

ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΑΝΑΛΥΣΗ ΤΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ ΓΕΝΙΚΗ ΠΡΟΣΕΓΓΙΣΗ*

Λάμπρος Ε. Κοτσίρης
Ομότιμος Καθηγητής

1. Κατά τον ορισμό του Richard Posner¹, συνιδρυτή της οικονομικής Σχολής του Σικάγου, τα οικονομικά είναι η επιστήμη της ανθρώπινης επιλογής σ' ένα κόσμο όπου οι πηγές πόρων είναι περιορισμένες σε σχέση με τις ανθρώπινες επιθυμίες. Η οικονομική επιστήμη εξερευνά και πειραματίζεται πάνω στις περιπλοκές από την υπόθεση ότι ο άνθρωπος μεγιστοποιεί ορθολογικά τους σκοπούς του στη ζωή, την ικανοποίησή του, το ατομικό του συμφέρον. Υπονοείται σ' αυτόν τον ορισμό του ανθρώπου, ως ορθολογικά μεγιστοποιούντα το ατομικό του συμφέρον, ότι οι άνθρωποι ανταποκρίνονται σε κίνητρα με την έννοια ότι εάν αλλάξουν τα περιβάλλοντα τον άνθρωπο στοιχεία έτσι ώστε να μπορούσε να βελτιώσει την ικανοποίηση του αλλάζοντας συμπεριφορά θα το έκανε. Από αυτή την πρόταση ότι «οι άνθρωποι ανταποκρίνονται σε κίνητρα» προκύπτουν τρεις βασικές ιδέες των οικονομικών²:

α) Η πρώτη είναι η *αντίστροφη σχέση* μεταξύ τιμής που χρεώνεται και ποσότητας που ζητείται. Εάν η τιμή ενός προϊόντος αυξηθεί και οι άλλες τιμές παραμείνουν αμετάβλητες, η ποσότητα του προϊόντος που ζητείται και συνεπώς και η ποσότητα που θα παραχθεί αυτού του προϊόντος θα μειωθεί. Οι αγοραστές δηλαδή θα στραφούν σε υποκατάστατα.

β) Οι πωλητές *προσπαθούν να μεγιστοποιήσουν τη διαφορά* μεταξύ του κόστους που έχουν και των εσόδων από τις πωλήσεις τους. Αυτό που ενδιαφέρει είναι ποια θα είναι η *μικρότερη τιμή που θα χρέωνε* ένας ορθολογικός, με ατομικό συμφέρον, πωλητής. Το ελάχιστο είναι η τιμή που οι αναλίσκόμενοι για την παραγωγή του προϊόντος πόροι θα απαιτούσαν για την επόμενη χρήση, δηλαδή η λεγόμενη «εναλλακτική τιμή», το «κόστος του αγαθού», το κόστος αντικατάστασης. Γι' αυτό και κανένας ορθολογικός πωλητής δεν θα πουλούσε κάτω από το κόστος.

γ) Η τρίτη ιδέα είναι η τάση των πόρων να *έλκονται από τις πιο πολύτιμες χρήσεις*. Στη διαδικασία των εκούσιων (ηθελημένων) συναλλαγών, οι πόροι μετακινούνται σε εκείνες τις χρήσεις, στις οποίες η αξία για τους καταναλωτές, όπως μετριέται από την επιθυμία τους, είναι η πιο μεγάλη. Όταν οι πηγές χρησιμοποιούνται εκεί, όπου η αξία τους είναι η μεγίστη, λέγεται ότι χρησιμοποιούνται *αποτελεσματικά*.

* Διάλεξη στα πλαίσια εκδηλώσεων του Ομίλου Νομικού Προβληματισμού «Ερεισμα ΔΡΑσης» της 7.2.2007.

1. R. Posner, Economic Analysis of Law, 2η έκδ. 1977 (Little, Brown & Co.) §1.1 σ. 3.

2. Posner, ό.π. σ. 4.

*Αποτελεσματικότητα*³ σημαίνει εκμετάλλευση των οικονομικών πόρων έτσι ώστε η «αξία» δηλαδή η ανθρώπινη ικανοποίηση, όπως μετρείται από την συνολική καταναλωτική επιθυμία να πληρώσει κανείς για αγαθά και υπηρεσίες, να μεγιστοποιείται.

Η «επιθυμία να πληρώσεις» ως βάση για τις ιδέες της «αποτελεσματικότητας» και της «αξίας», είναι λειτουργία για πολλά, συμπεριλαμβανομένης της κατανομής του εισοδήματος και του πλούτου. Τα οικονομικά δεν δίνουν απάντηση εάν η κατανομή του εισοδήματος και του πλούτου είναι καλή ή κακή, δίκαιη ή άδικη (αν και μπορούν να μιλήσουν για τις διανεμητικές συνέπειες των διαφόρων πολιτικών) ή εάν μια αποτελεσματική κατανομή των πόρων θα ήταν καλή ή κακή κοινωνικά, ή ηθικά επιθυμητή· η αρμοδιότητα του οικονομολόγου στη συζήτηση πάνω στο νομικό σύστημα φαίνεται περιορισμένη. Μπορεί να προβλέψει⁴ το αποτέλεσμα των νομικών κανόνων και τις διευθετήσεις των αξιών και της αποτελεσματικότητας πάνω στην υπάρχουσα κατανομή του εισοδήματος και του πλούτου. Δεν μπορεί να προδιαγράψει κοινωνική αλλαγή. Η χρησιμότητα της θεωρίας της οικονομικής ανάλυσης έγκειται ακριβώς στην πρόβλεψη ή την εξήγηση της πραγματικότητας κυρίως ως προς το πως θα συμπεριφερθούν τα άτομα ανταποκρινόμενα σε μεταβολές του περιβάλλοντός τους.

2. Η εφαρμογή των οικονομικών στα νομικά δεν είναι νέα. Η «παλαιά» τους σχέση περιοριζόταν στους νομικούς κανόνες που ρύθμιζαν σαφείς οικονομικές σχέσεις (όπως φορολογία, μεταφορές, συστήματα δημόσιας ωφέλειας). Η νεότερη όμως σχέση τους από το 1960 επεκτάθηκε συστηματικά πλέον σε πολλούς τομείς του δικαίου. Από το δίκαιο των αδικοπραξιών αρχικά (Guido Calabresi) και το άρθρο του Coase πάνω στο κοινωνικό κόστος, στο δίκαιο του ανταγωνισμού, το δίκαιο της ιδιοκτησίας, των κανόνων ευθύνης και, σύμφωνα με τον Gary Becker, χρησιμοποιήθηκε σε ευρύ φάσμα μη αγοραστικής συμπεριφοράς, όπως στο έγκλημα, τη ρατσιστική μεταχείριση, το γάμο, το διαζύγιο⁵.

Και ασκήθηκε βέβαια κριτική ότι τα οικονομικά υπόκεινται σε περιορισμούς, ως σύστημα ή ως σώμα κανονιστικών αρχών – π.χ. δεν δίνουν λύση για μέγιστη κατανομή του εισοδήματος –, ή ότι έχουν αμφισβητούμενη φιλοσοφική βάση, τον *ωφελιμισμό*, ή ότι σε «ορισμένη» συμπεριφορά συντρέχει συνήθως κάτι περισσότερο από μια μεγιστοποιημένη ορθολογικότητα π.χ. όπως τα κίνητρα ενός εγκληματία δεν

3. Για την έννοια της αποτελεσματικότητας βλ. Posner, ό.π. (the efficiency criterion) § 1.2 σ. 10, W. Andersen/C. P. Rogers, Antitrust Law. Policy and Practice 1985 (Matthew Bender) σ. 32-38, H. Demsetz, Economics as a Guide to Antitrust Regulation, Journal of Law and Economics, 1976, 371-384.

4. Posner, ό.π. § 1.2 σ. 10.

5. Posner, ό.π. § 2.1 σ. 16-17 βλ. και Γ. Βελέντζα, Economic Analysis of Law, Law and Economics. Legal Analysis in the light of Economic Theory (The American Discussion) Ενθύμημα Άκη Αργυριάδα, 1995 σ. 1079 ε.π. και Μελέτες σ. 565 ε.π. 567, 573.

μπορούν να μετακινηθούν σε μεγιστοποίηση εισοδήματος, ούτε οι σκοποί του νομικού συστήματος σε ελαχιστοποίηση του κόστους του εγκλήματος ή του ελέγχου του⁶.

Γι' αυτό και το συμπέρασμα ότι οι δικηγόροι μπορούν να αγνοούν την οικονομική ανάλυση. Αντίλογος ήταν απλά ότι ακόμα και ένα ημιτελές εργαλείο είναι καλό για δουλειά όταν δεν υπάρχουν άλλα και ότι η ικανότητα της οικονομικής ανάλυσης να διευρύνει την κατανόησή μας, πώς πράγματι λειτουργεί ένα νομικό σύστημα, δεν θίγεται από τις βολές κατά του ωφελμισμού. Εάν η νομική διαδικασία μπορεί να μορφοποιηθεί, έτσι ώστε να μεγιστοποιείται η οικονομική αποτελεσματικότητα, ο οικονομολόγος έχει ευρύ πεδίο σπουδής, ανεξάρτητα εάν η κοινωνία, μέσα στην οποία οι άνθρωποι συμπεριφέρονται ή οι θεσμοί έχουν διαμορφωθεί, είναι καλή ή όχι.

3. Η εφαρμογή του δικαίου περιλαμβάνει τόσο την ερμηνεία του νόμου όσο και την προώθηση του δικαίου μέσω πλήρωσης των κενών και συμπλήρωσης των κανόνων του δικαίου. Ο δικαστής δεσμεύεται από το Δίκαιο και το Νόμο. Σε πολλές όμως περιπτώσεις η δεσμευση αυτή προσκρούει σε δυσκολίες. Σ' αυτές τις περιπτώσεις ανοίγεται για τον δικαστή πεδίο διαμόρφωσης κανόνα⁷.

Κατά την κλασική θέση, η εφαρμογή του δικαίου έξω από «δέσμευση Νόμου» προσανατολίζεται στο αντικειμενικό πνεύμα και στο σκοπό του Νόμου ή, κατά τη διατύπωση του Alexy, προς «τη λογική ή στους, στα πλαίσια της ισχύουσας έννομης τάξης, αντικειμενικά επιβαλλόμενους σκοπούς»⁸. Η επέκταση του δικαστή σ' ένα ελεύθερο χώρο απόφασης αποκάλυψης του δικαίου δεν αμφισβητείται. Αμφισβητείται όμως προς τα πού η απόφαση μπορεί να κατευθύνεται στον ελεύθερο από το νόμο χώρο.

Μεταξύ των κριτηρίων απόφασης συγκαταλέγεται η λεγόμενη *κατανεμητική αποτελεσματικότητα* (efficiency), δηλαδή η μεγιστοποίηση της ωφέλειας. Αν όμως αυτή είναι η προσέγγιση της οικονομικής ανάλυσης του δικαίου, ανήκει στη θεωρία του δικαίου να δει το πρόβλημα της επιλογής ως θέμα της δικαιοσύνης. Δυνατά κριτήρια διαφοροποίησης των επιλογών είναι ιδίως η *αποτελεσματικότητα*, η *δικαιοσύνη*, η *ορθότητα* και η *αλήθεια*. Ενώ όμως η αποτελεσματικότητα και η δικαιοσύνη είναι *συγκριτικές έννοιες*, τα κριτήρια της «αλήθειας» και της

6. Βλ. Posner, ό.π. § 2.3 σ. 23 «the demand for justice is surely not independent of its price».

7. Βλ. M. Deckert, Effizienz als Kriterium der Rechtsanwendung, Rechtstheorie 26 (1995) σ. 117 επ.

8. R. Alexy, Theory der juristischen Argumentation, 2η έκδ. 1991 σ. 296 (3η έκδ. 1996) Βλ. και U. Neumann, Theorie der juristischen Argumentation, στο συλλ. έργο Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg). Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 7 έκδ. (UTB) 2004 σ. 333 επ., 343, 345.

«ορθότητας» έχουν αποκλειστικό χαρακτήρα⁹.

Και επανερχόμαστε στο κοινό χαρακτηριστικό των κανόνων επιλογής των κανονιστικών «θεωριών απόφασης»¹⁰ δηλαδή την επιταγή για *μεγιστοποίηση της ωφέλειας*, επιταγή όμως που, κατά περιεχόμενο, θεωρείται *μη ορισμένη*. Για να καταστεί τώρα η μεγιστοποίηση της ωφέλειας κριτήριο επιλογής χρειάζεται να προσδιοριστεί ως προς το περιεχόμενο του σκοπού της. Ποιο είναι το περιεχόμενο της; Ο ωφελμισμός (utilitarismus) δίνει ως σκοπό τη «*μεγαλύτερη επιτυχία για το μεγαλύτερο αριθμό*» η θεωρία της οικονομίας της ευημερίας δίνει ως κριτήριο την *αποτελεσματικότητα* όπως και η οικονομική ανάλυση του δικαίου.

Ο ωφελμισμός, στην κλασική μορφή που του έδωσε ο J. Bentham, «η *μεγαλύτερη ευτυχία για τον μεγαλύτερο αριθμό*» μορφοποιεί το γενικό σκοπό για κάθε άτομο ως εξής: «*το σύνολο της ευτυχίας να αυξηθεί και το σύνολο των παθών να μειωθεί*». Δηλαδή το επιδιωκόμενο γενικό καλό καθορίζεται από τους ατομικούς σκοπούς, δηλαδή μέσω απλής πρόσθεσης¹¹ των ατομικώς επιδιωκόμενων σκοπών. Ορθολογικά και ηθικά είναι ορθός εκείνος ο τρόπος ενέργειας που καταλήγει «στη *μέγιστη ικανοποίηση όλων*». Η ωφελμιστική έννοια της ωφέλειας είναι *αντικειμενική*, ενώ το περιγραφικό στοιχείο του ωφελμισμού είναι ο ψυχολογικός *ηδονισμός*.

Για να φτάσει από τις ατομικές ωφέλειες σ' ένα ισολογισμό ευτυχίας - ωφέλειας, ο ωφελμισμός χρησιμοποιεί την *σκάλα απόλυτης μέτρησης (1, 2, 3, 4, κ.α.)* της ωφελιμότητας και ξεκινάει από τη σύγκριση των ατομικών αντιλήψεων περί ωφέλειας.

Ο κλασικός ωφελμισμός *δεν μπόρεσε* όμως να δώσει πρακτικό κριτήριο χρησιμότητας¹². Ενώ η παλαιότερη θεωρία της οικονομικής ευημερίας προσέγγιζε τις θέσεις του ωφελμισμού, η νεότερη θεωρία επεκτείνει το πεδίο της οικονομικής ανάλυσης μέσω του ορισμού της «*σπάνιως*», της «*στενότητας*» σε κάθε ανθρώπινη συμπεριφορά. Εδώ χρησιμοποιείται ένας μεθοδολογικά συνεπέστερος ατομικισμός: μέσω μιας υποκειμενικής έννοιας περί ωφέλειας, εισάγεται σκάλα τακτικής μέτρησης (πρώτος, δεύτερος, τρίτος κ.α.) της ωφέλειας και συγχρόνως παραίτησης από μια διαπροσωπική σύγκριση της ωφέλειας. Αντί μιας αντικειμενικής ευημερίας, η ωφέλεια τώρα προσδιορίζεται ως «*προτίμηση για ωφέλεια*», χωρίς

9. U. Neumann, Juristische Argumentation, 1986 σ. 70 αναφερόμενος υπό Deckert, ό.π. σ. 118 υποσ. 8.

10. Βλ. J. Schneider, Theorie Juristischen Entscheidens, στο συλλ. Έργο Einführung in Rechtsphilosophie, ό.π. σ. 348 επ.

11. Βλ. Deckert, ό.π. σ. 120.

12. Deckert, ό.π. σ. 121 (ο ωφελμισμός ως θεωρία «αποφάσεων υποχρέωσης» όχι ως θεωρία «αποφάσεων αξιολόγησης») παραπέμπουσα σ. 122 σε Hoerster, Utilitaristische Ethik und Verallgemeinerung, 2η έκδ. 1977.

πρόσθετο κατά περιεχόμενο προσδιορισμό, βασισμένη στο κριτήριο του *Pareto*¹³, τουλάχιστον στην αδύνατη εκδοχή του. Αυτό μας λέει: Μια κατάσταση Α είναι προτιμότερη από την Β όταν όλα τα άτομα προτιμούν την Α από την Β (η κοινωνική ευημερία εξαρτάται από τις ατομικές). Σύμφωνα με το κριτήριο του *Pareto*, για τις συλλογικές αποφάσεις *κρίσιμες είναι αποκλειστικά* οι ατομικές προτιμήσεις. Η εφαρμογή όμως του κριτηρίου αυτού στο δίκαιο, προϋποθέτει *πλήρη ενημέρωση*, πληροφόρηση των κοινωνών, πράγμα που δεν είναι εγγυημένο.

Σύμφωνα εξάλλου με το περίφημο θεώρημα του *Coase*, το «πρόβλημα του κοινωνικού κόστους»¹⁴ υπό ορισμένες προϋποθέσεις (όπως πλήρης ανταγωνισμός, απουσία κόστους συναλλαγών δηλαδή του προβλήματος οργάνωσης των αλληλεξαρτήσεων των ατόμων), *το μέγιστο της κατανομής της ωφέλειας επιβάλλεται αυτόματα χωρίς να λαμβάνονται υπόψη οι νομικές ρυθμίσεις*. Συνεπώς το Δίκαιο πρέπει να στηρίζει εκείνες τις *διευθετήσεις* που εισάγουν το μέγιστο της αποτελεσματικότητας. Το θεώρημα όμως αυτό στηρίζεται σε προϋποθέσεις που στην πραγματικότητα *δεν συντρέχουν*, αφού ο μεν ανταγωνισμός είναι ατελής, συναλλαγές δε στην αγορά χωρίς κόστος δεν υπάρχουν¹⁵.

4. Πως λοιπόν συνδέεται η οικονομική ανάλυση του δικαίου με την *δικαστική απόφαση*; Η τελευταία είναι μια κατασκευή¹⁶. Σύμφωνα με τη θεωρία «για τη δικαστική απόφαση» διακρίνει κανείς μεταξύ της «*δημιουργίας*» και της «*παρουσίασης*» μιας απόφασης¹⁷. Στο επίπεδο της πρώτης, που είναι η απόφαση υπό στενή έννοια, ερευνώνται τα στοιχεία εκείνα που έχουν κρίσιμο χαρακτήρα για το *αποτέλεσμα*. Στο επίπεδο της δεύτερης, της επιχειρηματολογίας, αναλύεται ποίοι κανόνες ισχύουν για το νομικό διαλογισμό και τη θεμελίωση. Και οι δύο

13. Ο *Βιλφρέδος Παρέτο* (στο έργο του «*Manuale d' economia politica*», 1906) με την οικονομική της ευημερίας επιχειρεί αξιολόγηση εναλλακτικών οικονομικών καταστάσεων με τρεις βασικές αρχές: 1) για την ατομική ευημερία αποφασίζουν οι ίδιες οι οικονομικές μονάδες 2) η συνολική ευημερία εξαρτάται από τις ατομικές ευημερίες 3) για κάθε ανακατανομή πόρων απαιτείται ομοφωνία.

14. Όταν το κόστος των συναλλαγών (*transaction cost*) είναι μηδενικό, η αρχική κατανομή των δικαιωμάτων από το δίκαιο δεν επηρεάζει την οικονομική αποτελεσματικότητα, διότι εάν η κατανομή είναι αναποτελεσματική, τα μέρη θα τη «διορθώσουν» διά μέσου μιας «επανορθωτικής» συναλλαγής, βλ. *Posner*, «Οικονομική Ανάλυση του Δικαίου, Ένα απαραίτητο εργαλείο για τη νομική θεωρία και πράξη» Λόγος κατά την αναγόρευσή του σε Επίτιμο Διδάκτορα Νομικής ΑΠΘ (17.9.2002).

15. Βλ. *Coase*, *The Problem of Social Cost*, *Journal of Law and Economics*, τ. 3, 6, 1 και *Posner*, ό.π. σ. 33-35 και σχετικές εργασίες σε *M. Adams*, *Ökonomische Theorie des Rechts*, 2002 (Lang) σ. 15 υποσ. 11.

16. Βλ. *Deckert*, ό.π. σ. 125. Ως προς τη θεωρία της ωφέλειας «*Nutzentheorie*» βλ. εκτενώς *J. Robinson*, *Doktrinen der Wirtschaftswissenschaft*, 2η έκδ. 1968 (Beck) σ. 60-90.

17. Βλ. *Schneider*, *Theorie juristischen Entscheidens*, ό.π. 10.2 σ. 351 (*Entscheidung ist ein Konstrukt*). Βλ. όμως για την έννοια της νομικής κατασκευής ως μέσου συστηματοποίησης (*Juristische Konstruktion*) σε *Larenz/Canaris*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3η έκδ. σ. 267.

διαδικασίες συνεχονται μεταξύ τους, αφού η θεμελίωση της τελικής φάσης της «διαδικασίας απόφασης» πρέπει να αντανakλά το αποτέλεσμα της δημιουργικής διαδικασίας.

Ο δικαστής, κατά τη διαδικασία για την απόφαση – συνειδητά ή μη – έχει μια ελευθερία, «ελευθερία επιλογής» που, κατά τη διαδρομή της διαδικασίας απόφασης, μέσω των ατομικών του ικανοτήτων και ιδιοτήτων του, είναι υποχρεωμένος να χρησιμοποιήσει. Ακριβώς, κατά τη «θεωρία της απόφασης», στη νομική δραστηριότητα για την έκδοση μιας απόφασης ουσιώδη ρόλο παίζει η αναζήτηση και η απόκτηση της πληροφορίας, ώστε εκείνος που αποφασίζει να γνωρίζει πόσες επιλογές έχει.

Μεταξύ των θεωριών για την απόφαση, «κανονιστική» είναι εκείνη που λέγει στο δικαστή «πώς» και με «ποιους» κανόνες αντικειμενικά θα αποφασίσει ορθά, δίκαια, δίνοντας ένα σχήμα διαδρομής της «διαδικασίας απόφασης». Μεταξύ αυτών των προσεγγίσεων είναι η πραγματιστική προσέγγιση της οικονομικής ανάλυσης του δικαίου. Γενικά, οι κανονιστικές θεωρίες προβάλλουν την αρχή του ορθολογισμού. Ένας «ορθολογικά σκεπτόμενος» και δρών άνθρωπος αποφασίζει έτσι, ώστε οι συνέπειες της απόφασής του να είναι, κατά το δυνατό, «ευνοϊκές». Ως «ευνοϊκή συνέπεια», στην οικονομία, είναι η αρχή της μεγιστοποίησης της ωφέλειας. Η αρχή αυτή στηρίζεται στη σύγκριση μεταξύ ωφέλειας και κόστους. Κόστος είναι η διαφυγούσα ωφέλεια, το διαφυγόν όφελος της μη επιλεγείσας εναλλακτικής δραστηριότητας («κόστη ευκαιρίας - opportunity costs»).

Απόφαση που «μεγιστοποιεί την ωφέλεια» είναι εκείνη, όπου η ωφέλεια της επιλεγείσας εναλλακτικής δραστηριότητας είναι μεγαλύτερη από την ωφέλεια της καλλίτερης από τις μη επιλεγείσες εναλλακτικές. Η «ορθολογική διαδικασία» απόφασης ακολουθεί φάσεις, όπως: 1) σκοπός, 2) εναλλακτικές δραστηριότητες, 3) επιδράσεις καταστάσεων του περιβάλλοντος (εξωτερικότητες), 4) κριτήρια απόφασης, 5) συνέπειες, 6) κανόνες απόφασης¹⁸.

Κατά την επιλογή των εναλλακτικών δραστηριοτήτων διακρίνουν μεταξύ «αποφάσεων με ασφάλεια», όταν όλες οι επιρροές του περιβάλλοντος (εξωτερικότητες) είναι γνωστές, «αποφάσεων με κίνδυνο», όταν δεν μπορεί εκ των προτέρων να προβλεφθεί η είσοδος ορισμένων καταστάσεων, και «αποφάσεων με ανασφάλεια» όπου ο δικαστής δεν γνωρίζει την είσοδο αντικειμενικών πιθανοτήτων διότι υποκειμενικά έχει λανθασμένη αντίληψη ως προς την είσοδό τους¹⁹.

Εάν τώρα στην «αρχή ορθολογισμού» θέσει κάποιος ως την πλέον «ευνοϊκή συνέπεια» την αρχή της «μεγιστοποίησης της ωφέλειας», τότε οι κανόνες της απόφασης διαμορφώνονται έτσι:

Στις αποφάσεις με ασφάλεια, επιλέγεται η δραστηριότητα όπου η είσοδος της

18. Schneider, ό.π. 10.1 σ. 349 («Herstellung»/«Darstellung»).

19. H. Laux, Entscheidungstheorie, 5η έκδ. 2003, σ. 4 επ.

κατάστασης φέρνει τη μέγιστη ωφέλεια.

Στις αποφάσεις με κίνδυνο επιλέγεται η δραστηριότητα με τη μέγιστη «προσδοκώμενη αξία».

Στις αποφάσεις με ανασφάλεια οι κανόνες απόφασης ακολουθούν τα προσωπικά στοιχεία του δικαστή, όπως η αισιοδοξία ή η απαισιοδοξία του. Ο πρώτος, ο αισιόδοξος, θα επιλέξει τη δραστηριότητα με τη μέγιστη ωφελμιστική αξία. Ο δεύτερος, ο απαισιόδοξος, θα υπολογίσει το χειρότερο για να μεγιστοποιήσει την ωφέλεια του για τη συγκεκριμένη περίπτωση.

5. Πώς μεταφέρεται η οικονομική ανάλυση στο δίκαιο;

Η οικονομική και η νομική επιστήμη είναι *επιστήμες συμπεριφοράς* (Handlungswissenschaften)²⁰.

Ο οικονομολόγος ερευνά για την «ωφέλεια» και το «κόστος» της συμπεριφοράς, ο νομικός ερευνά για το «σύννομο» ή το «παράνομο» της συμπεριφοράς. Η οικονομική θεωρία ξεκινά από τον ιδεατό τύπο του homo oeconomicus, του οποίου οι πράξεις που επιλέγει (στα πλαίσια των περιορισμών που θέτουν π.χ. το εισόδημα, οι τιμές, οι νόμοι) είναι αυστηρά ορθολογικές και οι προτιμήσεις του, πλήρεις και μη αντιφατικές.

Και το δίκαιο όμως απευθύνεται στο λογικό ον. Έτσι π.χ. η αρχή της αυτονομίας των συμβάσεων, η αρχή της ευθύνης στο ποινικό δίκαιο, η ενηλικίωση, προϋποθέτουν ότι ο άνθρωπος μπορεί τα πλεονεκτήματα και τα μειονεκτήματα της δράσης του, εκ των προτέρων να σταθμίσει και βάσει αυτών να ενεργήσει.

Εάν το κοινωνιολογικό μοντέλο του «υπάκουου στο δίκαιο» είναι το κύριο κίνητρο για τη σύννομη συμπεριφορά, για το οικονομικό μοντέλο συμπεριφοράς ο υπάκουος στο δίκαιο προκύπτει από το αποτέλεσμα του υπολογισμού «ωφέλεια - κόστος».

Αντικειμενικό κόστος π.χ. για το αστικό δίκαιο είναι η απώλεια νομικών καταστάσεων και το ύψος των αποζημιώσεων, στο ποινικό δίκαιο οι χρηματικές ποινές, στο διοικητικό η άρνηση αδειών.

Η οικονομική ανάλυση του δικαίου έχει ως εκκίνηση ότι με αυξανόμενα κόσθη μιας παράνομης πράξης, αυτή – εάν οι ωφέλειες από αυτήν παραμένουν οι ίδιες – έχει την τάση να επιλέγεται σπανιότερα.

Αντίθετα, αποφάσεις για μια συγκεκριμένη συμπεριφορά, κατά μέσο όρο θα απαντώνται συχνότερα, εάν το κόστος της περιορίζεται. Η οικονομική ανάλυση των κανόνων προσβλέπει εκ των προτέρων στις έννομες συνέπειες και ξεκινάει από το σκεπτικό ότι αυτό που εκ των υστέρων θα συμβεί, αποτελεί εκ των προτέρων κατευθυντήρια γραμμή για εκείνους προς τους οποίους απευθύνεται ο κανόνας

20. Για τις διακρίσεις και τη διαμόρφωση των αποφάσεων με βάση τη μεγιστοποίηση της ωφέλειας βλ. *Schneider*, ό.π. 10.3.1 σ. 353 επ.

δικαίου²¹.

Κατά τα λεχθέντα από τον νομπελίστα Gary Becker στη μελέτη του «Εγκλημα και Τιμωρία», «μερικοί άνθρωποι γίνονται εγκληματίες όχι γιατί τα κίνητρό τους διαφέρουν από αυτά των άλλων, αλλά γιατί τα οφέλη και τα έξοδα τους διαφέρουν»²².

Η κανονιστική θεωρία της απόφασης δίνει σ' αυτόν που αποφασίζει κανόνες για να τους χρησιμοποιήσει στις διάφορες καταστάσεις, δηλαδή μεταξύ περισσότερων εναλλακτικών να επιλέξει την «ορθή». Στην περίπτωση της δικαστικής απόφασης επιδιώκει να εισαγάγει στην αρχή του ορθολογισμού, τη δικαιοσύνη μέσω της οικονομικής αρχής της μεγιστοποίησης της ωφέλειας.

6. Ας δούμε πως λειτουργεί η οικονομική ανάλυση του δικαίου στα πλαίσια τριών διαφορετικών κλάδων του ιδιωτικού δικαίου²³.

6.1. Στο δίκαιο των συμβάσεων, ο Posner εισήγαγε την έννοια της αποτελεσματικής αθέτησης των συμβατικών υποχρεώσεων (efficient breach). Σύμφωνα με τη θεωρία αυτή (που στηρίζεται σε παλαιότερη προσέγγιση του περίφημου ανώτατου δικαστή Oliver Wendell Holmes και θυμίζει εντονότατα την αρχή της σχετικότητας των ενοχών του ρωμαιο-γερμανικού δικαίου των συμβάσεων), σε ορισμένες περιπτώσεις η εκπλήρωση της σύμβασης δεν είναι κοινωνικά ωφέλιμη. Αυτό μπορεί να συμβεί είτε στην περίπτωση όπου εμφανίζεται ένας τρίτος με μια καλύτερη προσφορά είτε διότι οι όροι εκπλήρωσης της σύμβασης έχουν αλλάξει σε τέτοιο βαθμό ώστε να καθίσταται οικονομικώς ασύμφορη η εκτέλεσή της. Σε αυτές τις περιπτώσεις, είναι κοινωνικώς ωφελιμότερο να μην εκπληρωθεί η σύμβαση και να αποζημιωθεί πλήρως ο αντισυμβαλλόμενος (όπου στην αποζημίωση συμπεριλαμβάνεται οπωσδήποτε και το διαφυγόν κέρδος του).

Η θεωρία της αποτελεσματικής αθέτησης της σύμβασης έχει δεχτεί κριτική σε δύο κυρίως επίπεδα: Ότι

(α) δεν λαμβάνει υπόψη της την αυτόνομη ηθική αξία της υποσχέσεως, η οποία δημιουργεί όχι μόνο νομική αλλά και ηθική υποχρέωση εκπλήρωσης,

(β) συνεπάγεται ανεπιθύμητα αναδιανεμητικά αποτελέσματα, εφόσον η καλύτερη προσφορά (δηλαδή αυτός που έχει την οικονομική ισχύ και τον πλούτο να

21. Έτσι *D. Schmidtchen*, *Die ökonomische Analyse des Rechts*, 1999 σ. 9 επ. αναφ. υπό *Schneider*, ό.π. 10.3.1.2 σ. 354, υποσ. 15.

22. Βλ. *Schneider*, ό.π. σ. 355.

23. *G. Becker*, *Crime and Punishment, An Economic Approach*, *Journal of Political Economy* 76 (1968) σ. 176. Βλ. και *Posner*, *Economic Analysis of Law*, ό.π. σ. 165 «η εμπειρική παρατήρηση έχει δείξει ότι οι εγκληματίες ανταποκρίνονται στις μεταβολές του κόστους ευκαιρίας, στην πιθανότητα σύλληψης, στην αυστηρότητα της ποινής και σε άλλες σχετικές μεταβλητές, ως εάν ήταν πράγματι οι ορθολογικοί υπολογιστές του οικονομικού μοντέλου και αυτό ανεξάρτητα εάν το έγκλημα διαπράττεται από χρηματικό κέρδος ή πάθος, από πλούσιους ή φτωχούς ή μορφωμένους ανθρώπους».

προσφέρει περισσότερα χρήματα) υπερισχύει πάντοτε.

Όμως η κριτική αυτή δεν λαμβάνει υπόψη της πως βασικός σκοπός του δικαίου των συμβάσεων, στα πλαίσια μιας ελεύθερης αγοράς, είναι η άριστη κατανομή των πόρων μέσω της διευκόλυνσης των συναλλαγών μεταξύ των συμβαλλομένων. Επιπλέον, σύμφωνα με τον Posner, ο ρόλος του δικαίου των συμβάσεων (αλλά και γενικότερα του δικαστή που το εφαρμόζει) δεν είναι η άσκηση κοινωνικής πολιτικής, ούτε η εφαρμογή κάποιας συγκεκριμένης ηθικής θεώρησης του κόσμου, αλλά η πραγμάτωση της θέλησης των αντισυμβαλλομένων οι οποίοι εμπλέκονται σε συναλλαγές και σε συμβάσεις με σκοπό την αύξηση της ευημερίας τους (όπως βέβαια την αντιλαμβάνονται οι ίδιοι οι αντισυμβαλλόμενοι).

Η αναδιανεμητική και η κοινωνική πολιτική αποτελούν αρμοδιότητα του κράτους, το οποίο, ως κεντρική εξουσία, έχει τη δυνατότητα να την ασκήσει πολύ πιο αποτελεσματικά μέσω της φορολογίας και της διαχείρισης του κράτους πρόνοιας. Επιπλέον και στις περιπτώσεις αυτές συνήθως ωφελημένος είναι ο ασθενέστερος οικονομικά αντισυμβαλλόμενος. Αυτό συμβαίνει διότι είναι πολύ πιο πιθανό ο αντισυμβαλλόμενος αυτός να προχωρήσει στη σύναψη μιας σύμβασης χωρίς να έχει την απαραίτητη πληροφόρηση, αλλά και τη δυνατότητα να την διαπραγματευτεί με τον πιο επωφέλη για τον ίδιο τρόπο – είναι επίσης πιθανό ακόμα και να υπήρξε το «θύμα» μιας προγενέστερης μονοπωλιακής κατάστασης. Η προσφορά εκ μέρους ενός τρίτου προσώπου μιας σύμβασης με σαφώς καλύτερους όρους (better deal) όχι μόνο του προσφέρει περισσότερα για την ίδια παροχή, αλλά αποτελεί και την ουσία της ελεύθερης αγοράς και του υγιούς ανταγωνισμού. Αλλά και στην απρόοπτη μεταβολή των συνθηκών, η εκπλήρωση μιας παροχής η οποία εκ των πραγμάτων έχει καταστεί επαχθής, είναι πιθανότερο να οδηγήσει σε οικονομική καταστροφή το οικονομικώς ασθενέστερο μέρος της σύμβασης.

6.2. Σχετική με το παραπάνω θέμα είναι και η συμβολή της οικονομικής ανάλυσης στο σημαντικό πρόβλημα της κατανομής των κινδύνων στα πλαίσια μιας σύμβασης. Αξιοποιώντας τις σχετικά πρόσφατες έρευνες οικονομολόγων πάνω στο πρόβλημα της ασύμμετρης πληροφόρησης και των πορισμάτων της «θεωρίας αποφάσεων», ο Posner θέτει το εξής ερώτημα: Αν η κατανομή του κινδύνου (allocation of risk) δεν προκύπτει ρητά ή σιωπηρά από τη σύμβαση, ποιο από τα δύο συμβαλλόμενα μέρη θα μπορούσε να αποφύγει τον κίνδυνο (δηλ. να ασφαλισθεί) με το μικρότερο κόστος;

Διατυπώνονται έτσι δύο γενικές αρχές: Ο οφειλέτης ευθύνεται για την αδυναμία παροχής εφόσον:

(α) είτε μπορούσε να αποτρέψει το γεγονός που έκανε αδύνατη την εκτέλεση της σύμβασης με λογικό κόστος (το οποίο συγκεκριμενοποιείται: λογικό κόστος είναι εκείνο που είναι χαμηλότερο της προσδοκώμενης ζημίας – δηλ. το μέγεθος της ζημίας πολλαπλασιαζόμενο με την πιθανότητα επέλευσης του κινδύνου)

(β) είτε μπορούσε να ασφαλισθεί έναντι του κινδύνου με χαμηλότερο κόστος από το δανειστή (π.χ. διότι ήταν σε θέση να εκτιμήσει καλύτερα την πιθανότητα επέλευσης του κινδύνου και το μέγεθος της ζημίας, μπορούσε να ενσωματώσει μια «ασφαλιστική ρήτρα» στην τιμή, να ανεύρει καλύτερους όρους ασφάλισης στην αγορά, να καταλείψει τον κίνδυνο αποτελεσματικότερα λόγω μεγάλου όγκου συναλλαγών, κ.λπ).

Είναι φανερό πως και αυτή η θεωρία, που ο Posner εισήγαγε ήδη από το 1977 (σε άρθρο που συνέγραψε σε συνεργασία με τον Andrew Rosenfield) δεν οδηγεί μόνο στην άριστη κατανομή των κινδύνων και επομένως και των οικονομικών πόρων, αλλά και στην προστασία του αδύνατου μέρους της σύμβασης που σπάνια είναι σε θέση να υπολογίσει ή να αποτρέψει τον κίνδυνο – και πολύ περισσότερο να ασφαλιστεί έναντί του.

6.3. Ένας άλλος κλάδος στον οποίο η συμβολή της οικονομικής ανάλυσης υπήρξε καταλυτική είναι εκείνος της αντιμονοπωλιακής νομοθεσίας (antitrust law), δηλ. της νομοθεσίας για την προστασία του ανταγωνισμού. Βασική αποστολή του δικαίου προστασίας του ανταγωνισμού είναι η μεγιστοποίηση της ευημερίας των καταναλωτών. Ο στόχος αυτός μπορεί να εκπληρωθεί μέσω της προαγωγής της οικονομικής αποτελεσματικότητας και του ανταγωνισμού. Ασκώντας κριτική στα αμάχητα τεκμήρια παραβίασης των κανόνων του ανταγωνισμού (per se rules) που είχαν καθιερώσει τα παλαιότερα νομοθετήματα και οι σχετικές δικαστικές αποφάσεις, προτάθηκε η αντικατάστασή τους με γενικές ρήτρες (standards) που θα έδιναν στον δικαστή τη διακριτική ευχέρεια να διαπιστώσει, χρησιμοποιώντας τα εργαλεία της οικονομικής επιστήμης, αν (και κατά πόσο) συγκεκριμένες πρακτικές νοθεύουν τον ανταγωνισμό και μειώνουν την ευημερία των καταναλωτών (rule of reason). Έτσι, δόθηκε μεγαλύτερη έμφαση στην προστασία του ανταγωνισμού από τα ολιγοπώλια, τις συμφωνίες καθορισμού των τιμών (price fixing) και τις οριζόντιες συγκεντρώσεις (horizontal mergers) και λιγότερη σε πρακτικές όπως η τιμολόγηση κάτω από το κόστος (predatory pricing) που τις περισσότερες φορές καταλήγουν να ωφελούν τους καταναλωτές²⁴.

6.4. Πολύ σημαντική συμβολή της οικονομικής ανάλυσης αποτελεί η εφαρμογή των οικονομικών θεωριών περί ανθρωπίνου κεφαλαίου (human capital) και των νομικών θεωριών περί εμπιστοσύνης (reliance) στη μελέτη του δικαίου του διαζυγίου. Ειδικά ο Posner αντιμετωπίζει το γάμο ως σύμβαση μακράς διάρκειας στην οποία έχουν επενδύσει και οι δύο σύζυγοι και ιδιαίτερα η γυναίκα, η οποία συχνότατα στηρίζει τον σύζυγό της στις σπουδές του και στο χτίσιμο της καριέρας του, εγκαταλείποντας η ίδια την εργασία της ή μη εκμεταλλευόμενη τις ευκαιρίες που της δίνονται για αμειβόμενη απασχόληση. Η γυναίκα επενδύει στο γάμο της το ανθρώπινο

24. Βλ. ανάλυση «Επαινος για τον επίτιμο διδάκτορα Richard A. Posner, υπό Α. Κοτσίρη, Ε.Τρ. Αξ.Χρ.Δ. 2003 σ. 831 επ. και Θέματα Δικαίου ΙΙΙ, 2004, σ. 99 επ. 102 επ.

κεφάλαιό της, το οποίο ομοιάζει με «εξειδικευμένη επένδυση» (specific investment) και επομένως έχει οικονομική αξία μόνον εντός των πλαισίων του συγκεκριμένου γάμου. Αντίθετα, η επένδυση του άνδρα στην καριέρα του αποτελεί ανθρώπινο κεφάλαιο που έχει αντίκρισμα στη δημόσια σφαίρα, δηλ. στην αγορά εργασίας.

Εφόσον ο γάμος λυθεί με διαζύγιο, η γυναίκα πρέπει, σύμφωνα με τον Posner, να αποζημιωθεί για την επένδυσή της αυτή. Το είδος αυτό της αποζημίωσης είναι παρόμοιο με εκείνο που στο δίκαιο των συμβάσεων καλύπτει το διαφυγόν κέρδος (expectation damages), διότι η σύζυγος δεν αποζημιώνεται μόνο για την οικιακή της εργασία (για την οποία δεν αμειβεται), αλλά και για το χαμένο κόστος ευκαιρίας (opportunity cost) δηλαδή για ό,τι θυσιάσε προσδοκώντας εύλογα στην ασφάλεια που προσφέρει η συζυγική σχέση. Άλλωστε, το εισόδημα και η παρουσία του συζύγου της θα ήταν σαφώς χαμηλότερα αν αυτός θα έπρεπε να απασχοληθεί εξίσου με ενδο-οικιακά καθήκοντα και γυναίκα του απερίσπαστη οικοδομούσε τη δική της καριέρα.

Η φιλελευθεροποίηση του δικαίου του διαζυγίου και η εισαγωγή του άνευ υπαιτιότητας διαζυγίου (no-fault divorce) έχει σαν αποτέλεσμα τη μείωση της διαπραγματευτικής δύναμης της γυναίκας και μάλιστα της οικοκυράς, σε γάμους μακροχρόνιας διάρκειας που την έχουν κρατήσει εκτός αγοράς εργασίας. Επομένως, ο καλύτερος τρόπος προστασίας της διαζευγμένης γυναίκας (που είναι στις περισσότερες περιπτώσεις ο οικονομικά ασθενέστερος σύζυγος) είναι η αντιμετώπιση του γάμου ως σύμβασης (contractualization of marriage) που σε περίπτωση λύσης του, αποζημιώνει πλήρως το μέρος το οποίο δεν ευθύνεται για την αποτυχία της συμβατικής σχέσης²⁵.

25. Βλ. γενικά *R. Posner*, Antitrust Cases, Economic Notes and other materials (westpublishing) 1974 νέα έκδοση Antitrust Law, 2001 και *R. Bork*, The Antitrust Paradox 1978, σ. 91 επ. και για την έννοια της efficiency ως κεντρικό μέτρο σύμφωνα με τη Σχολή του Σικάγου, για την οποία ο μοναδικός σκοπός των κανόνων κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού είναι η προστασία των καταναλωτών και η πιο αποτελεσματική κατανομή των συντελεστών παραγωγής βλ. και *Α. Κοτσίρη*, Δίκαιο Ανταγωνισμού Αθέμιτου και Ελεύθερου, 3, έκδ. 2000, αρ. 65 επ. σ. 49 επ. (δίκαιο ανταγωνισμού και οικονομική θεωρία) για τις θέσεις των Σχολών Χάρβαρντ (στρουκτουραλιστική σχολή) και Σικάγου (φιλελεύθερη σχολή οικονομικής ανάλυσης). Επίσης, *W. Kilian*, Europäisches Wirtschaftsrecht, 2η έκδ. 2003 (Beck), αρ. 405, επ. σ. 177 επ. Προβληματισμός εάν οι επιχειρήσεις είναι σε θέση να πραγματώσουν την αποτελεσματικότητα μέσω περιορισμών του ανταγωνισμού αναπτύσσεται από τον *Posner*, Antitrust Law, 2001 σ. 133-135. Κατ' αυτόν «Η αποτελεσματικότητα είναι ο τελικός σκοπός του antitrust, αλλά ο ανταγωνισμός είναι ενδιάμεσος σκοπός που συχνά θα είναι πλησίον του τελικού σκοπού για να επιτρέψει στο δικαστή να μην κοιτάζει περαιτέρω», ό.π. σ. 29 βλ. και *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2η έκδ. (Beck) 2004 §2 αρ. 91 σ. 80 που δέχονται τελικά το efficiency test ως μη αποκλειστικό κριτήριο για την αξιολόγηση των περιορισμών του ανταγωνισμού. «Ανταγωνισμός», κατ' αυτούς, είναι εκείνο το πολυσύνθετο σύστημα των διαδικασιών αγοράς το οποίο αναπτύσσεται με βάση την ελευθερία συμμετοχής σ' αυτές και διαμόρφωσης της

6.6. Ακόμα η οικονομική θεμελίωση των γενικών όρων συναλλαγών βρίσκεται στο ότι – ανεξάρτητα από αποδιδόμενα σ' αυτούς μειονεκτήματα π.χ. χαρακτήρας ως σύμβασης προσχώρησης, σχέσης ισχυρού - αδύνατου μέρους – μειώνονται τα έξοδα του πελάτη για αναζήτηση, πληροφόρηση και επεξεργασία και δημιουργούνται μικρότερα έξοδα για την επιχείρηση, χωρίς να παραγνωρίζεται και το κοινωνικό όφελος από την ενδεχόμενη αποτυχημένη διαπραγμάτευση και αποφυγή σπάταλης για μια συμβατική διευθέτηση²⁶.

Διαφαίνεται ότι τα οικονομικά έχουν ένα κανονιστικό και θετικό ρόλο στο δίκαιο και στους νομικούς θεσμούς²⁷. Βέβαια ο οικονομολόγος δεν είναι ο τελικός διαιτητής της κοινωνικής επιλογής²⁸. Έστω και αν δεν μπορεί να πει στην κοινωνία πώς να περιορίσει το φαινόμενο π.χ. της κλοπής, μπορεί να της δείξει ότι είναι αναποτελεσματικό να επιτρέψει την απεριόριστη κλοπή, μπορεί δηλαδή να καταστήσει σαφή μια «σύγκρουση αξιών» δείχνοντας τι πρέπει να θυσιαστεί από μια αξία προκειμένου να επιτευχθεί κάποια άλλη. Δηλαδή, βάζοντας π.χ. σκοπό τον περιορισμό των κλοπών ως δεδομένο, ο οικονομολόγος μπορεί να δείξει ότι τα μέσα με τα οποία η κοινωνία επιχειρεί να πετύχει το σκοπό αυτό είναι αναποτελεσματικά, ότι η κοινωνία μπορούσε να έχει περισσότερη πρόληψη - προφύλαξη με χαμηλότερο κόστος χρησιμοποιώντας διάφορες μεθόδους. Εάν οι περισσότεροι αποτελεσματικές μέθοδοι δεν έβλαψαν άλλες αξίες, κατά τεκμήριο πρέπει να θεωρούνται κοινωνικά αποδεκτές ακόμα και αν στην αποτελεσματικότητα ήθελε δοθεί κατώτερη θέση στην ιεραρχία των αξιών. Δηλαδή στα οικονομικά φαινόμενα να δίνεται ένας σημαντικός κανονιστικός ρόλος ακόμα και αν γίνεται προσπάθεια να αποδοθεί η προέλευση της αποτελεσματικότητας από θεμελιώδη ηθικά αξιώματα²⁹.

Και διερωτάται ο Posner: Μήπως ο δικηγόρος και ο οικονομολόγος προσεγγίζουν την ίδια υπόθεση με τόσο διάφορους τρόπους ώστε να δίνουν την

δραστηριότητας σύμφωνα με ίδιο σχεδιασμό μέσα σ' αυτές, ό.π.αρ. 74 σ. 72. Βλ. και για την εφαρμογή των διαφόρων θεωριών R. Gordon, Antitrust Abuse in the New Economy, The Microsoft case 2002 (Elgar) ιδίως σ. 12 επ.

26. Βλ. Α. Κοτσίρη, Έπαινος για R. Posner σε θέματα Δικαίου III σ. 106-107.

27. Βλ. M. Adams, Ökonomische Theorie des Rechts. Konzepte und Anwendungen (Lang) 2002, σ. 117 επ.

28. Ως προς την εφαρμογή των οικονομικών αρχών και της οικονομικής ανάλυσης από τους ευρωπαϊκούς θεσμούς, ιδίως την Ευρωπαϊκή Επιτροπή και το Δικαστήριο Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων βλ. S. Bishop/M. Walker, Economies of E.C. Competition Law: Concepts, Application and Measurement, 1998 (Sweet & Maxwell), 1. 02, σ. 2 και γενικά επίσης V. Korah, E.C. Competition Law and Practice, 6η έκδ. 1997 (Hart), σ. 301 για τη σημασία της οικονομικής ανάλυσης στις αποφάσεις των ευρωπαϊκών θεσμών, επισημαίνοντας την ανεπαρκή ανάλυση από την Επιτροπή σε σχέση με εκείνη του Δικαστηρίου, σ. 316.

29. Έτσι, Posner, Economic Analysis of Law, 2η έκδ. ό.π. § 2.2 σ. 17 «the economist is not the ultimate arbiter of social choice».

εντύπωση βασικής ασυμβατότητας μεταξύ δικαίου και οικονομικών; Ο Χ τραυματίζεται από ένα αδέξιο κυνηγό Υ. Το ενδιαφέρον ερώτημα των δικηγόρων και των αντιδίκων καθώς και του δικαστή είναι εάν το κόστος του τραυματισμού θα μετακινηθεί από τον Χ στον Υ, δηλαδή εάν είναι ορθό και δίκαιο ο Χ να αποζημιωθεί. Ο δικηγόρος του Χ θα υποστηρίξει ότι ο Χ πρέπει να αποζημιωθεί από τον Υ που έφταιγε, ενώ ο Χ δεν είχε πταίσιμα. Ο δικηγόρος του Υ μπορεί επίσης να υποστηρίξει ότι και ο Χ ήταν απρόσεκτος και συνεπώς ότι είναι δίκαιο η ζημιά να παραμείνει στον Χ^{30, 31}.

Τώρα όχι μόνον η «δικαιοσύνη» και το «εύλογο» δεν είναι οικονομικές ιδέες, αλλά ούτε ο οικονομολόγος ενδιαφέρεται με το ερώτημα που αφορά το θέμα και τους δικηγόρους του: δηλαδή το ποιος θα φέρει το κόστος του ατυχήματος. Για τον οικονομολόγο το ατύχημα έχει κλείσει ως κεφάλαιο. Ο οικονομολόγος ενδιαφέρεται για τις μεθόδους πρόληψης μελλοντικών ατυχημάτων και συνεπώς μείωσης του κόστους των ατυχημάτων, ενώ τα διάδικα μέρη δεν ενδιαφέρονται για το μέλλον αλλά για τις οικονομικές συνέπειες του παρελθόντος ατυχήματος.

Ωστόσο αυτή η διχοτόμηση δεν είναι απόλυτη³². Η απόφαση στην υπόθεση θα επηρεάσει το μέλλον και αυτό ενδιαφέρει τον οικονομολόγο: ότι η απόφαση θα είναι οδηγός για ριψοκίνδυνες δραστηριότητες. Η απόφαση γίνεται έτσι προειδοποίηση, ότι ο υπαίτιος θα πληρώσει ή ότι ακόμα ότι το θύμα είναι ενδεχόμενο να μην αποζημιωθεί. Μεταβάλλοντας έτσι τις τιμές, η προειδοποίηση μπορεί να επηρεάσει τη συμπεριφορά και κατά συνέπεια και το κόστος των ατυχημάτων. Αντίστοιχα ο δικαστής δεν μπορεί να αγνοεί το μέλλον αφού θα πρέπει να λαμβάνει υπόψη του την επίπτωση της απόφασής του στη μελλοντική συμπεριφορά των ανθρώπων που εμπλέκονται σε δραστηριότητες που μπορούν να προκαλέσουν ατυχήματα. Εάν π.χ. η απόφαση κατέληγε υπέρ του εναγομένου Υ με το σκεπτικό ότι επάξια κερδίζει αν και απρόσεκτος οδηγός, η απόφαση θα ενθάρρυνε παρόμοιους ανθρώπους να είναι απρόσεκτοι, δηλαδή τον τύπο της δαπανηρής συμπεριφοράς. Όταν συνεπώς το πλαίσιο της αναφοράς επεκτείνεται πέρα από τα άμεσα ενδιαφερόμενα μέρη, η δικαιοσύνη και η ορθότητα αποκτούν ευρύτερη σημασία από το τί είναι «δίκαιο» και «ορθό» μεταξύ του συγκεκριμένου ενάγοντα και του συγκεκριμένου εναγόμενου. Το θέμα τι είναι «δίκαιο» και «ορθό» μετακινείται σε μια «τάξη δραστηριοτήτων» και δεν μπορεί να επιλυθεί χωρίς να ληφθεί υπόψη η επίπτωση εναλλακτικών δικαστικών λύσεων στη συχνότητα των ατυχημάτων και το κόστος της πρόληψης των ατυχημάτων.

Έτσι οι προσεγγίσεις, νομική και οικονομική, δεν είναι τόσο διαφορετικές.

Και θα 'θελα να επαναφέρω τα λόγια του Richard Posner, κατά την

30. Posner, ό.π. σ. 18.

31. Posner, ό.π. σ. 18.

32. Posner, ό.π. σ. 19.

αναγόρευσή του σε επίτιμο διδάκτορα από τη Νομική του ΑΠΘ: «Όσοι δεν είναι οικονομολόγοι έχουν την τάση να συνδέουν τα οικονομικά με το χρήμα, με τον καπιταλισμό, με τον εγωισμό, με μια αφαιρετική, ανεδάφικη θεώρηση των ανθρώπινων κινήτρων και της ανθρώπινης συμπεριφοράς, με ένα ψυχρό μαθηματικό εργαλείο και με μια προδιάθεση για κυνικά, απαισιόδοξα και συντηρητικά συμπεράσματα. Η οικονομική επιστήμη έχει κερδίσει τον τίτλο της «ζοφερής επιστήμης», εξαιτίας της θέσης του Thomas Malthus ότι ο λιμός, ο πόλεμος και η σεξουαλική αποχή είναι οι μοναδικοί τρόποι με τους οποίους μπορούν να εξισορροπηθούν ο πληθυσμός και η προσφορά τροφής. Ωστόσο, όλα αυτά δεν αποτελούν την ουσία των οικονομικών. Η ουσία των οικονομικών είναι εξαιρετικά απλή, αν και η απλότητα είναι παραπλανητική. Το απλό μπορεί να μη διακρίνεται με την πρώτη ματιά, μπορεί μάλιστα να έρχεται σε αντίθεση με την κοινή λογική. Το αντίθετο του απλού δεν είναι το δύσκολο, είναι το πολύπλοκο.

Το πρωταρχικό έργο του οικονομολόγου είναι να υπενθυμίζει σε όλους (και ιδιαίτερα στους δικηγόρους και στους δικαστές) τις συνέπειες που οι μη οικονομολόγοι έχουν την τάση να παραγνωρίζουν. Συνέπειες οι οποίες συχνά, αν και όχι πάντοτε, έρχονται σε αντίθεση με τις πραγματικές ή προτεινόμενες πολιτικές και πρακτικές ή έχουν κάποιο σημαντικό κόστος. Η συγκεκριμένη χρήση της οικονομικής επιστήμης πρέπει να θεωρηθεί ευπρόσδεκτη από εκείνους τους νομικούς που πιστεύουν ότι είναι σημαντικό να ανακαλύπτει κανείς τις πραγματικές συνέπειες των δικαιικών αρχών και των νομικών θεσμών, ακόμη και εκείνων των αρχών και θεσμών που θεωρούνται από τους νομικούς περίπου ως «ιερού», καθώς και από τους δικαστές που αντιμετωπίζουν καθημερινά ένα ευρύ φάσμα υποθέσεων οι οποίες θέτουν οικονομικά ζητήματα. Η οικονομική ανάλυση του δικαίου πρέπει να γίνει εξίσου ευπρόσδεκτη από τους καθηγητές της Νομικής που προσπαθούν να εμβαθύνουν στην κατανόηση του νομικού συστήματος, να κεντρίσουν το ενδιαφέρον των φοιτητών τους και να δημιουργήσουν ένα θεωρητικό πλαίσιο που να συλλαμβάνει τη λανθάνουσα ενότητα και την κοινωνική χρησιμότητα του δικαίου».