

Φίλιππος Κ. Βασιλόγιαννης

Εξωσυνταγματικοί κανονιστικοί περιορισμοί του νομοθέτη: η ολιγονομία του ιδιωτικού δικαίου

«κατά τον τρόπο που οι σοφοί νομοθέτες αντλούν διδάγματα
από την αμηχανία των δικαστών στις αντιδικίες»
Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, B 452

Το θέμα μου είναι μεν ο νομοθέτης, ωστόσο, αυτός θα κληθεί να επωμιστεί εμμέσως και τα βάρη της φιλοσοφικής κριτικής (της κριτικής της φιλοσοφίας του δικαίου) σε μέρος της νομολογίας και της πανεπιστημιακής διδασκαλίας του ιδιωτικού δικαίου, όχι ακριβώς της εγχώριας, αλλά κυρίως της ηπειρωτικής Ευρώπης. Οι περιορισμοί του νομοθέτη, στους οποίους θα αναφερθώ, είναι μεν γνήσια κανονιστικοί, ως όρια και όχι ως εμπόδια της νομοθεσίας, αλλά και ουσιωδώς μη συνταγματικοί. Αυτό προφανώς εισάγει καινά (ελπίζω όχι κενά...) δαιμόνια στη συνταγματική θεωρία, καθότι η κρατούσα αντίληψη θέλει να συλλαμβάνει την έννομη τάξη ως σύμφωνη, κατά το καθόλου κανονιστικό περιεχόμενό της, προς το σύνταγμα, ιδίως ως προς τον σύμφυτο με την εν λόγω ιεραρχική αρχή δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων, δικαιολογώντας συναφώς ένα ευρύ περιθώριο διακριτικής νομοθετικής ευχέρειας. Πώς, λοιπόν, ο νομοθέτης που φαίνεται ότι δεν παραβιάζει το σύνταγμα (εφ' όσον, κατά την παραδοχή μου, οι περιορισμοί είναι εξωσυνταγματικοί), θα μπορούσε να ελεγχθεί δικαστικά ως προς την παραβίαση γνήσια κανονιστικών περιορισμών; Διαφορετικά, έχει άραγε νόημα να αναφέρεται κανείς σε περιορισμούς χωρίς θεσμικό αντίκρισμα; (Αγνοώ τη δυνατότητα δικαστικού ελέγχου του νομοθέτη ως προς τον σεβασμό του σε άλλες πηγές του δικαίου υπέρτερης του κοινού νόμου τυπικής ισχύος, καθότι προφανώς δεν είναι αυτή η εν θέματι περίπτωση.) Στο ζήτημα θα επανέλθω στο τέλος των αναπτύξεών μου, αφού προηγουμένως εξετάσω τα επίδικα όρια, δηλαδή την έλλειψη διακριτικής

νομοθετικής ευχέρειας, ως ολιγονομία, η οποία, όπως θα επιχειρηματολογήσω, αποτελεί χαρακτηριστικό γνώρισμα του ιδιωτικού δικαίου. (Αντιστοίχως, χαρακτηριστικό γνώρισμα του ποινικού δικαίου δεν αποτελεί η ολιγονομία, αλλά η, ούτως ειπείν, ακριβονομία. Η πολυνομία πάντως φαίνεται ότι τόσο για το ιδιωτικό όσο και για το ποινικό δίκαιο, κατ' αντιδιαστολήν ίσως προς το διοικητικό, αποτελεί, χρησιμοποιώντας τους προσφυείς χαρακτηρισμούς του Καθηγητή Δαγτόγλου, αν όχι στρεψονομία, πάντως και κακονομία.) Ήδη προαναγγέλλω πάντως ότι – όπως ελπίζω πως θα διαφανεί πριν από τις καταληκτικές σκέψεις μου – το ελληνικό, π. χ., σύνταγμα είναι πολύ αισιόδοξο, όταν εξαγγέλλει (άρθρο 25 § 1 εδ. γ') ότι τα συνταγματικά δικαιώματα ισχύουν και στις σχέσεις μεταξύ ιδιωτών στις οποίες προσιδιάζουν: δυστυχώς – ή μάλλον ευτυχώς – τα συνταγματικά δικαιώματα δεν προσιδιάζουν σε καμμία σχέση μεταξύ ιδιωτών, ως ιδεοτυπικά ιδιωτών κατά το ιδιωτικό δίκαιο· αν ο νομοθέτης παραβιάσει τους εν λόγω κανονιστικούς περιορισμούς, θα μεταβάλει το ιδιωτικό δίκαιο σε (ένα μεταμφιεσμένο μεν, ουσιωδώς όμως) διοικητικό, απολαμβάνοντας μάλλον, κατά την κρατούσα θεωρία και νομολογία, μιας σκανδαλώδους συνταγματικής ασυλίας -- εκτός ίσως κάποιων ακραίων περιπτώσεων· π. χ. στην περίπτωση πλήρους αναιρέσεως των εξουσιών της κυριότητας, σύμφωνα με το ιδιωτικό δίκαιο, διά δημοσιονομικών ή συναφών μέτρων, κατά το πρότυπο του *ενοικιοστασίου*: εδώ το ζήτημα του δικαιοστασίου αφορά πλέον τις σχέσεις μεταξύ των ιδιωτών και του κράτους που επιλέγει να κάμει πολιτική διά του ιδιωτικού δικαίου (πρόκειται, δηλαδή, μάλλον για μια περίπτωση στέρσης ιδιοκτησίας· αφήνω ανοικτό το ερώτημα της υπαγωγής στην εν λόγω συνταγματική απαγόρευση και περιπτώσεων πολεοδομικών, π. χ. αλλαγής της χρήσεως της γης, που δεν αποτελούν, κατά τις ίδιες παραδοσιακές αντιλήψεις, αναγκαστική απαλλοτρίωση, ώστε να οφείλεται πλήρης, ή εύλογη, αποζημίωση στους πληττομένους από την αλλαγή).

Η εισήγησή μου διαρθρώνεται ως εξής: Στο πρώτο μέρος της θα εξετάσω την ολιγονομία τόσο του αγγλοσαξονικού κοινοδικαίου (*common law*) όσο και του ηπειρωτικού αστικού δικαίου, απορρίπτοντας ιδίως τη θετικιστική ιδέα ότι, αν η πηγή του ιδιωτικού δικαίου δεν είναι ο νόμος, τότε είναι είτε οι ίδιες οι δικαστικές αποφάσεις, στην καλύτερη εκδοχή του

δόγματος ως προδεδικασμένα (*precedents*), είτε το έθιμο. Η πραγματέυση του πρώτου μέρους θα έχει προετοιμάσει το αντικείμενο το δευτέρου μέρους: την εξέταση των θεμελιωδών, κατά το περιεχόμενό τους, αρχών μη διανεμητικής δικαιοσύνης που διέπουν το ιδιωτικό δίκαιο, άλλως την ολιγονομία του τελευταίου ως προς το ότι δεν επιτρέπει ιδίως την εννοιολογική και επιχειρηματολογική αναγωγή του δικαιώματος στο συμφέρον, της βλάβης στη ζημία και της συμβάσεως στην οιονεί σύμβαση. Του δευτέρου μέρους θα προτάξω κάποιες σκέψεις μου ως προς την οπτική γωνία μιας συγκριτικής φιλοσοφίας του ιδιωτικού δικαίου. Τέλος, οι καταληκτικές παρατηρήσεις μου, ως προς τον εξωσυνταγματικό χαρακτήρα των εν θέματι περιορισμών (δηλαδή το μοιραίως ανεφάρμοστον της προαναφερθείσης διατάξεως του Συντάγματος στην ονομαστική της αξία), θα στραφούν ευσύννοπτα γύρω από το δικαίωμα της ιδιοκτησίας (κυριότητας) ως διαπροσωπικού τίτλου και την αξίωση καταβολής πλήρους αποζημίωσης από τον ζημιώσαντα σε περίπτωση προσβολής του. Του τρίτου μέρους θα προτάξω, ομοίως, κάποιες μεθοδολογικές παρατηρήσεις.

Πριν όμως αναπτύξω το πρώτο μέρος της εισήγησής μου, θα ήθελα να εκθέσω με συντομία το ιστορικό της σύλληψής της: Στην εισήγησή μου θα παρουσιάσω για πρώτη φορά τις βασικές γραμμές ενός νέου βιβλίου μου με τίτλο *Ολιγονομία: συγκριτική φιλοσοφία του κοινοδικαίου*. Το βιβλίο αυτό αποτελεί κατά κάποιον τρόπο συνέχεια της αμέσως προηγούμενης μονογραφίας μου, *Πρόσωπα, λόγοι και πράγματα: ιδιοκτησία και μη διανεμητική δικαιοσύνη*. (Δεν δικαιολογείται ανησυχία: διότι δεν σκοπεύω να γράψω τριλογία...) Στη μονογραφία αυτή, το κύριο ζήτημα αποτελεί η εναρμόνιση των αρχών διορθωτικής ή μη διανεμητικής δικαιοσύνης που διέπουν ιδεοτυπικά τις σχέσεις ιδιωτικού δικαίου με τις αρχές διανεμητικής δικαιοσύνης που διέπουν ιδεοτυπικά το δημόσιο δίκαιο. Λόγω του προκείμενου γνωστικού ενδιαφέροντος, η μονογραφία δεν πραγματεύεται μεν πλήρως τα ζητήματα της φιλοσοφίας του ιδιωτικού δικαίου, ωστόσο, η έλλειψη αυτή δεν θα με οδηγούσε στη συγγραφή ενός νέου βιβλίου, αν δεν είχα την εμπειρία μιας σχετικής με το θέμα πανεπιστημιακής διδασκαλίας (προ- και μεταπτυχιακής) και δεν προέκυπτε στο πλαίσιό της η ανάγκη – εκτιμώ – καλύψεως ενός βιβλιογραφικού κενού.

Συγκεκριμένα, κατά τα τελευταία δύο ακαδημαϊκά έτη, είχα την ευθύνη της διδασκαλίας τριών συναφών με το θέμα μου μαθημάτων στη Νομική Σχολή Αθηνών. Το προπτυχιακό μάθημα *Δίκαιο και οικονομία* στην κατεύθυνση *Θεωρία και πράξη της διορθωτικής δικαιοσύνης* (σε συνεργασία με τον αγαπητό συνάδελφο Καθηγητή Γιώργο Λέκκα) και τα μεταπτυχιακά μαθήματα *Θέματα φιλοσοφίας του ιδιωτικού δικαίου* (στη μεταπτυχιακή κατεύθυνση της φιλοσοφίας του δικαίου) και *Κοινοδίκαιο (common law) και αστικό δίκαιο: θεμελιώδεις αρχές* (στη μεταπτυχιακή κατεύθυνση των συγκριτικών νομικών σπουδών). Δυσχέρανε μεν πολλές φορές τη διδασκαλία η μάλλον φυσιολογική ελλιπής εξοικείωση των Ελλήνων φοιτητών με το αγγλοσαξονικό κοινοδίκαιο, ιδίως όμως η παραπλανητική θετικιστική περιγραφή των πηγών του. Η προαναφερθείσα μονογραφία μου πάντως αδυνατούσε εκ των πραγμάτων να αντιμετωπίσει βιβλιογραφικά τη δυσχέρεια αυτή.

Θα ήθελα, λοιπόν, να παρουσιάσω συνοπτικά τον βασικό προβληματισμό της μονογραφίας, διότι μας εισάγει άμεσα στο θέμα μας. Φιλοσοφική αφετηρία της είναι η σπουδαία *αριστοτελική* πραγμάτευση μιας κατηγορηματικής διάκρισης: της διάκρισης μεταξύ της *διανεμητικής* και της *διορθωτικής* (ή – όπως προτιμώ – *μη διανεμητικής*) δικαιοσύνης· δηλαδή, αντιστοίχως, των αρχών που διέπουν τις *διανομές* κατ' αντιδιαστολήν προς εκείνες που διέπουν τις *διαφορές ως αντιδικίες*, π. χ., *ένεκα αδικοπραξίας*. Ωστόσο, η *αριστοτελική* πραγμάτευση, μοιραία ανεπαρκής έναντι των πνευματικών και θεσμικών προκλήσεων της Νεωτερικότητας, έπρεπε να συμπληρωθεί από την *καντιανή* (και ίσως, με επιφυλάξεις, και *εγελιανή*) φιλοσοφία της *δικαιϊκής αυτονομίας του προσώπου*, της *αυτοτέλειας* και της *ακεραιότητάς του*, ή, με άλλα λόγια, της *δικαιϊκής σφαίρας της ελευθερίας* και της *ευθύνης του*. Μιλώντας αφοριστικά, οι αρχές της διορθωτικής δικαιοσύνης δεν μας επιτρέπουν να επιλέξουμε *εναγομένους*: ο *εναγόμενος* πρέπει, κατά το παρελθόν, ήδη πριν απευθυνθούμε προς τον δικαστή, να μας προκάλεσε *βλάβη*, προσβάλλοντας *σχετικό δικαίωμά μας*. Η *αδικοπραξία* του, δηλαδή, *προϋποθέτει κανονιστικά τίτλο μας*. Βέβαια, κάποιοι τίτλοι μάς είναι, ως πρόσωπα, *έμφυτοι*: π. χ., η *εξουσία επί του σώματός μας*. Ωστόσο, το *δίκαιο της προσωπικότητας* αδυνατεί να απαντήσει στο ερώτημα: *πώς*

δύναμαι να αποκτήσω τίτλο επί των πραγμάτων του εξωτερικού κόσμου με όρους αποκλειστικότητας και αποκλεισμού των άλλων, ή, με άλλα (εγελιανά) λόγια, να επεκτείνω προς τον εξωτερικό κόσμο την ίδια την προσωπικότητά μου υπό όρους αμοιβαιότητας; Η απάντηση στο ερώτημα αυτό είναι το εμπράγματο δίκαιο, του οποίου οργανωτική αρχή είναι η κατάληψη αδεσπότη. Και πάλι, ερωτάται: δύναται το καθόλου δίκαιο να αναχθεί απλώς στο δίκαιο της προσωπικότητας και των πραγμάτων; Αν, χάριν της επιχειρηματολογίας, ναι, τότε, κατ' αρχάς, θα ήταν κανονιστικά αδύνατη η μεταβίβαση των εν λόγω τίτλων: υπό την ισχύ τους, η απόκτηση ενός τίτλου προϋποθέτει την εγκατάλειψή του από τον τιτλούχο· ωστόσο, η κρίσιμη μεταβίβαση πρέπει να συντελεστεί, ακριβώς ως παράγωγη και όχι ως πρωτότυπη κτήση, όταν και επειδή το πράγμα βρίσκεται, ούτως ειπείν, στα χέρια αμφοτέρων των μερών της συναλλαγής. Τούτο σημαίνει ότι η εν λόγω μεταβίβαση προϋποθέτει τη σύμπτωση των βουλήσεων των μερών (ή των δηλώσεών τους βουλήσεως...: θα αφήσω πάντως εδώ ανεξέταστα τα θέματα της πλάνης και των συναφών ελαττωμάτων, τα οποία τίθενται όμως ως ζητήματα μη διανεμητικής δικαιοσύνης, συμμετρικά προς τα ζητήματα της υπαιτιότητας στις αδικοπραξίες, που και αυτά θα παραλειφθούν με κάποιες νύξεις)· η αρχή αυτή αποτελεί, αντιστοίχως, την οργανωτική αρχή του δικαίου των συμβάσεων. Ομοίως, η περίπτωση της προκλήσεως βλάβης προϋποθέτει, όπως προανέφερα, τίτλο του προσώπου, ο οποίος μετατρέπεται σε αξίωση αποζημίωσης: ούτε η εν λόγω διπολική σχέση ενάγοντος και εναγομένου δύναται να αναχθεί στη σχέση κυρίου προς μη κύριο, σε μια σχέση, δηλαδή, εμπραγμάτου δικαίου, ή σε μια σχέση συμβατική, ως εάν, δηλαδή, η βλάβη να αποτελεί έναν εξωτικό τρόπο κτήσεως τίτλων διά της αποζημιώσεως του κυρίου. Η συμμετρική σχέση ενάγοντος και εναγομένου, αξιώσεως αποζημιώσεως και βλάβης, σημαίνει εν προκειμένω την οργανωτική αρχή του δικαίου των αδικοπραξιών ως διακριτού και κανονιστικά αυτοτελούς κλάδου του ιδιωτικού δικαίου.

Περαιτέρω, στο ίδιο πνεύμα, θα μπορούσε κανείς, εγκαινιάζοντας μια εννοιολογική ακολουθία ή διαδοχή (όπως εισηγούμαι στη μονογραφία μου), να θέσει το θεμελιώδες ερώτημα της θεσμικής επάρκειας των μέσων του ιδιωτικού δικαίου ως προς την εγγύηση των ελευθεριών μας: δύναται, π. χ., να εγγυηθεί το ιδιωτικό δίκαιο το *status* μας έναντι του δόλου (όχι ίσως και

της αμέλειας) του κοινωνού του δικαίου, ο οποίος αρέσκεται μιν να προσβάλλει τη σωματική ακεραιότητα των άλλων, είναι όμως διατεθειμένος να καταβάλλει χρηματικά (τι άλλο;) πλήρη αποζημίωση και χρηματική ικανοποίηση στα θύματά του; Η δικαϊκή απάντηση έγκειται στο ποινικό δίκαιο, το οποίο, π. χ. διά της φυλακίσεως (τι άλλο;) του δράστη, καθιστά θεσμικώς ανενεργά τα εξωδικαϊκά πλεονεκτήματά του· εν προκειμένω, *αναιρεί* την υπέρ του, έστω δικαϊκά πλήρως δικαιολογημένη, οικονομική (ή ταξική) ανισότητα. Τέλος, η έννομη τάξη δεν φαίνεται ότι δύναται να εξαντληθεί κανονιστικά στο ιδιωτικό και το ποινικό δίκαιο, ορθά βασιζόμενο στην αρχή που ποινικοποιεί πράξεις των κοινωνών του δικαίου λόγω της προσβολής κάποιων θεμελιωδών καθηκόντων μας, συνυφασμένων με την ειρηνική συμβίωσή μας υπό συνθήκες ελευθερίας και ισότητας, συν τις εύλογες λειτουργίες της αστυνόμευσης και της απονομής δικαιοσύνης (όπως επιχειρηματολογεί με ιδιαίτερη ευρηματικότητα ο Nozick). Τούτο διότι, με την άσκηση των προαναφερθέντων δικαιωμάτων μας και παρά το ποινικό δίκαιο και τις προαναφερθείσες κρατικές λειτουργίες, ο θεσμικός κόσμος που θα διαπλαστεί ενδέχεται να είναι εντελώς αφιλόξενος: π. χ., για τα μέλλοντα πρόσωπα. Ενδέχεται, δηλαδή, για να μιλήσουμε παραστατικά, ολόκληρη η επικράτεια να μη αποτελεί παρά άθροισμα ατομικών καθ' εαυτές ιδιοκτησιών, ώστε, π. χ., ελλείψει πραγμάτων εκτός συναλλαγής, να μη είναι δυνατό να τη διασχίσουν ελεύθερα οι κοινωνοί της, καθότι αυτό προϋποθέτει κοινόχρηστους χώρους, δηλαδή οδούς ή πλωτούς (δικαϊκά!) ποταμούς, πράγμα που ήδη μας προκαλεί δικαϊκή βλάβη. Αν πρέπει, π. χ. οι πρόσφυγες, να βρουν τη θέση τους στην εν λόγω επικράτεια, τούτο σημαίνει ότι το κράτος του παραδείγματός μας πρέπει – και αυτό είναι ζήτημα του δικαίου των λαών, για να χρησιμοποιήσω την έκφραση του Rawls – να είναι ικανό να ανταποκριθεί σε κάποια θεμελιώδη κοσμοπολιτικά καθήκοντα. Στη λιγότερη δραματική περίπτωση των έμφυτα, με μόνη τη γέννησή τους, κοινωνών της έννομης τάξης, η εν λόγω ιδέα της ακεραιότητας της επικράτειας μεταφράζεται στην ιδέα της ακεραιότητας της αγοράς: η διανομή, δηλαδή, του κοινωνικού πλούτου πρέπει να επιτρέπει στον καθένα μας, ως ισότητα πόρων (ιδίως ίσων ευκαιριών) και όχι ως ισότητα ευημερίας, τη συμβίωσή τους με τους άλλους υπό θεσμικές συνθήκες ελευθερίας. Τούτο σημαίνει πρωτίστως, για τη διασφάλιση κάποιων πρωταρχικών αγαθών, φορολογία επί

των ιδιωτικών τίτλων, οι οποίοι κανονιστικά, προ της φορολογίας, δεν είναι παρά προσωρινοί. Η ίδια η ιδέα της κανονιστικής προσωρινότητας δεν σημαίνει παρά ότι οι ιδιωτικοδικαϊκοί τίτλοι ναί μεν είναι αντιτάξιμοι προς τους άλλους, ανεξαρτήτως της σύστασης της επικράτειας, ως αντικείμενο αρχών μη διανεμητικής δικαιοσύνης, αλλά ήδη προϋποθέτουν, π. χ. ως γνήσια εμπράγματα, την ιδέα της επικράτειας (ή του συντάγματος): ότι, δηλαδή, η μονομέρεια της κτήσης των εν λόγω τίτλων θα αρθεί, σε επόμενο στάδιο, ως εάν με αυτήν να έχει νομιμοποιημένα καταληφθεί ως αδέσποτο τμήμα της επικράτειας.

Οι αρχές, δηλαδή, της διανεμητικής δικαιοσύνης, που διέπουν ιδεοτυπικά το δημόσιο δίκαιο, και της μη διανεμητικής, που διέπουν ομοίως ιδεοτυπικά το ιδιωτικό δίκαιο δύνανται κανονιστικά να εναρμονισθούν. Η εναρμόνισή τους προϋποθέτει, όπως θα υποστηρίξω αμέσως, και την ολιγονομία του ιδιωτικού δικαίου ως χαρακτηριστικό γνώρισμά του: η γνήσια πολυνομία σε αυτό το κανονιστικό πεδίο, όχι, δηλαδή, οι ίδιοι οι αστικοί κώδικες, σημαίνουν την αποικιοποίησή του από το δημόσιο δίκαιο: ένα κατηγορηματικά διακριτό κανονιστικό πεδίο. (Αφήνω κατά μέρος, για την οικονομία των αναπτύξεών μου, την πραγμάτευση ενός απαραίτητου για τη συμπλήρωση της εικόνας κλάδου: του, ούτως ειπείν, δικαίου των διαδικασιών, ιδίως των θεμελιωδών αρχών των δικονομιών, του διοικητικού δικαίου και του λεγόμενου οργανωτικού τμήματος των συνταγμάτων. Και εδώ, ως προς τη δικονομική οργάνωση, οι ηπειρωτικές έννομες τάξεις έχουν πολλά να διδαχτούν από τον θαυμαστό θεσμικό κόσμο του εκ πρώτης όψεως δικονομικά προσανατολισμένου κοινοδικαίου.)

I.

Αποτελεί κοινό μεν τόπο ότι στο αγγλοσαξονικό κοινοδίκαιο η νομολογία, δηλαδή τα προδεδικασμένα, αποτελεί πηγή του δικαίου· ωστόσο, η διάδοση της εν λόγω απόψεως συνυφαίνεται με την επικράτηση του νομικού θετικισμού, κατά τον 19^ο αιώνα, άλλως την υποστηρίζουν, συνήθως, θεωρητικοί νομικοί από την ηπειρωτική παράδοση προ της αμηχανίας τους ως προς την ακριβή περιγραφή των αγγλοσαξονικών εννόμων τάξεων (των λεγόμενων πηγών τους του δικαίου)· συνήθως, οι τελευταίοι, αν δεν είναι

θετικιστές, λόγω της επιφανειακής εξοικείωσής τους με το κοινοδίκαιο. Από τη σκοπιά πάντως της ιστορίας του κοινοδικαίου, η εν λόγω αντίληψη δεν απαντά πριν από τον 19^ο αιώνα και θα ήταν εντελώς ξένη προς το ίδιο το πνεύμα του κοινοδικαίου, κατά το οποίο το κοινοδίκαιο (το εθνικό, οιονεί συνταγματικής τάξεως θεσμικό γνώρισμα του αγγλικού λαού) δεν έχει μεν ακριβώς την πηγή του στο λεγόμενο φυσικό δίκαιο (όπως τουλάχιστον η θεωρία του διαμορφώθηκε στην ηπειρωτική Ευρώπη πρωτίστως από τον Grotius, ίσως τον σπουδαιότερο νομικό όλων των εποχών, και τους επιγόνους του), αλλά στην ανθρώπινη πρακτική σοφία ή φρόνηση. Κατά τη μη θετικιστική αντίληψη, το προοδικασμένο έχει απλώς αποδεικτική δύναμη ως προς το κανονιστικό περιεχόμενο του κοινοδικαίου, λαμβανομένου υπ' όψιν, εκτός της ολιγονομίας του, και του αμνημονεύτου των πηγών του ως προοδικασμένων. Όπως τα ομηρικά έπη (και την ίδια αναλογία θα επικαλεστώ στο τέλος των αναπτύξεών μου), έτσι και η ιστορία του κοινοδικαίου δεν αρχίζει από το (εν προκειμένω κανονιστικό) μηδέν. Εν πάση περιπτώσει, αν η νομολογία αποτελούσε πηγή του κοινοδικαίου δεν θα έπρεπε άραγε, εκτός από την ύπαρξη, δηλαδή την ισχύ κάποιου σχετικού ρητού εξουσιοδοτικού κανόνα, να είχαν βρεθεί εν τω μεταξύ κάποιες δικαστικές αποφάσεις που μάλλον στο ίδιο το διατακτικό τους ο δικαστής να θεσπίζει δίκαιο; Ούτε όμως η αντίληψη που συλλαμβάνει τα προοδικασμένα ως έθιμο φαίνεται ότι είναι εύλογη: αν συντρέχει η κρίσιμη πεποίθηση δικαίου, τι κανονιστικό νόημα έχει, ως προς τη δεσμευτικότητα του σχετικού κανόνα, και η συνδρομή της μακράς και ομοιόμορφης συνήθειας; Κατά την ωραία έκφραση του Jennings, μία μόνη δικαστική απόφαση και ένας ισχυρός λόγος αρκούν για τη δημιουργία ενός κανόνα. Αυτό που παραγνωρίζει η θετικιστική αντίληψη, και γι' αυτό δεν είναι σε θέση να συλλάβει ούτε την ιστορική εξέλιξη του κοινοδικαίου, είναι τα σχετικά ζητήματα αρχής που τίθενται ενώπιον του δικαστηρίου και την επιχειρηματολογική φύση τους. Θα αναδείξω την παραδοσιακή θετικιστική αποτυχία με ένα εύγλωττο, κατά τη γνώμη μου, (αντι)παράδειγμα ή, αν θέλετε, (όχι αυθαίρετο, υπό την έννοια ότι ευχερώς θα λαμβάναμε μέρος σε αυτό ως νομικοί) νοητικό πείραμα:

Έστω ότι σε μία ιστορική στιγμή τα δικαστήρια του κοινοδικαίου είχαν διευθετήσει από το πεδίο του εμπραγμάτου δικαίου μόνον υποθέσεις προστασίας της κυριότητας. (Όπως διαφάνηκε από τις εισαγωγικές μου

σκέψεις, μάλλον είχαν πολύ ισχυρούς ηθικούς λόγους για κάτι τέτοιο.) Ένας εφευρετικός δικηγόρος, ακριβώς επειδή ο πελάτης του, μέλος μιας αγροτικής κοινωνίας της εποχής, δεν έχει σχετικό τίτλο να επικαλεστεί, ζητά από το δικαστήριο, ως πληρεξούσιος του ενάγοντος, να του αποδοθεί η αποκλειστική χρήση του πράγματος, π. χ., ενός αγρού, ακριβώς επειδή την είχε και την έχασε εξ αιτίας της συμπεριφοράς του εναγομένου, π. χ. μέσω της περιφράξεώς του αγρού (τυχαίο;). Στην απαίτηση του εναγομένου, ή του δικαστή, να προσκομίσει σχετικό τίτλο, ο ενάγων απαντά ότι η δίκη δεν αφορά προστασία κυριότητας, αλλά μια έννομη σχέση ή ένα δικαίωμά του που ο ίδιος αποκαλεί με το εξωτικό όνομα νομή. Το ζήτημα αρχής που τίθεται, ως επιχειρηματολογικό, αφορά μόνο το αν το δικαστήριο θα γράψει το επόμενο κεφάλαιο της ιστορίας του κοινοδικαίου, προστατεύοντας και την επίδικη έννομη σχέση ή το δικαίωμα της νομής ως εμπράγματο, δεδομένης της κρίσιμης αναλογίας του προς το δικαίωμα κυριότητας· επίσης, περαιτέρω, αν θα δικαιολογήσει ως εύλογη την ετήσια παραγραφή της ένδικης αξίωσης προστασίας, δεδομένης, π. χ., της χρήσης του ένδικου ακινήτου ως αγρού (ετησίως) καλλιεργήσιμου με το όργωμα και τη σπορά του κάθε φθινόπωρο και τον θερισμό του κάθε καλοκαίρι κ. ο. κ. Θεωρώ ότι ο δικαστής είναι σε θέση, εντελώς αβοήθητος από τον νομοθέτη, να γράψει το προαναφερθέν επόμενο κεφάλαιο ως επιχειρηματολογικό ζήτημα αρχής, δηλαδή μη διανεμητικής δικαιοσύνης.

Ομοίως, από ολιγονομία (και εκ πρώτης όψεως έντονη περιπτωσιολογία), αλλά και από δικονομικό προσανατολισμό (ζήτημα που δεν δύναται να εξεταστεί εδώ, ιδίως ως προς τις επισημανθείσες δικονομικές ιδιαιτερότητες του κοινοδικαίου), χαρακτηρίζεται και το ρωμαϊκό δίκαιο, που μόνον αυτό – σημειωτέον – αποτελούσε αντικείμενο διδασκαλίας στις νομικές σχολές της Αγγλίας μέχρι το δεύτερο μισό του 18^{ου} αιώνα, όταν ο Blackstone άρχισε να διδάσκει συστηματικά (δηλαδή κατά τον ρωμαϊκό τρόπο...) το κοινοδίκαιο: προηγουμένως, η γνώση του ήταν μόνον εμπειρική στο πλαίσιο της λειτουργίας των δικηγορικών συλλόγων. (Επίσης, για την όποια πληρότητα της παρουσίασης, το ρωμαϊκό δίκαιο είχε έντονη την παρουσία του, μέσω ιδίως του εκκλησιαστικού δικαίου, και στο σύστημα απονομής δικαιοσύνης στην Αγγλία, ουσιαστικά φεουδαρχικό, με, κατά βάση, οριζόντιες δικαιοδοσίες και μοιραίες συγκρούσεις δικαιοδοσιών και

νομολογιών, π. χ. ως προς το *status* των εκτός γάμου γεννηθέντων τέκνων, των οποίων όμως οι γονείς συνάπτουν γάμο μετά τη γέννησή τους: οι απαντήσεις των εκκλησιαστικών και των βασιλικών δικαστηρίων ήταν αντίθετες...). Για να κερδίσω χρόνο, απλώς επισημαίνω ότι όλες οι κωδικοποιήσεις του ρωμαϊκού δικαίου, περιλαμβανομένων των αστικών κωδίκων – έστω του οπωσδήποτε περιεκτικού κανονιστικού πυρήνα τους – δεν αποτελούν γνήσιο νομοθετικό ενέργημα. Ο νομοθέτης του ηπειρωτικού αστικού δικαίου απλώς κωδικοποιεί ήδη κρατούσες ρυθμίσεις, οι οποίες έχουν διαμορφωθεί πρωτίστως από τους νομομαθείς του παρελθόντος, αλλά και κατά γνήσια κοινοδικαϊκό τρόπο. (Στο ζήτημα των κωδικοποιήσεων θα επανέλθω στην αρχή του τρίτου μέρους του παρόντος χειρογράφου.) Φαίνεται, λοιπόν, ότι το κοινοδικαίο και το ηπειρωτικό αστικό δίκαιο έχουν στενές συγγενικές σχέσεις, υπό την έννοια ότι η συγγένεια των θεσμών τους είναι ζήτημα φάσματος:

$$\{\alpha, \beta, \gamma, \delta\} \{\beta, \gamma, \delta, \epsilon\} \{\gamma, \delta, \epsilon, \zeta\} \{\delta, \epsilon, \zeta, \eta\} \{\epsilon, \zeta, \eta, \theta\}$$

Το τελευταίο και το πρώτο από τα προκείμενα σύνολα δύνανται να είναι συγγενή χωρίς να διαθέτουν κανένα κοινό στοιχείο. Από το θέμα αυτό, τη συγκριτική οπτική γωνία, θα ξεκινήσω τις αναπτύξεις του δευτέρου μέρους που ακολουθεί.

II.

Είναι άραγε δυνατό να λάβουμε μέρος σε έναν ποδοσφαιρικό αγώνα; Αν ναι, είναι διότι το ποδόσφαιρο διέπεται από συστατικούς κανόνες. Είναι άραγε δυνατό να βελτιώσουμε το παίγνιο του ποδοσφαίρου, όπως κάθε παίγνιο; Ναι, με την εισαγωγή κανόνων, π. χ., που το καθιστούν περισσότερο ανταγωνιστικό και γι' αυτό ελκυστικό. Είναι δυνατό με την εισαγωγή ενός κανόνα, π. χ. ότι κερδίζει ο καλύτερος, και όχι, όπως προηγουμένως, αυτός που επιτυγχάνει τα περισσότερα τέρματα, να παύσουμε να λαμβάνουμε μέρος στο ίδιο παίγνιο; Ο κανονιστικός κίνδυνος είναι – θεωρώ – ορατός από όλους τους ενδιαφερομένους.

Είναι άραγε δυνατό να λάβουμε μέρος στο παίγνιο του κυνηγιού άγριων ζώων ή, συναφώς (άλλο ένα χαρακτηριστικό γνώρισμα του αγγλικού λαού...), στο θεσμικό παίγνιο της νομής κινητών; Αν ναι, είναι διότι το κυνήγι και η νομή διέπονται από συστατικούς κανόνες· π. χ. ότι κύριος του αγριού ζώου (συνήθως του πτώματός του) γίνεται αυτός που του στερεί, εν προκειμένω θανάσιμα, τη φυσική του ελευθερία και το παίρνει στα χέρια του. Είναι άραγε δυνατό να βελτιώσουμε τα εν λόγω παίγνια, όπως κάθε παίγνιο; Ναι, με την εισαγωγή κανόνων, π. χ., που καθιστούν το κυνήγι περισσότερο ανταγωνιστικό και γι' αυτό ίσως ελκυστικό: με τη χορήγηση της ευχέρειας, π. χ., χρησιμοποιήσεως κυνηγητικών σκύλων (πράγμα, προηγουμένως, χάριν της επιχειρηματολογίας, μη επιτρεπτό). Είναι δυνατό με την εισαγωγή κανόνων, π. χ. ότι οι τίτλοι επί των άτυχων ζώων διανέμονται στο τέλος του (συλλογικού) κυνηγιού κατόπιν πλειστηριασμού ή κληρώσεως, ή με την εισαγωγή του κανόνα, π. χ., ότι τίτλο αποκτούν, κατά προτεραιότητα, όσοι συνέβαλαν αιτιωδώς περισσότερο, με άλλο τρόπο, δηλαδή, πλην της θανατώσεως του ζώου, π. χ. διά της εξουθενώσεώς του, στη στέρηση της φυσικής του ελευθερίας (κριτήριο της συνεισφοράς), άλλως όσοι χρειάζονται περισσότερο το κρέας του ζώου (κριτήριο της ανάγκης) κ. λπ., χωρίς ανησυχία ως προς τη διατήρηση της κανονιστικής ταυτότητας του εν λόγω παιγνίου; (Και πάλι, ο κίνδυνος είναι ορατός.) Συναφώς, οι ανταγωνιστικοί κανόνες ότι το άτυχο ζώο, σε περίπτωση θανατώσεώς του εντός ξένης ιδιοκτησίας, ανήκει στον κυνηγό ή, αντιστοίχως, στον ιδιοκτήτη του ακινήτου είναι ικανοί άραγε να καταστήσουν το παίγνιο κανονιστικά διαφορετικό κατά έναν κρίσιμο τρόπο; Αν όχι, οι κανόνες αυτοί μάλλον αποτελούν διαφορετικές ερμηνείες μιας θεμελιώδους αρχής (Εν προκειμένω, το ρωμαϊκό, π. χ., και το γαλλικό δίκαιο αποκλίνουν από το κοινοδίκαιο: η μάλλον ορθή και πλησιέστερη προς το τελευταίο ρύθμιση του ελληνικού Αστικού Κώδικα βρίσκεται στο άρθρο 1077 εδ. β') (Κατά τον ίδιο τρόπο, είναι κανονιστικώς δυνατά τα θεσμικά παίγνια της ποινικής δίκης, αλλά και ο κίνδυνος μεταλλαγής του, αν π. χ. εισαχθεί ο κανόνας της αυτοενοχοποιήσεως του κατηγορουμένου, στο παίγνιο κλέφτες και αστυνόμοι, το παίγνιο του ανευθύνου Προέδρου της Δημοκρατίας και του υπευθύνου Υπουργού, το οποίο αντιμετωπίζει τον ίδιο κίνδυνο, αν τροποποιηθεί, ώστε να δύναται να ασκηθεί εξουσία χωρίς ευθύνη ή να

υφίσταται *ευθύνη χωρίς εξουσία* – δεν υπονοώ παρά το συνταγματολογικό ζήτημα της απονομής *χάριτος*, όπου η σχετική εξουσία ασκείται και επί της ουσίας πράγματι σκανδαλωδώς – όπως και το παίγνιο του χρηματιστηρίου ως προς την κατανομή των κερδών – και ασφαλώς των ζημιών... – όχι με κριτήριο την ίδια την αγοραπωλησία των μετοχών ως τίτλων, αλλά κριτήρια εξωγενή προς αυτή, π. χ., τις ανάγκες των παικτών ως επενδυτών κ. ο. κ.)

Είναι, λοιπόν, άραγε δυνατό να λάβουμε μέρος στο θεσμικό παίγνιο του *ιδιωτικού δικαίου*; Και πάλι, αν ναι, είναι διότι το ιδιωτικό δίκαιο διέπεται από *συστατικές αρχές* (διορθωτικής ή μη διανεμητικής δικαιοσύνης) και, ναι μεν έχουμε την κανονιστική δυνατότητα να το *βελτιώσουμε*, ωστόσο, με την εισαγωγή άλλων αρχών, αρχών *διανεμητικής δικαιοσύνης*, ενδέχεται απλώς να το υπονομεύσουμε και ουσιαστικά να το καταργήσουμε. Επίσης, η ισχύς *διαφορετικών κανόνων* του κοινοδικαίου και του ηπειρωτικού αστικού δικαίου (εξετάζουμε εδώ κάποιους ενδεικτικά) δεν σημαίνει κατ' ανάγκην την ύπαρξη *διαφορετικών θεσμικών παιγνίων*, αλλά ίσως διαφορετικές *ερμηνείες* (αντιλήψεις) των *θεμελιωδών αρχών* (εννοιών) του *ιδίου παιγνίου*. Οι κίνδυνοι υπονομεύσεως ή ουσιαστικά καταργήσεως του εν λόγω παιγνίου έχουν *αλλού την πηγή τους*. Κατά τη γνώμη μου, *ιδεοτυπικά μιλώντας*, τρεις είναι οι κίνδυνοι αυτοί, τους οποίους δύναται να προκαλέσει ο νομοθέτης και ήδη τους προανέφερα στις εισαγωγικές σκέψεις μου: η *αναγωγή του δικαιώματος στο συμφέρον*, της *βλάβης στη ζημία* και της *συμβάσεως σε οιονεί σύμβαση*. Ξεκινώ την, κατά σειράν, εξέταση των εν λόγω κινδύνων από τον πλέον σημαντικό, καθότι οι άλλοι δύο κίνδυνοι αποτελούν μάλλον *παραλλαγές του* (ή *παραλλαγές στο ίδιο θέμα*):

1.

Ως προς τον κανονιστικό κίνδυνο της *αναγωγής του δικαιώματος σε συμφέρον*, θα σας εκθέσω το πώς εννοώ τον κίνδυνο με ένα παράδειγμα και κατόπιν θα *πραγματευτώ* τις βασικές, κατά τη γνώμη μου, πτυχές του θεωρητικού προβληματισμού:

Πρόκειται για μια παλαιά υπόθεση του κοινοδικαίου που την επιλέγω, επειδή έχει τύχει να τη *σχολιάσει* ως *αντιπαράδειγμα* ένας από τους θεωρούμενους ως *θεμελιωτές* (χωρίς όμως την προσωπική ενεργό ανάμιξη

του) της λεγόμενης *οικονομικής ανάλυσης του δικαίου*. (Πρόκειται για ένα *ορθολογιστικό* ρεύμα ήδη σε βαθιά γεράματα – η σχετική συζήτηση έχει ξεκινήσει το αργότερο από τις αρχές της δεκαετίας του 1970 – φιλοσοφικά θνησιγενές, χωρίς ιδιαίτερο φιλοσοφικό ενδιαφέρον και χωρίς φιλοσόφους οπαδούς, ήδη κλάδο μάλλον των *Οικονομικών*, που δέχθηκε τη χαριστική βολή από τη *μεταγενέστερή* του πρωτόγνωρη άνθιση, στο πλαίσιο της πρακτικής φιλοσοφίας, των θεωριών της *διορθωτικής δίκαιουσύννης*, ιδίως στον αγγλοσαξωνικό χώρο. Στη χώρα μας και, γενικότερα, στην ηπειρωτική Ευρώπη μάλλον επικρατεί μια διαφορετική αντίστροφη εντύπωση, αλλά αυτή οφείλεται στον καχεκτικό σχετικό διάλογο, ο οποίος συνοδεύεται από την παρακμή των νομικών σπουδών στην ήπειρό μας, σε πλήρη – σημειωτέον – αναντιστοιχία τόσο προς την ευρωπαϊκή παράδοση της νομικής επιστήμης, ιδίως την καλλιέργειά της κατά τον ιστορικά μοναδικό 19^ο γερμανικό αιώνα, όσο και προς τα επιτεύγματα της φιλοσοφίας του δικαίου και της ηθικής και πολιτικής φιλοσοφίας εκτός των πανεπιστημιακών αμφιθεάτρων των νομικών σχολών και των δικαστικών αιθουσών. Δεν πρόκειται, δηλαδή, για το ζήτημα της επιθυμητής *διεπιστημονικότητας* – το οποίο, φυσικά, δεν θα μπορούσα να το εξετάσω στο εδώ πλαίσιο, απλώς θα αναρωτηθώ με νόημα: άραγε οι εγκληματικές δραστηριότητες αποδίδουν περισσότερο από τις νόμιμες, διότι οι κατά πολύ περισσότεροι νομιμόφρονες είναι απλώς κορόιδα; Εφεξής, θα αναφέρομαι και στο ρεύμα αυτό υπό τα γενικά ονόματα *λειτουργισμός [functionalism]* ή *κοινωνιολογισμός*: Δηλαδή, ο λειτουργισμός ως προς τους σκοπούς του ιδιωτικού δικαίου, *εξωτερικούς* προς αυτό, π. χ., την υποτιθέμενη *μεγιστοποίηση κάποιου αγαθού*, δεν αποτελεί παρά *εργαλειοκρατία [instrumentalism]* ως προς το ιδιωτικό δίκαιο ως μέσον για την επίτευξη αυτών των σκοπών.) Η υπόθεση, εδώ αναδιατυπωμένη για τις ανάγκες της εκθέσεως, μια υπόθεση *γειτονικού δικαίου*, έχει συνοπτικά ως εξής:

Ο Α περιέφραξε το οικόπεδό του με μαντρότοιχο και ανήγγηρε την οικία του στο όριο του οικοπέδου του με το οικόπεδο του Β, προς την πλευρά του οποίου τοποθέτησε τις καπνοδόχους των τζακιών (την εποχή εκείνη, για τη θέρμανση της οικίας, κάθε δωμάτιο έπρεπε να διαθέτει δικό του τζάκι). Κάποια στιγμή ο Β περιφράσσει και αυτός το οικόπεδό του με μαντρότοιχο, όπως και οι λοιποί οικοπεδούχοι της περιοχής. Δυστυχώς όμως, η εν λόγω

κατασκευή του *B* είχε ως αποτέλεσμα το τζάκι, κατά το κοινώς λεγόμενο, να μη τραβάει, και ο καπνός να γυρίζει στα δωμάτια της οικίας του *A*. Ο τελευταίος ζήτησε από το δικαστήριο να υποχρεωθεί ο *B* να κατεδαφίσει τον μαντρότοιχο του οικοπέδου του, κατά το μήκος της γειτνιάσεως με το δικό του, ως μεταγενέστερο της οικίας του. Η λακωνική απάντηση του δικαστηρίου (χαρακτηριστική της αυτοπεποίθησης, του χιούμορ και του απaráμιλλου κύρους του αγγλοξάξονα δικαστή) ήταν ότι το σπίτι του ενάγοντος γεμίζει με καπνό εξ αιτίας του γεγονότος ότι αυτός χρησιμοποιεί τα τζάκια του. (Ζήτημα προγενέστερης χρήσης δεν ήταν, δηλαδή, δυνατόν να τεθεί και η αγωγή απορρίφθηκε ως νόμω αβάσιμη.) Ο Coase (για αυτόν πρόκειται, και όχι για τον θορυβώδη, αλλά λιγότερο βαθύ Posner), σπουδαίος οικονομολόγος, βραβευμένος με Νομπέλ, βρήκε την απόφαση μάλλον αδικαιολόγητη, αν όχι εξωφρενική: τα αίτια της επιδείνωσης των συνθηκών στην οικία του *A* είναι τουλάχιστον δύο· τόσο το γεγονός ότι αυτός χρησιμοποιεί τα τζάκια του όσο και το γεγονός ότι ο *B* ανήγηρε τον ένδικο μαντρότοιχο. Ίσως η συμφερότερη για αμφότερα τα μέρη διευθέτηση της διαφοράς (αλλά δεν θα μπω στον κόπο του λειτουργιστή) να ήταν η καταβολή από τον *A*, εφ' άπαξ ή ως οιονεί μισθώματος, ενός χρηματικού ποσού στον *B* ως ανταλλάγματος για τη κατεδάφιση και τη μελλοντική αποχή του από την ανέγερση μαντρότοιχου (μέχρις ότου, βέβαια, οι τεχνολογικές εξελίξεις, εν προκειμένω το σύστημα κεντρικής θέρμανσης, καταστήσουν την άσκηση του εκ των υστέρων δικαιώματός του καταχρηστική, λόγω ελλείψεως συμφέροντος). Εδώ όμως υπάρχει μια αξιοσημείωτη (για να μη το πω κομψά) θεσμική δυσκολία (εκτός του ότι τα δικαιώματα προϋποτίθενται της οικονομικής διευθέτησης ή αποτίμησής τους – δεν υφίσταται, δηλαδή, διάκριση νομικών και οικονομικών δικαιωμάτων): οι διάδικοι, ή ο ένας εκ των διαδίκων, είναι ξεροκέφαλοι και δεν θέλουν, -ει, την πλέον συμφέρουσα λύση του οικονομολόγου ή του κοινού νου. Ο πολύς Weinrib, κορυφαίος αστικολόγος και πολύ σπουδαίος φιλόσοφος του δικαίου, επισημαίνει (για να μη το πω κομψά) τη νομική απαιδευσία του Coase: ο *A* δεν δύναται με μονομερή ενέργειά του, την υποθέτηση της οικίας του στο όριο των ένδικων ιδιοκτησιών, να αλλοιώσει δικαίωμα του *B*, εν προκειμένω τη συνυφασμένη με το δικαίωμα κυριότητας εξουσία του να περιφράξει, υπό όρους αμοιβαιότητας, δηλαδή σύμφωνα με τους κανόνες και τις αρχές του

γειτονικού δικαίου, το οικόπεδό του με το κατάλληλο για τον σκοπό αυτό μέσον. (Ο λειτουργιστής μας θα διαμαρτυρηθεί ότι απλουστεύω το ζήτημα, αγνοώντας ακριβώς το εννοιολογικό οπλοστάσιο του λειτουργισμού: το πρόβλημά του δεν έγκειται, ωστόσο, στην απλούστευση. Ήδη, το οπλοστάσιό του, με το οποίο δεν δύναται ενώπιον δικαστηρίου να αντικρούσει ευπρεπώς τον αντίδικό του, που χρησιμοποιεί – δύναται να χρησιμοποιήσει – τις έννοιες του δικαίου, αποτελεί από μόνο του ένα πολύ σοβαρό πρόβλημα. Πέρα από αυτό όμως, αν για την προκειμένη στοιχειώδη υπόθεση χρειάζεται εκ μέρους του εξεζητημένη επιχειρηματολογία, πώς ο ίδιος θα αντιμετωπίσει πράγματι *δυσεπίλυτες* υποθέσεις, όπως μερικές από αυτές που θα εκθέσω προς το τέλος αυτού του μέρους, χωρίς μαγικές λύσεις, δηλαδή τη μία μόνη επιπόλαιη ή ιδεολογικής τάξεως λύση του, ανεξαρτήτως του κανονιστικού περιεχομένου των διαφορετικών ζητημάτων;)

Ποιο είναι το ηθικό δίδαγμα του παραδείγματος; Το δικαίωμα και το συμφέρον δεν λειτουργούν *επιχειρηματολογικά* κατά τον ίδιο τρόπο. Τα δικαιώματα εγγυώνται το *status* μας ως προσώπων, δηλαδή ως υποκειμένων δικαιωμάτων και υποχρεώσεων που μας εμποδίζουν να καταστήσουμε τον κόσμο καλύτερο, εν προκειμένω, δηλαδή, να επιτύχουμε την πλέον *αποτελεσματική* χρήση των πραγμάτων· ενώ το συμφέρον (ευημερίας) αποτελεί συστατικό μιας *κατάστασης πραγμάτων*, αρκούντως εύπλαστο ως υποκείμενο σε *σταθμίσεις*, εφ' όσον δεν προστατεύεται από σχετικό τίτλο, χάριν, π. χ., της *μεγιστοποιήσεως* όλων των συμφερόντων. (Εν προκειμένω, κατά το δόγμα ενός κάποιου *λειτουργισμού*, η προσήκουσα *στάθμιση* λαμβάνει χώρα, πραγματικώς ή νοητώς, προκειμένου να βρεθούν τα πράγματα, ή οι χρήσεις τους, στα χέρια εκείνων που τα εκτιμούν περισσότερο, όντες *διατεθειμένοι* να *πλειοδοτήσουν* σε έναν οιονεί *πλειστηριασμό*, τα αποτελέσματα του οποίου, όπως τα *διατακτικά* των δικαστικών αποφάσεων *αποκομμένα* από τα *σκεπτικά* τους, *προβάλλονται* εκ των υστέρων στο κανονιστικά αδρανές δίκαιο, ωσάν να *προϋπήρχαν*, δηλαδή, εκεί· χωρίς να εξετάζεται καν αν οι *διατάξεις* και οι *κανόνες* δικαίου, με το να *χορηγούν* εκ των *προτέρων* *κατηγορηματικούς λόγους* υπέρ του α ή του β, δηλαδή τα *μη* *συνεπειοκρατικά* δικαιώματα, *αποκλείουν* ακριβώς τέτοιες *συνεπειοκρατικές* *σταθμίσεις*.) Η διάκριση δικαίωματος και συμφέροντος είναι μεν *θεμελιώδης*, ήδη από τη *διδασκαλία* των *γενικών*

αρχών του αστικού δικαίου, ωστόσο, τα νέα από τις (ευρωπαϊκές) νομικές σπουδές είναι μάλλον πένθιμα: η μονοκαλλιέργεια της έννοιας του συμφέροντος (οι νομικοί πλέον, όταν αναφέρονται σε δικαιώματα, εννοούν μάλλον συμφέροντα) έχει εξαλείψει τις κρίσιμες διαφορές· όχι μόνο τη διάκρισή του από το δικαίωμα, αλλά και τη διάκριση ελευθερίας και αξίωσης, βάρους και υποχρέωσης κ. λπ. Στο παράδειγμά μας, οι Α και Β, αμφοτέρωθεν ήδη από μόνη τη γέννησή τους, χωρίς να πράξουν κάτι, βρίσκονται σε έννομες σχέσεις – έστω χαλαρές. Η γειτονία τους ως κυρίων μεταπλάθει τις σχέσεις αυτές, και είναι ασφαλώς διαφορετική η ελευθερία (ή ευχέρεια) του Α να οικοδομήσει στο οικόπεδό του (αργότερα θα εξετάσουμε ένα σχετικό πολεοδομικό ζήτημα) από την αξίωσή του να μη ανεγείρει ο Β μαντρότοιχο, που ως προς την ανέγερσή του έχει αυτός με τη σειρά του σχετική ελευθερία, μη υποκείμενος σε αντίθετη αξίωση του Α κ. λπ. Ίδού, και πάλι, μια θεμελιώδης διάκριση μεταξύ ελευθερίας και αξίωσης, βασισμένη σε αρχές μη διανεμητικής δικαιοσύνης ως προς το *status* του κυρίου, ήδη επεξεργασμένη κατά απαράμιλλο τρόπο από τον ασυνήθιστα ευφυή Hohfeld πριν από έναν αιώνα περίπου, που από τη σκοπιά του συμφέροντος μένει θολή ή το πολύ δευτερεύουσα.

Η μονοκαλλιέργεια της έννοιας του συμφέροντος καθιστά δυσκόλως νοητό ένα, από τη σκοπιά του δικαιώματος, ζήτημα αρχής: υπονομεύει τη διάκριση των ζητημάτων της αυτονομίας από εκείνα της αγαθοπραξίας, π. χ., ως προς τη δεσμευτικότητα συμβάσεων που έχουν συνάψει, χάριν του αληθούς, καθώς λέγεται, συμφέροντός τους, ανήλικοι (δικαιοπρακτικώς ανίκανοι) (μια εύλογη σύλληψη του κοινοδικαίου, μάλλον επιτυχέστερη των ηλικιακών διακρίσεων, π. χ., του Αστικού Κώδικα)· ή την ίδια τη σύλληψη μιας σύμβασης υπέρ τρίτου (όπως επισημαίνει ο θετικιστής Hart σε μια πολύ σημαντική συμβολή του στη θεωρία των δικαιωμάτων): ο υπέρ ου η σύμβαση δεν είναι ο αντισυμβαλλόμενος, ο οποίος μάλιστα ενδέχεται να μη αντλεί καμμία ωφέλεια από τη σύμβαση. Η ωφέλειά του έγκειται άραγε στην ίδια τη σύναψη της σύμβασης; Η ίδια εμμονή καθιστά, περαιτέρω, συζητήσιμη μια απαράδεκτη ως ζήτημα αρχής ιδέα: τη λεγόμενη αποτελεσματική αθέτηση των συμβάσεων· δηλαδή, την παρέμβαση ενός τρίτου σε μια ήδη συναφθείσα συμβατική σχέση προ όμως της εκπληρώσεως των εκατέρωθεν υποχρεώσεων, που με το κατά πολύ υψηλότερο τίμημα που είναι πρόθυμος

να καταβάλει (επειδή εκτιμά πολύ περισσότερο το μη χρηματικό αντικείμενο της συναλλαγής από ό,τι ο αγοραστής) δεν καθιστά (κατά μια υποκειμενική θεωρία της αξίας) χειρότερη τη θέση κανενός από τα εμπλεκόμενα μέρη, ενώ κάποιων, τη δική του και του πωλητή, τη βελτιώνει σημαντικά: ο πωλητής λόγω του γενναιόδωρου τιμήματος του τρίτου είναι σε θέση να αποζημιώσει πλήρως τον αγοραστή, φέρνοντάς τον στη χρηματικά αποτιμητή θέση που θα ήταν, αν είχε πράγματι εκπληρωθεί η σύμβαση. Όπως είχε επισημάνει όμως ο σπουδαίος Pollock σε μια επιστολή του προς τον εξ ίσου σπουδαίο φίλο του Holmes, ο οποίος υπερτόνιζε το – υποτίθεται – χαρακτηριστικό γνώρισμα του κοινοδικαίου (κατ' αντιδιαστολήν προς το ηπειρωτικό αστικό δίκαιο) να μη επιβάλλει την εκπλήρωση της σύμβασης εν όψει της εναλλακτικής καταβολής αποζημιώσεως από το μέρος που την αθετεί στο αντισυμβαλλόμενο μέρος, η περιώνυμη αποτελεσματική αθέτηση της σύμβασης αποτελεί, κατά το κοινοδίκαιο, *αδίκημα*. (Λεπτομέρεια...) Τέλος, η ίδια σκοπιά έχει καταστήσει κεντρική μια εξαιρετική (και γι' αυτό περιθωριακή) διάταξη: αυτήν της *κατάχρησης δικαιώματος*, στην οποία θα ήθελα να μου επιτρέψετε να αφιερώσω κάποιες πρόσθετες σκέψεις:

Αν τα δικαιώματα αναχθούν σε συμφέροντα ευημερίας, τότε, στη σύμφυτη με τον θεσμό της κατάχρησης δικαιώματος *στάθμιση* δεν λαμβάνεται υπ' όψιν αυτό ακριβώς που η ίδια προϋποθέτει: *δικαίωμα που ασκείται καταχρηστικά*. Το ζήτημα δεν είναι εννοιολογικό ούτε απλώς μεθοδολογικό. Επειδή πάντως μεθοδολογικά κρατεί η μέθοδος της *στάθμισης των συμφερόντων* (ή κάποια εκδοχή της μάλλον σχολική), η κατάχρηση δικαιώματος δεν δύναται, κατά την εν λόγω αναγωγιστική αντίληψη, παρά να αποτελεί *παραδόξως τον πυρήνα του δικαίου, εν προκειμένω και του ιδιωτικού* (οι περισσότερες δίκες έχουν πλέον αυτόν τον χαρακτήρα, ακόμη και μετά την απόρριψη της ενστάσεως καταχρήσεως δικαιώματος...). (Γι' αυτό ο Jhering στο ύστερο έργο του, και κατά τη διάρκεια – σημειωτέον – της διαδικασίας *συντάξεως* του γερμανικού Αστικού Κώδικα, στην οποία ο ίδιος δεν έλαβε μέρος, όπως, στη δεύτερη φάση της, ούτε ο πολύς Windscheid, ο πνευματικός όμως πατέρας του κώδικα, δεν επέδειξε ιδιαίτερο ζήλο ούτε εξέφρασε ιδιαίτερη ανησυχία για νομοπαρασκευαστικές και συναφείς εργασίες: είχε τη μέθοδο για να καταστήσει το δίκαιο σύμφωνο με τα *εξωδικαϊκά μέτρα* της, όπως ίσως το κατόρθωσαν εν πολλοίς οι επίγονοί του.)

Δεν θα έπρεπε άραγε οι θεωρητικοί του ιδιωτικού δικαίου να είχαν συμμερισθεί τις ανησυχίες των συνταγματολόγων ως προς τη συνταγματική προβλεψη της κατάχρησης δικαιώματος; Θεωρώ πως ναι, και η αδράνειά τους οφείλεται σε ιδεολογικούς λόγους: εδώ οι αντιφιλελεύθεροι όλων των αποχρώσεων, εθνικοσοσιαλιστές, κομμουνιστές, και οι συντηρητικοί κάθε καρδιάς, συναντήθηκαν. (Θα αναφερθώ αργότερα, προς το τέλος των αναπτύξεών μου, σε μια χαρακτηριστική εθνικοσοσιαλιστικής εμπνεύσεως απόπειρα τροποποίησης των Αστικών Κωδίκων, τόσο του γερμανικού όσο και του ελληνικού, η οποία μεταγενέστερα ευοδώθηκε στον Αστικό Κώδικα της τότε Ανατολικής Γερμανίας. Κατά τους αντιφιλελεύθερους αναγωγιστές, και μετά τον Δεύτερο Παγκόσμιο Πόλεμο, οι εθνικοσοσιαλιστές αστικολόγοι – δεν θα αναφερθώ σε άλλους κλάδους, ιδίως στους συνταγματολόγους... – είχαν το δίκιο με το μέρος τους, απλώς ήταν κακά παιδιά και δεν χρησιμοποίησαν το ουδέτερο μαχαίρι του συμφέροντος ευημερίας για καλό σκοπό... Το εθνικοσοσιαλιστικό κόμμα πάντως είχε από τις απαρχές του, ήδη από το 1920, πριν από την αρχηγία του Hitler, εξαγγείλει την κατάργηση του «υλιστικού» ρωμαϊκού δικαίου και την αντικατάστασή του από το γερμανικό κοινοδίκαιο. Όλοι οι δημοκρατικοί πολίτες σεβόμαστε ασφαλώς τη Δημοκρατία της Βαϊμάρης και μας λυπεί η τραγική κατάλυσή της, θαυμάζουμε τα πολλά επιτεύγματά της ιδίως στον χώρο της τέχνης και τιμούμε τον ηρωικό αγώνα του Σοσιαλδημοκρατικού Κόμματος· ωστόσο, στην αναθεωρητική προσπάθειά τους, οι εθνικοσοσιαλιστές δεν συνάντησαν ιδεολογικά στεγανά.) Κατάχρηση δικαιώματος εκτός του μεθοδολογικού πλαισίου της στάθμισης των συμφερόντων και του υφέροντος κοινωνιολογισμού σημαίνει, για να χρησιμοποιήσω ως πρότυπο τη γλώσσα του ρωμαϊκού δικαίου, ιδίως κακή πίστη, ένσταση του γενικού δόλου, αντιφατική συμπεριφορά, διάψευση εμπιστοσύνης, αποδυνάμωση δικαιώματος, ακόμη και – σε εξαιρετικές περιστάσεις: εξαιρετικές για λόγους δικαίου ή δικαιοσύνης – έλλειψη νομιμοποίησεως λόγω ελλείψεως εννόμου συμφέροντος. Κατά τη δεοντοκρατική αντίληψη η κατάχρηση δικαιώματος αποτελεί εξαίρεση, κατά τη συνεπειοκρατική αντίληψη αποτελεί κανόνα. Τον εν λόγω δεοντοκρατικό πυρήνα της κατάχρησης δικαιώματος πρέπει, κατά την ταπεινή μου γνώμη, να λάβουν πολύ σοβαρά υπ' όψιν τους, όσοι θεωρητικοί του κοινοδικαίου σήμερα, δεχόμενοι την πίεση να λύσουν με τα

μέσα του ιδιωτικού δικαίου ξένα προς αυτό προβλήματα της έννομης τάξης, ιδίως διοικητικού δικαίου (θέμα στο οποίο θα επανέλθω και στο τρίτο μέρος της ενότητας) φλερτάρουν με την κρατούσα *συνεπειοκρατική* αντίληψη της κατάχρησης δικαιώματος στην ηπειρωτική Ευρώπη.

Τη δεκαετία του 1970 – παρατηρεί ειρωνικά ο Weinrib – ο κόσμος του κοινοδικαίου ανακάλυψε (δηλαδή εφηύρε...) ένα νέο ένδικο βοήθημα (στη Γερμανία πάντως τροποποίησαν τον Αστικό τους Κώδικα για να αντιμετωπίσουν το πρόβλημα που θα εκθέσω). Πρόκειται, πάλι, για μια υπόθεση γειτονικού δικαίου (επιμένω σε αυτό το πεδίο, διότι – υποτίθεται ότι – αποτελεί το προνομιακό πεδίο του *λειτουργισμού*): αποφεύγοντας τους τεχνικούς όρους, ένας εργολάβος αγοράζει, σταδιακά, αγροτεμάχια σε μια αγροτική περιοχή, ανεγείρει κατοικίες και τις πωλεί σε τρίτους. Κάποια στιγμή φτάνει στο όριο μιας κτηνοτροφικής μονάδας, της μόνης που απέμεινε (ίσως ο ιδιοκτήτης της ήταν ξεροκέφαλος και δεν ήθελε, όπως οι προδότες της αγροτικής κοινότητας, να πωλήσει το ακίνητό του: αυτή τη φορά όμως έπρεπε να χάσει αυτός και όχι ο εργολάβος...), η οποία, ως εικός, με τη λειτουργία της, προκαλούσε σοβαρή όχληση στους ιδιοκτήτες των κατοικιών. Αγνοώντας και τα δικονομικά ζητήματα, ο εργολάβος ζήτησε από το δικαστήριο, κατά τη θεμελιώδη αρχή τόσο του κοινοδικαίου όσο και του ηπειρωτικού αστικού δικαίου, την οποία ανακάλυψε – σημειωτέον – πρώτος ο κορυφαίος Bartolus (*nemo bonus iurista nisi bartolista!*), ότι, ως γείτονας, οφείλεις να ανέχεσαι μόνο τις *επουσιώδεις* ή τις *συνήθειες* για την περιοχή του ακινήτου οχλήσεις (και εδώ η προηγούμενη χρήση δεν αποτελεί κριτήριο), να παύσει ο ιδιοκτήτης της κτηνοτροφικής μονάδας την όχληση, ουσιαστικά να τη μεταφέρει αλλού. Το δικαστήριο δέχθηκε μεν την αγωγή του εργολάβου, τον υποχρέωσε όμως να καταβάλει αποζημίωση στον αντίδικό του. *Νόμιμη* βάση αποζημιώσεως μάλλον δεν υφίσταται εν προκειμένω, ωστόσο, ο ιδιοκτήτης της κτηνοτροφικής μονάδας φαίνεται ότι επωμίζεται ένα δυσανάλογο βάρος λόγω της τροποποιήσεως της χρήσεως της γης που είχε ως αποτέλεσμα η δική του χρήση να καταστεί *περιθωριακή*. (Και το γειτονικό δίκαιο απεχθάνεται την *ιδιοτροπία*.) Ναι μεν η τροποποίηση της χρήσης της γης έγινε με τα μέσα του ιδιωτικού δικαίου, η λύση όμως του προβλήματος ως *πολεοδομικού* δεν μπορούσε, κατά τη γνώμη μου, να γίνει με τα ίδια μέσα, χωρίς τον κίνδυνο να γεννηθούν δικαϊκά τέρατα, αλλά με τα μέσα του

διοικητικού: δηλαδή με σχέδιο πόλεως, και βάσει αυτού με εισφορές σε γη και σε χρήμα κ. ο. κ. Γι' αυτό, δικαίως ο Weinrib κάνει λόγο για εφεύρεση ενός νέου ενδίκου βοηθήματος. Ηθικό δίδαγμα; Έχουμε τη δυνατότητα να εκμηδενίσουμε ένα αυτοτελές κανονιστικό πεδίο, φορτώνοντάς του όλα τα προβλήματα της έννομης τάξης.

2.

Ως προς τον κανονιστικό κίνδυνο της αναγωγής κάθε ζημίας σε βλάβη: ως γνωστόν, θεμελιώδης αρχή του δικαίου των αδικοπραξιών τόσο του ρωμαϊκού όσο και του αγγλοσαξωνικού, που δίνει την εσφαλμένη, όπως θα εξηγήσω εντύπωση της περιπτωσιολογίας, είναι ότι τη ζημία υφίσταται, κατ' αρχήν, το θύμα (που επέλεξε η τύχη), εκτός και αν αυτό έχει έναν από περισσότερους συγκεκριμένους λόγους (ιδού η εντύπωση της περιπτωσιολογίας) να επικαλεσθεί, π. χ., κατά τον γερμανικό Αστικό Κώδικα, προσβολή απόλυτου δικαιώματος (ή αγαθού) του από δράστη, ή, κατά το κοινοδίκαιο, κάποιον, π. χ., τύπο αμελούς συμπεριφοράς του δράστη που αντιστοιχεί σε καθήκον του επιμέλειας. Σε μια έννομη τάξη όμως, όπως η ελληνική ή η γαλλική, αν το πρωί φύγω από το σπίτι μου με 100 € στην τσέπη και το βράδυ που γυρίσω, αν και δεν έχω ξοδέψει τίποτε όλη την ημέρα, βρω 90 €, φαίνεται ότι απλώς πρέπει να αναζητήσω εναγόμενο. Η αντίληψη αυτή είναι, κατά τη γνώμη μου, εντελώς αδικαιολόγητη για τη Γαλλία και αποτελεί σοβαρό σύμπτωμα της άγνοιας της ιστορίας του ευρωπαϊκού αστικού δικαίου· επειδή αγνοείται, δηλαδή, και η καίρια συμβολή κάποιων πολύ σημαντικών Γάλλων νομομαθών του μακρινού παρελθόντος, επιγόνων του Grotius (στους οποίους υπαινικτικά αναφέρθηκα). Γιατί η εν λόγω αντίληψη, να εκλαμβάνεται, δηλαδή, η ζημία (κάθε ζημία) κατ' αρχήν ως βλάβη, να αποτελεί κίνδυνο; Διότι συνυφαίνεται με τον κίνδυνο της προηγούμενης ενότητας, καθότι υποθάλπτεται από τις ίδιες αναγωγιστικές αντιλήψεις: η ζημία προϋποθέτει επιδείνωση συμφερόντων ευημερίας, ενώ η βλάβη προσβολή δικαιώματος ως τίτλου. Κατά μία χαρακτηριστική πραγμάτευση του αείμνηστου Λιτζεροπούλου (χωρίς να θέλω με αυτό να μειώσω τη μεγάλη επιστημονική του αξία, απλώς εξέφραζε μια εποχή που ακόμη διανύουμε), ο οποίος υπερασπίζεται, κατά της συγκρατημένης και

σοφής εν προκειμένω νομολογίας, την ιδέα της δυνατότητας καταχρηστικής ασκήσεως και της (φυσικής) ελευθερίας, και όχι απλώς δικαιώματος, ο ιδιοκτήτης του καταστήματος που αμελεί να συγχρονίσει το ρολοί που έχει αναρτήσει στην πρόσοψή του, ώστε αυτό να δείχνει πάντοτε τη σωστή ώρα, φέρει ευθύνη για τη ζημία που υπέστη ο ξένος που το εμπιστεύτηκε και καθυστέρησε μοιραία, για την ευόδωση της επωφελούς συναλλαγής του, να παραστεί στην κρίσιμη συνάντηση. Η μονοκαλλιέργεια της έννοιας του συμφέροντος καθιστά εδώ κανονιστικά αδύνατη τη διάκριση μεταξύ ζημίας από ανταγωνισμό (λόγω, π. χ., της έναρξης λειτουργίας μιας όμοιας με τη δική μου επιχείρησης στην διπλανή οδό) και ζημίας από αδίκημα (βλάβης) (π. χ., από ληστεία εις βάρος του ταμείου της επιχείρησής μου). Θα εξετάσω, ως έναυσμα για τον θεωρητικό προβληματισμό, και πάλι ως παράδειγμα μια γνωστή υπόθεση που απασχόλησε τόσο τα γερμανικά όσο και τα αγγλοσαξωνικά δικαστήρια:

Ένα εργολαβικό συνεργείο, από αμέλεια, προκαλεί ζημία στο δίκτυο παροχής ηλεκτρικής ενέργειας και αυτή έχει ως αποτέλεσμα την υπολειτουργία μιας επιχείρησης και, κατά συνέπεια, την πτώση της ημερήσιας παραγωγής των προϊόντων της. Γιατί, λοιπόν, στη Γερμανία και στο κοινοδικαίο όλοι οι έγκριτοι νομικοί προβληματίζονται για το αν ο κύριος της επιχείρησης (η οποία δεν συντηρεί αυγά...) δικαιούται να στραφεί κατά του κυρίου του συνεργείου και να ζητήσει αποζημίωση, ενώ στην Ελλάδα και στη Γαλλία ουδείς νομικός θα προβληματιζόταν ιδιαίτερα; Διότι είναι ζητούμενο το αν η εν λόγω ζημία αποτελεί και προσβολή του δικαιώματος της κυριότητας, πράγμα που δεν επιτρέπει σήμερα να το αντιληφθούμε μια γενική και αφηρημένη διάταξη περί παράνομης και υπαίτιας ζημίας αποκομμένη, όχι μόνον από τις αρχές του ιδιωτικού δικαίου, αλλά και από την ιστορία του. Οι θεωρητικοί του φυσικού δικαίου στην ηπειρωτική Ευρώπη (πρωτίστως ο Grotius) έτσι, με τη διατύπωση μιας γενικής και αφηρημένης αρχής, συστηματοποίησαν τους συγκεκριμένους λόγους αποζημίωσης λόγω αδικοπραξίας του ρωμαϊκού δικαίου, εννοώντας με το παράνομο την προσβολή των (απόλυτων) αγαθών που ανήκουν σε κάθε κοινωνό του δικαίου βάσει των αρχών μη διανεμητικής δικαιοσύνης: σωματική ακεραιότητα, ελευθερία, την οποία προσβάλλει η παράνομη κατακράτηση, όχι ο ανταγωνισμός ή οι επιλογές των άλλων, κυριότητα, τιμή, κ. λπ. ανάλογα

αγαθά (όπως της λεγόμενης διανοητικής ιδιοκτησίας – ένα από τα πλέον προκλητικά και ενδιαφέροντα πεδία του ιδιωτικού δικαίου που ο λειτουργισμός καθιστά βαρετό: ας αφήσω όμως κάτι και για το βιβλίο...). Κατά τις μακρές (επίσημες και άτυπες) προπαρασκευαστικές εργασίες της συντάξεως του γερμανικού Αστικού Κώδικα – σημειωτέον – αποκλείσθηκε ως τέτοιο αγαθό η τιμή (αναγνωρίσθηκε πολύ αργότερα νομολογιακά), όπως και το λεγόμενο δικαίωμα επί της προσωπικότητας. Γιατί; Φταίει άραγε ο... άκρατος φιλελευθερισμός κάποιων από τα λαμπρότερα νομικά μυαλά της εποχής και ίσως όλων των εποχών; Ο άκριτος πολλαπλασιασμός των δικαιωμάτων όπως και των αδικημάτων ή αδικοπραξιών, μέσω της αναγωγής του δικαιώματος στο συμφέρον, συνεπώς της βλάβης στη ζημία, υπονομεύει το *status* μας ως προσώπων: μας προσαρτά στις βέλτιστες καταστάσεις πραγμάτων απλώς ως φορείς συμφερόντων ευημερίας.

3.

Έρχομαι, τώρα, όπως υποσχέθηκα, στο ζήτημα της αναγωγής των συμβάσεων σε οιονεί συμβάσεις. Δύο είναι εν προκειμένω οι κρίσιμες για την πραγμάτευσή μας κοινοδικαϊκές αρχές του δικαίου των συμβάσεων (πόσες φορές απαντά άραγε η λέξη σύμβαση στους ευρωπαϊκούς αστικούς κώδικες;): η αρχή του αντισταθμίσματος (*consideration*) ως, ούτως ειπείν, αγγλοσαξωνικής *causae* (ζήτημα αμφιλεγόμενο στο οποίο δεν θα εισέλθω εδώ), και η (λιγότερο εναργής) αρχή της μη ακριβοδίκαιης παροχής και αντιπαροχής (*unconscionability*). Και πάλι, για να κερδίσω χρόνο, θα αναφερθώ μόνο σε ένα, αλλά κεντρικό ζήτημα, το οποίο συνδέεται με το λεγόμενο δίκαιο του καταναλωτή (το οποίο το εκλαμβάνω εδώ ιδεοτυπικά):

Η αρχή του αντισταθμίσματος σημαίνει ότι η σύμβαση προϋποθέτει τη μεταβίβαση περιουσιακού στοιχείου (ζήτημα στο οποίο θα επανέλθω), ανεξαρτήτως μάλιστα της αξίας του (τα αντιπαραδείγματα, αγνοώντας τα σχετικά με το γελοίο του τιμήματος, είναι διασκεδαστικά: δύναται άραγε να συναφθεί, π. χ., σύμβαση από αυτόν που υπόσχεται, για τη σωτηρία της ζωής του, την καταβολή ενός ποσού στον ήδη σωτήρα του;), υπό την επιφύλαξη, βέβαια, της τηρήσεως της καλής πίστης ως μη αντιφατικής συμπεριφοράς (*promissory estoppel*) κ. λπ. Αν, λοιπόν, η παροχή και η αντιπαροχή είναι

εντελώς δυσανάλογες (αποκλίνουν, δηλαδή, ριζικά από τα κρατούντα στην αγορά), πρέπει να ερευνηθεί ένα ζήτημα ακυρότητας: αν, δηλαδή, πρόκειται για δωρεά, οπότε απαιτείται τύπος, ή αν ο αντισυμβαλλόμενος της δυσχερούς θέσης ανέλαβε κάποιον σχετικό κίνδυνο, π. χ. επενδυτικό (αυτό κάτι μου θυμίζει από την πρόσφατη ελληνική δικαστηριακή ζωή...). Αν η εν λόγω ριζική απόκλιση, εμπειρικά μιλώντας, είναι συστηματική, οφειλόμενη, π. χ., σε *de facto* μονοπώλιο ή στη δομικά πλεονεκτική θέση ενός των συμβαλλομένων (π. χ. τράπεζα...), τότε μάλλον έχουμε να αντιμετωπίσουμε ένα δικαίω πρόβλημα, το οποίο, και πάλι, δεν δύναται να επιλυθεί με τα μέσα του ιδιωτικού δικαίου. Επίλυση με τα μέσα του ιδιωτικού δικαίου σημαίνει ότι οι εν λόγω συμβάσεις αποτελούν οιονεί συμβάσεις, διότι το περιεχόμενό τους δεν προσυπογράφεται πράγματι από αμφότερα τα μέρη. Τούτο, υπό τους όρους του ιδιωτικού δικαίου, σημαίνει ότι οι συμβάσεις αυτές είναι μάλλον άκυρες και, εφ' όσον ουδείς, βέβαια, δύναται να καταστεί αδικαιολόγητα πλουσιότερος, η θέση του ασθενέστερου μέρους απλώς θα επιβεβαιωνόταν. Ο νομοθέτης, λοιπόν, καλείται – ορθά – να θέσει τους όρους συνομολογήσεως των εν λόγω, κρίσιμων για την κοινωνική ζωή, συμβάσεων. Δεν πρόκειται, ωστόσο, κατά τη γνώμη μου, για τροποποίηση του δικαίου των συμβάσεων, αλλά για ένα νέο διοικητικό δίκαιο, στο κανονιστικό πλαίσιο του οποίου κάποιοι ιδιώτες καλούνται, λόγω της πρωταρχικής σημασίας της θέσης τους (π. χ. οι τράπεζες ή οι εργοδότες), να λειτουργήσουν, σε κάποιες πτυχές της δραστηριότητάς τους, ως προέκταση του προστατευτικού δημοσίου.

Ναι μεν όλα αυτά είναι ανεκτά, αλλά έως εδώ: το εν λόγω θεσμικό πρότυπο, ότι πριν από τη συνομολόγηση της συμβάσεως, το αντικείμενό της έχει ήδη διαμορφωθεί βάσει κάποιων μη ιδιωτικοδικαϊκών αρχών και κανόνων (όπως, π. χ., και στη συμμετοχή μας σε μια κλινική μελέτη), δεν δύναται να γενικευτεί, ώστε ο ίδιος ο δικαστής, αντί της εξαγγελίας της ακυρότητας της ένδικης σύμβασης, να καλείται να τροποποιήσει το περιεχόμενό της, κατά διάφορες αμφιλεγόμενες αρχές (συνήθως ιδεολογικές προκαταλήψεις), χωρίς να καταστούν οι συμβάσεις ουσιωδώς συναλλάγματα (κατά την προνεωτερική έννοια αρχαίου ελληνικού δικαίου), δηλαδή οιονεί συμβάσεις. Το ιδιωτικό δίκαιο, οι αρχές, δηλαδή, μη διανεμητικής δικαιοσύνης, δεν ανέχεται την αντιμετώπιση των συναλλασομένων ως ηλιθίων. Η πατερναλιστική μεταχείρισή τους προσβάλλει την αξιοπρέπειά τους, το *status*

τους ως ελεύθερων και ισότιμων προσώπων. Στο πεδίο του νέου διοικητικού δικαίου δεν συντρέχει, κατά τη γνώμη μου, τέτοια μεταχείρισή τους: ο ασθενής αντισυμβαλλόμενος δεν προστατεύεται έναντι του ισχυρού, όχι, βέβαια, ως ηλίθιος, ούτε όμως ως αδαής ή πνευματικά ανώριμος.

Θα ήθελα στο σημείο αυτό να διακόψω τη ροή των ανά θέμα αναπτύξεών μου και απλώς να θέσω, ενδεικτικά, κάποια περιπτωσιολογικά ερωτήματα, αφήνοντας ανοικτό το θέμα του κατά πόσον δικαιολογείται ο σχετικός προβληματισμός, όπως αυτός ακριβώς εκφράζεται από τον έγκριτο νομικό που καλείται να αντιμετωπίσει το πρόβλημα στην ονομαστική του αξία, και όχι να χρησιμοποιήσει δογματικά μια ετοιμοπαράδοτη λύση, κατά τον τρόπο του λειτουργισμού («έχω τη μία και μόνη λύση, πες μου ποιο είναι το πρόβλημά σου»...):

α) Ο Bartolus (που προανέφερα σε άλλο, σχετικό πάντως ζήτημα) θεμελίωσε μια λύση στο πρόβλημα της χρήσης των υδάτων ως περιορισμένων πόρων, δηλαδή ως ζητήματος περιστάσεων δικαιοσύνης, κατά την έννοια του Rawls, που ως γενική τάση, και μάλλον χωρίς επίγνωση της λύσης του Bartolus, απαντά και στη νομολογία των αγγλοσαξονικών δικαστηρίων: στην περίπτωση των μύλων, που χρησιμοποιούν το νερό ποταμού, ισχύει ο κανόνας της προηγούμενης χρήσης (ο μεταγενέστερος μυλωνάς πρέπει να παύσει την επιβαρυντική ή μοιραία λειτουργία της επιχείρησής του), ενώ στην περίπτωση της αρδύσεως αγρών ισχύει ο κανόνας της χρήσεως του νερού κατ' αναλογία προς την έκταση του αγρού. (Θεωρώ ότι στην πρώτη περίπτωση ο προγενέστερος μυλωνάς έχει οιονεί ιδιοκτησιακό τίτλο.)

β) Πώς το θύμα της κατάστασης ανάγκης δικαιούται να καταστρέψει το ξένο πράγμα και ο κύριος του πράγματος να αξιώσει την (έστω εύλογη) αποζημίωσή του, παρότι ο εναγόμενος δεν παρανόμησε; (Αναπτύσσω το σχετικό ζήτημα στην προαναφερθείσα μονογραφία μου: έπραξα σωστά που αγνόησα τη συνεπειοκρατία και στο θέμα αυτό;)

γ) Ο εκ πεποιθήσεως υπέρ της ζωής ιατρός, επειδή πιθανολογεί ότι, αν αποκαλύψει στο ζευγάρι τα δυσάρεστα ευρήματα του προγεννητικού ελέγχου, αυτό θα προβεί σε άμβλωση, τους αποκρύπτει την αλήθεια. Έρχεται στον κόσμο ένα παιδί φρικτά παραμορφωμένο (χωρίς μέλη, όραση, ακοή). Κατά το δίκαιο των αδικοπραξιών, εν προκειμένω την αρχή της

διαφοράς, το ίδιο το παιδί δεν δικαιούται να στραφεί κατά του ιατρού, ζητώντας αποζημίωση ή άλλη χρηματική ικανοποίηση: εναλλακτικός, ωστόσο, τρόπος υπάρξεώς του, για να προβεί το δικαστήριο στην απαιτούμενη σύγκριση, δεν ήταν δυνατός (όπως, αντιθέτως, στην περίπτωση της σωματικής ή άλλης βλάβης από ιατρικό σφάλμα). (Ισχύει άραγε ένα δικαίωμα στην ανυπαρξία;) Υπάρχουν εξεζητημένες, κατά τη γνώμη μου, θεωρητικές απόπειρες (με αφορμή κυρίως την περιώνυμη γαλλική υπόθεση *Perruche*) να δικαιολογηθεί μια τέτοια αγωγή ως νόμω βάσιμη: εξεζητημένες, διότι δεν λαμβάνουν σοβαρά υπ' όψιν τους τον δεοντοκρατικό πυρήνα (ή τον δικαιωματοκεντρικό χαρακτήρα) του ιδιωτικού δικαίου. Αντιθέτως, μια λύση εκτός του κανονιστικού πεδίου των αδικοπραξιών (την οποία οφείλω στον γόνιμο διάλογό μου με τους μεταπτυχιακούς φοιτητές μου στο μάθημα της φιλοσοφίας του ιδιωτικού δικαίου) θεωρώ ότι σέβεται απολύτως τον μη συνεπειοκρατικό πυρήνα του ιδιωτικού δικαίου και είναι κανονιστικά επιβεβλημένη: ο ιατρός που παίρνει στα χέρια του την υπόθεση της τεκνοποιίας των άλλων αναλαμβάνει οιονεί γονεϊκές ευθύνες. (Υποθέτω ότι η συνεπειοκρατία δεν έχει λόγους να αντιτάξει.)

δ) Ο προμηθευτής ενός εργολάβου οικοδομών έχει συσκευάσει το οικοδομικό υλικό της παραγγελίας, αλλά, επειδή, προ της παραδόσεώς του, η αγοραία τιμή του εμπορεύματος ανέβηκε πολύ, το πωλεί σε άλλον εργολάβο, αποκομίζοντας επί πλέον κέρδος. Ο εργολάβος της υπόθεσης (η υπόθεση κρίθηκε υπέρ του εργολάβου από τον Άρειο Πάγο του Ισραήλ), ο οποίος, τελικά, δεν υπέστη ζημία από την αντισυμβατική συμπεριφορά του προμηθευτή του, άσκησε αγωγή εναντίον του και ζήτησε την απόδοση του κέρδους που αποκόμισε. Η εν λόγω απόδοση, ως κύρωση αντισυμβατικής συμπεριφοράς, έχει άραγε εν προκειμένω τον χαρακτήρα οιονεί ποινης; (Ήδη αμφισβητείται, απολύτως πειστικά, η εναρμόνιση των χρηματικών ποινών του κοινοδικαίου – κάποιοι στην ηπειρωτική Ευρώπη τις εισηγούνται... – με τις θεμελιώδεις αρχές του: ο εναγόμενος δεν απολαύει πάντως των εγγυήσεων του κατηγορουμένου.) Ενώ ο Weinrib τάσσεται για λόγους διορθωτικής δικαιοσύνης υπέρ της απορρίψεως τέτοιων αγωγών, ο Benson, από το ίδιο στρατόπεδο της διορθωτικής δικαιοσύνης, τάσσεται υπέρ της νόμω βασιμότητάς τους: ο προμηθευτής του παραδείγματος έγινε πλουσιότερος μάλλον από ανάμιξη του στις (ξένες) υποθέσεις του

εργολάβου, διότι ο τελευταίος, ως μη έχων ακριβώς εμπράγματο δικαίωμα επί του οικοδομικού υλικού, αδυνατούσε μεν να στραφεί κατά όλων, ωστόσο, πλην ενός· του προμηθευτή του, ο οποίος με μόνη την (υποσχετική στα καθ' ημάς) ένδικη σύμβαση είχε μεταβιβάσει στον εργολάβο περιουσιακό στοιχείο. Αν η σύμβαση δεν νοηθεί ως τρόπος περιουσιακής διευρύνσεως ήδη από τη σύναψή της, πώς δύναται να νοηθεί η αποζημίωση σε περίπτωση αθετήσεώς της (αν όχι η ίδια η αξίωση εκπληρώσεώς της); Ως ποινική κύρωση (προκειμένου να τηρούνται οι συμβάσεις); (Η συνεπειοκρατία μόνον κατ' αποτέλεσμα θα συμφωνούσε εν προκειμένω με τον Weinrib.)

ε) Δύναται το δίκαιο των αδικοπραξιών να υποκατασταθεί, χωρίς να απολέσει την κανονιστική του ταυτότητα, από ένα σύστημα ασφαλίσεως ατυχημάτων, όπως στη Νέα Ζηλανδία, όπου τα σφάλιστρά μας θα λειτουργούν ως οιονεί πρόσθετοι φόροι; Από την οπτική γωνία της αποτροπής των ατυχημάτων (κατά κανόνα εξ αμελείας...), την εν λόγω λειτουργία επιτελεί ήδη χωρίς απώλειες το ποινικό δίκαιο. Γιατί όμως το εν λόγω σύστημα δεν πρέπει να καλύπτει ατυχήματα, δηλαδή αδικοπραξίες από δόλο; (Ουδείς – θεωρώ – είναι πρόθυμος να αναλάβει το κόστος της κακοβουλίας των άλλων ως ζήτημα αρχής.)

Συνεχίζω με το μεθοδολογικό ηθικό δίδαγμα των προκειμένων ζητημάτων στην επόμενη καταληκτική ενότητα.

III.

Είναι γνωστή η ριζική και έντονη αντίθεση του Savigny (αν εξαιρέσουμε τον Kelsen, έχω αναφερθεί και στους τέσσερις θεωρητικούς νομικούς που συμπληρώνουν την, κατά τη γνώμη μου, πεντάδα των κορυφαίων μετά την Αρχαία Ρώμη: Bartolus, Grotius, Blackstone, Savigny...) προς την κωδικοποίηση του γερμανικού (δηλαδή ηπειρωτικού) κοινοδικαίου. Μεταξύ των άλλων, στην αντιπαράθεσή του προς τον εξ ίσου σημαντικό ομότεχνό του Thibaut, θα υποστηρίξει, έστω εμμέσως πλην σαφώς, ότι η κωδικοποίηση θα καταστήσει του νομικούς νωθούς (επιβεβαιώθηκε...), υποβάλλοντάς τους την ιδέα ότι το δίκαιο δεν αποτελείται παρά από διατάξεις (επιβεβαιώθηκε...). Όπως επισημαίνει ο Zimmermann, κορυφαίος

συγκριτολόγος με ιστορικές και φιλοσοφικές ευαισθησίες και ανησυχίες, ήδη δύο δεκαετίες μετά την ισχύ του γερμανικού Αστικού Κώδικα, ο προηγούμενος προβληματισμός είχε σχεδόν εξαφανισθεί: οι παραδοσιακοί συντηρητικοί νομικοί αναζητούσαν τη λύση των νομικών προβλημάτων στη διατύπωση των διατάξεων, ενώ οι νεωτερίζοντες στη στάθμιση των συμφερόντων. (Ευτυχώς όμως, οι τελευταίοι, ιδίως οι δικαστές, δεν υπήρξαν, από την ίδια τη σκοπιά του δικαιώματος ως συμφέροντος ευημερίας, συνεπείς στις αποφάνσεις τους, οι οποίες, από την ίδια σκοπιά, δεν ήταν ούτε ειδικά ούτε εμπεριστατωμένα αιτιολογημένες...) Θα επικαλεσθώ ένα μόνο σχετικό παράδειγμα: Ρωτάς έναν καλό νομικό αν βλέπει κάτι περισσότερο από μια λέξη στη διάταξη που ρυθμίζει ότι η σύμβαση καταρτίζεται, όταν «περιέλθει» η δήλωση αποδοχής στον προτείνοντα: δεν έχει επίγνωση ότι ο νομοθέτης εδώ κωδικοποίησε μία από τις τέσσερις σχετικές ανταγωνιστικές θεωρίες, την ήδη κρατούσα της λήψεως (γί αυτό εκείνο το περιέλθει). Σημειωτέον ότι στο κοινοδίκαιο ισχύει η θεωρία της αποστολής: εκεί όμως η πρόταση, εφ' όσον δεν έχει αντιστάθμισμα, δεν δεσμεύει τον προτείνοντα (και η ακριβοδικία υποχρεοί). Επανέρχομαι στον τύπο προηγούμενων ερωτημάτων: το ηπειρωτικό αστικό και το κοινοδίκαιο δεν αποτελούν άραγε παραλλαγές του ίδιου θεσμικού παιγνίου και στο ζήτημα της καταρτίσεως των συμβάσεων;

Η απάντησή μας προϋποθέτει τη σύλληψη του προβλήματος. (Το κοινοδίκαιο διατηρεί πάντοτε, κατά τη γνώμη μου, ένα μεθοδολογικό πρωτείο.) Κατά τον σοφό τρόπο που ο αείμνηστος Κουμάντος είχε γράψει το εγχειρίδιο του *Οικογενειακού δικαίου*, το πρόβλημα προηγείται της λύσης του που είναι, ιδεοτυπικά μιλώντας, κάποια διάταξη στον Αστικό Κώδικα. Τα προβλήματα όμως δεν είναι εν προκειμένω ωμά, δηλαδή προβλήματα κοινωνικά, οικονομικά ή (γιατί όχι; – συμπληρώνει ο σκεπτικιστής) προσωπικά: είναι δικαίω προβλήματα· δηλαδή, προβλήματα που δημιουργούνται από τη συμβίωσή μας ως ελεύθερων και ισότιμων προσώπων, με άλλα λόγια, που βασίζονται, ως προβλήματα ιδιωτικού δικαίου, σε αρχές μη διανεμητικής δικαιοσύνης. Αυτόν τον τρόπο θέσεως των προβλημάτων καλείται να σεβαστεί ο νομοθέτης. Ερωτάται, λοιπόν: Γιατί από τη σκοπιά του συντάγματος να τίθεται ζήτημα συνταγματικότητας ενός νόμου που προβλέπει, όπως κάποιο άρθρο του θνησιγενούς Ελληνικού (*sic*)

Αστικού Κώδικα (των Τριανταφυλλοπούλου και Μαριάκη), ότι η άσκηση του δικαιώματος της κυριότητας «εν πνεύματι κοινωνικής λειτουργίας» αποτελεί υποχρέωση του κυρίου; Γιατί συναφώς να τίθεται ζήτημα συνταγματικότητας ως προς μια πρόβλεψη που πολύ επεθύμησαν οι εθνικοσοσιαλιστές αστικολόγοι, και στη χώρα μας νομικοί της Δικτατορίας της 4^{ης} Αυγούστου, και που θεσπίστηκε στον ανατολικογερμανικό Αστικό Κώδικα, ότι κατά την επιδίκαση της αποζημιώσεως ένεκα αδικοπραξίας το δικαστήριο λαμβάνει υπ' όψιν του την οικονομική θέση των διαδίκων μερών; Τι αντίρρηση, πέρα από την αντίρρηση της τυχόν αναποτελεσματικότητας (ζήτημα εμπειρικό) θα είχε σε τέτοια φιλόδοξα, απαράδεκτα για λόγους αρχής σχέδια ο λειτουργισμός; Το ζήτημα που τίθεται, βάσει αυτών που προηγήθηκαν, είναι κανονιστικό (μη εμπειρικό): αφορά τον σεβασμό του προσώπου, των ελεύθερων επιλογών του και των τίτλων του. (Η αποζημίωση δεν αποτελεί ποινή ή πρόστιμο, φόρο ή τέλος: με την καταβολή της το θέμα της αδικοπραξίας πρέπει να επανέλθει στην προηγούμενη, προ της βλάβης, δικαιοκτησία του.) Αυτή είναι η κανονιστική υφή των εξωσυνταγματικών περιορισμών του τίτλου: πρόκειται για τους περιορισμούς της μη διανεμητικής δικαιοσύνης.

Έστω ότι έχω μια θέση αποκλειστικής χρήσης για τη στάθμευση του οχήματός μου στην πυλωτή της πολυκατοικίας μου. Δεν έχω όχημα είμαι χαρακτηριστικά μάλλον απόμακρος, αν όχι μισάνθρωπος, και απαιτώ να μη σταθμεύει κανείς το όχημά του στη θέση που η χρήση της μου ανήκει κατ' αποκλειστικότητα βάσει σχετικού τίτλου. Ένας γείτονάς μου έχει σοβαρή ανάγκη χρήσης της άχρηστης για μένα θέσης. Η άρνησή μου να ανταποκριθώ στην ανάγκη του καθιστά άραγε τη συμπεριφορά μου καταχρηστική; Είναι πράγματι εντυπωσιακή η ευκολία εκμαιεύσεως της καταφατικής απαντήσεως σε κάποια αμφιθέατρα νομικών σχολών και σε κάποιες δικαστικές αίθουσες: αρκεί κάποιος να επικαλεσθεί μια περίπτωση ανάγκης που να υπερβαίνει εύλογα τη δοκιμασία της αναλογικότητας. Εκ των υστέρων, μετά την αρνητική για μένα έκβαση της σχετικής δίκης, σας αποκαλύπτω ότι η εμμονή μου στο να μένει η θέση κενή οφείλεται σε μια αυτοδέσμευσή μου: στη θέση αυτή είδα για τελευταία φορά τον πατέρα μου ζωντανό· αμέσως μετά απλώς άκουσα τον θόρυβο των φρένων του ξένου αυτοκινήτου. Η αχρησία της θέσης έχει για μένα συμβολική σημασία: όφειλα

άραγε να τη θέσω υπ' όψιν του δικαστή προς στάθμιση; Θεωρώ ότι τέτοιες απαιτήσεις, ενδεχομένως σύμφωνες με το σύνταγμα, καθιστούν την έννομη τάξη μας τυραννική.

Επανέρχομαι, λοιπόν, κλείνοντας τις ελπίζω όχι πολύ κουραστικές αναπτύξεις μου, με το κρίσιμο ερώτημα: αν αληθεύουν τα προηγούμενα, πώς είναι δυνατή η κανονιστική *αυτοτέλεια* του ιδιωτικού δικαίου προ του αιτήματος της συμφωνίας του προς το σύνταγμα, δηλαδή του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητάς του; Αν συναγάγουμε τις άκρες συνέπειες των προηγηθέντων ως *συνταγματική θεωρία*, δεν υπονομεύουμε άραγε, αν δεν αγνοούμε τον *θεμελιώδη χαρακτήρα* του συντάγματος; Είναι καιρός – θεωρώ – να αποδραματοποιήσουμε το ζήτημα: το σύνταγμα δεν θεσπίζεται σε κανονιστικό κενό, επειδή ακριβώς αποτελεί ένα *επόμενο κεφάλαιο* – το σημαντικότερο ασφαλώς – της έννομης τάξης· κατά τον τρόπο των ομηρικών επών (που προανέφερα), δεν ξεκινά από το μηδέν. Κατ' αρχάς, από ιστορική άποψη, το ιδιωτικό δίκαιο προηγείται των συνταγμάτων. Περαιτέρω, το ιδιωτικό δίκαιο είναι τόσο πυκνό κανονιστικά, ώστε το περιεχόμενό του είναι αδύνατο να εξαχθεί ακόμη και από την πλέον γενική και αφηρημένη διάταξη ενός συντάγματος: π. χ., από τη διάταξη που ορίζει – συμπτυνώνω – ότι η ανθρωπίνη αξιοπρέπεια είναι *απαραβίαστη*. Το κανονιστικό αφήγημα της έννομης τάξης δεν αποτελεί ζήτημα *εξειδίκευσης* γενικών και αφηρημένων διατάξεων, δηλαδή *εννοιών*: υφάινεται από τις *καλύτερες* απαντήσεις μας σε κανονιστικώς *διαδοχικά* ερωτήματα που διαθέτουν και *εννοιολογική αυτοτέλεια*. Δεν μας επιτρέπεται, δηλαδή, να διαπράξουμε μια *διανοητική αλχημεία*: να προβάλουμε το *προϊσχύον* ιδιωτικό δίκαιο στο σύνταγμα, σε έναν συνταγματικό κανόνα *υποδοχής*, ως εάν αυτό *εκ των υστέρων* να απορρέει από αυτόν. (Πρέπει ίσως να λάβουμε περισσότερο σοβαρά υπ' όψιν μας κάποιες *μεταβατικές διατάξεις* του συντάγματος.)

Το γεγονός ότι το σύνταγμα δεν θεσπίζεται σε κανονιστικό κενό δεν σημαίνει απλώς την *ισχύ αρχών δικαιοσύνης*, αλλά και την *ακολουθία αρχών μη διανεμητικής και διανεμητικής δικαιοσύνης*. (Μιλώντας, βέβαια, για δικαιοσύνη πρέπει – με όλο τον σεβασμό – να ξεχάσουμε το συντομότερο μια *ενσάρκωση του φυσικού δικαίου* στο ευγενέστερο, κατά τον Έγελο, πρόσωπο που πάτησε το πόδι του στη Γη: την τραγική *Αντιγόνη*.) Τα συνταγματικά δικαιώματα, ως δικαιώματα *καθ' εαυτά*, συνυφαίνονται με το *status* του

προσώπου, ήδη κατοχυρωμένο από αρχές μη διανεμητικής δικαιοσύνης. Αν υιοθετήσουμε, δηλαδή, την οπτική γωνία του επομένου κεφαλαίου, το ιδιωτικό δίκαιο δεν περιλαμβάνεται, κατά κυριολεξία, στη νομοθεσία του κράτους, δεν τίθεται σε ισχύ: στη συντηρητική γλώσσα μιας παραδοσιακής συνταγματικής θεωρίας, το σύνταγμα εγγυάται την ισχύ του ιδιωτικού δικαίου ως ιστορικού κεκτημένου (ως σταδίου θεσμικής προόδου). Ο νομοθέτης έχει μεν τη συνταγματική εξουσία να νομοθετεί στο κανονιστικό πεδίο του ιδιωτικού δικαίου, ανταποκρινόμενος, ωστόσο, σε προβλήματα που ήδη έχουν ανακύψει στο εσωτερικό του. Η κανονιστική βάση, δηλαδή, της παρέμβασής του είναι το ίδιο το ιδιωτικό δίκαιο. (Γι' αυτό, στο κοινοδίκαιο, και όχι μόνο στη χώρα χωρίς μουσική και τυπικό σύνταγμα..., πολλές φορές οι νομοθετικές παρεμβάσεις παρέμειναν νεκρό γράμμα: ο νόμος πρέπει να είναι σύμφωνος με το κοινοδίκαιο). Αν αφετηρία του αφηγήματος της έννομης τάξης ήταν το σύνταγμα, τότε, αν και, βέβαια, η εν λόγω εναλλακτική είναι ασφαλώς νοητή (όχι όμως η καλύτερη δυνατή), υπονομεύεται η κατηγορηματική διαφορά διανεμητικής και μη διανεμητικής δικαιοσύνης. Π. χ., έστω ότι κατά το διανεμητικό σύνταγμα Σ , οι A , B και Γ πρέπει να έχουν ίσα μερίδια: αν ο A στερήσει από τους B και Γ μέρος των μεριδίων τους, καταστρέφοντάς τα, πρέπει να καταστεί μεν διανεμητικά φτωχότερος, ωστόσο, βάσει αρχών μη διανεμητικής δικαιοσύνης· οι τελικές συνέπειες της αδικοπραξίας του A είναι μεν διανεμητικές, όχι όμως και οι λόγοι της αποζημιώσεως που οφείλει διαπροσωπικά προς τους B και Γ . Μόνον αρχές μη διανεμητικής δικαιοσύνης δεν θα επέτρεπαν στο Σ να μεταχειρισθεί την εν λόγω διαπροσωπική αποζημίωση ως φόρο, αν και ενδεχεται το ίδιο να νομιμοποιεί την εκ των υστέρων, π. χ. για λόγους επιτακτικού δημοσίου συμφέροντος, πλήρη στέρησή της διά της φορολογίας. Η εξάλειψη της κανονιστικά κατηγορηματικής διάκρισης διανεμητικής και μη διανεμητικής δικαιοσύνης δεν καθιστά άραγε τη συνταματολογική αφετηρία ελαττωματική; Η λεγόμενη τριτενέργεια των συνταγματικών δικαιωμάτων, όχι μόνον αδυνατεί να ορίσει το κανονιστικό πεδίο των σχέσεων ιδιωτικού δικαίου, αλλά το προϋποθέτει (όπως κάποιες μεταβατικές συνταγματικές διατάξεις): πώς δύναται, λοιπόν, να συλληφθεί από συνταματολογική οπτική γωνία η κατηγορηματική κανονιστική διακριτότητά του; (Εξωτερικά πάντως προς την επιχειρηματολογία μας κριτήρια ορθότητας δεν υπάρχουν.)

Μήπως όμως υπήρξα, στην εισαγωγή των σκέψεών μου, πολύ απαισιόδοξος ως προς τη μη εφαρμογή των συνταγματικών δικαιωμάτων σε σχέσεις μεταξύ ιδιωτών; Νομίζω ότι πρέπει να κλείσω αισιόδοξα: η θεσμική οικονομία του ιδιωτικού δικαίου επιτρέπει εντός του την ανάπτυξη, συμπληρωματικά, π. χ., προς τον κλάδο του εργατικού δικαίου ή του δικαίου του καταναλωτή, στο ίδιο όμως πνεύμα της λεγόμενης τριτενέργειας, ενός ακόμη πιο φιλόδοξου κλάδου με τάσεις κανονιστικά ιμπεριαλιστικές, για να στεγάσει όλους τους συναφείς υπό τις μη ιδιωτικοδικαϊκές αρχές του: τον κλάδο του νέου διοικητικού δικαίου*.

* Οι αναπτύξεις του κυρίως κειμένου χρωστούν πολλά στις σχετικές συζητήσεις που είχα, στο πλαίσιο της διδασκαλίας των μαθημάτων της εν ευρεία έννοια φιλοσοφίας του δικαίου (προ- και μεταπτυχιακών) και των σεμιναρίων του Εργαστηρίου Φιλοσοφίας του Δικαίου, Πολιτικής Φιλοσοφίας και Ηθικής της Σχολής, με τον νυν Ομότιμο Καθηγητή Παύλο Σούρα, τους συναδέλφους Καθηγητές Κωνσταντίνο Παπαγεωργίου και Βασίλη Βουτσάκη, καθώς και με τους φοιτητές μου. Ο ενδιαφερόμενος για τη βιβλιογραφική τεκμηρίωση αναγνώστης δύναται να ανατρέξει στις ιστοσελίδες των αναφερθέντων στο κυρίως κείμενο μαθημάτων (όπου έχουν αναρτηθεί και σχετικές σημειώσεις των παραδόσεών μου): <https://eclass.uoa.gr/courses/LAW293>, <https://eclass.uoa.gr/courses/LAW297>, <https://eclass.uoa.gr/courses/LAW346>. Επίσης, στην προσωπική ιστοσελίδα μου, <http://users.uoa.gr/~pvassil/Vassiloyannis.html>, έχω αναρτήσει τα εξής συναφή κείμενα: «Δίκαιο, συνταγματικό δίκαιο και επιστήμη του δικαίου: η πρόκληση της διεπιστημονικότητας», «Πρόσωπα, λόγοι και πράγματα: *addenda*», «Η έννομη τάξη σε αλυσιδωτά κεφάλαια», «Συστήματα δικαίου και μεθοδολογία του δικαίου: η οπτική γωνία της ηθικής και πολιτικής επιχειρηματολογίας», «Αν δεν θέλεις την ισότητα, τότε γιατί φθονείς τον πλούτο των άλλων;», «Michel Troper, *Το σύνταγμα και ο νομικός ρεαλισμός*», «Κλινικές μελέτες: δικαιώματα και έννομα συμφέροντα» και «Νομική εννοιολογία».