

# Η διαιτητική επίλυση διαφορών του Δημοσίου ή των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου\*

του Κωνσταντίνου Θ. Γιαννακόπουλου

Αν. Καθηγητή Νομικής Σχολής Πανεπιστημίου Αθηνών,  
Επισκέπτη Καθηγητή στο Πανεπιστήμιο Jean Moulin – Lyon 3,  
τ. Εισηγητή στο Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων

## Εισαγωγή

Οι μετεξελίξεις της δράσης της Δημόσιας Διοίκησης και, ιδίως, η κατά καιρούς υιοθέτηση μεθόδων δράσης που ακολουθούν οι ιδιώτες οδήγησαν πολλές φορές σε κρίση ταυτότητας το δίκαιο που εφαρμόζεται στα δημόσια νομικά πρόσωπα. Μια αντίληψη περί της αδήριτης τάχα ανάγκης ιδιωτικοποίησης του νομικού καθεστώτος της Δημόσιας Διοίκησης αμφισβήτησε επανειλημμένα όχι μόνο την ιδιαιτερότητα, αλλά και την αποτελεσματικότητα των κανόνων και των αρχών του δημοσίου δικαίου. Κάθε φορά, όμως, έστω και μετά από πολλά χρόνια, γινόταν ευρέως αντιληπτό ότι το Δημόσιο και τα νομικά πρόσωπα που ιδρύονται, όχι βάσει της ελευθερίας της βούλησης, αλλά από τον ίδιο τον νομοθέτη με χρήση δημοσίου χρήματος, δεν μπορούν να διέπονται ακριβώς από τους ίδιους ουσιαστικούς και δικονομικούς κανόνες που διέπουν τη δράση των ιδιωτών ή των νομικών προσώπων που ιδρύονται βάσει της ελευθερίας της βούλησης των τελευταίων. Η δε ανάγκη εφαρμογής ιδιαίτερων κανόνων και αρχών ουδόλως εμποδίζει τον εκσυγχρονισμό της Δημόσιας Διοίκησης<sup>1</sup>.

Συναφώς, όταν, πριν από δύο περίπου αιώνες, διευρύνθηκε η συμβατική δραστηριότητα της Δημόσιας Διοίκησης, οι περισσότεροι μιλούσαν για μια αναπόφευκτη ιδιωτικοποίηση της διοικητικής δράσης, αρνούμενοι ή αμφισβητώντας τη δογματική συγκρότηση της έννοιας της «διοικητικής σύμβασης» και θεωρώντας ότι το συμβατικό φαινόμενο αποτελεί θεσμό

αποκλειστικά του ιδιωτικού δικαίου<sup>2</sup>. Ωστόσο, τις τελευταίες δεκαετίες, το ίδιο το δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης κατέστησε σε όλους φανερό ότι το Δημόσιο και όλα τα δημόσια νομικά πρόσωπα (νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου και νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου) που συνάπτουν σημαντικής αξίας συμβάσεις έργων, υπηρεσιών ή προμηθειών δεν είναι φορείς συμβατικής ελευθερίας, αλλά συμβατικής αρμοδιότητας, κατά κανόνα διακριτικής ευχέρειας, η οποία πλαισιώνεται από αυστηρούς κανόνες που διασφαλίζουν τη διαφάνεια και την ίση μεταχείριση των διαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων<sup>3</sup>. Την ίδια στιγμή, ο Έλληνας νομοθέτης υπερέβη το οργανικό κριτήριο και ενεργοποίησε, για πρώτη φορά στο πλαίσιο της ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, τη ρήτρα ενιαίας δικαιοδοσίας του άρθρου 94 παρ. 3 του Συντάγματος μεταφέροντας, με τον ν. 3886/2010, τις σχετικές ιδιωτικές διαφορές στα διοικητικά δικαστήρια. Στα μάτια του και στα μάτια των διεθνών δανειστών της Χώρας, που τον πίεσαν προς την κατεύθυνση αυτή στο πλαίσιο του Μνημονίου Ι, είχε καταστεί φανερό ότι τα πολιτικά δικαστήρια, στα οποία είχε ανατεθεί, λόγω του οργανικού κριτηρίου, ο έλεγχος πράξεων των αναθετουσών αρχών που είναι νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου, δεν ήταν ικανά να διασφαλίσουν αποτελεσματικά τη νομιμότητα και τη διαφάνεια<sup>4</sup>. Νεότερη δε ενεργοποίηση του άρθρου 94 παρ. 3 του Συντάγματος, στον ίδιο τομέα, επήλθε πολύ πρόσφατα με τα άρθρα 21 και 22 του ν. 4491/2017, τα οποία τρο-

(\*) Το κείμενο αποτυπώνει την εισήγηση του γράφοντος στην Επιστημονική Ημερίδα της Εταιρείας Μελέτης Εμπορικού και Οικονομικού Δικαίου (ΕΜΕΟΔ), η οποία έλαβε χώρα την Παρασκευή, 3 Νοεμβρίου 2017, στην αίθουσα γενικών συνελεύσεων της Τράπεζας της Ελλάδος και είχε ως θέμα «Η διαιτησία στις σύγχρονες εμπορικές συναλλαγές».

(1) Βλ. Κ. Γιαννακόπουλου, Η θεσμική θεώρηση της αρμοδιότητας των διοικητικών οργάνων, ΤοΣ 6/2003, σ. 1011 επ..

(2) Βλ. Κ. Γιαννακόπουλου, Η προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού κατά την εκτέλεση των διοικητικών συμβάσεων, εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα - Κομοτηνή 2006, σ. 3 επ..

(3) Βλ. C. Yannakopoulos, L'apport de la protection de la libre concurrence à la théorie du contrat administratif, RDP 2/2008, σ. 421 επ..

(4) Βλ. Κ. Γιαννακόπουλου, Η νέα διανομία των δημοσίων συμβάσεων: ακόμη μια χαμένη ευκαιρία, ΕφημΔΔ 5/2010, σ. 595 επ., ιδίως σ. 602 επ..

ποποίησαν τα άρθρα 174 και 175 του ν. 4412/2016 και σύμφωνα με τα οποία κάθε διαφορά μεταξύ των συμβαλλόμενων μερών που προκύπτει από συμβάσεις δημοσίων έργων ή δημόσιες συμβάσεις μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, ανεξάρτητα από τον χαρακτήρα της σύμβασης ως διοικητικής ή ως ιδιωτικού δικαίου, επιλύεται από τα διοικητικά δικαστήρια<sup>5</sup>. Κοντολογίς, αντίθετα προς τις αρχικές εντυπώσεις, στον κρίσιμο τομέα της συμβατικής δράσης της Δημόσιας Διοίκησης αποδείχθηκε, σταδιακά, ότι οι κανόνες και οι αρχές που διέπουν τη δράση αυτή έχουν, στην ουσία τους, ιδιαίτερο δημόσιο χαρακτήρα, για δε τον αποτελεσματικό δικαστικό έλεγχο της εφαρμογής τους, ιδίως στη χώρα μας, αρμόζουν καλύτερα οι δομές και οι αρχές της διοικητικής δικαιοσύνης.

Σε παρόμοιο σχήμα διαλεκτικής εξέλιξης μπορεί κανείς να εντάξει και τον θεσμό της διαιτητικής επίλυσης διαφορών του Δημοσίου ή νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου. Η υπαγωγή στη διαιτησία αποτελεί μια σύγχρονη, συνεχώς διευρυνόμενη πρόκληση των δημοσίων νομικών προσώπων τόσο σε εθνικό όσο και σε διεθνές επίπεδο<sup>6</sup>. Ενδεικτικά αξίζει να ανα-

φερθεί ότι, σύμφωνα με τα στατιστικά του Διεθνούς Εμπορικού Επιμελητηρίου (ICC), το 2015, το 22% των υποθέσεων του αφορούσε κρατικούς φορείς<sup>7</sup>. Η διαιτητική επίλυση διαφορών είναι στενά συνδεδεμένη με την αποτελεσματικότητα της διοικητικής δράσης, όχι μόνο διότι πρόκειται για μια ταχύτερη διαδικασία παροχής δικαστικής προστασίας, κατά κανόνα από πρόσωπα ιδιαίτερης κατάρτισης<sup>8</sup>, αλλά και διότι παγιώνεται στις εσωτερικές και, ιδίως, στις διεθνείς συναλλαγές, με αποτέλεσμα τυχόν αποκλεισμός της να αποτρέπει την προσέλκυση επενδύσεων<sup>9</sup>. Ωστόσο, πόσο συμβαδίζει με την εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος και της χρηστής διαχείρισης του δημοσίου χρήματος ένα σύστημα ιδιωτικής, *ad hoc* δίκης,

(5) Βλ. και την αιτιολογική έκθεση της υπ' αριθ. 1275/112/9.10.2017 τροπολογίας επί του σχεδίου νόμου του Υπουργείου Δικαιοσύνης, Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων «Νομική αναγνώριση της ταυτότητας φύλου - Εθνικός Μηχανισμός Εκπόνησης, Παρακολούθησης και Αξιολόγησης των Σχεδίων Δράσης για τα Δικαιώματα του Παιδιού».

(6) Βλ., ενδεικτικά, Α. Αντωνίου, Διαιτητική επίλυση διαφορών από δημόσιες συμβάσεις και δημόσιο συμφέρον, σε: Περιβάλλον - Δημόσιες Συμβάσεις, Νεώτερες εξελίξεις και προβληματισμοί, Συνέδριο της Ένωσης Μελών του ΝΣΚ και της ΕΑΑΔΗΣΥ, Ναύπλιο, 10 - 12 Οκτωβρίου 2014, Νομική Βιβλιοθήκη, 2016, σ. 544 επ., Π.Δ. Δαγτόγλου, Η συνταγματικότητα της συμφωνίας περί διαιτησίας, ΔιΔικ 1992, σ. 1 επ., του ιδίου, Η συνταγματικότητα της διαιτητικής επίλυσης διοικητικών διαφορών, ΕλλΔνη 1992, σ. 481 επ., Αντ. Δημιολίτσα, Τα πλεονεκτήματα της διεθνούς εμπορικής διαιτησίας, ΝοΒ 1981, σ. 230 επ., της ίδιας, Διαιτητικές συμφωνίες και ξένες επενδύσεις - το Ελληνικό Δημόσιο μεταξύ συμβατικής δέσμευσης και εξουσιαστικής επέμβασης, ΝοΒ 1988, σ. 1381 επ., Ι. Κ. Δρυλλεράκη, Επίλυση διοικητικών διαφορών με διαιτησία, ΔιΔικ 1991, σ. 1054 επ., Ι. Θωμά, Το κράτος στη διεθνή συναλλαγή, σε: Χ. Παμπούκη (επιμ.), Δίκαιο διεθνών συναλλαγών, Νομική Βιβλιοθήκη, 2009, σ. 192 επ., Ελ. Καλύβα, Ζητήματα από τις διαιτητικές αποφάσεις του ν.δ. 2687/1953 «περί επενδύσεων και προστασίας κεφαλαίων εξωτερικού», ΝοΒ 1987, σ. 9 επ., Β. Καράκωστα, Διαιτησία και διοικητικές ιδίως φορολογικές διαφορές - έννοιες ασύμπτωτες, ΔΦΝ 1994, σ. 1539 επ., Π. Καργάδου, Περί του τρόπου άρσεως της «αρνητικής συγχρούσεως» μεταξύ φορολογικών και διαιτητικών δικαστηρίων - Μία (ακόμη) περίπτωση αναλόγου εφαρμογής διατάξεων της πολιτικής δικονομίας επί της διοικητικής δικαιοδοσίας, Δ 1977, σ. 416 επ., του ιδίου, Είναι δυνατή η διαιτητική επίλυση των φορολογικών διαφορών; Μία (προ-)εισαγωγή στον προβληματισμό Ή: μερικά (μόνον) από τα ουσιαστικά επιχειρήματα υπέρ ή κατά, Δ 1994, σ. 581 επ., Γ. Καρύπαλη - Τοίπτσιου, Προβλήματα διεθνούς διαιτησίας, Αρμ 1979, σ. 634 επ., Κ.Δ. Κεραμέως, Νομοθετική κατάργησης συμφωνίας περί δι-

αιτησίας - ζητήματα εκ του Νόμου 141/1975, Γνωμοδότηση, Αρμ 1977, σ. 169 επ., του ιδίου, Νομοθετική απαγόρευση οποιασδήποτε προσφυγής και αγωγή ακυρώσεως διαιτητικής απόφασης, Γνωμοδότηση, ΕλλΔνη 1989, σ. 261 επ., Σ.Ν. Κουσούλη, Συνταγματικές διαστάσεις της διαιτησίας, ΝοΒ 1994, σ. 753 επ., του ιδίου, Δίκαιο της διαιτησίας, εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα - Θεσσαλονίκη, 2006, Σπ. Λέκκα, Παρατηρήσεις επί της διαιτησίας της νομοθεσίας περί επενδύσεων και προστασίας κεφαλαίων εκ της αλλοδαπής (εξ αφορμής της Α.Π. 625/1966), ΕΕμπΔ 1971, σ. 185 επ., Γ. Μητσόπουλου, Ακυρότητα της διαιτητικής ρήτηρας αν έχει λυθεί ή έχει κηρυχθεί λυμένη η σύμβαση με το Δημόσιο, από την οποία προήλθε η διαφορά. Ζητήματα σχετικά με τη θεωρία της αυτοτέλειας της συμφωνίας διαιτησίας. Απόκρουση ενστάσεως για αντιφατική του ενισταμένου διαγωγή. Το άρθρο 116 ΚΠολΔ και η αρχή του *venire contra factum proprium*, Γνωμοδότηση, Δ 1980, σ. 210 επ., Κ. Μπέη/Κ. Φ. Καλαβρού, Ακύρωση διαιτητικής απόφασης σε περίπτωση συμβατικού και νομοθετικού αποκλεισμού του σχετικού διαπλαστικού δικαιώματος, Γνωμοδότηση, Δ 1987, σ. 148 επ., Χ. Π. Παμπούκη, Παρατηρήσεις στην ΟΛΑΠ 8/1996, ΕπισκεΔ 1997, σ. 95 επ., Κ. Ρήγα, Διαιτητική επίλυση διοικητικών διαφορών, ΝοΒ 2011, σ. 110 επ., Αν. Τάχου, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. Σάκκουλα, Θεσσαλονίκη 1993, σ. 443 επ., Ι. Φιλιώτη, Η συνολολόγηση συμφωνίας διαιτησίας από το Ελληνικό Δημόσιο, ΝΠΔΔ και λοιπές κρατικές οντότητες, ΕΠολΔ 2016, σ. 512 επ., Θ. Φορτσάκη, Διαιτησία και διοικητικές διαφορές, Δίκαιο & Οικονομία, εκδ. Π. Ν. Σάκκουλα, 1998, Άγγ. Φουστούκου, Διαιτησία διοικητικών και ιδιαίτερα φορολογικών διαφορών, Δ 1994, σ. 590 επ., του ιδίου, Διεθνής διαιτησία και αλλοδαπή διαιτητική απόφαση, ΝοΒ 1992, σ. 253 επ., Ν. Χατζητζανή, Η περιπέτεια της διαιτητικής ρήτηρας εις τους αναπτυξιακούς νόμους, ΔΦΝ 1991, σ. 1791 επ. Βλ., επίσης ενδεικτικά, και Ch. Jarrosson, L'arbitrage en droit public, AJDA 1997, σ. 16 επ., Α. Patrikios, L'arbitrage en matière administrative, LGDJ, 1998, D. Renders/P. Delvolvé/T. Tanquere (επιμ.), L'arbitrage en droit public, Bruylant, LGDJ, 2010, M. Chambon, L'arbitrage international en Droit Administratif, où l'impossible conciliation de deux phénomènes antagonistes, Civitas Europa, vol. 31, no. 2, 2013, σ. 261 επ., E. McGregor, L'arbitrage en droit public suisse. Une comparaison avec la France, les Etats-Unis et l'arbitrage d'investissement, Collection Genevoise, Schulthess, 2015.

(7) Βλ. <<http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Introduction-to-ICC-Arbitration/Statistics>>.

(8) Βλ. Ι.Κ. Δρυλλεράκη, ό.π., σ. 1057.

(9) Βλ. Αντ. Δημιολίτσα, ΝοΒ 1981, σ. 230 επ., Ελ. Καλύβα, ό.π., σ. 12 επ., Κ. Ρήγα, ό.π., σ. 1190 επ., Θ. Φορτσάκη, ό.π., σ. 29 επ., Βλ. και L'arbitrage en droit public: Rapport Daniel Labetoulle, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, 26.4.2007, n° 1.

στην οποία δίνεται έμφαση στην εμπορική διάσταση της διαφοράς και στην οποία η ελευθερία της βούλησης των μερών καθορίζει τη σύνθεση του διαιτητικού οργάνου, αλλά και, σε σημαντική έκταση, τους κανόνες που διέπουν τη διεξαγωγή της διαιτησίας;<sup>10</sup> Ποια περιθώρια εφαρμογής του παραπάνω συστήματος αφήνει ανοικτά το συνταγματικό πλαίσιο επίλυσης των διαφορών που γεννώνται από τη δράση των δημοσίων νομικών προσώπων; Μήπως η δικονομική ευελιξία του ιδιωτικοδικαιϊκής αντίληψης θεσμού της εμπορικής διαιτησίας, με την οποία επιλύονται διαφορές μεταξύ ιδιωτών, διευρύνει υπέρμετρα τα περιθώρια αδιαφανούς ευελιξίας των δημοσίων νομικών προσώπων, με αποτέλεσμα την αναπαραγωγή φαινομένων διαφθοράς;

Σκοπός της παρούσας εισήγησης είναι να δείξει ότι, ιδίως στο ελληνικό δίκαιο, ο θεσμός της διαιτητικής επίλυσης διαφορών του Δημοσίου ή των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου μπορεί να συμβάλει σημαντικά στη διασφάλιση τόσο της νομιμότητας όσο και της αποτελεσματικότητας της δράσης της Δημόσιας Διοίκησης, υπό την προϋπόθεση ότι θα πλαισιωθεί από τις απαιτούμενες δικαιοκρατικές εγγυήσεις. Προς τούτο, φαίνεται μάλλον απαραίτητη η διαμόρφωση ενός ιδιαίτερου συστήματος διαιτησίας για την επίλυση διαφορών του Δημοσίου ή των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου.

Η σχετική επιχειρηματολογία θα αρθρωθεί γύρω από τις δύο συνισταμένες της διαλεκτικής συγκρότησης του θεσμού της διαιτητικής επίλυσης των διαφορών του Δημοσίου και των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου, ως θεσμού που προάγει το Κράτος Δικαίου και την αποτελεσματικότητα της διοικητικής δράσης: αφενός, θα αναλυθεί η ανάγκη προσαρμογής του Δημοσίου και των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου στις ιδιαιτερότητες της διαιτησίας (I)· αφετέρου, θα διερευνηθεί η ανάγκη προσαρμογής της διαιτησίας στις ιδιαιτερότητες του Δημοσίου και των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου (II).

## I. Η ανάγκη προσαρμογής του Δημοσίου και των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου στις ιδιαιτερότητες της διαιτησίας

Το Δημόσιο και τα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου οφείλουν να αποδεχτούν τη διαιτησία και να

(10) Βλ., σχετικά, και S. Brekoulakis/M. Devaney, Public-Private Arbitration and the Public Interest under English Law, (2017) 80(1) MLR 22-56.

προσαρμοστούν στις ιδιαιτερότητές της, ως μιας αυτεπικούσας μορφής επίλυσης διαφορών, δεδομένου ότι, μετά τη νομολογιακή αναγνώριση και την οριοθέτηση του σχετικού πλαισίου (Α), η υπαγωγή των προσώπων αυτών στη διαιτησία διαρκώς διευρύνεται (Β).

### A. Η δυνατότητα υπαγωγής στη διαιτησία

Στη νομολογία, γίνεται πλέον δεκτό ότι, στη διαιτησία, δύνανται να υπαχθούν τόσο οι ιδιωτικές, όσο και οι ουσιαστικές διοικητικές διαφορές του Δημοσίου ή των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου. Εντούτοις, η συνταγματική αρχή της νομιμότητας, η οποία ισχύει και για τη σύναψη συμβάσεων ιδιωτικού δικαίου εκ μέρους των φορέων αυτών<sup>11</sup>, επιβάλλει, σε κάθε περίπτωση, η παραπάνω δυνατότητα να προβλέπεται από τον νόμο.

Ειδικότερα, ως προς τις ιδιωτικές διαφορές του Δημοσίου γίνεται γενικά δεκτό ότι, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 867 επ. και 361 ΑΚ, οι διαφορές αυτές μπορούν να υπαχθούν στη διαιτησία με συμφωνία, αν και δεν είναι πάντοτε προφανές ότι το Δημόσιο έχει όντως την εξουσία να διαθέσει ελεύθερα το αντικείμενο όλων αυτών των διαφορών<sup>12</sup>. Η υπαγωγή γίνεται με τους όρους του άρθρου 49 ΕισΝΚΠολΔ, εκτός αν πρόκειται για διεθνή διαιτησία, η οποία εντοπίζεται και διέπεται από τις διατάξεις του ν. 2735/1999<sup>13</sup>.

Ως προς τις ιδιωτικές διαφορές των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου, η υπαγωγή στη διαιτησία και οι τυχόν όροι και οι διατυπώσεις για την έγκυρη κατάρτιση της σχετικής συμφωνίας διέπονται από τον οργανισμό τους ή τη νομοθεσία που τα διέπει<sup>14</sup> ή από τον ν. 2735/1999, όταν πρόκειται για διεθνή διαιτησία.

Ως προς τις διοικητικές διαφορές του Δημοσίου ή των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου, μετά την απόφαση ΑΕΔ 24/1993 γίνεται δεκτό ότι το Σύνταγμα και, ιδίως, το άρθρο 94 αυτού δεν απαγορεύουν στη Διοίκηση ή στα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου να υπαγάγουν, με συμφωνία τους, σε διαιτησία, διοικητι-

(11) Βλ. ΣτΕ 1208/2011 και 3930/2015. Βλ. και Θ. Φορτσάκη, ό.π., σ. 164 επ.

(12) Ως προς το ζήτημα της εξουσίας διάθεσης του αντικειμένου της διαφοράς, βλ. Π. Καργάδου, Δ 1994, σ. 583 επ., Β. Καράωστα, ό.π., σ. 1541 επ., Θ. Φορτσάκη, ό.π., σ. 96 επ. Γενικά, ως προς την υπαγωγή στη διαιτησία των ιδιωτικών διαφορών του Δημοσίου, βλ. Αν. Τάχου, ό.π., σ. 445, Ι. Φιλιώτη, ό.π., σ. 512.

(13) Για τη σύναψη συμφωνίας διαιτησίας επί διεθνών συναλλαγών, βλ. Ι. Θωμά, ό.π., σ. 192 επ., Γ. Καρύμπαλη-Τσίπτσιου, ό.π., σ. 634 επ., Χ. Π. Παμπούκη, ό.π., σ. 95 επ..

(14) Βλ. Ι. Φιλιώτη, ό.π., σ. 514.

κές διαφορές ουσίας, όπως φορολογικές διαφορές ή διαφορές από διοικητικές συμβάσεις. Ωστόσο, η δυνατότητα και οι διατυπώσεις αυτής της υπαγωγής πρέπει να προβλέπονται ειδικά στον νόμο. Πάντως, η δικαιοδοσία του διαιτητικού δικαστηρίου δεν περιλαμβάνει και εξουσία ακύρωσης της σχετικής διοικητικής πράξης. Η εξουσία αυτή επιφυλάσσεται από το Σύνταγμα μόνον υπέρ των διοικητικών δικαστηρίων<sup>15</sup>.

Στις παραπάνω περιπτώσεις, η διαιτησία μπορεί να αποτελεί αυτοτελή μορφή επίλυσης των σχετικών διαφορών που δεσμεύει τα κρατικά δικαστήρια. Συναφώς, όταν η ρήτρα διαιτησίας ορίζει ότι το διαιτητικό δικαστήριο καθίσταται αποκλειστικώς αρμόδιο να επιλύει διαφορές που ανακύπτουν μεταξύ των συμβαλλομένων, τότε το διοικητικό δικαστήριο δεν έχει δικαιοδοσία να κρίνει επί ζητήματος που κρίθηκε από το διαιτητικό δικαστήριο<sup>16</sup>. Όταν δε, κατά την εκδίκαση διοικητικής διαφοράς ενώπιον διοικητικού δικαστηρίου, προσάγεται απόφαση του διαιτητικού δικαστηρίου, με την οποία επιλύεται, μεταξύ των ίδιων διαδίκων, ζήτημα που τίθεται και ενώπιον του διοικητικού δικαστηρίου ή άλλο ζήτημα, από την επίλυση του οποίου εξαρτάται η επίλυση εκείνου που τίθεται ενώπιον του διοικητικού δικαστηρίου, το τελευταίο έχει την εξουσία να ελέγξει αν το ζήτημα που επιλύθηκε υπαγόταν στη δικαιοδοσία του διαιτητικού δικαστηρίου. Περαιτέρω, δικαιούται (και υποχρεούται) να αγνοήσει την προσαγόμενη διαιτητική απόφαση, αν διαπιστώσει υπέρβαση των ορίων της δικαιοδοσίας του διαιτητικού δικαστηρίου. Αν, όμως, δεχθεί ότι η προσαγόμενη απόφαση εκδόθηκε μέσα στα όρια της δικαιοδοσίας του διαιτητικού δικαστηρίου, δεν μπορεί να ελέγξει την ορθότητα της λύσης που δόθηκε από αυτό ως προς την ερμηνεία της σύμβασης και την έκταση των εξ αυτής δικαιωμάτων και υποχρεώσεων, αλλά οφείλει να ακολουθήσει τη δοθείσα λύση και να στηρίξει σ' αυτήν την περαιτέρω κρίση του περί των ζητημάτων που υπάγονται στη δικαιοδοσία του<sup>17</sup>.

Εξάλλου, έχει γίνει δεκτό ότι η μη πήρηση της διαιτητικής διαδικασίας μπορεί να επηρεάσει τη νομιμότητα μιας διοικητικής πράξης, υπό την έννοια ότι η τελευ-

ταία είναι παράνομη, εάν εκδόθηκε κατά παράκαμψη υποχρεωτικής διαιτησίας μέσω της οποίας και μόνο το Δημόσιο μπορούσε να διαγνώσει τις προϋποθέσεις έκδοσής της<sup>18</sup>.

## B. Η διεύρυνση της υπαγωγής στη διαιτησία

Τη νομολογιακή αναγνώριση της δυνατότητας υπαγωγής στη διαιτησία των διαφορών του Δημοσίου ή των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου ακολούθησε μια διαρκής διεύρυνση των περιπτώσεων αυτής της υπαγωγής.

Πέραν της διαιτητικής επίλυσης τέτοιων διαφορών που προβλέπονται σε πολυάριθμες διεθνείς συμβάσεις<sup>19</sup>, στο εθνικό δίκαιο, υποχρεωτική (αλλά όχι αναγκαστική) υπαγωγή στη διαιτησία έχουν προβλέψει, μεταξύ άλλων<sup>20</sup>, η αυξημένης τυπικής ισχύος νομοθεσία για την προστασία κεφαλαίων εξωτερικού<sup>21</sup>, κυρωτικοί νόμοι συμβάσεων παραχώρησης δημοσίων έργων<sup>22</sup>, η νομοθεσία για την εκμετάλλευση υδρογονανθράκων<sup>23</sup> και η νομοθεσία για τις Συμπράξεις Δημοσίου και Ιδιωτικού Τομέα<sup>24</sup>.

Δυνητική υπαγωγή στη διαιτησία προβλέπεται, μεταξύ άλλων, στις φορολογικές διαφορές<sup>25</sup>, στη νομοθεσία για τις ηλεκτρονικές επικοινωνίες<sup>26</sup>, στις συμβάσεις δημοσίων έργων<sup>27</sup> και στις συμβάσεις παραχώρησης<sup>28</sup>.

Εν όψει των παραπάνω νομοθεσιών, το Δημόσιο και τα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου πρέπει να προσαρμοστούν στις ιδιαιτερότητες της επίλυσης των διαφορών τους μέσω διαιτησίας, έτσι ώστε να υπερασπίζονται αποτελεσματικά το δημόσιο συμφέρον.

Μεταξύ δε πολλών άλλων ζητημάτων που πρέπει να αντιμετωπιστούν, θα μπορούσε, ενδεικτικά, να αναφερθεί το ενδεχόμενο θέσπισης ειδικού σώ-

(15) Βλ., μεταξύ άλλων, και ΔΕφΑθ 2999/2017, ΣτΕ 4248/2015, 3259/2015. Βλ. επίσης, Π.Δ. Λαγτόγλου, ΕλλΔνη 1992, σ. 481 επ., Π. Καργάδου, Δ 1977, σ. 424 επ., Κ. Ρήγα, ό.π., σ. 1194 επ., Θ. Φορτσάκη, ό.π., σ. 160 επ..  
(16) Βλ. ΣτΕ 3259/2015, 3363/2013, 752/2008, 2576/1997. Βλ. και, ως προς την αρχή της μη διάσπασης της διαφοράς, Γ. Μητσόπουλου, ό.π., σ. 219.  
(17) Βλ. ΣτΕ 4248/2015, 587/2015, 752/2008, 1197/2005, 1472, 3636/1994. Βλ. και ΔΕφΑθ 2999/2017, 3119/2014. Βλ. επίσης, Ν. Χατζητζανή, ό.π., σ. 1801.

(18) Βλ. ΔΕφΑθ 1566/2009. Ως προς το συναφές ζήτημα της μονομερούς επέμβασης του Δημοσίου στη συμφωνία περί διαιτησίας, μέσω νομοθετικής κατάργησης της εν λόγω συμφωνίας, βλ. Αντ. Δημολιτσα, ΝοΒ 1988, σ. 1390 επ., Κ.Δ. Κεραμείως, Αρμ 1977, σ. 174 επ., Σ.Ν. Κουσουλή, ΝοΒ 1994, σ. 763 επ.

(19) Βλ. Σ. Ν. Κουσουλή, Δίκαιο της διαιτησίας, ό.π., σ. 18.

(20) Βλ. Κ. Ρήγα, ό.π., σ. 1201 επ., Ι. Φιλιώτη, ό.π., σ. 515 επ..

(21) Βλ. το άρθρο 12 του ν.δ. 2687/1953 και το άρθρο 25 του ν. 27/1975.

(22) Βλ., μεταξύ άλλων, τους νόμους 2338/1995, 2445/1996, 3559/2007, 3605/2007 και 3621/2007.

(23) Βλ. το άρθρο 10 του ν. 2289/1995.

(24) Βλ. το άρθρο 31 του ν. 3389/2005.

(25) Βλ. το άρθρο 31 επ. του ν. 3943/2011.

(26) Βλ. το άρθρο 36 του ν. 4070/2012.

(27) Βλ. το άρθρο 176 του ν. 4412/2016.

(28) Βλ. το άρθρο 65 του ν. 4413/2016.

ματος εξειδικευμένων και καταρτισμένων διαιτητών του Δημοσίου και των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου, ώστε να υπερκεραστούν ζητήματα που εγείρονται όχι μόνον από την εμπλοκή του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους στον ορισμό τους<sup>29</sup>, αλλά επιπλέον –και κυρίως– από το ασυμβίβαστο του ορισμού μελών του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους ως τέτοιων διαιτητών<sup>30</sup>.

Επιπλέον, θα μπορούσε να επισημανθεί ότι η εξοικονόμηση πόρων ή χρόνου δεν δικαιολογεί κατ' αρχήν αποδοχή εξαιρέσεων από σημαντικές εγγυήσεις σχετικές με την ποιότητα της διενεργούμενης διαιτησίας, όπως, για παράδειγμα, εξαιρέσεις από την πλήρη εφαρμογή των Κανόνων του Διεθνούς Εμπορικού Επιμελητηρίου, στους οποίους προβλέπεται και η υπαγωγή της διαιτητικής απόφασης σε προηγούμενο έλεγχο (scrutiny of arbitral award) από το Διεθνές Διαιτητικό Δικαστήριο<sup>31</sup>. Το Διεθνές Εμπορικό Επιμελητήριο αρνείται να αναλάβει υπό την αιγίδα του διαιτησίες για τις οποίες συμφωνούνται τέτοιες εξαιρέσεις και δέχεται να λειτουργεί απλώς ως ορίζουσα αρχή (appointing authority)<sup>32</sup>.

## II. Η ανάγκη προσαρμογής της διαιτησίας στις ιδιαιτερότητες του Δημοσίου και των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου

Με μόνη ίσως εξαίρεση την υπαγωγή στη διαιτησία φορολογικών διαφορών κατά τα άρθρα 31 επ. του ν. 3943/2011, οι συνήθως *ad hoc* διαιτησίες στις οποίες υπάγονται, μέχρι στιγμής, τουλάχιστον από τον εθνικό νομοθέτη, οι διαφορές του Δημοσίου ή των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου, διέπονται, τις περισσότερες φορές, κατά παραπομπή, κυρίως από τις διατάξεις των άρθρων 867 επ. ΚΠολΔ και του ν. 2735/1999, ενίοτε δε και από τον Κανονισμό Διαφάνειας στις δυνάμει Συνθήκης Διαιτησίες Επενδύτων-Κρατών (Rules on Transparency in Treaty based

Investor-State Arbitration) της Επιτροπής των Ηνωμένων Εθνών για το Διεθνές Εμπορικό Δίκαιο (UNCITRAL) ή από τους Κανόνες Διαιτησίας του Διεθνούς Εμπορικού Επιμελητηρίου. Σε όλες αυτές τις περιπτώσεις, σύμφωνα με την ιδιωτική αυτονομία που θεωρείται ως η «κωρωνίδα και το βασικό ζητούμενο του δικαίου της (εσωτερικής και διεθνούς) διαιτησίας»<sup>33</sup>, τα διάδικα μέρη είναι κατ' αρχήν ελεύθερα να καθορίσουν τη σύνθεση του διαιτητικού δικαστηρίου, αλλά και σε σημαντικό βαθμό τους κανόνες που διέπουν τη διεξαγωγή της διαιτησίας<sup>34</sup>.

Συναφώς, γεννώνται σοβαρές αμφιβολίες ως προς το εάν η παραπάνω έκφραση της ιδιωτικής αυτονομίας συνάδει με τις θεμελιώδεις συνταγματικές αρχές που διέπουν τη δράση της Δημόσιας Διοίκησης, αναφορικά ιδίως με τη διαχείριση του δημοσίου χρήματος<sup>35</sup>, δεδομένου και του γεγονότος ότι η υπαγωγή στη διαιτητική επίλυση διαφορών του Δημοσίου ή των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου αφορά κυρίως χρηματικές διαφορές. Η ελευθερία των μερών δεν ευνοεί άραγε περιπτώσεις διαφθοράς, υπό την έννοια ότι Δημόσιο ή τα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου και οι συναλλασσόμενοι με αυτά ιδιώτες μπορούν να οργανώνουν μια διαιτησία απλά και μόνον για να παράξουν νόμιμο τίτλο κάλυψης αδιαφανούς συναλλαγής<sup>36</sup>.

Ο υπαρκτός κίνδυνος μιας τέτοιας διαφθοράς δημιουργεί την ανάγκη, τόσο η οργάνωση της διαιτητικής δίκης (Α) όσο και ο δικαστικός έλεγχος της διαιτητικής απόφασης (Β), να μην αναιρούν τις δικαιοκρατικές εγγυήσεις που πρέπει να συνοδεύουν τη δράση όλων των δημόσιων νομικών προσώπων και, ιδίως, του Δημοσίου και των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου.

(33) Βλ. Σ. Ν. Κουρούλη, *Δίκαιο της διαιτησίας*, ό.π., σ. 89.

(34) Βλ. ΔΠρΑθ 4778/2013. Βλ. και Α. Αντωνίου, ό.π., σ. 556 επ., Π.Δ. Λαγτόγλου, *ΔιΔικ* 1992, σ. 3 επ., *Αντ. Δημολιτσα*, ΝοΒ 1988, σ. 1404 επ., *Ελ. Καλύβα*, ό.π., σ. 16 επ., *Σπ. Λέκκα*, ό.π., σ. 186 επ., *Κ. Ρήγα*, ό.π., σ. 1207 επ., *Ν. Χατζητζανή*, ό.π., σ. 1799 επ..

(35) Συναφώς, έχει γίνει δεκτό ότι το Σύνταγμα, με τους κανόνες για τη φορολογική και δημοσιονομική διαχείριση που περιλαμβάνει στο κεφάλαιο έκτο του Τμήματος Γ' του Τρίτου Μέρους του, υποδηλώνει «το ιδιαίτερο ενδιαφέρον του συντακτικού νομοθέτη για τη διαχείριση του δημοσίου χρήματος, σε βαθμό ώστε να θέτει περιορισμούς στην ίδια τη νομοθετική εξουσία, όταν θεσπίζει ρυθμίσεις που συνεπάγονται δαπάνες» (ΣτΕ ΠΕ Ολ. 285/2011, σημείο 11). Βλ. και Π. Μουζουράκη, *Η αρχή της οικονομικότητας της κρατικής δράσης: μια νέα –ή καινοφανής– συνταγματική αρχή*, *ΕφημΔΔ* 1/2013, σ. 105 επ..

(36) Ως προς τα προβλήματα που δημιουργεί η απουσία ειδικών διατάξεων για τη διαιτησία επί διοικητικών διαφορών, αλλά και τις μειωμένες εγγυήσεις ανεξαρτησίας και αμεροληψίας των διαιτητών, βλ., αντί άλλων, *Αν. Τάχο*, ό.π., σ. 445, *Κ. Ρήγα*, ό.π., σ. 1191.

(29) Βλ. το άρθρο 8 παρ. 2 του ν.δ. 736/1970, το άρθρο 49 ΕισΝΚΠολΔ, τα άρθρα 2, παρ. 1, και 6, παρ. 3, του ν. 3086/2002. Βλ., επίσης, *Κ. Ρήγα*, ό.π., σ. 1206 επ..

(30) Βλ. ΜΠρΑθ 3037/1998, 4778/2013. Βλ., πάντως, το άρθρο 16 παρ. 2 του ν. 4110/2013.

(31) Βλ. το άρθρο 34 των Κανόνων Διαιτησίας του Διεθνούς Εμπορικού Επιμελητηρίου, όπως αυτοί ισχύουν από την 1η Μαρτίου 2017, <<https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/01/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-english-version.pdf.pdf>>. Ως προς το ζήτημα των ανεπίτρεπτων εκπνώσεων από την ποιότητα της διαιτητικής διαδικασίας, βλ. και Α. Αντωνίου, ό.π., σ. 550 επ..

(32) Βλ. *Αντ. Δημολιτσα*, Σχόλιο στην απόφαση ΕφΑθ 2126/2014, ΔΕΕ 10/2014, σ. 987 επ, ιδίως σ. 988.

## A. Η οργάνωση της διαιτητικής δίκης

Δύο από τις ιδιαιτερότητες του ιδιωτικοδικαιικής αντίληψης θεσμού της εμπορικής διαιτησίας που δεν συνάδουν με τις αρχές της νομιμότητας και της διαφάνειας<sup>37</sup> της δράσης της Δημόσιας Διοίκησης είναι η μυστικότητα (εμπιστευτικότητα) και το συζητητικό σύστημα.

Μια από τις βασικές παραμέτρους της εμπορικής διαιτησίας είναι η μυστικότητα της διαδικασίας, ιδίως λόγω των εμπορικών μυστικών που μπορεί να αποκαλύπτονται<sup>38</sup>. Η μυστικότητα αυτή δικαιολογεί τη μη πρόβλεψη της δημοσίευσης της διαιτητικής απόφασης σε δημόσια συνεδρίαση, αλλά και την ενδεχόμενη συμφωνία των μερών η διαιτητική απόφαση να μην περιλαμβάνει αιτιολογικό<sup>39</sup>, ή ακόμη και την ενδεχόμενη συμφωνία τους περί μη κατάθεσης της εν λόγω απόφασης<sup>40</sup>. Όλα τα παραπάνω ουδόλως συνάδουν με την αρχή της διαφάνειας της διοικητικής δράσης και, ιδίως, της διαχείρισης του δημοσίου χρήματος<sup>41</sup>. Συνεπώς, είναι σκόπιμο να θεσπιστούν εγγυήσεις τουλάχιστον ως προς τη δημοσίευση και την εμπειριστωμένη αιτιολογία κάθε διαιτητικής απόφασης που αφορά επίλυση διαφορών του Δημοσίου ή των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου<sup>42</sup>.

(37) Ως προς τη συνταγματική προστασία της διαφάνειας της δράσης της Δημόσιας Διοίκησης, βλ. Κ. Γιαννακόπουλου, Προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού και διαφάνεια: όρια ή σκοποί του κρατικού παρεμβατισμού;, ΕφημΔΔ 6/2006, σ. 758 επ., ιδίως σ. 760, του ίδιου, Η προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού κατά την εκτέλεση των διοικητικών συμβάσεων, ό.π., σ. 95 επ..

(38) Βλ. Σ. Ν. Κουσουλή, Δίκαιο της διαιτησίας, ό.π., σ. 87.

(39) Βλ. το άρθρο 892, παρ. 2, εδ. β', ΚΠολΔ και το άρθρο 31, παρ. 2, του ν. 2735/1999.

(40) Βλ. το άρθρο 893, παρ. 2, εδ. α', ΚΠολΔ. Βλ. και ΑΠ 662/2011.

(41) Ζητήματα διαφάνειας στη διαχείριση του δημοσίου χρήματος ανακύπτουν και σχετικά με τις αμοιβές των διαιτητών. Βλ. Ι.Κ. Δρυλλεράκη, ό.π., σ. 1057 επ..

(42) Ως προς τη σύγχρονη τάση στο διεθνές δίκαιο περί ανατροπής της αρχής της εμπιστευτικότητας της διαιτησίας, εν όψει των απαιτήσεων του δημοσίου συμφέροντος, και ως προς την ανάγκη αιτιολογίας της διαιτητικής απόφασης, βλ. και Α. Αντωνίου, ό.π., σ. 551 επ. και 557 επ.. Ας σημειωθεί ότι χρήσιμο παράδειγμα στάθμισης μεταξύ εμπιστευτικότητας και προστασίας του δημοσίου συμφέροντος, το οποίο θα μπορούσε να αποτελέσει πηγή έμπνευσης και για την εισαγωγή σχετικής ρύθμισης στις διαιτητικές αποφάσεις που αφορούν το Δημόσιο ή νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου, παρέχει το άρθρο 28 του Κανονισμού Λειτουργίας και Διαχείρισης της Επιτροπής Ανταγωνισμού (ΥΑ 117/2013, ΦΕΚ Β' 54/2013), σύμφωνα με το οποίο «6. Μετά την καθαρογραφή, το κείμενο της απόφασης υπογράφεται από τον Πρόεδρο ή τον Προεδρεύοντα, τον/τους συντάκτη/-τες της απόφασης και τον Γραμματέα, και καθορίζεται ο αριθμός των εκδόσεων της, αναλόγως του αριθμού των μερών και των στοιχείων που θεωρούνται απόρρητα για τα λοιπά μέρη και τους τρίτους. Κάθε έκδοση φέρει, σε κάθε σελίδα της, σχετική ση-

Απ' την άλλη, στην εμπορική διαιτησία, η αποδεικτική διαδικασία καθορίζεται κατ' αρχήν από τα μέρη και δευτερευόντως από το διαιτητικό δικαστήριο<sup>43</sup> και, πάντως, κατά κανόνα προβλέπεται (ή μπορεί να προβλέπεται) το συζητητικό σύστημα. Ωστόσο, η απανομή δικαιοσύνης *secundum allegata et probata* δεν εγγυάται επαρκώς την τήρηση της αρχής της νομιμότητας της Διοίκησης και της ορθής διαχείρισης του δημοσίου χρήματος. Για τον λόγο αυτόν, είναι σκόπιμο, εκτός των άλλων, να προβλεφθεί ότι η διαιτησία που αφορά διαφορές του Δημοσίου ή των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου πρέπει να ακολουθεί το ανακριτικό σύστημα, στο πλαίσιο του οποίου, μεταξύ άλλων, το διάδικο δημόσιο νομικό πρόσωπο θα υποχρεούται να προσκομίσει στο διαιτητικό δικαστήριο το σύνολο του σχετικού διοικητικού φακέλου και να μη μπορεί να αποσιωπήσει στοιχεία προς βλάβη ή προς όφελος του αντίδικου ιδιώτη στη δεύτερη περίπτωση, ενδεχομένως, και σε συμπαιγνία με τον τελευταίο.

## B. Ο δικαστικός έλεγχος της διαιτητικής απόφασης

Στη νομολογία, γίνεται δεκτό ότι ο έλεγχος του κύρους των ημεδαπών διαιτητικών αποφάσεων ανήκει στα πολιτικά δικαστήρια, χωρίς να έχει ενεργοποιηθεί, στον τομέα αυτόν, η ρήτρα ενιαίας δικαιοδοσίας του άρθρου 94 παρ. 3 του Συντάγματος. Εντούτοις, το σκεπτικό της σχετικής νομολογίας δεν στηρίζεται σε μια αδιαμφισβήτητη δογματική βάση, αλλά στα στερεότυπα μιας αμιγώς ιδιωτικοδικαιικής προσέγγισης του θεσμού της διαιτησίας και του δικαστικού της ελέγχου.

Αφενός, αναφορικά με την ακύρωση ή την αναγνώριση της ανυπαρξίας διαιτητικής απόφασης, το Συμβούλιο της Επικρατείας δέχεται ότι από τις διαιτητικές αποφάσεις, οι οποίες δεν αποτελούν πράξεις διοικητικού οργάνου, δεν μπορεί να προκύπτει ουσιαστική διοικητική διαφορά. Δεν υιοθετεί δε το κριτήριο της υποκειμένης σχέσης, όταν η σύμβαση που αποτέλεσε αντικείμενο κρίσης του διαιτητικού δικαστηρίου είναι διοικητική, διότι, εν όψει των ορίων του

μείωση περί του αποδέκτη αυτής. Στο Σχέδιο της απόφασης αναγράφεται ο αριθμός των εκδόσεων και οι αποδέκτες κάθε επιμέρους έκδοσης» και «7. Ανά έκδοση παραλείπονται τα στοιχεία εκείνα, τα οποία είναι απόρρητα έναντι του συγκεκριμένου αποδέκτη, εφόσον δεν κρίνονται ως απαραίτητα στοιχεία για την αιτιολογία της απόφασης».

(43) Βλ. το άρθρο 886, παρ. 1, εδ. β', ΚΠολΔ και το άρθρο 19, παρ. 2, του ν. 2735/1999.

δικαστικού ελέγχου της διαιτητικής απόφασης, δέχεται ότι η υποκείμενη διοικητική σύμβαση δεν αποτελεί, «καθ' εαυτήν, αναγκαίον και υποχρεωτικόν στοιχείον ερεύνης εκ μέρους του δικαστηρίου»<sup>44</sup>. Εξάλλου, σε μια σειρά αποφάσεών του, το Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο έχει κρίνει ότι, ενώ ελέγχεται παρεμπιπτόντως η ανυπαρξία ή το ανυπόστατο της απόφασης διαιτητικού δικαστηρίου, η ακύρωση διαιτητικής απόφασης απαγγέλλεται μόνο με δικαστική απόφαση από το αρμόδιο πολιτικό δικαστήριο κατόπιν άσκησης αγωγής ακύρωσης κατά τη διάταξη του άρθρου 897, παρ. 3, ΚΠολΔ<sup>45</sup>, χωρίς, πάντως, το Δικαστήριο αυτό να παραθέτει αιτιολογία για την εφαρμογή της εν λόγω διάταξης σε περίπτωση διαιτητικής επίλυσης διοικητικής διαφοράς.

Αφετέρου, ο Άρειος Πάγος φαίνεται και αυτός να υιοθετεί τις ίδιες παραδοχές<sup>46</sup>, χωρίς να εξηγεί, με πειστικό τρόπο, για ποιον λόγο, μπορεί να είναι αρμόδιο το Εφετείο, δυνάμει της διάταξης του άρθρου 897, παρ. 3, ΚΠολΔ, ακόμη και όταν πρόκειται για επίλυση διοικητικής διαφοράς για την οποία ο νόμος που προβλέπει την υπαγωγή της στη διαιτησία δεν παραπέμπει στο εν λόγω άρθρο<sup>47</sup>. Ορισμένες δε φορές, προκειμένου να εφαρμόσει σε συμβάσεις του Δημοσίου την εν λόγω διάταξη και τη διάταξη του άρθρου 46 ΕισΝΚΠολΔ, οι οποίες αφορούν διαιτησίες για την επίλυση διαφορών ιδιωτικού δικαίου, ο Άρειος Πάγος φτάνει στο σημείο να χαρακτηρίζει ιδιωτικού δικαίου μια σύμβαση παραχώρησης δημοσίων έργων που έχει κυρωθεί με νόμο<sup>48</sup>, καίτοι πρόκειται προφανώς για διοικητική σύμβαση.

Σε κάθε περίπτωση, η νομολογία διοικητικών και πολιτικών δικαστηρίων δεν φαίνεται να αμφισβητεί τη συνταγματικότητα νομοθετικών διατάξεων που παραπέμπουν στο άρθρο 897 ΚΠολΔ για να αναθέσουν στα πολιτικά δικαστήρια τον έλεγχο διαιτητικής απόφασης που επιλύει διοικητική διαφορά. Αντιθέτως, έχει γίνει δεκτό και το επιχείρημα ότι οι δικονομικές συμβάσεις υπαγωγής στη διαιτησία δεν αποτελούν ουσιαστικού περιεχομένου διοικητικές συμβάσεις για τις διαφορές οι οποίες μεταφέρθηκαν από τα πολιτικά στα διοικητικά δικαστήρια, βάσει του άρθρου 1, παρ. 2, περ. ι', του ν. 1406/1983, κατ' εφαρμογή

του άρθρου 94 του Συντάγματος. Συνεπώς, οι διαφορές που πηγάζουν από τις εν λόγω δικονομικές συμβάσεις εξακολουθούν να ανήκουν στην αρμοδιότητα των πολιτικών δικαστηρίων<sup>49</sup>.

Εντούτοις, η εφαρμογή του κριτηρίου της υποκείμενης σχέσης, δηλαδή του χαρακτήρα της διαφοράς που αποτέλεσε αντικείμενο της διαιτητικής απόφασης, θα ήταν ενδεχομένως ορθότερη<sup>50</sup>. Στο γαλλικό δίκαιο, αναφορικά με την εσωτερική διαιτησία, γίνεται δεκτό ότι ο δικαστικός έλεγχος της διαιτητικής απόφασης ανήκει στον διοικητικό δικαστή, όταν σε αυτόν θα ανήκε η επίλυση της διαφοράς, εάν δεν είχε προβλεφθεί διαιτησία<sup>51</sup>. Στον διοικητικό δικαστή ανήκει και ο έλεγχος των διαιτητικών αποφάσεων, στο πλαίσιο της διεθνούς εμπορικής διαιτησίας, όταν ο έλεγχος αυτός συνδέεται με τον σεβασμό των αναγκαστικών κανόνων του γαλλικού δημοσίου δικαίου σχετικά με την κατάληψη δημόσιας κτήσης και την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων<sup>52</sup>. Άλλωστε, και στο ελληνικό δίκαιο, ο εντοπισμός και ο έλεγχος τήρησης των κανόνων δημόσιας τάξης που αφορούν πρωτίστως το δημόσιο συμφέρον<sup>53</sup> προϋποθέτουν τη λήψη υπόψη του συνόλου των παραδοχών του αιτιολογικού και του διατακτικού της ελεγχόμενης διαιτητικής απόφασης και, ως εκ τούτου, συνδέονται με τη φύση της υποκείμενης διαφοράς. Σε κάθε περίπτωση, στο μέτρο που τέτοιους κανόνες δημόσιας τάξης αποτελούν και οι κανόνες του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης σχετικά με τις δημόσιες συμβάσεις<sup>54</sup>, είναι παράδοξο ο έλεγχος της εφαρμογής αυτών των κανόνων να έχει μεταφερθεί, κατά τα προαναφερθέντα, δυνάμει του άρθρου 94 παρ. 3 του Συντάγματος και των νόμων 3886/2010 και 4491/2017, στα διοικητικά δικαστήρια, ανεξαρτήτως της φύσεως της διαφοράς, αλλά, στο πλαίσιο της διαιτησίας, να θεωρείται ότι

(44) Βλ. ΣτΕ 1573/2000.

(45) Βλ. ΣτΕ 2132/2000, 1337-9/2007, 2623-4/2017.

(46) Βλ. ΑΠ 289/2005.

(47) Βλ. *Ι. Φιλιώτη*, ό.π., σ. 512.

(48) Βλ. ΑΠ 1790/2014.

(49) Βλ. ΔΕφαΘ 624/1990, ΜΠρΑΘ 421/1994. Βλ. και *Θ. Φορτσάκη*, ό.π., σ. 232 επ.

(50) Βλ. και *Αγγ. Φουστούκου*, Δ 1994, σ. 594 επ..

(51) Βλ. *T. confil.*, 16.10.2006, Caisse centrale de réassurance c/ Mutuelle des architectes français, RFDA 2007, σ. 284, προτάσεις *J.-H. Stahl*.

(52) Βλ. *T. confil.*, 11.4.2016, Société Fosmax LNG, D. 2016, σ. 2025, παρατηρήσεις *L. d'Avout* και *S. Bollée*, *T. confil.*, 17.5.2010, INSERM, AJDA 2010, σ. 1564, σχόλιο *P. Cassia*. Βλ. και *Louis Dutheillet de Lamothé*, Arbitrage international: le Conseil d'Etat s'entend sur un contrôle, AJDA 2016, σ. 2368.

(53) Πρβλ. το άρθρο 33 ΑΚ, ΑΠ 133/2006, ΑΠ 366/2016.

(54) Βλ. *Conseil d'Etat, Ass.*, 9.11.2016, Société Fosmax LNG, ό.π.. Βλ. και *Κ.Α. Κεραμέως/Β. Χριστιανού*, Δημόσιοι διεθνείς διαγωνισμοί και διατάξεις δημόσιας τάξεως του κοινοτικού και του εσωτερικού δικαίου, ΕλλΔνη 2005, σ. 997 επ., ΑΠ 133/2006, ΕφαΘ 461/2013.

ο ίδιος έλεγχος παραμένει αποκλειστικά στα πολιτικά δικαστήρια.

Στην ανάγκη μεταφοράς, στον διοικητικό δικαστή, του ελέγχου των διαιτητικών αποφάσεων επί διοικητικών διαφορών συνηγορεί και η αμηχανία της νομολογίας των πολιτικών δικαστηρίων αναφορικά με κρίσιμα ζητήματα, όπως η δυνατότητα ή μη παραίτησης του Δημοσίου από την αγωγή ακύρωσης κατά διαιτητικής απόφασης<sup>55</sup>. Στις αποφάσεις 1790 - 1791/2014 και 61 - 62/2016, ο Άρειος Πάγος έδωσε σημασία στο ζήτημα της σαφήνειας ή μη μιας τέτοιας παραίτησης. Δεν έκρινε, όμως, σαφώς, ως όφειλε, ότι, στο πλαίσιο του Κράτους Δικαίου, όπως αυτό εξειδικεύεται στο ισχύον εθνικό Σύνταγμα, δεν θα μπορούσε να γίνει δεκτό ότι το Δημόσιο δύναται να αφήσει τη διαχείριση του δημοσίου συμφέροντος και, ιδίως, του δημοσίου χρήματος στην εξουσία ενός ιδιωτικού δικαστηρίου, παραιτούμενο εκ των προτέρων από τον δικαστικό έλεγχο τήρησης των κανόνων δημόσιας τάξης που αφορούν πρωτίστως το δημόσιο συμφέρον. Εξάλλου, για την ταυτότητα του νομικού λόγου, δεν είναι δόλου προφανές ότι συνάδει με το ισχύον εθνικό Σύνταγμα η με οποιονδήποτε τρόπο υπαγωγή του ελληνικού Δημοσίου, και στο πλαίσιο διεθνούς διαιτησίας, σε εφαρμοστέο δίκαιο που επιτρέπει τέτοια παραίτηση ή εν γένει επιτρέπει αποκλίσεις από τις δικαιωματικές εγγυήσεις που πρέπει να περιβάλλουν τη δράση της Δημόσιας Διοίκησης.

### Συμπεράσματα

Η δικαιοκρατική θέσμιση της υπαγωγής στη διαιτησία διαφορών του Δημοσίου ή των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου προϋποθέτει την αλλαγή παραδείγματος και την υιοθέτηση ενός ειδικού καθεστώτος διαιτησίας, διακριτού από το παραδοσιακό σύστημα εμπορικής διαιτησίας ή προϊόντος μιας ιδιαίτερης προσαρμογής του τελευταίου. Προς την κατεύθυνση αυτή, κινήθηκε, άλλωστε, η υπαγωγή φορολο-

γικών διαφορών στη διαιτησία με τον ν. 3943/2011, προβλέποντας ειδικό σώμα φορολογικών διαιτητών (άρθρο 31 επ.), αναλογική εφαρμογή, από το διαιτητικό δικαστήριο, του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας (άρθρο 33, παρ. 7) και δικαστικό έλεγχο των διαιτητικών αποφάσεων, με εφαρμογή μεν των άρθρων 897 και 899 ΚΠολΔ, αλλά από το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών (άρθρο 33, παρ. 8).

Η γενίκευση αυτού του νέου παραδείγματος είναι πιθανόν να συναντήσει σημαντικές αντιστάσεις σε εθνικό και σε διεθνές επίπεδο, όπως προκύπτει και από το γεγονός ότι δεν έχει ακόμη εκδοθεί το Προεδρικό Διάταγμα του άρθρου 33 του ν. 3943/2011 σχετικά με την οργάνωση των φορολογικών διαιτησιών. Κάτι τέτοιο, όμως, είναι αναμενόμενο. Ανάλογες αντιστάσεις εμφανίστηκαν πάντοτε στον δρόμο της εξέλιξης των ουσιαστικών και δικονομικών κανόνων δικαίου που αφορούν τα δημόσια νομικά πρόσωπα και που πρέπει να αποκτούν το κατάλληλο περιεχόμενο ώστε να εξυπηρετούν, κατά τρόπο αποτελεσματικό, το δημόσιο συμφέρον.

Βέβαια, θα μπορούσε κανείς να αντιτάξει ότι, στο πλαίσιο της παγκοσμιοποίησης, οι εθνικές συνταγματικές εγγυήσεις προάσπισης του δημοσίου συμφέροντος δεν φαίνονται ικανές να επιβιώσουν απέναντι στη δυναμική των οικονομικών εξελίξεων. Ωστόσο, δεν πρέπει να παραγνωρίζεται ότι, όπως κατέδειξε και η πρόσφατη κρίση δημοσίου χρέους σε χώρες της Ευρωζώνης και, ιδίως, στη Χώρα μας, η επιταγή χρηστής διαχείρισης του δημοσίου χρήματος, με την οποία συνδέεται στενά η ανάγκη για αλλαγή παραδείγματος ως προς τη διαιτητική επίλυση των διαφορών του Δημοσίου και των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου, δεν αποτελεί μια εθνική ιδιαιτερότητα, αλλά ενδιαφέρει άμεσα και τις αγορές, καθώς επηρεάζει την πιστοληπτική αξιοπιστία του Κράτους και την κατοχύρωση των συμφερόντων των δανειστών του. Ακόμη, λοιπόν, και στο πλαίσιο του πιο ακραίου κανονιστικού *δαρβινισμού* που μοιάζει να επιβάλλει η σύγχρονη κατίσχυση των χρηματοπιστωτικών αγορών επί του δικαίου<sup>56</sup>, γίνεται φανερός ο αναπόδραστος χαρακτήρας ορισμένων δομών και αρχών του δημοσίου δικαίου και της διοικητικής δικονομίας.

(55) Ως προς το εν λόγω ζήτημα, βλ., ενδεικτικά, Α. Αντωνίου, *ό.π.*, σ. 559, Π.Δ. Δαγτόγλου, *ΔιΔικ* 1992, σ. 3 επ., Αντ. Δημόλιτσα, ΝοΒ 1988, σ. 1384 επ., Κ.Δ. Κεραμέως, *ΕλλΔνη* 1989, σ. 262 επ., Σ.Ν. Κουσούλη, ΝοΒ 1994, σ. 76 επ., Σπ. Λέκκα, *ό.π.*, σ. 191 επ., Κ. Μπέη/Κ.Φ. Καλαβρού, *ό.π.*, σ. 151 επ., Θ. Φορτσάκη, *ό.π.*, σ. 107 επ. Βλ. και Κ.Φ. Καλαβρού, *Ακύρωση και ανυπαρξία διαιτητικών αποφάσεων*. Κατά τον ΚΠολΔ και τον ν. 2735/1999, εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα - Θεσσαλονίκη 2017, σ. 32 επ., Μ. Μαρκουλάκη, Το διαδικαστικό πλαίσιο του δικαστικού ελέγχου των διαιτητικών αποφάσεων. Συγκριτική επισκόπηση των λύσεων του ελληνικού, του γερμανικού και του αγγλικού δικαίου, εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα - Κομοτηνή 2014, σ. 153 επ..

(56) Βλ. C. Yannakopoulos, Un Etat devant la faillite: entre droit et non-droit, σε: *Nathalie Wolff/Aude Zavadny/Thibaut Fleury Graff* (επιμ.), *La fin du droit ? Actes du colloque des 5 et 6 décembre 2013*, Ed. Mare & Martin 2015, σ. 175 επ..