

**ΑΤΟΜΙΚΑ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΑ, ΙΔΙΩΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ,
ΠΡΟΣΤΑΣΙΑ ΤΩΝ ΚΑΤΑΝΑΛΩΤΩΝ
ΚΑΙ ΕΓΓΥΗΣΕΙΣ ΤΡΑΠΕΖΙΚΩΝ ΔΑΝΕΙΩΝ¹**

Γιώργος Ι. Δέλλιος
Επίκ. Καθηγητής Νομικής ΑΠΘ

ΔΙΑΓΡΑΜΜΑ

- I. Ατομικά δικαιώματα στο Ιδιωτικό Δίκαιο
 1. Κοινωνική εξέλιξη και «ιδιωτική εξουσίαση»
 2. Το άρθρο 25 § 1 του αναθεωρημένου Συντάγματος
 3. Η «τριτενέργεια» των ατομικών δικαιωμάτων στις ιδιωτικές έννομες σχέσεις
- II. Η ανάγκη αιτιολόγησης της συνταγματικής προστασίας του ατόμου από τις δικές του αποφάσεις
 1. Φιλελεύθερη και κοινωνική διάσταση των ατομικών δικαιωμάτων
 2. Διαφορά μεταξύ «δημόσιας» και «ιδιωτικής» εξουσίασης ως προς την ανάγκη αιτιολόγησης της προστασίας
 - α. Πρώτες διαγνώσεις από τις «κάθετες» σχέσεις Κράτους - ατόμου
 - β. Ειδικότερα για τις «οριζόντιες» σχέσεις μεταξύ των ατόμων
- III. Η θεωρία της «έμμεσης» τριτενέργειας ως παραδοχή της ανάγκης ιδιαίτερης αιτιολόγησης των συνταγματικών παρεμβάσεων στις ιδιωτικές έννομες σχέσεις
 1. «Άμεση ισχύς», αλλ' «έμμεση τριτενέργεια», των ατομικών δικαιωμάτων
 2. Ιδιαιτερότητες της συνταγματικής προστασίας στο πεδίο των ιδιωτικών διαφορών
 - α. Ως προς τη μορφή της προστασίας
 - β. Ως προς τη λειτουργία της αρχής της αναλογικότητας
- IV. Μεθοδολογία της συνταγματικής παρέμβασης στις ιδιωτικές έννομες σχέσεις
 1. Τα κριτήρια διάγνωσης της υποχρέωσης παροχής θετικής προστασίας
 2. Ο αναλογικός καθορισμός του πρόσφορου μέσου προστασίας
 - α. Τα περιθώρια του «απλού» νομοθέτη ή δικαστή
 - β. Η αυτονομία του Ιδιωτικού Δικαίου
- V. Η συμβολή του Συντάγματος στην άρση αξιολογικών αντινομιών του Ιδιωτικού Δικαίου
 1. Εισαγωγή στο πρόβλημα ορισμένων κατηγοριών εγγυητών τραπεζικών δανείων
 2. Οι αντιφατικές θέσεις της πρόσφατης ελληνικής και παλαιότερης γερμανικής νομολογίας
 3. Οι θεμελιώδεις αποφάσεις του Γερμανικού Συνταγματικού Δικαστηρίου

1. Εισήγηση σε επιστημονική εκδήλωση της Ένωσης Αστικολόγων στην Αθήνα στις 10.12.2003.

4. Η μετέπειτα νομολογία του Γερμανικού Ακυρωτικού
 - α. Η βάση της αντίθεσης στα χρηστά ήθη
 - β. Η βάση της ανατροπής του δικαιοπρακτικού θεμελίου
 - γ. Η αναλογική εφαρμογή διατάξεων για την προστασία των καταναλωτών
5. Η νομολογία του ΔΕΚ

VI. Επίμετρο

I. 1. Η συνταγματική παρέμβαση στις ιδιωτικές σχέσεις² συνδέεται κυρίως με τις επελθούσες μεταπολεμικά μεγάλες τεχνολογικές και οικονομικές μεταβολές. Με αυτές δημιουργήθηκαν, δίπλα στους κινδύνους που προέρχονταν από την κρατική εξουσία, νέες, ιδιωτικές πλέον, δυνατότητες εξουσίας των ανθρώπων, άρα και νέοι λόγοι διακινδύνευσης των ατομικών τους δικαιωμάτων³. Σε αρκετούς από αυτούς – όπως λ.χ. στη μαζική συναλλαγή με ομοιόμορφους όρους, στην αιφνιδιαστική συμβατική δέσμευση, στην αυτοματοποιημένη παραγωγή ή στη δύναμη της διαφήμισης – δεν μπορεί κανείς παρά να αναγνωρίσει την ανάγκη προστασίας των καταναλωτών⁴. Η άμυνα της οργανωμένης κοινωνίας απέναντι στους νέους αυτούς κινδύ-

2. Από τη σκοπιά του Συνταγματικού Δικαίου βλ. παρακ. υποσ. 9 και *Μαυτιάκη*, Η επίδραση του Συντάγματος στις ιδιωτικές έννομες σχέσεις, Χαριστ. Δελιγιάννη IV (1992), 247 επ.· *Κασιμάτη*, Δημοσ. ΕΙΔΑΔ (1976), 109 επ.· ήδη *Dürig*, FS Nawiasky (1956), 157 επ.· *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht (1960)· *Geiger*, Die Grundrechte in der Privatrechtsordnung (1960)· *Schwabe*, AcP 185 (1985), 1 επ.· *Hesse*, Verfassungsrecht und Privatrecht (1988)· *Götz*, in: *Heyde/Starck*, Vierzig Jahre Grundrechte (1990), 35 επ.· *Alexy*, Theorie der Grundrechte³ (1996), 475 επ., 493 επ. – Από τη σκοπιά του Ιδιωτικού Δικαίου βλ. παρακ. υποσ. 34 και *Γαζή*, Η επίδραση του Συντάγματος επί του Αστικού Δικαίου, Δημοσ. ΕΙΔΑΔ (1976), 7 επ.· *Κόρσο*, τ.τ. Π. Ζέπου, I (1973), 175 επ.· *Καρακατσάνη*, Δημοσιεύμ. ΕΙΔΑΔ (1976), 31 επ.· *Κουκιάδη*, ΕΕργΔ 1986, 978 επ.· προσφάτως *Floren*, Grundrechtsdogmatik im Vertragsrecht (1999) και ιδίως την σειρά μελετών του Canaris: Grundrechte und Privatrecht, Eine Zwischenbilanz (1999)· *τον ίδιο*, AcP 184 (1984), 201 επ. και AcP 185 (1985), 9 επ.· JZ 1987, 993 επ.· JZ 1988, 494 επ.· JuS 1989, 161 επ.· JZ 1990, 679 επ.· FS Lerche (1993), 873 επ.· FS Odersky (1996), 753 επ. Βλ. ακόμη ήδη *Laufke*, FS Lehmann I (1956), 145 επ.· *Reimers*, Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht (1959)· *Nipperdey*, FS E. Molitor (1962), 17 επ.· *Bydlinski*, ÖzöR XII (1962/1963), 423 επ.· *L. Raiser*, Verh. 46 DJT, Bd. II (1967)· *Stürmer*, NJW 1979, 2334 επ.· *Zäch*, SJZ 1989, 1 επ. και 25 επ.· *Hillgruber*, AcP 191 (1991), 69 επ.· *Medicus*, AcP 192 (1992), 35 επ.· *Hager*, JZ 1994, 373 επ.· *Zöllner*, AcP 196 (1996), 1 επ. και την σειρά μελετών του Diederichschen, AcP 198 (1998), 171 επ.· *τον ίδιο*, Die Rangverhältnisse zwischen den Grundrechten und dem Privatrecht, in: *Starck*, Rangordnung der Gesetze (1995), 39 επ.· *τον ίδιο*, Jura 1997, 57 επ.· *Limbach*, Die Ausstrahlung des Grundgesetzes auf das Privatrecht, FS Zivilrechtslehrer (1999), 383 επ.

3. Βλ. *Παπαδημητρίου*, Η τριτενέργεια των ατομικών δικαιωμάτων σήμερα, Υπεράσπιση 1996, 211 επ. (213, 215)· *Fezer*, Homo constitutionis, JuS 1991, 889 επ.· *Arndt*, Markt und Macht (1973), 43 επ.· *Fikentscher*, FS Hefermehl (1971), 41 επ.· v. *Westphalen*, Das Recht des Stärkeren und seine grundgesetzliche Beschränkung, MDR 1994, 5 επ.

4. Βλ. *Ρώτη*, Η προστασία του καταναλωτή και το Σύνταγμα, ΝοΒ 1992, 1263 επ.· *Γέμο*, ΤοΣ 1990, 19 επ.· *Δερβιτσιώτη*, ΔαΠ 17 (1989), 213 επ.· *Καζάκο*, Αστικό Δίκαιο, Οικονομία της Αγοράς κ.λπ. (1987), σελ. 66 επ.· *Λιακόπουλο*, ΝοΒ 1984, 945 επ.· *τον ίδιο*, Οικονομική ελευθερία κ.λπ. (1981),

νους ενεργοποίησε τη δυνατότητα παρέμβασης των ατομικών δικαιωμάτων στο χώρο του Ιδιωτικού Δικαίου.

2. Για την ελληνική έννομη τάξη η σπουδαιότητα του όλου ζητήματος αντικατοπτρίζεται στην αναδιατυπωθείσα, κατά την πρόσφατη συνταγματική αναθεώρηση, διάταξη του άρθρου 25 § 1 Σ. Στις διαφορές διατύπωσης από το παλαιό άρθρο περιλαμβάνεται η διευκρίνιση της ισχύος των ατομικών δικαιωμάτων στις ιδιωτικές σχέσεις και η καταγραφή της αρχής της αναλογικότητας ως κρίσιμος μέτρον για τον περιορισμό τους⁵. Το βέβαιο είναι ότι με τις προσθήκες αυτές δεν εισάγονται νέες έννοιες στην ελληνική συνταγματική τάξη, αλλ' απλώς επιβεβαιώνονται γνώριμες από μακρού λύσεις⁶, μεταξύ των οποίων και η λεγόμενη «τριτενέργεια» των ατομικών δικαιωμάτων.

3. Το παραδοσιακό περιεχόμενο της θεωρίας της *τριτενέργειας*⁷ συνοψίζεται ως εξής: Πέρα από τη δέσμευση των δημοσίων οργάνων, να εξειδικεύουν το Σύνταγμα στις *κάθετες* σχέσεις του Κράτους με τα άτομα, τα ατομικά δικαιώματα ενεργούν και *οριζόντια*, αντιμετωπίζοντας τις ανθρώπινες σχέσεις πάνω στη γραμμή των βασικών αρχών του πολιτεύματος, της ελευθερίας και της ισότητας. Σ' αυτό το επίπεδο «*τρίτοι λέγονται όλοι οι συνάνθρωποι, καταξιωμένοι από το νόμο με τα ίδια δικαιώματα, όχι όμως και εφοδιασμένοι πάντα με τις ίδιες πραγματικές εξουσίες*»⁸. Τα ατομικά δικαιώματα, λοιπόν, κατευθύνονται στην προστασία του ανθρώπου τόσο από την δημόσια όσο και από την ιδιωτική εξουσίαση. «Τριτενέργεια» λέγεται η

66-125· Σταθόπουλο, ΤοΣ 1981, 517 επ.· Stober, Verfassungsrechtliche Konturen eines Verbraucherrechts, FS Lukes (1989), 591 επ.· Murswiek, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik (1985), 14 επ.· Scherhorn, Die Funktionsfähigkeit von Konsumgütermärkten, in: v. Gottschaldt/Lersch/Sander/Thomae, Handbuch der Psychologie, Bd. 12, Hlbbd. 1 (1983), 45 επ.

5. Εδ γ: «*Τα δικαιώματα αυτά ισχύουν και στις σχέσεις μεταξύ ιδιωτών, στις οποίες προσιδιάζουν*». Εδ. δ: «*Οι κάθε είδους περιορισμοί ... να σέβονται την αρχή της αναλογικότητας*». Για την αποτίμηση των διαφορών αυτών βλ. Γ. Μητσόπουλο, «Τριτενέργεια» και «αναλογικότητα» ως διατάξεις του αναθεωρηθέντος Συντάγματος, ΔτΑ 15/2002, 641 επ.· Κατρούγκαλο, ΔτΑ 10/2001, 457 επ.· Ανθόπουλο, Όψεις της συνταγματικής δημοκρατίας στο παράδειγμα του άρθρου 25 § 1 Σ, εις: το Νέο Σύνταγμα, Επιμ. Τσάτσου/Βενιζέλου/Κοντιάδη (2001), 153 επ.· Βενιζέλο, Το Αναθεωρητικό Κεκτημένο (2002), 131 επ.· Μποτόπουλο, ΝοΒ 2002, 3 επ. (5).

6. Πρβλ. Μανιτάκη, Ένας συγκρατημένος συνταγματικός εκσυγχρονισμός, Πρόλογος στο: Το Σύνταγμα της Ελλάδος 1975/1986/2001 (2001), VI.

7. Βλ. παραπάνω υποσ. 2, 3 και: Μανιτάκη, Χρον. Ιδρ. Μαραγκοπούλου (1991), 289 επ.· Ηλιοπούλου - Στράγγα, Η τριτενέργεια των ατομικών και κοινωνικών δικαιωμάτων (1990)· Α. Δημητρόπουλο, Η συνταγματική προστασία του ανθρώπου από την ιδιωτική εξουσία (1982)· Δαγτόγλου, ΝοΒ 1982, 780 επ.· Κασσιμάτη, ΤοΣ 1978, 237 επ.· Κατράνη, ΤοΣ 1978, 237 επ.· Classen, AöR 122 (1997), 65 επ.· Roth, FS Everling, Bd. II (1995), 1231 επ.· Saladin, SJZ 1988, 373 επ.· Bleckmann, DVBl 1988, 938 επ.· Rüfner, GS Martens (1987), 215 επ.· Nowak, EuGRZ 1984, 133 επ.· Schwabe, Die sogenannte Drittwirkung des Grundrechte (1971)· τον ίδιο, NJW 1973, 229 επ.· τον ίδιο, AöR 100 (1975), 442 επ.

8. Βλ. Βεγλερή, στον Πρόλογο του έργου της Ηλιοπούλου - Στράγγα., ό.π., (1990), σελ. II επ.

χρησιμοποίησή τους προς τη δεύτερη κατεύθυνση, δηλαδή για αποτροπή κινδύνων από την ανισορροπία των *ιδιωτικών δυνατοτήτων* μεταξύ των ατόμων, όπου υπάρχει τέτοια και όταν ο «απλός» νομοθέτης ή ο δικαστής του Ιδιωτικού Δικαίου δεν την έχει αποκαταστήσει. Στο σημείο αυτό, όμως, αρχίζουν και τα προβλήματα της οριοθέτησης της τριτενέργειας. Μήπως ο έντονος συνταγματισμός της καταλήγει να προστατεύει τα άτομα περισσότερο απ' όσο χρειάζονται ή και απ' όσο επιθυμούν⁹;

II. Έτσι τίθεται το ερώτημα του επιτρεπτού ή μη της *προστασίας του ατόμου από τη δική του απόφαση να εκτεθεί στον κίνδυνο της ιδιωτικής εξουσίας*. Την ίδια προβληματική, όμως, εμφανίζει και το ζήτημα της προστασίας των καταναλωτών. Το ερώτημα, αν το Κράτος «δικαιούται να μεταβάλλεται σε κηδεμόνα του καταναλωτή, που γνωρίζει καλύτερα από τον ίδιο τι είναι καλό γι' αυτόν», απασχολεί τόσο το Ιδιωτικό όσο και το Συνταγματικό Δίκαιο¹⁰. Η διαπίστωση αυτή δικαιολογεί μία παράλληλη διερεύνηση:

1. Πολυάριθμες μελέτες και των δύο κλάδων φέρουν τον τίτλο της «*προστασίας του ατόμου από τον εαυτό του*»¹¹ ή της «*παραίτησης από τα ατομικά δικαιώματα*»¹² ή αναφέρονται στο αξίωμα «*volenti non fit injuria*»¹³. Στις μελέτες αυτές το ζήτημα προσεγγίζεται συχνά με κάποια μονομέρεια, άλλοτε μόνον από τον πόλο της «φιλελεύθερης» και άλλοτε μόνον από αυτόν της «κοινωνικής» αντίληψης των δικαιωμάτων. Και οι δύο αυτοί πόλοι, όμως, αποτελούν ισότιμα στοιχεία του δημοκρατικού πολιτεύματος¹⁴. Η σύνθεσή τους αναδεικνύεται στο άρθρο 25 § 2 Σ, που διακη-

9. Βεγλερής, ό.π., σελ. VI.

10. Βλ. Απ. Γεωργιάδη, ΝοΒ 1994, 321 επ. (341/342)· Δαγτόγλου, ΑτομΔ Β' (1991), 1012, αριθ. 1321.

11. Βλ. Schwabe, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, JZ 1998, 66 επ.· Singer, Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sich selbst, JZ 1995, 1133 επ.· Littwin, Grundrechtsschutz gegen sich selbst (1993)· Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst (1992), με σχόλια των W. Schmidt (JZ 1993, 833 επ.) και Würkner (NJW 1993, 1968 επ.)· Bleckmann, RdA 1988, 332 επ.· v. Münch, FS H.P. Ipsen (1977), 113 επ. Πρβλ. ακόμη Enderlein, Rechtspaternalismus und Vertragsrecht (1996), 172 επ.· Hager, JZ 1994, 378 επ.· Oldiges, FS Friauf (1996), 304 επ.· Isensee, HbdStR V (1992), § 111 Rdnr. 113 επ., 128 επ.· Zöllner, AcP 196 (1996), 1 επ. (7 επ., 12 επ., 36)· Canaris, ό.π., Zwischenbilanz (1999), 48 επ.· τον ίδιο, AcP 184 (1984), 232 επ.· τον ίδιο, JuS 1989, 164 επ.

12. Βλ. Bleckmann, Probleme des Grundrechtsverzichts, JZ 1988, 57 επ.· Quaritsch, GS Martens (1987), 407 επ.· Robbers, Der Grundrechtsverzicht. Zum Grundsatz «volenti non fit injuria» im Verfassungsrecht, JuS 1985, 925 επ.· Koch, Ein Beitrag zur Lehre vom Verzicht auf Grundrechte (1983)· Pietrzak, Der Staat 1978, 527 επ.· Sturm, FS Geiger (1974), 173 επ.· Malorny, JA 1974, 475 επ. Πρβλ. και Δαγτόγλου, ΑτομΔ, Α' (1991), 169 επ.

13. Sachs, Volenti non fit injuria - Zur Bedeutung des Willens des Betroffenen, VerwArch 76 (1985), 398 επ.· Robbers, ό.π.

14. Βλ. Μαυριά, Συνταγματικό Δίκαιο² (2002), 89/93· Ανθόπουλο, Το πρόβλημα της λειτουργικής δέσμευσης των θεμελιωδών δικαιωμάτων (1993), 121 (και εκεί υποσ. 79)· Δαγτόγλου, ΑτομΔ, Α' (1991), 58 επ.· Μάνεση, Ατομικές ελευθερίες⁴ (1982), 24 επ.· Βλάχο, Κοινωνιολογία των δικαιωμάτων του ανθρώπου² (1979), 132 επ., 142· Brugger, JZ 1987, 633 επ.· Grimm, Rückkehr zum liberalen Grund-

ρύσσει τη στόχευση των ατομικών δικαιωμάτων στην επίτευξη «κοινωνικής πρόοδου μέσα σε ελευθερία και δικαιοσύνη». Το φιλελεύθερο στοιχείο φαίνεται στη λέξη «ελευθερία», το δε κοινωνικό στην «κοινωνική πρόοδο» και, ιδίως, στη λέξη «δικαιοσύνη». Η δικαιοσύνη αξιώνει ένα δίκαιο που να «συμψηφίζει τα χάσματα δύναμης», παρέχοντας «πραγματικές δυνατότητες προστασίας» στα άτομα¹⁵. Η αντίληψη αυτή αποτελεί τη βάση για την αντιμετώπιση σειράς οξύτατων αντιπαραθέσεων.

2. Τέτοιες παρατηρούνται τόσο στην Δημοσίου Δικαίου σχέση Κράτους - ατόμου όσο και στις Ιδιωτικού Δικαίου σχέσεις μεταξύ των ατόμων. Η ουσιώδης διαφορά τους έγκειται στο ότι στη μεν πρώτη η εξουσίαση του ατόμου είναι *αυταπόδεικτη*, άρα και η ανάγκη προστασίας του *δεδομένη*, ενώ στη δεύτερη η «εξουσίαση» του ατόμου από άλλο άτομο πρέπει πρώτα να αποδειχθεί, προκειμένου να αιτιολογηθεί η παροχή προστασίας. Ειδικότερα:

α. Στη Δημοσίου Δικαίου σχέση υπάρχει *ευθεία ενέργεια* των ατομικών δικαιωμάτων και όχι «τριτενέργεια», αφού ζήτημα «ιδιωτικής εξουσίασης» δεν τίθεται. Η προστασία των ατομικών δικαιωμάτων αιτιολογείται, εδώ, με μόνη τη συνταγματική τους κατοχύρωση και δεν χρειάζεται να αποδειχθεί έλλειμμα δυνατοτήτων αυτοπροστασίας του φορέα τους. Λ.χ. η εξειδίκευση της συνταγματικής προστασίας της ζωής (5 § 2 Σ) οδηγεί στο αξιόποιο της προσβολής της σε κάθε άτομο, και όχι μόνο στον αδύνατο ή τον πάσχοντα. Αυτό δεν σημαίνει ότι ο συνταγματικός νομοθέτης αγνοεί το ενδεχόμενο τυπικό έλλειμμα αυτοπροστασίας ορισμένων ατόμων, αλλ' ότι, ανάλογα με την έντασή του, άλλοτε μεν το απορροφά σε αυξημένης τυπικής ισχύος κανόνα (λ.χ. με τη θέσπιση ανωτάτου ορίου προφυλάκισης στο άρθρ. 6 Σ) και άλλοτε επιτάσσει στον «απλό» νομοθέτη τη λήψη προστατευτικών μέτρων (λ.χ. θέσπιση του αξιοποίνου της έκθεσης σε κίνδυνο περιδεών προσώπων στο άρθρ. 306 ΠΚ). Και στις δύο περιπτώσεις, όμως, η ανάγκη *συνταγματικής* προστασίας είναι δεδομένη και δεν χρειάζεται άλλη αιτιολόγηση. Αιτιολόγηση στα πλαίσια του Δημοσίου Δικαίου χρειάζεται για τον *περιορισμό* των ατομικών δικαιωμάτων¹⁶ και ιδίως για την άρση της σύγκρουσης μεταξύ δικαιωμάτων *περισσότερων ατόμων*¹⁷. Παράδειγμα αποτελεί η σκέψη ότι, «αφού η ελευθερία της οδικής κυ-

rechtsverständnis?, στο έργο του ίδιου, Die Zukunft der Verfassung (1991), 221 επ.· τον ίδιο, Grundrechte und soziale Wirklichkeit, in: Hassemer/Hoffmann-Riem/Limbach/Weiß (Hrsg.), 1982, 39 επ.· Neuner, Privatrecht und Sozialstaat (1998), 291.

15. Έτσι Ανθόπουλος, Λειτουργική δέσμευση (1993), 118-120· πρβλ. Rawls, Θεωρία της Δικαιοσύνης (2001), 266, 271: «Οι ελευθερίες χάνουν μεγάλο μέρος της αξίας τους, όταν επιτρέπεται σ' αυτούς που διαθέτουν περισσότερα ιδιωτικά μέσα να χρησιμοποιούν τα πλεονεκτήματά τους ... Επομένως, θα πρέπει να ληφθούν κάποια *αντισταθμιστικά μέτρα*, ώστε να διατηρηθεί για όλους η ακριβοδίκαιη αξία των ίσων ... ελευθεριών».

16. Για την ανάγκη αιτιολόγησης των περιορισμών από λόγους «γενικού συμφέροντος» βλ. Χρυσόγονο, ΑτομΔ² (2002), 88 επ.

17. Που αποτελεί, ίσως, και τον σπουδαιότερο λόγο περιορισμού τους, βλ. Χρυσόγονο, ό.π., 102 επ.

κλοφορίας είναι καθημερινή, ο περιορισμός της, πότε - πότε, για να καταστεί δυνατή η άσκηση της ελευθερίας των συναθροίσεων, είναι θεμιτός και επιβεβλημένος»¹⁸. Ούτε εδώ, όμως, πρόκειται για αντιμετώπιση μιας «ιδιωτικής» εξουσίασης των χρηστών του οδικού δικτύου από τους συναθροιζόμενους, αλλά για εναρμόνιση της παράλληλης άσκησης των δικαιωμάτων περισσότερων φορέων *απέναντι στο Κράτος*¹⁹. Και εδώ η έκβαση της κρίσης είναι ανεξάρτητη από ενδεχόμενες ελλειμματικές ιδιαιτερότητες των επιμέρους φορέων. Λ.χ. από τη σκοπιά της υποχρέωσης των κρατικών οργάνων να μην παρεμποδίσουν τη συνάθροιση, είναι αδιάφορο το αν τα μέλη της διαμαρτύρονται για την καταχρηστική τους απόλυση ή απλώς υποδέχονται μια ποδοσφαιρική ομάδα, όπως είναι αδιάφορο και το αν ο ένας «μποτιλιαρισμένος» οδηγός μπορεί να πάει στο σπίτι του από διαφορετικό δρόμο, ενώ ένας άλλος δεν διαθέτει εναλλακτικές λύσεις. Έτσι, λοιπόν, μπορούμε γενικά να πούμε ότι *η ενέργεια των ατομικών δικαιωμάτων στις σχέσεις του Δημοσίου Δικαίου δεν χρειάζεται να αιτιολογείται με την επίκληση καταστάσεων ελλείμματος δυνατότητας αυτοπροστασίας του φορέα του θιγομένου δικαιώματος*.

Τέτοιου είδους αιτιολόγηση στη Δημοσίου Δικαίου σχέση αρχίζει να παρατηρείται, εν τούτοις, εκεί όπου η οριοθέτηση της κρατικής εξουσίας διασταυρώνεται με την ανάγκη προστασίας του ατόμου από μία ιδιόμορφη ιδιωτική εξουσίαση, την εξουσίασή του από τον – υποτιθέμενο – «κακό εαυτό» του. Παραδείγματα συνιστούν λ.χ. η απαγόρευση της ενεργητικής ευθανασίας, παρά το επίμονο αίτημα ενός ανίατα ασθενούς (ΠΚ 300)²⁰ ή η επιβολή της υποχρεωτικής χρήσης ζωνών ασφαλείας ή προστατευτικού κράνους, παρά την αντίθετη βούληση ορισμένων οδηγών²¹. Στις περιπτώσεις αυτές συγκρούονται *στο ίδιο άτομο* το δικαίωμα στην ελεύθερη προσωπικότητα (5 § 1 Σ) και το δικαίωμα στη ζωή (5 § 2 Σ). Ορισμένοι επιχειρούν να λύσουν τη σύγκρουση υπέρ του πρώτου, επικαλούμενοι τη φιλελεύθερή του διάσταση²², ενώ άλλοι δίνουν το προβάδισμα στη ζωή, επικαλούμενοι την κοινωνική της διάσταση²³. Η ισότιμη, όμως, σύνθεση των δύο διαστάσεων υποδεικνύει ότι η άρση της σύγκρουσης αυτής *έχει ανάγκη ουσιαστικότερης αιτιολόγησης*²⁴. Έτσι, για

18. Μάνεσης, Ατομικές Ελευθερίες⁴ (1982), 65 επ.· *Χρυσόγονος*, ό.π., 104 επ.

19. Πρβλ. *Χρυσόγονο*, ό.π., 104· *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts¹⁹ (1993), 27.

20. Πρβλ. BVerfG, NJW 1987, 2288 επ.· *Fink*, Selbstbestimmung und Tötung (1992), 130 επ., 198 επ.· *Hillgruber*, Schutz ό.π. (1992), 84 επ., 90· *v. Münch*, FS Ipsen (1977), 113 επ. (124 επ.)· BGHSt, JZ 1984, 893 επ.

21. Πρβλ. BVerfGE 59, 275 επ. (277 επ.)· BVerfG NJW 1987, 180 επ.· *Singer*, JZ 1995, 1133 επ. (1140).

22. Πρβλ. *Hillgruber*, Schutz (1992), 20 επ., 45 επ., 84, 95 επ., 102, 104 επ., 110, 126 επ., 168 επ., 170 επ.

23. Πρβλ. την κριτική του *Kloepfer*, in: FG Gesellschaft für Rechtspolitik (1984), 199 επ. (202).

24. Πρβλ. ήδη *Nipperdey*, FS Molitor (1962), 17 επ. (19 επ.): «Das Grundgesetz ist die Antwort

τη συνταγματική νομιμοποίηση της υποχρεωτικής χρήσης ζωνών ασφαλείας χρειάζεται η προσφυγή, μεταξύ άλλων, και στη διαπίστωση της «συνήθους ψυχολογικής αδυναμίας πολλών οδηγών να αποτιμήσουν ορθά εκ των προτέρων το μέγεθος των κινδύνων που τους απειλούν»²⁵. Ομοίως η απαγόρευση της ενεργητικής ευθανασίας βρίσκει έρεισμα στη διαπίστωση του «κυρίαρχου σε τέτοιες περιπτώσεις συναισθήματος του ασθενούς να παύσει να επιβαρύνει τους συγγενείς του». Αυτό «μπορεί να το εκμεταλλευθούν οι μελλοντικοί κληρονόμοι προκειμένου να τον κατευθύνουν σε εξωτερίκευση του αιτήματος της ευθανασίας»²⁶. Βλέπουμε, λοιπόν, ότι *ακόμη και σε ζητήματα «κάθετων» σχέσεων μεταξύ Κράτους και ατόμου, όταν η απόφαση παίρνει χαρακτήρα προστασίας του ατόμου «από τον εαυτό του», επηρεάζεται, σε κάποιο βαθμό, από τη διαπίστωση ελλειμματικών καταστάσεων που εγείρουν αμφιβολίες για την ικανότητα του ατόμου να αποφασίσει ελεύθερα*²⁷. Γίνεται πάντως δεκτό ότι, όταν κάποιος αυτοπεριορίζει σε τέτοιο βαθμό ένα ατομικό του δικαίωμα ώστε να θίγει τον πυρήνα του δικαιώματος αυτού, τότε προσβάλλει την ίδια την αξία του ως ανθρώπου, η οποία είναι ανεπίδεκτη παραίτησης²⁸. Τότε η προστατευτική παρέμβαση του Κράτους είναι επιβεβλημένη *χωρίς άλλη αιτιολόγηση*, με βάση την μη αναθεωρήσιμη διάταξη του άρθρου 2 § 1Σ²⁹. Χαρακτηριστικό παράδειγμα αποτελεί η απαγόρευση από το Γερμανικό Συνταγματικό Δικαστήριο της λειτουργίας των λεγόμενων «reep-show», παρά την οικειοθελή συμμετοχή των εκτειθέμενων σ' αυτά γυναικών, οι οποίες επικαλούνταν το δικαίωμα της αυτοδιάθεσης³⁰.

β. Η προβληματική αυτή αποκτά μεγαλύτερη σημασία στα *Ιδιωτικού Δικαίου* ζητήματα, ιδίως ενόψει της δυνατότητας επιβολής περιορισμών στην αρχή της συμ-

auf den totalen Staat und verbietet damit den totalen Sozialstaat ebenso wie ... den totalen (wirtschafts) liberalen Staat». Ομοίως *Singer*, JZ 1995, 1133 επ. (1140 επ., υπό V).

25. Πρβλ. BGHZ 74, 24 επ. (35 επ.).

26. Έτσι *L. Schreiber/Ch. Schreiber*, ZRP 1993, 146 επ. (149)· *Engelhard*, ZRP 1987, 376. Πρβλ. και *Kutzer*, Strafrechtliche Grenzen der Sterbehilfe, NStZ 1994, 110 επ.

27. *Singer*, JZ 1995, 1140.

28. Καίτοι το «απαρβίαστο του πυρήνα των ατομικών δικαιωμάτων» δεν προβλέπεται ως γενικός κανόνας στο ελληνικό Σύνταγμα (ειδική περίπτωση: άρθρ. 23 § 2 εδ. δ), συνάγεται εντούτοις ομόφωνα από το άρθρο 2 § 1 Σ, με τη σκέψη ότι «ο σεβασμός της ανθρώπινης αξίας στην πράξη ταυτίζεται με την απόλυτη προστασία του πυρήνα των ατομικών δικαιωμάτων», βλ. *Δαγτόγλου*, Ατομικά Δικαιώματα, τ. Α (1991), 172/173 (αριθ. 300).

29. Πρβλ. στα άρθρ. 1 § 1 S. 1 GG («Die Würde des Menschen ist unantastbar») και άρθρ. 19 § 2 GG («In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden»)· *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat (1998), 150 επ. (υπό b)· *Höfling*, Die Unantastbarkeit der Menschenwürde, JuS 1995, 857 επ.· ήδη *Nipperdey*, in: *Neumann/Nipperdey/Scheuner*, Die Grundrechte², Bd. II (1968), 1 επ. Με επιφυλάξεις *Kloepfer*, Grundrechtsschranken, FG 25 jähr. Best. BVerfG Bd. II (1976), 405 επ.

30. BVerfGE 64, 274 επ. (277 επ.). Μια δεύτερη, όμως, παρόμοια απόφαση του ίδιου Δικαστηρίου αποφεύγει τη στήριξη στην προσβολή της ανθρώπινης αξίας και περιορίζεται στην αντίθεση στα «χρηστά ήθη», βλ. BVerfGE 84, 314 επ. (319 επ.).

βατικής ελευθερίας (ΑΚ 361)³¹. Η *αμφίπλευρη* παρουσία φορέων ατομικών δικαιωμάτων καθιστά αυτονόητο, ότι ο περιορισμός της συμβατικής ελευθερίας του ενός επιβάλλεται ακριβώς για την πραγμάτωση τής, εξίσου συνταγματικά κατοχυρωμένης, ελευθερίας του άλλου³². Το άρθρο 5 § 1 Σ ορίζει εξάλλου ρητά ότι «τα δικαιώματα των άλλων» συνιστούν λόγο περιορισμού της οικονομικής ελευθερίας του ατόμου. Βέβαια, και πάλι σε περιπτώσεις που θίγεται ουσιωδώς η *ανθρώπινη αξία*³³, η παροχή συνταγματικής προστασίας *δεν χρήζει άλλης αιτιολόγησης*³⁴. Έτσι λ.χ. η ελευθερία του εστιάτορα να συμβάλλεται κατά βούληση (5 § 1 Σ) υποχωρεί άνευ ετέρου μπροστά στην ανθρώπινη αξία του αλλοδαπού, με τον οποίο ο εστιάτορας αρνείται να συμβληθεί λόγω της καταγωγής του³⁵ (5 § 2 και 2 § 1 Σ). Για τον ίδιο λόγο, και η σύμβαση της μνηστείας στην ΑΚ 1346 διαπλάθεται ως μη δεκτική εξαναγκασμού, ατελής, ενοχή³⁶. Όμως, πέρα από τις περιπτώσεις προσβολής της ανθρώπινης αξίας, οι ποικίλοι εξειδικευμένοι περιορισμοί της συμβατικής ελευθερίας³⁷, που δεν είναι αναγκαίο να είναι όλοι και *συνταγματικά* επιβεβλημένοι, ανα-

31. Από τη γενική ανθρώπινη ελευθερία του άρθρου 5 § 1 Σ και την ελευθερία ανάπτυξης της προσωπικότητας που προστατεύει και η ΑΚ 57 συνάγεται, μεταξύ άλλων, η «αρχή της ιδιωτικής αυτονομίας», ειδικότερη έκφραση της οποίας αποτελεί η «αρχή της συμβατικής ελευθερίας» της ΑΚ 361, βλ. σχετικά *Καράση*, Αφιέρ. Α. Κιάντου - Παμπούκη (1998), 239 επ. (263)· *Ρώτη*, NoB 1992, 1263 επ. (1264/1265, υπό β)· *Λιακόπουλο*, NoB 1984, 945 επ. (949 επ.)· *Struck*, Vertragsfreiheit - Ein Grundrecht?, DuR 1988, 39 επ.

32. Βλ. σχετικά *Σταθόπουλο*, ΚριτΕ 1999/1, 13 επ. (23)· *Αστ. Γεωργιάδη*, Αρμ. 1996, 809 επ. (814)· *Περάκη*, ΔΕΕ 1996, 113 επ. (114, υπό ΙΙ)· *Kissel*, FS Söllner (2000), 491 επ. (496 επ.)· *Knobel*, Wandlungen im Verständnis der Vertragsfreiheit (2000), 101 επ.· *Bülow*, Der Grundsatz pacta sunt servanda, FS Söllner (2000), 189· *Ernst Wolf*, Vertragsfreiheit- eine Illusion?, FS Keller (1989), 359 επ.· *Eike Schmidt*, Von der Privat - zur Sozialautonomie, JZ 1980, 153 επ. (161)· *R. Fischer*, DRiZ 1974, 209 επ.· *L. Raiser*, Die Zukunft des Privatrechts (1971), 20· *Schmidt - Saltzer*, Vertragsfreiheit und Verfassungsrecht, NJW 1970, 8 επ.

33. Για την διπλή δυνατότητα δράσης του άρθρ. 2 § 1 Σ, σπανιότερα μεν ως κριτηρίου για την απευθείας αξιολόγηση μιας νομοθετικής ή συμβατικής ρύθμισης ή μιας κοινωνικής συμπεριφοράς, συνηθέστερα δε ως ερμηνευτικού πλαισίου των λοιπών συνταγματικών δικαιωμάτων και διατάξεων, βλ. *Μάνεση*, Ατομικές ελευθερίες⁴ (1982), 55· *Dürig*, AöR 91 (1956), 117 επ.

34. Πρβλ. *Neuner*, Sozialstaat (1998), 169: «... genauso wie man auf seinen Namen nicht verzichten kann».

35. Πρβλ. την κριτική κατά της OLG Frankfurt, NJW 1985, 1720 επ. (1721: «Türken dürfen dieses Lokal nicht betreten»), που αρνήθηκε την παροχή προστασίας στον αλλοδαπό πελάτη, σχετικά *Lochse*, NJW 1985, 1677 επ.· *Neuner*, Sozialstaat (1998), 153 επ. Πρβλ. και *Κρουσταλάκη*, Σεβασμός στον άνθρωπο (2003), 13/4 και τις εκεί παραινέσεις προς τους δικαστικούς λειτουργούς για προστασία της ανθρώπινης αξίας, με έμφαση στις περιπτώσεις αλλοδαπών.

36. Πρβλ. MünchKomm³/Wacke, § 1297 BGB, Rdnr. 1, 14· *Singer*, JZ 1995, 1134.

37. Βλ. σχετικά *Αστ. Γεωργιάδη*, Η προστασία του ασθενέστερου στο Αστικό Δίκαιο, ENOBE 31 (1997), 39 επ.· *Καζάκο*, Αστικό Δίκαιο, οικονομία της αγοράς κ.λπ. (1987), 81 επ.· *Σταθόπουλο*, ΤοΣ 1981, 517 επ. (527)· *Παπαντωνίου*, EEN 1965, 301 επ. (307).

δεικνύουν ότι το άτομο απαλλάσσεται από τη δεσμευτικότητα της απόφασής του μόνον εκεί όπου ο σχηματισμός της είναι ιδιαίτερα ευάλωτος³⁸. Τέτοιες καταστάσεις που γνωρίζει ο νόμος είναι λ.χ. η «ανάγκη, κουφότητα ή απειρία» της ΑΚ 179 II, η «υπηρεσιακή εξάρτηση» του δανειστή από τον οφειλέτη ή οι μονοπωλιακές συνθήκες «παραχώρησης της Αρχής» ή οι συνθήκες «έλλειψης ατομικής διαπραγματεύσεως» στη νέα διατύπωση των ΑΚ 332 II και 334 II, η «ανηλικότητα» και η «ψυχική ή διανοητική διαταραχή» στη ρύθμιση της ικανότητας για δικαιοπραξία, η «πλάνη, απάτη ή απειλή» ως καταστάσεις ελαττωμάτων της βούλησης κ.λπ.³⁹.

Αντίστοιχα, και η νομολογία του Ιδιωτικού Δικαίου κρίνει άκυρες μία σειρά από συμφωνίες με τις οποίες άτομα, ευρισκόμενα σε διάφορες καταστάσεις διάβρωσης της προσωπικής τους ελευθερίας, δεσμεύθηκαν, έναντι άλλων, να προβούν σε πράξεις ή παραλείψεις που περιορίζουν συνταγματικά τους δικαιώματα. Χαρακτηριστικό είναι, και εδώ, ότι όσο βαθύτερα το ζήτημα άπτεται της ανθρώπινης αξίας (2 § 1 Σ), ευθέως ή μέσω του θιγόμενου «πυρήνα» άλλων ατομικών δικαιωμάτων, τόσο η ανάγκη προστασίας τείνει να θεωρείται δεδομένη⁴⁰. Τέτοιο παράδειγμα αποτελεί η υπόσχεση υποχρεωτικής χρήσης αντισυλληπτικών που έδωσε μια γυναίκα στο σύντροφό της, προσβάλλοντας έτσι η ίδια την αξιοπρέπεια και την ελευθερία της προσωπικότητάς της. Η υπόσχεση αυτή κρίθηκε από το ΓερμΑκυρωτικό ως μη δεσμευτική χωρίς περαιτέρω αιτιολόγηση, δηλαδή ανεξαρτήτως του αν οφειλόταν στο φόβο απομάκρυνσης του ερωτικού συντρόφου ή σε γνήσια αυτοδιάθεση⁴¹. Αντίθετα, όσο το ζήτημα τείνει να προσλάβει χαρακτήρα συναλλαγής, τόσο η απομάκρυνση από την αρχή «*facta sunt servanda*» αρχίζει να απαιτεί ιδιαίτερη αιτιολόγηση. Οριακό παράδειγμα αποτελεί η έγγραφη συμφωνία για υποχρεωτική μετοίκηση του συζύγου σε άλλη πόλη μετά το διαζύγιο, επειδή η τέως σύζυγος δεν ήθελε να τον βλέπει. Η συμφωνία αυτή κρίθηκε άκυρη ως πλήττουσα το δικαίωμα ελεύθερης εγκατάστασης (5 § 4 Σ). Το ΓερμΑκυρωτικό, όμως, θεώρησε σκόπιμο να ενισχύσει την κρίση του με την επίκληση της τυπικά «εκβιαστικής κατάστασης» και του «ελλείμματος ορθολογικής συμπεριφοράς που συνοδεύουν συνήθως τις διαπραγματεύσεις ενός διαζυγίου»⁴². Η ανάγκη αιτιολόγησης γίνεται ακόμη μεγα-

38. Πρβλ. Grunsky, *Vertragsfreiheit und Kräftegleichgewicht* (1995), 9 επ.

39. Βλ. σχετικά Παπανικολάου, Κατάχρηση της συμβατικής ελευθερίας (1986), 67 επ. (III, 1), 72 επ.· τον ίδιο, Περί των ορίων της προστατευτικής παρεμβάσεως (1991), 214 επ., 220 επ., 227 επ., 257, 281 επ., 257, 281 επ., 287 επ.· τον ίδιο, Μεθοδολογία (2000), 274, αριθ. 403· Καραση, ΓΟΣ (1992), 81 επ.· Δέλλιο, Καλή πίστη και γενικοί όροι συναλλαγών, ΝοΒ 2003, 218 επ. (224 επ.)· ήδη Bartolomeyczik, AcP 166 (1966), 30 επ. (64 επ.).

40. Singer, JZ 1995, 1139: «Je mehr der Zwang, diese Freiheiten aufzugeben, den innersten Kern der Persönlichkeit berührt, desto weniger bietet der Satz *Vertrag ist Vertrag* eine befriedigende Rechtfertigung».

41. Πρβλ. BGHZ 97, 372 επ. (379) = JZ 1986, 1108 επ. (σημ. Ramm).

42. Βλ. BGH, NJW 1972, 1414 επ. (1415)· πρβλ. ακόμη Schwenzler, *Vertragsfreiheit im Ehever-*

λύτερη, όταν η συμφωνία μετοίκησης λαμβάνει χώρα στα πλαίσια *συνήθους* συναλλαγής: Λ.χ. ο υπάλληλος, προαγόμενος, συμφωνεί να μετατεθεί αναλαμβάνοντας διευθυντικά καθήκοντα στο υποκατάστημα του εργοδότη σε άλλη πόλη. Η κήρυξη άκυρης μιας τέτοιας συμφωνίας προϋποθέτει ισχυρότερη αιτιολόγηση, όπως λ.χ. ότι ο εργαζόμενος συμφώνησε στη μετάθεση λόγω συγκαλυμμένων απειλών του εργοδότη για καταχρηστική του απόλυση σε περίπτωση διαφωνίας. Με αντίστοιχο σκεπτικό, οι συμφωνίες περί μη ανταγωνισμού κρίνονται άκυρες, ως αντικείμενες στην ελευθερία επιλογής επαγγέλματος ή εργασίας (5 § 1 και 22 § 1 Σ), μόνον όταν αναφέρονται σε πολύ μακρό χρονικό διάστημα ή σε πολύ μεγάλη χωρική έκταση ή σε ιδιαίτερα ευρύ αντικείμενο⁴³. Διότι μόνο τότε μπορεί να πιθανολογηθεί «αδυναμία» του δεσμευθέντος να προβλέψει τους κινδύνους μιας τόσο εκτεταμένης δέσμευσης⁴⁴.

Καθίσταται σαφές, λοιπόν, ότι στις *Ιδιωτικού Δικαίου σχέσεις* – ενόσω δεν τίγεται ουσιωδώς η αυστηρά προσωπική σφαίρα και δι' αυτής η αξία του ανθρώπου (2 § 1 Σ) – *η μέσω των ατομικών δικαιωμάτων προστασία του ατόμου από τις δικές του δικαιοπρακτικές αποφάσεις δεν νομιμοποιείται με γενικόλογες αναφορές στη «συνταγματικότητα» ή την «κοινωνική διάσταση» του δικαιώματος, αλλ' έχει ανάγκη από μία ιδιαίτερη εκτιμητική αιτιολόγηση*⁴⁵. Αυτή συνίσταται στην αξιολόγηση ενδεχόμενων εγγενών ή/και εξωγενών καταστάσεων ελλείμματος δυνατοτήτων αυτοπροστασίας του ατόμου⁴⁶, αφού τόσο το εγγενές έλλειμμα αυτοκαθορισμού όσο και

mögens- und Scheidungsfolgenrecht, AcP 196 (1996), 88 επ.: Zöllner, Folgenvereinbarungen für den Scheidungsfall, FS Lange (1992), 973 επ.: Singer, ό.π.: Zu den «Zwängen und Rationalitätsdefiziten im Rahmen von Scheidungsverhandlungen ... gehört auch die Abrede über die Wohnsitzverlegung».

43. Πρβλ. *Achtenberg*, Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot in verfassungsrechtlicher Hinsicht, JZ 1975, 713 επ.

44. Πρβλ. BGHZ 91, 1 επ. (5) = JZ 1984, 1038 επ.: BGH, NJW 1986, 2944 επ.: BAGE 22, 125 επ. (133 επ.). Πρβλ. BGHZ 74, 293 επ. (298): 83, 313 επ. (318): *Grossfeld/Gersch*, Zeitliche Grenzen von privaten Schuldverträgen, JZ 1988, 937 επ.

45. Έτσι ομόφωνα *Eckhold - Schmidt*, Legitimation durch Begründung - Erkenntnistheoretische Analyse der Drittwirkungskontroverse (1974): *Singer*, JZ 1995, 1135: «Der Schutz gegen sich selbst durch die Grundrechte im Privatrecht bedarf also *besonderer Rechtfertigung*»: *Canaris*, Zwischenbilanz (1999), 72, 74: «... ein Schutzgebot setzt eine *spezifische Begründung* voraus»: *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat (1998), 2: «Es verbietet sich *Verfassungsgrundsätze wie nivellierende Bulldozer im Unter-verfassungsrecht zu gebrauchen*, anstatt sich auf die *mühsamere, undankbare Feinarbeit im Bürgerlichen Recht* zu konzentrieren»: *Müller - Freienfels*, FS Rittner (1991), 423 επ. (431): *Kloepfer*, FG Rechts-politik ό.π. (1984), 199 επ. (202).

46. Ο *Neuner*, ό.π., 107/108, αναφέρεται στην δυνατότητα συνδυασμού *εγγενών καταστάσεων*, λ.χ. απειρίας ή ανηλικότητας, με *καταστάσεις που προκαλεί η συμπεριφορά της άλλης πλευράς*, λ.χ. απάτη ή απειλή. Χαρακτηριστικό παράδειγμα τέτοιου συνδυασμού συνιστά η υπόσταση της ασχροκερδούς δικαιοπραξίας (AK 179), όπου η μεν «ανάγκη, κουφότητα ή απειρία» αποτελεί *εγγενή* ιδιότητα του ατόμου, η δε «εκμετάλλευσή» τους από τον άλλο συμβαλλόμενο αποτελεί *εξωγενή* παράγοντα.

πιβαλλόμενος έξωθεν ετεροπροσδιορισμός θέτουν εξίσου το άτομο υπό την «ιδιωτική εξουσία» της άλλης πλευράς⁴⁷.

III. Αυτού του είδους οι διαπιστώσεις φαίνεται ότι έθεσαν σε μία ορθότερη βάση τη συζήτηση για τη θεωρία της τριτενέργειας. Η θεωρία αυτή, μέχρι τότε, αναζητούσε ανεπιτυχώς τρόπους έκφρασης της ιδιαιτερότητας της επίδρασης των ατομικών δικαιωμάτων στο Ιδιωτικό Δίκαιο⁴⁸: Άλλοτε προσέφευγε σε εξωνομικούς χαρακτηρισμούς, όπως «ανακλαστική επένεργεια» (Ausstrahlungswirkung)⁴⁹, και άλλοτε έκανε χρήση διακρίσεων, όπως «έμμεση» – δηλαδή μέσω των γενικών ρητρών – τριτενέργεια των ατομικών δικαιωμάτων⁵⁰, χωρίς να προσδιορίζει το λειτουργικό περιεχόμενο των χαρακτηρισμών αυτών⁵¹. Για το λόγο αυτό, πολλοί αρνούνται οποιαδήποτε χρησιμότητα της θεωρίας της τριτενέργειας για την έννομη τάξη⁵². Ουσιαστικό περιεχόμενο δίνεται στη θεωρία αυτή με την ανάδειξη των ατομικών δικαιωμάτων ως εγγυήσεων παροχής, στα πλαίσια της ιδιωτικής σχέσης, μιας προστασίας ανάλογης με το έλλειμμα δυνατοτήτων αυτοπροστασίας του εκάστοτε θιγομένου⁵³. Η θεώρηση αυτή⁵⁴ έδωσε άλλη τροπή και στη διαμάχη μεταξύ «ά-

47. Βλ. Neuner, ό.π.· Singer, JZ 1995, 1133 επ. (1140, υπό V)· Robbers, JuS 1985, 926· Littwin, ό.π., (1993), 233 επ.· Λαγτόγλου, Ατομικά Δικαιώματα, τ. Α (1991), 170 (αριθ. 297).

48. Βλ. την κριτική των Canaris, Zwischenbilanz (1999), 16, 27 επ., 30, 32, 53 επ.· τον ίδιο, AcP 184 (1984), 212· Lerche, FS Odersky (1996), 216 επ. (223, 227 επ.)· τον ίδιο, FS Steindorff (1990), 897 επ., 905 (υποσ. 30)· Singer, JZ 1995, 1136.

49. Έτσι BVerfGE 7, 198 επ. (207)· BVerfGE 73, 261· σχετικά Aussem, Die «Ausstrahlungswirkung» der Grundrechte (1994), 2 επ.

50. Βλ. ιδίως Dürig εις Maunz/Dürig/Herzog, GG Komm., Art 3 I Rdnr. 510· Kopp, FS Wilburg (1975), 141 επ. (149)· Bleckmann/Eckhoff, Der «mittelbare» Grundrechtseingriff, DVBl 1988, 373 επ.

51. Για την αδυναμία των χαρακτηρισμών αυτών να αποδώσουν με ακρίβεια την ιδιαιτερότητα της επίδρασης των ατομικών δικαιωμάτων στις ιδιωτικές σχέσεις βλ. Γ. Μητσόπουλο, ΔτΑ 15/2002, 643.

52. Βλ. Μανιτάκη, Η τριτενέργεια, μια περιττή για την ελληνική έννομη τάξη έννοια, Χρον. Ίδρ. Μαραγκοπούλου (1991), 289 επ. Πρβλ. τον ίδιο, Χαριστ. Δεληγιάννη IV (1992), 247 επ. (279). Ο Καζάκος, Αστικό Δίκαιο κ.λπ. (1987), 66 επ., παρατηρεί ότι το αποτέλεσμα κατά την εφαρμογή των ατομικών δικαιωμάτων στις σχέσεις μεταξύ ιδιωτών είναι πρακτικά ανεξάρτητο από το αν θα ακολουθηθεί η θεωρία της άμεσης ή της έμμεσης τριτενέργειας.

53. Βλ. Canaris, Zwischenbilanz (1999), 37 επ., 55 επ., 71 επ., 76, που κάνει λόγο για «Schutzlücke» και «Schutzdefizit».

54. Που βασίζεται στη λεγόμενη «Schutzpflichtlehre», βλ. Starck, Grundrechtliche Schutzpflichten, in: Praxis der Verfassungsauslegung (1994), 46 επ. (70 επ., 74 επ.)· Pietrzak, JuS 1994, 748 επ.· Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten (1992), 22 επ., 52 επ.· Unruh, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten (1996), 58 επ.· Hesse/Kauffmann, JZ 1995, 219 επ.· Pietzcker, Drittwirkung- Schutzpflicht- Eingriff, FS Dürig (1990), 345 επ. και αρχικά Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit (1983), pass.

μεσης» ή «έμμεσης» τριτενέργειας⁵⁵.

1. Οι παρανοήσεις που συνοδεύουν τη διαμάχη αυτή οφείλονται κυρίως στην παράλειψη σαφούς διάκρισης μεταξύ «άμεσης δεσμευτικής ισχύος» των ατομικών δικαιωμάτων σε κάθε περίπτωση και «έμμεσου τρόπου επενέργειας» τους στην ιδιωτική συμπεριφορά⁵⁶. Στην πραγματικότητα δεν πρόκειται παρά για τον διαφορετικό τρόπο με τον οποίο το Κράτος και τα άτομα οφείλουν να προσλαμβάνουν το αξιολογικό μήνυμα της συνταγματικής κατοχύρωσης: Η μεν δεσμευτικότητα των ατομικών δικαιωμάτων, τόσο για τον νομοθέτη όσο και για τον δικαστή του Ιδιωτικού Δικαίου, δεν μπορεί παρά να είναι άμεση, αφού και οι δύο αποτελούν φορείς κρατικής εξουσίας⁵⁷. Με τα κρατικά όργανα, όμως, εξαντλείται ο κύκλος των άμεσων αποδεκτών των υποχρεώσεων προστασίας που παράγουν τα ατομικά δικαιώματα⁵⁸. Έτσι ο προμηθευτής, λόγου χάριν, δεν έχει, συνταγματική υποχρέωση να προστατεύει το δικαίωμα δικαιοπρακτικού αυτοκαθορισμού του καταναλωτή. Αλλιώς η συνταγματική κατοχύρωση κάθε ατομικού δικαιώματος θα συνεπαγόταν αυτόματα και απαγόρευση δικαιοπρακτικού περιορισμού του κατά την ΑΚ 174, οπότε κάθε τέτοιος περιορισμός θα γεννούσε αξιώσεις αποζημίωσης μέσω της ΑΚ 914. Έτσι, όμως, το σύνολο του περιουσιακού δικαίου θα αποκτούσε συνταγματική ισχύ, ποδηγετώντας τις συναλλαγές, σε άκρα αντίθεση με τη γενική ανθρώπινη ελευθερία του άρθρου 5 § 1 Σ⁵⁹. Κατά συνέπεια ορθώς η υποχρέωση προστασίας των ατομικών δικαιωμά-

55. Βλ. *Canaris*, *Zwischenbilanz* (1999), 34, 38: «die Schutzgebotsfunktion ... bildet in der Tat eine überzeugende dogmatische Erklärung für die *mittelbare Drittwirkung* der Grundrechte ..., wenn man den Terminus nicht überhaupt verabschieden will». Στην ίδια περίπτωση κατεύθυνση πρβλ. *Jarass*, *Grundrechte als Wertentscheidung*, AöR 110 (1985), 363 επ. (377)· *Hermes*, NJW 1990, 1764 επ.· *Singer*, JZ 1995, 1133 επ. (1136 επ.)· *Neuner*, *Sozialstaat* (1998), 158 επ.· *Καζάκο*, *Αστικό Δίκαιο κ.λπ.* (1987), 67· *Λιακόπουλο*, *Οικονομική ελευθερία* (1981), 66 επ.

56. Βλ. *Canaris*, ό.π., 35 επ. (υπό b), που διακρίνει μεταξύ «*Drittwirkung*» και «*Geltung der Grundrechte*». *Αντίθετος* ο *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*³ (1996), 489 επ.· ομοίως η *Ηλιοπούλου* - *Στράγγα*, ό.π. (1990), 22, 32, 64 επ., ταυτίζει την έννοια της «απολύτου ισχύος» των ατομικών δικαιωμάτων με αυτήν της «τριτενέργειας».

57. Έτσι *Canaris*, *Zwischenbilanz* (1999), 15, 24 επ. και αναλυτικά *Vosskuhle*, *Rechtsschutz gegen den Richter. Zur Integration der Dritten Gewalt in das verfassungsrechtliche Kontrollsystem* (1993). *Αντίθετος* ο *Diederichsen*, AcP 198 (1998), 171 επ. (234): «Die Geltung der Grundrechte läßt sich (nicht unmittelbar, sondern) nur als Ergebnis einer verfassungs- und zivilrichterlichen Rechtsfortbildung erklären». Για το ότι τόσο η νομοθεσία όσο και η νομολογία του Ιδιωτικού Δικαίου μπορούν να προσβάλλουν τα ατομικά δικαιώματα *εξίσου καίρια* όσο και οι Δημοσίου Δικαίου πράξεις πρβλ. την πολύκροτη απόφαση *Lüth*, που ανατράπηκε αργότερα από το γερμ.Συνταγματικό Δικαστήριο (BVerfGE 7, 198 επ., βλ. ελλην. μετάφρ. *Κ. Ζώρα*, ΤοΣ 1979, 357 επ.).

58. Βλ. *Stern*, *Das Staatsrecht der BRD*, Bd III/1 (1988), § 76 IV 5c· *Isensee*, HbdStR Bd V (1992), § 111 Rdnr. 3, 5· *Canaris*, AcP 184 (1984), 227· *τον ίδιο*, *Zwischenbilanz* (1999), 36.

59. Πρβλ. *Canaris*, *Zwischenbilanz* (1999), 34/35: «weite Teile des Privatrechts, insbesondere des Vertrags- und des Deliktsrechts (würden) auf die Ebene des Verfassungsrechts gehoben und ihrer Eigenständigkeit beraubt»· *Δαγτόγλου*, *ΑτομΔ*, Α' (1991), 102 (αριθ. 188): Η άμεση τριτενέργεια «θα

των από την ιδιωτική συμπεριφορά βαρύνει άμεσα μόνο το Κράτος. Απλώς το άτομο, εν προκειμένω ο προμηθευτής, υφίσταται τα χάριν της προστασίας των δικαιωμάτων του συνανθρώπου του λαμβανόμενα κρατικά μέτρα (νομοθετικά, διοικητικά ή δικαστικά), καθιστάμενο έτσι έμμεσος αποδέκτης του αξιολογικού μηνύματος της συνταγματικής κατοχύρωσης⁶⁰. Υπό το πρίσμα αυτό ορθότερο φαίνεται να θεωρήσουμε ότι η νέα διάταξη του άρθρου 25 § 1 εδ. γ Σ δεν ασπάζεται τη θεωρία της «άμεσης» τριτενέργειας, όπως υποστηρίζεται⁶¹, αλλ' απλώς επιβεβαιώνει την άμεση ισχύ των ατομικών δικαιωμάτων και στις ιδιωτικές έννομες σχέσεις⁶². Άμεση τριτενέργεια, δηλαδή συνταγματική παρέμβαση στις ιδιωτικές έννομες σχέσεις χωρίς ανάγκη αιτιολόγησης, είναι νοητή, όπως είδαμε, μόνο σε σχέση με την προστασία της ανθρώπινης αξίας⁶³ (2 § 1 Σ). Κάθε άλλη περίπτωση, κατά το άρθρο 25 § 1 εδ. γ Σ, χρειάζεται διερεύνηση του αν το συγκεκριμένο ατομικό δικαίωμα «προσιδιάζει» στην εκάστοτε ιδιωτική έννομη σχέση⁶⁴. Η έκφραση αυτή του συνταγματικού κειμένου, μετά από όσα εκτέθηκαν, μάλλον θα πρέπει να ερμηνευθεί ως παραδοχή μιας «έμμεσης» μόνον ενέργειας των ατομικών δικαιωμάτων στις σχέσεις μεταξύ ιδιωτών, δηλαδή μιας ενέργειας που χρειάζεται ιδιαίτερη αιτιολόγηση με τη διαπίστωση και αποτίμηση καταστάσεων ελλείμματος αυτοπροστασίας⁶⁵.

αναιρούσε την συμβατική ελευθερία και θα κατέλυε την αυτονομία του ιδιωτικού δικαίου».

60. Πρβλ. *Canaris*, ό.π., 38: «die Grundrechte (entfalten) -gewissermaßen auf einen Umweg- auch (den Bürgern) gegenüber Wirkungen». *Griller*, JBl 1992, 205 επ. Πρβλ. και *Καζάκο*, Αστικό Δίκαιο κ.λπ. (1987), 67: Αυτό «που επιδρά οπωσδήποτε στις σχέσεις ιδιωτικού δικαίου (είναι) ... το αξιολογικό σύστημα που συγκροτούν οι σχετικές συνταγματικές διατάξεις».

61. Βλ. *Ανθόπουλο*, Όψεις της συνταγματικής δημοκρατίας, εις: Το Νέο Σύνταγμα (2001), 153 επ. (167)· *Καράκωστα*, ΠρΚατ (2002), 216.

62. Στην κατεύθυνση αυτή βλ. *Βενιζέλο*, Το Αναθεωρητικό Κεκτημένο (2002), 137, που καιτόι αρχικά κάνει λόγο για εισαγωγή της άμεσης τριτενέργειας στην ελληνική έννομη τάξη, ακολούθως προσθέτει: «Θα ήταν μάλιστα ακριβέστερο να γίνεται λόγος όχι για τριτενέργεια, αλλά για άμεση εφαρμογή του Συντάγματος και στις σχέσεις μεταξύ ιδιωτών, δηλαδή για πρωτενέργεια του Συντάγματος και στο πεδίο αυτό -αν μπορούσαμε να χρησιμοποιήσουμε τον όρο αυτό σε αντιδιαστολή προς τον όρο τριτενέργεια».

63. Βλ. *Neuner*, Sozialstaat (1998), 152 επ.· *Zippelius*, Bonner Komm. Art 1 § 1, 2 Rdnr. 34 επ.· *Maunz/Dürig/Herzog*, GG Komm., Art 5 § 1, II Rdnr. 29· *Mangoldt/Klein/Starck*, Das Bonner GG³, Art § 1 Rdnr. 19, 22 επ.· *Diederichsen*, Rangverhältnisse ό.π. (1995), 39 επ. (53), που κάνουν λόγο για «unmittelbare Drittwirkung von Art. 1 GG».

64. Πρβλ. *Μητσόπουλο*, ΔτΑ 15/2002, 641 επ. (647), που τονίζει ότι «εκ της δικαστικής κρίσεως εξαρτάται, εάν οι συνταγματικοί αυτοί κανόνες προσιδιάζουν ... στις ιδιωτικές σχέσεις» και ότι η δικαστική αυτή κρίση είναι «τελεολογική» (ό.π., 645, 647, 659)· *Ramsauer*, Die Bestimmung des Schutzbereichs von Grundrechten nach dem Normzweck, VerwArch 72 (1981), 89 επ.

65. Βλ. *Canaris*, ό.π., 34 επ., 38, 72 (υπό 2), σύμφωνα με τον οποίο η δογματική βάση της έμμεσης τριτενέργειας τοποθετείται στην ανάγκη ιδιαίτερης αιτιολόγησης της υποχρέωσης παροχής θετικής προστασίας (*spezifische Begründung* des Schutzgebots). Πρβλ. σχετικά και *Kroitzsch*, Wegfall der Begründungspflicht - Wandel der Staatsform der BRD, NJW 1994, 1032 επ.· *Eckhold - Schmidt*, πα-

2. Ανεξάρτητα από το χαρακτηρισμό της, πάντως, το βέβαιο είναι ότι η ενέργεια των ατομικών δικαιωμάτων στις Ιδιωτικού Δικαίου σχέσεις έχει απέναντί της το καταρχήν ισότιμο συμφέρον ενός άλλου υποκειμένου⁶⁶. Έτσι η άρση της σύγκρουσης υπέρ του ενός καθιστά λογικά αναγκαία την απόδειξη της «ιδιωτικής εξουσίασής» του από τον άλλον. Το γεγονός αυτό συνεπάγεται δύο ιδιαιτερότητες⁶⁷:

α. Η πρώτη αναφέρεται στη μορφή εκδήλωσης της προσβολής και, συνακόλουθα, στη μορφή της προστασίας: Στο πεδίο του Δημοσίου Δικαίου η προσβολή των ατομικών δικαιωμάτων εκδηλώνεται συνήθως με ενεργητική παρέμβαση των κρατικών οργάνων, άρα συνηθέστερη μορφή προστασίας είναι η αρνητική τους υποχρέωση να μην προσβάλλουν με τις πράξεις τους τα συνταγματικά δικαιώματα (*Eingriffsverbot*)⁶⁸. Αντίθετα, στο πεδίο των ιδιωτικών σχέσεων η προσβολή είναι συνήθως παθητική, συνιστάμενη σε παράλειψη του νομοθέτη ή δικαστή να προστατεύσει με θετικές του ενέργειες την πραγμάτωση των δικαιωμάτων του θιγομένου⁶⁹. Τέτοιο παράδειγμα συνιστά η παλαιότερη επανειλημμένη παράλειψη του Γερμανικού να προστατεύσει τον δικαιοπρακτικό αυτοκαθορισμό στενών συγγενών του πρωτοφειλέτη, που παρείχαν υπέρ αυτού εγγυήσεις υπό την έντονη ψυχολογική πίεση του συγγενικού δεσμού⁷⁰. Έτσι, συνηθέστερη μορφή προστασίας των ατομικών δικαιωμάτων στις ιδιωτικές σχέσεις είναι η θετική, που παρέχεται με προστατευτικές νομοθετικές διατάξεις ή με εμφορούμενες από αντίστοιχο σκεπτικό δικαστικές αποφάσεις (*Schutzgebot*)⁷¹. Βέβαια και εδώ υπάρχει το ενδεχόμενο ενεργητικής προσβολής, άρα και ανάγκη αρνητικής προστασίας της μίας πλευράς, ιδίως σε περιπτώσεις υπερβολικής θετικής προστασίας της άλλης. Χαρακτηριστικό είναι το παράδειγμα του άρθρου 2 § 10 ν. 2251/1994⁷²: Με τη διάταξη αυτή επεκτάθηκε ο προβλεπόμενος για τους ΓΟΣ έλεγχος καταχρηστικότητας σε «κάθε όρο σύμβασης», ακόμη και μη προδιατυπωμένο, του οποίου το περιεχόμενο «δεν μπόρεσε να επηρεάσει» ο καταναλωτής. Ταυτόχρονα θεσπίστηκε και ένα μαχητό τεκμήριο περι

ραπ. υποσ. 45.

66. Δαγτόγλου, ΑτομΔ, Β' (1991), 1011 (αριθ. 1320)· *Canaris*, *Zwischenbilanz* (1999), 22 (υπό 3).

67. Πρβλ. *Lerche*, FS Steindorff (1990), 905 (υποσ. 30)· ο ίδιος, FS Odersky (1996), 215 επ., 230 επ.· Παπαδημητρίου, Υπεράσπιση 1996, 211 επ. (213 υπό IV).

68. Για την διάκριση μεταξύ υποχρεώσεων «αρνητικής» και «θετικής» προστασίας των συνταγματικών δικαιωμάτων βλ., αντί πολλών, *Μανιτάκη*, Κράτος Δικαίου και δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας (1994), 416· *Isensee*, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, in: *HbdStR*, Bd. V (1992), § 111.

69. Βλ. *Canaris*, ό.π., 37 επ.

70. Βλ. λ.χ. BGHZ 106, 269 επ.· 107, 92 επ. (102 επ.)· BGH NJW 1989, 1605 επ.· BGH NJW 1991, 2015 επ.· BGH NJW 1992, 696 επ., οι θέσεις των οποίων ανετράπησαν με τις BVerfGE 89, 214 επ. (232 επ.) και BVerfG NJW 1994, 2749 επ. και αναλυτικά παρακάτω υπό V.

71. Έτσι *Canaris*, *Zwischenbilanz* (1999), 38 επ., 71 επ.

72. Πρβλ. κριτική στη διάταξη αυτή σε *Δέλλιο*, Προστασία των καταναλωτών και σύστημα του Ιδιωτικού Δικαίου, II (2001), 282-314, 319-341 (ιδίως 330 επ.).

της «μη επίδρασης» του καταναλωτή στο περιεχόμενο των όρων. Όλα αυτά δε, αδιακρίτως του αν στη συγκεκριμένη περίπτωση ο καταναλωτής, ως φορέας αγοραστικής δύναμης, ήταν πράγματι σε θέση να επιτύχει μία ευνοϊκή γι' αυτόν μεταβολή στο περιεχόμενο των όρων, αλλά αδιαφόρησε να κάνει χρήση της διαπραγματευτικής του δυνατότητας⁷³. Στο μέτρο, λοιπόν, που η εκτεταμένη αυτή ενεργητική παρέμβαση του νομοθέτη δεν στηρίζεται στη διάγνωση καταστάσεων «ελλείμματος αυτοπροστασίας», φαίνεται να στερείται της απαιτούμενης ιδιαίτερης αιτιολόγησης και, ως εκ τούτου, να θίγει μάλλον ανεπιτρεπτα την ιδιωτική αυτονομία του προμηθευτή⁷⁴.

β. Η δεύτερη ιδιαιτερότητα αφορά στη λειτουργία της αρχής της «αναλογικότητας» του άρθρ. 25 § 1 εδ. δ Σ⁷⁵: Επί μιν αρνητικής προστασίας ανάγκη αιτιολόγησης έχει η προσβολή του δικαιώματος με ενεργητική παρέμβαση του Κράτους, η οποία δεν πρέπει να υπερβαίνει το αναλογικά εκτιμώμενο ως «ανώτατο επιτρεπτό όριο προσβολής» του ατομικού δικαιώματος (Übermaßverbot)⁷⁶. Έτσι θεωρείται δεδομένη η ανάγκη μη προσβολής του ατομικού δικαιώματος του προμηθευτή για ελεύθερη ανάπτυξη των οικονομικών πρωτοβουλιών του και αιτιολόγηση χρειάζεται μόνον ο περιορισμός της από το Κράτος. Λ.χ. μία ρύθμιση που θα απαγόρευε ολοσχερώς την προδιατύπωση συμβατικών όρων για μαζική χρήση, κηρύσσοντάς τους άκυρους χωρίς να τους υποβάλει καν σε έλεγχο περιεχομένου, θα υπερέβαινε σε κάθε περίπτωση το ανώτατο επιτρεπτό όριο προσβολής της ιδιωτικής αυτονομί-

73. Βλ. σχετικά *M. Wolf*, *Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit* (1970), 73 επ., 101 επ.· *Larenz/Wolf*, *AllgT*⁸ (1997), § 32 I 2, 620, αριθ. 3· *Knobel*, *Wandlungen* ό.π. (2000), 19, 222: Ο δεσμευτικός χαρακτήρας της σύμβασης νομοποιείται από την παροχή και στα δύο μέρη της «δυνατότητας» για δίκαιη κάλυψη των συμφερόντων τους («Richtigkeitschance») και όχι από την «εξασφάλιση» της δίκαιης ρύθμισης («Richtigkeitsgewähr»). Έτσι, ανάλογα με την αξιοποίηση ή μη των δυνατοτήτων κάθε συμβαλλομένου, είναι δυνατή η έγκυρη σύναψη και αντικειμενικά «ασύμφορων» συμβάσεων.

74. Πρβλ. *Παπανικολάου*, *Μεθοδολογία* (2000), 389 επ. (αριθ. 579 επ.)· *τον ίδιο*, εις: *Σύγχρονα Ζητήματα Αστικού Δικαίου* (1995), 171 επ. (179 επ., 183 επ.).

75. *Για την συνταγματική αυτή αρχή και τα κριτήριά της γενικά* βλ. *Ορφανουδάκη*, *Η αρχή της αναλογικότητας* (2003), ιδ. 199 επ.· *E.K. Μπέη*, *Δ* 30 (1999), 467 επ. (470 επ.)· *Δαλακούρα*, *Αρχή της αναλογικότητας και μέτρα δικονομικού καταναγκασμού* (1993)· *Βουτσάκη*, εις: *Όψεις του Κράτους Δικαίου* (1990), 207 επ.· *Κοντόγιωργα - Θεοχαροπούλου*, *Η αρχή της αναλογικότητας στο εσωτερικό δημόσιο δίκαιο* (1989)· *Σκουρή*, *ΕλλΔνη* 1987, 773 επ. = *Σύμμεκτα Γ.Μ. Παπαχατζή* (1989), 609 επ.· *Γέροντα*, *ΤοΣ* 1983, 20 επ.· *Alexy*, *Theorie*³ (1996), 100 επ., 123 επ.· *Merten*, *FS Schambeck* (1994), 349 επ.· *Hirschberg*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* (1981), 50 επ., 75 επ. - *Για τη μεταφορά της αρχής αυτής στο Ιδιωτικό Δίκαιο* βλ. ειδικότερα *Medicus*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht*, *AcP* 192 (1992), 35 επ.· *Bleckmann*, *JuS* 1994, 177 επ.· *Γέσιου - Φαλτσή*, εις *Μελέτες* (1995), 577 επ.· *την ίδια*, *ΕπιστΕπετΑρμ.* 11/1990, 29 επ. - *Για την καταγραφή της στο νέο άρθρο 25 § 1 εδ. δ Σ* (2001) βλ. *Μητσόπουλο*, *ΔτΑ* 15/2002, 641 επ. (648 επ.)· *Βενιζέλο*, *Το Αναθεωρητικό Κεκτημένο* (2002), 139 επ.· *Ανθόπουλο*, *Όψεις* (2001), 153 επ. (171 επ.)· *Κατρούγκαλο*, *ΔτΑ* 10/2001, 457 επ. (469 επ.).

76. Βλ. *Medicus*, *AcP* 192 (1992), 35 επ. (51)· *Ipsen*, «Stufentheorie» und Übermaßverbot, *JuS* 1990, 634 επ.· ήδη *Lerche*, *Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit* (1961)· *Canaris*, *Zwischenbilanz* (1999), 37 επ., 43 επ., 94 επ.

ας του προμηθευτή. Αντίθετα, στη θετική μορφή προστασίας ανάγκη ιδιαίτερης αιτιολόγησης έχει η ίδια η παροχή της προστασίας. Αυτή επιβάλλεται μόνον όταν το υφιστάμενο νομοθετικό και νομολογιακό καθεστώς υπολείπεται του αναλογικά εκτιμώμενου ως «ελαχίστου επιτρεπού ορίου προστασίας» του ατομικού δικαιώματος (Untermaßverbot)⁷⁷. Έτσι λ.χ. δεν είναι δεδομένη η ανάγκη παροχής θετικής προστασίας στον εγγυηθέντα υπεράνω των δυνατοτήτων του. Δηλαδή δεν είναι αυτονόητο ότι κάθε τέτοιος εγγυητής πρέπει να απαλλάσσεται από την υποχρέωση του να καταβάλει το χρέος του πρωτοφειλέτη στην Τράπεζα. Μία τέτοια ανάγκη, όπως θα δούμε παρακάτω (V), αιτιολογείται μόνο όταν συντρέχουν πράγματι καταστάσεις ελλείμματος αυτοπροστασίας του, όπως λ.χ. περιορισμός των δυνατοτήτων ορθολογικής αντίδρασής του λόγω στενής συγγένειας με τον πρωτοφειλέτη, εκμετάλλευση της ψυχικής φόρτισής του από την Τράπεζα κ.λπ.

Πλεονέκτημα της θεώρησης αυτής είναι ότι συλλαμβάνει την προβληματική της συνταγματικής προστασίας και από τις δύο πλευρές των μερών της ιδιωτικής σχέσης, αποφεύγει την ταξική αντίληψη περί υποχρεωτικής κατίσχυσης των δικαιωμάτων του «οικονομικά ασθενέστερου» και αναδεικνύει τη *σύμμετρη υποχρέωση του Κράτους να αιτιολογεί τόσο τις επιθετικές όσο και τις προστατευτικές παρεμβάσεις του στις ιδιωτικές σχέσεις*⁷⁸.

IV. Η *λειτουργία* της συνταγματικής παρέμβασης στην ιδιωτική διαφορά διακρίνεται σε δύο στάδια: Πρώτα εξετάζεται το «αν» γεννιέται στη συγκεκριμένη περίπτωση υποχρέωση παροχής θετικής προστασίας και, στη συνέχεια, καθορίζεται το «πως», δηλαδή με ποια έννομη συνέπεια, θα παρασχεθεί η προστασία αυτή⁷⁹:

1. Κατά το πρώτο στάδιο, το *είδος των συνεκτιμητέων κριτηρίων*⁸⁰ γίνεται αντιληπτό στο ακόλουθο παράδειγμα: Με απόφασή του το Γερμανικό Συνταγματικό Δικαστήριο⁸¹ έδωσε σ' έναν αλλοδαπό μισθωτή κατοικίας το προβάδισμα ως προς την ικανοποίηση του ατομικού του δικαιώματος για ελεύθερη πληροφόρηση (πρβλ. άρθρ. 5A § 1 Σ), επιτρέποντάς του την εγκατάσταση στο μίσθιο παραβολικής κεραίας, αναγκαίας για τη λήψη ραδιοτηλεοπτικών εκπομπών από σταθμούς της πατρίδας του. Και τούτο, παρά την εναντίωση του εκμισθωτή, ο οποίος είχε ασκήσει αρνητική αγωγή εκ του δικαιώματός του στην ιδιοκτησία (πρβλ. AK 1108). Η απόφαση στηρίχθηκε σε τέσσερις, κυρίως, διαπιστώσεις: α) Στη διαπίστωση ενός «ελ-

77. *Canaris*, AcP 184 (1984), 228, 245· *ο ίδιος*, JuS 1989, 163· *ο ίδιος*, *Zwischenbilanz* (1999), 39, 72 επ. (υπό 2)· πρβλ. ήδη BVerfGE 88, 203 επ. (254 επ.).

78. Πρβλ. *Canaris*, *Zwischenbilanz* (1999), 38, 94 (υπό c), 47 (υπό bb): «der Staat (unterliegt) bei beiden Konstellationen gleichermaßen einer besonderen Legitimationslast».

79. «Ob» und «Wie» des Schutzes, βλ. *Canaris*, *Zwischenbilanz*, 71 (υπό 1).

80. Βλ. *Jarass*, *Grundrechte als Wertentscheidung bzw. objektivrechtliche Kriterien in der Rechtsprechung des BVerfG*, AöR 110 (1985), 363 επ.

81. BVerfGE 90, 27 επ. (33 επ.) = NJW 1993, 1252 επ. Βλ. σχετικά και *Περάκη*, 8^ο Συν. Ελλ. Εμπορικόλογων (1999), 15 επ. (28)· *Müller*, *Parabolantenne und Informationsfreiheit*, NJW 1994, 101 επ.

λείμματος εφικτών εναλλακτικών λύσεων», δεδομένου ότι η λήψη ραδιοτηλεοπτικών εκπομπών αποτελούσε τον βασικότερο τρόπο ικανοποίησης του θιγομένου ατομικού δικαιώματος, β) στη διαπίστωση ότι ο φορέας του δικαιώματος ήταν «αναγκαστικά εκτεθειμένος» στη συμπεριφορά της άλλης πλευράς, αφού εδώ ο εκμισθωτής ήταν ο μόνος δυνατός «έμμεσος αποδέκτης» της υποχρέωσης του Κράτους να προστατεύσει το δικαίωμα ελεύθερης πληροφόρησης του μισθωτή, γ) στη διαπίστωση της «βαρύτητας της απειλούμενης προσβολής», δηλαδή του ότι, χωρίς κάποιον περιορισμό του δικαιώματος του ενός στην ιδιοκτησία, το δικαίωμα του άλλου στην πληροφόρηση θα παρέμενε κατ' ουσία ανενεργό, και δ) στη διαπίστωση ότι ο θιγόμενος μισθωτής δεν διέθετε, έστω και κατ' εξαίρεση, άλλες «δυνατότητες αποτελεσματικής αυτοπροστασίας»⁸². Αντίστοιχες εκτιμήσεις έγιναν και για την προστασία των δικαιωμάτων ενός εξώγαμου τέκνου στην αξιοπρέπεια, προσωπικότητα και κληρονομία του (πρβλ. 2 § 1, 5 § 1, 17 § 1 Σ) έναντι των δικαιωμάτων προσωπικότητας και αξιοπρέπειας της μητέρας του, από την οποία το εξώγαμο τέκνο αξίωνε την παροχή πληροφόρησης για το πρόσωπο του φυσικού του πατέρα⁸³. Κρίσιμη υπήρξε και εδώ η διαπίστωση ότι η μητέρα αποτελούσε τον μόνο δυνατό «έμμεσο αποδέκτη» της υποχρέωσης που γεννά για το Κράτος το συνταγματικό δικαίωμα του τέκνου της, το οποίο δεν διέθετε άλλο τρόπο ικανοποίησης και ήταν έτσι «αναγκαστικά εκτεθειμένο» στην συμπεριφορά της⁸⁴. Διαπιστώνουμε, λοιπόν, ότι το βάρος πέφτει σε αξιολογικές καταστάσεις παρόμοιες με αυτές που συχνά συνοδεύουν τον καταναλωτή, όπως το έλλειμμα εναλλακτικών λύσεων, η αναγκαστική έκθεση σε κίνδυνο, η εγγενής έλλειψη δυνατοτήτων αυτοπροστασίας κ.λπ. Όσο περισσότερες τέτοιες καταστάσεις σωρεύονται υπέρ του θιγομένου και όσο εντονότερα εμφανίζονται, τόσο υψηλότερα τοποθετείται το «ελάχιστο επιτρεπτό όριο» θετικής προστασίας του ατομικού δικαιώματος⁸⁵, άρα διευκολύνεται και η απόφαση για την παροχή προστασίας.

2. α. Όσον αφορά το δεύτερο στάδιο, ο προσδιορισμός του πρόσφορου μέσου προστασίας γίνεται συνήθως από το «απλό» – μη συνταγματικό – Δίκαιο⁸⁶. Διότι με

82. Βλ. *Canaris*, ό.π., 60-62. Πρβλ. ακόμη *Henschel*, Eigentumsgewährleistung und Mieterschutz, NJW 1989, 937 επ.

83. BVerfGE 96, 56 επ. = JZ 1997, 777 επ.

84. Βλ. *Canaris*, ό.π., 64: «auf die Auskunft seiner Mutter angewiesen ist».

85. Έτσι χαρακτηριστικά *Canaris*, ό.π., 78 επ., 80: «Je höher der Rang des betroffenen Grundrechts, je schwerer der drohende Eingriff, je intensiver die Gefahr, je geringer die Möglichkeit seines Trägers zu effizientem Selbstschutz und je schwächer das Gewicht gegenläufiger Grundrechte und Interessen ist, desto eher ist eine verfassungsrechtliche Schutzpflicht zu bejahen». Πρόκειται ουσιαστικά για λειτουργία ενός «κινητού συστήματος κριτηρίων», με την έννοια που δίνει σ' αυτό ο *W. Wilburg*, Entwicklung eines beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht (1950): ο ίδιος, AcP 163 (1963), 346 επ.

86. Βλ. *Stern*, Staatsrecht B 1. III/1 (1988), § 69 IV 6 (c, b). *Canaris*, Zwischenbilanz (1999), 50, 62 επ., 81 επ. Πρβλ. *Krämer*, FS Schimansky (1999), 367 επ. (368): «bei Anerkennung eines Verfas-

το άρθρο 25 § 1 εδ. β Σ αξιώνεται απλώς μία «αποτελεσματική» προστασία των ανθρωπίνων δικαιωμάτων χωρίς να προδιαγράφονται οι λεπτομέρειες του τρόπου επίτευξής της⁸⁷. Η εξειδίκευση των εννόμων συνεπειών εναπόκειται στον «απλό» νομοθέτη ή δικαστή, που έχει στη διάθεσή του το οπλοστάσιο όχι μόνον του Ιδιωτικού, αλλά και του Διοικητικού, Φορολογικού ή Ποινικού Δικαίου, του Δικαίου των κοινωνικών παροχών κ.λπ.⁸⁸. Το γεγονός αυτό αφήνει ένα ευρύ περιθώριο εκτιμητικής επιλογής μεταξύ πολλών εναλλακτικών μέσων⁸⁹, μικρότερης ή μεγαλύτερης προστατευτικής δράσης, που γεφυρώνουν την απόσταση ανάμεσα στους «πόλους» της παντελούς άρνησης και της αυστηρότερης δυνατής μορφής προστασίας⁹⁰ και εμφανίζουν μεταξύ τους δυνατότητες εξισορροπητικής συνεργασίας. Αυτονόητο είναι, βέβαια, ότι δεν είναι συνταγματικά επιβεβλημένες και ανεπίδεκτες τροποποίησης (110 Σ) όλες οι προστατευτικές ρυθμίσεις του «απλού» Δικαίου⁹¹. Έτσι λ.χ. προτείνεται, ένα μέρος της προστασίας που παρέχεται σε συνταγματικά αγαθά (ζωή, υγεία, ιδιοκτησία) μέσω των ΑΚ 914 επ. ή των ειδικών νομοθετημάτων που καθιερώνουν ευθύνη από διακινδύνευση, να αντικατασταθεί με τη λύση της υποχρεωτικής ασφάλισης⁹², επειδή ακριβώς η λύση αυτή εκτιμάται ως εξίσου, ή και περισσότερο, «αποτελεσματική» και δεν θίγει το συνταγματικά επιτρεπτό «ελάχιστο όριο προστασίας».

Το περιθώριο επιλογής μέσων προστασίας με εκτιμήσεις του «απλού» Ιδιωτικού Δικαίου οριοθετείται και από τα δύο άκρα: Προς τα κάτω οριοθετείται, όπως είδαμε, από το «ελάχιστο επιτρεπτό όριο προστασίας». Ο απλός νομοθέτης ή δικαστής, όμως, δεν είναι υποχρεωμένος να περιορίσει την προστασία στο ελάχιστο συνταγματικό όριο, αλλά μπορεί να θέτει και υψηλότερους στόχους⁹³, όπως συμβαίνει λ.χ. στο Εργατικό ή στο Δίκαιο των μισθώσεων ή σε αυτό της προστασίας των καταναλωτών⁹⁴. Αν, όμως, η πέραν του ελαχίστου ορίου θετική προστατευτική παρέμ-

sungsgebots ... sind die Rechtsfolgeprobleme keineswegs gelöst».

87. Βλ. *Μανιτάκη*, Πρόλογος στο: Το Σύνταγμα της Ελλάδος (2001), σελ. Χ: «Οι συνταγματικές διατάξεις έχουν διατύπωση ελλειπτική και γενική ..., (που) αποτελεί αρετή και χαρακτηριστική ιδιότητά του» *Canaris*, ό.π., 63 επ., 84: «... fordert lediglich, daß das einfache Recht insgesamt einen effizienten Schutz bietet, läßt aber oft mehrere Variationsmöglichkeiten dafür offen».

88. Πρβλ. *Krämer*, ό.π., 388.

89. Η ύπαρξη τέτοιων εκτιμητικών περιθωρίων τονίζεται στις ΒVerfGE 39, 1 επ. (44 επ.)· 46, 160 επ. (164 επ.)· 56, 54 επ. (80 επ.)· 77, 170 επ. (214 επ.)· 79, 174 επ. (202)· 88, 203 επ. (254, 262)· 89, 214 επ. (234)· 92, 26 επ. (46)· 96, 56 επ. (64 επ.).

90. Πρβλ. *Παπανεοφύτου*, Ποινική προστασία του καταναλωτή (1996), 23, 46, που χαρακτηρίζει την ποινικοποίηση της προσβολής ως «το δραστικότερο μέτρο κρατικού καταναγκασμού».

91. Πρβλ. *Canaris*, ό.π., 83, με αναφορά στο άρθρ. 79 GG.

92. Βλ. λ.χ. Αστ. *Γεωργιάδη*, ΕνοχΔ ΓενΜ³ (2000), τ. Ι, 117 (υπό § 5 I 2).

93. *Canaris*, ό.π., 84: «... darf der Gesetzber sich grundsätzlich das Ziel setzen, ein über dem grundrechtlichen Minimum liegendes Schutzniveau zu erreichen».

94. Πρβλ. λ.χ. το άρθρ. 38 του Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της ΕΕ, που ψηφίστηκε κατά το Ευρωπαϊκό Συμβούλιο της Νίκαιας στις 7.12.2000: «Οι πολιτικές της Ένωσης διασφαλίζουν υψηλό ε-

βαση υπέρ του εργαζομένου, του μισθωτή ή του καταναλωτή φθάνει στο σημείο να υπερβάλει σε βάρος των ατομικών δικαιωμάτων του εργοδότη, του εκμισθωτή ή του προμηθευτή, τότε η ευχέρεια αυτή περιορίζεται συνταγματικά από το άλλο άκρο, δηλαδή από το «ανώτατο επιτρεπτό όριο προσβολής». Έτσι, τελικά, το αυτόνομο εκτιμητικό περιθώριο του Ιδιωτικού Δικαίου είναι αυτό που κείται μεταξύ του ελάχιστου ορίου προστασίας των συνταγματικών δικαιωμάτων του ενός και του ανωτάτου ορίου προσβολής των συνταγματικών δικαιωμάτων του άλλου⁹⁵. «Πρόσφορο», με την έννοια της αναλογικότητας, είναι το εκάστοτε αναγκαίο και ικανό μέσο, αυτό δηλαδή που χωρίς να υπερβαίνει το ανώτατο όριο προσβολής του ενός καλύπτει το ελάχιστο όριο προστασίας του άλλου. Λ.χ. αν ο νομοθέτης διατυπώνει τον ορισμό του «καταναλωτή» πολύ στενά, ενδέχεται να παραβιάζει το ελάχιστο επιτρεπτό όριο προστασίας προσώπων που δεν εμπίπτουν μεν στην έννοια αυτή, αλλ' εμφανίζουν παρόμοιες ανάγκες προστασίας. Αντίθετα, αν ο ορισμός είναι πολύ ευρύς, υπάρχει κίνδυνος υπέρβασης του ανωτάτου επιτρεπτού ορίου προσβολής των συνταγματικών ελευθεριών του προμηθευτή⁹⁶.

Πάντως, το περιθώριο που απομένει, μετά τον αμφίπλευρο συνταγματικό περιορισμό, αφήνει στην πράξη πολλές και ουσιαστικές ευχέρειες επιλογής⁹⁷. Δύο παραδείγματα: α) Ορισμένες βασικές έννομες συνέπειες για την προστασία του καταναλωτή σε βάρος της ιδιωτικής αυτονομίας του προμηθευτή κλιμακώνονται ως εξής: Ξεκινούν με την *επιβολή υποχρεώσεων πληροφόρησης*, συνεχίζουν με τη διασφάλιση επαρκούς χρόνου περίσκεψης μέσω ενός δικαιώματος *αναιτιολόγητης υπαναχώρησής του* από συμβάσεις με έντονο στοιχείο αφηνδιασμού ή ελλιπούς ενημέρωσης⁹⁸ και κορυφώνονται με την υποβολή του περιεχομένου των συμβατικών

πίπεδο προστασίας του καταναλωτή».

95. Βλ. *Canaris*, ό.π., 83 επ., 85 επ.: «Der Spielraum zwischen Über- und Untermaßverbot». Βλ. αντιστοίχως *Μητσόπουλο*, ΔτΑ 15/2002, 643, που επισημαίνει ότι τελικά η τριτενέργεια «δεν σημαίνει τίποτε άλλο παρά ερμηνευτική θεώρηση των συνταγματικών διατάξεων σε σχέση με τα επιτρεπτά όρια ισχύος αυτών στον χώρο του ιδιωτικού δικαίου». Πρβλ. ακόμη *Denninger*, Vom Elend des Gesetzgebers zwischen Übermaßverbot und Untermaßverbot, FS Mahrenholz (1994), 561 επ.· *Hain*, Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot, DVBl 1993, 982 επ.· *Höfling*, Jura 1994, 169 επ.· *Dirnberger*, Grundrechtliche Schutzpflicht und Gestaltungsspielraum, BVBl 1992, 879 επ. *Επιφυλακτικός Zöllner*, Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht - Bemerkungen zur Grundrechtsanwendung im Privatrecht und zu den sog. Ungleichgewichtslagen, AcP 196 (1996), 1 επ.

96. *Medicus*, FS Kitagawa (1992), 472: «Um (wirkliche oder behauptete) Ungleichgewichtslagen geht es auch beim Verbraucherschutz ..., (wobei) Wertungsfehler bei der Abgrenzung von Verbraucherschutzvorschriften sogar zu verfassungsrechtlichen Beanstandungen führen».

97. Έτσι *Isensee*, HbdStR, Bd. V (1992), § 111, Rdnr. 90 (g)· *Lerche*, FS Odersky (1996), 299 (ε-κεί σημ. 33)· *Canaris*, JuS 1989, 163 επ.· *ο ίδιος*, Zwischenbilanz (1999), 86· πρβλ. και *Zöllner*, Regelungsspielräume usw., AcP 196 (1996), 1 επ. (ιδίως 1-4).

98. Βλ. *Παπαϊωάννου*, ΔΕΕ 2003, 153 επ. (157 επ., υπό IV)· *Σκορίνη - Παπαρηγοπούλου*, Η προστασία του καταναλωτή στη σύμβαση εκτός εμπορικού καταστήματος (1999), 145 επ.

όρων σε δικαστικό έλεγχο για ενδεχόμενη καταχρηστικότητα. Με την κλιμάκωση αυτή αποκαλύπτεται εύγλωττα η αρχή της αναλογικότητας: Όπου η «συνολική εικόνα» των άξιων προστασίας καταστάσεων υποδεικνύει σοβαρό έλλειμμα του καταναλωτή επιλέγεται εντονότερο προστατευτικό μέτρο, και το αντίστροφο. Μόνη η επιβολή υποχρεώσεων πληροφόρησης δεν υπερβαίνει μεν το ανώτατο όριο προσβολής της ιδιωτικής αυτονομίας του προμηθευτή, ενδέχεται όμως να μην επαρκεί για το ελάχιστο επιτρεπτό όριο προστασίας του καταναλωτή. Αντίθετα, η αναίτιολόγητη υπαναχώρηση ή η ακυρότητα των όρων καλύπτει άνετα το ελάχιστο όριο προστασίας του καταναλωτή, μπορεί όμως, κατά περίπτωση, να υπερβαίνει το ανώτατο επιτρεπτό όριο προσβολής της ιδιωτικής αυτονομίας του προμηθευτή. Αυτό φαίνεται χαρακτηριστικά στο επόμενο παράδειγμα: β) Η μη υποβολή σε οποιοδήποτε έλεγχο περιεχομένου των «προδιατυπωμένων όρων πολλαπλής χρήσης» των καταναλωτικών συμβάσεων, λαμβανομένων υπόψη των πολλαπλών ελλειμμάτων που χαρακτηρίζουν τον αποδέκτη των όρων αυτών, θα υπολείπεται σαφώς του ελαχίστου ορίου αποτελεσματικής προστασίας του αυτοκαθορισμού του. Αντίθετα η υποβολή σε γενικευμένο έλεγχο περιεχομένου των «ατομικών όρων που αποτέλεσαν και αντικείμενο ατομικής διαπραγματεύσεως» – δηλαδή σε έλεγχο βαίνοντα πέρα από τις ΑΚ 174, 178 και 179 – θα υπερέβαινε οπωσδήποτε το ανώτατο επιτρεπτό όριο προσβολής του ίδιου ατομικού δικαιώματος του προμηθευτή⁹⁹. Μεταξύ των δύο αυτών ορίων, όμως, είναι νοητά διάφορα στάδια κλιμακούμενης σε ένταση προστασίας¹⁰⁰, όπως λ.χ. η υποβολή σε έλεγχο των «προδιατυπωμένων όρων εφάπαξ χρήσης» ή και των «μη προδιατυπωμένων μεν, αλλά και μη διαπραγματεύσιμων όρων»¹⁰¹. Η επιλογή οποιοδήποτε από τα ενδιάμεσα αυτά στάδια, ως ορίου προστασίας, εναπόκειται στην αυτόνομη εκτίμηση του «απλού» νομοθέτη χωρίς να τίγονται συνταγματικά δικαιώματα των συναλλασσομένων.

Σε οριακές περιπτώσεις η θεωρία επισημαίνει, βέβαια, το ενδεχόμενο εναλλαγής μεταξύ αρνητικής και θετικής προστασίας¹⁰², δηλαδή «άμεσης μεταπήδησης» του ενιαίου εκτιμητικού συλλογισμού της αναλογικότητας από τα κριτήρια του ανωτά-

99. Πρβλ. *Brandner/Ulmer*, BB 1991, 701 επ. (704)· *Spiess*, Inhaltskontrolle - das Ende privatautonomer Vertragsgestaltung?, DVBl 1994, 1222 επ.

100. Πρβλ. *Roth*, BB 1992, 15: «Zwischen ausgehandelten Individualverträgen und AGB-Verträgen finden sich zahlreiche Mischformen ..., die in vielfältigen Abstufungen Merkmale beider Gegenpole aufweisen»· ομοίως *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht (1992), 94, 101· *Schuhmann*, JZ 1998, 127.

101. Βλ. σχετικά ήδη *Δέλλιο*, Προστασία των καταναλωτών κ.λπ., II (2001), 213 επ., 224 επ., 268 επ.

102. Ο *Hager*, JZ 1994, 381 επ., παραπονείται για το φαινόμενο αυτό, που, κατ' αυτόν, καταλύει την σαφήνεια της διάκρισης των δύο μορφών προστασίας. Αντίθετα ο *Canaris*, Zwischenbilanz, 45 (υπό αα) αποδεικνύει με νομολογιακά παραδείγματα ότι κατ' ουσία πρόκειται για αυτόνομη συνέπεια του ενιαίου της εκτιμητικής διαδικασίας και στις δύο αυτές μορφές συνταγματικής προστασίας των ατομικών δικαιωμάτων («Austauschbarkeit der Grundrechtsfunktionen»).

του ορίου προσβολής των ατομικών δικαιωμάτων της μίας πλευράς σε αυτά του ελαχίστου ορίου προστασίας των ατομικών δικαιωμάτων της άλλης. Αυτό θα συμβαίνει μόνον όπου, κατ' εξαίρεση, μεταξύ των δύο αυτών μορφών συνταγματικής προστασίας δεν αφήνεται περιθώριο ρύθμισης στον απλό νομοθέτη ή τον δικαστή του Ιδιωτικού Δικαίου, με φυσικό επακόλουθο τη συνάντηση, σε κάποιο σημείο, των αλληλοσυγκρουόμενων συνταγματικών επιχειρημάτων των δύο πλευρών. Παράδειγμα αποτελεί η περίπτωση προσβολής του ανηλικού καταναλωτή στην προσωπικότητά του (2 § 1 Σ), που συντελείται με τη διαφήμιση και διάθεση παιδικών παιχνιδιών επικίνδυνων για τη διαμόρφωση του ψυχικού του κόσμου, όπως λ.χ. τα διαμελίζόμενα ανθρώπινα ομοιώματα *crush-dummies*¹⁰³. Για την παροχή προστασίας, που είναι εδώ επαρκώς αιτιολογημένη από την ελλειμματική κατάσταση της «ανηλικότητας» και την αναγωγή της «παιδικής ηλικίας» σε συνταγματικό αγαθό (άρθρ. 21 § 1 Σ)¹⁰⁴, το Ιδιωτικό Δίκαιο προβλέπει δικαίωμα άρσης της προσβολής και μη επανάληψής της στο μέλλον (ΑΚ 57 § 1 εδ. α)¹⁰⁵ καθώς και απαγόρευση της αθέμιτης διαφήμισης (άρθρ. 9 §§ 5, 6 και ιδίως 7 ν. 2251/1994)¹⁰⁶. Στην περίπτωση αυτή ο συλλογισμός της αναλογικότητας θα κινηθεί αποκλειστικά σε συνταγματικό επίπεδο, αφού η εφαρμογή οποιασδήποτε από τις προβλεπόμενες αυτές συνέπειες δεν αφήνει περιθώριο να παραμείνει άθικτη η οικονομική ελευθερία του προμηθευτή. Εντούτοις ο περιορισμός της κρίνεται απαραίτητος για τον έχοντα ανάγκη ιδιαίτερης προστασίας ψυχικό κόσμο των ανήλικων καταναλωτών¹⁰⁷.

β. Οι παραπάνω σκέψεις αντιμάχονται δύο εξίσου ακραίες θέσεις¹⁰⁸, δηλαδή τόσο αυτήν που θεωρεί ότι η συνταγματική σκέψη δεν έχει καμία θέση στο Ιδιωτικό Δίκαιο¹⁰⁹ όσο και αυτήν που επιχειρεί να λύνει τις ιδιωτικές διαφορές με μόνη την επίκληση της συνταγματικής διάστασης του θιγομένου δικαιώματος¹¹⁰. Το Σύμφωνο, με την κατοχύρωση των ατομικών ελευθεριών, θέτει μεν άμεσα δεσμευτικές αξιολογήσεις και για το Ιδιωτικό Δίκαιο, το οποίο όμως δεν χάνει εκ του λόγου αυτού την *αυτονομία* του¹¹¹, αφού η αναζήτηση λύσεων στον ευρύ χώρο μεταξύ

103. Βλ. ΜΠρΑθ 335/1995, ΔΕΕ 1996, 515 επ.· πρβλ. Σχινά, Δικαστική προστασία εξ αφορμής τηλεοπτικής διαφήμισης παιδικών παιχνιδιών, Δ 23, 113 επ.

104. Βλ. Ρίζου, Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα στο Ελληνικό Σύστημα, ΕλλΔνη 33, 46 επ.

105. ΜΠρΑθ 335/1995, ό.π., 516· Καράκωστας (σχόλ.), ΝοΒ 39, 789.

106. Βλ. Σχινά, Δ 23, 113 επ.

107. Έτσι ΜΠρΑθ 335/1995, ό.π., 517.

108. Γι' αυτές *Dreier*, *Konstitutionalismus und Legalismus - Zwei Arten juristischen Denkens*, FS Maihofer (1988), 87 επ.

109. Βλ. *Mestmäcker*, AcP 168 (1968), σελ. 235 επ. (240): «Wir sollten uns ... eine aus den Grundrechten abgeleitete Privatrechtsordnung ersparen. Vielmehr ist die Privatrechtsordnung ein der Verfassung vorgegebenes Normensystem».

110. Βλ. παραπάνω υπό II, 2, β (i.f.).

111. Έτσι *Neuner*, ό.π., 2 και 237 (υπό d), αποκρούοντας την εκτίμηση ότι «με τον τρόπο αυτό το

ελαχίστου ορίου προστασίας και ανωτάτου ορίου προσβολής των ατομικών δικαιωμάτων των δύο πλευρών διεκπεραιώνεται αποκλειστικά με βάση τις αξιολογικές εκτιμήσεις του «απλού» Δικαίου. Η συνδυασμένη λειτουργία των δύο αυτών ορίων συνθέτει την *αρχή της αναλογικότητας*. Η αρχή αυτή, όμως, «δεν αποτελεί κάποια νέα ερμηνευτική εφεύρεση» αλλ' εντάσσεται στην «τελολογική φάση της παραδοσιακής ερμηνείας του δικαίου» και συνιστά αναζήτηση του ικανού και αναγκαίου μέσου για την πραγμάτωση του δικαϊκού σκοπού¹¹². Κατά συνέπεια, η αναλογικότητα δεν περιορίζεται στο πεδίο του Συντάγματος αλλά διατρέχει όλους τους χώρους του Δικαίου¹¹³, αποτελώντας ενιαίο τρόπο σκέψης και μόνιμη διάυλο επικοινωνίας των εκτιμήσεων που λαμβάνουν χώρα στα επιμέρους πεδία¹¹⁴. Αυτό σημαίνει, τελικά, ότι μεταξύ της συνταγματικής και της Ιδιωτικού Δικαίου μεταχείρισης των μερών της καταναλωτικής συναλλαγής δεν υπάρχει *ποιοτική* αλλ' *απλώς ποσοτική* διαφορά εκτιμήσεων, που αναφέρεται στην *ένταση του ελλείμματος προστασίας* του ενός και στη *βαρύτητα προσβολής των δικαιωμάτων* του άλλου¹¹⁵. Απλά η συνταγματική παρέμβαση προϋποθέτει την συνδρομή των κριτηρίων αυτών σε σαφώς εντονότερο βαθμό απ' ότι η Ιδιωτικού Δικαίου αντιμετώπιση.

V. Απομένει να εξετασθεί η *δυνατότητα συμβολής της συνταγματικής θεώρησης στην άρση αξιολογικών αντινομιών* που παρατηρούνται στο Ιδιωτικό Δίκαιο λόγω της εισδοχής της ειδικής νομοθεσίας για την προστασία των καταναλωτών. Το θέμα αυτό θα αναπτυχθεί στη συνέχεια με βάση τις νομολογιακές εξελίξεις για τη δεσμευτικότητα ή μη της εγγύησης στενών συγγενών του λήπτη τραπεζικού δανείου¹¹⁶:

Ιδιωτικό Δίκαιο μεταβάλλεται σε υπηρέτη του Συνταγματικού Δικαίου», που υποστηρίζει ο *Diederichsen*, ό.π. *Rangverhältnisse* (1995), 39 επ. (78)· ο *ίδιος*, *Die Selbstbehauptung des Privatrechts gegenüber dem Verfassungsrecht*, *Jura* 1997, 57 επ. Πρβλ. και *Oeter*, «Drittwirkung» der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts, *AöR* 1994, 529 επ.· *Rittner*, Über den Vorrang des Privatrechts, *FS Müller - Freienfels* (1986), 509 επ.· *Schenke*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit (1987), 52.

112. *Μητσόπουλος*, ΔτΑ 15/2002, 652/653, 656.

113. Έτσι *Medicus*, *AcP* 192 (1992), 35 επ. (36 επ.)· *Wieacker*, *Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismäßigen Rechtsanwendung*, *FS R. Fischer* (1979) = *Ausgewählte Schriften* (1983), 228 επ.· *Μητσόπουλος*, ό.π., 648 (εκεί υποσ. 13), με αναφορές στις ΑΚ 179 («φανερή δυσαναλογία»), 285 («δυσανάλογα μεγαλύτερη ζημία»), 409 («ποινή δυσανάλογα μεγάλη»), 1493 («ανάλογη διατροφή») κ.λπ.

114. Πρβλ. *Leisner*, *Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzesmäßigkeit der Verfassung* (1964)· *Χρυσόγονο*, *ΑτομΔ*² (2002), 25 επ., που κάνει λόγο για «αμφίδρομη ερμηνευτική σχέση τυπικού Συντάγματος και τυπικού νόμου».

115. Πρβλ. *Lincke*, *Die Bedeutung der «Eingriffsintensität» für den Umfang der Nachprüfung gerichtlicher Entscheidungen durch das BVerfG*, *EuGrZ* 1986, 60 επ.· *Scherzberg*, *Grundrechtsschutz und «Eingriffsintensität»* (1989).

116. Βλ. σχετικά *Σταθόπουλο*, *ΚοινΑστΔ* I (1995), 47· *Λαδά*, *ENOBE* 19 (1993), 13 επ. (22)· *Καζάκο*, *ENOBE* 19 (1993), 65 επ. (76)· πρβλ. *Παμπούκη*, *ΕπισκΕΔ* 2002, 782 επ.· *Χελιδόνη*, *ΕπισκΕΔ* 2000, 372 επ. (385 επ., υπό IV). Βλ. ακόμη *Medicus*, *SchuldR* II⁹ (1999), § 113, *Rdnr.* 515/6· *Esser*/

1. Ο ιστορικός νομοθέτης εμφορείται από την αντίληψη, ότι σε κάθε ενήλικο και ικανό για δικαιοπραξία άτομο επιτρέπεται η κατάρτιση και ριψοκίνδυνων συναλλαγών, μεταξύ των οποίων και η παροχή εγγυήσεων για την πληρωμή ξένου χρέους. Ο εγγυητής θεωρείται ότι προστατεύεται επαρκώς από τον έγγραφο συστατικό τύπο της ΑΚ 849 και τις ενδοτικού χαρακτήρα ενστάσεις και ευεργετήματα των ΑΚ 853 επ.¹¹⁷. Έτσι η γερμανική νομολογία, μέχρι προ δεκαετίας, αρνούνταν να αναγνωρίσει την ανάγκη ιδιαίτερης προστασίας στα εγγυηθέντα ενήλικα μεν, αλλά συναλλακτικά άπειρα και στερούμενα δικού τους εισοδήματος τέκνα του δανειολήπτη¹¹⁸ ή, επίσης, στην στερούμενη ιδίων πόρων και περιουσίας εγγυήτρια σύζυγο του¹¹⁹, έστω και αν ο γάμος είχε λυθεί στο μεταξύ με διαζύγιο¹²⁰. Όμως, κάθε αντικειμενικός εκτιμητής δεν μπορεί παρά να διαγνώσει στις περιπτώσεις αυτές τη συνδρομή άξιών προστασίας καταστάσεων: Η ψυχική πίεση που υφίστανται οι στενοί συγγενείς αφήνει ελάχιστα περιθώρια άρνησης της αιτούμενης εγγύησης. Ειδικά όταν η άρνηση συνεπάγεται ματαίωση του δανείου και οικονομική καταστροφή του πατέρα ή συζύγου, τα περιθώρια αντίδρασής τους γίνονται ανύπαρκτα. Ομοίως περιορίζεται δραστικά και κάθε διάθεσή τους για αναζήτηση λεπτομερών πληροφοριών αναφορικά με τα επενδυτικά σχέδια του δανειολήπτη ή τις προοπτικές αποπληρωμής του δανείου εκ μέρους του¹²¹. Έτσι εμφανίζονται από την πλευρά

Weyers, SchuldR II 1⁸, (1998) § 40 II 1 b, 345 επ.· Larenz/Canaris, SchuldR II 2¹³ (1994), § 60 II 3 b, 9 επ. και ειδικότερα, μεταξύ πολλών: Schapp, FS Söllner (2000), 973 επ.· τον ίδιο, ZBB 1999, 30 επ.· τον ίδιο, JZ 1998, 913 επ.· Mayen, FS Schimansky (1999), 414 επ.· Joswig, FS Schimansky (1999), 335 επ.· Krämer, FS Schimansky (1999), 367 επ.· Bülow, ZIP 1999, 1613 επ.· Drexel, JZ 1998, 1046 επ.· τον ίδιο, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers (1998), 263 επ., 315 επ., 505 επ.· Treber, WM 1998, 1908 επ.· Martis, MDR 1998, 1189 επ. (1192)· Kabisch, WM 1998, 535 επ.· St. Lorenz, NJW 1998, 2937 επ.· Reinicke/Tiedtke, ZIP 1998, 893 επ.· τους ίδιους, NJW 1995, 1449 επ.· τους ίδιους, WiB 1996, 505 επ.· τους ίδιους, ZIP 1989, 613 επ.· Edelmann, BB 1998, 1017 επ.· Zahn, DB 1998, 353 επ.· Bülow/Arzt, ZIP 1998, 629 επ.· Scherer/Mayer, DB 1998, 1217 επ.· H.F. Müller, DZWir 1998, 447 επ.· Zöllner, AcP 196 (1996), 1 επ.· Hommelhoff, Verbraucherschutz im System des deutschen und europäischen Privatrechts (1996), 13-43· Albers/Frenzel, Die Mithaftung naher Angehöriger für Kredite des Hauptschuldners (1996)· Gernhuber, JZ 1995, 1086 επ.· Schimansky, WM 1995, 461 επ.· Hesse/Kauffmann, JZ 1995, 219 επ.· Adomeit, NJW 1994, 2467 επ.· Preis/Rolfs, DB 1994, 261 επ.· Reich, NJW 1994, 2128 επ.· Honsell, NJW 1994, 565 επ.· τον ίδιο, JZ 1989, 496 επ.· Pape, ZIP 1994, 515 επ.· Löwe, ZIP 1993, 1759· Westermann, FS Lange (1992), 995 επ.· Schwintowski, ZBB 1991, 91 επ.· Grossfeld, WM 1991, 2013 επ.· Knütel, ZIP 1991, 493 επ.· Reifner, ZIP 1990, 427 επ.· Derleder, FS Bärmann und Weitnauer (1990), 141 επ.· Medicus, ZIP 1989, 817 επ.

117. Πρβλ. Medicus, SchuldR II⁹ (1999), § 113 Rdnr. 514· Esser/Weyers, SchuldR II 1⁸ (1998), § 40 I 2, 343/344.

118. Βλ. BGHZ 106, 269 επ. (272)· BGHZ 107, 92 επ. (102)· BGH NJW 1989, 1065 επ.· BGH NJW 1991, 2015 επ. (2017)· BGH NJW 1992, 896 επ.

119. Βλ. BGH, BB 1992, 387 επ. (388).

120. Πρβλ. Reifner, Die Mithaftung der Ehefrau im Bankkredit-Bürgschaft, ZIP 1990, 427 επ.

121. Πρβλ. Λαδά, ENOBE 19 (1993), 13 επ. (22)· Μάρκων, ΔΕΕ 2002, 302 επ.· Honsell, Bürg-

του εγγυητή ελλείμματα πληροφόρησης, εναλλακτικών λύσεων και ορθολογικής συμπεριφοράς, δηλαδή οι ίδιες τυπικές «καταστάσεις προστασίας» που χαρακτηρίζουν αξιολογικά την ειδική νομοθεσία για την προστασία των καταναλωτών. Τα πιστωτικά ιδρύματα, βέβαια, συχνά αξιώνουν δικαιολογημένα την παροχή των εγγυήσεων αυτών, προκειμένου να αποτρέψουν την προς στενούς συγγενείς καταδο-λιευτική μεταβίβαση περιουσιακών στοιχείων του οφειλέτη¹²². Σε πολλές, όμως, περιπτώσεις στοχεύουν απλώς στη σώρευση πρόσθετων εξασφαλίσεων, ενώ έχουν ήδη δεσμεύσει εμπραγμάτως όλη την περιουσία του πρωτοφειλέτη, καθιστώντας πρακτικά αδύνατη την καταδολίευση¹²³. Με τον τρόπο αυτό, η εγγενής διάβρωση της αυτοδιάθεσης των εγγυητών - συγγενών, όταν μάλιστα συμβαίνει αυτοί να μην προσδοκούν δικό τους όφελος από την παρασχεθείσα εγγύηση, γίνεται επικίνδυνο όπλο στα χέρια των Τραπεζών: Η μετά από έτη αξίωση καταβολής των συσσωρευμένων οφειλών μπορεί να ματαιώσει κάθε μελλοντική οικονομική προοπτική του νεαρού τέκνου ή της διαζευχθείσας συζύγου¹²⁴. Εύλογα επισημάνθηκε, λοιπόν, ότι η αρνητική στάση του νομοθέτη και δικαστή αφήνει εδώ ένα «κενό προστασίας» και γεννά ερωτήματα για την αξιολογική συνέπεια του Ιδιωτικού Δικαίου¹²⁵: αα) Είναι σε κάθε περίπτωση δικαιολογημένη η διαφορά επιπέδου έννομης προστασίας μεταξύ του καταναλωτή και του εγγυητή - συγγενή του δανειολήπτη ή ακόμη και του κάθε εγγυητή δανείου γενικότερα; ββ) Σε περίπτωση που κριθεί αναγκαία η ανάλογη προστασία του εγγυητή, συγγενή ή μη, αυτή θα περιορισθεί μόνο στις εγγυήσεις καταναλωτικών δανείων ή θα πρέπει να επεκταθεί και στις εγγυήσεις των επαγγελματικών πιστώσεων¹²⁶; Στην ελληνική νομολογία εμφανίζονται αντιφατικές κρίσεις. Παράδειγμα αποτελούν δύο δικαστικές αποφάσεις του έτους 2002¹²⁷:

2. Στην πρώτη απόφαση ο εγγυητής δεν ήταν συγγενής ούτε εταίρος της πρωτο-

schaft und Mithaftung einkommens- und vermögensloser Familienmitglieder, NJW 1994, 565 επ.

122. Πρβλ. BGHZ 128, 230 επ. (233 επ.)· OLG Köln, EWiR § 765 BGB 2/95, 441 επ. (σημ. *Tiedtke*).

123. Πρβλ. *Mayer - Maly*, Kurzkomm, OLG Düsseldorf EWiR § 138 BGB 1/96, 207 επ.

124. Βλ. *Gernhuber*, Ruinöse Bürgschaften als Folge familiärer Verbundenheit, JZ 1995, 1086 επ.· πρβλ. *Larenz/Canaris*, SchuldR II 2¹³ (1994), § 60 II 3 b, 10: «... dem Bürgen (wird) seine Zukunft finanziell verbaut».

125. Βλ. *Hommelhoff*, Verbraucherschutz im System usw (1996), 12 επ.· *Preis/Rolfs*, DB 1994, 261 επ. (268).

126. Βλ. σχετικά *Χελιδόνη*, ΧρΙΔ 2002, 775 επ.· *Mayen*, Anwendbarkeit des HWiG und des VerbrKrG auf Bürgschaften, FS Schimansky (1999), 415 επ.· *P. Bülow*, Verbraucherkreditrichtlinie, Verbraucherbegriff und Bürgschaft, ZIP 1999, 1613 επ.· *Kabisch*, WM 1998, 535 επ.· *Kurz*, DNotZ 1997, 552 επ.· *Reich*, NJW 1995, 1857 επ.· *Klingsporn*, WM 1993, 829 επ.· *τον ίδιο*, NJW 1991, 2259 επ.· *Wenzel*, NJW 1993, 2781 επ.· *Bunte*, WM 1993, 877 επ.· *Probst*, JR 1992, 133 επ.· *P. Bydlinki*, WM 1992, 1301 επ.· *Pfeiffer*, ZBB 1992, 1 επ.· *Schanbacher*, NJW 1991, 3263 επ.

127. ΕφΠειρ 91/2002, ΕπισκΕΔ 2002, 778 επ. (με παρατ. *Παμπούκη*)· ΠΠρΑθ 1119/2002, ΔΕΕ 2003, 422 επ. (με παρατ. *Μ. Ασίκη* και *Ε. Περάκη*).

φειλέτιδος (εταιρίας) ενός επαγγελματικού δανείου. Σημασία έχει, εν τούτοις, η αιτιολογία που χρησιμοποίησε το ΕφΠειρ, προκειμένου να απορρίψει τον ισχυρισμό του ότι η γενόμενη με έντυπους γενικούς όρους παραίτησή του από τις ενστάσεις των ΑΚ 853 επ. είναι ανίσχυρη κατά το άρθρο 2 § 6 επ. ν. 2251/1994. Το σκεπτικό ήταν ότι «ο εγγυητής δεν είναι αποδέκτης των προσφερομένων από την Τράπεζα υπηρεσιών και συνεπώς δεν είναι καταναλωτής με την έννοια του άρθρου 1 § 4α του ν. 2251/1994»¹²⁸. Ακριβώς την αντίθετη, όμως, αιτιολογία χρησιμοποιεί το Πολιτ. Πρωτ.Αθ για τον ίδιο όρο μιας έντυπης σύμβασης καταναλωτικού δανείου: «Ο εν λόγω ΓΟΣ», αναφέρεται στο σκεπτικό της απόφασης, «πρέπει να ελεγχθεί σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 2 § 6 και 7 ν. 2251/1994, ... οι οποίες σαφώς προστατεύουν τον εγγυητή, ενόψει του ότι και αυτός εμπίπτει στην έννοια του καταναλωτή ..., αφού προσέρχεται στην προμηθεύτρια Τράπεζα σαν πελάτης και είναι αποδέκτης των υπηρεσιών αυτής»¹²⁹. Και στις δύο περιπτώσεις είναι εμφανής η έλλειψη ουσιαστικής αιτιολόγησης. Και οι δύο αποφάσεις παραλείπουν μία σε βάθος αναζήτηση του ελλείμματος δυνατοτήτων αυτοπροστασίας που συνοδεύει τον εκάστοτε εγγυητή, καταναλωτικού ή επαγγελματικού δανείου αντίστοιχα, ούτε βεβαίως επιχειρούν να το συγκρίνουν αξιολογικά με τις αντίστοιχες ελλειμματικές καταστάσεις του καταναλωτή. Αντ' αυτού χρησιμοποιούν, αλληλοαναιρούμενες, το ίδιο αμφιλεγόμενο επιχείρημα, δηλαδή την υπαγωγή ή μη του εγγυητή στην «έννοια» του καταναλωτή, με εκ διαμέτρου αντίθετο κάθε φορά τρόπο.

Μέρος της ελληνικής θεωρίας επικροτεί την πρώτη απόφαση, με την σκέψη ότι: «ένας παρόμοιος εγγυητής σπάνια συμβαίνει να μην έχει ... και δική του εν όλω ή εν μέρει οικονομική ωφέλεια»¹³⁰, ενώ τέτοια ωφέλεια δεν προέκυπτε από τα περιστατικά του συγκεκριμένου πραγματικού. Από την άλλη πλευρά μία άλλη μερίδα της θεωρίας, σχολιάζοντας επικριτικά την πρώτη απόφαση, φαίνεται να υιοθετεί την άποψη ότι ο κάθε πιστολήπτης, όχι μόνο καταναλωτικού αλλά και επαγγελματικού δανείου, είναι τελικός αποδέκτης της παρεχόμενης τραπεζικής υπηρεσίας και, ως εκ τούτου, καταναλωτής με την έννοια του άρθρου 1 § 4α ν. 2251/1994¹³¹. Επικαλούμενη, λοιπόν, τον παρεπόμενο χαρακτήρα της εγγύησης, η άποψη αυτή θεωρεί ότι «ο πιστολήπτης, προσερχόμενος στην τράπεζα με τον εγγυητή του, μεταδί-

128. ΕφΠειρ 91/2002, ΕπισκΕΔ 2002, 778 επ. (781).

129. ΠΠρΑθ 1119/2002, ΔΕΕ 2003, 422 επ. (435/6). Πρβλ. και *Καράκωστα*, Γενικοί όροι των τραπεζικών συναλλαγών (2001), 18, που φαίνεται να περιλαμβάνει στους υποβαλλόμενους σε έλεγχο περιεχομένου ΓΟΣ και τον όρο με τον οποίο ο εγγυητής παραιτείται από την κατ' ΑΚ 855 ένσταση διζήσεως.

130. Βλ. *Δούβλη*, Η υπαγωγή ή μη των τραπεζικών εγγυητών στον ν. 2251/1994, ΔΕΕ 2003, 876 επ. (878-882).

131. Έτσι *Παμπούκης*, ΕπισκΕΔ 2002, 787/8. Πρβλ. και *Περάκη*, ΔΕΕ 1995, 32 επ.· *Μπεχρή*, ΕπισκΕΔ 1995, 273 επ. (274 επ., υπό 1, Α).

δει σ' αυτόν την ιδιότητα του καταναλωτή»¹³². Όμως ακόμη και αν δεχθούμε ότι ο λήπτης επαγγελματικού δανείου εντάσσεται στον διευρυμένο ορισμό του καταναλωτή που χρησιμοποιεί ο έλληνας νομοθέτης, αυτό δεν σημαίνει ότι και ο εγγυητής του επαγγελματικού δανείου είναι σε κάθε περίπτωση άξιος ιδιαίτερης προστασίας. Συχνά ο εγγυητής αυτός είναι φορέας ή συναλλακτικά έμπειρος συνεταίρος της δανειολήπτριας επιχείρησης, ο οποίος γνωρίζει πολύ καλά τις δυνατότητες αποπληρωμής της πρωτοφειλέτιδος καθώς και τον κίνδυνο που αναλαμβάνει¹³³. Μάλιστα, σε αντιστάθμισμα του κινδύνου αυτού προσδοκά αναμφίβολα και δικό του οικονομικό όφελος από την ευδόωση των εργασιών της επιχείρησης¹³⁴, για να μην αναφερθούμε καν στις περιπτώσεις των επ' αμοιβή εγγυωμένων, όπως οι ίδιες οι Τράπεζες¹³⁵. Γι' αυτό η απόφαση παροχής προστασίας θα πρέπει να εξαρτάται από τη διαπίστωση της συνδρομής ή μη, κατά περίπτωση, παρόμοιων καταστάσεων ελλείμματος δυνατοτήτων αυτοπροστασίας με αυτών του καταναλωτή¹³⁶. Και, πάντως, η τυπική υπαγωγή στην «έννοια» του καταναλωτή αποδεικνύεται αμφίστομο εργαλείο, στερούμενο ουσιαστικής αιτιολογικής δύναμης, αφού δεν υποδεικνύει με ασφάλεια τη συνδρομή των καταστάσεων αυτών». Η αντιφατική χρησιμοποίησή του από τα ελληνικά δικαστήρια θυμίζει μία παρόμοια τακτική της παλαιότερης γερμανικής νομολογίας. Αυτή άλλοτε μεν αρνούνταν επί εγγυήσεων την αναλογική εφαρμογή του γερμανικού νόμου για τις συμβάσεις εκτός εμπορικού καταστήματος¹³⁷, με το αιτιολογικό ότι η παροχή της εγγύησης είναι *χαριστική* πράξη του εγγυητή έναντι του πρωτοφειλέτη¹³⁸, άλλοτε δε την δεχόταν, χαρακτηρίζοντας την εγγύηση ως *επαχθή* σύμβαση του εγγυητή με την Τράπεζα¹³⁹. Η εγγύηση, βέβαια, υπό διαφορετική κά-

132. Παμπούκης, ό.π., 789.

133. Πρβλ. Bülow, ZIP 1999, 1613 επ. (1616, υπό 4).

134. Πρβλ. Λαδά, ENOBE 19 (1993), 13 επ. (20). Χελιδόνη, ΧρΙΔ 2002, 775 επ. (778). Seibel/Brink, Bürgschaften vermögens- und einkommensloser Bürgen, DB 1998, 661 επ. (671). Kurz, Ist der Mehrheitsgesellschafter und Alleingeschäftsführer einer GmbH «Verbraucher»? NJW 1997, 1828 επ., που δίνει στο ερώτημα αρνητική απάντηση.

135. Βλ. Larenz/Canaris, SchuldR II 2¹³ (1994), § 60 I 1, 2: «Selbstverständlich erhalten die Kreditinstitute für die Bürgschaftsleistung ein *Entgelt*- die sogenannte *Avalprovision*».

136. Έτσι η κρ.γν. σήμερα στη γερμανική θεωρία (βλ. λ.χ. Canaris, AcP 2000, 273 επ., 353) αλλά και η ορθότερη άποψη στην ελληνική θεωρία (βλ. Απ. Γεωργιάδη, Εξασφάλιση 2001, 51 επ. Χελιδόνη, ΧρΙΔ 2002, 775 επ., 779).

137. Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften v. 16.1.1986 (BGBl) I. S. 122). Με την § 1 Abs. 1 του νόμου αυτού εξαιρούνται από το πεδίο εφαρμογής του οι άνευ ανταλλάγματος συμφωνίες.

138. BGHZ 113, 278 επ. = NJW 1991, 975 επ.· BGH, NJW 1991, 2905 επ. Βλ. σχετικά την κριτική των Schanbacher, NJW 1991, 3263 επ. (3264)· PROBST, JR 1992, 133 επ. (136 επ.)· P. Bydlinki, WM 1992, 1301 επ.

139. BGH, NJW 1993, 1594 επ. (1595). Πρβλ. και BGH, NJW 1996, 55 επ. (56), που θεωρεί ως αντάλλαγμα της Τράπεζας για την λήψη της εγγύησης την εκ μέρους της παροχή του δανείου στον τρί-

θε φορά οπτική γωνία, είναι ταυτόχρονα και χαριστική και επαχθής δικαιοπράξια¹⁴⁰. Στην τακτική αυτή καθώς και στη γενική άρνηση προστασίας στους εγγυητές - συγγενείς έβαλαν τέλος δύο θεμελιώδεις αποφάσεις του Γερμανικού Συνταγματικού Δικαστηρίου από τα έτη 1993 και 1994 αντίστοιχα¹⁴¹, από τις οποίες η πρώτη αφορά επαγγελματική πίστωση¹⁴² ενώ η δεύτερη καταναλωτικό δάνειο¹⁴³.

3. Στην πρώτη επρόκειτο για το κύρος της εγγύησης που παρέσχε μία, στερούμενη περιουσίας, χαμηλόμισθη εικοσάχρονη εργάτρια για την αποπληρωμή όλων των υφισταμένων και μελλοντικών δανειακών υποχρεώσεων της εμπορικής επιχείρησης του πατέρα της. Στη δεύτερη επρόκειτο για το κύρος των εγγυήσεων που παρέσχε ένα νεαρό ζεύγος μελλονύμφων σε σημαντικού ύψους στεγαστικό δάνειο των γονέων του ενός εξ αυτών. Το ΓερμΑκυρωτικό, προσκολλημένο στην αυτοευθύνη του ενηλίκου, είχε αρνηθεί αρχικά στις περιπτώσεις αυτές να παράσχει προστασία στους εγγυητές - συγγενείς¹⁴⁴, οι οποίοι στράφηκαν με προσφυγές τους στο Συνταγματικό Δικαστήριο. Και στις δύο αποφάσεις του δικαστηρίου αυτού εγκαταλείπεται η ενηλικότητα ως αποκλειστικό κριτήριο του κύρους της εγγύησης και το όλο θέμα ανάγεται σε ζήτημα διασφάλισης της συνταγματικά κατοχυρωμένης ιδιωτικής αυτονομίας¹⁴⁵. Το σκεπτικό ξεκινά από την υποχρέωση των πολιτικών δικαστηρίων να διαπλάθουν την έννομη τάξη κατά τρόπο που να διασφαλίζει τη συνδρομή των ουσιαστικών προϋποθέσεων αυτοκαθορισμού των συναλλασσομένων. Ενδεχόμενη απεμπόληση του στόχου αυτού ισοδυναμεί με εκ των προτέρων κατάδίκη του ασθενέστερου σε «ετεροπροσδιορισμό», άρα με παθητική προσβολή του

το (δανειολήπτη).

140. Βλ. *Σταθόπουλο*, ΚοινΑστΔ Ι (1995), 47. Για το λόγο αυτό ο *Wochner*, *Die neue Schuld-knechtschaft*, BB 1989, 1354 επ. (1355) επικρίνει ως «εννοιοκρατική» τη χρήση αυτού του επιχειρήματος από τα γερμανικά δικαστήρια.

141. Με τις αποφάσεις του αυτές το BVerfG συνεχίζει ουσιαστικά τη γραμμή που είχε χαράξει αναφορικά με το κύρος της συμφωνίας απαγόρευσης της άσκησης ανταγωνιστικών πράξεων εκ μέρους του *εμπορικού αντιπροσώπου* μετά το πέρας της σύμβασης αντιπροσωπείας, βλ. BVerfGE 81, 242 επ. (από 7.2.1990) = BVerfG, NJW 1990, 1469 επ. = JZ 1990, 691 επ. (με παρατ. *Wiedemann*) = WM 1990, σελ. 559 επ. = ZIP 1990, σελ. 573 επ. = AP Nr. 65 zu Art 12 GG (με παρατ. *Canaris*) = DVBl 1990, 475 επ. (με παρατ. *Schwabe*). Βλ. σχετικά *Hermes*, Grundrechtsschutz durch Privatrecht, NJW 1990, 1764 επ.· *Hillgruber*, Grundrechtsschutz im Vertragsrecht, AcP 191 (1991), 67 επ.· *Medicus*, AcP 192 (1992), 35 επ. (61 επ., 64) και ειδικότερα τον *ίδιο*, FS Kitagawa (1992), 471/2.

142. BVerfGE 89, 214 επ. (από 19.10.1993) = ZIP 1993, 1775 επ. = NJW 1994, 36 επ. = WM 1993, 2199 επ. = ZBB 1994, 155.

143. BVerfG NJW 1994, 2749 επ. (από 15.8.1994). Για τα παρακάτω βλ. *ιδίως Drexl*, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers* (1998), 263 επ., 505 επ.

144. Βλ. BGHZ 106, 269 επ. (από 19.1.1989)· BGHZ 107, 92 επ. (από 28.2.1989).

145. Βλ. BVerfGE 89, 214 επ. (231) και τον σχολιασμό του KOHTE, *Vertragsfreiheit und gestörte Vertragsparität*, ZBB 1994, 172 επ. Πρβλ. και BVerfGE 81, 242 επ. (254 επ.)· BVerfG, WM 1994, 1837 επ. (1839).

ατομικού δικαιώματος της ιδιωτικής του αυτονομίας¹⁴⁶. Υπό το πρίσμα αυτό το Συνταγματικό Δικαστήριο έκρινε ως αντισυνταγματική τη συμπεριφορά του ΓερμΑκυρωτικού¹⁴⁷ και ανέπεμψε σ' αυτό τις υποθέσεις, αξιόνοντας πλέον μία προσεκτική συνεκτίμηση των «καταστάσεων ελλείμματος δυνατοτήτων αυτοπροστασίας» που ενδέχεται να συνοδεύουν τον εγγυητή¹⁴⁸. Η υπόδειξη αυτή είχε ως αποτέλεσμα μία εντυπωσιακή μεταστροφή της νομολογίας του Ακυρωτικού, το οποίο χάραξε τρεις βασικές κατευθύνσεις προστασίας του εγγυητή¹⁴⁹:

4. α. Με την πρώτη θεωρεί, στις περιπτώσεις των στερούμενων ιδίων πόρων ή περιουσίας νεαρών τέκνων¹⁵⁰, ότι η λήψη των εγγυήσεων αυτών αντιτίθεται στα χρηστά ήθη¹⁵¹. Και τούτο διότι με αυτήν η Τράπεζα εκμεταλλεύεται τη συναλλακτική απειρία και ψυχική φόρτιση των τέκνων, επιβάλλοντάς τους την ανάληψη επιβαρύνσεων δυσανάλογων προς την ανύπαρκτη οικονομική και περιουσιακή τους επιφάνεια, την οποία η Τράπεζα όφειλε να γνωρίζει¹⁵².

146. Η κεντρική θέση των BVerfGE 89, 214 επ. (234) και BVerfG, NJW 1994, 2749 επ. (2750): Die Zivilgerichte haben «die Pflicht ..., darauf zu achten, daß Verträge nicht als Mittel der Fremdbestimmung dienen. ... Ist der Inhalt des Vertrags für eine Seite ungewöhnlich belastend und als Interessenausgleich offensichtlich unangemessen, so dürfen sich die Gerichte nicht mit der Feststellung begnügen: Vertrag ist Vertrag. Sie müssen vielmehr klären, ob die Regelung eine Folge strukturell ungleicher Verhandlungsstärke ist, und gegebenenfalls ... korrigierend eingreifen». Ομοίως BVerfGE 81, 242 επ. = NJW 1990, 1470 (παρ. υποσ. 135). Για το όλο ζήτημα διεξοδικά Joswig, Fremdbestimmung, strukturelle Unterlegenheit und Ausgleich gestörter Vertragsparität- eine Terminologie für das Zivilrecht?, FS Schimansky (1999), 335 επ. Schapp, Grundrechte als Wertordnung, JZ 1998, 913 επ.

147. BGHZ 106, 269 επ. 107, 92 επ.

148. Βλ. BVerfGE 89, 234: «Wie sie dabei zu verfahren haben und zu welchem Ergebnis sie gelangen müssen, ist in erster Linie eine Frage des einfachen Rechts, dem die Verfassung einen weiten Spielraum läßt».

149. Βλ. Gundlach/Halstenberg, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), Bankrechts - Handbuch (1997), Bd. II, § 82 Rz. 95, 105, 106: Joswig, FS Schimansky (1999), 335 επ. Schimansky, WM 1995, 461 επ. Honsell, NJW 1994, 565 επ. Pape, ZIP 1994, 515 επ. Löwe, Bürgen in Sippenhalt dürfen aufatmen, ZIP 1993, 1759 επ. Βλ., όμως, και τις επιφυλάξεις των: Adomeit, Die gestörte Vertragsparität, ein Trugbild, NJW 1994, 2767 επ. Rittner, NJW 1994, 3330 επ. Lüke, Zur Krise des Rechtsstaates, NJW 1995, 173 επ. (174) Zöllner, AcP 196 (1996), 1 επ., 35 επ. St. Lorenz, Der BGH auf dem Weg zur reinen Abschlußkontrolle, JZ 1997, 277 επ. (281) τον ίδιο, NJW 1997, 2578 επ. (2579) Wellenhoffer - Klein, ZIP 1997, 774 επ. (775) Diedrichsen, AcP 198 (1998), 171 επ., 247 επ., 257 επ.

150. BGH NJW 1994, 1341 επ. = WM 1994, 680 επ. BGHZ 125, 206 επ. = JZ 1994, 905 επ. (με παρ. Tiedke) = NJW 1994, 1278 επ. = WM 1994, 676 επ. Πρβλ. και BGH, ZIP 1999, 483 επ. (από 24.2.1999).

151. Οι κρίσεις έγιναν μετά από αναπομπή (BVerfGE 89, 214 επ. BVerfG NJW 1994, 2749 επ.) και ήσαν αντίθετες προς τις προηγούμενες αποφάσεις του BGH επί των ιδίων υποθέσεων (BGHZ 106, 269 επ. 107, 92 επ.).

152. Βλ. BGHZ 125, 206 επ. (210 επ.) και διεξοδικά Schapp, Die Konkretisierung von Generalklauseln durch den Zivilrichter am Beispiel der Sittenwidrigkeit von Bürgschaften naher Angehöriger, FS Söllner (2000), 973 επ. Σχετικά ήδη Καζάκος, ENOBE 19 (1993), 65 επ. (76).

β. Η *δεύτερη* κατεύθυνση εφαρμόζεται στις περισσότερες περιπτώσεις της άπορης εγγυήτριας - συζύγου και καταφεύγει στην *ανατροπή του δικαιοπρακτικού θεμέλιου* (πρβλ. ΑΚ 288): Αποκλειστικό θεμιτό δικαιοπρακτικό θεμέλιο για τη λήψη της εγγύησης μιας εισοδηματικά άπορης και στερούμενης περιουσιακών στοιχείων συζύγου μπορεί να είναι μόνον η εξουδετέρωση ενδεχόμενων περιουσιακών μεταβιβάσεων προς αυτήν εκ μέρους του δανειολήπτη. Αυτό όμως ανατρέπεται, όταν τέτοιες περιουσιακές μεταβιβάσεις καθίστανται εκ των πραγμάτων αδύνατες ή ανώφελες, όπως λ.χ. όταν στο μεταξύ ο γάμος έχει λυθεί ή το σύνολο της περιουσίας του δανειολήπτη έχει δεσμευθεί από την Τράπεζα¹⁵³. Στις περιπτώσεις αυτές το BGH, ανάλογα με το χρόνο που διήρκεσε ο γάμος μετά την δανειοδότηση και το εντεύθεν έμμεσο οικονομικό όφελος που ενδέχεται να έχει αντλήσει η εγγυήτρια, προβαίνει σε μείωση του ύψους της εγγυητικής της ευθύνης στο «προσέκον μέτρο» ή αποφασίζει ακόμη και τη λύση της εγγυητικής σύμβασης¹⁵⁴. Αντίθετα, σε περιπτώσεις που η εγγυήτρια είχε εξαρχής αυτόνομη οικονομική δυνατότητα συμβολής στην αποπληρωμή του δανείου, εγκαταλείπεται το παραπάνω σκεπτικό, επειδή εδώ, πέραν της αποφυγής καταδολιευτικών μεταβιβάσεων, υπάρχει και άλλο δικαιολογημένο συμφέρον της Τράπεζας για λήψη της εγγύησης¹⁵⁵.

γ. Ιδιαίτερη σημασία, για το ζήτημα που μας ενδιαφέρει εδώ, έχει ο *τρίτος* δρόμος προστασίας που ακολουθεί το ΓερμΑκυρωτικό, δηλαδή η διερεύνηση των προϋποθέσεων *αναλογικής εφαρμογής της ειδικής νομοθεσίας για την προστασία των καταναλωτών*¹⁵⁶. Το βασικότερο πεδίο στο οποίο αναπτύχθηκε αυτή η προσέγγιση, είναι ο γερμανικός νόμος για τις συμβάσεις εκτός εμπορικού καταστήματος (αντίστ. άρθρ. 3 ν. 2251/94)¹⁵⁷: Το BGH διαπίστωσε, λοιπόν, ότι όταν οι εκπρόσωποι της Τράπεζας επισκέπτονται ξαφνικά στο σπίτι του τον υποψήφιο εγγυητή για να του ζητήσουν να υπογράψει την εγγυητική σύμβαση, ο κίνδυνος αιφνιδιασμού και το έλλειμμα πληροφόρησής του για την οικονομική κατάσταση του δανειολήπτη συνιστά μία εξίσου αξια προστασίας κατάσταση με αυτήν του καταναλωτή που

153. Βλ. BGHZ 128, 230 επ. (236 επ.)· BGH NJW 1996, 2088 επ. (2090 επ.).

154. Βλ. BGHZ 128, 230 επ. (238 επ.). Πρβλ. *Reinicke/Tiedtke*, Bürgschaft und Wegfall der Geschäftsgrundlage, NJW 1995, 1449 επ.· *Knüttel*, Befreite Ehefrauen?, ZIP 1991, 493 επ.

155. Βλ. BGH NJW 1997, 1005 επ. = ZIP 1997, 409 επ.

156. Βλ. BGH NJW 1996, 924 επ. (σχετ. *Reinicke/Tiedtke*, WiB 1996, σελ. 505 επ.)· πρβλ. BGH NJW 1997, 3372 επ. (3374). Για την τάση αυτή βλ. *A. Krämer*, Rechtliche Inhaltskontrolle von Verträgen als Verfassungsgebot, FS Schimansky (1999), 367 επ.

157. Βλ. αναλυτικά *Χελιδόνη*, Η εγγύηση ως σύμβαση εκτός εμπορικού καταστήματος, ΧρΠΔ 2002, 775 επ.· *Απ. Γεωργιάδη*, Η εξασφάλιση των πιστώσεων (2001), 51 επ.· *Reinicke/Tiedtke*, Bürgschaftsrecht² (2000), 152 επ.· *Pfeiffer*, ZIP 1998, 1129 επ.· *Probst*, JR 1992, 133 επ. (136 επ.)· *Peter Bydlinski*, WM 1992, 1301 επ.· *Klingsporn*, Die Bürgschaft als «Haustürgeschäft», WM 1993, 829 επ.· *τον ίδιο*, NJW 1991, 2259 επ.· *Schanbacher*, NJW 1991, 3263 επ. Πρβλ. και *Bunte*, WM 1993, 877 επ.· *Pfeiffer*, ZBB 1992, 1 επ.

προσεγγίζεται εκτός εμπορικού καταστήματος. Και στις δύο περιπτώσεις ο αντισυμβαλλόμενος έχει έντονο έλλειμμα χρόνου περίσκεψης και στερείται της δυνατότητας που έχει φυσιολογικά κάθε συναλλασσόμενος να αποχωρήσει, όταν διαφωνεί, από το κατάσταση του προμηθευτή¹⁵⁸. Για τους λόγους αυτούς το ενδέκατο Τμήμα του BGH έκρινε αναγκαίο να προστατεύσει το ατομικό δικαίωμα δικαιοπρακτικού αυτοκαθορισμού του εγγυητή, παρέχοντάς του το ίδιο – με το προβλεπόμενο για τον καταναλωτή – μέσο της εντός ορισμένης προθεσμίας αναιτιολόγητης υπαναχώρησής του από τη σύμβαση. Το δικαστήριο αυτό, μάλιστα, δεν περιόρισε την προστασία μόνο στους εγγυητές - συγγενείς του καταναλωτή, αλλά την επεξέτεινε γενικότερα σε κάθε εγγυητή καταναλωτικού ή επαγγελματικού δανείου. Εξάριση έκανε, βέβαια, σε περιπτώσεις που έλειπε το στοιχείο του αιφνιδιασμού, όπως λ.χ. όταν ο δανειολήπτης είχε συζητήσει το θέμα με τον υποψήφιο εγγυητή και τον είχε προετοιμάσει για την επικείμενη επίσκεψη των εκπροσώπων της Τράπεζας στο σπίτι του¹⁵⁹.

5. Όμως, ένα άλλο Τμήμα του ΓερμΑκυρωτικού, το ένατο, έχοντας ανέκαθεν αρνητική θέση στο ζήτημα¹⁶⁰, έκρινε σκόπιμο να απευθύνει προδικαστικό ερώτημα στο ΔΕΚ αναφορικά με την ερμηνεία των διατάξεων της αντίστοιχης Οδηγίας 85/577¹⁶¹. Η από 17.3.1998 σχετική απόφαση του ΔΕΚ¹⁶² ακολουθεί μία μέση οδό: Από τη μία πλευρά δέχθηκε την εφαρμογή των διατάξεων της Οδηγίας και επί εγγυητών, με το σκεπτικό ότι ο προστατευτικός της σκοπός ανταποκρίνεται εξίσου και στις ανάγκες προστασίας του εγγυηθέντος μετά από απροσδόκητη συναλλακτική προσέγγιση¹⁶³. Από την άλλη πλευρά όμως εξάρτησε την παροχή προστασίας στον εγγυητή από τον ιδιότητα του δανειολήπτη ως καταναλωτή, επικαλούμενο τον πα-

158. Βλ. XI Zivilsenat, BGH NJW 1996, 55 επ.· BGH NJW 1993, 1594 επ. και P. Bydlinski, WM 1992, 1301 επ. (1303). *Αντίθετος Wenzel*, NJW 1993, 2781 επ. (2783).

159. Πρβλ. σχολιασμό *Drexel*, ό.π., Selbstbestimmung (1998), 320 (υποσ. 73)· *αντίθετος Teske*, ZIP 1986, 624 επ. (629).

160. IX Zivilsenat, BGH NJW 1991, 975 επ.· BGH NJW 1991, 2905 επ. Η διάσταση μεταξύ των δύο Τμημάτων του BGH χαρακτηρίστηκε ως «Krieg der Senate», βλ. *Lorenz*, NJW 1998, 2397.

161. IX Zivilsenat, BGH NJW 1996, 930 επ. Βλ. σχετικά *Drexel*, ό.π., Selbstbestimmung (1998), 318 επ.· *Roth*, ZIP 1996, 1285 επ.· *Pfeiffer*, NJW 1996, 3297 επ.

162. ΔΕΚ, C-45/96 (Bayerische Hypotheken- und Wechselbank v. Dietzinger), ΕλλΔνη 39, 731 επ. = ΔΕΕ 4, 1117 επ. (με παρατ. *Σκουλαρίκη*) = Αρμ 52, 1017 επ. (με παρατ. *Τσερκέζη*) = WM 1998, 649 επ. = ZIP 1998, 554 επ. (με παρατ. *Pfeiffer*, ZIP 1998, 1129 επ. και *Reinicke/Tiedtke*, ZIP 1998, 893 επ.) = EuZW 1998, 252 επ. (με παρατ. *Micklitz*) = DB 1998, 671 επ. (με παρατ. *Seidel*) = DZWir 1998, 277 επ. (με παρατ. *Hoffmann*) = EWir 1998, 465 (με παρατ. *Pfeiffer*). Βλ. σχετικά ιδίως *Σταθόπουλο*, ΕΕΕυρΔ 2003, 511 επ. (536 επ.)· *Χελιδόνη*, ΧρΙΔ 2002, 775 επ.· *Mayen*, FS Schimansky (1999), 415 επ.· *Treber*, Europäischer Verbraucherschutz im Bürgschaftsrecht, WM 1998, 1908 επ.· *Drexel*, Der Bürge als deutscher und europäischer Verbraucher, JZ 1998, 1046 επ.

163. ΔΕΚ, ό.π., αρ. 19.

ρεπόμενο χαρακτήρα της εγγύησης¹⁶⁴. Ο περιορισμός αυτός επικρίθηκε τόσο από τη γερμανική¹⁶⁵ όσο και από την ελληνική θεωρία¹⁶⁶, που επεσήμαναν την αυτόνομη ανάγκη προστασίας του εγγυητή, ανεξάρτητα από το αν συντρέχουν καταστάσεις προστασίας στο πρόσωπο του πρωτοφειλέτη. Το ένατο Τμήμα του BGH, παίρνοντας την απάντηση του ΔΕΚ, είχε τη δυνατότητα, ενόψει του χαρακτήρα της Οδηγίας ως κανόνα «ελάχιστης προστασίας» (άρθρ. 8), να μην λάβει υπόψη του τον τιθέμενο περιορισμό. Αντ' αυτού όμως, έχοντας τις καταβολές της προγενέστερης αρνητικής νομολογίας του, έσπευσε να ερμηνεύσει στενά την παραπάνω απόφαση του ΔΕΚ και να περιορίσει ακόμη περισσότερο το πεδίο εφαρμογής των προστατευτικών διατάξεων του γερμ νόμου: Στην από 14.5.1998 απόφασή του το ένατο Τμήμα θεώρησε αναγκαία για την εφαρμογή των διατάξεων αυτών επί εγγυήσεων όχι μόνο την καταναλωτική ιδιότητα του δανειολήπτη, αλλά' επιπλέον και την δική του προσέγγιση από την Τράπεζα εκτός του εμπορικού της καταστήματος, θέτοντας έτσι μία άστοχη εννοιοκρατική προϋπόθεση που σπανιότατα θα πληρούται στην πράξη¹⁶⁷. Τόσο η κρατούσα σήμερα γνώμη στη θεωρία όσο και η πρόσφατη νομολογία άλλων Τμημάτων του BGH, δεν θέτουν τέτοιου είδους περιορισμούς¹⁶⁸.

VI. Κλείνοντας την παρουσίαση αυτή, θα λέγαμε ότι: Η διάγνωση της συνταγματικής καταγωγής μέρους των αναγκών προστασίας του καταναλωτή δεν είναι σε θέση, μόνη της, να οριοθετήσει με συνέπεια το πεδίο εφαρμογής της σχετικής ειδικής νομοθεσίας. Και τούτο διότι τόσο ο καταναλωτής όσο και ο προμηθευτής αποτελούν φορείς όχι μόνο συνταγματικά κατοχυρωμένων ατομικών δικαιωμάτων αλλά και «απλών» ιδιωτικών δικαιωμάτων, που λειτουργούν εκατέρωθεν ως περιορισμοί των δικαιωμάτων της άλλης πλευράς¹⁶⁹. Ωστόσο, η συνταγματική προσέγγιση της προστασίας των καταναλωτών δεν στερείται σημασίας. Από την αναγωγή της στη γενικότερη συζήτηση που διεξάγεται σχετικά με την τριτενέργεια των ατομι-

164. Gesamtbetrachtung, ΔΕΚ, ό.π., αρ. 22.

165. Einzelbetrachtung, βλ. την συγκεντρωτική παράθεση των κριτικών θέσεων στον *Drexl*, JZ 1998, 1046 επ. και ιδίως *Treber*, WM 1998, 1908 επ. (1919): «Ein Schutzbedürfnis des Bürgen nur im Falle der Verbrauchereigenschaft des Hauptschuldners anzunehmen, ist wertungswidersprüchlich». Ομοίως *Tiedtke*, NJW 2001, 1015 επ. (1026)· *Canaris*, AcP 2000, 273 επ. (353)· *Lorenz*, NJW 1998, 2397 επ. (2398).

166. Βλ. *Σταθόπουλο*, ΕΕΕυρΔ 2003, 536/7· *Χελιδόνη*, ΧρΙΔ 2002, 775 επ. (778 επ.)· *Απ. Γεωργιάδη*, Η εξασφάλιση των πιστώσεων (2001), 47, 53. Πρβλ. ακόμη *Καράκωστα*, ΠρΚατ (2002), 122 επ.· *Σκορίνη - Παπαρηγοπούλου*, ό.π. (1999), 51.

167. IX Zivilsenat, BGH NJW 1998, 2356 επ. = JZ 1998, 1072 επ. = ZIP 1998, 1144 επ. = WM 1998, 1388 επ., σχετ. EWiR, 1998, 845 (με παρατ. *Eckert*).

168. Βλ. διεξοδικά *Tiedtke*, Rechtsprechung des BGH auf dem Gebiet des Bürgschaftsrechts seit 1997, NJW 2001, 1015 επ.· *Drexl*, JZ 1998, 1046 επ.· *Mayen*, FS Schimansky (1999), 415 επ. (422).

169. Πρβλ. *Zöllner*, JuS 1988, 330: «Öffentliches Recht ... könnte auch unter subtilster Beachtung der Grundrechte niemals auch nur annähernd jenes Maß an Selbstbestimmung gewährleisten, wie es unter den Selbstgestaltungsmöglichkeiten eines entwickelten Privatrechts verfügbar ist».

κών δικαιωμάτων προκύπτει ότι: Εκτός των περιορισμένων περιπτώσεων προσβολής της ίδιας της ανθρώπινης αξίας (2 § 1 Σ), τόσο η προστασία των καταναλωτών όσο και η γενικότερη προστασία του ατόμου από τους κινδύνους της ιδιωτικής εξουσίας, ανεξαρτήτως του αν κατά περίπτωση είναι και συνταγματικά επιβεβλημένη ή όχι, χρήζει πάντοτε ιδιαίτερης αιτιολόγησης. Το «πέραςμα» από την «απλή» στη συνταγματική προστασία των καταναλωτών δεν οριοθετείται αυστηρά, αλλ' αποτελεί εκτιμητικό ζήτημα που κρίνεται κάθε φορά ανάλογα με την εικόνα σώρευσης και έντασης των άξιών προστασίας καταστάσεων. Ο αιτιολογικός συλλογισμός και στα δύο επίπεδα είναι ίδιος και διεξάγεται με βάση την αρχή της αναλογικότητας. Με αυτήν επιλέγεται κάθε φορά το αναγκαίο και ικανό μέσο, από τα περισσότερα κλιμακούμενα σε ένταση προστατευτικά μέτρα που έχει κατά κανόνα στη διάθεσή του ο νομοθέτης ή ο δικαστής. Τέλος, η συνταγματική θεώρηση του ζητήματος έχει την ικανότητα, μέσω των ατομικών δικαιωμάτων, να κινητοποιεί δραστικά τον δικαστή της ιδιωτικού δικαίου διαφοράς σε αναζήτηση και αποτίμηση παρομοίων καταστάσεων προστασίας που εμφανίζουν πρόσωπα κείμενα εκτός της νομοθετημένης έννοιας του καταναλωτή. Έτσι οδηγεί, σε περιπτώσεις που η ένταση των αναγκών προστασίας τους προσλαμβάνει συνταγματική διάσταση, σε επέκταση της ρυθμιστικής εμβέλειας της σχετικής νομοθεσίας, δίδοντας στα πρόσωπα αυτά πρόσβαση στα ίδια μέσα που προβλέπονται για την προστασία του καταναλωτή. Με τον τρόπο αυτό αίρονται οι πιο εξόφθαλμες, τουλάχιστον, από τις αξιολογικές αντινομίες που προκαλεί η εισδοχή της νεότευκτης αυτής δικαιοσύνης στο σύστημα του Ιδιωτικού Δικαίου. Παράλληλα, υποδεικνύεται ότι αντίστοιχου είδους εκτιμητικοί συλλογισμοί, αποκλειστικά με βάση πλέον το δόγμα του Ιδιωτικού Δικαίου, μπορούν να οδηγήσουν σε επιτυχή αντιμετώπιση και των υπολοίπων, λιγότερο σημαντικών, αξιολογικών αντιφάσεων, που έχουν την ίδια γενεσιουργό αιτία.