

ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟ ΠΕΙΡΑΙΩΣ



**Σχολή Οικονομικών, Επιχειρηματικών και Διεθνών Σπουδών
Διατμηματικό Πρόγραμμα Μεταπτυχιακών Σπουδών
«ΔΙΚΑΙΟ ΚΑΙ ΟΙΚΟΝΟΜΙΑ - MASTER IN LAW AND ECONOMICS»**

ΒΑΣΙΛΕΙΑ ΚΑΡΑΤΖΙΑ

**«ΙΔΙΩΤΙΚΗ ΑΥΤΟΝΟΜΙΑ - ΕΛΕΥΘΕΡΙΑ ΤΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
ΚΑΙ ΠΑΡΕΝΘΕΤΗ ΜΗΤΡΟΤΗΤΑ»**

ΔΙΠΛΩΜΑΤΙΚΗ ΕΡΓΑΣΙΑ

ΕΠΙΒΛΕΠΩΝ ΚΑΘΗΓΗΤΗΣ: ΧΑΤΖΗΣ ΑΡΙΣΤΕΙΔΗΣ

ΠΕΙΡΑΙΑΣ, 2023

Παράρτημα Β: Βεβαίωση Εκπόνησης Διπλωματικής Εργασίας



ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟ ΠΕΙΡΑΙΩΣ
ΣΧΟΛΗ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΕΠΙΧΕΙΡΗΜΑΤΙΚΩΝ ΚΑΙ ΔΙΕΘΝΩΝ ΣΠΟΥΔΩΝ
ΔΙΑΤΜΗΜΑΤΙΚΟ ΠΡΟΓΡΑΜΜΑ ΜΕΤΑΠΤΥΧΙΑΚΩΝ ΣΠΟΥΔΩΝ
«ΔΙΚΑΙΟ ΚΑΙ ΟΙΚΟΝΟΜΙΑ»

ΒΕΒΑΙΩΣΗ ΕΚΠΟΝΗΣΗΣ ΔΙΠΛΩΜΑΤΙΚΗΣ ΕΡΓΑΣΙΑΣ

(περιλαμβάνεται ως ξεχωριστή (δεύτερη) σελίδα στο σώμα της διπλωματικής εργασίας)

Δηλώνω υπεύθυνα ότι η διπλωματική εργασία για τη λήψη του μεταπτυχιακού τίτλου σπουδών, του Πανεπιστημίου Πειραιώς, «Δίκαιο και Οικονομία» με τίτλο **«ΙΔΙΩΤΙΚΗ ΑΥΤΟΝΟΜΙΑ - ΕΛΕΥΘΕΡΙΑ ΤΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ ΚΑΙ ΠΑΡΕΝΘΕΤΗ ΜΗΤΡΟΤΗΤΑ»** έχει συγγραφεί από εμένα αποκλειστικά και στο σύνολό της. Δεν έχει υποβληθεί ούτε έχει εγκριθεί στο πλαίσιο κάποιου άλλου μεταπτυχιακού προγράμματος ή προπτυχιακού τίτλου σπουδών, στην Ελλάδα ή στο εξωτερικό, ούτε είναι εργασία ή τμήμα εργασίας ακαδημαϊκού ή επαγγελματικού χαρακτήρα.

Δηλώνω επίσης υπεύθυνα ότι οι πηγές στις οποίες ανέτρεξα για την εκπόνηση της συγκεκριμένης εργασίας, αναφέρονται στο σύνολό τους, κάνοντας πλήρη αναφορά στους συγγραφείς, τον εκδοτικό οίκο ή το περιοδικό, συμπεριλαμβανομένων και των πηγών που ενδεχομένως χρησιμοποιήθηκαν από το διαδίκτυο. Παράβαση της ανωτέρω ακαδημαϊκής μου ευθύνης αποτελεί ουσιώδη λόγο για την ανάκληση του πτυχίου μου.

Υπογραφή Μεταπτυχιακής Φοιτήτριας

VASILEIA KARATZIA
ΒΑΣΙΛΕΙΑ ΚΑΡΑΤΖΙΑ
Digitally Signed
21.07.2023 13:29

Όνοματεπώνυμο: **Βασιλεία Καρατζιά**

Ημερομηνία: **14 Ιουλίου 2023**

ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ

1. Εισαγωγή.....	Σελ. 3
2. Η έννοια της ιδιωτικής αυτονομίας.....	Σελ. 6
3. Το δικαίωμα της οικονομικής ελευθερίας.....	Σελ.9
4. Ο κρατικός παρεμβατισμός.....	Σελ.11
5. Νομικός - Ηθικός πατερναλισμός.....	Σελ.13
6. Immanuel Kant και δεοντολογία.....	Σελ.16
7. Ωφελιμισμός.....	Σελ.18
8. Φιλελευθερισμός.....	Σελ.20
9. Η ελευθερία των συμβάσεων.....	Σελ.22
10. Η πολιτική λειτουργία των συμβάσεων (Σύνταγμα).....	Σελ.26
11. Η έννοια της συναίνεσης στη σύμβαση.....	Σελ.28
12. Η προϋπόθεση του ορθολογισμού.....	Σελ.29
13. Ανάπτυξη case study: Η σύναψη σύμβασης παρένθετης μητρότητας επ' αμοιβή.....	Σελ.32
14. Η ιδιωτική αυτονομία στην παρένθετη μητρότητα.....	Σελ.38
15. Οι περιορισμοί της ιδιωτικής αυτονομίας με άξονα τη νομική παρέμβαση.....	Σελ.40
16. Το οικονομικό κριτήριο.....	Σελ.43
17. Η εξουσία διάθεσης του γεννητικού υλικού ως εκδήλωση της ιδιωτικής αυτονομίας.....	Σελ.47
18. Η ελληνική νομολογία για την παρένθετη μητρότητα	Σελ.49
19. Κριτική θεώρηση της παρένθετης μητρότητας επ' αμοιβή.....	Σελ.52
20. Επίλογος.....	Σελ.53
21. Βιβλιογραφία.....	Σελ. 56

1. Εισαγωγή

Ποια είναι τα όρια της ιδιωτικής αυτονομίας και ποια τα όρια του κρατικού παρεμβαισμού; Ποια είναι και ποια θα πρέπει να είναι η αλληλεπίδραση της νομικής επιστήμης, της ηθικής και των οικονομικών επιστημών; Η ελευθερία των συμβάσεων, με δεδομένο τον ορθολογισμό των ατόμων και την ανεπιφύλακτη συναίνεσή τους, συνιστά απόλυτη και απαραβίαστη αρχή ή εύλογα πρέπει να περιορίζεται όταν συγκρούεται με άλλες ελευθερίες, ηθικές αξίες και αρχές;

Τα όρια της ελευθερίας και η επίδραση της ηθικής στη διαμόρφωση των κανόνων δικαίου μιας κοινωνίας, απασχόλησαν ήδη από την αρχαιότητα τους αρχαίους Έλληνες φιλοσόφους, απασχολώντας έκτοτε και κάθε φιλοσοφικό ρεύμα ανά τους αιώνες, εστιάζοντας πρωτίστως στο τι εστί ηθική και τι ελευθερία βούλησης και δράσης.

Για τον Αριστοτέλη, η ηθική του απευθύνεται σε ανθρώπους που χαρακτηρίζονται από ελεύθερο φρόνημα και ορθό λόγο. Ταυτόχρονα, αναγάγει σε υπέρτατο αγαθό την ευδαιμονία.¹ Ο άνθρωπος θα οδηγηθεί στην ευδαιμονία μέσα από την κατάκτηση της αρετής και για την κατάκτηση αυτή, έχει σημασία η πράξη του να είναι προϊόν ελεύθερης προτίμησης και επιλογής μετά από σκέψη, να μπορεί να χαρακτηριστεί δηλαδή ως μια υπεύθυνη και αυτόνομη πράξη, και όχι επιβληθείσα και ετερόνομη.

Ποικίλες θεωρίες αναπτύχθηκαν επίσης σχετικά με τα όρια του ατόμου να δρα ελεύθερα στην κοινωνία, αυτόβουλα, με γνώμονα τη μέγιστη δυνατή ωφέλεια για το ίδιο και τη μικρότερη δυνατή βλάβη για τους τρίτους, αλλά και θεωρίες με μοναδικό

¹ Σύμφωνα με τον Αριστοτέλη, στα *Ηθικά Νικομάχεια*, το ύψιστο αγαθό που μπορούμε να αποκτήσουμε μέσω της πράξης (το πρακτόν αγαθόν) είναι η ευδαιμονία. Η ευδαιμονία είναι «ψυχής ενέργεια κατ' αρετήν τελείαν».

γνώμονα την δράση σύμφωνα με την αντικειμενική ηθική του μέσου και συνετού ανθρώπου.

Ο Immanuel Kant εξαρτά την ηθικότητα μιας πράξης όχι από τα αποτελέσματα που αυτή θα επιφέρει, αλλά από την αξιολόγηση της ποιότητας της ίδιας της πράξης. Τον απασχολεί το αντικειμενικώς ορθώς πράττειν, καθώς και το δεοντολογικό καθήκον που κάθε άτομο επιλέγει ελεύθερα να καθορίζει την συμπεριφορά του, και δεν επιτρέπεται να επιδεικνύει ασυνέπεια ως προς το «δέον» που το ίδιο έχει επιλέξει για τον εαυτό του (Δραγώνα-Μονάχου 1995: 122). Για τον Immanuel Kant, η ελευθερία της ανθρώπινης βούλησης είναι ακριβώς η ίδια η αυτονομία της, η ιδιότητά της δηλαδή να θέτει η ίδια τον νόμο και τα πρέπει του εαυτού της, χωρίς να ετεροκαθορίζεται.

Σύμφωνα με τους ωφελιμιστές αντιθέτως, τα άτομα πρέπει να πράττουν με μοναδικό γνώμονα τη μεγιστοποίηση της ωφέλειάς τους, ανάλογα πάντα με το επιδιωκόμενο συμφέρον τους (Bentham 1780: 96). Η ελευθερία τους δεν πρέπει να περιορίζεται και το κράτος δεν πρέπει να παρεμβαίνει στις έννομες σχέσεις τους, παρά μόνο όταν με αυτήν την παρέμβαση παρεμποδίζεται η πρόκληση βλάβης σε τρίτα πρόσωπα (Mill 1859: 13). Για τους ωφελιμιστές, απλές εκκλήσεις στην αντικειμενική ηθική ή στην υποθετική προσβολή δικαιωμάτων κι εννόμων αγαθών, δεν επιτρέπεται να αποτελούν πρόσχημα για τον περιορισμό των δικαιωμάτων κι ελευθεριών του ατόμου, είτε από το κράτος, είτε από τρίτους (Brink 2007: 3).

Για τους οπαδούς του φιλελευθερισμού από την άλλη, και δη για τον John Stuart Mill, θεμελιωτή της περίφημης «αρχής της βλάβης»², στόχος είναι η μικρότερη δυνατή έκταση του κράτους και η ελαχιστοποίηση της παρέμβασής του στην οικονομική και

² Η αρχή την οποία εισηγείται ο J.S.Mill, γνωστή ως «αρχή της βλάβης» (*harm principle*), απορρέει από την «αρχή της ωφέλειας» και υποστηρίζει ότι τα άτομα πρέπει να είναι ελεύθερα να ενεργούν σύμφωνα με τις επιθυμίες τους εφόσον οι ενέργειές τους δεν βλάπτουν τους άλλους.

κοινωνική ζωή, επιδιώκοντας ανελλιπώς την υπεράσπιση των ατομικών δικαιωμάτων οικονομικής ή μη φύσης (απόλυτο δικαίωμα στο σώμα και στη διάνοια, ανεξιθρησκία, σεξουαλικά δικαιώματα, οικονομική ελευθερία, ατομική ιδιοκτησία κ.λπ.).

Η παρούσα διπλωματική εργασία εξετάζει τα όρια του θεμελιώδους και συνταγματικά κατοχυρωμένου δικαιώματος της ιδιωτικής αυτονομίας, όπως αυτό εκφράζεται μέσω της ελευθερίας των συμβάσεων, αλλά και μέσα από την ελευθερία και το δικαίωμα στην προσωπικότητα, από το οποίο πηγάζει κι απορρέει και το δικαίωμα εκάστου στην απόκτηση τέκνων και φυσικών απογόνων.

Αφού αναλυθεί το νομικό πλαίσιο και οι σχετικές διατυπωθείσες θεωρίες γύρω από τα όρια της ελευθερίας των συμβάσεων και το θεμιτό ή μη του περιορισμού τους, θα εξεταστεί τελικά το κατά πόσο επιτρέπεται στον κρατικό μηχανισμό να παρεμβαίνει στην ελευθερία των ατόμων να αποκτήσουν τέκνα με τη μέθοδο της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής, με τη θέσπιση αυστηρών περιορισμών και ρυθμίζοντας την έννομη αυτή σχέση εκ των προτέρων με αναγκαστικούς κανόνες δικαίου, η παράβαση των οποίων επισύρει ακόμα και ποινικές κυρώσεις σε πολλά κράτη και δη, στην Ελλάδα.

Η βασική αιτία σκεπτικισμού και προβληματισμού γύρω από τη μέθοδο της ιατρικώς υποβοηθούμενης αναπαραγωγής με παρένθετη μητέρα και τις σχετικές συναπτόμενες συμβάσεις, είναι ο ψυχικός και σωματικός σύνδεσμος αυτής με το κυοφορούμενο τέκνο, καθώς και η πρόβλεψη τυχόν οικονομικού ανταλλάγματος με ελλοχεύοντα κίνδυνο την εκμετάλλευση κι εμπορευματοποίηση του σώματος της κυοφορούσας, με συνεπαγόμενη την ηθική απαξίωση τόσο της ίδιας, όσο και ευρύτερων κοινωνικών αξιών και αρχών.

2. Η έννοια της ιδιωτικής αυτονομίας

Κατά τη διάρκεια του 20^{ου} αιώνα, η προσέγγιση του Αμερικανικού και του Ευρωπαϊκού δικαίου, τράβηξαν μάλλον αντίθετους δρόμους. Στις Ηνωμένες Πολιτείες Αμερικής, προκρίθηκε η παραδοσιακή θεωρία της ανάδειξης και υπερίσχυσης των συνταγματικώς κατοχυρωμένων δικαιωμάτων (ατομικών – πολιτικών – κοινωνικών), εστιάζοντας στην ευελιξία και στην αποτελεσματική απονομή της δικαιοσύνης (Reimann 1995: 102).

Στην Ευρώπη αντιθέτως, προκρίθηκε και τελικά επικράτησε η θεωρία που ευνοούσε την προβλεψιμότητα και την ασφάλεια του δικαίου σε σχέση με την ευελιξία και την αποτελεσματικότητα (Juenger 1982: 120-130). Τόσο όμως στις Η.Π.Α., όσο και στην Ευρώπη, αναντίρρητη και θεμελιώδης αρχή παραμένει η ιδιωτική αυτονομία και η ελευθερία των συμβάσεων.

Η ιδιωτική αυτονομία (*Privatautonomie*) αποτελεί θεμελιώδη γενική αρχή και του Ελληνικού Αστικού Δικαίου, βρίσκει δε, τον δικαιολογητικό της λόγο στη συνταγματικά κατοχυρωμένη αρχή της αυτοδιάθεσης³ και τελικά στην ίδια την αξία του ανθρώπου. Ιδιωτική αυτονομία σημαίνει ότι τα υποκείμενα του δικαίου, είτε φυσικά είτε νομικά πρόσωπα, είναι ελεύθερα, χρησιμοποιώντας τις εξουσίες που τους παρέχει το δίκαιο, να συστήνουν, να τροποποιούν και να καταργούν έννομες σχέσεις σύμφωνα με τη βούλησή τους, εντός των τεθειμένων από την έννομη τάξη ορίων (Γεωργιάδης 2000: 12).

Η αυτονομία της ιδιωτικής βούλησης εμφανίζεται και ισχύει ως γενική αρχή και σε άλλους κλάδους του δικαίου, οι οποίοι οφείλουν την ύπαρξή τους στον Αστικό Κώδικα, αλλά αποσπάστηκαν κάποια στιγμή συνιστώντας ειδική νομοθεσία.⁴

³ Άρθρο 5, παρ. 1 Συντάγματος, «1. Καθένας έχει δικαίωμα να αναπτύσσει ελεύθερα την προσωπικότητά του και να συμμετέχει στην κοινωνική, οικονομική και πολιτική ζωή της Χώρας, εφόσον δεν προσβάλλει τα δικαιώματα των άλλων και δεν παραβιάζει το Σύνταγμα ή τα χρηστά ήθη.»

⁴ Βλ. χαρακτηριστικά, άλλωστε, Γεωργιάδη (2014: 42): «[...] η γνώση των διατάξεων (ενν. του αστικού δικαίου), κυρίως για την ικανότητα δικαίου και δικαιοπραξίας, για την κατάρτιση των δικαιοπραξιών και για τις ενοχικές σχέσεις των προσώπων, αποτελούν στοιχειώδεις προαπαιτούμενο για την ενασχόληση με οποιονδήποτε άλλο κλάδο δικαίου».

Τα δομικά στοιχεία της γενικής αυτής αρχής του δικαίου και οι επιμέρους εκδηλώσεις της, ισχύουν αναλλοίωτα σε όλο το φάσμα του ιδιωτικού δικαίου, όπου ο νομοθέτης αποφάσισε την «ενδοτικότητα» μιας διάταξης και όχι τη θέσπιση ενός κανόνα αναγκαστικού δικαίου,⁵ παρέχοντας έτσι δηλαδή το δικαίωμα στα υποκείμενα του δικαίου να διαμορφώνουν ελεύθερα και κατά τη βούλησή τους το περιεχόμενο των εννόμων σχέσεών τους. Έτσι, λιγότερο ή περισσότερο περιορισμένα, οι κανόνες ενδοτικού δικαίου και συνακόλουθα η συμβατική ελευθερία κυριαρχεί στους κλάδους του δικαίου στους οποίους κεντρικός και θεμελιώδης άξονας είναι η ύπαρξη ενοχικής, συμβατικής σχέσης μεταξύ δικαιοπρακτούντων φυσικών ή νομικών προσώπων.

Άξια επισήμανσης αναφορικά με τον κοινωνικό ρόλο που δέον να επιτελεί η γενική αρχή της ιδιωτικής αυτονομίας, είναι η ιστορική απόφαση του Ανώτατου Δικαστηρίου των Η.Π.Α. (*Lawrence v. Texas*, 2003), όπου το Δικαστήριο απεφάνθη ότι, «Υποχρέωσή μας είναι να καθορίσουμε την ελευθερία όλων, όχι να επιβάλουμε τον δικό μας ηθικό κώδικα».⁶

Το Ανώτατο Δικαστήριο των Ηνωμένων Πολιτειών Αμερικής, με αυτήν του την απόφαση αναδεικνύει την ιδιωτική αυτονομία ως καθολική αρχή, η οποία πρέπει να εφαρμόζεται ανεπηρέαστα από υποκειμενικές θεωρήσεις περί «αντικειμενικής» ηθικής και απορρίπτει αποφασιστικά το βασικό επιχείρημα του νομικού ηθικισμού και του κακώς εννοούμενου πατερναλισμού, υπέρ της ελευθερίας δράσης και της ιδιωτικής αυτονομίας των ατόμων (Χατζής 2018: 67).

Απόρροια επίσης της ιδιωτικής αυτονομίας μπορεί να θεωρηθεί και η αρχή της αυτοκτησίας. Σύμφωνα με την αρχή της αυτοκτησίας «κάθε πρόσωπο έχει το ηθικό δικαίωμα της ιδιοκτησίας στο ίδιο του το πρόσωπο και τις ικανότητές του και επομένως

⁵ Άρθρο 3 Αστικού Κώδικα - Κανόνες Δημόσιας Τάξης, «Η ιδιωτική βούληση δεν μπορεί να αποκλείσει την εφαρμογή κανόνων δημόσιας τάξης».

⁶ «Our obligation is to define the liberty of all, not to mandate our own moral code».

ο καθένας είναι ελεύθερος ηθικά να τις χρησιμοποιήσει όπως αυτός επιθυμεί, εφόσον δεν τις αναπτύσσει επιθετικά έναντι των άλλων» (Cohen 1995 σε Χατζή 2018: 68-69).

Η αρχή της αυτοκτησίας, ερειδόμενη και στην αρχή της βλάβης του John Stuart Mill, επιτάσσει κάτι το οποίο με μια πρώτη ανάγνωση εκλαμβάνουμε ως δεδομένο και αυτονόητο. Ότι δηλαδή ο άνθρωπος έχει απόλυτη εξουσία στο σώμα του και στη διάνοιά του. Ωστόσο, λαμβάνοντας υπόψη μια σειρά ενεργειών οι οποίες απαγορεύονται σήμερα από το δίκαιο, θα διαπιστώσει κανείς ότι η αρχή της αυτοκτησίας, όσο και της ιδιωτικής αυτονομίας αυτής καθαυτής κάμπτονται, καθώς έρχονται αντιμέτωπες με αντίθετους και απαγορευτικούς κανόνες αναγκαστικού δικαίου (λ.χ. το δικαίωμα στην άμβλωση, η ευθανασία, η σύναψη σύμβασης και η απόκτηση τέκνων με παρένθετη μητέρα επ' αμοιβή, ο καθορισμός της τύχης του σώματος ή του γενετικού υλικού μετά τον θάνατο κ.ό.κ.).

3. Το δικαίωμα της οικονομικής ελευθερίας

Σε διεθνές επίπεδο, στις 19 Δεκεμβρίου του έτους 1966, στη Νέα Υόρκη, με την από 16 Δεκεμβρίου 1966, 2200 Α (XXI) απόφαση της Γενικής Συνέλευσης των Ηνωμένων Εθνών, υιοθετήθηκε το Διεθνές Σύμφωνο για τα Οικονομικά, Κοινωνικά και Μορφωτικά Δικαιώματα.

Το Διεθνές αυτό Σύμφωνο, σύμφωνα με τις αρχές του Χάρτη των Ηνωμένων Εθνών και αναγνωρίζοντας ότι σύμφωνα με την Παγκόσμια Διακήρυξη των δικαιωμάτων του ανθρώπου «το ιδανικό των ανθρώπινων υπάρξεων που είναι ελεύθερα και απαλλαγμένα από το φόβο και τη δυστυχία, μπορεί να πραγματοποιηθεί μόνο εφόσον δημιουργηθούν προϋποθέσεις με τις οποίες ο καθένας θα μπορεί να απολαμβάνει τα οικονομικά, κοινωνικά και μορφωτικά του δικαιώματα καθώς και τα αστικά και πολιτικά του δικαιώματα», έθεσε ορισμένες θεμελιώδεις αρχές και δικαιώματα, που δεσμεύουν

τα κράτη διεθνώς ώστε να σέβονται και να διαφυλάττουν την αυτοδιάθεση των λαών και την ελεύθερη οικονομική, κοινωνική, μορφωτική ανάπτυξη και αυτονομία των ατόμων.

Περαιτέρω, το ίδιο το Σύνταγμά μας, ως η ανώτατη πολιτική, κοινωνική και οικονομική «σύμβαση» του κράτους, κατοχυρώνει ρητά το δικαίωμα εκάστου (όχι μόνο του Έλληνα πολίτη) να συμμετέχει ελεύθερα και απεριορίστα στην οικονομική ζωή της χώρας εφόσον δεν προσβάλλει τα δικαιώματα των άλλων και δεν παραβιάζει το Σύνταγμα ή τα χρηστά ήθη (άρθρο 5, παρ. 1 Σ). Το Σύνταγμά μας κατοχυρώνει καταρχήν την ιδιωτική οικονομική πρωτοβουλία, η οποία όμως δεν επιτρέπεται να αναπτύσσεται σε βάρος της ελευθερίας και της ανθρώπινης αξιοπρέπειας ή επί τη βλάβη της εθνικής οικονομίας.⁷ Το ίδιο το Σύνταγμα δηλαδή θέτει κατ' αρχήν τους τρεις αυτούς περιορισμούς στο δικαίωμα εκάστου να καθορίζει την οικονομική του δραστηριότητα.

Έναν ακόμη περιορισμό στην ιδιωτική οικονομική πρωτοβουλία, αποτελεί η εξουσία του κράτους να προγραμματίζει και να συντονίζει την οικονομική δραστηριότητα της χώρας, επιδιώκοντας την εξασφάλιση της οικονομικής ανάπτυξης όλων των τομέων της εθνικής οικονομίας με σκοπό την εδραίωση της κοινωνικής ειρήνης και την προστασία του γενικού συμφέροντος (Δαγτόγλου 2012: 631). Το Σύνταγμα δεν εξειδικεύει φυσικά τι συνιστά γενικό συμφέρον, αλλά εναποθέτει στο νομοθέτη και στο φυσικό δικαστή την εξειδίκευση κάθε φορά της αόριστης αυτής αξιολογικής έννοιας.

Ως ανωτέρω αναφέρθηκε, ένα ακόμη όριο στην οικονομική ελευθερία και πρωτοβουλία, αποτελεί και η μη παραβίαση των χρηστών ηθών. Ο περιορισμός αυτός αποτελεί στην πραγματικότητα επιφύλαξη υπέρ του Νόμου με την έννοια ότι τα χρηστά ήθη, δεν αποτελούν μια συγκεκριμένη και ρητώς ορισμένη έννοια, αλλά καθορίζονται

⁷ Άρθρο 106, παρ. 2 Συντάγματος («2. Η ιδιωτική οικονομική πρωτοβουλία δεν επιτρέπεται να αναπτύσσεται σε βάρος της ελευθερίας και της ανθρώπινης αξιοπρέπειας ή προς βλάβη της εθνικής οικονομίας»).

από τους εκάστοτε ισχύοντες Νόμους, αλλά και από τις αποφάσεις των Δικαστηρίων μέσα στα όρια του Συντάγματος.

Η οικονομική ελευθερία συνεπώς, ναι μεν αποτελεί συνταγματικώς κατοχυρωμένο δικαίωμα, δραστηριότητες ωστόσο που απαγορεύονται άμεσα ή έμμεσα από το Σύνταγμα και ρητώς από τους νόμους αποτελούν σαφείς περιορισμούς της (Δαγτόγλου 2012: 798-801).

4. Ο κρατικός παρεμβατισμός

Τα όρια της ιδιωτικής αυτονομίας σε σχέση με την κρατική παρέμβαση και τους κάθε είδους επιβαλλόμενους περιορισμούς, απασχολούσαν πάντα τη νομική αλλά και τις κοινωνικές επιστήμες. Ως κρατική εξουσία ορίζεται η αυτοδύναμη ικανότητα του κράτους να επιτάσσει ελεύθερους ανθρώπους και να τους εξαναγκάζει να τηρούν τις επιταγές του. Η κρατική εξουσία είναι η ανώτατη θέληση στην κοινωνία, είναι αυτοδύναμη, οργανωμένη και ακαταγώνιστη δύναμη (*unwiderstehliche Macht*), δηλαδή δεν μπορεί κανείς να την κάμψει με νομικά μέσα αλλά μόνο με ισχυρότερη βία. Ωστόσο, η κρατική εξουσία δεν είναι απεριόριστη μολονότι είναι η ανώτατη θέληση, αλλά περιορίζεται νομικώς, φυσικώς και κοινωνικώς (Παντελής 2007: 36).

Τον περιορισμό της κρατικής εξουσίας διασφαλίζει το ίδιο το Σύνταγμα. Σύμφωνα με το άρθρο 25, παρ. 1 και 2, το κράτος, δεν αναγνωρίζει μόνο, αλλά εγγυάται και προστατεύει τα δικαιώματα του ανθρώπου.⁸ Από τη διάταξη αυτή, προκύπτει η

⁸ Άρθρο 25 Συντάγματος, «1. Τα δικαιώματα του ανθρώπου ως ατόμου και ως μέλους του κοινωνικού συνόλου και η αρχή του κοινωνικού κράτους δικαίου τελούν υπό την εγγύηση του Κράτους. Όλα τα κρατικά όργανα υποχρεούνται να διασφαλίζουν την ανεμπόδιση και αποτελεσματική άσκησή τους. Τα δικαιώματα αυτά ισχύουν και στις σχέσεις μεταξύ ιδιωτών στις οποίες προσιδιάζουν. Οι κάθε είδους περιορισμοί που μπορούν κατά το Σύνταγμα να επιβληθούν στα δικαιώματα αυτά πρέπει να προβλέπονται είτε απευθείας από το Σύνταγμα είτε από το νόμο, εφόσον υπάρχει επιφύλαξη υπέρ αυτού και να σέβονται την αρχή της αναλογικότητας. 2. Η αναγνώριση και η προστασία των θεμελιωδών και απαραίτητων δικαιωμάτων του ανθρώπου από την Πολιτεία αποβλέπει στην πραγμάτωση της κοινωνικής προόδου μέσα σε ελευθερία και δικαιοσύνη.»

τριτενέργεια των ατομικών δικαιωμάτων τόσο έναντι του κράτους, όσο και στις σχέσεις μεταξύ των ιδιωτών. Αυτό σημαίνει ότι τα θεμελιώδη και συνταγματικώς κατοχυρωμένα δικαιώματα του ανθρώπου προστατεύονται τόσο από τις παρεμβατικές ενέργειες του κράτους, όσο και από τυχόν βλαπτικές ενέργειες τρίτων ιδιωτών. Η συνταγματική αυτή κατοχύρωση, των ατομικών δικαιωμάτων, συνεπάγεται αφενός την υποχρέωση των κρατικών οργάνων να απέχουν από πάσα ενέργεια ικανή να προσβάλει διασφαλισμένα δικαιώματα των ατόμων (αποθετική υποχρέωση) και αφετέρου, την υποχρέωσή τους για λήψη κάθε αναγκαίου μέτρου για την απρόσκοπτη ενάσκηση των δικαιωμάτων αυτών (θετική υποχρέωση).

Στο πεδίο του ιδιωτικού δικαίου, ο κρατικός παρεμβατισμός και το όριο της ιδιωτικής αυτονομίας, αποτυπώνονται στο άρθρο 3 του Αστικού Κώδικα, σύμφωνα με το οποίο «Η ιδιωτική βούληση δεν μπορεί να αποκλείσει την εφαρμογή κανόνων δημόσιας τάξης». Ως κανόνας δημόσιας τάξης νοείται ο κανόνας αναγκαστικού δικαίου (*ius cogens*), που τέθηκε για την εξυπηρέτηση του γενικού σκοπού ή του δημοσίου συμφέροντος,⁹ σε αντίθεση με τον κανόνα ενδοτικού δικαίου, ο οποίος τέθηκε για την διασφάλιση της ελευθερίας των συμβάσεων και την διευκόλυνση των δικαιοπρακτούντων μερών να διαμορφώσουν ελεύθερα και αυτόβουλα τις έννομες σχέσεις τους.

Εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι η ιδιωτική βούληση ναι μεν ανάγεται σε θεμελιώδες δικαίωμα του ατόμου, ωστόσο δεν μπορεί να αποκλείσει την εφαρμογή των κανόνων που συγκροτούν τα θεμέλια του κρατικού, κοινωνικού και οικονομικού συστήματος της χώρας, ενώ εξ αντιδιαστολής, οι κανόνες δημόσιας τάξης δεν δύναται να υπερκεραστούν με την ιδιωτική βούληση, ούτε μέσω σύναψης δικαιοπραξιών προς καταστράτηγηση του νόμου.¹⁰

⁹ Υπ' αριθμ. 274/1971 απόφαση Ολομέλειας Αρείου Πάγου (NoB 19, 863), Υπ' αριθμ. 466/2013 απόφαση Αρείου Πάγου (διαθέσιμη σε ΤΝΠ ΔΣΑ).

¹⁰ Υπ' αριθμ. 377/74 απόφαση Αρείου Πάγου (διαθέσιμη σε ΝΟΜΟΣ)

5. Νομικός - Ηθικός πατερναλισμός

Σύμφωνα με τον Gerald Dworkin πατερναλισμός είναι η παρέμβαση από το κράτος ή κάποιο άτομο σε ένα άλλο πρόσωπο ενάντια στη θέλησή του που δικαιολογείται ή παρακινείται από τον ισχυρισμό, άλλως την υπόθεση, ότι το πρόσωπο που δέχθηκε την παρέμβαση, εξαιτίας αυτής θα είναι σε καλύτερη θέση ή θα αποφύγει τυχόν βλάβη.¹¹ Αυτή η «απρόσκλητη προστασία» ονομάζεται πατερναλισμός.

Η ετυμολογική προέλευση του πατερναλισμού¹² από τη λατινική ρίζα «pater» εξηγεί σε ένα πολύ γενικό και αφηρημένο επίπεδο κάποια πράγματα για τον χαρακτήρα και το περιεχόμενό του. Ομοιάζει με την συμπεριφορά του πατέρα προς τα τέκνα του, ο οποίος επιδιώκει να «περιορίσει» ενέργειες κι επιλογές, με αγαθό και καλοπροαίρετο σκοπό. Όταν αυτή η «πατρική προστασία» έχει σαν στόχο όχι ανήλικα τέκνα αλλά ενήλικα άτομα, τότε μιλάμε για πατερναλισμό (*paternalism*) και όταν συνοδεύεται και από την απειλή άσκησης βίας εκ μέρους των αρμόδιων κρατικών οργάνων, τότε κάνουμε λόγο για νομικό πατερναλισμό (*legal paternalism*), όπου τον ρόλο του καλοπροαίρετου πατέρα έχει αναλάβει πλέον το κράτος (Hatzis 2009: 212) μέσω των τριών διακριτών εξουσιών του.

Ο πατερναλισμός ως κρατική παρέμβαση και πολιτική επιλογή, με στόχο τον περιορισμό των δικαιοπρακτούντων, αποτυπώνεται με σαφήνεια στον ελληνικό Αστικό Κώδικα. Σύμφωνα με το άρθρο 174 του Αστικού Κώδικα, «Δικαιοπραξία που αντιβαίνει σε απαγορευτική διάταξη του νόμου, αν δεν συνάγεται κάτι άλλο, είναι άκυρη», ενώ

¹¹ "Paternalism is the interference of a state or an individual with another person, against their will, and defended or motivated by a claim that the person interfered with will be better off or protected from harm." (Dworkin: 2002).

¹² Ως πατερναλισμός ορίζεται είτε η υπό το πρόσχημα της προστασίας, άσκηση πολιτικής που στοχεύει στον έλεγχο και την κυριαρχία επί των πολιτών, είτε η νοοτροπία που επιδεικνύει μέριμνα για τους ανήμπορους, όπως ο πατέρας για το παιδί του.

σύμφωνα με το άρθρο 178 του Αστικού Κώδικα, «Δικαιοπραξία που αντιβαίνει στα χρηστά ήθη είναι άκυρη». Έτσι, μπορούμε να διακρίνουμε μεταξύ του νομικού πατερναλισμού (174 ΑΚ) και του νομικού ηθικισμού (178 ΑΚ). Ο νομικός πατερναλισμός συνίσταται στην απαγόρευση δικαιοπραξιών που απαγορεύονται από τον ίδιο τον Νόμο, ρητώς και συγκεκριμένα για τους ίδιους ακριβώς γενεσιουργούς του Νόμου λόγους.

Αντιθέτως, ο ηθικός πατερναλισμός έγκειται στην απαγόρευση στους κοινωνούς να πράξουν κατά τρόπο εν γένει νοούμενο ως ανήθικο. Τα χρηστά ήθη ορίζονται ως οι κοινωνικοηθικές αντιλήψεις ορισμένης κοινωνίας και δη, οι αντιλήψεις του μέσου συνετού ανθρώπου, οι οποίες επικρατούν τη δεδομένη χρονική στιγμή σε μια κοινωνία. Αποτελούν άγραφη πηγή δικαίου, δεν μπορούν να υπερισχύσουν αντίθετης διατάξεως γραπτού νομοθετήματος, αλλά χρησιμοποιούνται για την ερμηνεία του Νόμου. Στην έκταση που τα σφάλματα που εντοπίζονται στις συμπεριφορές των ατόμων τα οδηγούν να φέρονται αντίθετα από τα συμφέροντά τους, ο πατερναλισμός μπορεί να αποδειχθεί χρήσιμος. Εφόσον όμως, ο πατερναλισμός εμποδίζει τα άτομα να επιδιώξουν και να επιτύχουν τα συμφέροντά τους, εκπληρώνοντας την αληθινή τους βούληση, μπορεί να αποβεί επιζήμιος (Camerer et al. 2003: 1212-1215). Μπορούμε δε, να διακρίνουμε μεταξύ ήπιου και σκληρού πατερναλισμού (Hatzis 2009: 212) Στο δίκαιο των συμβάσεων, η διάκριση αυτή μπορεί να καταστεί πιο εύκολα αντιληπτή, όταν καλείται ο Δικαστής ως ο εφαρμοστής του Νόμου και του δικαίου να αποφασίσει το αν θα πρέπει να εφαρμοστεί μια σύμβαση ή όχι και σε ποια έκταση.

Ο σκληρός πατερναλισμός, εντοπίζεται εκεί όπου παρότι το άτομο φαίνεται να έχει παράσχει τη συναίνεσή του ελεύθερα και ορθολογικά, ο εφαρμοστέος κανόνας δικαίου οδηγεί στην επέμβαση στις επιλογές του συμβαλλόμενου ατόμου, παρά την εκφρασμένη αντίθετη βούλησή του, οδηγώντας έτσι στην ακύρωση της σύμβασης και άρα στην άρση της υποχρέωσης αμφοτέρων των μερών να εκτελέσουν τις

αναληφθείσες υποχρεώσεις τους. Αντιθέτως, ο πατερναλισμός είναι ήπιος, όταν η οποιαδήποτε επέμβαση γίνεται μόνο όταν το άτομο δρα παρά την πραγματική του θέληση και ενδεχομένως συντρέχουν και περιπτώσεις που καθιστούν εύλογη δικαιοακία την εν λόγω παρέμβαση για την αποτελεσματική προστασία του (κουφότητα, πλάνη, απειλή, αισχροκέρδεια κ.λπ.).

6. Immanuel Kant και δεοντολογία

Οι δεοντοκρατικές θεωρίες, σε αντίθεση με τα ανωτέρω, προσεγγίζουν την ιδιωτική αυτονομία, την ελευθερία των συμβάσεων και την παρέμβαση σε αυτές από μια εντελώς διαφορετική σκοπιά. Σύμφωνα με τις δεοντοκρατικές θεωρίες ορισμένα στοιχεία των ανθρώπινων πράξεων είναι ικανά να φανερώσουν εξαρχής το αν αυτές είναι σωστές ή λανθασμένες χωρίς απαραίτητα να έχουν επέλθει τα αποτελέσματα τους (Πελεγρίνης 1997: 97-100). Δεν αναζητούν τα κριτήρια της ηθικότητας στις συνέπειες των πράξεων των ατόμων, αλλά στα εγγενή χαρακτηριστικά και στην «ηθική ποιότητα» των ίδιων των πράξεων. Το «ορθό», το «καθήκον» ή η «ηθική υποχρέωση» συνιστούν τις βασικές έννοιες των φιλοσοφικών αναζητήσεων των δεοντοκρατικών θεωριών (Δραγώνα-Μονάχου 1995: 122-125)

Η Κανονολογική Δεοντοκρατική θεωρία του Immanuel Kant συγκεντρώνει σε μεγάλο βαθμό τον πυρήνα των δεοντοκρατικών θεωριών, γι' αυτό συχνά αντί για τον όρο «δεοντοκρατία» χρησιμοποιείται ο όρος «καντιανή οπτική», παρότι ο όρος δεοντοκρατία είναι ευρύτερος σε σχέση με τον όρο «καντιανή οπτική» (Δραγώνα-Μονάχου 1995: 125) Σύμφωνα με τον Immanuel Kant, η ηθικότητα και η αυτονομία του ατόμου, απορρέει από το γεγονός ότι ο άνθρωπος πράττει πάντοτε σύμφωνα με τον πρακτικό νόμο που ο ίδιος ελεύθερα έχει επιλέξει για να ρυθμίζει τη συμπεριφορά του και δεν επιτρέπεται στη βούληση του να επιλέξει το αντίθετο.

Αντίστοιχα, η ηθικότητα ή ανηθικότητα των πράξεών του εντοπίζεται όχι στον πρακτικό νόμο που έχει επιλέξει για να ρυθμίζει τη συμπεριφορά του, αλλά στο πόσο συνεπής αποδεικνύεται εν τέλει ως προς τις επιλογές του, διότι οι ηθικές αρχές έχουν σημασία μόνο εντός ενός πλαισίου πράξεων που διέπονται από τον Ορθό Λόγο (Καβουλάκος 2006: 190) . Κριτήριο επομένως, του ηθικού χαρακτήρα της πράξης θεωρείται κατά τον Kant το εσωτερικό φρόνημα, δηλαδή ο σεβασμός στο ελεύθερα επιλεγέν από το άτομα καθήκον, το οποίο του υπαγορεύεται από τον δικό του ηθικό νόμο (Ανδρουλιδάκης 2010: 192) Για τον Kant, η ελευθερία της ανθρώπινης βούλησης είναι ακριβώς η ίδια η αυτονομία της, η ιδιότητα της δηλαδή να είναι η ίδια ο νόμος του εαυτού της.

Με τον τρόπο αυτό ο Immanuel Kant επιχειρεί να συνδέσει την έννοια της ελευθερίας της βούλησης, με την έννοια της αυτοδέσμευσης και της συνέπειας στους νόμους και τους κανόνες που οι ίδιοι οι άνθρωποι έχουν επιλέξει για να ρυθμίζουν τη συμπεριφορά τους (Schneewind 1998: 151), και όχι κάποιος τρίτος με τη μορφή της επιβολής και του εξαναγκασμού. Για τον Immanuel Kant, ετερόνομη δεν είναι μονάχα η εξωτερική, κρατική παρέμβαση στη βούληση, αλλά και η ίδια η βούληση του ατόμου όταν κυριαρχείται και καθοδηγείται από τα συναισθήματα. Οι επιθυμίες μας, δεν μπορεί να είναι πάντα ορθολογικές, καθώς καθορίζονται κι επηρεάζονται από τις μεταβλητές συνθήκες στην εκάστοτε χρονική στιγμή της ζωής μας. Η πηγή της ηθικής εντοπίζεται μονάχα στη βούληση που είναι σύμφωνη με τις αρχές του ορθολογισμού και η οποία δεν είναι τίποτα λιγότερο από μια βούληση που συμμορφώνεται απόλυτα με τις επιταγές της ανθρώπινης λογικής (Patterson 2005: 64-68).

7. Ωφελισμός

Σύμφωνα με τον Jeremy Bentham (1780: 14),¹³:

«Με την αρχή της ωφελιμότητας, εννοούμε αυτήν την αρχή που εγκρίνει ή απορρίπτει κάθε πράξη σύμφωνα με την τάση να αυξάνει ή να μειώνει την ευτυχία του ατόμου το συμφέρον του οποίου εξετάζεται, ή, με άλλα λόγια, να προωθεί αυτή την ευτυχία ή να εναντιώνεται σ' αυτήν». Μόνο κριτήριο συνεπώς για το ορθώς πράττειν, αποτελεί για τον Jeremy Bentham η μεγιστοποίηση της ωφέλειας και της ευημερίας του ατόμου με γνώμονα το επιδιωκόμενο από αυτό συμφέρον του, χωρίς να εξετάζεται περαιτέρω η ηθικότητα, η πρόκληση βλάβης ή το σύννομο των πράξεών του.

Ο John Stuart Mill στο έργο του *Περί Ελευθερίας* (1859) εξετάζει την ιδιωτική αυτονομία και την ετερόνομη παρέμβαση, θέτοντας ένα απαράβατο όριο στον περιορισμό της ελευθερίας ενός ατόμου (Mill 1859: 13).

Εκκινώντας από την ωφελιμιστική θεωρία, ο John Stuart Mill θα υποστηρίξει ότι οι κρατικές επεμβάσεις στην ελευθερία του κάθε ατόμου δικαιολογούνται μόνο όταν με αυτές εμποδίζεται η βλάβη τρίτων προσώπων, φέρνοντας έτσι στο προσκήνιο την αρχή της βλάβης (*harm principle*), ως το απώτατο όριο στον περιορισμό της ελευθερίας του ατόμου (Χατζής 2018: 50)

Η άσκηση εξουσίας προκειμένου να περιοριστεί η ελευθερία ενός ατόμου, σύμφωνα με τον John Stuart Mill δικαιολογείται μονάχα για τον ανωτέρω σκοπό, αυτόν δηλαδή της προστασίας των τρίτων, και όχι για τον περιορισμό της βούλησης και της αυτονομίας του, με πρόσχημα το δικό του καλό, είτε σωματικό, είτε ηθικό. Σύμφωνα με την αρχή της βλάβης, του John Stuart Mill, προκειμένου να θεωρείται ότι εύλογα

¹³ Ο Jeremy Bentham υπήρξε σημαντικός φιλόσοφος, νομικός και κοινωνικός αναμορφωτής που δραστηριοποιήθηκε στη Μ. Βρετανία κατά τον 18ο και 19ο αιώνα. Θεωρείται ως ένας από τους σημαντικότερους εκφραστές της ηθικής θεωρίας της συνεπειοκρατίας (η αλλιώς ωφελιμισμού). Σύμφωνα με την ηθική αυτή θεωρία, πρέπει να πράττουμε εκείνο που προκαλεί την περισσότερη ευχαρίστηση και το λιγότερο πόνο στο μεγαλύτερο δυνατό μέρος του πληθυσμού. Σε αντίθεση με την «ηθική σχολή» της Δεοντοκρατίας η οποία θέτει απαράβατες ηθικές αξίες εκ των προτέρων, η Συνεπειοκρατία αξιολογεί ηθικώς μια πράξη μόνο σύμφωνα με τα αποτελέσματά της.

περιορίζεται η ελευθερία ενός ατόμου, θα πρέπει οι ενέργειές του να παραβιάζουν πράγματι, ή να είναι μετά βεβαιότητα ικανές να παραβιάσουν δικαιώματα και συμφέροντα τρίτων προσώπων. Σύμφωνα με τον Mill, η αρχή της βλάβης, εκλαμβάνεται ως ένας θεμιτός λόγος περιορισμού της ελευθερίας, αλλά απλές εκκλήσεις στην ηθική, στον πατερναλισμό ή στην προσβολή ιδίων εννόμων αγαθών, ουδέποτε πρέπει να χρησιμοποιούνται ως δικαιολογία για την περιορισμό των δικαιωμάτων ενός ατόμου (Brink 2007: 3).

Η «αρχή της βλάβης» αποτελεί την κορωνίδα και της αρχής της αυτοκτησίας. Ο κάθε άνθρωπος είναι ελεύθερος να αποφασίζει ο ίδιος για το σώμα και την διάνοιά του, ακόμα κι αν με τις ενέργειές του θεωρείται ότι βλάπτει τα δικά του συμφέροντα. Μόνο κριτήριο αποτελεί η μη πρόκληση βλάβης σε κάποιο τρίτο πρόσωπο. Κατά κάποιο τρόπο δε, η ανωτέρω αρχή του John Stuart Mill, φαίνεται εμμέσως να αποτυπώνεται και στις αποφάσεις των ελληνικών Δικαστηρίων, τα οποία, επικαλούμενα το Σύνταγμα αποφαινόμενοι ότι «Η παροχή έννομης προστασίας του δικαιώματος στην ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας με βάση τη διάταξη του άρθρου 5 του Συντάγματος έχει, αναντίρρητα, ως όριο το δικαίωμα ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας των λοιπών κοινωνιών».¹⁴

8. Φιλελευθερισμός

Ο φιλελευθερισμός είναι μια πολιτική φιλοσοφία ή κοσμοθεωρία, θεμελιωμένη στην ιδέα της ατομικής ελευθερίας. Οι θεωρίες για την ανάπτυξη της έννοιας του φιλελευθερισμού, εκκινούν πάντα από τον φιλόσοφο, John Locke. Για τον πατέρα και θεμελιωτή του κλασσικού φιλελευθερισμού, ο άνθρωπος έχει δικαιώματα που συνδέονται

¹⁴ Υπ' αριθμ. 623/2021 απόφαση Μονομελούς Εφετείου Αθηνών (διαθέσιμη σε NOMOS)

με την ίδια του τη φύση, δικαιώματα με τα οποία τον έχει προικοδοτήσει ο δημιουργός του. Ο λόγος που τα άτομα αποφασίζουν να ενταχθούν σε πολιτικές κοινότητες, είναι προκειμένου να προστατέψουν τα θεμελιώδη και φυσικά τους δικαιώματα, στη ζωή, στην ελευθερία και στην ιδιοκτησία. Εφόσον οι πολιτικές αυτές κοινότητες προστατεύουν ικανοποιητικά τα ανωτέρω δικαιώματα των ατόμων, τότε εκπληρούται ο σκοπός και η αποστολή τους. Κι αυτό γιατί οι πολιτικές κοινότητες έχουν δομηθεί πάνω σε ένα υποθετικό κοινωνικό συμβόλαιο, βασικός όρος του οποίου αποτελεί η προστασία των φυσικών δικαιωμάτων των κοινωνιών. Εάν δεν επιτελούν το ρόλο τους όπως πρέπει τα άτομα δικαιούνται ακόμα και να επαναστατήσουν (Χατζής 2017: 20-21).

Ο φιλελευθερισμός θα πρέπει να κατανοηθεί σε συσχετισμό με την παράδοση του Διαφωτισμού, από την οποία και εκπορεύεται. Και αυτό διότι εγείρει αιτήματα εναντίωσης στην απολυταρχία, στα προνόμια των ολίγων, στην αυθαιρεσία και στην καταπίεση κάθε εξουσίας και κατεστημένου, πολιτικού και θρησκευτικού. Εκδηλώνει ταυτόχρονα την πίστη του στην πρόοδο της ανθρωπότητας και στην ικανότητα των ατόμων να ειρηνεύσουν και να ευημερήσουν, κάνοντας χρήση της λογικής ικανότητάς τους, του ορθολογισμού τους. Επομένως, έχει ριζοσπαστικό περιεχόμενο, τοποθετημένος στον αντίποδα των δυνάμεων που υπερασπίζονται την απόλυτη μοναρχία, τη νομοκατεστημένη ανισότητα, την αυθεντία των θρησκευτικών αρχών, την παρέμβαση των κρατικών φορέων και τον στατικό κόσμο της φεουδαρχίας (Βανδώρος 2015: 29).

Ως «φιλελεύθερη αρχή» στο συνταγματικό δίκαιο νοείται η αρχή της σύνδεσης με το κράτος δικαίου. Η εν λόγω αρχή, κατοχυρώνει ένα πλαίσιο ατομικών δικαιωμάτων, όπως για παράδειγμα αυτά της ισότητας, της ανεξιθρησκίας και της ιδιοκτησίας, και προστατεύει το άτομο περιορίζοντας την ισχύ της εκτελεστικής εξουσίας και ολόκληρου του κρατικού μηχανισμού, ενώ πηγάζει από την «δημοκρατική αρχή», δηλαδή την αρχή της πλειοψηφίας.

9. Η ελευθερία των συμβάσεων

Άμεση συνέπεια της αρχής της αυτονομίας της ιδιωτικής βούλησης και η σημαντικότερη εκδήλωσή της, είναι η αρχή της ελευθερίας των συμβάσεων (*Vertragsfreiheit*), σε σημείο μάλιστα που οι όροι ιδιωτική αυτονομία και συμβατική ελευθερία να αντιμετωπίζονται ως ταυτόσημοι.

Η αρχή της ελευθερίας των συμβάσεων, εκφράζει την αναγνωριζόμενη από το δίκαιο εξουσία διάπλασης των εννόμων σχέσεων, με την ελευθερία σύναψης και διαμόρφωσης συμβάσεων, γι' αυτό και έλκει ιστορικά την καταγωγή της από το Ενοχικό Δίκαιο. Λέγεται για το Ενοχικό Δίκαιο ότι αναπτύσσεται κυρίως σε κοινωνίες όπου επικρατεί το σύστημα της οικονομίας της αγοράς, καθώς μεταξύ άλλων, ευνοεί την ιδιωτική πρωτοβουλία, την ελευθερία των συμβάσεων και τον ελεύθερο ανταγωνισμό. Οικονομικός φιλελευθερισμός και Ενοχικό Δίκαιο θεωρούνται ότι αλληλοεπηρεάζονται ευνοϊκά (Σταθόπουλος 2014: 5).

Η διάταξη του άρθρου 361 ΑΚ, ορίζει ότι «προς σύσταση ή αλλοίωση ενοχής με δικαιοπραξία απαιτείται, εφόσον ο νόμος δεν ορίζει διαφορετικά, σύμβαση», καθιερώνοντας έτσι τον κανόνα ότι η ιδιωτική αυτονομία μπορεί να παραγάγει ενοχικά δικαιώματα και υποχρεώσεις κατ' αρχήν μόνο μέσω σύμβασης και δεν αρκεί αντίθετα μονομερής δικαιοπραξία. Κι αυτό γιατί το να αποκτά ένα άτομο δικαιώματα και πολύ περισσότερο υποχρεώσεις με βάση τη βούληση άλλου ατόμου και χωρίς τη δική του συναίνεση προσκρούει στην αυτοδιάθεση και στην ισότητα των πολιτών, ως συνταγματικά κατοχυρωμένα ατομικά δικαιώματα (Άρθρα 2 παρ. 1, 4 παρ. 1, 2 και 5 παρ. 1 Σ). Έτσι, η αρχή της ελευθερίας των συμβάσεων, έμμεσα καθιερώνεται με αυτήν ακριβώς τη διάταξη του άρθρου 361 του Αστικού Κώδικα ως έκφραση της οικονομικής ελευθερίας,

που αποτελεί και αυτή ατομικό δικαίωμα κατοχυρωμένο από το άρθρο 5, παρ. 1 του Συντάγματος.¹⁵

Ελευθερία των συμβάσεων σημαίνει πρώτον, την ελευθερία του ατόμου να συνάπτει ή να μη συνάπτει μία σύμβαση τόσο γενικά όσο και με συγκεκριμένο πρόσωπο ως αντισυμβαλλόμενο (εμπεριέχει δηλαδή την ελευθερία επιλογής του αντισυμβαλλομένου) και δεύτερον, σημαίνει κι εμπεριέχει την ελευθερία καθορισμού του περιεχομένου της σύμβασης.¹⁶

Η σύμβαση αποτελεί το σπουδαιότερο είδος δικαιοπραξίας. Καταρτίζεται με την σύμπτωση δύο ή και περισσότερων αντιτιθέμενων δηλώσεων βούλησης οι οποίες αποβλέπουν σε συγκεκριμένο έννομο αποτέλεσμα και από την κατάρτισή της δεσμεύονται άπαντα τα συμβαλλόμενα μέρη όπως εκπληρώσουν τις αναληφθείσες υποχρεώσεις τους. Οι δηλώσεις βούλησης που περιέχονται στην σύμβαση δεν αποτελούν χωριστές μονομερείς δικαιοπραξίες. Η δήλωση βούλησης που προηγείται χρονικά καλείται πρόταση ενώ αυτή που έπεται καλείται αποδοχή. Βάσει των αρχών της αυτονομίας της ιδιωτικής βούλησης και της ελευθερίας των συμβάσεων καθένας είναι καταρχήν ελεύθερος να αποδεχθεί ή όχι την πρόταση που του απευθύνεται (Γεωργιάδης 2012: 442). Όριο στην ελευθερία των συμβάσεων αποτελεί η μη αντίθεση στο νόμο και στα χρηστά ήθη, ενώ ισχύει ο κανόνας ότι η γενική συμβατική ελευθερία δεν υπόκειται στον περιορισμό του άρθρου 281¹⁷ του Αστικού Κώδικα, περί καταχρηστικής άσκησης

¹⁵ Υπ' αριθμ. 4/1998 απόφαση Ολομέλειας Αρείου Πάγου (διαθέσιμη σε ΝΟΜΟΣ)

¹⁶ Υπ' αριθμ. 1518/2013 απόφαση (Α1, Πολιτικό Τμήμα) Αρείου Πάγου (διαθέσιμη σε ΝΟΜΟΣ)

¹⁷ ΑΚ 281: «Η άσκηση του δικαιώματος απαγορεύεται αν υπερβαίνει προφανώς τα όρια που επιβάλλουν η καλή πίστη ή τα χρηστά ήθη ή ο κοινωνικός ή οικονομικός σκοπός του δικαιώματος».

δικαιώματος και συνεπώς, κατά κανόνα, ουδείς μπορεί να υποχρεωθεί να συνάψει μια σύμβαση που δεν επιθυμεί.¹⁸

Στο πλαίσιο της ελευθερίας των συμβάσεων εμπίπτει και η απαγόρευση μεταγενέστερης επέμβασης του νομοθέτη, βλαπτικής για τους συμβαλλομένους, δεδομένου ότι έκφανση της ελευθερίας των συμβάσεων είναι και η «αρχή της προστασίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης» του ιδιώτη προς τον νομοθέτη.

Συγκεκριμένα, σύμφωνα με το σκεπτικό της υπ' αριθμ. 33/2002 απόφασης της Ολομέλειας του Αρείου Πάγου¹⁹, «με την ελευθερία των συμβάσεων, ως εκδήλωση του δικαιώματος της οικονομικής ελευθερίας, δεν συμβιβάζεται κατ' αρχήν, μεταγενέστερη επέμβαση του νομοθέτη, περιοριστική της ελευθερίας αυτής, εκτός από τις περιπτώσεις κατά τις οποίες η ελευθερία αυτή προσβάλλει τα δικαιώματα των άλλων ή ασκείται κατά παραβίαση του Συντάγματος ή ενέχει προσβολή των χρηστών ηθών, καθώς επίσης και κατά τις περιπτώσεις που ασκείται προς βλάβη της Εθνικής Οικονομίας».

Η οικονομική προσέγγιση της ελευθερίας των συμβάσεων, ξεκινά επί τη βάση της υπόθεσης ότι τα συμβαλλόμενα μέρη είναι ορθολογικά, έχουν παράσχει ελεύθερα και ανεμπόδιστα τη συναίνεσή τους, άρα είναι και ικανά να ρυθμίσουν αποτελεσματικά τη συμβατική τους σχέση, προβλέποντας *ex ante* και επιλύοντας *ex post* κάθε πιθανό ανακύψαν πρόβλημα. Σύμφωνα δε και με τον Πρόδρομο Δαγτόγλου, η ελευθερία των

¹⁸ Υπ' αριθμ. 48/87 απόφαση Ολομέλειας Αρείου Πάγου (NoB 1989.71).

¹⁹ Υπ' αριθμ. 33/2002 απόφαση Ολομέλειας Αρείου Πάγου (ΝΟΜΟΣ): «Ιδιωτικές συμβάσεις μίσθωσης έργου των μελών της Εθνικής Επιτροπής Τηλεπικοινωνιών. Πρόωρη μονομερής λύση των συμβάσεων χωρίς χρηματική αποζημίωση με νομοθετική ρύθμιση με αναδρομική ισχύ, σε αντίθεση με τις συμβάσεις. Άρθρο 5 παρ. 3Δ του Ν. 2246/1994. Αντισυνταγματικότητα της διάταξης. Παραβίαση της οικονομικής ελευθερίας του άρθρου 5 παρ. 1 του Συντάγματος. Αντίθετη μειοψηφία. Διάταξη νόμου με αναδρομική δύναμη που προβαίνει σε στέρηση περιουσίας χωρίς να συντρέχουν λόγοι δημοσίου συμφέροντος και χωρίς καταβολή αποζημίωσης. Αντισυνταγματικότητα και παραβίαση της Ευρωπαϊκής Σύμβασης για την προστασία των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου. Επικυρώνει την 880/2000 ΕφΑθ. [Όμοιες οι 34/2002 και 35/2002 ΑΠ (Ολομ)].»

συμβάσεων ως θεσμική εγγύηση, πηγάζει από την δεύτερη παράγραφο του άρθρου 106 του Συντάγματος,²⁰ καθώς εμπεριέχεται στην ευρύτερη έννοια της ιδιωτικής οικονομικής πρωτοβουλίας.

Λογίζεται ότι οι συμβαλλόμενοι σε μία σύμβαση θα καλυτερεύσουν μέσω αυτής τη θέση τους, και δεδομένης της συμφωνηθείσας κάθε φορά παροχής και αντιπαροχής, θα δημιουργηθεί πλεόνασμα (*surplus*) από την άριστη κατανομή των πόρων, καθώς και οι δύο θα αποκτήσουν κάτι που αξιολογούν ως καλύτερο από αυτό που θα παράσχουν. Επομένως, η σημασία της ελευθερίας στο δίκαιο των συμβάσεων, έγκειται στην ελεύθερη επιλογή κι εφαρμογή από τα μέρη των αναληφθεισών υποχρεώσεων τους, ώστε να ενθαρρυνθούν εν συνόλω οι οικονομικές συναλλαγές που οδηγούν σε αύξηση αρχικά της ευημερίας των συγκεκριμένων μερών, και κατόπιν της κοινωνικής ευημερίας εν γένει (Γέμτος 2001: 109-119 σε Χατζή 2003: 5).

10. Η πολιτική λειτουργία των συμβάσεων (Σύνταγμα)

Οι συμβάσεις ωστόσο, δεν επιτελούν μόνο οικονομική λειτουργία, αλλά και πολιτική. Η θεωρία περί κοινωνικού συμβολαίου, εξηγεί αυτήν ακριβώς την πολιτική τους λειτουργία και ανήκει με έναν ιδιαίτερο τρόπο στους πολιτικούς φιλόσοφους του 17ου και 18ου αιώνα, χωρίς ωστόσο να έχει δημιουργηθεί τότε. Ως φιλοσοφική θεωρία, είχε απασχολήσει ήδη τους αρχαίους Έλληνες σοφιστές, ενώ έχει τις ρίζες της στη λαϊκή συνείδηση της μεσαιωνικής κοινωνίας (Ritchie 1891: 656-676).

Στην ηθική και πολιτική φιλοσοφία, το κοινωνικό συμβόλαιο είναι μια θεωρία που εξετάζει κι ερευνά την προέλευση της κοινωνίας και της νομιμότητας της εξουσίας

²⁰ Άρθρο 106 παρ. 2 Συντάγματος: «Η ιδιωτική οικονομική πρωτοβουλία δεν επιτρέπεται να αναπτύσσεται σε βάρος της ελευθερίας και της ανθρώπινης αξιοπρέπειας ή προς βλάβη της εθνικής οικονομίας».

του κράτους πάνω στο άτομο. Η παλαιότερη στον κόσμο εκδοχή της θεωρίας του κοινωνικού συμβολαίου ωστόσο, βρέθηκε στο Μαχάβαστου, ένα κείμενο του πρώιμου Βουδισμού του 2ο αιώνα π.Χ.

Την θεμέλια βάση της θεωρίας περί κοινωνικού συμβολαίου αποτελεί η υπόθεση ότι τα άτομα έχουν παράσχει τη συγκατάθεσή τους είτε ρητά είτε σιωπηρά, να παραδώσουν κάποιες από τις ελευθερίες τους και να τις υποβάλουν στην αρμόδια αρχή του ηγεμόνα ή κυβερνήτη (ή στην απόφαση μιας πλειοψηφίας), με αντάλλαγμα την προστασία των υπολοίπων δικαιωμάτων τους. Το ζήτημα της σχέσης μεταξύ φυσικών και νομικών δικαιωμάτων, ως εκ τούτου, είναι η κεντρική πτυχή της θεωρίας του κοινωνικού συμβολαίου. Σύμφωνα με το περίφημο Κοινωνικό Συμβόλαιο (*Du contrat social ou Principes du droit politique*, 1762) του Jean-Jacques Rousseau, ο λαός αναγνωρίζεται ως σχεδόν παντοδύναμος, δεσμευόμενος μονάχα από τις δικές του αποφάσεις και πράξεις (Βανδώρας 2009: 24-42). Σύμφωνα με τον Jean-Jacques Rousseau, όταν ο λαός στο σύνολό του θέτει κανόνες για τον λαό στο σύνολό του, έχει να αντιμετωπίσει τον ίδιο του τον εαυτό, και όποια σχέση δημιουργείται, είναι μεταξύ του ίδιου «σώματος» ειδωθείσα κάθε φορά από την αντίθετη οπτική γωνία, χωρίς να δημιουργείται διχόνοια ή διαφορά. Ο κανόνας που δημιουργείται και ισχύει για το σύνολο, είναι τόσο γενικός, όσο το σύνολο που τον δημιούργησε επέλεξε να είναι. Κι αυτό ακριβώς είναι ο νόμος. Ο νόμος, ταυτίζει την καθολικότητα της βούλησης με την καθολικότητα της νομοθεσίας (Waldron 2008: 53). Ο Τζων Λοκ επίσης υποστήριξε ότι κάθε άνθρωπος έχει το φυσικό δικαίωμα στη ζωή, την ελευθερία και την ιδιοκτησία και σύμφωνα με το κοινωνικό συμβόλαιο, οι κυβερνήσεις δεν πρέπει να παραβιάζουν τα δικαιώματα αυτά, αναπτύσσοντας έτσι μια φιλελεύθερη θεωρία στην οποία δεν χωρεί ο άκρατος κρατικός παρεμβατισμός.

11. Η έννοια της συναίνεσης στη σύμβαση

Η συναίνεση στο πλαίσιο της ελεύθερης βούλησης κι επιλογής, αποτελεί την ουσία του δικαίου των συμβάσεων. Το δίκαιο των συμβάσεων έγκειται στην παροχή της δυνατότητας στα συμβαλλόμενα κάθε φορά μέρη, να επιλέξουν ελεύθερα αν επιθυμούν να συνάψουν μια σύμβαση, αναλαμβάνοντας ορισμένες υποχρεώσεις. Αυτές οι υποχρεώσεις αναλαμβάνονται ελεύθερα από τα συμβαλλόμενα μέρη, εν αντιθέσει με τα επιβληθέντα εκ του νόμου καθήκοντα που προβλέπονται φερειπείν στο ποινικό δίκαιο και στο δίκαιο των αδικοπραξιών (Bix 2010: 251).

Σύμφωνα με το άρθρο 192 του Αστικού Κώδικα, «Η σύμβαση συντελείται μόλις περιέλθει σ' αυτόν που πρότεινε η δήλωση αποδοχής της πρότασής του». Για να καταρτιστεί επομένως μια σύμβαση, κατ' αρχήν, απαιτείται η πρόταση του ενός μέρους αφενός, και η αποδοχή της πρότασης του έτερου μέρους αφετέρου, με τις οποίες δέον να καλύπτονται όλα τα σημεία της σύμβασης (Μαργαρίτη 2016: 161). Απαιτείται δηλαδή σύμπτωση βούλησης.

Ωστόσο, θα μπορούσε να ισχυριστεί κανείς ότι η απόλυτη κι ελεύθερη συναίνεση των μερών, στην πραγματικότητα μάλλον δεν υφίσταται και δεν εξασφαλίζεται σε αρκετά σημαντικό ποσοστό των καταρτιζόμενων συμβάσεων. Παρ' όλα αυτά, η απουσία αυτή της ελεύθερης συναίνεσης, ελάχιστα επηρεάζει τον εξαναγκαστό χαρακτήρα των εν λόγω συμβάσεων. Κι αυτό γιατί, ως απουσία συναίνεσης νοείται και η συνθήκη στην οποία τα συμβαλλόμενα μέρη, έχουν -συχνά- άγνοια για ορισμένους όρους, ή ακόμα και αν τους γνωρίζουν, αγνοούν την ακριβή σημασία τους, ή και η συνθήκη στην οποία η έλλειψη ορθολογισμού οδηγεί σε διάσταση μεταξύ βούλησης και δήλωσης.

Αναλυτικότερα, η έννοια της συναίνεσης μπορεί να νοηθεί ως υποκειμενική - εσωτερική, η οποία έγκειται στον τρόπο σκέψης, τις προτιμήσεις και τη βούληση του συμβαλλόμενου μέρους, και ως αντικειμενική – εξωτερική, η οποία έγκειται στην

εκδήλωση κι εξωτερίκευση της βούλησης μέσω της δήλωσης. Παρότι η συναίνεση εκλαμβάνεται κυρίως ως μια «ηθική» προϋπόθεση για να δεσμευτεί ένα συμβαλλόμενο μέρος και να εκπληρώσει την υπόσχεσή του, αποτελεί και νομική προϋπόθεση, ακόμα κι αν υπάρχουν περιπτώσεις που παρά την έλλειψή της, τα Δικαστήρια αποφασίζουν την εκπλήρωση της αναληφθείσας από κάθε μέρος υπόσχεσης (Bix 2010: 255), για λόγους ασφάλειας του δικαίου και δη του αντισυμβαλλόμενου, αλλά και ασφάλειας εν γένει των συναλλαγών. Σε μία συμβατική σχέση ωστόσο οι υποστηρικτές του φιλελευθερισμού, υποστηρίζουν ότι οι υποχρεώσεις, για τις οποίες τα μέρη δεν έχουν συναινέσει εν γνώσει τους και με πλήρη κι απόλυτη συνείδηση, δεν θα πρέπει να εξαναγκάζονται για την εφαρμογή τους, ακόμα κι όταν η εκτέλεση αυτών θα ήταν και αποτελεσματική και δίκαιη (Hermalin 2006: 10).

12. Η προϋπόθεση του ορθολογισμού

Πέραν της συναίνεσης, προϋπόθεση για την ελεύθερη σύναψη μιας σύμβασης, αποτελεί και ο ορθολογισμός. Ετυμολογικά, ο όρος «ορθολογισμός» σημαίνει το να είναι κάποιος λογικός, να ενεργεί συνετά, και να έχει ορθή κρίση. Ο ορθολογισμός στη λήψη αποφάσεων, έγκειται στην συγκέντρωση πληροφοριών, στην αξιολόγηση των διαθέσιμων στοιχείων και εναλλακτικών επιλογών, με απόλυτα λογικό και αντικειμενικό τρόπο, ώστε να οδηγηθεί ο αποφασίζων στο βέλτιστο γι' αυτόν αποτέλεσμα. Η λήψη της ορθής και βέλτιστης απόφασης απαιτεί αφενός τη μέγιστη δυνατή πληροφόρηση σχετικά με τις διαθέσιμες εναλλακτικές λύσεις και αφετέρου την ικανοποίηση των προτιμήσεων του αποφασίζοντα με τη χρήση των ελάχιστων δυνατών πόρων.

Αντιθέτως, μη ορθολογική είναι η συμπεριφορά του ατόμου που δεν συνάδει με λογικές εκτιμήσεις, σχετικά με το κόστος, το όφελος και τις πιθανότητες κάθε ενέργειας ή παράλειψής του και λαμβάνει χώρα όταν ο αποφασίζων δεν χρησιμοποιεί τα

κατάλληλα μέσα που διαθέτει για να επιτύχει κάποιο στόχο του ή δεν είναι προσεκτικός όσον αφορά τις συνέπειες και το κόστος των ενεργειών του (Snyder 1960: 174-193).

Υποστηρίζεται, ότι κάθε γνώση αρχίζει από την εμπειρία και πως από την άποψη του χρόνου, δεν έχουμε καμία γνώση μέσα μας που να προηγείται της εμπειρίας. Αντιθέτως, όλες αρχίζουν με αυτή (Γιανναράς 1979: 71). Το δόγμα αυτό καλείται εμπειρισμός. Ο ορθολογισμός έρχεται σε αντίθεση και σαφή αντιπαράθεση με τον εμπειρισμό, καθώς απέναντι σε αυτή τη συλλογιστική, ο ορθολογισμός αντιτείνει την άποψη ότι ο λόγος είναι μια ικανότητα που μπορεί να οδηγήσει το άτομο στην αλήθεια, πέρα από την εμβέλεια της εμπειρικής αντίληψης, η οποία μόνο συμπληρωματικά μπορεί να επικουρήσει στην ορθή λειτουργία σκέψης και λήψης αποφάσεων.

Η κλασική προσέγγιση στην οικονομική θεωρία, εκκινεί από την βάση του απόλυτου ορθολογισμού, λαμβάνοντας δηλαδή ως δεδομένο, ότι οι άνθρωποι φέρονται ορθολογικά, θέτουν στόχους και προσπαθούν να τους πετύχουν με τον καλύτερο και ταχύτερο δυνατό τρόπο. Σύμφωνα με τον Richard Posner, «Τα οικονομικά μελετούν τις συνέπειες της ανθρώπινης ορθολογικότητας» (Posner 1998: 1551) . Εφόσον οι άνθρωποι φέρονται κατά κανόνα ορθολογικά, τότε η συμπεριφορά τους είναι προβλέψιμη. Αν γνωρίζουμε τους στόχους των ατόμων, τότε μπορούμε να προβλέψουμε τις επιλογές τους, αλλά και να τις ερμηνεύσουμε (Hatzis, Foka-Kavaliaraki 2011: 8-10)

Ωστόσο, επικρατεί διχογνωμία σχετικά με το κατά πόσο μπορεί να ευσταθεί η θεώρηση ότι οι άνθρωποι είναι απολύτως ορθολογικά όντα, σε ποια έκταση και κατά πόσο μπορούν να εφαρμόζουν και να καθοδηγούνται από την ορθολογικότητα της σκέψης τους στη λήψη κρίσιμων αποφάσεων, αλλά και το τι αυτό σημαίνει (Posner 1998 σε Camerer et al. 2003: 1212-1215).

Σύμφωνα με τον Νομπελίστα Herbert Simon, οι άνθρωποι δεν ενεργούν και τόσο ορθολογικά όσο υποθέτει η κυρίαρχη νεοκλασική οικονομική θεωρία. Υπάρχουν

περιορισμοί στη δυνατότητά τους να είναι απόλυτα ορθολογικοί, λόγω της ελλιπούς πληροφόρησης, της ατελούς σκέψης τους, του άμεσου περιβάλλοντός τους, της επιρροής τους από το παροδικό συναίσθημά τους, οδηγώντας τους έτσι σε μια συνθήκη περιορισμένης ικανότητας ορθολογικής σκέψης (*bounded rationality*).²¹

Η αδυναμία των ατόμων να είναι απόλυτα ορθολογικά όντα, αποτελεί και την πιο απλή εξήγηση για τις ατελείς συμβάσεις. Ο περιορισμένος ορθολογισμός των ανθρώπων, εξηγείται απλά από το γεγονός ότι οι άνθρωποι κάνουν λάθη. Καθώς αποτυγχάνουν να προβλέψουν όλες τις πιθανές συνέπειες μιας έννομης σχέσης, αυτή η αποτυχία τους, αποτυπώνεται και στις συμβάσεις που καταρτίζουν (Hermalin 2006: 71).

Ωστόσο, θα ήταν λανθασμένο να οδηγηθούμε στο συμπέρασμα ότι οι άνθρωποι δεν είναι κατά κανόνα -όσο το δυνατόν περισσότερο- ορθολογικοί. Επί τη βάση αυτή άλλωστε, στηρίζεται και η κατασκευή των εννόμων τάξεων. Το δίκαιο όπως είναι διαμορφωμένο, λαμβάνει υπόψη του εκ των προτέρων, τα μελλοντικά ανακύψαντα προβλήματα, αλλά και τις ενδεδειγμένες γι' αυτά λύσεις, προκειμένου να εξασφαλίσει τόσο την ασφάλεια του δικαίου, όσο και την ασφάλεια των συναλλαγών. Για τους οικονομολόγους του δικαίου ωστόσο, το δίκαιο στη σχέση του με τον ορθολογισμό, δεν είναι τίποτε άλλο από μια δομή κινήτρων που υποχρεώνει τα άτομα να προσαρμόζουν τη συμπεριφορά τους (Hatzis, Foka-Kavaliaraki 2011: 8-10)

13. Ανάπτυξη case study: Η σύναψη σύμβασης παρένθετης μητρότητας επ' αμοιβή

Η παλαιότερη αναφορά του όρου «παρένθετη μητρότητα» βρίσκεται στην Παλαιά Διαθήκη της Αγίας Γραφής (Γένεση 16.1-15). Η ιστορία αναφέρει ότι, επειδή η

²¹ Ο Χ.Α. Σάιμον επινόησε τους όρους *bounded rationality* and *satisficing* (ικανάρκεια).

Σάρα δεν μπόρεσε να κυοφορήσει, πρότεινε στον Αβραάμ να πάει στην υπηρέτρια του, την Άγαρ. Ο Αβραάμ έκανε ό,τι του είπε και, σε ηλικία 90 ετών, μπόρεσε να κάνει παιδί από την Άγαρ, και ο Ισμαήλ γεννήθηκε.

Είναι πιθανό ότι η παρένθετη μητρότητα έχει χρησιμοποιηθεί στο πέρασμα των αιώνων για να βοηθήσει τις γυναίκες που δεν μπορούν να κάνουν παιδιά, να αποκτήσουν οικογένειες, αλλά δεν έχουν καταγραφεί συγκεκριμένα περιστατικά στα ιατρικά ιστορικά κείμενα (Brinsden 2003: 483-491).

Η ιατρική υποβοήθηση της ανθρώπινης αναπαραγωγής έκανε την ουσιαστική εμφάνισή της το 1978, όποτε και γεννήθηκε στην Μεγάλη Βρετανία το πρώτο παιδί από εξωσωματική γονιμοποίηση²². Έκτοτε, η συνεχής ιατρική καινοτομία και η τεχνολογική πρόοδος, εστίασαν στο πρόβλημα της υπογονιμότητας αλλά συνάμα δημιουργήθηκε και η ανάγκη ρύθμισης των νέων οικογενειακών σχέσεων που πλέον προέκυπταν όπως συνέβη και με την παρένθετη μητρότητα.

Στην Ελλάδα, οι επιμέρους μέθοδοι της ιατρικώς υποβοηθούμενης αναπαραγωγής, και δη η κυοφορία με παρένθετη μητέρα, θεσπίστηκαν και περιγράφονται κυρίως στον Ν. 3089/2002, αλλά και στον Ν. 3305/2005. Η θεσπισθείσα ελληνική νομοθεσία, προσεγγίζει την ιατρική υποβοήθηση της ανθρώπινης αναπαραγωγής με παρένθετη μητέρα, αφενός με γνώμονα τον σεβασμό της ελευθερίας του ατόμου, αφετέρου με γνώμονα το συμφέρον του μέλλοντος να γεννηθεί παιδιού, ως εκδήλωση της θεμελιώδους αρχής περί της προστασίας των δικαιωμάτων του παιδιού.²³

²² Στις 25 Ιουλίου του 1978 γεννήθηκε η Louise Joy Brown στο Oldham Memorial Hospital του Bristol της Αγγλίας. Ήταν το πρώτο παιδί που συνελήφθη όχι με τον φυσιολογικό τρόπο της συνουσίας των γονέων του αλλά με τη μέθοδο της εξωσωματικής γονιμοποίησης (*in vitro fertilization-IVF*) από τους Patrick Steptoe και Roberts Edwards του Πανεπιστημίου του Εδιμβούργου.

²³ Άρθρο 3 της Διεθνούς Σύμβασης για τα δικαιώματα του παιδιού (κυρωθείσα δια του Νόμου 2101/1992), καθώς και άρθρο 24 του Χάρτη των θεμελιωδών δικαιωμάτων της Ε.Ε.

Από τις διατάξεις των άρθρων 2, παρ. 1 περ. β, άρθρο 3 αριθ. 8,9, 4,13 του Νόμου 3305/2005 και από το άρθρο 1458 ΑΚ συνάγεται ότι παρένθετη μητρότητα αποκαλείται η μέθοδος τεχνητής αναπαραγωγής, κατ' εφαρμογή της οποίας μια γυναίκα κυοφορεί και γεννά (φέρουσα ή κυοφόρος), ύστερα από εξωσωματική γονιμοποίηση και μεταφορά γονιμοποιημένων ωαρίων ξένων προς την ίδια, για λογαριασμό άλλης γυναίκας, που επιθυμεί να αποκτήσει παιδί, αλλά αδυνατεί να κυοφορήσει, αποκλειστικά για ιατρικούς λόγους.

Σύμφωνα με το άρθρο 1458 ΑΚ, «Η μεταφορά στο σώμα άλλης γυναίκας γονιμοποιημένων ωαρίων, ξένων προς την ιδίαν, και η κυοφορία από αυτήν επιτρέπεται με δικαστική άδεια που παρέχεται πριν από τη μεταφορά, εφόσον υπάρχει έγγραφη και χωρίς αντάλλαγμα συμφωνία των προσώπων που επιδιώκουν να αποκτήσουν τέκνο και της γυναίκας που θα κυοφορήσει, καθώς και του συζύγου της, αν αυτή είναι έγγαμη. Η δικαστική άδεια παρέχεται ύστερα από αίτηση της γυναίκας που επιθυμεί να αποκτήσει τέκνο, εφόσον αποδεικνύεται ότι αυτή είναι ιατρικώς αδύνατο να κυοφορήσει και ότι η γυναίκα που προσφέρεται να κυοφορήσει είναι, εν όψει της κατάστασης της υγείας της, κατάλληλη για κυοφορία.»

Με την ανωτέρω διάταξη, ο νομοθέτης θέλησε να ρυθμίσει τις περιπτώσεις, όπου υφίσταται φυσική αδυναμία της γυναίκας να κυοφορήσει, υιοθετώντας την ιατρική μέθοδο της παρένθετης μητρότητας, σύμφωνα με την οποία, μια γυναίκα κυοφορεί και γεννά (κυοφόρος), ύστερα από εξωσωματική γονιμοποίηση και μεταφορά γονιμοποιημένων ωαρίων ξένων προς την ίδια για λογαριασμό μιας άλλης γυναίκας, η οποία επιθυμεί να αποκτήσει παιδί, αλλά αδυνατεί να κυοφορήσει για ιατρικούς λόγους.²⁴ Η παρένθετη μητρότητα αποτελεί μια μορφή «υποκατάστατης» μητρότητας, η οποία

²⁴ ΜΠΘεσ 838, 29288/10 (ΤΝΠ ΔΣΑ).

μπορεί να είναι πλήρης, όταν δηλαδή εμφυτεύεται στη μήτρα της κυοφόρου γυναίκας γονιμοποιημένο ωάριο της ίδιας, ή μερική, όταν εμφυτεύεται στη μήτρα της κυοφόρου γυναίκας ξένο γονιμοποιημένο ωάριο, είτε της γυναίκας που επιθυμεί το τέκνο, είτε τρίτης δότριας, οπότε γίνεται λόγος για «δανεισμό μήτρας» (Γεωργιάδης 2014: 27).

Η πλειονότητα των ηθικών ή νομικών ζητημάτων που εγείρονται σχετικά με την παρένθετη μητρότητα, αφορούν κυρίως τους όρους των συμφωνιών επ' αυτών. Ο Νόμος, δεν επιτρέπει ελεύθερα και άνευ ετέρου τη συμφωνία και σύναψη της σχετικής σύμβασης για να χρησιμοποιηθεί η ανωτέρω μέθοδος τεχνητής αναπαραγωγής, αλλά θέτει τις εξής συγκεκριμένες και αυστηρές προϋποθέσεις (Μαργαρίτη 2016: 1138), οι οποίες δεν μπορούν να παρακαμφθούν με επίκληση της ελευθερίας των συμβάσεων (ΑΚ 361), καθώς αποτελούν διατάξεις αναγκαστικού δικαίου :

α) Αδυναμία κυοφορίας της γυναίκας που επιθυμεί να αποκτήσει τέκνο:

Πρέπει να αποδεικνύεται ότι η γυναίκα που επιθυμεί να αποκτήσει τέκνο δεν έχει υπερβεί το 50ο έτος της ηλικίας της και ότι είναι ιατρικώς αδύνατο να κυοφορήσει, είτε για παθολογικούς, είτε για ψυχολογικούς λόγους.²⁵ Η ρύθμιση αυτή, μεταξύ άλλων τίθεται προκειμένου να αποφευχθούν ακραία φαινόμενα τεχνητής γονιμοποίησης σε προχωρημένη ηλικία, ιδίως προς το συμφέρον του τέκνου.

β) Καταλληλότητα της γυναίκας που προσφέρεται να κυοφορήσει και υγεία των προσώπων που επιδιώκουν την απόκτηση τέκνου:

Η γυναίκα που προσφέρεται να κυοφορήσει, πρέπει να είναι κατάλληλη για κυοφορία, όσον αφορά την κατάσταση της υγείας της.²⁶ Η εν λόγω προϋπόθεση τίθεται

²⁵ Υπ' αριθμ. 10351/2010 απόφαση Μονομελούς Πρωτοδικείου Θεσσαλονίκης (ΤΝΠ ΔΣΑ).

²⁶ Κατά το άρθρο 13, παρ. 2 του Νόμου 3305/2005, η γυναίκα που πρόκειται να κυοφορήσει, υποβάλλεται στις ιατρικές εξετάσεις του άρθρ. 4 και σε ενδελεχή ψυχολογική αξιολόγηση.

τόσο προς το συμφέρον και την υγεία του τέκνου, όσο και προς το συμφέρον και την υγεία της κυοφορούσας.

γ) Συμφωνία των μερών:

Πρέπει να υπάρχει έγγραφη και χωρίς αντάλλαγμα συμφωνία των προσώπων που επιδιώκουν να αποκτήσουν τέκνο και της γυναίκας που θα το κυοφορήσει, καθώς και του συζύγου της, αν αυτή είναι έγγαμη. Κατά λογική ερμηνεία της διάταξης, απαιτείται και η συναίνεση του συντρόφου της γυναίκας που έχει συνάψει σύμφωνο συμβίωσης με την κυοφόρο γυναίκα.

Η νομική σχέση που δημιουργείται με την κυοφόρο γυναίκα, είναι ιδιόμορφη προσωπική σχέση εντολής, η οποία μπορεί να λυθεί από οποιοδήποτε μέρος, πριν από τη μεταφορά του ωαρίου. Ως δικαιοπραξία, μπορεί να προσβληθεί για ακυρότητα (ΑΚ 178, 179) ή για ακυρωσία, λόγω πλάνης, απάτης, απειλής (ΑΚ 140 επ.).

Ενώπιον του αρμόδιου Δικαστηρίου θα πρέπει να προσκομίζεται έγγραφη και χωρίς αντάλλαγμα συμφωνία μεταξύ των μερών, δηλαδή των προσώπων που επιθυμούν το παιδί και της κυοφόρου γυναίκας, καθώς και του συζύγου της τελευταίας αν αυτή είναι έγγαμη, με την οποία σύμβαση, δηλώνουν εκτός από την συμφωνία τους για την διενέργεια της πράξης, και ότι τα γονιμοποιημένα ωάρια, δεν θα ανήκουν στην ίδια την κυοφόρο (Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη 2005: 8-9). Περαιτέρω, η συμφωνία των μερών πρέπει κατ' αρχήν να είναι έγγραφη, διότι χωρίς την τήρηση του έγγραφου τύπου, η συναίνεση λογίζεται ως άκυρη, ενώ όπως θα αναπτυχθεί αναλυτικώς κατωτέρω, απαγορεύεται να προβλέπεται αμοιβή ως οικονομικό αντάλλαγμα για την κυοφορία και γέννηση του τέκνου.

14. Η ιδιωτική αυτονομία στην παρένθετη μητρότητα

Στα περισσότερα κράτη του κόσμου, η απόκτηση τέκνων με παρένθετη μητέρα επ' αμοιβής απαγορεύεται ρητά εκ του Νόμου. Τυχόν δε, σύναψη σχετικής σύμβασης για απόκτηση τέκνου με παρένθετη μητέρα και με υπόσχεση οικονομικού ανταλλάγματος, επάγεται την ακυρότητα και τη μη εκτελεστότητα αυτής. Αντιθέτως, επιτρέπεται η απόκτηση τέκνων με παρένθετη μητέρα, αποκλειστικά και μόνο εφόσον αυτή γίνεται χωρίς αντάλλαγμα και με αλτρουιστικά και ανιδιοτελή κίνητρα (Godwin 1999: 271).

Οι έρευνες μέχρι στιγμής, έχουν αναδείξει ότι το πιο σημαντικό κίνητρο για μια γυναίκα ώστε να γίνει η παρένθετη μητέρα, φαίνεται να είναι ο αλτρουισμός, κι αυτό παρατηρείται όχι μόνο στις χώρες όπου η παρένθετη μητρότητα είναι νόμιμη αποκλειστικά και μόνο εφόσον γίνεται με αλτρουιστικά κίνητρα και άνευ αποζημίωσης, όπως φερειπείν το Ηνωμένο Βασίλειο, αλλά και σε χώρες στις οποίες νομίμως προβλέπεται αποζημίωση της παρένθετης κυοφορούσας, όπως ισχύει σε ορισμένες πολιτείες των Η.Π.Α. (Hohman & Hagan 2001: σε Ruiz-Robledillo & Moya-Albiol 2016: 188).

Στην Ελλάδα, από το άρθρο 5, παρ. 1 του Συντάγματος, απορρέει το κατοχυρωμένο δικαίωμα εκάστου ατόμου να αποκτήσει απογόνους σύμφωνα με τις επιθυμίες του,²⁷ ενώ θεμελιώδη και συνταγματικώς κατοχυρωμένα δικαιώματα συνιστούν τόσο η αρχή της ιδιωτικής αυτονομίας, όσο και η αρχή της οικονομικής ελευθερίας, με απότοκο την ελευθερία των συμβάσεων.

Όσον αφορά την παρένθετη μητέρα, ως συμβαλλόμενο μέρος στη σχετική σύμβαση και σύμφωνα με την ελευθερία των συμβάσεων (ΑΚ 361) αναλαμβάνει ορισμένες υποχρεώσεις, οι οποίες περιορίζουν μεν την ιδιωτική της αυτονομία, με τη συναίνεση ωστόσο της ίδιας. Σε μια σύμβαση απόκτησης τέκνου με τη μέθοδο της παρένθετης

²⁷ Το άρθρο 5 του Συντάγματος κατοχυρώνει την ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας και συνακόλουθα την ελευθερία στην απόκτηση τέκνων.

μητρότητας, περιλαμβάνονται προβλέψεις και δεσμεύσεις, οι οποίες πρόκειται να ισχύουν για μακρό χρονικό διάστημα από την υπογραφή τους. Αυτό ενέχει τον κίνδυνο, τα συμβαλλόμενα μέρη καθ' όλη τη διάρκεια να μεταβάλουν την άποψη, τις επιθυμίες και τις απαιτήσεις τους, ή να μεταβληθούν ακόμη και οι συνθήκες.

Η παρένθετη μητέρα ενδέχεται να δεσμευτεί συμβατικά να απεμπολήσει δικαιώματα, τα οποία θα απολάμβανε ελεύθερα αν δεν είχε συμβληθεί ως εν δυνάμει παρένθετη μητέρα. Σε μια τέτοιου είδους σύμβαση, ενδέχεται να προβλέπεται η υποχρέωση της κυοφορούσας μητέρας να προσέχει την σωματική και ψυχική της υγεία με άκρα επιμέλεια, να απέχει από ανθυγιεινές τροφές και δραστηριότητες και να μην θέτει τον εαυτό της σε κίνδυνο.

Το ερώτημα που γεννάται, κατόπιν της ανάληψης όλων αυτών των υποχρεώσεων εκ μέρους της συμβαλλόμενης εν δυνάμει παρένθετης μητέρας, είναι το ποιο θα είναι τελικά το όφελος (κι η αντιπαροχή) γι' αυτήν από την εν λόγω σύμβαση. Υποτίθεται πως οι συμβάσεις οδηγούν στην ατομική και κοινωνική ευημερία, παράγοντας οφέλη και πλεόνασμα και για τους δυο συμβαλλόμενους. Αν λοιπόν η μια πλευρά δεν αποκτά οφέλη από αυτήν, τότε είτε δεν θα συμβληθεί, είτε θα συμβληθεί αδρανοποιημένης ωστόσο έτσι της οικονομικής λειτουργίας της εν λόγω σύμβασης.

Τελικώς, η ιδιωτική αυτονομία κάμπτεται είτε δυνάμει του πατερναλισμού, ο οποίος παρεμβαίνει και δεν επιτρέπει στην ενδιαφερόμενη παρένθετη μητέρα να κυοφορήσει εφόσον προβλέπεται οικονομικό γι' αυτήν αντάλλαγμα, είτε, δυνάμει της επιλογής της παρένθετης μητέρας να συμβληθεί με τους ενδιαφερόμενους γονείς και να περιορίσει το δικαίωμά της επί του σώματός της. Στην μια περίπτωση, υφίσταται εξωτερική παρέμβαση που οδηγεί στον ετεροκαθορισμό, ενώ στην άλλη περίπτωση υφίσταται η προσωπική βούληση κι επιλογή, που ακόμα κι αν περιορίζει την ιδιωτική αυτονομία του προσώπου, ερείζεται στον αυτοκαθορισμό του.

15. Οι περιορισμοί της ιδιωτικής αυτονομίας με άξονα τη νομική παρέμβαση

Η προσφυγή στις ιατρικές μεθόδους υποβοηθούμενης αναπαραγωγής προκειμένου να αποκτηθούν τέκνα, εντάσσεται αδιαμφισβήτητα στο προστατευτικό πεδίο του ελληνικού Συντάγματος, συνιστώντας ειδικότερη έκφραση του δικαιώματος ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας (Παπαχρίστου 2005: 215), που προστατεύεται από τη διάταξη του άρθρου 5, παράγραφος 1 του Συντάγματος. Το γενικό αυτό δικαίωμα παρέχει τη δυνατότητα αυτοκαθορισμού και αυτοδιάθεσης του ατόμου μέσα από την ελευθερία του να προγραμματίζει και να διαμορφώνει τη ζωή του σύμφωνα με τις φυσικές και ψυχοπνευματικές δυνατότητές του και τις αντιλήψεις του, και δεν υπάρχει αμφιβολία ότι αυτό αναπτύσσει και ολοκληρώνει την προσωπικότητά του με την παραπάνω έννοια μέσα και από την απόκτηση απογόνων (Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη 2016: 3-4). Ωστόσο, η παρεχόμενη συνταγματική προστασία ερμηνευόμενη συσταλτικά και κατά περίπτωση, τείνει να είναι σχετική, αφού το Σύνταγμα ορίζει ότι «καθένας έχει δικαίωμα να αναπτύσσει ελεύθερα την προσωπικότητά του ... εφόσον δεν προσβάλλει τα δικαιώματα των άλλων και δεν παραβιάζει το Σύνταγμα και τα χρηστά ήθη».

Μπροστά σε αυτό το δίλημμα, ο Έλληνας νομοθέτης προχώρησε στην εκπόνηση του Νόμου 3089/2002 και εν συνεχεία του Νόμου 3305/2005, με δύο σταθερά ερείσματα, ήτοι πρώτον το Σύνταγμα και δεύτερον, τη Σύμβαση του Συμβουλίου της Ευρώπης του Οβιέδο του 1997 για τα ανθρώπινα δικαιώματα και τη βιοϊατρική.²⁸

Με τον Νόμο 3089/2002 θεσπίσθηκε στην ελληνική έννομη τάξη η δυνατότητα της ιατρικής υποβοήθησης στην ανθρώπινη αναπαραγωγή, μέσω παρένθετης

²⁸ Που κυρώθηκε στην Ελλάδα με το ν. 2619/1998 (Εισηγητική Έκθεση του ν. 3089/2002 σε Κώδικα Νομικού Βήματος 2002/2623 και Βιβλιοθήκη Κριτικής Επιθεώρησης «Ιατρική Υποβοήθηση στην Ανθρώπινη Αναπαραγωγή και Αστικό Δίκαιο», έκδ. 2002, σ. 25).

μητέρας, ακολούθησε δε ο Νόμος 3305/2005 περί εφαρμογής της ιατρικώς υποβοηθούμενης αναπαραγωγής και ο Ν. 4274/2014, οι οποίοι ρύθμισαν ειδικότερα τη διαδικασία που ακολουθείται. Στο δικαίωμα απόκτησης απογόνων διά του ανωτέρω τρόπου τίθενται συγκεκριμένοι περιορισμοί που περιλαμβάνονται στις διατάξεις των άρθρων 1455 ΑΚ και στο άρθρο 2, παρ. 3 εδ. 2 και άρθρο 4, παράγραφος 1 του Νόμου 3305/2005. Ισχυρό περιορισμό επίσης στο δικαίωμα απόκτησης τέκνων με παρένθετη μητέρα, αποτελεί το συμφέρον του παιδιού που θα γεννηθεί, η δυνατότητα ομαλής ψυχοπνευματικής ανάπτυξής του, μέσα σε υγιές κοινωνικό περιβάλλον, «στοχεύοντας στην ύπαρξη όχι οποιασδήποτε οικογένειας προσφέρεται να αναλάβει την φροντίδα και διαπαιδαγώγησή του αλλά μιας οικογένειας που, εκτός των λοιπών προϋποθέσεων που τάσσει ο νόμος, το μοντέλο της κατ' αρχήν είναι ανεκτό από τον κοινωνικό της περίγυρο».²⁹

Ο νομοθέτης, αλλά και ο δικαστής, δηλαδή λαμβάνουν υπόψη τους, την αξιολόγηση του συμφέροντος του μέλλοντος να γεννηθεί τέκνου. Γι' αυτό το λόγο, παράγοντες όπως η ηλικία των γονέων, το ιατρικό τους ιστορικό, η κληρονομικότητα ως προς ορισμένα νοσήματα, καθώς και η ικανότητά τους να ανταποκριθούν στα ανάγκες του παιδιού, μπορεί να αποτελέσουν εμπόδιο και περιορισμό στο δικαίωμά τους για ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητάς τους και απόκτηση τέκνων με τη μέθοδο της ιατρικώς υποβοηθούμενης αναπαραγωγής (Μαργαρίτη 2016: 1135).

Τα Δικαστήρια, σύμφωνα με τη διαμορφωθείσα ως τώρα νομολογία, ελέγχουν την ύπαρξη ενός σταθερού και υποστηρικτικού περιβάλλοντος για κάθε παιδί που θα γεννηθεί κατόπιν εφαρμογής μίας μεθόδου ιατρικώς υποβοηθούμενης αναπαραγωγής, καθώς και ορισμένα δεδομένα από την πλευρά των μελλοντικών γονέων. Συνεπώς, προς τον σκοπό της προστασίας του τέκνου που πρόκειται να γεννηθεί, έχουν

²⁹ Υπ' αριθμ. 623/2021 απόφαση του Μονομελούς Εφετείου Αθηνών (Διαθέσιμη σε ΝΟΜΟΣ)

τεθεί και οι περιορισμοί της ηλικίας κατ' άρθρο 4, παράγραφος 1 εδάφιο β' του Νόμου 3305/2005, οι οποίοι είναι συνταγματικώς επιτρεπτοί εφ' όσον δικαιολογούνται από αποχρώντες λόγους δημοσίου ή κοινωνικού συμφέροντος κατά τα ανωτέρω. Έχει κριθεί πλέον ότι το εν λόγω άρθρο δεν εμπεριέχει διάταξη που αντίκειται στην πρόβλεψη του άρθρου 5, παράγραφος 1 του Συντάγματος και ορθώς θα πρέπει να εφαρμόζεται.³⁰

Εν κατακλείδι, παρά τους όποιους νομοθετικούς περιορισμούς, το γεγονός ότι η απόκτηση τέκνων με τη μέθοδο της παρένθετης μητρότητας εξακολουθεί και επιλέγεται από ανθρώπους που επιθυμούν να αποκτήσουν παιδιά, και παρά το γεγονός ότι επικρίνεται κοινωνικά, ελέγχεται και περιορίζεται νομικά, αποδεικνύει ότι δεν υφίσταται στην πραγματικότητα καμία εύλογη αιτία να απαγορευτεί μια τέτοιας μορφής «σύμβαση», από την οποία όλοι οι συμβαλλόμενοι αποκομίζουν με τη βούληση και τη συναίνεσή τους οφέλη, που δεν δύνανται μάλιστα να αποκτήσουν με άλλα μέσα. Μια τέτοιου είδους απαγόρευση είναι αυθαίρετη, οδηγεί αποδεδειγμένα τα ενδιαφερόμενα μέρη να πράξουν παρά το νόμο και μάλλον περισσότερη δυσλειτουργικότητα και κινδύνους εγκυμονεί, καθώς στερεί από τους συμβαλλόμενους τόσο τη διαπραγματευτική τους δύναμη, όσο και ένα δίκτυο ασφαλείας για το ασθενέστερο συμβαλλόμενο μέρος (Hatzis 2009: 420-429).

16. Το οικονομικό κριτήριο

Σύμφωνα με το άρθρο 1458 ΑΚ³¹, η συμφωνία για απόκτηση τέκνου με την μέθοδο της παρένθετης μητρότητας, πρέπει να είναι «χωρίς αντάλλαγμα». Στο αρμόδιο

³⁰ Υπ' αριθμ. 14/2019 απόφαση Πολυμελούς Πρωτοδικείου Ηρακλείου (Διαθέσιμη σε ΝΟΜΟΣ)

³¹ Αλλά και σύμφωνα με το άρθρο 13, παρ. 4 του ν. 3305/2005, «4. Η συμφωνία για κυοφορία από τρίτη γυναίκα γίνεται χωρίς οποιοδήποτε αντάλλαγμα. Δεν συνιστά αντάλλαγμα: (α) η καταβολή των δαπανών που απαιτούνται για την επίτευξη της εγκυμοσύνης, την κυοφορία, τον τοκετό και τη λοχεία, (β) κάθε θετική ζημία της κυοφόρου εξαιτίας αποχής από την εργασία της, καθώς και οι αμοιβές για εξαρτημένη εργασία, τις οποίες στερήθηκε λόγω απουσίας, με σκοπό την επίτευξη της εγκυμοσύνης, την

Δικαστήριο, θα πρέπει να προσκομίζεται η έγγραφη και χωρίς αντάλλαγμα συμφωνία των μερών, ούτως ώστε να παρασχεθεί τελικά η σχετική δικαστική άδεια, κοινοποιούμενη στον αρμόδιο εισαγγελέα (748 παρ. 2 και 799 ΚΠολΔ.), δια της οποίας θα επιτρέπεται η μεταφορά του γονιμοποιημένου ωαρίου και τελικά η απόκτηση τέκνου από την αναγνωριζόμενη ως παρένθετη μητέρα.

Ωστόσο, δεν γίνεται να παραβλεφθεί το γεγονός ότι η απόκτηση τέκνων με παρένθετη μητέρα αποτελεί μια ιδιαίτερα δαπανηρή διαδικασία. Στη χώρα μας, στις παρένθετες μητέρες προβλέπεται η καταβολή των δαπανών που απαιτούνται για την επίτευξη της εγκυμοσύνης, την κυοφορία και τον τοκετό, εφόσον αυτές δεν καλύπτονται από το ασφαλιστικό τους ταμείο και σε κάθε περίπτωση δεν πρέπει να υπερβαίνουν το συνολικό ποσό των δέκα χιλιάδων ευρώ (10.000,00€).

Σύμφωνα με τον Sandel (2012), «υπάρχουν ορισμένα πράγματα που το χρήμα δεν μπορεί να αγοράσει, αλλά στις μέρες μας, όχι πολλά. Σήμερα, σχεδόν τα πάντα είναι προς πώληση». Πώς όμως μπορούμε σαν κοινωνία να καθορίσουμε τι είναι προς πώληση και τι πρέπει να προστατεύσουμε από τις δυνάμεις της αγοράς; Παρότι όλες οι κοινωνίες ανά τους αιώνες έχουν προκαθορίσει ότι ορισμένες συναλλαγές είναι τόσο ιερές που δέον να μένουν εκτός των αγορών, τα όρια αυτά ποικίλουν σε μεγάλο βαθμό ανά τα χρόνια και τις κουλτούρες και συχνά αμφισβητούνται (Fiske and Tetlock 1997 σε Krawiec 2022:2-7)

Οι κοινωνικό-ηθικοί προβληματισμοί σχετικά με την ελεύθερη και εξ ολοκλήρου οικονομική αποζημίωση της παρένθετης μητέρας εκκινούν από τα επιχειρήματα της ασύμμετρης ισχύος και της εμπορευματοποίησης της αναπαραγωγικής ικανότητας των γυναικών, με τρόπο ώστε η επιλογή τους αυτή να προσεγγίζει και να ταυτίζεται κατά

κυοφορία, τον τοκετό και τη λοχεία. Το ύψος των καλυπτόμενων δαπανών και αποζημιώσεων καθορίζεται με απόφαση της Αρχής.»

πολλούς με ατομικιστικά και οικονομικά κίνητρα. Επικριτές της μεθόδου απόκτησης τέκνων μέσω επ' αμοιβής παρένθετης μητέρας, υποστηρίζουν κατ' αρχάς ότι με αυτόν τον τρόπο η αναπαραγωγική εργασία καθίσταται ένα κοινό εμπόρευμα, το οποίο υπόκειται στους νόμους της προσφοράς και της ζήτησης που κυριαρχούν στην αγορά. Περαιτέρω, ακόμα πιο εμφαντικά υποστηρίζουν ότι με αυτόν τον τρόπο, καταλήγει η αναπαραγωγή να καθίσταται επάγγελμα, εκ του οποίου βιοπορίζεται η παρένθετη μητέρα. Για να αποτραπεί ακριβώς αυτή η οικονομική εκμετάλλευση του ίδιου του σώματος της παρένθετης μητέρας, θεωρούν ότι θα πρέπει να απαγορεύεται η καταβολή αμοιβής ως ένα αντικίνητρο στο υποθετικό σενάριο της πρόθεσης εμπορευματοποίησης του σώματος.

Η καθιέρωση του θεσμού της παρένθετης μητρότητας επ' αμοιβή έχει υποστεί μεγάλη κριτική από φεμινιστική σκοπιά επί τη βάση του ότι σε αυτές τις συμβάσεις κυριαρχεί, άλλως δύναται να κυριαρχήσει ο πατριαρχικός έλεγχος και η πλήρης εμπορευματοποίηση του γυναικείου σώματος (Saravanan 2013: 3). Το ως άνω επιχείρημα περί εμπορευματοποίησης του γυναικείου σώματος, αντιμετωπίζει ως ανήθικη την απόκτηση τέκνων με παρένθετη μητέρα, διότι πλήττει την ανθρώπινη αξιοπρέπεια της γυναίκας ανάγοντας το σώμα της σε εμπόρευμα (Hatzis 2009 : 420-429), καθώς διαθέτει έναντι οικονομικού ανταλλάγματος είτε το γεννητικό της υλικό, είτε το ίδιο της το σώμα μέσω της κυοφορίας. Ελλοχεύει εξίσου ο κίνδυνος, πιο φτωχές ή εν γένει ασθενέστερες γυναίκες να καταστούν αντικείμενο εκμετάλλευσης από οικονομικά εύρωστες γυναίκες που επιθυμούν να αποκτήσουν παιδιά.

Παραβλέπει ωστόσο οικειοθελώς η ανωτέρω υπόθεση, ότι στην πραγματικότητα, η παρένθετη μητέρα, αφενός δεν «πωλεί» το σώμα της, αντ' αυτού, παρέχει υπηρεσίες χρησιμοποιώντας το σώμα της, όπως και σε αρκετές άλλες, «νόμιμες» και καθημερινές συμβάσεις εργασίας ή παροχής υπηρεσιών (μοντέλα, αθλητές,

στρατιώτες κ.ό.κ.) και ότι αφετέρου, η επιλογή μιας οικονομικά ασθενέστερης γυναίκας να κυοφορήσει το παιδί κάποιας άλλης, δεν είναι αποτέλεσμα εξαναγκασμού ή βίας, αλλά ελεύθερη απόφαση, κατόπιν στάθμισης των συμφερόντων και ιεράρχησης των αναγκών της.

Ωστόσο, μεγάλη μερίδα εξίσου του φεμινιστικού κινήματος βρίσκεται στον αντίποδα, υποστηρίζοντας ότι η «εκμίσθωση» των αναπαραγωγικών λειτουργιών της γυναίκας θα πρέπει να αμείβεται για πλείστους λόγους και ότι οι παρένθετες μητέρες το κάνουν κατ' ελεύθερη κι απόλυτη επιλογή τους. Η άποψη αυτή απορρέει στην ουσία από την αρχή της αυτοκτησίας και από την φιλοσοφία ότι ο άνθρωπος πρέπει να έχει απόλυτη εξουσία στο σώμα και στη διάνοιά του.

Άξιο επισήμανσης ωστόσο σχετικά με την ανωτέρω επιχειρηματολογία, είναι ότι πολύ μικρός αριθμός παρένθετων μητέρων, αναφέρει το οικονομικό κέρδος ως το κύριο κίνητρο για τη συμμετοχή τους στην διαδικασία, ενώ ορισμένες μάλιστα ισχυρίζονται ότι δεν θα έπρεπε να αποτελεί καν παράγοντα για τη λήψη της απόφασης να γίνουν παρένθετες μητέρες (Blyth, 1994,σε Ruiz-Robledillo & Moya-Albiol 2016: 188).

17. Η εξουσία διάθεσης του γεννητικού υλικού ως εκδήλωση της ιδιωτικής αυτονομίας

Η διάθεση του γεννητικού υλικού, εκφράζει νομικά την ελευθερία και την αυτονομία του άνδρα ή της γυναίκας να αποφασίζουν για την τύχη του γεννητικού υλικού που έχει αποχωριστεί από το σώμα τους, είτε εν ζωή, είτε μετά θάνατον.³²

³² Στη γαλλική βιβλιογραφία, εντοπίζεται ο ισχυρισμός της απόρριψης ενός ειδικότερο δικαιώματος προορισμού του ανθρώπινου βιολογικού υλικού, από το γενικότερο συνταγματικό δικαίωμα στην προσωπικότητα και στην αναπαραγωγή, το οποίο ομοιάζει ως προς τη φύση και την προστασία του με τα δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας (Galloux 1999: 13).

Εν γένει, το πώς μια κοινωνία αντιλαμβάνεται νέους θεσμούς και πρακτικές, συμπεριλαμβανομένης της παρένθετης μητρότητας, είτε αυτή διενεργείται επ' αμοιβή, είτε όχι, επηρεάζεται από ποικίλους παράγοντες, όπως ενδεικτικά, τις τεχνολογικές δυνατότητες, την οικονομική κατάσταση της κοινωνίας, την χρονική περίοδο, την έννοια του κοινωνικού στιγματισμού, ενώ κάθε κοινωνική αντίδραση απέναντι σε καθετί διαφορετικό, εξαρτάται κατά μεγάλο βαθμό από το τι η κοινωνία θεωρεί «κανονικό». Με τις νέες ιατρικές μεθόδους, οι φόβοι που εκφράζονται αφορούν την πιθανότητα να γίνει μία «άσκοπη» χρήση της δυνατότητας απόκτησης τέκνων με παρένθετη μητρότητα, για «διευκόλυνση», δηλαδή και χωρίς να υφίστανται ιατρικοί λόγοι γι' αυτό. (Warnock, 1984; Chliaoutakis et al., 2002, Van den Akker 2006: 54).)

Η εξουσία διάθεσης συνέχεται και αλληλοσυμπληρώνεται από τη βούληση διάθεσης. Νομικά, δεν αποσαφηνίζεται το ακριβές νοηματικό περιεχομένου του όρου «εξουσία διαθέσεως». Ωστόσο, διαφαίνεται ασφαλής η υπόθεση ότι η εξουσία διάθεσης νοείται υπό την έννοια της ελευθερίας διάθεσης όπως αυτή νοείται κατά το ουσιαστικό δίκαιο. Ο νόμος δεν καταγράφει συνολικά σε ποιες περιπτώσεις συντρέχει το στοιχείο της εξουσίας διάθεσης, πλην όμως, κατά την κρατούσα άποψη τα μέρη στερούνται εξουσίας διάθεσης όταν η συμφωνία τους αναφέρεται σε ουσιαστικές έννομες σχέσεις, οι οποίες διέπονται από διατάξεις αναγκαστικού δικαίου, ανεπίδεκτες αποκλίνουσας συμβατικής ρύθμισης.³³

Ως ανωτέρω αναφέρθηκε, η παρένθετη μητέρα, δεν «πωλεί» το σώμα της, αντ' αυτού, παρέχει υπηρεσίες χρησιμοποιώντας το σώμα της, προκειμένου να αποκτήσει κάτι που είναι πιο πολύτιμο για την ίδια, επιλέγοντας ελεύθερα και θέτοντας αυτόβουλα τις προτεραιότητες στη ζωή της, ώστε να καταφέρει να αποκτήσει αυτό που η ίδια επιθυμεί με τον πιο αποτελεσματικό τρόπο. Τέλος, η εξουσία διάθεσης αφορά το

³³ Υπ' αριθμ. 70/2021 απόφαση Μονομελούς Πρωτοδικείου Καβάλας (Διαθέσιμη σε ΝΟΜΟΣ) .

γεννητικό υλικό αυτό καθαυτό, και όχι το μέλλον να γεννηθεί τέκνο, μη θεωρούμενου έτσι ως αντικείμενου συναλλαγής, ενόψει υλικού συμφέροντος ξένου προς το ίδιο. Δεν μπορεί συνεπώς να θεωρηθεί ότι ενυπάρχει ανηθικότητα ως προς την αυτόβουλη διάθεση του γεννητικού υλικού, καθώς δεν θίγεται ούτε η ανθρώπινη αξία, ούτε και το υπέρτερο συμφέρον του τέκνου.

18. Η ελληνική νομολογία για την παρένθετη μητρότητα

Η πρώτη απόφαση ελληνικού Δικαστηρίου σχετικά με την έννομη αντιμετώπιση του ζητήματος της παρένθετης μητρότητας, εκδόθηκε από το Πολυμελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου (31/5803/176/1999), σχετικά με την υιοθεσία τέκνου που κυοφορήθηκε από άλλη γυναίκα από εκείνη που χορήγησε το γεννητικό υλικό, ενώ και το Πολυμελές Πρωτοδικείο Αθηνών³⁴ κλήθηκε το έτος 2000, να αποφανθεί για την αναγνώριση πατρότητας τέκνου, το οποίο γεννήθηκε με γεννητικό υλικό ξένο και προς τους δύο συντρόφους. Από την ανασκόπηση της ελληνικής νομολογίας, προκύπτει η σταθερή αντιμετώπιση των Ελληνικών Δικαστηρίων και η πιστή εφαρμογή του Νόμου, ως προς το επιτρεπτό ή μη της απόκτησης τέκνων μέσω παρένθετης μητέρας. Ενδιαφέρον παρουσιάζει η υπ' αριθμ. 623/2021 απόφαση του Μονομελούς Εφετείου Αθηνών, όπου το Δικαστήριο κλήθηκε να αποφασίσει σχετικά με το αν δύναται να αναγνωρισθεί στην Ελλάδα απόφαση αλλοδαπού δικαστηρίου, δυνάμει της οποίας αναγνωρίστηκε ως σύννομη η υιοθεσία ανήλικου τέκνου γεννηθέντος από παρένθετη μητέρα, από το διάδικο ομόφυλο ζευγάρι ανδρών που έχουν συνάψει σύμφωνο συμβίωσης.

Το Δικαστήριο απεφάνθη ότι η αλλοδαπή απόφαση είναι αντίθετη σε κυριαρχικές κοινωνικές και ηθικές αρχές και αντιλήψεις και οι έννομες συνέπειες που απορρέουν από αυτή είναι δυνατό να προκαλέσουν βαθιά διαταραχή στην Ελληνική έννομη

³⁴ Υπ' αριθμ. 6779/2000 απόφαση Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών (Διαθέσιμη σε ΝΟΜΟΣ).

τάξη, επισημαίνοντας ταυτόχρονα ότι η υποβοηθούμενη αναπαραγωγή και η παρένθετη μητρότητα επιτρέπονται υπό τον όρο της ιατρικής αναγκαιότητας, καθώς και ότι το σχετικό δικαίωμα δεν παρέχεται στον άγαμο άνδρα,³⁵ αλλά ούτε και στο ζεύγος ανδρών που συμβιώνουν.

Ωστόσο, ως προς το ζήτημα της αναγνώρισης του δικαιώματος απόκτησης τέκνου με τον θεσμό της παρένθετης μητέρας και σε άγαμο άνδρα, αξίζει να επισημανθεί η αντίθετη (μειοψηφούσα) άποψη της Συνέδρου Εισηγήτριας, στην υπ' αριθμ. 8641/2017 απόφαση του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Θεσσαλονίκης, σύμφωνα με την οποία, «η παροχή δικαιώματος τεχνητής αναπαραγωγής στην άγαμη μόνη γυναίκα και την ίδια στιγμή η στέρηση του δικαιώματος από τον άγαμο μόνο άνδρα, από τη μία πλευρά, η παροχή δικαιώματος τεχνητής αναπαραγωγής στη γυναίκα που επιζεί και στο σύζυγο ή το σύντροφο της που προαποβιώνει και την ίδια στιγμή η στέρηση του δικαιώματος από τον άνδρα που επιζεί και τη σύζυγο του ή τη σύντροφο του που προαποβιώνει, από την άλλη πλευρά, αποτελεί κατάφωρη διακριτική μεταχείριση των ενδιαφερομένων για τη λύση της τεχνητής αναπαραγωγής που δεν δικαιολογείται, κατά το άρθρο 4, παράγραφοι 1 - 2 του Συντάγματος».

Δυνάμει τώρα, της υπ' αριθμ. 14/2019 απόφασης του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Ηρακλείου, το Δικαστήριο απέρριψε το αίτημα για χορήγηση δικαστικής άδειας προς μεταφορά των γονιμοποιημένων ωαρίων στο σώμα της κυοφόρου, λόγω υπέρβασης του πεντηκοστού έτους³⁶ ηλικίας της υποβοηθούμενης γυναίκας, γεγονός που

³⁵ Υπ' αριθμ. 3357/2010 απόφαση Μονομελούς Εφετείου Αθηνών (Διαθέσιμη σε ΝΟΜΟΣ)

³⁶ Επισημαίνεται ωστόσο ότι στην από 16-11-2004 εισηγητική έκθεση επί του σχεδίου του Ν. 3305/2005 προστίθεται ερμηνευτικός κανόνας, με τον οποίο διευκρινίζεται ότι, όταν το υποβοηθούμενο πρόσωπο είναι γυναίκα, ως ηλικία φυσικής ικανότητας αναπαραγωγής νοείται το πεντηκοστό πέμπτο έτος, το οποίο τίθεται ως όριο για κοινωνικούς και ιατρικούς λόγους, δεδομένου ότι η εγκυμοσύνη και η τεκνοποιία σε προχωρημένη ηλικία συνδέεται με αυξημένους κινδύνους για την υγεία της γυναίκας και το συμφέρον του παιδιού και ότι το όριο αυτό επιλέγεται λόγω του ότι, όπως προκύπτει από επιδημιολογικές μελέτες, το ακραίο όριο εμμηνόπαυσης για τον (γυναικείο) ελληνικό πληθυσμό είναι το πεντηκοστό πέμπτο έτος.

αποτελεί σύμφωνα με το Νόμο³⁷ και το Δικαστήριο αμάχητο τεκμήριο περί ελλείψεως φυσικής ικανότητας αναπαραγωγής, ενώ ταυτόχρονα δεν αντιτίθεται ο περιορισμός αυτός στο Σύνταγμα.

Το Πολυμελές Πρωτοδικείο Σερρών, από την άλλη, με την υπ' αριθμ. 4/2018 απόφασή του, έκρινε ότι η υπέρβαση του ηλικιακού ορίου για μικρό χρονικό διάστημα, δεν αποτελεί κώλυμα για την απόκτηση τέκνων με παρένθετη μητέρα, καθόσον δεν πρέπει να παραβλέπεται το δικαίωμα του ατόμου στην αναπαραγωγή εφόσον δεν συντρέχουν οι κίνδυνοι στην αποφυγή των οποίων αποσκοπεί η διάταξη του άρθρου 4 παρ. 1 του Ν. 3305/2005. Εξ αντιδιαστολής, το Εφετείο Πειραιά με την υπ' αριθμ. 275/2016 απόφασή του, έκρινε ότι η θέσπιση για τη γυναίκα, εν αντιθέσει προς τον άνδρα, ανώτατου ορίου ηλικίας, ανερχόμενου στο πεντηκοστό έτος αυτής, δεν εγείρει ζήτημα αντισυνταγματικότητας, εφόσον είναι διαφορετική η διάρκεια της φυσικής ικανότητας αναπαραγωγής των δύο φύλων, και για τους άντρες μόνη προϋπόθεση του νόμου είναι να έχουν την ηλικία φυσικής ικανότητας αναπαραγωγής.

Όλες δε, οι αποφάσεις των ελληνικών Δικαστηρίων, αναφέρονται στο αιτιολογικό τους, στην απαγόρευση καταβολής ανταλλάγματος στην κυοφορούσα. «Η συμφωνία για την κυοφορία από τη φέρουσα ή κυοφόρο γυναίκα πρέπει να γίνεται γραπτώς και χωρίς οποιοδήποτε αντάλλαγμα, ενώ δεν συνιστούν αντάλλαγμα η καταβολή των δαπανών που απαιτούνται ως προς την επίτευξη της εγκυμοσύνης, την κυοφορία, τον τοκετό και τη λοχεία και η αποζημίωση για κάθε θετική ζημία της κυοφόρου εξαιτίας αποχής από την εργασία της και τις αμοιβές από εξαρτημένη εργασία, τις οποίες

³⁷ Σύμφωνα δε με το άρθρο 4§1 Ν. 3305/2005 ορίζεται ότι οι μέθοδοι ιατρικώς υποβοηθούμενης αναπαραγωγής εφαρμόζονται επί ενηλίκων προσώπων μέχρι της ηλικίας φυσικής ικανότητας αναπαραγωγής του υποβοηθούμενου προσώπου και σε περίπτωση που το υποβοηθούμενο πρόσωπο είναι γυναίκα, ως ηλικία φυσικής ικανότητας αναπαραγωγής νοείται το πεντηκοστό έτος αυτής.

στερήθηκε λόγω απουσίας με σκοπό την επίτευξη της εγκυμοσύνης, την κυοφορία, τον τοκετό και τη λοχεία.»³⁸

19. Κριτική θεώρηση της παρένθετης μητρότητας επ' αμοιβή

Με την καθιέρωση της ιατρικώς υποβοηθούμενης αναπαραγωγής, και εν προκειμένω με την μέθοδο απόκτησης τέκνων με παρένθετη μητέρα, παρέχεται η ευκαιρία, αλλά και η ελευθερία κατ' αρχήν σε άτομα που στερούνται του δικαιώματος της φυσικής ικανότητας αναπαραγωγής να αξιώσουν από το κράτος την ελεύθερη ενάσκηση του δικαιώματός τους να αποκτήσουν απογόνους. Έτσι ο άνθρωπος, επιτυγχάνει και απολαμβάνει την αυτονομία του, καθιστάμενος ικανός να ρυθμίζει ο ίδιος τις υποθέσεις που τον αφορούν, έχοντας τον πλήρη έλεγχο τόσο στο σώμα, όσο και στη διάνοιά του, ενώ του δίνεται η μέγιστη σκοπούμενη γι' αυτόν ωφέλεια να αποκτήσει τον δικό του φυσικό απόγονο.

Με δεδομένο ότι ως αναπτύχθηκε και ανωτέρω, οι άνθρωποι είναι κατά κανόνα ορθολογικά όντα, άρα επιδιώκουν οι ίδιοι το μέγιστο γι' αυτούς συμφέρον, προκειμένου να κριθεί αν είναι έγκυρη μια σύμβαση παρένθετης μητρότητας, απομένει να εξεταστεί η παροχή ελεύθερης συναίνεσης εκ μέρους της παρένθετης μητέρας. Αυτή ακριβώς η γνήσια συναίνεση της κυοφόρου αποτελεί και την ασφαλιστική δικλείδα της αυτονομίας, της αυτοδιάθεσης και της αυτοκτησίας της, διασφαλίζοντας έτσι και την ανθρωπινή αξία. Η τυχόν παρέμβαση στη βούληση και τις επιλογές της εν δυνάμει παρένθετης μητέρας, από την απλή συμβουλή ως τον εξαναγκασμό, εκδηλωθείσα υπό την σκέπη του νομικού ή ηθικού πατερναλισμού, αποτελεί προσβολή του δικαιώματος της ιδιωτικής αυτονομίας.

³⁸ Απόφαση υπ' αριθμ. 387/2019 Πολυμελούς Πρωτοδικείου Πατρών (Εκουσία), Απόφαση υπ' αριθμ. 37/2018 Πολυμελούς Πρωτοδικείου Κω, Απόφαση υπ' αριθμ. 14/2019 Πολυμελούς Πρωτοδικείου Ηρακλείου (Διαθέσιμη σε ΝΟΜΟΣ) .

Μόνο ο περιορισμός της βούλησης της παρένθετης μητέρας να εισέλθει σε μια τέτοια σύμβαση, με γενικούς και αφηρημένους κανόνες αναγκαστικού δικαίου που ισχύουν κι εφαρμόζονται άκριτα και εν τέλει αναποτελεσματικά, αποτελεί περιορισμό στην ιδιωτική αυτονομία της εν δυνάμει παρένθετης μητέρας και όχι οι οιοσδήποτε υποχρεώσεις αναλαμβάνει αυτή ελεύθερα και αυτόβουλα, υπογράφοντας με τη συναίνεσή της την σχετική αμφοτεροβαρή σύμβαση.

20. Επίλογος

Το συμπέρασμα που θα μπορούσε να συναγάγει κανείς μελετώντας τις διατυπωθείσες ανά τους αιώνες θεωρίες σχετικά με την ιδιωτική αυτονομία, τον κρατικό παρεμβατισμό και την αντίληψη κι επιρροή της ηθικής επ' αυτών, είναι το ευμετάβλητο των αντιλήψεων σχετικά με τις θεμελιώδεις αυτές αρχές, ανάλογα με την χρονική περίοδο και την αντίστοιχη πολιτικό-οικονομική κατάσταση της εκάστοτε κοινωνίας.

Ιστορικά, παρατηρείται σταθερά η ανάγκη και η επιθυμία των κοινωνιών για τη μικρότερη δυνατή παρέμβαση του κράτους, την πραγματική διασφάλιση της ελευθερίας των πολιτών να συναλλάσσονται ελεύθερα, χωρίς εξωγενείς, γενικές κι αφηρημένες παρεμβάσεις, ανίκανες να οδηγήσουν στην σκοπούμενη μεγιστοποίηση της ωφέλειας που καθείς επιδιώκει για τον εαυτό του.

Αυτό που σίγουρα παραμένει αμετάβλητο ανά τους αιώνες είναι ότι τα όρια μεταξύ της ιδιωτικής αυτονομίας και του κρατικού παρεμβατισμού είναι πάντοτε ρευστά, όταν πρόκειται ιδίως για ένα ζήτημα το οποίο προκαλεί «ηθική ανασφάλεια» αν δεν ιδωθεί με βλέμμα απαλλαγμένο από στερεοτυπικά κατάλοιπα, πατερναλιστικές και θεοκρατικές θεωρήσεις.

Η ορθή προσέγγιση που αρμόζει να υιοθετήσει κανείς κατά την γνώμη της γράφουσας είναι και αυτή που διατυπώθηκε με την αναφερθείσα ως ιστορική απόφαση

του Ανώτατου Δικαστηρίου των Η.Π.Α. (*Lawrence v. Texas*, 2003). Ότι δηλαδή, υποχρέωσή μας είναι να καθορίσουμε την ελευθερία όλων και όχι να επιβάλουμε τον δικό μας ηθικό κώδικα.

Η αρχή της ιδιωτικής αυτονομίας θα πρέπει να ισχύει ως γενική και καθολική αρχή του δικαίου, σεβόμενη την αρχή της «αυτοκτησίας». Εφόσον ο Νόμος διακρίνει τα άτομα σε δικαιοπρακτικώς ικανά και ανίκανα, απονέμοντας εξουσίες στα πρώτα με βάση την ηλικία και την διάνοιά τους, χωρίς να θέτει έτερους περιορισμούς, θα πρέπει εύλογα να κατοχυρώνει και την αρχή ότι ο άνθρωπος έχει απόλυτη εξουσία στο σώμα του και στη διάνοιά του.

Το κριτήριο του John Stuart Mill θα μπορούσε να αποτελέσει το θεωρητικό υπόβαθρο για την μεταβολή του νομοθετικού καθεστώτος στη χώρα μας σχετικά με τους περιορισμούς στην απόκτηση τέκνων με τον θεσμό της παρένθετης μητρότητας. Εφόσον το άτομο παρέχει ελεύθερα την συναίνεσή του, γνωρίζοντας μόνο το ίδιο, το ύψιστο δυνατό συμφέρον του, αλλά και τα μέσα για την επίτευξή του, εφόσον δεν προκαλείται βλάβη σε κανένα τρίτο πρόσωπο, ποια είναι η αιτιολογική βάση για να περιοριστεί;

Σε κάθε αμφοτεροβαρή σύμβαση, τα μέρη αναλαμβάνουν ορισμένες υποχρεώσεις, αναμένοντας τις επιθυμητές και συμφωνηθείσες παροχές. Για να είναι μια σύμβαση δίκαιη, η παροχή και η αντιπαροχή δέον να είναι ισότιμες. Στην περίπτωση που ο ίδιος ο Νόμος παρεμβαίνει και διαστρεβλώνει την ισοτιμία των συμβαλλόμενων μερών και το ισάξιο των προσφερόμενων παροχών τους, είτε οι συμβαλλόμενοι θα οδηγηθούν στη σύναψη εικονικών και τυπικά «παράνομων» συμβάσεων, είτε το ασθενέστερο μέρος θα παραμείνει απροστάτευτο και με βεβαιότητα μη ωφελούμενο.

Η επιβολή ανώτατου ποσού αποζημίωσης σε μία σύμβαση παρένθετης μητρότητας, είναι μάλλον υποκριτική. Η πρακτική και η εμπειρία ως τώρα, το μόνο που έχουν

αναδείξει, είναι ότι αφενός, οι γυναίκες που επιθυμούν να γίνουν παρένθετες μητέρες, δεν υφίστανται ουδεμία βλάβη εξ αυτού του λόγου, ενώ αφετέρου οι ενδιαφερόμενοι γονείς, επιτυγχάνουν την απόκτηση αυτού ακριβώς που επιθυμούν, ενός απογόνου.

Η ελευθερία της αναπαραγωγής αποτελεί τρόπο αυτοπραγμάτωσης και αυτοκαθορισμού κάθε ατόμου. Η κρατική παρέμβαση οφείλει να προσανατολίζεται μονάχα στο υπέρτερο συμφέρον του μέλλοντος να γεννηθεί τέκνου, και στην προστασία του ασθενέστερου στη σύμβαση μέρους, δηλαδή στην παρένθετη μητέρα.

ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ

1. ΑΠ Ολομέλεια 274/1971 (NoB 19,863)
2. ΑΠ Ολομέλεια 4/1998 (NOMOS)
3. ΑΠ Ολομέλεια 48/87 (NoB 1989.71)
4. ΑΠ Ολομέλεια 33/2022 (NOMOS)
5. ΑΠ 466/2013 (ΤΝΠ ΔΣΑ).
6. ΑΠ 377/74 (NOMOS)
7. ΑΠ 1518/2013 (NOMOS)
8. ΕφΑθ 623/2021 (NOMOS)
9. ΕφΑθ 3357/2010 (NOMOS)
10. ΠΠρΑθ 6779/2000 (NOMOS)
11. ΠΠρΘεσ 10351/2010 (ΤΝΠ ΔΣΑ)
12. ΠΠρΠατρ 387/2019 (NOMOS)
13. ΠΠρΗρ 14/2019 (NOMOS)
14. ΠΠρΚω 37/2018 (NOMOS)
15. ΜΠΚορ 224/06 (ΤΝΠ ΔΣΑ)
16. ΜΠΚαβ 70/2021 (NOMOS)
17. Ανδρουλιδάκης, Κώστας. 2010. «Καντιανή Ηθική. Θεμελιώδη ζητήματα και προοπτικές». Αθήνα, Ιδεόγραμμα.
18. Βανδώρος, Σωτήρης. 2015. «Εισαγωγή στις Πολιτικές Ιδεολογίες», Αθήνα, ΣΕΑΒ.
19. Βανδώρος, Σωτήρης. 2009. «Βουβή κυριαρχία. Η αμφίσημη θέση του λαού στο "Κοινωνικό Συμβόλαιο" του Rousseau», Ελληνική Επιθεώρηση Πολιτικής Επιστήμης.

20. Γέμτος, Α. Πέτρος. 2001. «*Οικονομία και Δίκαιο*», Αθήνα, Εκδόσεις Αντ. Σάκκουλας.
21. Γεωργιάδης, Σ. Απόστολος. 2000. «*Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό μέρος*», Αθήνα.
22. Γεωργιάδης, Σ. Απόστολος. 2012. «*Γενικές αρχές αστικού δικαίου*» 4η Έκδοση, Μέρος 4ο, Η σύναψη σύμβασης κατά τον Αστικό Κώδικα, Έκδοση Δίκαιο & Οικονομία, Π.Ν.Σάκκουλας,
23. Γεωργιάδης, Σ. Απόστολος, 2014. «*Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου*» Αθήνα.
24. Γεωργιάδης, Σ. Απόστολος. 2014. «*Οικογενειακό Δίκαιο*» Αθήνα, Εκδόσεις Σάκκουλα.
25. Γιανναράς, Αναστάσιος. 1979. «*Κριτική του καθαρού λόγου Μετάφραση- ΙΜ. Κάντ*», Εκδόσεις Παπαζήση.
26. Δαγτόγλου, Πρόδρομος. 2012. «*Συνταγματικό δίκαιο - Ατομικά Δικαιώματα*» Αθήνα – Θεσσαλονίκη, Εκδόσεις Σάκκουλα, 4η έκδοση.
27. Δραγώνα - Μονάχου, Μυρτώ. 1995. «*Σύγχρονη ηθική φιλοσοφία: Ο αγγλόφωνος στοχασμός*». Αθήνα, Ελληνικά Γράμματα.
28. Καβουλάκος, Κωνσταντίνος. 2006. «*Ιμμάνουελ Καντ: Πρακτικός Λόγος και Νεωτερικότητα*» Αθήνα, Εκδόσεις Αλεξάνδρεια.
29. Κουνουγέρη - Μανωλεδάκη, Ευτυχία. 2005 «*Τεχνητή Γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο*», Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα.
30. Κουνουγέρη - Μανωλεδάκη, Ευτυχία. 2016. «*Οικογενειακό Δίκαιο, τ. II*».
31. Μαργαρίτης, Μιχάηλ & Μαργαρίτη, Άντα. 2016. «*Επίτομη Ερμηνεία Αστικού Κώδικα και ΕισΝΑΚ*», Εκδόσεις Σάκκουλα.
32. Παντελής, Μ. Αντώνης. 2007. «*Εγχειρίδιο Συνταγματικού Δικαίου - Βασικές έννοιες, συνταγματική ιστορία, οργάνωση του κράτους*» 2η Έκδοση, Εκδοτικός Οίκος Α. Α. Λιβάνη.

33. Παπαχρίστου, Κ. Θανάσης. 2005. «*Εγχειρίδιο Οικογενειακού Δικαίου*», Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλας.
34. Πελεgrίνης, Ν. Θεοδόσιος. 1997. «*Ηθική Φιλοσοφία*» Αθήνα, Ελληνικά Γράμματα.
35. Σταθόπουλος, Μιχαήλ. 2014. «*Επιτομή Γενικού Ενοχικού Δικαίου*», Αθήνα – Θεσσαλονίκη, Εκδόσεις Σάκκουλα.
36. Χατζής, Αριστείδης. 2018. «*Τα Όρια της Ελευθερίας: Ηθικές Εξωτερικότητες, το Παράδοξο του Sen και η Προσωπική Αυτονομία*», Νεύσις.
37. Χατζής, Αριστείδης. 2017. «*Φιλελευθερισμός*» Μικρές Εισαγωγές, 2η έκδοση, Εκδόσεις Παπαδόπουλος.
38. Χατζής, Ν. Αριστείδης, 2003. «*Η Οικονομική ανάλυση του δικαίου των συμβάσεων*», Digesta.
39. B.A. Van den Akker, Olga. 2006. “*Psychosocial aspects of surrogate motherhood*” Human Reproduction Update, Life & Health Sciences, Aston University, Birmingham, UK.
40. Bentham, Jeremy. 1780. “*Introduction to the principle of Morals and Legislation*”, Printed for T. Payne and Son, at the Mews Gate, London.
41. Bix, H. Brian, 2010. “The Ethics of consent – Theory and Practice, Edited by Franklin G. Miller and Alan Wertheimer” *Oxford University Press*, (2010: 251-255)
42. Brink, O. David, 2007. “Mill’s Liberal Principles And Freedom Of Expression” *Legal Studies Research Paper Series*, Research Paper No. 07-99, (2007: 3).
43. Brinsden, R. Peter. 2003. “*Human Reproduction Update, Gestational surrogacy*”.

44. Camerer, Colin - Issacharoff, Samuel - Loewenstein, George - O'donoghue, Ted – Rabin, Matthew. 2003. "Regulation For Conservatives: Behavioral Economics and The Case For Asymmetric Paternalism". *University Of Pennsylvania Law Review* (2003:1212-1215).
45. Chliaoutakis, Joannes – Koukouli, Sophia – Papadaki, Maria. 2002. "Using Attitudinal Indicators to Explain the Public's Intention to Have Recourse to Gamete Donation and Surrogacy", *Human Reproduction*.
46. Dworkin, Gerald, "Paternalism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2020 Edition), Edward N. Zalta (ed.).
<https://plato.stanford.edu/entries/paternalism/>
47. Galloux, Jean-Christophe. 1999. "L'utilisation des matériels biologiques humains; vers un droit de destination" *D. Chronique*.
48. Godwin Angie, McEwen. 1999. "So you're having another woman's baby: Economics and Exploitation in Gestational Surrogacy", *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (1999:271-304)
49. Hatzis, N. Aristides. 2009. "From soft to hard paternalism and back: the regulation of surrogate motherhood in Greece".
50. Hatzis, N. Aristides & Foka-Kavaliaraki, Yulie. 2011. "Rational After All: Toward an Improved Model of Rationality in Economics".
51. Hermalin, E. Benjamin. - Katz, W. Avery. - Craswell, Richard. 2006. "Forthcoming in *The Handbook of Law & Economics*, Chapter on the Law & Economics of Contracts.
52. Juenger, K. Friedrich. 1982. "American and European Conflicts Law", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 30, (1982: 120-130)

53. Krawiec D. Kimberly. 2002. "Markets, repugnance, and externalities" *Research Article, School of Law, University of Virginia, Charlottesville, VA, USA*, (2002: 2-7).
54. Mill, John Stuart. 1859. "*On Liberty*", John W. Parker and Son, West Strand, London.
55. Paterson, Craig. 2005. "*A History of Ideas Concerning the Morality of Suicide, Assisted Suicide, and Voluntary Euthanasia*" Independent Scholar; Complutense - Faculty of Information Sciences, (2005: 64-68).
56. Posner, A. Richard. 1998. "*Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*", 50 STAN. L. REV. 1551.
57. Reimann, Mathias. 1995. "*Conflict of Laws in Western Europe – A guide through the jungle*".
58. Ritchie G. David, 1891. "*Contributions to the History of the Social Contract Theory*", Political Science Quarterly - Published by The Academy of Political Science, Vol. 6, No. 4.
59. Ruiz-Robledillo, Nicolás & Moya-Albiol, Luis. 2016. "Gestational surrogacy: Psychosocial aspects". *Department of Psychobiology, Faculty of Psychology, University of Valencia, Spain*, Psychosocial Intervention 25 (2016: 187-193)
60. Schneewind, J. 1998. "The Invention of Autonomy" *Cambridge University Press*, (1998: 151).
61. Saravanan, Sheela. 2013. "An ethnomethodological approach to examine exploitation in the context of capacity, trust and experience of commercial surrogacy in India", *A publication (journal article) of the University of Göttingen*, (2013: 3).

62. Snyder, H. Glenn. 1960. "Deterrence and Power", *Journal of Conflict Resolution*, (1960: 174-193).
63. Waldron, Jeremy. 2008. "Jean-Jacques Rousseau, The Social Contract" 81-2 (Maurice Cranston trans., 1968). *New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper No. 08-35*. (2008: 53)