛΛΔνη 1998, 509, 514 αλλά και την πρότασή του για μια μεθοδολογικώς ορθότερη αιτιολόγηση σε ΝοΒ 2003, 2072, 2081. Εντούτοις, κατά τη γνώμη μας, η αντίθεση με το άρθρο 26 Συντάγματος δεν είναι προφανής.

112. Από τη γνωστή φράση του Ιουστινιανού «*Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*» (Dig. I 10 1) ή κατά τη βυζαντινή απόδοση στα Βασιλικά, «Παραγγέλματα δέ του νόμου το κοσμίως ζην, άλλων μη βλάπτειν, εκάστω το ίδιον απονέμειν». Βλ. σχετικά και *Π.Σούρλα*, Φιλοσοφία του Δικαίου, τ. Α' (2000), σ. 168.

113. Η λέξη «νόμος» προέρχεται από το ρήμα «νέμω», δηλ. διανέμω. Βλ. σχετικά *Π.Σούρλα*, Φιλοσοφία του Δικαίου τομ. Α (2000), σ. 25.

114. *Αριστοτέλης*, Ηθικά Νικομάχεια, Ε' Βιβλίο. Βλ. και *Π. Σούρλα*, Φιλοσοφία του Δικαίου (2000), σ. 108-109.

η ισότητα στην ιδιοκτησία¹¹⁵ χαρακτηριστικό της ευτυχισμένης κοινωνίας. Ο πλεονέκτης έχει πολύ περισσότερα αγαθά από όσα χρειάζεται, γι' αυτό και δεν ασχολείται με όσα έχει και τα εγκαταλείπει. Κάτι τέτοιο όμως αποβαίνει επιβλαβές για την κοινωνία και πραγματικά άδικο.

Η μη ενασχόληση με περιουσιακά στοιχεία είναι ένδειξη ότι η διανομή αγαθών σε μια κοινωνία δεν έχει γίνει ορθά, με αποτέλεσμα αξιοποίησιμα αγαθά να μένουν αναξιοποίητα. Αχρησία των πόρων παραγωγής σημαίνει οικονομική παραληψία. Την αποτροπή ενός τέτοιου φαινομένου έρχεται να καλύψει η αρχή της οικονομικής αξιοποίησης της περιουσίας.¹¹⁶ Εφαρμογή αυτής της αρχής παρατηρείται στο θεσμό της χρησικτησίας (ΑΚ 1041-1045): η πλάστιγγα γέρνει έναντι του χρησιδεσπόζοντος, ακόμη και όταν νέμεται χωρίς κανένα δικαίωμα το ξένο ακίνητο. Αντίθετα, το δικαίωμα κυριότητας του αδιάφορου κυρίου υποχωρεί.¹¹⁷ Εξάλλου, κατά τη θεωρία¹¹⁸ το συμφέρον οικονομικής αξιοποίησης υπερτερεί έναντι οποιουδήποτε άλλου συμφέροντος στο πλαίσιο εμπράγματων διαφορών.

Υπό την ίδια οπτική γωνία πρέπει να θεωρήσει κανείς την έννοια του παραρτήματος στο ΑΚ 956. Η τέταρτη προϋπόθεση για την αναγνώριση ενός πράγματος ως παραρτήματος είναι «να προορίστηκε για διαρκή εξυπηρέτηση του οικονομικού σκοπού του κυρίου πράγματος». Ο συντάκτης του εν λόγω άρθρου απαιτεί δηλ. από τον δικαστή να ελέγξει εάν το παράρτημα ενός πράγματος μπορεί να αξιοποιηθεί καλύτερα οικονομικά εάν παραμείνει συνδεδεμένο με ένα πράγμα ή αποχωριστεί από αυτό. Στην πρώτη περίπτωση αντιμετωπίζεται ως παράρτημα και δεν αποχωρίζεται από το κυρίως πράγμα για να μην μειώσει την παραγωγική του αξία. Στη δεύτερη περίπτωση, αντίθετα, επιτρέπει στον ιδιοκτήτη του να απαιτήσει την αποκόλληση του παραρτήματος από το πράγμα, ώστε να καταστεί εφικτή η αυτόνομη και καλύτερη οικονομική αξιοποίησή του. Για παράδειγμα πολύ μικρή μπορεί να είναι η οικονομική αξιοποίηση κλειδιών διαμερί-

115. Πρβλ. σχετικά με την ισότητα της ιδιοκτησίας τη θέση του Σοφιστή Φαλέα του Χαλκηδόνιου Αριστοτ., Πολιτικά 1266 a 38 επ.

116. Βλ. για αυτή την αρχή με νομοθετικά παραδείγματα σε Απ.Γεωργιάδη, Εμπράγματο Δίκαιο (2010), § 2 αρ. 38-42. Αναλυτικά σχετικά με την αρχή της οικονομικής αξιοποίησης βλ. Ι.Καράκωστα, Η κατάχρηση δικαιώματος στις εμπράγματα σχέσεις (2004).

117. Η αρχή της οικονομικής αξιοποίησης εμφανίζεται και στην κατάληψη αδέσποτων (ΑΚ 1075 και 1093) ή απολωλόντων (1081-1092). Σε αυτές όμως τις περιπτώσεις η σύγκρουση συμφερόντων είναι λιγότερο αισθητή. Πρβλ. για την εφαρμογή της αρχής της οικονομικής αξιοποίησης στο δικαίωμα προσδοκίας Λαδογιάννη, Το δικαίωμα προσδοκίας (2009), αρ. 184.

118. Βλ. για την πρόταξη αυτή του συμφέροντος σε σχέση με τα άλλα βλ. την τετραμερή κλίμακα του Ι.Σπυριδάκη, Εμπράγματο Δίκαιο, τ. Α' (2001), σ. 9.

σματος με αυτόνομη χρήση τους.¹¹⁹ Εάν δηλ. αξιοποιηθούν μόνο ως μέταλλο· η μορφή τους μένει αναξιοποίητη. Αντίθετα, η μορφοποίηση του μετάλλου αυτού αξιοποιείται πολύ καλύτερα οικονομικά, εάν διατηρηθεί η σύνδεση των κλειδιών με το διαμέρισμα. Το ίδιο ισχύει και για τις δεξαμενές υγρών καυσίμων πρατηρίου.¹²⁰ Η χωριστή μεταχείριση τους ανεξάρτητα από το πρατήριο υγρών καυσίμων σίγουρα αποδίδουν μικρότερο κέρδος στον κάτοχό τους (π.χ. από γεωργό για αποθήκευση σιτηρών), από ότι εάν χρησιμοποιούνται ως αποθήκες υγρών καυσίμων ως συστατικό. Αυτοί οι λόγοι οδηγούν το νομοθέτη στην ενιαία αντιμετώπιση του παραρτήματος και κυρίου πράγματος. Η ενοχική και εμπράγματη δικαιοπραξία για το κύριο περιλαμβάνει και το παράρτημα (ΑΚ 370 και 958 αντίστοιχα), εκτός εάν υπάρχει αντίθετη συμφωνία. Προτάσσεται, λοιπόν, η καλύτερη αξιοποίηση του αντικειμένου, εάν υπάρχει ασυμφωνία, σύγκρουση των συμφερόντων των δυο μερών. Ο νομοθέτης δικαιώνει το συμφέρον, το οποίο έχει συλλογικότερο χαρακτήρα, δηλ. αυτό της εθνικής οικονομίας έναντι αυτού της καλύτερης οικονομικής αξιοποίησης.

Έκφραση της πρόταξης της ικανοποίησης του συμφέροντος οικονομικής αξιοποίησης έναντι της ιδιοκτησίας αποτελεί και ο θεσμός της ειδοποιίας (ΑΚ 1061), όπου ο κατασκευαστής γίνεται κύριος του νέου πράγματος, εάν η εργασία που κατέβαλε έχει αξία προφανώς ανώτερη από εκείνη της πρώτης ύλης. Προκρίνεται δηλ. η προστασία των συμφερόντων εκείνου που ενδιαφέρθηκε για τη περαιτέρω αξιοποίηση της ύλης.¹²¹ Το ίδιο ισχύει σε πάμπολλες άλλες ρυθμίσεις εμπραγμάτου δικαίου, οι οποίες αποβλέπουν στην καλύτερη αξιοποίηση των ακινήτων όπως οι ρυθμίσεις της πρωτότυπης κτήσης της κυριότητας λόγω προσκύρωσης (ΑΚ 1056), πρόσχωσης (ΑΚ 1069) και απόσπασης παραποτάμιου τμήματος (ΑΚ 1070), καθώς επίσης και παραποτάμιων νήσων (ΑΚ 1071) και της εγκαταλειμμένης κοίτης μη πλεύσιμου ποταμού (ΑΚ 1072). Τέλος η αρχή της οικονομικής αξιοποίησης διαπνέει και τις περιπτώσεις κατάληψης αδέσποτου κινητού (ΑΚ 1075), της κτήσης θησαυρού και της κτήσης απολωλός (ΑΚ 1081, 1092-1093). Στην τελευταία περίπτωση δίνεται προβάδισμα στην περαιτέρω χρήση και εκμετάλλευση ενός πράγματος για το οποίο ο αρχικός κύριος έδειξε αδιαφορία με αποτέλεσμα αυτό να παραμένει οικονομικά αδρανές γεγονός που αποδοκιμάζεται από την έννομη τάξη. Η αρχή της οικονομικής αξιοποίησης δεν αποτελεί όμως τη μοναδική περίπτωση πρόταξης του συλλογικού συμφέροντος έναντι του ατομικού.

119. Παράδειγμα από Απ.Γεωργιάδη, Εμπράγματο Δίκαιο2 (2010), αρ. 43.

120. Παράδειγμα από ΠρΛαμ 45/1966, ΝοΒ 1966, 455.

121. Ι.Καράκωστας, Ζητήματα που αναφέρονται υπό το λυκόφως του δικαιώματος της κυριότητας, ΝοΒ 2003, 2072, 2075-2076.

Σε μια εποχή που τον πλούτο κατέχουν όλο και λιγότεροι και η μεσαία αστική τάξη¹²² καθημερινά συρρικνώνεται, η εμμονή στην πρόταξη της συλλογικής οικονομικής ανάπτυξης και της διανομής του πλούτου σε αυτούς που μπορούν με ταχύτερο ρυθμό να τον πολλαπλασιάσουν αποτελεί κοινωνική επιταγή. Προς αυτό τον πολλαπλασιασμό συμβάλλουν και οι νέες μορφές συμβάσεων¹²³ αλλά και η μίσθωση προσοδοφόρων πραγμάτων (ΑΚ 638)¹²⁴. Στις πρώτες οφείλουμε την απεξάρτηση από την κλασική έννοια της κυριότητας, η οποία χωρίς να αναιρείται πλήρως, χάνει ωστόσο σημαντικά στοιχεία του περιεχομένου της και της απόδοσης μεγαλύτερης σημασίας και νομικής προστασίας στις έννοιες της χρήσης και της οικονομικής αξιοποίησης.¹²⁵ Με τη χρηματοδοτική μίσθωση, όπως ρυθμίστηκε με το ν. 1665/1986, παρατηρούμε ότι προτάσσεται το συμφέρον οικονομικής αξιοποίησης ενός πράγματος σε σχέση με την προστασία της ιδιοκτησίας και δίνεται η δυνατότητα στον ενδιαφερόμενο να αποκτήσει χρήση πράγματος κινητού ή ακινήτου και να αντλεί όλες τις ωφέλειες από αυτό ως «οικονομικός κύριος».¹²⁶ Αντίθετα το δικαίωμα κυριότητας της εταιρείας leasing εμφανίζεται απογυμνωμένο καθώς της αφαιρείται το δικαίωμα διάθεσης του πράγματος μετά την καταχώριση στα δημόσια βιβλία αλλά παράλληλα απαλλάσσεται από την ευθύνη ελαττωμάτων του μισθίου.¹²⁷

Παρόμοια δυνατότητα εκμετάλλευσης της εμπορικής φήμης, της οργάνωσης και τεχνογνωσίας δικαιιοπαρόχου καθίσταται, σήμερα, δυνατή προς όφελος του δικαιοδόχου μέσω τη σύμβασης δικαιόχρησης (franchising). Αποτελεί και αυτή νέα μορφή συμβάσεως που δίνει πλεονέκτημα σε ένα νέο επιχειρηματία, ο οποίος χρειάζεται πάρα πολύ χρόνο, χρήμα και πρόσβαση σε πληροφορίες, για να γίνει γνωστός και να επιβιώσει τον υπέρμετρο αντα-

122. Χαρακτηριστικά ο Σταγειρίτης Αριστοτέλης, υπέρμαχος της «μεσότητας» στο 6ο και 7ο βιβλίο των *Πολιτικών* του εναντιώνεται στην υπερβολική συγκέντρωση πλούτου και ιδίως στην ύπαρξη μεγάλων περιουσιακών διαφορών των πολιτών και υποστηρίζει πως στην καλύτερη δυνατή πολιτεία μπορεί να πλησιάσει μάλλον μια πόλις που διαθέτει ισχυρή μέση τάξη. Βλ. και *Π.Σούρλα*, Φιλοσοφία του Δικαίου Α' (2000), σ. 128.

123. Βλ. γενικά *Απ.Γεωργιάδη*, *Νέες Μορφές Συμβάσεων* (2008) και ειδικά για την προστασία του ασθενέστερου σε αυτές τις συμβάσεις στο ίδιο βιβλίο σ. 19.

124. Βλ. για ερμηνεία του σχετικού άρθρου *Λασκαρίδη* σε ΣΕΑΚ Ι, σ. 1204-1207.

125. *Ι.Καράκωστας*, *Η κατάχρηση δικαιώματος στις εμπράγματες σχέσεις* (2009), σ. 25-26.

126. *Παπαρσενίου*, *Η σύμβαση χρηματοδοτικής μίσθωσης* (1994), σ. 2· *Παπαποστόλου*, *Ζητήματα από το ν. 1665/1986 για τη χρηματοδοτική μίσθωση (leasing)*, ΝοΒ 1988, 1563. Βλ. επίσης *Αιτ. Έκθεση ν. 1663/1986* και *Απ.Γεωργιάδη*, *Νέες Μορφές Συμβάσεων της Σύγχρονης Οικονομίας* (2008), σ. 25 επ.

127. *Ι.Καράκωστας*, ΝοΒ 2003, 2072, 2073-2074 και *του ιδίου*, *Η καταχρηστική άσκηση δικαιώματος στις εμπράγματες σχέσεις* (2009), σ. 26-28.

γωνισμό των μεγάλων αστικών κέντρων.¹²⁸ Παράλληλα εμφανίζει μεγάλα οφέλη για τον καταναλωτή.¹²⁹

Επιπλέον, η χρονομεριστική μίσθωση (ν. 1652/1986 – time sharing)¹³⁰ ευνοεί την εντακτική εκμετάλλευση τουριστικών θέρετρων (αυξάνονοντας την ανταγωνιστικότητα και την εισροή συναλλάγματος) από τον χρονομεριδούχο. Ο τελευταίος απολαμβάνει σχεδόν όλα τα δικαιώματα του αγοραστή, για ορισμένο όμως χρονικό διάστημα και χωρίς να καταβάλει τόσο μεγάλο κεφάλαιο όσο είναι απαραίτητο για την αγορά των θέρετρων. Όλες αυτές οι νέες μορφές συμβάσεων και ιδιαιτέρως η τελευταία μπορούν να συμβάλλουν –εάν τύχουν ακόμα ευρύτερης εφαρμογής– στην απόλαυση οικονομικής προόδου και σε μη έχοντες ιδιοκτησιακά στοιχεία ή κεφάλαια, δηλ. πλουτισμό και απαλλάσσοντάς του από τους δυσμενείς φόρους μεταβίβασης και ιδιοκτησίας. Για να υπάρξει, όμως, πληρέστερη προστασία των μη εχόντων και ασθενέστερων, ευκταίο θα ήταν ένας προληπτικός και κατασταλτικός διοικητικός έλεγχος των όρων συναλλαγής (π.χ. από την ΕΠ.ΑΝΤ.), ώστε ο ασθενέστερος, χρήστης και καρπωτής του πράγματος, να μην δεσμεύεται με «λεόντειους όρους».

Άλλη μια περίπτωση πρόταξης του συμφέροντος της οικονομικής αξιοποίησης έναντι του συμφέροντος εμπράγματης εξασφάλισης του δανειστή αποτελεί το ενέχυρο σε κινητό χωρίς παράδοση. «Η επιλογή από την πλευρά της έννομης τάξης που τείνει προς την αξιοποίηση των αγαθών και την άντληση από αυτά όσο το δυνατόν μεγαλύτερης ωφέλειας για το κοινωνικό σύνολο και για τα άτομα έγινε σαφής και με τις ρυθμίσεις του ν. 2884/2000».¹³¹ Ο ν. 2844/2000 γενίκευσε την έννοια του πλάσματικού ενεχύρου, η οποία προβλεπόταν στο ΑΚ 1214, αλλά δεν είχε εκδοθεί ειδικός νόμος που καθόριζε τα σχετικά με το ειδικό δημόσιο βιβλίο. Με τη πρόβλεψη στον προαναφερθέντα νόμο (άρθρο 3 αυτού) ενέχυρου σε κινητά χωρίς παράδοσή του από τους επιχειρηματίες και επαγγελματίες δίνεται η δυνατότητα χρήσης του ενεχύρου και οικονομικής του αξιοποίησης, τόσο προς δικής του ευημερίας όσο και εξόφλησης των οφειλών του απέναντι στον δανει-

128. Βλ. Γιαννακάκη, Νομικό καθεστώς και πρακτική της σύμβασης δικαιόχρησης στην Ελλάδα, ΔΕΕ 1997, σ. 1047· Απ.Γεωργιάδη, Νέες μορφές συμβάσεων της σύγχρονης οικονομίας (2008), σ. 218-229.

129. Βλ. σχετικά Ι.Καράκωστα, Η καταχρηστική άσκηση δικαιώματος στις εμπράγματα σχέσεις² (2009), σ. 30.

130. Για την πρωτοεμφάνιση αυτού του νομικού μορφώματος σε χειμερινά θέρετρα στη Γαλλία βλ. Χαρίση, Η σύμβαση χρονομεριστικής μίσθωσης (time-sharing), ΕΒΜΠΔ 1997, 465 και Σταματιάδη, Η σύμβαση χρονομερισμού (2003), σ. 20.

131. Ι.Καράκωστα, ΝοΒ 2003, 2072, 2074 και του ιδίου, Η καταχρηστική άσκηση δικαιώματος στις εμπράγματα σχέσεις² (2009), σ. 40-42.

στή. Έτσι, περιορίζεται η προστασία του ενεχύρου χάριν της οικονομικής αξιοποίησής του.

Εν κατακλείδι παρατηρούμε ότι η αρχή της οικονομικής αξιοποίησης αποτελεί μια έκφραση της εξής στάθμισης: το συλλογικό συμφέρον υπερτερεί του ατομικού. Δυσχερέστερη είναι η απάντηση όταν και τα δυο συγκρουόμενα συμφέροντα είναι συλλογικά. Αυτή τη σύγκρουση συμφερόντων εξετάζουμε στη συνέχεια.

3. Σύγκρουση δυο συλλογικών συμφερόντων

Ο νομοθέτης, όταν βρίσκεται αντιμέτωπος με μια σύγκρουση δυο συλλογικών συμφερόντων, φαίνεται να προκρίνει το συλλογικότερο αγαθό. Έτσι, για παράδειγμα, στο άρθρο 1§1 α.ν. 1366/1938 όπως τροποποιήθηκε από τον ν. 1892/1999¹³² σχετικά με την απαγόρευση επί ποινή ακυρότητας υποσχετικών και εκπαιδευτικών δικαιοπραξιών ακινήτων σε παραμεθόριες περιοχές έχουμε την εξής σύγκρουση συμφερόντων: το συμφέρον της εθνικής κυριαρχίας συγκρούεται με το συμφέρον οικονομικής ανάπτυξης των παραμεθόριων περιοχών. Η αρχή της οικονομικής ανάπτυξης των παραμεθόριων περιοχών επιβάλλει την διαφύλαξη της ελευθερίας των συναλλαγών. Η εξαίρεση, όμως, από το εκπαιδευτικό μέρος μιας σύμβασης των ακινήτων παραμεθορίων περιοχών περιορίζει σημαντικά την ελευθερία διαμόρφωσης των συμβάσεων. Μια τέτοια, σπάνια και μη ομαλή κατάσταση που δεν επιτρέπει την ομαλή εξέλιξη των συμβάσεων και, κατά συνέπεια, παρακωλύει την οικονομική ανάπτυξη και ικανοποίηση ενός συλλογικού συμφέροντος. Εντούτοις, ο νομοθέτης προτάσσει ένα εθνικό συμφέρον έναντι της οικονομικής ανάπτυξης μιας παραμεθόριας περιοχής και δη το συμφέρον διαφύλαξης της εδαφικής ακεραιότητας της χώρας μας. Η στάθμιση αυτή συμφερόντων μας οδηγεί στο εξής συμπέρασμα: μεταξύ δυο συλλογικών αγαθών υπερισχύει αυτό που έχει συλλογικότερο χαρακτήρα.

132. «απαγορεύεται, επί ποινή απολύτου ακυρότητας, πάσα δικαιοπραξία εν ζωή δι' της συνίσταται υπερ φυσικών ή νομικών προσώπων οιονδήποτε εμπράγματον δικαίωμα ή συνάπτεται δι' αυτής μίσθωσις ή άλλη ενοχική σχέσις αφορώσα ακίνητα οιασδήποτε φύσεως και εκτάσεως ανήκοντα εις φυσικά ή νομικά πρόσωπα και κείμενα εις παραμεθόριους περιοχάς ... ». Βλ. σχετικά και Απ.Γεωργιάδη, Εμπράγματο Δίκαιο (2010), § 43, αρ. 41-45, ιδίως 45.

IV. Συμφέροντα διαφορετικής φύσης

1. Οικονομικό συμφέρον έναντι ηθικού

Μας είναι γνωστό, αν και αντίθετο στο νομικό μας ευρωπαϊκό πολιτισμό, ότι κατά την οικονομική ανάλυση δικαίου ηθική στο ιδιωτικό δίκαιο δεν χωρεί. Ό,τι δηλαδή είναι αποτελεσματικότερο για την οικονομία μας, αυτό είναι και δικαιότερο εξ απόψεως ιδιωτικού δικαίου. Αυτή όμως η θέση αποτελεί και τη βαθύτερη αιτία της οικονομικής κρίσης του δυτικού πολιτισμού. Η τήρηση της ηθικής¹³³ φέρνει ταχύτερη ανάπτυξη από το ατομοκεντρικό κυνήγι του κέρδους. Ο ηθικός εργαζόμενος, που απασχολείται σε μια επιχείρηση χωρίς να διαμαρτύρεται, με απεργίες σε βάθος χρόνου ωφελείται παραπάνω από αυτόν τον εργαζόμενο, ο οποίος με την άσκηση αδέσποτων¹³⁴ ή απροειδοποίητων¹³⁵ απεργιών επιδιώκει να φτάσει γρήγορα σε υψηλό μισθό. Ο πρώτος οδηγώντας το σύνολο της εταιρίας σε ευμάρεια δημιουργεί υγιείς προϋποθέσεις αύξησης του μισθού του, ενώ ο τελευταίος απολαμβάνει μια τέτοια αύξηση βραχύχρονα, αφού η πρόταξη του ατομικού του συμφέροντος (οικονομική άνεση) βαίνει εις βάρος του συλλογικού (οικονομική πρόοδος της εταιρίας).¹³⁶ Η τελευταία συμπεριφορά, εάν έχει συνεχή και ευρύτερο χαρακτήρα οδηγεί την εταιρεία σε οικονομική παρακμή και στη χειρότερη περίπτωση σε πτώχευση.

Η ηθική βοηθά επιπλέον την ανάπτυξη σχέσεων εμπιστοσύνης που προφυλάσσουν μια συναλλακτική σχέση από περιττά έξοδα π.χ. η φερεγγυότητα πωλητή μας απαλλάσσει από έξοδα ελέγχου τίτλων ή η αξιοπιστία του εκδότη συναλλαγματικής από έξοδα χρόνου και χρήματος για τον έλεγχο της πιστοληπτικής του ικανότητας. Έθος λοιπόν σημαίνει οικονομία χρόνου και χρήματος – πέρα του ευεργετικού αποτελέσματος που έχει

133. Αν και το δίκαιο διαφοροποιείται από την ηθική εντούτοις υπάρχει μια σχέση ανάμεσά τους. Έτσι, για παράδειγμα γίνεται λόγος για «ηθική υπόσταση» της προσωπικότητας· βλ. σχετικά Απ. Γεωργιάδη, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου³ (2002), § 12, αρ. 8. Στην προκειμένη έρευνα με τον όρο «ηθική» εννοείται η «κοινωνική» και όχι η «απόλυτη ηθική», δηλ. «το συναίσθημα περί ηθικής του κατά γενική αντίληψιν χρηστού, έμφρονα και υγιώς σκεπτόμενου ανθρώπου»· ΑΠ 821/1977, ΝοΒ 1978, 669· ΑΠ 398/1975, 1164· ΑΠ 326/1974, ΝοΒ 1974, 1997.

134. Βλ. σχετικά με την παρανομία αυτών των απεργιών Γ. Λεβέντη, Συλλογικό Εργατικό Δίκαιο² (2007), 662.

135. *Ibid* σ. 690.

136. Εξάλλου, η απεργία αποτελεί ένα αγωνιστικό δικαίωμα που επιδιώκει την ικανοποίηση όχι ιδιωτικού αλλά συλλογικού («δημόσιου») συμφέροντος και, επομένως, η άσκησή του κατ' αυτόν τον τρόπο αποτελεί καταχρηστική άσκησή του. Βλ. σχετικά ΑΠ 33/1987, ΝοΒ 1988, 324· ΑΠ 788/1986, ΝοΒ 1986, 329· Παπασταύρου, Απεργία² (1995), σ. 96.

στη ψυχική διάθεση των συναλλασσόμενων μερών, η οποία βοηθά στην αύξηση της παραγωγικότητάς τους.

Για τους παραπάνω λόγους είναι απολύτως εύλογη η στάθμιση συμφερόντων στην οποία προβαίνει ο συντάκτης του ΑΚ προς πρόταξη του ηθικού συμφέροντος έναντι του οικονομικού. Έτσι, για παράδειγμα η προσβολή ενός ηθικού συμφέροντος (π.χ. δυσφήμιση ενός προσώπου) δικαιολογεί την προσβολή του οικονομικού συμφέροντος του προσβάλλοντος προσώπου (αποζημίωση λόγω ηθικής βλάβης ΑΚ 57 σε συνδ. με ΑΚ 932), ενώ η προσβολή ενός οικονομικού συμφέροντος (π.χ. παράνομη διέλευση από ιδιοκτησία κάποιου ή μεταβίβαση πράγματος μικρότερης αξίας του συμφωνηθέντος) δεν δικαιολογεί την προσβολή ηθικού συμφέροντος (π.χ. εξύβριση του πωλητή). Την ίδια θέση λαμβάνει ο νομοθέτης και στη σύγκρουση οικονομικού συμφέροντος με μεικτό. Έτσι, στο δίλημμα για το εάν πρέπει να επιτρέψει την τουριστική ανάπτυξη παραθαλάσσιας περιοχής ώστε να επέλθει και η ικανοποίηση ενός συλλογικού οικονομικού συμφέροντος ή να προστατέψει το περιβάλλον ως μέρος της προσωπικότητας των κατοίκων μιας περιοχής (ηθικό δικαίωμα) αλλά και μέσο βιοπορισμού τους (π.χ. προστασία των αλιευμάτων), αφού μόλυνση του περιβάλλοντος συνεπάγεται μείωση και του αλιευτικού πλούτου μιας περιοχής, προτάσσει το τελευταίο (προστασία του μικτού δικαιώματος περιβάλλοντος).¹³⁷ Επομένως, το ηθικό ή μεικτό συμφέρον υπερισχύει του οικονομικού, αφού τα πρώτα περιλαμβάνουν έστω και έμμεσα το δεύτερο, ενώ το αντίστροφο δεν είναι δυνατό.

2. Το συμφέρον της υγείας και τεχνητή γονιμοποίηση

Συγκρούσεις με το συμφέρον της υγείας ανακύπτουν συχνά όχι μόνο στην ελληνική αλλά και σε αλλοδαπές έννομες τάξεις¹³⁸. Εφαλτήριο τέτοιων συγκρούσεων αποτελεί η τεχνητή γονιμοποίηση με άγνωστο δότη σπέρ-

137. Χαρακτηριστικό της μικτής φύσης αυτού του δικαιώματος είναι ότι το περιβάλλον προστατεύεται κυρίως για τη διασφάλιση των φυσικών πόρων· βλ. σχετικά άρθρο 1 § 2 περ. δ' ν. 1650/1986. Για τον υπερατομικό χαρακτήρα της αξίωσης προστασίας του περιβάλλοντος βλ. και Α.Καλαβρό, Προστασία των περιβαλλοντικών αγαθών και ευθύνη από τον Αστικό Κώδικα (2009), σ. 224-225. Πρβλ. επίσης Αγγ.Κορνηλάκη, Η αθέτηση της αμφοτεροβαρούς σύμβασης (2009), σ. 319-320 για τη θεώρηση του αστικού δικαίου περιβάλλοντος υπό το φώς της οικονομικής ανάλυσης του δικαίου. Ενδιαφέρον και το οικονομικό μοντέλο προστασίας περιβάλλοντος του Γέμπτου, Αναλογικότητα και οικονομική αποτελεσματικότητα, σε Τιμ.Τομ Σταθόπουλου Ι (2010), σ. 221, 229 επ.

138. Για σταθμίσεις συμφερόντων στις αμερικανικές υποθέσεις Schiavo και Quinlan αναφορικά με την αυτοκτονία βλ. J.Wolfson, "Eting on the Side of Theresa Schiavo, Reflections of the Special Quardian ad item" the Hastings Center Report 35, No 3 (2005):16-19 και Quinlam 355 A.2d., Supreme Court of New Jersey 1976 αντίστοιχα.

ματος. Σε αυτή την περίπτωση υπάρχει ενδεχόμενο το παιδί να αναζητήσει τον πατέρα του είτε από περιέργεια είτε για λόγους υγείας. Στην πρώτη περίπτωση η απάντηση είναι δυσχερής. Το συμφέρον πληροφόρησης του παιδιού (άρθρο 5^Α Συντάγματος και άρθρο 12 ν. 2472/1997) και το συμφέρον ανωνυμίας του δότη σπέρματος (άρθρο 9^Α Συντάγματος) έχουν την ίδια φύση (προσωπικό συμφέρον) και γι' αυτό είναι δύσκολο να υπερτερήσει ένα από τα δυο. Επειδή σε περίπτωση άρσης της ανωνυμίας του δότη θα έπαιξαν να υπάρχουν δότες σπέρματος,¹³⁹ οπότε θα κινδύνευε ένα συλλογικό συμφέρον αναπαραγωγής, σε μια περίοδο μάλιστα που το 15% του παγκόσμιου πληθυσμού εμφανίζει υπογονιμότητα,¹⁴⁰ μάλλον θα πρέπει να δεχτούμε ότι το συλλογικότερο αυτό συμφέρον υπερσχύει του ατομικού συμφέροντος του παιδιού για γνώση. Με το συλλογικότερο συμφέρον αναπαραγωγής του πληθυσμού συρρέει και το συμφέρον των «κοινωνικών» γονέων και του τέκνου για οικογενειακή ειρήνη. Σε αυτή ακριβώς τη στάθμιση προέβη και ο συντάκτης του ΑΚ 1460, ο οποίος προτάσσει το συμφέρον του δότη, αποκλείοντας την πρόσβαση στο απόρρητο αρχείο των τραπεζών σπέρματος τόσο στους θετούς γονείς όσο και στο παιδί.¹⁴¹

Στη δεύτερη περίπτωση, βούλησης γνώσης του δότη όχι από περιέργεια αλλά από λόγους υγείας,¹⁴² η απάντηση θα πρέπει να είναι διαφορετική. Εάν δηλ. το τέκνο εμφανίζει συμπτώματα λευχαιμίας και χρειάζεται μόσχευμα μυελού οστών ή δυσλειτουργία στο νεφρό και απαιτείται μεταμόσχευσή του, σίγουρα η γνώση του δότη πατέρα του και της οικογένειάς του θα μπορούσε να φανεί λυσιτελής για την ανεύρεση δότη μοσχεύματος.¹⁴³ Μια τέτοια είδους πληροφόρηση με σκοπό τη σωτηρία της ζωής ή ακόμα και της

139. Σταμπέλου σε Γεωργιάδη/Σταθόπουλο, άρθρο 1469, αρ. 4 με εκτενείς παραπομπές στη βιβλιογραφία και την Εισηγητική Έκθεση της Νομοπαρασκευαστικής Επιτροπής.

140. Βλ. πορίσματα 4ου Πανελληνίου Συνεδρίου Ενδομητρίωσης 15-17 Οκτωβρίου 2010, Κρήτη (υπό έκδοση).

141. Αντίθετη με παραπομπή στη μειοψηφούσα άποψη της κατά της συνεδριάσης της Νομοπαρασκευαστικής Επιτροπής Σταμπέλου σε Γεωργιάδη/Σταθόπουλο, άρθρο 1460, αρ. 6 και Αγαλλοπούλου, Ιατρική υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή και ανωνυμία τρίτων δωτών γεννητικού υλικού, σε ΤιμΤομ Σταθόπουλου Ι (2010), σ. 1, 19 με δικαιολογικές αναφορές.

142. Η πιθανότητα αιμομιξίας, κατά τη γνώμη μας, δεν είναι ισχυρό επίχειρημα, καθώς η πιθανότητα το τέκνο του δότη να συνάψει γάμο με συγγενείς του είναι πάρα πολύ μικρή. Αντίθετη Σταμπέλου, Τα τεκμήρια της πατρότητας από γάμο κατά τον ΑΚ – Θεώρηση υπό το πρίσμα της βιολογικής αλήθειας και ισότητας, σ. 154-155.

143. Το αυτό ισχύει και για συμπτώματα αρθρίτιδας (πρήξιμο στη σπονδυλική στήλη) ή συστηματικού ερυθηματώδη λύκου (άγνωστη μορφή δερματοπάθειας ή μούδιασμα), για τα οποία δεν μπορεί να εντοπιστεί η αιτία. Σίγουρα θα βοηθούσε στη διάγνωση και άμεση καταστολή των συμπτωμάτων αυτών η πρόσβαση στο αρχείο του

υγείας του τέκνου αποτελεί ένα συμφέρον που πρέπει να υπερισχύσει της προστασίας προσωπικών δεδομένων του δότη, κι αυτό γιατί η υγεία είναι υπέρτατο αγαθό (*salus aegroti suprema lex*)¹⁴⁴. Αυτή τη στάθμιση δέχεται ο νομοθέτης στο εδ. β' § 1 άρθρο 1460 ΑΚ, το οποίο δέχεται, κατ' εξαίρεση την πρόσβαση στο άκρως απόρρητο αρχείο των δοτών σπέρματος¹⁴⁵, το οποίο περιέχει στοιχεία ταυτότητάς τους. Με αυτή την πρόσβαση δίνεται η δυνατότητα στο τέκνο να ζητήσει, επιπλέον, πληροφορίες για την ιατρική κατάσταση του πατέρα του μετά την δόση σπέρματος, αποκλειστικά για λόγους υγείας. Με μεγάλη πραγματικά διάκριση προβαίνει ο νομοθέτης στις δυο προαναφερθείσες περιπτώσεις σε μια ορθή στάθμιση συμφερόντων.

Κατά συνέπεια, το συμφέρον υγείας προτάσσεται όχι μόνο άλλων ατομικών συμφερόντων αλλά ακόμα και συλλογικών. Αυτό το συμφέρον αποτελεί και τη μοναδική περίπτωση εξαίρεσης από τον κανόνα «το συλλογικό συμφέρον υπερτερεί του ατομικού», τα οποία μπορούμε να δεχτούμε. Στην αρχαιότητα ακολουθήθηκε αντίθετη στάση. Η προστασία της ζωής της Ιφιγένειας θεωρήθηκε συμφέρον μικρότερης αξίας από το συλλογικό συμφέρον έγκαιρης απόπλευσης του πολεμικού στόλου των Ελλήνων προς την Τροία. Μια τέτοια, όμως, στάθμιση παραπέμπει σε πρωτόγονες και βάρβαρες θεωρήσεις που θέλει να αποφύγει ο σύγχρονος νομικός πολιτισμός.

Δ. ΕΠΙΛΟΓΟΣ

Οι παρούσες οικονομικές και κοινωνικές συνθήκες επιβάλλουν την επανεξέταση του δικαϊκού μας συστήματος, ώστε να διατηρηθεί η «τάξη της μεσότητας», η αστική τάξη. Καθότι, καθημερινά, α) αποφλοιώνονται χαμηλά αστικά στρώματα και έλκονται προς τα όρια της φτώχειας και β) η ικανοποίηση ατομικών συμφερόντων οδήγησε στην αδιαφορία και εγκατάλειψη του συλλογικού συμφέροντος, η κοινωνική ανάγκη για ευδαιμονία της κοινωνίας μας επιτάσσει την πρόταξη δυο συμφερόντων: του συλλογικού και αυτό του ασθενέστερου. Ο νομοθέτης έχει προβεί στο παρελθόν σε ορισμένες αξιολογικές κρίσεις και σταθμίσεις συμφερόντων τις οποίες μπορού-

δότη σπέρματος, ώστε να διαπιστωθεί εάν το τέκνο έχει μια προδιάθεση στις εν λόγω ασθένειες.

144. Δαγτόγλου, Ατομικά Δικαιώματα, τ. Α' (1991), αρ. 342. Βλ. και προπτυχιακή εργασία στη Νομική Σχολή ΕΚΠΑ Μπαμπαλετάκη, Βιοϊατρική και Σύνταγμα (2006), σ. 42-43 προσβάσιμη σε <http://www.jurisconsultus.gr/pubs/uploads/1956.pdf> (τελευταία επίσκεψη 17/12/2010).

145. Για το αρχείο αυτό βλ. άρθρο 20 § 2 δ' ν. 2472/1997 και Σταμπέλου σε Γεωργιάδη/Σταθόπουλο, άρθρο 1460, αρ. 23-26.

με να συνοψίσουμε στις εξής δυνάδες ενός «πίνακα αξιών»: 1. Η προστασία του ασθενέστερου υπερτερεί της ιδιωτικής αυτονομίας 2. Η προστασία του ασθενέστερου υπερτερεί της αρχής της υπαιτιότητας 3. Η ανάγκη οικονομικής αξιοποίησης υπερτερεί της προστασίας της ιδιοκτησίας 4. Το συλλογικό συμφέρον υπερτερεί του ατομικού 5. Το υπερσυλλογικό (π.χ. εθνικό) υπερτερεί του (απλώς) συλλογικού 6. Το ηθικό ή μικτό υπερισχύει έναντι του οικονομικού 7. Η προστασία της υγείας υπερτερεί έναντι ακόμα και συλλογικού συμφέροντος.

Σε ορισμένες, βέβαια, περιπτώσεις δεν έχει γίνει σωστή αξιολόγηση από το νομοθέτη, ο οποίος τάσσεται υπέρ συμφερόντων, τα οποία δεν πρέπει να προστατευτούν σύμφωνα με τις προαναφερθείσες αρχές. Για παράδειγμα, σε ορισμένες περιπτώσεις, οι οποίες εξετάστηκαν, ο οφειλέτης/εναγόμενος δεν είναι ασθενέστερος από το δανειστή/ενάγοντα και κατά συνέπεια τα συμφέροντά του δεν πρέπει να προτάσσονται. Το ίδιο ισχύει και για την προστασία του λήπτη ανεξαρτήτων υπηρεσιών, ο οποίος προστατεύεται, αν και συχνά είναι ισχυρότερος από τον παρέχοντα ανεξάρτητες υπηρεσίες. Τέλος, στις επαγγελματικές μισθώσεις σε ορισμένες ειδικές περιπτώσεις ο εκμισθωτής μπορεί να χρήζει προστασίας ή τουλάχιστον απαλλαγής από τους δυσμενείς όρους που προβλέπει το σημερινό νομοθετικό πλαίσιο καταγγελίας της επαγγελματικής μίσθωσης. Ως προς αυτές τις περιπτώσεις απαραίτητη είναι η περαιτέρω έρευνα νομοθετικών τροποποιήσεών τους, ώστε να αρθεί η σύγκρουση με τις προαναφερθείσες αρχές του «πίνακα αξιών».

Σε δεύτερο στάδιο απαραίτητο είναι να εξεταστεί α) εάν η νομολογία ακολουθεί με συνέπεια αυτές τις αξιολογικές σταθμίσεις συμφερόντων, που συνάγονται από τη νομοθεσία και β) εάν ανακύπτουν στην πράξη και άλλες συγκρούσεις συμφερόντων, τις οποίες οφείλει να λύσει η νομολογία χωρίς, όμως, νομοθετική καθοδήγηση, για τις οποίες δηλ. δεν υπάρχει νομοθετική ρύθμιση. Αυτές τις περιπτώσεις επιφυλασσόμεθα να εξετάσουμε σε μελλοντική έρευνα, καθότι δεν το επιτρέπει ο χώρος του παρόντος Τιμητικού Τόμου.

Παράλειψη, όμως, της παρούσης συμβολής στον προκείμενο Τιμητικό Τόμο θα ήταν να μη γίνει αναφορά και στην ορθή στάθμιση συμφερόντων, στην οποία προέβαινε πάντα το τιμώμενο πρόσωπο. Ένα πρόσωπο πρόθυμο πάντα να προτάξει τον ασθενέστερο φοιτητή ή συμπολίτη έναντι οποιονδήποτε συμφερόντων. Ένα πρότυπο το οποίο φαίνεται και εμείς, οι φοιτητές της, μαζί με την υπόλοιπη κοινωνία, να μην ακολουθούμε, αφού δεν της αποδίδουμε το ελάχιστο από τα ψυχικά και γνωστικά αποθέματα που μας μοίρασε απλόχερα.