

Η ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΑΝΑΛΥΣΗ ΤΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ ΤΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ*

(Στο παράδειγμα της ποινικής ρήτρας, ΑΚ 409)

Αριστείδης Ν. Χατζής

Λέκτορας Φιλοσοφίας Δικαίου & Θεωρίας Θεσμών στο Τμήμα Μεθοδολογίας,
Ιστορίας και Θεωρίας της Επιστήμης του Πανεπιστημίου Αθηνών - Δικηγόρος

1. Εισαγωγή

Το 1974 ο Πρόεδρος των Η.Π.Α. Richard Nixon παραιτήθηκε μετά την αποκάλυψη του σκανδάλου Watergate. Τον διαδέχθηκε ο αντιπρόεδρος του Gerald Ford, ο οποίος είχε την ελπίδα ότι θα κατορθώσει να αποκαταστήσει τη χαμένη εμπιστοσύνη του αμερικανικού λαού στο κράτος δικαίου και στη δημοκρατία. Μια από τις πρώτες του ενέργειες ήταν να διορίσει Υπουργό Δικαιοσύνης (*Attorney General*), άρα υπεύθυνο για τη δικαστική έρευνα του σκανδάλου Watergate, έναν από τους κορυφαίους και πιο αξιοσέβαστους νομικούς των Η.Π.Α., τον Edward Levi, πρύτανη την εποχή εκείνη του Πανεπιστημίου του Σικάγο. Ο Levi, με το κύρος του και τη διακομματική αποδοχή του, πέτυχε απόλυτα στο έργο του.

Είκοσι χρόνια νωρίτερα, ο Levi ήταν κοσμήτορας (*Dean*) στη Νομική Σχολή του Πανεπιστημίου του Σικάγο και δίδασκε το αντικείμενο στο οποίο εθεωρείτο αυθεντία, δηλαδή το δικαιοδοσιακό ανταγωνισμό. Είχε τότε την ιδέα να ζητήσει από τον οικονομολόγο που δίδασκε το εισαγωγικό μάθημα των Οικονομικών στους φοιτητές της σχολής να διδάξει κάποιες επιπλέον ώρες στα πλαίσια του δικού του μαθήματος, με σκοπό να βοηθήσει τους φοιτητές να κατανοήσουν καλύτερα τις σχετικές οικονομικές έννοιες. Ο οικονομολόγος αυτός, ο Aaron Director, ξεκίνησε κανονικά τα μαθήματα, τα οποία είχαν μεγάλη επιτυχία. Προέκυψε όμως ένα πρόβλημα. Ο Levi έμαθε από τους φοιτητές του πως ο Director αμφισβητούσε σχεδόν όλα όσα τους δίδασκε ο ίδιος στα μαθήματά του. Περίεργος, αποφάσισε να παρακολουθήσει το μάθημα του Director και αν χρειαζόταν, να τον αντικρούσει. Πήγε πράγματι και στο τέλος του μαθήματος, εντυπωσιάστηκε τόσο από τη διδασκαλία του, ώστε του ζήτησε να αναλάβει αυτός αποκλειστικά τη διδασκαλία του μαθήματος¹. Έτσι γεννήθηκε η οικονομική ανάλυση του δικαίου (ΟΑΔ)².

* Το παρόν κείμενο αποτελεί επεξεργασμένη μορφή διάλεξης στο Πανεπιστήμιο της Βιέννης (Σεπτέμβριος 2001), στο Οικονομικό Τμήμα του Πανεπιστημίου Αθηνών (Μάρτιος 2002) και στην Ένωση Αστικολόγων (Οκτώβριος 2003). Τα σχόλια ευπρόσδεκτα στην ηλεκτρονική διεύθυνση: ahatzis@phs.uoa.gr.

1. Για τα σχετικά περιστατικά, βλ. ιδίως Edmund W. Kitch (ed.), «The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Economics at Chicago, 1932-1970», 26 *Journal of Law & Economics* 163, 183-184 (1983), καθώς και την περιγραφή του Edward H. Levi, «Aaron Director and the Study of Law and Economics», 9 *Journal of Law & Economics* 3 (1966). Βλ. επίσης Neil Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence* (Oxford: Oxford University Press, 1995), 343-344. Για τη διδασκαλία του Levi πριν την ε-

Στην αρχή, η ΟΑΔ δεν ήταν τίποτε πιο φιλόδοξο από αυτό που έκανε ο Director. Το δίκαιο ρυθμίζει την οικονομική ζωή, η δικηγορική ύλη κατά το μεγαλύτερο της ποσοστό έχει να κάνει με οικονομικά ζητήματα και το οικονομικό δίκαιο αποτελεί το σημαντικότερο ίσως μέρος του δικαίου. Ήταν λοιπόν επόμενο κάποτε οι νομικοί να λάβουν σοβαρότερα υπόψη τους τα πορίσματα της οικονομικής επιστήμης. Πώς θα μπορούσαν άλλωστε να ρυθμιστούν αποτελεσματικά οι πολύπλοκες, παγκοσμιοποιημένες πλέον οικονομικές σχέσεις³;

Αν και η ιδέα της οικονομικής προσέγγισης στο δίκαιο βρίσκεται εν σπέρματι στα έργα των Adam Smith, Cesare Beccaria, Jeremy Bentham, Rudolf von Jhering, Karl Marx, Max Weber και Oliver Wendell Holmes, οι δύο επιστήμες δεν θα συνδεθούν ποτέ με τον τρόπο που συνδέθηκαν στις αρχές της δεκαετίας του 1960 στο Πανεπιστήμιο του Σικάγο από τον οικονομολόγο Ronald Coase⁴. Η διατύπωση του περίφημου θεωρήματός του το 1960⁵, αλλά και η ταυτόχρονη εφαρμογή της μεθόδολογίας της οικονομικής επιστήμης από τον Gary Becker στο ποινικό και στο οικογενειακό δίκαιο⁶ αποτελούν την αφετηρία της οικονομικής προσέγγισης στο δί-

πυρρή του Director, βλ. *Edward H. Levi*, «The Antitrust Laws and Monopoly», 14 *University of Chicago Law Review* 153 (1947) εν συγκρίσει με το *Aaron Director & Edward H. Levi*, «Law and the Future: Trade Regulation», 51 *Northwestern University Law Review* 281 (1956) στο οποίο ο Levi προσχωρεί απόλυτα στη διδασκαλία του Director (ό.π. 282).

2. Στο θέμα αυτό οι γνώμες διίστανται. Για πολλούς η Οικονομική Ανάλυση του Δικαίου γεννήθηκε με τη διατύπωση του θεωρήματος του Coase το 1960, ενώ για άλλους με τη δημοσίευση της πρώτης έκδοσης του *Economic Analysis of Law* (1973) από τον *Richard Posner*. Ο ίδιος ο Posner θεωρεί πως σημαντικότερη υπήρξε η συνεισφορά του Gary Becker.

3. Βλ. αντί πολλών άλλων *Richard A. Posner*, «The Decline of Law as an Autonomous Discipline (1962-1987)», 100 *Harvard Law Review* 761 (1987). Στην Ελλάδα οι απόψεις αυτές δεν είναι άγνωστες: «Δίκαιο και Οικονομία για μεγάλο χρονικό διάστημα αναπτύχθηκαν παράλληλα και ίσως σε μερικές περιπτώσεις, ασύμβατα, η παγκοσμιοποίηση όμως τώρα επιταχύνει μία κίνηση ομογενοποίησής τους γιατί η παγκόσμια οικονομία χρειάζεται συμβατά δικαιικά συστήματα, χρειάζεται μέτρα σύγκρισης και καθολικότητα αρχών» (συνέντευξη του αντιπροέδρου του ΔΣΑ Σωτήρη Φέλιου στην Καθημερινή, 18.2.2001).

4. Βλ. αναλυτικά σε *Duxbury* (ό.π.), 301-419.

5. Βλ. *Ronald H. Coase*, «The Problem of Social Cost», 3 *Journal of Law & Economics* 1 (1960). Το περίφημο θεώρημα του Coase μπορεί να διατυπωθεί ως εξής: όταν τα μέρη είναι ελεύθερα να διαπραγματευθούν, θα κατορθώσουν να φτάσουν στο πλέον αποτελεσματικό (από οικονομική άποψη) αποτέλεσμα, ανεξάρτητα από τα υφιστάμενα, εμπράγματα κυρίως, δικαιώματα. Αυτό βέβαια συμβαίνει σε έναν κόσμο μηδενικών συναλλακτικών εξόδων και φυσικά προϋποθέτει καλή πληροφόρηση των μερών. Δεν ισχύει όμως το ίδιο και στην πραγματικότητα, εφόσον και η πληροφόρηση είναι ελλιπής και τα έξοδα συναλλαγής υπαρκτά. Το θεώρημα απλώς ισχύει ως υπόδειγμα που αποδεικνύει τη σημασία των θεσμών ως παραγόντων όχι μόνο μείωσης των εξόδων συναλλαγής, αλλά και διάδοσης της πληροφόρησης – και φυσικά οδηγεί στην κριτική των «αναποτελεσματικών» ή «πολυέξοδων» θεσμών και στην πρόταση νέων μορφών δικαιωμάτων ιδιοκτησίας. Βλ. αναλυτικά *Αριστείδης Ν. Χατζής*, «Ronald H. Coase», 68 *Επίκεντρα* 77 (1991).

6. Βλ. ιδίως *Gary S. Becker*, «Crime and Punishment: An Economic Approach», 76 *Journal of Political Economy* 169 (1968) και *του ίδιου*, *A Treatise on the Family* (Cambridge MA: Harvard Universi-

καιο. Ταυτόχρονα, ο Guido Calabresi⁷ στο Πανεπιστήμιο Yale και ο Pietro Trimarchi⁸ στην Ευρώπη δημοσιεύουν τις πρωτοποριακές μελέτες τους για το δίκαιο των αδικοπραξιών.

Χρειάστηκε όμως να περάσουν αρκετά χρόνια για να δημιουργηθεί και να θεσμοποιηθεί ο νέος επιστημονικός κλάδος. Ο Richard Posner ήταν αυτός που το 1973, δημοσιεύοντας το μνημειώδες έργο του *Economic Analysis of Law*, χρησιμοποίησε τα εργαλεία των Οικονομικών στην ανάλυση όλων σχεδόν των κλάδων της νομικής επιστήμης. Από το δίκαιο προστασίας του ανταγωνισμού μέχρι το οικογενειακό δίκαιο και από το ποινικό μέχρι το συνταγματικό δίκαιο, ο Posner κατόρθωσε να καλύψει το σύνολο σχεδόν του δικαίου⁹, αποδεικνύοντας πως η «νέα» οικονομική ανάλυση του δικαίου (όπως ονομάστηκε) δεν ήταν απλώς μια εκ του μακρόθεν συνεργασία δύο επιστημών. Αντίθετα, επρόκειτο για μια ουσιαστική διεπιστημονική προσέγγιση στο δίκαιο, η οποία αξιοποιούσε με τον καλύτερο δυνατό τρόπο την ιδιαίτερα επιτυχημένη μεθοδολογία της οικονομικής επιστήμης (που αργότερα ονομάστηκε «θεωρία της ορθολογικής επιλογής»)¹⁰ στην ανάλυση των θεσμών¹¹. Η ανάπτυξη της ΟΑΔ υπήρξε ταχύτατη ιδιαίτερα στις Η.Π.Α.¹², αλλά τα τελευταία χρόνια και στην Ευρώπη¹³. Μέχρι σήμερα, πέντε βραβεία Νόμπελ στην Οικονομική

ty Press, 2η έκδοση, 1991). Για τις παραπάνω εργασίες του ο Becker βραβεύτηκε με το Νόμπελ Οικονομικών του 1992. Βλ. την ομιλία του στην τελετή βράβευσης, όπου παρουσιάζει την πορεία του ερευνητικού του προγράμματος: Gary S. Becker, «The Economic Way of Looking at Behavior», 101 *Journal of Political Economy* 385 (1993) (με ιδιαίτερη αναφορά στην οικονομική ανάλυση του δικαίου).

7. Βλ. Guido Calabresi, «Some Thought on Risk Distribution and the Law of Torts», 70 *Yale Law Journal* 499 (1961), όπως επίσης και *τον ιδίου*, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis* (New Haven, CT: Yale University Press, 1970).

8. Βλ. κυρίως Pietro Trimarchi, *Rischio e Responsabilità Oggettiva* (Milan: Giuffrè, 1961), καθώς και το μεταγενέστερο, αλλά εξίσου σημαντικό *Causalità e danno* (Milan: Giuffrè, 1967).

9. Βλ. Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* (New York: Aspen Publishers, 6th ed., 2003). Ο Richard Posner, καθηγητής Νομικής στο Πανεπιστήμιο του Σικάγο, διορίστηκε Εφέτης το 1985 και Πρόεδρος Εφετών του 7ου Περιφερειακού Εφετείου των Η.Π.Α. το 1993. Είναι ο πρώτος σε βιβλιογραφικές αναφορές και ταυτόχρονα σε επιρροή στη νομολογία δικαστής στην ιστορία του Αμερικανικού Δικαίου.

10. Για τη θεωρία της ορθολογικής επιλογής, βλ. Jon Elster (ed.), *Rational Choice* (New York: New York University Press, 1986).

11. Αντί πολλών, βλ. Πέτρος Α. Γέμτος, «Οι Θεωρητικές Βάσεις της Οικονομικής Ανάλυσης του Δικαίου», 47 *Νομικό Βήμα* 1 (1999), όπως επίσης και *τον ιδίου*, *Οικονομία και Δίκαιο. Τόμος Β': Οικονομική Ανάλυση Βασικών Θεσμών του Ιδιωτικού Δικαίου* (Αθήνα - Κομοτηνή: Εκδ. Αντ. Ν. Σάκουλα, 2001), ιδίως 55-74.

12. Για τη μεγάλη επιρροή που ασκεί η ΟΑΔ στις ΗΠΑ, βλ. William M. Landes & Richard A. Posner, «The Influence of Economics on Law: A Quantitative Study», 36 *Journal of Law & Economics* 385 (1993).

13. Για την ευρωπαϊκή οικονομική ανάλυση του δικαίου, βλ. Aristides N. Hatzis (ed.), *Economic Analysis of Law: A European Perspective* (Cheltenham UK: Edward Elgar, 2004 υπό έκδοση).

Επιστήμη έχουν απονεμηθεί σε οικονομολόγους που με το έργο τους έχουν συνεισφέρει στην ΟΑΔ¹⁴.

Στο σημείο αυτό είναι απαραίτητες κάποιες διευκρινίσεις. Η οικονομική δεν είναι απλά η επιστήμη που μελετά τις οικονομικές αγορές. Εδώ και πολλά χρόνια, θεωρείται η επιστήμη που ερευνά την ατομική επιλογή μεταξύ εναλλακτικών λύσεων, υπό περιορισμούς. Η κεντρική υπόθεση της οικονομικής προσέγγισης είναι η ορθολογικότητα του δικαικού υποκειμένου. Συνεπώς, η συμπεριφορά του μπορεί να ερμηνευθεί με βάση τους στόχους που επιδιώκει να επιτύχει¹⁵.

Δεδομένου ότι οι κανόνες δικαίου έχουν σαν κύριο στόχο την επίδραση στη συμπεριφορά των ατόμων, η ΟΑΔ προσπαθεί να τους κατανοήσει θέτοντας το ερώτημα: *ποιες είναι οι συνέπειες των κανόνων δικαίου σ' έναν κόσμο όπου οι ορθολογικοί άνθρωποι προσαρμόζουν τη συμπεριφορά τους με βάση τους περιορισμούς και τα κίνητρα που θέτουν οι κανόνες δικαίου;* Αυτή ακριβώς είναι η συμπεριφορά που οι οικονομολόγοι μπορούν να προβλέψουν¹⁶.

Έτσι, η οικονομική προσέγγιση λειτουργεί διττά:

- Δεδομένου ενός στόχου που θέτει το δίκαιο, αξιολογεί τους νομικούς κανόνες ως προς το αν πετυχαίνουν και σε ποιο βαθμό το δεδομένο στόχο. Επιχειρεί έτσι να προβλέψει ή τουλάχιστον να διαπιστώσει εκ των υστέρων την επιρροή που ασκούν στη συμπεριφορά των ατόμων οι κανόνες δικαίου.

- Ξεκινώντας με έναν κανόνα δικαίου (ή με ένα σύστημα κανόνων δικαίου), αναζητά τη λογική του (δηλαδή το στόχο τον οποίον επιδιώκει να πετύχει) κι έτσι προτείνει μία σειρά νέων κανόνων ή μια νέα ερμηνεία των υφιστάμενων κανόνων με σκοπό την οικονομική (και όχι μόνο) αποτελεσματικότητα (π.χ. κανόνες για τις αδικοπραξίες που να οδηγούν στη μείωση του συνολικού κόστους των ατυχημάτων). Αποτελεσματικότητα είναι η επίτευξη ενός σκοπού με το λιγότερο δυνατό κόστος.

14. Το 1986 ο James Buchanan για την οικονομική ανάλυση του Συνταγματικού Δικαίου [(βλ. *James M. Buchanan, The Economics and Ethics of Constitutional Order* (Ann Arbor: University of Michigan Press, 1991)]. Το 1991 ο Ronald Coase για το θεώρημα του Coase (ό.π.). Το 1992 ο Gary Becker για την οικονομική ανάλυση της εγκληματικότητας και της οικογένειας (ό.π.). Το 1993 ο Douglass North για τις μελέτες του σχετικά με τις θεσμικές προϋποθέσεις της οικονομικής ανάπτυξης [(βλ. *Douglass C. North, Institutions, Institutional Change and Economics Performance* (Cambridge: Cambridge University Press, 1990)]. Το 2002 ο Vernon Smith για εμπειρικές έρευνες και πειράματα που επιβεβαίωσαν ή διέψευσαν σειρά υποθέσεων της οικονομικής ανάλυσης του δικαίου [(βλ. *Vernon L. Smith, «Economics in the Laboratory»*, 8 *Journal of Economic Perspectives* 113 (1994)]. Οι Coase και Becker, καθώς και οι Buchanan και Smith διδάσκουν στα προγράμματα οικονομικής ανάλυσης του δικαίου των Πανεπιστημίων του Σικάγο και George Mason (αντίστοιχα).

15. Βλ. κυρίως *Gary S. Becker, The Economic Approach to Human Behavior* (Chicago: University of Chicago Press, 1976).

16. Για τις προϋποθέσεις της εφαρμογής της οικονομικής προσέγγισης στα δικαικά φαινόμενα, βλ. *Richard A. Posner, «The Economic Approach to Law»*, 53 *Texas Law Review* 757 (1975).

Στο χώρο του οικονομικού δικαίου, το δικαίκο σύστημα θα πρέπει, αν θέλει να είναι αποτελεσματικό, να διευκολύνει την άριστη κατανομή των πόρων – δηλαδή την αύξηση της ευημερίας του κοινωνικού συνόλου¹⁷. Η ΟΑΔ βοηθά το νομοθέτη ή το δικαστή να κατανοήσει καλύτερα τη λειτουργία της αγοράς, έτσι ώστε από τη μια μεριά να μην τη στρεβλώνει με τους κανόνες δικαίου που θέτει ή εφαρμόζει και από την άλλη να τη διορθώνει, όταν αυτό είναι αναγκαίο, με βάση τις αρχές της οικονομικής επιστήμης¹⁸. Σε κλάδους του δικαίου που δεν έχουν σαν σκοπό την αύξηση της οικονομικής ευημερίας, η ΟΑΔ προσφέρει τα επιστημονικά εργαλεία για την αποτελεσματική επίτευξη του εκάστοτε σκοπού (π.χ. για τον ακριβή υπολογισμό της συνεισφοράς μιας συζύγου κατά τη διάρκεια του γάμου βάσει μοντέλων επένδυσης ανθρωπίνου κεφαλαίου)¹⁹.

Η επιτυχία της ΟΑΔ οφείλεται στο ότι προσφέρει τον αναγκαίο εξορθολογισμό της νομοθεσίας και της απονομής δικαιοσύνης, που κρίνεται σήμερα κάτι παραπάνω από απαραίτητος μέσα σε συνθήκες παγκοσμιοποίησης των αγορών και αυξανόμενης πολυπλοκότητας των κοινωνιών²⁰.

2. Η οικονομική ανάλυση του δικαίου των συμβάσεων

Πιστεύω ότι δεν υπάρχει τομέας καταλληλότερος για να διαπιστώσει κανείς τι

17. Η κανονιστική οικονομική ανάλυση του δικαίου (normative law & economics) θέτει σαν βασικό στόχο όχι την επίτευξη της «ακριβοδικίας» (fairness), αλλά την κοινωνική ευημερία η οποία επιτυγχάνεται με την αύξηση του πλούτου (wealth maximization) και την αναδιανομή του (distributive justice). Για τα θέματα αυτά, βλ. το πρόσφατο πολυσυζητημένο έργο των *Louis Kaplow & Steven Shavell*, *Fairness versus Welfare* (Cambridge MA: Harvard University Press, 2002). Για μια εξαιρετική κριτική των θέσεων των Kaplow & Shavell, βλ. *Daniel Farber*, «The Problematics of the Pareto Principle» στο *Aristides N. Hatzis* (ed.), *Norms and Values in Law & Economics* (υπό έκδοση).

18. Βλ. ενδεικτικά *William M. Landes & Richard A. Posner*, «Market Power in Antitrust Cases», 94 *Harvard Law Review* 937 (1981).

19. Βλ. *Allen M. Parkman*, «The Recognition of Human Capital as Property in Divorce Settlements», 40 *Arkansas Law Review* 439 (1987). Για την Ελλάδα, βλ. *Aspasia Tsaoussis - Hatzis*, *The Greek Divorce Law Reform of 1983 and Its Impact on Homemakers: A Social and Economic Analysis* (Athens - Komotini: Ant. N. Sakkoulas Publishers, 2003). Η σχετική συζήτηση στηρίζεται στις μελέτες του Gary Becker για την οικογένεια (ό.π.).

20. Σύμφωνα με τον Π. Γέμο, «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 ενοποιητική ισχύ, που τον φέρνει σε επαφή με τις επαναστατικές εξελίξεις στη σύγχρονη επιστημονική γνώση» («Οι Θεωρητικές Βάσεις», ό.π., 13). Βλ. επίσης *Απόστολος Σ. Γεωργιάδης*, *Γενικές Αρχές του Αστικού Δικαίου* (Αθήνα - Κομοτηνή: Εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1997), 68 («Η χρησιμοποίηση μεθόδων και όρων της οικονομικής επιστήμης μπορεί να συμβάλει στην απαλλαγή του δικαίου από μεταφυσικές προκαταλήψεις και να φωτίσει τα πραγματικά κίνητρα των ανθρώπων κατά τη διαμόρφωση των δικαϊκών ρυθμίσεων»).

έχει προσφέρει η ΟΑΔ από εκείνον του δικαίου των συμβάσεων. Όχι μόνο διότι το δίκαιο των συμβάσεων αποτελεί τη βάση του οικονομικού δικαίου, αλλά και διότι αποτελεί τον κλάδο του δικαίου που θεωρείται από πολλούς ο σημαντικότερος σε όλες τις έννομες τάξεις και ταυτόχρονα τον κλάδο που η οικονομική ανάλυση έχει επεξεργαστεί περισσότερο από κάθε άλλον.

Θα προσπαθήσω να παρουσιάσω με συντομία²¹ τον τρόπο με τον οποίο αντιμετωπίζει η οικονομική ανάλυση το δίκαιο των συμβάσεων. Καταρχήν, θα επικεντρώσω την προσοχή μου σε δύο παραδείγματα όπου η συνεισφορά της ΟΑΔ κρίνεται σημαντική και έχει επηρεάσει καταλυτικά τουλάχιστον το αμερικανικό αστικό δίκαιο. Στη συνέχεια θα προχωρήσω σε μια πιο αναλυτική συζήτηση των συγκεκριμένων τρόπων με τους οποίους μπορεί η ΟΑΔ να συνεισφέρει στον εξορθολογισμό του ελληνικού αστικού δικαίου²², χρησιμοποιώντας ως παράδειγμα την ερμηνεία του άρθρου 409 ΑΚ.

Σε μια σύμβαση, δύο άτομα ανταλλάσσουν υποσχέσεις οι οποίες ουσιαστικά περιορίζουν τις μελλοντικές τους ενέργειες. Το κάνουν αυτό, διότι αναμένουν από το άλλο μέρος να πράξει το ίδιο. Το κόστος του περιορισμού των μελλοντικών ενεργειών τους είναι μικρότερο από το όφελος που αναμένουν από τις μελλοντικές ενέργειες του αντισυμβαλλομένου τους. Βασική υπόθεση της οικονομικής ανάλυσης είναι πως καταρχήν τα άτομα δρουν ορθολογικά, αναζητούν τον αποτελεσματικότερο τρόπο για να ικανοποιήσουν τις προτιμήσεις τους και οι ενέργειές τους έχουν σαν κύριο γνώμονα την αύξηση της ευημερίας τους. Θεωρείται λοιπόν δεδομένο πως τα άτομα γνωρίζουν καλύτερα από τον καθένα ποιο είναι το συμφέρον τους²³.

21. Για μια αναλυτικότερη παρουσίαση της συνεισφοράς της ΟΑΔ στο δίκαιο των συμβάσεων, βλ. *Aristides Hatzis*, «The Economics of Contract Law» στο *Economic Analysis of Law: A European Perspective* (ό.π.).

22. Για περισσότερα παραδείγματα, αλλά και για μια γενική οικονομική θεωρία του ελληνικού δικαίου των συμβάσεων, βλ. *Aristides N. Hatzis*, *An Economic Theory of Greek Contract Law* (Chicago: University of Chicago Law School, Doctoral Thesis, 1999).

23. Για το ζήτημα αυτό, βλ. ιδίως το περίφημο απόσπασμα του *Richard Posner* (*Economic Analysis of Law*, ό.π., 96): «The people who make a transaction – thus putting their money where their mouths are – ordinarily are more trustworthy judges of their self-interest than a judge, who has neither a personal stake in nor first-hand acquaintance with the venture on which the parties embarked when they signed the contract». Το απόσπασμα αυτό διατυπώθηκε για πρώτη φορά το 1973 (στην 1η έκδοση του βιβλίου του Posner). Την ίδια ακριβώς εποχή ο Ανδρέας Γαζής έγραφε: «Αρμοδιώτερος κριτής του τι τον ωφελεί και του τι τον συμφέρει, υπό την καλήν του όρου έννοιαν, είναι ο άνθρωπος. Η ελευθερία δε όπως ικανοποιήσει τας επιδιώξεις του δια της ίδιας του πρωτοβουλίας αποτελεί ισχυρότατον κίνητρον πάσης φύσεως δραστηριότητος». Βλ. *Ανδρέας Α. Γαζής*, *Γενικά Αρχαία του Αστικού Δικαίου. Τεύχος Β' Αι Δικαιοπραξίαι*. (Αθήνα, 1973), 84. Βλ. επίσης *Ιωάννης Σ. Σπυριδάκης*, *Γενικές Αρχές*, τ. Β' (Αθήνα - Κομοτηνή: Εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλας, 1987), 436 («Το πρόσωπο, σταθμίζοντας ελεύθερα τις περιστάσεις, επιλέγει την έννομη σχέση, αποκτά τα δικαιώματα και αναδέχεται τις υποχρεώσεις που απορρέουν από αυτή, γιατί έτσι προάγει τα συμφέροντά του, για τα οποία αυτό είναι φύσει αρμοδιότερο

Στο παράδειγμα της σύμβασης, η οικονομική ανάλυση υποθέτει αρχικά ότι τα μέρη μπορούν να ρυθμίσουν αποτελεσματικά τη συμβατική σχέση τους και να επιλύσουν όλα τα πιθανά προβλήματα που η εξέλιξη της μπορεί να επιφέρει. Αυτό πρακτικά σημαίνει πως και τα δύο μέρη θα καλυτερεύσουν τη θέση τους μετά την εκπλήρωση της σύμβασης. Η βελτίωση της θέσης των μερών οφείλεται στο πλεόνασμα (*surplus*) που δημιουργείται από την άριστη κατανομή των πόρων (*efficient allocation of resources*). Το πλεόνασμα αυτό μοιράζονται τα δύο μέρη, όχι βέβαια πάντα ισομερώς. Επομένως, ο ρόλος του δικαίου των συμβάσεων είναι καταρχήν η εφαρμογή των υποσχέσεων των μερών, με σκοπό να ενθαρρύνει και να διευκολύνει τις οικονομικές συναλλαγές που οδηγούν σε αύξηση της ευημερίας (ελευθερία των συμβάσεων)²⁴.

Όμως το γεγονός πως τα μέρη λαμβάνουν τα ίδια αποφάσεις για τον συμφέρον τους δεν σημαίνει ότι αυτές είναι πάντοτε οι σωστότερες. Οι συμβαλλόμενοι ενδέχεται να κάνουν λάθη λόγω της ελλιπούς πληροφόρησης και της αβεβαιότητάς τους για το μέλλον²⁵. Τα προβλήματα που μπορούν να προκύψουν οφείλονται ουσιαστικά στο πρόβλημα της χρονικής διάστασης της σύμβασης. Από την υπόσχεση μέχρι την εκτέλεσή της, μεσολαβεί ένα χρονικό διάστημα που μπορεί να ανατρέψει τις προϋποθέσεις βάσει των οποίων τα μέρη συμβλήθηκαν. Τα μέρη δεν έχουν ούτε τέλεια πληροφόρηση για να προβλέψουν κάθε δυνατή εξέλιξη και κάθε τυχαίο γεγονός, ούτε απεριόριστο χρόνο και χρήμα για να ρυθμίσουν εκ των προτέρων κάθε δυνατή περίπτωση.

Ένα άλλο πρόβλημα που συνήθως παρουσιάζεται είναι η ομορτυνιστική συμπεριφορά του ενός συμβαλλομένου. Μια συμβατική σχέση που ξεκινά μεταξύ μερών με ισομερή διαπραγματευτική δύναμη μπορεί να καταλήξει (ιδίως μετά την εκτέλεση της σύμβασης από το ένα μέρος) σε μια ιδιαίτερα ανισομερή σχέση, όπου το ένα μέρος εξαρτάται κυριολεκτικά από την καλή θέληση του άλλου, ιδίως στην περίπτωση που το πρώτο έχει επενδύσει στην εκτέλεση της σύμβασης και κινδυνεύει να υποστεί μεγάλες απώλειες από τη μη ή την πλημμελή εκπλήρωσή της²⁶.

Ο ρόλος του δικαίου των συμβάσεων είναι να προσφέρει στα μέρη εκείνους τους κανόνες οι οποίοι θα τα βοηθήσουν, όσο αυτό είναι δυνατό, να αντιμετωπίσουν τα παραπάνω προβλήματα. Το δίκαιο των συμβάσεων υποστηρίζει και ταυτόχρονα ρυθμίζει την ανταλλαγή υποσχέσεων, δηλαδή την πραγματοποίηση των επιθυμιών των μερών. Ας δούμε όμως τα προβλήματα αυτά ως κατεξοχήν οικονομικά

να κρίνει [...] Έτσι η δικαιοπρακτική ελευθερία αποτελεί μηχανισμό κατανομής των αγαθών, κίνητρο παραγωγής αγαθών και μέσο αναπτύξεως της προσωπικότητας»).

24. Βλ. ιδίως *Γέμτος*, Οικονομία και Δίκαιο (ό.π.), 109-119.

25. Βλ. σχετικά *Melvin A. Eisenberg*, «The Limits of Cognition and the Limits of Contract», 47 *Stanford Law Review* 211 (1995).

26. Βλ. καταρχήν το κλασικό άρθρο των *Lon L. Fuller & William R. Perdue, Jr.*, «The Reliance Interest in Contract Damages» [1ο μέρος: 46 *Yale Law Journal* 52 (1936), 2ο μέρος: 46 *Yale Law Journal* 373 (1937)]. Για την οικονομική προσέγγιση στο θέμα, βλ. *Richard B. Craswell*, «Offer, Acceptance, and Efficient Reliance», 48 *Stanford Law Review* 481 (1996).

προβλήματα²⁷. Άλλωστε, η σύμβαση αποτελεί τη θεμέλια λίθο της οικονομίας της αγοράς²⁸.

Στον τέλειο κόσμο του τέλειου ανταγωνισμού, μια σύμβαση είναι επίσης *a priori* τέλεια. Θεωρούμε τέλεια σύμβαση (*perfect contract*) εκείνη που, αν εφαρμοσθεί, θα ικανοποιήσει πλήρως τους σκοπούς των δύο μερών. Οι οικονομολόγοι ονομάζουν μια παρόμοια σύμβαση «άριστη κατά Pareto» (*Pareto optimal*), διότι δεν είναι δυνατή καμία τροποποίησή της που να ωφελεί ταυτόχρονα και τα δύο μέρη²⁹. Η τέλεια σύμβαση προβλέπει και ρυθμίζει τα πάντα, ενώ η πληροφόρηση κατά την κατάρτισή της είναι άριστη. Ακόμα και το δίκαιο των συμβάσεων θα ήταν περιττό σε συνθήκες τέλειου ανταγωνισμού, διότι οι συμβάσεις θα ήταν αυτο-εφαρμοζόμενες³⁰. Κάθε δικαστική παρέμβαση στη σύμβαση θα ήταν, στην περίπτωση αυτή, αναποτελεσματική.

Όμως είναι γνωστό πως οι πραγματικές αγορές αποτελούν ατελείς αντανακλάσεις της τέλειας αγοράς των οικονομικών μοντέλων. Έτσι και οι πραγματικές συμβάσεις είναι αναγκαστικά ατελείς. Πέραν του προβλήματος της πληροφόρησης, η βασική αιτία της ατέλειάς τους είναι το γεγονός πως για να καταρτισθεί, όπως είπαμε, μια τέλεια σύμβαση, τα μέρη θα πρέπει να σπαταλήσουν πολύ χρόνο και χρήμα, να έχουν δηλαδή μεγάλο «κόστος συναλλαγών» (*transaction costs*).

27. Το μοντέλο που παρουσιάζεται εδώ βασίζεται στο αντίστοιχο μοντέλο για το αμερικάνικο δίκαιο των *Robert Cooter & Thomas Ulen*, *Law and Economics* (Reading, MA: Addison - Wesley, 3rd ed., 2000), 205-212, όπως αυτό προσαρμόστηκε στο *Hatzis*, *An Economic Theory of Greek Contract Law* (ό.π.), 113-127.

28. Βλ. χαρακτηριστικά *Daniel T. Ostas & Burt A. Leete*, «Economic Analysis of Law as a Guide to Post - Communist Legal Reforms: The Case of Hungarian Contract Law», *32 American Business Law Journal* 355 (1995).

29. Η έννοια της αποτελεσματικότητας κατά Pareto αποτελεί τη σημαντικότερη ίσως έννοια των οικονομικών της ευημερίας. Σύμφωνα με τον *Vilfredo Pareto* (*Manual d' Economie Politique*, 1909), μια κατανομή βελτιώνει το status quo (την υπάρχουσα κατάσταση) αν βελτιώνει την κατάσταση ενός τουλάχιστον ανθρώπου, χωρίς να χειροτερεύει την κατάσταση κανενός άλλου. Μια τέτοια αλλαγή (που τουλάχιστον ένας επιθυμεί και στην οποία κανείς δεν αντιτίθεται) ονομάζεται Pareto superior (ανώτερη κατά Pareto). Αν όλες οι πιθανές αλλαγές που είναι Pareto superior λάβουν χώρα και οδηγηθούμε σ' ένα σημείο που καμία αλλαγή δεν είναι δυνατή χωρίς να ζημιωθεί κάποιος, τότε έχουμε φθάσει στον σημείο Pareto optimum (άριστο σημείο κατά Pareto) που ονομάζεται επίσης «αποτελεσματικό σημείο κατά Pareto» (*Pareto efficient*). Η ανάλυση του Pareto έχει δεχθεί δύο σημαντικές κριτικές: (α) ουσιαστικά νομιμοποιεί την υπάρχουσα (άνιση) κατανομή των πόρων και θεωρεί αποτελεσματικό και optimum ό,τι δεν τη διαταράσσει αλλά τη δικαιώνει και (β) είναι ανεδαφική η προϋπόθεση της ομοφωνίας που ουσιαστικά απαιτεί το κριτήριο Pareto superior. Απάντηση και στα δύο αυτά προβλήματα επιχειρεί να δώσει το κριτήριο Kaldor - Hicks: Μια πολιτική είναι αποτελεσματική όταν αυτοί που κερδίζουν από αυτήν θα μπορούσαν να αποζημιώσουν όσους ζημιώνονται από αυτήν, χωρίς όμως αυτό να είναι απαραίτητο. Στο κριτήριο Kaldor - Hicks και στην παρεπόμενη του ανάλυση κόστους - οφέλους (*cost-benefit analysis*) στηρίζεται η οικονομική και κοινωνική πολιτική όλων των κυβερνήσεων διεθνώς.

30. Βλ. *Benjamin Klein*, «Self-Enforcing Contracts», *141 Journal of Institutional & Theoretical Economics* 594 (1985).

Βέβαια, όσο περισσότερο αναπτυγμένη και ανταγωνιστική είναι μια αγορά, όσο τελειότερος είναι δηλαδή ο ανταγωνισμός, τόσο πιθανότερο είναι πολλές από τις συμβάσεις να προσεγγίζουν την τελειότητα (δηλ. να ικανοποιούν με τον καλύτερο τρόπο τις επιθυμίες των μερών). Κατεξοχήν ένδειξη πως η αγορά λειτουργεί αρκετά καλά και οι συμβάσεις προσεγγίζουν την τελειότητα αποτελεί η ομαλή εκπλήρωση της μεγάλης πλειοψηφίας τους και η μη προσφυγή των μερών στα δικαστήρια.

Ωστόσο, ένα μέρος των συμβάσεων θα είναι πάντοτε προβληματικό και θα καταλήξει οπωσδήποτε στα δικαστήρια, προφανώς διότι οι συμβάσεις αυτές είναι ατελείς. Η ατέλειά τους αυτή συνδέεται με την παράλληλη αποτυχία της αγοράς. Έτσι, το δίκαιο των συμβάσεων θα πρέπει ουσιαστικά να αντιμετωπίσει όχι απλά την ατέλεια μιας τυχαίας σύμβασης, αλλά την ατέλεια της αγοράς που αυτή υποκρύπτει. Θα πρέπει λοιπόν, χρησιμοποιώντας την οικονομική θεωρία των ατελειών ή αποτυχιών της αγοράς³¹, να ερμηνεύσει και να αναδομήσει τη σύμβαση έχοντας σαν πρότυπο την τέλεια σύμβαση, εκείνη δηλαδή που τα μέρη θα είχαν καταρτίσει αν δεν υπήρχαν ατέλειες της αγοράς.

Πιο αναλυτικά, οι έξι (6) προϋποθέσεις κατάρτισης και εκτέλεσης της τέλειας σύμβασης είναι οι εξής:

(α) *Ατομική ορθολογικότητα*. Τα μέρη πρέπει να έχουν σταθερές προτιμήσεις και η συμπεριφορά τους να είναι ορθολογική. Θα πρέπει δηλαδή να έχουν την πνευματική δυνατότητα να επιδιώξουν το καλύτερο δυνατό αποτέλεσμα με βάση τις προτιμήσεις τους.

(β) *Ελευθερία επιλογής*. Οι συμβαλλόμενοι θα πρέπει να περιορίζονται μόνο από την ανεπάρκεια των πόρων (εισοδήματος, χρόνου, ενέργειας, τεχνολογίας, κ.λπ.) και όχι από εξωτερικούς παράγοντες που μπορούν να διαστρεβλώσουν τις επιλογές τους και να τους υποχρεώσουν να συναινέσουν σε μια σύμβαση που δεν τους συμφέρει.

(γ) *Απουσία εξόδων συναλλαγών*. Το κόστος της κατάρτισης της σύμβασης θα πρέπει να είναι όσο το δυνατόν μικρότερο για τα μέρη. Αν υπάρχει υψηλό κόστος συναλλαγών, τα μέρη δεν θα καταλήξουν σε αμοιβαία επωφελείς συμφωνίες.

(δ) *Απουσία εξωτερικότητας*. Η σύμβαση δεν θα πρέπει να έχει αρνητικές συνέπειες σε τρίτα πρόσωπα. Το κόστος της σύμβασης θα πρέπει να το αναλάβουν τα δύο μέρη και μόνο αυτά.

(ε) *Τέλεια πληροφόρηση*. Τα μέρη θα πρέπει να κατέχουν τέλεια πληροφόρηση για το αντικείμενο της σύμβασης, αλλά και για τις συνέπειες της επιλογής τους. Η πληροφόρηση δεν θα πρέπει να είναι ασύμμετρη.

(στ) *Τέλεια ανταγωνισμός*. Θα πρέπει να υπάρχει ικανός αριθμός υπονήφιων αντισυμβαλλομένων (αγοραστών ή πωλητών), να μην υπάρχει δηλαδή κατάσταση μονοπωλίου, μονοψωνίου ή ολιγοπωλίου. Στην περίπτωση που το ένα μέρος έχει

31. Βλ. ενδεικτικά *Robert S. Pindyck & Daniel L. Rubinfeld*, *Microeconomics* (Englewood Cliffs, NJ: Prentice - Hall, 1995), 588-590.

μεγάλη ισχύ στην αγορά, δεν θα πρέπει να τη χρησιμοποιεί προσοδοθηρικά, δηλαδή αποσπώντας μεγαλύτερο μέρος του πλεονάσματος της σύμβασης από αυτό που θα αποσπούσε σε συνθήκες τέλειου ανταγωνισμού.

Αν ισχύουν όλα τα παραπάνω σε μεγάλο βαθμό, τότε η σύμβαση θα πρέπει να εφαρμοσθεί ως έχει. Αν όχι, τότε η σύμβαση είναι ατελής και υπάρχει μεγάλη πιθανότητα τα μέρη να καταλήξουν στο δικαστήριο. Το δίκαιο των συμβάσεων θα πρέπει τότε να διορθώσει τις ατέλειες της αγοράς με τους κατάλληλους κανόνες.

Μπορεί όμως να κάνει κάτι τέτοιο; Όχι μόνο μπορεί, αλλά αυτό ακριβώς κάνει και μάλιστα ιδιαίτερα επιτυχημένα. Ο πίνακας που ακολουθεί είναι χαρακτηριστικός:

Ατέλεια αγοράς/σύμβασης	Κανόνες δικαίου (ΑΚ)
1. Ανορθολογισμός (<i>irrationality</i>)	127-136 (ικανότητα για δικαιοπραξία), 179 (κουφότητα, απειρία)
2. Ανελευθερία επιλογής (<i>coercion</i>)	150-153 (απειλή), 179 (ανάγκη), 335-338, 362-364, 380-382 (αδυναμία παροχής), 173, 200, 281, 288 (καλή πίστη). Επίσης 296, 332, 334§2, 371-372, 679, 837. Νόμος 3043/2002.
3. Έξοδα συναλλαγών (<i>transaction costs</i>)	Όλα τα άρθρα του ΑΚ, κυρίως οι κανόνες ενδοτικού δικαίου και οι κανόνες για την καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη. 904 (οιονεί συμβάσεις)
4. Εξωτερικότητες (<i>externalities</i>)	Δίκαιο αδικοπραξιών
5. Ατελής ή ασύμμετρη πληροφόρηση (<i>imperfect or asymmetric information</i>)	147-149 (απάτη), 388 (απρόοπτη μεταβολή των συνθηκών), 140-145 (πλάνη), 197-198 (ευθύνη από τις διαπραγματεύσεις), 519, 535-537, Ν. 3043/2002 (υποχρεώσεις πωλητή), 338, 362-364, 380-382 (αδυναμία παροχής), καλή πίστη κ.λπ.
6. Ατελής ανταγωνισμός (Monopoly, Monopsony, Oligopoly)	Δίκαιο Προστασίας του Ανταγωνισμού, Δίκαιο Προστασίας του Καταναλωτή 1012 = <i>Αν ακίνητο στερείται την αναγκαία δίοδο προς το δρόμο, έχει δικαίωμα ο κύριός του να απαιτήσει δίοδο από τους γείτονες έναντι ανάλογης αποζημίωσης</i> 1028 (πηγάδι)

Από τα παραπάνω προκύπτει εύλογα η διαπίστωση ότι η οικονομική ανάλυση πράγματι παρέχει ένα επιστημονικό πλαίσιο βασισμένο στην οικονομική επιστήμη για να κατανοήσουμε καλύτερα τον οικονομικό ρόλο των κανόνων δικαίου. Είναι χρήσιμη συστηματικά και ίσως και παιδαγωγικά, καθώς με τη βοήθειά της διευκολύνεται η κατανόηση της λειτουργίας και της λογικής του ιδιαίτερα επιτυχημένου εννοιοκρατικού συστήματος. Όμως εδώ εξαντλείται η προσφορά της ΟΑΔ; Άραγε η ΟΑΔ θα μπορούσε να βοηθήσει στην επίλυση ερμηνευτικών ή πρακτικών προβλημάτων που προκύπτουν από την εφαρμογή διατάξεων του Αστικού Δικαίου; Πιστεύουμε πως η απάντηση στο ερώτημα αυτό είναι καταφατική. Θα επιχειρήσουμε να καταδείξουμε τη χρησιμότητα της ΟΑΔ εξετάζοντας με συντομία δύο παραδείγματα σημαντικών συνεισφορών της στο δίκαιο των συμβάσεων. Στη συνέχεια, θα χρησιμοποιήσουμε τα εργαλεία της ΟΑΔ στην ερμηνεία του ελληνικού δικαίου των συμβάσεων και ειδικότερα στην ερμηνεία του άρθρου 409 ΑΚ.

Το πρώτο παράδειγμα αφορά στη λεγόμενη «αποτελεσματική αθέτηση της σύμβασης»: τι θα πρέπει να συμβεί αν αυτός που υποσχέθηκε κάτι μετανιώσει, είτε γιατί διαπιστώσει πως δεν τον συμφέρει πλέον να εκπληρώσει την παροχή, είτε διότι κάποιος άλλος του προσφέρει περισσότερο ως αντάλλαγμα; Είναι άραγε η υπόσχεση ιερή, πρέπει δηλαδή πάση θυσία να εκπληρώνεται, ακόμα κι αν η εκπλήρωσή της μπορεί να καταστρέψει κάποιον οικονομικά ή έστω να του στερήσει μια καλύτερη ευκαιρία;

Ο μεγάλος Αμερικανός ανώτατος δικαστής Oliver Wendell Holmes έγραφε, ήδη από το 1881, πως η μοναδική συνέπεια της κατάρτισης μιας σύμβασης πρέπει να είναι η υποχρέωση του συμβαλλομένου που υπόσχεται να καταβάλει αποζημίωση στον αποδέκτη της υπόσχεσης εφόσον δεν την εκπληρώσει. Σε καμία περίπτωση, τόνιζε ο Holmes, δεν πρέπει το δίκαιο των συμβάσεων να του απαγορεύσει να αθετήσει τη σύμβαση αν αυτός το επιλέξει³².

Περίπου εκατό χρόνια αργότερα, ο Richard Posner αναδιατύπωσε την αρχή του Holmes με οικονομικούς όρους: όταν το ένα από τα δύο συμβαλλόμενα μέρη κρίνει ότι είναι οικονομικά αποτελεσματικό να αθετήσει τη σύμβαση, το δίκαιο θα πρέπει να του επιτρέψει να το κάνει³³. Όμως, τονίζει ο Posner, για να είναι «αποτελεσματική» η αθέτηση της σύμβασης, θα πρέπει ο αντισυμβαλλόμενος του υπαναχωρούντος

32. «The only universal consequence of a legally binding promise is, that the law makes the promisor pay damages if the promised event does not come to pass. In every case it leaves him free from interference until the time for fulfillment has gone by, and therefore free to break his contract if he chooses». *Oliver Wendell Holmes, Jr.*, *The Common Law* (New York: Dover, 1991 [1881]), 301.

33. «In some cases a party is tempted to break his contract simply because his profit from breach would exceed his profit from completion of the contract. If it would also exceed the expected profit to the other party from completion of the contract, and if damages are limited to the loss of that profit, there will be an incentive to commit a breach. But there should be: it is an efficient breach». *Posner*, *Economic Analysis of Law* (ό.π.), 120. Βλ. επίσης *Γέμτος*, *Οικονομία και Δίκαιο* (ό.π.), 140-143.

να αποζημιωθεί πλήρως (συμπεριλαμβανομένου του διαφυγόντος κέρδους – αυτό που οι οικονομολόγοι ονομάζουν «πλεόνασμα του καταναλωτή ή του παραγωγού»). Αυτό σημαίνει πρακτικά ότι ο συμβαλλόμενος που δέχτηκε την υπόσχεση θα πρέπει με την αποζημίωση να βρεθεί στην οικονομική κατάσταση που θα ήταν αν δεν είχε αθετηθεί η σύμβαση.

Ας δούμε ένα απλό παράδειγμα: Ο Α προσφέρει €100 στον Β για το αντικείμενο της σύμβασης. Για τον Α, το αντικείμενο αυτό αξίζει €120. Καταρτίζεται η σύμβαση και ο Α καταβάλλει τα €100. Τα €20 αποτελούν το πλεόνασμα του καταναλωτή (*consumer surplus*) για τον Α. Πριν την παράδοση ο Γ προσφέρει στον Β €130 για το ίδιο αντικείμενο. Αν ο Β αποφασίσει να αθετήσει τη σύμβαση και να παραδώσει στον Γ το αντικείμενο, η αθέτηση θα είναι αποτελεσματική μόνο αν αποζημιώσει τον Α με €120³⁴: Μόνο έτσι ο Α θα βρεθεί στην ίδια θέση που θα βρισκόταν αν είχε εκτελεστεί η σύμβαση, ενώ τόσο ο Β όσο και ο Γ θα είναι κερδισμένοι (*Pareto superior*). Αν όμως ο Β αποζημιώσει τον Γ μόνο με €100 (τιμή αγοράς), η αθέτηση της σύμβασης είναι αναποτελεσματική.

Δεν είναι βέβαια όλα τόσο απλά. Μιλάμε πάντα για υποκειμενικές αξίες που δύσκολα μπορούν να αποδειχθούν σε ένα δικαστήριο. Από την εποχή που διατυπώθηκε από τον Posner η θεωρία της «αποτελεσματικής αθέτησης» της σύμβασης (*efficient breach*), έχει δεχθεί έντονη κριτική³⁵. Στις Η.Π.Α. υπάρχει ακόμα και σήμερα αδικοπραξία που τιμωρεί την παρέμβαση τρίτου στη σύμβαση (*tort of inducement to breach*), αν και έχει περιπέσει μάλλον σε αχρησία και έχει αντικατασταθεί από τις διατάξεις για τον αθέμιτο ανταγωνισμό³⁶. Όμως η θεωρία της αποτελεσματικής αθέτησης της σύμβασης έχει γίνει τελικώς αποδεκτή από την αμερικάνικη νομική θεωρία και πράξη για έναν απλό λόγο: διότι εξασφαλίζει την άριστη κατανομή των πόρων (αυξάνει δηλαδή τον πλούτο) και είναι συμβατή με την ελεύθερη αγορά και τον ανταγωνισμό που αποτελεί την ουσία της³⁷.

34. Τα € 120 αποτελούν την υποκειμενική τιμή (την αξία του αντικειμένου για τον Α) που περιλαμβάνει το πλεόνασμα του καταναλωτή, δηλαδή ουσιαστικά το διαφυγόν κέρδος.

35. Βλ. κυρίως *Daniel Friedmann*, «The Efficient Breach Fallacy», 18 *Journal of Legal Studies* 1 (1989).

36. Βλ. *Aristides N. Hatzis*, «Rights and Obligations of Third Parties», στο *Boudewijn Bouckaert & Gerrit De Geest* (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*. Vol. III: The Regulation of Contracts (Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2000), 200-222.

37. Η ελληνική θεωρία του αστικού δικαίου, βασισμένη στην αρχή της σχετικότητας των ενοχών, εμφανίζεται φιλικότερη στην αποτελεσματική αθέτηση της σύμβασης και απορριπτική της σχετικής αδικοπραξίας. Βλ. κυρίως *Μιχάλης Π. Σταθόπουλος*, *Γενικό Ενοχικό Δίκαιο* (Αθήνα - Κομοτηνή: Εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1998), 62 [«Το ότι μόνο ο οφειλέτης υποχρεούται να σεβασθεί το ενοχικό δικαίωμα σημαίνει και ότι μόνο αυτός μπορεί να το προσβάλλει. Τυχόν “προσβολή” του από τρίτους (που δεν είναι υποχρεωμένοι να το σεβαστούν) δεν είναι παράνομη πράξη και επομένως δεν δικαιολογεί αξίωση αποζημίωσης εναντίον τους (βλ. ΑΚ 914)» - η έμφαση από τον σ.]. Βλ. επίσης *Απόστολος Σ. Γεωργιάδης*, *Ενοχικό Δίκαιο*. Γενικό Μέρος (Αθήνα: Π.Ν. Σάκκουλας, 1999), 620 («Υποχρέωση για αποζημί-

Το δεύτερο παράδειγμα αφορά στην κατανομή του κινδύνου σε περιπτώσεις αδυναμίας παροχής και απρόοπτης μεταβολής των συνθηκών. Σύμφωνα με τους Posner & Rosenfield³⁸, ο δικαστής θα πρέπει καταρχήν να αναζητήσει στη σύμβαση τυχόν σιωπηρή κατανομή του κινδύνου. Έτσι, μια τιμή μεγαλύτερη από εκείνη της αγοράς, σε συνθήκες ελεύθερου ανταγωνισμού, ίσως οφείλεται στη σιωπηρή ανάληψη ορισμένων κινδύνων από τον πωλητή. Σε περίπτωση που τα μέρη δεν έχουν ρητά κατανειμί τον κίνδυνο, ο κανόνας, σύμφωνα με το κριτήριο των Posner και Rosenfield, θα πρέπει να είναι ο εξής³⁹: Αν ο κίνδυνος (*risk*) μπορούσε να προβλεφθεί με κάποια σχετική ακρίβεια, η ευθύνη θα πρέπει να αναληφθεί από εκείνο το μέρος που μπορούσε με κόστος χαμηλότερο του αναμενόμενου να λάβει προληπτικά μέτρα. Αν και οι δύο έχουν κόστος χαμηλότερο του αναμενόμενου, τότε ευθύνεται ο αντισυμβαλλόμενος με το μικρότερο κόστος πρόληψης.

Για παράδειγμα, αν η ζημία θα είναι €1.000 και η πιθανότητα να επέλθει ο κίνδυνος 3%, τότε το αναμενόμενο κόστος της ζημίας θα είναι €30 (3% X €1.000 = €30). Σύμφωνα με το κριτήριο των Posner & Rosenfield, ευθύνεται ο αντισυμβαλλόμενος που μπορεί να λάβει προληπτικά μέτρα με κόστος μικρότερο των €30. Αν και οι δύο αντισυμβαλλόμενοι θα μπορούσαν, τότε ευθύνεται αυτός που έχει μικρότερο κόστος πρόληψης.

Αν και οι δύο έχουν μεγαλύτερο κόστος πρόληψης από το αναμενόμενο κόστος ή επικρατούν συνθήκες αβεβαιότητας (*uncertainty*), τότε ευθύνεται αυτός που θα μπορούσε να ασφαλισθεί ή να αυτασφαλισθεί φθηνότερα. Αυτός είναι συνήθως ο

ωση λόγω συμπεριφοράς αντίθετης στα χρηστά ήθη γεννιέται σε περίπτωση δόλιας παρακίνησης από τρίτον του οφειλέτη»). Αντίθετες απόψεις έχουν διατυπωθεί παλαιότερα από τους Γεώργιο Μιχαηλίδη - Νουάρο και Παναγιώτη Ζέπο και πρόσφατα από τους Ιωάννη Γ. Δεληγιάννη & Παναγιώτη Κ. Κορνηλάκη, Ειδικό Ενοχικό Δίκαιο ΙΙΙ (Θεσσαλονίκη: Εκδ. Σάκκουλα, 1992), 145. Για λεπτομερέστερη ανάλυση του προβλήματος και σχετικές βιβλιογραφικές αναφορές στη συζήτηση που έλαβε χώρα στην Ελλάδα, βλ. Hatzis, *An Economic Theory of Greek Contract Law* (ό.π.), 188-193.

38. Βλ. Richard A. Posner & Andrew M. Rosenfield, «Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis», 6 *Journal of Legal Studies* 83 (1977). Βλ. επίσης Γέμτος, *Οικονομία και Δίκαιο* (ό.π.), 131-135.

39. Η θεωρία των Posner και Rosenfield βασίζεται στην Θεωρία των Αποφάσεων (Decision Theory) και συγκεκριμένα στη θεωρία της απόφασης υπό συνθήκες κινδύνου και αβεβαιότητας (decision under risk and uncertainty). Ως κίνδυνος έχει καθιερωθεί να μεταφράζεται ο όρος *risk*, όπως αυτός χρησιμοποιείται από την οικονομική επιστήμη. Ο κίνδυνος διακρίνεται από την αβεβαιότητα (*uncertainty*) ως εξής: Ο κίνδυνος είναι σε γενικές γραμμές γνωστός και συγκεκριμένος – αποτελεί ουσιαστικά την πιθανότητα ζημίας που μπορεί να επέλθει από μια συγκεκριμένη ενέργεια. Μπορεί να επιμετρηθεί κι επομένως να αποτελέσει αντικείμενο ασφάλισης. Αντίθετα, η αβεβαιότητα καλύπτει καταστάσεις και συμβάντα που δεν μπορούν να προβλεφθούν, άρα ούτε να επιμετρηθούν και να αποτελέσουν αντικείμενο ασφάλισης. Βασίζεται επίσης στον κανόνα του Δικαστή *Learned Hand* για την αμέλεια (*Learned Hand negligence formula*), έτσι όπως διατυπώθηκε στην απόφαση *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F2d 169 (2d Cir. 1947).

αντισυμβαλλόμενος που εμπλέκεται τακτικά σε τέτοιου είδους συναλλαγές, που μπορεί δηλαδή να προβλέψει τον κίνδυνο και το κόστος που θα έχει. Λόγω δε του όγκου συναλλαγών, μπορεί να αυτασφαλισθεί έναντι του κινδύνου πολύ φθηνότερα με το να εσωτερικοποιήσει το αναμενόμενο κόστος, να το συνυπολογίσει δηλαδή στο κόστος της επιχείρησής του.

3. Μια εφαρμογή: Το άρθρο 409 ΑΚ

Όπως γνωρίζουν όσοι έχουν ασχοληθεί με τη συγκριτική μελέτη του δικαίου των συμβάσεων, οι πραγματικές διαφορές του ηπειρωτικού με το αγγλοσαξονικό δίκαιο είναι ελάχιστες, ιδίως αν ληφθεί υπόψη ο τρόπος που εφαρμόζεται και ερμηνεύεται το δίκαιο των συμβάσεων από την πράξη και τη θεωρία αντίστοιχα. Υπάρχουν όμως ακόμα κάποιες διαφορές, ορισμένες μάλιστα από τις οποίες κρίνονται αρκετά σημαντικές. Τίθεται λοιπόν το εξής ενδιαφέρον ερώτημα: εκεί που οι δύο παραδόσεις διαφέρουν, ποια από τις δύο βρίσκεται εγγύτερα στη διδασκαλία της οικονομικής ανάλυσης του δικαίου; Ποιο, δηλαδή, δίκαιο είναι περισσότερο «οικονομικά αποτελεσματικό»;

Σε μια σειρά ερευνών, που ξεκίνησαν κατά τη διάρκεια της διδακτορικής μου διατριβής, κατέληξα σε ένα ενδιαφέρον συμπέρασμα: Στα πέντε σημεία διαφοροποίησης που μελέτησα, το ρωμαιο-γερμανικό δίκαιο έχει υιοθετήσει τους πλέον αποτελεσματικούς, από οικονομική άποψη, θεσμούς. Τα σημεία διαφοροποίησης είναι η κατάρτιση της σύμβασης⁴⁰, οι συμβάσεις υπέρ τρίτου⁴¹, η αδυναμία παροχής⁴² και η αποτελεσματική αθέτηση της σύμβασης⁴³. Όμως η πιο σημαντική διαφοροποίηση υπάρχει στο θέμα της εφαρμογής των ποινικών ρητρών⁴⁴.

Το συμπέρασμα των παραπάνω μελετών διένευσε, μερικά τουλάχιστον, την περίφημη θεωρία του Richard Posner για την εγγενή οικονομική αποτελεσματικότητα της διαδικασίας του Common Law. Σύμφωνα με τον Posner, η ίδια η ιδιότυπη διαδικασία του Common Law οδηγεί σε οικονομικά αποτελεσματικούς κανόνες δικαίου⁴⁵. Στα πλαίσια του συγκεκριμένου άρθρου δεν υπάρχει το περιθώριο να συζητηθεί η εξήγηση που εγώ τουλάχιστον αποδίδω στην ανωτερότητα του ρωμαιο-γερμανικού συστήματος από οικονομική άποψη⁴⁶.

40. Βλ. *Hatzis*, *An Economic Theory of Greek Contract Law* (ό.π.), 134-169.

41. Βλ. *Hatzis*, «Rights and Obligations of Third Parties» (ό.π.), 201-210.

42. Βλ. *Hatzis*, *An Economic Theory of Greek Contract Law* (ό.π.), 194-237.

43. Βλ. *Hatzis*, *An Economic Theory of Greek Contract Law* (ό.π.), 170-193 και *Hatzis*, «Rights and Obligations of Third Parties» (ό.π.), 211-217.

44. Βλ. *Aristides N. Hatzis*, «Having the Cake and Eating It Too: Efficient Penalty Clauses in Common and Civil Contract Law», 22 *International Review of Law & Economics* 381 (2002).

45. *Richard A. Posner*, *Economic Analysis of Law* (ό.π.), 249-256. Βλ. επίσης *Paul H. Rubin*, «Why Is the Common Law Efficient?», 6 *Journal of Legal Studies* 51 (1977).

46. Βλ. όμως αναλυτικά *Aristides N. Hatzis*, «The Anti-Theoretical Nature of Civil Law Contract Scholarship and the Need for an Economic Theory», 2 *Commentaries in Law & Economics* 1-64 (2002).

Όπως αναφέρθηκε παραπάνω, χαρακτηριστικό σημείο διαφοροποίησης μεταξύ του ηπειρωτικού και του αγγλοσαξονικού δικαίου αποτελεί το πρόβλημα της εφαρμογής των ποινικών ρητρών. Οι δικαστές του αγγλοσαξονικού δικαίου διστάζουν ιδιαίτερα να εφαρμόσουν συμβατικές ρήτρες όπου τα μέρη ορίζουν το ποσό της αποζημίωσης σε περίπτωση αθέτησης ή πλημμελούς εκπλήρωσης της σύμβασης. Αυτό συμβαίνει διότι στο αγγλοσαξονικό δίκαιο οι ποινικές ρήτρες δεν εφαρμόζονται. Ονομάζεται μάλιστα «ποινική ρήτρα» το μέρος εκείνο της συμβατικά καθορισμένης αποζημίωσης το οποίο υπερβαίνει την πραγματική ζημία. Βέβαια, υπάρχουν κάποιες διαφοροποιήσεις στο αγγλοσαξονικό δίκαιο και τουλάχιστον τα τελευταία χρόνια επικρατεί μια φιλικότερη προσέγγιση στις ποινικές ρήτρες⁴⁷.

Η μη εφαρμογή των ποινικών ρητρών προκάλεσε αρκετά νωρίς την κριτική της ΟΑΔ⁴⁸. Οι ποινικές ρήτρες περιλαμβάνονται στις συμβάσεις προφανώς διότι εξυπηρετούν κάποιον ή κάποιους οικονομικούς σκοπούς. Τα συμβαλλόμενα μέρη, γνωρίζοντας καλύτερα την πιθανή ζημία, μπορούν να ορίσουν αποζημίωση που θα προσεγγίζει καλύτερα την πλήρη αποζημίωση. Ακόμη και αν η συμβατικά καθορισμένη αποζημίωση μοιάζει να είναι μικρότερη ή μεγαλύτερη της πλήρους αποζημίωσης, αυτό μάλλον αποτελεί ένδειξη ότι τα μέρη έχουν αποφασίσει να μοιραστούν τον κίνδυνο (στην περίπτωση της μειωμένης αποζημίωσης) ή ότι η σύμβαση περιλαμβάνει ασφάλιστρο (στην περίπτωση της αυξημένης αποζημίωσης). Τι σημαίνει αυτό;

Όταν το ένα από τα δύο μέρη απεχθάνεται τον κίνδυνο (*risk-averse*) ή αξιολογεί υποκειμενικά την εκτέλεση ή το αντικείμενο της σύμβασης πολύ περισσότερο από την τιμή της αγοράς, τότε είναι προς το συμφέρον του να ζητήσει μια πρόσθετη ασφάλεια με τη μορφή ποινικής ρήτρας. Στην περίπτωση αυτή, είναι διατεθειμένο να πληρώσει το ασφάλιστρο (*premium*) με τη μορφή της αυξημένης τιμής σε σχέση με την τιμή της αγοράς. Μάλιστα, ο οφειλέτης αποτελεί τον ιδανικό ασφαλιστή στη συγκεκριμένη περίπτωση, καθώς ελέγχει – ίσως και απόλυτα – τον τρόπο εκτέλεσης της σύμβασης και με μικρό κόστος μπορεί να επιδείξει κάποια μεγαλύτερη προσοχή και φροντίδα. Αν ο δανειστής επιχειρούσε να ασφαλισθεί εξωτερικά (όχι δηλαδή στα πλαίσια της σύμβασης) θα είχε πολύ μεγαλύτερο κόστος συναλλαγών, θα αντιμετώπιζε προβλήματα στην αξιολόγηση των ζημιών που δεν είναι χρηματικές και κατά πάσα πιθανότητα θα πλήρωνε μεγάλο ασφάλιστρο αν υπήρχε σημαντική διαφοροποίηση μεταξύ αγοραίας και υποκειμενικής αξιολόγησης. Εφόσον λοιπόν ο δανειστής έχει ήδη «πληρώσει» για την πρόσθετη ασφάλιση, η μη εφαρμογή της σύμβασης οδηγεί σε ελλιπή αποζημίωση, ανατρέποντας την ισορροπία που τα συμβαλλόμενα μέρη έχουν δημιουργήσει.

47. Βλ. *Hatzis*, «Having the Cake and Eating It Too» (ό.π.), 384-389 για μια αναλυτική συγκριτική παρουσίαση.

48. Βλ. ιδίως *Charles J. Goetz & Robert E. Scott*, «Liquidated Damages, Penalties, and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach», 77 *Columbia Law Review* 554 (1977).

Όμως η ποινική ρήτρα εξυπηρετεί και άλλους οικονομικούς σκοπούς:

- Επιτρέποντας τη συμβατική κατανομή του κινδύνου, μειώνει την αβεβαιότητα, καθώς τα μέρη μπορούν να προγραμματίσουν καλύτερα τις οικονομικές δραστηριότητές τους και ιδιαίτερα τις επενδύσεις τους, οι οποίες εξαρτώνται από την εν προκειμένω συμβατική σχέση, γνωρίζοντας εκ των προτέρων με ακρίβεια το ποσό της αποζημίωσης.

- Αποθαρρύνει τον ομορτισμό του οφειλέτη, που μπορεί να οδηγήσει σε αναποτελεσματική αναδιαπραγμάτευση της σύμβασης⁴⁹. Ενθαρρύνει έτσι την επένδυση του δανειστή, ο οποίος μπορεί πλέον να βασίζεται στη συμβατική σχέση χωρίς να φοβάται ότι δεν θα αποζημιωθεί πλήρως για την επένδυσή του σε περίπτωση μη εκπλήρωσης της σύμβασης.

- Επιλύει το «παράδοξο της αποζημίωσης» (*compensation paradox*), δηλαδή την αδυναμία δημιουργίας ταυτόχρονα κινήτρων αποτελεσματικής αθέτησης και αποτελεσματικής επένδυσης από την εκ του νόμου αποζημίωση. Η συμβατικά καθορισμένη αποζημίωση οδηγεί στην αριστοποίηση αθέτησης και επένδυσης⁵⁰.

- Μειώνει τα δικαστικά έξοδα. Με δεδομένη την αποζημίωση, τα μέρη έχουν μειωμένα κίνητρα να προσφύγουν στα δικαστήρια. Επίσης, το δικαστήριο δεν υποχρεούται να υπολογίσει τη ζημία, με κίνδυνο μάλιστα να κάνει λάθος (έναν κίνδυνο πολύ πιθανό σε περίπτωση υποκειμενικών αξιολογήσεων και επιμέτρησης του διαφυγόντος κέρδους). Μειώνεται επίσης το κόστος νομικού σφάλματος⁵¹.

- Απλοποιεί την αποτελεσματική αθέτηση της σύμβασης. Ο οφειλέτης γνωρίζει ακριβώς το ποσό της αποζημίωσης και μπορεί να αποφασίσει αν τον συμφέρει να εκτελέσει τη σύμβαση ή να την αθετήσει. Αποθαρρύνει αντίθετα την αναποτελεσματική αθέτηση της σύμβασης, η οποία είναι συχνότατη, δεδομένης της αδυναμίας των δικαστηρίων να αποζημιώσουν πλήρως σε περιπτώσεις που η ζημία μπορεί δύσκολα να επιμετρηθεί⁵².

- Ενισχύει τους νέους επαγγελματίες που αποφασίζουν να μπουν σε μια αγορά και θέλουν να αποδείξουν την αξιοπιστία τους και τις ικανότητές τους. Το ίδιο ισχύει και για τους μικρούς επαγγελματίες που προσπαθούν να συναγωνιστούν μεγάλες και καθιερωμένες στην αγορά επιχειρήσεις. Σε μια ανταγωνιστική αγορά, οι μικροί

49. Για το πρόβλημα του ομορτισμού στις συμβάσεις, βλ. ιδίως *Timothy J. Muris*, «Opportunistic Behavior and the Law of Contracts», 65 *Minnesota Law Review* 521 (1981).

50. Πρόκειται για ένα από τα σημαντικότερα θεωρητικά (και πρακτικά) προβλήματα που εντόπισε για πρώτη φορά η ΟΑΔ. Βλ. ιδίως *Steven Shavell*, «Damage Measures for Breach of Contract», 11 *Bell Journal of Economics* 466 (1980). Βλ. επίσης *Robert Cooter*, «Unity in Tort, Contract, and Property: The Model of Precaution», 73 *California Law Review* 1 (1985) για μια προσπάθεια συνολικής αντιμετώπισης του προβλήματος.

51. Για όλα αυτά τα προβλήματα, βλ. *Eric A. Posner*, «A Theory of Contract Law under Conditions of Radical Judicial Error», 94 *Northwestern University Law Review* 749 (2000).

52. Βλ. *Hatzis*, *An Economic Theory of Greek Contract Law* (ό.π.), 184-188.

ή οι νέοι επιχειρηματίες πολύ δύσκολα θα μπορέσουν να προσφέρουν καλύτερη τιμή από εκείνη που προσφέρει μια μεγάλη επιχείρηση. Προσφέροντας όμως ποινικές ρήτρες ως είδος ασφάλισης, μπορούν να πείσουν όσους αμφιβάλλουν για την αξιοπιστία τους και τη δυνατότητά τους να εκπληρώσουν τη σύμβαση. Ο αντισυμβαλλόμενος αποφασίζει να συνεργαστεί μαζί τους, διότι ουσιαστικά του προσφέρουν κάτι παραπάνω. Αλλιώς, για ποιο λόγο να προτιμήσει ένα νέο και άπειρο επαγγελματία ή μια μικρή επιχείρηση για μια εργασία που η τιμή της στην αγορά είναι ενιαία;

Βέβαια, οι ποινικές ρήτρες μπορούν να δημιουργήσουν και μια σειρά προβλημάτων που έχουν επίσης επισημανθεί από τους οικονομολόγους⁵³:

Καταρχήν, υπάρχει ο κίνδυνος να καταστεί απαγορευτική η αποτελεσματική αθέτηση μιας σύμβασης. Ας φανταστούμε μια περίπτωση όπου η ποινική ρήτρα είναι τόσο υψηλή που να αποτρέπει την αποτελεσματική αθέτηση της σύμβασης, η οποία θα ήταν εφικτή σε περίπτωση που το δικαστήριο απλώς αποζημίωνε πλήρως τον δανειστή. Άρα λοιπόν, ισχυρίζονται κάποιοι, δεν θα πρέπει να εφαρμόζεται η ποινική ρήτρα, διότι λειτουργεί *in terrorem*: υποχρεώνει τον οφειλέτη να δράσει αναποτελεσματικά καθώς τον εξαναγκάζει να εφαρμόσει τη σύμβαση ακόμα και όταν το κόστος εφαρμογής της είναι μεγαλύτερο από το όφελος για τον δανειστή και τον οφειλέτη! Σύμφωνα με την χαρακτηριστική έκφραση του Thomas Miceli⁵⁴, οι ποινικές ρήτρες αναγκάζουν τα μέρη να υπερ-δεσμεύονται από τη σύμβαση.

Όμως η κριτική αυτή δεν ευσταθεί, στο βαθμό που η ποινική ρήτρα αποτελεί το αντίτιμο για μια υπηρεσία (όπως η ασφάλιση) και έχει συμπεριληφθεί στη σύμβαση με τη συναίνεση του οφειλέτη επειδή εξυπηρετεί και τα δικά του συμφέροντα. Στην περίπτωση που δεν υπάρχει πραγματική συναίνεση ή ο οφειλέτης έχει εξαναγκαστεί να τη δεχτεί, θα αναφερθούμε παρακάτω.

Ένα ακόμη πρόβλημα που έχει εντοπιστεί είναι εκείνο του «ηθικού κινδύνου» (*moral hazard*)⁵⁵: η υψηλή ποινική ρήτρα δημιουργεί κίνητρα ομοιοπαθητικής συμπεριφοράς. Συμφέρει πλέον περισσότερο στο δανειστή να μην εκτελέσει τη σύμβαση ο οφειλέτης, αλλά να του καταβάλλει τη συμβατικά καθορισμένη αποζημίωση. Αυτό ενδέχεται να τον οδηγήσει σε παρελκυστική συμπεριφορά, την οποία ό-

53. Βλ. αναλυτικά (όπου και οι σχετικές παραπομπές), Gerrit De Geest & Filip Wuyts, «Penalty Clauses and Liquidated Damages», στο Boudewijn Bouckaert & Gerrit De Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*. Vol. III: The Regulation of Contracts (Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2000), 141-161. Για αντίκρουση των επιχειρημάτων αυτών, βλ. Hatzis, «Having the Cake and Eating It Too» (ό.π.), 392-397.

54. Βλ. Thomas J. Miceli, *Economics of the Law: Torts, Contracts, Property, Litigation* (New York: Oxford University Press, 1997).

55. Το λεγόμενο πρόβλημα του «ηθικού κινδύνου» (*moral hazard*) εντοπίστηκε και μελετήθηκε από τα οικονομικά της ασφάλισης: ο ασφαλισμένος δεν έχει κανένα λόγο να είναι προσεκτικός αν δεν αναλάβει κάποιο ποσοστό της πιθανής ζημίας.

μως, τουλάχιστον στο ελληνικό δίκαιο, αποθαρρύνουν τα άρθρα περί υπερημερίας του δανειστή (ιδίως το 351ΑΚ ή το 300ΑΚ).

Διαπιστώνουμε λοιπόν ότι η ποινική ρήτρα παίζει έναν σημαντικότατο οικονομικό ρόλο στη σύμβαση και καταρχήν θα πρέπει να εφαρμόζεται από τα δικαστήρια. Την άποψη αυτή φαίνεται να υιοθετεί και ο ελληνικός Αστικός Κώδικας. Τα άρθρα 404-409 ΑΚ ρυθμίζουν την ποινική ρήτρα με τρόπο που φαίνεται να αναγνωρίζει το σημαντικό οικονομικό της ρόλο. Δεν πρόκειται βέβαια να αναλύσω τη συνολική ρύθμιση των ποινικών ρητρών υπό το πρίσμα της ΟΑΔ. Απλά επισημαίνω την απουσία ειδικής ρύθμισης για τη συμβατικά καθορισμένη αποζημίωση (*liquidated/stipulated damages* στο αγγλοσαξονικό δίκαιο).

Το σημαντικότερο πρόβλημα που παρουσιάζεται για τη θεωρία και ιδίως για την πράξη εντοπίζεται στο άρθρο 409 ΑΚ. Τι σημαίνει «δυσανάλογα μεγάλη», «υπέρμετρη» ποινή; Η ελληνική θεωρία στο σημείο αυτό εμφανίζεται μάλλον αμήχανη. Η αμηχανία αυτή οφείλεται στην ασάφεια σχετικά με το χαρακτήρα της ποινικής ρήτρας, κυρίως ως προς τη σχέση της με τη συμβατικά καθορισμένη αποζημίωση η οποία, όπως προαναφέρθηκε, δεν ρυθμίζεται ξεχωριστά.

Είναι χαρακτηριστικό ότι η ελληνική θεωρία θεωρεί το άρθρο 409 ΑΚ ως περιοριστικό της συμβατικής ελευθερίας. Αυτό οφείλεται στο γεγονός ότι δεν έχει δοθεί ιδιαίτερη σημασία στον οικονομικό σκοπό της ποινικής ρήτρας, η οποία θεωρείται απλώς ένα μέσο ενίσχυσης της θέσης του δανειστή, μια ιδιωτική αστική ποινή. Η θεωρία που αντιμετωπίζει την ποινική ρήτρα ως ένα είδος ποινής βασίζεται, κατά τη γνώμη μου, σε λανθασμένη ερμηνεία της οικονομικής λογικής που υποκρύπτει το δεύτερο εδάφιο του άρθρου 405 ΑΚ.

Έτσι, σύμφωνα με τον Μ. Σταθόπουλο, «Η ποινική ρήτρα έχει, κατά κύριο λόγο, αποστολή να ενισχύσει τη θέση του δανειστή μέσω πίεσης του οφειλέτη [...] Η πράξη δείχνει ότι η ποινική ρήτρα είναι ένα σύνθετο μέσο επιβολής επαχθών όρων στον ασθενέστερο συμβαλλόμενο»⁵⁶. Όμως, η ποινική ρήτρα δεν έχει σαν στόχο την τιμωρία, αλλά αποτελεί ένα εργαλείο που σκοπό έχει κυρίως τον ενοχικό προκαθορισμό της οφειλόμενης αποζημίωσης για την περίπτωση της ανώμαλης εξέλιξης της κύριας ενοχής⁵⁷ – σε πολλές δε περιπτώσεις, μπορεί να τεθεί με πρωτοβου-

56. Βλ. Μ. Σταθόπουλος (ό.π.), 520, 531. Βλ. επίσης Σπυριδούλα - Αγγελική Ε. Λιώση, Η Αξίωση από την Ποινική Ρήτρα και η Σχέση της με τις Αξιώσεις Εκπλήρωσης και Αποζημίωσης (Αθήνα - Κομοτηνή: Εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1993), 3: «Στην ελληνική θεωρία και νομολογία κρατούσα φαίνεται η άποψη ότι η ποινική ρήτρα αποτελεί ιδιωτική αστική ποινή». Βλ. και στην επόμενη σημ. στο τέλος.

57. Βλ. ενδεικτικά Γεώργιος Α. Μπαλής, «Ο Αρραβών και η Ποινική Ρήτρα, ιδίως κατά τον Κώδικα», 10 Αρχείον Ιδιωτικού Δικαίου 1, 6 (1943) «Είναι δυνατόν [...] η ποινή αυτή να αντικαθιστά απλώς την εκπλήρωσιν της συμβάσεως, να εσκοπείτο δηλ. όπως τα μέρη προσδιορίσουν εκ των προτέρων εις το ποσόν αυτής την ζημίαν του δανειστού εν περιπτώσει μη εκπληρώσεως της συμβάσεως, ούτως ώστε να απαλλαγή ούτος της αποδείξεως ζημίας μέχρις αυτού του ποσού. Ούτω εις την περίπτωσιν του άρθρου 406, εάν η απαιτηθείσα ποινή καλύπτει απλώς την αξίαν της μη εκπληρουμένης παροχής, δεν πρό-

λία του οφειλέτη. Εξίσου προβληματική είναι η ερμηνεία του άρθρου 409 ΑΚ. Σύμφωνα με τον Γ. Ταμπάκη⁵⁸:

Η διάταξη [...] παρέχει στον δικαστή αντικειμενικά κριτήρια αξιολογικής σταθμίσσεως, για την ανεύρεση του ορθού μέτρου κατά την άσκηση της δικαιοπλαστικής του εξουσίας. [...] Απαιτείται η ποινή να είναι δυσανάλογα μεγάλη με την έννοια της γεωμετρικής αναλογίας. Δηλαδή να λαμβάνεται υπόψη η όλη ενοχική σχέση και τα ποιοτικά στοιχεία της καθ' όλου ενοχής.

Η Σ. Λιώση⁵⁹ απαριθμεί τις προϋποθέσεις για την εφαρμογή του άρθρου ως εξής:

Σύμφωνα με την κρατούσα γνώμη τα κριτήρια με βάση τα οποία θα κριθεί το δυσανάλογο της ποινής είναι: (α) η έκταση της συμβατικής παράβασης του οφειλέτη, (β) το από αυτήν πληγέν συμφέρον [...], (γ) ο βαθμός του πταίσματος του οφειλέτη, (δ) το όφελος το οποίο ο οφειλέτης πορίζεται από τη μη (προσθήκους) εκπλήρωση της ενοχής, (ε) το μέγεθος της ποινής σε σύγκριση προς την αξία της αντιπαροχής του δανειστή και τέλος (στ) η οικονομική κατάσταση των μερών

Ο Άρειος Πάγος⁶⁰ αντιμετωπίζει το ζήτημα με παρόμοιο τρόπο:

Το δικαστήριο της ουσίας για τη μόρφωση της κρίσεώς του περί του χαρακτήρος της ποινής ως δυσανάλογα μεγάλης, πρέπει να λαμβάνει υπόψη τα σε κάθε περίπτωση συντρέχοντα περιστατικά, ιδίως δε το μέγεθος της ποινής σε σύγκριση προς την αξία της αντιπαροχής του δανειστή, την οικονομική κατάσταση των μερών, τα εκ της αθετήσεως της συμβάσεως πληγέντα συμφέροντα του δανειστή και δη όχι μόνο την περιουσιακή αλλά και την ηθική τυχόν βλάβη αυτού, την έκταση της συμβατικής παραβάσεως του οφειλέτη, τον βαθμό του πταίσματος αυτού και το γεγονός της τυχόν ωφελείας του εκ της μη εκπληρώσεως της παροχής.

Όπως διαπιστώνουμε, δεν υπάρχει καμία αναφορά στον οικονομικό ρόλο της ποινικής ρήτηρας, παρά μόνο στον «ποινικό».

Ας δούμε όμως με ποιον τρόπο μπορεί να συνεισφέρει η ΟΑΔ στην ερμηνεία του άρθρου 409 ΑΚ, δεδομένου του σημαντικότητας οικονομικού ρόλου των ποινικών ρητρών. Καταρχήν, θα πρέπει να προβούμε στον εξής διαχωρισμό ανάμεσα στις ποινικές ρήτηρες⁶¹:

κειται βεβαίως περί ποινής». Πρβλ. όμως Κ. Παναγόπουλο, Punitive Damages («ποινική» αποζημίωση) και ελληνική δημόσια τάξη (ή προς μια επανεξέταση των σκοπών της αστικής ευθύνης) ΚριτΕ 2000 σελ. 229 σημ. 103 με παραπομπές στην κρατούσα άποψη και σελ. 231 στον εκθέτη 111, υπέρ του κυρωτικού χαρακτήρα της ποινικής ρήτηρας.

58. Βλ. Γεώργιος Ταμπάκης, «Αρραβών και Ποινική Ρήτρα» σε Απόστολος Γεωργιάδης & Μιχαήλ Σταθόπουλος, Αστικός Κώδιξ (Κατ' άρθρο Ερμηνεία). II Γενικό Ενοχικό (Αθήνα: Εκδ. οικ. Αφοί Π. Σάκκουλα, 1979), 401-424, 420, 422-423.

59. Βλ. Λιώση (ό.π.), 150-151.

60. Βλ. ΑΠ 948/2002 (Τμήμα Α') (Πρόεδρος: Στέφανος Ματθίας, Εισηγητής: Χρήστος Μπαβέας).

61. Ο διαχωρισμός αυτός προτείνεται στο *Hatzis*, «Having the Cake and Eating It Too» (ό.π.), 397-399.

(α) *Αυθαίρετες ποινικές ρήτρες*. Οι ρήτρες αυτές έχουν σαν σκοπό να υποχρεώσουν τον οφειλέτη να εφαρμόσει τη σύμβαση, θα λέγαμε «εκβιαστικά». Η ποινική ρήτρα σ' αυτές τις περιπτώσεις δεν εξυπηρετεί κανέναν οικονομικό σκοπό και συμπεριλαμβάνεται στη σύμβαση χωρίς τη συναίνεση του οφειλέτη, ο οποίος πιθανόν και να αγνοεί την ύπαρξή της. Τέτοιου είδους ποινικές ρήτρες είναι συνηθέστατες στις καταναλωτικές συμβάσεις, π.χ. στους γενικούς όρους συναλλαγών των τραπεζών και πολλές φορές είναι συγκαλυμμένες (π.χ. ρήτρες ανατοκισμού, ποινή πρώιμης αποπληρωμής, κ.λπ.). Οι αυθαίρετες ποινικές ρήτρες μπορούν να επισημανθούν σχετικά εύκολα από το δικαστή, όχι μόνο διότι εισάγονται αυθαίρετα, χωρίς να εξυπηρετούν οικονομικό σκοπό και χωρίς τη συναίνεση του οφειλέτη, αλλά και διότι δεν υπάρχει η αντίστοιχη αντιπαροχή από την πλευρά του δανειστή. Στις περιπτώσεις αυτές, η ποινική ρήτρα δεν αποτελεί αντικείμενο διαπραγμάτευσης και προστίθεται στη σύμβαση διότι υπάρχει μια αποτυχία της αγοράς, είτε λόγω μονοπωλίου, είτε λόγω κάποιας άλλης ατέλειας, κυρίως λόγω ασύμμετρης πληροφόρησης⁶².

Οι αυθαίρετες ποινικές ρήτρες είναι αναποτελεσματικές και θα πρέπει να μειώνονται στο προσήκον μέτρο, ακόμα και να ακυρώνονται από το δικαστήριο στην περίπτωση που δεν εξυπηρετούν κάποιον οικονομικό συγκεκριμένο σκοπό (ανάμεσα σ' αυτούς που αναφέραμε). Στις περιπτώσεις αυτές, ακόμα και € 1 μπορεί να θεωρηθεί υπέρμετρη ποινή. Πάντοτε όμως θα πρέπει να δίνεται ιδιαίτερη προσοχή στο ενδεχόμενο η ποινική ρήτρα να εξυπηρετεί κάποιον οικονομικό σκοπό που ίσως δεν είναι εκ πρώτης όψεως ορατός. Π.χ. μια υψηλή ποινική ρήτρα σε ένα δάνειο προς άτομο χωρίς περιουσιακά στοιχεία, με κακό πιστωτικό ιστορικό ή σε δάνειο με χαμηλότερο επιτόκιο από εκείνο της αγοράς⁶³.

(β) *Ποινικές ρήτρες που εξυπηρετούν κάποιον οικονομικό σκοπό* (ασφάλιση, αξιοπιστία, κατανομή κινδύνου, υποκειμενικές αξιολογήσεις). Στις αγορές που λειτουργούν ανταγωνιστικά και στις συμβάσεις μεταξύ επιχειρήσεων, κατά τεκμήριο οι ποινικές ρήτρες εξυπηρετούν κάποιον οικονομικό σκοπό και έχουν τεθεί συναινετικά. Η μη εφαρμογή τους ή η μείωσή τους από το δικαστήριο είναι οικονομικά αναποτελεσματική, όσο υψηλές κι αν φαίνονται σε κάποιον που δεν γνωρίζει καλά τα δεδομένα της συγκεκριμένης αγοράς. Θα ωφελήσει το συγκεκριμένο οφειλέτη, στον οποίο θα δοθεί ουσιαστικά ένα δώρο (*windfall*) από το δικαστήριο, καθώς ο δανειστής έχει ήδη εκπληρώσει της δικές του υποχρεώσεις, συμπεριλαμβανομένων εκείνων που αντιστοιχούν στην ποινική ρήτρα. Ωστόσο, η μη εφαρμογή ή η μείωση ποινικών ρητρών που είναι οικονομικά αποτελεσματικές δεν θα βλάψει τόσο τους δανειστές όσο τους οφειλέτες, οι οποίοι δεν θα έχουν πλέον τη δυνατότητα να αξι-

62. Βλ. ιδίως *Robert A. Hillman*, «The Limits of Behavioral Decision Theory in Legal Analysis: The Case of Liquidated Damages», 85 *Cornell Law Review* 717 (2000).

63. Βλ. για παράδειγμα την υπόθεση *Williams v. Walker - Thomas Furniture Co.*, 350 F.2d 445 (D.C. Cir. 1965) και την κριτική από τους Cooter & Ulen (ό.π.), 280-281.

ποιήσουν ένα σημαντικότατο συμβατικό εργαλείο (ιδιαίτερα οι νέοι επαγγελματίες, οι μικρές επιχειρήσεις, όλοι όσοι δεν έχουν τη δυνατότητα να προσφέρουν άλλου είδους εγγυήσεις και φυσικά όσοι αξιολογούν διαφορετικά από την αγορά το αντικείμενο της σύμβασης).

(γ) *Υπάρχει όμως και ένα τρίτο είδος ποινικής ρήτρας, που στην πραγματικότητα υπάγεται στη δεύτερη κατηγορία. Θα πρέπει όμως να εξεταστεί ξεχωριστά. Οι ρήτρες αυτές είναι οικονομικά αποτελεσματικές, αποτελούν αντικείμενο διαπραγμάτευσης, εξυπηρετούν έναν οικονομικό σκοπό και η αυξημένη προστασία που προσφέρουν στον δανειστή αντανakλάται στο τίμημα. Όμως, ενώ φαίνονται λογικές *ex ante*, κρίνονται υπέρμετρες *ex post*. Συναντώνται συνήθως σε συμβάσεις ατόμων που απεχθάνονται τον κίνδυνο και θέλουν να τον καταναείμουν οπωσδήποτε *ex ante* ή στις συμβάσεις που το ένα μέρος θέλει να δηλώσει την αξιοπιστία του. Χαρακτηριστική είναι η περίπτωση όπου η ποινή καταπίπτει, αλλά δεν έχει υποστεί καμία ζημία ο δανειστής (που ρυθμίζει το άρθρο ΑΚ 405, εδ. β).*

Όμως εδώ η υπερ-αποζημίωση που προσφέρει η ποινική ρήτρα οφείλεται στο γεγονός ότι κατά την κατάρτιση της σύμβασης ήταν δύσκολο να προβλεφθεί ή να υπολογιστεί με ακρίβεια η ζημία. Η πραγματική ζημία θα μπορούσε να είναι πολύ μεγαλύτερη ή πολύ μικρότερη της συμβατικά καθορισμένης. Για παράδειγμα, ας υποθέσουμε ότι πριν την κατάρτιση της σύμβασης υπάρχει 50% πιθανότητα η ζημία του δανειστή από την αθέτηση της σύμβασης να είναι € 10.000 και 50% να υποστεί ζημία € 1.000. Το αναμενόμενο κόστος της ζημίας ισούται με € 5.500. Άρα, αν η συμβατικά καθορισμένη αποζημίωση οριστεί στο ποσό των € 5.500, σε περίπτωση πραγματικής ζημίας € 1.000, οι επιπλέον € 4.500 δεν αποτελούν υπέρμετρη ποινική ρήτρα. Σε καμία περίπτωση δεν θα πρέπει το υπερβάλλον ποσό να χαρακτηριστεί ως ποινή! Τα μέρη έχουν καταναείμει τον κίνδυνο και δεδομένου ότι οι συμβάσεις αποτελούν το σημαντικότερο μέσο κατανομής των κινδύνων σε μια σύγχρονη οικονομία, η μη εφαρμογή ή η μείωση της αποζημίωσης θα οδηγούσε σε απαξίωση της έννοιας της σύμβασης και θα αφαιρούσε από τα μέρη μια δυνατότητα που σαφώς επιθυμούν να διαθέτουν⁶⁴. Το δεύτερο εδάφιο του άρθρου 405 αποδεικνύει πως με την άποψη αυτή συμφωνεί και ο συντάκτης του Αστικού Κώδικα.

Τέλος, είναι χαρακτηριστικό ότι το προτεινόμενο κείμενο του Ευρωπαϊκού Αστικού Κώδικα εξυπηρετεί ακόμα καλύτερα την οικονομική ερμηνεία, καθώς κάνει λόγο για συμβατικά καθορισμένη αποζημίωση και αναφέρεται σε «άλλες περιστάσεις» (*other circumstances*)⁶⁵.

64. Βλ. ιδίως A. Mitchell Polinsky, «Risk Sharing through Breach of Contract Remedies», 12 *Journal of Legal Studies* 427-444 (1983).

65. Βλ. Principles of European Contract Law 4:508 §2 («However, despite any agreement to the contrary the specified sum may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excessive in relation to the loss resulting from the non-performance and the other circumstances»). Βλ. επίσης παρόμοια ρύθμιση σε UNIDROIT §7.4.13.

4. Επίλογος

Συμπερασματικά, πρέπει να σημειωθεί ότι το ηπειρωτικό δίκαιο και ιδιαίτερα το ρωμαιο-γερμανικό βρίσκεται εγγύτερα στην οικονομική ανάλυση του δικαίου σε σχέση με το αγγλοσαξονικό, τουλάχιστον ως προς το πρόβλημα της εφαρμογής των ποινικών ρητρών. Αυτό όμως δεν σημαίνει ότι η οικονομική ανάλυση δεν έχει να προσφέρει κάτι πέραν της πιστοποίησης της οικονομικής αποτελεσματικότητας κάποιων θεσμών.

Όπως διαπιστώσαμε, μπορεί να βοηθήσει ουσιαστικά στην ερμηνεία του άρθρου 409 ΑΚ και μελλοντικά στην ερμηνεία του αντίστοιχου άρθρου ενός Ευρωπαϊκού Αστικού Κώδικα, επιτρέποντας στον δικαστή να προβεί στον απαραίτητο διαχωρισμό μεταξύ αποτελεσματικών και αναποτελεσματικών ποινικών ρητρών. Η εφαρμογή των αποτελεσματικών ποινικών ρητρών ωφελεί και τα δύο μέρη (όπως μάλιστα διαπιστώσαμε, ιδιαίτερα τους οφειλέτες), ενώ η μη εφαρμογή των αναποτελεσματικών ποινικών ρητρών προστατεύει το αδύναμο μέρος σε μια σύμβαση μόνο όταν το ίδιο θέλει και είναι προς το πραγματικό συμφέρον του να προστατευθεί.