

ΕΘΝΙΚΟ & ΚΑΠΟΔΙΣΤΡΙΑΚΟ ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟ ΑΘΗΝΩΝ
ΤΜΗΜΑ ΝΟΜΙΚΗΣ

ΔΙΚΑΙΟ & ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΑ

ΣΗΜΕΙΩΣΕΙΣ

ΑΡΙΣΤΕΙΔΗΣ Ν. ΧΑΤΖΗΣ

ΑΝΑΠΛΗΡΩΤΗΣ ΚΑΘΗΓΗΤΗΣ
ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟΥ ΑΘΗΝΩΝ

<http://www.aristideshatzis.net>



THE LAWYER'S CLUB

© JOHN PRITCHETT

Η οικονομική προσέγγιση στο δίκαιο

Ένας πρώτος ορισμός του Δικαίου. Το Δίκαιο είναι ένας ειρηνικός τρόπος διευθέτησης των διαφορών -- ένα μέσο για την εξασφάλιση της κοινωνικής ειρήνης και ευημερίας. Δεν μπορεί να υπάρξει κοινωνία που να μην της είναι απαραίτητοι οι κανόνες δικαίου, δηλαδή οι κανόνες που θα ρυθμίσουν την κοινωνική συμβίωση. Οι κανόνες δικαίου διαφέρουν από τους άλλους κανόνες (π.χ. τους κανόνες της κοινωνικής ηθικής) στο εξής: είναι υποχρεωτικοί και επιβάλλονται με τη βία από το οργανωμένο κράτος.

Κοινωνική ευημερία και αποτελεσματικότητα. Πολλοί νομικοί θα διαφωνήσουν με τον παραπάνω ορισμό, αλλά οι περισσότεροι θα συμφωνήσουν πως τουλάχιστον ένας σημαντικός στόχος του δικαίου είναι η κοινωνική ευημερία. Θα συμφωνήσουν όλοι επίσης πως το δίκαιο (όποιο στόχο κι αν έχει) θα πρέπει να είναι αποτελεσματικό. Η οικονομική επιστήμη προσφέρει στο δίκαιο εκείνα τα αναλυτικά εργαλεία που του είναι απαραίτητα για να πετύχει τους σκοπούς του, ιδίως εκείνον την κοινωνικής ευημερίας.

Οικονομική ανάλυση του δικαίου. Για πολλούς τα οικονομικά είναι η επιστήμη που μελετά τις οικονομικές αγορές. Από τη δεκαετία του 1960 και έπειτα, πολλοί οικονομολόγοι με επικεφαλής τον Gary Becker (Nobel οικονομικών 1992) απέδειξαν τη χρησιμότητα των οικονομικών στην ανάλυση της ανθρώπινης συμπεριφοράς όχι μόνο εντός αλλά και εκτός της αγοράς. Ο ίδιος ο Gary Becker έγραψε δύο σημαντικές εργασίες χρησιμοποιώντας τα εργαλεία της οικονομικής επιστήμης στη μελέτη της οικογένειας και του γάμου και στη μελέτη του εγκλήματος. Στη διάρκεια της ίδιας δεκαετίας ο Ronald Coase στο Πανεπιστήμιο του Σικάγο και ο Guido Calabresi στο Πανεπιστήμιο Yale εφάρμοσαν την οικονομική ανάλυση στη μελέτη του εμπράγματος δικαίου (ο πρώτος) και του δικαίου των αδικπραξιών (ο δεύτερος).

Γιατί τα οικονομικά; Τα οικονομικά δεν είναι λοιπόν η επιστήμη που μελετά μόνο τις οικονομικές αγορές. Η κεντρική υπόθεση της οικονομικής επιστήμης είναι η ορθολογικότητα: οι άνθρωποι φέρονται ορθολογικά, θέτουν στόχους και προσπαθούν να τους πετύχουν με τον καλύτερο δυνατό τρόπο. Σε κάθε περίπτωση που τα άτομα πρέπει να επιλέξουν ανάμεσα από εναλλακτικές δυνατότητες και υπό περιορισμούς (με κυριότερο την ανεπάρκεια), η διαδικασία επιλογής τους μπορεί να μελετηθεί από τα οικονομικά. Για την ακρίβεια, πολλοί υποστηρίζουν πως τα οικονομικά προσφέρουν τα καλύτερα δυνατά εργαλεία για τη μελέτη αυτής της διαδικασίας επιλογής. Με δυο λόγια τα οικονομικά μελετούν τις συνέπειες της ανθρώπινης ορθολογικότητας. Από αυτή την οικονομική προσέγγιση στα πράγματα προέρχεται η σχολή της ορθολογικής επιλογής (*rational-choice theory*). Σύμφωνα με τη σχολή της ορθολογικής επιλογής, ορθολογική είναι

μια πράξη η οποία αποτελεί το πιο αποτελεσματικό μέσο επίτευξης του σκοπού που θέτει ένα άτομο. Η θεωρία της ορθολογικής επιλογής μας λέει τι πρέπει να κάνουμε για να πετύχουμε τους στόχους που εμείς θέσαμε (και οι οποίοι εξαρτώνται από τις προτιμήσεις μας). Πέραν όμως του κανονιστικού, η θεωρία έχει κι έναν σαφώς περιγραφικό χαρακτήρα, καθώς θεωρεί ότι το άτομο δρα στις περισσότερες περιπτώσεις με βάση τη λογική του και το ίδιο αποτελεί τον καλύτερο κριτή του συμφέροντός του, το οποίο επιδιώκει με τις περισσότερες πράξεις του.

Και το δίκαιο; Εφόσον οι άνθρωποι φέρονται κατά κανόνα ορθολογικά, η συμπεριφορά τους είναι προβλέψιμη. Αν γνωρίζουμε τους στόχους τους, μπορούμε να προβλέψουμε τις επιλογές τους, αλλά και να τις ερμηνεύσουμε. Οι κανόνες δικαίου θυμίζουν έτσι πολύ τους περιορισμούς (*constraints*) της οικονομικής επιστήμης. Μπορούμε να τους δούμε και πιο ευρύτερα ως κίνητρα που επιχειρούν να επηρεάσουν την ανθρώπινη συμπεριφορά προς μια επιθυμητή κατεύθυνση. Όμως σε έναν κόσμο όπου οι ορθολογικοί άνθρωποι προσαρμόζουν τις πράξεις τους στα κίνητρα που δημιουργούν οι κανόνες δικαίου, τα οικονομικά έχουν κάτι να πουν.

Οικονομική προσέγγιση. Η οικονομική προσέγγιση στο δίκαιο λειτουργεί με δύο τρόπους: (α) όταν ο νομοθέτης θέλει να πετύχει κάποιους στόχους οι οικονομολόγοι προτείνουν τρόπους αποτελεσματικότερης επίτευξης των στόχων αυτών, (β) όταν υπάρχει ήδη το θεσμικό πλαίσιο, τα οικονομικά του δικαίου αναζητούν τη λογική του (δηλαδή τον στόχο τον οποίο θέλει να πετύχει) και βοηθούν τον ερμηνευτή του δικαίου στην αποτελεσματική εφαρμογή των κανόνων.

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

Τότε τι χρειάζονται τα οικονομικά; Αυτή η διαδικασία που οδήγησε, σύμφωνα με τον Richard Posner, στην «εγγενή οικονομική λογική» του αγγλοσαξονικού δικαίου, έχει τα όριά της. Πριν καταλήξουν οι κοινωνίες στους καλύτερους και

πιο αποτελεσματικούς κανόνες μέσω της διαδικασίας δοκιμής και λάθους, θα πρέπει να γίνουν πολλές δοκιμές και πολλά λάθη. Τα οικονομικά προσφέρουν μεγαλύτερη ταχύτητα. Δεν είναι ανάγκη να περάσουν αιώνες ή έστω δεκαετίες για να γίνει το δίκαιο αποτελεσματικό. Επιπλέον, η οικονομική επιστήμη μπορεί να συμβάλει στην απαλλαγή του δικαίου από μεταφυσικές προκαταλήψεις καθώς του προσφέρει μία αληθινή επιστημονική θεωρία.

Όμως ο στόχος του δικαίου δεν είναι η ...δικαιοσύνη; Τι είναι δικαιοσύνη; Ποια κοινωνία είναι δίκαιη; Ακόμα και εάν συμφωνήσουμε στο ερώτημα αυτό (που δεν πρόκειται), θα πρέπει να παραδεχθούμε ότι η έννοια της δικαιοσύνης δεν έχει να κάνει με τα πάντα που σχετίζονται με το δίκαιο. Σε πολλές περιπτώσεις το δίκαιο θέτει πολύ πιο ταπεινούς στόχους από την πραγμάτωση της δικαιοσύνης, π.χ. την ομαλή κυκλοφορία στους δρόμους. Όμως σε αντίθεση με την προβληματική έννοια της δικαιοσύνης, σχεδόν όλοι συμφωνούν πλέον πως ένας κοινά αποδεκτός στόχος είναι η κοινωνική ευημερία. Άρα πρέπει να αποτελεί έναν στόχο που πρέπει να επιδιώξει να πετύχει το δίκαιο. Πολλοί μάλιστα ισχυρίζονται πως οι άνθρωποι θεωρούν δίκαιο και ηθικό ό,τι τους φαίνεται έλλογο και αποτελεσματικό, ενώ αντιμετωπίζουν ως ανήθικο και άδικο ό,τι δεν λειτουργεί σωστά. Ο πολιτικός φιλόσοφος David Gauthier φθάνει μάλιστα να ισχυριστεί πως η ηθική προκύπτει από τις «αποτυχίες της αγοράς»! (δηλ. ανηθικότητα = αναποτελεσματικότητα). Άλλωστε έχει αποδειχθεί από κοινωνιολογικές έρευνες ότι πολλές φορές οι άνθρωποι καταλήγουν να πιστεύουν πως «δίκαιο» είναι το θετό δίκαιο (δηλαδή το δίκαιο που ισχύει και στο οποίο πρέπει να υπακούσουν).

Όμως οι άνθρωποι δρουν ορθολογικά; Σύμφωνα με το Νομπελίστα Herbert Simon, οι άνθρωποι δεν ενεργούν και τόσο ορθολογικά όσο υποθέτει η κυρίαρχη νεοκλασική οικονομική θεωρία. Υπάρχουν περιορισμοί στη δυνατότητά τους να αντιληφθούν πλήρως τις καταστάσεις, να αναλύσουν τα δεδομένα και να θυμηθούν γεγονότα. Οι περισσότεροι άνθρωποι προσπαθούν να επιτύχουν την ικανοποίηση των προτιμήσεών τους κάνοντας ό,τι καλύτερο μπορούν, δεδομένων αυτών των γνωστικών περιορισμών της ανθρώπινης φύσης. Η πληροφόρησή τους δεν είναι τέλεια, η σκέψη τους δεν είναι και τόσο ξεκάθαρη και πολλές φορές οι ενέργειές τους είναι ασυνεπείς. Δεν μπορούμε λοιπόν να μιλάμε για τέλεια ορθολογικότητα, αλλά για περιορισμένη ικανότητα ορθολογικής σκέψης (*bounded rationality*). Η περιορισμένη ορθολογικότητα στηρίζεται σ' ένα κράμα εμπειρίας, πρακτικών λύσεων, παράδοσης, ενστίκτου κι εύλογων προσδοκιών και βρίσκεται σε συνεχή αλληλεπίδραση με το άμεσο περιβάλλον του υποκειμένου.

Άρα τι συζητάμε τόση ώρα; Μπορεί ο μέσος άνθρωπος να μην είναι ο υπερ-ορθολογικός *homo economicus*, προσπαθεί όμως να πετύχει τους στόχους του με τον καλύτερο δυνατό τρόπο με όσες ικανότητες και δυνατότητες διαθέτει. Προσπαθεί να μεγιστοποιήσει τα περιορισμένα του προσόντα και κάνει το καλύτερο

που μπορεί. Έτσι, η συμπεριφορά του είναι προβλέψιμη στις περισσότερες περιπτώσεις, άρα διαχειρίσιμη από το δίκαιο. Άλλωστε, εάν πρόκειται να κατασκευάσουμε μια κοινωνική θεωρία, ποιο από τα δύο μας φαίνεται πιο λογικό -- να την βασίσουμε στην υπόθεση ότι ο άνθρωπος είναι καταρχήν ορθολογικός ή το αντίθετο;

Και πώς χρησιμοποιούν την ορθολογικότητα; Τα άτομα επιλέγουν πάντοτε αυτό που νομίζουν πως θα μεγιστοποιήσει την «ωφέλειά» τους, δηλ. την ευτυχία τους (*utility maximization hypothesis*). Γενικά δρουν με βάση το ατομικό τους συμφέρον και τη λογική. Οι εξαιρέσεις επιβεβαιώνουν τον κανόνα. Κάθε άνθρωπος κάνει συνειδητά ή ασυνείδητα τις επιλογές του με βάση την επίτευξη μεγαλύτερης ευτυχίας. Ακόμα και στις περιπτώσεις που εμφανίζεται να δρα παράλογα, αυτό δεν είναι πάντοτε απαραίτητο, δεδομένου ότι κανείς δεν είναι σε θέση να γνωρίζει καλύτερα από τον ίδιο του τον εαυτό το συμφέρον του (στις περισσότερες περιπτώσεις τουλάχιστον). Η μεγιστοποίηση της ωφέλειας υπό περιορισμούς (*maximization of utility under constraints*) αποτελεί μία από τις σημαντικότερες έννοιες των οικονομικών.

Και εάν μεγιστοποιούν κάτι που δεν θα έπρεπε; Θα μπορούσε κάποιος να πει πως, “εντάξει, μπορεί πράγματι τα άτομα να θέτουν στόχους και να προσπαθούν να τους πετύχουν με τη μεγαλύτερη δυνατή αποτελεσματικότητα, αλλά οι στόχοι τους δεν είναι ορθολογικοί! Πολλές φορές οι προτιμήσεις τους είναι άθλιες και απαράδεκτες. Είναι καλό να τους επιτρέψουμε να πετυχαίνουν τους στόχους τους;” Εδώ υπάρχουν δύο απαντήσεις: η φιλοσοφική και εκείνη της οικονομικής επιστήμης: Για έναν φιλελεύθερο, οι προτιμήσεις σου και οι επιλογές σου είναι το ίδιο σεβαστές με εκείνες των υπολοίπων. Ποιος θα σου πει ότι δεν πρέπει να προτιμάς ό,τι προτιμάς αλλά αυτό που εκείνος προτιμά; Ένα κράτος που προτιμά και επιλέγει για σένα είναι ένα κράτος «πατερναλιστικό», δηλαδή ένα αυταρχικό κράτος-πατερούλης. Οι οικονομολόγοι απαντούν πιο απλά: *de gustibus non est disputandum* (περί ορέξεως, ουδείς λόγος). Δεν μας ενδιαφέρει η ποιότητα των προτιμήσεων και το πώς κατέληξαν οι άνθρωποι σ' αυτές και όχι σε άλλες. Τις προτιμήσεις τις θεωρούμε δεδομένες, άρα και τους στόχους που τα άτομα θέτουν. Αυτό που εμείς μελετάμε είναι αν τα μέσα που χρησιμοποιούν είναι ορθολογικά.

Αν λοιπόν θεωρήσουμε πως οι άνθρωποι είναι ορθολογικοί, μετά τι γίνεται; Αρχίζουμε να βλέπουμε το δίκαιο από άλλη οπτική γωνία: *ex ante* (εκ των προτέρων) και όχι *ex post* (εκ των υστέρων). Τι σημαίνει αυτό; Όταν αντιμετωπίζουμε μία περίπτωση που χρειάζεται ρύθμιση, δεν πρέπει να τη βλέπουμε μεμονωμένα και θεωρώντας πως η λύση μας θα επηρεάσει μόνο αυτήν την συγκεκριμένη περίπτωση. Θα πρέπει να σκεφτούμε πως ο κανόνας που θα θέσουμε θα επηρεάσει τα κίνητρα πολλών άλλων ανθρώπων από εκεί και πέρα στο συγκεκριμένο ζήτημα. Δηλαδή ο κανόνας δικαίου δεν θα πρέπει να αποτελεί μία λύση σε μία κα-

τάσταση που έχει ήδη λάβει χώρα, αλλά μία προσπάθεια προληπτικής αντιμετώπισης των μελλοντικών προβλημάτων που θα προκύψουν. Θα πρέπει λοιπόν να δημιουργεί εκείνα τα κίνητρα που θα καθοδηγούν τη συμπεριφορά σε επιθυμητά αποτελέσματα. Επομένως, δεν θα πρέπει να αξιολογούμε τους κανόνες μόνο σε πρώτο επίπεδο (αυτός ο κανόνας μας φαίνεται δίκαιος και λογικός), αλλά θα πρέπει να τους αντιμετωπίζουμε συνολικά με έμφαση πάντα στις συνέπειές τους.

Ξανά λοιπόν, τι είναι το δίκαιο; Για τους οικονομολόγους του δικαίου το δίκαιο δεν είναι τίποτε άλλο από μία δομή κινήτρων που υποχρεώνει τα άτομα να προσαρμόζονται τη συμπεριφορά τους. Θα συμφωνήσουμε λοιπόν με τους κοινωνιολόγους που θεωρούν το δίκαιο ένα εργαλείο κοινωνικού ελέγχου.

Αυτό δεν ακούγεται πολύ καλό. Πράγματι. Ποιος θα αποφασίσει ποιος είναι ο σκοπός του δικαίου; Πάντως όχι οι οικονομολόγοι. Αρμόδια είναι η πολιτική εξουσία. Ιδανικά οι στόχοι του δικαίου τίθενται από τους πολίτες μέσω των εκπροσώπων τους στο κοινοβούλιο. Όμως εδώ υπάρχουν διάφορα προβλήματα που επισημαίνουν τα οικονομικά. Όπως είδαμε, σύμφωνα με την οικονομική επιστήμη και τη θεωρία της ορθολογικής επιλογής, τα άτομα ξέρουν καλύτερα από κάθε άλλον ποιο είναι το συμφέρον τους. Οι εκπρόσωποί τους όμως; Δεν έχουν άλλα συμφέροντα και άλλους στόχους;

Τι προτείνουν σχετικά τα οικονομικά του δικαίου; Όσο είναι εφικτό θα πρέπει τα άτομα να αφεθούν να αποφασίσουν μόνα τους για τις δικές τους υποθέσεις. Όταν το κράτος παρεμβαίνει στη ζωή τους, θα πρέπει να το κάνει έχοντας σαν στόχο την αύξηση της κοινωνικής ευημερίας (αλλά όπως την αντιλαμβάνονται τα άτομα) και όχι υπερβατικές αρχές όπως η έννοια της δικαιοσύνης. Υπάρχουν βέβαια πολλές αντιρρήσεις στην οικονομική προσέγγιση, ορισμένες από τις οποίες θα συζητήσουμε.

Άλλη μια φορά, τι είναι η οικονομική ανάλυση του δικαίου (Law & Economics για τους αμερικανούς); Εφόσον το δίκαιο είναι ένας ειρηνικός τρόπος διευθέτησης των διαφορών και επιχειρεί να επιτύχει μία σειρά στόχων που αποφασίζονται μέσω της δημοκρατικής διαδικασίας (π.χ. καταπολέμηση του εγκλήματος), τα οικονομικά του δικαίου προτείνουν τους ενδεικνυόμενους κανόνες δικαίου (που μπορούν να επιτύχουν το επιθυμητό αποτέλεσμα με το μικρότερο κόστος) και μελετούν τις συνέπειες σ' έναν κόσμο όπου οι ορθολογικοί άνθρωποι προσαρμόζονται τις πράξεις τους σ' αυτούς τους κανόνες.

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

*The life of the law has not been logic:
it has been experience.*

Oliver Wendell Holmes (1880: 234)

1. Εισαγωγή

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

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

νομικής επιστήμης (δηλ. μιας δεοντολογικής επιστήμης); Μπορείς τελικά να υπηρετείς μία νομική επιστήμη αυτόνομη και απομονωμένη (ή μάλλον αδιάβροχη) από τα πορίσματα των κοινωνικών επιστημών;

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

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

2. Ο Αμερικανικός Νομικός Ρεαλισμός

Το καλοκαίρι του 1910 ο Roscoe Pound δίδασκε στα θερινά τμήματα της Νομικής Σχολής του Πανεπιστημίου του Σικάγο, μιας σχολής που είχε ιδρυθεί μόλις πριν 8 χρόνια, το 1902. Ήταν όμως η πρώτη σχολή στον κόσμο που ιδρύθηκε έχοντας σαν βασικό στόχο της την «επιστημονική μελέτη του δικαίου» που, σύμφωνα με τον πρώτο πρόεδρο του Πανεπιστημίου του Σικάγο, τον περίφημο William Rainey Harper, «περιλαμβάνει τις σχετικές επιστήμες της ιστορίας, των οικονομικών και της φιλοσοφίας – συνολικά του πεδίου που αντιμετωπίζει τον άνθρωπο ως ένα κοινωνικό ον».¹

1. Για την ακρίβεια ο Harper δήλωνε “[education in law] implies a scientific knowledge

Ο Pound σε μερικές ημέρες θα δεχόταν την πρόσκληση της Νομικής Σχολής του Πανεπιστημίου του Harvard (της σημαντικότερης Νομικής Σχολής στις Η.Π.Α. εκείνη την εποχή), να αναλάβει μια επώνυμη έδρα. Έξι χρόνια μετά, το 1916 θα γίνει κοσμήτορας, ο μακροβιότερος κοσμήτορας στην ιστορία της Νομικής Σχολής του Harvard – για 20 ολόκληρα χρόνια!²

Εκείνο το καλοκαίρι λοιπόν στο Σικάγο ο Pound έγραψε και έστειλε για δημοσίευση στο σημαντικότερο νομικό περιοδικό της εποχής, στο *American Law Review*, άρθρο με τίτλο «Το Δίκαιο των Βιβλίων και το Δίκαιο της Πράξης» (*Law in Books and Law in Action*). Εκεί ο Pound (1910) όπως και σε μια σειρά σχετικών άρθρων του που δημοσιεύτηκαν την ίδια εποχή επιτίθεται στο νομικό φορμαλισμό, στην ιδέα δηλαδή ότι στο δίκαιο υπάρχουν οι απαντήσεις για κάθε πρόβλημα ακόμα και γι' αυτά για τα οποία δεν προβλέπει τίποτα το δίκαιο.³

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

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

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

«Το δίκαιο δεν είναι τίποτε πιο φιλόδοξο από προφητείες για το τι θα αποφασίσει στην πραγματικότητα το συγκεκριμένο δικαστήριο!»⁴ Για

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

2. Για τον Roscoe Pound στην ελληνική βιβλιογραφία συστήνω την πολύ ενδιαφέρουσα διδακτορική διατριβή του Ι. Δίγκα (2011).

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

4. Για την ακρίβεια η περίφημη φράση του Holmes έχει ως εξής (1897: 461): “The

τον Holmes το δίκαιο είναι ένα εργαλείο για την επίτευξη κοινωνικών στόχων. Για να κατανοήσει κανείς το δίκαιο θα πρέπει πρώτα να κατανοήσει τις κοινωνικές συνθήκες που το περιβάλλουν και το επιβάλλουν.

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

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

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

Ο βασικός στόχος της κριτικής των ρεαλιστών ήταν φυσικά ο νομικός φορμαλισμός,⁵ η εννοιοκρατία, η μηχανιστική αντίληψη για την εφαρμογή και την ερμηνεία του δικαίου, η πεποίθηση ότι το δίκαιο αποτελεί ένα αυτόνομο κλειστό σύστημα που περιέχει όλες τις απαραίτητες έννοιες, όλα τα αναγκαία εργαλεία, όλες τις κατάλληλες απαντήσεις για όλα τα ζητήματα που έχουν ένα νομικό ενδιαφέρον.

Οι αμερικανικός νομικός ρεαλισμός⁶ επιτέθηκε στον πυρήνα του νομικού φορμαλισμού στις Η.Π.Α., δηλαδή στις αποφάσεις των δικαστηρίων που υποτίθεται διέπονταν από μία δογματική συνέπεια και συνοχή στη συλλογιστική τους. Η «επίθεση» ήταν ταυτόχρονα περιγραφική και αξιολογική: Σύμφωνα με τους ρεαλιστές, οι δικαστές *δεν αποφασίζουν* εφαρμόζοντας αρχές ή κανόνες δικαίου αλλά επενδύουν τις πολιτικές αποφάσεις τους που εξαρτώνται από τις προκαταλήψεις και την ιδεολογία τους με νομικιστικούς συλλογισμούς. Επιπλέον οι ρεαλιστές *δεν θα πρέπει να βασίζονται στις αποφάσεις τους* σε παραγωγικούς συλλογισμούς αλλά να λαμβάνουν υπόψη τους την κοινωνική και οικονομική πραγμα-

prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.” Βλ. επίσης Holmes (1881, 1899).

5. Για τον αμερικανικό νομικό φορμαλισμό βλ. Horwitz (1975), Speziale (1980), Corrado (1992) και Duxbury (1995, ch. 1).

6. Με κυριότερους εκπροσώπους τους Karl Llewellyn, Jerome Frank, Robert Hale, W. Underhill Moore, Moris R. Cohen, Felix S. Cohen και Max Radin.

τικότητα, ιδιαίτερα όπως αυτή περιγράφεται από την κοινωνιολογία και τη ψυχολογία αλλά και τα (παλαιο)θεσμικά οικονομικά.⁷

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

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

Ας μεταφερθούμε τώρα 77 χρόνια μετά την ημέρα που ο Roscoe Pound έφτασε στο Harvard. Το 1987 το σημαντικότερο νομικό περιοδικό στον κόσμο, το *Harvard Law Review* γιορτάζει τα 100 του χρόνια. Το περιοδικό από την ίδρυσή του το 1887 διευθύνεται από φοιτητές. Οι αριστούχοι του πρώτου έτους το διευθύνουν όσο είναι δευτεροετείς. Στο τέλος του δευτέρου έτους επιλέγουν τους πρωτοετείς που θα το διευθύνουν την επόμενη χρονιά. Η πιο τιμητική θέση είναι αυτή του editor-in-chief, του διευθυντή του περιοδικού. Από τη θέση αυτή πέρασαν μερικοί από τους μεγαλύτερους αμερικανούς νομικούς. Η ιδέα των οργανωτών ήταν να καλέσουν ορισμένους από τους πρώην διευθυντές του *Harvard Law Review* να μιλήσουν στη σχετική εορταστική εκδήλωση. Ο σημαντικότερος από αυτούς ήταν ο Πρόεδρος Εφετών και Καθηγητής στο Πανεπιστήμιο του Σικάγο, Richard Posner. Ο Posner είναι ο νομικός που έχει επηρεάσει περισσότερο από κάθε άλλον το αμερικάνικο δίκαιο καθώς είναι ταυτόχρονα ο πρώτος σε αναφορές θεωρητικός του δικαίου και ο πρώτος σε παραπομπές στις αποφάσεις του ομοσπονδιακός δικαστής (Shapiro 2000: 424).

Η ομιλία του Richard Posner είχε ως τίτλο της «Η Παρακμή του Δικαίου ως Αυτόνομης Επιστήμης: 1962-1987» (Posner 1987). Το 1962 ήταν η χρονιά που ο Posner αποφοίτησε από τη Νομική Σχολή του Harvard. Ο άνθρωπος που συνέβαλλε όσο κανείς στην παρακμή αυτή άρχισε την ομιλία του λέγοντας πως το 1962 η επιρροή των ρεαλιστών είχε τόσο ατονήσει ώστε η ιδέα της αυτονομίας του δικαίου κυριαρχούσε και πάλι στο Harvard της δεκαετίας του 1960. Το 1987 η ιδέα της αυτονομίας του δικαίου

7. Βλ. περισσότερα στον Duxbury (1995: 32-64).

ου που στην πρώτη μεταπολεμική περίοδο είχε βασισθεί στην πολιτική συναίνεση έχει πλέον κλονισθεί ανεπανόρθωτα. Ο Posner απαριθμεί μία σειρά από εξελίξεις κυρίως στα οικονομικά και τη φιλοσοφία. Η δημοσίευση του έργου του John Rawls το 1971 και η κριτική της ηπειρωτικής φιλοσοφίας στη νομικίστικη αντίληψη της αντικειμενικής ερμηνείας υπονομεύουν την αφελή πίστη στην αυτονομία του δικαίου από την πολιτική, την κοινωνία και την οικονομία.

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

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

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

μπεριφορά προς μια επιθυμητή κατεύθυνση. Όμως σε έναν κόσμο όπου οι ορθολογικοί άνθρωποι προσαρμόζουν τις πράξεις τους στα κίνητρα που δημιουργούν οι κανόνες δικαίου, τα οικονομικά έχουν κάτι να πουν – κάτι που είναι πολύ ενδιαφέρον για τη νομική επιστήμη.

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

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

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

Όπως γράφει ο Πέτρος Γέμτος (1999: 13):

Η ΟΑΔ προσφέρει στο Νομικό αυτό που έλειπε ως τώρα από τη Νομική Επιστήμη: μια αληθινή επιστημονική θεωρία με ακριβείς γενικούς θεωρητικούς όρους που συλλαμβάνουν το βάθος των φαινομένων, γενικές υποθέσεις υψηλού γνωστικού-πληροφοριακού ή κανονιστικού-ρυθμιστικού περιεχομένου, λειτουργικά κριτή-

ρια 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.

Αν λοιπόν θεωρήσουμε πως οι άνθρωποι είναι ορθολογικοί, μετά τι γίνεται; Αρχίζουμε να βλέπουμε το δίκαιο από άλλη οπτική γωνία: *ex ante* (εκ των προτέρων) και όχι *ex post* (εκ των υστέρων). Τι σημαίνει αυτό; Όταν αντιμετωπίζουμε μία περίπτωση που χρειάζεται ρύθμιση, δεν πρέπει να τη βλέπουμε μεμονωμένα και θεωρώντας πως η λύση μας θα επηρεάσει μόνο αυτήν τη συγκεκριμένη περίπτωση. Θα πρέπει να σκεφτούμε πως ο κανόνας που θα θέσουμε θα επηρεάσει τα κίνητρα πολλών άλλων ανθρώπων από εκεί και πέρα στο συγκεκριμένο ζήτημα. Δηλαδή ο κανόνας δικαίου δεν θα πρέπει να αποτελεί μία πρόχειρη και αδιάφορη για τις μακροχρόνιες συνέπειες λύση σε μία κατάσταση που έχει ήδη λάβει χώρα, αλλά μία προσπάθεια προληπτικής αντιμετώπισης των μελλοντικών προβλημάτων που τυχόν θα προκύψουν – ακόμα και αυτών που θα προκαλέσει ο ίδιος ο προς εφαρμογή κανόνας δικαίου. Θα πρέπει λοιπόν να δημιουργεί εκείνα τα κίνητρα που θα καθοδηγούν τη συμπεριφορά σε επιθυμητά αποτελέσματα. Επομένως, δεν θα πρέπει να αξιολογούμε τους κανόνες μόνο σε πρώτο επίπεδο (αυτός ο κανόνας μας φαίνεται δίκαιος και λογικός), αλλά θα πρέπει να τους αντιμετωπίζουμε συνολικά με έμφαση πάντα στις συνέπειές τους (Χατζής 2008).

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

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

Είναι χαρακτηριστικό το σχόλιο του Richard Posner στην περίφημη φράση του Θρασύμαχου του Χαλκηδόνιου (ίσως του πρώτου ρεαλιστή) στην *Πολιτεία* του Πλάτωνα: Σε όλα τα πολιτεύματα δίκαιο είναι το ίδιο

πράγμα: *ό,τι συμφέρει την κατεστημένη εξουσία. Αυτή έχει την ισχύ, κι έτσι για όποιον σκέφτεται σωστά δίκαιο είναι παντού ένα και το αυτό: το συμφέρον του ισχυρότερου.* (339a). «Αυτό που περιγράφει ο Θρασύμαχος», γράφει ο Posner, «δεν είναι η έννοια του δικαίου αλλά η πραγματικότητα της απουσίας του». (1990: 9).

4. Οι Αθέλητες Συνέπειες των Νόμων

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

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

Δύο από τις πρώτες εντυπωσιακές έρευνες οικονομικής ανάλυσης του δικαίου οφείλονται στον καθηγητή οικονομικών του Πανεπιστημίου του Σικάγο Sam Peltzman. Στην πρώτη από αυτές (1975), κατέδειξε ότι σε όσες πολιτείες των ΗΠΑ υποχρεώνονταν οι οδηγοί να φορούν ζώνες ασφαλείας, τα ατυχήματα και οι τραυματισμοί πεζών αυξάνονταν. Οι οδηγοί ένιωθαν πιο ασφαλείς, οδηγούσαν λιγότερο προσεκτικά⁹ και έτσι προκαλούσαν περισσότερα ατυχήματα. Οι ίδιοι βέβαια είχαν μικρότερες απώλειες (μικρότερη πιθανότητα θανάτου ανά ατύχημα), αλλά η κοινωνία γενικά είχε πολύ μεγαλύτερο κόστος παρά το γεγονός ότι η πρόθεση του νομοθέτη ήταν να μειώσει τα ατυχήματα και τους θανάτους!

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

Ο ίδιος οικονομολόγος ο Sam Peltzman το 1973 είχε αποδείξει κάτι ακόμα πιο εντυπωσιακό: Από το 1938 έως το 1962, ο Αμερικανικός Εθνικός Οργανισμός Φαρμάκων (FDA) είχε την υποχρέωση να δοκιμάσει τη

9. Εξαιτίας του φαινομένου του «ηθικού κινδύνου» (*moral hazard*) που δημιουργεί αντικίνητρα όταν μέρος του κόστους εξωτερικεύεται.

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

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

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

5. Τα Οικονομικά του Εγκλήματος

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

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

Προσπαθήσαμε, με τους συνεργάτες μου, να μετρήσουμε το προσδοκώμενο κόστος μιας σειράς εγκλημάτων στην Ελλάδα. Δυστυχώς κάτι τέτοιο είναι ιδιαίτερα προβληματικό λόγω της έλλειψης στατιστικών στοιχείων και της ελλιπούς οργάνωσης. Όμως κατορθώσαμε και βρήκα-

με το προσδοκώμενο κόστος του βιασμού στην Ελλάδα. Με στοιχεία που βρήκαμε σε δημοσιευμένες έρευνες του τότε προϊσταμένου της Εισαγγελίας Εφετών Λάμπρου Καράμπελα και του εγκληματολόγου Άγγελου Τσιγκρή αλλά και δικές μας εμπειρικές έρευνες διαπιστώσαμε ότι στην Ελλάδα ο βιασμός τιμωρείται κατά μέσο όρο με 5 χρόνια φυλάκισης, η πιθανότητα σύλληψης είναι 4%, η πιθανότητα δίωξης είναι 25,6% και καταδίκης 42,6%. Η πραγματική έκτιση της ποινής για προσωρινή κάθειρξη κυμαίνεται γύρω στο 82% της επιβληθείσας ποινής. Το προσδοκώμενο κόστος του βιασμού είναι μόλις 6,5 ημέρες! (Hatzis 2008)

Μα θα κάνει ο μελλοντικός εγκληματίας τέτοιου είδους υπολογισμούς πριν αποφασίσει αν θα εγκληματήσει; Καταρχήν δεν χρειάζονται καν υπολογισμοί με βάση τα στατιστικά στοιχεία καθώς όσοι μετέχουν ενεργά στην αγορά του εγκλήματος γνωρίζουν από την εμπειρία τους το προσδοκώμενο κόστος – πολύ καλύτερα από την στατιστική υπηρεσία και το Υπουργείο Δικαιοσύνης. Αναζητώντας λοιπόν στοιχεία για μια σειρά εγκλημάτων βρήκαμε ότι το 2007 εξιχνιάστηκε το 10% των ληστειών τραπεζών (21 από 208), το 24% των ληστειών δημοσίων οργανισμών και το ...0% των ληστειών χρηματοποστολών (0 στις 15). Δε νομίζω να υπάρχει ληστής στην Αθήνα που να μην θεωρεί την ένοπλη ληστεία ένα επίσης πολύ φθηνό έγκλημα.

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

6. Η “Εκθήλυνση” της Φτώχειας

Το 1969 ο Ronald Reagan ως Κυβερνήτης της Καλιφόρνια απελευθερώνει το διαζύγιο θεσπίζοντας το λεγόμενο διαζύγιο χωρίς υπαιτιότητα των συζύγων (*no-fault divorce*) η αλλιώς «αυτόματο διαζύγιο». Όταν ο ένας από τους δύο συζύγους θέλει να πάρει διαζύγιο δεν χρειάζεται να αποδείξει στο δικαστήριο ότι το άλλο μέρος είναι υπεύθυνο για τον κλονισμό του γάμου. Το αυτόματο διαζύγιο θεωρήθηκε μια μεγάλη κατάκτηση του φεμινιστικού κινήματος στα τέλη της δεκαετίας του 1960. Όμως ο Gary Becker και άλλοι οικονομολόγοι είχαν και πάλι προειδοποιήσει ότι το αυτόματο διαζύγιο θα αφαιρέσει από τις γυναίκες ένα ισχυρό διαπραγματευτικό όπλο. Οι γυναίκες το χρειάζονται γιατί η επένδυση της γυναίκας στον γάμο είναι «εξειδικευμένη στο γάμο» (*marriage specific investment*). Δηλαδή αποκτά αξία μόνο μέσα στα πλαίσια της συγκεκριμένης σχέ-

σης – του συγκεκριμένου γάμου. Η μέση γυναίκα έχει επενδύσει πολύ περισσότερα από τον άνδρα σε ένα γάμο, ιδίως εάν έχει εγκαταλείψει την καριέρα της ή το επάγγελμά της για να μείνει στο σπίτι ως οικοκυρά. Επίσης, η γυναίκα έχει «καταθέσει» το μεγαλύτερο μέρος της επένδυσής της στα πρώτα χρόνια του γάμου (π.χ. απόκτηση και ανατροφή παιδιών). Η επένδυσή της είναι τόσο εξειδικευμένη στο συγκεκριμένο γάμο που θα είναι άχρηστη έξω από αυτόν.

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

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

Το αποτέλεσμα αυτό οφείλεται στην αδυναμία των δικαστηρίων να μετρήσουν με κάποια ακρίβεια την συνεισφορά των γυναικών στο γάμο. Όμως αυτό δεν μπορεί να γίνει με την απλή εφαρμογή νομικών διατάξεων ακόμα και όταν αυτές είναι ιδιαίτερα φιλικές προς τις γυναίκες όπως εκείνες του Ελληνικού αστικού κώδικα (βλ. ΑΚ 1400). Αυτό που λείπει είναι μία θεωρία ανθρωπίνου κεφαλαίου σαν αυτή που πρότεινε ο Gary Becker και με τη βοήθεια της οποίας μπορεί να προσμετρηθεί η συνεισφορά της γυναίκας στο γάμο ως μορφή επένδυσης στο ανθρώπινο κεφάλαιο του συζύγου της.

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

Αυτός είναι ο λόγος για τον οποίο οι νέες μορφωμένες γυναίκες αποφασίζουν να παντρευτούν μετά τα 30 σε όλο και μεγαλύτερο ποσοστό,

ο φόβος δηλαδή ότι στην παραγωγικότερη φάση της ζωής τους αν δεν επενδύσουν στο δικό τους ανθρώπινο κεφάλαιο αλλά στου συζύγου τους είναι πολύ πιθανό την επένδυσή τους αυτή να καρπωθεί μια άλλη, νεότερη τους γυναίκα ενώ η δική τους αποζημίωση από τα δικαστήρια θα είναι προφανώς ελάχιστη (Hatzis and Tsaoussis 2011).

7. Η Αξία της Ανθρώπινης Ζωής

Το πρόβλημα της επιμέτρησης της αποζημίωσης είναι ένα ακόμα ζήτημα στο οποίο η οικονομική ανάλυση έχει πολύ μεγάλη συνεισφορά. Όπως θα παρατηρήσουμε στις περισσότερες περιπτώσεις οι αποζημιώσεις που συνιστά η οικονομική ανάλυση του δικαίου είναι πολύ μεγαλύτερες από εκείνες που δίνουν τα δικαστήρια στην Ελλάδα και αλλού (Vlamos and Hatzis 2009). Ο λόγος είναι απλός: οι οικονομολόγοι έχουν καταλλήλότερα εργαλεία για μία ακριβέστερη μέτρηση. Ένα πρόσφατο πολύ ενδιαφέρον παράδειγμα αφορά την πλέον προβληματική ίσως περίπτωση επιμέτρησης αποζημίωσης, την αποζημίωση του θύματος σε περίπτωση ατυχήματος. Ποια είναι η αξία της ανθρώπινης ζωής; Μέχρι πρόσφατα τα αμερικάνικα δικαστήρια επιμετρούσαν την αποζημίωση των θυμάτων υπολογίζοντας κυρίως την σημερινή αξία του μελλοντικού εισοδήματός τους που θα χαθεί λόγω του ατυχήματος. Ο Καθηγητής της Νομικής Σχολής του Harvard Kip Viscusi πρότεινε έναν καλύτερο τρόπο: ο Viscusi (2004) προσπάθησε να βρει πόσο τα ίδια τα άτομα αξιολογούν την ζωή τους ή, ακριβέστερα, πόσα χρήματα ζητούν για να την θέσουν σε κίνδυνο. Είδε λοιπόν ότι στις Η.Π.Α. τα άτομα πληρώνονται σε επικίνδυνες εργασίες περίπου \$700 επιπλέον τον χρόνο για την αύξηση κατά 0,01% (δηλαδή 1/10.000) της πιθανότητας θανάτου από ατύχημα. Αυτό σημαίνει ότι αξιολογούν την ανθρώπινη ζωή (κατά μέσο όρο στη συγκεκριμένη, την αμερικανική κοινωνία) σε \$7 εκ. δολάρια για τους άνδρες και \$8.5 εκ. για τις γυναίκες (που προφανώς αξιολογούν την ζωή τους περισσότερο!). Δηλαδή τουλάχιστον 14 φορές παραπάνω από το ανώτερο ποσό που έδιναν μέχρι πρόσφατα τα δικαστήρια (\$500.000). Τα τελευταία χρησιμοποιούν κάθε μέρα και πιο εκτεταμένα τις μελέτες της ομάδας Viscusi (βλ. επίσης Viscusi and Aldy 2003), ενώ πρόσφατα ο Νομπελίστας Οικονομικών Joseph Stiglitz τις χρησιμοποίησε για να μετρήσει το πραγματικό κόστος του πολέμου στο Ιράκ για τις Η.Π.Α. (Stiglitz and Bilmes 2008).

Ένα άλλο σημαντικό ερώτημα στο δίκαιο της αποζημίωσης είναι το ποιος είναι ο σκοπός της αποζημίωσης. Ένα χαρακτηριστικό παράδειγμα είναι η φύση της ποινικής ρήτηρας. Στην ελληνική θεωρία και νομολογία είναι κρατούσα η άποψη ότι η ποινική ρήτρα αποτελεί ιδιωτική αστική

ποινή. Η άποψη αυτή βασίζεται στην διάταξη ΑΚ 405§2 σύμφωνα με την οποία «η κατάπτωση της ποινής επέρχεται και αν ακόμα ο δανειστής δεν έχει υποστεί καμιά ζημία». Όμως ο κανόνας αυτός έχει ένα και μόνο σκοπό την υποστήριξη της λειτουργίας της σύμβασης ως μηχανισμού κατανόμης του κινδύνου. Εάν δεν καταπέσει η ποινική ρήτρα ανεξάρτητα της ύπαρξης ζημίας, όταν τα μέρη θα διαπραγματεύονται την σύμβαση και δεν θα γνωρίζουν τους πιθανούς κινδύνους *ex ante* δεν θα έχουν άλλον τρόπο να καταναείμουν ενδοσυμβατικά το προσδοκώμενο κόστος του κινδύνου (Hatzis 2002). Αυτό διαισθάνεται ο Μιχάλης Σταθόπουλος όταν γράφει ότι «η ποινική ρήτρα παρουσιάζει ομοιότητες με την εγγύηση και τις εμπράγματα ασφάλειες» (2004: 1254).

8. Παρένθετη Μητρότητα και Οικονομικό Αντάλλαγμα

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

Το Νοέμβριο του 2000 ο τότε Υπουργός Δικαιοσύνης Μιχάλης Σταθόπουλος συνέστησε μια επιτροπή με σκοπό να εξετάσει τις συνέπειες της βιοτεχνολογίας και της γενετικής στο αστικό δίκαιο και ιδιαίτερα στο οικογενειακό. Στην επιτροπή που συνεστήθη μετείχαν 9 μέλη και τα 9 νομικοί, καθηγητές και καθηγήτριες αστικού δικαίου. Συμμετείχαν επίσης στις εργασίες 2 γραμματείς και οι δυο αστικολόγοι. Στην επιτροπή δεν συμπεριελήφθη συνταγματολόγος, φιλόσοφος (και μάλιστα της βιοηθικής ή της ηθικής φιλοσοφίας), κοινωνιολόγος, ψυχολόγος και φυσικά οικονομολόγος. Όταν κάποια μέλη ζήτησαν να προστεθεί ως μέλος ένας βιολόγος ο πρόεδρος της Επιτροπής Γιώργος Κουμάντος απέρριψε το αίτημα. Απλά εκλήθησαν ένας γενετιστής και ένας γυναικολόγος σε 2 και 1 συνεδριάσεις αντίστοιχα από τις 17 που έλαβαν χώρα.¹⁰

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

10. Για όλα όσα αναφέρονται εδώ σχετικά με τις εργασίες της Νομοπαρασκευαστικής Επιτροπής και τη συζήτηση στη Βουλή, βλ. Αγαλλοπούλου και Κουτσουράδης (2004) και Hatzis (2009).

μπορούσε να είναι κάποιος άλλος Υπουργός και κάποιος άλλος Πρόεδρος της Επιτροπής και τα αποτελέσματα να ήταν εντελώς διαφορετικά.

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

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

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

Τι πέτυχαν λοιπόν οι εχθροί της «εμπορευματοποίησης»; Όποιος είναι αρκετά εύπορος, μπορεί να ταξιδέψει στο εξωτερικό και να συνά-

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

Με τους συνεργάτες μου αναζητήσαμε όλες τις σχετικές αποφάσεις από τις αρχές του 2003 έως το καλοκαίρι του 2010 και ταυτόχρονα έκανε το ίδιο ο Επιστημονικός Συνεργάτης της Εθνικής Επιτροπής Βιοηθικής, Τάκης Βιδάλης με τους δικούς του συνεργάτες. Μόνο 120 άτομα/ζευγάρια ζήτησαν την σχετική άδεια μέσα σε 7 χρόνια.¹¹

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

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

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

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

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

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

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

9. Χαμένος στη Μετάφραση

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

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

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

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

10. Αισιόδοξες εξελίξεις

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

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

Σύμφωνα με τον πρώτο:

Η χρησιμοποίηση μεθόδων και όρων της οικονομικής επιστήμης μπορεί να συμβάλλει στην απαλλαγή του δικαίου από μεταφυσικές προκαταλήψεις και να φωτίσει τα πραγματικά κίνητρα των ανθρώπων κατά τη διαμόρφωση των δικαικών ρυθμίσεων. Μπορεί ακόμα να συντελέσει στην ‘αποκάλυψη’ των οικονομικών σκοπιμοτήτων των κανόνων δικαίου. (Γεωργιάδης 2002: 81)

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

Η νομική επιστήμη πρέπει να υπερβαίνει την επιστημονική εσωστρέφεια, αλλά και την τυπολατρεία και εννοιοκρατία που τη βάρυνε στο παρελθόν και να εξετάζει τα κοινωνικά φαινόμενα και ανάμεσά τους τα οικονομικά συμφέροντα, την αποτελεσματικότητα και τα αντλούμενα οφέλη από τα όποια νομοθετικά μέτρα. Άλλωστε το ότι το δίκαιο οφείλει να λαμβάνει υπόψη τις οικονομικές σχέσεις είχε και πολύ πριν από τη νέα αυτή θεωρία επανειλημμένα επισημανθεί, σήμερα δε αποτελεί κοινό τόπο. (Σταθόπουλος 2004: 19).¹²

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

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

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

Η πλειοψηφία του δικαστηρίου στην απόφασή της αναφέρει:

[η] ερμηνευόμενη πράξη του άρθρου 1031 ΑΚ, είναι προφανές, ότι έχει υπόψη της σωλήνες διοχετεύσεως (λήψεως) ύδατος καθαρού, όχι θαλάσσιας προέλευσης, το οποίο, διοχετευόμενο στο εξυπηρετούμενο ακίνητο θα καταναλώνεται εξολοκλήρου σ' αυτό,

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

χωρίς να ανακύπτει ανάγκη μεταταύτα αποχετεύσεως του όπως συμβαίνει με το θαλάσσιο ύδωρ των κολυμβητικών δεξαμενών. Είναι ενδεικτική του αποκλεισμού των αποχετευτικών σωλήνων η χρήση του όρου «υδραγωγών σωλήνων» ή «σωλήνων νερού» στο άνω άρθρο που εκφράζει τους σωλήνες διοχέτευσης και όχι αποχέτευσης ύδατος.

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

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

Οι δικαστές της μειοψηφίας δεν αρκέστηκαν λοιπόν σε μια φορμαλιστική ανάγνωση του νόμου αλλά έκαναν μια ανάλυση κόστους-οφέλους λαμβάνοντας υπόψη της ανάγκες της ελληνικής τουριστικής οικονομίας

αλλά και το πραγματικό πρόβλημα που δημιουργεί η μονοπωλιακή ουσιαστικά θέση του ιδιοκτήτη του οικοπέδου Α.

11. Αντί επιλόγου

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

Ένα καλό παράδειγμα αποτελεί το πρόγραμμα της Νομικής Σχολής του Πανεπιστημίου του Σικάγο που δίνει πολύ μεγάλη έμφαση στις κοινωνικές επιστήμες¹³ αλλά και εκείνο της Νομικής Σχολής του Harvard που προσφέρει το μεγαλύτερο αριθμό μαθημάτων από οποιαδήποτε νομική σχολή στον κόσμο. Οι φοιτητές στο Harvard, αφού περάσουν τα μόνο 6 υποχρεωτικά μαθήματα στο πρώτο έτος, έχουν το δικαίωμα να επιλέξουν όποια μαθήματα θέλουν στη συνέχεια των σπουδών τους και ιδιαίτερα μαθήματα από άλλα τμήματα. Η Νομική Σχολή τους ενθαρρύνει να το κάνουν και τους ωθεί να ενταχθούν σε μία από τις έξι κατευθύνσεις σπουδών:¹⁴

1. Δίκαιο και Κράτος (*Law & Government*)
2. Δίκαιο και Επιχειρήσεις (*Law & Business*)
3. Διεθνές και Συγκριτικό Δίκαιο (*International & Comparative Law*)

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

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

4. Δίκαιο, Επιστήμη και Τεχνολογία (*Law, Science & Technology*)
5. Δίκαιο και Κοινωνική Αλλαγή (*Law and Social Change*)
6. Ποινική Δικαιοσύνη (*Criminal Justice*).

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

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

Η δεύτερη πρόταση αφορά στην Εθνική Σχολή Δικαστών. Αυτή τη στιγμή ένας νέος 28-29 ετών μετά την αποφοίτησή του από την σχολή θα κληθεί να ρυθμίσει την οικονομική ζωή με τις αποφάσεις του χωρίς να έχει την παραμικρή γνώση οικονομικών. Όσο καλός νομικός κι αν είναι θα μπορούσε να οδηγήσει με τις αποφάσεις του σε καταστροφικά αποτελέσματα αν δεν μπορεί να αντιληφθεί τον τρόπο που λειτουργεί ο μηχανισμός της αγοράς. Η έμφαση στη Σχολή Δικαστών δεν θα πρέπει να δίνεται μόνο στην εμπέδωση των νομικών εννοιών και στην εκμάθηση κανόνων αλλά κύρια στην γνώση των μελλοντικών δικαστών για την κοινωνία που πρόκειται να αποτελέσει το αντικείμενό τους. Γιατί αυτό είναι το αντικείμενό τους και όχι μόνο οι έννοιες που θα μάθουν να χειρίζονται.¹⁵

Αντί συμπεράσματος λοιπόν θα τελειώσω με την περίφημη φράση του Δικαστή Oliver Wendell Holmes, μια φράση που έγραψε πριν από 115 χρόνια και είναι το ίδιο επίκαιρη σήμερα:

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

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

Βιβλιογραφία

- Becker, Gary S. 1968. "Crime and Punishment: An Economic Approach." *Journal of Political Economy* 76: 169-217.
- Becker, Gary S. 1973. "A Theory of Marriage: Part I." *Journal of Political Economy* 81: 813-846.
- Becker, Gary S. 1974. "A Theory of Marriage: Part II." *Journal of Political Economy* 82 (2,2): S11-S26.
- Becker, Gary S. 1993. "Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior." *Journal of Political Economy* 101: 385-409.
- Brazier, Margaret, Alastair Campbell and Susan Golombok. 1998. *Surrogacy: Review for Health Ministers of Current Arrangements for Payments and Regulation (Report of the Review Team)*. London: Department of Health.
- Calabresi, Guido (1970). *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. New Haven: Yale University Press.
- Coase, Ronald H. 1960. "The Problem of Social Cost." *Journal of Law & Economics* 3: 1-44.
- Cohen, Lloyd R. 1987. "Divorce, and Quasi-Rents; or, 'I Gave Him the Best Years of My Life.'" *Journal of Legal Studies* 16: 267-303.
- Corrado, Michael. 1992. "The Place of Formalism in Legal Theory." *North Carolina Law Review* 70: 1545-1561.
- Donohue III, John J. and Steven D. Levitt. 2001. "The Impact of Legalized Abortion on Crime." *Quarterly Journal of Economics* 116: 379-420.
- Donohue III, John J. and Steven D. Levitt. 2004. "Further Evidence that Legalized Abortion Lowered Crime: A Reply to Joyce." *Journal of Human Resources* 39: 29-49.
- Duxbury, Neil. 1995. *Patterns of American Jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press.
- Hahn, Robert W. and James E. Prieger. 2006. "The Impact of Driver Cell Phone Use on Accidents." *Advances in Economic Analysis & Policy* 6(1) Art. 9. <http://www.bepress.com/bejeap/advances/vol6/iss1/art9/>
- Hatzis, Aristides N. 2002. "Having the Cake and Eating It Too: Efficient Penalty Clauses in Common and Civil Contract Law." *International Review of Law & Economics* 22: 381-406.
- Hatzis, Aristides N. 2003. "'Just the Oven': A Law and Economics Approach to Gestational Surrogacy Contracts." In *Perspectives for the Unification or Harmonisation of Family Law in Europe*. Katharina Boele-Woelki, ed. Antwerp: Intersentia. Pp. 412-433.
- Hatzis, Aristides N. 2006. "Civil Contract Law and Economic Reasoning: An Unlikely Pair?" In *The Architecture of European Codes and Contract Law*. Stefan Grundman and Martin Schauer, eds. Hague: Kluwer Law. Pp. 159-191.
- Hatzis, Aristides N. 2008. "A Very Cheap Crime: Measuring the Expected Cost of Rape in Greece." Working Paper.

- Hatzis, Aristides N. 2009. "From Soft to Hard Paternalism and Back: The Regulation of Surrogate Motherhood in Greece." *Portuguese Economic Journal* 49: 205-220.
- Hatzis, Aristides N. and Aspasia Tsaoussis 2011. "...Or For Worse': Prenuptial Agreements and the Compensation Paradox in Divorce." Forthcoming.
- Holmes, Oliver Wendell. 1880. Book Reviews of Langdell's and Anson's books on Contracts. *American Law Review* 14: 233-235.
- Holmes, Oliver Wendell. 1881. *The Common Law*. Boston: Little Brown, and Co.
- Holmes, Oliver Wendell. 1897. "The Path of the Law." *Harvard Law Review* 10: 457-478.
- Holmes, Oliver Wendell. 1899. "Law in Science and Science in Law." *Harvard Law Review* 12: 443-463.
- Horwitz, Morton J. 1975. "The Rise of Legal Formalism." *American Journal of Legal History*. 19: 251-264.
- Hatzis, Aristides N. and Sonia Nalpantidou. 2007. "From Nothing to Too Much: Regulatory Reform in Greece." Brussels: European Network for Better Regulation. Working Paper 13/2007.
- Levitt, Steven D. 1996. "The Effect of Prison Population Size on Crime Rates: Evidence from Prison Overcrowding Litigation." *Quarterly Journal of Economics* 111: 319-351.
- Levitt, Steven D. 2004. "Understanding Why Crime Fell in the 1990s: Four Factors that Explain the Decline and Six that Do Not." *Journal of Economic Perspectives* 18: 163-190.
- Peltzman, Sam. 1973. "An Evaluation of Consumer Protection Legislation: The 1962 Drug Amendments." *Journal of Political Economy* 81: 1049-1091.
- Peltzman, Sam. 1975. "The Effects of Automobile Safety Regulation." *Journal of Political Economy* 83: 677-726.
- Peltzman, Sam. 2004. *Regulation and the Natural Progress of Opulence (2004 Distinguished Lecture)*. Washington, DC: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies.
- Posner, Richard A. 1987. "The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987." *Harvard Law Review* 100: 761-780.
- Posner, Richard A. 1990. *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Posner, Richard A. 1993. "Gary Becker's Contributions to Law and Economics." *Journal of Legal Studies* 22: 211-215.
- Posner, Richard A. 2010 [1973a]. *Economic Analysis of Law*. New York: Aspen, 8th ed.
- Pound Roscoe. 1908. "Mechanical Jurisprudence." *Columbia Law Review* 8: 605-623.
- Pound Roscoe. 1910. "Law in Books and Law in Action." *American Law Review* 44: 12-36.
- Reynolds, Morgan. 1992. "Why Does Crime Pay?" Dallas, TX: National Center for Policy Analysis, Policy Background No. 123.
- Rubin, Paul H. 1977. "Why Is the Common Law Efficient?" *Journal of Legal Studies* 6: 51-63.

- Shapiro, Fred R. 2000. "The Most-Cited Legal Scholars." *Journal of Legal Studies* 29: 409-426.
- Speziale, Marcia. 1980. "Langdell's Concept of Law as Science: The Beginning of Anti-Formalism in American Legal Theory." *Vermont Law Review* 5: 1-37.
- Stiglitz, Joseph E. and Linda J. Bilmes. 2008. *The Three Trillion Dollar War: The True Cost of the Iraq Conflict*. New York: Norton.
- Tsaoussis, Aspasia. 2003. *The Greek Divorce Law Reform of 1983 and Its Impact on Homemakers: A Social and Economic Analysis*. Athens-Komotini: Ant. N. Sakkoulas Publishers.
- Viscusi, W. Kip. 2004. "The Value of Life: Estimates with Risks by Occupation and Industry." *Economic Inquiry* 42: 29-48.
- Viscusi, W. Kip and Joseph E. Aldy. 2003. "The Value of Statistical Life: A Critical Review of Market Estimates Throughout the World." Cambridge, MA: National Bureau of Economic Research. Working Paper 9487.
- Vliamos, Spyros and Aristides N. Hatzis. 2009. "The Assessment of Compensatory Damages for Medical Error by the Greek Courts: An Economic Analysis." In *The Global Economics of a Changing Environment*. James A. Brox and Nicholas C. Baltas, eds. Waterloo: North Waterloo Academic Press.
- Weitzman, Lenore J. 1985. *The Divorce Revolution: The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America*. New York: Free Press.
- Weinrib, Ernest J. 1988. "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law." *Yale Law Journal* 97: 949-1016.
- Αγαλλοπούλου, Πηνελόπη και Αχιλλέας Γ. Κουτσουράδης (επιμ.). 2004. *Ιατρική Υποβοήθηση στην Ανθρώπινη Αναπαραγωγή (Ν. 3089/2002 – Προπαρασκευαστικές Εργασίες - Συζήτηση στη Βουλή)*. Αθήνα-Θεσσαλονίκη: Εκδόσεις Σάκκουλα.
- Δίγκας, Ιωάννης Γ. 2011. «Ο Νομικός Ρεαλισμός στο Έργο του Roscoe Pound.» (Διδακτορική Διατριβή) Θεσσαλονίκη: Αριστοτέλειο Πανεπιστήμιο Θεσσαλονίκης, Τμήμα Νομικής.
- Γέμτος, Πέτρος Α. 1988. «Μεθοδολογικά Προγράμματα στην Οικονομική και τη Νομική Επιστήμη και το Πρόβλημα της Διεπιστημονικής τους Συνεργασίας» *Νομικό Βήμα* 36: 1192-1202.
- Γέμτος, Πέτρος Α. 1999. «Οι Θεωρητικές Βάσεις της Οικονομικής Ανάλυσης του Δικαίου» *Νομικό Βήμα* 47: 1-13.
- Γέμτος, Πέτρος Α. 2001-3. *Οικονομία και Δίκαιο. Τόμος Α. Μεθοδολογικά και Οικονομικά Θεμέλια*. (2^η εκδ. 2003). *Τόμος Β. Οικονομική Ανάλυση Βασικών Θεσμών του Ιδιωτικού Δικαίου* (2001). Αθήνα-Κομοτηνή: Εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα.
- Γέμτος, Πέτρος Α. 2003. «*Homo Economicus, Homo Sociologicus, Homo Juridicus*: Μια Συμβολή στα Μεθοδολογικά Θεμέλια της Νομικής και των Εμπειρικών Κοινωνικών Επιστημών» *Κριτική Επιθεώρηση* 2003/2.
- Γεωργιάδης, Απόστολος Σ. 2002. *Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου*. Αθήνα-Κομοτηνή: Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 3^η έκδοση.

- Δελλής, Γιώργος Ι. 2008. *Κοινή Ωφέλεια και Αγορά. Τόμος Α. Το Τέλος των Διαχωριστικών Γραμμών: Η «Αγορακεντρική» Δημόσια Ρύθμιση των Κοινοφελών Δραστηριοτήτων*. Αθήνα-Κομοτηνή: Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα.
- Ναλπαντίδου, Σόνια και Αριστείδης Ν. Χατζής. 2008. «Η Ανάλυση Επιπτώσεων των Κανονιστικών Ρυθμίσεων» *Εφαρμογές Δημοσίου Δικαίου* 21: 33-95.
- Παπαντωνίου, Νικ. Σ. 1983. *Γενικές Αρχές του Αστικού Δικαίου*. Αθήνα: Αφοι Π. Σάκκουλα.
- Σταθόπουλος, Μιχ. Π. 2004. *Γενικό Ενοχικό Δίκαιο*. Αθήνα-Θεσσαλονίκη: Εκδόσεις Σάκκουλα.
- Χατζής, Αριστείδης Ν. 2007. «Αυστηροί Κανόνες και Γενικές Ρήτρες: Μια Οικονομική Ανάλυση», στο *Διοικητική Θεωρία και Πράξη – Διοίκηση και Κοινωνία* Αντώνης Μακρυδυμήτρης & Μαρία-Ηλιάνα Πραβίτα, επ. Αθήνα-Θεσσαλονίκη: Εκδόσεις Σάκκουλα.
- Χατζής, Αριστείδης Ν. 2008. «Ο Θανατηφόρος Συνδυασμός (Όταν το Δίκαιο Συνάντησε τα Οικονομικά)», *Cogito* 8: 49-51.
- Χατζής, Αριστείδης, Ν. 2010. «Τα Οικονομικά του Εγκλήματος» στον *Τιμητικό Τόμο Καλλιόπης Δ. Σπινέλλη*. Αθήνα-Κομοτηνή: Εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, σσ. 455-467.

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

by Aristides N. Hatzis

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

Abstract

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

JEL Classification Code: K0



ΤΕΙ ΚΑΒΑΛΑΣ
ΤΕΧΝΟΛΟΓΙΚΟ ΕΚΠΑΙΔΕΥΤΙΚΟ ΙΔΡΥΜΑ
www.teikav.edu.gr



ΤΜΗΜΑ
ΛΟΓΙΣΤΙΚΗΣ

Ο ρόλος της Δικαιοσύνης στην άσκηση της Επιχειρηματικής Δραστηριότητας

Πρακτικά 2^{ου} Πανελληνίου Επιστημονικού Συνεδρίου
Νομικής Τεκμηρίωσης Κοινωνικοοικονομικών Θεμάτων

8 - 9 Απριλίου 2011, Καβάλα

Επιμέλεια:

Πόλη Καλαμπούκα - Γιαννοπούλου

Επικ. Καθηγήτρια ΤΕΙ Καβάλας



ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ

Το Δίκαιο ως εργαλείο μείωσης του κόστους των συναλλαγών. Το Θεώρημα του Coase και η Οικονομική Ανάληψη του Δικαίου

Αριστείδης Χατζής¹,

Επίκ. Καθηγητής Φιλοσοφίας Δικαίου & Θεωρίας Θεσμών Παν/μίου Αθηνών,
Δικηγόρος Δ.Ν.

Πρόλογος

Μέχρι τα μέσα του περασμένου αιώνα οι οικονομολόγοι αντιμετώπιζαν το δίκαιο αλλά και ευρύτερα τους θεσμούς ως μέρος των περιορισμών (*constraints*) που οριοθετούν τις ανθρώπινες επιλογές. Για την πρώιμη νεοκλασική οικονομική θεωρία οι κανόνες δικαίου αποτελούσαν εμπόδια στην προσπάθεια των ορθολογικών ατόμων να μεγιστοποιήσουν την ωφελιμότητά τους, δηλαδή να επιτύχουν μεγαλύτερα επίπεδα ατομικής ευημερίας. Αυτό δεν σημαίνει ότι οι οικονομολόγοι θεωρούσαν άχρηστο το δίκαιο – κάθε άλλο. Είχαν από νωρίς αναγνωρίσει την κεντρική σημασία του κράτους δικαίου για την οικονομική ευημερία και ανάπτυξη: η προστασία των δικαιωμάτων ιδιοκτησίας, η

1. Αναπληρωτής Καθηγητής Φιλοσοφίας Δικαίου και Θεωρίας Θεσμών στο Τμήμα Μεθοδολογίας, Ιστορίας & Θεωρίας της Επιστήμης του Εθνικού & Καποδιστριακού Πανεπιστημίου Αθηνών. Διδάκτορας Οικονομικής Ανάλυσης του Δικαίου του Πανεπιστημίου του Σικάγο. Η πρώτη μου δημοσιευμένη επιστημονική εργασία είχε σαν θέμα τον Ronald Coase και γράφτηκε αμέσως μετά την απονομή στον Coase του βραβείου Νόμπελ στην Οικονομική Επιστήμη το 1991 (Χατζής 1991). Η ευκαιρία που μου δόθηκε τότε να ασχοληθώ με τον Ronald Coase με οδήγησε στην οικονομική ανάλυση του δικαίου και στη Νομική Σχολή του Πανεπιστημίου του Σικάγο. Με την ευκαιρία αυτή θα ήθελα να ευχαριστήσω τον Καθηγητή Ronald Coase για τον χρόνο που μου αφιέρωσε τότε, δίνοντάς μου απαντήσεις σε μια σειρά καίριων ερωτημάτων και βοηθώντας με να κατανοήσω την ουσία των επιχειρημάτων του αλλά και τον επιβλέποντα της διδακτορικής μου διατριβής Καθηγητή και Δικαστή Richard Posner για τόσα πολλά πράγματα που είναι αδύνατον να ξεχωρίσω κάτι εδώ. Προφανώς η προσέγγισή μου στο θεώρημα του Coase έχει επηρεαστεί καταλυτικά από το δικό του έργο και τις συζητήσεις μας αν και δεν θα συμφωνούσε με όλα τα συμπεράσματά μου. Οι ιδέες που παρουσιάζονται στο κείμενο αυτό είχαν μέχρι τώρα παρουσιαστεί μόνο στα πλαίσια πανεπιστημιακών διαλέξεών μου από το 2004 στο Τμήμα Νομικής του ΕΚΠΑ και από το 2005 στο Τμήμα Οικονομικών του ΟΠΑ αλλά και σε διαλέξεις σε άλλα πανεπιστημιακά τμήματα, σε συνέδρια και σεμινάρια στην Ελλάδα και στο εξωτερικό. Η αφορμή για τη συγγραφή του κειμένου δόθηκε σε συνέδριο με θέμα «Ο ρόλος της Δικαιοσύνης στην άσκηση της Επιχειρηματικής Δραστηριότητας» που οργάνωσε το Τμήμα Λογιστικής του ΤΕΙ Καβάλας τον Απρίλιο του 2011. Ευχαριστώ την Καθ. Πόπη Καλαμπούκα για την πρόσκληση και τους συμμετέχοντες για τα χρήσιμα σχόλια και τις παρατηρήσεις στη συζήτηση που ακολούθησε. Ευχαριστώ επίσης για τα λεπτομερή σχόλιά τους στο κείμενο αυτό τον Αλέξανδρο Χατζή και ιδιαίτερα τη Γιούλη Φωκά-Καβαλιεράκη για τα σχόλιά της τόσο στο παρόν κείμενο όσο και στο σύνολο των διαλέξεών μου πάνω στο θεώρημα του Coase από το 2008 μέχρι σήμερα. Τα σχόλια στο παρόν κείμενο είναι ευπρόσδεκτα στη διεύθυνση: ahatzis@phs.uoa.gr.

εφαρμογή των συμβάσεων, η εξασφάλιση της κοινωνικής ομαλότητας και συνοχής αλλά και η κοινωνική πολιτική απαιτούσαν ένα πλέγμα κανόνων δικαίου που θεωρούνταν απαραίτητα μεν αλλά ταυτόχρονα και περιοριστικά της οικονομικής δραστηριότητας. Για τους οικονομολόγους αυτοί οι κανόνες (τυπικοί και άτυποι) περιόριζαν τις εφικτές επιλογές όπως οι φυσικοί περιορισμοί (ο χρόνος) ή το εισόδημα. Έτσι δεν αποτελούσαν αντικείμενο της οικονομικής επιστήμης – μελετούνταν παρεμπιπτόντως² και αντιμετωπιζόταν όπως οι προτιμήσεις – θεωρούνταν δηλαδή δεδομένοι και εξωγενείς.

Αυτός που κατόρθωσε να αλλάξει ριζικά τον τρόπο που οι οικονομολόγοι αντιμετωπίζουν το δίκαιο και τους θεσμούς ήταν ο άγγλος οικονομολόγος Ronald H. Coase.³ Με την συμβολή του στην οικονομική θεωρία (η οποία τιμήθηκε με το Βραβείο Νόμπελ στην Οικονομική Επιστήμη το 1991)⁴ ανάγκασε τους οικονομολόγους να δουν το δίκαιο και τους θεσμούς με πολύ διαφορετικό τρόπο: όχι ως περιορισμούς αλλά ως εργαλεία επίλυσης των ενδογενών προβλημάτων της αγοράς. Ταυτόχρονα το θεώρημα του Coase (όπως κωδικοποιήθηκε η βασική συνεισφορά του στην οικονομική επιστήμη από τον George Stigler) αποτέλεσε τη θεμέλια λίθο της οικονομικής ανάλυσης του δικαίου, της πλέον επιτυχημένης διεπιστημονικής προσέγγισης στο δικαιοτικό φαινόμενο. Ο Coase υποχρέωσε με το έργο του και τους νομικούς να αντιληφθούν ότι δεν μπορούν να ρυθμίσουν την αγορά (αλλά και την κοινωνία) χωρίς τη βοήθεια μιας εμπειρικής κοινωνικής επιστήμης, όπως τα οικονομικά, που θα τους βοηθήσουν να διαμορφώσουν αποτελεσματικούς θεσμούς.⁵

Στο κείμενο που ακολουθεί θα παρουσιάσουμε αναλυτικά το θεώρημα του Coase και στις δύο εκδοχές του (την θετική/περιγραφική και την κανονιστική), το πρόβλημα του κόστους συναλλαγών, τη γέννηση της οικονομικής ανάλυσης του δικαίου από τον Richard Posner και τη συνεισφορά στη συζήτηση για τις μορφές προστασίας των δικαιωμάτων από τον Guido Calabresi. Θα ολοκληρώσουμε τη μελέτη μας με την ελληνική περίπτωση που έχει ιδιαίτερο ενδιαφέρον καθώς η Ελλάδα αποτελεί κυριολεκτικά παράδεισο κόστους συναλλαγών που καθιστούν απαγορευτική την οικονομική ανάπτυξη, τη μόνη έξοδο από την κρίση.

2. Αν και εμφανίστηκε ήδη από τις αρχές του 20^{ου} αιώνα η λεγόμενη (παλαιο)θεσμική σχολή στα οικονομικά (*institutional economics*, Thorstein Veblen, John R. Commons, κ.α.) αυτή επηρέασε ελάχιστα την κυρίαρχη νεοκλασική προσέγγιση και σύντομα περιθωριοποιήθηκε (Rutherford 2001).

3. Ο Ronald Coase γεννήθηκε το 1910 στο Λονδίνο. Στις 29 Δεκεμβρίου 2011 συμπλήρωσε τα 101 έτη. Σπούδασε στο London School of Economics και δίδαξε εκεί από το 1935 μέχρι το 1951 που μετακινήθηκε στις Η.Π.Α. Εκεί δίδαξε αρχικά στο Πολιτειακό Πανεπιστήμιο της Νέας Υόρκης (SUNY-Buffalo) και αργότερα στο Πανεπιστήμιο της Βιρτζίνια. Το 1964 εξελέγη Καθηγητής στη Νομική Σχολή του Πανεπιστημίου του Σικάγο όπου σήμερα είναι πλέον Ομότιμος Καθηγητής.

4. Ο Ronald Coase δεν έχει σπουδάσει οικονομικά. Σπούδασε *Commerce* στο London School of Economics τη δεκαετία του 1930 (κάτι σαν διοίκηση επιχειρήσεων) αλλά δεν επέλεξε κανένα μάθημα οικονομικών μέχρι σχεδόν το τέλος των σπουδών του. Όταν τον ρώτησα σχετικά μου απάντησε ότι δεν είχε επιλέξει κανένα μάθημα οικονομικών γιατί ήταν σοσιαλιστής. Τελικά στο τελευταίο έτος των σπουδών του παρακολούθησε το περίφημο σεμινάριο του Arnold Plant. Βλ. λεπτομέρειες στο Χατζής (2012b).

5. Όχι απαραίτητα με την στενότερη έννοια της οικονομικής αποτελεσματικότητας αλλά με την ευρύτερη, της επίτευξης των σκοπών που θέτει ο νομοθέτης με το μικρότερο δυνατό κόστος και τις ελάχιστες στρεβλώσεις. Βλ. Χατζής (2008).

A. Η αρχική πρόθεση του Coase

Η αρχική πρόθεση του Coase (στα τέλη της δεκαετίας του 1950) ήταν να ασχοληθεί με την οικονομική έννοια της «εξωτερικότητας» (*externality*) – έννοια που περιέγραφε μία τυπική περίπτωση αποτυχίας της αγοράς (*market failure*). Όταν ένα εργοστάσιο μολύνει το περιβάλλον «εξωτερικεύει» ένα μέρος του κόστους του (καπνός) σε άτομα που δεν έχουν σχέση με τις δραστηριότητές του. Αυτό δεν είναι μόνο ανήθικο ή παράνομο. Είναι και αναποτελεσματικό, διότι το εργοστάσιο καθώς μεταφέρει μέρος του κόστους του σε άλλα άτομα, δεν το αναλαμβάνει το ίδιο και έτσι συνεχίζει τις δραστηριότητές του ακόμα κι εάν αυτές δεν θα το συνέφεραν εάν είχε «εσωτερικεύσει» (*internalize*) αυτό το κόστος.⁶

Εάν π.χ. πάω να αγοράσω ένα συγκεκριμένο μοντέλο αυτοκινήτου και είμαι διατεθειμένος να πληρώσω γι' αυτό μέχρι €12.000 ενώ αυτό πωλείται €15.000, προφανώς δεν θα το αγοράσω. Εάν όμως ο πωλητής μου πει ότι εγώ θα καταβάλλω μόνο τα €11.000 ενώ τα υπόλοιπα €4.000 θα τα πληρώσει ένα τρίτο άτομο (που επιλέγεται αυθαίρετα και δεν θα επωφεληθεί από την αγορά – απλά θα συμμετέχει στην ανάληψη του κόστους) θα αποφασίσω να το αγοράσω γιατί έχω εξωτερικεύσει μέρος του κόστους μου και πλέον η αγορά είναι συμφέρουσα για μένα. Όταν λοιπόν ένα εργοστάσιο μολύνει το περιβάλλον, δεν αναλαμβάνουν βέβαια το κόστος της ρύπανσής του οι μέτοχοι αλλά όσοι κατοικούν στην περιοχή γύρω από το εργοστάσιο. Οι τελευταίοι αναλαμβάνουν έτσι ένα μεγάλο μέρος του κόστους του εργοστασίου χωρίς φυσικά να λάβουν και κάποιο μέρος από τα κέρδη του εργοστασίου στο τέλος του χρόνου. Ο Arthur Pigou (1920) πρότεινε διάφορες λύσεις γι' αυτήν την αποτυχία της αγοράς: φορολογία, αποζημίωση, απαγόρευση της όχλησης. Όλες αυτές οι λύσεις είχαν σαν στόχο να υποχρεώσουν αυτό που εξωτερικεύει το κόστος του να το εσωτερικεύσει, δηλαδή να το αναλάβει αυτός που το προκαλεί.

Ο Coase δεν ήταν ικανοποιημένος με τη λύση του Pigou και των οικονομικών της ευημερίας. Επιπλέον είχε μία ιδέα ανατρεπτική που βασιζόταν όμως (χωρίς να το γνωρίζει και ο ίδιος) σε μία μεγάλη νομική παράδοση. Αν και ο Coase δεν είχε κανένα ενδιαφέρον για τη νομική επιστήμη, κατόρθωσε να την επηρεάσει καταλυτικά προσπαθώντας να απαντήσει σε ένα οικονομικό πρόβλημα, εκείνο των αρνητικών εξωτερικοτήτων (*negative externalities*).

Ο Coase αντιμετωπίζει την αρνητική εξωτερικότητα όχι ως μία προσβολή δικαιώματος του Α από τον Β αλλά ως μία σύγκρουση των συμφερόντων του Α με εκείνα του Β. Δεν θεωρεί δηλαδή δεδομένο ότι το δίκαιο θα πρέπει να προστατεύσει τον Α από τον Β ή το αντίθετο. Θεωρεί ότι η προσβολή είναι αμφίδρομη (*reciprocal*) και επιπλέον ισχυρίζεται ότι την καλύτερη λύση στη σύγκρουση αυτή αποτελεί η συνεννόηση των μερών. Εφόσον αυτή είναι εφικτή θα υπερκεράσει (προβλέπει ο Coase) κάθε αντίθετη νομική ρύθμιση, προερχόμενη από το νομοθέτη ή τον δικαστή. Εφόσον δεν είναι εφικτή, γιατί υπάρχουν

6. Εάν δηλαδή το είχε αναλάβει και ως αποτέλεσμα το συμπεριλάμβανε στον υπολογισμό κόστους-οφέλους.

εμπόδια στη συνεννόηση, το δίκαιο, θεωρεί ο Coase, πρέπει να την διευκολύνει αφαιρώντας τα εμπόδια αυτά.

Όταν ο Coase διατύπωσε τη θεωρία του στα τέλη της δεκαετίας του 1950 στις Η.Π.Α. συνάντησε ισχυρές αντιδράσεις. Η θεωρία του ακουγόταν ριζοσπαστική και καινοφανής. Ίσως ήταν το πρώτο αλλά σίγουρα δεν ήταν το δεύτερο.

B. Από το Göttingen στο Chicago

Ο Coase δεν γνώριζε ότι στα τέλη του 19^{ου} αιώνα ο μεγάλος γερμανός νομικός Rudolf von Jhering (1818-1892) είχε θέσει τα θεμέλια αυτής της προσέγγισης επηρεασμένος από τον ωφελιμισμό αλλά και από τις θεωρίες του Karl Marx. Σύμφωνα με τον Jhering (1913 [1877-1883]), δεν υπάρχουν φυσικά δικαιώματα⁷ αλλά ζωτικά βιοτικά συμφέροντα και ανάγκες. Όταν αυτά τα συμφέροντα και οι ανάγκες έρχονται σε σύγκρουση μεταξύ τους το δίκαιο θα πρέπει να επιλέξει ποια από αυτά θα προστατεύσει. Με την προστασία που θα τους δώσει θα τα μετατρέψει σε δικαιώματα. Τα δικαιώματα λοιπόν είναι ουσιαστικά εννόμως προστατευόμενα συμφέροντα.

Αυτή η άποψη δεν είναι ξένη για την ελληνική νομική επιστήμη – για την ακρίβεια είναι η επικρατούσα. Ένας από τους μεγαλύτερους Έλληνες νομικούς του 20^{ου} αιώνα και συγγραφέας της τελικής εκδοχής του Αστικού Κώδικα, ο Γεώργιος Μπαλής (1961: §22) ορίζει το δικαίωμα ως εξής: «δικαίωμα είναι η εξουσία που παρέχει η έννομη τάξη στο πρόσωπο, προκειμένου αυτό να πραγματοποιήσει το βιοτικό του συμφέρον.»

Ο Coase λέει κάτι παρόμοιο με τον Jhering: πολλές φορές αυτό που βλέπουμε εμείς ως προσβολή του δικαιώματος του Α από τον Β (και οι εξωτερικότητες δημιουργούν κατεξοχήν τέτοιου είδους προσβολές) στην πραγματικότητα είναι μία σύγκρουση συμφερόντων. Το δίκαιο μπορεί να προστατεύσει οποιοδήποτε από τα συγκρουόμενα συμφέροντα μετατρέποντάς το σε δικαίωμα. Σύμφωνα με τον Jhering όμως θα πρέπει να προστατευθεί εκείνο το συμφέρον η προστασία του οποίου αυξάνει μακροπρόθεσμα την κοινωνική ευημερία. Όμως ποιο είναι αυτό το συμφέρον; Πώς μπορούμε να προβλέψουμε κάτι τέτοιο; Με ποιο τρόπο το δίκαιο θα κάνει μία τέτοιου είδους επιλογή και με ποια νομική βάση; Η ιδέα του Jhering ήταν πολύ ενδιαφέρουσα αλλά, ενώ κατάφερε να επηρεάσει την χρήση της έννοιας του δικαιώματος από τους νομικούς, δεν μπόρεσε να προτείνει μια πειστική μέθοδο ανεύρεσης εκείνου του συμφέροντος η προστασία του οποίου θα αύξανε μακροπρόθεσμα την κοινωνική ευημερία.

Ήταν προφανές ότι η νομική επιστήμη, μία δεοντολογική επιστήμη, δεν διέθετε τα αναλυτικά εργαλεία να απαντήσει στο ερώτημα αυτό. Βέβαια οι νομοθέτες και οι δικαστές επιχειρήσαν να το κάνουν αλλά με ιδιαίτερα προβληματικό τρόπο: είτε με πολιτικά κριτήρια, ευνοώντας ισχυρές οικονομικά και πολιτικά ομάδες, είτε βασιζόμενοι στη διαίσθηση και στην εμπειρία. Κανένας, όμως, πριν τον Ronald Coase δεν δοκίμασε να το κά-

7. Δικαιώματα δηλαδή που συνδέονται με τη φύση του ανθρώπου και τα οποία αποκτά ο άνθρωπος με τη γέννησή του είτε επειδή ο Θεός τον προίκισε μ' αυτά είτε επειδή είναι ένα έλλογο ον (στις κοσμικές θεωρίες φυσικών δικαιωμάτων).

νει με τα αναλυτικά εργαλεία μιας εμπειρικής κοινωνικής επιστήμης και μάλιστα της πιο επιτυχημένης: των οικονομικών.

Γ. Ο Ξενοδόχος, ο Ζαχαροπλάστης και τα Ξενοδοχεία

Σε μια από τις πραγματικές υποθέσεις που συζητά ο Coase στο μνημειώδες άρθρο του «Το Πρόβλημα του Κοινωνικού Κόστους» (1960)⁸ το οικόπεδο στο οποίο ζει και εργάζεται ένας γιατρός γειτονεύει με το οικόπεδο που βρίσκεται για πολλές δεκαετίες ένα εργαστήριο ζαχαροπλαστικής. Οκτώ χρόνια μετά την εγκατάστασή του ο γιατρός αποφασίζει να κατασκευάσει ένα ιατρείο, ανεξάρτητο από την οικία του, μέσα στον κήπο του αλλά πιο κοντά στο εργαστήριο. Όμως ο θόρυβος που προκαλούν τα μηχανήματα του εργαστηρίου πλέον τον ενοχλούν (κλασική περίπτωση αρνητικής εξωτερικότητας)⁹ και ζητά από τον ιδιοκτήτη της επιχείρησης να βρει τρόπο να πάψει την όχληση. Έχει όμως και ο ζαχαροπλάστης κάποια προφανή «ηθικά δικαιώματα».¹⁰ Το ζήτημα είναι ποιος θα αποκτήσει το νομικό δικαίωμα: ο γιατρός; (να σταματήσει η όχληση) ή ο ζαχαροπλάστης (να συνεχίσει κανονικά την δουλειά του, όπως έκανε τόσα χρόνια). Το δικαστήριο θα «δικαιώσει» είτε τον γιατρό είτε τον ζαχαροπλάστη μετατρέποντας το συμφέρον του σε δικαίωμα.

Το δικαστήριο αποφάσισε υπέρ του γιατρού, στα πλαίσια της πολιτικής των αγγλικών δικαστηρίων της εποχής να ευνοούν τις οικιστικές χρήσεις στο κέντρο του Λονδίνου. Αντιμετωπίζοντας την όχληση του εργαστηρίου ουσιαστικά ως αρνητική εξωτερικότητα

8. Η ιδέα του Coase είχε διατυπωθεί ωρίτερα αλλά σε εμβρυακή μορφή (Coase 1959). Μετά την αντίδραση που προκλήθηκε από το άρθρο του 1959, ο Coase κλήθηκε επειγόντως στο Chicago για να υπερασπιστεί τη θέση του (βλ. Stigler 2003 [1988]: 75 – «Οι οικονομολόγοι στο Σικάγο δεν μπορούσαμε να καταλάβουμε πώς ένας τόσο καλός οικονομολόγος όπως ο Coase έκανε ένα τόσο προφανές λάθος»). Σε μια από τις σημαντικότερες συναντήσεις στην ιστορία των κοινωνικών επιστημών (Stigler *id.* 75-79) ο Coase υπερασπίστηκε την ιδέα του μπροστά σε 20 οικονομολόγους που εργάζονταν εκείνη την εποχή στο Σικάγο (αρκετοί από τους οποίους βραβεύτηκαν αργότερα με το Νόμπελ). Την επίθεση στον Coase ανέλαβε ο Milton Friedman. «Αυτή η συνάντηση ήταν εξουθενωτική για μένα. Δεν ξέρω αν είχατε ποτέ την ευκαιρία να συζητήσετε με τον Milton Friedman – μια αντιπαράθεση μαζί του είναι συνήθως ιδιαίτερα επίπονη. Είναι πολύ καλός. Είναι δίκαιος αλλά δεν σε αφήνει να ξεγλιστρήσεις σε τίποτα. Σε έχει συνέχεια στην πίεση. Αλλά όταν στο τέλος – πόση ώρα κράτησε, ας πούμε μια ώρα – είδα ότι έστεκα ακόμα όρθιος, ήξερα ότι είχα νικήσει. Γιατί αν δεν σε ρίξει ο Milton νοκ άουτ σε μερικούς γύρους, είσαι εντάξει.» (από συνέντευξη του Coase στον Thomas W. Hazlett για το περιοδικό *Reason* τον Ιανουάριο του 1997). Ο Stigler (2003 [1988]: 76) περιγράφει γλαφυρά τη σύγκρουση: «Όλοι μας εναντιωθήκαμε έντονα σ' αυτή την αιρετική ιδέα. Ο Milton Friedman μίλησε περισσότερο απ' όλους, όπως συνήθως. Σκέφτηκε και περισσότερο απ' όλους, όπως συνήθως. Στη διάρκεια των δύο ωρών της αντιπαράθεσης οι ψήφοι άλλαξαν από 20-1 κατά του Coase σε 21 υπέρ του Coase. Τι συναρπαστική βραδιά!». Αμέσως μετά την συνάντηση ο Coase διατύπωσε ευκρινέστερα τη θέση του στο περίφημο άρθρο "The Problem of Social Cost" (Coase 1960). Το άρθρο αυτό έχει το μεγαλύτερο αριθμό αναφορών στη νομική και την οικονομική επιστήμη.

9. Φυσικά υπάρχουν και θετικές εξωτερικότητες. Το μπαλκόνι σου βρίσκεται απέναντι από την οθόνη ενός θερινού σινεμά. Δίπλα στο σπίτι σου αγοράζει οικόπεδο για να χτίσει ένας διάσημος ηθοποιός, ανεβάζοντας την αξία της περιοχής. Στο διπλανό διαμέρισμα κατοικεί ένας διάσημος τραγουδιστής που κάνει όλο το πρωί πρόβες (αυτή μπορεί να είναι και αρνητική εξωτερικότητα...).

10. Στην πραγματική υπόθεση που συζητά ο Coase (*Sturges v. Bridgman*, 1 Ch. D. 852 [1879]) το εργαστήριο ζαχαροπλαστικής χρησιμοποιούσε δύο μηχανήματα που προκαλούσαν θόρυβο, το ένα για πάνω από 60 χρόνια.

τα, προστάτευσε το συμφέρον του γιατρού, θεωρώντας ότι η προστασία των οικιστικών χρήσεων στο κέντρο του Λονδίνου θα μεγιστοποιήσει την κοινωνική ευημερία. Δεν έκανε δηλαδή τίποτε άλλο παρά να εφαρμόσει τη θεωρία του Jhering.

Όμως, σύμφωνα με τον Coase, η δικαστική απόφαση δεν συνεπάγεται την οριστική κατανομή των δικαιωμάτων. Δεν είναι δηλαδή καθόλου βέβαιο, ισχυρίζεται ο Coase, ότι τα δικαιώματα θα παραμείνουν εκεί που ορίζουν οι κανόνες δικαίου που θέτει ο αστικός κώδικας ή που αναγνωρίζει μια δικαστική απόφαση!

Ας δούμε ένα άλλο παράδειγμα που χρησιμοποιεί ο Coase και βασίζεται σε μια επίσης πραγματική υπόθεση που εκδικάστηκε το 1959 από το Εφετείο της Πολιτείας της Φλόριντα των Η.Π.Α.¹¹

Δύο ξενοδοχεία βρίσκονται σε γειτονικά οικοπέδα. Το ξενοδοχείο Β αποφασίζει να ανεγείρει 14 επιπλέον ορόφους, κρύβοντας έτσι τον ήλιο από το Α (και μάλιστα από την πισίνα του Α). Το δικαστήριο μπορεί να δικαιώσει είτε το Α (ορίζοντας ότι έχει το δικαίωμα να απαιτήσει την παύση της προσβολής από το Β) ή το Β (ορίζοντας ότι έχει το δικαίωμα της ανέγερσης, π.χ. γιατί το επιτρέπει η πολεοδομία). Ωστόσο, ό,τι και να αποφασίσει το δίκαιο, το δικαίωμα θα καταλήξει στο ξενοδοχείο που το αξιολογεί περισσότερο.

Ας πάρουμε δύο διαφορετικά σενάρια. Στο πρώτο σενάριο το ξενοδοχείο Α χάνει €1.000.000 από την παρεμπόδιση της θέας και το Β κερδίζει €1.500.000 από τους επιπλέον ορόφους. Εάν το δικαστήριο «δικαιώσει» το Α, τότε το Β ξενοδοχείο θα χάσει €1.500.000, καθώς δεν θα μπορέσει να ανεγείρει τους επιπλέον ορόφους. Αλλά από το να χάσει €1.500.000, θα προτιμήσει να πληρώσει στο Α ένα ποσό μεγαλύτερο από €1.000.000 και μικρότερο από €1.500.000 για να «αγοράσει» το δικαίωμα που το δικαστήριο παραχώρησε στο Α. Εάν όμως το δικαστήριο δώσει την άδεια στο Β να ανεγείρει τους επιπλέον ορόφους το ξενοδοχείο Α δεν θα μπορέσει να εξαγοράσει το δικαίωμα (καθώς δεν το συμφέρει να δώσει πάνω από €1.000.000 για ένα δικαίωμα που αξίζει €1.500.000 για το Β).

Σύμφωνα με το δεύτερο σενάριο το ξενοδοχείο Α χάνει €1.500.000 από την παρεμπόδιση της θέας και το Β κερδίζει €1.000.000 από τα επιπλέον δωμάτια. Εάν το δικαστήριο «δικαιώσει» το Β, τότε το Α ξενοδοχείο θα χάσει €1.500.000. Θα προτιμήσει να πληρώσει στο Β ένα ποσό μεγαλύτερο από €1.000.000 και μικρότερο από €1.500.000 για να «αγοράσει» το δικαίωμα που το δικαστήριο παραχώρησε στο Β. Εάν όμως το δικαστήριο απαγορεύσει στο Β να ανεγείρει τους επιπλέον ορόφους, το τελευταίο δεν θα μπορέσει να εξαγοράσει το δικαίωμα από το Α (καθώς δεν το συμφέρει να δώσει πάνω από €1.000.000 για ένα δικαίωμα που αξίζει €1.500.000 για το Α).

Σε κάθε περίπτωση, το δικαίωμα καταλήγει στο μέρος που το αξιολογεί περισσότερο. Η αποτελεσματική κατανομή των πόρων (εδώ των δικαιωμάτων) δημιουργεί ένα πλεόνασμα (€500.000 και στις δύο περιπτώσεις) που τα μέρη μοιράζονται ανάλογα με τη διαπραγματευτική δύναμη του καθενός. Ο μηχανισμός της αποτελεσματικής κατανομής των πόρων (*efficient allocation of resources*) διασφαλίζει την αύξηση του κοινωνικού πλού-

11. *Fontainebleau Hotel Corp. v. Forty-Five Twenty-Five, Inc.* 114 So. 2d 357.

του, οδηγεί δηλαδή σε κοινωνικά άριστα αποτελέσματα. Αντίθετα μια διαφορετική λύση θα οδηγούσε σε αναποτελεσματική κατανομή των πόρων και μείωση του κοινωνικού πλούτου.

Δ. Το Θεώρημα του Coase (το πρώτο βήμα: το δίκαιο είναι αδιάφορο!)

Η πρώτη περιγραφική παρατήρηση του Coase είναι απλή αν και αρκετά ριζοσπαστική: *το δίκαιο δεν μπορεί να επηρεάσει την κατανομή των δικαιωμάτων!* (*allocation of rights*).¹² Τα δικαιώματα τελικώς δεν θα ανήκουν σε εκείνον στον οποίο τα παραχώρησε το δίκαιο, αλλά σε εκείνον που τα αξιολογεί περισσότερο (σ' εκείνον δηλαδή που τα θέλει, είναι πρόθυμος και μπορεί να τα αγοράσει). Με άλλα λόγια, η αγορά είναι ισχυρότερη από το δίκαιο!

Ας ονομάσουμε αυτή την παρατήρηση το πρώτο βήμα στο Θεώρημα του Coase:

Η αποτελεσματική κατανομή των πόρων-δικαιωμάτων από την αγορά (από τα ίδια τα άτομα δηλαδή), έχει μεγαλύτερη ισχύ από τη θεσμική κατανομή τους από τα όργανα του κράτους.

Αυτό σημαίνει ότι το δικαίωμα το αγοράζει ο πλουσιότερος; Όχι απαραίτητα. Στο παραπάνω παράδειγμα, δεν γνωρίζουμε ποιο ξενοδοχείο είναι το ισχυρότερο οικονομικά. Το δικαίωμα το αγοράζει αυτός που το αξιολογεί περισσότερο. Εάν ένας πλούσιος το αξιολογεί για €150 (δεν θα έδινε δηλαδή €151 για να το αγοράσει) κι ένας φτωχότερος €175, το δικαίωμα/αγαθό θα καταλήξει στον δεύτερο. Βέβαια όσο μεγαλύτερη οικονομική άνεση έχει κάποιος τόσο περισσότερο αξιολογεί πολλά πράγματα (και το αντίστροφο). Αυτό το φαινόμενο ονομάζεται «αποτέλεσμα πλούτου» (*wealth effect*). Το αποτέλεσμα πλούτου φυσικά παίζει μεγάλο ρόλο αλλά σε καμία περίπτωση καθοριστικό. Οι πελάτες ενός super market είναι κατά τεκμήριο φτωχότεροι από τον ιδιοκτήτη της αλυσίδας. Όμως βγαίνουν καθημερινά από τα καταστήματα έχοντας αγοράσει τα δικαιώματα σε χιλιάδες αγαθά που προφανώς τα αξιολογούν περισσότερο από τον ιδιοκτήτη τους. Φυσικά ο τελευταίος μπορεί αν θέλει (αποτέλεσμα πλούτου) να αποφασίσει ότι για μια μέρα δεν θα πουλήσει καθόλου γάλα. Είναι ένα καπρίτσιο που μπορεί να το ικανοποιήσει (λόγω του πλούτου που διαθέτει) αλλά γιατί να το κάνει; - και για πόσες ημέρες;

Είναι προφανές πως ο όρος «αξιολογώ», όπως χρησιμοποιείται στα πλαίσια αυτού του κειμένου και γενικά στα οικονομικά (*willingness to pay*) σημαίνει ουσιαστικά: θέλω και μπορώ: επιθυμώ κάτι αλλά έχω και την οικονομική δύναμη να το αγοράσω. Προσοχή όμως: οι αξιολογήσεις είναι πάντοτε υποκειμενικές. Έτσι, το δικαίωμα θα καταλήξει σε εκείνον που το αξιολογεί (υποκειμενικά) περισσότερο από όλους τους άλλους.

Το θεώρημα του Coase (μέχρι το σημείο αυτό) είναι καθαρά περιγραφικό (*positive version*). Περιγράφει μια πραγματικότητα χωρίς να την αξιολογεί. Ο Coase δεν λέει ότι αυτό είναι καλό ή κακό. Λέει ότι απλά έτσι συμβαίνει στην πραγματικότητα: τα δικαιώ-

12. «Σε ένα κόσμο χωρίς κόστος συναλλαγών, οι νομικοί θα εξαφανίζονταν» (Stigler 2003 [1988]: 76).

ματα καταλήγουν σ' αυτόν που είναι διατεθειμένος να πληρώσει γι' αυτά τα περισσότερα χρήματα (τα αξιολογεί περισσότερο).¹³ Το δίκαιο δεν μπορεί να εμποδίσει την ανακατανομή των δικαιωμάτων από την αγορά.¹⁴

Η καταλυτική επιρροή της αγοράς στην κατανομή των δικαιωμάτων και η υπερίσχυσή της έναντι του δικαίου (εφόσον ισχύει η περιγραφική παρατήρηση του Coase) εμφανίζεται αρχικώς ιδιαίτερα προβληματική. Η ανακατανομή των δικαιωμάτων, η υποτιθέμενη «απαξίωση» της δικαιοκούς κατανομής και η υφέρπουσα πιθανότητα πρόκλησης κοινωνικών αδικιών και αύξησης της ανισότητας θέτουν σε αμφισβήτηση το επιθυμητό αυτής της ανακατανομής.

Όμως οι κατηγορίες αυτές καταρρέουν όταν αντιληφθεί κανείς την κεντρική σημασία της συναίνεσης για τη λειτουργία του μηχανισμού της αποτελεσματικής κατανομής των πόρων. Εφόσον οι αξιολογήσεις είναι πάντα υποκειμενικές, η συναίνεση των μερών αποτελεί το *sine qua non* όρο για μια ανακατανομή δικαιωμάτων που θα είναι αποτελεσματική. Έτσι μια αυθαίρετη ανακατανομή των δικαιωμάτων που επιβάλλεται από το κράτος ή από ιδιώτες (μέσω απάτης ή απειλής), χωρίς την συναίνεση όλων των μερών και με σκοπό μια υποτιθέμενη αποτελεσματικότερη κατανομή των πόρων θα είναι κατά τεκμήριο αποτυχημένη (δηλαδή αναποτελεσματική) και βραχυπρόθεσμα αλλά κυρίως μακροπρόθεσμα.

Αντίθετα, εφόσον τα δύο μέρη συναινούν στη μετακίνηση (= μεταβίβαση) του δικαιώματος, διότι θεωρούν ότι ωφελούνται οικονομικά ή με άλλο τρόπο από αυτήν, ο μηχανισμός της συναίνεσης εξασφαλίζει όχι μόνο την αποτελεσματική κατανομή των πόρων αλλά και την προστασία των πραγματικών συμφερόντων (άρα και των δικαιωμάτων) των μερών. Επιπλέον η μεταβίβαση ενός δικαιώματος από κάποιον που το αξιολογεί λιγότερο σε κάποιον που το αξιολογεί περισσότερο με τη συναίνεση του πρώτου (και στο ανταλλαγμα) δεν μπορεί να χαρακτηριστεί άδικη (με ποιο κριτήριο άλλωστε και από ποιόν;).

As υποθέσουμε έτσι πως και τα δύο ξενοδοχεία του παραδείγματος ανήκαν σε μία δημοτική επιχείρηση μιας παραλιακής κωμόπολης. Τι θα αποφάσιζε το διοικητικό συμβούλιο της δημοτικής επιχείρησης αν ήθελε να εξυπηρετήσει τα συμφέροντα των δημοτών; Στο πρώτο σενάριο να ανεγείρει το ένα ξενοδοχείο τους ορόφους και στο δεύτερο όχι. Ακριβώς στο ίδιο αποτέλεσμα που θα οδηγούνταν και τα δύο μέρη που έχουν αντιτιθέμενα συμφέροντα. Γιατί; Γιατί το να καταλήξει το δικαίωμα σ' αυτόν που το αξιολογεί περισσότερο είναι και κοινωνικά επιθυμητό, καθώς αυξάνεται ο συνολικός πλούτος της κοινωνίας. Πριν την ανταλλαγή οι πόροι δεν έχουν κατανεμηθεί αποτελεσματικά και η αγορά έχει την τάση να διορθώνει την αναποτελεσματική κατανομή των πόρων.

13. Δεν είναι πολύ γνωστό αλλά ο Coase στην αρχή της καριέρας του ήταν σοσιαλιστής. Με το συγκεκριμένο άρθρο του ανακάλυψε μία, άγνωστη μέχρι τότε, αποτυχία της αγοράς και προσπάθησε να δικαιολογήσει την παρέμβαση του κράτους.

14. "[T]he market, like an untameable river, will knock out attempts to alter its mighty course." (Kelman 1979: 675).

Όμως παρά το ότι το δίκαιο δεν επηρεάζει την κατανομή των πόρων, οι επιλογές του νομοθέτη ή του δικαστή έχουν σημαντικά διανεμητικά αποτελέσματα (*distributive effects*). Επιλέγοντας δηλαδή το δίκαιο ποιο συμφέρον θα προστατεύσει επηρεάζει σημαντικά τη διανομή του πλούτου. Π.χ. στο πρώτο σενάριο: εάν το δικαστήριο αναγνωρίσει το δικαίωμα στο Β ξενοδοχείο αυτό θα κερδίσει €1.500.0000 και το Α θα χάσει €1.000.000. Εάν όμως αναγνωρίσει το δικαίωμα στο Α, τότε αυτό όχι μόνο δεν θα χάσει αλλά θα κερδίσει όσα του προσφέρει το Β εξαγοράζοντας το δικαίωμα (δηλαδή θα εξοικονομήσει το €1.000.000 και θα λάβει επίσης ένα επιπλέον ποσό από το Β για την εξαγορά του δικαιώματος), ενώ το Β δεν θα κερδίσει €1.500.000 αλλά το ποσό που θα περισσέψει αφού αγοράσει το δικαίωμα (ένα ποσό προφανώς μικρότερο των €500.000). *Οι κανόνες δικαίου, λοιπόν, δεν επηρεάζουν την τελική κατανομή των δικαιωμάτων αλλά επηρεάζουν πάντα τη διανομή του πλούτου: έχουν δηλαδή σημαντικότερα διανεμητικά αποτελέσματα.*¹⁵

Επομένως:

Η αγορά καθορίζει την κατανομή των δικαιωμάτων,
αλλά το δίκαιο επηρεάζει τη διανομή του πλούτου

Πολλοί λανθασμένα θεωρούν ότι η παραπάνω πρόταση αποτελεί την ουσία του θεωρήματος του Coase. Όχι μόνο κάνουν λάθος¹⁶ αλλά παραλείπουν έτσι την πλέον ουσιαστική συνεισφορά του Coase – δηλαδή την εισαγωγή της έννοιας των συναλλακτικών εξόδων.

15. Ο ίδιος ο Coase διαφωνεί μ' αυτό το συμπέρασμα. Θεωρεί ότι δεν θα επηρεαστεί η διανομή του πλούτου (Coase 1988: 170-174).

16. Το λάθος βέβαια οφείλεται και στον George Stigler. Ο Stigler απομόνωσε το πρώτο μέρος του επιχειρήματος του Coase και το παρουσίασε ως θεώρημα, το θεώρημα του Coase (*Coase theorem*): «Σε συνθήκες τέλει ανταγωνισμού το ιδιωτικό και το κοινωνικό κόστος ισούνται» ("Under perfect competition private and social costs will be equal") (Stigler 1966: 113). Αυτή η περίφημη διατύπωση του Stigler αποτυπώθηκε σχεδόν σε όλα τα διδακτικά εγχειρίδια που ακολούθησαν (βλ. για παράδειγμα τον ορισμό στο δημοφιλές εγχειρίδιο των Pindyck and Rubinfeld 1995: 643: "Όταν τα μέρη μπορούν να διαπραγματευτούν χωρίς κόστος και με προοπτική να ωφεληθούν αμοιβαία, το αποτέλεσμα της διαπραγμάτευσής τους θα είναι αποτελεσματικό, άσχετα με το πώς έχουν καθοριστεί εκ των προτέρων τα δικαιώματα ιδιοκτησίας.») και ακόμα και σήμερα αποτελεί τον επίσημο ορισμό του θεωρήματος του Coase στις οικονομικές σχολές παρά τις διαμαρτυρίες του Coase (1988: 15, 174): «Ο κόσμος του μηδενικού κόστους συναλλαγών έχει συχνά περιγραφεί ως Κοεζιανός (Coasian) κόσμος. Τίποτα δεν μπορεί να απέχει περισσότερο από την αλήθεια. Είναι ο κόσμος της σύγχρονης οικονομικής θεωρίας, ένας κόσμος που ελπίζω να πείσω τους οικονομολόγους να εγκαταλείψουν [...] Ο λόγος που οι οικονομολόγοι ακολούθησαν λάθος δρόμο ήταν ότι δεν έλαβαν υπόψη στο θεωρητικό τους σύστημα έναν παράγοντα που έχει αποφασιστική σημασία εάν θέλεις να αναλύσεις την επίδραση που ασκεί μια αλλαγή στο δίκαιο στην κατανομή των πόρων. Αυτός ο χαμένος κρίκος είναι η ύπαρξη του κόστους συναλλαγών.» Φυσικά ο George Stigler το γνώριζε καλά αυτό (βλ. παρακάτω) και το επισημαίνει στα γραπτά του. Όσοι όμως βασίστηκαν σ' αυτόν τον ορισμό χωρίς να διαβάσουν το πρωτότυπο άρθρο του Coase (ή ακόμα και την ενδελεχή ανάλυση του Stigler) το διαστρεβλώνουν συστηματικά. Βέβαια η σύγχυση οφείλεται και σε παραλείψεις ή αστοχίες του Coase (βλ. κυρίως Cooter 1982 αλλά και την σκληρή μεθοδολογική επίθεση στον Coase από τον Posner 1993).

Ε. Το Θεώρημα του Coase (το δεύτερο βήμα: τα έξοδα συναλλαγής)

Η περιγραφή του Coase μέχρι το σημείο αυτό είναι πιθανό να συναντήσει (μεταξύ των άλλων) μια βασική αντίρρηση: η ύπαρξη του πλεονάσματος που τα μέρη μπορούν να μοιράσουν μεταξύ τους, με τρόπο αμοιβαία επωφελή, δεν οδηγεί αυτόματα σε συμφωνία. Παρά το γεγονός ότι το πλεόνασμα αποτελεί ένα σοβαρό κίνητρο για συμφωνία, δεν την εξασφαλίζει, γιατί υπάρχει μια σειρά εμποδίων που είναι πιθανό να την αποτρέψουν. Αυτά τα εμπόδια είναι τόσα πολλά και ισχυρά που σε πολλές περιπτώσεις δεν επιτρέπουν ούτε καν τη διαπραγμάτευση, πολύ περισσότερο την ολοκλήρωση μιας συμφωνίας.

Η μεγάλη συνεισφορά του R.H. Coase στην οικονομική θεωρία είναι ο εντοπισμός αυτών των εμποδίων. Σύμφωνα με τον Coase η κάθε συναλλαγή συνεπάγεται και ένα σοβαρό κόστος (χρηματικό και μη). Αυτό το κόστος της συναλλαγής (*transaction cost*), εάν είναι υψηλό, μπορεί να αποτρέψει τη συμφωνία. Ειδικότερα εάν το κόστος σύναψης της συμφωνίας είναι υψηλότερο από το πλεόνασμα που τα μέρη θα αποκομίσουν από αυτήν, το υψηλό κόστος την καθιστά αδύνατη.

Τι ακριβώς είναι αυτά τα έξοδα συναλλαγής; Καταρχήν είναι το οικονομικό κόστος της ίδιας της συναλλαγής: τα έξοδα της γραφειοκρατίας, των δικηγόρων, των συμβολαιογράφων, των λογιστών, των μεσιτών, της εφορίας, τα έξοδα επικοινωνίας και μεταφοράς και φυσικά το κόστος του χρόνου που θα σπαταληθεί (κόστος ευκαιρίας). Εάν το χρηματικό κόστος της συναλλαγής είναι μεγαλύτερο από το πλεόνασμα που δημιουργεί η συναλλαγή, η τελευταία δεν θα λάβει χώρα καθώς δεν θα συμφέρει τα μέρη.

Ο Coase ήταν ο πρώτος που είχε εντοπίσει αυτό το κόστος ήδη από τα τέλη της δεκαετίας του 1930, όταν δημοσίευσε το περίφημο άρθρο του *The Nature of the Firm* (1937). Στο άρθρο αυτό ο Coase χρησιμοποίησε την έννοια του κόστους συναλλαγής για να εξηγήσει την εμφάνιση μεγάλων ιεραρχικά δομημένων επιχειρήσεων που οφείλεται στο φαινόμενο της ενδοεπιχειρησιακής ολοκλήρωσης, δηλαδή της κάθετης διεύρυνσης των εταιριών. Επειδή οι συναλλαγές στην αγορά έχουν κόστος, οι εταιρίες έχουν την τάση να ενσωματώνουν αυτές τις συναλλαγές στην εταιρική τους δομή. Για να αποφύγουν δηλαδή τον εξωπορισμό (*outsourcing*), που ενέχει υψηλό κόστος συναλλαγών, επιλέγουν να εντάξουν στη διευρυμένη δομή τους αυτές τις συναλλαγές δημιουργώντας μονάδες μέσα στην επιχείρηση που παράγουν προϊόντα και υπηρεσίες (*in-house production*) που πριν έπρεπε να αγοράσουν συνάπτοντας συμβάσεις. Βέβαια η διεύρυνση της εταιρίας είναι αποτελεσματική και εξοικονομεί σε κόστος συναλλαγών μέχρι ένα σημείο. Από αυτό το σημείο και πέρα η οριακή απόδοση φθίνει και αυξάνονται όλα τα είδη κόστους που συνδέονται με την ιεραρχική δομή και το μεγάλο μέγεθος της επιχείρησης.

Η βασική ιδέα του Coase είναι δηλαδή αρκετά απλή: η αγορά έχει κόστος. Μπορεί τα μέρη να κερδίζουν από τις συναλλαγές, τις ανταλλαγές, τις συμβάσεις αλλά όλα αυτά κοστίζουν. Το κόστος αυτό μπορεί να κατηγοριοποιηθεί ως εξής:

- **Κόστος έρευνας (*search cost*)**. Σε μια ελεύθερη αγορά υπάρχουν πολλές ευκαιρίες για αμοιβαία επωφελείς συμφωνίες αλλά η ανεύρεση του άλλου μέρους ενέχει κόστος που έχει κυρίως να κάνει με την συγκέντρωση της απαραίτητης πληροφόρησης. Έτσι εάν ο Α αξιολογεί ένα αγαθό €100 και μπορεί να το αγοράσει από τον Β για €80 και από τον Γ για €60 δεν είναι σίγουρο ότι θα συμβληθεί με τον Γ. Εάν το κόστος έρευνας ισούται με €5 για την ανεύρεση του Β και €30 για την ανεύρεση του Γ, ο Α θα καταλήξει να αγοράσει το αγαθό από τον Β (θα του κοστίσει συνολικά €85 έναντι των €90 που θα χρειαστεί συνολικά για να αγοράσει το αγαθό από τον Γ).
- **Κόστος διαπραγμάτευσης (*negotiation cost*)**. Το πιο σύνθηδες κόστος είναι αυτό που οφείλεται στη διαπραγμάτευση για την τιμή και τους όρους της σύμβασης (*haggling cost*) αλλά και την μετατροπή της συμφωνίας σε νομικό κείμενο (*drafting cost*) όταν αυτό απαιτείται. Το κόστος διαπραγμάτευσης αυξάνεται από τη στρατηγική συμπεριφορά των συναλλασσομένων αλλά και το φόβο ενός μέρους για καιροσκοπική συμπεριφορά του άλλου (*hold up*). Π.χ. (α) μία διαπραγμάτευση καταρρέει όταν ο Α κάνει μια τελική προσφορά στον Β (*take it or leave it*) και ο Β δεν την δέχεται γιατί θεωρεί ότι ο Α θα επανέλθει με καλύτερη προσφορά. Ο Α όμως δεν επανέρχεται γιατί θέλει να διατηρήσει ένα συγκεκριμένο διαπραγματευτικό προφίλ και περιμένει από τον Β να υποχωρήσει. (β) Ένας επιχειρηματίας θέλει να αγοράσει έξι γειτονικά οικοπέδα για να εγκαταστήσει ένα μεγάλο θεματικό πάρκο. Αφού αγοράσει τα πέντε από αυτά, ο ιδιοκτήτης του έκτου, γνωρίζοντας ότι αν δεν πουλήσει στον επιχειρηματία και το δικό του οικόπεδο η επένδυση δεν θα είναι εφικτή, απαιτεί από τον επιχειρηματία ένα τίμημα ιδιαίτερα υψηλό σε σχέση με την αγοραία τιμή του οικοπέδου του διότι γνωρίζει ότι ο επιχειρηματίας δεν μπορεί να την αρνηθεί. Ο κίνδυνος της καιροσκοπικής συμπεριφοράς (*opportunistic behavior*) αποθαρρύνει κυρίως τις συναλλαγές που εμπλέκουν πολλά μέρη¹⁷ αλλά και τις μακροπρόθεσμες συμβατικές σχέσεις (*long-term contract*) όταν αυτές απαιτούν επένδυση στη σχέση (*relation-specific investment*) που μπορεί να απαξιωθεί εκτός των πλαισίων της συγκεκριμένης σχέσης (π.χ. επένδυση της εταιρίας Α σε ειδικό μηχανολογικό εξοπλισμό προσαρμοσμένο στην κατασκευή εξαρτημάτων που μόνο η εταιρία Β μπορεί να χρησιμοποιήσει).
- **Κόστος εφαρμογής (*enforcement cost*)** αλλά και κόστος επίβλεψης (*monitoring cost*) της καλής εφαρμογής της συμφωνίας. Το κόστος εφαρμογής έχει να κάνει με όλα τα έξοδα που συνδέονται με την εφαρμογή της συμφωνίας, όπως έξοδα γραφειοκρατίας, συμβολαιογράφων, δικαστηρίων,¹⁸ μεταγραφών κλπ. Το κόστος επίβλεψης είναι υψη-

17. Όπου επιπλέον παρατηρούμε και αυξημένο κόστος συντονισμού (*coordination cost*).

18. Βλ. την σπαρταριστή περιγραφή αυτού του κόστους από το Μολιέρο: "Eh! Monsieur, de quoi parlez-vous là, et à quoi vous résolvez-vous? Jetez les yeux sur les détours de la justice; voyez combien d'appels et de degrés de juridiction, combien de procédures embarrassantes, combien d'animaux ravissants par les griffes desquels il vous faudra passer, sergents, procureurs, avocats, greffiers, substitués, rapporteurs, juges, et leurs clerks. Il n'y a pas un de tous ces gens-là qui, pour la moindre chose, ne soit capable de donner un soufflet au meilleur droit du monde. [...] Eh! Monsieur, si vous le pouvez, sauvez-vous de cet enfer-là. C'est être damné dès ce monde que d'avoir à plaider, et la seule pensée d'un procès serait capable de me faire fuir jusqu'aux Indes. [...] Mais, pour plaider, il vous faudra de l'argent: il vous en faudra pour l'exploit; il vous en faudra pour le contrôle; il vous en faudra pour la procura-

λότερο όταν είναι δυσκολότερη η επίβλεψη της εφαρμογής της συμφωνίας. Το τελευταίο μπορεί να αποθαρρύνει κάποιον να συνάψει τη συμφωνία. Π.χ. ο Α προτιμά να μην αγοράσει ένα μηχάνημα που εξυπηρετεί τις ανάγκες του και είναι φθηνότερο από άλλα διότι η εταιρία που το προμηθεύει δεν έχει καλό service.

Αλλά ενώ ο Coase εντόπισε κυρίως το χρηματικό κόστος συναλλαγών, το κόστος δηλαδή που προκαλούν οι συναλλαγές και η αγορά ευρύτερα, υπάρχουν και άλλα εμπόδια στις συναλλαγές που μπορούμε να τα εντάξουμε στο «κόστος συναλλαγών» με την ευρεία έννοια του όρου διότι και αυτά είναι ικανά να αποτρέψουν μια συναλλαγή αυξάνοντας το κόστος της. Τέτοιου είδους εμπόδια αποτελούν:

- Οι εσωτερικοποιημένοι κανόνες ηθικής συμπεριφοράς (*moral norms*) αλλά και οι κανόνες κοινωνικής συμπεριφοράς (*social norms*) εμποδίζουν συναλλαγές που ενώ θα ωφελούσαν τα δύο μέρη, έρχονται σε αντίθεση με τις ηθικές τους αντιλήψεις ή με την κυρίαρχη συμβατική ηθική (Kessler 2004). Π.χ. (α) ένας μαιευτήρας αρνείται να προβεί σε άμβλωση παρά την υψηλή αμοιβή που του προσφέρεται, (β) η ηθοποιός Α αρνείται να παίξει στο θέατρο έναν τολμηρό ρόλο, όχι γιατί το θεωρεί ανήθικο, αλλά γιατί υποθέτει ότι θα σχολιασθεί δυσμενώς από τον στενό οικογενειακό και κοινωνικό της περίγυρο.¹⁹
- Οι κανόνες δικαίου που απαγορεύουν κάποιες συναλλαγές που είναι αμοιβαία επωφελείς. Π.χ. η Α θα ήθελε να προσφέρει τις υπηρεσίες της παρένθετης μητέρας με οικονομικό αντάλλαγμα αλλά αυτό το απαγορεύει το άρθρο 1458 του Αστικού Κώδικα (Hatzis 2003).
- Οι κανόνες δικαίου που δεν απαγορεύουν μία συναλλαγή αλλά αυξάνουν το κόστος της. Τέτοιου είδους κανόνες είναι αυτοί που αυξάνουν το κόστος μίας μεταβίβασης ακινήτων ή της έναρξης μιας επιχείρησης. Θα αναφερθούμε αναλυτικά στην συνέχεια σε τέτοιου είδους κανόνες, στο παράδειγμα της Ελλάδας.
- Το (ανορθολογικό για ορισμένους) συναίσθημα κτητικότητα (*endowment effect* ή *status quo bias*) εμποδίζει πολλές αγοραπωλησίες: οι άνθρωποι ζητούν μεγαλύτερο αντίτιμο για να πουλήσουν κάτι από το αντίτιμο που είναι διατεθειμένοι να προσφέρουν για να το αγοράσουν.²⁰ Έτσι ο Α αρνείται να δεχτεί μια προσφορά να πουλήσει το διαμέρισμα που κληρονόμησε από τον άκληρο θείο του Γ για €200.000 αλλά όταν μαθαίνει ότι το σπίτι δεν ανήκει πλέον σ' αυτόν αλλά στον εξάδελφό του Β (που πέτυχε την δικαστική αναγνώριση της πατρότητας του και κληρονομεί πλέον αυτός τον Γ) αρνείται να αγοράσει το ίδιο διαμέρισμα παρά το γεγονός ότι ο Β του ζητά μόνο

tion, pour la présentation, conseils, productions, et journées du procureur; il vous en faudra pour les consultations et plaidoiries des avocats, pour le droit de retirer le sac, et pour les grosses d'écritures; il vous en faudra pour le rapport des substitués, pour les épices de conclusion, pour l'enregistrement du greffier, façon d'appointement, sentences et arrêts, contrôles, signatures, et expéditions de leurs clerks, sans parler de tous les présents qu'il vous faudra faire." (Molière, Les Fourberies de Scapin, 1671, Acte II, Scène V).

19. Βλ. επίσης Thaler (1988) για τα εμπόδια που δημιουργούν οι κοινωνικοί κανόνες σχετικά με τη δίκαιη και άδικη διανομή του πλεονάσματος (π.χ. σε καταστάσεις που ομοιάζουν με εκείνες του *ultimatum game*).

20. Βλ. την έρευνα των Kahneman, Knetsch and Thaler (1990).

€200.000. Ο Α θεωρεί τώρα ότι αν και διαθέτει €200.000 δεν αξίζει να τα καταβάλει για το συγκεκριμένο διαμέρισμα.

- Το αποτέλεσμα του πλούτου (*wealth effect*) που παρατηρείται όταν ένα υψηλό εισόδημα υποβαθμίζει την υποκειμενική αξία του πλεονάσματος μιας συναλλαγής. Έτσι ενώ ο Α αξιολογεί ένα αγαθό €100 και μπορεί να το αγοράσει από ένα κατάστημα στη γειτονιά του για €60 ή από ένα κατάστημα 900 μέτρα από το σπίτι του €55, επιλέγει να το αγοράσει ακριβότερα γιατί η διαφορά των €5 είναι ασήμαντη γι' αυτόν. Το αποτέλεσμα του πλούτου οφείλεται στο νόμο της φθίνουσας οριακής χρησιμότητας (*law of diminishing marginal utility*) που απαξιώνει τις επιπλέον μονάδες που καταναλώνει κάποιος. Έτσι ενώ το €1 είναι σημαντικό ποσό για έναν ανήλικο που λαμβάνει €10 χαρτζιλίκι κάθε εβδομάδα από τους γονείς του, δεν είναι το ίδιο σημαντικό για κάποιον με εισόδημα €2.000 τον μήνα.²¹
- Η ασύμμετρη πληροφόρηση (*asymmetric information*) και η υπεραισιοδοξία (*overoptimism*) οδηγούν σε λανθασμένες εντυπώσεις για τις υποκειμενικές αξιολογήσεις του άλλου αλλά και της διαπραγματευτικής του στρατηγικής. Ο Α θέλει να αγοράσει ένα αγαθό από τον Β. Πιστεύει πως ο Β μπορεί να υποχωρήσει (να ρίξει την τιμή) μέχρι τα €250, ενώ ο Β στην πραγματικότητα είναι διατεθειμένος να υποχωρήσει το πολύ μέχρι τα €300 (*reservation price*). Εάν ο Α θέσει σαν στόχο τα €280, η διαπραγμάτευση θα αποτύχει οπωσδήποτε γιατί ο Β δεν θα δεχθεί να πουλήσει το αγαθό. Παρόμοιο πρόβλημα δημιουργεί το φαινόμενο της δυσμενούς επιλογής (*adverse selection*): μην διαθέτοντας αρκετή πληροφόρηση προσελκύεις ανεπιθύμητους ως υποψήφιους αντισυμβαλλόμενους: με τις πράξεις σου όχι μόνο να αποτρέπεις από το να συμβληθεί μαζί σου αυτός που θα ήθελες αλλά ελκύεις εκείνους με τους οποίους δεν θα ήθελες να συμβληθείς. Π.χ. αν υποθέσουμε ότι μια τράπεζα είναι υποχρεωμένη να προσφέρει το ίδιο επιτόκιο σε όλους τους πελάτες της – δεν επιτρέπεται να τους διακρίνει ανάλογα με την φερεγγυότητά τους. Αλλά ενώ το 50% των υποψήφιων πελατών της είναι φερέγγυοι το άλλο 50% δεν είναι. Η τράπεζα θα ήθελε να προσφέρει επιτόκιο δανεισμού 5% για τους πρώτους και 10% για τους δεύτερους. Επειδή δεν μπορεί να τους ξεχωρίσει αποφασίζει να προσφέρει σε όλους δάνεια με επιτόκιο 7,5%. Οι φερέγγυοι πελάτες αρνούνται να πληρώσουν ένα τόσο υψηλό γι' αυτούς επιτόκιο ενώ αντίθετα οι αφερέγγυοι το θεωρούν χαμηλό. Η τράπεζα θα καταλήξει να χορηγεί δάνεια μόνο σε αφερέγγυους πελάτες και μάλιστα με χαμηλό επιτόκιο σε σχέση με τον κίνδυνο που αναλαμβάνει.²²
- Η απουσία κανόνων κοινωνικής συμπεριφοράς που λειτουργούν ως άτυποι θεσμικοί μηχανισμοί μείωσης του κόστους (*cost-saving devices*).²³ Τέτοιου είδους μηχανισμοί

21. Βλ. άλλο παράδειγμα στον Viscusi (1978) αλλά και χαρακτηριστικό πραγματικό περιστατικό στο δημοσίευμα που αναπαράγει τηλεγράφημα του Associated Press, "Clooney Pays \$20 at Kid's Lemonade Stand." (*Washington Post*, April 5, 2007).

22. Βλ. ένα άλλο παράδειγμα στην αγορά μεταχειρισμένων αυτοκινήτων (Genesove 1993). Την ίδια αγορά ερευνά το κλασικό άρθρο του Akerlof (1970).

23. Βλ. για παράδειγμα την εμπειρική μελέτη του Ellickson (1986) για τον τρόπο που επιλύουν τις διαφορές τους οι γείτονες-αγρότες σε μια επαρχία της Καλιφόρνια.

είναι η εμπιστοσύνη (*trust*), η υπόληψη και η φήμη (*reputation*),²⁴ οι κανόνες αμοιβαιότητας (*reciprocity*) και γενικά ό,τι αυξάνει το κοινωνικό κεφάλαιο (*social capital*) σε μια κοινωνία. Π.χ. ο Α συνάπτει μεγάλο αριθμό συμφωνιών με άλλα μέλη της ίδιας επαγγελματικής ομάδας χωρίς να εξασφαλίζεται με γραπτές συμβάσεις – τις οποίες δεν θεωρεί απαραίτητες.²⁵

Παρατηρούμε ότι το κόστος συναλλαγών προέρχεται συχνά από την ίδια την αγορά, είναι δηλαδή ενδογενές στις συναλλαγές. Αλλά προέρχεται επίσης και από εξωγενείς παράγοντες: από τους τυπικούς (κανόνες δικαίου, φόροι) και άτυπους θεσμούς (κανόνες κοινωνικής συμπεριφοράς), δηλαδή από το κράτος και την κοινωνία αντίστοιχα. Σε πολλές περιπτώσεις είναι δύσκολο να διακρίνεις την πηγή του κόστους. Για παράδειγμα το αποτέλεσμα κτητικότητας μπορεί να οφείλεται (μεταξύ των άλλων) στην ασυμμετρία πληροφόρησης μεταξύ αγοραστή και πωλητή ή σε έλλειψη εμπιστοσύνης που σε καθιστά επιφυλακτικό στις σχέσεις σου με τους άλλους.²⁶

Είναι λοιπόν χρησιμότερο να αντιμετωπίσουμε όλα τα εμπόδια στην συναλλαγή ως διαφορετικά είδη κόστους συναλλαγών. Είναι έτσι προφανές ότι το κόστος συναλλαγών μπορεί να αποτελέσει ένα σημαντικό εμπόδιο στις συναλλαγές, στην αποτελεσματική κατανομή των πόρων, στη δημιουργία πλεονασμάτων και τελικά στην αύξηση του πλούτου.

Αλλά η ευρύτητα με την οποία ορίστηκε το κόστος συναλλαγών το καθιστά θεωρητικά απαγορευτικό παράγοντα που αποτρέπει σχεδόν το σύνολο των συναλλαγών, εφόσον είναι αδύνατο να εντοπίσουμε μια συναλλαγή που δεν συνοδεύεται από ένα από τα παραπάνω εμπόδια/είδη κόστους. Όμως ενώ κάθε συναλλαγή έχει κόστος αυτό δεν σημαίνει ότι αυτό το κόστος υπερβαίνει το πλεόνασμα. Εφόσον το πλεόνασμα υπερβαίνει το συνολικό κόστος της συναλλαγής η τελευταία θα ολοκληρωθεί και ο πόρος (το δικαίωμα εδώ) θα μετακινηθεί:

Το δικαίωμα μετακινείται σ' αυτόν
που το αξιολογεί περισσότερο

$$S > TC$$

S = Πλεόνασμα, TC = Κόστος Συναλλαγής

24. Βλ. για παράδειγμα στο δίκαιο των συμβάσεων Kornhauser (1983).

25. Βλ. το κλασικό παράδειγμα στη βιβλιογραφία: την συνοικία των διαμαντιών στη Νέα Υόρκη (Bernstein 1992).

26. Την ιδέα της συσχέτισης του ελλείμματος εμπιστοσύνης με το αποτέλεσμα της κτητικότητας μου έδωσε ο Γιώργος Τζιώτης. Αλλά το φαινόμενο παρατηρείται και εκεί όπου ο δείκτης εμπιστοσύνης (*trust*) είναι υψηλός. Το πιθανότερο είναι ότι οφείλεται στην εγγενή ασυμμετρία πληροφόρησης μεταξύ των δύο ρόλων (αγοραστή-πωλητή).

Αντίθετα εάν το κόστος της συναλλαγής υπερβαίνει το πλεόνασμα, η συναλλαγή δεν θα πραγματοποιηθεί και ο πόρος (το δικαίωμα εδώ) δεν θα μετακινηθεί:

Το δικαίωμα δεν μετακινείται σ' αυτόν
που το αξιολογεί περισσότερο

$$S < TC$$

S = Πλεόνασμα, TC = Κόστος Συναλλαγής

Στην περίπτωση αυτή η αποτελεσματική (κοινωνικά άριστη) κατανομή των πόρων είναι ανέφικτη: ο πόρος δεν θα καταλήξει απαραίτητα σ' αυτόν που τον αξιολογεί περισσότερο καθώς τα έξοδα συναλλαγών θα εμποδίσουν τη μετακίνησή του. Άρα η κατανομή των δικαιωμάτων δεν θα είναι οικονομικά αποτελεσματική. Τα δικαιώματα θα παραμείνουν εκεί όπου τα κατένειμε η έννομη τάξη.

Με αυτές τις διαπιστώσεις ολοκληρώνεται η θετική περιγραφική εκδοχή του θεωρήματος του Coase (*positive Coase theorem*). Ο Coase περιέγραψε κατ' αρχήν έναν κόσμο χωρίς κόστος συναλλαγής, έναν μη-ρεαλιστικό κόσμο μεν²⁷ που μας επιτρέπει να κατανοήσουμε τον τρόπο που λειτουργεί ο πραγματικός κόσμος δε.²⁸ Σ' αυτόν το μη-ρεαλιστικό κόσμο οι πόροι, δηλαδή τα αγαθά, οι υπηρεσίες και τα δικαιώματα μετακινούνται χωρίς τριβή από λιγότερο αποτελεσματικές σε περισσότερο αποτελεσματικές χρήσεις. Η αποτελεσματική κατανομή των πόρων επιτυγχάνεται έτσι σχεδόν αυτόματα καθώς δεν υπάρχουν εμπόδια και τα δικαιώματα καταλήγουν σ' αυτούς που τα αξιολογούν περισσότερο. Αλλά ο Coase περιγράφει ένα μη-ρεαλιστικό κόσμο για να μπορέσει να τονίσει στο δεύτερο μέρος της περιγραφικής εκδοχής του θεωρήματός του το μέγεθος του προβλήματος που προκαλούν τα έξοδα συναλλαγής στον πραγματικό κόσμο. Συχνά δεν προκαλούν απλά τριβή στις συναλλαγές αλλά ορθώνουν εμπόδια που σε ορισμένες περιπτώσεις είναι αξεπέραστα.

Σ' αυτές όμως τις περιπτώσεις τα δικαιώματα θα παραμείνουν εκεί που τα έχει κατανείμει το δίκαιο και η κατανομή αυτή δεν θα μπορεί να ανατραπεί εύκολα από τις δυνάμεις της αγοράς. Η κατανομή λοιπόν των δικαιωμάτων θα είναι αποτελεσματική μόνο εφόσον το δίκαιο τα κατανείμει αρχικά με τέτοιο τρόπο ώστε τα δικαιώματα να παραχωρηθούν

27. Ο ίδιος ο Coase τον χαρακτηρίζει μη-ρεαλιστικό στο αρχικό κείμενο ("this is, of course, a very unrealistic assumption" (1960: 16) αλλά και αργότερα: «Όταν οι συναλλαγές που κάνεις δεν έχουν κόστος αυτό σημαίνει ότι δεν σου κοστίζει τίποτα να τις επιταχύνεις. Με τον τρόπο αυτό μπορεί να βιώσεις την αιωνιότητα σε ένα κλάσμα δευτερολέπτου. Δεν νομίζω ότι αξίζει να σπαταλήσεις χρόνο για να μελετήσεις τις ιδιότητες ενός τέτοιου κόσμου.» (Coase 1988: 15). Ο Stigler (1972: 12) υπερθεματίζει: «Ο κόσμος του μη-δενικού κόστους συναλλαγών καταλήγει να είναι τόσο παράξενος όσο θα ήταν ο φυσικός κόσμος χωρίς τριβή.»

28. «Αυτό που πραγματικά υπονοεί το επιχείρημά μου είναι η ανάγκη να εισαχθεί ξεκάθαρα η έννοια των θετικών εξόδων συναλλαγής στην οικονομική ανάλυση ώστε να μπορέσουμε να μελετήσουμε τον υπαρκτό κόσμο. Αλλά δεν είχε αυτό το αποτέλεσμα το άρθρο μου». (Coase 1988: 15). Βλ. όμως και Posner (1993).

εκεί που θα κατέληγαν εάν δεν υπήρχαν τα έξοδα συναλλαγής. Στην αντίθετη περίπτωση η παρουσία του κόστους συναλλαγών είναι πιθανόν να μην επιτρέψει την αποτελεσματικότερη κατανομή των πόρων μετά από αμοιβαίως επωφελείς συναλλαγές.²⁹

Όμως η εμπειρική παρατήρηση των αναρίθμητων συναλλαγών που λαμβάνουν χώρα κάθε ημέρα σε ολόκληρη την υφήλιο μας επιτρέπει να συμπεράνουμε πως παρά την ύπαρξη του κόστους συναλλαγών σε κάθε πραγματική συναλλαγή, το κόστος αυτό δεν είναι απαγορευτικό. Είναι οπωσδήποτε μικρότερο του πλεονάσματος που δημιουργεί η συναλλαγή και γι' αυτό αυτή λαμβάνει τελικά χώρα. Αυτό όμως δεν σημαίνει ότι τα έξοδα συναλλαγής δεν αποτελούν ένα πραγματικό πρόβλημα. Είναι βέβαιο ότι πολλές, εξίσου αναρίθμητες συναλλαγές δεν λαμβάνουν χώρα καθημερινά γιατί το πλεόνασμά τους είναι μικρότερο των εξόδων συναλλαγής και επομένως είναι εξίσου βέβαιο ότι υπάρχει πολύ μεγάλο περιθώριο για αποτελεσματικότερη κατανομή των πόρων.

Ολοκληρώνοντας τη συζήτηση για την θετική, περιγραφική εκδοχή του θεωρήματος του Coase θα επιχειρήσουμε να δώσουμε έναν ορισμό που συμπυκνώνει τη συζήτηση που προηγήθηκε:

Θετική (περιγραφική) εκδοχή του θεωρήματος του Coase: Όταν το κόστος μιας συναλλαγής είναι μηδενικό (ή χαμηλότερο από το πλεόνασμα που θα προκύψει από την συναλλαγή) τα μέρη, αν διαπραγματευθούν, θα καταλήξουν σε αποτελεσματική κατανομή των δικαιωμάτων, ανεξάρτητα της αρχικής κατανομής τους από το δίκαιο. Όταν τα έξοδα συναλλαγής είναι τόσο υψηλά ώστε να καθιστούν ανέφικτη την συμφωνία των μερών, η αποτελεσματική κατανομή των δικαιωμάτων θα εξαρτηθεί από την αρχική κατανομή τους από το δίκαιο.

ΣΤ. Το Θεώρημα του Coase (το τρίτο βήμα: η κανονιστική εκδοχή)

Αλλά το θεώρημα του Coase δεν ολοκληρώνεται με τη θετική εκδοχή του. Όπως είδαμε ο Ronald Coase εντόπισε μια αποτυχία της αγοράς που αποτελεί την αιτία μιας συστηματικά αναποτελεσματικής (υπο-άριστης) κατανομής των πόρων. Το επόμενο βήμα για τον Coase ήταν βέβαια να προτείνει λύσεις στο πρόβλημα. Η κανονιστική εκδοχή του θεωρήματος (*normative Coase theorem*) εμπεριέχει τη θεσμική λύση που προτείνει ο Coase. Αφού επισημάνει τη σημασία που έχει το δίκαιο για την αρχική αλλά και την τελική κατανομή των δικαιωμάτων στις περιπτώσεις που το κόστος συναλλαγών είναι υψηλό, καταλήγει:

Θα ήταν λοιπόν επιθυμητό τα δικαστήρια να κατανοούν τις οικονομικές συνέπειες των αποφάσεών τους όπως επίσης και να λαμβάνουν υπόψη αυτές τις συνέπειες κατά τη διαδικασία λήψης των αποφάσεων, όσο φυσικά αυτό είναι δυνατό χωρίς να δημιουργούν ανασφάλεια δικαίου. (Coase 1960: 19).

29. «Υπό αυτές τις συνθήκες η αρχική οριοθέτηση των νομικών δικαιωμάτων επηρεάζει τελικά την αποτελεσματική λειτουργία του οικονομικού συστήματος.» (Coase 1960: 16)

Το δίκαιο λοιπόν θα πρέπει να έχει σαν στόχο τη μείωση του κόστους συναλλαγών με τους κατάλληλους κανόνες. Ποιοι είναι οι κατάλληλοι κανόνες όμως; Ο Coase δεν το προσδιορίζει με ακρίβεια και δεν κάνει συγκεκριμένες προτάσεις. Άλλωστε ενδιαφέρεται κυρίως για το οικονομικό πρόβλημα του κόστους συναλλαγών ως είδος αποτυχίας της αγοράς. Καταλήγει τονίζοντας ότι το πρόβλημα μπορεί να λυθεί από την αγορά αλλά και με κρατική παρέμβαση. Η καλύτερη λύση είναι εκείνη που έχει το μικρότερο κόστος (Coase 1960: 18) και σίγουρα τα δικαστήρια μπορούν να συμβάλλουν στη μείωση αυτού του κόστους. Μάλιστα καταλήγει τη σχετική συζήτηση τονίζοντας ότι αρκετοί δικαστές το έχουν ήδη κάνει με επιτυχημένο τρόπο, έλαβαν δηλαδή υπόψη τους τις οικονομικές συνέπειες των αποφάσεών τους και μπόρεσαν να σταθμίσουν τα διαφορετικά συμπεφέροντα με σκοπό να προστατεύσουν εκείνο, η προστασία του οποίου αυξάνει την κοινωνική ευημερία (Coase 1960: 19-28).

Z. Το βήμα που δεν έκανε ο Coase: Η γέννηση της Οικονομικής Ανάλυσης του Δικαίου

Η ιδέα του Coase, η ουσία της κανονιστικής εκδοχής του θεωρήματός του, αποτέλεσε τη θεμέλια λίθο της οικονομικής ανάλυσης του δικαίου. Αυτό όμως που δεν έκανε ο Coase,³⁰ το έκανε ο Καθηγητής Νομικής (και μετέπειτα και Δικαστής) Richard Posner.³¹ Ο Posner βασίστηκε στο κανονιστικό θεώρημα του Coase για να εφεύρει ουσιαστικά την οικονομική ανάλυση του δικαίου. Το 1973 θα κυκλοφορήσει η πρώτη έκδοση του περίφημου έργου του *Economic Analysis of Law*³² στο οποίο χρησιμοποιεί τα εργαλεία της οικονομικής επιστήμης στην ανάλυση ζητημάτων που εμπίπτουν σε όλους σχεδόν τους κλάδους του δικαίου: «Αυτό το βιβλίο γράφτηκε με τη βεβαιότητα ότι τα οικονομικά αποτελούν ένα πανίσχυρο εργαλείο για την ανάλυση μεγάλη γκάμας προβλημάτων της νομικής επιστήμης.» (Posner 2010: 3).

Η λύση του Posner στο ερώτημα που έθεσε αλλά δεν απάντησε ο Coase είναι διάσημη αλλά και ιδιαίτερα αμφισβητούμενη: τα δικαστήρια θα πρέπει να «μιμηθούν» το αποτέλεσμα της αγοράς – όσο αυτό είναι δυνατόν. Θα πρέπει δηλαδή τα δικαστήρια να αναγνωρίσουν το δικαίωμα σε εκείνο το μέρος στο οποίο θα κατέληγε το δικαίωμα εάν δεν υπήρχαν τα έξοδα συναλλαγών και τα μέρη μπορούσαν να διαπραγματευτούν και να καταλήξουν σε συμφωνία. Το δικαίωμα δηλαδή θα πρέπει να δοθεί από το δικαστήριο εκεί που θα κατέληγε με τη συναίνεση των μερών. Ο Posner θεωρεί ότι σε πολλές περιπτώσεις ένα δικαστήριο μπορεί να υποθέσει με αρκετά ικανοποιητική ακρίβεια ποια είναι η κατανομή των πόρων που θα μεγιστοποιήσει τον κοινωνικό πλούτο (Posner 1979: 120).

30. Ο Coase (1978) είχε αρχικώς πολλές αντιρρήσεις και προέβλεψε ότι η χρήση των οικονομικών από άλλες κοινωνικές επιστήμες θα είναι προσωρινή.

31. Ο Richard Posner γεννήθηκε το 1939 στη Νέα Υόρκη. Από το 1969 μέχρι σήμερα διδάσκει στη Νομική Σχολή του Πανεπιστημίου του Σικάγο ενώ το 1981 ο Πρόεδρος Ronald Reagan τον διόρισε Εφέτη στο 7^ο Περιφερειακό Εφετείο (του οποίου υπήρξε Πρόεδρος από το 1993 έως το 2000). Είναι ο νομικός με τις περισσότερες αναφορές στο έργο του στην ιστορία της νομικής επιστήμης.

32. Το 2010 κυκλοφόρησε η 8^η Έκδοση (Posner 2010).

Η απόφασή του δικαστηρίου νομιμοποιείται από την υποθετική συναίνεση των μερών (*hypothetical consent*).

Βέβαια η βασική αντίρρηση εδώ είναι αναμενόμενη και εύλογη: η πραγματική συναίνεση είναι εφικτή γιατί κερδίζουν και τα δύο μέρη αλλά όταν το δικαστήριο αναγνωρίζει απευθείας το δικαίωμα σ' αυτόν που το αξιολογεί περισσότερο, μπορεί η απόφαση να είναι αποτελεσματική αλλά έχει σοβαρές διανεμητικές συνέπειες. Το άλλο μέρος δεν θα κερδίσει το ποσοστό του πλεονάσματος που θα είχε πετύχει μετά από μια διαπραγμάτευση, εάν του είχε αναγνωριστεί το δικαίωμα από το δικαστήριο. Το ερώτημα εδώ λοιπόν είναι εάν η αποτελεσματική κατανομή των πόρων, η αύξηση δηλαδή του πλούτου, αποτελεί έναν επαρκή λόγο για την απόφαση του δικαστηρίου (Posner 1980, 1983). Προφανώς το επιχείρημα του Posner δεν μπορεί να αποτελέσει τη νομική βάση μιας δικαστικής απόφασης και επιπλέον είναι ιδιαίτερα αμφισβητούμενο ηθικά και πολιτικά.³³ Επιπλέον τα δικαστήρια μπορεί να κάνουν σοβαρά λάθη προσπαθώντας να αναγνωρίσουν το δικαίωμα σ' αυτόν που θεωρούν ότι το αξιολογεί περισσότερο.

Η διάσημη υπόθεση του Αμερικανικού δικαίου των συμβάσεων *Peenhouse v. Garland Coal & Mining Co.*³⁴ είναι χαρακτηριστική. Το Νοέμβριο του 1954 στην Οκλαχόμα των Η.Π.Α. η οικογένεια Peenhouse συμφώνησε με την εταιρία Garland να της παραχωρήσει για πέντε χρόνια τα δικαιώματα εξόρυξης άνθρακα στην φάρμα που διέμεναν τα μέλη της οικογένειας. Σύμφωνα με την σύμβαση η οικογένεια θα αποζημιωνόταν με ποσοστά επί των κερδών ενώ η εταιρία αναλάμβανε την υποχρέωση αποκατάστασης της φάρμας στην προτέρα κατάσταση. Όμως το κόστος αποκατάστασης της φάρμας ήταν υψηλό (\$29.000) σε σχέση με τη μείωση της αγοραίας αξίας της φάρμας (κατά \$300) μετά την εξόρυξη. Το πρωτόδικο δικαστήριο αποφάσισε να απαλλάξει την εταιρία Garland από την υποχρέωση αποκατάστασης αλλά την υποχρέωσε να καταβάλλει αποζημίωση στην οικογένεια Peenhouse \$5.000. Το Ανώτατο Δικαστήριο της Οκλαχόμα ανέτρεψε την πρωτόδικη απόφαση μειώνοντας την αποζημίωση στα \$300, θεωρώντας ότι με τον τρόπο αυτό έλαβε μια ορθή οικονομικά απόφαση. Θα μπορούσε μάλιστα να ισχυριστεί κανείς ότι έδωσε το δικαίωμα στο μέρος που το αξιολογούσε περισσότερο, εφόσον δεχόμαστε ότι το δικαίωμα «άξιζε» \$29.000 για την εταιρία Garland και μόνο \$300 για την οικογένεια Peenhouse. Σύμφωνα με το δικαστήριο θα ήταν αναποτελεσματικό και σπάταλο να υποχρεωθεί η εταιρία να ξοδέψει \$29.000 για να αυξηθεί η αξία της φάρμας κατά \$300.

Όμως το δικαστήριο έκανε ένα σοβαρό οικονομικό λάθος. Η μείωση της αξίας της φάρμας που έπρεπε να αποζημιωθεί δεν ήταν η «αντικειμενική» αγοραία μείωση της αξίας της αλλά η υποκειμενική μείωση της αξίας της για την οικογένεια. Το γεγονός ότι η οικογένεια απαίτησε να συμπεριληφθεί η σχετική ρήτρα στη σύμβαση είναι ενδεικτική. Το πρόβλημα λοιπόν είναι εμφανές: τα δικαστήρια δεν έχουν συχνά τη δυνατότητα να υπολογίσουν την αξιολόγηση των μερών. Εάν δοκιμάσουν να εφαρμόσουν τη συμβουλή

33. Βλ. ιδιαίτερα την κριτική του Jules Coleman (1982).

34. 382 P.2d 109 (Okl. 1962).

του Posner είναι πολύ πιθανό να κάνουν λάθος και να καταλήξουν σε μια απόφαση αναποτελεσματική και άδικη.

Ο Guido Calabresi³⁵ πρότεινε, στις περιπτώσεις (που είναι και οι περισσότερες) που το δικαστήριο δεν έχει ασφαλή τρόπο να υπολογίσει τις υποκειμενικές αξιολογήσεις των μερών, να δημιουργήσει τουλάχιστον τις προϋποθέσεις για τη μετακίνηση του δικαιώματος από τα ίδια τα μέρη. Πρότεινε έτσι να αναγνωρίσουν τα δικαστήρια το δικαίωμα σε εκείνο το μέρος από όπου μπορεί να μετακινηθεί (το δικαίωμα) ευκολότερα - εάν χρειαστεί (Calabresi 1970: 150-152). Καθώς ο νομοθέτης και τα δικαστήρια δεν γνωρίζουν κατά τεκμήριο τις υποκειμενικές αξιολογήσεις των μερών καλό είναι να αναγνωρίσουν το δικαίωμα σε εκείνο το μέρος (να προστατεύουν δηλαδή εκείνο το συμφέρον) που σε περίπτωση «λάθους» το άλλο μέρος μπορεί να του το αγοράσει ευκολότερα. Όμως το μέρος από όπου το δικαίωμα είναι ευκολότερο να μετακινηθεί είναι σχεδόν πάντα το ασθενέστερο οικονομικά, καθώς, εάν το άλλο μέρος είναι ισχυρότερο οικονομικά, θα μπορέσει να αγοράσει ευκολότερα το δικαίωμα εφόσον το αξιολογεί περισσότερο³⁶ – ενώ το αντίθετο είναι προφανώς δυσκολότερο.³⁷

Ανακεφαλαιώνοντας λοιπόν τη συζήτηση για το θεώρημα του Coase θα πρέπει να συνοψίσουμε επικεντρώνοντας την προσοχή μας στο ρόλο του δικαίου ως εργαλείου που μπορεί να διορθώσει την αγορά. Η ιδέα ότι το κράτος μπορεί να δώσει λύσεις στις αποτυχίες της αγοράς (*market failures*) δεν ήταν πρωτότυπη το 1960. Αλλά η ιδέα ότι οι κανόνες δικαίου, ιδίως αυτοί που προέρχονται από τα δικαστήρια, μπορούν να διευκολύνουν την αποτελεσματική κατανομή των πόρων υπερβαίνοντας έτσι τις αποτυχίες της αγοράς (και ιδιαίτερα την ύπαρξη του κόστους συναλλαγών)³⁸ ήταν ριζοσπαστική. Το ίδιο ισχύει και για την ιδέα που αναδύεται στο κείμενο του Coase σχετικά με την διαμόρφωση ενός νομικού πλαισίου που δεν θα επιλύει απλώς *ad hoc* αποτυχίες της αγοράς αλλά θα είναι διαμορφωμένο έτσι ώστε να διευκολύνει την οικονομική ανάπτυξη.³⁹ Σε ένα ιδανικό λοιπόν θεσμικό πλαίσιο ο νομοθέτης φροντίζει να μειώνει τα έξοδα συναλλαγής και ο δικαστής να τα υπερβαίνει με τις αποφάσεις του.

35. Ο Guido Calabresi γεννήθηκε στο Μιλάνο το 1932. Είναι Ομότιμος Καθηγητής της Νομικής Σχολής του Yale, της οποίας υπήρξε κοσμήτορας από το 1985 έως το 1994, χρονιά που ο Πρόεδρος Bill Clinton τον διόρισε Εφέτη στο 2^ο Περιφερειακό Εφετείο των Η.Π.Α. Ο Calabresi θεωρείται μαζί με τον Ronald Coase και τον Richard Posner ένας από τους «ιδρυτές» (*founders*) της οικονομικής ανάλυσης του δικαίου.

36. Είναι, όπως είδαμε, πιθανό το ασθενέστερο μέρος να αξιολογεί περισσότερο το δικαίωμα από το ισχυρότερο οικονομικά μέρος. Στην περίπτωση αυτή το δικαίωμα θα παραμείνει στον ασθενέστερο κι αυτό θα είναι οικονομικά αποτελεσματικό.

37. Λόγω και τους αποτελέσματος πλούτου (*wealth effect*). Ο Calabresi δεν αναφέρει κάτι σχετικά. Η επιλογή του ασθενέστερου μέρους είναι δική μου ερμηνεία του επιχειρήματός του.

38. Βλ. για παράδειγμα στο δίκαιο των συμβάσεων Foka-Kavaliari and Hatzis (2009).

39. Μία ιδέα στην οποία βασίζονται τα νεοθεσμικά οικονομικά. Δες ιδίως το έργο του Νομπελίστα Douglass North (1990).

Η. Ο αποτελεσματικότερος τρόπος προστασίας των δικαιωμάτων

Το δίκαιο δεν είναι απαραίτητο μόνο για να μειώνει το κόστος συναλλαγών. Ένας άλλος σημαντικός ρόλος του δικαίου είναι ο ακριβής καθορισμός των δικαιωμάτων. Εάν δεν είναι επακριβώς καθορισμένα και υπάρχουν αμφισβητήσεις, η διαπραγμάτευση δεν θα είναι εφικτή και η αξία των δικαιωμάτων θα υποβαθμιστεί. Είναι μάλιστα πιθανό, σε περιπτώσεις ασάφειας, τα δικαιώματα να καταλήξουν σε όποιον μπορεί να τα υφαρπάξει και να τα «καταναλώσει» γρηγορότερα. Η *τραγωδία των κοινοχρήστων* που εντόπισε ο Garrett Hardin το 1968, αλλά είχε περιγράψει πολύ νωρίτερα ο Αριστοτέλης («Ό,τι ανήκει σε όλους απολαμβάνει από αυτούς τη λιγότερη φροντίδα. Οι άνθρωποι ενδιαφέρονται περισσότερο γι' αυτό που τους ανήκει και λιγότερο γι' αυτό που ανήκει σε όλους. Ή σε κάθε περίπτωση ενδιαφέρονται μόνο στο βαθμό που τους αφορά»)⁴⁰ είναι χαρακτηριστική. Άρα στο Θεώρημα του Coase πρέπει να συμπεριλάβουμε άλλο ένα στοιχείο που θεωρείται απαραίτητο για τη λειτουργία του μηχανισμού αποτελεσματικής κατανομής των πόρων και είναι «η επαρκής εξειδίκευση εννόμων θέσεων και δικαιωμάτων» (Γέμτος 2001: 59). Δεν χρειάζεται να τονίσουμε τον οικονομικό ρόλο του εμπράγματος δικαίου και του δικαίου των συμβάσεων ή τη σημασία του κράτους δικαίου για την καλή λειτουργία της αγοράς γενικά αλλά και για την αποτελεσματική κατανομή των δικαιωμάτων που περιγράφει ο Coase.

Στα παραπάνω ο Guido Calabresi⁴¹ πρόσθεσε μια ιδιαίτερα σημαντική διάκριση που αφορά τον κατάλληλο τρόπο προστασίας των δικαιωμάτων δηλαδή τη μορφή νομικής προστασίας που εξασφαλίζει την επιθυμητή δομή κινήτρων. Η διάκριση που παρουσιάζει ο Calabresi δεν είναι καινοφανής. Το πρωτότυπο στοιχείο της έγκειται στην σύνδεση του τρόπου προστασίας με το κόστος συναλλαγών. Έτσι όταν τα έξοδα συναλλαγών είναι υψηλά και η συνεννόηση μεταξύ των μερών είναι προβληματική η προστασία του δικαιώματος από προσβολές τρίτων (πρέπει να) είναι σχετική, ενώ όταν τα έξοδα συναλλαγών είναι χαμηλά και η συνεννόηση μεταξύ των μερών ευκολότερη η προστασία (πρέπει να) είναι απόλυτη.

Η διάκριση είναι απαραίτητη γιατί η μορφή προστασίας χαρακτηρίζεται κυρίως από την προϋπόθεση της ύπαρξης ή όχι συναίνεσης για την προσβολή του δικαιώματος. Όταν η συναίνεση είναι απαραίτητη για την «προσβολή» του δικαιώματος τότε η προστασία είναι απόλυτη ή εμπράγματα (*property rule*) γιατί για κάθε μεταβολή στην κατάσταση του δικαιώματος θα πρέπει να συναινέσει ο φορέας του δικαιώματος (δικαιούχος). Αντίθετα όταν η συναίνεση δεν είναι απαραίτητη για την «προσβολή» του δικαιώματος τότε η προστασία είναι σχετική ή ενοχική (*liability rule*) γιατί η μεταβολή στην κατάσταση του δικαιώματος μπορεί να επισυμβεί χωρίς την συναίνεση του δικαιούχου – αν και ο τελευταίος θα πρέπει να αποζημιωθεί.

40. Αριστοτέλης, *Πολιτικά* 1261b.

41. Στο κλασικό άρθρο που έγραψε σε συνεργασία με τον Douglas Melamed (1972).

Τα εμπράγματα (περιουσιακά) δικαιώματα έχουν συνήθως και εμπράγματη προστασία. Για την πώληση δηλαδή ενός ακινήτου ή κινητού απαραίτητη προϋπόθεση είναι η συναίνεση του ιδιοκτήτη. Χωρίς τη συναίνεση η μετακίνηση του δικαιώματος (πώληση, δάνειο, ενοικίαση) είναι άκυρη. Αντίθετα τα ενοχικά δικαιώματα έχουν συνήθως και ενοχική προστασία. Έτσι δεν νοείται να απαιτηθεί η συναίνεση του θύματος σε ένα ατύχημα – το θύμα απλά δικαιούται να ζητήσει αποζημίωση. Η υποσχετική σύμβαση δίνει στο μέρος που λαμβάνει την υπόσχεση («δανειστή» / *promisee*) ένα ενοχικό δικαίωμα που του επιτρέπει να ζητήσει αποζημίωση σε περίπτωση αθέτησης της σύμβασης ή πλημμελούς εκπλήρωσής της.⁴²

Σύμφωνα λοιπόν με τη διάκριση του Calabresi, όταν υπάρχουν υψηλά συναλλακτικά έξοδα, τα δικαιώματα (θα πρέπει να)⁴³ προστατεύονται σχετικά γιατί το δίκαιο δεν μπορεί να απαιτήσει τη συναίνεση των μερών. Η συναίνεση στις περιπτώσεις αυτές είναι πολύ δύσκολο (δαπανηρό) να επιτευχθεί ή και αδύνατο. Αντίθετα στις περιπτώσεις που τα έξοδα συναλλαγής είναι χαμηλά, το δίκαιο μπορεί ρεαλιστικά να απαιτήσει τη συναίνεση του δικαιούχου. Στην περίπτωση δηλαδή που το κόστος συναλλαγών είναι υψηλό, ο δικαιούχος υποβάλλεται ουσιαστικά σε «αναγκαστική πώληση» (*forced sale*) με τίμημα (αποζημίωση) που θα υπολογίσει το δικαστήριο. Το πόσο προβληματικό μπορεί να είναι αυτό το είδαμε στην υπόθεση *Peenynhouse v. Garland*. Αυτή η αναγκαστική πώληση μπορεί να μην είναι καν αποτελεσματική (ιδίως αν δεν ληφθούν υπόψη οι υποκειμενικές αξιολογήσεις). Ακόμα κι αν είναι κατανεμπτικά αποτελεσματική (*allocatively efficient*), θα έχει κατά τεκμήριο σοβαρές διανεμπτικές συνέπειες εις βάρος του δικαιούχου.

Εκτός από τις δύο μορφές προστασίας που εξετάσαμε, ο Calabresi περιγράφει και μια τρίτη μορφή, όχι τόσο συχνή. Πρόκειται για το είδος προστασίας που μετατρέπει τα δικαιώματα σε αναπαλλοτρίωτα (*inalienability*). Τα δικαιώματα είναι αναπαλλοτρίωτα όταν δεν μπορούν να πωληθούν ή να ανταλλαγούν (πώληση οργάνων, ψήφου), ακόμα κι αν υπάρχει η συναίνεση του δικαιούχου. Τα αναπαλλοτρίωτα δικαιώματα προστατεύονται ακόμα και από τους φορείς τους διότι θεωρείται πως οι συναλλαγές με αντικείμενα τα δικαιώματα αυτά είτε βλάπτουν το σύνολο (πώληση ψήφου), είτε οφείλονται σε ελλιπή πληροφόρηση ή «ανορθολογική» συμπεριφορά (παρένθετη μητρότητα / νομικός πατερναλισμός), είτε προκαλούν «ηθικές εξωτερικότητες» (πορνεία / νομικός ηθικισμός).⁴⁴ Το άρθρο 178 του Αστικού Κώδικα είναι χαρακτηριστικό: *Δικαιοπραξία που αντιβαίνει στα χρηστά ήθη είναι άκυρη*.

Θεωρώ πως στις περισσότερες περιπτώσεις⁴⁵ το αναπαλλοτρίωτο των δικαιωμάτων περισσότερο βλάπτει παρά ωφελεί τα άτομα. Τους αφαιρεί δε συνήθως τα δικαιώματα αυτοπροσδιορισμού (*self-determination*) και ιδίως τα δικαιώματα ελέγχου του ίδιου του

42. Για το ειδικότερο αυτό θέμα δες Χατζής (2010).

43. Η διάκριση του Calabresi είναι κανονιστική αλλά ταυτόχρονα και περιγραφική – τουλάχιστον για το Common Law. Είναι όμως οικεία και για τους νομικούς του ηπειρωτικού δικαίου. Βλ. γενικά για το θέμα την πολύ ενδιαφέρουσα ανάλυση του Γέμτου (2001: 74-81).

44. Βλ. σχετικά Hatziis (2006) με αφορμή την συζήτηση για τον γάμο μεταξύ ατόμων του ίδιου φύλου.

45. Όσες δηλαδή δεν έχουν να κάνουν με συλλογικά αγαθά που παρέχονται στο άτομο ως μέλος μιας κοινότητας (ψήφος, δικαιώματα, θέση στο δημόσιο, ταυτότητα, πτυχίο κλπ.).

σώματός τους (*self-ownership*). Αλλά αυτά είναι φιλοσοφικά ζητήματα τα οποία δεν θα συζητήσουμε εδώ (Hatzis 2003). Άλλωστε δύσκολα μπορεί να αμφισβητήσει κανείς ότι ένα βασικό συμπέρασμα που προκύπτει από το θεώρημα του Coase είναι πως οι όροι της ανθρώπινης συνύπαρξης είναι κατά τεκμήριο καλύτεροι όταν καθορίζονται από τα ίδια τα άτομα παρά όταν τους επιβάλλει κάποιος νομοθέτης ή δικαστής. Το δίκαιο όμως είναι απαραίτητο όταν η διαπραγμάτευση (δηλαδή η διαδικασία επίτευξης συναίνεσης) αποτυγχάνει.

Ι. Η περίπτωση της Ελλάδος

Δυστυχώς το κόστος συναλλαγών στην Ελλάδα ήταν και είναι πολύ υψηλό. Αν και ο Ronald Coase ενδιαφέρθηκε κυρίως για το συναλλακτικό κόστος που είναι ενδογενές σε μια οικονομία της αγοράς, στην Ελλάδα το κόστος συναλλαγών αυξάνεται κυρίως από το κράτος. Το πολύ υψηλό κόστος συναλλαγών οφείλεται κυρίως στο φαινόμενο της προσοδοθηρίας (Χατζής 2012α). Έως και τις πρόσφατες άτολμες μεταρρυθμίσεις τις οποίες υποχρεώθηκε η χώρα μας να εφαρμόσει υπό τον κίνδυνο της χρεοκοπίας, το κόστος συναλλαγών για πολλές οικονομικές δραστηριότητες ήταν από τα υψηλότερα (ή και το υψηλότερο) στην ΕΕ και στον ΟΟΣΑ:

(α) Το πλέον χαρακτηριστικό παράδειγμα ανεπίτρεπτα υψηλού κόστους συναλλαγών αποτελεί εκείνο της μεταβίβασης ακινήτων.⁴⁶ Για τη μεταβίβαση ενός ακινήτου τα συναλλακτικά έξοδα δεν περιλαμβάνουν μόνο τα ενδογενή στην αγορά⁴⁷ αλλά και σειρά εξόδων που επιβάλλονται από την κρατική ρύθμιση:

- Αμοιβή συμβολαιογράφου και λοιπά συμβολαιογραφικά έξοδα (χαρτόσημα, πάγια τέλη, έξοδα υπέρ τρίτων, αντίγραφα συμβολαίων, σύνταξη φορολογικών δηλώσεων και περιλήψεων, κλπ.)
- Αμοιβή δύο δικηγόρων και λοιπά έξοδα (π.χ. για το ταμείο αλληλεγγύης των Δικηγορικών Συλλόγων)
- Ταμείο Νομικών
- Τέλος Εγγραφής στο υποθηκοφυλακείο (και κόστος μετεγγραφής προσημείωσης εάν η αγορά γίνεται με στεγαστικό δάνειο)
- Φορολογία (φόρος μεταβίβασης ακινήτων, φόρος υπέρ των ΟΤΑ, φόρος προστιθέμενης αξίας, φόροι υπέρ τρίτων, φόροι, τέλη και εισφορές κατά την ανοικοδόμηση και φυσικά οι έκτακτοι φόροι και άλλοι 30 περίπου φόροι που επιβάλλονται σε ειδικές περιπτώσεις αλλά και ο φόρος εισοδήματος από ακίνητα που θα πρέπει να προϋπολογιστεί)

46. Στοιχεία από το ρεπορτάζ του Προκόπη Χατζηνικολάου, «Πανάκριβη η μεταβίβαση των ακινήτων στην Ελλάδα» (*Καθημερινή*, 6 Μαρτίου 2011).

47. Που σε ορισμένες περιπτώσεις έχουν σκοπό να μειώσουν τα συνολικά συναλλακτικά έξοδα (π.χ. έξοδα μεσιτείας, δημοσίευσης, κλπ.)

Όπως είναι φυσικό, έπειτα από σχετική έρευνα των υπηρεσιών της Επιτροπής, η Ελλάδα αναδείχθηκε ως η ακριβότερη χώρα μεταξύ 21 κρατών-μελών της Ε.Ε.⁴⁸ Έτσι το 2009 μόνο οι αμοιβές προς δικηγόρους, συμβολαιογράφους και μεσίτες για την απόκτηση ενός ακινήτου αξίας €250.000 ευρώ αντιστοιχούσε σε μία επιβάρυνση που έφτανε τα €6.500 ευρώ, όταν στη δεύτερη κατά σειρά χώρα, την Ιταλία, οι ανάλογες χρεώσεις δεν ξεπερνούσαν τα €3.245 (δεν συμπεριλαμβάνονταν οι πάσης φύσεως φορολογικές επιβαρύνσεις στην αγορά ακινήτων). Σε ανάλογα συμπεράσματα έχουν καταλήξει κι άλλες σχετικές μελέτες, όπως εκείνη του ΟΟΣΑ, βάσει της οποίας η Ελλάδα κατατάσσεται στην έκτη υψηλότερη θέση, με βάση το κόστος συναλλαγής για την απόκτηση κατοικίας. Αλλά όπως είδαμε, τα υψηλά έξοδα συναλλαγών εμποδίζουν τις συναλλαγές⁴⁹ ενώ δεν προστατεύουν τον καταναλωτή.⁵⁰ Αυτό αποδεικνύεται και στην περίπτωση της Ελλάδας.

(β) Ένα δεύτερο παράδειγμα αποτελεί το κόστος συναλλαγών που δημιουργεί εμπόδια στις επενδύσεις και ειδικά στην ίδρυση μιας νέας επιχείρησης στην Ελλάδα. Παρά τη βελτίωση των επιδόσεων της Ελλάδας τη διετία 2007-8,⁵¹ στα τέλη του 2010 η σύσταση μιας νέας εταιρίας απαιτούσε 15 μέρες και €1.101, όταν ο αντίστοιχος μέσος χρόνος στην Ε.Ε. ήταν 8 ημέρες και το κόστος αντιστοιχούσε στα €417. Το μεγάλο κόστος σε χρόνο και χρήμα οφείλεται στη γραφειοκρατία που κάθε άλλο παρά φιλική είναι έναντι των επιχειρήσεων.

Έτσι στην τελευταία κατάταξη της Παγκόσμιας Τράπεζας ως προς την «φιλικότητα» έναντι των επιχειρήσεων η Ελλάδα κατετάγη στην 100^η θέση μεταξύ 182 χωρών,⁵² δηλαδή σε χειρότερη θέση από χώρες όπως η Γκάνα, το Αζερμπαϊτζάν, η Ναμίμπια, η Ζάμπια, η Μογγολία, η Υεμένη και το Βιετνάμ. Στην ίδια κατάταξη, η Ελλάδα βρίσκεται στην 155^η θέση όσον αφορά την προστασία των επενδυτών και στην 135^η στην ευκολία ίδρυσης επιχειρήσεων. Ταυτόχρονα η Ελλάδα κατατάσσεται στην 119^η θέση σε σύνολο 141 χωρών ως προς την προσέλκυση ξένων άμεσων επενδύσεων (*foreign direct investment*)⁵³

48. Στοιχεία από το ρεπορτάζ του Νίκου Χ. Ρουσάνογλου, «Συμβολαιογράφοι και δικηγόροι επιβαρύνουν το κόστος μεταβίβασης των ακινήτων» (*Καθημερινή*, 13 Ιανουαρίου 2009).

49. «Σε απάντηση που έδωσε η Επίτροπος Ανταγωνισμού κα Κρόες σε ερώτηση του ευρωβουλευτή του ΣΥΝ Δημ. Παπαδημούλη, επισημαίνεται ότι 'η επαγγελματική ρύθμιση της δραστηριότητας των συμβολαιογράφων, δικηγόρων, κτηματομεσιτών και ορισμένων άλλων επαγγελματιών, όπως οι ειδικοί μεταβιβάσεων ακινήτων, έχει επιπτώσεις στην αποτελεσματικότητα και απόδοση της αγοράς των υπηρεσιών μεταβίβασης ακινήτων.' Συμπληρώνει, μάλιστα, ότι 'τα υψηλά επίπεδα κανονιστικής ρύθμισης συμβαδίζουν με τις υψηλές τιμές, ενώ δεν συνεπάγονται αυτόματα και υψηλά επίπεδα ποιότητας' (βλ. ρεπορτάζ *Καθημερινής* 13/1/2009).

50. «Το γεγονός έχει ως αποτέλεσμα, σε αρκετές περιπτώσεις, να αναβάλλονται ακόμα και αγοραπωλησίες, με ό,τι κάτι τέτοιο συνεπάγεται για τον κλάδο σε εποχές οικονομικής κρίσης, όπως αυτή που διανύουμε τώρα.» (βλ. ρεπορτάζ *Καθημερινής* 6/3/2011).

51. Μέχρι τότε η σύσταση μιας νέας εταιρίας απαιτούσε 30 μέρες και €1.366, ενώ ο αντίστοιχος χρόνος στην Ε.Ε. ήταν 12 μέρες και το συνολικό κόστος ανερχόταν στα €485. Βλ. σχετικά «Διπλάσια γραφειοκρατία για μια νέα επιχείρηση στην Ελλάδα» (*Ναυτεμπορική*, 29 Δεκεμβρίου 2010).

52. Βλ. αναλυτικά *Doing Business 2012: Doing Business in a More Transparent World*. Washington, DC: World Bank. Η Ελλάδα έχει την 150^η θέση στην κατάταξη που αναφέρεται στη δυσκολία και το κόστος μεταγραφής ακινήτων.

53. «Υπάρχουν πάρα πολλοί νόμοι, διατάξεις και κανονισμοί και υπερβολικός αριθμός εμπλεκόμενων αρχών από τις οποίες πρέπει να πάρει κανείς άδεια όταν πρόκειται να ανοίξει μια επιχείρηση» αναφέρει

σύμφωνα με την ετήσια έκθεση *World Investment Report* του UNCTAD.⁵⁴ Όπως είναι εύλογο η Ελλάδα έχει σοβαρό πρόβλημα ανταγωνιστικότητας. Στη σχετική κατάταξη βρίσκεται στην 83^η θέση για το 2010-11 (από την 71^η θέση που κατείχε πριν ένα μόλις χρόνο!) ανάμεσα σε 139 κράτη και φυσικά τελευταία στην ΕΕ των 27.⁵⁵ Αλλά τα εμπόδια είναι το ίδιο υψηλά και για τις ελληνικές εταιρίες με εξαγωγικό προσανατολισμό.⁵⁶

(γ) Η τρίτη αιτία του υψηλού κόστους συναλλαγών είναι τα κλειστά επαγγέλματα τα οποία αυξάνουν το κόστος παροχής υπηρεσιών. Τα κύρια είδη των περιορισμών που συναντώνται στην Ελλάδα είναι (i) οι περιορισμοί που σχετίζονται με τις διαδικασίες αδειοδότησης για την άσκηση μιας επαγγελματικής δραστηριότητας, (ii) οι περιορισμοί ως προς τον αριθμό των αδειών που δίνονται, (iii) παρεμβάσεις ως προς τον καθορισμό των τιμών, και (iv) γεωγραφικά κριτήρια για την άσκηση του επαγγέλματος.⁵⁷

ο κ. Αλμπερτ Γκραφ, επικεφαλής του οικονομικού τμήματος της πρεσβείας της Γερμανίας και επιφορτισμένος στην Αθήνα με την προώθηση των συμφερόντων και των επενδύσεων των γερμανικών επιχειρήσεων στη χώρα μας. Όλα αυτά, προσθέτει ο ίδιος, 'αυξάνουν το κόστος μιας επένδυσης, καθώς ο επιχειρηματίας αναγκάζεται να προσλάβει ειδικούς συμβούλους, νομικούς κ.ά., για να κάνει τη δουλειά του' [...] Τα εμπόδια που ορθώνουν στους επιχειρηματίες-επενδυτές η γραφειοκρατία και το χωροταξικό έλλειμμα αποτυπώνονται με τον καλύτερο τρόπο στην περίπτωση της επένδυσης ύψους 1,2 δισ. ευρώ για το Costa Navarino που πραγματοποίησε η εταιρεία TEMES του εφοπλιστή καπετάν Βασίλη Κωνσταντακόπουλου στη Μεσσηνία. Σύμφωνα με τα στοιχεία της εταιρείας, χρειάστηκαν περισσότερες από 3.000 υπογραφές, από αρμόδιους υπουργούς μέχρι απλούς υπαλλήλους, τη 12ετία από το 1997 ως το 2009 για την πρώτη φάση της επένδυσης. Το ίδιο διάστημα εκδόθηκαν πάνω από 20 υπουργικές ή κοινές υπουργικές αποφάσεις, 600 αδειοδοτήσεις και γνωμοδοτήσεις, ενώ χρησιμοποιήθηκαν τουλάχιστον 80 μικρές ή μεγάλες μελετητικές εταιρείες από Ελλάδα και εξωτερικό, που απασχόλησαν 1.200 μελετητές. Ταυτόχρονα, έγιναν πάνω από 60 δίκες σε όλα τα επίπεδα, ενώ εκδόθηκαν περισσότερες από 25 αποφάσεις του Νομαρχιακού Συμβουλίου Μεσσηνίας και πάνω από 40 αποφάσεις Δημοτικών Συμβουλίων.» (βλ. ρεπορτάζ στο *Βήμα* 7/4/2011). Βλ. σχετικά την έκδοση του ΣΕΒ, *Επιχειρηματικότητα Χωρίς Εμπόδια: 30 Πεδία Δράσης για τη Δημιουργία Φιλικού Επιχειρηματικού Περιβάλλοντος* (Σχέδιο Διαβούλευσης), Νοέμβριος 2010.

54. Βλ. αναλυτικά *World Investment Report 2011: Non-Equity Modes of International Production and Development*. Geneva: United Nations Conference on Trade and Development, 2011 (Country rankings by Inward FDI performance Index and Inward FDI Potential Index, 2007-2009) καθώς και σχετικό ρεπορτάζ «Στο ναδίρ το επενδυτικό κλίμα» (*Το Βήμα*, 25 Ιουλίου 2011).
55. Βλ. αναλυτικά τα στοιχεία στο *The Global Competitiveness Report, 2010-2011*, Klaus Schwab, ed. Geneva: World Economic Forum, 2010.
56. «Τι σημαίνει για τις ελληνικές επιχειρήσεις το διασυννοριακό εμπόριο σε χρόνο και χρήμα; Οι συντάκτες της έκθεσης *Doing Business* της Παγκόσμιας Τράπεζας ήρθαν στην Ελλάδα και κατέγραψαν το ακόλουθο παράδειγμα: εταιρεία περιορισμένης ευθύνης σε περιαστικό χώρο της Αθήνας, μεσαίου μεγέθους με 60 άτομα προσωπικό θέλει να εξαγει ξηρό φορτίο σε κοντέινερ 20 ποδών διά θαλάσσης. Το περιεχόμενο του φορτίου δεν είναι επικίνδυνο, ούτε ευαίσθητο, δεν χρειάζεται δηλαδή να βρίσκεται σε ψυγείο, ούτε να συνοδεύεται από κάποια ειδικά πιστοποιητικά π.χ. φυτοϋγειονομικού ελέγχου. Για την εξαγωγή ενός μόνο κοντέινερ απαιτούνται 20 ημέρες (εκ των οποίων οι 14 για την προετοιμασία 5 εγγράφων, 2 για τον εκτελωνισμό και τον έλεγχο, 2 για τη διαχείριση φορτίων σε λιμάνια και τερματικούς σταθμούς και 2 για την εσωτερική διαμετακόμιση και διαχείριση) και το κόστος ανέρχεται σε 1.153 δολάρια (860,44 ευρώ). Δεν είναι τυχαίο που η Ελλάδα σε αυτό τον τομέα, κατατάσσεται στην 84^η θέση μεταξύ 134 χωρών.» από το ρεπορτάζ της Δήμητρας Μανιφάβα, «Το κόστος της γραφειοκρατίας ακυρώνει τις μειώσεις των μισθών» (*Καθημερινή*, 25 Φεβρουαρίου 2012).
57. Βλ. κυρίως Mitsopoulos and Pelagidis (2009). Επίσης τα δημοσιεύματα «Επαγγέλματα πιο 'κλειστά' και από της Πολωνίας» (*Το Βήμα*, 17 Φεβρουαρίου 2011) και Suzanne Daley, "Push to End Job Barriers Rattles Greece and Economy" (*New York Times*, Oct. 14, 2010).

(δ) Η τέταρτη και ιδιαίτερα σημαντική αιτία δημιουργίας εμποδίων στις συναλλαγές είναι η έλλειψη εμπιστοσύνης σε μία χώρα που κυριαρχεί η διαφθορά, δεν υπάρχει παράδοση *civil society*⁵⁸ και βασικών κανόνων κοινωνικής συμπεριφοράς ενώ το κοινωνικό κεφάλαιο είναι ελλειμματικό. Στην κατάταξη της Διεθνούς Διαφάνειας⁵⁹ η Ελλάδα βρίσκεται στη 78^η θέση ανάμεσα σε 178 χώρες ενώ στον δείκτη πρόσληψης της διαφθοράς στο δημόσιο τομέα⁶⁰ η θέση της Ελλάδας είναι η 80^η σε 182 χώρες. Δεν είναι σύμπτωση ότι και στους δύο δείκτες η Ελλάδα καταλαμβάνει την ίδια θέση με την Κολομβία και την Ταϊλάνδη... Δεν είναι λοιπόν τυχαίο ότι η Ελλάδα έχει τόσο χαμηλό δείκτη κοινωνικού κεφαλαίου. Στην σχετική κατάταξη των χωρών που μετρά συγκεκριμένα την ανάπτυξη κλίματος εμπιστοσύνης (*trust*) που βασίζεται στην κοινωνική συνοχή, τη δραστηριότητα για κοινωνικούς σκοπούς και τον ρόλο των κοινοτικών και των οικογενειακών δικτύων, η Ελλάδα καταλαμβάνει τη θλιβερή 85^η θέση ανάμεσα σε 110 χώρες, δηλαδή μία θέση πάνω από την Αιθιοπία. Σύμφωνα με τα στοιχεία που παρουσιάζει η σχετική έκθεση μόνο το 16% των Ελλήνων αισθάνεται ότι μπορεί να εμπιστευτεί τους άλλους. Η Ελλάδα έχει μία από τις χειρότερες θέσεις (107^η ανάμεσα σε 110) στον δείκτη που μετρά τη βοήθεια σε αγνώστους ενώ επίσης πολύ χαμηλά ήταν τα ποσοστά φιλανθρωπίας (7% του πληθυσμού) και εθελοντισμού (3% του πληθυσμού) τοποθετώντας την Ελλάδα στην τελευταία θέση της κατάταξης!⁶¹

Όμως όλα τα παραπάνω εμπόδια στις συναλλαγές και το υψηλό κόστος της γραφειοκρατίας, της φορολογίας, της πολυνομίας και κυρίως της προσοδοθηρίας συμπυκνώνεται με εντυπωσιακό τρόπο στον δείκτη οικονομικής ελευθερίας. Το *Index of Economic Freedom* τοποθετεί την Ελλάδα στις χώρες που δύσκολα μπορούν να χαρακτηριστούν ελεύθερες οικονομίες (*mostly unfree*), στην 119^η θέση σε σύνολο 179 χωρών, στην ίδια θέση με τη Σενεγάλη και σε χειρότερη θέση από την Καμπότζη, τη Σουαζιλάνδη, την Τανζανία και τη Νιγηρία. Οι χειρότεροι δείκτες της Ελλάδας έχουν να κάνουν με τη διαφθορά, τους περιορισμούς στην ελευθερία των συμβάσεων και φυσικά την κρατική σπατάλη ενώ πολύ χαμηλοί είναι και οι δείκτες προστασίας της ιδιοκτησίας και ευκολίας επενδύσεων.⁶²

Πώς κατάφερε η Ελλάδα να αποτελεί παράδειγμα προς αποφυγή ενώ είναι μέλος του ΟΟΣΑ, της Ευρωπαϊκής Ένωσης και της Ευρωζώνης; Όπως αναφέρει σε κύριο άρθρο της για την Ελλάδα η *Wall Street Journal*, «μία χώρα πρέπει να προσπαθήσει πάρα πολύ για να τα πάει τόσο χάλια».⁶³ Η Ελλάδα τα κατάφερε γιατί αποτέλεσε πρόσφορο έδαφος

58. Είναι χαρακτηριστικό ότι ο όρος *civil society* δεν αντιστοιχεί σε συγκεκριμένο όρο στα ελληνικά. Μεταφράζεται καταχρηστικά ως «κοινωνία πολιτών».

59. Βλ. αναλυτικά *Transparency International, Annual Report 2010*. Berlin: Transparency International, 2011.

60. Βλ. αναλυτικά *Corruption Perception Index 2011*. Berlin: Transparency International, 2011.

61. Βλ. αναλυτικά *The 2011 Legatum Prosperity Index: An Inquiry into Global Wealth and Wellbeing*. London: Legatum Institute, 2011.

62. Αντίθετα οι δείκτες «Business Freedom» και «Trade Freedom» είναι αρκετά υψηλοί. Βλ. αναλυτικά *Index of Economic Freedom 2012*. Washington/New York: Heritage Foundation and *Wall Street Journal*.

63. Βλ. "Editorial: The Greek Economy Explained." (*Wall Street Journal*, May 7, 2010).

για την ανάπτυξη κάθε είδους κόστους συναλλαγών. Είναι προφανές ότι η κρίση στην Ελλάδα είναι κυρίως θεσμική.

Επίλογος

Ο Coase δεν είχε την πρόθεση να διατυπώσει κάποιο θεώρημα. Η αρχική του ιδέα αφορούσε την ανακάλυψη ενός προβλήματος που αντιμετωπίζουν οι πραγματικές αγορές. Οι συναλλαγές έχουν κόστος και ορισμένες φορές αυτό το κόστος είναι τόσο υψηλό που αποτρέπει μια αμοιβαίως επωφελή συναλλαγή. Ο Coase παρατήρησε ότι οι εταιρίες αντιμετωπίζουν αυτό το κόστος μειώνοντας τις εξωτερικές συναλλαγές τους και ενσωματώνοντας στη δομή τους υπηρεσίες για τις οποίες θα είχαν υψηλό κόστος αν τις προμηθεύονταν από την ελεύθερη αγορά μέσω ακριβών συναλλαγών.

Αυτό το κόστος των συναλλαγών όμως δημιουργεί άλλο ένα εμπόδιο: αποτρέπει την αποτελεσματική κατανομή των πόρων, άρα μειώνει την κοινωνική ευημερία. Για να μας βοηθήσει να δούμε τον τρόπο που γίνεται αυτό ο Coase μας ζήτησε να φανταστούμε έναν κόσμο χωρίς κόστος συναλλαγής. Σ' αυτόν τον κόσμο οι πόροι και τα δικαιώματα καταλήγουν εκεί που θα ήταν κοινωνικά άριστο να καταλήξουν. Αλλά ο κόσμος αυτός δεν υπάρχει. Αντίθετα, στον πραγματικό κόσμο, τα έξοδα συναλλαγής είναι υψηλά και εμποδίζουν συχνά τη μετακίνηση των πόρων. Ο Coase μας καλεί να αντιμετωπίσουμε το πρόβλημα αυτό με κανόνες δικαίου που θα διορθώνουν την αγορά και θα εξασφαλίζουν την οικονομική αποτελεσματικότητα.

Ο Richard Posner ήταν αυτός που έλαβε πιο σοβαρά απ' όλους την προτροπή του Coase. Χρησιμοποίησε την ιδέα του για να παρουσιάσει μια οικονομική θεωρία για το δίκαιο που έχει πλέον επηρεάσει καταλυτικά την Αμερικανική νομική σκέψη – αλλά πλέον και την Ευρωπαϊκή. Η οικονομική ανάλυση του δικαίου μπορεί να δίνει λύσεις σε προβλήματα που ταλάνισαν τη νομική επιστήμη για αιώνες (Hatzis 2002). Ένα από αυτά είναι και η μορφή προστασίας των δικαιωμάτων. Ο Guido Calabresi την συνέδεσε με το πρόβλημα του κόστους συναλλαγών επιτυγχάνοντας με τον τρόπο αυτό όχι μόνο να εξηγήσει μετέωρες εννοιολογικές κατασκευές αλλά και να τις ενισχύσει προσφέροντάς τους μια επιστημονική θεωρία που να κατευθύνει την εφαρμογή των κανόνων εξασφαλίζοντας ταυτόχρονα την ασφάλεια δικαίου και την οικονομική αποτελεσματικότητα.

Αλλά το πρόβλημα του κόστους συναλλαγών δεν θα παύσει να υπάρχει. Είναι ένα πρόβλημα εγγενές στην αγορά που την εμποδίζει να λειτουργήσει αποτελεσματικά. Όμως το κόστος συναλλαγών που είναι ενδογενές στην αγορά χωριά μπροστά σ' αυτό που προέρχεται από ένα αναποτελεσματικό κράτος, έρμαιο της γραφειοκρατίας, των ομάδων πίεσης και της διαφθοράς. Το ελληνικό παράδειγμα είναι τόσο χαρακτηριστικό όσο και θλιβερό.

Βιβλιογραφία

- Akerlof, George A. 1970. "The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism." *Quarterly Journal of Economics* 84: 488-500.
- Bernstein, Lisa. 1992. "Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry." *Journal of Legal Studies* 21: 115-157.
- Calabresi, Guido. 1970. *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. New Haven: Yale University Press.
- Calabresi, Guido and Douglas Melamed. 1972. "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral." *Harvard Law Review* 85: 1029-1128.
- Coase, R.H. 1937. "The Nature of the Firm." *Economica* 4: 386-405.
- Coase, R.H. 1959. "The Federal Communications Commission." *Journal of Law & Economics* 2: 1-40.
- Coase, R.H. 1960. "The Problem of Social Cost", *Journal of Law & Economics* 3: 1-44.
- Coase, Ronald H. 1978. "Economics and Contiguous Disciplines." *Journal of Legal Studies* 7: 201-211.
- Coase, R.H. 1988. *The Firm, the Market, and the Law*. Chicago: University of Chicago Press.
- Coleman, Jules. 1982. "The Normative Basis of Economic Analysis: A Critical Review of Richard Posner's *The Economics of Justice*." *Stanford Law Review* 34: 1105-1131.
- Cooter, Robert. 1982. "The Cost of Coase." *Journal of Legal Studies* 11: 1-33.
- Ellickson, Robert C. 1986. "Of Coase and Cattle: Dispute Resolution Among Neighbors in Shasta County." *Stanford Law Review* 38: 623-687.
- Foka-Kavaliaraki, Yulie and Aristides N. Hatzis. 2009. "The Foundations of a Market Economy: Contract, Consent, Coercion." *European View* 9: 29-37.
- Genesove, David. 1993. "Adverse Selection in the Wholesale Used Car Market." *Journal of Political Economy* 101: 644-665.
- Hardin, Garrett. 1968. "The Tragedy of the Commons." *Science* 162 (3859): 1243-1248.
- Hatzis, Aristides N. 2002. "Having the Cake and Eating It Too: Efficient Penalty Clauses in Common and Civil Contract Law." *International Review of Law & Economics* 22: 381-406.
- Hatzis, Aristides N. 2003. "'Just the Oven': A Law & Economics Approach to Gestational Surrogacy Agreements", in *Perspectives for the Unification or Harmonisation of Family Law in Europe*. Katharina Boele-Woelki, ed. Antwerp: Intersentia. Pp. 412-433.

- Hatzis, Aristides N. 2006. "The Negative Externalities of 'Immorality': The Case of Same-Sex Marriage." *Skepsis* 17: 52-65.
- Kahneman, Daniel, Jack L. Knetsch and Richard H. Thaler. 1990. "Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem." *Journal of Political Economy* 98: 1325-1348.
- Kelman, Mark G. 1979. "Consumption Theory, Production Theory, and Ideology in the Coase Theorem." *Southern California Law Review* 52: 669-698.
- Kessler, Amalia D. 2004. "Enforcing Virtue: Social Norms and Self-Interest in an Eighteenth-Century Merchant Court." *Law and History Review* 22: 71-118.
- Kornhauser, Lewis A. 1983. "Reliance, Reputation, and Breach of Contract." *Journal of Law & Economics* 26: 691-706.
- Mitsopoulos, Michael and Theodore Pelagidis. 2009. "Vikings in Greece: Kleptocratic Interest Groups in a Closed, Rent-Seeking Economy." *Cato Journal* 29: 399-416.
- North, Douglass C. 1990. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Pigou, Arthur C. 1920. *Economics of Welfare*. London: Macmillan.
- Pindyck, Robert S. and Daniel L. Rubinfeld. 1995. *Microeconomics*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall. 3rd ed.
- Posner, Richard A. 1979. "Utilitarianism, Economics, and Legal Theory." *Journal of Legal Studies* 8: 103-140.
- Posner, Richard A. 1980. "The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication." *Hofstra Law Review* 8: 487-507.
- Posner, Richard A. 1983. *The Economics of Justice*. Cambridge, MA: Harvard University Press. 2nd ed.
- Posner, Richard A. 1993. "Nobel Laureate: Ronald Coase and Methodology." *Journal of Economic Perspective* 7(4): 195-210.
- Posner, Richard A. 2010. *Economic Analysis of Law*. New York: Aspen. 8th ed.
- Rutherford, Malcolm. 2001. "Institutional Economics: Then and Now." *Journal of Economic Perspectives* 15(3): 173-194.
- Stigler, George J. 1972. "The Law and Economics of Public Policy: A Plea to the Scholar." *Journal of Legal Studies* 1: 1-12.
- Stigler, George J. 2003 [1988]. *Memories of an Unregulated Economist*. Chicago: University of Chicago Press.
- Thaler, Richard H. 1988. "Anomalies: The Ultimatum Game." *Journal of Economic Perspectives* 2(4): 195-206.

Viscusi, W. Kip. 1978. "Wealth Effects and Earning Premiums for Job Hazards." *Review of Economics and Statistics* 60: 408-416.

von Jhering, Rudolf. 1913 [1877-1883]. *Law as a Means to an End*. Translated by Isaac Husik. Boston: The Boston Book Co., 1913 [πρώτη γερμανική έκδοση υπό τον τίτλο *Der Zweck im Recht*, 1877-1883, δύο τόμοι].

Γέμτος, Πέτρος Α. 2001. *Οικονομία και Δίκαιο. Τόμος Β΄ Οικονομική Ανάλυση Βασικών Θεσμών του Ιδιωτικού Δικαίου*. Αθήνα-Κομοτηνή: Εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα.

Μπαλής, Γεώργιος. 1961. *Γενικαί Αρχαί του Αστικού Δικαίου*. Αθήναι: Αφοι Π. Σάκκουλα, 8^η εκδ.

Χατζής, Αριστείδης Ν. 1991. «Ronald Coase (Νόμπελ Οικονομικών 1991).» *Επίκεντρα* 68: 77-84.

Χατζής, Αριστείδης Ν. 2008. «Ο Θανατηφόρος Συνδυασμός (Όταν το Δίκαιο Συνάντησε τα Οικονομικά». *Cogito* 8: 49-51.

Χατζής, Αριστείδης Ν. 2010. «Η Αποτελεσματική Αθέτηση της Σύμβασης και το Παράδοξο της Αποζημίωσης.» Στον *Τιμητικό Τόμο Μιχ. Π. Σταθόπουλου II*. Αθήνα-Κομοτηνή: Εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα. Σελ. 3201-3220.

Χατζής, Αριστείδης Ν. 2011. «Το Θεσμικό Έλλειμμα» στο *Φύλλα Ελευθερίας*, Τάκης Μίκας και Δημήτρης Κατσούδας, επ. Αθήνα: Forum για την Ελλάδα. Σελ. 133-140.

Χατζής, Αριστείδης Ν. 2012α, «Πολιτική Χωρίς Ρομαντισμό: Διανεμητικές Συσπειρώσεις και Προσοδοθηρία.» Υπό έκδοση στον Τιμητικό Τόμο Π. Παραρά.

Χατζής, Αριστείδης Ν. 2012β. «Δίκαιο και Οικονομικά στο Σικάγο» (αδημοσίευτη μελέτη).

Η ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΑΝΑΛΥΣΗ ΤΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ ΤΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ*

(Στο παράδειγμα της ποινικής ρήτηρας, ΑΚ 409)

Αριστείδης Ν. Χατζής

Επίκουρος Καθηγητής Φιλοσοφίας Δικαίου & Θεωρίας Θεσμών

Τμήμα Μεθοδολογίας, Ιστορίας και Θεωρίας της Επιστήμης του Πανεπιστημίου Αθηνών

Δικηγόρος, Διδάκτωρ του Πανεπιστημίου του Σικάγο

1. Εισαγωγή

Το 1974 ο Πρόεδρος των Η.Π.Α. Richard Nixon παραιτήθηκε μετά την αποκάλυψη του σκανδάλου Watergate. Τον διαδέχθηκε ο αντιπρόεδρός 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 αξιολύμπιους νομικούς των Η.Π.Α., τον Edward Levi, πρύτανη την εποχή εκείνη του Πανεπιστημίου του Σικάγο. Ο Levi, με το κύρος του και τη διακοσμητική 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 δίκαιο προστασίας του ανταγωνισμού. 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.

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 μεγαλύτερό της ποσοστό έχει να κάνει με οικονομικά ζητήματα και το οικονομικό δίκαιο

* 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 επιρροή 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.

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 μεθοδολογίας της οικονομικής επιστήμης από τον Gary Becker στο ποινικό και στο οικογενειακό δίκαιο⁶ αποτελούν την αφετηρία της οικονομικής προσέγγισης στο δίκαιο. 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

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 University 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 του ίδιου, *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

«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 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.

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. Σάκκουλα, 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).

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).

• 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.

Στο χώρο του οικονομικού δικαίου, το δικαιοσύνη 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 ανθρώπινου 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 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

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. Γέμτο, «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. Ν. Σάκουλα, 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 δικαικών ρυθμίσεων»).

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.

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

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: «Αρμοδιότερος 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 ιδίας του πρωτοβουλίας αποτελεί ισχυρώτατον κίνητρον πάσης φύσεως δραστηριότητος». Βλ. *Ανδρέας Α. Γαζής*, *Γενικά Αρχαία του Αστικού Δικαίου*. Τεύχος Β' Αι Δικαιοπραξίαι. (Αθήναι, 1973), 84. Βλ. επίσης *Ιωάννης Σ. Σπυριδάκης*, *Γενικές Αρχές*, τ. Β' (Αθήνα - Κομοτηνή: Εκδ. Αντ. Ν. Σάκουλας, 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 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.

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 οπορτουνιστική 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 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

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).

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 διαιώνίζει και (β) είναι ανεδαφική η προϋπόθεση της ομοφωνίας που ουσιαστικά απαιτεί το κριτήριο

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 τέλει 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 τέλει 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*).

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 τέλει 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 εξωτερικοτήτων*. Η σύμβαση δεν θα πρέπει να έχει αρνητικές συ-

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).

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

νέπειες 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) *Τέλειος ανταγωνισμός*. Θα πρέπει να υπάρχει ικανός αριθμός υποψήφιων αντισυμβαλλομένων (αγοραστών ή πωλητών), να μην υπάρχει δηλαδή κατάσταση μονοπωλίου, μονοψωνίου ή ολιγοπωλίου. Στην περίπτωση που το ένα μέρος έχει 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 δικαίο 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 δικαιопραξία), 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</i>

	του να απαιτήσει δίοδο από τους γείτονες έναντι ανάλογης αποζημίωσης 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 περισσότερα 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 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 αντικείμε-

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.

νο 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 κερδοσμήνοι (*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 αμερικανική 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.

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 κατανείμει τον κίνδυνο, ο κανόνας, σύμφωνα με το κριτήριο των Posner και Rosenfield, θα πρέπει να είναι ο εξής³⁹: Αν ο κίνδυνος (*risk*) μπορούσε

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 αποζημίωση 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 III* (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

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 ($3\% \times €1.000 = €30$). 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 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.

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).

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).

Το συμπέρασμα των παραπάνω μελετών διέψευσε, 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.

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 α-

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).

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).

ποζημίωση, ανατρέποντας την ισορροπία που τα συμβαλλόμενα μέρη έχουν δημιουργήσει.

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 οπορτουνισμό 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 ή οι νέοι επιχειρηματίες πολύ δύσκολα θα μπορούσαν 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 προβλη-

49. Για το πρόβλημα του οπορτουνισμού 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.

μάτων 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 αποζημιώνει 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 υπερδεσμεύονται 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 οπορτουνιστικής 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 όμως, 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 ασι-

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.

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

Η διάταξη [...] παρέχει στον δικαστή αντικειμενικά κριτήρια αξιολογικής σταθμίσεως, 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' όλον 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 συμφέρο-

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 περίπτωση του άρθρου 406, εάν η απαιτηθείσα ποινή καλύπτει απλώς την αξίαν της μη εκπληρουμένης παροχής, δεν πρόκειται βεβαίως περί ποινής». Πρβλ. όμως Κωνσταντίνος Δ. Παναγόπουλος, «Punitive Damages («ποινική» αποζημίωση) και ελληνική δημόσια τάξη (ή προς μια επανεξέταση των σκοπών της αστικής ευθύνης)» 7/2 Κριτική Επιθεώρηση 195, 229 υπ. 103 (2000), με παραπομπές στην κρατούσα άποψη και σελ. 231 στον εκθέτη 111, υπέρ του κυρωτικού χαρακτήρα της ποινικής ρήτρας.

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).

ντα 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:

(α) *Αυθαίρετες ποινικές ρήτηρες*. Οι ρήτηρες 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 ρήτηρες είναι συνηθέστατες στις καταναλωτικές συμβάσεις, π.χ. στους γενικούς όρους συναλλαγών των τραπεζών και πολλές φορές είναι συγκαλυμμένες (π.χ. ρήτηρες ανατοκισμού, ποινή πρώιμης αποπληρωμής, κ.λπ.). Οι αυθαίρετες ποινικές ρήτηρες 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 διαπραγματεύσεως 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 ρήτηρες 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 ρήτηρες 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 ρήτηρες 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 αποτελεσμα-

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

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.

τικές δεν θα βλάψει τόσο τους δανειστές όσο τους οφειλέτες, οι οποίοι δεν θα έχουν πλέον τη δυνατότητα να αξιοποιήσουν ένα σημαντικότερο 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 ρήτηρας, 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 καταλείψουν 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 καταλείψει 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.

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.

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.

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.

ΑΡΙΣΤΕΙΔΗΣ Ν. ΧΑΤΖΗΣ*

Η Αποτελεσματική Αθέτηση της Σύμβασης και το Παράδοξο της Αποζημίωσης

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. (1881: 301)

[T]he role of damage measures is seen as deriving from the two direct effects of their use [...] These two effects are recognized as having two socially beneficial roles: adherence to contracts promotes trade, both private and commercial; and the option not to perform means that contracts will be broken when performance would involve 'waste' or excessive expense, or when performance would prevent resources from flowing to their most valued use.

Steven Shavell (1980: 489)

Στο παρόν κείμενο θα παρουσιάσουμε δύο πολύ σημαντικές συμβολές της Οικονομικής Ανάλυσης του Δικαίου (ΟΑΔ) στον χώρο του δικαίου των συμβάσεων. Η πρώτη είναι η ιδέα της αποτελεσματικής αθέτησης της σύμβασης και η δεύτερη το παράδοξο της αποζημίωσης. Η πρώτη ιδέα, αν και όπως είναι φανερό από το εισαγωγικό παράθεμα ήταν γνωστή από τον 19^ο αιώνα στο αμερικανικό δίκαιο, άσκησε μεγάλη επίδραση όταν υιοθετήθηκε από τον Δικαστή και Καθη-

* Ο Αριστείδης Χατζής είναι Επίκουρος Καθηγητής Φιλοσοφίας Δικαίου & Θεωρίας Θεσμών στο Τμήμα Μεθοδολογίας, Ιστορίας & Θεωρίας της Επιστήμης του Εθνικού & Καποδιστριακού Πανεπιστημίου Αθηνών. Έλαβε το διδακτορικό του δίπλωμα στην οικονομική ανάλυση του δικαίου από το Πανεπιστήμιο του Σικάγο το 1999. Θέλει να ευχαριστήσει για τα σχόλιά τους σε προηγούμενη εκδοχή της παρούσας εργασίας τη Δρ. Ελένη Ζερβογιάννη και την Υπ. Διδ. Γιούλη Φωκά-Καβαλιεράκη. Τα περισσότερα από τα κείμενά μου στα οποία αναφέρομαι στην παρούσα εργασία έχουν αναρτηθεί στο SSRN [<http://ssrn.com/author=37020>]. Τα σχόλια ευπρόσδεκτα στην ηλεκτρονική διεύθυνση: ahatzis@phs.uoa.gr. Το κείμενο αφιερώνεται στον Καθηγητή Μιχάλη Σταθόπουλο.

γητή στη Νομική Σχολή του Πανεπιστημίου του Σικάγο, Richard Posner. Η δεύτερη ιδέα ανήκει στον οικονομολόγο και Καθηγητή στη Νομική Σχολή του Χάρβαρντ, Steven Shavell. Σε αντίθεση με την πρώτη ιδέα, η δεύτερη ιδέα έχει συζητηθεί και αξιοποιηθεί πολύ περιορισμένα ακόμα και μέσα στα πλαίσια της ΟΑΔ.

Σύμφωνα με τη θεωρία της αποτελεσματικής αθέτησης της σύμβασης, όταν η εφαρμογή μιας σύμβασης έχει μεγαλύτερο κόστος για τα δύο μέρη (συνολικά) από το όφελος που θα προκύψει από την εφαρμογή της, θα πρέπει το δίκαιο να επιτρέπει την αθέτηση εξασφαλίζοντας πλήρη αποζημίωση για το δανειστή.

Σύμφωνα με τη θεωρία του παραδόξου της αποζημίωσης, δεν υπάρχει κανένας κανόνας αποζημίωσης που να μπορεί να διασφαλίσει ταυτόχρονα κίνητρα για αποτελεσματική αθέτηση της σύμβασης αλλά και κίνητρα για επενδύσεις που να βασίζονται στην ασφάλεια που προσφέρει η ύπαρξη της σύμβασης. Οι δύο λειτουργίες, δηλαδή, που έχει η σύμβαση σε μια σύγχρονη οικονομία της αγοράς (αύξηση του πλούτου και κατανομή του κινδύνου), είναι ασυμβίβαστες και άρα αντικρουόμενες.

Στο κείμενο που ακολουθεί θα συζητήσουμε τις δύο θεωρίες, θα τις συνδέσουμε και θα υποστηρίξουμε ότι η λύση του παραδόξου βρίσκεται στην εφαρμογή από τα δικαστήρια της αποζημίωσης που τα μέρη συμφωνούν εκ των προτέρων. Η σύνδεση των δύο θεωριών είναι απαραίτητη αν θέλουμε να κατανοήσουμε σε βάθος τις δύο οικονομικές λειτουργίες της σύμβασης αλλά και τους τρόπους με τους οποίους μπορεί να χρησιμοποιηθεί ορθά η οικονομική ανάλυση από το δίκαιο. Όπως θα δούμε, ακόμα και η «διάσημη» ιδέα της αποτελεσματικής αθέτησης της σύμβασης δεν έχει γίνει ορθά κατανοητή από πολλούς (μεταξύ των οποίων συμπεριλαμβάνονται και αρκετοί που διάκινεται φιλικά προς την οικονομική ανάλυση του δικαίου).

1. Οι Οικονομικές Λειτουργίες της Σύμβασης (άρα και του Δικαίου των Συμβάσεων)

Ο Β αναζητά το αγαθό x γιατί του είναι απαραίτητο για τη δραστηριότητα y. Το βρίσκει αλλά ανήκει στην Α. Η Α είναι διατεθειμένη να το πουλήσει σε όποια/ον της προσφέρει τουλάχιστον €100¹. Είναι τυχερή γιατί ο Β αξιολογεί το

1. Αυτό σημαίνει ότι η Α δεν θα πουλούσε το αγαθό για €99,99. Εάν ακούγεται μη ρεαλιστικό, αυτό οφείλεται στο ότι επελέγη για λόγους ευκολίας ένα στρογγυλό ποσό ως αξία βάσης για την Α. Η Α, όπως και οποιαδήποτε, έχει ένα τελευταίο σημείο υποχώρησης σε περίπτωση διαπραγμάτευσης. Επιπλέον το ποσό αυτό (€100) εσωτερικοποιεί πλήρως την υποκειμενική αξιολόγηση της Α. Άρα οποιοδήποτε ποσό πάνω από €100 «συμφέρει» την Α, ακόμα και €100,01. Μπορεί η Α να μην αποδεχτεί αυτό το ποσό γιατί υπάρχει κόστος συναλλαγών (*transaction cost*) με

αντικείμενο €150² και έχει μάθει ότι η Α το διαθέτει και είναι πιθανό να το πουλά. Συναντώνται, διαπραγματεύονται, συμφωνούν και καταλήγουν στην τιμή των €125.

Μετά την πώληση και τα δύο μέρη είναι κερδισμένα. Η Α είχε στη διάθεσή της ένα αγαθό που αξιολογούσε €100 και τώρα έχει €125 σε χρήμα. Ο Β είχε €150 σε χρήμα³ και τώρα έχει ένα αγαθό που αξιολογεί €150 και του απομένουν και €25 σε χρήμα (σύνολο €175). Ο πλούτος της Α αυξήθηκε κατά €25 και το ίδιο συνέβη και με τον πλούτο του Β. Ο συνολικός «κοινωνικός» πλούτος αυξήθηκε κατά €50 (το άθροισμα της αύξησης του πλούτου της Α και του Β).

Ο παρακάτω πίνακας παρουσιάζει τα σχετικά πλεονάσματα (κέρδη):

Η «Δίκαιη» τιμή (€125)					
	Πριν την πώληση	Έδωσε	Πήρε	Μετά την πώληση	Πλεόνασμα
A	x (€100)	x (€100)	€125	€125	€25
B	€150	€125	x (€150)	x (€150) + €25 = €175	€25
Κοινωνικός πλούτος	€250			€300	€50

Όπως βλέπουμε ο Β έχει ένα πλεόνασμα €25 που οφείλεται στο γεγονός ότι

την ευρεία έννοια (π.χ. ένα κέρδος 0,01 δεν αξίζει να σπαταλήσει χρόνο η Α ή είναι πολύ μικρότερο του κόστους που τέτοιου είδους συναλλαγή θα έχει στην αξιοπρέπεια της ή απλά η Α δεν δέχεται μικρά κέρδη για λόγους στρατηγικής). Το να δεχτεί να πουλήσει η Α το αντικείμενο στην τιμή των €100 είναι στην πραγματικότητα απίθανο αν και η συζήτηση έχει μεγάλο θεωρητικό ενδιαφέρον (η Α είναι αδιάφορη μεταξύ του να κρατήσει ή να πουλήσει το αντικείμενο καθώς οι δύο επιλογές της βρίσκονται στην ίδια καμπύλη αδιαφορίας).

2. Ισχύουν τα ίδια για τον Β, ο οποίος «αξιολογεί», δηλαδή έχει τη διάθεση και τη δυνατότητα (*willingness to pay*) να αγοράσει το αντικείμενο για €150 αλλά όχι για €150,01. Προσοχή! Απαιτείται και διάθεση και δυνατότητα αγοράς του αντικειμένου. Εάν κάποιος αξιολογεί το αντικείμενο για €150 αλλά έχει την οικονομική δυνατότητα να πληρώσει μόνο €100 τότε το «αξιολογεί» €100 για τους σκοπούς της δικής μας συζήτησης. Από την άλλη πλευρά εάν κάποιος έχει €1.000 αλλά δεν θα έδινε για το αντικείμενο πάνω από €70 τότε το «αξιολογεί» €70. Αυτό δηλαδή που ενδιαφέρει τα οικονομικά δεν είναι οι προτιμήσεις που δηλώνονται (*stated preferences*) αλλά εκείνες που αποκαλύπτονται στην αγορά με πραγματικές επιλογές (*revealed preferences*).

3. Είπαμε ότι ο Β «αξιολογούσε» το αγαθό x €150, άρα είχε και τη δυνατότητα να διαθέσει το ποσό.

αγόρασε κάτι φθηνότερα απ' όσο το αξιολογούσε. Το κέρδος του στα οικονομικά ονομάζεται πλεόνασμα του καταναλωτή (*consumer surplus*) αλλά εδώ ας το ονομάσουμε πλεόνασμα του αγοραστή. Η Α έχει ένα πλεόνασμα €25 που οφείλεται στο γεγονός ότι πούλησε κάτι ακριβότερα από όσο το αξιολογούσε. Το κέρδος της στα οικονομικά ονομάζεται πλεόνασμα του παραγωγού (*producer surplus*) αλλά εδώ ας το ονομάσουμε πλεόνασμα του πωλητή. Ο συνολικός κοινωνικός πλούτος αυξήθηκε κατά €50 καθώς τα άτομα που αποτελούν αυτή την μικρή κοινότητα της συγκεκριμένης συναλλαγής αύξησαν συλλογικά τον πλούτο τους.

Πώς είναι δυνατόν αυτό; Πώς είναι δυνατόν να αυξάνεται ο κοινωνικός πλούτος χωρίς να υπάρχει κάποιου είδους «δημιουργία»; Η λύση είναι απλή και ονομάζεται «αποτελεσματική κατανομή των πόρων» (*efficient allocation of resources*). Το αγαθό x αξιολογείται πολύ περισσότερο από τον Β και θα έπρεπε αυτός να το κατέχει. Όμως δεν αρκεί μια ευχή του Β ή μια βίαιη μεταβίβαση του x από την Α στον Β. Απαραίτητη προϋπόθεση για μια αποτελεσματική κατανομή των πόρων είναι η ύπαρξη της συναίνεσης και η πραγματοποίηση της συναλλαγής που θα αποκαλύψει τις υποκειμενικές αξιολογήσεις των μερών.

Η μεταβίβασή του x από την Α στον Β αυξάνει τον πλούτο όπως υποκειμενικά τον αντιλαμβάνονται τα άτομα⁴ και αυτό έχει σημασία καθώς η υποκειμενική αξιολόγηση των αγαθών και η υποκειμενική αξιολόγηση της ευημερίας (*subjective valuation of well-being*) γενικότερα θεωρείται και πρέπει να θεωρείται κρίσιμη και από τα οικονομικά αλλά και από το δίκαιο. Ο μηχανισμός της αποτελεσματικής κατανομής των πόρων είναι αυτός που αυξάνει τον πλούτο των μερών στις συναλλαγές, αυξάνει τον πλούτο των κοινωνιών και οδηγεί στην οικονομική ανάπτυξη. Όποιος δεν μπορεί να κατανοήσει τον μηχανισμό αυτό δεν θα μπορέσει ποτέ να κατανοήσει γιατί όσο περισσότερες είναι οι συναλλαγές που λαμβάνουν χώρα σε μια κοινωνία τόσο πιο πλούσια είναι η κοινωνία αυτή.

Θα μπορούσε να πει κανείς ότι η τιμή που συμφωνήθηκε (€125) ήταν και «δίκαιη». Πέραν της «δικαιοσύνης» (*fairness*) της συγκεκριμένης συναλλαγής θα πρέπει να τονίσουμε ότι ανεξάρτητα από την διαπραγματευτική δύναμη των μερών και το διαμερισμό του πλεονάσματος η αύξηση του (κοινού) πλούτου των μερών παραμένει σταθερή⁵. Στους δύο πίνακες που ακολουθούν ελέγχουμε την υπόθεσή μας με δύο διαφορετικές, «άδικες»⁶ τιμές (€110 και €140).

4. Προφανώς ο Β, αν και αγόρασε το x πληρώνοντας €125, δεν είναι διατεθειμένος να το πουλήσει για €130 ή €140 καθώς το αξιολογεί €150. Τόσο αξίζει γι' αυτόν.

5. Αυτό δεν σημαίνει απαραίτητα ότι ο νομικός ή ο οικονομολόγος πρέπει να παραμένει αδιάφορος απέναντι σε διαμερισμούς που εμφανίζονται ιδιαίτερα ανισομερείς. Οι διαμερισμοί αυτοί όμως θα πρέπει να θεωρούνται ύποπτοι (όχι απαραίτητα ένοχοι) κάποιας αποτυχίας της αγοράς.

6. Οι τίτλοι «δίκαιη» και «άδικη» τιμή δεν αναφέρονται στην ουσία της συναλλαγής αλλά

Η «Άδικη» τιμή I (€110)					
	Πριν την πώληση	Έδωσε	Πήρε	Μετά την πώληση	Πλεόνασμα
A	x (€100)	x (€100)	€110	€110	€10
B	€150	€110	x (€150)	x (€150) + €40 = €190	€40
Κοινωνικός πλούτος	€250			€300	€50

Η «Άδικη» τιμή II (€140)					
	Πριν την πώληση	Έδωσε	Πήρε	Μετά την πώληση	Πλεόνασμα
A	x (€100)	x (€100)	€140	€140	€40
B	€150	€140	x (€150)	x (€150) + €10 = €160	€10
Κοινωνικός πλούτος	€250			€300	€50

Όπως βλέπουμε η αύξηση του κοινωνικού πλούτου (το κοινωνικό πλεόνασμα) παραμένει το ίδιο ανεξάρτητα από την τιμή, ανεξάρτητα από τον τρόπο που θα μοιραστεί το πλεόνασμα από τα μέρη που συμμετέχουν στην συναλλαγή. Ισχύει πάντα με την διαφοροποίηση στην υποκειμενική αξιολόγηση του αγαθού ανάμεσα στον πωλητή και στον αγοραστή.

ούτε και σε κάποιο ηθικό κριτήριο βάσει του οποίου αυτή κρίνεται. Έχουν εισαχθεί καταχρηστικά για την καλύτερη κατανόηση της σταθερής αύξησης του κοινωνικού πλούτου ανεξάρτητα της διαπραγματευτικής δύναμης των μερών. Επιπλέον η αριστοτελική έννοια της «δίκαιης τιμής» έχει απαξιωθεί επιστημονικά από τα τέλη του 19ου αιώνα και τουλάχιστον από την εποχή της οριακής επανάστασης. Είναι χαρακτηριστικό και το εξής: μια «άδικη» τιμή μπορεί να οφείλεται στο ότι το μέρος που είχε το μικρότερο πλεόνασμα ήταν είτε αδύναμο (ανισορροπία διαπραγματευτικής δύναμης) είτε τόσο δυνατό ώστε ήταν αδιάφορο για το πλεόνασμα (αποτέλεσμα πλούτου – *wealth effect*).

Βέβαια ενώ αυτό το μοντέλο «τέλειας σύμβασης»⁷ φαίνεται να λειτουργεί χωρίς καθόλου τριβές και να δημιουργεί πλούτο, αυτό δεν συμβαίνει πάντα. Σε πολλές περιπτώσεις το κοινωνικό πλεόνασμα δεν δημιουργείται (ή είναι σαφώς μειωμένο) εξαιτίας προβλημάτων στη λειτουργία του μηχανισμού της συναίνεσης. Τα προβλήματα τα έχει τυποώσει η οικονομική επιστήμη ως αποτυχίες της αγοράς (*market failures*)⁸. Όμως η καθημερινή οικονομική ζωή και τα εκατομμύρια καθημερινών συναλλαγών μας δείχνουν ότι παρά τις αρκετές αποτυχίες της αγοράς οι «επιτυχίες» της είναι σαφέστατα πολλαπλάσιες και αυξάνουν πράγματι τον ατομικό και κυρίως τον κοινωνικό πλούτο.

Αλλά η σύμβαση έχει μία ακόμα λειτουργία, πέραν της αύξησης του πλούτου των μερών.⁹ Η «ασφαλιστική λειτουργία» της σύμβασης έχει να κάνει με τη λεγόμενη κατανομή του κινδύνου (*risk allocation*). Ο Β στο συγκεκριμένο παράδειγμα χρειάζεται το αγαθό x γιατί του είναι χρήσιμο στη δραστηριότητα y . Γι' αυτό ίσως το αναζητά και είναι διατεθειμένος να πληρώσει στην Α περισσότερα από όσο το αξιολογεί εκείνη. Όταν το αγοράζει από την Α θεωρεί ότι μπορεί πλέον να ασκήσει τη δραστηριότητα y καθώς την κάνει εφικτή η απόκτηση του x . Αποφασίζει να αγοράσει επιπλέον τα αγαθά x_1 , x_2 και x_3 τα οποία είναι συμπληρωματικά αγαθά του x , άχρηστα χωρίς αυτό.

Μερικά πιο ρεαλιστικά παραδείγματα:

- i. Ο Β συνάπτει σύμβαση με την Α, διάρκειας πέντε ετών, σύμφωνα με την οποία η Α αναλαμβάνει την υποχρέωση να παρέχει στον Β ένα αγαθό με

7. Η «τέλεια σύμβαση» είναι αυτή που ικανοποιεί πλήρως τους *ex ante* στόχους των μερών και μετά την εκτέλεσή της (Hatzis 1999: 118-127). Όπως ο τέλειος ανταγωνισμός, η τέλεια σύμβαση είναι θεωρητική, μη-ρεαλιστική κατασκευή που αποτελεί όμως ισχυρότατο αναλυτικό εργαλείο. Βλ. και Γέμτος (2001: 115-117 και 126-128).

8. Τα προβλήματα μπορεί να δημιουργηθούν όταν τα άτομα δεν είναι ή δεν φέρονται ορθολογικά, όταν η πληροφόρηση είναι ασύμμετρη, όταν ένα μέρος έχει μονοπωλιακή ή ολιγοπωλιακή δύναμη, όταν επιβάλλεται κόστος σε τρίτα μέρη που δεν εμπλέκονται στη σύμβαση, όταν υπάρχουν υψηλά έξοδα συναλλαγών και φυσικά όταν δεν υπάρχει πραγματική επιλογή λόγω καταναγκασμού. Για αναλυτική συζήτηση όλων των σχετικών θεμάτων βλ. Hatzis (1999, 2006, 2008, 2009a), Foka-Kavaliaraki & Hatzis (2009), Χατζής (2003), Ζερβογιάννη & Χατζής (2007). Στο Hatzis (2002a) συζητώ (και απορρίπτω) τον κοινωνικό ρόλο του δικαίου των συμβάσεων. Εάν δεν υπάρχει αποτυχία της αγοράς τότε τα δικαστήρια θα πρέπει να εφαρμόσουν τις συμβάσεις όπως έχουν συμφωνηθεί από τα μέρη. Αυτό δεν σημαίνει ότι απορρίπτω τον κοινωνικό ρόλο του κράτους αλλά μόνο τη δυνατότητα του δικαστή να είναι αυτός ο φορέας άσκησης κοινωνικής πολιτικής σε επιμέρους (αυθαίρετα επιλεγμένες) περιπτώσεις όταν αυτή μπορεί να ασκηθεί κεντρικά (από τη νομοθετική και την εκτελεστική εξουσία) με μεγαλύτερη αποτελεσματικότητα αλλά και δικαιοσύνη.

9. Βλ. γενικότερα (σε σχέση και με τα παραπάνω) τους σκοπούς του δικαίου των συμβάσεων σύμφωνα με τον Γέμτο (2001: 117-119).

συχνές διακυμάνσεις στην τιμή (όπως το πετρέλαιο), σε σταθερή τιμή ανεξαρτήτως των διακυμάνσεων.

- ii. Ο Β ανακαινίζει το κατάστημά του και αναθέτει στη διακοσμήτρια Α να το διαμορφώσει όπως συμφώνησαν και να το έχει έτοιμο σε εύλογο χρονικό διάστημα πριν τα εγκαίνια. Ο Β θα επενδύσει¹⁰ ελπίζοντας ότι η Α θα τηρήσει τις υποχρεώσεις που έχει αναλάβει με την σύμβαση ανεξάρτητα από το εάν το κόστος που αυτή έχει προϋπολογίσει αλλάξει.

Όμως όπως θα δούμε το κόστος αυτό μπορεί να αλλάξει. Αυτό που οι νομικοί καλούνται συνήθως να αντιμετωπίσουν θεωρητικά αλλά και πρακτικά είναι η άνοδος του «κόστους παραγωγής» (*production cost*) με την ευρεία έννοια ή του κόστους συναλλαγών (*transaction costs*), που αντιμετωπίζεται από το αστικό δίκαιο από διατάξεις όπως αυτή του ΑΚ388 για την απρόοπτη μεταβολή των συνθηκών και από την ΟΑΔ με το κριτήριο των Posner & Rosenfield¹¹.

Το επιπλέον ερώτημα που έθεσε η ΟΑΔ¹² είναι τί θα συμβεί αν αυξηθεί το κόστος ευκαιρίας (*opportunity cost*), δηλαδή το κόστος της εναλλακτικής επιλογής που θα θυσιασθεί. Όταν αυτό αυξάνει (ιδίως μετά την εμφάνιση του Γ) παρουσιάζεται μια *sui generis* δυνατότητα αποτελεσματικής αθέτησης της σύμβασης αλλά ταυτόχρονα και το παράδοξο της αποζημίωσης.

2. Η Αποτελεσματική Αθέτηση της Σύμβασης

Ο Γ είναι κάποιος που ενδιαφέρεται κι αυτός για το αγαθό x και το αξιολογεί περισσότερο και από την Α αλλά και από τον Β. Ας υποθέσουμε ότι το αξιολογεί €180 και διαθέτει και το σχετικό ποσό που μετατρέπει την επιθυμία του σε πρόθεση αγοράς (*willingness to buy*). Αλλά η Α το έχει ήδη υποσχεθεί στον Β, ο οποίος αν δεν το έχει παραλάβει ακόμα, προφανώς κινδυνεύει να το χάσει¹³.

10. Δηλαδή (για να χρησιμοποιήσουμε νομική ορολογία) θα «πραγματοποιήσει δαπάνες ενόψει της λήψης της παροχής.»

11. Βλ. Posner & Rosenfield (1977), Hatzis (1999: 194-237) και στα ελληνικά Γέμτος (2001: 131-135), Κορνηλάκης (2009: 349-353) και Χατζής (2003). Οι οικονομικές έννοιες του κόστους παραγωγής και του κόστους συναλλαγών είναι πιο σύνθετες από αυτές που χρησιμοποιούνται στην καθομιλουμένη ή στη δογματική νομική επιστήμη.

12. Για την ακρίβεια, με τους όρους αυτούς (διάκρισης ειδών κόστους), έχει τεθεί για πρώτη φορά πρόσφατα στο Hatzis (2009b).

13. Η παρουσία και μόνο του Γ και η καλύτερη προσφορά που θα κάνει στην Α θεωρείται παράνομη στο *common law* ανεξάρτητα του δόλου ή της «ανηθικότητας» της εμπλοκής του Γ. Αποτελεί μάλιστα ένα είδος αδικοπραξίας (*tortious interference with contractual relationships*). Όμως η κυριαρχία της αρχής της σχετικότητας των ενοχών σε συνδυασμό με την αρχή του «διαχωρισμού» στη μετακίνηση των αγαθών του ρωμαϊκού δικαίου μας επιτρέπει να συζητήσουμε σοβαρότερα μια ιδέα που εμφανίστηκε περιέργως στο εχθρικό περιβάλλον του *common law* (βλ. σχε-

Η αθέτηση της σύμβασης είναι αποτελεσματική¹⁴ όταν ισχύουν δύο προϋποθέσεις:

- Το αγαθό καταλήγει σ' αυτόν που το αξιολογεί περισσότερο
- Αυτός που δέχτηκε την υπόσχεση (*promisee*, ας τον ονομάσουμε καταχρηστικά δανειστή) αποζημιώνεται πλήρως (*full compensation*) από αυτόν που υποσχέθηκε (*promisor*, που επίσης καταχρηστικά θα τον ονομάσουμε οφειλέτη)

Στην περίπτωση της Α, του Β και του Γ, ας υποθέσουμε ότι ο Γ προσφέρει στην Α €165 για το αγαθό x. Η αθέτηση της σύμβασης θα είναι αποτελεσματική εφόσον:

- Το αγαθό καταλήξει στον Γ που το αξιολογεί περισσότερο και
- Η Α θα αποζημιώσει πλήρως τον Β.

Η πλήρης αποζημίωση στην ΟΑΔ είναι εκείνη η αποζημίωση που σε τοποθετεί στην ίδια οικονομική θέση με εκείνη που θα είχες εάν η σύμβαση είχε εκπληρωθεί. Αυτό μπορεί να το πετύχει εκείνη η αποζημίωση που θα συμπεριλάβει το πλεόνασμα (εδώ του καταναλωτή/αγοραστή). Αν, λοιπόν, ο Β έχει ήδη καταβάλλει το συμφωνημένο τίμημα (€125) και περιμένει να λάβει το αγαθό x, η Α θα πρέπει να τον αποζημιώσει με €150 (€125 το τίμημα και €25 το πλεόνασμα), ενώ εάν δεν το έχει καταβάλλει ακόμα, η Α θα πρέπει να τον αποζημιώσει με €25. Το πλεόνασμα αυτό του καταναλωτή θα μπορούσαμε να το ονομάσουμε επίσης «διαφυγόν κέρδος»¹⁵.

τικά Remington 1999 και McChesney 1999) Το ρωμαϊκό δίκαιο όχι απλώς ήταν πιο φιλικό (βλ. την ρήτρα *in diem addictio* στις ρωμαϊκές συμβάσεις και την σχετική συζήτηση στον Zimmermann 1990: 735-737) στην αποτελεσματική αθέτηση αλλά έτσι διαμορφωμένο ώστε να την επιτρέπει. Βλ. Hatzis (2002a, 2006). Η συζήτηση όμως της συμβατότητας με το ελληνικό δίκαιο των συμβάσεων δεν θα γίνει εδώ. Την έχω συζητήσει και υποστηρίζει (βασισμένος στα κείμενα κυρίως του Μιχάλη Σταθόπουλου) στο Hatzis (1999: 188-193). Βλ. ειδικότερα Σταθόπουλος (2004: §4) και επίσης Hatzis (2006, 2009a).

14. Βλ. Posner (2007: 119): “In many cases it is uneconomical to induce completion of performance of a contract after it has been broken”. Ο Posner το ονομάζει «σπατάλη χρήσιμων πόρων» (*id.*). Βλ. και Posner (2007: 120). Εμείς, στο παρόν κείμενο, δεν χρησιμοποιούμε με τον ίδιο τρόπο τις διακρίσεις του Posner. Η βασική διαφορά στην προσέγγιση οφείλεται στην πρωτότυπη χρήση της έννοιας του κόστους που κάνουμε για πρώτη φορά στο Hatzis (2009b). Για κριτικές προσεγγίσεις στη θεωρία της αποτελεσματικής αθέτησης της σύμβασης, βλ. Friedmann (1989), Macneil (1982) και Perillo (2000).

15. Αλλά με πολλές επιφυλάξεις. Βλ. Σταθόπουλος (2004: 455-461) αλλά και την επόμενη παράγραφο. Ο Κορνηλάκης (2009: 395) διατυπώνει δύο αντιρρήσεις για την αποτελεσματική αθέτηση της σύμβασης. Καταρχήν υπάρχει «αδυναμία επακριβούς υπολογισμού της ζημιάς του συμβατικού δανειστή». Όμως ακριβώς το ίδιο πρόβλημα υπάρχει με το διαφυγόν κέρδος του ΑΚ 298! Σύμφωνα με τον Σταθόπουλο (2004: 456): «Γίνεται δηλαδή αναγκαία ένας συλλογισμός για την

Μετά από μια αποτελεσματική αθέτηση της σύμβασης όλοι είναι κερδισμένοι ή τουλάχιστον δεν είναι χαμένοι¹⁶. Ας δούμε με ποιον τρόπο συμβαίνει αυτό στον παρακάτω πίνακα:

υποθετική εξέλιξη των πραγμάτων. Οι υποθέσεις δεν χαρακτηρίζονται από βεβαιότητα και, ακόμη, δυσχερώς αποδεικνύονται.» Όχι μόνο, δηλαδή, η ΟΑΔ δεν προσθέτει επιπλέον βάρος απόδειξης στον δικαστή αλλά του προσφέρει και μια σειρά αναλυτικών εργαλείων (από την οικονομική επιστήμη) για να υπολογιστεί το πλεόνασμα/διαφυγόν κέρδος. Η δεύτερη αντίρρηση είναι περισσότερο προβληματική. Σύμφωνα με τον Κορνηλάκη (*id.*) «Επιπλέον η “αποτελεσματική αθέτηση” της σύμβασης στερεί τη δυνατότητα από το συμβατικό δανειστή να καρπωθεί αυτός την υπεραξία που προσφέρει ο τρίτος για την οφειλόμενη παροχή, καταρτίζοντας αυτός σύμβαση μαζί του.» Όμως γιατί αυτό είναι ηθικά ή θεσμικά προβληματικό όταν ο Γ προσέγγισε την Α και όχι τον Β; Μόνο αν υιοθετήσει κανείς μια καντιανή libertarian οπτική όπως εκείνη του Fried (1981) μπορεί να υποστηρίξει σοβαρά μια τέτοια θέση (βλ. σχετικά Shavell 2006b, 2009). Επιπλέον παραγνώνεται ότι το ίδιο το πρόβλημα θέτει ένα περιορισμό: Ο Γ γνωρίζει σίγουρα την Α, έχει έρθει ήδη σε επαφή μαζί της και της έχει κάνει συγκεκριμένη πρόταση (ειδάλλως δεν θα υπήρχε δίλημμα). Δεν είναι καθόλου βέβαιο ότι γνωρίζει τον Β ή ότι θέλει και μπορεί να τον βρει ή ακόμα είναι και αμφίβολο αν θα επιθυμούσε να συμβληθεί μαζί του. Π.χ. η Α είναι διάσημη ηθοποιός και συμβάλλεται με την εταιρία παραγωγής Β για να γυρίσει μία ταινία. Η εταιρία Γ την προσεγγίζει και της προτείνει να συνεργαστεί σε μια άλλη ταινία με πολύ περισσότερα χρήματα που υπεραρκούν και για την πλήρη αποζημίωση της εταιρίας Β. Πώς και γιατί θα προσεγγίσει η εταιρία Γ την εταιρία Β, εάν θεωρήσουμε ότι πρέπει να εξασφαλίσουμε στη Β αυτή τη δυνατότητα; Εκτός εάν δεχθούμε θεωρίες «εμπραγμάτωσης ενοχικών σχέσεων» ακόμα και στην παροχή υπηρεσιών. Επομένως το βασικό πρόβλημα μιας αναγνώρισης δικαιωμάτων στον Β θα ήταν η κατακόρυφη αύξηση του κόστους συναλλαγών (*transaction cost*) με αναπόφευκτο αποτέλεσμα τη λιγότερο αποτελεσματική κατανομή των πόρων και τη δέσμευση πόρων, αγαθών και υπηρεσιών σε αναποτελεσματικές χρήσεις. Τέλος η αντίρρηση δεν λαμβάνει υπόψη την λύση στο θεώρημα του Coase από τον Calabresi (1970, όπως χρησιμοποιείται στο Hatzis 2009b).

16. Με την έννοια της κατά Pareto αποτελεσματικότητας: 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 αποτελεσματική αθέτηση της σύμβασης σε μία μόνο μέρα				
	A	B	Γ	Κοινωνία των 3
Το πρωί	Έχει το x (€100)	Έχει €150	Έχει €180	€430
Το μεσημέρι	Υποσχέθηκε το x (€100) αλλά αναμένει €125.	Περιμένει να λάβει το x (€150) από την A αλλά έχει υποσχεθεί να της το πληρώσει €125 (€150 - €125 + €150 = €175)	Έχει €180	€480
Το απόγευμα	Παραδίδει το x (€100) στο Γ και εισπράττει €165. Αποζημιώνει τον B με €25 (€165 - €140 = €140)	Κρατάει τελικά τα €150, δεν παίρνει το x αλλά αποζημίωση €25 από την A (€150 + €25 = €175)	Παραλαμβάνει το x (€180) από την A και επειδή την πληρώνει €165 του περισσεύουν €15 (€180 + €15 = €195)	€510
Στο τέλος της ημέρας αυξήθηκε ο πλούτος σε σχέση με το πρωί	+€40	+€25	+€15	+€80

Ο Β φαίνεται να είναι και αυτός κερδισμένος (και είναι) αλλά απλά δεν κέρδισε κάτι επιπλέον από την παρουσία του Γ. Απλώς διατήρησε το πλεόνασμα από την συναλλαγή επειδή αποζημιώθηκε πλήρως από την Α. Αλλά αυτή είναι και η βασική προϋπόθεση για να είναι αποτελεσματική αθέτηση της σύμβασης. Η προϋπόθεση αυτή υποβαθμίζεται πολλές φορές από όσους δίνουν έμφαση στην πρώτη προϋπόθεση της αποτελεσματικής αθέτησης της σύμβασης διότι δεν έχουν κατανοήσει την σημασία της υποκειμενικής αξιολόγησης των αγαθών για την οικονομική επιστήμη¹⁷.

Μπορούμε να διαπιστώσουμε το πόσο σημαντική είναι αυτή η προϋπόθεση αν δούμε την εξής παραλλαγή του παραδείγματος: Η Α και ο Β αξιολογούν το αγαθό όπως πριν (€100 και €150 αντίστοιχα) αλλά ο Γ μόνο €140. Εάν η τιμή πώλησης που πέτυχε ο Β είναι €115 και ο Γ προσφέρει στην Α €135, το αγαθό

17. Αυτοί μπορεί να είναι νομικοί που δεν γνωρίζουν καλά οικονομικά ή οικονομολόγοι που δεν κατανόησαν ποτέ τις έννοιες των οικονομικών. Το κοινό και στις δύο ομάδες είναι η εντύπωση ότι τα οικονομικά είναι η επιστήμη της μεγιστοποίησης του ατομικού αντικειμενικού συμφέροντος.

θα καταλήξει στον Γ (παρά το γεγονός ότι ο Β το αξιολογεί περισσότερο), εάν η Α δεν έχει υποχρέωση να αποζημιώσει τον Β για το πλεόνασμα που θα χάσει. Πέραν του ότι η αθέτηση θα είναι αναποτελεσματική, ακόμα και η κατανομή των πόρων είναι πιθανό να παραμείνει αναποτελεσματική καθώς ο Γ μπορεί να μην θέλει ή να μην μπορεί να συμβληθεί με τον Β. Πάντως, σε κάθε περίπτωση, θα αυξηθούν τα έξοδα συναλλαγών καθώς στην καλύτερη περίπτωση θα χρειασθεί να καταρτιστεί μία επιπλέον σύμβαση (μεταξύ Β και Γ).

Ο παρακάτω πίνακας παρουσιάζει αυτή την προβληματική εκδοχή. Πέραν του ότι η κοινωνία χάνει την ευκαιρία της αποτελεσματικής κατανομής των πόρων (μειώνεται το πλεόνασμα από €440 σε €430) ο Β χάνει μετά την εμφάνιση του Γ (χωρίς να ευθύνεται και χωρίς να αποζημιωθεί) το πλεόνασμά του (δηλαδή €35). Η αθέτηση δηλαδή είναι όχι μόνο αναποτελεσματική αλλά και άδικη.

Η αναποτελεσματική αθέτηση της σύμβασης και πάλι σε μία μόνο μέρα				
	A	B	Γ	Κοινωνία των 3
Το πρωί	Έχει το x (€100)	Έχει €150	Έχει €140	€390
Το μεσημέρι	Υποσχέθηκε το x (€100) αλλά αναμένει €115.	Περιμένει να λάβει το x (€150) από την Α αλλά έχει υποσχεθεί να της το πληρώσει €115 (€150 - €115 + €150 = €185)	Έχει €140	€440
Το απόγευμα	Παραδίδει το x (€100) στο Γ και επισπράττει €135. Δεν αποζημιώνει τον Β.	Κρατάει τελικά τα €150 και δεν παίρνει ούτε το x αλλά ούτε αποζημίωση από την Α.	Παραλαμβάνει το x (€140) από την Α και επειδή την πληρώνει €135 του περισσεύουν €5 (€140 + €5 = €145)	€430
Στο τέλος της ημέρας αυξήθηκε ο πλούτος σε σχέση με το πρωί	+€35	0	+€5	+€40

3. Το Παράδοξο της Αποζημίωσης

Όμως φαίνεται να έχουμε παραμελήσει τη δεύτερη λειτουργία της σύμβασης, αυτή που αντιμετωπίζει τη σύμβαση ως εργαλείο κατανομής του κινδύνου¹⁸, που εξασφαλίζει τα μέρη, τους επιτρέπει να προγραμματίζουν και να επενδύουν, τους δημιουργεί δηλαδή ένα αίσθημα εμπιστοσύνης που είναι τόσο απαραίτητο για να λειτουργήσει η αγορά.

Ο Steven Shavell (1980) από πολύ νωρίς εντόπισε αυτήν την ασυμβατότητα μεταξύ των δύο λειτουργιών της σύμβασης ως οικονομικού φαινομένου αλλά και του δικαίου των συμβάσεων – που εκδηλώνεται ιδίως στους κανόνες αποζημίωσης¹⁹. Ο κάθε υποψήφιος κανόνας μπορεί να πετύχει έναν μόνο από τους δύο στόχους. Είτε (α) να προωθή την αύξηση του πλούτου, να διασφαλίσει την αποτελεσματική κατανομή των πόρων και ειδικότερα να ενθαρρύνει την αποτελεσματική αθέτηση της σύμβασης, είτε (β) να προωθή την κατανομή του κινδύνου, να στοχεύει στην ασφάλεια των συναλλαγών και να ενθαρρύνει τις επενδύσεις που βασίζονται στην εμπιστοσύνη που δημιουργεί η προοπτική εκτέλεσης μιας σύμβασης (*reliance*).

Ας δούμε τη σύγκρουση αυτή μέσα από ένα άλλο παράδειγμα που θα περιλαμβάνει και μία αποτελεσματική αθέτηση της σύμβασης όπως την ορίσαμε πιο πάνω:

Ο Α έχει στην ιδιοκτησία του ένα οικόπεδο 12 στρεμμάτων, σε παραθαλάσσια περιοχή, το οποίο αξίζει γι' αυτόν €100.000. Η Β ενδιαφέρεται για το οικόπεδο αυτό και είναι διατεθειμένη να δώσει μέχρι και €150.000 για να το αγοράσει (κατά σύμπτωση αυτό το ποσό έχει και στην τσάντα της όταν τον συναντάει). Οι δυο τους μετά από σκληρή διαπραγμάτευση συμφωνούν να μεταβιβαστεί το οικόπεδο από τον Α στη Β στην τιμή των €130.000. Η Β βγάζει από την τσάντα της €130.000 και τα δίνει στον Α (ο οποίος της δίνει μία πρόχειρη απόδειξη). Συμφωνούν να πάνε την επόμενη εβδομάδα σε ένα συμβολαιογράφο για να ολοκληρώσουν την συναλλαγή.

Για κακή τύχη της Β (και καλή του Α) το μεσημέρι της ίδιας ημέρας περνά μπροστά από το οικόπεδο του Α η Γ. Βλέπει το οικόπεδο και σκέφτεται πως ευχαρίστως θα το αγόραζε ακόμα και για €180.000 (τα οποία εντελώς τυχαία φέρει μαζί της). Όταν ο Α της λέει περίλυπος πως το οικόπεδο έχει πουληθεί για

18. Ο Richard Posner το διατυπώνει πολύ εύστοχα (ως δικαστής) στην απόφαση *Northern Indiana Public Service Co. v. Carbon County Coal Co.*, 799 F.2d 265, 278 (7th Cir. 1986): “A fixed-price contract is an explicit assignment of the risk of market price increases to the seller and the risk of market price decreases to the buyer.”

19. Όμως διατυπώνεται ευκρινώς στους Cooter & Ulen (2008: 269-275). Ο Cooter από το 1985 είχε χρησιμοποιήσει το παράδοξο για να προσφέρει ένα ενοποιημένο μοντέλο για την αποζημίωση στο ιδιωτικό δίκαιο. Βλ. επίσης την ενδιαφέρουσα συζήτηση του Γέμτου (2001: 140-151). Ποιο πρόσφατα, βλ. Shavell (2006a).

€130.000, η Γ δεν προτείνει αλλά προτείνει στον Α να αποζημιώσει τη Β και να πουλήσει σ' αυτήν (τη Γ) το οικόπεδο για €170.000. Ο Α το σκέπτεται λίγο και σύντομα καταλαβαίνει πως η Γ είχε μία πολύ καλή ιδέα. Βρίσκει τη Β με σκοπό να της επιστρέψει τα €130.000 που του είχε δώσει. Η Β όμως του εξηγεί πως το οικόπεδο γι' αυτήν αξίζει €150.000 και όχι €130.000. Τα €20.000 (το πλεόνασμα του καταναλωτή) επιμένει πως της ανήκουν – αλλιώς δεν συναινεί στην αθέτηση της σύμβασης από τον Α. Ο τελευταίος καταλαβαίνει πως δεν μπορεί να κάνει αλλιώς και τις επιστρέφει €150.000.

Βρίσκεται προσωρινά χαμένος (έχει βάλει και €20.000 από την τσέπη του) αλλά όταν συναντά το βράδυ την Γ και λαμβάνει από αυτήν €170.000 διαπιστώνει πως είναι ο μεγαλύτερος κερδισμένος. Είχε ένα οικόπεδο που άξιζε γι' αυτόν €100.000 και αντί αυτού έχει τώρα στα χέρια του €150.000 ($€130.000 - €150.000 + €170.000$). Το πλεόνασμά του είναι €50.000! Η δε Γ έχει ένα μικρό πλεόνασμα €10.000 ($€180.000 - €170.000$) αλλά είναι ευχαριστημένη που απέκτησε ένα οικόπεδο που παραλίγο να χάσει από τη Β. Η Β έχει τώρα στα χέρια της €170.000 ($€150.000 - €130.000 + €150.000$). Δεν έχει βέβαια το οικόπεδο αλλά η περιουσία της αυξήθηκε κατά €20.000. Εάν ο Α της είχε μεταβιβάσει το οικόπεδο θα είχε ακριβώς την ίδια περιουσία [$€150.000$ (όσο αξίζει γι' αυτήν το οικόπεδο) + €20.000 υπόλοιπο].

Εφόσον ο Α και η Γ είναι κερδισμένοι και η Β δεν είναι χαμένη από την αθέτηση της σύμβασης, πρόκειται για μία αθέτηση που είναι αποτελεσματική κατά Pareto. Είναι, δηλαδή, μία αποτελεσματική αθέτηση της σύμβασης.

Τώρα ας υποθέσουμε πως η Β το ίδιο μεσημέρι (που ο Α γνώριζε τη Γ) πήγε να αγοράσει συρματόπλεγμα για να περικλείσει το οικόπεδο, μία κούνια που κρέμεται από δέντρο, ξαπλώστρες, ένα μικρό τρακτέρ (για να οργώνει μόνη της), λίπασμα και φάρμακα για τις ελιές (που υπάρχουν στο κτήμα), μια μηχανή κοπής του γρασιδιού και άλλα πράγματα που θα τη βοηθήσουν να χαρεί ακόμα περισσότερο το κτήμα της. Όλα αυτά της κόστισαν €22.000 αλλά άξιζε το κόστος, καθώς το κτήμα αξίζει γι' αυτήν τώρα πολύ περισσότερο από πριν. Δεν θα το πουλούσε πλέον λιγότερο από €190.000. Άρα επένδυσε €22.000 στο κτήμα (οριακό κόστος της επένδυσης) για να αυξήσει την αξία του κατά €40.000 (οριακό όφελος από την επένδυση). Θεωρητικά η Β θα μπορούσε να συνεχίσει να επενδύει στο οικόπεδο μέχρι το σημείο που το οριακό κόστος της επένδυσής της θα ισούται με το οριακό όφελος από αυτήν ($MC = MB$)

Το πρόβλημα είναι πως μετά την επένδυση η αποτελεσματική αθέτηση της σύμβασης είναι πλέον δύσκολη καθώς ο Α είτε θα πρέπει να αποζημιώσει τη Β και για την επένδυσή της (τότε όμως η αποτελεσματική αθέτηση θα είναι πολύ δύσκολη ή και αδύνατη) είτε όχι (οπότε δημιουργούνται αντικίνητρα για επενδύσεις). Δυστυχώς δεν μπορούμε να πετύχουμε και τα δύο: κίνητρα για αποτε-

λεσματική αθέτηση της σύμβασης (οδηγεί σε αποτελεσματικότερη κατανομή των πόρων) και κίνητρα για επενδύσεις (αυξάνει την αξία των πόρων). Αυτή η ασυμβατότητα αποτελεί το «παράδοξο της αποζημίωσης»:

Το δικαστήριο μπορεί να υποχρεώσει τον Α να κάνει ένα από τα εξής:

1. Να μεταβιβάσει το οικόπεδο στη Β. Έτσι όμως θα αυξήσει το κόστος της αποτελεσματικής αθέτησης καθώς μετατρέπει ένα σχετικό δικαίωμα σε απόλυτο²⁰ αυξάνοντας το συναλλακτικό κόστος (καθώς η Γ θα πρέπει να αγοράσει τώρα το οικόπεδο από την Β ή ο Α θα πρέπει να αναδιαπραγματευτεί με την Β την αγορά του οικοπέδου ή τη μη μεταβίβαση) – αλλά ενισχύει τις επενδύσεις καθώς η Β μπορεί να επενδύσει χωρίς να φοβάται ότι δεν θα εκτελεστεί η σύμβαση και η επένδυσή της θα χαθεί.
2. Να επιστρέφει μόνο το τίμημα (€130.000) στη Β. Η αθέτηση δεν είναι κατά Pareto αποτελεσματική καθώς δεν αποζημιώνεται πλήρως η Β. Επιπλέον αποθαρρύνονται οι επενδύσεις καθώς η Β δεν θα αποζημιωθεί φυσικά ούτε για τις επενδύσεις της. Αυτός ο κανόνας απλώς ενθαρρύνει τις αθετήσεις των συμβάσεων, χωρίς να εξασφαλίζει όμως την αποτελεσματικότητά τους ούτε να ενθαρρύνει τις επενδύσεις.
3. Να επιστρέφει το τίμημα και το πλεόνασμα (€150.000). Η αθέτηση βέβαια θα είναι αποτελεσματική αλλά αποθαρρύνονται οι επενδύσεις καθώς και πάλι η Β δεν θα αποζημιωθεί για τις επενδύσεις της.
4. Να επιστρέφει το τίμημα, το πλεόνασμα και το οριακό κόστος της επένδυσης (€172.000). Η αποτελεσματική αθέτηση της σύμβασης αποθαρρύνεται καθώς ο Α θα πρέπει να αποζημιώσει την Β με ένα πολύ μεγάλο ποσό το οποίο η Β δεν έχει κανένα κίνητρο να περιορίσει. Εφόσον θα αποζημιωθεί και για το κόστος της επένδυσής της θα επενδύσει χωρίς να διακινδυνεύει θέτοντας εμπόδια στην αποτελεσματική αθέτηση. Φυσικά το καθεστώς αυτό ενθαρρύνει τις επενδύσεις.
5. Να επιστρέφει το τίμημα και το οριακό κόστος της επένδυσης αλλά όχι το πλεόνασμα (€152.000). Η αποτελεσματική αθέτηση της σύμβασης αποθαρρύνεται και πάλι καθώς ο Α θα πρέπει να αποζημιώσει την Β με ένα

20. Βλ. για το ζήτημα το κλασικό κείμενο των Calabresi & Melamed (1972). Είναι λάθος να μετατρέπεται ένα σχετικό δικαίωμα σε απόλυτο όταν δεν υπάρχουν χαμηλά έξοδα συναλλαγής. Μετά από μια πώληση όμως έχουμε μεταξύ του δανειστή και του οφειλέτη μια κατάσταση που μοιάζει με το διμερές μονοπώλιο (*bilateral monopoly*). Αυτού του είδους οι καταστάσεις έχουν υψηλό συναλλακτικό κόστος και το δίκαιο θα πρέπει να τις ρυθμίζει με σχετικά δικαιώματα για να αποφευχθούν καιροσκοπικές τακτικές. Βλ. για παράδειγμα το δίκαιο του διαζυγίου το οποίο σχετικώς πρόσφατα «φιλελευθεροποιήθηκε» (*no-fault divorce*) διεθνώς, δηλαδή η απόλυτη προστασία μετατράπηκε σε σχετική.

ποσό το οποίο εξαρτάται αποκλειστικά από τις επενδύσεις της Β η οποία και πάλι δεν έχει κανένα κίνητρο να τις περιορίσει. Ανεξάρτητα από το εάν η Β κάνει επενδύσεις η αθέτηση θα είναι και πάλι αναποτελεσματική καθώς δεν θα αποζημιωθεί η Β για το πλεόνασμά της. Φυσικά και το καθεστώς αυτό ενθαρρύνει τις επενδύσεις και μάλιστα περισσότερο από το προηγούμενο διότι η Β μην έχοντας διασφαλίσει το πλεόνασμα από την συναλλαγή θα φερθεί καιροσκοπικά για να εμποδίσει την αθέτηση.

6. Να επιστρέψει το τίμημα, το πλεόνασμα και το οριακό όφελος από την επένδυση (€190.000) ή
7. να επιστρέψει το τίμημα και το οριακό όφελος από την επένδυση (€170.000) αλλά όχι το πλεόνασμα. Για τους λόγους που εκθέσαμε παραπάνω τέτοιου είδους αποζημιώσεις αποθαρρύνουν την αποτελεσματική αθέτηση και φυσικά ενθαρρύνουν τις επενδύσεις ακόμα και τις καιροσκοπικές.

Στον παρακάτω πίνακα αποτυπώνονται οι επτά μέθοδοι αποζημίωσης²¹ και τα κίνητρα που δημιουργούν:

Κανόνες Αποζημίωσης	Τι περιλαμβάνουν	Τι θα πάρει η Β	Κίνητρα για Αποτελεσματική Αθέτηση	Κίνητρα για Επενδύσεις
1	-	Οικόπεδο	↓	↑
2	τίμημα	€130.000	↓	↓
3	τίμημα, πλεόνασμα	€150.000	↑	↓
4	τίμημα, πλεόνασμα & MC επένδυσης	€172.000	↓	↑
5	τίμημα, MC επένδυσης	€152.000	↓	↑
6	τίμημα, πλεόνασμα & MB επένδυσης	€190.000	↓	↑
7	τίμημα, MB επένδυσης	€170.000	↓	↑

21. Αν και πολλοί κανόνες από τους παραπάνω συμπίπτουν με τους κανόνες αποζημίωσης του αγγλοσαξονικού (*expectation, restitution, reliance*, κλπ.) ή του ελληνικού δικαίου (θετικό διαφέρον, αρνητικό διαφέρον, κλπ.), θα αποφύγουμε να τους ονομάσουμε γιατί υπάρχουν και σημαντικές διαφοροποιήσεις.

Δυστυχώς σε καμία περίπτωση δεν μπορεί ένας κανόνας δικαίου να ενθαρρύνει ταυτοχρόνως την αποτελεσματική αθέτηση της σύμβασης και τις επενδύσεις. Προφανώς πρέπει να βρεθεί κάποια χρυσή τομή, μία ισορροπία μεταξύ των δύο. Αυτό μπορεί να επιτευχθεί μόνο με την προσυμφωνημένη αποζημίωση που τα μέρη ορίζουν στη σύμβαση (*liquidated damages*) και τις ποινικές ρήτρες (*penalty clauses*). Μόνο με τον τρόπο αυτό μπορούν τα μέρη να γνωρίζουν εκ των προτέρων το ποσό της αποζημίωσης και να εσωτερικοποιούν πλήρως τις αποφάσεις για αθέτηση ή επένδυση. Κανείς από τους παραπάνω κανόνες αποζημίωσης που θέτουν ως κριτή το δικαστήριο δεν μπορεί να είναι το ίδιο αποτελεσματικός καθώς το δικαστήριο αδυνατεί να υπολογίσει με ακρίβεια τις υποκειμενικές αξιολογήσεις και να λάβει σοβαρά υπόψη την κατανομή του κινδύνου μεταξύ των μερών²².

Βέβαια μπορεί να αρθρωθεί η παρακάτω αντίρρηση: μια προσυμφωνημένη αποζημίωση μπορεί να είναι μεγαλύτερη ή μικρότερη από την πλήρη αποζημίωση όπως ορίστηκε παραπάνω. Στις περιπτώσεις υπεραποζημίωσης (υψηλές ποινικές ρήτρες) ή υποαποζημίωσης τι κίνητρα δημιουργούνται στα μέρη;

Και στις δύο περιπτώσεις τα μέρη έδωσαν έμφαση στην κατανομή του κινδύνου. Έτσι οι δανειστές έχουν συμφωνήσει σε ποσό αποζημίωσης που συναρτάται από τις προθέσεις τους για επένδυση. Εάν δεν είναι σημαντικό γι' αυτούς να επενδύσουν, θα έχουν συμφωνήσει πιθανόν σε χαμηλότερο ποσό αποζημίωσης. Εάν έχουν πρόθεση να επενδύσουν, θα έχουν συμφωνήσει πιθανόν σε υψηλότερο ποσό αποζημίωσης. Από εκεί και πέρα θα επενδύσουν αναγνωρίζοντας ότι οι ίδιοι θα αναλάβουν το κόστος της χαμένης επένδυσης – θα το έχουν δηλαδή εσωτερικοποιήσει πλήρως.

Στην περίπτωση που έχει συμφωνηθεί μικρότερη αποζημίωση από την πραγματική ζημία η αθέτηση θα είναι αποτελεσματική καθώς ο δανειστής κατά πάσα πιθανότητα έχει αποζημιωθεί *ex ante* πλήρως, π.χ. με ένα πολύ χαμηλό τίμημα.

Στην περίπτωση τώρα που έχει συμφωνηθεί μεγαλύτερη αποζημίωση από την πραγματική ζημία η αποτελεσματική αθέτηση φαίνεται να εμποδίζεται καθώς ο δανειστής θα προτιμά την αθέτηση από την εκτέλεση της σύμβασης (*moral hazard*)²³. Όμως ο οφειλέτης μπορεί να τον «απειλήσει» με εκτέλεση της σύμβασης και να πετύχει την αναδιαπραγμάτευσή της. Έτσι εάν η Α που αξιολογεί €100 το αγαθό x το πουλήσει €130 στον Β που το αξιολογεί €150 αλλά έ-

22. Για τα θέματα αυτά βλ. αναλυτικά Hatzis (2002b, 2006, 2009a) και Χατζής (2003). Βλέπε επίσης το κλασικό Goetz & Scott (1977).

23. Ειδικά για το θέμα του προβλήματος *moral hazard* βλ. την λύση στο Hatzis (2009b) η οποία βέβαια βασίζεται στο θεώρημα του Coase (1960).

χουν ορίσει ως αποζημίωση €180 (δηλ. με ποινική ρήτρα €30), ο Γ που αξιολογεί το αγαθό €160 φαίνεται ότι δεν μπορεί να το αγοράσει ακόμα κι αν προσφέρει €160 στην Α.

Η Α όμως μπορεί να «απειλήσει» τον Β ότι θα εκτελέσει τη σύμβαση (θα του δώσει δηλαδή το αγαθό που ο Β αξιολογεί €150). Αλλά αν ο Β δεν διεκδικήσει την αποζημίωση και την ποινική ρήτρα ($€150 + €30 = €180$) η Α θα τον αποζημιώσει δίνοντάς του €155 ως αποζημίωση. Η Α έτσι, θα μπορέσει να πουλήσει το αγαθό x στον Γ για €160 και θα καταλήξει με €135 αντί για €130 ($€130 - €155 + €160$). Ο Β όμως γιατί να δεχθεί τα €155 αντί να διεκδικήσει τα €180; Απλά γιατί δεν θα μπορέσει να τα διεκδικήσει ποτέ. Αν δεν συμφωνήσει στην αθέτηση, η Α θα εκτελέσει την σύμβαση και ο Β θα λάβει το αγαθό x (αξίας €150 γι' αυτόν) αντί του ποσού των €155.

4. Επίλογος

Στο παραπάνω κείμενο επιχειρήσαμε να παρουσιάσουμε με συντομία δύο θεωρητικά προβλήματα που πρώτη συζήτησε σε βάθος και με πολύ ισχυρά αναλυτικά εργαλεία η ΟΑΔ. Τα προβλήματα αυτά δεν είναι καθόλου άγνωστα στη νομική επιστήμη. Ήδη από την εποχή του ρωμαϊκού δικαίου (το οποίο αποτελεί το καλύτερο παράδειγμα δικαίου που προσαρμόστηκε με εντυπωσιακό για την εποχή τρόπο στις ανάγκες τις αγοράς)²⁴ οι λύσεις έκαναν την εμφάνισή τους και οι σχετικές έννοιες και θεσμοί συνέχισαν να εξελίσσονται κυρίως μέσω της νομολογίας και της πρακτικής. Μπορεί αυτές οι λύσεις να φαίνονται ασύμβατες με εκείνες που προτείνει η ΟΑΔ. Όμως όχι μόνο είναι απολύτως συμβατές αλλά μας βοηθούν στο να κατανοήσουμε πολύ καλύτερα τους οικονομικούς σκοπούς των δικαιωμάτων και την οικονομική λειτουργία πανάρχαιων θεσμών.

Ο Μιχάλης Σταθόπουλος παρά τις αντιρρήσεις του στην διεκδίκηση αποκλειστικότητας ισχύος από την οικονομική επιστήμη²⁵ σχολιάζει:

«[Κ]ατ' αρχήν σωστά επισημαίνεται από τη θεωρία αυτή [την ΟΑΔ] η μεγάλη σημασία των νόμων της αγοράς, αλλά και εν γένει των οικονομικών κριτηρίων που ο νομοθέτης και ακόμη περισσότερο ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να λαμβάνει υπόψη. Η νομική επιστήμη πρέπει να υπερβαίνει την επιστημονική εσωστρέφεια, αλλά και την τυπολατρεία και εννοιοκρατία που τη βάρυνε στο παρελθόν και να εξετάζει τα κοινωνικά φαινόμενα και ανάμεσά τους τα οικονομικά συμφέροντα, την αποτελεσματικότητα και τα αντλούμενα οφέλη από τα όποια νομοθετικά μέτρα. Άλλωστε το ότι το δίκαιο οφείλει να λαμβάνει υπόψη

24. Για περισσότερα βλ. Hatzis (2002a, 2006).

25. Που μόνο οι κακοί οικονομολόγοι διεκδικούν.

τις οικονομικές σχέσεις είχε και πολύ πριν από τη νέα αυτή θεωρία επανειλημμένα επισημανθεί, σήμερα δε αποτελεί κοινό τόπο»²⁶.

Η ανάλυσή μας ήταν αναγκαστικά αρκετά σχηματική και αφηρημένη, σε καμία περίπτωση *de lege lata* αλλά ούτε και *de lege ferenda*, καθώς οι συγκεκριμένες προτάσεις ερμηνείας διατάξεων ή αναμόρφωσης του δικαίου, απαιτούν πολύ καλή και εις βάθος κατανόηση των θεμάτων που αναπτύξαμε. Εμείς στο παρόν κείμενο προσπαθήσαμε να αναδείξουμε με απλό τρόπο την πολυπλοκότητα των προβλημάτων.

Ενδεικτική Βιβλιογραφία

- Bar-Gill, Oren & Omri Ben-Shahar*. 2009. “An Information Theory of Willful Breach”. *Michigan Law Review* 107: 1479-1499.
- Barnes, David W.* 1998. “The Anatomy of Contract Damages and Efficient Breach Theory”. *Southern California Interdisciplinary Law Journal* 6: 397-490.
- Byrd, B. Sharon & Joachim Hruschka*. 2006. “Kant on “Why Must I Keep My Promise?”” *Chicago-Kent Law Review* 81: 47-74.
- Calabresi, Guido*. 1970. *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. New Haven: Yale University Press.
- Calabresi, Guido & Douglas Melamed*. 1972. “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View from the Cathedral”. *Harvard Law Review* 85: 1089-1128.
- Coase, R.H.* 1960. “The Problem of Social Cost”. *Journal of Law & Economics* 3: 1-44.
- Cooter, Robert*. 1985. “Unity in Tort, Contract, and Property: The Model of Precaution”. *California Law Review* 73: 1-51.
- Cooter, Robert & Thomas Ulen*. 2008. *Law and Economics*. Boston: Perason. 5th ed.
- Craswell, Richard*. 1988. “Contract Remedies, Renegotiation, and the Theory of Efficient Breach”. *Southern California Law Review* 61: 629-670.
- Foka-Kavaliaraki, Yulie & Aristides N. Hatzis*. 2009. “The Foundations of a Market Economy: Contract, Consent, Coercion”. *European View* 8(2): 29-37.
- Fried, Charles*. 1981. *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Friedmann, Daniel*. 1989. “The Efficient Breach Fallacy”. *Journal of Legal Studies* 18: 1-24.

26. Βλ. επίσης Παπανικολάου (2000: 122-124).

- Goetz, Charles J. & Robert E. Scott. 1977. "Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and Theory of Efficient Breach". *Columbia Law Review* 77: 554-594.
- Hatzis, Aristides N. 1999. *An Economic Theory of Greek Contract Law*. Διδακτορική Διατριβή. Chicago: University of Chicago Law School.
- Hatzis, Aristides N. 2000. "Rights and Obligations of Third Parties". *Encyclopedia of Law & Economics*. Vol. III. The Regulation of Contracts. Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest, eds. Cheltenham, UK: Edward Elgar. Pp. 200-222.
- Hatzis, Aristides N. 2001. "An Introduction to Greek Contract Law". *Global Jurist Topics* 1: 1-27.
- Hatzis, Aristides N. 2002a. "The Anti-Theoretical Nature of Civil Law Contract Scholarship and the Need for an Economic Theory". *Commentaries on Law & Economics* 2: 1-65.
- Hatzis, Aristides N. 2002b. "Having the Cake and Eating It Too: Efficient Penalty Clauses in Common and Civil Contract Law". *International Review of Law & Economics* 22: 381-406.
- Hatzis, Aristides N. 2006. "Civil Contract Law and Economic Reasoning – An Unlikely Pair?" *The Architecture of European Codes & Contract Law*. Stefan Grundmann & Martin Schauer, eds. The Hague: Kluwer Law International: Private Law in European Context Series. Vol. 8. Pp. 159-191.
- Hatzis, Aristides N. 2008. "An Offer You Can't Negotiate: Some Thoughts on the Economics of Standard Form Contracts". *Standard Contract Terms in Europe: A Basis for and a Challenge to European Contract Law*. Hugh Collins, ed. The Hague: Kluwer Law International: Private Law in European Context Series. Vol. 15. Pp. 43-56.
- Hatzis, Aristides N. 2009a. "The Economics of Contract Law". *Economic Analysis of Law: A European Perspective*. A.N. Hatzis, ed. Cheltenham, UK: Edward Elgar.
- Hatzis, Aristides N. 2009b. "The Paradox of Compensation and the Posner Dichotomy". (working paper, submitted for publication).
- Macneil, Ian R. 1982. "Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky". *Virginia Law Review* 68: 947-969.
- McChesney, Fred S. 1999. "Tortious Interference with Contract versus 'Efficient' Breach: Theory and Empirical Evidence". *Journal of Legal Studies* 28: 131-186.
- Perillo, Joseph M. 2000. "Misreading Oliver Wendell Holmes on Efficient Breach and Tortious Interference". *Fordham Law Review* 68: 1085-1106.

- Posner, Richard A. & Andrew M. Rosenfield.* 1977. "Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis". *Journal of Legal Studies* 6: 83-118.
- Posner, Richard A.* 2007. *Economic Analysis of Law*. New York: Aspen Publishers. 7th ed.
- Remington, Clark A.* 1999. "Intentional Interference with Contract and the Doctrine of Efficient Breach: Fine Tuning the Notion of the Contract Breacher as Wrongdoer". *Buffalo Law Review* 47: 645-711.
- Shavell, Steven.* 1980. "Damage Measures for Breach of Contract". *Bell Journal of Economics* 11: 466-490.
- Shavell, Steven.* 2006a. "Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis". *Texas Law Review* 84: 831-876.
- Shavell, Steven.* 2006b. "Is Breach of Contract Immoral?" *Emory Law Journal* 56: 439-460.
- Shavell, Steven.* 2009. "Why Breach of Contract May Not Be Immoral Given the Incompleteness of Contracts". *Michigan Law Review* 107: 1569-1581.
- Stathopoulos, Michael.* 2009. *Contract Law in Greece*. Athens/The Hague: Ant. N. Sakkoulas Publishers/Kluwer Law International. 2nd ed.
- Γέμτος, Πέτρος Α.* 2001. *Οικονομία και Δίκαιο. Τόμος Β. Οικονομική Ανάλυση Βασικών Θεσμών του Ιδιωτικού Δικαίου*. Αθήνα-Κομοτηνή: Εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα.
- Ζερβογιάννη, Ελένη & Αριστείδης Ν. Χατζής.* 2007. "Η Δικαστική Αναπροσαρμογή των Συμβατικών Όρων στις Καταπλεονεκτικές Δικαιοπραξίες (Συγκριτική και Οικονομική Ανάλυση)". *Ελληνική Δικαιοσύνη* 48: 700-712.
- Κορνηλάκης, Άγγελος.* 2009. *Η Αθέτηση της Αμφοτεροβαρούς Σύμβασης (Δικαιοσυγκριτική, Οικονομική και Δικαιοπολιτική Προσέγγιση)*. Αθήνα-Θεσσαλονίκη: Εκδόσεις Σάκκουλα.
- Παπανικολάου, Παναγιώτης Αλ.* 2000. *Μεθοδολογία του Ιδιωτικού Δικαίου και Ερμηνεία των Δικαιοπραξιών*. Αθήνα-Κομοτηνή: Εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα.
- Σταθόπουλος, Μιχ. Π.* 2004. *Γενικό Ενοχικό Δίκαιο*. Αθήνα-Θεσσαλονίκη: Εκδόσεις Σάκκουλα.
- Χατζής, Αριστείδης Ν.* 1991. "Ronald Coase (Νόμπελ Οικονομικών 1991)". *Επίκεντρα* 68: 77-84.
- Χατζής, Αριστείδης Ν.* 2003. "Η Οικονομική Ανάλυση του Δικαίου των Συμβάσεων (Στο Παράδειγμα της Ποινικής Ρήτρας, ΑΚ 409)". *Digesta* 5: 322-343.

ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟ ΠΕΙΡΑΙΩΣ - UNIVERSITY OF PIRAEUS

ΤΙΜΗΤΙΚΟΣ ΤΟΜΟΣ

Πηνελόπης Αγαλλοπούλου

ESSAYS IN HONOUR OF

Penelope Agallopoulou

Ανάτυπο / Offprint



ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΑΝΤ. Ν. ΣΑΚΚΟΥΛΑ / ANT. N. SAKKOULAS PUBLISHERS
2011

ΑΡΙΣΤΕΙΔΗΣ ΧΑΤΖΗΣ*

**Όλα όσα θέλετε να μάθετε
για τα οικονομικά του γάμου και του διαζυγίου***

***αλλά φοβάστε να ρωτήσετε**

Ποιο δεν είναι το θέμα αυτού του κειμένου; Εάν νομίζετε ότι το θέμα αυτού του κειμένου είναι η «Οικονομία» όπως την όρισε ο Κριτόβουλος στον Οικονομικό του Ξενοφώντα («*νομίζω ότι το έργο του καλού οικονόμου είναι να διαχειρίζεται καλά τα οικονομικά του σπιτιού του*») κάνετε λάθος! Το θέμα του κειμένου είναι πολύ διαφορετικό. Θα σας παρουσιάσω τη συμβολή της οικονομικής ανάλυσης του δικαίου (*law & economics*) στο οικογενειακό δίκαιο αλλά με κάπως μεγαλύτερη έμφαση στην επιλογή συντρόφου, το γάμο και το διαζύγιο.

Μα τι μπορεί να προσφέρει η οικονομική ανάλυση του δικαίου (ΟΑΔ) στο οικογενειακό δίκαιο; Όπως θα δούμε πάρα πολλά, εξαιρετικά χρήσιμα, πρωτότυπα και ιδιαίτερα ενδιαφέροντα.

Και γιατί το κείμενο έχει αυτή την μορφή; Γιατί είναι πολύ δύσκολο να κατανοήσει κάποιος όλα όσα θα πω εδώ χωρίς να γνωρίζει ταυτόχρονα τις σχετικές έννοιες, τα αναλυτικά εργαλεία και κυρίως τη μεθοδολογία της οικονομικής ανάλυσης του δικαίου. Αλλά θα προσπαθήσω να δώσω μια γενική ιδέα που θα μπορεί να γίνει κατανοητή και από εκείνους που δεν γνωρίζουν οικονομικά.

Μπορείς να μας εξηγήσεις πολύ σύντομα τι είναι η ΟΑΔ; Το δίκαιο έχει δύο τουλάχιστον στόχους που αφορούν τα οικονομικά: την κοινωνι-

* Αναπληρωτής Καθηγητής Φιλοσοφίας Δικαίου & Θεωρίας Θεσμών στο Τμήμα Μεθοδολογίας, Ιστορίας & Θεωρίας της Επιστήμης του Πανεπιστημίου Αθηνών (Ph.D. Law & Econ, University of Chicago). Email: ahatzis@phs.uoa.gr. Το παρόν κείμενο παρουσιάστηκε ως διάλεξη για πρώτη φορά στο Κέντρο Δικανικών Μελετών το Νοέμβριο του 2009. Ευχαριστώ τον Καθ. Κ. Μπέη για την τιμητική πρόσκληση και τους συμμετέχοντες για την πολύ ενδιαφέρουσα συζήτηση που ακολούθησε. Το κείμενο αφιερώνεται στην Καθηγήτρια Πηνελόπη Αγαλλοπούλου που με τιμά με τη φιλία της. Για την οικονομική ανάλυση του δικαίου μπορείτε να βρείτε όλες τις βασικές πληροφορίες εδώ: <http://www.economicanalysisoflaw.org>

κή ευημερία και την αποτελεσματικότητα. Η οικονομική επιστήμη προσφέρει στο δίκαιο εκείνα τα αναλυτικά εργαλεία που του είναι απαραίτητα για να πετύχει και τους δύο αυτούς στόχους με τον καλύτερο δυνατό τρόπο. Θα πρέπει να γνωρίζουμε καταρχήν ότι τα οικονομικά δεν είναι πλέον μόνο η επιστήμη που μελετά τις οικονομικές αγορές. Η κεντρική υπόθεση της οικονομικής επιστήμης είναι η ανθρώπινη ορθολογικότητα: οι άνθρωποι φέρονται ορθολογικά, θέτουν στόχους και προσπαθούν να τους πετύχουν με τον καλύτερο δυνατό τρόπο. Σε κάθε περίπτωση που τα άτομα πρέπει να επιλέξουν ανάμεσα από εναλλακτικές δυνατότητες και υπό περιορισμούς, η διαδικασία επιλογής τους μπορεί να μελετηθεί από τα οικονομικά – αυτό είναι στην πραγματικότητα το αντικείμενό τους. Υπό αυτό το πρίσμα, ορθολογική θεωρείται εκείνη η πράξη που αποτελεί το πιο αποτελεσματικό μέσο επίτευξης του σκοπού που θέτει ένα άτομο. Η θεωρία της ορθολογικής επιλογής (*rational choice theory*), που την έχει υιοθετήσει η ΟΑΔ, μας λέει τι πρέπει να κάνουμε για να πετύχουμε τους στόχους που εμείς θέσαμε και οι οποίοι εξαρτώνται από τις προτιμήσεις μας. Πέραν όμως του κανονιστικού, η θεωρία έχει κι έναν σαφώς περιγραφικό χαρακτήρα, καθώς θεωρεί ότι το άτομο δρα στις περισσότερες περιπτώσεις με βάση τη λογική του και το ίδιο αποτελεί τον καλύτερο κριτή του συμφέροντός του, το οποίο επιδιώκει με τις περισσότερες πράξεις του. Αλλά εάν οι άνθρωποι φέρονται κατά κανόνα ορθολογικά, η συμπεριφορά τους είναι προβλέψιμη. Αν γνωρίζουμε τους στόχους τους, μπορούμε να προβλέψουμε τις επιλογές τους, αλλά και να τις ερμηνεύσουμε. Οι κανόνες δικαίου θυμίζουν έτσι πολύ τους περιορισμούς της οικονομικής επιστήμης. Μπορούμε να τους δούμε και πιο ευρύτερα ως κίνητρα που επιχειρούν να επηρεάσουν την ανθρώπινη συμπεριφορά προς μια επιθυμητή κατεύθυνση. Για τους οικονομολόγους του δικαίου, λοιπόν, το δίκαιο είναι κυρίως μία δομή κινήτρων που υποχρεώνει τα άτομα να προσαρμόζουν τη συμπεριφορά τους. Αντιμετωπίζουν το δίκαιο ως έναν ειρηνικό τρόπο διευθέτησης των διαφορών και επιχειρούν να επιτύχουν μία σειρά στόχων που αποφασίζονται μέσω της δημοκρατικής διαδικασίας προτείνοντας τους ενδεικνυόμενους κανόνες δικαίου που μπορούν να επιτύχουν το επιθυμητό αποτέλεσμα με το μικρότερο κόστος. Τέλος επιχειρούν να προβλέψουν τις συνέπειες των τυπικών και άτυπων κανόνων δικαίου σ' έναν κόσμο όπου οι ορθολογικοί άνθρωποι προσαρμόζουν τις πράξεις τους σ' αυτούς τους κανόνες.

Όλα αυτά ακούγονται αρκετά αφηρημένα και φιλόδοξα. Θα μπορούσαν ίσως να λειτουργήσουν στο χώρο του οικονομικού δικαίου. Τι σχέση έχουν όμως με έναν κλάδο του δικαίου που ρυθμίζει τις πιο προσωπικές

ανθρώπινες σχέσεις; Ακόμα και σ' αυτόν τον χώρο, οι σχέσεις έχουν μία ευδιάκριτη οικονομική διάσταση, ιδιαίτερα μετά από ένα διαζύγιο. Αλλά όπως είπαμε πιο πάνω τα οικονομικά δεν είναι η επιστήμη που μελετά τις «οικονομικές» αγορές και τις «οικονομικές» σχέσεις αλλά η επιστήμη που μελετά τις επιλογές των ανθρώπων σε οποιοδήποτε περιβάλλον.

Μα είναι δυνατόν οι ανθρώπινες σχέσεις να αναλύονται με οικονομικά εργαλεία; Τα εργαλεία αυτά είναι τα εργαλεία μιας προσέγγισης στις κοινωνικές επιστήμες που όπως είπαμε ονομάζεται θεωρία της ορθολογικής επιλογής. Αναπτύχθηκαν για πρώτη φορά στα πλαίσια της οικονομικής επιστήμης (κυρίως μικροοικονομικής, οικονομικών της ευημερίας και θεωρίας παιγνίων) αλλά χρησιμοποιούνται πλέον ως εργαλεία των κοινωνικών επιστημών. Το να επικεντρωθεί κανείς στην ορολογία (που φυσικά θυμίζει οικονομικά), να αδυνατεί να διακρίνει ότι η συμπεριφορά στην οικονομική αγορά είναι μία έκφανση της ανθρώπινης συμπεριφοράς όπως όλες οι ανάλογες συμπεριφορές σε διαφορετικά περιβάλλοντα, να μην ενδιαφέρεται για την επιτυχία αυτών των εργαλείων στην εξήγηση και στην πρόβλεψη, αποτελεί κλασικό παράδειγμα κοντόφθαλμου που κοιτά το δάκτυλο και όχι το φεγγάρι. Διότι η πραγματική επιστημονική κριτική μιας παρόμοιας προσέγγισης έχει να κάνει με την αποτελεσματικότητά της στην εξήγηση και στην πρόβλεψη και όχι με το αν νομιμοποιείται να εξηγήσει και να προβλέψει.

Δηλαδή πώς αντιμετωπίζει η οικονομική ανάλυση τον γάμο; Σαν μία σύμβαση. Τον αντιμετωπίζει περίπου με τα ίδια εργαλεία με τα οποία αντιμετωπίζει μια απλή οικονομική σύμβαση. Όπως θα δούμε τα εργαλεία αυτά είναι ιδιαίτερα χρήσιμα για την κατανόηση ακόμα και αυτής της ιδιόμορφης σύμβασης.

Αλλά ο γάμος δεν είναι μια απλή σύμβαση! Είναι πολύ περισσότερα πράγματα! Βεβαίως. Για το δίκαιο όμως είναι καταρχήν μια σύμβαση. Αλλά και για το ζευγάρι είναι και σύμβαση. Επειδή μάλιστα σε πολλές περιπτώσεις αυτή η σύμβαση θα πρέπει να λυθεί, για να αντιμετωπίσουμε τα προβλήματα που θα προκύψουν θα πρέπει να αντιμετωπίσουμε τον γάμο ως καταρχήν μία συμβατική σχέση. Άλλωστε όπως δεν υπάρχει τέλεια σύμβαση, έτσι δεν υπάρχει και τέλειος γάμος.

Δεν υπάρχει τέλειος γάμος; Δυστυχώς όχι - αν θεωρήσουμε ως τέλειο γάμο το τέλειο ταίριασμα (*mating*). Για κάθε άτομο υπάρχει πλήθος άλλων ατόμων με τα οποία μπορεί να ταιριάζει.¹ Το πιο πιθανό όμως

1. Το άτομο μπορεί να ταιριάζει με άτομα του ίδιου ή άλλου φύλου. Στο παρόν κείμενο δεν γίνεται καμία διάκριση μεταξύ ετερόφυλων και ομόφυλων ζευγαριών.

είναι ότι δεν θα συναντήσει ποτέ τα άτομα που θα του ταίριαζαν περισσότερο από τα υπόλοιπα διότι πέραν των φυσικών και κοινωνικών περιορισμών (π.χ. χρόνος, κανόνες κοινωνικής συμπεριφοράς) υπάρχει ένα τεράστιο «κόστος συναλλαγών» που αποτρέπει το άτομο από το να αναζητήσει και να βρει τον «τέλειο σύντροφο».

Τι είναι το κόστος συναλλαγών και τι σχέση έχει με την αναζήτηση συντρόφου; Το κόστος συναλλαγών είναι μια πολύ χρήσιμη έννοια στα οικονομικά και από τις σημαντικότερες για την ΟΑΔ. Το κόστος συναλλαγών (*transaction cost*) είναι το κόστος που έχει μια συναλλαγή. Όσο μεγαλύτερο είναι το κόστος της τόσο μειώνονται οι πιθανότητες να πραγματοποιηθεί η συναλλαγή. Στην περίπτωση του «ταιριασματος» δύο ατόμων το κόστος συναλλαγής είναι ιδιαίτερα υψηλό. Περιλαμβάνει (α) το κόστος αναζήτησης (*search cost*) που στην «αγορά του γάμου» είναι ιδιαίτερα υψηλό καθώς το καταλληλότερο άτομο για σένα μπορεί να ξει σε οποιοδήποτε μέρος του κόσμου που δεν πρόκειται ποτέ να επισκεφτείς (β) το κόστος διαπραγμάτευσης (*bargaining cost*) που στις ανθρώπινες σχέσεις είναι υψηλότερο από τις απλές οικονομικές δοσοληψίες αλλά και το (γ) κόστος εφαρμογής (*enforcement cost*) που περιλαμβάνει και το κόστος επίβλεψης τήρησης της συμφωνίας (*monitoring cost*). Στα πλαίσια ενός γάμου το τελευταίο είδος κόστους είναι κι αυτό πολύ υψηλό, για ευνόητους λόγους, ιδιαίτερα στα πλαίσια φιλελεύθερων και όχι παραδοσιακών, συντηρητικών κοινωνιών. Είναι προφανώς αδύνατον να βρει κανείς το πλέον ταιριαστό άτομο από το σύνολο των πιθανών ατόμων με τα οποία θα μπορούσε υποθετικά να ταιριάξει καθώς το «συναλλακτικό κόστος» είναι τεράστιο.

Δηλαδή, σύμφωνα με τα οικονομικά, δεν θα μπορέσουμε ποτέ να βρούμε τον άνδρα ή τη γυναίκα «της ζωής μας»; Αυτό που λένε τα οικονομικά (και είναι πολύ εύκολο να το αποδείξουν με εμπειρικές έρευνες αλλά και με το παραπάνω διανοητικό πείραμα) είναι ότι οι επιλογές μας είναι οπωσδήποτε υπο-άριστες (*suboptimal*). Το άτομο που θα επιλέξουμε έχει ελάχιστες πιθανότητες να είναι το καταλληλότερο ανάμεσα σε όλα όσα θα μπορούσαμε δυνητικά να επιλέξουμε και επιπλέον έχει εξίσου ελάχιστες πιθανότητες να είναι αν όχι το πρώτο σε μια υποθετική κατάταξη προτιμήσεων/συμβατότητας, τουλάχιστον να βρίσκεται σε μία υψηλή θέση σ' αυτήν την υποθετική κλίμακα.

Τι σημαίνει αυτό; Ότι η πιθανότητα επιλογής του τέλειου συντρόφου (η εν πάση περιπτώσει του τελειότερου συμβατού) είναι αντιστρόφως ανάλογη του αριθμού των υποψήφιων συντρόφων παγκοσμίως;! Ευτυχώς όχι. Τα πράγματα είναι αρκετά καλύτερα διότι τα άτομα (κα-

λώς ή κακώς) έχουν προτιμήσεις που ευνοούν συνήθως εκείνα τα άτομα που έχουν τα ίδια χαρακτηριστικά με τα αυτά. Το φαινόμενο της «ομογαμίας» (*marital homogamy*), όπως το έχουν ονομάσει οι κοινωνιολόγοι, πρακτικά σημαίνει ότι τα άτομα τείνουν να επιλέγουν συντρόφους και τελικά συζύγους που τα πολιτισμικά τους χαρακτηριστικά ταιριάζουν: έχουν την ίδια εθνικότητα, την ίδια καταγωγή, την ίδια κοινωνικοοικονομική θέση, την ίδια θρησκεία και το ίδιο μορφωτικό επίπεδο. Το φαινόμενο αυτό οι βιολόγοι και οι οικονομολόγοι το ονομάζουν *assortative mating*, μια πολύ ευρύτερη έννοια που παρατηρείται σε όλα τα είδη (είναι το ζευγάρι απόμων που είναι φαινοτυπικά παρόμοια). Αλλά ακόμα και υπό την επίδραση της ομογαμίας η πιθανότητα της άριστης επιλογής είναι πολύ μικρή – σε 1/200.000 την υπολογίζει ο οικονομολόγος David Friedman. Η πιθανότητα δηλαδή είναι 0,0005% - απειροελάχιστη.

Δηλαδή εννοείς ότι το πιο πιθανό είναι να παντρευτούμε το λάθος άτομο; Ένα άτομο με το οποίο ταιριάζουμε ελάχιστα; Όχι ακριβώς. Αν θέλουμε να είμαστε ακριβείς θα πρέπει να επαναλάβουμε ότι η επιλογή συντρόφου θα είναι υπο-άριστη (*suboptimal*). Αυτό μπορεί να γίνει πολύ εύκολα κατανοητό, όσο σκληρό κι αν ακούγεται καθώς κανείς δεν μπορεί να ισχυριστεί ότι πριν την επιλογή του είχε τέλεια πληροφόρηση για όλους τους δυνητικούς συντρόφους, πρόσβαση σε όλες τις δυνατές επιλογές και κυρίως το χάρισμα να προβλέπει το μέλλον.

Ας συμφωνήσουμε ότι η επιλογή είναι υπο-άριστη. Αυτό τι συνέπειες έχει; Αυτός είναι ο λόγος που πολλοί γάμοι οδηγούνται σε διαζύγια; Έχω καλά νέα και κακά νέα. Ας αρχίσουμε από τα δεύτερα: Μια υπο-άριστη επιλογή δημιουργεί μία ανισορροπία που φθείρει την σχέση λόγο ισχυρών αρνητικών ενδογενών και εξωγενών παραγόντων. Εξωγενείς παράγοντες είναι η απλή ύπαρξη όλων των υπόλοιπων δυνητικών συντρόφων, ιδίως εκείνων που εκπροσωπούν μία εμφανώς καλύτερη επιλογή για το άτομο. Οι ενδογενείς παράγοντες είναι οι ασυμβατότητες που υπάρχουν σε μία σχέση που το ταίριασμα είναι υπο-άριστο. Αλλά ο σημαντικότερος αρνητικός ενδογενής παράγοντας είναι ο νόμος της φθίνουσας οριακής ωφελιμότητας (*law of diminishing marginal utility*). Σύμφωνα με τον νόμο αυτό, όσο περισσότερα καταναλώνεις από ένα αγαθό, τόσο μικρότερη ωφελιμότητα αντλείς από τις επιπλέον μονάδες. Η πρώτη μονάδα σου δίνει πολύ μεγαλύτερη ωφελιμότητα από την δεύτερη, η δεύτερη από την τρίτη κλπ. Ο ελληνικός λαός έχει εκφράσει το νόμο με την παροιμία: «Καινούργιο κοσκινάκι μου και πού να σε κρεμάσω; Κι όταν σε βαρεθώ πού να σε πετάξω;». Ο νόμος αυτός δυστυχώς ισχύει και στις ανθρώπινες σχέσεις. Πλήθος

κοινωνικών ερευνών έχουν αποδείξει ότι μέρα-με-τη-μέρα φθίνει και η οριακή ωφελιμότητα του νυν συντρόφου.

Μα είναι δυνατόν οι ανθρώπινες σχέσεις να αντιμετωπίζονται σαν αγαθά προς κατανάλωση; Αυτή είναι μια κλασική ερώτηση ανθρώπου που έχει επικεντρώσει την προσοχή του στο δάκτυλο και αδυνατεί να δει το φεγγάρι. Εδώ είναι μια καλή ευκαιρία να θυμίσουμε ότι χρησιμοποιούμε τα μεθοδολογικά εργαλεία της οικονομικής επιστήμης αλλά όχι υποχρεωτικά με το ίδιο περιεχόμενο! Το ερώτημα είναι αν τα εργαλεία αυτά μας βοηθούν να κατανοήσουμε καλύτερα τις ανθρώπινες σχέσεις ή όχι. Αν το επιτυγχάνουν δεν έχει σημασία από πού προέρχεται η ορολογία.

Αυτοί είναι οι λόγοι που οδηγούν τα ζευγάρια στον χωρισμό (διαζύγιο); Εκτός από τα παραπάνω (υπο-άριστο ταίριασμα, νόμος της φθίνουσας οριακής ωφελιμότητας) οι κοινωνικοί επιστήμονες έχουν φυσικά εντοπίσει αρκετούς ακόμη λόγους για την αύξηση των διαζυγίων στις δυτικές κοινωνίες: τη φιλελευθεροποίηση του διαζυγίου (τα νομικά και κοινωνικά εμπόδια για το διαζύγιο έχουν εν πολλοίς απαλειφθεί), την οικονομική ανεξαρτητοποίηση των γυναικών και την αυξημένη συμμετοχή τους στην αγορά εργασίας, την εδραίωση ατομικιστικών αξιών στον γάμο (όπου η αναζήτηση της προσωπικής ευτυχίας υπερβαίνει την ανάγκη διατήρησης του γάμου για κοινωνικούς ή θρησκευτικούς λόγους), κτλ. Όλοι αυτοί οι λόγοι μειώνουν το οικονομικό και το κοινωνικό κόστος του διαζυγίου και διευκολύνουν τα άτομα στην αναζήτηση ενός συντρόφου που θα τους εξασφαλίζει μία σχέση που να απέχει λιγότερο από το άριστο σημείο.

Αν όμως ισχύουν όλα αυτά, κανένας γάμος δεν θα παρέμενε αέριος! Όπως υπονόησα πριν, υπάρχουν και καλά νέα. Ενώ όλοι οι ως άνω παράγοντες μειώνουν το κόστος του διαζυγίου και αυξάνουν το όφελος υπάρχουν και πολλοί άλλοι που κάνουν το αντίστροφο. Έτσι υπάρχει σοβαρό κόστος σε περίπτωση διαζυγίου/χωρισμού που συνδέεται με την κοινωνική ηθική, τις προσωπικές και θρησκευτικές ηθικές αντιλήψεις ακόμα και την προσωπικότητα του ατόμου: π.χ. ένα άτομο που απεχθάνεται τον κίνδυνο και την αβεβαιότητα (*risk averse*) θα αποφύγει επιλογές με αβέβαιο αποτέλεσμα. Επιπλέον τα ισχυρά συναισθήματα (έρωτας, αγάπη, φροντίδα κλπ.) που βιώνει κανείς σε μία σχέση αποτελούν από μόνα τους ισχυρά εμπόδια στη διάλυση μιας σχέσης και επιβραδύνουν τον μηχανισμό της φθίνουσας οριακής ωφελιμότητας. Τον μηχανισμό αυτόν επιβραδύνει ή ακόμα (πολύ σπάνια βέβαια) ανατρέπει το φαινόμενο της «επίκτητης προτίμησης» (*acquired*

taste), όταν η εμπειρία αλλάζει τις προτιμήσεις. Ένα παράδειγμα που συνήθως χρησιμοποιούν οι οικονομολόγοι είναι η κλασική μουσική. Η έκθεσή σου στην κλασική μουσική μπορεί να οδηγήσει, υπό προϋποθέσεις, σε αλλαγή των προτιμήσεών σου. Κάτι ανάλογο συμβαίνει με το κρασί. Ορισμένα αγαθά μπορούν να εκτιμηθούν μόνο εφόσον περάσεις κάποιο κατώφλι (*threshold*) κατανάλωσής τους, ώστε να μπορείς να τα εκτιμήσεις με την βοήθεια και της εμπειρίας σου. Οι σχετικές έρευνες έχουν δείξει ότι τα άτομα επιχειρούν συχνά να διαμορφώσουν συνειδητά τις προτιμήσεις τους έχοντας διάφορους σκοπούς (π.χ. μια συνειδητή προσπάθεια διαμόρφωσης προτιμήσεων υψηλού επιπέδου στην λογοτεχνία, τη μουσική, το θέατρο, την τέχνη κλπ.). Παρομοίως και στα πλαίσια μίας σχέσης ή ενός γάμου πολλά άτομα προσπαθούν συνειδητά αλλά και ασύνειδα να επιτύχουν την αύξηση της οριακής ωφελιμότητας με εκούσιες επιλογές αλλά και με επένδυση στη σχέση και στον σύντροφο που θα μεγιστοποιήσει τα μελλοντικά προσδοκώμενα οφέλη.

Αυτό ακούγεται πολύ κομπορμιστικό. Εν μέρει μπορεί να είναι. Ιδίως όταν η προσπάθεια του ατόμου να προσαρμόσει τις προτιμήσεις του οφείλεται στο φαινόμενο της «γνωστικής ασυμφωνίας» (*cognitive dissonance*), όταν δηλαδή το άτομο μην μπορώντας να αντιμετωπίσει την διάψευση των πεποιθήσεών του ή/και την μη πραγματοποίηση των επιθυμιών του τις αναπροσαρμόζει για να αποφύγει αυτή την ψυχολογικά δυσβάστακτη διάσταση. Απορρίπτει πλέον ό,τι επιθυμούσε και δεν κατόρθωσε να αποκτήσει προσπαθώντας να πείσει τον εαυτό του ότι είτε δεν το επιθυμούσε ποτέ είτε αυτό που επιθυμούσε τελικά δεν έπρεπε (δεν άξιζε) να το επιθυμεί. Αυτή η διαδικασία διαμόρφωσης «βολικών» προτιμήσεων (*adaptive preference formation*) βοηθά το άτομο να ξεπεράσει τραυματικές εμπειρίες αποτυχίας και να προσαρμοστεί στην πραγματικότητα αλλά με ένα συχνά στρεβλό τρόπο που έχει ένα σωρευτικά αρνητικό αποτέλεσμα στην ευτυχία του.

Όμως δεν είναι σωστό να αντιμετωπίσουμε την επένδυση σε μία συντροφική σχέση ως αποτέλεσμα μιας παρόμοιας «γνωστικής ασυμφωνίας»! Πολύ σωστά. Στις περισσότερες περιπτώσεις η επένδυση είναι καθαρόαιμα ορθολογική. Επενδύοντας σε μια σχέση (ιδίως σε μια συντροφική σχέση) προσδοκάς πολύ μεγαλύτερα οφέλη από το κόστος της επένδυσης, ιδίως μακροπρόθεσμα. Όμως αυτή η επένδυση έχει άλλη μια θετική συνέπεια για την μακροημέρευση μιας σχέσης. Αυξάνει την αξία του συντρόφου σου και ταυτόχρονα το κόστος του χωρισμού.

Αυτός είναι ο λόγος που πολλά ζευγάρια δεν χωρίζουν παρά τα σοβαρά προβλήματα της σχέσης τους; Ναι. Αυτό το πλέγμα επενδύ-

σεων από τα δύο μέρη οδηγεί συχνά σε ένα είδος αδράνειας, παρόμοιο με αυτό που οι ψυχολόγοι ονομάζουν *status-quo bias* και οι οικονομολόγοι «αποτέλεσμα κτητικότητας» (*endowment effect*). Στην περίπτωση μιας σχέσης η αλληλεξάρτηση δημιουργεί συχνά την ψευδαίσθηση ότι το άτομο θα βρισκόταν σε χειρότερη θέση εκτός σχέσης παρά το γεγονός ότι το ίδιο άτομο αν βρισκόταν σε αφετηριακή θέση επιλογής θα επέλεγε να μην εμπλακεί στη συγκεκριμένη σχέση.

Πότε λοιπόν θα πρέπει να χωρίσει ένα ζευγάρι; Όπως στις συμβάσεις υπάρχει η έννοια της «αποτελεσματικής αθέτησης της σύμβασης» (όταν η συνολική ευημερία των συμβαλλόμενων μερών αυξάνεται με την αθέτηση της σύμβασης) έτσι και στο γάμο υπάρχει το αποτελεσματικό διαζύγιο. Αποτελεσματικό είναι ένα διαζύγιο όταν η συνολική ευημερία του ζευγαριού αυξάνεται μετά το διαζύγιο. Αντίθετα αποτελεσματικός είναι ο γάμος όταν το ζευγάρι αντλεί μεγαλύτερη ωφελιμότητα μέσα παρά έξω από το γάμο.

Όμως εάν η αύξηση της ευημερίας του ενός είναι μεγαλύτερη από τη μείωση της ευημερίας του άλλου τότε το διαζύγιο είναι αποτελεσματικό (εφόσον αυξάνεται η συνολική ευημερία) αλλά άδικο! Σωστά. Αυτό συμβαίνει σε πολλές περιπτώσεις (όπως θα δούμε παρακάτω). Ένα «αποτελεσματικό» διαζύγιο είναι πολύ πιθανό να είναι και «άδικο».

Και τα παιδιά; Σίγουρα το διαζύγιο είναι αρνητικό γι' αυτά (ιδίως για τα κορίτσια), όπως έχουν αποδείξει όλες οι εμπειρικές έρευνες. Έχουμε λοιπόν μία σημαντική αρνητική εξωτερικότητα (καθώς οι γονείς δεν εσωτερικεύουν το κόστος που θα υποστούν τα παιδιά τους από την απόφασή τους) που καθιστά το διαζύγιο συχνά αναποτελεσματικό. Αυτός είναι κυρίως ο λόγος που το δίκαιο αντιμετωπίζει τη σύμβαση του γάμου σαν μία ιδιόζουσα σύμβαση και τη ρυθμίζει ξεχωριστά. Αλλά το δίκαιο θα πρέπει να αντιμετωπίσει και με ιδιαίτερο τρόπο την επένδυση στο γάμο γιατί η φύση της είναι ιδιόζουσα.

Ποια είναι η φύση της επένδυσης στα πλαίσια του γάμου; Πρόκειται για μια επένδυση που μοιάζει πολύ με τις επενδύσεις που μελετά η θεωρία της επιχείρησης (*theory of the firm*) στις μακροχρόνιες συμβάσεις (*long-term contracts*). Όπως εκεί οι επενδύσεις είναι «επενδύσεις-εξειδικευμένες-στη-σχέση» (*relation-specific investments*), έτσι και στο γάμο οι επενδύσεις είναι «επενδύσεις-εξειδικευμένες-στο-γάμο» (*marriage-specific investments*). Δηλαδή αποκτούν αξία μόνο μέσα στα πλαίσια της συγκεκριμένης σχέσης – του συγκεκριμένου γάμου. Το χαρακτηριστικό των επενδύσεων αυτών είναι η στενή σύνδεσή τους με τη συγκεκριμένη σχέση και η μικρή ή ανύπαρκτη αγοραία αξία τους. Ένα

μεγάλος μέρος των επενδύσεων σε μία σχέση ανήκει σ' αυτήν την κατηγορία (και στις επιχειρήσεις και στους γάμους).

Είναι ανορθολογικό δηλαδή να επενδύσει κανείς σε μία σχέση; Όχι. Είναι απλά ριψοκίνδυνο. Όσο η σχέση διατηρείται η επένδυση αποδίδει και μάλιστα εκθετικά. Σε περίπτωση διάλυσης της σχέσης όμως ένα μεγάλο μέρος της επένδυσης θα χαθεί. Παρά το γεγονός ότι η επένδυση αυτή είναι ριψοκίνδυνη τα άτομα συνεχίζουν να επενδύουν στις σχέσεις βασισμένα στην εμπιστοσύνη (*trust* στις κοινωνικές επιστήμες, *reliance* στο δίκαιο των συμβάσεων) που δημιουργείται σε μια μακροχρόνια (συμβατική) σχέση. Αυτή η επένδυση στη σχέση επηρεάζει και την αρχική σύμβαση.

Δηλαδή; Ανάλογα με την επένδυση του καθενός και την ιδιομορφία της σχέσης οι σύζυγοι βρίσκονται σε συνεχή επαναδιαπραγμάτευση της σχέσης τους, όπως συμβαίνει και στις μακροχρόνιες συμβάσεις. Μετά το γάμο οι δύο σύζυγοι περνούν από μία ανταγωνιστική αγορά σε μία κατάσταση διμερούς μονοπωλίου (*bilateral monopoly*). Στο διμερές μονοπώλιο υπάρχει μόνο ένας πωλητής και μόνο ένας αγοραστής. Είναι μία σχέση που βασίζεται στην ισορροπία δυνάμεων αλλά και στην επένδυση στη σχέση. Ξέρει ο ένας για τον άλλον ότι δεν θέλει να χαθεί η επένδυσή του και στηρίζεται σ' αυτό για να τον πιέσει. Πιέζει βέβαια καλύτερα όποιος έχει τα λιγότερα να χάσει. Αυτός συνήθως είναι ο άντρας.

Γιατί; Γιατί η γυναίκα έχει επενδύσει πολύ περισσότερο από τον άνδρα σε ένα γάμο, ιδίως εάν έχει εγκαταλείψει την καριέρα της ή το επάγγελμά της για να μείνει στο σπίτι ως οικοκυρά. Επίσης, η γυναίκα έχει «καταθέσει» το μεγαλύτερο μέρος της επένδυσής της στα πρώτα χρόνια του γάμου (π.χ. απόκτηση και ανατροφή παιδιών). Η επένδυσή της είναι τόσο εξειδικευμένη στο συγκεκριμένο γάμο που είναι άχρηστη έξω από αυτόν.

Ο άνδρας δεν επενδύει; Βέβαια, αλλά πολύ λιγότερο. Το μεγαλύτερο μέρος της επένδυσής του γίνεται στην καριέρα του και έχει αντίκρισμα στην αγορά. Έτσι μετά το διαζύγιο η επένδυσή του δεν πηγαίνει χαμένη. Υπάρχει ένα κόστος και γι' αυτόν αλλά το όφελος συχνά είναι πολύ μεγαλύτερο. Δεδομένου ότι και η γυναίκα του επενδύει στη δική του καριέρα (μένοντας σπίτι και επιτρέποντάς του να ασχοληθεί μ' αυτή) ο άνδρας σε περίπτωση διαζυγίου έχει την ευκαιρία να εσωτερικοποιήσει και το όφελος από την επένδυση της συζύγου του χωρίς να υποστεί το κόστος. Πρόκειται για κλασική περίπτωση του φαινομένου του λαθρεπιβάτη (*free-riding*). Είναι έτσι σύνηθες το φαινόμενο ο σύζυγος να εγκαταλείπει

τη γυναίκα μετά από αρκετά χρόνια γάμου, όταν αυτή έχει ήδη επενδύσει στην καριέρα του η οποία έχει πλέον ανοδική πορεία («του έδωσα τα καλύτερα μου χρόνια»). Η πρώην σύζυγος χάνει το μεγαλύτερο μέρος της επένδυσής της – την οποία έχει εσωτερικοποιήσει ο πρώην σύζυγος της. Ο τελευταίος συχνά βρίσκει μια νεώτερη γυναίκα (γυναίκα τρόπαιο – *trophy wife*) η οποία θα απολαύσει και την επένδυση της πρώην συζύγου (όπως λέει και ο ελληνικός λαός, «η πρώτη δούλα – η δεύτερη κυρά»).

Άρα οι γυναίκες (ιδίως οι οικοκυρές) είναι καταδικασμένες να υπομείνουν ένα γάμο με άνιση κατανομή διαπραγματευτικής δύναμης ή να πάρουν διαζύγιο χάνοντας το μεγαλύτερο μέρος της επένδυσής τους; Δυστυχώς αυτή είναι η πραγματικότητα. Μετά τη φιλελευθεροποίηση του διαζυγίου το 1969 στην Καλιφόρνια των Η.Π.Α., δηλαδή όταν οι σύζυγοι απέκτησαν το δικαίωμα να λύουν το γάμο ελεύθερα με το αυτόματο διαζύγιο (*no-fault divorce*) οι οικονομολόγοι προέβλεψαν πως η άνιση διαπραγματευτική δύναμη των μερών θα έχει οδυνηρά αποτελέσματα για τις γυναίκες, οι οποίες έχασαν ένα σοβαρό διαπραγματευτικό όπλο (συναίνεση στο διαζύγιο). Το 1985 η κοινωνιολόγος Lenore Weitzman μετά από εκτεταμένη έρευνα στα αποτελέσματα του διαζυγίου για τις γυναίκες επιβεβαίωσε τις προβλέψεις των οικονομολόγων. Ένα μόλις χρόνο μετά το διαζύγιο το βιοτικό επίπεδο των διαζευγμένων αντρών αυξήθηκε κατά 42%, ενώ το βιοτικό επίπεδο των διαζευγμένων γυναικών μειώθηκε κατά 73%.

Πώς αντιμετώπισε το δίκαιο αυτό το πρόβλημα; Στην αρχή ανεπιτυχώς, διότι δεν είχε τα θεωρητικά εργαλεία στην διάθεσή του για να διαμορφώσει αποτελεσματικές πολιτικές. Έτσι οι κοινωνιολόγοι ομιλούν για «εκθήλυνση της φτώχειας (*feminization of poverty*)».

Η οικονομική ανάλυση τι παραπάνω μπορεί να προσφέρει; Η μεγαλύτερη συνεισφορά της ήταν η κατασκευή μοντέλων ανθρώπινου κεφαλαίου (*human capital*), στη συγκεκριμένη περίπτωση της επένδυσης της γυναίκας στο γάμο. Με βάση τα σχετικά μοντέλα μπορεί να επιμετρηθεί με αρκετή ακρίβεια η συνεισφορά της γυναίκας (ιδιαίτερα της οικοκυράς) στο γάμο.

Μα μπορεί να μετρηθεί αυτή η συνεισφορά; Και μπορεί και έχει μετρηθεί με διάφορα μοντέλα που π.χ. υπολογίζουν το κόστος εξωρισμού (*outsourcing*) των υπηρεσιών που προσφέρει μία οικοκυρά στα πλαίσια ενός γάμου. Ο Richard Posner υπολογίζει την αξία της οικιακής εργασίας στο 80% του εισοδήματος του άνδρα (κατά μέσο όρο) ενώ οι περισσότεροι οικονομολόγοι συμφωνούν μαζί του στο ότι η οικιακή εργασία συνεισφέρει το 40% στο συνολικό οικογενειακό εισόδημα.

Χρησιμοποιούνται τα μοντέλα αυτά διεθνώς; Περισσότερο στις Η.Π.Α., λιγότερο στην Ευρώπη, καθόλου στην Ελλάδα.

Ναι, αλλά είπαμε πως ο άνθρωπος είναι ένα ορθολογικό ον. Γιατί οι γυναίκες υπομένουν αυτή την αδικία; Είναι λιγότερο ορθολογικά όντα από τους άνδρες; Όχι βέβαια! Για πολλά χρόνια ήταν αναγκασμένες να το ανέχονται καταπιεσμένες από κανόνες κοινωνικής συμπεριφοράς (*social norms*) και πατριαρχικά δίκαια. Μετά την εφαρμογή της νομικής τυπικής ισότητας ανδρών και γυναικών, η κατάσταση βελτιώθηκε αισθητά αλλά η ανισότητα που δημιουργείται και πάλι μέσα στο γάμο λόγω της άνιση κατανομής της οικιακής εργασίας (και της ελάχιστης αποζημίωσης για την επένδυση ανθρωπίνου κεφαλαίου) ανάγκασε τις γυναίκες να αλλάξουν σε μεγάλο βαθμό την παραδοσιακή συμπεριφορά τους.

- Έτσι οι περισσότερες γυναίκες επιλέγουν να παραμείνουν στην αγορά εργασίας ακόμα και μετά το γάμο (αυτό το επέτρεψε και η σύγχρονη τεχνολογία που μετέτρεψε την οικιακή εργασία σε εργασία μερικής απασχόλησης), ενώ παντρεύονται πολύ αργότερα.
- Οι περισσότερες γυναίκες σήμερα επιλέγουν να επενδύσουν λιγότερο στο γάμο (λιγότερα παιδιά, μικρότερη συμμετοχή στο νοικοκυριό κλπ. – την τάση διευκόλυνε η μείωση της βρεφικής θνησιμότητας και η δυνατότητα χρήσης οικιακής βοήθειας).
- Πολλές γυναίκες αποφασίζουν συνειδητά να παραμείνουν ανύπαντρες ή να μην κάνουν παιδιά για να μπορέσουν να ακολουθήσουν απερίσπαστες την καριέρα τους.
- Πολλές γυναίκες αποφασίζουν να λύσουν το γάμο τους επειδή δεν ανέχονται την άνιση κατανομή της διαπραγματευτικής δύναμης (η τάση ενισχύεται από το γεγονός ότι έχει αυξηθεί το κόστος ευκαιρίας της οικιακής εργασίας επειδή οι γυναίκες αμείβονται πολύ καλύτερα από ό,τι στο παρελθόν και ταυτόχρονα έχει μειωθεί το κοινωνικό κόστος του διαζυγίου). Στις Η.Π.Α. πρόσφατα οι αιτήσεις διαζυγίου από γυναίκες ξεπέρασαν εκείνες που υποβάλλουν οι άνδρες! Η ίδια τάση παρατηρείται σε όλες τις δυτικές δημοκρατίες.

Όμως αυτή η τάση μπορεί να οδηγήσει στο τέλος του γάμου ως θεσμού! Όχι απαραίτητα. Τα οφέλη μίας μακροχρόνιας σχέσης εμπιστοσύνης είναι πολλά, ιδίως όταν αυτή βασίζεται στην αγάπη και την εμπιστοσύνη. Αλλά το δίκαιο μπορεί να ενισχύσει τον θεσμό του γάμου δημιουργώντας μια κατάλληλη δομή κινήτρων μέσω του οικογενειακού δικαίου.

Με ποιον τρόπο; Το πρόβλημα σε ένα γάμο όπως και σε μία σύμβαση είναι ότι προσπαθούν ταυτόχρονα να πετύχουν δύο στόχους: την

αύξηση της ευτυχίας (ωφελιμότητας) των συμβαλλόμενων μερών αλλά ταυτόχρονα και τη δημιουργία της απαραίτητης εμπιστοσύνης που να ενθαρρύνει τις επενδύσεις στα πλαίσια του γάμου. Πολλές φορές αυτά τα δύο έρχονται σε σύγκρουση καθώς η αύξηση της ωφελιμότητας του ζευγαριού δικαιολογεί ένα αποτελεσματικό διαζύγιο το οποίο όμως αποθαρρύνει την επένδυση στη σχέση. Έτσι ένας γάμος που είναι δύσκολο να λυθεί μπορεί να ενθαρρύνει την επένδυση στα πλαίσια του γάμου αυτού αλλά αποθαρρύνει τα άτομα να παντρευτούν καθώς θα φοβούνται ότι θα δυσκολευτούν αργότερα να πάρουν διαζύγιο σε περίπτωση που ο γάμος αποτύχει. Αντίθετα ένα σχετικά εύκολο διαδικαστικά διαζύγιο διευκολύνει την αύξηση της ωφελιμότητας καθώς μεγιστοποιεί την αυτονομία των ατόμων αλλά ταυτόχρονα αποθαρρύνει την επένδυση στο γάμο. Δεδομένων των δυσκολιών μέτρησης της επένδυσης των ατόμων στα πλαίσια ενός γάμου μια λύση θα μπορούσε να είναι η χρήση προγαμιαίων συμβολαίων όπου τα άτομα θα προκαθορίζουν τις οικονομικές τους σχέσεις σε περίπτωση διαζυγίου.

Σε ποιον οφείλεται η ιδέα της χρήσης εργαλείων της οικονομικής επιστήμης στην ανάλυση των προβλημάτων του γάμου και του διαζυγίου; Στον σημαντικότερο ίσως οικονομολόγο εν ζωή σήμερα: Στον καθηγητή οικονομικών και κοινωνιολογίας στο Πανεπιστήμιο του Σικάγο Gary Becker. Ο Gary Becker το 1992 βραβεύτηκε με το Νόμπελ Οικονομικής Επιστήμης για την ιδέα να χρησιμοποιήσει εργαλεία της οικονομικής επιστήμης σε μη-οικονομικές (με την στενή έννοια του όρου) ανθρώπινες συμπεριφορές, δηλαδή στην «πολιτική αγορά», την «αγορά τους εγκλήματος» και τέλος την «αγορά του γάμου και του διαζυγίου».

Πέραν του γάμου και του διαζυγίου, με τι άλλο έχει ασχοληθεί η ΟΑΔ; Με πολλά άλλα θέματα που δεν θα συζητήσουμε εδώ. Π.χ. με τον γάμο ατόμων του ίδιου φύλου, με την γονιμότητα, με τις νέες μορφές οικογένειας, με την υιοθεσία, με την παρένθετη μητρότητα, τις αμβλώσεις, και πολλά άλλα ζητήματα που ενδιαφέρουν το οικογενειακό δικαιο (ορισμένα από αυτά μελετήθηκαν από τον ίδιο των Becker).

Για περισσότερα δείτε την ενδεικτική βιβλιογραφία που ακολουθεί και που καλύπτει όλα όσα παρουσιάσαμε στα πλαίσια αυτού του κειμένου αλλά και παρεμφερή θέματα.

Ενδεικτική Βιβλιογραφία

- *Becker, Gary S.* 1976. *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: University of Chicago Press.
- *Becker, Gary S.* 1991. *A Treatise on the Family*. Cambridge, MA: Harvard University Press. 2nd ed.
- *Becker, Gary S.* 1993a. *Human Capital: A Theoretical and Empirical Analysis with Special Reference to Education*. Chicago: University of Chicago Press / NBER. 3rd ed.
- *Becker, Gary S.* 1993b. Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior. *Journal of Political Economy* 101: 385-409.
- *Becker, Gary S., Elizabeth M. Landes & Robert T. Michael.* 1977. An Economic Analysis of Marital Instability. *Journal of Political Economy* 85: 1141-1187.
- *Becker, Gary S. & Kevin M. Murphy.* 2000. *Social Economics: Market Behavior in a Social Environment*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- *Becker, Gary S. & Guity Nashat Becker.* 1997. *The Economics of Life: From Baseball to Affirmative Action to Immigration, How the Real-World Issues Affect Our Everyday Life*. New York: McGraw-Hill.
- *Bolin, Kristian.* 1998. “Alimony.” In *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. Peter Newman, ed. New York: Palgrave Macmillan. Vol. 1. Pp. 48-51.
- *Brinig, Margaret F.* 1998. “No-Fault Divorce.” In *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. Peter Newman, ed. New York: Palgrave Macmillan. Vol. 2. Pp. 679-684.
- *Brinig, Margaret F.* 2000a. “Parent and Child.” In *Encyclopedia of Law and Economics*. Vol. II. Civil Law and Economics. Cheltenham, UK: Edward Elgar Pp. 230-273.
- *Brinig, Margaret F.* 2000b. *From Contract to Covenant: Beyond the Law and Economics of the Family*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- *Brinig, Margaret F.* 2005. “Family.” In *The Elgar Companion to Law & Economics*. Jürgen G. Backhaus, ed. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2nd ed. Pp. 103-118.
- *Brinig, Margaret F. & Douglas W. Allen.* 2000. These Boots Are Made for Walking: Why Most Divorce Filers Are Women. *American Law & Economics Review* 2: 126-169.
- *Carbone, June.* 2000. *From Partners to Parents: The Second Revolution in Family Law*. New York: Columbia University Press.
- *Cohen, Lloyd R.* 1987. Marriage, Divorce, and Quasi-Rents; or I Gave Him the Best Years of My Life. *Journal of Legal Studies* 16: 267-303.
- *Cohen, Lloyd R.* 1998. “Marriage as Contract.” In *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. Peter Newman, ed. New York: Palgrave Macmillan. Vol. 2. Pp. 618-623.

- *Dnes, Antony W.* 2005. *The Economics of Law: Property, Contracts, and Obligations*. Mason, OH: Thomson South-Western. (Chapter 9)
- *Dnes, Antony W. & Robert Rowthorn.* eds. 2002. *The Law and Economics of Marriage and Divorce*. Cambridge: Cambridge University Press.
- *Donohue III, John J. & Steven D. Levitt.* 2001. The Impact of Legalized Abortion on Crime. *Quarterly Journal of Economics* 116: 379-420.
- *Ellman, Ira Mark.* 1989. The Theory of Alimony. *California Law Review* 77: 1-81.
- *Fineman, Martha A.* 1991. *The Illusion of Equality: The Rhetoric and Reality of Divorce Reform*. Chicago: University of Chicago Press.
- *Folbre, Nancy.* 2001. *The Invisible Heart: Economic and Family Values*. New York: New Press.
- *Friedman, David.* 2000. *Law's Order: What Economics Has to Do with Law and Why It Matters*. Princeton: Princeton University Press. (Chapter 13).
- *Glendon, Mary Ann.* 1989. *The Transformation of Family Law: State, Law, and Family in the United States and Western Europe*. Chicago: University of Chicago Press.
- *Hadfield, Gillian K.* 1998a. Law-and-Economics from a Feminist Perspective. In *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. Peter Newman, ed. New York: Palgrave Macmillan. Vol. 2. Pp. 455-460.
- *Hadfield, Gillian K.* 1998b. Sexual Harassment. In *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. Peter Newman, ed. New York: Palgrave Macmillan. Vol. 3. Pp. 455-459.
- *Harford, Tim.* 2008. *The Economic of Life: The Rational Economic of an Irrational World*. New York: Random House. (Chapter 4)
- *Hatzis, Aristides N.* 2003. Just the Oven: A Law & Economics Approach to Gestational Surrogacy Contracts. In *Perspectives for the Unification or Harmonisation of Family Law in Europe*. Katharina Boele-Woelki, ed. Antwerp: Intersentia. Pp. 412-433.
- *Hatzis, Aristides N.* 2006. The Negative Externalities of Immorality: The Case of Same-Sex Marriage. *Skepsis* 17: 52-65.
- *Hatzis, Aristides N.* 2009. From Soft to Hard Paternalism and Back: The Regulation of Surrogate Motherhood in Greece. *Portuguese Economic Journal* 49: 205-220.
- *Hatzis, Aristides N., ed.* 2011. *Norms and Values in Law & Economics*. London: Routledge.
- *Landes, Elizabeth.* 1978. Economics of Alimony. *Journal of Legal Studies* 7: 35-63.
- *Lundberg, Shelly & Robert A. Pollak.* 1996. Bargaining and Distribution in Marriage. *Journal of Economic Perspectives* 10: 139-158.
- *Mnookin, Robert H.* 1998. "Divorce." In *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. Peter Newman, ed. New York: Palgrave Macmillan. Vol. 1. Pp. 639-644.

- *Mnookin, Robert H. & Lewis Kornhauser.* 1979. Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce. *Yale Law Journal* 88: 950-997.
- *Posner, Richard A.* 1992. Sex and Reason. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- *Posner, Richard A.* 1995. Aging and Old Age. Chicago: University of Chicago Press.
- *Posner, Richard A.* 2010. Economic Analysis of Law. New York: Aspen. 8th ed. (Chapter 5)
- *Schultz, T.W.* 1974. Economics of the Family: Marriage, Children, and Human Capital. Chicago: University of Chicago Press / NBER.
- *Schwab, Stewart J.* 1998. “Child Custody.” In *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. Peter Newman, ed. New York: Palgrave Macmillan. Vol. 1. Pp. 233-236.
- *Scott, Elizabeth S. & Robert E. Scott.* 1998. Marriage as Relational Contract. *Virginia Law Review* 84: 1225-1334.
- *Tommasi, Mariano & Kathryn Ierulli,* eds. 1995. The New Economics of Human Behavior. New York: Cambridge University Press.
- *Trebilcock, Michael J. & Rosemin Keshvani.* 1991. The Role of Private Ordering in Family Law: A Law and Economics Perspective. *University of Toronto Law Journal* 41: 533-590.
- *Tsaoussi, Aspasia.* 2003. The Greek Divorce Law Reform of 1983 and Its Impact on Homemakers: A Social and Economic Analysis. Athens-Komotini: Ant. N. Sakkoulas.
- *Tsaoussi, Aspasia.* 2011. The Economics of Family Law. In *Economic Analysis of Law: A European Perspective*. Aristides N. Hatzis, ed. Cheltenham, UK: Edward Elgar.
- *Weitzman, Lenore J.* 1985. The Divorce Revolution: The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America. New York: Free Press.
- *Wittman, Donald.* 2006. Economic Foundations of Law & Organization. New York: Cambridge University Press. (Chapter 23)

Τα Οικονομικά του Εγκλήματος

May Emmerich: *Oh Lon, when I think of all those awful people
you come in contact with – downright criminals – I get scared.*
Alonzo D. Emmerich: *Oh, there's nothing so different about them.*
After all, crime is only... a left-handed form of human endeavor.
*The Asphalt Jungle (1950)*¹

1. Αναζητώντας θέση παρκινγκ στη Νέα Υόρκη

Στα μέσα της δεκαετίας του 1960 ο Gary Becker δίδασκε οικονομικά στο Πανεπιστήμιο Columbia της Νέας Υόρκης. Είχε λάβει το διδακτορικό του από το Πανεπιστήμιο του Σικάγο πριν από δέκα περίπου χρόνια (το 1955) υποστηρίζοντας στην περίφημη διατριβή του ότι στην ελεύθερη οικονομία της αγοράς οι διακρίσεις με βάση το φύλο ή την φυλή έχουν κόστος: όταν μια αγορά είναι ανταγωνιστική και εφόσον οι μειονότητες είναι αρκετά μεγάλες πληθυσμιακά, οι διακρίσεις σταδιακά θα εξαφανισθούν καθώς ο ρατσισμός και ο σοβινισμός κοστίζουν ακριβά (Becker 1957). Η βασική ιδέα όμως στο διδακτορικό του ήταν

* Επίκουρος Καθηγητής Φιλοσοφίας Δικαίου & Θεωρίας Θεσμών στο Τμήμα Μεθοδολογίας, Ιστορίας & Θεωρίας της Επιστήμης του Πανεπιστημίου Αθηνών. Ο Αριστείδης Χατζής έλαβε το διδακτορικό του δίπλωμα στην οικονομική ανάλυση του δικαίου από το Πανεπιστήμιο του Σικάγο το 1999. Θέλει να ευχαριστήσει για τα σχόλιά της σε προηγούμενη έκδοχή της παρούσας εργασίας την Γιούλη Φωκά-Καβαλιεράκη. Τα σχόλια ευπρόσδεκτα στην ηλεκτρονική διεύθυνση: ahatzis@phs.uoa.gr. Το κείμενο αφιερώνεται στην Καθηγήτρια Εγκληματολογίας, κα Καλλιόπη Σπινέλλη, την πρώτη ελληνίδα νομικό που έλαβε το διδακτορικό της δίπλωμα από τη Νομική Σχολή του Πανεπιστημίου του Σικάγο.

1. Διάλογος από την ταινία *Η Ζούγκλα της Ασφάλτου (The Asphalt Jungle)* που σκηνοθέτησε ο John Huston ο οποίος έγραψε το σενάριο μαζί με τον Ben Maddow. Το σενάριο βασίζεται στο ομώνυμο μυθιστόρημα του W.R. Burnett. Τους ρόλους του δικηγόρου Alonzo Emmerich και της συζύγου του May ερμηνεύουν οι Louis Calhern και Dorothy Tree αντίστοιχα.

άλλη. Οι άνθρωποι είναι ορθολογικοί, προσπαθούν να μεγιστοποιήσουν την ωφέλειά τους² και οτιδήποτε μπορεί να τους περιορίσει έχει πεπερασμένη ισχύ.

Ένα πρωινό, λοιπόν, που ο Gary Becker κατευθύνονταν στο Πανεπιστήμιο Columbia από το σπίτι του, στα προάστια της Νέας Υόρκης, ανησυχούσε γιατί είχε καθυστερήσει για την προφορική εξέταση ενός υποψήφιου διδάκτορα οικονομικών. Καθώς στην εξέταση αυτή συμμετείχαν και άλλοι, μεγαλύτεροι σε ηλικία συνάδελφοί του, ο 35χρονος περίπου Becker φοβόταν ότι η καθυστέρησή του θα έκανε πολύ κακή εντύπωση και επιπλέον θα άγγχωνε αδικαιολόγητα το νεαρό φοιτητή που περίμενε να εξεταστεί από τον Becker για περίπου 30 λεπτά στη θεωρία τιμών. Όμως, όχι μόνο είχε αργήσει αλλά θα είχε και πρόβλημα να βρει χώρο να παρκάρει, καθώς το Columbia δεν είχε εκείνη την εποχή χώρο parking και η περιοχή ήταν, όπως και σήμερα, πυκνοκατοικημένη. Επιπλέον το πιο κοντινό γκαράζ απείχε δέκα λεπτά με τα πόδια από το κτίριο στο οποίο κατευθύνονταν και κόστιζε αρκετά.

Η σκέψη που του ήρθε στο μυαλό καθώς πλησίαζε ήταν αν άξιζε να πληρώσει το πρόστιμο για να μην καθυστερήσει στη συνάντηση. Όμως ποιο πρόστιμο; Το πρόστιμο θα το πλήρωνε μόνο εάν η αστυνομία ανακάλυπτε την παράβαση. Εφόσον προλάβαινε να τελειώσει τις δουλειές του και να φύγει χωρίς να λάβει κλήση, το κόστος της παράβασης θα ήταν γι' αυτόν μηδενικό. Αλλά δεν υπάρχουν δύο κόσμοι, αυτός που η αστυνομία συλλαμβάνει και τιμωρεί όλους τους οδικούς παραβάτες και αυτός που η αστυνομία δεν συλλαμβάνει κανέναν. Στην πραγματικότητα υπάρχει ένας κόσμος όπου οι παραβάτες συλλαμβάνονται και τιμωρούνται ορισμένες φορές.

Ο Gary Becker εκείνο το πρωί αποφάσισε να παρκάρει παράνομα το αυτοκίνητό του γιατί, αφού συνέκρινε το αναμενόμενο κόστος της παράνομης στάθμευσης (πρόστιμο επί την πιθανότητα εντοπισμού)³ με το βέβαιο όφελος που αυτή θα του προσέφερε (θα έφτανε νωρίτερα στη συνάντηση, δεν θα δυσαρεστούσε τους συναδέλφους του, δεν θα άγγχωνε τον φοιτητή, δεν θα πλήρωνε για το parking, θα είχε παρκάρει το αμάξι κοντά στο γραφείο του και θα έφτανε σ' αυτό συντομότερα μόλις τελείωνε τις δουλειές του, κλπ.), συνειδητοποίησε ότι τον συμφέρει. Όταν μπήκε στην αίθουσα είχε ήδη έτοιμη την πρώτη ερώτηση: έθεσε στο φοιτητή το ερώτημα που είχε θέσει πριν από λίγη ώρα στον εαυτό του. Ο φοιτητής δεν μπόρεσε να απαντήσει. Όταν ολοκληρώθηκε η πολύωρη εξέταση ο Becker κατευθύνθηκε προς το αυτοκίνητό του. Δεν υπήρχε κλήση.

2. Μπορούμε επίσης να χρησιμοποιήσουμε τους όρους: ωφελιμότητα, χρησιμότητα, ηδονή, ευχαρίστηση, ικανοποίηση, ευτυχία, κλπ.

3. Αν υποθέσουμε ότι η πιθανότητα εντοπισμού του παράνομα σταθμευμένου οχήματος ήταν 35% και το πρόστιμο \$100 (χωρίς άλλου είδους συνέπειες), τότε το αναμενόμενο κόστος ισούται με \$35 ($100 \times 0,35$).

Όμως ο Becker έπρεπε να συνυπολογίσει στο βέβαιο όφελος από το παράνομο παρκάρισμα και την ιδέα που είχε εκείνη την ημέρα. Τη δημοσίευσε στο περίφημο *Journal of Political Economy* το 1968 με τον τίτλο «Έγκλημα και Τιμωρία: Μια Οικονομική Προσέγγιση» (Becker 1968). Την εργασία αυτή ανέφερε 24 χρόνια μετά και η Βασιλική Σουηδική Ακαδημία Επιστημών όταν του απένειμε το βραβείο Νόμπελ στη Οικονομική Επιστήμη γιατί «επέκτεινε τα όρια της μικροοικονομικής ανάλυσης σε μια ευρεία γκάμα της ανθρώπινης συμπεριφοράς και αλληλεπίδρασης, συμπεριλαμβανομένης της συμπεριφοράς εκτός της αγοράς.» Το 1970 ο Becker επέστρεψε στο Πανεπιστήμιο του Σικάγο ως τακτικός καθηγητής οικονομικών και από το 1983 και της κοινωνιολογίας⁴.

2. Η αναμενόμενη (πραγματική) ποινή

Η ιδέα του Becker είναι απλή: ο υποψήφιος εγκληματίας είναι ένα ορθολογικό άτομο που επιλέγει το έγκλημα όπως θα επέλεγε μια άλλη δραστηριότητα και την καριέρα του εγκληματία όπως θα διάλεγε μια άλλη καριέρα ή απλά μια άλλη εργασία. Το έγκλημα τις περισσότερες φορές δεν είναι το αποτέλεσμα πάθους ή ανορθολογισμού αλλά το αποτέλεσμα μιας ανάλυσης κόστους-οφέλους. Οι εγκληματίες δεν ανήκουν σε ένα ιδιαίτερο είδος, σε μια κατώτερη φυλή ή εθνικότητα. Ο καθένας από εμάς είναι υποψήφιος εγκληματίας καθώς το έγκλημα τις περισσότερες φορές είναι μια ορθολογική επιλογή: ο υποψήφιος εγκληματίας υπολογίζει το αναμενόμενο κόστος (*expected cost*) και το συγκρίνει με το αναμενόμενο όφελος (*expected benefit*) του εγκλήματος πριν αποφασίσει να το διαπράξει. Εάν το καθαρό αναμενόμενο όφελος (*net expected benefit*) είναι αρκετά υψηλό, ώστε το έγκλημα να αποτελεί την καλύτερη εναλλακτική επιλογή από τις διαθέσιμες, θα το διαπράξει.

Ακόμα κι αν ξεπεράσει κανείς το σοκ που προκαλεί (ιδιαίτερα σε ένα νομικό)⁵ η οικονομική προσέγγιση, θα αρχίσει να αναρωτιέται πόσο ρεαλιστική είναι. Καταρχήν ένα σοβαρό ερώτημα είναι με ποιο τρόπο θα μετρήσουμε το αναμενόμενο όφελος και το αναμενόμενο κόστος –όσο εύκολο ακούγεται θεωρητικά, τόσο δύσκολο είναι πρακτικά. Ας δούμε δύο απλά παραδείγματα αναμενόμενου οφέλους και αναμενόμενου κόστους που μπορούν να μετρηθούν σχετικώς εύκολα.

Ένας ληστής τραπέζης γνωρίζει (από συνεργάτη του που εργάζεται εκεί) ότι σε ένα συγκεκριμένο υποκατάστημα της εν λόγω τράπεζας το θησαυροφυλάκιο

4. Παραμένει μέχρι σήμερα εκεί, συνεχίζοντας την έρευνά του αλλά και την διδασκαλία ακόμα και σε προπτυχιακό επίπεδο.

5. Αν και ο Gary Becker ουσιαστικά συνεχίζει (όπως παραδέχεται και ο ίδιος) την σκέψη φιλοσόφων όπως ο *Cesare Beccaria* (Dei Delitti e Delle Pene, 1764) και ο *Jeremy Bentham* (Theory of Legislation, 1802). Βλ. π.χ. τον πρώτο κανόνα του Bentham: “*The evil of the punishment must be made to exceed the advantage of the offense.*”

περιέχει €250.000, κατά μέσο όρο, στο τέλος της εργάσιμης ημέρας. Ένα ειδικό θωρακισμένο όχημα μεταφέρει τα χρήματα στις 16.30 ακριβώς κάθε ημέρα στο κεντρικό κατάστημα. Όμως μία ημέρα της εβδομάδος το θησαυροφυλάκιο αδειάζει λίγο πριν κλείσει το κατάστημα και η μεταφορά πραγματοποιείται στις 14.00. Η ημέρα αυτή ωστόσο δεν είναι σταθερή και αλλάζει τυχαία για λόγους ασφαλείας. Ο υποψήφιος ληστής έχει αποφασίσει να μπει στην τράπεζα στις 14.25, δηλαδή πέντε λεπτά πριν κλείσει, με σκοπό να ελαχιστοποιήσει τον κίνδυνο να επιχειρήσουν πελάτες να εισέλθουν στην τράπεζα όταν στις 14.30 ακριβώς θα βγάλει το όπλο. Η πιθανότητα να βρει €250.000 στο θησαυροφυλάκιο λοιπόν είναι 4/5, δηλαδή 80%. Το αναμενόμενο όφελος από την ληστεία είναι €200.000 ($€250.000 \times 0.8$).

Γενικά το αναμενόμενο όφελος δεν είναι δύσκολο να υπολογιστεί από τον εγκληματία, ο οποίος έχει συνήθως μια καλή εικόνα του στόχου του. Αντίθετα δεν φαίνεται να είναι και τόσο εύκολο να υπολογιστεί το αναμενόμενο κόστος καθώς οι συνέπειες της διάπραξης ενός εγκλήματος είναι πολλές, διαφορετικής φύσης και απρόβλεπτες. Όμως αυτό που μπορεί να υπολογιστεί με κάποια σχετική ασφάλεια, εφόσον υπάρχουν τα στατιστικά στοιχεία, είναι η αναμενόμενη ποινή που θα επιβληθεί στον υποψήφιο εγκληματία. Εάν υποθέσουμε ότι ο εγκληματίας είναι ένα ψυχρά ορθολογικό άτομο που δεν δεσμεύεται από προσωπικές ηθικές αντιλήψεις ή από την κοινωνική ηθική (*amoral*)⁶ η αναμενόμενη ποινή συνιστά και το αναμενόμενο κόστος του εγκλήματος γι' αυτόν. Πώς υπολογίζεται η αναμενόμενη ποινή, δηλαδή το αναμενόμενο κόστος του εγκλήματος, όπως αυτό το εκφράζει (περιορισμένα βέβαια) το μέγεθος της ποινής; Όπως βλέπουμε στον παρακάτω πίνακα, μπορεί να υπολογιστεί με μια απλή εξίσωση που την υπολογίζει με τρόπο που λαμβάνει υπόψη τις πραγματικές συνθήκες επιβολής της.

Αναμενόμενο Κόστος Εγκλήματος (EC)*
$EC = P \times PA \times PP \times PC \times PI$
P: μέση επιβαλλόμενη ποινή PA: πιθανότητα σύλληψης PP: πιθανότητα άσκησης ποινικής δίωξης PC: πιθανότητα καταδίκης PI: ποσοστό πραγματικής εκτέλεσης της ποινής * αναμενόμενη ποινή

6. Ο αμοραλιστής διαφέρει από τον ανήθικο (*immoral*) που απορρίπτει τις ηθικές αρχές. Βλ. πρόσφατα Superson (2009) για τις σχετικές διαφοροποιήσεις και για περαιτέρω βιβλιογραφία.

Έτσι αν υποθέσουμε ότι η μέση επιβαλλόμενη ποινή για το έγκλημα Υ είναι 10 χρόνια (3.650 ημέρες) κάθειρξη, η πιθανότητα σύλληψης⁷ είναι 38%, η πιθανότητα άσκησης ποινικής δίωξης 77%, η πιθανότητα καταδίκης⁸ είναι 64% και το ποσοστό πραγματικής εκτέλεσης της ποινής (*median time*) 80% το αναμενόμενο κόστος EC υπολογίζεται ως εξής:

$$EC = 3.650 \times .38 \times .77 \times .64 \times .80 = 547 \text{ ημέρες}$$

Αυτό σημαίνει ότι στην περίπτωση ενός κακουργήματος για το οποίο τα δικαστήρια επιβάλλουν κατά μέσο όρο (όταν δεν υπάρχουν ιδιαίτερα ελαφρυντικές ή επιβαρυντικές περιστάσεις) 10 χρόνια κάθειρξη, η αναμενόμενη ποινή είναι 547 ημέρες, περίπου 1,5 χρόνος. Αλλά τι θα πει εδώ αναμενόμενη ποινή και πόσο πραγματική είναι αυτή; Μπορεί σε μια δεδομένη χρονική περίοδο να διαπράξουν το παραπάνω έγκλημα 100 διαφορετικά άτομα και κανένα να μην παραμείνει στη φυλακή ακριβώς 547 ημέρες. Κάποιοι θα εκτίσουν μεγαλύτερες ποινές και άλλοι μικρότερες. Πολλοί δεν θα συλληφθούν και δεν θα καταδικαστούν ποτέ. Όμως ο μέσος όρος των ημερών κάθειρξης που θα εκτίσουν αυτοί οι 100 εγκληματίες θα είναι 547. Το νούμερο αυτό έχει μεγαλύτερη σημασία *ex ante* για τον υποψήφιο εγκληματία παρά τα χρόνια που τελικά παρέμεινε στη φυλακή ο κάθε ένας από όσους συνελήφθησαν και καταδικάστηκαν.

Για να υπολογιστεί η αναμενόμενη ποινή για τα επιμέρους εγκλήματα χρειάζονται άφθονα και καλής ποιότητας στατιστικά στοιχεία ή έρευνα στα δικαστήρια και μελέτη των επί μέρους αποφάσεων. Ο οικονομολόγος Morgan Reynolds κατά τη διάρκεια της δεκαετίας του 1990 παρακολουθούσε συστηματικά τα σχετικά στατιστικά δεδομένα και υπολόγιζε την αναμενόμενη πραγματική ποινή (*expected prison time*) για μια σειρά κακουργημάτων και πλημμελημάτων. Έτσι το 1997 η αναμενόμενη πραγματική ποινή στις Η.Π.Α. για ανθρωποκτονία εκ προθέσεως ήταν 3,4 χρόνια, για βιασμό 128 ημέρες, για ληστεία 59 ημέρες, για βαριά σωματική βλάβη 18 ημέρες και για διάρρηξη 9 ημέρες (Reynolds 1999: 10). Δυστυχώς στην Ελλάδα τα σχετικά στοιχεία δεν είναι τις περισσότερες φορές διαθέσιμα αλλά και όταν είναι διαθέσιμα δεν είναι αξιόπιστα. Όμως έχει υπολογιστεί ότι η αναμενόμενη πραγματική ποινή για το έγκλημα του βιασμού

7. Εδώ συγχωνεύω δύο πιθανότητες: την πιθανότητα καταγγελίας του εγκλήματος στην αστυνομία (PR) και την πιθανότητα εξιχνίασης του εγκλήματος και σύλληψης του δράστη (PA).

8. Σε ημέρες κάθειρξης/φυλάκισης/κράτησης. Δεν υπολογίζονται εδώ οι ποινές των οποίων η εκτέλεση έχει ανασταλεί (π.χ. ΠΚ 99).

στην Ελλάδα είναι μόλις 6,5 ημέρες (Hatzis 2009)⁹, κάτι που προφανώς οφείλεται στο δισταγμό των θυμάτων να καταγγείλουν τον βιασμό και όταν το κάνουν να φτάσουν μέχρι τη δίκη και να υποστούν μια ιδιαίτερος ψυχοφθόρα διαδικασία.

Μια εύλογη αντίρρηση σε τέτοιου είδους υπολογισμούς βασίζεται σ' αυτήν ακριβώς την έλλειψη στοιχείων. Πώς ένας εγκληματίας θα σταθμίσει το αναμενόμενο κόστος του εγκλήματος, όταν είναι τόσο δύσκολο να ανακαλύψουν τα στατιστικά δεδομένα ακόμα και οι επιστήμονες; Η απάντηση είναι απλή. Όλοι γνωρίζουμε στους κύκλους που κινούμαστε τις παραπάνω πιθανότητες λίγο ή πολύ. Δεν χρησιμοποιούμε μολύβι και χαρτί ή ηλεκτρονικό υπολογιστή για να μετρήσουμε τις πιθανότητες και να υπολογίσουμε με ακρίβεια την αναμενόμενη ποινή. Αρκούμαστε στα δεδομένα της εμπειρίας μας ακόμα και της άρρητης γνώσης για τα περισσότερα εγκλήματα που μας ενδιαφέρουν (φοροδιαφυγή, παραβιάσεις ΚΟΚ, κλπ.) αλλά και στην παρατήρηση της παραβατικής συμπεριφοράς των άλλων. Όσο σοβαρότερο είναι το έγκλημα που σχεδιάζει ο υποψήφιος εγκληματίας, τόσο περισσότερο θα εξαρτήσει την απόφασή του από τους συντελεστές που συνθέτουν την αναμενόμενη ποινή ενώ ένας επαγγελματίας εγκληματίας (ή μία εγκληματική οργάνωση) θα γνωρίζει τα σχετικά στοιχεία από την εμπειρία του πολύ καλύτερα από τις κρατικές στατιστικές υπηρεσίες.

3. Πέρα από την ποινή

Όμως το ύψος της αναμενόμενης ποινής δεν αρκεί για να προβλέψουμε με ακρίβεια την ζήτηση για το έγκλημα. Εάν και η ποινή λειτουργεί ως ένα είδος «τιμής» για το έγκλημα, γνωρίζουμε από τη θεωρία της ζήτησης ότι υπάρχουν και άλλοι παράγοντες που επηρεάζουν τη ζήτηση, πέραν της τιμής (π.χ. οι προτιμήσεις ή τα υποκατάστατα αγαθά).

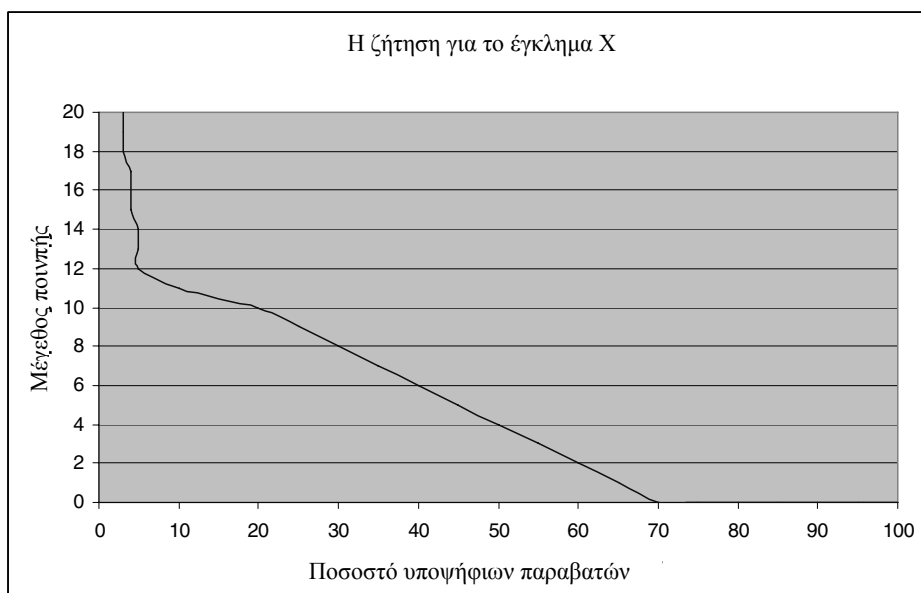
Καταρχήν θα πρέπει να δούμε με μεγαλύτερη ευρύτητα πλέον το κόστος του εγκλήματος. Πέραν της αναμενόμενης ποινής υπάρχει και άλλο είδος (ψυχικού) κόστους:

- Το κόστος που οφείλεται στην προσωπική ηθική του υποψήφιου εγκληματία (τύψεις / *guilt*)

9. Τα δεδομένα με τα οποία έγινε ο ως άνω υπολογισμός της αναμενόμενης πραγματικής ποινής για το έγκλημα του βιασμού στην Ελλάδα βασίζονται σε αδημοσίευτα στοιχεία που προέρχονται από την Γενική Αστυνομική Διεύθυνση Αττικής και από επιμέρους αστυνομικά τμήματα, από την Στατιστική της Δικαιοσύνης (δημοσιευμένα και αδημοσίευτα στοιχεία) και τα στατιστικά δεδομένα που δημοσίευσαν οι *Καράμπελας* (2001) και *Τσιγκρής* (1996).

- Το κόστος που οφείλεται στην κοινωνική (συμβατική) ηθική και τον τρόπο που αντιμετωπίζει αυτή το συγκεκριμένο έγκλημα (όνειδος / *shame*)¹⁰
- Το κόστος που οφείλεται στην διαφορετική πρόσληψη της ποινής από διαφορετικά κοινωνικά, οικονομικά και μορφωτικά στρώματα¹¹

Έτσι, ακόμα και εάν η αναμενόμενη ποινή ενός εγκλήματος Χ μηδενιστεί (π.χ. γιατί το έγκλημα αποποινοικοποιείται), η ζήτηση για πολλά άτομα θα παραμείνει μηδενική. Στον παρακάτω πίνακα βλέπουμε ένα τέτοιο παράδειγμα όπου το 30% του πληθυσμού δεν ενδιαφέρεται να διαπράξει ένα έγκλημα ακόμα και όταν η τιμή του είναι μηδενική¹².



Επιπλέον, όπως επίσης βλέπουμε στο παραπάνω διάγραμμα, η ζήτηση του εγκλήματος για ένα μικρό οριακό ποσοστό του πληθυσμού (3-5%) είναι ανελαστική. Αυτό σημαίνει ότι όσοι ανήκουν στην ομάδα αυτή θα διαπράξουν το

10. Πέραν του βραχυπρόθεσμου κοινωνικού κόστους υπάρχει και το μακροπρόθεσμο (π.χ. απώλεια μελλοντικών προοπτικών για νόμιμη εργασία).

11. Ένα είδος τριτογενούς κόστους κατά την κατηγοριοποίηση του *Guido Calabresi* (1970).

12. Βλ. το παράδειγμα αρκετών διπλωματών στη Νέα Υόρκη που παρά την διπλωματική ασυλία που διαθέτουν δεν παρκάρουν παράνομα στην πόλη (*Fisman & Miguel* 2006). Οι διπλωμάτες που εκμεταλλεύονται την ασυλία για να παρανομήσουν προέρχονται σχεδόν αποκλειστικά από χώρες με υψηλό δείκτη διαφθοράς.

έγκλημα ανεξάρτητα της ποινής ή ότι επηρεάζονται ελάχιστα από την αύξηση της ποινής. Σε αυτή την τελευταία ομάδα ανήκουν όσοι δεν έχουν (ή έχουν ελαττωμένη) ικανότητα για καταλογισμό¹³. Όμως ακόμα και τα εγκλήματα αυτών των ανθρώπων (όπως και τα εγκλήματα πάθους, τιμής κλπ.) επηρεάζονται από την αύξηση του κόστους, δηλαδή την αύξηση της αναμενόμενης ποινής. Μπορεί να είναι ιδιαίτερα ανελαστική η σχετική καμπύλη ζήτησης αλλά δεν είναι ποτέ τέλεια ανελαστική (Cohen 2005: 18).

Όμως ο υποψήφιος εγκληματίας, ακόμα και ο αμοραλιστής εγκληματίας δεν θα αποφασίσει να εγκληματήσει συγκρίνοντας απλώς το αναμενόμενο όφελος (EB) και το αναμενόμενο κόστος (EC). Όπως τονίσαμε στην αρχή θα συγκρίνει το καθαρό όφελος που προκύπτει από την διαφορά ($NEB = EB - EC$) και θα το συγκρίνει με τις εναλλακτικές επιλογές/δυνατότητες/ευκαιρίες που διαθέτει. Για να χρησιμοποιήσουμε έναν οικονομικό όρο, θα συγκρίνει το καθαρό αναμενόμενο όφελος με το κόστος ευκαιρίας (OC), δηλαδή με το καθαρό αναμενόμενο όφελος της σημαντικότερης εναλλακτικής επιλογής του¹⁴.

Ο λογισμός του «ορθολογικού εγκληματία»

$NEB (EB - EC) > OC$

4. Τι θα πρέπει να κάνει η Πολιτεία

Καταρχήν ο στόχος της Πολιτείας δεν πρέπει να είναι (και δεν μπορεί να είναι άλλωστε) η εξάλειψη του εγκλήματος, αλλά η διατήρησή του σε ένα αποτελεσματικό επίπεδο. Το αποτελεσματικό επίπεδο του εγκλήματος είναι εκείνο το σημείο στο οποίο το οριακό κόστος της αποτροπής του εγκλήματος ισούται με το οριακό όφελος που οφείλεται στην αποτροπή:

Αποτελεσματικό Επίπεδο Εγκλήματος

13. Π.χ. 34, 36, 299 §2 ΠΚ.

14. «Κάποτε πήγαινε ο άλλος στα καράβια για να μαζέψει πέντε δεκάρες να παντρέψει την κόρη του. Σήμερα την προικοδοτεί κλέβοντας. Αν πάω, λέει, στα καράβια, μπορεί να βουλιάξει και να πνιγώ. Αν πάω στην παρανομία, το πολύ πολύ, αν πάνε στραβά τα πράγματα, να με πιάσουν. Παρά να βολοδέρνω λοιπόν στις θάλασσες δέκα χρόνια, ας βγω δύο χρόνια στην παρανομία και ό,τι κάτσει. Έτσι, απλά και διαχειριστικά τα βλέπουμε σήμερα τα πράγματα.» Από συνέντευξη του, επί πολλά χρόνια αρχιφύλακα στις δικαστικές φυλακές Κορυδαλλού, Αντώνη Αραβαντινού στον Χρήστο Μιχαηλίδη (Περιοδικό *Εγνων* της *Κυριακάτικης Ελευθεροτυπίας*, τ. 517, 4/3/2001).

MCD = MBD

MCD: οριακό κόστος αποτροπής, MBD: οριακό όφελος αποτροπής
--

Θα πρέπει δηλαδή το κράτος να επιχειρεί να αποτρέψει το έγκλημα μέχρι το σημείο που η επιπλέον αποτροπή θα έχει κοινωνικό κόστος που το κοινωνικό όφελος αυτής της πλεονάζουσας αποτροπής δεν θα το δικαιολογεί. Π.χ. μια αναποτελεσματική πολιτική μπορεί να οδηγήσει σε κατακόρυφη αύξηση του αριθμού των φυλακισμένων ή της αστυνόμευσης χωρίς να συνοδεύεται όμως από μια ανάλογη μείωση της εγκληματικότητας¹⁵.

Τα οικονομικά του εγκλήματος και τα οικονομικά του ποινικού δικαίου δίνουν τη δυνατότητα στο νομοθέτη να ελέγξει αποτελεσματικότερα τις παραμέτρους που επηρεάζουν την απόφαση των ορθολογικών ατόμων να εγκληματήσουν. Ο «φθηνότερος» τρόπος αποτροπής του εγκλήματος είναι η αύξηση των ποινών. Πράγματι η αύξηση των ποινών αυξάνει την αναμενόμενη ποινή χωρίς να αυξάνει μακροπρόθεσμα το κόστος των άλλων παραγόντων αποτροπής (αστυνομία, δικαιοσύνη, σωφρονιστικό σύστημα)¹⁶. Όμως η ανάλυση αυτή παραγνωρίζει το ότι οι άνθρωποι δεν είναι «ουδέτεροι απέναντι στον κίνδυνο» (*risk neutral*) αλλά τον απεχθάνονται (*risk averse*). Αυτό πρακτικά σημαίνει ότι δεν αντιμετωπίζει το άτομο με τον ίδιο τρόπο μια πιθανότητα 1% να εκτίσει 20 χρόνια κάθειρξης με μια 50% πιθανότητα να εκτίσει πέντε μήνες φυλάκιση. Η αναμενόμενη ποινή είναι η ίδια (2,5 μήνες), αλλά στη δεύτερη περίπτωση η μεγάλη πιθανότητα σύλληψης και καταδίκης αποτρέπουν πολύ περισσότερο το άτομο από ότι μια μεγάλη ποινή που είναι όμως εξαιρετικά απίθανο να επιβληθεί. Επιπλέον η ποινή συνοδεύεται πάντοτε και από το κοινωνικό κόστος (βλ. παραπάνω), ένα είδος σταθερού κόστους που είναι ανεξάρτητο από την βαρύτητα της ποινής.

Οι οικονομολόγοι επιπλέον συνιστούν τη διαχείριση των κινήτρων από το νομικό σύστημα με σκοπό όχι μόνο την αύξηση της αναμενόμενης ποινής αλλά και την αύξηση του κόστους ευκαιρίας των υποψήφιων εγκληματιών. Δεν υπάρχει μια απλή συνταγή για τη μείωση της εγκληματικότητας: η εκπαίδευση, η μείωση των ανισοτήτων, η βελτίωση του βιοτικού επιπέδου, η μείωση της ανεργίας, η νομιμοποίηση των παράνομων μεταναστών, αυξάνει το κόστος ευκαιρίας

15. Βλ. σχετικές επισημάνεις για την αναποτελεσματικότητα του κορεσμένου και δυσλειτουργικού συστήματος της ποινικής δικαιοσύνης στην Ελλάδα από την Καλλιόπη Σπινέλλη (2007).

16. Για τους ίδιους λόγους οι οικονομολόγοι προτιμούν τις χρηματικές σε σχέση με τις στερητικές της ελευθερίας ποινές.

ας, ενώ η κοινωνική ηθική και η μείωση της διαφθοράς στην αστυνομία και στη δικαιοσύνη αυξάνει το αναμενόμενο κόστος της ποινής, ιδίως για όσους είναι οικονομικά ισχυροί και έχουν την οικονομική δυνατότητα να μειώσουν την πιθανότητα σύλληψης και τιμωρίας αλλά και το ποσοστό πραγματικής έκτισης της ποινής τους.

Θα μπορούσε κάποιος να ισχυριστεί ότι πέραν μιας καλύτερης κατηγοριοποίησης η οικονομική ανάλυση απλά επαναλαμβάνει συνταγές γνωστές και από το παρελθόν. Δεν χρειάζεται να συζητήσουμε βέβαια εδώ τη συμβολή και τα νέα δεδομένα που προσκομίζουν οι οικονομολόγοι στα ζητήματα του αποτρεπτικού χαρακτήρα της θανατικής ποινής, της αποτελεσματικότητας της αποποινικοποίησης της χρήσης και της εμπορίας ναρκωτικών, της καταλληλότητας των ενόρκων σε ποινικές δίκες, τον υπολογισμό της επιρροής του πληθυσμού των φυλακών στην εγκληματικότητα ή στην επιμέτρηση της κοινωνικής ζημίας που προκαλούν οι μεθυσμένοι οδηγοί¹⁷. Θα αναφέρουμε εν συντομία τα εντυπωσιακά συμπεράσματα μιας μελέτης των Donohue & Levitt (2001, 2004) που συνδέει τη νομιμοποίηση των αμβλώσεων στις Η.Π.Α. το 1973 με την εντυπωσιακή πτώση της εγκληματικότητας στις αρχές της δεκαετίας του 1990.

Το 1991, 18 χρόνια μετά τη νομιμοποίηση των αμβλώσεων στις Η.Π.Α. η εγκληματικότητα μειώθηκε κατακόρυφα. Η πτώση συνεχίστηκε τα επόμενα χρόνια. Στις πέντε Πολιτείες όπου η άμβλωση νομιμοποιήθηκε 3 χρόνια νωρίτερα (1970), η εγκληματικότητα έπεσε (επίσης κατακόρυφα) 3 χρόνια νωρίτερα (το 1988). Στις Πολιτείες που το ποσοστό των αμβλώσεων ήταν μεγαλύτερο κατά τις δεκαετίες του 1970 και του 1980 από τον μέσο όρο των Η.Π.Α., η εγκληματικότητα μειώθηκε ακόμα περισσότερο. Τέλος η μείωση της εγκληματικότητας αφορούσε σχεδόν αποκλειστικά όσους γεννήθηκαν μετά τη νομιμοποίηση της άμβλωσης.

Οι Donohue και Levitt αποδίδουν το 50% της ραγδαίας πτώσης της εγκληματικότητας στις Η.Π.Α. στη διάρκεια της δεκαετίας του 1990 στη νομιμοποίηση των αμβλώσεων στις αρχές της δεκαετίας του 1970 (Levitt 2004). Το παράδειγμα αυτό είναι χαρακτηριστικό της πολυπλοκότητας των σχετικών με την εγκληματικότητα κοινωνικών παραμέτρων αλλά και των μεγάλων δυνατοτήτων των αναλυτικών εργαλείων της οικονομικής ανάλυσης του ποινικού δικαίου.

5. Μερικές σκέψεις

Το έγκλημα δεν είναι ένα πρόσφατο κοινωνικό πρόβλημα. Στην πραγματικότητα είναι ένα προ-κοινωνικό φαινόμενο που δικαιολογεί την εμφάνιση του κοινωνικού συμβολαίου. Φυσικά μπορεί να αναρωτηθεί κανείς εάν το «έγκλημα»

17. Βλ. ενδεικτικά *Dezhbakhsh, Rubin & Shepherd* (2003), *Levitt* (1996), *Levitt & Porter* (1996), *Lochner & Moretti* (2004), κλπ.

υπάρχει και εκτός κοινωνίας ή εάν είναι απλά μια κοινωνική εννοιολογική κατασκευή, δηλαδή μια συμπεριφορά ονομάζεται αυθαίρετα έτσι από μια δεδομένη κοινωνία για λόγους κοινωνικού ελέγχου. Όμως δεν αμφιβάλλει κανείς ότι το έγκλημα, όποια κι αν είναι η φύση του, μειώνει την κοινωνική ευημερία, κάνει τους ανθρώπους μιας πόλης δυστυχείς ή τους αναγκάζει να μετακινηθούν σε περιοχές περισσότερο ασφαλείς. Για τους κατοίκους πολλών χωρών και για τους Έλληνες πολίτες, η εγκληματικότητα είναι ένα από τα σοβαρότερα κοινωνικά προβλήματα.

Οι κοινωνικές επιστήμες (κοινωνιολογία, κοινωνική ψυχολογία, εγκληματολογία) αντιμετώπισαν το έγκλημα ως αντανάκλαση κοινωνικών προβλημάτων (προβληματικές οικογενειακές σχέσεις, ανισότητα, ταξική πάλη, υποकुουλτούρα) ενώ ορισμένες φορές έφτασε να συνδεθεί ακόμα και με βιολογικά χαρακτηριστικά. Όμως καμία από τις θεωρίες που αναπτύχθηκαν δεν μπόρεσε να εξηγήσει επαρκώς τα αίτια της εγκληματικότητας και κυρίως το γεγονός ότι ο καθένας έχει τελέσει ή είναι πιθανό να τελέσει κάποιο έγκλημα στη διάρκεια της ζωής του. Τα οικονομικά, μετά την σημαντική συμβολή του Gary Becker, δεν αρκέστηκαν στη συζήτηση των οικονομικών λόγων που οδηγούν στο έγκλημα και στις οικονομικές συνέπειες του εγκλήματος, αλλά επιχείρησαν να απαντήσουν σε κοινωνιολογικά ακόμα και σε φιλοσοφικά ερωτήματα, όπως: ο ορισμός της εγκληματικής πράξης, η αποτελεσματικότητα της ποινής και του ποινικού δικαίου και κυρίως η αναζήτηση των αιτιών (οικονομικών, κοινωνικών, ψυχολογικών) που οδηγούν ένα άτομο στο έγκλημα (Hatzis & O'Hara 1999).

Ο Gary Becker δεν συνέχισε να εργάζεται (εκτός από μικρές εξαιρέσεις) στα οικονομικά του εγκλήματος. Όμως η ιδέα που είχε εκείνο το πρωινό που έψαχνε για παρκινγκ στο βορειοδυτικό άκρο του Μανχάταν όχι μόνο άλλαξε τον τρόπο που οι κοινωνικοί επιστήμονες μελετούν το έγκλημα αλλά οδήγησε σε πλήθος θεωρητικών και εμπειρικών μελετών που με τη σειρά τους επηρέασαν καταλυτικά την πολιτική κατά του εγκλήματος στις Η.Π.Α. αλλά και σ' όλο τον κόσμο.

Ενδεικτική Βιβλιογραφία

- Becker, Gary S. 1957. *The Economics of Discrimination*, Chicago: University of Chicago Press, 2nd ed. 1971.
- Becker, Gary S. 1968. "Crime and Punishment: An Economic Approach." *Journal of Political Economy* 76: 169-217.
- Becker, Gary S. & William M. Landes. eds. 1974. *Essays in the Economics of Crime and Punishment*. New York: Columbia University Press.
- Becker, Gary S. & George J. Stigler. 1974. "Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers." *Journal of Legal Studies* 3: 1-18.
- Calabresi, Guido. 1970. *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. New Haven: Yale University Press.

- Cohen, Mark A. 2005. *The Costs of Crime and Justice*. London: Routledge.
- Dezhbakhsh, Hashem, Paul H. Rubin & Joanna M. Shepherd. 2003. "Does Capital Punishment Have a Deterrent Effect? New Evidence from Post-moratorium Panel Data." *American Law and Economics Review* 5: 344-376.
- Donohue III, John J. & Steven D. Levitt. 2001. "The Impact of Legalized Abortion on Crime." *Quarterly Journal of Economics* 116: 379-420.
- Donohue III, John J. & Steven D. Levitt. 2004. "Further Evidence that Legalized Abortion Lowered Crime: A Reply to Joyce." *Journal of Human Resources* 39: 29-49.
- Ehrlich, Isaac. 1972. "The Deterrent Effect of Criminal Law Enforcement." *Journal of Legal Studies* 1: 259-276.
- Fisman, Raymond & Edward Miguel. 2006. "Patterns of Corruption: Evidence from Diplomatic Parking Tickets." Cambridge, MA: National Bureau of Economic Research Working Paper #12312.
- Hatzis, Aristides N. & Phillip A. O'Hara. 1999. "Crime." in *Encyclopedia of Political Economy*, Phillip A. O'Hara, editor. London: Routledge. pp. 163-166.
- Hatzis, Aristides N. 2009. "A Very Cheap Crime: The Expected Punishment for Rape in Greece." Unpublished working paper.
- Καράμπελας, Λάμπρος Δ. 2001. *Οι Βιαστές και τα Θύματά τους*. Αθήνα. Νομική Βιβλιοθήκη.
- Levitt, Steven D. 1996. "The Effect of Prison Population Size on Crime Rates: Evidence from Prison Overcrowding Litigation." *Quarterly Journal of Economics* 111: 319-351.
- Levitt, Steven D. 2004. "Understanding Why Crime Fell in the 1990s: Four Factors that Explain the Decline and Six that Do Not." *Journal of Economic Perspectives* 18: 163-190.
- Levitt, Steven D. & Jack Porter. 1996. "How Dangerous Are Drinking Drivers?" *Journal of Political Economy* 109: 1198-1237.
- Lochner, Lance & Enrico Moretti. 2004. "The Effect of Education on Crime: Evidence from Prison Inmates, Arrests, and Self-Reports." *American Economics Review* 94: 155-189.
- Posner, Richard A. 1985. "An Economic Theory of the Criminal Law." *Columbia Law Review* 85: 1193-1231.
- Posner, Richard A. 1993. "Gary Becker's Contributions to Law and Economics." *Journal of Legal Studies* 22: 211-215.
- Pyle, David J. 1995. *Cutting the Costs of Crime: The Economics of Crime and Criminal Justice*. London: Institute of Economic Affairs.

- Reynolds, Morgan. 1992. "Why Does Crime Pay?" Dallas, TX: National Center for Policy Analysis, Policy Backgrounder No. 123.
- Reynolds, Morgan. 1999. "Crime and Punishment in America: 1999." Dallas, TX: National Center for Policy Analysis, Policy Backgrounder No. 229.
- Σπινέλλη, Καλλιόπη, Δ. 2007. *Διερεύνηση του Συστήματος Ποινικής Δικαιοσύνης*. Αθήνα. Αντ. Ν. Σάκκουλας. 2^η εκδ.
- Superson, Anita M. 2009. *The Moral Skeptic*. New York. Oxford University Press.
- Τσιγκρής, Άγγελος Α. 1996. *Βιασμός*. Αθήνα-Κομοτηνή. Αντ. Ν. Σάκκουλας.

ΑΡΙΣΤΕΙΔΗΣ Ν. ΧΑΤΖΗΣ

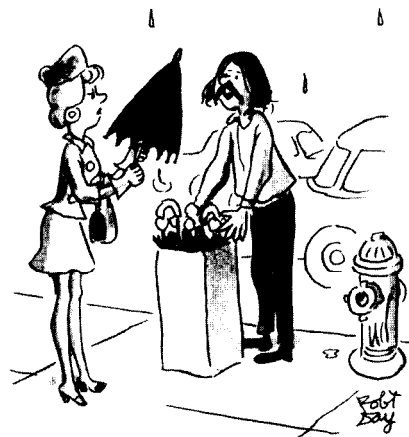
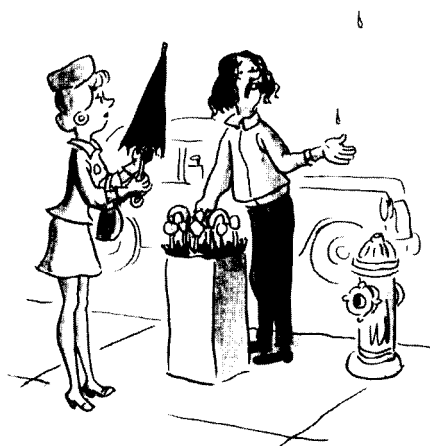
ΑΝΑΠΛΗΡΩΤΗΣ ΚΑΘΗΓΗΤΗΣ
ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟΥ ΑΘΗΝΩΝ

ΟΡΟΛΟΓΙΑ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΑΝΑΛΥΣΗΣ ΤΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ

4^Η ΕΚΔΟΣΗ
ΑΘΗΝΑ 2013



"Two dollars."



"—and seventy-five cents."

Ανεπάρκεια (*scarcity*). Οι πόροι που διαθέτει μια οικονομία είναι περιορισμένοι. Η ανεπάρκεια των πόρων αποτελεί βασική υπόθεση της οικονομικής. Οι άνθρωποι επιθυμούν πολύ περισσότερα από όσα μπορούν να ικανοποιήσουν οι διαθέσιμοι πόροι. Τα αγαθά τα οποία βρίσκονται σε ανεπάρκεια (πάντα σε σχέση με τις ανθρώπινες επιθυμίες) ονομάζονται «οικονομικά αγαθά». Τα οικονομικά είναι η επιστήμη που μελετά την καλύτερη δυνατή χρήση των περιορισμένων αυτών πόρων. Τα λίγα αγαθά που δεν είναι ανεπαρκή (καλύπτουν τις υπάρχουσες ανάγκες) λέγονται «ελεύθερα» (η θάλασσα, η άμμος στη Σαχάρα, κλπ.).

Αποτυχία της αγοράς (*market failure*). Πολλές φορές η ελεύθερη αγορά δεν οδηγεί στην άριστη κατανομή των πόρων. Τότε θεωρούμε πως η αγορά «αποτυγχάνει». Οι οικονομολόγοι έχουν επισημάνει κάποιες χαρακτηριστικές περιπτώσεις αποτυχίας της αγοράς. Η πιο κλασική είναι τα «δημόσια αγαθά». Μια άλλη περίπτωση είναι η έλλειψη πληροφόρησης. Στο παράδειγμα που χρησιμοποιούμε στο λήμμα «Κατανομή των πόρων», αν ο Βασίλης δεν περνούσε έξω από το σπίτι του Δημήτρη να δει το αμάξι, ή αν δεν μάθαινε με άλλο τρόπο ότι πωλείται, τότε δεν θα είχαμε ούτε πώληση, ούτε αποτελεσματική ανακατανομή των πόρων. Άλλες περιπτώσεις αποτυχίας της αγοράς είναι η δημιουργία μονοπωλίων ή ολιγοπωλίων, τα συναλλακτικά έξοδα και οι εξωτερικότητες. Για τους οικονομολόγους, ο βασικός σκοπός του δικαίου (ιδίως του δικαίου των συμβάσεων) είναι να βοηθήσει την αγορά να ξεπεράσει την «αποτυχία» και να οδηγήσει στην άριστη κατανομή των πόρων.

Ασύμμετρη πληροφόρηση (*informational asymmetry*). Ο ένας από τους δύο συμβαλλόμενους γνωρίζει περισσότερα από τον άλλον πριν τη συναλλαγή (και μπορεί, αν θέλει, να τον εξαπατήσει).

Γειτονικό δίκαιο (*nuisance law*). Το δίκαιο που ρυθμίζει τις σχέσεις μεταξύ παρακείμενων ιδιοκτησιών (για την ακρίβεια, *nuisance* σημαίνει προσβολή, διατάραξη, όχληση). Βλ. π.χ. το άρθρο 1026 του Α.Κ.: «Ο κύριος οικοδομής έχει υποχρέωση να κατασκευάσει τη στέγη έτσι ώστε τα νερά της βροχής να μη φέρονται προς το κτήμα του γείτονα».

Δημόσια αγαθά (*public goods*). Τα δημόσια αγαθά είναι αγαθά των οποίων η κατανάλωση προκαλεί «θετικές εξωτερικότητες». Το κύριο χαρακτηριστικό τους είναι ότι η κατανάλωσή τους από ένα άτομο δεν εμποδίζει την κατανάλωση και από άλλα άτομα - ορισμένες φορές ακόμα κι αν τα δεύτερα δεν την επιθυμούν. Η εθνική άμυνα αποτελεί κλασική περίπτωση. Δεν μπορείς να πεις «εγώ δεν πληρώνω για την εθνική άμυνα διότι δεν θέλω να προστατευτώ από οποιονδήποτε», διότι εφόσον πληρώσουν οι άλλοι, αναγκαστικά προστατεύεσαι κι εσύ. Το ίδιο συμβαίνει με την αστυνομία, με το φωτισμό των δρόμων, με την απονομή της δικαιοσύνης, κλπ. Η αποτυχία της αγοράς εδώ έγκειται στο ότι δεν δίνει το κίνητρο σε ιδιώτες να τα παράγουν κι αυτό διότι θα καταβάλλουν μόνοι τους το κόστος χωρίς να μπορούν να ζητήσουν πληρωμή ή να μπορούν να αποκλείσουν την κατανάλωση από τρίτους. Έτσι, το κράτος είναι αυτό που αναλαμβάνει να τα παράσχει στους πολίτες (οι οποίοι τα πληρώνουν μέσω της φορολογίας). Η ιδιότητα της αποκλειστικότητας ισχύει για τα ατομικά αγαθά (*private goods*). Ο ιδιοκτήτης ενός ατομικού αγαθού μπορεί (αν το επιθυμεί) να αποκλείσει τους άλλους από τη χρήση του αγαθού. Μπορεί να περιφράξει το χωράφι του ή να αρνηθεί να δανείσει το αυτοκίνητό του. Δεν μπορεί όμως να κάνει το ίδιο ο ιδιοκτήτης ενός δημόσιου αγαθού, διότι το κόστος αποκλεισμού είναι εξαιρετικά υψηλό (ιδιότητα της μη-αποκλειστικότητας -- *property of*

non-excludability). Έτσι, μια ευρεσιτεχνία (ή απλά μία ιδέα), από τη στιγμή που θα γίνει γνωστή, μπορεί τις περισσότερες φορές να χρησιμοποιηθεί από τρίτους που επιθυμούν να τη βελτιώσουν και να την πουλήσουν ως νέα.

Διμερές μονοπώλιο (*bilateral monopoly*). Αγορά με έναν μόνο αγοραστή και έναν μόνο πωλητή. Το διμερές μονοπώλιο είναι αρκετά σύνηθες στις περιπτώσεις εξειδικευμένων επενδύσεων (*relation-specific investments*) και διαρκών (μακροπρόθεσμων) συμβάσεων. Ως διμερές μονοπώλιο θεωρείται και η σχέση ενός ζευγαριού ή δύο συζύγων.

Δυσμενής Επιλογή (*adverse selection*). Φαινόμενο που παρουσιάζεται στα οικονομικά της «ασφάλισης». Όταν μια ασφαλιστική εταιρία ασφαλίζει έναν κίνδυνο, δεν μπορεί εύκολα να ξεχωρίσει μεταξύ των ασφαλισμένων αυτούς που είναι επιρρεπείς προς τον κίνδυνο αυτό. Για παράδειγμα, σε μια ασφάλεια ζωής ο ασφαλιστής δεν μπορεί να διαπιστώσει εύκολα ποιος είναι καπνιστής, ποια κάνει υγιεινή ζωή, ποιος γυμνάζεται, ποια έχει επιβαρυνμένο οικογενειακό ιστορικό, κλπ. Αντίθετα, οι ασφαλισμένοι που γνωρίζουν πως ο ασφαλιστικός κίνδυνος είναι πολύ πιθανόν να επέλθει στην περίπτωση τους, είναι αυτοί που κυρίως επιδιώκουν να ασφαλιζονται. Έτσι, οι ασφαλιστικές εταιρίες προσελκύουν κυρίως αυτούς που θα τις «ζημιώσουν» με τη συμπεριφορά τους παρά αυτούς που κατά πάσα πιθανότητα δεν θα χρειαστούν την αποζημίωση μιας ασφαλιστικής εταιρίας.

Έξοδα συναλλαγών (*transaction costs*). Το κόστος για τη σύναψη μιας συναλλαγής (υπό στενή έννοια), αλλά και τα εμπόδια και το κόστος που συνεπάγεται οποιαδήποτε ενέργεια (υπό την ευρεία έννοια). Κάτι παρόμοιο με την αντίσταση στην φυσική. Στα έξοδα συναλλαγών συμπεριλαμβάνεται η στρατηγική, η αναποδιά, ο οπورتουνισμός, κλπ.

Εξωτερικότητες (*externalities*). Οι συνέπειες που μια δραστηριότητα έχει σε τρίτα πρόσωπα. Η επίδραση των πράξεων ενός ανθρώπου στην ευημερία ενός τρίτου (οι οικονομολόγοι χρησιμοποιούν επίσης τον όρο «εξωτερικές επιδράσεις»). Οι συνέπειες αυτές μπορούν να προέλθουν από μεμονωμένες ενέργειες ενός ατόμου ή ακόμα και από τις σχέσεις πολλών ατόμων. Υπάρχουν δύο είδη εξωτερικοτήτων: θετικές και αρνητικές. Παραδείγματα θετικών εξωτερικοτήτων: (α) Ο Χοσέ Καρέρας αποφασίζει να κάνει πρόβα στο σπίτι του και τραγουδά με ανοικτό το παράθυρο. Οι γείτονες που τον ακούν «ωφελοούνται» δωρεάν. Από την εξωτερίκευση του οφέλους κερδίζουν χωρίς να καταβάλλουν το κόστος. (β) Ένας πολύ πλούσιος κύριος αποφασίζει να προσλάβει δύο ιδιωτικούς αστυνομικούς για να νιώθει ασφάλεια. Οι γείτονές του επωφελοούνται σε μεγάλο βαθμό από την αυξημένη αυτή ασφάλεια - και μάλιστα δωρεάν. Ένα χαρακτηριστικό παράδειγμα αρνητικών εξωτερικοτήτων είναι το ακόλουθο: Ένα εργοστάσιο έχει πολλά κέρδη, αλλά οι γείτονες κινδυνεύουν να πεθάνουν νεότεροι από καρκίνο εξαιτίας των αερίων που εκπέμπει. Εδώ ο εργοστασιάρχης επιβάλλει στους γείτονές του ένα κόστος χωρίς τη θέλησή τους. Το κόστος αυτό είναι δικό του (προέρχεται από το εργοστάσιό του, άρα ανήκει σ' αυτόν) και όμως το υφίστανται οι γείτονές του. Ως αποτέλεσμα, οι γείτονες υφίστανται ένα κόστος χωρίς κανένα όφελος, ενώ ο εργοστασιάρχης έχει πλασματικά μικρότερο κόστος και περισσότερα κέρδη. Παράγει έτσι περισσότερο από όσο θα ήταν αποτελεσματικό αν ανελάμβανε αυτός το σύνολο του κόστους. Πρόκειται εδώ για μια από τις πιο κλασικές περιπτώσεις αποτυχίας της αγοράς (η «εξωτερίκευση» του κόστους).

Εσωτερίκευση του κόστους (*internalization of cost*). Αποτελεί μία από τις λύσεις του προβλήματος της εξωτερικότητας. Το άτομο που παράγει δυσάρεστες εξωτερικές επιδράσεις σε τρίτους με τις πράξεις του («εξωτερικεύει» δηλαδή το κόστος μεταφέροντάς το σε άλλους), αναγκάζεται να αναλάβει το ίδιο το κόστος των εξωτερικοτήτων («εσωτερικεύοντάς» το). Παράδειγμα, αυτός που ρίχνει σκουπίδια στην παραλία εσωτερικεύει το κόστος της ρύπανσης καταβάλλοντας το σχετικό πρόστιμο.

Ηθικός κίνδυνος (*moral hazard*). Πρόβλημα που για πρώτη φορά 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. Π.χ. ο ιδιοκτήτης αυτοκινήτου που έχει ασφαλισθεί για κλοπή το αφήνει ξεκλείδωτο. Αν του το κλέψουν, θα αγοράσει καινούργιο με την αποζημίωση που θα του δώσει η ασφαλιστική εταιρία. Ένα άλλο κλασικό παράδειγμα είναι η ασφάλιση για ιατροφαρμακευτική περίθαλψη. Αν η ασφάλιση ήταν πλήρης, ο ασφαλισμένος θα μπορούσε να επισκέπτεται κάθε μέρα και από έναν γιατρό (εφόσον η ασφάλεια του καλύπτει όλα τα έξοδα). Έτσι, η ασφαλιστική εταιρία καλύπτει το 80% της αμοιβής του γιατρού και το υπόλοιπο το αναλαμβάνει ο ασθενής.

Θετική οικονομική (*positive economics*). Ασχολείται με την περιγραφή των οικονομικών φαινομένων και τις αντικειμενικές και επιστημονικές εξηγήσεις για το πώς λειτουργεί η οικονομία.

Θεώρημα του Coase (*Coase theorem*). Σύμφωνα με τη θετική εκδοχή του θεωρήματος (*positive Coase theorem*), το δίκαιο δεν μπορεί να επηρεάσει καθόλου την κατανομή των πόρων. Το δικαίωμα θα καταλήξει σε εκείνον που το αξιολογεί περισσότερο (που είναι διατεθειμένος να πληρώσει τα περισσότερα) εφόσον τα μέρη μπορούν να διαπραγματευθούν μεταξύ τους και να καταλήξουν σε μία αμοιβαίως επωφελή συμφωνία. Όμως δεν θα πρέπει να υπάρχουν υψηλά έξοδα συναλλαγής. Εάν υπάρχουν, τότε είναι πολύ πιθανό να εμποδίσουν την μετακίνηση του δικαιώματος, δηλαδή την αποτελεσματική κατανομή του. Έτσι, σύμφωνα με την κανονιστική εκδοχή του θεωρήματος (*normative Coase theorem*), το δίκαιο και οι θεσμοί όχι μόνο επηρεάζουν την τελική κατανομή των πόρων αλλά είναι και το καλύτερο εργαλείο μείωσης των εξόδων συναλλαγής. Βέβαια και στις δύο περιπτώσεις το θεσμικό πλαίσιο έχει σημαντικές διανεμητικές συνέπειες.

Θεωρία Ορθολογικής Επιλογής (*rational choice theory*). Σύμφωνα με τη θεωρία αυτή, οι άνθρωποι δρουν καταρχήν ορθολογικά, επιχειρούν, δηλαδή, να επιτύχουν με περιορισμένα μέσα την καλύτερη δυνατή ικανοποίηση των επιθυμιών τους. Δεν εξετάζεται η ποιότητα ή το έλλογο των ανθρώπινων επιθυμιών (οι προτιμήσεις είναι δεδομένες). Δεδομένων των επιθυμιών τους, τα άτομα θα κάνουν ό,τι χρειάζεται για να επιτύχουν τους στόχους τους με τον πλέον αποτελεσματικό τρόπο, όπως τα ίδια τον αντιλαμβάνονται. Επιπλέον, τα άτομα θεωρείται πως γνωρίζουν, κατά τεκμήριο, καλύτερα από κάθε άλλον το συμφέρον τους. Ακόμα και όταν δεν φέρονται απόλυτα ορθολογικά, ακόμα και τότε μόνο αυτά έχουν την απαραίτητη πληροφόρηση για να κάνουν τις σωστές επιλογές και να πραγματώσουν τους στόχους τους. Ο πατερναλισμός απορρίπτεται. Αν όμως η ανθρώπινη συμπεριφορά είναι ορθολογική, μπορεί να προβλεφθεί άρα και να ρυθμιστεί αποτελεσματικά.

Ισχύς στην αγορά (*market power*). Η δυνατότητα ενός ατόμου ή μίας επιχείρησης (η ομάδα ατόμων / ομάδας επιχειρήσεων) να ασκεί σημαντική επίδραση στις τιμές

της αγοράς αυτής. Παραδείγματα: μονοπώλια (ένα πωλητής, πολλοί αγοραστές), ολιγοπώλιο (λίγοι πωλητές, πολλοί αγοραστές), μονοψώνιο (πολλοί πωλητές, ένας αγοραστής), κλπ. Στις σημερινές καπιταλιστικές οικονομίες το πλέον συχνό και επικίνδυνο φαινόμενο είναι εκείνο του ολιγοπωλίου.

Κανονιστική οικονομική (normative economics). Προσφέρει συστάσεις ή συνταγές οικονομικής πολιτικής βασισμένες σε αξιολογικές κρίσεις.

Κατανομή των Πόρων (allocation of resources). Πρόκειται για τη σημαντικότερη διαδικασία σύμφωνα με την οικονομική επιστήμη. Οι πόροι είναι ο,τιδήποτε μπορεί να κατέχει και να εκμεταλλεύεται ένας άνθρωπος: κεφάλαιο, γη, εργασία (που μπορεί να διαθέσει), πληροφόρηση, κλπ. Σε μια ελεύθερη αγορά (και όχι μόνο), η ανταλλαγή πόρων είναι αδιάκοπη. Μέσω των συναλλαγών και με μέσο το χρήμα, οι άνθρωποι προσφέρουν ο ένας στον άλλον τους πόρους τους (δηλαδή την περιουσία τους και τα προσόντα τους) με αντάλλαγμα άλλους πόρους (στην πραγματικότητα βέβαια δεν παίρνουν ως αντάλλαγμα πόρους αλλά χρήμα, με το οποίο μπορούν να αγοράσουν όποιους πόρους θέλουν). Θεωρείται λοιπόν πως η αγορά διευκολύνει αυτή τη συνεχή αλλαγή της ιδιοκτησίας των πόρων. Υποτίθεται επίσης πως η αγορά οδηγεί και στην καλύτερη δυνατή (την *άριστη*) κατανομή των πόρων. Όταν αυτή επιτυγχάνεται, η κοινωνία αυξάνει τον πλούτο της. Ένα παράδειγμα: ο Δημήτρης έχει ένα αυτοκίνητο το οποίο αποτιμά €6.000. Αυτό σημαίνει πως δεν το πουλά κάτω από €6.000, αλλά θα το πουλούσε ευχαρίστως για €6.100. Ο Βασίλης έχει στην τσέπη του €8.000 και φυσικά τις εκτιμά τόσο ακριβώς. Ο πλούτος της κοινωνίας λοιπόν (αν την περιορίσουμε στα δύο αυτά άτομα) είναι €14.000 ($6.000 + 8.000$). Περνώντας από το σπίτι του Δημήτρη, ο Βασίλης βλέπει το αμάξι του παρκαρισμένο απέξω και σκέφτεται πως θα έδινε ευχαρίστως €7.000 για να το αποκτήσει. Γι' αυτόν, το αυτοκίνητο αξίζει περισσότερο απ' ό,τι για το Δημήτρη και δεν υπάρχει αμφιβολία πως και ο τελευταίος θα προτιμούσε σαφώς τα €7.000 από το αυτοκίνητό του. Αν επικοινωνήσουν και διαπραγματευθούν, θα καταλήξουν σχεδόν σίγουρα στην πώληση του αυτοκινήτου από τον Δημήτρη στον Βασίλη. Ας πούμε πως ο Δημήτρης είναι πολύ καλός στα παζάρια και κατορθώνει να το πουλήσει στον Βασίλη έναντι €6.800. Σαν αποτέλεσμα, ο Δημήτρης τώρα έχει στην τσέπη του €6.800 και ο Βασίλης έχει ένα αυτοκίνητο που (γι' αυτόν) αξίζει €7.000 συν €1.200 που του περίσσεψαν. Η δε κοινωνία αύξησε τον πλούτο της σε €15.000 ($€6.800 + €8.200$). Πού βρέθηκαν τα επιπλέον €1.000; Μα από την άριστη κατανομή των πόρων, η οποία με τη βοήθεια της αγοράς οδήγησε στην απόκτηση του πόρου από εκείνον που τον εκτιμά περισσότερο, που γι' αυτόν έχει τη μεγαλύτερη αξία και που είναι πρόθυμος να πληρώσει για να τον αποκτήσει! Προσοχή: Αν ο Βασίλης ήταν καλύτερος στα παζάρια και έπειθε τον Δημήτρη να του δώσει το αμάξι για €6.200, τότε πάλι θα είχε επιτευχθεί το «κοινωνικό κέρδος» των €1.000: ο Δημήτρης θα είχε €6.200 και ο Βασίλης το αυτοκίνητο που αξίζει €7.000 γι' αυτόν και €1.800 «ρέστα». Σύνολο €15.000. Βλέπουμε λοιπόν πως για την κοινωνία δεν έχει σημασία ποιος είναι καλύτερος στη διαπραγμάτευση, αλλά να πραγματοποιηθεί η συναλλαγή. Όσο για τα μέρη, αυτά μπορούν να κερδίσουν λίγα ή πολλά (ανάλογα με τις διαπραγματευτικές τους ικανότητες), αλλά πάντως θα κερδίσουν σίγουρα (αλλιώς δεν θα συναινούσαν στην συναλλαγή). Εκτιμάται, λοιπόν, από τους οικονομολόγους ότι μια κοινωνία πρέπει να αφήνει ελεύθερες τις συναλλαγές ώστε να επιτυγχάνεται η όσο το δυνατό άριστη κατανομή των πόρων, η οποία οδηγεί στην αύξηση του πλούτου της κοινωνίας ως συνόλου.

Κίνδυνος και Αβεβαιότητα (*risk and uncertainty*). Πρόκειται για σημαντικό κλάδο της μικροοικονομικής θεωρίας (*decision under risk and uncertainty*). Ως κίνδυνος έχει καθιερωθεί να μεταφράζεται η λέξη *risk*, όπως αυτή χρησιμοποιείται από την οικονομική επιστήμη. Ο κίνδυνος διακρίνεται από την αβεβαιότητα (*uncertainty*) ως προς το 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. Π.χ. ένα συγκεκριμένο στοίχημα στον ιππόδρομο έχει κόστος €100 και προσφέρει μια πιθανότητα νίκης 5% που θα αποδώσει €3.000. Το αναμενόμενο όφελος είναι €150 ($€3.000 \times 5\%$). Εφόσον το κόστος είναι €100, το ορθολογικό άτομο θα στοιχηματίσει. Εάν σ' ένα άλλο στοίχημα υπάρχει 90% πιθανότητα ζημίας €10.000 και 10% πιθανότητα κέρδους €80.000 ($[90/100 \times -10.000] + [10/100 \times 80.000] = -1000$), το ορθολογικό άτομο δεν θα στοιχηματίσει.

Κριτήρια αποτελεσματικότητας. Η έννοια της αποτελεσματικότητας κατά Pareto αποτελεί τη σημαντικότερη ίσως έννοια των οικονομικών της ευημερίας. Σύμφωνα με τον Vilfredo Pareto, 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 στο 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) ότι ουσιαστικά νομιμοποιεί την υπάρχουσα (άνιση) κατανομή των πόρων και θεωρεί αποτελεσματικό (και *optimum*) ό,τι δεν τη διαταράσσει αλλά τη διαιωνίζει και (β) ότι είναι ανεδαφική η προϋπόθεση του μηδενικού κόστους 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 ανά την υφήλιο.

Ένα τρίτο κριτήριο (που μοιάζει πολύ με το κριτήριο Kaldor-Hicks) είναι το κριτήριο Marshall-Posner: Αποτελεσματικό είναι ό,τι αυξάνει τον πλούτο με τη συναίνεση όμως των μερών: Ο Α έχει ένα αυτοκίνητο που αξίζει γι' αυτόν €10.000 (δεν θα δεχθεί να το πουλήσει για €9.999 αλλά ευχαρίστως θα το πουλούσε για €10.001). Ο Β έχει στην τσέπη του €15.000 τα οποία ευχαρίστως θα έδινε για να αγοράσει το αυτοκίνητο του Α. Συναντώνται, διαπραγματεύονται και τελικώς ο Α πουλάει το αμάξι στον Β για €12.000. Ο Α είχε κάτι που ισοδυναμούσε γι' αυτόν με €10.000 και τώρα έχει στην τσέπη του €12.000. Ο Β είχε €15.000 και τώρα έχει €18.000: €3.000 στην τσέπη και ένα αυτοκίνητο που ισοδυναμεί (γι' αυτόν) με €15.000. Σύνολο κέρδισαν (και οι δύο) €5.000. Αυτό είναι το πλεόνασμα που δημιουργείται από τη συναλλαγή και οφείλεται στις διαφορετικές υποκειμενικές εκτιμήσεις τους για το ίδιο αμάξι (προσέξτε ότι το πλεόνασμα είναι ίσο με τη διαφορά στην εκτίμηση του αυτοκινήτου!). Αυτό που συνέβη (και αυξήθηκε ο πλούτος) ονομάζεται αποτελεσματική

κατανομή των πόρων. Είναι εφικτή διότι οι άνθρωποι, αν και έχουν διαφορετικές υποκειμενικές αξιολογήσεις για παρόμοια πράγματα, έχουν ένα κοινό μέτρο σύγκρισης: το χρήμα. Σύμφωνα με το κριτήριο Marshall-Posner ό,τι αυξάνει τον πλούτο με αμοιβαίως επωφελείς συμβάσεις (άρα η συναίνεση είναι βασική προϋπόθεση) είναι φυσικά και αποτελεσματικό.

Κόστος ευκαιρίας (*opportunity cost*). Εναλλακτικό κόστος. Η δεύτερη καλύτερη εναλλακτική λύση. Αυτό που θα έκανα αν δεν έκανα αυτό που κάνω (κι έτσι έχασα την ευκαιρία να το κάνω). Αυτό που θυσιάζω διότι επέλεξα κάτι άλλο.

Λαθρεπιβάτης (*free rider*). Το πρόβλημα του λαθρεπιβάτη (*free-rider problem*) αποτελεί μία από τις κλασικότερες περιπτώσεις ατέλειας ή αποτυχίας της αγοράς. Κάποια άτομα επιχειρούν να επωφεληθούν από τις ενέργειες των άλλων χωρίς τα ίδια να συνεισφέρουν. Συμμετέχουν δηλαδή στο όφελος, αλλά όχι στο κόστος μιας κοινής ενέργειας ή επωφελούνται από θετικές εξωτερικότητες (με τη στενή έννοια). Παράδειγμα της πρώτης περίπτωσης: σε μια γειτονιά με αυξημένη εγκληματικότητα οι ένοικοι μιας πολυκατοικίας αποφασίζουν να προσλάβουν έναν ιδιωτικό αστυνομικό για φύλακα τα βράδια. Συμφωνούν όλοι, με την εξαίρεση του λαθρεπιβάτη, ο οποίος σκέφτεται ότι, χωρίς ο ίδιος να πληρώσει, θα επωφεληθεί έτσι κι αλλιώς από την απόφαση των πολλών. Παράδειγμα της δεύτερης περίπτωσης: οι κάτοικοι των πολυκατοικιών γύρω από ένα θερινό σινεμά μπορούν να βλέπουν τις ταινίες χωρίς να πληρώνουν εισιτήριο. Ορισμένοι συγγραφείς προτιμούν να μεταφράζουν τον όρο *free-rider* ως «τζαμπατζής» (πιο ακριβής όρος, αλλά κακόηχος).

Νεοκλασικά οικονομικά (*neoclassical economics*). Η «νεοκλασική σχολή» είναι αυτή που έχει επικρατήσει σχεδόν ολοκληρωτικά στην οικονομική επιστήμη ήδη από τις αρχές του 20^{ου} αιώνα. Οι νεοκλασικοί οικονομολόγοι δίνουν ιδιαίτερη έμφαση στην ελεύθερη αγορά και στον ανταγωνισμό, χρησιμοποιούν ευρέως τα μαθηματικά και τη στατιστική και πιστεύουν στην περιορισμένη παρέμβαση του κράτους στην οικονομία (μόνο σε συγκεκριμένες περιπτώσεις αποτυχίας της αγοράς). Ιδιαίτερο χαρακτηριστικό των νεοκλασικών οικονομικών είναι η ευελιξία τους. Κατόρθωσαν να ενσωματώσουν τα πορίσματα του Keynes, της σχολής του Σικάγου, του μονεταρισμού και άλλων σχολών ή θεωριών όταν αυτά απέδειξαν την επιστημονική τους αξία. Έτσι, έχουμε φθάσει σήμερα στη λεγόμενη «νεοκλασική σύνθεση» η οποία περιλαμβάνει σχεδόν κάθε τι χρήσιμο και επιστημονικά αξιόλογο στην οικονομική επιστήμη. Είναι επίσης χαρακτηριστικό ότι τα νεοκλασικά οικονομικά αποκαλούνται επίσης *mainstream economics* και *neoclassical orthodoxy*.

Οικονομική Αποτελεσματικότητα (*economic efficiency*). Η (οικονομική) αποτελεσματικότητα αποτελεί ίσως τον πλέον σημαντικό όρο της οικονομικής ανάλυσης του δικαίου (αν όχι της οικονομικής επιστήμης στο σύνολό της). Είναι απλή η έννοιά της: αποτελεσματικότητα είναι η επίτευξη ενός σκοπού με το λιγότερο δυνατό κόστος (ή, αντίστοιχα, με δεδομένο το κόστος, η επίτευξη όσο το δυνατόν καλύτερου αποτελέσματος). Για μια επιχείρηση είναι εύκολο να καταλάβουμε τι θα πει αποτελεσματικότητα: η μείωση του κόστους (ή η αύξηση της παραγωγικότητας). Για ένα όμως νομικό σύστημα; Το νομικό σύστημα θα πρέπει (αν θέλει να είναι οικονομικά αποτελεσματικό) να διευκολύνει την άριστη κατανομή των πόρων. Πώς μπορεί να το επιτύχει; Με το να διατηρεί την τάξη σε μια κοινωνία τιμωρώντας τους εγκληματίες (ποινικό δίκαιο), με το να αναγκάζει τα άτομα να σέβονται τις συμφωνίες τους (δίκαιο των συμβάσεων), να τα υποχρεώνει να αποζημιώνουν τα άτομα τα οποία έ-

βλαψαν (αδικοπραξίες), να προστατεύει την ιδιοκτησία (εμπράγματο δίκαιο), τον ανταγωνισμό (δίκαιο προστασίας του ανταγωνισμού), κλπ. Αν σε μια χώρα δεν υπάρχει ποινικό δίκαιο (αστυνομία, δικαστές, κλπ.), οι κάτοικοί της θα αναγκάζονται να δαπανούν ένα μεγάλο μέρος των πόρων τους για την προστασία τους από τους εγκληματίες, για πράξεις αυτοδικίας και βέβαια θα διστάζουν να επενδύσουν. Αν δεν υπάρχει δίκαιο των συμβάσεων, θα διστάζουν να συνάπτουν συμφωνίες που δεν μπορούν να εφαρμοστούν άμεσα και «χέρι με χέρι» κ.ο.κ. Το δίκαιο λοιπόν καταρχήν θέτει τις βάσεις για να υπάρχει μια άριστη κατανομή των πόρων προσφέροντας την ασφάλεια. Από κει και πέρα όμως, οι διατάξεις του θα πρέπει να βοηθούν και να μην αποτελούν τροχοπέδη στην άριστη κατανομή των πόρων και άρα στην οικονομική αποτελεσματικότητα. Εδώ υπεισέρχεται και η οικονομική ανάλυση του δικαίου, η οποία βοηθά το νομοθέτη, το δικαστή ή το δικηγόρο να λάβει υπόψη του την αγορά και να προσπαθήσει να μην την στρεβλώσει με τους κανόνες δικαίου που θέτει ή προτείνει. Ή εν πάση περιπτώσει η κάθε απόφασή του να έχει το μικρότερο δυνατό κόστος, δηλαδή να είναι όσο γίνεται περισσότερο αποτελεσματική. *Βλ. επίσης τα κριτήρια της αποτελεσματικότητας.*

Οικονομική Επιστήμη. Η επιστήμη που μελετά τον τρόπο που η κοινωνία διαχειρίζεται τους ανεπαρκείς πόρους. Είναι όμως και η επιστήμη που μελετά τις ανθρώπινες επιλογές μεταξύ εναλλακτικών λύσεων, υπό περιορισμούς που θέτει η φύση και η κοινωνία.

Ομάδες πίεσης (*interest groups*). Πρόκειται για τις πολύ γνωστές στην Ελλάδα ομάδες οργανωμένων συμφερόντων, οι οποίες επιδιώκουν την εξυπηρέτηση των συμφερόντων τους (*interests*) μέσω της πίεσης που ασκούν στους πολιτικούς --γι' αυτό λέγονται και *pressure groups*. Τέτοιου είδους ομάδες πίεσης είναι η ΟΤΟΕ, η ΓΕΝΟΠ-ΔΕΗ, ο Σ.Ε.Β., οι εμπορικές ενώσεις, οι δικηγορικοί σύλλογοι, κλπ.

Οριακές αλλαγές. Μικρές βαθμιαίες αλλαγές στα σχέδιά μας. Μία επιπλέον ώρα εργασίας θα μου αποφέρει €20 αλλά θα μειώσει το χρόνο ξεκούρασης μου. Εάν η ωφελιμότητα που μου προσφέρουν τα €20 (οριακό όφελος) είναι μεγαλύτερη από τη μείωση της ωφελιμότητας που οφείλεται στην επιπλέον κούραση και ταυτόχρονα μείωση των ωρών ξεκούρασής μου (οριακό κόστος), τότε με συμφέρει να εργαστώ (οριακός όφελος > οριακό κόστος). Εάν όμως συμβαίνει το αντίθετο (οριακός όφελος < οριακό κόστος) τότε θα πρέπει να επιλέξω την ξεκούραση. Γενικότερα ένα ορθολογικό άτομο θα πρέπει να επιλέγει όλες εκείνες τις εναλλακτικές δυνατότητες όπου το οριακό όφελος είναι μεγαλύτερο του οριακού κόστους, μέχρι το σημείο εκείνο που το οριακό όφελος = οριακό κόστος (από το σημείο αυτό και πέρα το οριακό κόστος ξεπερνά το οριακό όφελος).

Περιορισμένη ορθολογικότητα (*bounded rationality*). Σύμφωνα με το Νομπελίστα Herbert Simon, οι άνθρωποι δεν ενεργούν και τόσο ορθολογικά όσο υποθέτει η κυρίαρχη νεοκλασική οικονομική θεωρία. Υπάρχουν περιορισμοί στη δυνατότητά τους να αντιληφθούν πλήρως τις καταστάσεις, να αναλύσουν τα δεδομένα και να θυμηθούν γεγονότα. Οι περισσότεροι άνθρωποι προσπαθούν να επιτύχουν την ικανοποίηση των προτιμήσεών τους κάνοντας ό,τι καλύτερο μπορούν, δεδομένων αυτών των γνωστικών περιορισμών της ανθρώπινης φύσης. Η πληροφόρησή τους δεν είναι τέλεια, η σκέψη τους δεν είναι και τόσο ξεκάθαρη και πολλές φορές οι ενέργειές τους είναι ασυνεπείς. Δεν μπορούμε λοιπόν να μιλάμε για τέλεια ορθολογικότητα, αλλά για περιορισμένη ικανότητα ορθολογικής σκέψης. Η περιορισμένη ορθο-

λογικότητα στηρίζεται σ' ένα κράμα εμπειρίας, πρακτικών λύσεων, παράδοσης, ενστίκτου και εύλογων προσδοκιών και βρίσκεται σε συνεχή αλληλεπίδραση με το άμεσο περιβάλλον του υποκειμένου. Φυσικά έχει ασκηθεί κριτική και σ' αυτή τη θεωρία: ίσως να περιγράφει καλύτερα ατομικές συμπεριφορές αλλά δεν προσφέρει δυνατότητα μοντελοποίησης, είναι δύσχρηστη επιστημονικά και επιπλέον έχει μειωμένη προβλεπτική ικανότητα.

Πλεόνασμα του καταναλωτή (*consumer surplus*). Η διαφορά μεταξύ της τιμής αγοράς ενός προϊόντος από την ανώτερη τιμή που ο καταναλωτής είναι διατεθειμένος να πληρώσει. Έτσι, αν θα έδινά μέχρι €15.000 για ένα αυτοκίνητο και το αγοράσω τελικά πληρώνοντας €14.000, το πλεόνασμα του καταναλωτή στην περίπτωση αυτή ισούται με €1.000.

Πλεόνασμα του παραγωγού (*producer surplus*). Η διαφορά μεταξύ της τιμής πώλησης ενός προϊόντος από την κατώτερη τιμή που ο πωλητής είναι διατεθειμένος να το πουλήσει. Έτσι, αν η κατώτατη τιμή που θα δεχόμουν για να πουλήσω ένα αγαθό είναι €100 και το πουλήσω τελικά €130, το πλεόνασμα του παραγωγού (πωλητή) στην περίπτωση αυτή ισούται με €30.

Πληροφόρηση (*information*). Η πιο σημαντική προϋπόθεση για αμοιβαίως επωφελείς συναλλαγές και συμβάσεις. Η πληροφόρηση πρέπει να είναι πλήρης, άρα και συμμετρική. Παράδειγμα: πολλές φορές τα μέρη σε μια σύμβαση δεν αποκαλύπτουν πληροφορίες που θα πρέπει το άλλο μέρος να έχει υπόψη του πριν την αγοραπωλησία. Το δίκαιο επεμβαίνει, υποχρεώνοντας τα μέρη να αποκαλύψουν τις πληροφορίες τους (βλ. Αστικός Κώδικας, άρθρα 519, 535-538) ή να δώσουν αληθινές και όχι λαθεμένες πληροφορίες (βλ. ΑΚ 147). Βέβαια η πληροφόρηση δεν μπορεί να είναι ποτέ πλήρης. Αν ήταν πλήρης δεν θα χρειαζόμασταν συμβάσεις καθώς θα γνωρίζαμε και τη μελλοντική συμπεριφορά του αντισυμβαλλομένου. Αρκεί λοιπόν η πληροφόρηση να είναι επαρκής και να μην είναι καταφανώς ασύμμετρη.

Πρόβλημα της αντιπροσώπευσης (*principal-agent problem*). Τα "οικονομικά της αντιπροσώπευσης" αποτελούν κλάδο των "οικονομικών της σύμβασης". Αντικείμενο μελέτης τους είναι η σχέση αντιπροσώπου-αντιπροσωπευόμενου και ιδιαίτερα το πρόβλημα της ασυμβατότητας των συμφερόντων και των στόχων τους, αλλά και της ασύμμετρης πληροφόρησης που χαρακτηρίζει τη σχέση τους. Π.χ. αναθέτω σε κάποιον να αγοράσει ένα ακίνητο στο όνομά μου και του δίνω κάποιες οδηγίες σχετικά με τις ιδιότητες του ακινήτου (π.χ. τέσσερα στρέμματα, παραθαλάσσιο, με ελαιόδεντρα, κλπ.). Ο αντιπρόσωπός μου βρίσκει δύο ακίνητα με παρόμοια χαρακτηριστικά και αποφασίζει να αγοράσει το ένα σε μεγαλύτερη τιμή, διότι ο ιδιοκτήτης του δίνει μίζα. Ακόμα και ένας αντιπρόσωπος που δεν έχει την πρόθεση να εξαπατήσει τον εντολέα και δεν επιδιώκει να κερδίσει με τρόπο ανήθικο ή παράνομο εις βάρος του, δεν έχει όμως ταυτόχρονα το κίνητρο να ενεργήσει αλtruιστικά σπαταλώντας δικούς του πόρους για το συμφέρον του εντολέα του. Π.χ. ένας μεσίτης μπορεί να αναζητήσει καλύτερες προσφορές για τον εντολέα του εάν ασχοληθεί με αυτόν για 5 επιπλέον ημέρες. Το όφελος που θα έχει (ποσοστό επί του προσδοκώμενου μεγαλύτερου οφέλους για τον εντολέα) είναι σαφώς μικρότερο από το κόστος (ποσοστό επί του προσδοκώμενου οφέλους από άλλη εντολή που θα λάβει και θα διεκπεραιώσει μέσα στο ίδιο πενήνημερο).

Προσδοκώμενο κόστος / Προσδοκώμενο όφελος (*expected cost / expected benefit*). Είναι το γινόμενο κόστους ή οφέλους και της πιθανότητας πραγματοποίησής του. Για παράδειγμα, υπάρχει 10% πιθανότητα να κερδίσω €1.500, άρα το αναμενόμενο όφελος ισούται με €150. Υπάρχει πιθανότητα 1/1000 να καταστραφεί από πυρκαγιά ένα σπίτι αξίας €300.000, άρα το αναμενόμενο κόστος ισούται με €300. Ορισμένες φορές θα πρέπει να αντιμετωπίζουμε και τα δύο: Μου προσφέρεται μία επιλογή σε ένα παιχνίδι: Έχω 15% πιθανότητα να κερδίσω €4.000 και 85% πιθανότητα να χάσω €650 (αναμενόμενο όφελος €600 - αναμενόμενο κόστος €552,50 = €47,50 - άρα με συμφέρει να παίξω).

Προτιμήσεις (*preferences*). Σύμφωνα με τους οικονομολόγους, *de gustibus non est disputandum* (περί ορέξεως ουδείς λόγος). Οι οικονομολόγοι μελετούν τη συμπεριφορά των ανθρώπων όπως αυτή αποκαλύπτεται από τις πραγματικές επιλογές τους. Το πώς διαμορφώνονται οι προτιμήσεις που επηρεάζουν τις επιλογές δεν τους ενδιαφέρει.

Σύμβαση διάρκειας (*long-term contract*). Η σύμβαση διαρκούς εκτέλεσης, η σύμβαση δηλαδή που εκτελείται σε χρονικά σημεία που απέχουν σημαντικά από το χρονικό σημείο της κατάρτισής της (σε αντίθεση με τη στιγμιαία σύμβαση). Πολλές από αυτές τις συμβάσεις έχουν αόριστη διάρκεια.

Τραγωδία των κοινοχρήστων πόρων (*tragedy of the commons*). Η αλόγιστη και καταστροφική χρήση των κοινόχρηστων πόρων οφείλεται στο γεγονός ότι το κόστος από τη χρήση τους δεν «εσωτερικεύεται» ποτέ πλήρως. Π.χ. οι κάτοικοι ενός χωριού αλιεύουν από την ίδια λίμνη, χωρίς να ενδιαφέρονται για τη μακροπρόθεσμη βιωσιμότητα του συστήματος.

Υπόθεση της μεγιστοποίησης του οφέλους (*utility maximization hypothesis*). Βασική υπόθεση της οικονομικής επιστήμης. Τα άτομα επιλέγουν πάντοτε αυτό που νομίζουν πως θα μεγιστοποιήσει την «ωφέλειά» τους, δηλ. την ευτυχία τους. Γενικά δρουν με βάση το ατομικό τους συμφέρον και τη λογική. Οι ελάχιστες εξαιρέσεις επιβεβαιώνουν τον κανόνα. Κάθε άνθρωπος κάνει συνειδητά ή ασυνειδητά τις επιλογές του με βάση την επίτευξη μεγαλύτερης ευτυχίας. Ακόμα και στις περιπτώσεις που εμφανίζεται να δρα παράλογα, αυτό δεν είναι πάντοτε απαραίτητο, δεδομένου ότι κανείς δεν είναι σε θέση να γνωρίζει καλύτερα από τον ίδιο του τον εαυτό το συμφέρον του (στις περισσότερες περιπτώσεις τουλάχιστον). Η μεγιστοποίηση της ωφέλειας υπό περιορισμούς (*maximization of utility under constraints*) αποτελεί μία από τις σημαντικότερες έννοιες των οικονομικών. Έχει την έννοια της επιλογής της καλύτερης εναλλακτικής λύσης ανάμεσα σε πολλές, εκείνης της λύσης που πετυχαίνει το καλύτερο δυνατό αποτέλεσμα με το ελάχιστο δυνατό κόστος μέσα σε συγκεκριμένα όρια που θέτουν οι περιορισμοί, οι οποίοι αποτελούν παράγοντες που περιορίζουν το εύρος των επιλογών αλλά και τις καθορίζουν. Ο σημαντικότερος περιορισμός είναι η ανεπάρκεια των πόρων.

Ωφελιμότητα (*utility*). Ο βαθμός ικανοποίησης που προσφέρει ένα αγαθό, μια υπηρεσία ή μια ενέργεια. Οι Έλληνες οικονομολόγοι συνηθίζουν να μεταφράζουν τον όρο ως «χρησιμότητα». Ο όρος όμως αυτός σημαίνει μόνο την απλή αξία χρήσης που έχει ένα αγαθό και δεν μπορεί να καλύψει το εύρος της έννοιας όπως χρησιμοποιείται στα πλαίσια της θεωρίας της ορθολογικής επιλογής, η οποία τον δανείστηκε από τα οικονομικά. Ο όρος «ωφέλεια» χρησιμοποιείται έτσι για να υποδηλώσει

με μεγαλύτερη ευρύτητα όχι μόνο την υλική ικανοποίηση, αλλά και την ικανοποίηση οποιασδήποτε επιθυμίας ή ψυχικής ανάγκης. Η συνάρτηση ωφέλειας (*utility function*) ενός καταναλωτή εκφράζει την ωφέλεια που έχει ένας συγκεκριμένος συνδυασμός αγαθών για ένα συγκεκριμένο καταναλωτή. Για παράδειγμα, ένα καλάθι με μήλα (x) και πορτοκάλια (y) έχει συνάρτηση ωφέλειας $U(x,y)$ η οποία εξαρτάται από τον αριθμό και την κατανομή των φρούτων στο καλάθι. Έτσι, $U(3,4) = 15$ σημαίνει πως ένα καλάθι με 3 μήλα και 4 πορτοκάλια προσφέρει στον καταναλωτή 15 μονάδες ωφέλειας. Αν $U(2,5) = 17$, σημαίνει επίσης πως 2 μήλα και 5 πορτοκάλια προσφέρουν μεγαλύτερη ωφέλεια, άρα το δεύτερο καλάθι είναι προτιμότερο από το πρώτο. Με τον τρόπο αυτό, η συνάρτηση ωφέλειας παρουσιάζει τη δομή των προτιμήσεων των καταναλωτών και ταξινομεί τις επιλογές τους με όρους ικανοποίησης.

© 1998 Randy Glasbergen. E-mail: randy@glasbergen.com www.glasbergen.com



**“I want you to cut everyone’s salary
by 15% — but make it look like a reward.”**