

# «Το Δίκαιο των Βιβλίων και το Δίκαιο της Πράξης» Η Πτώση του Νομικού Φορμαλισμού και η Οικονομική Ανάλυση του Δικαίου

του Αριστείδη Χατζή<sup>1</sup>

*The life of the law has not been logic: it has been experience.*  
Oliver Wendell Holmes (1880: 234)

## 1. Εισαγωγή

Στο κείμενο αυτό θα ασχοληθώ με ένα θέμα που στην Ελλάδα δεν συζητείται συχνά, τουλάχιστον σε θεωρητικό επίπεδο. Το ερώτημα που θα με απασχολήσει ακούγεται απλό αλλά δεν είναι καθώς έχει να κάνει όχι μόνο με τη μεθοδολογία της νομικής επιστήμης αλλά και με τους σκοπούς της. Λίγοι θα αμφισβητήσουν ότι το δίκαιο έχει ως βασικό σκοπό τη ρύθμιση της κοινωνίας δηλαδή της ανθρώπινης συμπεριφοράς όπως αυτή εκδηλώνεται στις κοινωνικές σχέσεις και στην οικονομική ζωή. Βασικός στόχος του δικαίου είναι η επίτευξη ή τουλάχιστον η διευκόλυνση της ομαλής κοινωνικής συμβίωσης και της κοινωνικής ευημερίας. Όμως μπορείς να ρυθμίσεις την κοινωνία χωρίς να την γνωρίζεις; Μπορείς να ρυθμίσεις την κοινωνία διαθέτοντας μόνο τα εργαλεία και τις έννοιες της νομικής επιστήμης (δηλ. μιας δεοντολογικής επιστήμης); Μπορείς τελικά να υπηρετείς μία νομική επιστήμη αυτόνομη και απομονωμένη (ή μάλλον αδιάβροχη) από τα πορίσματα των κοινωνικών επιστημών;

Τα ερωτήματα αυτά φαίνονται καταρχήν ρητορικά καθώς εμπεριέχουν και την απάντησή τους: κανείς σοβαρός νομικός ή κοινωνικός επιστήμονας δεν θα μπορούσε να απαντήσει ναι – σε κανένα από τα τρία. Όμως η τυχόν υποθετική συμφωνία στη θεωρία έχει μικρή αξία όταν δεν συνοδεύεται από ανάλογες επιλογές στη νομική πράξη: στην παραγωγή του δικαίου, στην εφαρμογή του και στην ερμηνεία του. Οι επιλογές αυτές, στην περίπτωση της ελληνικής νομικής επιστήμης, οδηγούν σε ένα και μόνο συμπέρασμα: την απόλυτη κυριαρχία του νομικού φορμαλισμού.

---

<sup>1</sup> Επίκουρος Καθηγητής Φιλοσοφίας Δικαίου & Θεωρίας Θεσμών, Τμήμα Μ.Ι.Θ.Ε., Πανεπιστήμιο Αθηνών. Διδάκτωρ του Πανεπιστημίου του Σικάγο. Το παρόν κείμενο παρουσιάστηκε σε προγενέστερη μορφή σε διάλεξη με τον ίδιο τίτλο που δόθηκε στις 15 Απριλίου 2008, στα πλαίσια της σειράς διαλέξεων που οργάνωσε το Τμήμα Μ.Ι.Θ.Ε. με γενική θεματική «Το Πανεπιστήμιο Σήμερα». Ευχαριστώ όλους τους συμμετέχοντες στη συζήτηση για τα ιδιαίτερα χρήσιμα σχόλιά τους αλλά κυρίως τον αείμνηστο Στέφανο Μαθθία, πρώην Πρόεδρο του Αρείου Πάγου και τον Ιωάννη Καρακώστα, πρώην Αντιπρύτανη του ΕΚΠΑ και Καθηγητή της Νομικής Σχολής. Ο κ. Καρακώστας ήταν αυτός που μου έδωσε την ευκαιρία να διδάσκω το μάθημα «Δίκαιο και Οικονομικά» στη Νομική Σχολή του Πανεπιστημίου Αθηνών από το 2004 μέχρι σήμερα. Τον ευχαριστώ ιδιαίτερα και γι' αυτό. Το κείμενο αφιερώνεται στον Καθηγητή και Πρώην Πρύτανη του Πανεπιστημίου Αθηνών, Πέτρο Γέμτο, τον άνθρωπο που έφερε την οικονομική ανάλυση του δικαίου (αλλά και εμένα!) στην Ελλάδα. Του οφείλω πολλά.

Στο κείμενο που ακολουθεί θα αναφερθώ αρχικώς, σύντομα, στη σχετική θεωρητική συζήτηση που ξεκίνησε ήδη από τα τέλη του 19<sup>ου</sup> αιώνα στην Ευρώπη και από τις αρχές του 20<sup>ου</sup> αιώνα στις Η.Π.Α. Θα επικεντρωθώ κυρίως στα δύο σημαντικότερα παραδείγματα αμφισβήτησης της αυτονομίας του δικαίου – ένα μάλλον αποτυχημένο και ένα πετυχημένο: τον αμερικάνικο νομικό ρεαλισμό και την οικονομική ανάλυση του δικαίου αντίστοιχα. Στη συνέχεια θα δώσω μεγαλύτερη έμφαση στην συνεισφορά της οικονομικής ανάλυσης του δικαίου στην απαξίωση του νομικού φορμαλισμού με μία σειρά παραδειγμάτων από τη διεθνή βιβλιογραφία αλλά και από την ελληνική πραγματικότητα που κυρίως προέρχονται από έρευνες δικές μου και των συνεργατών μου. Στο τέλος θα καταλήξω κάνοντας δύο προτάσεις για την αναμόρφωση της νομικής εκπαίδευσης στην Ελλάδα προς την κατεύθυνση της καλύτερης συνεργασίας της Νομικής Επιστήμης με τις Κοινωνικές Επιστήμες αλλά και τον εμπλουτισμό της εκπαίδευσης των νέων ελλήνων νομικών που σήμερα, ενώ είναι εξαιρετική ως προς τις παρεχόμενες νομικές γνώσεις, είναι πολύ φτωχή ως προς όλους τους άλλους τομείς γνώσεων που θα τους ήταν χρήσιμες.

## 2. Ο Αμερικάνικος Νομικός Ρεαλισμός

Το καλοκαίρι του 1910 ο Roscoe Pound δίδασκε στα θερινά τμήματα της Νομικής Σχολής του Πανεπιστημίου του Σικάγο, μιας σχολής που είχε ιδρυθεί μόλις πριν 8 χρόνια, το 1902. Ήταν όμως η πρώτη σχολή στον κόσμο που ιδρύθηκε έχοντας σαν βασικό στόχο της την «επιστημονική μελέτη του δικαίου» που, σύμφωνα με τον πρώτο πρόεδρο του Πανεπιστημίου του Σικάγο, τον περίφημο William Rainey Harper, «περιλαμβάνει τις σχετικές επιστήμες της ιστορίας, των οικονομικών και της φιλοσοφίας – συνολικά του πεδίου που αντιμετωπίζει τον άνθρωπο ως ένα κοινωνικό ον».<sup>2</sup>

Ο Pound σε μερικές ημέρες θα δεχόταν την πρόσκληση της Νομικής Σχολής του Πανεπιστημίου του Harvard (της σημαντικότερης Νομικής Σχολής στις Η.Π.Α. εκείνη την εποχή), να αναλάβει μια επώνυμη έδρα. Έξι χρόνια μετά, το 1916 θα γίνει κοσμήτορας, ο μακροβιότερος κοσμήτορας στην ιστορία της Νομικής Σχολής του Harvard – για 20 ολόκληρα χρόνια!<sup>3</sup>

Εκείνο το καλοκαίρι λοιπόν στο Σικάγο ο Pound έγραψε και έστειλε για δημοσίευση στο σημαντικότερο νομικό περιοδικό της εποχής, στο *American Law Review*, άρθρο με τίτλο «Το Δίκαιο των Βιβλίων και το Δίκαιο της Πράξης» (*Law in Books and Law in Action*). Εκεί ο Pound (1910) όπως και σε μια σειρά σχετικών άρθρων του που δημοσιεύτηκαν την ίδια εποχή επιτίθεται στο νομικό φορμαλισμό, στην ιδέα δηλαδή ότι

<sup>2</sup> Για την ακρίβεια ο Harper δήλωνε “[education in law] implies a scientific knowledge of law and of legal and juristic methods. These are the crystallization of ages of human progress. They cannot be understood in their entirety without a clear comprehension of the historic forces of which they are the product, and of the social environment with which they are in living contact. A scientific study of law involves the related sciences of history, economics, philosophy - the whole field of man as social being.”. Βλ σχετικά <http://www.law.uchicago.edu/school/history>

<sup>3</sup> Για τον Roscoe Pound στην ελληνική βιβλιογραφία συστήνω την πολύ ενδιαφέρουσα διδακτορική διατριβή του Ι. Δίγκα (2011).

στο δίκαιο υπάρχουν οι απαντήσεις για κάθε πρόβλημα ακόμα και γι' αυτά για τα οποία δεν προβλέπει τίποτα το δίκαιο.<sup>4</sup>

Γράφει: «το δίκαιο πρέπει να κριθεί από το πόσο καταφέρνει να πετύχει τους σκοπούς του και όχι από την ομορφιά της εσωτερικής του δομής, της λογικής του, του τρόπου που οι κανόνες του προκύπτουν από το δόγμα που αποτελεί τη βάση του». (Round 1908: 605).

Αυτό το είδος φορμαλιστικής νομικής επιστήμης ο Round το έχει αποκαλέσει δύο χρόνια νωρίτερα «Μηχανιστική Επιστήμη του Δικαίου» (*Mechanical Jurisprudence*). Μάλιστα θεωρεί ότι δεν είναι καν επιστήμη: «η ιδέα της επιστήμης ως συστήματος παραγωγικών συλλογισμών έχει πεθάνει» (1908: 608).

Η διάσταση ανάμεσα στη Νομική Επιστήμη των βιβλίων και στη νομική πρακτική είναι τόση ώστε να αναγκάσει το μεγαλύτερο αμερικανό νομικό των αρχών του 20<sup>ου</sup> αιώνα και ανώτατο δικαστή, τον Oliver Wendell Holmes, να ορίσει το δίκαιο με έναν πρωτοφανή τρόπο. ήδη από το 1897:

«Το δίκαιο δεν είναι τίποτε πιο φιλόδοξο από προφητείες για το τι θα αποφασίσει στην πραγματικότητα το συγκεκριμένο δικαστήριο!»<sup>5</sup> Για τον Holmes το δίκαιο είναι ένα εργαλείο για την επίτευξη κοινωνικών στόχων. Για να κατανοήσει κανείς το δίκαιο θα πρέπει πρώτα να κατανοήσει τις κοινωνικές συνθήκες που το περιβάλλουν και το επιβάλλουν.

Τη διάσταση αυτή ανάμεσα στο δίκαιο των βιβλίων και στο «ζωντανό» δίκαιο της πράξης, ο Round, προσπαθεί να ξεπεράσει με μία έκκληση στους συναδέλφους του νομικούς στο τέλος του άρθρου του (1910: 35-36):

*Ας κοιτάξουμε τα πραγματικά δεδομένα της ανθρώπινης συμπεριφοράς κατά πρόσωπο. Ας κοιτάξουμε στα πορίσματα των οικονομικών, της κοινωνιολογίας και της φιλοσοφίας κι ας σταματήσουμε να θεωρούμε ότι η νομική επιστήμη είναι αυτάρκης [...] Ας μην γίνουμε νομικοί-καλόγεροι!*

Ο Round τον ίδιο χρόνο, το 1910, ξεκίνησε τη διδασκαλία του στο Harvard, στο κέντρο του νομικού φορμαλισμού (Speziale 1980). Είκοσι χρόνια αργότερα, κατά τη δεκαετία του 1930 η αμερικανική νομική επιστήμη κυριαρχείται από τον Αμερικανικό Νομικό Ρεαλισμό, μια σχολή που βασίστηκε στις ιδέες του Holmes και του Round και που θα αποτελέσει τον ιδεολογικό άξονα της νομικής πολιτικής του Franklin Roosevelt και του New Deal.

<sup>4</sup> Ο Oliver Wendell Holmes (1880: 234) περιγράφει γλαφυρά τον φορμαλισμό στο δίκαιο των συμβάσεων του Christopher Langdell: “Mr. Langdell’s ideal in the law, the end of all his striving, is the *elegantia juris*, or *logical* integrity of the system as a system. He is, perhaps, the greatest living theologian.”

<sup>5</sup> Για την ακρίβεια η περίφημη φράση του Holmes έχει ως εξής (1897: 461): “The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.” Βλ. επίσης Holmes (1881, 1899).

Ο βασικός στόχος της κριτικής των ρεαλιστών ήταν φυσικά ο νομικός φορμαλισμός,<sup>6</sup> η εννοιοκρατία, η μηχανιστική αντίληψη για την εφαρμογή και την ερμηνεία του δικαίου, η πεποίθηση ότι το δίκαιο αποτελεί ένα αυτόνομο κλειστό σύστημα που περιέχει όλες τις απαραίτητες έννοιες, όλα τα αναγκαία εργαλεία, όλες τις κατάλληλες απαιτήσεις για όλα τα ζητήματα που έχουν ένα νομικό ενδιαφέρον.

Οι αμερικανικός νομικός ρεαλισμός<sup>7</sup> επιτέθηκε στον πυρήνα του νομικού φορμαλισμού στις Η.Π.Α., δηλαδή στις αποφάσεις των δικαστηρίων που υποτίθεται διέπονταν από μία δογματική συνέπεια και συνοχή στη συλλογιστική τους. Η «επίθεση» ήταν ταυτόχρονα περιγραφική και αξιολογική: Σύμφωνα με τους ρεαλιστές, οι δικαστές *δεν αποφασίζουν* εφαρμόζοντας αρχές ή κανόνες δικαίου αλλά επενδύουν τις πολιτικές αποφάσεις τους που εξαρτώνται από τις προκαταλήψεις και την ιδεολογία τους με νομικίστικους συλλογισμούς. Επιπλέον οι ρεαλιστές *δεν θα πρέπει να βασίζονται στις αποφάσεις τους* σε παραγωγικούς συλλογισμούς αλλά να λαμβάνουν υπόψη τους την κοινωνική και οικονομική πραγματικότητα, ιδιαίτερα όπως αυτή περιγράφεται από την κοινωνιολογία και τη ψυχολογία αλλά και τα (παλαιο)θεσμικά οικονομικά.<sup>8</sup>

Η κυριαρχία του Αμερικανικού Νομικού Ρεαλισμού ατόνησε μεταπολεμικά και τη δεκαετία του 1950 αποτελούσε πλέον παρελθόν. Εν μέρει η επιτυχία του οδήγησε στη χρεοκοπία του με δύο τρόπους. Καταρχήν η αδυναμία του να αντιληφθεί ότι το δίκαιο ανήκει στη σφαίρα του δέοντος τον οδήγησε στην απαξίωση της νομικής επιστήμης και ταυτόχρονα σε ένα ιδεολογικό αδιέξοδο καθώς δεν μπορούσε να προτείνει τίποτε περισσότερο από μία καθαρά περιγραφική κοινωνιολογίζουσα νομική επιστήμη. Εν μέρει όμως πέτυχε τον στόχο του. Η αυτονομία της νομικής επιστήμης δεν ήταν πλέον δεδομένη.

### 3. Η Παρακμή του Δικαίου ως Αυτόνομης Επιστήμης και η Οικονομική Ανάλυση του Δικαίου

Ας μεταφερθούμε τώρα 77 χρόνια μετά την ημέρα που ο Roscoe Pound έφτασε στο Harvard. Το 1987 το σημαντικότερο νομικό περιοδικό στον κόσμο, το *Harvard Law Review* γιορτάζει τα 100 του χρόνια. Το περιοδικό από την ίδρυσή του το 1887 διευθύνεται από φοιτητές. Οι αριστούχοι του πρώτου έτους το διευθύνουν όσο είναι δευτεροετείς. Στο τέλος του δεύτερου έτους επιλέγουν τους πρωτοετείς που θα το διευθύνουν την επόμενη χρονιά. Η πιο τιμητική θέση είναι αυτή του editor-in-chief, του διευθυντή του περιοδικού. Από τη θέση αυτή πέρασαν μερικοί από τους μεγαλύτερους αμερικανούς νομικούς. Η ιδέα των οργανωτών ήταν να καλέσουν μερικούς από τους πρώην διευθυντές του *Harvard Law Review* να μιλήσουν στη σχετική εορταστική εκδήλωση. Ο σημαντικότερος από αυτούς ήταν ο Πρόεδρος Εφετών και Καθηγητής στο Πανεπιστήμιο του Σικάγο, Richard Posner. Ο Posner είναι ο νομικός που έχει επηρεάσει περισσότερο από κάθε άλλον το αμερικάνικο δίκαιο καθώς είναι ταυτό-

<sup>6</sup> Για τον αμερικανικό νομικό φορμαλισμό βλ. Horwitz (1975), Speziale (1980), Corrado (1992) και Duxbury (1995, ch. 1).

<sup>7</sup> Με κυριότερους εκπροσώπους τους Karl Llewellyn, Jerome Frank, Robert Hale, W. Underhill Moore, Moris R. Cohen, Felix S. Cohen και Max Radin.

<sup>8</sup> Βλ. περισσότερα στον Duxbury (1995: 32-64).

χρονα ο πρώτος σε αναφορές θεωρητικός του δικαίου και ο πρώτος σε παραπομπές στις αποφάσεις του ομοσπονδιακού δικαστή (Shapiro 2000: 424).

Η ομιλία του Richard Posner είχε ως τίτλο της «Η Παρακμή του Δικαίου ως Αυτόνομη Επιστήμη: 1962-1987» (Posner 1987). Το 1962 ήταν η χρονιά που ο Posner αποφοίτησε από τη Νομική Σχολή του Harvard. Ο άνθρωπος που συνέβαλλε όσο κανείς στην παρακμή αυτή άρχισε την ομιλία του λέγοντας πως το 1962 η επιρροή των ρεαλιστών είχε τόσο ατονήσει ώστε η ιδέα της αυτονομίας του δικαίου κυριαρχούσε και πάλι στο Harvard της δεκαετίας του 1960. Το 1987 η ιδέα της αυτονομίας του δικαίου που στην πρώτη μεταπολεμική περίοδο είχε βασισθεί στην πολιτική συναίνεση έχει πλέον κλονισθεί ανεπανόρθωτα. Ο Posner απαριθμεί μία σειρά από εξελίξεις κυρίως στα οικονομικά και τη φιλοσοφία. Η δημοσίευση του έργου του John Rawls το 1971 και η κριτική της ηπειρωτικής φιλοσοφίας στη νομικίστικη αντίληψη της αντικειμενικής ερμηνείας υπονομεύουν την αφελή πίστη στην αυτονομία του δικαίου από την πολιτική, την κοινωνία και την οικονομία.

Όμως η σημαντικότερη εξέλιξη που συνέβαλε στην απαξίωση του αιτήματος για αυτονομία του δικαίου συνέβη στις αρχές της δεκαετίας του 1960 καθώς ο Posner έπαιρνε το πτυχίο του. Δύο οικονομολόγοι στο Πανεπιστήμιο του Σικάγο, ο Ronald Coase και ο Gary Becker και ένας νομικός στο Πανεπιστήμιο Yale, ο Guido Calabresi, χρησιμοποίησαν για πρώτη φορά τα οικονομικά στη μελέτη του οικογενειακού και του ποινικού δικαίου (ο Becker 1968, 1973, 1974), στη μελέτη του εμπράγματος δικαίου και του γειτονικού δικαίου (ο Coase 1960)<sup>9</sup> και στη μελέτη του δικαίου των αδικοπραξιών (ο Calabresi 1970). Στις αρχές της δεκαετίας του 1970 ο ίδιος ο Richard Posner, που εντωμεταξύ έχει γίνει τακτικός καθηγητής στη Νομική Σχολή του Πανεπιστημίου του Σικάγο, δημοσιεύει το πρώτο έργο που αντιμετωπίζει το σύνολο σχεδόν του δικαίου με οικονομικά εργαλεία (Posner 1973 / 8<sup>η</sup> εκδ. 2010).

Γιατί όμως τα οικονομικά αποδείχτηκαν πιο επιτυχημένα από την κοινωνιολογία και τις άλλες κοινωνικές επιστήμες στην συνεργασία τους με τη νομική επιστήμη; Καταρχήν τα οικονομικά δεν είναι η επιστήμη που μελετά μόνο τις οικονομικές αγορές. Η κεντρική υπόθεση της οικονομικής επιστήμης είναι η ορθολογικότητα: οι άνθρωποι φέρονται ορθολογικά, θέτουν στόχους και προσπαθούν να τους πετύχουν με τον καλύτερο δυνατό τρόπο. Σε κάθε περίπτωση που τα άτομα πρέπει να επιλέξουν ανάμεσα από εναλλακτικές δυνατότητες και υπό περιορισμούς (είτε αυτοί είναι οικονομικοί είτε θεσμικοί), η διαδικασία επιλογής τους μπορεί να μελετηθεί από τα οικονομικά. Κατά τη γνωστή διατύπωση του Richard Posner, **τα οικονομικά μελετούν τις συνέπειες της ανθρώπινης ορθολογικότητας** (Posner 2010). Εφόσον οι άνθρωποι φέρονται κατά κανόνα ορθολογικά, η συμπεριφορά τους είναι προβλέψιμη. Αν γνωρίζουμε τους στόχους τους, μπορούμε να προβλέψουμε τις επιλογές τους, αλλά και να τις ερμηνεύσουμε. Οι κανόνες δικαίου θυμίζουν έτσι πολύ τους περιορισμούς της οικονομικής επιστήμης. Μπορούμε όμως να τους δούμε πολύ ευρύτερα, ως κίνητρα που επιχειρούν να επηρεάσουν την ανθρώπινη συμπεριφορά προς μια επιθυμητή κατεύθυνση. *Όμως σε έναν κόσμο όπου οι ορθολογικοί άνθρωποι προσαρμόζουν τις πράξεις τους στα κίνητρα που δημιουργούν οι κανόνες δικαίου, τα οικονομικά έχουν κάτι να πουν – κάτι που είναι πολύ ενδιαφέρον για τη νομική επιστήμη.*

<sup>9</sup> Το άρθρο του Ronald Coase “The Problem of Social Cost” (1960), είναι το κείμενο με το μεγαλύτερο αριθμό αναφορών στην οικονομική αλλά και στη νομική επιστήμη! Ο Ronald Coase έλαβε το Νόμπελ στην Οικονομική Επιστήμη το 1991 και ο Gary Becker το 1992.

Η οικονομική προσέγγιση στο δίκαιο λειτουργεί πρακτικά με δύο τρόπους: (α) όταν ο νομοθέτης θέλει να πετύχει κάποιους στόχους, οι οικονομολόγοι προτείνουν τρόπους αποτελεσματικότερης επίτευξης των στόχων αυτών, (β) όταν υπάρχει ήδη το θεσμικό πλαίσιο, τα οικονομικά του δικαίου αναζητούν τη λογική του (δηλαδή τον στόχο τον οποίο θέλει να πετύχει) και βοηθούν τον ερμηνευτή του δικαίου στην αποτελεσματική εφαρμογή των κανόνων. Για τους οικονομολόγους, από την άλλη, το δίκαιο δεν αποτελεί πλέον περιορισμό αλλά εργαλείο για την θεραπεία των αποτυχιών της αγοράς.

Για πολλούς αιώνες το δίκαιο αναπτύχθηκε χωρίς τη βοήθεια των οικονομικών. Αυτό σημαίνει πως το δίκαιο είναι αναποτελεσματικό και μη-ορθολογικό; Το εντυπωσιακό είναι πως όχι! Όπως απέδειξε ο Richard Posner για το αγγλοσαξονικό δίκαιο (*common law*), το δίκαιο τείνει να υιοθετήσει λύσεις που ένας οικονομολόγος θεωρεί οικονομικά αποτελεσματικές. Πώς είναι δυνατόν; Απλά οι νομικοί στη διάρκεια των αιώνων “δοκίμασαν” διαφορετικούς κανόνες δικαίου, καταλήγοντας σε κανόνες που είναι αποτελεσματικοί. Εάν δεν κατέληγαν σε αποτελεσματικούς κανόνες, θα τους απέριπτε η κοινωνία αχρηστεύοντάς τους ή παραβιάζοντάς τους. Αυτή η διαδικασία «φυσικής επιλογής» των κανόνων οδήγησε (σύμφωνα με τον Paul Rubin, 1977) στον εξορθολογισμό του δικαίου και στην (οικονομική) αποτελεσματικότητα των περισσότερων κανόνων στις δυτικές κοινωνίες μέσα από μία διαδικασία δοκιμής και λάθους.

Αυτή η διαδικασία που οδήγησε, σύμφωνα με τον Richard Posner (2010 αλλά και Hatzis 2006 για το ρωμαϊκό και το ηπειρωτικό), στην «εγγενή οικονομική λογική» του αγγλοσαξονικού δικαίου, έχει τα όριά της. Πριν καταλήξουν οι κοινωνίες στους καλύτερους και πιο αποτελεσματικούς κανόνες μέσω της διαδικασίας δοκιμής και λάθους, θα πρέπει να γίνουν πολλές δοκιμές και πολλά λάθη. Τα οικονομικά προσφέρουν μεγαλύτερη ταχύτητα. Δεν είναι ανάγκη να περάσουν αιώνες ή έστω δεκαετίες για να γίνει το δίκαιο αποτελεσματικό.

Όπως γράφει ο Πέτρος Γέμτος (1999: 13):

*Η ΟΑΔ προσφέρει στο Νομικό αυτό που έλειπε ως τώρα από τη Νομική Επιστήμη: μια αληθινή επιστημονική θεωρία με ακριβείς γενικούς θεωρητικούς όρους που συλλαμβάνουν το βάθος των φαινομένων, γενικές υποθέσεις υψηλού γνωστικού-πληροφοριακού ή κανονιστικού-ρυθμιστικού περιεχομένου, λειτουργικά κριτήρια εφαρμογής τους σ' ένα ευρύ σύνολο φαινομενικά ανόμοιων περιπτώσεων, εσωτερική συνέπεια και εννοποιητική ισχύ, που τον φέρνει σε επαφή με τις επαναστατικές εξελίξεις στη σύγχρονη επιστημονική γνώση.*

Αν λοιπόν θεωρήσουμε πως οι άνθρωποι είναι ορθολογικοί, μετά τι γίνεται; Αρχίζουμε να βλέπουμε το δίκαιο από άλλη οπτική γωνία: *ex ante* (εκ των προτέρων) και όχι *ex post* (εκ των υστέρων). Τι σημαίνει αυτό; Όταν αντιμετωπίζουμε μία περίπτωση που χρειάζεται ρύθμιση, δεν πρέπει να τη βλέπουμε μεμονωμένα και θεωρώντας πως η λύση μας θα επηρεάσει μόνο αυτήν τη συγκεκριμένη περίπτωση. Θα πρέπει να σκεφτούμε πως ο κανόνας που θα θέσουμε θα επηρεάσει τα κίνητρα πολλών άλλων ανθρώπων από εκεί και πέρα στο συγκεκριμένο ζήτημα. Δηλαδή ο κανόνας δικαίου δεν θα πρέπει να αποτελεί μία πρόχειρη και αδιάφορη για τις μακροχρόνιες συνέπειες λύση σε μία κατάσταση που έχει ήδη λάβει χώρα, αλλά μία προσπάθεια προληπτικής αντιμετώπισης των μελλοντικών προβλημάτων που τυχόν θα προκύψουν – ακόμα και αυτών που θα προκαλέσουν ο ίδιος ο προς εφαρμογή κανόνας δι-

καίου. Θα πρέπει λοιπόν να δημιουργεί εκείνα τα κίνητρα που θα καθοδηγούν τη συμπεριφορά σε επιθυμητά αποτελέσματα. Επομένως, δεν θα πρέπει να αξιολογούμε τους κανόνες μόνο σε πρώτο επίπεδο (αυτός ο κανόνας μας φαίνεται δίκαιος και λογικός), αλλά θα πρέπει να τους αντιμετωπίζουμε συνολικά με έμφαση πάντα στις συνέπειές τους (Χατζής 2008).

Δηλαδή, για τους οικονομολόγους του δικαίου *το δίκαιο δεν είναι τίποτε άλλο από μία δομή κινήτρων που υποχρεώνει τα άτομα να προσαρμόζουν τη συμπεριφορά τους*. Θα συμφωνήσουν λοιπόν με τους κοινωνιολόγους που αντιμετωπίζουν το δίκαιο ως ένα εργαλείο κοινωνικού ελέγχου.

Αν συγκρίνουμε τις δύο προσεγγίσεις, εκείνη του νομικού ρεαλισμού με εκείνη της οικονομικής ανάλυσης του δικαίου θα δούμε αμέσως και τους λόγους επιτυχίας της δεύτερης. Η οικονομική ανάλυση του δικαίου όχι μόνο δεν απαξιώνει το δίκαιο και δεν λησμονεί τον δεοντολογικό του χαρακτήρα αλλά αντίθετα θεμελιώνει την προσέγγισή της πάνω στη δυνατότητα του δικαίου να κατευθύνει την ανθρώπινη συμπεριφορά. Ενώ ο νομικός ρεαλισμός αρκείται σε μια στείρα περιγραφή κοινωνικών πρακτικών, η οικονομική ανάλυση του δικαίου αντιμετωπίζει το δίκαιο ως το πλέον κατάλληλο εργαλείο θεραπείας των αποτυχιών της αγοράς.

Είναι χαρακτηριστικό το σχόλιο του Richard Posner στην περίφημη φράση του Θρασύμαχου του Χαλκηδόνιου (ίσως του πρώτου ρεαλιστή) στην *Πολιτεία* του Πλάτωνα: *Σε όλα τα πολιτεύματα δίκαιο είναι το ίδιο πράγμα: ό,τι συμφέρει την κατεστημένη εξουσία. Αυτή έχει την ισχύ, κι έτσι για όποιον σκέφτεται σωστά δίκαιο είναι παντού ένα και το αυτό: το συμφέρον του ισχυρότερου*. (339a). «Αυτό που περιγράφει ο Θρασύμαχος», γράφει ο Posner, «δεν είναι η έννοια του δικαίου αλλά η πραγματικότητα της απουσίας του». (1990: 9).

#### 4. Οι Αθέλητες Συνέπειες των Νόμων

Μέχρι τώρα αναφερθήκαμε θεωρητικά στους περιορισμούς του δικαίου και τη συνεισφορά δύο κινήτρων στα πλαίσια της αμερικάνικης νομικής επιστήμης στην προσπάθειά τους να απαλλάξουν το δίκαιο από τον κίνδυνο του αυτισμού που ονομάζεται νομικός φορμαλισμός.

Υποστηρίξαμε ότι τα εργαλεία της νομικής επιστήμης δεν αρκούν για την επίλυση των προβλημάτων με τα οποία η ίδια ασχολείται. Θα πρέπει να χρησιμοποιήσει και εργαλεία των κοινωνικών επιστημών και ιδιαίτερα των οικονομικών. Είναι καιρός να δείξουμε με μια σειρά παραδειγμάτων τι ακριβώς εννοούμε και τι μπορεί να προσφέρουν τα οικονομικά σε μία διεπιστημονική προσέγγιση του δικαιοφαινομένου.

Δύο από τις πρώτες εντυπωσιακές έρευνες οικονομικής ανάλυσης του δικαίου οφείλονται στον καθηγητή οικονομικών του Πανεπιστημίου του Σικάγο Sam Peltzman. Στην πρώτη από αυτές (1975), κατέδειξε ότι σε όσες πολιτείες των ΗΠΑ υποχρεώνονταν οι οδηγοί να φορούν ζώνες ασφαλείας, τα ατυχήματα και οι τραυματισμοί πεζών αυξάνονταν. Οι οδηγοί ένιωθαν πιο ασφαλείς, οδηγούσαν λιγότερο προσεκτικά<sup>10</sup> και

<sup>10</sup> Εξαιτίας του φαινομένου του «ηθικού κινδύνου» (*moral hazard*) που δημιουργεί αντικίνητρα όταν μέρος του κόστους εξωτερικεύεται.

έτσι προκαλούσαν περισσότερα ατυχήματα. Οι ίδιοι βέβαια είχαν μικρότερες απώλειες (μικρότερη πιθανότητα θανάτου ανά ατύχημα), αλλά η κοινωνία γενικά είχε πολύ μεγαλύτερο κόστος παρά το γεγονός ότι η πρόθεση του νομοθέτη ήταν να μειώσει τα ατυχήματα και τους θανάτους!

Όμως ακόμα και μια πολύ πρόσφατη εμπειρική έρευνα (Hahn and Prieger 2006) σε 7.000 αμερικανούς οδηγούς Ι.Χ. απέδειξε ότι οι οδηγοί που χρησιμοποιούν κινητό τηλέφωνο την ώρα της οδήγησης όχι μόνο δεν προκαλούν περισσότερα ατυχήματα την ώρα που ομιλούν αλλά αντίθετα η οδήγησή τους είναι πιο ασφαλής γιατί προφανώς αυξάνεται η προσοχή τους.

Ο ίδιος οικονομολόγος ο Sam Peltzman το 1973 είχε αποδείξει κάτι ακόμα πιο εντυπωσιακό: Από το 1938 έως το 1962, ο Αμερικανικός Εθνικός Οργανισμός Φαρμάκων (FDA) είχε την υποχρέωση να δοκιμάσει τη χρήση των νέων φαρμάκων μέσα σε εξήντα ημέρες. Αν δεν απέρριπτε το φάρμακο μέσα στα όρια της αποκλειστικής αυτής προθεσμίας, τότε αυτό κυκλοφορούσε πλέον ελεύθερα στην αγορά. Το 1962 όμως, μετά τα τραγικά αποτελέσματα της χρήσης ενός ηρεμιστικού, της θαλιδομίδης, που οδήγησε στη γέννηση πολλών χιλιάδων παραμορφωμένων βρεφών, η Αμερικανική κυβέρνηση αποφάσισε να δώσει στο FDA μεγαλύτερα χρονικά περιθώρια. Έτσι, αντί να έχουν τη δυνατότητα οι γιατροί και οι ασθενείς να επιλέγουν ανάμεσα σε περισσότερα φάρμακα (αναλαμβάνοντας και τον σχετικό κίνδυνο), η Επιτροπή θα χορηγούσε περιορισμένο αριθμό αδειών μετά από εκτεταμένες και μακροχρόνιες έρευνες που θα είχαν σαν στόχο να μελετήσουν την αποτελεσματικότητα του φαρμάκου και να δώσουν στους χρήστες τις περισσότερες δυνατές αναλυτικές οδηγίες. Ο Peltzman (1973, 2004) και άλλοι μετά από αυτόν απέδειξαν πως οι ασθενείς που θα ωφελούνταν από τη σωστή χρήση του φαρμάκου ήταν κατά πολλοί λιγότεροι από εκείνους που έχαναν τη ζωή τους από την καθυστερημένη είσοδό του στην αγορά.

Ακόμα πιο εντυπωσιακή είναι μια πρόσφατη εμπειρική έρευνα ενός νεώτερου καθηγητή οικονομικών στο Πανεπιστήμιο του Σικάγο, του Steven Levitt, για τις αθέλητες συνέπειες ενός κανόνα δικαίου - συνέπειες που κανείς δεν μπορούσε να φανταστεί. Ο Levitt (σε συνεργασία με τον επίσης οικονομολόγο John Donohue) προσπάθησαν να εξηγήσουν τους λόγους της ραγδαίας πτώσης της εγκληματικότητας στις Η.Π.Α. στις αρχές της δεκαετίας του 1990. Η πτώση αυτή ήταν αδύνατο να αποδοθεί στο σύνολό της στις συνηθισμένες αιτίες (οικονομική ανάπτυξη, μείωση ποσοστού ανεργίας, αύξηση αριθμού φυλακισμένων, αύξηση αριθμού αστυνομικών, δημογραφικές αλλαγές, κλπ.) ούτε στις αυστηρότερες ποινές. Όλες οι παραπάνω αιτίες συνέβαλλαν λιγότερο ή περισσότερο το πολύ στο 50% της πτώσης της εγκληματικότητας (Levitt 1996, 2004). Το υπόλοιπο 50% είχε ως αιτία κάτι που κανείς δεν φανταζόταν: τη νομιμοποίηση των αμβλώσεων στις Η.Π.Α. το 1973, δύο δεκαετίες νωρίτερα, με την περίφημη απόφαση *Roe vs. Wade* του Ανώτατου Δικαστηρίου. Στις αρχές της δεκαετίας του 1990, 17-18 χρόνια μετά τη νομιμοποίηση των αμβλώσεων στις Η.Π.Α. η εγκληματικότητα έπεσε κατακόρυφα στις Η.Π.Α. καθώς οι γενιές των νέων που έφταναν στην ηλικία «εισόδου στο έγκλημα» αποτελούνταν πλέον από παιδιά που γεννήθηκαν με τη θέληση των γονιών τους σε πολύ μεγαλύτερα ποσοστά από πριν καθώς οι τελευταίοι είχαν το δικαίωμα στην άμβλωση. Οι Donohue και Levitt (2001, 2004) υπέθεσαν ότι τα παιδιά που αντίθετα γεννήθηκαν παρά τη θέληση της μητέρας τους, υπό καθεστώς ποινικοποίησης της άμβλωσης, θα παρουσίαζαν αυξημένα επίπεδα εγκληματικότητας λίγο πριν και μετά την ενηλικίωσή τους.

Φαίνεται ότι η υπόθεσή τους ήταν ορθή καθώς διαπίστωσαν ότι η ραγδαία πτώση της εγκληματικότητας συνέπιπτε με την ενηλικίωση των παιδιών που είχαν γεννηθεί μετά την αποποινικοποίηση. Επιπλέον οι Donohue και Levitt παρατήρησαν ότι στις πέντε πολιτείες όπου η άμβλωση είχε νομιμοποιηθεί τρία χρόνια νωρίτερα (το 1970), η ραγδαία πτώση της εγκληματικότητας παρατηρήθηκε επίσης τρία χρόνια νωρίτερα από τις υπόλοιπες Πολιτείες. Αλλά και στις Πολιτείες που το ποσοστό των αμβλώσεων ήταν μεγαλύτερο από το μέσο όρο των Η.Π.Α., η εγκληματικότητα είχε μειωθεί ακόμα περισσότερο σε σχέση με τις υπόλοιπες Πολιτείες. Τέλος (κι αυτή ήταν η πλέον εντυπωσιακή παρατήρησή τους), η μείωση της εγκληματικότητας αφορούσε αποκλειστικά τα άτομα που γεννήθηκαν μετά τη νομιμοποίηση της άμβλωσης το 1973. Στις γενιές που προηγήθηκαν η εγκληματικότητα συνέχιζε να αυξάνεται!

## 5. Τα Οικονομικά του Εγκλήματος

Από την παραπάνω αναφορά στο έργο του Steven Levitt γίνεται φανερό ότι η οικονομική ανάλυση του δικαίου μπορεί να συνεισφέρει πολλά στο ποινικό δίκαιο και στην εγκληματολογία και μάλιστα με εντυπωσιακό τρόπο. Ο πνευματικός πατέρας του Steven Levitt είναι ο νομπελίστας οικονομολόγος Gary Becker, Καθηγητής επίσης στο Πανεπιστήμιο του Σικάγο. Ο Becker το 1968 προσπάθησε να υπολογίσει το προσδοκώμενο κόστος του εγκλήματος (*expected cost of crime*). Προφανώς αν σκέφτεσαι να διαπράξεις ένα έγκλημα δεν θα ανοίξεις τον ποινικό κώδικα να δεις ποια ποινή προβλέπει ο νόμος...Γιατί αυτό που σε ενδιαφέρει, σύμφωνα με τον Becker (1968) είναι το προσδοκώμενο κόστος σε ημέρες φυλάκισης. Για να το υπολογίσεις θα πρέπει να βρεις το παρακάτω γινόμενο: το προσδοκώμενο κόστος ισούται με το μέσο όρο της πραγματικά επιβαλλόμενης ποινής επί την πιθανότητα σύλληψης, επί την πιθανότητα δίωξης, επί την πιθανότητα καταδίκης, επί το ποσοστό πραγματικής εκτέλεσης της ποινής.

Το γινόμενο που προκύπτει δίνει μια εικόνα του πραγματικού κόστους ενός εγκληματία. Έτσι το 1992 ο οικονομολόγος Morgan Reynolds υπολόγισε για τις Η.Π.Α. ότι το προσδοκώμενο κόστος της διάρρηξης είναι 4,8 μέρες φυλάκισης, της ανθρωποκτονίας με πρόθεση 1,8 χρόνια, του βιασμού 60 ημέρες, της ληστείας 23 μέρες και της κλοπής Ι.Χ. 1,5 μέρα!

Προσπαθήσαμε, με τους συνεργάτες μου, να μετρήσουμε το προσδοκώμενο κόστος μιας σειράς εγκλημάτων στην Ελλάδα. Δυστυχώς κάτι τέτοιο είναι ιδιαίτερα προβληματικό λόγω της έλλειψης στατιστικών στοιχείων και της ελλιπούς οργάνωσης. Όμως κατορθώσαμε και βρήκαμε το προσδοκώμενο κόστος του βιασμού στην Ελλάδα. Αν φαίνονται λίγες οι 60 ημέρες στις Η.Π.Α., οι 6 ημέρες στην Ελλάδα είναι σχεδόν ασήμαντες. Με στοιχεία που βρήκαμε σε δημοσιευμένες έρευνες του τότε προϊσταμένου της Εισαγγελίας Εφετών Λάμπρου Καράμπελα και του εγκληματολόγου Άγγελου Τσιγκρή αλλά και δικές μας εμπειρικές έρευνες διαπιστώσαμε ότι στην Ελλάδα ο βιασμός τιμωρείται κατά μέσο όρο με 5 χρόνια φυλάκισης, η πιθανότητα σύλληψης είναι 4%, η πιθανότητα δίωξης είναι 25,6% και καταδίκης 42,6%. Η πραγματική έκτιση της ποινής για προσωρινή κάθειρξη κυμαίνεται γύρω στο 82% της επιβληθείσας ποινής. Το προσδοκώμενο κόστος του βιασμού είναι λοιπόν 6,5 ημέρες! (Hatzis 2008)

Μα θα κάνει ο μελλοντικός εγκληματίας τέτοιου είδους υπολογισμούς πριν αποφασίσει αν θα εγκληματήσει; Καταρχήν δεν χρειάζονται καν υπολογισμοί με βάση τα στα-

πιστικά στοιχεία καθώς όσοι μετέχουν ενεργά στην αγορά του εγκλήματος γνωρίζουν από την εμπειρία τους το προσδοκώμενο κόστος -- πολύ καλύτερα από την στατιστική υπηρεσία και το Υπουργείο Δικαιοσύνης. Αναζητώντας λοιπόν στοιχεία για μια σειρά εγκλημάτων βρήκαμε ότι το 2007 εξιχνιάστηκε το 10% των λησθειών τραπεζών (21 από 208), το 24% των λησθειών δημοσίων οργανισμών και το ...0% των λησθειών χρηματοπιστολών (0 στις 15). Δε νομίζω να υπάρχει ληστής στην Αθήνα που να μην θεωρεί την ένοπλη ληστεία ένα επίσης πολύ φθηνό έγκλημα.

Αυτό τι σημαίνει; Ότι ακόμα κι αν μηδενιστεί το ποινικό κόστος του εγκλήματος θα μετατραπούν οι πολίτες σε βιαστές και ληστές; Όχι βέβαια γιατί υπάρχει και το άυλο κόστος που επιβάλλει η προσωπική και η κοινωνική ηθική (*τύψεις* και *όνειδος* αντίστοιχα). Όχι όμως το δίκαιο των βιβλίων.

## 6. Η “Εκθήλυνση” της Φτώχειας

Το 1969 ο Ronald Reagan ως Κυβερνήτης της Καλιφόρνια απελευθερώνει το διαζύγιο θεσπίζοντας το λεγόμενο διαζύγιο χωρίς υπαιτιότητα των συζύγων (*no-fault divorce*) η αλλιώς «αυτόματο διαζύγιο». Όταν ο ένας από τους δύο συζύγους θέλει να πάρει διαζύγιο δεν χρειάζεται να αποδείξει στο δικαστήριο ότι το άλλο μέρος είναι υπεύθυνο για τον κλονισμό του γάμου. Το αυτόματο διαζύγιο θεωρήθηκε ένα μεγάλο επίτευγμα του φεμινιστικού κινήματος στα τέλη της δεκαετίας του 1960. Όμως ο Gary Becker και άλλοι οικονομολόγοι είχαν και πάλι προειδοποιήσει ότι το αυτόματο διαζύγιο θα αφαιρέσει από τις γυναίκες ένα ισχυρό διαπραγματευτικό όπλο. Οι γυναίκες το χρειάζονται γιατί η επένδυση της γυναίκας στον γάμο είναι «εξειδικευμένη στο γάμο» (*marriage specific investment*). Δηλαδή αποκτά αξία μόνο μέσα στα πλαίσια της συγκεκριμένης σχέσης – του συγκεκριμένου γάμου. Η μέση γυναίκα έχει επενδύσει πολύ περισσότερα από τον άνδρα σε ένα γάμο, ιδίως εάν έχει εγκαταλείψει την καριέρα της ή το επάγγελμά της για να μείνει στο σπίτι ως οικοκυρά. Επίσης, η γυναίκα έχει «καταθέσει» το μεγαλύτερο μέρος της επένδυσής της στα πρώτα χρόνια του γάμου (π.χ. απόκτηση και ανατροφή παιδιών). Η επένδυσή της είναι τόσο εξειδικευμένη στο συγκεκριμένο γάμο που θα είναι άχρηστη έξω από αυτόν.

Δεδομένου ότι και η γυναίκα του επενδύει στη δική του καριέρα (μένοντας σπίτι και επιτρέποντάς του να ασχοληθεί μ’ αυτή) ο άνδρας σε περίπτωση διαζυγίου έχει την ευκαιρία να εσωτερικοποιήσει και το όφελος από την επένδυση της συζύγου του χωρίς να υποστεί το κόστος (Cohen 1987).

Μετά τον Becker και άλλοι οικονομολόγοι προέβλεψαν πως η άνιση διαπραγματευτική δύναμη των μερών θα έχει οδυνηρά αποτελέσματα για τις γυναίκες. Όμως μόνο το 1985 η κοινωνιολόγος Lenore Weitzman μετά από εκτεταμένη έρευνα στα αποτελέσματα του διαζυγίου για τις γυναίκες επιβεβαίωσε τις προβλέψεις τους. Ένα μόλις χρόνο μετά το διαζύγιο το βιοτικό επίπεδο των διαζευγμένων αντρών αυξανόταν κατά 42% (κατά μέσο όρο), ενώ το βιοτικό επίπεδο των διαζευγμένων γυναικών μειωνόταν κατά 73% (Weitzman 1985).

Το αποτέλεσμα αυτό οφείλεται στην αδυναμία των δικαστηρίων να μετρήσουν με κάποια ακρίβεια την συνεισφορά των γυναικών στο γάμο. Όμως αυτό δεν μπορεί να γίνει με την απλή εφαρμογή νομικών διατάξεων ακόμα και όταν αυτές είναι ιδιαίτερα φιλικές προς τις γυναίκες όπως εκείνες του Ελληνικού αστικού κώδικα (βλ. ΑΚ 1400).

Αυτό που λείπει είναι μία θεωρία ανθρωπίνου κεφαλαίου σαν αυτή που πρότεινε ο Gary Becker και με τη βοήθεια της οποίας μπορεί να προσμετρηθεί η συνεισφορά της γυναίκας στο γάμο ως μορφή επένδυσης στο ανθρώπινο κεφάλαιο του συζύγου της.

Σε παρόμοια συμπεράσματα για την Ελλάδα κατέληξε η Ασπασία Τσαούση (Tsaoussis 2003) σε εμπειρική έρευνά της. Μελέτησε πάνω από 600 δικαστικές αποφάσεις ελληνικών δικαστηρίων που εκδόθηκαν κατά την περίοδο 1979-1999, διαπιστώνοντας ότι το ποσό που έδιναν τα ελληνικά δικαστήρια στις διαζευγμένες γυναίκες για διατροφή ήταν τουλάχιστον 60% μικρότερο από εκείνο που θα έπρεπε να δώσουν αν χρησιμοποιούσαν τα εργαλεία της οικονομικής επιστήμης. Οι περισσότερες διαζευγμένες γυναίκες που διεκδίκησαν ένα δίκαιο ποσοστό στα συζυγικά αποκτήματα, δηλαδή μια κατανομή περιουσιακών στοιχείων που να αντιστοιχεί στη συνεισφορά τους κατά το γάμο, απέτυχαν -- χάνοντας οριστικά την επένδυση την οποία εντόπισε ο Becker.

Αυτός είναι ο λόγος για τον οποίο οι νέες μορφωμένες γυναίκες αποφασίζουν να παντρευτούν μετά τα 30 σε όλο και μεγαλύτερο ποσοστό, ο φόβος δηλαδή ότι στην παραγωγικότερη φάση της ζωής τους αν δεν επενδύσουν στο δικό τους ανθρώπινο κεφάλαιο αλλά στου συζύγου τους είναι πολύ πιθανό την επένδυσή τους αυτή να καρπωθεί μια άλλη, νεώτερη τους γυναίκα ενώ η δική τους αποζημίωση από τα δικαστήρια θα είναι προφανώς ελάχιστη (Hatzis and Tsaoussis 2008).

## 7. Η Αξία της Ανθρώπινης Ζωής

Το πρόβλημα της επιμέτρησης της αποζημίωσης είναι ένα ακόμα ζήτημα στο οποίο η οικονομική ανάλυση έχει πολύ μεγάλη συνεισφορά. Όπως θα παρατηρήσουμε στις περισσότερες περιπτώσεις οι αποζημιώσεις που συνιστά η οικονομική ανάλυση του δικαίου είναι πολύ μεγαλύτερες από εκείνες που δίνουν τα δικαστήρια στην Ελλάδα και αλλού (Vlamos and Hatzis 2009). Ο λόγος είναι απλός: οι οικονομολόγοι έχουν καταλληλότερα εργαλεία για μία ακριβέστερη μέτρηση. Ένα πρόσφατο πολύ ενδιαφέρον παράδειγμα αφορά την πλέον προβληματική ίσως περίπτωση επιμέτρησης αποζημίωσης, την αποζημίωση του θύματος σε περίπτωση ατυχήματος. Ποια είναι η αξία της ανθρώπινης ζωής; Μέχρι πρόσφατα τα αμερικάνικα δικαστήρια επιμετρούσαν την αποζημίωση των θυμάτων υπολογίζοντας κυρίως την σημερινή αξία του μελλοντικού εισοδήματός τους που θα χαθεί λόγω του ατυχήματος. Ο Καθηγητής της Νομικής Σχολής του Harvard Kip Viscusi πρότεινε έναν καλύτερο τρόπο: ο Viscusi (2004) προσπάθησε να βρει πόσο τα ίδια τα άτομα αξιολογούν την ζωή τους ή, ακριβέστερα, πόσα χρήματα ζητούν για να την θέσουν σε κίνδυνο. Είδε λοιπόν ότι στις Η.Π.Α. τα άτομα πληρώνονται σε επικίνδυνες εργασίες περίπου \$700 επιπλέον τον χρόνο για την αύξηση κατά 0,01% (δηλαδή 1/10.000) της πιθανότητας θανάτου από ατύχημα. Αυτό σημαίνει ότι αξιολογούν την ανθρώπινη ζωή (κατά μέσο όρο στη συγκεκριμένη, την αμερικανική κοινωνία) σε \$7 εκ. δολάρια για τους άνδρες και \$8.5 εκ. για τις γυναίκες (που προφανώς αξιολογούν την ζωή τους περισσότερο!). Δηλαδή τουλάχιστον 14 φορές παραπάνω από το ανώτερο ποσό που έδιναν μέχρι πρόσφατα τα δικαστήρια (\$500.000). Τα τελευταία χρησιμοποιούν κάθε μέρα και πιο εκτεταμένα τις μελέτες της ομάδας Viscusi (βλ. επίσης Viscusi and Aldy 2003), ενώ πρόσφατα ο Νομπελίστας Οικονομικών Joseph Stiglitz τις χρησιμοποίησε για να μετρή-

σει το πραγματικό κόστος του πολέμου στο Ιράκ για τις Η.Π.Α. (Stiglitz and Bilmes 2008).

Ένα άλλο σημαντικό ερώτημα στο δίκαιο της αποζημίωσης είναι το ποιος είναι ο σκοπός της αποζημίωσης. Ένα χαρακτηριστικό παράδειγμα είναι η φύση της ποινικής ρήτηρας. Στην ελληνική θεωρία και νομολογία είναι κρατούσα η άποψη ότι η ποινική ρήτρα αποτελεί ιδιωτική αστική ποινή. Η άποψη αυτή βασίζεται στην διάταξη ΑΚ 405§2 σύμφωνα με την οποία «η κατάπτωση της ποινής επέρχεται και αν ακόμα ο δανειστής δεν έχει υποστεί καμιά ζημία». Όμως ο κανόνας αυτός έχει ένα και μόνο σκοπό την υποστήριξη της λειτουργίας της σύμβασης ως μηχανισμού κατανομής του κινδύνου. Εάν δεν καταπέσει η ποινική ρήτρα ανεξάρτητα της ύπαρξης ζημίας, όταν τα μέρη θα διαπραγματεύονται την σύμβαση και δεν θα γνωρίζουν τους πιθανούς κινδύνους *ex ante* δεν θα έχουν άλλον τρόπο να κατανεύουν ενδοσυμβατικά το προσδοκώμενο κόστος του κινδύνου (Hatzis 2002). Αυτό διαισθάνεται ο Μιχάλης Σταθόπουλος όταν γράφει ότι «η ποινική ρήτρα παρουσιάζει ομοιότητες με την εγγύηση και τις εμπράγματα ασφάλειες» (2004: 1254).

## 8. Παρένθετη Μητρότητα και Οικονομικό Αντάλλαγμα

Όμως το σημαντικότερο ερώτημα στο δίκαιο της αποζημίωσης είναι ένα άλλο. Τι ακριβώς αποζημιώνουμε; Η ρύθμιση της παρένθετης μητρότητας στην Ελλάδα αποτελεί την αποθέωση του Νομικού Φορμαλισμού.

Το Νοέμβριο του 2000 ο τότε Υπουργός Δικαιοσύνης Μιχάλης Σταθόπουλος συνέστησε μια επιτροπή με σκοπό να εξετάσει τις συνέπειες της βιοτεχνολογίας και της γενετικής στο αστικό δίκαιο και ιδιαίτερα στο οικογενειακό. Στην επιτροπή που συνεστήθη μετείχαν 9 μέλη και τα 9 νομικοί, καθηγητές και καθηγήτριες αστικού δικαίου. Συμμετείχαν επίσης στις εργασίες 2 γραμματείς και οι δυο αστικολόγοι. Στην επιτροπή δεν συμπεριελήφθη συνταγματολόγος, φιλόσοφος (και μάλιστα της βιοηθικής ή της ηθικής φιλοσοφίας), κοινωνιολόγος, ψυχολόγος και φυσικά οικονομολόγος. Όταν κάποια μέλη ζήτησαν να προστεθεί ως μέλος ένας βιολόγος ο πρόεδρος της Επιτροπής Γιώργος Κουμάντος απέρριψε το αίτημα. Απλά εκλήθησαν ένας γενετιστής και ένας γυναικολόγος σε 2 και 1 συνεδριάσεις αντίστοιχα από τις 17 που έλαβαν χώρα.<sup>11</sup>

Η αντίστοιχη επιτροπή στο Ηνωμένο Βασίλειο που κατέληξε στο Brazier Report (Brazier, Campbell and Golombok 1998) είχε ως μέλη της μία Νομικό, την Margaret Brazier, έναν Καθηγητή Ιατρικής Ηθικής και μια Καθηγήτρια Ψυχολογίας. Βέβαια το γεγονός ότι στη δική μας επιτροπή Υπουργός Δικαιοσύνης και Πρόεδρος της Επιτροπής ήταν δύο ιδιαίτερα προοδευτικοί άνθρωποι και μεγάλοι νομικοί οδήγησε σε ένα από τα προοδευτικότερα νομοσχέδια στην Ευρώπη αν όχι στον κόσμο. Όμως θα μπορούσε να είναι κάποιος άλλος Υπουργός και κάποιος άλλος Πρόεδρος της Επιτροπής και τα αποτελέσματα να ήταν εντελώς διαφορετικά.

Καταρχήν θα πρέπει να τονιστεί ότι οι νέες τεχνολογίες υποβοηθούμενης αναπαραγωγής προσφέρουν πλέον τη δυνατότητα σε ένα ζευγάρι που επιθυμεί να κάνει παι-

<sup>11</sup> Για όλα όσα αναφέρονται εδώ σχετικά με τις εργασίες της Νομοπαρασκευαστική Επιτροπής και τη συζήτηση στη Βουλή, βλ. Αγαλλοπούλου και Κουτσουράδης (2004) και Hatzis (2009).

δί, αλλά η γυναίκα δεν μπορεί για ιατρικούς λόγους να κυοφορήσει, να αποκτήσει παιδί με τη βοήθεια μιας «παρένθετης μητέρας» (*surrogate mother*), που ουσιαστικά θα «δανείσει» τη μήτρα της για την κυοφορία του ήδη γονιμοποιημένου (σε δοκιμαστικό σωλήνα) ωαρίου. Το γενετικό υλικό προέρχεται από τους βιολογικούς γονείς του παιδιού. Είναι απολύτως λογικό η «παρένθετη μητέρα» να θελήσει να λάβει από το ζευγάρι κάποια αμοιβή γι' αυτό που του προσέφερε: ένα παιδί που δεν θα μπορούσε να αποκτήσει το ζευγάρι με άλλο τρόπο. Αν μάλιστα αναλογιστεί κανείς το τι σημαίνει να κυοφορήσεις ένα παιδί που δεν είναι δικό σου για εννιά μήνες, με αυξημένο αίσθημα ευθύνης, συμμετέχοντας σε μια διαδικασία ιδιαίτερα επώδυνη συναισθηματικά, εξαιρετικά πολύπλοκη ιατρικά και προβληματική κοινωνικά, είναι λογικό να αναμένεις τουλάχιστον να αποζημιωθείς επαρκώς (Hatzis 2003).

Η Νομοπαρασκευαστική Επιτροπή αποφάσισε να επιτρέψει την παρένθετη μητρότητα θέτοντας ουσιαστικά μια προϋπόθεση για να δοθεί η σχετική δικαστική άδεια: να είναι ιατρικώς αδύνατο για τη βιολογική μητέρα να κυοφορήσει. Η επιτροπή δεν έθιξε το ζήτημα του οικονομικού ανταλλάγματος κρίνοντας πως αρκεί το άρθρο 178 του Α.Κ. που ορίζει ότι οι δικαιοπραξίες που αντιβαίνουν στα χρηστά ήθη είναι άκυρες. Ουσιαστικά δηλαδή η επιτροπή έδωσε τον τελικό λόγο στη νομολογία. Δεδομένου ότι η ελληνική νομική επιστήμη σχεδόν ομόφωνα (δυστυχώς!) απορρίπτει την εφαρμογή των συμβάσεων αυτών, ήταν απολύτως σίγουρο πως και η νομολογία θα την ακολουθούσε. Όμως υπήρχε πάντα η δυνατότητα αλλαγής της στάσης της νομολογίας όταν θα διαπίστωναν τα δικαστήρια το εξαιρετικά προβληματικό και ατελέσφορο της ακύρωσης των συμβάσεων αυτών.

Κατά τη διάρκεια όμως της συζήτησης στη Βουλή, ο υπουργός Δικαιοσύνης πιεζόμενος από όλες τις πτέρυγες, προσέθεσε στο νέο άρθρο 1458 του Α.Κ. πως η κυοφορία θα πρέπει να γίνεται χωρίς αντάλλαγμα! Το πόσο εφαρμόσιμη θα είναι η διάταξη αυτή, το απάντησε ο ίδιος ο υπουργός όταν παρουσίασε στοιχεία στη Βουλή, σύμφωνα με τα οποία το 20% των ζευγαριών στην Ελλάδα αντιμετωπίζουν προβλήματα γονιμότητας, θυμίζοντας επίσης πως με ένα απλό ταξίδι στο εξωτερικό σε χώρα με ελαστικότερο νομοθετικό πλαίσιο όλες οι απαγορεύσεις καταστρατηγούνται!

Τι πέτυχαν λοιπόν οι εχθροί της «εμπορευματοποίησης»; Όποιος είναι αρκετά εύπορος, μπορεί να ταξιδέψει στο εξωτερικό και να συνάψει σύμβαση με τους όρους που αυτός επιθυμεί. Όποιος όμως δεν είναι ιδιαίτερα εύπορος αλλά θέλει απεγνωσμένα απογόνους, ή θα πρέπει να βρει κάποια γυναίκα πρόθυμη να θυσιαστεί ή θα αναγκαστεί να ψάξει για παρένθετη μητέρα στη μαύρη αγορά που έχει ήδη εμφανισθεί (Hatzis 2009). Επειδή δε οι συμβάσεις δεν θα εφαρμόζονται από τα δικαστήρια, αλίμονο στις φτωχές γυναίκες που δεν θα πληρωθούν ποτέ όλο το ποσό το οποίο τους υποσχέθηκαν και στα φτωχά ζευγάρια που θα πέσουν θύματα των διαφόρων μαφιόζων που θα τους ζητούν όλο και περισσότερα χρήματα για να μη «διακόψουν απότομα» την κύηση.

Με τους συνεργάτες μου αναζητήσαμε όλες τις σχετικές αποφάσεις από τις αρχές του 2003 έως το καλοκαίρι του 2010 και ταυτόχρονα έκανε το ίδιο ο Επιστημονικός Συνεργάτης της Εθνικής Επιτροπής Βιοηθικής, Τάκης Βιδάλης με τους δικούς του συνεργάτες. Μόνο 120 άτομα/ζευγάρια ζήτησαν την σχετική άδεια μέσα σε 7 χρόνια.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Γιατί τόσο λίγα ζευγάρια; Την απάντηση μου την έδωσαν πριν μερικά χρόνια σε ένα συνέδριο μαιών όπου είχα κληθεί ως ομιλήτης οι ίδιες οι μαιές. Πολλές παρένθετες μητέρες εισάγονται σε δημόσια και ιδιωτικά νοσοκομεία με το όνομα της μητέρας που θα κρατήσει το παιδί.

Από τις 120 λοιπόν αιτήσεις μόνο στο 22% των αιτήσεων η παρένθετη μητέρα φαίνεται να είχε αλτρουιστικά κίνητρα (μητέρες, αδελφές, συγγενείς). Στις υπόλοιπες περιπτώσεις (68%) «προσφερόταν» να φέρει το παιδί η «καλύτερη φίλη» της συζύγου. Στο 80% των περιπτώσεων η καλύτερη φίλη της συζύγου ήταν αλλοδαπή, 10 έως 20 χρόνια μικρότερή της... Όλες αυτές οι αποφάσεις είχαν κάτι κοινό. Το όνομα της παρένθετης μητέρας ήταν πάντα γραμμένο με λατινικούς χαρακτήρες. Μα είναι τόσο αφελείς οι δικαστές; Όχι, απλά δεν εφαρμόζουν το δίκαιο των βιβλίων.

Η κατάσταση αυτή οδήγησε στη θέσπιση νέου νόμου, του 3305/2005 όπου προβλέπεται (αρ. 13) ότι δεν θεωρείται αποζημίωση το κόστος της επέμβασης και της αμοιβής των γιατρών και η αποζημίωση για «κάθε θετική ζημία της κυοφόρου εξαιτίας αποχής από την εργασία της, καθώς και οι αμοιβές για εξαρτημένη εργασία, τις οποίες στερήθηκε λόγω απουσίας, με σκοπό την επίτευξη της εγκυμοσύνης, την κυοφορία, τον τοκετό και τη λοχεία». Αυτός ο νομικός καθορισμός της αποζημίωσης μιας γυναίκας που θα προσφέρει το σώμα της για ένα τουλάχιστον χρόνο σε ένα ζευγάρι δεν είναι μόνο οικονομικώς λανθασμένος. Είναι άδικος και ηθικά απαράδεκτος.

Θα μείνω όμως στην οικονομική κριτική. Εάν είχε χρησιμοποιηθεί μια πολύ απλή οικονομική έννοια, «το κόστος ευκαιρίας», θα μπορούσε το δικαστήριο (ακόμα και με την απαγόρευση της αμοιβής) να αποζημιώσει την γυναίκα για τα είδη κόστους που ο νομικός φορμαλισμός αδυνατεί να δει:

Πέραν των προφανών εξόδων για ειδικό ρουχισμό, φαρμακευτικές αγωγές, ειδικές δίαιτες και ιατρική υποστήριξη πέραν εκείνης του γυναικολόγου, πώς θα αποζημιωθεί η γυναίκα αυτή για τον κίνδυνο θανάτου που δεν είναι και τόσο αμελητέος; Κατά διαβολική σύμπτωση η πιθανότητα θανάτου στη διάρκεια του τοκετού στις δυτικές κοινωνίες είναι κατά μέσο όρο 0,01% και μειύεται με \$850 στις Η.Π.Α. για τις γυναίκες εργάτριες που εκτίθενται σε παρόμοιο κίνδυνο (Viscusi 2004). Πέραν του κινδύνου του θανάτου υπάρχουν πιθανότητες για μια σειρά σοβαρών παρενεργειών όπως προ-εκλαμψία (δηλ τοξιναιμία της κύησης), αυξημένη αρτηριακή πίεση, εξωμήτρια κύηση, διαβήτης, θρόμβωση, στειρότητα και φυσικά αποβολή! Η έκθεση σε όλους αυτούς τους κινδύνους δεν αποζημιώνεται σύμφωνα με το νόμο.

Όμως δεν αποζημιώνεται η γυναίκα και για τους περιορισμούς και το κόστος στην κοινωνική της ζωή και ιδιαίτερα την σεξουαλική και στη διάρκεια της εγκυμοσύνης και πολλούς μήνες μετά. Δεν αποζημιώνεται για τις συνέπειες στο σώμα της, στην προσωπική της ζωή αλλά και στην επαγγελματική της ζωή. Μην ξεχνάμε ότι αυτή η γυναίκα θα φέρει στον κόσμο ένα παιδί αναλαμβάνοντας όλο το μεγάλο κόστος χωρίς να έχει η ίδια όφελος, αλλά χωρίς καν να αποζημιώνεται για το κόστος. Και δεν αναφέρομαι στο σημαντικότερο κόστος, το ψυχολογικό. Αλλά πώς θα μετρηθούν όλα αυτά, με ποιον τρόπο μπορούν να βοηθήσουν τα οικονομικά;

Μια καλή αρχή θα ήταν να έχει το δικαίωμα η ίδια η παρένθετη μητέρα να εκτιμά το κόστος αυτής της διαδικασίας πάνω της. Να έχει την ελευθερία να λάβει αυτό που περιφρονητικά αποκαλείται «οικονομικό αντάλλαγμα». Αν όμως το κάνει κινδυνεύει να τιμωρηθεί με φυλάκιση τουλάχιστον δύο ετών και με χρηματική ποινή τουλάχιστον €1.500. Από ποιο ευρώ άραγε σταματά η νόμιμη αποζημίωση και ξεκινά το παράνομο «οικονομικό αντάλλαγμα»; (Hatzis 2003, 2009).

## 9. Χαμένος στη Μετάφραση

Θα κλείσω αυτή τη σειρά παραδειγμάτων με ένα προσωπικό, ανεκδοτολογικού χαρακτήρα (κυριολεκτικά!), παράδειγμα. Το Φθινόπωρο του 1985, έχω εισαχθεί με Πανελλήνιες Εξετάσεις στη Νομική Σχολή του Α.Π.Θ. και παρακολουθώ το μάθημα «Γενικές Αρχές του Αστικού Δικαίου» το οποίο διδάσκει ένας εξαιρετικός αστικολόγος. Παρακολουθώ τακτικά το μάθημα χωρίς να καταλαβαίνω και πολλά, παρά τις φιλότιμες προσπάθειες του διδάσκοντα. Αυτό που με προβληματίζει ιδιαίτερα είναι μια έννοια που ακούω πρώτη φορά στη ζωή μου και αν και καταλαβαίνω ότι είναι πολύ σημαντική αδυνατώ να κατανοήσω το περιεχόμενό της.

«Τι είναι αυτή η Δικαιοπραξία;» ρωτάω τους συμφοιτητές μου αλλά κανείς δεν μπορεί να με διαφωτίσει. Άλλος μου λέει ότι είναι οι συμβάσεις, άλλος απαντάει, όχι, είναι και οι διαθήκες ακόμα και τα δάνεια και γενικά ακούω πολλές εκδοχές που δεν με βοηθάνε ιδιαίτερα. Την κατάσταση επιδεινώνει το γεγονός ότι πέραν της Δικαιοπραξίας φαίνεται να υπάρχει και η Αδικοπραξία! Ευτυχώς όμως - γι' αυτήν θα μιλούσαμε στο δεύτερο έτος.

Η αγωνία μου κράτησε αρκετά γιατί τα διδακτικά εγχειρίδια τα παραλάβαμε λίγες ημέρες πριν τις εξετάσεις. Με τρόπο ανακάλυψα πως σε ένα βιβλίο 500 σελίδων οι 250 αναφέρονταν στις δικαιοπραξίες. Το πρώτο που έκανα ήταν να ψάξω τι τέλος πάντων είναι αυτό το πράγμα. Ο συγγραφέας αφού ξόδεψε 10 περίπου σελίδες για να εξηγήσει τι δεν είναι οι δικαιοπραξίες δίνει έναν ορισμό στο τέλος της δέκατης σελίδας: «Δικαιοπραξία είναι το “πραγματικό” που περιέχει δήλωση ή δηλώσεις βουλήσεως και το οποίο αναγνωρίζεται από το νόμο ως λόγος για να επέλθει η έννομη συνέπεια που θέλησε ο δικαιοπρακτών». (Παπαντωνίου 1983: 252).

Δεν ξαναδιάβασα θεωρητικό εγχειρίδιο αστικού δικαίου για τα επόμενα δέκα χρόνια μέχρι τη στιγμή που γράφοντας το διδακτορικό μου στα οικονομικά του δικαίου των συμβάσεων μπόρεσα να επανεκτιμήσω τα βιβλία αυτά αλλά ως συνάδελφος πλέον -- όχι ως φοιτητής.

## 10. Αισιόδοξες εξελίξεις

Ολοκληρώνοντας αυτό το κείμενο δεν θα ήθελα να δώσω την εντύπωση ότι η ελληνική νομική επιστήμη κυριαρχείται απόλυτα από τον φορμαλισμό, αν και πολλές φορές μπαίνω στον πειρασμό να το κάνω.

Είναι χαρακτηριστικά όσα γράφουν για την οικονομική ανάλυση του δικαίου δύο κορυφαίοι Έλληνες νομικοί, ο Απόστολος Γεωργιάδης και ο Μιχάλης Σταθόπουλος (παρά τους προφανείς δισταγμούς τους για την ευρεία χρήση της μεθόδου):

Σύμφωνα με τον πρώτο:

*Η χρησιμοποίηση μεθόδων και όρων της οικονομικής επιστήμης μπορεί να συμβάλλει στην απαλλαγή του δικαίου από μεταφυσικές προκαταλήψεις και να φωτίσει τα πραγματικά κίνητρα των ανθρώπων κατά τη διαμόρφωση των δικαιο-*

*κών ρυθμίσεων. Μπορεί ακόμα να συντελέσει στην 'αποκάλυψη' των οικονομικών σκοπιμοτήτων των κανόνων δικαίου. (Γεωργιάδης 2002: 81)*

Ο Σταθόπουλος όμως την συνδέει με την υπέρβαση του νομικού φορμαλισμού:

*Η νομική επιστήμη πρέπει να υπερβαίνει την επιστημονική εσωστρέφεια, αλλά και την τυπολατρεία και εννοιοκρατία που τη βάρυνε στο παρελθόν και να εξετάζει τα κοινωνικά φαινόμενα και ανάμεσά τους τα οικονομικά συμφέροντα, την αποτελεσματικότητα και τα αντλούμενα οφέλη από τα όποια νομοθετικά μέτρα. Άλλωστε το ότι το δίκαιο οφείλει να λαμβάνει υπόψη τις οικονομικές σχέσεις είχε και πολύ πριν από τη νέα αυτή θεωρία επανειλημμένα επισημανθεί, σήμερα δε αποτελεί κοινό τόπο. (Σταθόπουλος 2004: 19).<sup>13</sup>*

Το τελευταίο παράδειγμα προέρχεται από την πράξη και συγκεκριμένα από μια όχι και τόσο πρόσφατη απόφαση του Αρείου Πάγου (Α.Π. 4/1995). Την άφησα για το τέλος γιατί την θεωρώ ένα ιδανικό παράδειγμα της σύγκρουσης του νομικού φορμαλισμού που δυστυχώς ακόμα κυριαρχεί με τον πραγματισμό και τη διαίσθηση που έχουν αναπτύξει μερικοί από τους καλύτερους δικαστές μας.

Στη Σύρο υπάρχουν δύο γειτονικά ακίνητα. Το ένα από αυτά είναι παραθαλάσσιο (Α) και το άλλο δεν έχει πρόσβαση στη θάλασσα (Β) αλλά γειτνιάζει με το πρώτο. Ο ιδιοκτήτης του οικοπέδου Β ζητά από τον ιδιοκτήτη του οικοπέδου Α να του επιτρέψει να τοποθετήσει υπογείως μέσα στο ακίνητό του υδραγωγούς σωλήνες για τη διοχέτευση θαλασσινού νερού στην πισίνα που είχε κατασκευάσει ο Β στο οικόπεδό του. Σύμφωνα με το άρθρο 1031 του ΑΚ

*[Ο] κύριος ακινήτου έχει υποχρέωση, αφού ληφθεί υπόψη και το δικό του συμφέρον, να επιτρέψει έναντι ανάλογης αποζημίωσης την εναέρια ή την υπόγεια διέλευση διαμέσου του ακινήτου **σωλήνων νερού** ή φωταερίου ή ηλεκτρικών καλωδίων για την εξυπηρέτηση άλλων ακινήτων. Η εγκατάσταση γίνεται με τον περισσότερο πρόσφορο και λιγότερο επαχθή τρόπο για το ακίνητο που επιβαρύνεται.*

Η πλειοψηφία του δικαστηρίου στην απόφασή της αναφέρει:

*[η] ερμηνευόμενη πράξη του άρθρου 1031 ΑΚ, είναι προφανές, ότι έχει υπόψη της σωλήνες διοχετεύσεως (λήψεως) ύδατος καθαρού, όχι θαλάσσιας προέλευσης, το οποίο, διοχετευόμενο στο εξυπηρετούμενο ακίνητο θα καταναλώνεται εξολοκλήρου σ' αυτό, χωρίς να ανακύπτει ανάγκη μετααύτα αποχετεύσεως του όπως συμβαίνει με το θαλάσσιο ύδωρ των κολυμβητικών δεξαμενών. Είναι ενδεικτική του αποκλεισμού των αποχετευτικών σωλήνων η χρήση του όρου "υδραγωγών σωλήνων" ή "σωλήνων νερού" στο άνω άρθρο που εκφράζει τους σωλήνες διοχέτευσης και όχι αποχέτευσης ύδατος.*

<sup>13</sup> Από την διστακτική υποδοχή της ΟΑΔ από τους Έλληνες νομικούς φτάσαμε σήμερα στο σημείο ένας συνάδελφος στη Νομική Σχολή, ο Γιώργος Δελλής, όχι μόνο να την υιοθετεί πλήρως μεθοδολογικά στο νέο του βιβλίο *Κοινή Ωφέλεια και Αγορά* (2008) αλλά και να συμβάλλει θεωρητικά σ' αυτήν με έναν εντυπωσιακό τρόπο.

Την απόφαση αυτή δεν την επέλεξα εξαιτίας της τυπολατρικής και ακραία φορμαλιστικής απόφασης της πλειοψηφίας αλλά επειδή στην απόφαση αυτή υπήρχε μια ισχυρή μειοψηφία 12 μελών ανάμεσα στους οποίους θα βρούμε μερικούς από τους καλύτερους Έλληνες δικαστές (ένας από αυτούς είναι ο μετέπειτα Πρόεδρος του Αρείου Πάγου Στέφανος Μαθίας).

*[Α]πό την πλειοψηφούσα γνώμη **περιορίζεται σημαντικά η σύμφωνη με τον προορισμό τους οικονομική εκμετάλλευση πολλών ακινήτων**, ευρισκόμενων κοντά μεν στη θάλασσα και προσφερόμενων για δημιουργία ξενοδοχειακών μονάδων, παραθεριστικών οικιών ή άλλων συναφών χρήσεων, στα οποία δεν θα είναι δυνατή η δημιουργία κολυμβητικών δεξαμενών θαλασσίου ύδατος η διοχέτευση του οποίου μόνο με σωλήνες διαμέσου άλλου η άλλων ακινήτων θα ήταν δυνατή. Περαιτέρω πρέπει να τονισθεί ότι η προβλεπόμενη από το άνω άρθρο 1031 ΑΚ υποχρέωση ανοχής του κυρίου του βαρυνόμενου ακινήτου και το αντίστοιχο δικαίωμα του κυρίου του εξυπηρετούμενου ακινήτου, [...] αναγνωρίζεται, ενόψει και της ρητής αναφοράς του εν λόγω άρθρου και στο συμφέρον του κυρίου του ακινήτου που υφίσταται τον περιορισμό (α) όταν η διέλευση των υδραγωγών σωλήνων γίνεται για την ικανοποίηση των πραγματικών (λειτουργικών) αναγκών του ωφελούμενου ακινήτου, σύμφωνα με τον προορισμό του [...] και (β) **το εκ του άνω περιορισμού της κυριότητας βάρος να μην είναι δυσανάλογα μεγαλύτερο του οφέλους του γειτονικού ακινήτου, ούτε ν' αποτελεί σοβαρό πλήγμα στη χρήση και κάρπωση ή καθοιονδήποτε τρόπο αξιοποίηση του βαρυνόμενου ακινήτου. Η κατασκευή κολυμβητικής δεξαμενής σε ακίνητο παραθεριστικής περιοχής είναι σύμφωνη προς την κατά προορισμό χρήση του εν λόγω ακινήτου, ενόψει και των αναγκών της σύγχρονης ζωής.***

Οι δικαστές της μειοψηφίας δεν αρκέστηκαν λοιπόν σε μια φορμαλιστική ανάγνωση του νόμου αλλά έκαναν μια ανάλυση κόστους-οφέλους λαμβάνοντας υπόψη της ανάγκες της ελληνικής τουριστικής οικονομίας αλλά και το πραγματικό πρόβλημα που δημιουργεί η μονοπωλιακή ουσιαστικά θέση του ιδιοκτήτη του οικοπέδου Α.

## 11. Αντί επιλόγου

Θα ήταν ανώφελο να ολοκληρώσω το κείμενο με μία εξαντλητική απαρίθμηση προτάσεων για την απαλλαγή της ελληνικής νομικής επιστήμης και πράξης από τον ασφυκτικό κλοιό του νομικού φορμαλισμού (βλ. και Χατζής 2007). Θα περιοριστώ μόνο σε δύο προτάσεις που κατευθύνονται στην αναμόρφωση της νομικής εκπαίδευσης στην Ελλάδα. Δεν θα κριτικάρω τα σημερινά προγράμματα σπουδών. Τα έχουν καταρτίσει άλλοι, σοφότεροι από μένα. Όμως θα προτείνω κάτι πολύ απλό. Την εισαγωγή μαθημάτων που θα βοηθούν έναν άτομο 18 ετών που πρόκειται να διδαχθεί μέσα στα επόμενα τέσσερα χρόνια πώς να ρυθμίζει την κοινωνία και την οικονομία να μάθει πρώτα πώς λειτουργεί αυτή η κοινωνία και αυτή η οικονομία που πρόκειται να ρυθμίσει με τις αποφάσεις του.

Ένα καλό παράδειγμα αποτελεί το πρόγραμμα της Νομικής Σχολής του Πανεπιστημίου του Σικάγο που δίνει πολύ μεγάλη έμφαση στις κοινωνικές επιστήμες<sup>14</sup> αλλά και εκείνο της Νομικής Σχολής του Harvard που προσφέρει το μεγαλύτερο αριθμό μαθημάτων από οποιαδήποτε νομική σχολή στον κόσμο. Οι φοιτητές στο Harvard, αφού περάσουν τα μόνο 6 υποχρεωτικά μαθήματα στο πρώτο έτος, έχουν το δικαίωμα να επιλέξουν όποια μαθήματα θέλουν στη συνέχεια των σπουδών τους και ιδιαίτερα μαθήματα από άλλα τμήματα. Η Νομική Σχολή τους ενθαρρύνει να το κάνουν και τους ωθεί να ενταχθούν σε μία από τις έξι κατευθύνσεις σπουδών:<sup>15</sup>

1. Δίκαιο και Κράτος (*Law & Government*)
2. Δίκαιο και Επιχειρήσεις (*Law & Business*)
3. Διεθνές και Συγκριτικό Δίκαιο (*International & Comparative Law*)
4. Δίκαιο, Επιστήμη και Τεχνολογία (*Law, Science & Technology*)
5. Δίκαιο και Κοινωνική Αλλαγή (*Law and Social Change*)
6. Ποινική Δικαιοσύνη (*Criminal Justice*).

Οι πρωτοετείς φοιτητές Νομικής στις Η.Π.Α. δεν είναι 18 ετών αλλά τουλάχιστον 22 καθώς για την εισαγωγή σε Νομική Σχολή απαιτείται πτυχίο 4-ετούς φοίτησης σε κολέγιο με ειδίκευση, συνήθως, στις κοινωνικές επιστήμες. Για την εισαγωγή στις μεγάλες νομικές σχολές πολλές φορές απαιτείται ακόμα και μεταπτυχιακός τίτλος.

Δεν προτείνω φυσικά την εισαγωγή του συστήματος αυτού στην Ελλάδα, απλά ελπίζω να μελετηθεί σαν ένα αρκετά επιτυχημένο παράδειγμα.

Η δεύτερη πρόταση αφορά στην Εθνική Σχολή Δικαστών. Αυτή τη στιγμή ένας νέος 28-29 ετών μετά την αποφοίτησή του από την σχολή θα κληθεί να ρυθμίσει την οικονομική ζωή με τις αποφάσεις του χωρίς να έχει την παραμικρή γνώση οικονομικών. Όσο καλός νομικός κι αν είναι θα μπορούσε να οδηγήσει με τις αποφάσεις του σε καταστροφικά αποτελέσματα αν δεν μπορεί να αντιληφθεί τον τρόπο που λειτουργεί ο μηχανισμός της αγοράς. Η έμφαση στη Σχολή Δικαστών δεν θα πρέπει να δίνεται μόνο στην εμπέδωση των νομικών εννοιών και στην εκμάθηση κανόνων αλλά κύρια στην γνώση των μελλοντικών δικαστών για την κοινωνία που πρόκειται να αποτελέσει το αντικείμενό τους. Γιατί αυτό είναι το αντικείμενό τους και όχι μόνο οι έννοιες που θα μάθουν να χειρίζονται.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Βλ. περισσότερα κυρίως εδώ: <http://www.law.uchicago.edu/node/274> ("*Chicago's devotion to interdisciplinary inquiry is as old as the school itself. It grows out of our conviction that the law does not exist in a vacuum; we can understand the law and legal methods only if we understand both how the law affects the behavior of the society it governs and how the law reflects the values of that society. For this reason, students do not study law as an autonomous discipline. Faculty draws students' attention to insights from the social sciences, the humanities, and the natural sciences beginning on the first day of class. Faculty members include historians, economists, philosophers, and political scientists, and each year several Law School classes are cross-listed with other departments of the University.*").

<sup>15</sup> Βλ. περισσότερα εδώ: <http://www.law.harvard.edu/academics/degrees/jd/pos/index.html>

<sup>16</sup> Βλ. σχετικά Hatzis & Nalrantidou (2007) και Ναλπαντίδου και Χατζής (2008) για το σχετικό ζήτημα της κατάρτισης των εκθέσεων ανάλυσης επιπτώσεων των κανονιστικών ρυθμίσεων από δημοσίους υπαλλήλους που δεν γνωρίζουν οικονομικά του δικαίου.

Αντί συμπεράσματος λοιπόν θα τελειώσω με την περίφημη φράση του Δικαστή Oliver Wendell Holmes, μια φράση που έγραψε πριν από 114 χρόνια και είναι το ίδιο επίκαιρη σήμερα:

*Για την ορθολογική μελέτη του δικαίου ο φορμαλιστής νομικός είναι ίσως ο άνθρωπος του παρόντος, αλλά ο άνθρωπος του μέλλοντος είναι ο άνθρωπος της στατιστικής και αυτός που γνωρίζει καλά οικονομικά. (Holmes 1897).*

## Βιβλιογραφία

- Becker, Gary S. 1968. "Crime and Punishment: An Economic Approach." *Journal of Political Economy* 76: 169-217.
- Becker, Gary S. 1973. "A Theory of Marriage: Part I." *Journal of Political Economy* 81: 813-846.
- Becker, Gary S. 1974. "A Theory of Marriage: Part II." *Journal of Political Economy* 82 (2,2): S11-S26.
- Becker, Gary S. 1993. "Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior." *Journal of Political Economy* 101: 385-409.
- Brazier, Margaret, Alastair Campbell and Susan Golombok. 1998. *Surrogacy: Review for Health Ministers of Current Arrangements for Payments and Regulation (Report of the Review Team)*. London: Department of Health.
- Calabresi, Guido (1970). *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. New Haven: Yale University Press.
- Coase, Ronald H. 1960. "The Problem of Social Cost." *Journal of Law & Economics* 3: 1-44.
- Cohen, Lloyd R. 1987. "Divorce, and Quasi-Rents; or , 'I Gave Him the Best Years of My Life.'" *Journal of Legal Studies* 16: 267-303. fd3b322a8743e139c73cd18881
- Corrado, Michael. 1992. "The Place of Formalism in Legal Theory." *North Carolina Law Review* 70: 1545-1561.
- Donohue III, John J. and Steven D. Levitt. 2001. "The Impact of Legalized Abortion on Crime." *Quarterly Journal of Economics* 116: 379-420.
- Donohue III, John J. and Steven D. Levitt. 2004. "Further Evidence that Legalized Abortion Lowered Crime: A Reply to Joyce." *Journal of Human Resources* 39: 29-49.
- Duxbury, Neil. 1995. *Patterns of American Jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press.
- Hahn, Robert W. and James E. Prieger. 2006. "The Impact of Driver Cell Phone Use on Accidents." *Advances in Economic Analysis & Policy* 6(1) Art. 9. <http://www.bepress.com/bejeap/advances/vol6/iss1/art9/>
- Hatzis, Aristides N. 2002. "Having the Cake and Eating It Too: Efficient Penalty Clauses in Common and Civil Contract Law." *International Review of Law & Economics* 22: 381-406.
- Hatzis, Aristides N. 2003. "'Just the Oven': A Law and Economics Approach to Gestational Surrogacy Contracts." In *Perspectives for the Unification or Harmonisation of Family Law in Europe*. Katharina Boele-Woelki, ed. Antwerp: Intersentia. Pp. 412-433.

- Hatzis, Aristides N. 2006. "Civil Contract Law and Economic Reasoning: An Unlikely Pair?" In *The Architecture of European Codes and Contract Law*. Stefan Grundman and Martin Schauer, eds. Hague: Kluwer Law. Pp. 159-191.
- Hatzis, Aristides N. 2008. "A Very Cheap Crime: Measuring the Expected Cost of Rape in Greece." Working Paper.
- Hatzis, Aristides N. 2009. "From Soft Paternalism and Back: The Regulation of Surrogate Motherhood in Greece." *Portuguese Economic Journal* 49: 205-220.
- Hatzis, Aristides N. and Aspasia Tsaoussis 2008. "...Or For Worse': Prenuptial Agreements and the Compensation Paradox in Divorce." Forthcoming.
- Holmes, Oliver Wendell. 1880. Book Reviews of Langdell's and Anson's books on Contracts. *American Law Review* 14: 233-235.
- Holmes, Oliver Wendell. 1881. *The Common Law*. Boston: Little Brown, and Co.
- Holmes, Oliver Wendell. 1897. "The Path of the Law." *Harvard Law Review* 10: 457-478.
- Holmes, Oliver Wendell. 1899. "Law in Science and Science in Law." *Harvard Law Review* 12: 443-463.
- Horwitz, Morton J. 1975. "The Rise of Legal Formalism." *American Journal of Legal History*. 19: 251-264.
- Hatzis, Aristides N. and Sonia Nalpantidou. 2007. "From Nothing to Too Much: Regulatory Reform in Greece." Brussels: European Network for Better Regulation. Working Paper 13/2007.
- Levitt, Steven D. 1996. "The Effect of Prison Population Size on Crime Rates: Evidence from Prison Overcrowding Litigation." *Quarterly Journal of Economics* 111: 319-351.
- Levitt, Steven D. 2004. "Understanding Why Crime Fell in the 1990s: Four Factors that Explain the Decline and Six that Do Not." *Journal of Economic Perspectives* 18: 163-190.
- Peltzman, Sam. 1973. "An Evaluation of Consumer Protection Legislation: The 1962 Drug Amendments." *Journal of Political Economy* 81: 1049-1091.
- Peltzman, Sam. 1975. "The Effects of Automobile Safety Regulation." *Journal of Political Economy* 83: 677-726.
- Peltzman, Sam. 2004. *Regulation and the Natural Progress of Opulence (2004 Distinguished Lecture)*. Washington, DC: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies.
- Posner, Richard A. 1987. "The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987." *Harvard Law Review* 100: 761-780.
- Posner, Richard A. 1990. *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Posner, Richard A. 1993. "Gary Becker's Contributions to Law and Economics." *Journal of Legal Studies* 22: 211-215.
- Posner, Richard A. 2010 [1973a]. *Economic Analysis of Law*. New York: Aspen, 8<sup>th</sup> ed.
- Pound Roscoe. 1908. "Mechanical Jurisprudence." *Columbia Law Review* 8: 605-623.
- Pound Roscoe. 1910. "Law in Books and Law in Action." *American Law Review* 44: 12-36.
- Reynolds, Morgan. 1992. "Why Does Crime Pay?" Dallas, TX: National Center for Policy Analysis, Policy Backgrounder No. 123.
- Rubin, Paul H. 1977. "Why Is the Common Law Efficient?" *Journal of Legal Studies* 6: 51-63.
- Shapiro, Fred R. 2000. "The Most-Cited Legal Scholars." *Journal of Legal Studies* 29: 409-426.

- Speziale, Marcia. 1980. "Langdell's Concept of Law as Science: The Beginning of Anti-Formalism in American Legal Theory." *Vermont Law Review* 5: 1-37.
- Stiglitz, Joseph E. and Linda J. Bilmes. 2008. *The Three Trillion Dollar War: The True Cost of the Iraq Conflict*. New York: Norton.
- Tsaoussis, Aspasia. 2003. *The Greek Divorce Law Reform of 1983 and Its Impact on Homemakers: A Social and Economic Analysis*. Athens-Komotini: Ant. N. Sakkoulas Publishers.
- Viscusi, W. Kip. 2004. "The Value of Life: Estimates with Risks by Occupation and Industry." *Economic Inquiry* 42: 29-48.
- Viscusi, W. Kip and Joseph E. Aldy. 2003. "The Value of Statistical Life: A Critical Review of Market Estimates Throughout the World." Cambridge, MA: National Bureau of Economic Research. Working Paper 9487.
- Vliamos, Spyros and Aristides N. Hatzis. 2009. "The Assessment of Compensatory Damages for Medical Error by the Greek Courts: An Economic Analysis." In *The Global Economics of a Changing Environment*. James A. Brox and Nicholas C. Baltas, eds. Waterloo: North Waterloo Academic Press.
- Weitzman, Lenore J. 1985. *The Divorce Revolution: The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America*. New York: Free Press.
- Weinrib, Ernest J. 1988. "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law." *Yale Law Journal* 97: 949-1016.
- Αγαλλοπούλου, Πηνελόπη και Αχιλλέας Γ. Κουτσουράδης (επιμ.). 2004. *Ιατρική Υποβοήθηση στην Ανθρώπινη Αναπαραγωγή (N. 3089/2002 – Προπαρασκευαστικές Εργασίες - Συζήτηση στη Βουλή)*. Αθήνα-Θεσσαλονίκη: Εκδόσεις Σάκκουλα.
- Δίγκας, Ιωάννης Γ. 2011. «Ο Νομικός Ρεαλισμός στο Έργο του Roscoe Pound.» Θεσσαλονίκη: Αριστοτέλειο Πανεπιστήμιο Θεσσαλονίκης, Τμήμα Νομικής.
- Γέμτος, Πέτρος Α. 1988. «Μεθοδολογικά Προγράμματα στην Οικονομική και τη Νομική Επιστήμη και το Πρόβλημα της Διεπιστημονικής τους Συνεργασίας» *Νομικό Βήμα* 36: 1192-1202.
- Γέμτος, Πέτρος Α. 1999. «Οι Θεωρητικές Βάσεις της Οικονομικής Ανάλυσης του Δικαίου» *Νομικό Βήμα* 47: 1-13.
- Γέμτος, Πέτρος Α. 2001-3. *Οικονομία και Δίκαιο. Τόμος Α. Μεθοδολογικά και Οικονομικά Θεμέλια*. (2<sup>η</sup> εκδ. 2003). *Τόμος Β. Οικονομική Ανάλυση Βασικών Θεσμών του Ιδιωτικού Δικαίου* (2001). Αθήνα-Κομοτηνή: Εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα.
- Γέμτος, Πέτρος Α. 2003. «*Homo Economicus, Homo Sociologicus, Homo Juridicus*: Μια Συμβολή στα Μεθοδολογικά Θεμέλια της Νομικής και των Εμπειρικών Κοινωνικών Επιστημών» *Κριτική Επιθεώρηση* 2003/2.
- Γεωργιάδης, Απόστολος Σ. 2002. *Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου*. Αθήνα-Κομοτηνή: Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 3<sup>η</sup> έκδοση.
- Δελλής, Γιώργος Ι. 2008. *Κοινή Ωφέλεια και Αγορά. Τόμος Α. Το Τέλος των Διαχωριστικών Γραμμών: Η «Αγορακεντρική» Δημόσια Ρύθμιση των Κοινωνικών Δραστηριοτήτων*. Αθήνα-Κομοτηνή: Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα.
- Ναλπαντίδου, Σόνια και Αριστείδης Ν. Χατζής. 2008. «Η Ανάλυση Επιπτώσεων των Κανονιστικών Ρυθμίσεων» *Εφαρμογές Δημοσίου Δικαίου* 21: 33-95.
- Παπαντωνίου, Νικ. Σ. 1983. *Γενικές Αρχές του Αστικού Δικαίου*. Αθήνα: Αφοι Π. Σάκκουλα.

- Σταθόπουλος, Μιχ. Π. 2004. *Γενικό Ενοχικό Δίκαιο*. Αθήνα-Θεσσαλονίκη: Εκδόσεις Σάκκουλα.
- Χατζής, Αριστείδης Ν. 2007. «Αυστηροί Κανόνες και Γενικές Ρήτρες: Μια Οικονομική Ανάλυση», στο *Διοικητική Θεωρία και Πράξη – Διοίκηση και Κοινωνία* Αντώνης Μακρυδυμήτρης & Μαρία-Ηλιάνα Πραβίτα, επ. Αθήνα-Θεσσαλονίκη: Εκδόσεις Σάκκουλα.
- Χατζής, Αριστείδης Ν. 2008. «Ο Θανατηφόρος Συνδυασμός (Όταν το Δίκαιο Συνάντησε τα Οικονομικά)», *Cogito* 8: 49-51.
- Χατζής, Αριστείδης, Ν. 2010. «Τα Οικονομικά του Εγκλήματος» στον *Τμητικό Τόμο Καλλιόπης Δ. Σπινέλλη*. Αθήνα-Κομοτηνή: Εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, σσ. 455-467.

***Law in Books and Law in Action: The Decline of Law as an Autonomous Discipline and the Reform of Legal Education in Greece***

by Aristides N. Hatzis

Assistant Professor of Philosophy of Law & Theory of Institutions, Department of Philosophy & History of Science, University of Athens, Ph.D. (Law & Econ), University of Chicago

Abstract

In this paper I review the decline of legal formalism in the American legal theory after the attack of legal realism and especially after the unprecedented success of the law & economics movement. I present evidence and discuss a number of examples for the application of economics to legal issues (both from the literature and from my own empirical research) by illustrating at the same time the intellectual and practical bankruptcy of legal formalism. We conclude with two proposals for the reform of legal education in Greece in order to provide future lawyers, judges and legislators with the necessary tools to regulate society and economy efficiently and reasonably.

JEL Classification Code: K0