



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
Εθνικό και Καποδιστριακό
Πανεπιστήμιο Αθηνών

Τμήμα Νομικής

Τομέας Διεθνών Σπουδών
Πρόγραμμα Μεταπτυχιακών Σπουδών
Κατεύθυνση Ιδιωτικού Διεθνούς Δικαίου
Πανεπιστημιακό Έτος 2016 –2017

Διπλωματική Εργασία

Του Αχιλλέα Τσούτση

AM 865

“Το κράτος ως διάδικος στην διεθνή διαιτησία”

Υπεύθυνος Επιβλέπων
Καθηγητής Χάρης Παμπούκης

Μέλη της Εξεταστικής Επιτροπής
Καθηγήτρια Ελίνα Μουσταίρα
Αναπληρώτρια Καθηγήτρια Χρυσαφώ Τσούκα

Αθήνα, Ιανουάριος 2017

“ὁ γὰρ διαιτητὴς τὸ ἐπιεικὲς ὄραϊ, ὁ δὲ δικαστὴς τὸν νόμον: καὶ τούτου ἕνεκα διαιτητὴς εὐρέθη, ὅπως τὸ ἐπιεικὲς ἰσχύη”

Αριστοτέλης, Ρητορική (Βιβλίο 1), κεφάλαιο 13

“Do I believe in Arbitration? I do. But not in arbitration between the Lion and the Lamb, in which the lamb is in the morning found inside the Lion”

J.F.K., Interview, 1962

Πίνακας Περιεχομένων

Εισαγωγή.....	1
Ιστορική αναδρομή.....	5

Μέρος Πρώτο : Το προδιαιτητικό στάδιο

Κεφάλαιο 1^ο : Η συνομολόγηση της διαιτητικής συμφωνίας από το Κράτος.....	7
A. Θεωρητικές παρατηρήσεις.....	7
B. Η Συμβολή της Νομολογίας.....	9
B.1 Η ελληνική τάση της νομολογίας.....	12
B. 2 Η έννοια της διεθνούς συναλλαγής.....	14
Γ. Η ανάγκη ρητής διατύπωσης της ρήτρας – Η περίπτωση της Yukos.....	15
Δ. Καταληκτικά πορίσματα.....	16

Κεφάλαιο 2^ο : Ο Διορισμός διαιτητών από το Κράτος.....	17
A. Κριτική του ελληνικού νόμου περί διορισμού διαιτητών.....	17

Κεφάλαιο 3^ο : Η προσπάθεια μονομερούς υπαναχώρησης και κατάργηση της διαιτητικής συμφωνίας από το Κράτος.....	22
A. Εξέταση μέσα από την θεωρία και την νομολογία.....	22
B. Συμπεράσματα.....	25

Μέρος Δεύτερο : Το διαιτητικό στάδιο

Κεφάλαιο 1^ο : Η Επέκταση των υποκειμενικών ορίων της διαιτητικής ρήτρας.....	26
A. Το Κράτος, τα όργανα του και οι κρατικοί φορείς εν γένει.....	26
B. Η επέκταση των υποκειμενικών ορίων της διαιτητικής ρήτρας στο κράτος.....	29
Γ. Νομολογία διαιτησιών του θεσμικού κέντρου ICC.....	30
Γ.1 Η υπόθεση <i>Westland Helicopters</i>	31
Γ.2 Η Υπόθεση <i>Pyramids Oasis</i>	33
Γ.3 Η υπόθεση <i>Bridas v. Turkmenistan</i>	35

Δ. Συμπερασματικές κρίσεις.....	36
Ε. Η ελληνική περίπτωση του ΤΑΙΠΕΔ.....	37

Κεφάλαιο 2^ο : Παράλληλες Διαδικασίες ενώπιον forum επενδυτικής και εμπορικής διαιτησίας

A. Η έννοια της επένδυσης μέσα από την νομολογία του ICSID.....	40
B. Το πλαίσιο του εφαρμοστέου δικαίου στην επενδυτική διαιτησία.....	43
Γ. Νομολογία υποθέσεων παράλληλων προσφυγών επενδυτικής και εμπορικής διαιτησίας	
Γ.1 Η περίπτωση της Mobil.....	45
Γ.2 Αρχή του δεδικασμένου- η περίπτωση της SPP.....	48

ΜΕΡΟΣ ΤΡΙΤΟ: Μεταδιαιτητικό στάδιο

Κεφάλαιο 1^ο : Η διαδικασία στο μεταδιαιτητικό στάδιο

A. Ημεδαπές και αλλοδαπές διαιτητικές αποφάσεις.....	50
B. Αγωγή ακύρωσης της διαιτητικής απόφασης.....	52
Γ. Αναγνώριση και εκτέλεση διαιτητικών αποφάσεων.....	57
Δ. Το ειδικότερο ζήτημα της εκτέλεσης ήδη ακυρωθεισών διαιτητικών αποφάσεων.....	61
Δ.1 Η ευνοϊκή αντιμετώπιση του γαλλικού δικαίου και οι θεμελιώδεις αποφάσεις <i>Hilmarton</i> και <i>Norsolor</i>	62
E. Εκτέλεση κατά του ελληνικού Δημοσίου.....	63

Κεφάλαιο 2^ο : Ο θεσμός της ετεροδικίας και η διεθνής διαιτησία.....65

A. Ορισμός και διακρίσεις της ετεροδικίας.....	66
A.1 Απόλυτη και περιοριστική ετεροδικία.....	67
A.2 Δικαιοδοτική ετεροδικία και ετεροδικία εκτέλεσης.....	70
A.3 Το act of State Doctrine.....	71
B. Η προβληματική της επίκλησης του δικαιώματος της Ετεροδικίας από το Κράτος.....	72
Γ. Ετεροδικία και ζητήματα εκτέλεσης αναφορικά με την φύση των περιουσιακών στοιχείων του Κράτους.....	78

Γ.2 Η περίπτωση των περιουσιακών στοιχείων διττής λειτουργίας.....	79
Δ. Συμπερασματικά σχόλια και κρίσεις.....	80
Προτάσεις για βελτίωση του πλαισίου της διαιτητικής αντιδικίας μεταξύ κρατικών φορέων και ιδιωτών.....	82
ΕΠΙΛΟΓΟΣ – ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ.....	84
ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ.....	87

ΕΙΣΑΓΩΓΗ

Η ολοένα και αυξανόμενη διεθνοποίηση των εμπορικών συναλλαγών έχει φέρει στο προσκήνιο την διεθνή διαιτησία ως πρωταγωνιστικό μέσο επίλυσης εμπορικών διαφορών. Μέρα με την μέρα συστήνονται ολοένα και περισσότερα θεσμικά κέντρα διαιτησίας ανά τον κόσμο και ο όγκος των υποθέσεων αυξάνεται. Τα πλεονεκτήματα του εν λόγω μέσου επίλυσης διαφορών άλλωστε, όπως *inter alia* η ευελιξία, ταχύτητα και αποτελεσματικότητα το καθιστούν θελκτική εναλλακτική της οδού των πολιτειακών δικαστηρίων.

Το Κράτος και οι οντότητες οργανωμένες κατά το δημόσιο δίκαιο καθώς και οι επιχειρήσεις ιδιωτικού δικαίου που ανήκουν στο Κράτος¹ διαδραματίζουν εξίσου πρωταγωνιστικό ρόλο στις διεθνείς αντιδικίες εμπορικής φύσεως ιδιαίτερα σε διαφορές που σχετίζονται με κομβικούς τομείς όπως ο κατασκευαστικός, η ενέργεια, οι μεταφορές και οι τηλεπικοινωνίες. Συχνό είναι το φαινόμενο αναπτυξιακές τράπεζες να χρηματοδοτούν τέτοιου είδους επιχειρηματικά πλάνα ενώ φυσικά πιο επίκαιρες από ποτέ, όσον αφορά και την χώρα μας, είναι οι ιδιωτικοποιήσεις, η μεταβίβαση δηλαδή περιουσιακών στοιχείων και λειτουργιών από τον δημόσιο στον ιδιωτικό τομέα. Στο πλαίσιο τάσης για καλλιέργεια και ευμενών συνθηκών για την προσέλκυση επενδύσεων, το Κράτος καλείται πλέον να αναλάβει τα ηνία για την οικονομική και επιχειρησιακή προαγωγή του *imperium* του. Η αλληλεξάρτηση της δημόσιας και ιδιωτικής σφαίρας είναι, λοιπόν, αναπόσπαστο κομμάτι και κινητήριο μοχλός των σύγχρονων οικονομιών². Μια ματιά στις στατιστικές μελέτες του ICC αποτυπώνουν αυτό το επιχείρημα, καθώς για το οικονομικό έτος 2015, 85 υποθέσεις που τελέστηκαν στο θεσμικό αυτό κέντρο διαιτησίας αφορούσαν κρατικούς φορείς, δηλαδή το 22% του συνόλου των υποθέσεων³.

¹ Το Κράτος τις περισσότερες φορές συμμετέχει με αυτή την έκφανση του στις διεθνείς συναλλαγές, βλ. Gaillard E. and Younan J. eds., “*State Entities in International Arbitration*”, IAI Series on International Arbitration no. 4, Juris Publishing, 2008, *passim*

² Χ. Παμπούκης, *Δίκαιο Διεθνών Συναλλαγών*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2009, σελ 22-25

³ Τα στοιχεία αυτά είναι διαθέσιμα στην διεύθυνση: {<http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Introduction-to-ICC-Arbitration/Statistics/>}, Τελευταία επίσκεψη 25/11/2016

Σε όλες αυτές τις προαναφερθείσες περιπτώσεις το Κράτος συνήθως συνάπτει ρήτρες διαιτησίας για την επίλυση διαφορών που θα προκύψουν. Οι ιδιαιτερότητες όμως, που εμφανίζουν πιθανές αντιδικίες μεταξύ κρατικών και ιδιωτικών φορέων είναι πολυποίκιλες και συγκεντρώνουν εξαιρετικό θεωρητικό αλλά και πρακτικό ενδιαφέρον. Η ισχυρότερη θέση που διατηρεί ένας κρατικός φορέας στην εν λόγω διεκδικητική φέρνει τον ιδιώτη-επενδυτή συχνά στην θέση ενός άλλου Σίσυφου⁴, να προσπαθεί επανειλημμένα να σκαρφαλώσει μέχρι την αποτελεσματική εκτέλεση της διαιτητικής απόφασης. Η δυνατότητα του Κράτους να νομοθετεί και να εκτελεί μέσω των αρμόδιων οργάνων του, το καθιστά προνομιούχο αντίδικο απέναντι σε έναν ιδιώτη-επενδυτή. Αυτή την δυνατότητα η ιδιωτική πλευρά προσπαθεί να καταπολεμήσει με την επιλογή ρητρών στα συμβόλαια με τους κρατικούς φορείς, τα οποία θα προσφέρουν μια προβλεψιμότητα δικαίου όσον αφορά το εφαρμοστέο δίκαιο και την διαδικασία που θα ακολουθηθεί⁵.

Τα πρακτικό ενδιαφέρον της εν λόγω θεματικής είναι μεγάλο καθώς οι διαφορές αυτής της φύσεως όχι μόνο αποτελούν πλέον ένα ισχυρό ποσοστό των υποθέσεων των μεγαλύτερων δικηγορικών γραφείων διαιτησίας ανά την υφήλιο, αλλά εγείρουν και ζητήματα που σχετίζονται με το δίκαιο διεθνών συναλλαγών και το ιδιωτικό διεθνές και δημόσιο διεθνές δίκαιο εν γένει. Το θεωρητικό ενδιαφέρον από την άλλη πλευρά είναι εξίσου ισχυρό καθώς πυρήνας της όλης προβληματικής είναι τα όρια και η ισχύς της κρατικής κυριαρχίας απέναντι στην αυτονομία των ιδιωτικών μερών, την παγκοσμιοποίηση των συναλλαγών και την στροφή από τα στενά εθνικά όρια στην διαμόρφωση ενός ανεθνικού συνόλου κανόνων.

Στόχος της παρούσας διπλωματικής εργασίας είναι να αναλυθεί με ευκρίνεια το πλαίσιο που ρυθμίζει τη επίλυση των διαφορών του κράτους με έναν ιδιώτη, από ένα διαιτητικό όργανο και τα πιθανά ζητήματα που μπορούν να ανακύψουν σε κάθε στάδιο της διαδικασίας μέσα από την θεωρία και την σημαντικότερη νομολογία διαιτητικών *fora* και κρατικών δικαστηρίων. Για τους σκοπούς της παρούσης, θα επικεντρωθούμε περισσότερο σε ζητήματα που ανακύπτουν κατά την διεθνή διαιτησία και πιο συγκεκριμένα την διεθνή εμπορική διαιτησία χωρίς όμως να αγνοηθούν σημαντικά στοιχεία της διαδικασίας της επενδυτικής όπως και αξιοσημείωτη νομολογία αυτής.

⁴ Για μια περαιτέρω μελέτη του μύθου πίσω από αυτή την μεταφορά βλ. Camus A., “Le Mythe de Sisyphé”, Gallimard ed., 1985

⁵ Mayer P., “La neutralization du pouvoir normatif de l’Etat en matière de contrats d’Etat”, Clunet, 1985, σ. 22

Ειδική μνεία θα γίνει επιπρόσθετα, και στο πολύ ενδιαφέρον ζήτημα της πιθανής περίπτωσης των παράλληλων διαδικασιών στα δύο είδη διαιτητικής επίλυσης μιας διαφοράς καθώς μια διαφορά για την επίλυση της οποίας μπορεί να έχει υπογραφεί μια ρήτρα διαιτησίας, είναι δυνατόν παράλληλα να συγκεντρώνει τα χαρακτηριστικά της επένδυσης με βάση έναν επενδυτικό νόμο ή μια BIT να θεσμοθετεί δικαιοδοσία του ICSID.

Θα πρέπει, επίσης να επισημανθεί πως στο πλαίσιο της διπλωματικής αυτής διατριβής, δεν θεωρήθηκε σκόπιμο να γίνει μια γενική ανάλυση των πλεονεκτημάτων της διαιτησίας σε σχέση με τα κρατικά δικαστήρια και της σύγκρισης μεταξύ διεθνούς εμπορικής και διεθνούς επενδυτικής διαιτησίας, καθώς οι εν λόγω θεωρητικές ενατενίσεις θα ξέφευγαν από το θεματικό πλαίσιο της παρούσης. Οι παραπάνω αναλύσεις γίνονται μόνο όπου αυτό καθίσταται απαραίτητο σε συνδυασμό με κάποια εξειδικευμένη προβληματική.

Αναλυτικότερα τα θέματα που θα εξετάσουμε θα διακριθούν διαγραμματικά ως εξής.

Αρχικά, στα πρώτο μέρος του πονήματος, θα εξετάσουμε ζητήματα και ιδιαιτερότητες της συμμετοχής του Κράτους στην διαιτησία στο προδιαιτητικό στάδιο όπως η σύναψη της ρήτρας διαιτησίας από το Κράτος καθώς και η διαδικασία διορισμού των διαιτητών με μια παράλληλη κριτική στο περιοριστικό ελληνικό νομοθετικό πλαίσιο με τον διορισμό ως διαιτητών, λειτουργών του ΝΣΚ. Ακόμη, θα μελετηθεί η αντιμετώπιση της πιθανής εκ των υστέρων τροποποίησης από το Κράτος του νομοθετικού του πλαισίου με στόχο να καταστήσει άκυρη την συμφωνία διαιτησίας.

Εν συνεχεία, στο δεύτερο μέρος της παρούσης, θα περάσουμε στο διαιτητικό στάδιο και στα θέματα που γεννούν εκεί το μεγαλύτερο ενδιαφέρον όπως είναι η πιθανή επέκταση των υποκειμενικών ορίων της διαιτητικής ρήτρας που έχουν υπογράψει οι κρατικοί φορείς στο Κράτος ακόμα και αν αυτό δεν έχει συνυπογράψει. Μια προβληματική επί της οποίας υπάρχει πλούσια νομολογία του ICC και των διεθνών διαιτητικών *fora* και περιπλέκει αρκετά τα πράγματα στην καθημερινή διαιτητική πρακτική⁶.

⁶ Χαρακτηριστικό γεγονός αυτού είναι πως πολλές φορές σε υποθέσεις με παρόμοια πραγματικά περιστατικά έχουν παρθεί διαφορετικές αποφάσεις

Επιπρόσθετα, θα εξετάσουμε την πολύ ενδιαφέρουσα περίπτωση της παράλληλης εκκίνησης διαδικασιών εμπορικής και επενδυτικής διαιτησίας. Το αντικείμενο των συμβάσεων επί των οποίων γεννώνται οι διαφορές όπου συνήθως το Κράτος έρχεται αντιμέτωπο με έναν ιδιώτη επενδυτή, στην πλειονότητα τους συγκεντρώνουν όλα τα χαρακτηριστικά της *επένδυσης* (όπως η πολύ συχνή στην πρακτική περίπτωση των συμβάσεων παραχώρησης), και άρα επιτρέπουν στα μέρη να καταφύγουν και στις δύο εναλλακτικές οδούς. Θα αναλύσουμε το αν και πως οι δύο διαφορετικοί αυτοί τρόποι εξωδικαστικής επίλυσης διαφορών μπορούν να συνδυαστούν.

Τέλος, στο τρίτο και τελευταίο μέρος θα κλείσουμε με το μεταδιαιτητικό στάδιο. Αφού παρατεθούν τα βασικά χαρακτηριστικά της διαδικασίας του πλαισίου της αναγνώρισης και εκτέλεσης των διαιτητικών αποφάσεων καθώς και η σημαντικότερη σχετική νομολογία, ειδικά για την ιδιαίτερη περίπτωση της αναγνώρισης ήδη ακυρωθεισών διαιτητικών αποφάσεων από τις δικαιοδοσίες κυρίως της Γαλλίας και του Βελγίου, θα επικεντρωθούμε μετέπειτα στον θεσμό της ετεροδικίας. Ο υπό κρίση θεσμός, προερχόμενος από το εθιμικό δημόσιο διεθνές δίκαιο χρησιμοποιείται πολλάκις ως *ultimum refugium* από τους Κρατικούς φορείς με σκοπό να μην εκτελεστούν εναντίον τους αποφάσεις και η μελέτη του πλαισίου του σε συνδυασμό με την διεθνή διαιτησία αποτελεί αναπόσπαστο κομμάτι της υπό ανάλυσης θεματικής. Έντονο ενδιαφέρον παρουσιάζει άλλωστε, και η διάκριση μεταξύ των κρατικών περιουσιακών στοιχείων για εμπορικούς και διπλωματικούς σκοπούς, καθώς η το αν θα επιτραπεί η εκτέλεση κατά αυτών ή όχι έχει να κάνει σε μεγάλο βαθμό με την φύση και λειτουργία τους.

Ιστορική αναδρομή του Κράτους στην διεθνή συνδιαλλαγή

Η παρουσία των κρατικών φορέων στον χώρο του διεθνούς εμπορίου αυξήθηκε κατακόρυφα τις τελευταίες δεκαετίες. Ειδικά μετά την δύση του αποτρόπαιου Β' Παγκοσμίου πολέμου, όπου τα Κράτη έπρεπε να ηγηθούν της αναμόρφωσης των οικονομιών τους, έγινε εμφανής η ανάγκη πως πολλές εμπορικές συμφωνίες δεν θα μπορούσαν να επιτευχθούν χωρίς την συμμετοχή και τις εγγυήσεις κρατικών φορέων⁷. Και παλιότερα, όμως, η δράση τους ήταν αρκετά έντονη στο διεθνές εμπόριο αλλά το καθεστώς πολύ διαφορετικό από το σημερινό.

Μέχρι και το τέλος του 19^{ου} αιώνα στις συναλλαγές αυτές επικρατούσε ο θεσμός της διπλωματικής προστασίας με βάση τον οποίο ο ιδιώτης επενδυτής δεν μπορούσε να ικανοποιήσει τα αιτήματα του ή να ενάγει ένα Κράτος, αλλά μόνο το Κράτος προελεύσεως του επενδυτή είχε αυτή την διακριτική ευχέρεια⁸. Το γεγονός αυτό προσέθετε χαρακτηριστικά πολιτικής και διπλωματικής φύσης στις συναλλαγές με αποτέλεσμα να μην υπάρχει ασφάλεια και εγγυήσεις στην εμπορική πραγματικότητα. Μόνη εξαίρεση ήταν ισχυροί επενδυτές που μπορούσαν να επιβληθούν στα κράτη τους αλλά το αποτέλεσμα ήταν η πρόκληση διπλωματικών επεισοδίων και οι εντάσεις σε διεθνές επίπεδο. Χαρακτηριστικό παράδειγμα αποτελεί η το περιστατικό που μετά την μη αποπληρωμή κάποιων απαιτήσεων από την κράτη της Λατινικής Αμερικής το 1861, το Ηνωμένο Βασίλειο, η Γαλλία και η Ισπανία έστειλαν τους πολεμικούς τους στόλους στην Βενεζουέλα για να αποζητήσουν την εξόφληση.

Η αντίδραση από νομικούς της Λατινικής Αμερικής όπως ο *Andres Bello*⁹ αλλά και ο *Carlos Calvo*¹⁰ ήταν η υιοθέτηση ενός δόγματος, που έμεινε γνωστό ως το *Calvo Doctrine*, σύμφωνα με το οποίο οι ξένοι επενδυτές δεν θα έπρεπε να είναι σε ευνοϊκότερη θέση από τους ημεδαπούς επενδυτές και τα εκάστοτε δικαιώματα και υποχρεώσεις τους θα πρέπει να τελούν υπό την δικαιοδοσία των κρατών με τα οποία συναλλάσσονται.

⁷ Cremades B., “*State Participation in International Arbitration*”, Cremades Asociados Law Firm eds., 2011, σ. 3

⁸ Θωμά Ι., Κεφάλαιο: Το Κράτος στη Διεθνή Συναλλαγή, στο *Δίκαιο Διεθνών Συναλλαγών*, επ. Χ. Παμπούκη, (Νομική Βιβλιοθήκη, 2009), σελ 196

⁹ Αυτός ο φημισμένος νομικός είναι και πολύ γνωστός για την σύνταξη του Χιλιανού ΑΚ το 1852

¹⁰ Από το όνομα του προέρχονται και οι λεγόμενες “*Calvo clauses*” που ήταν συχνό φαινόμενο στα συμβόλαια του παρελθόντος.

Το καθεστώς άλλαξε άρδην, το 1965 όταν με την Σύμβαση της Washington, η οποία κυρώθηκε από την χώρα μας με τον AN 608/1968¹¹, ιδρύθηκε το διεθνές κέντρο για την επίλυση των επενδυτικών διαφορών¹² προκειμένου να αντιμετωπιστούν τα ζητήματα που ανέκυπταν στις συναλλαγές μεταξύ ιδιωτών και κρατικών φορέων. Το κέντρο προσφέρει πλέον ένα ουδέτερο forum για την επίλυση των επενδυτικών διαφορών και η δικαιοδοσία του εδράζεται σε επενδυτικούς νόμους ή σε κάποια Διμερείς Επενδυτική Συνθήκη μεταξύ δύο κρατών, συνθήκες οι οποίες από την ίδρυση του κέντρου και μετά είναι πλέον ο κανόνας και όχι η εξαίρεση καθώς παρέχουν αμεσότερη και αρτιότερη προστασία στους επενδυτές. Οι ξένοι επενδυτές έχουν την εγγύηση προστασίας από τα διαιτητικά δικαστήρια καθώς και από τυχόν παραβιάσεις της διεθνούς συνθήκης από τα Κράτη. Στην υπόθεση *Lanco v The Republic of Argentina*, εκφράστηκε και το περιεχόμενο μιας διαιτητικής συμφωνίας ορολογικά, με αυτό να αποτελεί: «την δημόσια πρόταση από το Κράτος να υποβάλλει εαυτόν σε διαιτησία και την αποδοχή αυτής της προσφοράς από τον επενδυτή όταν εκκινεί την διαιτητική διαδικασία»

Παράλληλα φυσικά, αυξήθηκαν ραγδαία και οι υποθέσεις ενώπιον των μεγάλων θεσμικών κέντρων διαιτησίας του κόσμου όπως το ICC, το SIAC, το LCIA κλπ., όσο περισσότερο το Κράτος αναλάμβανε δράση στο διεθνές εμπόριο. Η φιλελευθεροποίηση του διεθνούς εμπορίου, η παγκοσμιοποίηση των οικονομικών σχέσεων αλλά και η μεταστροφή από την οπτική του δικαίου ως καθαρά εθνικού ζητήματος προς μια ευρύτερη διεθνή σκοπιά, π.χ. με την ερμηνεία του διοικητικού δικαίου των κρατικών συμβάσεων ως διακρατικών, έφεραν ως φυσικό επακόλουθο την διαιτησία στο προσκήνιο. Έχει διατυπωθεί άλλωστε πως η διαιτησία είναι αποκύημα της διεθνοποίησης ή μάλλον της παγκοσμιοποίησης των διοικητικών συμβάσεων και κρατικών συμφωνιών¹³. Τα Κράτη δεν αποτελούν πλέον τους μοναδικούς *παίκτες* του διεθνούς δικαίου, και οι ιδιώτες απέκτησαν ικανή θέση πλέον για να μπορούν να στραφούν εναντίον τους και να διεκδικήσουν ορθή αποκατάσταση χωρίς την ενίσχυση από τα κράτη προέλευσης τους.

¹¹ Νόμος «*Δια την ρύθμισιν των σχετιζόμενων προς τας επενδύσεις διαφορών μεταξύ κρατών και υπηκόων άλλων Κρατών*»

¹² International Center for the Settlement of Investment Disputes

¹³ *The globalization of administrative and State Contracts*, βλ. και Movesian j., “International Commercial Arbitration and International Courts”, 18 Duke, J. Comp. & Int’L 423, 2008, σ. 423

ΤΟ ΚΡΑΤΟΣ ΩΣ ΔΙΑΔΙΚΟΣ ΕΝΩΠΙΟΝ ΤΩΝ ΔΙΑΙΤΗΤΙΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ

Μέρος Πρώτο : Το προδιαιτητικό στάδιο

Κεφάλαιο 1^ο : Η συνομολόγηση της διαιτητικής συμφωνίας από το Κράτος

Σε ένα πρώτο στάδιο εξέτασης, ενδιαφέρον παρουσιάζει το ζήτημα της ικανότητας του κράτους ή δημόσιων νομικών προσώπων να συνομολογούν έγκυρα συμφωνίες διαιτησίας με άλλα φυσικά ή νομικά πρόσωπα. Αν και μεταξύ ιδιωτών υπάρχει ευρύτατη ελευθερία σύναψης διαιτητικών συμφωνιών για την επίλυση των μεταξύ τους διαφορών (εντός των περιορισμών που τίθενται από το εκάστοτε εφαρμοστέο δίκαιο για την προστασία συγκεκριμένων ευαίσθητων ομάδων, όπως π.χ. των καταναλωτών ή προσώπων που τελούν υπό πτώχευση), η συνομολόγηση από το κράτος τέτοιων συμφωνιών υπόκειται ενίοτε σε αυστηρούς περιορισμούς, διαδικαστικούς ή και ουσιαστικούς. Λαμβάνοντας κανείς υπόψη και την πολυπλοκότητα τόσο της διάρθρωσης των σύγχρονων κρατών όσο και της φύσης των συναλλαγών στις οποίες πλέον τα κράτη εμπλέκονται, μπορεί να αντιληφθεί την ποικιλία αλλά και την δυσκολία των ζητημάτων τα οποία αναφύονται στην περίπτωση που τέτοιοι εθνικοί περιορισμοί αποπειραθούν να επηρεάσουν την επίδικη σχέση.

A. Θεωρητικές παρατηρήσεις

Ο καθηγητής και έμπειρος διαιτητής *Pierre Mayer* χαρακτηριστικά αναζητά την θεμελίωση της δυνατότητας δέσμευσης των κυρίαρχων Κρατών στην *acta sunt servanda*, αναρωτώμενος γιατί να μην επιτρέπεται σε κυρίαρχα Κράτη να δεσμεύονται αμοιβαία έναντι ιδιωτών όταν αυτό επιτάσσει το δημόσιο συμφέρον τους¹⁴.

Και πράγματι έχει δίκιο. Είναι πλέον, ευρέως αποδεκτό πως, η ικανότητα των Κρατών να συνάπτουν ελεύθερα διαιτητικές συμφωνίες είναι πλέον μια παραδεδεγμένα αποδεκτή αρχή,

¹⁴ Mayer P., “*La neutralization du pouvoir normatif de l’Etat en matière de contrats d’Etat*”, Clunet, 1985

προστατευόμενη από την διεθνή δημόσια τάξη που διέπει την διεθνή διαιτησία¹⁵ την οποία ο *Lalive* ονόμασε *υπερεθνική*.

Οι διαιτητές χαρακτηριστικά στην απόφαση *Benteler v. Belgium*¹⁶ αναφέρθηκαν στο γεγονός πως η ικανότητα των κρατικών φορέων να συνάπτουν διαιτητικές συμφωνίες «αποτελεί μια αρχή που γίνεται ολοένα και πιο ευρέως αποδεκτή στον χώρο της διεθνούς διαιτησίας», με τους εκάστοτε εθνικούς περιορισμούς να μην μπορούν να αποτελέσουν πρόσκομμα όταν έχουμε να εξετάσουμε την συναλλακτική, εμπορικής φύσεως δραστηριότητα του Κράτους στον διεθνή χώρο.

Ο διεθνής χαρακτήρας άλλωστε μιας τέτοιας συμβατικής σχέσης, όπου το Κράτος εμπλέκεται στην διακρατική μεταφορά προϊόντων, υπηρεσιών και κεφαλαίου, επιτάσσει την απόλυτη παραδοχή της ικανότητας του να συνάπτει τέτοιες ρήτρες ακόμα και αν το όργανο ή η κρατική εταιρία που υπογράφει την εκάστοτε σύμβαση σχετίζεται με μια παραγωγική δραστηριότητα αποκλειστικά στην κρατική εγχώρια αγορά.¹⁷ Πολλές διαιτητικές κρίσεις μάλιστα έχουν αναγνωρίσει την αρχή αυτή ως κανόνα του *κοινοδικαίου της διεθνούς διαιτησίας*¹⁸ το οποίο εσωκλείει κανόνες κομβικούς για την προστασία των διεθνών συναλλακτικών σχέσεων και συνάδει και με την ευρύτατη παγκόσμια αποδοχή της ΣΝΥ¹⁹ για την αναγνώριση και εκτέλεση των διαιτητικών αποφάσεων από την πλειοψηφία των κρατικών παικτών του διεθνούς εμπορίου. Και πράγματι οι κρίσεις αυτές φαντάζουν πολύ λογικές αν αναλογιστεί κανείς την συχνότητα με την οποία τα Κράτη συνάπτουν εμπορικές συμβάσεις με ιδιώτες και την ανάγκη αυτοί να προστατευτούν. Έχει αναχθεί λοιπόν η αρχή αυτή σε έναν κανόνα εφαρμογής της διεθνούς δημόσιας τάξης που επιτάσσει από τον διαιτητή να σεβαστεί την συμβατική ηθική.

¹⁵ Η διεθνής, υπερεθνική θα έλεγε κανείς, υπόσταση της δημόσιας τάξης περιλαμβάνει αρχές του διεθνούς δικαίου και προστατεύει τα συναλλακτικά ήθη. Βλ. και την ανάλυση του *Lalive* σε *LaLive P.*, “*Transnational (or truly International) Public Policy and Arbitration*”, ICCA Congress, series no 3, New York, 1986, σ. 275

¹⁶ Ad hoc Award, *Benteler v. Belgium*, 18 Nov. 1983, *J.Int. L. Arb.*, 1984, σ. 184 επ.

¹⁷ David R., “*L’Arbitrage dans le commerce international*”, Bruylant eds, 1982, σ. 217-218

¹⁸ “The common law of International Arbitration”, ως τέτοιος είχε αναφερθεί στην *Benteler* και την ICC 1803/1980

¹⁹ New York Convention on the Recognition & Enforcement of foreign Arbitral Awards, 1958

Θα πρέπει να διακρίνουμε πως όταν αναφερόμαστε στην ικανότητα αυτή έχουμε να κάνουμε με ένα ζήτημα υποκειμενικής διαιτητευσιμότητας²⁰ και όχι για ένα θέμα διεπόμενο από το δίκαιο της ικανότητας προσώπου να συνάπτει διαιτητικές συμφωνίες²¹. Οι κανόνες σχετικά με το πρόσωπο έχουν ως στόχο να προστατεύσουν το ίδιο ενώ οι περιορισμοί του Κράτους έχουν να κάνουν και με ζητήματα δημόσιας τάξης και εθνικής κυριαρχίας. Γι' αυτό και σε αντίθεση με τους κανόνες για το πρόσωπο η ικανότητα του Κράτους να συνάψει συμφωνία διαιτησίας δεν ακολουθεί την ίδια μέθοδο, αυτή δηλαδή των κανόνων συγκρούσεως.

B. Η Συμβολή της Νομολογίας

Στην θεμελιώδη απόφαση *Galakis*²²²³ του 1966 από το γαλλικό Ακυρωτικό ήταν που για πρώτη φορά με τόσο εμφαντικό τρόπο μεταστράφηκε η λογική που επέτασσε οι περιορισμοί της εθνικής νομοθεσίας να επιδρούν σε όλες τις κρατικές δραστηριότητες και διαπλάστηκε για πρώτη φορά ο κανόνας αυτός καθώς αναγνωρίστηκε στο Κράτος και στα όργανα και φορείς του η δυνατότητα να συνάπτουν έγκυρα διαιτητικές συμφωνίες στις διεθνείς συναλλαγές με τους εγχώριους περιορισμούς να αφορούν μόνο την εσωτερική, ημεδαπή διαιτησία. Μάλιστα η γαλλική νομολογία ακολούθησε τις ίδιες θέσεις και στις ακόλουθες αποφάσεις *Bec Freres* και *Gatoil* εγκαθιδρύοντας έτσι το νέο πλαίσιο. Μάλιστα διάταξη σ' αυτή την λογική υιοθετήθηκε και στο Ελβετικό δίκαιο με την ρύθμιση 177 του κώδικα ιδιωτικού διεθνούς του 1987, σύμφωνα με την οποία όταν διάδικο μέρος μια διαιτητικής διαφοράς είναι το Κράτος ή κάποιο όργανο του αυτό δεν έχει το δικαίωμα να επικαλεστεί την εθνική του νομοθεσία για να αμφισβητήσει την δέσμευση του από την διαιτησία.

Η συνομολόγηση της διαιτητικής συμφωνίας αναδεικνύεται σε *condition sine qua non* της συμβατικής σχέσης και πρέπει η αντιμετώπιση της επίδικης σχέσης να τελείται υπό μια ευρεία, διασταλτική οπτική γωνία διεθνούς δικαίου και όχι μια συσταλτική και περιορισμένη ερμηνεία

²⁰ Ο όρος στα αγγλικά είναι subjective arbitrability, βλ. και Γ. Πετρόχειλος, Η Διαιτητική Επίλυση των Διεθνών Διαφορών, στο *Δίκαιο Διεθνών Συναλλαγών*, Χ. Παμπούκη, (Νομική Βιβλιοθήκη, 2009), σελ 1265-1268

²¹ Μαντάκου Α., «Η κατάρτιση της συμφωνίας διαιτησίας στη Διεθνή Συναλλαγή». Αντ. Ν. Σακκουλας, 1998, σ. 90

²² *Tresor public v. Galakis*, Cour de Cassation, 2 mai 1996, JDI 1966, 648

²³ Βλ. και Batifol, "Arbitration clauses concluded between French Government Owned Enterprises and Foreign Private Parties", *Columbia Journal of International Law*, 1968, 32, σ. 56

με βάση το εθνικό δίκαιο στο πλαίσιο και της ως άνω αποδοχής ενός κοινοδικαίου της διεθνούς διαιτησίας αλλά και μιας υπερεθνικής δημόσιας τάξης. Άλλωστε η διαφορά των διαιτητών από τους κρατικούς λειτουργούς όπως πολύ σωστά επισημαίνει ο καθηγητής *X. Παμπούκης*²⁴, είναι πως οι μεν αποκτούν έρεισμα από την βούληση και αυτονομία των μερών και αποτελούν ειδικούς για την επίλυση πρακτικών προβλημάτων, εν αντιθέσει με τους κρατικούς δικαστές οι οποίοι ως μηχανολόγοι της κοινωνίας, έχουν ως πρωταρχικό στόχο να χειριστούν την εκάστοτε υπόθεση και την απονομή της δικαιοσύνης εντός των κρατικών ορίων που δρουν²⁵. Η βασική διάκριση δηλαδή μεταξύ των δύο *fora*, είναι πως το *forum* του διαιτητή είναι αυτόνομο ενώ του δικαστή ετερόνομο²⁶. Μόνο μια ολιστική προσέγγιση της διεθνούς πτυχής των ιδιωτικών σχέσεων όπως η ανωτέρω, θα διασφαλίσει την διαφορετικότητα της φιλοσοφίας των δύο θεσμών αλλά και θα ενισχύσει στην επίλυση των πολύπλοκων προβλημάτων που ανακύπτουν.

Χρειάζεται λοιπόν, ιδιαίτερη προσοχή ώστε τα έμφυτα αυτά πλεονεκτήματα της διαιτητικής διαδικασίας να μην υπονομευτούν από τους κρατικούς φορείς που ως ισχυρότερο μέρος της αντιδικίας, και με μια δόση αυθαιρεσίας πολλάκις, δεν θα διστάσουν να επιστρατεύσουν όλα τα μέσα ώστε να αποβεί νικηφόρος υπέρ τους η κρίση του οργάνου. Είναι ζωτικό το διαιτητικό όργανο να χαίρει της ευρείας αποδοχής από τα Κράτη και τα δικαστήρια τους²⁷

Επιπροσθέτως, πολύ συχνά η συνομολόγηση ρητρών διαιτησίας από το Κράτος, θα υπόκειται σε περαιτέρω περιορισμούς από το εθνικό δίκαιο. Τέτοιοι περιορισμοί μπορεί να είναι ουσιαστικής φύσεως να αφορούν δηλαδή το αντικείμενο των διαφορών που μπορούν ή δεν μπορούν να υπαχθούν σε διαιτησία²⁸, ή διαδικαστικής φύσεως να προβλέπουν με άλλα λόγια ειδική διαδικασία προκειμένου η σύναψη ρήτρας διαιτησίας από το Κράτος να είναι έγκυρη²⁹.

²⁴ Pamboukis Ch., “The Arbitrator as a problem solver” in “*Arbitrability: International and Comparative Perspectives*”, Mistelis L./Brekoulakis S., Wolter Kluwer eds., 2009, σ. 125

²⁵ Οι πολύ εύστοχοι χαρακτηρισμοί της διαφορετικής ταυτότητας των λειτουργών στο αγγλικό κείμενο αποδίδονται ως *arbitrators as pragmatic problem solvers και state judges as social engineers, ibid*

²⁶ *Ibid*

²⁷ Pamboukis Ch., *supra*

²⁸ Αντικειμενική διαιτητευσιμότητα, *objective arbitrability*

²⁹ *supra*

Ως προς το πρώτο, τα περισσότερα εθνικά δίκαια τείνουν να συγκλίνουν προς τα είδη των διαφορών που θεωρούν μη διαιτητέσιμα, και συνήθως πρόκειται για τομείς δικαίου που σχετίζονται και με την απονομή δικαιοσύνης από το Κράτος, όπως ο χώρος του ποινικού δικαίου. Διχογνωμία υπάρχει αναφορικά με την διαιτητευσιμότητα των εργατικών διαφορών και των διαφορών πτωχευτικού δικαίου, ενώ επίκαιρο ζήτημα είναι και η σχέση μεταξύ διαφορών από την παράβαση των αντιμονοπωλιακών κανόνων του ανταγωνισμού καθώς και η σύνδεση των Κρατικών ενισχύσεων με την διαιτησία, περαιτέρω ανάλυση των οποίων όμως εκφεύγει του θεματικού ορίζοντα της παρούσης. Αξιοσημείωτο είναι μόνο το γεγονός πως στην Ελλάδα, με την απόφαση ΑΕΔ 24/1993, και πλειοψηφία 8 μελών του Ανώτατου Ειδικού Δικαστηρίου, κρίθηκε πως η διάταξη του άρθρου 4 παρ. 4 του ν. 4171/1961, σχετικά με το διαιτητέσιμο των φορολογικών διαφορών δεν αντιβαίνει στο άρθρο 94.1 Σ. Ειδικότερα, κρίθηκε πως εφόσον το Σύνταγμα δεν απαγορεύει ρητά την διαιτησία επί των εν λόγω διαφορών, εκ της σιωπής του νομοθέτη συνάγεται ότι την επιτρέπει. Η αναφορά αυτή γίνεται καθώς στην πρακτική της εμπλοκής του Κράτους στην διεθνή διαιτησία πολλές φορές, ειδικά στην περίπτωση των ιδιωτικοποιήσεων, μπορούν να προκύψουν διαφορές φορολογικού περιεχομένου. Να σημειώσουμε όμως, πως η δικαιοδοσία του διαιτητικού οργάνου δεν εκτείνεται και στην εξουσία ακυρώσεως της διοικητικής πράξης επιβολής του φόρου καθώς αυτή επιφυλάσσεται από το Σύνταγμα υπέρ των διοικητικών δικαστηρίων.

Όσον αφορά την περίπτωση των διαδικαστικής φύσεως περιορισμών, χαρακτηριστικά όσον αφορά την χώρα μας, στο πλαίσιο του ελληνικού δικαίου, τέτοιοι περιορισμοί υφίστανται στο αρ. 49 του ΕισΝΚΠολΔ που προβλέπει μεταξύ άλλων ότι *«[τ]ο δημόσιο μπορεί να συνομολογήσει συμφωνία διαιτησίας μόνο εγγράφως ύστερα από γνωμοδότηση της ολομέλειας του Νομικού Συμβουλίου και απόφαση του υπουργού των οικονομικών και του αρμόδιου υπουργού. Με τον ίδιο τρόπο το δημόσιο ορίζει τους διαιτητές του»*.

Έτσι, η σύναψη ρήτρας διαιτησίας από το Ελληνικό Δημόσιο χωρίς την τήρηση της παραπάνω διαδικασίας καθιστούσε την ρήτρα άκυρη και, συνεπώς, μη δεσμευτική για το Κράτος.

Ωστόσο, εξαίρεση στον παραπάνω κανόνα τίθεται από το αρ. 8 παρ. 1 του ΝΔ 736/1970³⁰, το οποίο προβλέπει ότι *«Επι διαιτησιών του Δημοσίου συνομολογουμένων εις συμβάσεις μετ`*

³⁰ «Περί ρυθμίσεως θεμάτων τινών της περί Νομικού Συμβουλίου του Κράτους Νομοθεσίας»

αλλοδαπών φυσικών ή νομικών προσώπων δεν έχει εφαρμογήν το άρθρ. 49 του εισαγωγικού Νόμου Κώδικος Πολιτικής Δικονομίας»³¹. Συνεπώς, από την συστηματική ερμηνεία του αρ. 49 παρ. 1 και του άρθρου 8 παρ. 1 του Ν.Δ. 736/1970 συνάγεται ρητά η διαδικασία του αρ. 49 με την προηγούμενη γνωμοδότηση του ΝΣΚ δεν απαιτείται στις περιπτώσεις που η διαιτητική ρήτρα συνάπτεται μεταξύ ενός δημοσίου νομικού προσώπου με αλλοδαπά φυσικά ή νομικά πρόσωπα.

B.1 Η ελληνική τάση της νομολογίας

Στο πνεύμα της γαλλικής νομολογιακής τάσης που εκκίνησε η Galakis κινήθηκε και η ελληνική νομολογία αναφορικά με τις απαιτούμενες προϋποθέσεις για την έγκυρη κατάρτιση διαιτητικής συμφωνίας από το Κράτος.

Σε αυτό το σημείο οφείλουμε να αναφέρουμε ότι ήδη από το 1965 με την απόφαση ΑΠ 565/1965³², το Ακυρωτικό δικαστήριο επέδειξε έντονη νομική προοδευτικότητα είχε αναγνωρίσει την εξαίρεση αυτή, κρίνοντας ότι ο περιορισμός του αρ. 49 είναι εσωτερικής και όχι διεθνούς δημόσιας τάξης και είχε απαλλάξει το ελληνικό Δημόσιο από την υποχρέωση τηρήσεως των περιοριστικών αυτών προϋποθέσεων.

Στην συνέχεια και η απόφαση ΑΠ 986/1986 επανέλαβε την ανωτέρω άποψη διατυπώνοντας χαρακτηριστικά πως:

«Επειδή, η διάταξη του άρθρου 49 παρ. 1 του Εισ.Ν.Κ.Πολ.Δ. ορίζει ότι [...] Εξάλλου οι περιορισμοί που θέτει το άρθρο αυτό για την υποβολή από το Δημόσιο διαφορών σε διαιτησία, ανάγονται στην εσωτερική και όχι στην διεθνή δημόσια τάξη. Αυτό σημαίνει ότι δεν παρεμποδίζεται από την ανωτέρω διάταξη το ελληνικό δημόσιο να συνολογήσει σε σύμβαση που έχει διεθνή χαρακτήρα, διαιτητική ρήτρα, χωρίς την τήρηση των ανωτέρω διαφορών που μέλλουν

³¹ ΝΔ 736/1970 «Περί ρυθμίσεως θεμάτων τινών της περί του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους Νομοθεσίας», βλ επίσης αρ 1 παρ 1 εδ. β', αρ 2 παρ 2 εδ α

³² ΕΕμπΔ (1966), σελ 289· παρομοίως οι ΑΠ 1668/1986 (54) ΕΕΝ (1987), σελ 615 και ΑΠ 986/1986 (54) ΕΕΝ (1987), σελ 349

να προκύψουν από την διεθνή αυτή σύμβαση με διαιτησία, η οποία θα διενεργηθεί στην αλλοδαπή και θα διέπεται από το αλλοδαπό δίκαιο»

Εξέχουσας σημασίας είναι και η ΑΠ 8/1996, η οποία ακολούθησε το νομολογιακό προηγούμενο και έκρινε ότι:

«Κατά την αληθινή έννοια της πρώτης από τις προαναφερόμενες διατάξεις (άρθρο 8 § 1 του ν.δ. 736/1970), η δεύτερη απ' αυτές (άρθ. 49 § 1 ΕισΝΚΠολΔ) δεν εφαρμόζεται, όχι μόνο όταν το Ελληνικό Δημόσιο συμβάλλεται απευθείας με αλλοδαπά φυσικά ή νομικά πρόσωπα, αλλά και όταν τα δικαιώματα και υποχρεώσεις του απορρέουν από διεθνή συναλλαγή, όπως στην περίπτωση καταρτίσεως ναυλοσυμφώνου στην αλλοδαπή από αλλοδαπά φυσικά ή νομικά πρόσωπα για τη μεταφορά φορτίου με παραλήπτη το ίδιο (Δημόσιο), στο οποίο (ναυλοσύμφωνο) καταχωρίζεται ρήτρα παραπομπής των διενέξεων σε διαιτησία.»

Στις παρατηρήσεις του στην εν λόγω μάλιστα, ο Χ. Παμπούκης, επισήμανε ορθά πως η εν λόγω περιοριστική διάταξη του άρθρου 49.1, αποτελεί κανόνα ελληνικού ουσιαστικού δικαίου και μόνο ως τέτοιος θα μπορούσε να έχει εφαρμογή, δηλαδή όταν το εφαρμοστέο δίκαιο επί της σχέσης είναι το ελληνικό, με μόνη επιφύλαξη επί αυτού την πιθανότητα να εφαρμοστεί ως κανόνας αμέσου εφαρμογής³³.

Η νομολογιακή αυτή συνέχεια όπως παρατηρούμε υπήρξε έντονα συστηματική και εγκαθίδρυσε το εν λόγω νομικό καθεστώς, δημιουργώντας, έτσι, έναν ουσιαστικό κανόνα ιδιωτικού διεθνούς δικαίου³⁴ ως προς την συγκεκριμένη ικανότητα του ελληνικού Δημοσίου. Με την τελευταία απόφαση ο Άρειος Πάγος προσέθεσε ως δικαιολογητικό λόγο αποφυγής της δέσμευσης του άρθρου 49.1, την αρχή της απλότητας και της ταχύτητας που πρέπει να διέπουν την κατάρτιση εμπορικών συμβάσεων, ειδικά στο επίπεδο των διεθνών συναλλαγών ώστε να αποφευχθεί η περίπτωση η θέση του να καταστεί δυσμενέστερη συγκριτικά με τον αντίδικο ιδιώτη.

³³ Χ. Παμπούκης, «Παρατηρήσεις στην ΑΠ 8/1996», ΕπισκεΔ (1997), σελ 95

³⁴ Ibid σ. 96

Με την απόφαση αυτή μάλιστα, επεκτείνεται η ανωτέρω εξαίρεση, καθώς έγινε διασταλτική ερμηνεία των εξαιρέσεων της εφαρμογής του άρθρου 49 ΕισΝΚΠολΔ το οποίο δεν εφαρμόζεται ούτε στις περιπτώσεις κατά τις οποίες τα δικαιώματα και οι υποχρεώσεις του Δημοσίου απορρέουν από διεθνή συναλλαγή, καλύπτοντας, πέρα από τις περιπτώσεις του αρ. 8 παρ. 1 (αλλοδαπό φυσικό ή νομικό πρόσωπο) του ΝΔ 736/1970, και τις περιπτώσεις εκείνες όπου υπάρχει διεθνής συναλλαγή του Δημοσίου αλλά όχι με αλλοδαπό ιδιώτη (πχ. με νομικό πρόσωπο που έχει την πραγματική του έδρα στον Πειραιά και το οποίο σύμφωνα με ελληνικό δίκαιο και το αρ. 10 του ΑΚ δεν μπορεί να θεωρηθεί αλλοδαπό)³⁵.

B. 2 Η έννοια της διεθνούς συναλλαγής

Σχετικά με τον προσδιορισμό της έννοιας της διεθνούς συναλλαγής, έννοια κομβική και για το εν γένει δίκαιο των διεθνών συναλλαγών, σημαντικότερες είναι οι απόψεις που έχουν υποστηριχθεί αφενός επί τη βάση του νομικού κριτηρίου, σύμφωνα με την οποία διεθνής είναι η συναλλακτική σχέση που εισχωρεί στην σφαίρα ενέργειας του δικαίου περισσότερων πολιτειών³⁶ και παρουσιάζει σύνδεσμο με αυτά ή με μια διεθνή σύμβαση. Το στοιχείο αλλοδαπότητας είναι το κρίσιμο που μεταβάλλει την σχέση από εσωτερική σε διεθνή και πρόκειται για μια μεταβολή ποιοτική καθώς όταν μια έννομη τάξη έρχεται σε επαφή με μια ή πολλές ξένες τότε απαιτείται να προβλεφτεί και μια διαφορετική μεταχείριση.³⁷ Πρέπει επίσης να σημειωθεί πως το προσήκον κριτήριο πρέπει να δημιουργεί μια ισχυρή σύνδεση μεταξύ των δύο έννομων τάξεων.

Εν συντομία τα άλλα δύο κριτήρια που έχουν προκριθεί είναι το οικονομικό και το διασυνοριακό κριτήριο. Το οικονομικό κριτήριο, που έχει εξαχθεί από την διάσημη απόφαση *Mardelet*³⁸ θεωρεί διεθνής την συναλλαγή όταν η οικονομική σχέση των μερών αναπτύσσεται

³⁵ Ibid σ. 96

³⁶ Ευρυγένης Δ., «Στοιχεία του δικαίου των διεθνών συναλλαγών και των διεθνών οικονομικών οργανώσεων», Εκδ. Π. Σακκουλα, Θεσσαλονίκη, 1976, σ. 7

³⁷ Ευρυγένης, *supra note*, υπ. 28

³⁸ Civ. 27 Janvier 1931, Rev. crit. dr. Int. Pr. 1934, 514

πέρα από τα όρια ενός κράτους ή μίας εθνικής οικονομίας³⁹. Όταν, δηλαδή, η υπό κρίση βιοτική σχέση επηρεάζει τα συμφέροντα του διεθνούς εμπορίου⁴⁰.

Το γεωγραφικό κριτήριο θεωρεί από την άλλη, διεθνή την βιοτική σχέση που έχει διασυνοριακό χαρακτήρα⁴¹.

Στην εν λόγω απόφαση του ΑΠ, φαίνεται πως προκρίνεται το *νομικό* κριτήριο ως καθοριστικό⁴². Τέλος, ως προς το ζήτημα αν το Δημόσιο στην διάταξη του αρ. 49, αλλά και στην απόφαση του ΑΠ, εννοείται υπό στενή ή ευρεία έννοια, φαίνεται ασφαλές να συναγάγουμε ότι εννοείται υπό στενή έννοια, όπως ορίστηκε αυτή ανωτέρω, διότι όλο το αιτιολογικό του Ανωτάτου Δικαστηρίου διατρέχεται από τη λογική της αυτοτελούς νομικής προσωπικότητας του Κράτους.

Γ. Η ανάγκη ρητής διατύπωσης της ρήτρας – Η περίπτωση της Yukos

Η συνολολόγηση της ρήτρας από το κράτος, εν συνεχεία, είναι εξέχουσας σημασίας να είναι ξεκάθαρη και αναμφίβολη. Στην αντίθετη περίπτωση η διαιτητική απόφαση κινδυνεύει να ακυρωθεί όπως π.χ. συνέβη στην διάσημη υπόθεση επενδυτικής διαιτησίας, Yukos⁴³, στην οποία επιδικάστηκε από το PCA το υψηλότερο ποσό που έχει επιδικαστεί ποτέ σε διαιτητική απόφαση, ανερχόμενο σε δυσθεώρητα ύψη της τάξεως των \$ 50 δις. Το Dutch District Court στην απόφαση ακύρωσης της διαιτητικής απόφασης επέλεξε ακριβώς τον όρο “clear and unambiguous” για να περιγράψει την ανάγκη η ρήτρα να είναι σαφής. Δεν αρκεί δηλαδή το ότι το κράτος έχει συμβληθεί σε μία BIT (ή IIA⁴⁴) αλλά θα πρέπει να έχει δεσμευτεί πως δεν θα επικαλεστεί κάποιον από τους πιθανούς περιορισμούς της εσωτερικής του νομοθεσίας (όπως π.χ. ότι κάποιου τύπου διαφορές δεν είναι διαιτητεύσιμες).

³⁹ Χ. Παμπούκης, *Δίκαιο Διεθνών Συναλλαγών*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2009, σελ 22-25

⁴⁰ Το κριτήριο αυτό ακολουθείται από το άρθρο 1492 του νέου γαλλικού κώδικα Πολιτικής Δικονομίας όσον αφορά τον ορισμό της διεθνούς διαιτησίας.

⁴¹ Το εν λόγω κριτήριο ακολουθείται πιο περιορισμένα, κυρίως από την Σύμβαση της Βαρσοβίας για τη διεθνή αεροπορική μεταφορά

⁴² Αυτό το κριτήριο άλλωστε προκρίνεται και από την Σύμβαση της Βιέννης για την διεθνή πώληση του 1980, την Σύμβαση της Χάγης του 1964 για το ομοιόμορφο δίκαιο και άλλες διεθνείς συμβάσεις.

⁴³ *The Russian Federation v. Veteran Petroleum Ltd., Yukos Ltd and Hulley Enterprises Ltd*

⁴⁴ International Investment Agreement

Στην περίπτωση της Yukos, το ζήτημα ήταν πως *inter alia*, η Συνθήκη Ενέργειας (Energy Charter Treaty) η οποία αποτέλεσε το έρεισμα της διαιτησίας μεταξύ της μεγάλης εταιρίας Πετρελαίου και του Ρωσικού Κράτους, λόγω της απαλλοτρίωσης της πρώτης, αντίβαινε στο εγχώριο ρωσικό δίκαιο, με βάση το οποίο διαφορά που αντιβαίνει σ' αυτό είναι μη διαιτητεύσιμη, ενώ στην ρήτρα δεν αναφερόταν κάποια αποδοχή της Ρωσίας για αυτήν την αντίθεση και ακολούθως η διαιτητική απόφαση ακυρώθηκε από το ολλανδικό δικαστήριο (όπως αργότερα έγινε και στα δικαστήρια της Γενεύης και της Νέας Υόρκης)⁴⁵.

Χρειάζεται πολύ μεγάλη προσοχή, λοιπόν, κατά την σύνταξη της διαιτητικής ρήτρας όταν ένας ιδιώτης-επενδυτής έρχεται αντιμέτωπος με έναν κρατικό φορέα, καθώς θα πρέπει να γίνεται εμφανές πως ο φορέας αυτός συνομολογεί έγκυρα την ρήτρα, προς αποφυγή μελλοντικών εμποδίων κατά την διαδικασία εκτέλεσης. Δεν αρκεί δηλαδή ούτε μια ασαφής και γενική ρήτρα αλλά ούτε και μια BIT η οποία να μην έχει υπογραφεί από το Κράτος αλλά δεν έχει επικυρωθεί. Υφίσταται και το επιχείρημα, βέβαια, βρίσκοντας έρεισμα στο άρθρο 8 της Σύμβασης της Βιέννης για το δίκαιο των συνθηκών του 1969, πως ένα Κράτος που έχει υπογράψει αλλά δεν έχει επικυρώσει μία τέτοιου είδους συνθήκη όπως η BIT, με βάση και το εθιμικό δημόσιο διεθνές δίκαιο, έχει την υποχρέωση να μην προβεί σε ενέργειες που αντιβαίνουν έντονα στο πνεύμα και στον σκοπό της συνθήκης που υπέγραψε⁴⁶. Αυτό το επιχείρημα θα μπορούσε να βρει έρεισμα επίσης και στην *pacta sunt servanda*.

Δ. Καταληκτικά πορίσματα

Τα σημαντικότερα συμπεράσματα στα οποία καταλήγουμε από την ανωτέρω ανάλυση είναι πως:

- Πρέπει να αναγνωρίσουμε την διάκριση μεταξύ εθνικής/εσωτερικής και διεθνούς/υπερεθνικής δημόσιας τάξης και στην αλληλεπίδραση της τελευταίας με τα κοινοδίκαιο της διεθνούς διαιτησίας. Με αυτή την λογική περιορισμοί εσωτερικών νομοθεσιών των Κρατών θα είναι εφαρμοστέοι μόνο στην εσωτερική και δεν έχουν θέση στην διεθνή διαιτησία.

⁴⁵ Hofmeyr C., “*The consent of a state to international arbitration*”, Lexology, 2016, www.lexology.org. Τελευταία επίσκεψη 26.12.2016

⁴⁶ Βλ. και την υπόθεση German Interest in Polish Upper Silesia, 1936, PCH

- Να θεωρούμε πως η δυνατότητα του Κράτους και των κρατικών του οργάνων να συνάπτουν ρήτρα διαιτησίας όσον αφορά διεθνή συμβόλαια και οι αντίστοιχες ιδιαιτερότητες της ικανότητας αυτής, σχετίζονται με το δίκαιο εφαρμοστέο επί της συμβάσεως και όχι το εσωτερικό δίκαιο του Κράτους.
- Η επίκληση από το Κράτος μιας απαγόρευσης της εσωτερικής νομοθεσίας του μετά την σύναψη της ρήτρας για να την καταστήσει άκυρη θα μπορούσε να θεωρηθεί ακόμα και ενάντια στην αρχή *estoppel* του common law ή την αντίστοιχη *venire contra factum proprium* του ηπειρωτικού δικαίου όπου δεν επιτρέπει σε ένα συμβαλλόμενο μέρος να ανατρέψει την εντύπωση που ο ίδιος με την συμπεριφορά του έχει δώσει.

Κεφάλαιο 2^ο : Ο Διορισμός διαιτητών από το Κράτος

Στην διαιτησία ο αρμόδιος διαιτητής διορίζεται από τα μέρη. Αναφορικά με τη διεθνή διαιτησία, συγκεκριμένα, στο άρθρο 11 του νόμου 2735/1999 διατυπώνεται ότι τα μέρη καταρχήν συμφωνούν στη διαδικασία διορισμού των διαιτητών, αλλιώς επιλέγει το κάθε διάδικο μέρος ένα διαιτητή, και από κοινού οι δύο αυτοί διαιτητές επιλέγουν τον τρίτο. Είναι σύνηθες οι επιλεγόμενοι διαιτητές να είναι εξειδικευμένοι στο *in casu* υπό κρίση ζήτημα και να είναι έμπειροι ακαδημαϊκοί ή δικηγόροι με πολύχρονη εμπειρία. Άλλωστε το ουσιαστικό αντικείμενο της διαφοράς μιας διαιτησίας μπορεί να ποικίλει αναφορικά με την νομική του φύση και να απαιτεί εξειδικευμένες γνώσεις σε περίπλοκα ζητήματα.

Όταν μέρος της διαιτησίας είναι το Κράτος, η διαδικασία διορισμού είναι διαφορετική, καλύπτεται από ειδικό νομοθετικό πλαίσιο και φέρνει για άλλη μια φορά στο προσκήνιο την διαμάχη μεταξύ της διαφύλαξης της κρατικής υπεροχής και της ιδιωτικής, ευέλικτης και επιχειρηματικής φύσης της διαιτησίας.

Α. Κριτική του ελληνικού νόμου περί διορισμού διαιτητών

Συγκεκριμένα για την χώρα μας, το ισχύον νομοθετικό πλαίσιο χρήζει δριμεούς κριτικής καθώς θέτει σε αμφιβολία μια από τις βασικές αρχές της διαιτησίας, την αμεροληψία του διαιτητικού

οργάνου⁴⁷ ενώ δημιουργεί και ζητήματα γνωστικής ανεπάρκειας και μη εξειδίκευσης των διαιτητών που διορίζονται με αποτέλεσμα το ελληνικό Κράτος να είναι το ηττηθέν μέρος στην πλειοψηφία των διαιτητικών υποθέσεων στις οποίες εμπλέκεται, με τον διαιτητή που το εκπροσωπεί την πλειονότητα των περιπτώσεων να μειωηφεί.

Στο άρθρο 6§3^A εδ.α' του ν. 3086/2002 για το ΝΣΚ, ορίζεται πως το Ελληνικό Δημόσιο για διαφορές διεθνούς διαιτησίας που αφορούν συμβάσεις που καταρτίζονται με το Δημόσιο ή με κρατικά πρόσωπα δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου διορίζει ως διαιτητή έναν εν ενεργεία λειτουργό του ΝΣΚ⁴⁸.

Σε εξαιρετικές περιπτώσεις και με αυξημένη πλειοψηφία των δύο τρίτων (2/3) των παριστάμενων μελών της Ολομέλειας διαιτητής ορίζεται επίτιμος λειτουργός του ΝΣΚ (εδ.β' του ίδιου άρθρου). Διαιτητής δύναται να διοριστεί και πρόσωπο μη λειτουργός του ΝΣΚ, μόνο εφόσον αυτό επιβάλλεται από την φύση της διαφοράς και αυτό προβλέπεται ρητά στην ρήτρα διαιτησία την οποία συνυπογράφει και ο Υπ. Οικονομικών (εδ. γ'). Δυστυχώς, όμως η πρακτική αυτή δεν υιοθετείται σχεδόν ποτέ από την χώρα μας η οποία επιμένει να διορίζει λειτουργούς του ΝΣΚ όταν βρίσκεται ως μέρος σε διαιτητική διαφορά. Αυτό άλλωστε φαίνεται και από τους υπερβολικά μεγάλους περιορισμούς που θέτει η διάταξη.

Εν προκειμένω, διακρίνεται με την εξέταση του νόμου, μια εξειδίκευση και ένα περιοριστικό πλαίσιο όσον αφορά την εκλογή διαιτητών από την Διοίκηση και μια υπερβολική ενίσχυση του ΝΣΚ, το οποίο επί της ουσίας επιλέγει το ίδιο τα πρόσωπα στην διαιτησία και ασκεί συναρμοδιότητα με το εμπλεκόμενο κρατικό νομικό πρόσωπο⁴⁹ επί της συναφθείσας συμβάσεως.

⁴⁷ Bernandini P., "The role of the international arbitrator", Arbitration International, Vol. 20, n.2, 2004, σ. 252

⁴⁸ "Σε εθνικές και διεθνείς διαιτησίες οι οποίες αφορούν συμβάσεις που καταρτίζονται με το Δημόσιο ή με κρατικά νομικά πρόσωπα δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου που συγκροτούνται και λειτουργούν για την εξυπηρέτηση δημοσίου συμφέροντος, διαιτητής εκ μέρους του Ελληνικού Δημοσίου ή του κρατικού νομικού προσώπου δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου ορίζεται ένας εν ενεργεία λειτουργός του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους."

⁴⁹ Κούρτης Δ., «Διεθνής Διαιτησία, Σχολιασμός του άρθρου 16 Π.Ν. 4110/2003», νομική εφημερίδα curia. gr, Τελευταία επίσκεψη 20/12/2016.

Όπως γίνεται αντιληπτό η πρακτική αυτή εγείρει σημαντικά ζητήματα ανεξαρτησίας και αμεροληψίας του διαιτητή που ορίζεται από το Δημόσιο, ιδιαίτερα σε ένα *forum* όπως η διεθνής διαιτησία που διακρίνεται λόγω της ουδετερότητάς της.⁵⁰ Το κριτήριο της ιθαγένειας του διαιτητή που ίσως αποτελεί δικαιολογητικό λόγο αυτής της νομοθετικής επιλογής ίσως όμως, θα πρέπει τελικά να θεωρείται αποτρεπτικός παράγοντας επιλογής ενός προσώπου καθώς βλάπτει άμεσα την ανεξαρτησία που πρέπει να χαρακτηρίζει τα μέλη του διαιτητικού οργάνου. Αυτά τα ζητήματα είναι απολύτως δικαιολογημένα, αν αναλογιστεί κανείς τις αρμοδιότητες των λειτουργών του Ν.Σ.Κ. Πρώτον και σημαντικότερο αναλαμβάνουν την νομική υποστήριξη του Κράτους και την υπεράσπιση των συμφερόντων του⁵¹ και ουσιαστικά μοναδικό τους μέλημα είναι η υπεράσπιση των κρατικών συμφερόντων.

Επιπλέον, μισθοδοτούνται από το Ελληνικό Δημόσιο,⁵² και επομένως ο διαιτητής βρίσκεται σε μια διαρκή σχέση εξάρτησης με το μέρος που τον διόρισε. Είναι φυσικό, λοιπόν, ότι δεν μπορεί να υπάρξει απόλυτη αυτονομία του διαιτητή όπως θα άρμοζε, γεγονός που θέτει εκποδών την αρχή που στα περισσότερα κείμενα διαιτησίας προβλέπεται και προάγεται ρητά. Αναφορά στην ανάγκη αμεροληψίας του διαιτητή γίνεται στα κείμενα των κανόνων των περισσότερων μεγάλων θεσμικών κέντρων διαιτησίας ενώ η σημασία της είχε διατυπωθεί χαρακτηριστικά και από τον Fouchard: «ο διαιτητής δεν αποτελεί αντιπρόσωπο των μερών αλλά η δικαιοδοτική ισχύς η οποία του δίνεται με την επιλογή του έχει να κάνει με την ισότιμη επίλυση της διαφοράς»⁵³

Η αδυναμία του παρόντος καθεστώτος αποδεικνύεται περίτρανα από το γεγονός ότι σε όλες τις διαιτητικές αποφάσεις που εκδόθηκαν σε βάρος του Δημοσίου υπάρχει πάντα μειοψηφούσα γνώμη του λειτουργού του Ν.Σ.Κ., που διορίστηκε ως διαιτητής.⁵⁴ Είναι εύκολο να αναλογιστεί κανείς πόσο πολύ θα ωφελούσε το ελληνικό Κράτος μια τροποποίηση της συγκεκριμένης νομοθεσίας και η ευχέρεια να μπορεί αυτό να ορίζει έμπειρους διαιτητές του διεθνούς χώρου.

⁵⁰ Παμπούκης Χ., «*Δίκαιο Διεθνών Συναλλαγών*», Νομική Βιβλιοθήκη, 2010, σελ.1242.

⁵¹ ν. 3086/2002, αρθρ.2, 22.

⁵² ν. 3086/2002, αρθρ.42.

⁵³ Για περαιτέρω ανάλυση βλ. Fouchard P., «*Les Rapports entre L' Arbitre et les Parties et le Institution Arbitrale*», Bulletin de la Cour International d' arbitrage, 1995, 12, σ. 16

⁵⁴ Δημολιτσά Α.Κ., *Διαιτητικές Συμφωνίες και Ξένες Επενδύσεις*, Νομικό Βήμα, σελ.1397.

Επιπρόσθετα, οι λειτουργοί του ΝΣΚ δεν διαθέτουν στις περισσότερες περιπτώσεις την απαραίτητη εμπειρία, τόσο θεωρητική όσο και πρακτική για να διαχειριστούν σωστά την διαδικασία. Στο περιβάλλον της διεθνούς διαιτησίας τα νομικά ζητήματα με τα οποία θα κληθεί να έρθει αντιμέτωπος ο αρμόδιος διαιτητής είναι πιθανό να αφορούν πολύ εξειδικευμένες γνώσεις νομικών κλάδων, όπως π.χ. διαφορές επί χρηματοπιστωτικών προϊόντων ή και συνδυασμό των κλάδων του ιδιωτικού και δημοσίου διεθνούς δικαίου και απαιτούν προχωρημένο βαθμό εξειδίκευσεως και εμβριθής γνώση των αντικειμένων. Το αν θα διαθέτει τελικά ο λειτουργός του ΝΣΚ αυτό την γνωστική κατάρτιση είναι ζήτημα πραγματικό και θα πρέπει να λαμβάνεται υπόψη από την Ολομέλεια.

Η μόνη λογική που κρύβεται πίσω από το τωρινό καθεστώς είναι η αποφυγή του ενδεχομένου ενός αδρώς αμειβομένου διαιτητή ο οποίος δεν θα υπάγεται σε υπηρεσιακό καθεστώς με το ελληνικό Κράτος και θα ασκούσε καθήκοντα τα οποία μπορεί να ασκήσει ένας δημόσιος λειτουργός ο οποίος υπόκειται και στην πειθαρχική εξουσία των αρμόδιων αρχών αλλά και αμείβεται με βάση την μισθολογική τάξη στην οποία ανήκει κατά την εσωτερική νομοθεσία.⁵⁵

Όμως, τελικά αντί να επιτυγχάνεται ο επιθυμητός στόχος που θα ήταν η ενίσχυση ενός οργάνου συνταγματικής περιωπής (με βάση το άρθρο 101^A του Σ) καθώς και η διασφάλιση των συμφερόντων του Δημοσίου με τον διορισμό διαιτητών με εγνωσμένη κατάρτιση που παράλληλα ανήκουν στο έμπυχο δυναμικό της κρατικής μηχανής το καθεστώς αποδεικνύεται ακραιφνώς περιοριστικό και απαρχαιωμένο.

Ειδικά αν συνοπολογίσει κανείς την ιδιαίτερη φύση της διεθνούς διαιτησίας μεταξύ του Κράτους και των ιδιωτών, το καθεστώς της οποίας συνδέεται άρρηκτα με την προσέλκυση ξένων επενδύσεων στην χώρα, κατανοεί κανείς την ανάγκη για τροποποίηση της νομοθεσίας.

Πρόβλημα που μπορεί ενδεχομένως να παρουσιάσει η εν λόγω διάταξη αποτελεί επίσης και η ανισότητα στην ανεύρεση των πληροφοριών και των απαραίτητων αποδεικτικών στοιχείων μεταξύ των διαιτητών. Όπως είναι φυσικό μια διαιτησία με εμπλεκόμενο έναν κρατικό φορέα θα απαιτήσει επαφή με αρκετούς φορείς και όργανα του Δημοσίου, στα οποία σίγουρα ένας ιθαγενής του Κράτους θα έχει ευκολότερη πρόσβαση από τους διαιτητές του άλλου μέρους, ενώ έχει παρατηρηθεί ακόμα και το φαινόμενο να μην δίνονται από τους δημόσιους αυτούς φορείς οι

⁵⁵ Κούρτης Δ., *op. cit.*

απαραίτητες πληροφορίες που ζητούνται με αποτέλεσμα να δημιουργείται έντονη ανισότητα όσον αφορά την πρόσβαση των μερών στα αποδεικτικά μέσα.

Μάλιστα το ίδιο το ελληνικό δικαστικό σύστημα έχει κατακρίνει αυτή τη ρύθμιση. Το Εφετείο Αθηνών⁵⁶ έχει δεχθεί αίτηση εξαίρεσης λειτουργού του Ν.Σ.Κ. διορισμένου ως διαιτητή σε διαιτητική διαφορά. Επρόκειτο για σύμβαση προμήθειας μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου και κυπριακής εταιρείας σχετικά με πυροσβεστικά αεροσκάφη και υλικό υποστήριξης. Για την επίλυση των διαφορών που προέκυψαν από τη σύμβαση αυτή το Δημόσιο όρισε ως διαιτητή τον Αντιπρόεδρο του Ν.Σ.Κ. Η εταιρεία κατέθεσε αίτηση ενώπιον του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών ζητώντας την εξαίρεση του συγκεκριμένου διαιτητή, διότι γεννούσε υπόνοιες μεροληψίας.

Το Πρωτοδικείο εξέδωσε την απόφαση 3037/1998, κατά την οποία έκανε δεκτή την αίτηση εξαίρεσης και διόρισε απευθείας διαιτητή εκ μέρους του Δημοσίου επίτιμο Αρεοπαγίτη, που ως δικαστικός λειτουργός περιβάλλεται με εγγυήσεις ανεξαρτησίας. Το Ελληνικό Δημόσιο προσπάθησε, από τη μεριά του, να ακυρώσει την απόφαση, χωρίς όμως αποτέλεσμα.

Είναι επομένως προφανές ότι μια τέτοια πρόβλεψη δεν μπορεί να υπάρχει, καθώς γεννά κρίσιμα ζητήματα ανεξαρτησίας του διαιτητή και διαφάνειας της διαδικασίας ενώ θίγει και τις πιθανότητες το ελληνικό Κράτος να κερδίσει την διαιτητική διαμάχη. Σε τέτοιες κρίσιμες θέσεις απαιτείται να τοποθετούνται άτομα με εξειδίκευση και ανεξάρτητα που θα εμπνέουν εμπιστοσύνη και στο άλλο διάδικο μέρος, ώστε να μην εγερθούν λόγοι ακύρωσης αποφάσεων στην βάση της μεροληψίας, αλλά και που θα ωθήσουν ιδιωτικά μέρη να επενδύσουν στην Ελλάδα χωρίς να φοβούνται ότι σε περίπτωση διαιτησίας δεν θα καταφέρουν να δικαιωθούν.

⁵⁶ ΕφαΘ 10363/1998.

Κεφάλαιο 3^ο : Η προσπάθεια μονομερούς υπαναχώρησης και κατάργηση της διαιτητικής συμφωνίας από το Κράτος

Τα Κράτη πολλές φορές προσπαθούν να αποφύγουν την εκκίνηση των διαιτητικών διαδικασιών με έρεισμα συμφωνίες που έχουν υπογράψει θέτοντας σε εφαρμογή την εσωτερική νομοθετική τους διαδικασία. Η προσπάθεια μονομερούς υπαναχώρησης από την υποχρέωση προσφυγής από μια ήδη συμφωνηθείσα διαιτησία, ακόμα και αν τελεί σε πλήρη αντίθεση με το πνεύμα του θεσμού και την θεμελιώδη αρχή *pacta sunt servanda*, είναι συχνό φαινόμενο στην διεθνή πρακτική.

A. Εξέταση μέσα από την θεωρία και την νομολογία

Το Κράτος συχνότατα θα προσπαθήσει είτε να επικαλεστεί εκ των υστέρων περιορισμούς της εθνικής του νομοθεσίας ή με εκ νέου νομοθετική παρέμβαση να καταστήσει άκυρη την συμφωνία. Ουκ ολίγες είναι και οι περιπτώσεις που το Κράτος επικαλείται και την επιφύλαξη της ετεροδικίας του, ειδικά κατά το στάδιο της εκτέλεσης, περίπτωση όμως, που θα αναλύσουμε ξεχωριστά σε επόμενο κεφάλαιο λόγω της σημασίας της και των ιδιαιτεροτήτων που παρουσιάζει.

Όσον αφορά την μεταγενέστερη υπαναχώρηση ενός κρατικού φορέα από την διαιτητική συμφωνία, αυτή συνήθως εμφανίζεται με εκ των υστέρων νομοθετική επέμβαση του Κράτους που καθιστά άκυρη είτε την διαιτητική ρήτρα ή συμφωνία είτε την σύμβαση εν συνόλω⁵⁷. Γίνεται εύκολα κατανοητός ο βαθμός αυθαιρεσίας της πρακτικής αυτής και οι κίνδυνοι και η αβεβαιότητα που αυτή επιφυλάσσει για τον ιδιώτη- επενδυτή. Ο καθηγητής *M. Domke*, είχε χαρακτηριστικά διατυπώσει πως αυτή η πρακτική έρχεται σε τόσο μεγάλη αντίθεση με την αρχή της καλής πίστης (*bonna fide*) και παράλληλα έχει επιβεβαιωθεί ο καταχρηστικός της χαρακτήρας τόσες φορές στην πρακτική όπου αυτή έχει αναχθεί σε ουσιαστικό κανόνα αμέσου εφαρμογής ιδιωτικού διεθνούς δικαίου.⁵⁸ Η πρακτική αυτή ήταν συχνή στο παρελθόν από

⁵⁷ Paulsson J., “*May a state invoke its internal law to repudiate consent to International Arbitration*”, Arb. Int. Vol. 2, 1986, σ. 90

⁵⁸ Domke M., “*Government Immunity in Foreign Trade*”, *Hommage a Frederick Eisemann*, Paris 1978, σ. 44

γαλλόφωνα κράτη της Αφρικής τα οποία επικαλούνταν διατάξεις του εσωτερικού τους δικαίου όταν η διαιτητική διαδικασία εκκινούσε, οι οποίες προφασίζονταν ότι τους απαγόρευαν να προβούν σε διαιτησία.

Από την διεθνή πρακτική και την διαμόρφωση ενός ανεθνικού συνόλου κανόνων του πλαισίου της διεθνούς διαιτησίας μπορούμε να συνάγουμε πως μια τέτοιου είδους πρακτική δεν μπορεί σε καμιά περίπτωση να επιτραπεί και λόγω της κατασκευής της αρχής του απαραβίαστου της διαιτητικής συμφωνίας από την νομολογία των διαιτητικών δικαστηρίων, αρχή που ουσιαστικά αποτελεί μια εξειδικευμένη έκφανση της θεμελιώδους *pacta sunt servanda* και όπως αναφέραμε παραπάνω της αρχής της *bonna fide* και εφαρμόζεται απόλυτα στην διαιτησία που εμπλέκονται Κράτη.⁵⁹

Η αρχή αυτή, επιπρόσθετα, εδράζεται και στην διεθνή δημόσια τάξη, θεωρητικό κατασκεύασμα που όπως είχε διατυπώσει και ο *P. Lalive*: «στο πλαίσιο μιας διεθνικής και υπερεθνικής (*transnational*) δημόσιας τάξης, αναγνωρίζεται μια ιδιαίτερη δεσμευτική ισχύς αρχών της διεθνούς διαιτησίας και του θεμελιώδους περιεχομένου τους, όπως αυτή που απαγορεύει σε ένα Κράτος να καταργεί μονομερώς μια ρήτρα διαιτησίας με μεταγενέστερη νομοθετική παρέμβαση».⁶⁰ Ο ίδια μάλιστα, είχε ερμηνεύσει αυτό τον όρο ως περιέχων τις πιο βασικές αρχές ηθικού και δικαίου περιεχομένου οι οποίες σχετίζονται με τις σχέσεις στον χώρο του διεθνούς εμπορίου.⁶¹ Άξιο αναφοράς είναι και το γεγονός πως η αρχή αυτή είναι θεσμοθετημένη ανεξάρτητα αν την χαρακτηρίσουμε ως κομμάτι της αληθώς διεθνούς δημόσιας τάξης ή της πρακτικής του διεθνούς εμπορίου⁶², ενώ στην υπόθεση *Elf Aquitaine v. NIOC*, έγινε επίκληση αυτής ως μιας αρχής αναγνωρισμένης από το διεθνές δίκαιο.

Ακολούθως, επιχείρημα ενάντια στην πρακτική αυτή, ειδικά όταν στρέφεται ενάντια στην ρήτρα διαιτησίας και όχι στο συμβόλαιο εν συνόλω(περίπτωση στην οποία θα μπορούσαμε να

⁵⁹ Δημολιτσά Α.Κ., “Διαιτητικές Συμφωνίες και Ξένες Επενδύσεις”, Νομικό Βήμα, 2011, σ. 1396

⁶⁰ LaLive P., “*Transnational (or truly International) Public Policy and Arbitration*”, ICCA Congress, series no 3, New York, 1986, σ. 275

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Ibid.*, σ. 276

αντιτάξουμε το ανωτέρω επιχείρημα), είναι αυτό της αρχής της αυτοτέλειας της διαιτητικής ρήτηρας⁶³ η οποία έχει αποκρυσταλλωθεί πολλάκις από την νομολογία⁶⁴ και όπως είχε διατυπωθεί και στην *Texaco Calaslati*⁶⁵ σημαίνει το ανεπηρέαστο του διαιτητικού οργάνου από την μονομερή κατάργηση της ρήτηρας, αντιρρήσεις ή ακόμα και ερημοδικία του κρατικού φορέα από την διαδικασία, με το να επικαλείται πως η διαιτητική συμφωνία είναι άκυρη.

Επίσης, και στην ιστορική απόφαση *Στραν και Στρατής Ανδρεάδης κατά Ελληνικού Δημοσίου*⁶⁶ Το ΕΣΔΑ έκανε χρήση της διεθνούς δημόσιας τάξης στο πλαίσιο της διεθνούς διαιτησίας για να υπερκεράσει την ερμηνεία της υπό την οπτική γωνία της εσωτερικής δημόσιας τάξης, και θεώρησε πως η απόφαση ΑΠ 4/1989 που απεφάνθη πως η ακυρότητα των συμβάσεων της δικτατορικής περιόδου καταλαμβάνει και τις αντίστοιχες ρήτρες διαιτησίας αντιβαίνει στην διεθνή δημόσια τάξη, με αποτέλεσμα η απόφαση του κρατικού ακυρωτικού δικαστηρίου να μην αντέξει τον έλεγχο της υπερεθνικής δημόσιας τάξης. Η ρήτρα θεωρήθηκε πως δεν είναι δυνατό να καταργείται μονομερώς από τις Κυβερνήσεις καθώς θα επέτρεπε στα μέρη να διαφύγουν της διαφοράς για την οποία η ρήτρα είχε αρχικώς προβλεφθεί. Η κρατική αυτή παρέμβαση θεωρήθηκε άρρηκτα συνδεδεμένη με αυθαιρεσία κατά την άσκηση της εξουσίας και ως αντιβαίνουσα σε αρχές του διεθνούς δικαίου και στην έννοια του κράτους δικαίου⁶⁷.

Στο πλαίσιο της ίδιας προβληματικής αξίζει να αναφερθούμε και στην απόφαση *ad hoc* διαιτησίας *Benteler v. Belgium*⁶⁸ που επιβεβαιώθηκε για άλλη μια φορά πως η υπερεθνική δημόσια τάξη δεν επιτρέπει στα Κράτη να επικαλούνται την εσωτερική τους νομοθεσία ώστε να αποφύγουν την δέσμευση τους από την διεθνή διαιτησία.

Η απόφαση επί της *Benteler v. Belgium*, όχι μόνο εγκαθίδρυσε πως το Κράτος δεν επιτρέπεται να μεταβάλλει την νομοθεσία του για να αποφύγει την δέσμευση του από μια διαιτητική συμφωνία αλλά επίσης αναγνώρισε πως αυτό αντιβαίνει στο κοινό δίκαιο κανόνων της διεθνούς διαιτησίας, ανεξαρτήτως της μορφής και νομικής υπόστασης που θα έχουν σε κάθε εκάστοτε

⁶³ Separability Doctrine

⁶⁴ Βλ. χαρακτηριστικά αποφάσεις *Lena Goldfields, BP v. Libya*

⁶⁵ *Texaco Calaslati c. Libya*, Clunet 82, σ. 869

⁶⁶ ECHR, 9 Dec. 1994

⁶⁷ Μαντάκου, *op. cit.*, σ. 106

⁶⁸ *Benteler v. Belgium* 1983

περίπτωση. Αυτό το υπερεθνικό σύνολο κανόνων προστατεύεται από την υπερεθνική δημόσια τάξη και τα Κράτη δεν μπορούν να επικαλούνται την εσωτερική τους για να αντιταχθούν.

B. Συμπεράσματα

Με βάση τα προαναφερθέντα κατανοούμε λοιπόν, πως το Κράτος δεν δύναται να λειτουργήσει άκρατα και αυθαίρετα φτάνοντας στο σημείο να χρησιμοποιήσει μεταγενέστερες μεταβολές στην νομοθεσία του ώστε να διαφύγει από την δεσμευτικότητα της διαιτητικής συμφωνίας. Η ύπαρξη ενός πλαισίου υπερεθνικής δημόσιας τάξης, η οποία λειτουργεί ως προστατευτική δικλείδα κανόνων που ενσωματώνου θεμελιώδεις αρχές του διεθνούς δικαίου στην πρακτική του διεθνούς εμπορίου δεν θα μπορούσε να επιτρέψει τέτοιου τύπου ακραίες κρατικές παρεμβάσεις και να αφήσει απροστάτευτο τον επενδυτή που δεν να μπορεί σε καμία περίπτωση να προβλέψει την έκβαση της συναλλακτικής του σχέσης με το Κράτος και να εξασφαλίσει το δικαίωμα του για αποκατάσταση. Αυτού τους είδους η υπερεθνική δημόσια τάξη, είναι που χαράσσει τον δρόμο για μια γενικότερη διεθνοποίηση της οπτικής γωνίας μέσα από την οποία ερμηνεύουμε το δίκαιο και την ανάγκη αυτή να υιοθετηθεί στο πλαίσιο των διεθνών συναλλαγών. Τα εθνικά δίκαια στον βαθμό που ακόμα επηρεάζουν την διεθνή συνδιαλλαγή θα πρέπει να τείνουν προς την αύξηση της ευελιξίας τους και όχι να περιέχουν περιοριστικά ρυθμιστικά πλαίσια, όπως για παράδειγμα οι απαρχαιωμένες λογικές προϋποθέσεις διορισμού διαιτητή στην χώρα μας οι οποίες όπως αναφέραμε και ανωτέρω τελικά έχουν ισχυρό αντίκτυπο στην έκβαση της διαφοράς και βλάπτουν το ίδιο το Κράτος προς όφελος του οποίου υποτίθεται πως υφίστανται.

Μέρος Δεύτερο : Το διαιτητικό στάδιο

Κεφάλαιο 1^ο : Η Επέκταση των υποκειμενικών ορίων της διαιτητικής ρήτηρας

Μια διαιτητική συμφωνία δεσμεύει κατ' αρχήν μόνο τα μέρη τα οποία έχουν συναινέσει σε αυτήν. Ωστόσο, και χωρίς να παραγνωρίζεται η αξία της αρχής αυτής, γίνεται δεκτό ότι υπό ορισμένες συνθήκες η συναίνεση ενός προσώπου στην διαιτητική συμφωνία μπορεί να συναχθεί εμμέσως, από την γενικότερη συμπεριφορά του σε συγκεκριμένες περιστάσεις και, συνεπώς, το γεγονός ότι δεν εμφανίζεται ως συμβαλλόμενο μέρος στην διαιτητική συμφωνία ή στην κύρια σύμβαση, όπου μία τέτοια ρήτρα περιλαμβάνεται, δεν αποκλείει *per se* την ανάληψη υποχρεώσεων εκ μέρους του από αυτήν τη συμφωνία⁶⁹. Είναι δυνατή με άλλα λόγια η επέκταση των υποκειμενικών ορίων της διαιτητικής ρήτηρας και σε πρόσωπα που δεν φαίνονται εκ πρώτης όψεως ως συμβαλλόμενα σε μεταγενέστερο στάδιο από την σύναψη της. Η προβληματική αυτή φυσικά εμφανίζεται συχνότατα όταν το Κράτος συμμετέχει στην διαιτητική επίλυση μιας διαφοράς και η εξέταση του συγκλίνει με τον πυρήνα της θεματικής μας, την σύγκρουση δηλαδή της ιδιωτικής και δημόσιας σφαίρας στο διεθνές νομικό επίπεδο.

Α.Το Κράτος, τα όργανα του και οι κρατικοί φορείς εν γένει

Το Κράτος είναι μια αφηρημένη έννοια η οποία περιλαμβάνει μια πληθώρα από όργανα, εταιρίες υπό τον έλεγχο του και νομικά πρόσωπα. Θα πρέπει όμως να τονιστεί πως και τα όργανα και τα νομικά πρόσωπα στα οποία ασκεί κυριαρχικό έλεγχο δεν ταυτίζονται πάντα με αυτό.

Καταρχάς, το κράτος προβαίνει στη σύναψη διαιτητικών συμφωνιών, όπως και γενικότερα στην ανάληψη συμβατικών υποχρεώσεων, μέσω των αρμόδιων οργάνων του εντός των ορίων των αρμοδιοτήτων τους, όπως οι τελευταίες ρυθμίζονται από διατάξεις του εθνικού δικαίου κάθε κράτους⁷⁰. Εκ της φύσεως του, αποτελεί ένα οργανικό σύνολο δημόσιων οργάνων και νομικών προσώπων με διακριτή νομική προσωπικότητα, όπως έχει ήδη σημειωθεί. Οι δυσχέρειες που

⁶⁹ B. Hanotiau, *supra note*,

⁷⁰ Ιωάννα Θωμά, Το Κράτος στη Διεθνή Συναλλαγή, στο «*Δίκαιο Διεθνών Συναλλαγών*», *op. cit.* σελ 192-217

αναφύονται κατά την διαιτητική επίλυση διαφορών μεταξύ ιδιώτη και κράτους οφείλονται ακριβώς σε αυτήν την ιδιαιτερότητα της νομικής υπόστασης του τελευταίου: το κράτος δρα μέσω των οργάνων του, μερικά εκ των οποίων είναι δημοσίου δικαίου και άλλα ιδιωτικού δικαίου συνεπώς, δεν είναι πάντοτε ξεκάθαρο ποια εξ αυτών και πότε ενεργούν για ίδιον λογαριασμό, αναλαμβάνοντας υποχρεώσεις ως διακριτά νομικά πρόσωπα, και πότε ενεργούν στο όνομα και για λογαριασμό του κράτους, οπότε οποιεσδήποτε υποχρεώσεις αναλαμβάνουν θα δεσμεύουν και το τελευταίο καθαυτό. Το ζήτημα αυτό είναι, όμως, κρίσιμο, καθώς η δυνατότητα του ιδιώτη να στραφεί όχι μόνον κατά του αυτοτελούς νομικού προσώπου, αλλά και κατά του κράτους, καθιστά πολύ ασφαλέστερη την ικανοποίηση των απαιτήσεων του σε περίπτωση που η διαιτητική απόφαση εκδοθεί υπέρ του. Είναι πολύ πιθανό ακόμα και στην περίπτωση που ο ιδιώτης δικαιωθεί να μην μπορεί να εκτελέσει κατά του αντίδικου μέρους του καθώς πολλοί από τους φορείς που λειτουργούν ως προεκτάσεις του Κράτους δεν διατηρούν δική τους ξεχωριστή περιουσία ή μεταβιβάζουν βάσει νόμων και κανονισμών τα περιουσιακά τους στοιχεία πίσω στο Κράτος μετά από την διεκπεραίωση των εμπορικών συμφωνιών. Χαρακτηριστικό παράδειγμα εδώ, είναι το ΤΑΠΕΔ, το οποίο μεταβιβάζει την περιουσία που αποκτά εντός δέκα ημερών πίσω στο Ελληνικό Δημόσιο.

Για τον λόγο ακριβώς αυτό, στο πεδίο του δημοσίου διεθνούς δικαίου έχουν αναπτυχθεί κανόνες περί καταλογισμού των πράξεων των κρατικών οργάνων στο κράτος. Δεδομένου, όμως, ότι η λειτουργία κάποιων εξ αυτών των κανόνων σχετικά αφορά την απόδοση ευθύνης σε κράτος στο πεδίο του δημοσίου διεθνούς δικαίου, είναι εκ προοιμίου δεδομένο ότι δεν λαμβάνουν υπόψη τις ιδιαιτερότητες του χαρακτήρα ιδιωτικού δικαίου των διεθνών συναλλαγών του κράτους και κατ' επέκταση, δεν μπορούν να χρησιμοποιηθούν ως καθοριστικά κριτήρια για την επίλυση του προβλήματος των υποκειμενικών ορίων διαιτητευσιμότητας⁷¹. Το γεγονός ότι το κράτος κατέχει το σύνολο των μετοχών ενός νομικού προσώπου ή μπορεί κατ' αυτόν τον τρόπο να το ελέγχει, δεν σημαίνει a priori ότι υπάρχει ταύτιση μεταξύ των δύο και επομένως οποιαδήποτε διαιτητική ρήτρα είναι αυτομάτως δεσμευτική και για το κράτος⁷². Επομένως, θα

⁷¹ Αναλυτικότερα G. Petrochilos, Attribution, in *Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to Key Issues*, K. Yannaca-Small ed. (2010), σ. 13. Διαφορετική είναι όμως η απάντηση στο πλαίσιο των επενδυτικών διαιτησιών, όπου τα διαιτητικά δικαστήρια του ICSID σε πολλές περιπτώσεις χρησιμοποίησαν τέτοιους κανόνες για να κρίνουν την δικαιοδοσία τους

⁷² Ibid. σ. 15

πρέπει να στραφούμε στην πρακτική της διεθνούς εμπορικής διαιτησίας για να εξετάσουμε ποια κριτήρια έχουν χρησιμοποιηθεί νομολογιακά για να αποδώσουν ισχυρούς δεσμούς μεταξύ του Κράτους και των παραρτημάτων του, τόσο ισχυρούς που να επιτρέψουν την εκ των υστέρων δέσμευση του από μια συμφωνία την οποία δεν έχει υπογράψει *per se*. Όπως θα δούμε τα κριτήρια έχουν να κάνουν σε μεγάλο βαθμό και με τα πραγματικά περιστατικά της κάθε περίπτωσης και η απόφαση του αν το Κράτος θα δεσμευτεί ή όχι να εναπόκειται τελικά στην προσωπική κρίση των αρμόδιων διαιτητών.

Ως προς την φύση τους τα όργανα αυτά μπορεί να είναι τα όργανα του Κράτους εν στενή έννοια⁷³ ή και νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου αλλά που δρουν με γνώμονα το δημόσιο συμφέρον. Υπό το πρίσμα αυτής της διάκρισης, όταν την διαιτητική συμφωνία συνάπτει ΝΠΙΔ, αυτό και μόνον αυτό δεσμεύεται κατ' αρχήν από αυτήν, και όχι το Κράτος καθαυτό, ως αυτοτελές νομικό πρόσωπο. Καθότι το Κράτος, υπό την παραπάνω στενή έννοια, δεν είναι συμβαλλόμενο μέρος, η διαιτητική ρήτρα θα το δεσμεύει μόνον αν υπάρχει ρητή τέτοια αναφορά στην διατύπωση της.

Η προβληματική της δέσμευσης τρίτων μερών, μη υπογραφόντων στην διαιτητική συμφωνία, κάνει συχνά την εμφάνιση της στην διεθνή εμπορική διαιτησία και ειδικά σε υποθέσεις σχετικές με κρατικούς φορείς. Με το ζήτημα έχει ασχοληθεί εκτενώς ο καθηγητής και εξαιρετικά έμπειρος διαιτητής *B. Hanotiau*⁷⁴ όπου έχει διατυπώσει πως: «*Το γεγονός πως μία εταιρία η το Κράτος δεν υπογράφει άμεσα την διαιτητική ρήτρα δεν σημαίνει πως per se δεν δεσμεύεται και από αυτή*».

Με την μεγέθυνση των διεθνών εταιριών σε γιγάντιους ομίλους επιχειρήσεων και με την διάσπαση του Κράτους σε πολλά επιμέρους σώματα και όργανα καθώς πολλές φορές και λόγω φορολογικών ή οικονομικών κινήτρων που απαιτούν η σύμβαση να υπογραφεί και να εκτελεστεί από διαφορετικό φορέα, το ζήτημα αυτό αποτελεί ένα από τα πιο επίκαιρα στο χώρο της διαιτησίας.

⁷³ Το Κράτος εν στενή έννοια, συνιστά αυτοτελές νομικό πρόσωπο, στο οποίο γίνεται συνήθως αναφορά ως *Δημόσιο* και το οποίο αποτελείται από τα διοικητικά όργανα που προβλέπει το Σύνταγμα και η εγχώρια νομοθεσία. Αναλυτικότερα για την διάκριση του Δημοσίου εν στενή και εν ευρεία έννοια, βλ. Ε. Σπηλιωτόπουλος, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2010, σελ. 9

⁷⁴ Για μια εκτενής ανάλυση του ζητήματος βλ. Hanotiau B., “*Multiparty arbitration*”, Kluwer eds., 2008, *passim*, και *idem* The Issue of Non-Signatory States, 23 *The American Review of International Arbitration*, (2012), σελ. 379-405

Κατά την ανάδυση παθογενειών στην έννομη σχέση μεταξύ κράτους και ιδιώτη, τίθεται συχνά το ερώτημα ποιους δεσμεύει η εκάστοτε διαιτητική ρήτρα. Αν, δηλαδή, δεσμεύονται αποκλειστικώς και μόνον οι συμβαλλόμενοι σε αυτήν, ή αν θα μπορούσαν να αναδυθούν δεσμεύσεις, υπό συγκεκριμένες προϋποθέσεις, και για τρίτα μη συμβαλλόμενα μέρη σε αυτήν.⁷⁵ Τίθεται το ζήτημα, λοιπόν, της διεύρυνσης των υποκειμενικών ορίων της διαιτητικής ρήτρας.⁷⁶

B. Η επέκταση των υποκειμενικών ορίων της διαιτητικής ρήτρας στο κράτος

Είναι δυνατόν να δεσμεύεται ένα μη υπογράφων και μη συμβαλλόμενο μέρος από μια σύμβαση και ειδικότερα από μια ρήτρα διαιτησίας; Πρόκειται για ένα ζήτημα που βρίσκεται ακριβώς στο μεταίχμιο της αντίθεσης ανάμεσα στην εθνική και την διεθνή δημόσια τάξη, την τάση των Κρατών να φέρονται αυθαίρετα και προστατευτικά και την φύση της διαιτησίας ως υπερκείμενου θεσμού, ευρισκόμενου σε ένα υπερεθνικό επίπεδο μεταξύ των εννόμων τάξεων, και με ένα σύνολο ευέλικτων κανόνων που στοχεύουν στον σεβασμό της ίσης αντιμετώπισης των μερών.

Υπάρχει και η δυνατότητα το Κράτος με την μέθοδο του *joinder* να προστεθεί και αργότερα από τα μέρη αλλά αυτή η διαδικασία είναι δυσχερής στην πράξη καθώς οι κανόνες που ορίζουν την διαδικασία του διαφέρουν ανάμεσα στους κανονισμούς των θεσμικών κέντρων. Κάποιοι κανονισμοί π.χ. επιτάσσουν την συμφωνία και των δύο μερών για να γίνει *join* ένα τρίτο μέρος στην διαδικασία. Σ' αυτή την περίπτωση θα είναι σπάνιο να συμφωνήσει η εκάστοτε κρατική εταιρία να καταστεί συνυπεύθυνο το Κράτος και να υπάρξει κίνδυνος εκτέλεσης κατά αυτού. Επίσης κανόνες όπως για παράδειγμα αυτός του άρθρου 7 των κανόνων του ICC⁷⁷ δεν επιτρέπει να προστεθεί τρίτο μέρος στην διαιτησία μετά τον διορισμό των διαιτητών.

⁷⁵ Third parties non-signatories ή non-signatory parties

⁷⁶ Extension of the arbitration clause to non-signatory parties

⁷⁷ "A party wishing to join an additional party to the arbitration shall submit its request for arbitration against the additional party (the "Request for Joinder") to the Secretariat. The date on which the Request for Joinder is received by the Secretariat shall, for all purposes, be deemed to be the date of the commencement of arbitration against the additional party. Any such joinder shall be subject to the provisions of Articles 6(3)-6(7) and 9. No additional party may be joined after the confirmation or appointment of any arbitrator, unless all parties, including the additional party, otherwise agree"

Λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω, το ζήτημα περιπλέκεται ακόμη περισσότερο όταν το ένα συμβαλλόμενο μέρος στη διαιτητική συμφωνία είναι Κράτος, ΝΠΔΔ ή ΝΠΙΔ το οποίο έχει συσταθεί και εξυπηρετεί δημόσιο συμφέρον. Σε αυτό το πλαίσιο υπάρχει έντονη διχογνωμία στην θεωρία σχετικά με το αν η επέκταση των υποκειμενικών ορίων της διαιτητικής ρήτρας μπορεί να γίνει με τους ίδιους όρους και υπό τις ίδιες προϋποθέσεις στο Κράτος, εν στενή έννοια, και σε έναν ιδιώτη. Μία μερίδα της θεωρίας απαντά θετικά, υποστηρίζοντας πως σε κάθε περίπτωση καθοριστικό κριτήριο είναι η πρόθεση των μερών, όπως αυτή εκφράζεται σε συγκεκριμένες συνθήκες, για τον προσδιορισμό των υποκειμενικών ορίων της διαιτητικής ρήτρας⁷⁸, χωρίς να παραγνωρίζεται ότι ιδιαίτερα προβλήματα ανακύπτουν σε τέτοιες περιπτώσεις από την επιφύλαξη της ετεροδικίας του εναγομένου κράτους. Από την άλλη πλευρά, οι διαφωνούντες με την παραπάνω θέση, υποστηρίζουν πως ενώ κατ' αρχήν οι ίδιες αρχές λαμβάνονται υπόψη και εφαρμόζονται και στις δύο περιπτώσεις, ειδικές περιστάσεις, που αφορούν την φύση του κράτους ως νομικού προσώπου δεν μπορούν να παραβλέπονται, αλλά αντιθέτως επιβάλλουν ενίοτε την εφαρμογή διαφοροποιημένων ή προσαρμοσμένων στις ειδικές αυτές συνθήκες κανόνων⁷⁹.

Γ. Νομολογία διαιτησιών του θεσμικού κέντρου ICC

Ένα καθοριστικό κριτήριο σε γενική ανάλυση για την κρίση ότι μια διαιτητική ρήτρα μπορεί να είναι δεσμευτική για ένα μη συμβαλλόμενο ρητά σε αυτήν κράτος είναι η ύπαρξη μεταξύ του συμβαλλόμενου στη ρήτρα νομικού προσώπου και του μη συμβαλλόμενου κράτους ενός συνδέσμου *κοινών υποχρεώσεων και συμφερόντων*. Τα κριτήρια των περιπτώσεων που αναφέραμε και ανωτέρω, έχουν σε μεγάλο βαθμό αποκρυσταλλωθεί νομολογιακά κατά τη διαιτητική επίλυση διαφορών μεταξύ ιδιωτών είτε σε επίπεδο εθνικού δικαίου⁸⁰ είτε σε επίπεδο διεθνούς διαιτησίας. Οι πιο ευρέως διαδεδομένες θεωρίες είναι αυτές της αντιπροσώπευσης, της

⁷⁸ Fouchard/Gaillard/Goldman, “*International Commercial Arbitration*”, Gaillard & Savage eds, (1999), σ. 290

⁷⁹ Petrochilos G., Extension of the Arbitration Clause to Non-Signatory States or State Entities: Does it Raise a Difference ?, in “*Multiparty Arbitration*”, ICC Institute of World Business Law, Dossier No. VII, Hanotiau & Shwartz eds, (2010), σ. 119-130

⁸⁰ Ενδεικτικά P. Mayer, Extension of the Arbitration Clause to Non-Signatories under French Law, in *Multiple Parties in International Arbitration*, (Oxford 2009), σελ. 189· C. Corrie, Challenges in International Arbitration for Non-Signatories, in *Comparative Law Yearbook of International Business* (2007) σελ 45-74

άρσης του νομικού μανδύα, της αρχής του alter ego και του estoppel⁸¹, οι οποίες κατά βάση στηρίζονται σε δύο θεμελιώδεις δικαιολογητικές αρχές, αφενός στην αρχή της ύπαρξης έμμεσης συναίνεσης, αφετέρου στην αρχή της άρσης της νομικής αυτοτέλειας ενός νομικού προσώπου.⁸² Η πρώτη εξ αυτών των αρχών εδραιώνει την δικαιοδοσία του διαιτητικού δικαστηρίου στην συμπεριφορά του εν λόγω προσώπου, η οποία σιωπηρώς, πλην ρητώς, εκδηλώνει την πρόθεση δέσμευσής του από την διαιτητική συμφωνία. Η δεύτερη εξ αυτών, αντιθέτως, βασίζεται στην απαγόρευση της επίκλησης της ανεξάρτητης νομικής προσωπικότητας ενός τρίτου νομικού προσώπου ως πρόσχημα για την εξυπηρέτηση παράνομων σκοπών όταν γίνεται κατάχρηση της επίκλησης της αυτοτέλειας ενός νομικού προσώπου, η αυτοτέλεια αυτή παραμερίζεται και ο κύριος του νομικού προσώπου (πχ ο κάτοχος των μετοχών μιας εταιρίας) δεσμεύεται στην θέση του νομικού προσώπου.

Γ.1 Η υπόθεση Westland Helicopters

Χαρακτηριστικά, στην υπόθεση *Westland Helicopters*⁸³, όπου τέσσερα Αραβικά κράτη (μέλη του Οργανισμού για Βιομηχανοποίηση- *Organisation for Industrialisation*) είχαν συνάψει σύμβαση κοινοπραξίας με την εταιρία Westland Helicopters, η οποία περιλάμβανε ρήτρα διαιτησίας του ICC και με την οποία ιδρύθηκε αυτοτελές νομικό πρόσωπο, η Arab British Helicopters Company. Το διαιτητικό δικαστήριο, όταν η υπόθεση έφθασε ενώπιον του με εναγομένους τόσο τα τέσσερα κράτη, όσο και τον Οργανισμό για Βιομηχανοποίηση και την ως ανωτέρω εταιρία ελικοπτήρων, έκρινε ότι :

«The question whether the four States are bound by the arbitration clause concluded by the AOI in its own name (Shareholders Agreement contracted with Westland, clause 12.1) is exactly the same as the substantive law question whether the four States are bound in general by the obligations contracted by the AOI. If the obligations under substantive law flowing from the Shareholders Agreement are obligations not only of the AOI but also of the four States, if the

⁸¹ Αναλυτικότερα για τις περιπτώσεις στις οποίες οι θεωρίες αυτές βρίσκουν συνηθέστερα εφαρμογή βλ. M. Blessing, Extension of an Arbitration Clause to Non-Signatories (Third Parties), Εισήγηση, Kiev Arbitration Days (14-15 Νοεμβρίου 2013) (διαθέσιμο http://uba.ua/documents/doc/mark_blessing_1.pdf)

⁸² W. Park, Non-Signatories and International Contracts: An Arbitrator's Dilemma, in *Multiple Parties in International Arbitration*, (Oxford University Press 2009), σελ. 2-3·

⁸³ *Westland Helicopters Ltd v Arab Organisation for Industrialization*, ICC Case No. 3879, Interim Award 1984, YCA 11 (1986)

locus standi to conduct the defense in relation to those obligations can be attributed not only to the AOI, but also to the four States, then the latter are therefore bound by the arbitration clause, just as they might, had they been summoned before an ordinary Court, have availed themselves of this clause as a ground in their defense. The mandatory force of the arbitration clause cannot be dissociated from that of the substantial contractual commitments»⁸⁴.

Το επιλαμβανόμενο διαιτητικό δικαστήριο κρίνοντας δηλαδή, θεώρησε την ευθύνη των τεσσάρων κρατών ως δεδομένη και εφόσον δεν υπήρχε εξαίρεση στην πράξη συστάσεως του οργανισμού θεώρησε πως αυτά δεσμεύονται από την διαιτητική ρήτρα.⁸⁵

Η λογική του διαιτητικού οργάνου στην εν λόγω ήταν πως η συμπεριφορά του κράτους κρύβεται πίσω από την συμπεριφορά του οργανισμού και αυτό ασκώντας τον κυριαρχικό του ρόλο κατά την σύναψη της σύμβασης επισκιάζει την αυτόνομη υπόσταση του.

Συνεπώς, όταν τα ουσιαστικά δικαιώματα και υποχρεώσεις της κύριας σύμβασης επεκτείνονται και σε μη συμβαλλόμενα μέρη, το λογικό θα είναι η διαιτητική ρήτρα να επεκτείνεται σε αυτά τα μη συμβαλλόμενα μέρη. Η επέκταση των υποκειμενικών ορίων της συμφωνίας, με άλλα λόγια, αποτελεί την δικαιοδοτική συνέπεια ή πτυχή του ουσιαστικού δεσμού που αναπτύσσεται μεταξύ δικαιωμάτων και υποχρεώσεων με τα μη συμβαλλόμενα μέρη. Ωστόσο, δεν αρκεί εν προκειμένω οποιοσδήποτε ουσιαστικός δεσμός για να συναχθεί και δέσμευση από τη διαιτητική ρήτρα, αλλά πρέπει να υπάρχει ταυτότητα του περιεχομένου του δικαιώματος ή της υποχρέωσης, όπως για παράδειγμα σε περίπτωση αντιπροσώπευσης ή διαδοχής⁸⁶.

Επιπροσθέτως, ένα άλλο κριτήριο που μπορεί να αποβεί καθοριστικό για την επέκταση των υποκειμενικών ορίων της διαιτητικής ρήτρας, ήτοι, όταν από την συμπεριφορά του μη συμβαλλόμενου κράτους, είτε όπως αυτή προκύπτει από τη σύμβαση, είτε όπως εκδηλώνεται κατά τη λειτουργία της κύριας σύμβασης, μπορεί να συναχθεί χωρίς αμφιβολίες *πρόθεσή* του να

⁸⁴ Westland Helicopters Ltd v Arab Organisation for Industrialization, ICC Case No. 3879, Interim Award (1984), YCA 11 (1986) para 7· ωστόσο, η απόφαση αυτή ακυρώθηκε αργότερα από τα Ελβετικά Δικαστήρια ως προς την Αίγυπτο, τα οποία δέχθηκαν ότι δεν μπορεί το κράτος να δεσμευθεί από διαιτητική ρήτρα που δεν υπέγραψε, παρά μόνον μέσω των αρμόδιων οργάνων του εντός του πλαισίου των αρμοδιοτήτων τους – YCA 17 (1991) 180

⁸⁵ UNCITRAL Arbitration, Zeevi Holdings v Bulgaria and the Privatization Agency of Bulgaria, Final Award (2006) καθώς και ICC Case No 9762 (2001) YCA 29 (2004) 26

⁸⁶ supra note 15

δεσμευθεί από τη διαιτητική ρήτρα. Στην περίπτωση αυτή, το αν η επέκταση των υποκειμενικών ορίων είναι δογματικά ορθή και σκόπιμη, θα κριθεί από την αξιολόγηση των περιστατικών *in casu* αν οι συγκεκριμένες ενδείξεις που υπάρχουν είναι επαρκείς προκειμένου να συναχθεί ασφαλώς πρόθεση συμβατικής δέσμευσης από τη ρήτρα από το μη συμβαλλόμενο κράτος, τότε η επέκταση των υποκειμενικών ορίων σε αυτό δεν θα είναι προβληματική.

Γ.2 Η Υπόθεση Pyramids Oasis

Στην περίφημη υπόθεση των Πυραμίδων, τα πραγματικά περιστατικά είχαν να κάνουν με σύμβαση καταρτισθείσα μεταξύ της Southern Pacific Properties (SPP) με έδρα το Hong Kong και της δημόσιας εταιρίας της Αιγύπτου EGOTH αναφορικά με την ανέγερση ενός τουριστικού συγκροτήματος κοντά στις Πυραμίδες (The Pyramids Project).

Η σύμβαση είχε υπογραφεί από τον Υπουργό Τουρισμού της Αιγύπτου, με τη σημείωση «εγκρίθηκε, συμφωνήθηκε και επικυρώθηκε». Μετά από την πάροδο ενός διαστήματος μία αντίθεση των μέσων μαζικής ενημέρωσης στο project, οδήγησε την αιγυπτιακή κυβέρνηση να τερματίσει την εν λόγω ανοικοδόμηση του συγκροτήματος.

Η SPP στράφηκε κατά της EGOTH και του Αιγυπτιακού Κράτους με το τελευταίο να αρνείται την δικαιοδοσία εναντίον του. Θεωρήθηκε επαρκής ένδειξη, όμως, από το διαιτητικό δικαστήριο και χαρακτηριστική της πρόθεσης δέσμευσης του Αιγυπτιακού Κράτους⁸⁷ η υπογραφή της ρήτρας από τον Υπουργό, θεμελιώνοντας δικαιοδοσία και εναντίον του και τελικά επιδικάζοντας μεγάλη αποζημίωση στην SPP.

Όπως χαρακτηριστικά δήλωσε το διαιτητικό όργανο:

“It does not seem in any way unlikely or improbable that the government would have wished that all disputes concerning the same project would go to the same tribunal [. . .]In this connection one should remember that[. . .] the transaction as a whole is to be viewed as a unified contractual scheme[. . .] the three parties were to be involved throughout the venture . . .”.

⁸⁷ SPP (Middle East Ltd) v. Arab Republic of Egypt, ICC Case No. 3493 (1983) YCA 9 (1984) 111· βλ. επίσης, Dallah Estate and Tourism Holding co n Ministry of Religious Affairs & Pakistan (2009) EWCA Civ 1529

Στην *Pyramids*, το διαιτητικό δικαστήριο έκανε άτυπα χρήση της αρχής του *common law*, *estoppel* (ή αντίστοιχα στο ηπειρωτικό “*venire contra factum proprium*) όπου δεν επιτρέπει σε ένα συμβαλλόμενο μέρος να ανατρέψει την εντύπωση που ο ίδιος με την συμπεριφορά του έχει δώσει. Και στην εν λόγω περίπτωση το Αιγυπτιακό Κράτος όχι μόνο είχε συμφωνήσει στην εκπλήρωση της σύμβασης αλλά είχε συμμετέχει στις διαπραγματεύσεις και ένα ισχυρό όργανο του όπως Υπουργός της Κυβέρνησης του σε τομέα άμεσα σχετιζόμενο με την εν λόγω σύμβαση είχε υπογράψει την ρήτρα.

Ωστόσο, η διαιτητική αυτή απόφαση ακυρώθηκε αργότερα από το Εφετειακό του Παρισιού με ακόλουθη σύμφωνη απόφαση του *Cour de Cassation*, κρίνοντας ότι η συγκεκριμένη φράση δεν αποτελούσε επαρκή ένδειξη πρόθεσης συμβατικής δέσμευσης του κράτους, αλλά συνιστούσε τυπικό όρο της αναγνώρισης της σύναψης συμβάσεων από δημόσια νομικά πρόσωπα⁸⁸ και κομμάτι του ρόλου της εποπτείας που έπρεπε να ασκήσει στο συγκεκριμένο επιχειρηματικό πλάνο.

Αντίθετα, τέτοια ρητή πρόθεση συμβατικής δέσμευσης από το μη συμβαλλόμενο κράτος κρίθηκε ότι υπήρχε στην υπόθεση *Svenska Petroleum*⁸⁹.

Στην υπόθεση αυτή, η οποία αφορούσε σύμβαση κοινοπραξίας μεταξύ σουηδικής εταιρίας και Λιθουανικής εταιρίας για την εκμετάλλευση κοιτασμάτων υδρογονανθράκων, το δικαστήριο έκρινε πως υπήρχαν επαρκείς ενδείξεις για τη δέσμευση της Λιθουανίας από τη διαιτητική ρήτρα που περιλάμβανε η κύρια σύμβαση. Αυτό διότι η κύρια σύμβαση έκανε, αφενός, ρητή αναφορά στα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις της Λιθουανίας, αφετέρου περιλάμβανε ειδική διάταξη στην οποία η Λιθουανία αναγνώριζε ότι δεσμευόταν από αυτήν την σύμβαση. Έτσι, παρ’ όλο που η Λιθουανία δεν είχε υπογράψει τη σύμβαση, δεν μπορούσε να γεννηθεί αμφιβολία περί του αν υπήρχε πρόθεση δέσμευσής της από τη σύμβαση.

Γ.3 Η υπόθεση *Bridas v. Turkmenistan*

Περίφημη είναι και η περίπτωση της *Bridas v. Turkmenistan*. Στη υπόθεση αυτή, το διαιτητικό δικαστήριο έκρινε πως το κράτος, λόγω της σημαντικής εμπλοκής του στην υλοποίηση και κατά

⁸⁸ CA Paris, *République Arabe d’ Egypte v. Southern Pacific Properties (SPP)* (1984), *Rev Arb.* (1986) 75

⁸⁹ *Svenska Petroleum Exploration AB v Lithuania* (2006) *EWCA Civ.* 755

της λειτουργία της συμβατικής σχέσης, εκδήλωσε επαρκή πρόθεση δέσμευσης του από τη σύμβαση και κατ' επέκταση από τη ρήτρα διαιτησίας, και κατά την αρχή της καλής πίστης και ενόψει της εύλογης προσδοκίας του αντισυμβαλλομένου ιδιώτη ότι οι υποχρεώσεις αυτές θα τηρηθούν από το κράτος⁹⁰ έκρινε πως αυτό δεσμευόταν. Η εταιρία *Bridas* είχε συνάψει δύο συμβάσεις κοινοπραξιών με την *Turkmenheft*, η οποία ανήκε στο Τουρκμενιστάν, για την εκμετάλλευση κοιτασμάτων πετρελαίου και αερίου, στις οποίες υπήρχαν ειδικές ρήτρες σταθεροποίησης, προβλέψεις περί φορολογικών απαλλαγών και, οι οποίες μπορούσαν να υλοποιηθούν μόνο με συμμετοχή του Κράτους..

Στη συνέχεια και σε έναν μακρύ δικαστικό αγώνα στον οποίο ενεπλάκησαν η εταιρία *Bridas* και το Τουρκμενιστάν, ενώπιον πλέον των εθνικών δικαστηρίων των ΗΠΑ κατά το στάδιο της αναγνώρισης και εκτέλεσης της διαιτητικής απόφασης, το δευτεροβάθμιο δικαστήριο των ΗΠΑ έκρινε, τελικά, ότι η νομική αυτοτέλεια του ενδιάμεσου δημόσιου νομικού προσώπου έπρεπε να αρθεί και ότι το Τουρκμενιστάν δεσμευόταν *απευθείας* από την διαιτητική απόφαση. Ως απαιτούμενα κριτήρια για την εφαρμογή της αρχής της άρσης της νομικής αυτοτέλειας ενός νομικού προσώπου, κρίθηκαν :

- 1) η απόδειξη αφενός άσκησης ελέγχου από τον κάτοχο της πλειοψηφίας των μετοχών του νομικού προσώπου επί αυτού και αφετέρου
- 2)η απόδειξη ότι τέτοιος έλεγχος χρησιμοποιήθηκε για την διάπραξη απάτης ή μη ανεκτής παρανομίας⁹¹.

⁹⁰ *Bridas SAPIC v Turkmenistan and ors*, ICC Case No. 9058, First Partial Award (1999), 17-19

“The Claimants were entitled to have a legitimate expectation that what was represented and guaranteed to them in the JV Agreement would be fulfilled. Only the Government could perform these requirements. It saw fit to have them included in the JV Agreement, by Presidential Decree. It confirmed that the requisite approvals and consents were in place to conduct operations “. . . based on the conditions established in the [JV Agreement]” and it saw fit to have the most important of them guaranteed with its consent. It cannot now resile from these facts or from the conclusion to which they lead: the Government is bound by the contractual commitments that only it could perform”

⁹¹ *Ibid Bridas*, 447 F.3d at 420 :

«Despite some indicia of separateness, the reality was that when the Government’s export ban forced Bridas out of the joint venture, the Government then exercised its power as a parent company to deprive Bridas of contractual remedy. Intentionally bleeding a subsidiary to thwart creditors is a classic ground for piercing the corporate veil. It is true that the standard for this equitable remedy should be more stringent in breach of contract cases, because the creditor has willingly transacted business with a subsidiary and, as here, forewent the opportunity to obtain a warranty of Turkmenneft’s debts by the Government. The standard is met in this case, however, because Turkmenneft assumed full responsibility for its obligations under the joint venture. The Government, as Turkmenneft’s owner, made it impossible for the objectives of the joint venture to be carried out»

Φαίνεται, έτσι, ο εξαιρετικός χαρακτήρας που έχει η θεωρία της άρσης της νομικής αυτοτέλειας πάνω στην αρχή της σχετικότητας των ενοχών, καθώς και οι σπάνιες και εξαιρετικές περιπτώσεις στις οποίες θα πληρούνται οι προϋποθέσεις αυτές όσον αφορά την δράση του κράτους και κατά συνέπεια την επέκταση των υποκειμενικών ορίων της διαιτητικής ρήτηρας.⁹²

Δ. Συμπερασματικές κρίσεις

Καθίσταται, συνεπώς, κατανοητό και από την ανάλυση των ανωτέρω νομολογιακών περιπτώσεων, ότι αν και υπάρχει σύγκλιση μεγάλου μέρους της θεωρίας αλλά και της νομολογίας σχετικά με τις προϋποθέσεις επέκτασης των υποκειμενικών ορίων της διαιτητικής συμφωνίας και σε μη συμβαλλόμενα σε αυτήν κράτη, τα ειδικότερα κριτήρια που εφαρμόζονται ή προτιμώνται, τελικώς παραμένουν σε μεγάλο βαθμό περιπτωσιολογικά και βασιζόμενα στα πραγματικά περιστατικά της κάθε υπόθεσης⁹³. Στα αλήθεια, υπάρχουν κάποιες περιπτώσεις συμβάσεων όπου η κατάσταση γίνεται πιο ξεκάθαρη όπως η φορτωτική ή οι συγχωνεύσεις εταιριών. Η εμπλοκή του Κράτους όμως, περιπλέκει τα πράγματα καθώς δεν είναι εύκολα διακριτό κάθε φορά η σχέση του με τα εκάστοτε όργανα του και το κατά πόσο αναμείχτηκε στην υπό εξέταση σύμβαση.

Το γεγονός αυτό δικαιολογεί και το φαινόμενο να έχουν ληφθεί διαφορετικές αποφάσεις επί παρόμοιων πραγματικών περιστατικών. Θα πρέπει σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση το διαιτητικό δικαστήριο να προσπαθεί να εντοπίσει τους συνδετικούς δεσμούς μεταξύ της οντότητας και του Κράτους εν γένει, όπως φαίνεται όμως, τον αποφασιστικό ρόλο θα παίζει η προσωπική κρίση των αρμόδιων διαιτητών. Όπως θα δούμε παρακάτω παρόμοια αντιμετώπιση υπάρχει και αναφορικά με άλλα καίρια ζητήματα που μπορούν να καθορίσουν την έκβαση της διαδικασίας όπως το αν ή όχι δικαιούται η κρατική πλευρά να επικαλεστεί το δικαίωμα της ετεροδικίας.

⁹² Αναλυτικότερα βλ. J. Stoehr, A Question of Sovereignty, Development, and Natural Resources: A New Standard for Binding Third Party Nonsignatory Governments to Arbitration, in 66 Washington & Lee Legal Review (2009), σελ 1409-1446

⁹³ Hanotiau B., *supra note*, σ. 404

Η νομολογία μας δείχνει πως δέσμευση από μια διαιτητική συμφωνία μπορεί να προκύψει όχι μόνο από την υπογραφή αλλά και από την γενικότερη συμπεριφορά του μέρους, ανάλογα και με τις προϋποθέσεις του εκάστοτε εφαρμοστέου δικαίου, οπότε αυτή μπορεί να είναι *ρητή*⁹⁴ ή *σιωπηρή*. Επιπρόσθετα, αποφασιστικός είναι και ο ρόλος που διαδραματίζει το Κράτος υπό τις συγκεκριμένες συνθήκες της διαφοράς στο κατά πόσον θα αποτελεί *rationae personae* της διαιτητικής συμφωνίας. Αν, δηλαδή, η συμμετοχή του στις διαπραγματεύσεις, στην σύναψη της συμφωνίας ή στον τερματισμό της ήταν καίριος και όχι απλά εποπτικός ή να εξαντλήθηκε σε μια νομοθετική παρέμβαση, όπως και αν ο κρατικός φορέας ανέλαβε με βάση το συμβόλαιο υποχρεώσεις που απαιτούν την συμμετοχή του Κράτους για να εκπληρωθούν ή αν τα ουσιαστικά δικαιώματα και υποχρεώσεις που αποπνέουν από την σύμβαση επεκτείνονται και στο Κράτος. Η θεωρητική διαμάχη αυτή όπως προαναφέραμε δεν εδράζεται μόνο στην σχέση του Κράτους με τα όργανα του αλλά είναι ευρύτερη περιλαμβάνοντας την προέκταση της συντηρητικής κρατικής στάσης απέναντι στην νομική ερμηνεία και την πιο ευέλικτη της διεθνούς διαιτησίας.

E. Η ελληνική περίπτωση του ΤΑΠΠΕΔ

Με την αυξανόμενη τάση για ιδιωτικοποιήσεις στην Ελλάδα, το ζήτημα της δέσμευσης του Δημοσίου από τις ρήτρες διαιτησίας που συνάπτει το ΤΑΠΠΕΔ, επικεντρώνει ιδιαίτερο ενδιαφέρον.

Όσον αφορά τη συνομολόγηση διαιτητικών ρητρών από το ΤΑΠΠΕΔ κατά τη σύναψη συμβάσεων αξιοποίησης των περιουσιακών του στοιχείων και την δέσμευση του Ελληνικού Κράτους από τέτοιες ρήτρες, δεν φαίνεται να ανακύπτει ιδιαίτερο ζήτημα. Ήδη το αρ. 5 παρ. 2 του Ν. 3986/2011 προβλέπει ότι:

«*Το Ελληνικό Δημόσιο ευθύνεται αλληλεγγύως και εις ολόκληρον με το Ταμείο για τις υποχρεώσεις που το τελευταίο αναλαμβάνει κατά την κατάρτιση, τροποποίηση ή λύση συμβάσεων του παρόντος άρθρου*».

Τέτοια είναι και η υποχρέωση διαιτητικής επίλυσης των διαφορών σύμφωνα με την συναφθείσα ρήτρα. Με αυτήν την ουσιαστικού δικαίου διάταξη το Ελληνικό Δημόσιο καθίσταται αυτοδικαίως συνυπεύθυνο του ΤΑΠΠΕΔ σε οποιαδήποτε υποχρέωση αναλάβει εγκύρως το

⁹⁴ Ως ρητή εδώ θεωρείται η περίπτωση που θα υπάρχει σαφής λεκτική αναφορά στην σύμβαση (*specific wording*)

τελευταίο, με το Δημόσιο πρωτογενώς συνυπεύθυνο και για την ικανοποίησή της. Υπό το πρίσμα και της ανωτέρω ανάλυσης σχετικά με τα υποκειμενικά όρια της διαιτητικής ρήτηρας, εφόσον το άρθρο αυτό με τρόπο ρητό και ανεπιφύλακτο δεσμεύει το Ελληνικό Δημόσιο ως προς όλες τις υποχρεώσεις που αναλαμβάνονται από σύμβαση μεταξύ του ΤΑΙΠΕΔ και της ιδιωτικής πλευράς, ουσιαστικές και διαδικαστικές, το Κράτος δεν μπορεί να αποφύγει την ευθύνη του αναφορικά με αυτές. Αυτό λογικά θα συμβεί ακόμα και αν η συναίνεση του δεν είναι ρητή στις εν λόγω διαιτητικές συμφωνίες ή αν δεν υπάρχει υπογραφή του αρμόδιου υπουργού, με επιφυλάξεις όμως για ειδικότερα ζητήματα⁹⁵ μέχρι αυτό να το κρίνει και η νομολογία.

Η πρόβλεψη του άρθρου αυτού, εξάλλου, κρίνεται εύλογη διότι οποιαδήποτε έσοδα αποκομίζει το ΤΑΙΠΕΔ από εκμετάλλευση των κρατικών περιουσιακών του στοιχείων πρέπει να μεταβιβάζονται στο Δημόσιο εντός 10 ημερών⁹⁶, αφού το Ταμείο δεν επιτρέπεται να αποκομίζει κέρδος. Επίσης, δεν επιτρέπεται να συνομολογεί συμβάσεις από τις οποίες προκύπτουν δαπάνες για επενδύσεις ή για την αναδιάρθρωση των περιουσιακών του στοιχείων, ούτε να προβαίνει σε αποπληρωμή δανειακών υποχρεώσεων, παρά μόνον στην κάλυψη των λειτουργικών του δαπανών⁹⁷. Συνεπώς, αν ευθυνόταν μόνον το ΤΑΙΠΕΔ έναντι του αντισυμβαλλομένου ιδιώτη, η ικανοποίηση τυχόν αξιώσεών του σε πιθανή ανώμαλη εξέλιξη της σύμβασης θα καθίστατο εξαιρετικά δυσχερής, έως αδύνατη, γεγονός που θα αποθάρρυνε μαζικά επενδύσεις από την ελληνική επικράτεια.

Τέλος, η διάταξη προβλέπει ότι:

«μετά από εισήγηση του Δ.Σ. του ΤΑΙΠΕΔ, το Ελληνικό Δημόσιο δύναται, με πράξη του Υπουργικού Συμβουλίου να συνυπογράψει ως εκ τρίτου συμβαλλόμενου συμβάσεις αξιοποίησης των περιουσιακών στοιχείων μόνο ως προς τους όρους αυτούς με τους οποίους το ίδιο αναλαμβάνει ευθύνη προς αποζημίωση για πράξεις ή παραλείψεις των οργάνων του, πως ορίζονται στην εκάστοτε οικεία σύμβαση»

⁹⁵ π.χ. για ζητήματα πιθανής έγερσης της άμυνας της ετεροδικίας, την οποία θα εξετάσουμε αναλυτικά παρακάτω

⁹⁶ βλ. αρ 2 παρ. 14 Ν. 3986/2011

⁹⁷ *Ibid* αρ. 5 παρ 2

Στην εν λόγω διάταξη όχι μόνο δεν υπάρχει αντίθεση με τα ανωτέρω, αλλά προβλέπεται και ένας τρόπος άμεσης και ευθείας ανάληψης του Δημοσίου ευθύνης για την αδικοπρακτική συμπεριφορά των οργάνων του μέσω ειδικών όρων, πέραν των προβλέψεων του αρ. 105 ΕισΝΑΚ και των αντίστοιχων διαδικασιών, προκειμένου να αποφευχθούν μακρόχρονες δικαστικές διαμάχες, οι οποίες θα ήταν αναπόφευκτες σε αντίστοιχες περιπτώσεις για τον ιδιώτη, με σκοπό την εδραίωση ενός ευμενέστερου και πιο θελκτικού επενδυτικού κλίματος.

Κεφάλαιο 2^ο : Παράλληλες Διαδικασίες ενώπιον forum επενδυτικής και εμπορικής διαιτησίας

Η διάκριση μεταξύ εμπορικής και επενδυτικής διαιτησίας στην οποία έγινε σύντομη αναφορά και ανωτέρω, πολλάκις είναι ιδιαίτερα δυσχερής, ειδικά στις περιπτώσεις που ως μέρη της επίδικης διαφοράς εμφανίζονται το κράτος ή ένας κρατικός φορέας και ένας ιδιώτης επενδυτής.

Η ύπαρξη μίας σύμβασης μεταξύ του εν λόγω ιδιώτη και ενός νομικού προσώπου υπό την αιγίδα του κράτους δύναται να περιέχει διαιτητική ρήτρα για επίλυση διαφορών σε κάποιο θεσμικό διαιτητικό κέντρο (π.χ. στο ICC, στο SIAC κλπ.) ωστόσο δεν αποκλείεται αυτή η διαφορά να συγκεντρώνει ταυτόχρονα όλες τις απαραίτητες προϋποθέσεις για να χαρακτηριστεί και επενδυτική διαφορά με βάση έναν επενδυτικό νόμο ή μια διμερής επενδυτική συνθήκη μεταξύ του κράτους και του κράτους προέλευσης του επενδυτή. Μπορούμε άραγε να φανταστούμε περιπτώσεις στις οποίες οι δύο διαδεδομένες μορφές διαιτησίας συρρέουν;

Το σενάριο φαντάζει πιθανό αν αναλογιστεί κανείς την ευρύτητα με την οποία ερμηνεύεται ο όρος «επένδυση» με βάση και την νομολογία του ICSID καθώς και το γεγονός πως το περιεχόμενο των συμβάσεων που συνήθως θα υπογράψει το Κράτος με την ιδιωτική πλευρά θα αφορά μια είδους συναλλαγή που θα προσιδιάζει σε επένδυση. Να επισημάνουμε πως είναι δυνατό αντί για μια ξεχωριστή σύμβαση, όπως π.χ. μια κατασκευαστική σύμβαση, να περιέχεται σε μια ΒΙΤ, μια ρήτρα διαιτησίας υπό τους κανόνες του ICC ή κάποιου άλλου θεσμικού κέντρου, δυνατότητα όμως, που είναι πολύ σπάνια στην πρακτική.

Προτού όμως, εξετάσουμε την πιο σημαντική νομολογία επί των προαναφερθέντων, κρίνεται εξίσου ταιριαστό να αναφερθούμε συνοπτικά στον τρόπο χαρακτηρισμού μιας υπόθεσης ως *rationae materiae* του ICSID.

A. Η έννοια της επένδυσης μέσα από την νομολογία του ICSID

Με την σύμβαση της Ουάσινγκτον το 1965 ιδρύθηκε το Διεθνές Κέντρο για την Επίλυση Επενδυτικών Διαφορών (ICSID). Σύμφωνα με το άρθρο 25 της Σύμβασης η δικαιοδοσία του Κέντρου θεμελιώνεται όταν προκύπτει μία νομική διαφορά από μια επένδυση μεταξύ ενός κράτους και ενός ιδιώτη, ο οποίος υπάγεται στους νόμους ενός άλλου κράτους. Προϋπόθεση είναι ότι τα δύο αυτά κράτη έχουν συναινέσει προκειμένου οι υποθέσεις που ανακύπτουν από επενδύσεις εντός της επικράτειας τους να υπάγονται στη δικαιοδοσία του Κέντρου.⁹⁸ Συγκεκριμένα για τη στοιχειοθέτηση της συναίνεσης δεν αρκεί απλώς η προσχώρηση του κράτους στη Σύμβαση της Ουάσινγκτον,⁹⁹ αλλά πρέπει να υπάρχει ιδιαίτερη ρητή συναίνεση μεταξύ των κρατών,¹⁰⁰ είτε σε διμερές¹⁰¹ είτε σε πολυμερές επίπεδο¹⁰². Συνήθως, η συναίνεση εντοπίζεται σε εθνικούς επενδυτικούς νόμους, είτε, κυρίως, σε διακρατικές επενδυτικές συνθήκες (BIT, NAFTA) οι οποίες διαδραματίζουν ένα σημαντικότατο ρόλο στον διεθνή χώρο. Χαρακτηριστική είναι η άποψη του *Mayer* περί των BIT, που επισημαίνει πως υπάρχουν δύο διακριτές παράλληλες σχέσεις επί αυτών: η *inter partes* που διέπεται από την *lex contractus* και η σχέση μεταξύ των δύο Κρατών που διέπεται από το Δημόσιο Διεθνές δίκαιο.

Μάλιστα, από τη στιγμή που θα θεμελιωθεί αυτή η συναίνεση, σύμφωνα με το άρθρο 26 της Σύμβασης αποκλείεται οποιαδήποτε άλλο μέσο επίλυσης, εκτός αν υπάρχει αντίθετη ρητή συμφωνία.¹⁰³ Στο σημείο αυτό πρέπει να επισημανθεί ότι η Ελλάδα έχει κυρώσει τη Σύμβαση της Ουάσινγκτον με τον Αναγκαστικό Νόμο 608/1968 «*δια τη ρύθμιση των σχετιζόμενων προς τας επενδύσεις διαφορών μεταξύ κρατών και υπηκόων άλλων κρατών*».

⁹⁸ ICSID Conv., Art. 26.

⁹⁹ *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding LTD., Mobil Venezolana de Petroleow Holdings INC. v Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, June 10, 2010, §63.

¹⁰⁰ Yuval Shany, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford, 2004, σελ.192.

¹⁰¹ Bilateral Investment Treaty, π.χ. U.S.-Argentina BIT, Greece-Albania BIT.

¹⁰² Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) για παράδειγμα

¹⁰³ ICSID Conv., Art. 26: “*Consent of the parties to arbitration under this Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy.*”

Εν συνεχεία, αξίζει να επισημάνουμε, ότι εφόσον υφίσταται επενδυτική διαφορά υπαγόμενη στην δικαιοδοσία του ICSID, τότε οι διατάξεις του υπερισχύουν και αποτελούν τη *lex arbitri*, ενώ παράλληλα δεν εφαρμόζεται ο νόμος 2735/1999 για διεθνή διαιτησία διεξαγόμενη στην Ελλάδα.¹⁰⁴

Το ερώτημα, όμως που φυσιολογικά γεννάται, με την ανάγνωση του άρθρου 25 είναι τι τελικώς χαρακτηρίζεται ως επένδυση και ποια είναι τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά αυτής. Κατά βάση ο ορισμός της έννοιας της επένδυσης διατυπώνεται σε κάθε διακρατική σύμβαση ξεχωριστά, ώστε τα μέρη να προσδώσουν τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά που επιθυμούν αναλογικά και με την εκάστοτε περίπτωση. Μια τυπική διάταξη σε τέτοια συνθήκη αναφέρει ότι επένδυση μπορεί να είναι οποιοδήποτε περιουσιακό στοιχείο ή δικαίωμα ενός ξένου επενδυτή στο έδαφος ενός κράτους, εφόσον συνδέεται με κάποια οικονομική δραστηριότητα του προσώπου αυτού.¹⁰⁵

Είθισται να ακολουθεί μία μη περιοριστική απαρίθμηση περιπτώσεων που εκλαμβάνονται γενικά ως επενδύσεις, όπως για παράδειγμα η κινητή και ακίνητη περιουσία, οι μετοχές, οι υποθήκες και τα ενέχυρα. Ένας τέτοιος ευρύς ορισμός είναι απόλυτα δικαιολογήσιμος, καθώς η επένδυση αποτελεί μία έννοια που διαρκώς μεταβάλλεται και επεκτείνεται, επομένως μια συσταλτική ερμηνεία του όρου θα ήταν ιδιαίτερα περιοριστική.

Παρόλα αυτά, το κενό που αφήνουν τα κράτη στον ορισμό της επένδυσης, έρχεται να το καλύψει η νομολογία του ICSID, η οποία θέτει ορισμένα επιπλέον κριτήρια, τα οποία πρέπει να πληροί μια επένδυση προκειμένου να προστατεύεται από μια BIT.¹⁰⁶ Ο λόγος για τα κριτήρια αυτά είναι ότι αποτελούν ενδογενή, αντικειμενικά χαρακτηριστικά μιας επένδυσης, και κατ'επέκταση πρέπει να υπάρχουν πάντα ακόμα και αν δεν αναφέρονται ρητά στην επενδυτική συνθήκη.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Κουσουλής, “Διαιτησία, Ερμηνεία κατ’ άρθρο”, Εκδ. Σάκκουλα, 2004

¹⁰⁵ U.K.-Argentina BIT, Art.1; Italy-Morocco BIT, Art.1.

¹⁰⁶ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 31 July 2001.

¹⁰⁷ Yannaca-Small K., Definition of Investment An open-ended search for a balanced approach in *Arbitration under international investment agreements; a guide to the key issues*, Yannaca-Small K. [ed.], σελ. 254.

Η θεμελιώδης υπόθεση *Salini* είναι αυτή που τα ανάδειξε για πρώτη φορά, όταν κλήθηκε να κρίνει αν μια σύμβαση μεταξύ των μερών για την κατασκευή αυτοκινητοδρόμων συνιστά επένδυση ή όχι. Το διάσημο στην πρακτική πλέον ως “*Salini test*”, περιέχει τέσσερα επιπλέον στοιχεία που πρέπει να πληρούνται για την ύπαρξη μιας επένδυσης προστατευόμενης από το ICSID.

Πιο συγκριμένα, πρέπει:

- να πρόκειται για συνεισφορά υπό τη μορφή χρημάτων ή περιουσιακών στοιχείων
- η συνεισφορά αυτή να παρουσιάζει κάποια *διάρκεια*
- να αναλαμβάνει και ο ίδιος ο ιδιώτης *ρίσκο* στη διαδικασία της συναλλαγής ενώ τέλος
- να συμβάλει στην οικονομική ανάπτυξη του κράτους υποδοχής.¹⁰⁸

Τελικά το διαιτητικό δικαστήριο έκρινε ότι υπάρχει επένδυση. Η απόφαση αυτή στην υπόθεση *Salini* έγινε σημείο αναφοράς για πολλές άλλες υποθέσεις που ακολούθησαν.¹⁰⁹

Λαμβάνοντας, λοιπόν, υπόψη την ιδιαίτερα διευρυμένη έννοια της επένδυσης γίνεται αντιληπτό ότι δύνανται διάφορες μορφές εμπορικής δραστηριότητας του κράτους όπως π.χ. οι πολύ επίκαιρες σήμερα και στην περίπτωση της χώρας μας ιδιωτικοποιήσεις να στοιχειοθετούν ταυτόχρονα επένδυση, και να προστατεύονται και μέσω του θεσμού του ICSID. Χαρακτηριστικά και συχνότερα τέτοια παραδείγματα ιδιωτικοποιήσεων αποτελούν οι συμβάσεις παραχώρησης¹¹⁰ και οι κοινοπραξίες¹¹¹. Στην πράξη μάλιστα συναντούμε πλείονες περιπτώσεις όπου διαιτητικά δικαστήρια οργανωμένα υπό το Κέντρο Επίλυσης Επενδυτικών Διαφορών αναγνώριζαν τέτοιου τύπου ιδιωτικοποιήσεις ως επενδύσεις και ακολούθως τις θεωρούσαν επαρκείς για την στοιχειοθέτηση της *rationae materiae* δικαιοδοσίας τους.¹¹² Συνεπώς,

¹⁰⁸ *Id*, §52.

¹⁰⁹ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, 14 November 20015; *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, Decision on Jurisdiction, 16 June 2006.

¹¹⁰ Construction Agreements

¹¹¹ Joint Ventures

οποιαδήποτε μορφή ιδιωτικοποίησης, εφόσον πληροί τα κριτήρια του “*Salini test*”, αποτελούν και επενδύσεις του ιδιώτη κατά το άρθρο 25 της Σύμβασης της Ουάσινγκτον.

B. Το πλαίσιο του εφαρμοστέου δικαίου στην επενδυτική διαιτησία

Το επόμενο ζήτημα που τίθεται αναφέρεται στους λόγους για τους οποίους ένας ιδιώτης μπορεί να στραφεί στην επενδυτική διαιτησία προκειμένου να προστατεύσει τα περιουσιακά του στοιχεία, συμπεριλαμβανομένων αυτών από ιδιωτικοποιήσεις. Η απάντηση κατά βάση είναι το εφαρμοστέο δίκαιο. Φυσικά παίζει σημαντικό ρόλο το γεγονός ότι το Κέντρο αποτελεί ένα ουδέτερο *forum* για την επίλυση διαφορών, ένα απολύτως αυτόνομο δικαιοδοτικό σύστημα, στο οποίο τα εθνικά δικαστικά όργανα δεν δύνανται να παρεμβαίνουν.¹¹³ Ωστόσο, το κρισιμότερο στοιχείο που καθιστά την επενδυτική διαιτησία τόσο ελκυστική στον ιδιώτη αποτελεί το εφαρμοστέο δίκαιο.

Συγκεκριμένα, στην εμπορική διαιτησία το διαιτητικό δικαστήριο εφαρμόζει σε μεγάλο βαθμό το ουσιαστικό δίκαιο ενός κράτους, ενώ από τη σκοπιά του δημοσίου διεθνούς δικαίου το βασικότερο σχετικό κείμενο είναι η Σύμβαση της Νέας Υόρκης του 1958 για την αναγνώριση και εκτέλεση διαιτητικών αποφάσεων.¹¹⁴

Αντίθετα στην επενδυτική διαιτησία οι διεθνείς διακρατικές συνθήκες, κατά βάσει οι BITs, διαμορφώνουν το πλαίσιο προστασίας της επένδυσης. Βέβαια, η επένδυση δεν υπόκειται σε κάποιο ειδικό καθεστώς ως προς τους εθνικούς νόμους που ισχύουν, δηλαδή και αυτή διέπεται από το εθνικό δίκαιο και πρέπει να ακολουθεί τις όποιες αλλαγές στο νομοθετικό πλαίσιο. Η διαφορά, όμως, είναι ότι οι αλλαγές στο πλαίσιο αυτό πρέπει να είναι περιορισμένες, αλλιώς

¹¹² *Lanco International Inc. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/6, Jurisdiction of the Arbitral Tribunal, 8 December 1998; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29 January 2004; *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/17, Award, 21 June 2011.

¹¹³ Θωμά Ι., “Το κράτος στην διεθνή συναλλαγή”, σε Χ. Παμπούκη, “Δίκαιο Διεθνών Συναλλαγών”, Νομική Βιβλιοθήκη, 2010, σελ.215-217

¹¹⁴ Karl-Heinz Bockstiegel, *Commercial and Investment Arbitration: How Different are they Today?*, (2012) 28 *Arbitration International*. σελ. 579.

παραβιάζουν την διεθνή διακρατική συνθήκη, η οποία αποτελεί δημόσιο διεθνές δίκαιο και κατ' επέκταση δεν επηρεάζεται από το εθνικό.

Οι διακρατικές αυτές συνθήκες είναι κατά τέτοιο τρόπο διατυπωμένες, ώστε να γίνεται πολύ εύκολα επίκλησή τους. Χαρακτηριστικό παράδειγμα, μεταξύ άλλων,¹¹⁵ αποτελεί η πρόβλεψη για δίκαιη και ισότιμη μεταχείριση του επενδυτή (*fair and equitable treatment*), που αποτελεί ένα κλασικό άρθρο στις επενδυτικές συμβάσεις και έχει υπάρξει αντικείμενο επίκλησης από τους επενδυτές σε πλείστες περιπτώσεις, αν όχι ως κύρια παραβίαση,¹¹⁶ τουλάχιστον επικουρικά.¹¹⁷ Σκοπός αυτής της διάταξης είναι να δημιουργήσει ένα σταθερό επενδυτικό κλίμα, το οποίο παρέχει τις κατάλληλες εγγυήσεις στον ιδιώτη ότι η επένδυσή του είναι εξασφαλισμένη.¹¹⁸ Έτσι, ο επενδυτής προστατεύεται από απρόοπτες αλλαγές του νομοθετικού πλαισίου, ακόμα και αν οι αλλαγές αυτές δεν αποτελούν απαραίτητα και αθέτηση των υποχρεώσεων που πηγάζουν από τη συμφωνία του ιδιώτη με μια κρατική οντότητα.

Η πρακτική έχει δείξει ότι οι ιδιώτες προσφεύγουν σε περισσότερα δικαιοδοτικά όργανα, προκειμένου να προστατέψουν όσο καλύτερα γίνεται τα περιουσιακά τους στοιχεία. Μια τέτοια περίπτωση αποτελεί και η ταυτόχρονη προσφυγή στο ICC και στο ICSID, ή η προσφυγή πρώτα στο ένα και μετά την έκδοση της απόφασης στο δεύτερο. Αυτή η πρακτική, όπως είναι φυσικό, εγείρει ζητήματα δεδικασμένου και εκκρεμοδικίας. Στην ανάλυση που θα ακολουθήσει, θα διαπιστωθεί πρώτα, ποιο είναι το αποτέλεσμα των παράλληλων προσφυγών στα δύο δικαιοδοτικά όργανα (α), και δεύτερον, τι επιρροή ασκεί η πρότερα απόφαση στην μεταγενέστερη (β).

¹¹⁵ π.χ. πλήρης προστασία και ασφάλεια, απαλλοτρίωση κατόπιν άμεσης, επαρκούς, και αποτελεσματικής αποζημίωσης, ρήτρα προτιμώμενου κράτους και εθνική μεταχείριση.

¹¹⁶ *BG Group Plc. v. The Republic of Argentina*, UNCITRAL, Award, 27 December 2007; *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011; *MTD v. Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, 25 May 2004.

¹¹⁷ *Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs v. the Republic of Georgia*, ICSID Case Nos. ARB/05/18 and ARB/07/15, Award, 3 March 2010; *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. the Russian Federation*, Final Award, 18 July 2014.

¹¹⁸ Θωμα Ι., “Το κράτος στην διεθνή συναλλαγή”, σε Χ. Παμπούκη, “Δίκαιο Διεθνών Συναλλαγών”, Νομική Βιβλιοθήκη, 2010, σελ.215-217

Γ. Νομολογία υποθέσεων παράλληλων προσφυγών επενδυτικής και εμπορικής διαιτησίας

Γ.1 Η περίπτωση της Mobil

Σύμφωνα με την αρχή της εκκρεμοδικίας, όσο διαρκεί η εκδίκαση μιας υπόθεσης σε ένα δικαιοδοτικό όργανο απαγορεύεται η έναρξη άλλης διαδικασίας σε άλλο όργανο για την ίδια διαφορά.¹¹⁹

Από τη σκοπιά της επενδυτικής διαιτησίας, η αρχή της εκκρεμοδικίας εκφράστηκε αρχικά στην υπόθεση *Benvenuti*, και αργότερα υιοθετήθηκε και σε μεταγενέστερες αποφάσεις¹²⁰, όπου υποστηρίχθηκε ότι προκειμένου να πληρούνται η αρχή θα πρέπει να υπάρχει ταυτότητα διαδίκων, αντικείμενου διαφοράς και νομικής αιτίας¹²¹. Σε αυτή την περίπτωση το δεύτερο όργανο θα πρέπει να αναστείλει την εκδίκαση της διαφοράς, ώστε να αποφευχθεί ο κίνδυνος αντιφατικών αποφάσεων.

Παρόλα αυτά, το διαιτητικό δικαστήριο στην υπόθεση *CME* έκρινε ότι βάσει των ίδιων πραγματικών περιστατικών δύνανται να εγερθούν διαφορετικοί ισχυρισμοί, χωρίς να τεθεί θέμα εκκρεμοδικίας.¹²² Και αυτό, διότι, όπως είχε καταλήξει ήδη το δικαστήριο στην περίφημη υπόθεση *Vivendi*, η παραβίαση μιας διεθνούς διακρατικής συνθήκης διαφοροποιείται πλήρως από την παραβίαση μιας σύμβασης που διέπεται από το εθνικό δίκαιο.¹²³

Επομένως, ένα κράτος μπορεί να μην έχει παραβιάσει τις υποχρεώσεις του που πηγάζουν από κάποια σύμβαση, αλλά να έχει παραβιάσει αυτές που προέρχονται από κάποια διεθνή συνθήκη. Για αυτό το λόγο, οι δύο παραβιάσεις αποτελούν και διαφορετικό αντικείμενο διαφοράς, με διαφορετικό εφαρμοστέο δίκαιο κάθε φορά, αφενός το διεθνές δίκαιο για τη συνθήκη, και

¹¹⁹ Yuval Shany, “*The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*”, Oxford, 2004, σελ.22.

¹²⁰ *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Decision on Jurisdiction, 8 December 2003, §88.

¹²¹ *Benvenuti and Bonfant SRL v. the Government of the People’s Republic of the Congo*, 1 ICSID Rep. 340 at para.1.14.

¹²² *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, 13 September 2001, §147.

¹²³ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on Annulment, 3 July 2002, §95.

αφετέρου για τη σύμβαση το δίκαιο που έχει οριστεί από τα μέρη.¹²⁴ Συνεπώς, αφού δεν υπάρχει ταυτότητα της νομικής αιτίας δεν μπορεί να εφαρμοστεί και η αρχή της εκκρεμοδικίας.

Έτσι, ήδη από το 1996, το ICSID είχε κρίνει ότι δύνανται να υπάρξουν παράλληλες διαδικασίες με το ICC και άλλα διαιτητικά θεσμικά κέντρα.

Στην ελληνική υπόθεση *Tradex*, η ομώνυμη εταιρεία δημιούργησε μια κοινοπραξία με την *Torovitsa*, η οποία ανήκε στο κράτος της Αλβανίας, σχετικά με βιομηχανικές και αγροτικές επενδύσεις στο έδαφος της τελευταίας. Υπέγραψαν, λοιπόν, τα μέρη μια σύμβαση, η οποία περιείχε διαιτητική ρήτρα με δικαιοδοσία του ICC. Όταν έγινε η προσφυγή στο ICSID, η Αλβανία προέβαλε την ένσταση ότι αρμόδιο όργανο είναι το ICC. Το διαιτητικό δικαστήριο έκρινε, παρόλα αυτά, ότι η ύπαρξη αυτής της σύμβασης δεν απέκλειε την έγερση άλλων ισχυρισμών από την *Tradex* κατά του εναγόμενου κράτους από διαφορετική βάση, εφόσον το ίδιο έχει συναινέσει στην δικαιοδοσία του ICSID.¹²⁵

Σε αντίστοιχο αποτέλεσμα κατέληξε και το διαιτητικό δικαστήριο τόσο υπό το ICSID όσο και υπό το ICC στην υπόθεση *Mobil*.

Η Βενεζουέλα, προκειμένου να προσελκύσει επενδύσεις, παρείχε οικονομικά κίνητρα και εγγυήσεις ασφάλειας στους επενδυτές. Μεταξύ αυτών ήταν και η *Mobil*, η οποία δραστηριοποιούταν στον τομέα του πετρελαίου. Η εταιρεία προέβη στην υπογραφή μιας σύμβασης με την PDVSA, ένα νομικό πρόσωπο το οποίο ανήκε στο κράτος. Η σύμβαση προέβλεπε ότι διαφορές που θα ανέκυπταν θα διέπονται από το δίκαιο της Βενεζουέλας και θα υπάγονταν στο θεσμικό κέντρο του ICC. Το 2005, η κυβέρνηση επέβαλε νέους φόρους, περιέκοψε την παραγωγή και τις εξαγωγές, και γενικότερα απέσυρε όλα τα κίνητρα που είχε δώσει στους επενδυτές, με αποκορύφωμα, το 2007, την κατάσχεση της επένδυσης και την κρατικοποίησή της. Στη συνέχεια, η *Mobil* το 2009 προσέφυγε στο ICC κατά της PDVSA βάσει της μεταξύ τους σύμβασης. Παράλληλα, προσέφυγε και κατά του ίδιου το κράτους στη βάση του εθνικού Νόμου για τη Προστασία των Επενδύσεων της Βενεζουέλας, και της διμερούς

¹²⁴ *Ibid.* §96.

¹²⁵ *Tradex Hellas S.A. (Greece) v. Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/94/2, Decision on Jurisdiction, December 24, 1996, σελ.158.

διακρατικής συνθήκης μεταξύ της τελευταίας και της Ολλανδίας, στους νόμους της οποίας υπάγεται ο ενάγων, για την προώθηση και την προστασία των επενδύσεων (BIT).

Παρά τις παράλληλες προσφυγές κανένα από τα αρμόδια διαιτητικά δικαστήρια δεν αρνήθηκε την δικαιοδοσία του και μάλιστα κατέληξαν στο ίδιο αποτέλεσμα.

Συγκεκριμένα το ICC έκρινε ότι η διαδικασία ενώπιον του ICSID δεν περιλαμβάνει τους ίδιους διαδίκους, και επομένως δεν είναι σχετική, ενώ ξεκαθάρισε ότι η συγκεκριμένη διαδικασία ενώπιον του αφορά αποκλειστικά την ερμηνεία και εφαρμογή της σύμβασης μεταξύ των διάδικων μερών.¹²⁶ Κατέληξε, δηλαδή, ότι δεν υπάρχει ταυτότητα διαδίκων ούτε νομικής βάσης και για αυτό δεν τίθεται ζήτημα εκκρεμοδικίας, ώστε να χρειάζεται να αναστείλει τη διαδικασία. Τελικά το δικαστήριο εκδίκασε την υπόθεση και επέρριψε στην PDVSA αποζημίωση \$908 εκατομμυρίων.

Από την πλευρά του το ICSID θεμελίωσε τη δικαιοδοσία του στη BIT βάσει του άρθρου 25 της Σύμβασης της Ουάσινγκτον.¹²⁷ Στη συνέχεια ανέφερε ότι ο λόγος που θα ληφθεί υπόψη η απόφαση του ICC είναι αποκλειστικά για αποφευχθεί ο κίνδυνος να αποκατασταθεί ο ενάγων διπλά.¹²⁸ Η μοναδική σχέση, λοιπόν, που βρίσκει το δικαστήριο αφορά τον υπολογισμό της ζημίας. Συγκεκριμένα, έκρινε ότι το ICC κατέληξε σχετικά με την ευθύνη της PDVSA βάσει σύμβασης, με την οποία συμβλήθηκαν οι διάδικοι. Το κράτος δεν ήταν διάδικος στην διαδικασία ενώπιον του ICC, όπως δεν είναι η PDVSA διάδικος ενώπιον του ICSID. Αντίστοιχα, η ευθύνη του κράτους δεν πηγάζει από τη σύμβαση που αποτέλεσε τη νομική αιτία στην πρώτη διαδικασία, ούτε η ευθύνη της PDVSA προέρχεται από την BIT.¹²⁹ Οι διαδικασίες, αφορούν επομένως διαφορετικούς διαδίκους με διαφορετική βάση για την ευθύνη τους. Τελικά, το

¹²⁶ *Mobil Cerro Negro Ltd v PDVSA Cerro Negro SA*, Final Award, ICC Arbitration Case No. 15416/JRF/C, December 23, 2011, §§321-322.

¹²⁷ *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding LTD., Mobil Venezolana de Petroleow Holdings INC. v Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, June 10, 2010, §§62-63.

¹²⁸ *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding LTD., Mobil Venezolana de Petroleow Holdings INC. v Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/27, 9 October 2014, §119.

¹²⁹ *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding LTD., Mobil Venezolana de Petroleow Holdings INC. v Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/27, 9 October 2014, §§216, 254.

διαιτητικό δικαστήριο διέταξε τη Βενεζουέλα να αποζημιώσει την *Mobil* με το ποσό του \$1.6 δις.

Πέρα από το παράδειγμα της *Mobil*, υπάρχουν και άλλες περιπτώσεις όπου το δικαστήριο αρνήθηκε να αναστείλει τη διαδικασία λόγω παράλληλης προσφυγής στο ICC. Στην υπόθεση *Tethyan*, για παράδειγμα, ο ενάγων ζήτησε ασφαλιστικά μέτρα, ώστε σε περίπτωση που η τελική απόφαση καταδικάζει το εναγόμενο κράτος να μπορεί να ζητήσει επανόρθωση. Ο εναγόμενος προέβαλε ένσταση στην δικαιοδοσία του επενδυτικού διαιτητικού δικαστηρίου, διότι το ίδιο αίτημα έγινε από τον ενάγοντα και στην παράλληλη διαδικασία στο ICC. Το δικαστήριο κατέληξε ότι το αντικείμενο της διαφοράς στις δύο προσφυγές είναι διαφορετικά, όπως και οι διάδικοι, επομένως δεν είχε λόγο να αρνηθεί την εξασφάλιση των ασφαλιστικών μέτρων.¹³⁰

Γ.2 Αρχή του δεδικασμένου- η περίπτωση της SPP

Κατά την αρχή του δεδικασμένου μία απόφαση καθίσταται δεσμευτική για τα μέρη και δεν δύναται να κριθεί από άλλο δικαιοδοτικό όργανο.¹³¹ Όπως και στην περίπτωση της εκκρεμοδικίας προϋποτίθεται ότι υπάρχει ταυτότητα διαδίκων και αντικειμένου.¹³²

Μία από τις χαρακτηριστικότερες περιπτώσεις μεταγενέστερων διαδικασιών σε άλλο δικαιοδοτικό όργανο είναι αυτή της *SPP*. Η διαφορά αφορούσε την επένδυση μεταξύ μιας επιχείρησης με έδρα το Χόνγκ-Κονγκ και της Αιγύπτου σχετικά με τουριστικές εγκαταστάσεις. Ο Υπουργός Τουρισμού της Αιγύπτου, είχε συμφωνήσει να εξασφαλίσει τον τίτλο ιδιοκτησίας στη περιοχή κοντά στις Πυραμίδες και την μεσογειακή ακτή. Ωστόσο, η επένδυση αυτή βρήκε αντίθετη την κοινή γνώμη και η περιοχή γύρω από τις Πυραμίδες ανακηρύχθηκε σε “δημόσια περιουσία” (public property). Έτσι, η *SPP* άσκησε προσφυγή κατά της Αιγύπτου στο ICC, το οποίο καταδίκασε την Αίγυπτο σε αποζημίωση.¹³³

¹³⁰ *Tethyan Copper Company PTY Limited v. the Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/12/1, Decision on Claimant’s Request for Provisional Measures, 13 December 2012, §§130-131.

¹³¹ Yuval Shany, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford, 2004, σελ.22.

¹³² *Ibid.* σελ.24.

¹³³ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Award of the Tribunal, May 20, 1992, §68.

Στη συνέχεια το εναγόμενο κράτος κατέφυγε στο γαλλικό Εφετείο προκειμένου να ακυρώσει την απόφαση, στη βάση ότι το ίδιο δεν είχε συμφωνήσει στη δικαιοδοσία του ICC. Παράλληλα με τη διαδικασία ακύρωσης, η *SPP* ξεκίνησε νέα προσφυγή, αυτή τη φορά ενώπιον του ICSID με βάση την BIT μεταξύ των δύο κρατών. Το διαιτητικό δικαστήριο αποφάσισε να αναστείλει την εκδίκαση της διαφοράς μέχρι την έκδοση της απόφασης από το γαλλικό δικαστήριο.¹³⁴ Το τελευταίο κατέληξε ότι ήταν βάσιμος ο λόγος ακύρωσης της απόφασης λόγω έλλειψης συναίνεσης της Αιγύπτου στην εμπορική διαιτησία.

Έπειτα, όμως, το διαιτητικό δικαστήριο υπό το ICSID επανήλθε και έκρινε ότι η απόφαση του γαλλικού δικαστηρίου δεν μπορεί να αποκλείσει την δικαιοδοσία του, γιατί κάτι τέτοιο θα ήταν αντίθετο με τη Σύμβαση της Ουάσινγκτον¹³⁵, που προβλέπει ότι το δικαστήριο είναι αρμόδιο να κρίνει το ίδιο την αρμοδιότητά του (με βάση την περίφημη αρχή *Kompetenz-Kompetenz*).¹³⁶ Τελικά θεμελίωσε τη δικαιοδοσία του, απορρίπτοντας την ένσταση της Αιγύπτου για την ύπαρξη δεδικασμένου από την απόφαση του γαλλικού δικαστηρίου, και μάλιστα καταδίκασε τη χώρα, όπως και το ICC, σε αποζημίωση.

Καταληκτικά, θα μπορούσε να ειπωθεί σχετικά με την εμπλοκή του κράτους σε διαιτητικές υποθέσεις, ότι δεν εμποδίζεται ο επενδυτής να στραφεί τόσο κατά του ελληνικού κράτους όσο και κατά κάποιου οργάνου ή φορέα του, όπως π.χ. του ΤΑΙΠΕΔ στην περίπτωση μιας διαφοράς από ιδιωτικοποίηση, ενώπιον του ICC και του ICSID αντίστοιχα.

Σε κάθε περίπτωση, εφόσον υφίσταται BIT μεταξύ του κράτους προέλευσης του επενδυτή και του ελληνικού κράτους η νομική αιτία είναι διαφορετική. Το ζήτημα τότε σχετίζεται με την διπλή αποκατάσταση από την οποία ίσως επωφεληθεί ο επενδυτής.

¹³⁴ *Ibid.* §15.

¹³⁵ ICSID Conv., Art.41.

¹³⁶ Yuval Shany, “*The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*”, Oxford, 2004, σελ.264.

ΜΕΡΟΣ ΤΡΙΤΟ: Μεταδιαιτητικό στάδιο

Ίσως το πιο καίριο στάδιο της διαιτητικής διαδικασίας να αποτελεί το στάδιο της αναγνώρισης και εκτέλεσης της απόφασης. Μία από τις βασικές αρχές που διαπνέει την διαιτησία σαν εναλλακτικό τρόπο επίλυσης διαφορών είναι η εξασφάλιση της έκδοσης μια απόφασης ικανής να εκτελεστεί και φυσικά αυτό που ενδιαφέρει κυρίως τα μέρη είναι να καταφέρουν να αποζημιωθούν και να αποκατασταθεί υλικά η ζημία τους.

Προτού προχωρήσουμε στην παρουσίαση των ειδικότερων προβληματικών που εμφανίζονται όταν το Κράτος έρχεται αντιμέτωπο με την ιδιωτική πλευρά σε μια διαιτητική δίκη κατά το τελευταίο στάδιο της διαδικασίας, όπως τα καίρια και επίκαιρα ζητήματα της επίκλησης της κρατικής ετεροδικίας και της φύσης των κρατικών περιουσιακών στοιχείων κατά των οποίων στρέφεται η εκτέλεση, κρίνεται σκόπιμο να κάνουμε μια σύντομη αναφορά στα διαδικαστικά στάδια του μεταδιαιτητικού πλαισίου. Αρχικά, δηλαδή, στην διάκριση μεταξύ των ημεδαπών και αλλοδαπών διαιτητικών αποφάσεων, στα μέσα τα οποία είναι διαθέσιμα στα μέρη όπως η αγωγή ακύρωσης του διαιτητικού *award* και η άρνηση της αναγνώρισης της εκτέλεσης καθώς και ποιες δικαιοδοσίες είναι φιλικά προσκείμενες στην αναγνώριση και εκτέλεση μιας ήδη ακυρωθείσας διαιτητικής απόφασης.

Κεφάλαιο 1^ο : Η διαδικασία στο μεταδιαιτητικό στάδιο

A. Ημεδαπές και αλλοδαπές διαιτητικές αποφάσεις

Διαφορετική από την διάκριση εσωτερικής και διεθνούς διαιτησίας, είναι η διάκριση ημεδαπής και αλλοδαπής απόφασης, διάκριση που θεωρείται ζωτική όσον αφορά το μεταδιαιτητικό στάδιο και την εκτέλεση της διαιτητικής απόφασης. Για αυτό τον λόγο, κρίθηκε λογικό να αναφερθεί εν συντομία η έννοια της, λόγω και της άρρηκτης σύνδεσης της με την διαδικασία της εκτέλεσης της διαιτητικής απόφασης αλλά και της αγωγής ακύρωσης κατά αυτής.

Υπάρχουν θεωρητικές διχογνωμίες ως προς το ποια είναι τα κριτήρια διάκρισης μεταξύ τους¹³⁷ Στην ελληνική θεωρία και νομολογία¹³⁸ έχει επικρατήσει το κριτήριο του διαδικαστικού/δικονομικού δικαίου που πράγματι εφαρμόστηκε για την έκδοση της.

Ο ν. 2735/1999, θεσπίζει νομοθετικά το εδαφικό κριτήριο, καθώς αναφέρει χαρακτηριστικά πως: *“Οι διατάξεις αυτού του νόμου εφαρμόζονται{...}στην διεθνή εμπορική διαιτησία, ο τόπος της οποίας βρίσκεται στην Ελληνική Επικράτεια.”*

Ημεδαπή λοιπόν σύμφωνα με τον νόμο είναι η διαιτητική απόφαση που εξεδόθη στην Ελλάδα σύμφωνα με τον ν. 2735/1999, ενώ αλλοδαπή αυτή που εκδόθηκε εκτός ελληνικής επικράτειας. Ημεδαπή να σημειωθεί πως μπορεί να θεωρηθεί μια απόφαση που εκδίδεται τόσο στην εσωτερική διαιτησία που ρυθμίζεται από τον ΚπολΔ, όσο και στην διεθνή σύμφωνα με τον εσωτερικό νόμο διαιτησίας.

Στην ΣΝΥ, υιοθετείται τόσο η αρχή του forum¹³⁹, στο άρθρο 1.1 εδ. α, θεωρώντας ως αλλοδαπή απόφαση που εκδόθηκε στο έδαφος άλλου κράτους από αυτό που ζητείται η εκτέλεση., όσο και Ο τόπος εδώ νοείται ως νομικό και όχι ως γεωγραφικό κριτήριο και πιο συγκεκριμένα το που υπογράφηκε η διαιτητική απόφαση (από τον διαιτητή ή επιδιαιτητή) χωρίς να επηρεάζει το σε ποια χώρα διενεργήθηκαν οι διαδικαστικές πράξεις¹⁴⁰. Στο εδ. β του άρθρου 1.1. της ΣΝΥ, υιοθετείται και το νομικό κριτήριο σύμφωνα με το οποίο η ΣΝΥ εφαρμόζεται στις αποφάσεις που δεν θεωρούνται ημεδαπές στο κράτος όπου ζητείται η αναγνώριση και εκτέλεση τους. Συνοψίζοντας, θα θεωρήσουμε ως ημεδαπή μια απόφαση που εκδόθηκε στην Ελλάδα υπό τον ν.2735/1999 ή τον ΚπολΔ, ενώ αλλοδαπή αυτή που εκδόθηκαν εκτός ελληνικής επικράτειας.

¹³⁷ Γραμματικάκη Α./Παπασιώπη Πασιά Ζ./Βασιλακάκης Ε., *“Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο”*, Εκδ. Σακκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2010, σ. 472

¹³⁸ Ολ ΑΠ 880/1985

¹³⁹ Βερβενιώτης Γ., *“Διεθνής Εμπορική Διαιτησία. Ι Η Σύμβαση της Νέας Υόρκης. Διμερείς Συμβάσεις.”* Αθήνα-Κομοτηνή 1990, σ.34

¹⁴⁰ Ibid. σ 136

B. Αγωγή ακύρωσης της διαιτητικής απόφασης

Η ημεδαπή διαιτητική απόφαση, είτε εσωτερικής είτε διεθνούς διαιτησίας, εκτελείται αυτόματα και έχει την ισχύ δεδικασμένου από την έκδοσή της. Συγκεκριμένα, όσον αφορά την εσωτερική διαιτησία, από την υπογραφή της από τους διαιτητές σύμφωνα με το άρθρο 892.1 ΚπολΔ, αφού έχει προηγηθεί η έκδοσή της κατ' άρθρο 885. 2 ΚπολΔ αυτή δεν χρειάζεται περαιτέρω πράξη δημοσιεύσεως και αναπτύσσει δεδικασμένο αφού κατατεθεί και στην γραμματεία του Μονομελούς Πρωτοδικείου σύμφωνα με το άρθρο 893 ΚπολΔ.

Αντίστοιχα, στην έκδοση ημεδαπής απόφασης διεθνούς διαιτησίας σύμφωνα με τον ν. 2735/1999¹⁴¹, με τον οποίο εισήχθησαν στην Ελλάδα ουσιαστικοί κανόνες ιδιωτικού διεθνούς δικαίου, οι οποίοι ρυθμίζουν αμέσως χωρίς την μεσολάβηση κανόνων συγκρούσεως την ύλη της διεθνούς διαιτησίας¹⁴², η διαδικασία περατώνεται σύμφωνα με το άρθρο 32 που σε συνάρτηση με το άρθρο 35 εξασφαλίζουν την έκδοση εκτελεστού τίτλου κατ' άρθρο 896 ΚπολΔ.

Ενάντια στην ημεδαπή διαιτητική απόφαση μπορεί να αντισταχθεί αγωγή ακύρωσης της, η οποία δεν αντίκειται στο άρθρο 35.1 του Ν.2735/1999 το οποίο ορίζει πως η διαιτητική απόφαση *δεν υπόκειται σε ένδικα μέσα* καθώς με πιο πρόσφατη την ΑΠ 102/2012, έχει οριστεί πως η αίτηση ακύρωσης θεωρείται *ένδικο βοήθημα* και όχι ένδικο μέσο.

Παρακάτω θα εξετάσουμε, εν συντομία τα διαφορετικά πλαίσια στα οποία μπορεί να εγερθεί μια αγωγή ακύρωσης ανάλογα με το αν έχουμε εσωτερική, διεθνής ή διαιτησία σύμφωνα με τους κανόνες του ICSID, της οποίας η αγωγή ακύρωσης βέβαια, αποτελεί ξεχωριστή διαδικασία ρυθμιζόμενη από τους δικούς της κανόνες.

Οι λόγοι ακύρωσης της διαιτητικής απόφασης που προβλέπουν οι περισσότερες εθνικές νομοθεσίες, συνάδουν με τους λόγους άρνησης αναγνώρισης/εκτέλεσης της διαιτητικής απόφασης του άρθρου V της Σύμβασης της Νέας Υόρκης¹⁴³ (στο εξής ΣΝΥ)

¹⁴¹ Με τον οποίο όπως τονίζεται στην Εισηγητική του Έκθεσης, εισήχθη στην Ελλάδα, ο Πρότυπος Νόμος της UNCITRAL

¹⁴² Κουσουλής Ν. Σ., “Διαιτησία, Ερμηνεία κατ' άρθρο”, Εκδ. Σάκκουλα, 2004, σ. 141

¹⁴³ Κυρωμένη με το ν.δ.4220/1961 της Σύμβασης που υπογράφηκε στις 10.6.1958.

Ο ακυρωτικός έλεγχος αυτός δεν είναι έλεγχος ουσίας αλλά ορίων νομιμότητας και μόνο για τους περιορισμένους λόγους που ορίζονται στις αντίστοιχες διατάξεις¹⁴⁴.

Λόγω της μεγάλης σημασίας του ένδικου βοηθήματος της αγωγής ακύρωσης, ο συμβατικός αποκλεισμός του θεωρείται πως αντίκειται στην δημόσια τάξη, στις περισσότερες έννομες τάξεις¹⁴⁵. Επιπρόσθετα, να σημειώσουμε πως έφεση επί της ουσίας δεν προβλέπεται. Μια εξαίρεση αποτελεί το άρθρο 69 του Αγγλικού Arbitration Act του 1996 το οποίο έχει όμως ιδιαίτερα περιορισμένο και εξαιρετικό πλαίσιο εφαρμογής για ζητήματα μόνο αγγλικού δικαίου¹⁴⁶. Η εν λόγω έφεση επιτρέπει τον εφετειακό έλεγχο ως προς ουσιαστικές κρίσεις των διαιτητών εφόσον τα μέρη δεν έχουν συμφωνήσει το αντίθετο. Τα μέρη, όμως, στην πράξη συνήθως αποκλείουν την εφαρμογή της και επιλέγουν κανόνες διαιτησίας που περιέχουν αποκλεισμό της εφέσεως¹⁴⁷¹⁴⁸

B.1 Αγωγή ακύρωσης εσωτερικής διαιτησίας

Όσον αφορά την εσωτερική διαιτησία η ακύρωση γίνεται σύμφωνα με το άρθρο 897 ΚπολΔ ενώ αρμόδιο για την εκδίκαση της είναι Εφετείο με βάση το άρθρο 898 ΚπολΔ. Τα κριτήρια που αναφέρονται στα άρθρα προσιδιάζουν σε αυτά του άρθρου 34 για την διεθνή διαιτησία αλλά και του άρθρου V της ΣΝΥ, για τους λόγους άρνησης αναγνώρισης και εκτέλεσης της αλλοδαπής διαιτητικής απόφασης, οπότε περαιτέρω ανάλυση τους θα γίνει κατωτέρω.

B.2 Αγωγή ακύρωσης διεθνούς διαιτησίας

Η ταύτιση σε μεγάλο βαθμό των λόγων ακύρωσης του άρθρου 34 του ν.2735/1999 με τους λόγους άρνησης της εκτέλεσης του άρθρου V της ΣΝΥ, αντανακλά την εμπρόθετη τάση των

¹⁴⁴ Υπάρχουν και περιπτώσεις που το δικαστήριο υπερέβη τα όρια του ελέγχου, όπως στην *Dallah v Pakistan*, βλ. IN'T ARB. 467, 2009

¹⁴⁵ Πετροχείλος Γ., "Η διαιτητική επίλυση των διεθνών διαφορών", στο Παμπούκης Χ., "Δίκαιο Διεθνών Συναλλαγών", Νομική Βιβλιοθήκη, 2010, σ.1307

¹⁴⁶ *Ibid*

¹⁴⁷ Βλ. άρθρο 32.2 Κανόνων UNCITRAL και 28.6 κανόνων ICC

¹⁴⁸ *Ibid* σ.1308

συντακτών του Πρότυπου Νόμου της UNCITRAL, οι λόγοι αυτοί να καταστρωθούν με βάση το καθιερωμένο σύστημα της ΣΝΥ. Πρέπει να επισημανθεί όμως, πως οι εφαρμογή τους είναι διαφορετική καθώς, η διαιτητική απόφαση που ακυρώνεται, εξαφανίζεται από τον νομικό κόσμο, γεγονός που πρέπει να τυγχάνει εξαιρετικής εφαρμογής, και μόνο για τους περιοριστικούς λόγους του άρθρου 34. Αντίθετα στην περίπτωση του άρθρου V, επιδιώκεται η άρνηση αναγνώρισης μιας αλλοδαπής απόφασης και η αποφυγή αυτή να αναπτύξει έννομα αποτελέσματα στο κράτος του forum. Για τους λόγους αναλυτικά παραπέμπουμε στο άρθρο 34 του νόμου εσωτερικής διαιτησίας καθώς μια σύντομη επεξήγηση τους θα γίνει παρακάτω σε συνδυασμό με το άρθρο V της ΣΝΥ, σε μια ενιαία παράθεση τους λόγω και της ομοιότητας τους.

B.3 Η Ακύρωση στην διεθνή επενδυτική διαιτησία κατά τους κανόνες του ICSID

Η ακύρωση της διαιτητικής απόφασης κατά τον Κανονισμό ICSID¹⁴⁹ είναι σε πρώτο στάδιο δυνατή με το άρθρο 51.1, υπό την προϋπόθεση ανακάλυψης γεγονότων που θα μπορούσαν να ασκήσουν σημαντική επιρροή¹⁵⁰ στην διαιτητική απόφαση. Το βοήθημα αυτό ασκείται ενώπιον του διαιτητικού δικαστηρίου που εξέδωσε την υπό κρίση απόφαση¹⁵¹

Σε δεύτερο στάδιο, υπάρχει η αυξημένης σημασίας διαδικασία της ακυρώσεως¹⁵² της διαιτητικής αποφάσεως υπό το άρθρο 52 του ICSID. Χρήζει ιδιαίτερης σημασίας να επισημάνουμε πως η αίτηση ακυρώσεως σύμφωνα με τους κανόνες του ICSID, αντίθετα με την συνήθη αγωγή ακύρωσης της διαιτητικής απόφασης που προαναφέραμε, δεν εκδικάζεται από τακτικό δικαστήριο αλλά από Τριμελή *ad hoc* επιτροπή. Μάλιστα, υπάρχουν και περιορισμοί ως προς το ποια πρόσωπα θα συμπεριληφθούν στην επιτροπή. Σ' αυτήν δεν μπορούν να μετέσχουν οι διαιτητές του αρχικού panel, αυτοί που εξέδωσαν δηλαδή την υπό εξέταση απόφαση, αλλά επιπλέον δεν πρέπει να έχουν την ίδια υπηκοότητα με αυτούς, ούτε να έχουν την υπηκοότητα

¹⁴⁹ Θυμίζουμε την κύρωση του Κανονισμού με τον ΑΝ 608/1968

¹⁵⁰ Στο κείμενο του κανονισμού αναφέρεται ως “*decisively affect the award*”

¹⁵¹ Με μια διαδικασία που προσομοιάζει στην αναψηλάφηση που προβλέπεται για την εσωτερική διαιτησία και το άρθρο 897.8 ΚπολΔ,

¹⁵² Ο αγγλικός όρος είναι *annulment of the award*

του Κράτους που είναι διάδικος στην υπόθεση αλλά και του Κράτους υπήκοος του οποίου είναι διάδικο μέρος¹⁵³.

Στην διαδικασία αυτή, λοιπόν, δεν έχουμε εφαρμογή της ΣΝΥ και οι λόγοι ακυρώσεως της διαιτητικής απόφασης υπό τους κανόνες του ICSID, εκτίθενται *περιοριστικά* στο άρθρο 52.1 του Κανονισμού. Αυτοί είναι:

(α) *Για ελαττώματα σχετικά με την σύνθεση του διαιτητικού δικαστηρίου*. Αφορά συνήθως την έλλειψη αντικειμενικότητας και ανεξαρτησίας των διαιτητών οι οποίοι μπορεί να είχαν λάβει μέρος ως διαιτητές σε άλλη υπόθεση που να συνδεόταν έμμεσα με τα μέρη.

(β) *Για υπέρβαση της εξουσίας του διαιτητικού δικαστηρίου*¹⁵⁴. Αυτός ο λόγος συνήθως θα αφορά το ζήτημα της δικαιοδοσίας του διαιτητικού δικαστηρίου ή το γεγονός πως αυτό δεν γνωμοδότησε για ζητήματα για τα οποία είχε δικαιοδοσία, καθώς και ζητήματα εφαρμογής του εφαρμοστέου δικαίου, όπως π.χ. έκδοση της απόφασης βασισμένη σε δίκαιο άλλο από το εφαρμοστέο.

(γ) *Λόγω δωροδοκίας μέλους του διαιτητικού δικαστηρίου*. Αυτός ο λόγος είναι ο πιο δύσκολος να αποδειχθεί στην πράξη .

(δ) *Λόγω θεμελιώδους παραβάσεως διαδικαστικού κανόνα*¹⁵⁵.

(ε) *Λόγω ελλείψεως επαρκούς αιτιολογίας*. Αυτός είναι ο λόγος που σχεδόν πάντοτε θα προταθεί για ακύρωση και σχεδόν πάντοτε θα απορριφθεί καθώς συνήθως υπάρχει μεγάλη σύνεση από το διαιτητικό δικαστήριο στην επαρκής και λογική αιτιολόγηση της απόφασης. Οι λόγοι που παρατίθενται δεν είναι απαραίτητο να είναι έντονα πειστικοί¹⁵⁶ αλλά θα πρέπει να οδηγούν ο ένας στον επόμενο και να μην αλληλοεξουδετερώνονται¹⁵⁷

¹⁵³ Βλ. ICSID rules, art, 52.3

¹⁵⁴ Όταν, δηλαδή, κατά τρόπο εμφανές διαπιστώνεται ότι το δικαστήριο αποφάνθηκε επί θέματος που δεν είχε δικαιοδοσία, βλ. και Schreuer Ch, “*The ICSID Convention: A Commentary*”, Cambridge editions, 2011, 933

¹⁵⁵ Όταν π.χ. οι διαιτητές απομακρύνθηκαν κατά τρόπο σημαντικό από την εφαρμογή τους, *ibid.* 974

¹⁵⁶ *Azurix*, ICSID, No, ARB/01/12

¹⁵⁷ *Helnan*, ICSID, no ARB/05/19

Όπως επισημάνθηκε στην *Klockner v Cameroon*¹⁵⁸, οι παραπάνω λόγοι, εν αμφιβόλω, ερμηνεύονται από την *ad hoc* επιτροπή “*in favorem validatis sentetiae*”, υπέρ δηλαδή της έγκυρης ερμηνείας της απόφασης, χωρίς να προκρίνεται η ευρεία ή στενότερη προσέγγιση τους¹⁵⁹. Βέβαια, στην *Sempra*¹⁶⁰ η επιτροπή ισχυρίστηκε, υιοθετώντας μια ευρύτερη προσέγγιση πως εξαιρετικά μπορεί να γίνουν δεκτοί και λόγοι που να μην συμπεριλαμβάνονται σε αυτούς του άρθρου αν είναι εμφανές πως σχετίζονται άμεσα με αυτούς καθώς και με την φύση της απόφασης εν γένει.

Ο βασικός στόχος του ICSID άλλωστε είναι οι αποφάσεις που λαμβάνονται υπό τους κανόνες τους να διατηρήσει την ακεραιότητα εφαρμογής της σύμβασης, όπως άλλωστε δήλωσε και η *ad hoc* επιτροπή στην *Vivendi*¹⁶¹, όπου τονίστηκε πως όλοι οι λόγοι ακυρώσεως του άρθρου 52.1 πρέπει να ερμηνεύονται υπό το φώς αποτελεσματικής εφαρμογής της σύμβασης εν συνόλω.

Στην ίδια υπόθεση η Τριμελής επιτροπή δήλωσε πως ο ρόλος της προσιδιάζει σ’ αυτόν του εφετειακού δικαστηρίου¹⁶²

Σε αυτό συμπέρασμα οδηγούμαστε και υπό το φώς πρόσφατων διαιτητικών αποφάσεων υπό τους κανόνες του ICSID, δηλαδή πως η *ad hoc* επιτροπή προστατεύει σε μεγάλο βαθμό τα βραβεία¹⁶³. Υπάρχουν, βέβαια και χαρακτηριστικές πρόσφατες περιπτώσεις που η αγωγή ακύρωσης που ασκήθηκε από το διάδικο Κράτος έγινε δεκτή, συνολικά είτε εν μέρει, όπως π.χ. στην *Sempra*¹⁶⁴ και στην *Enron*¹⁶⁵

¹⁵⁸ ICSID 3.5.1985

¹⁵⁹ Κουσουλής Ν. Σ., “*Διαιτησία, Ερμηνεία κατ’ άρθρο*”, Εκδ. Σάκκουλα, 2004, σελ. 271

¹⁶⁰ ICSID Case No. ARB/02/16

¹⁶¹ ICSID Case No ARB/97/3

¹⁶² Vivendi par. 247

¹⁶³ Johnson L., “Annulment of ICSID Awards, Recent developments”, Background Papers, New Dehli, 2010

¹⁶⁴ *Sempra Energy International v The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16

¹⁶⁵ *Enron Corporation v Argentine Republic*, ICSID Case No.ARB/01/13

Γ. Αναγνώριση και εκτέλεση διαιτητικών αποφάσεων

Η *αλλοδαπή* διαιτητική απόφαση για να παράγει τα έννομα αποτελέσματα της σε χώρα διάφορη από εκείνη του τόπου έκδοσης της, πρέπει πρώτα να αναγνωριστεί από τα δικαστήρια του κράτους αυτού. Αφού κηρυχθεί εκτελεστή στην Ελλάδα, θα θεωρηθεί εκτελεστός τίτλος κατ' άρθρο 904 παρ. 2 ΚπολΔ. Για την αναγνώριση του δεδικασμένου της αλλοδαπής απόφασης δεν απαιτείται περαιτέρω έκδοση δικαστικής απόφασης αλλά για την κήρυξη της ως εκτελεστής, απαιτείται η περιαφή της σε εκτελεστήριο τύπο (*exequatur*) και απαιτεί την έκδοση δικαιοπλαστικής δικαστικής απόφασης.

Σύμφωνα με το άρθρο 36 του ν.2735/1999, η αναγνώριση και εκτέλεση της αλλοδαπής διαιτητικής απόφασης γίνεται σύμφωνα με το ν.δ.4220/1961, ήτοι την ΣΝΥ, η οποία υπερισχύει βάσει του 28.1 Σ των άρθρων του ΚπολΔ(906). Οι προϋποθέσεις λοιπόν του άρθρου 5 ισχύουν πλέον και για κράτη μη συμβαλλόμενα στην ΣΝΥ, με αποτέλεσμα την επίτευξη ομοιομορφίας και κοινής εφαρμογής των κριτηρίων. Ο ΚπολΔ πλέον ρυθμίζει το ζήτημα αρμοδιότητας του δικαστηρίου το οποίο από τον συνδυασμό των άρθρων 906 και 905.1 ΚπολΔ είναι το Μονομελές Πρωτοδικείο¹⁶⁶.

Γ.1 Άρνηση αναγνώρισης της εκτέλεσης

Αν ο ηττηθείς διάδικος αρνηθεί να συμμορφωθεί με την διαιτητική απόφαση, μπορεί να επικαλεστεί τους λόγους που περιοριστικά αναφέρονται στο άρθρο V ΣΝΥ. Η διάταξη αυτή έχει εξαιρετικό χαρακτήρα και οι λόγοι που περιλαμβάνει δεν μπορούν να διευρυνθούν πέρα από τα οριζόμενα.

Ακόμα και αν συντρέχει κάποιους από τους λόγους αυτούς, ο εθνικός δικαστής έχει την ευχέρεια να προσδώσει στην απόφαση την ιδιότητα του εκτελεστού τίτλου, με *ratio* την διατύπωση της παρ. 2 του άρθρου V που χρησιμοποιεί τον όρο “δύνатаι” ως προς την διακριτική ευχέρεια απόρριψης της, Επιπλέον, υφίσταται και η επιφύλαξη ευνοϊκότερης ρύθμισης, ευχέρεια όχι στην αποκλειστική κρίση του δικαστή αλλά στην πιθανή επιβολή ευνοϊκότερων διατάξεων

¹⁶⁶ Γραμματικάκη Α./Παπασιώπη Πασιά Ζ./Βασιλακάκης Ε., “Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο”, Εκδ. Σακκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2010, σ. 483

I. Σε αυτούς που τα μέρη πρέπει να προβάλλουν σύμφωνα με το άρθρο V παρ.1 της Σύμβασης της Νέας Υόρκης

- Η ανικανότητα των μερών να καταρτίσουν συμφωνία διαιτησίας.
- Λόγος ακυρότητας ή ανυπαρξίας της διαιτητικής συμφωνίας είτε από το δίκαιο που τα μέρη την υπήγαγαν είτε (ελλείψει επιλογής) του κράτους που εκδόθηκε η απόφαση.
- Η μη έγκυρη ή προσήκουσα πληροφόρηση ενός μέρους για τον ορισμό του διαιτητή ή γενικότερα την διαδικασία, ή το γεγονός ότι για κάποιο σοβαρό λόγο το μέρος αυτό δεν ήταν σε θέση να χρησιμοποιήσει τα μέσα που είχε στην διάθεση του.
- Η υπέρβαση εξουσίας του διαιτητικού δικαστηρίου, όταν αυτό έκρινε επί διαφοράς που δεν εμπίπτει στο εύρος της διαιτητικής συμφωνίας ή επί διαφοράς που δεν αποτέλεσε αντικείμενο αιτήματος.
- Η συγκρότηση του δικαστηρίου ή διεξαγωγή της διαδικασίας με τρόπο που δεν ανταποκρίνεται στην συμφωνία των μερών.
- Η διαιτητική απόφαση δεν είναι δεσμευτική, δηλαδή υπόκειται σε ένδικα μέσα.
- Η ακύρωση της διαιτητικής απόφασης από τα δικαστήρια της έδρας του διαιτητικού δικαστηρίου ή της χώρας κατά το δίκαιο της οποίας εξεδόθη η απόφαση.

II. Σε αυτούς που το δικαστήριο μπορεί να λάβει αυτεπαγγέλτως (*ex officio*) υπόψη (άρθρο V παρ.2) και θα εξετασθούν σύμφωνα με την *lex fori*.

- Η ικανότητα της διαφοράς να υποβληθεί σε διαιτησία. Εδώ κρίνεται το επιδεκτικό ρυθμίσεως της διαφοράς με διαιτησία. Θα κριθούν δηλαδή οι εξ' αντικειμένου ιδιότητες τις οποίες πρέπει να συγκεντρώνει ορισμένη διαφορά, για να καταστεί δυνατή η κήρυξη στην ημεδαπή της αλλοδαπής απόφασης που την επιλύει¹⁶⁷. Η αλλοδαπή απόφαση

¹⁶⁷ Βλ. άρθρο 867 ΚπολλΔ και Schlosser P., “Das Recht der Internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit”, Tübingen, 1989, σ.219

αναγνωρίζεται λοιπόν, αν δεν ακυρώθηκε στον τόπο εκδόσεως της¹⁶⁸ καθώς και για μια σειρά από άλλες προϋποθέσεις¹⁶⁹.

- Η αναγνώριση και εκτέλεση της αποφάσεως θα ήταν ασύμβατη με την διεθνή δημόσια τάξη του forum.

Ο δικαστής δεν επιτρέπεται να εξετάσει την ουσία της υπόθεσης και ουσιαστικά να καταστήσει το στάδιο αυτό ένα οιονεί εφετειακό βαθμό. Θα πρέπει να εξετάσει μόνο την τελική διάγνωση του διατακτικού¹⁷⁰ και εάν αυτό είναι συμβατό με την δημόσια τάξη του forum. Να σημειώσουμε πως ο λόγος ακυρότητας που αφορά την ανυπαρξία της διαιτητικής συμφωνίας είναι και ο λόγος που ίσως επικαλεστεί το Κράτος στην περίπτωση που διαφωνεί με την επέκταση των υποκειμενικών ορίων της διαιτητικής ρήτρας που έχει υπογράψει μια κρατική επιχείρηση ή όργανο αλλά το ίδιο δεν έχει συνυπογράψει. Και εδώ η κρίση επί αυτού του αιτήματος θα πρέπει να κριθεί προσεκτικά και *in concreto* καθώς το Κράτος θα προσπαθήσει να αποφύγει με κάθε τρόπο την εις βάρος του απόφαση.

Γ.2 Η έννοια της δημόσιας τάξης ως λόγου ακύρωσης ημεδαπής και άρνησης της αναγνώριση και εκτέλεσης αλλοδαπής διαιτητικής απόφασης

Η δημόσια τάξη προβλέπεται και στις δύο περιπτώσεις ως λόγος που λαμβάνεται υπόψη *ex officio* από το δικαστήριο. Ποιο θα πρέπει να είναι όμως το εννοιολογικό της περιεχόμενο;

Η μια μορφή που αυτή μπορεί να πάρει είναι αυτής της *εσωτερικής* δημόσιας τάξης, του άρθρου 3 ΑΚ, εμπεριέχοντας των σύνολο των κανόνων *ius cogens* που ισχύουν στο εκάστοτε κράτος.

Η δεύτερη της αμφίεση είναι αυτή της *διεθνούς* δημόσιας τάξης, του άρθρου 33 ΑΚ, η οποία περιέχει, όπως χαρακτηριστικά επισημαίνει η Μαντάκου: “μόνο τις θεμελιώδεις αντιλήψεις της ημεδαπής εννόμου τάξεως, οι οποίες αποκρούουν την πραγματοποίηση αντίθετων προς αυτές έννομων συνεπειών από την εφαρμογή αλλοδαπού κανόνα δικαίου”¹⁷¹. Θεωρείται λοιπόν, σαφές

¹⁶⁸ Αντίθετα κρίνει η γαλλική νομολογία με χαρακτηριστική την *Hilmarton*

¹⁶⁹ Για περαιτέρω ανάλυση Κουσουλής Ν. Σ., “Διαιτησία, Ερμηνεία κατ’ άρθρο”, Εκδ. Σάκκουλα, 2004, σ. 308

¹⁷⁰ ΑΠ 1066/2007

¹⁷¹ Μαντάκου Π.Α., “Η κατάρτιση της συμφωνίας διαιτησίας στην διεθνή συνδιαλλαγή”, 2010, σ.98

πως όσον αφορά την διεθνή διαιτησία, αυτή θα πρέπει να προσλαμβάνει την στενότερη, διεθνή της υπόσταση¹⁷². Σε αυτό συνομολογούν οι αναφορές της τόσο στον γαλλικό ΚπολΔ ξεχωριστά όσον αφορά την διεθνή διαιτησία, όσο και η αναφορά της στα άρθρα 34 και 36 του Πρότυπου νόμου της UNCITRAL, ως *public policy*.

Έντονο είναι το θεωρητικό ενδιαφέρον τα τελευταία χρόνια και για την ύπαρξη μιας *υπερεθνικής, ή και ευρωπαϊκής* δημόσιας τάξης, η οποία στο πλαίσιο της διεθνοποίησης θα περιλαμβάνει κανόνες που διαφεύγουν των στενών κρατικών ορίων και συνάδουν με τις σύγχρονες ευρύτερες κρατικές δομές. Άλλωστε, αυτή την οδό ακολουθούν και άλλες διατάξεις που στο παρελθόν έβρισκαν τα όρια τους στα κρατικά σύνορα, αλλά πλέον ομαδοποιούνται και εντάσσονται σε ευρύτερο πλαίσιο. Χαρακτηριστικό παράδειγμα είναι οι κανόνες σύγκρουσης που ενώ άλλοτε αποτελούσαν καθαρά εθνική ρύθμιση πλέον κοινοτικοποιούνται στο πλαίσιο ευρύτερων νομοθετημάτων όπως οι Κανονισμοί Ρώμη I και Ρώμη II. Περαιτέρω ανάπτυξη περί της υπερεθνικής δημόσιας τάξης, δεν κρίνεται σχετική με την θεματική εμβέλεια της παρούσης εργασίας.

Γ.3 Εκτέλεση κατά τους κανόνες του ICSID

Στο άρθρο 53 της Συνθήκης του ICSID ορίζεται πως η διαιτητική απόφαση είναι δεσμευτική για τα μέρη και δεν υπόκειται σε ένδικα μέσα ή βοηθήματα εκτός από αυτά που ορίζει η ίδια η σύμβαση¹⁷³, ενώ στο άρθρο 54.1 επισημαίνεται, πως το κάθε συμβαλλόμενο κράτος αναγνωρίζει την απόφαση *“ως υποχρεωτική και εξασφαλίζει την εκτέλεση στο έδαφος τους των υπό της απόφασης επιβαλλόμενων χρηματικών υποχρεώσεων, σαν αυτή να πρόκειται για οριστική απόφαση δικαστηρίου λειτουργούντος στο έδαφος του”*¹⁷⁴

Η διάταξη αυτή είναι ιδιαίτερα κρίσιμη καθώς θεσπίζει έναν ιδιαίτερο τρόπο εκτέλεσης της απόφασης, αν το κράτος οδηγηθεί τελικά στην οδό της επενδυτικής διαιτησίας και του ICSID. Η

¹⁷² “Το περιεχόμενο του όρου “*διεθνής δημόσια τάξη*”, είναι το ίδιο τόσο για την ακύρωση όσο και για τον έλεγχο εκτέλεσης αλλοδαπής απόφασης”Κουσουλής, σ. 270

¹⁷³ Βλ. άρθρο 53.1 ICSID “The award shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provide for in this Convention”

¹⁷⁴ Άρθρο 54.1 ICSID Convention

απόφαση που θα εκδοθεί θα θεωρούνται στην Ελλάδα ως ημεδαπές αποφάσεις, και δεν θα απαιτείται η διαδικασία αναγνώρισης τους ώστε να εκτελεστούν. Πρόκειται για μία *sui generis* μορφή, ημεδαπής διαιτητικής απόφασης εκδοθείσα στην αλλοδαπή¹⁷⁵. Επομένως, δεν θα μπορούν να προταχθούν εναντίον της οι λόγοι άρνησης της εκτέλεσης, ενώ επιπλέον δεν θα χρειαστεί να ελεγχθεί ούτε ως προς το ενδεχόμενο πρόσκρουσης της στην ελληνική διεθνή δημόσια τάξη¹⁷⁶.

Δ. Το ειδικότερο ζήτημα της εκτέλεσης ήδη ακυρωθεισών διαιτητικών αποφάσεων

Θα ήταν δυνατόν να αναγνωριστεί και να εκτελεστεί μια απόφαση που όπως η παραπάνω ακυρώθηκε στα δικαστήρια της έδρας της διαιτησίας ή και σε άλλες δικαιοδοσίες; Αυτή η προβληματική αν και φαντάζει σπάνια μπορεί να αποδειχτεί πολύ σημαντική στην πρακτική για έναν ιδιώτη που έρχεται αντιμέτωπος με έναν κρατικό φορέα και πρέπει να γνωρίζει τι εναλλακτικές έχει στην περίπτωση που το κράτος καταφέρει να κηρύξει την απόφαση άκυρη. Αλλά και από την αντίθετη πλευρά είναι σημαντικό για το κράτος να γνωρίζει σε ποιες δικαιοδοσίες όπου διατηρεί περιουσιακά στοιχεία είναι πιθανό αυτά να αποτελέσουν αντικείμενο εκτέλεσης ακόμα και αν η διαιτητική απόφαση έχει ήδη ακυρωθεί¹⁷⁷.

Όπως προαναφέραμε, στο άρθρο V.1.ε' της ΣΝΥ, η ακύρωση μιας απόφασης από τα δικαστήρια της έδρας του διαιτητικού δικαστηρίου, θεμελιώνει λόγο άρνησης αναγνώρισης και εκτέλεσης της στα δικαστήρια άλλου κράτους¹⁷⁸. Στο άρθρο VII.1 της ΣΝΥ, όμως, θεσπίζεται η ρήτρα της ευνοϊκότερης διατάξεως σύμφωνα με την οποία, το μέρος που ζητεί την εκτέλεση της αλλοδαπής διαιτητικής απόφασεως, δύναται να επικαλεσθεί υπέρ αυτού τις ευνοϊκότερες σε σχέση με την σύμβαση διατάξεις του εσωτερικού δικαίου ή άλλων πολυμερών ή διμερών συμβάσεων που ισχύουν στην χώρα αναγνώρισεως¹⁷⁹. Με αυτόν τον τρόπο η σύμβαση

¹⁷⁵ Κουσουλής Ν. Σ., 276

¹⁷⁶ Schreuer Ch, *“The ICSID Convention: A Commentary”*, Cambridge editions, 2011, 1129

¹⁷⁷ Βλ. και Παμπούκης Χ., *“Δίκαιο Διεθνών Συναλλαγών”*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2010, σ. 1246

¹⁷⁸ Petrocheilos G.C., *“Enforcing Awards annulled in their state of Origin under the NYC”*, *International and Comparative Law Quarterly*, 48, 4 σ. 859

¹⁷⁹ Βερβενιώτης Γ., *“Διεθνής Εμπορική Διαιτησία. I Η Σύμβαση της Νέας Υόρκης. Διμερείς Συμβάσεις.”* Αθήνα-Κομοτηνή 1990, σ.37

επιτυγχάνει τον σκοπό της για την ευελιξία και κινητικότητα των αποφάσεων, καθώς θέτει ένα όριο ως βάση, το οποίο μπορεί να επεκταθεί από τυχόν ευνοϊκότερα κρατικά καθεστώτα. Πολλά αλλοδαπά κράτη διατηρούν ευμενή στάση απέναντι στην αναγνώριση ακυρωθεισών διαιτητικών αποφάσεων, όπως η Γαλλία και το Βέλγιο¹⁸⁰

Δ.1 Η ευνοϊκή αντιμετώπιση του γαλλικού δικαίου και οι θεμελιώδεις αποφάσεις *Hilmarton* και *Norsolor*

Εφόσον, λοιπόν, δεν θεωρείται αυτοτελές πρόσκομμα στην εκτέλεση, η ακυρωθείσα απόφαση εκτελείται στα κράτη που δέχονται να την εκτελέσουν με βάση το εσωτερικό τους δίκαιο. Παραδοσιακά, η Γαλλία, έχει διατηρήσει ιδιαίτερα θετική στάση απέναντι στις εν λόγω αποφάσεις. Αυτό οφείλεται τόσο στην υιοθέτηση του άρθρου 1502 του Νέου Κώδικα Πολιτική Δικονομίας το 1981, αλλά επίσης και στην ιδιαίτερα σταθερή νομολογία των γαλλικών δικαστηρίων έως και σήμερα¹⁸¹.

Χαρακτηριστικά, στην υπόθεση *Norsolor*¹⁸², το γαλλικό ακυρωτικό αναγνώρισε μια διαιτητική απόφαση που είχε ακυρωθεί από τα δικαστήρια της έδρας της διαιτησίας. Η υπόθεση αυτή ήταν η πρώτη μιας μακράς σειράς αποφάσεων που δημιούργησαν ένα ευνοϊκό πλαίσιο αναγνώρισης των ακυρωθεισών αποφάσεων στο γαλλικό κράτος. Συγκεκριμένα το ανώτατο δικαστήριο της Γαλλίας έκρινε το Εφετείο του Παρισιού με το να αρνηθεί να εξετάσει το άρθρο VII σε συνάρτηση με το γαλλικό δίκαιο, παραβίασε το άρθρο αυτό της συνθήκης.

Αντίστοιχα στην απόφαση *Hilmarton*, το γαλλικό ακυρωτικό αναγνώρισε μια διαιτητική απόφαση, παρά την ακύρωση της από τα δικαστήρια της έδρας της διαιτησίας. Στην συνέχεια τα δικαστήρια, αρνήθηκαν να αναγνωρίσουν την δεύτερη διαιτητική απόφαση που εκδόθηκε σε αναδίκαση της διαφοράς, καθώς δεσμεύονταν από το δεδουλευμένο¹⁸³ αναγνώρισης της πρώτης.

¹⁸⁰ Πετροχείλος Γ., "Η διαιτητική επίλυση των διεθνών διαφορών", στο Παμπούκης Χ., "Δίκαιο Διεθνών Συναλλαγών", Νομική Βιβλιοθήκη, 2010, σ.1312

¹⁸¹ Η γαλλική αυτή σχολή του άρθρου VII, έχει ονομαστεί local standard approach.

¹⁸² Cass, 9.10.1984, Rev. arb. 1985, p.431

¹⁸³ Άρθρο 1351 γαλλικού ΑΚ

Φυσικά, αυτή η θεώρηση μπορεί να οδηγήσει και σε προβλήματα όπως κατέδειξε η *Putrabali/Reno*. Στην προκειμένη περίπτωση τα αγγλικά δικαστήρια είχαν ακυρώσει μια διαιτητική απόφαση, και είχαν καλέσει το διαιτητικό πάνελ, για επανεκδίκαση της, ως προς το ακυρωθέν τμήμα. Ο ένας από τους διαδίκους πέτυχε την αναγνώριση της, παρά την μερική της ακύρωση, από τα γαλλικά δικαστήρια με αποτέλεσμα η αναγνώριση της δεύτερης να κριθεί αδύνατη στην Γαλλία λόγω του δεδικασμένου της πρώτης¹⁸⁴.

Να αναφέρουμε πως αντίθετη στάση, ως επί το πλείστον διατηρεί η αμερικάνικη τάση της νομολογίας¹⁸⁵ η οποία δεν φαίνεται θετική απέναντι στην αναγνώριση ήδη ακυρωθεισών διαιτητικών αποφάσεων.

Ως ουσιαστική λύση αντιμετώπισης των προβλημάτων δεν κρίνεται ούτε η άκρατη υιοθέτηση του VII ΣΝΥ αλλά ούτε και η αγνόηση του, συνήθως πρακτική των περισσότερων κρατικών δικαστηρίων σήμερα. Θα πρέπει να βρεθεί η χρυσή τομή ανάμεσα στο VII και το V.1.ε.της ΣΝΥ και είναι σημαντικό τα μέρη να γνωρίζουν σε ποιες δικαιοδοσίες μπορούν να απευθυνθούν στην περίπτωση που η διαιτητική απόφαση έχει ήδη ακυρωθεί.

Ε. Εκτέλεση κατά του ελληνικού Δημοσίου

Η διαιτητική απόφαση αποτελεί εχέγγυο για έναν ιδιώτη επενδυτή ώστε να μπορέσει να εκτελέσει κατά της περιουσίας του ελληνικού Κράτους¹⁸⁶. Απαιτείται αρχικά να επιδοθεί η διαιτητική απόφαση στον αρμόδιο Υπουργό ή εκπρόσωπο του ΝΠΔΔ και να παρέλθει προθεσμία 60 ημερών¹⁸⁷ με βάση το άρθρο 4 παρ. 2 του ν. 3068/2002 ενώ κατά του ΙΚΑ, απαιτείται παρέλευση 15 ημερών από την δημοσίευση ή τελεσιδικία της δικαστικής/διαιτητικής απόφασης σύμφωνα με το άρθρο 18 παρ. 1 εδ. β του ν. 1846/1951. Όπως θα δούμε παρακάτω η εκτέλεση

¹⁸⁴ Πετροχειλός Γ., "Η διαιτητική επίλυση των διεθνών διαφορών", στο Παμπούκης Χ., "Δίκαιο Διεθνών Συναλλαγών", Νομική Βιβλιοθήκη, 2010, σ.1312

¹⁸⁵ Βλ. αποφάσεις *Baker Marine, Chromalloy*

¹⁸⁶ Όπως και η τελεσιδική απόφαση, η διαταγή πληρωμής, η απόφαση ασφαλιστικών μέτρων και η απόφαση του εισαγγελέα Πρωτοδικών για την προσωρινή ρύθμιση διακατοχής δημοσίων ακινήτων (ΑΠ 1525/2010).

¹⁸⁷ Η προθεσμία αυτή εφαρμόζεται και όταν ο τίτλος με τον οποίο επισπεύδεται η εκτέλεση είναι διαταγή πληρωμής.

Εξαιρετικά σημαντική απόφαση αναφορικά με την εκτέλεση κατά του Δημοσίου είναι η ΣτΕ 819/2015 όπου διατυπώθηκε πως είναι δυνατή η εκτέλεση κατά των εισπράξεων των ΔΟΥ όταν ένας ιδιώτης στρέφεται για εκτέλεση κατά του Δημοσίου. Αν και τα χρηματικά ποσά αυτά κατατίθενται με βάση τα άρθρα 22 και 68 ΚΔΛ¹⁸⁸ σε λογαριασμούς που ορίζονται από τον Υπ. Οικονομικών στην Τράπεζα της Ελλάδος και σε χρέωση αυτών πραγματοποιούνται αναλήψεις χρηματικών ποσών για την πληρωμή των εγγεγραμμένων στον ετήσιο προϋπολογισμό δαπανών για τις λειτουργικές δραστηριότητες και σκοπούς του Δημοσίου, δεδομένου ότι ο προορισμός των χρημάτων αυτών είναι για την κάλυψη αδιακρίτως οποιαδήποτε δημόσιας δαπάνης, δεν μπορούν αυτά να χαρακτηριστούν ως ακατάσχετα. Μόνο στην περίπτωση που θα δημιουργούταν κίνδυνος ανατροπής της εκτέλεσης του κρατικού προϋπολογισμού θα μπορούσαν τα χρηματικά αποθέματα να μην χρησιμοποιηθούν για την εξυπηρέτηση εκτέλεσης. Μ' αυτό τον τρόπο προστατεύεται το δικαίωμα της επίσπευσης της αναγκαστικής εκτέλεσης, το οποίο αποτελεί του συνταγματικά κατοχυρωμένου δικαιώματος της δικαστικής προστασίας. Με τον συνδυασμό των διατάξεων 20.1 Σ και 6.1 ΕΣΔΑ, συνάγεται ότι η αξίωση του δικαιώματος αυτού δεν υφίσταται μόνο με την μορφή της δεσμευτικής διάγνωσης αλλά και της εκτέλεσης ώστε να καθίσταται ενεργός η παρεχόμενη δικαστική προστασία¹⁸⁹.

¹⁸⁸ Κώδικας Δημόσιου Λογιστικού

¹⁸⁹ Παρόμοια γνωμοδότησε και το Ειρηνοδικείο Αθηνών στην 6436/2012 καθώς και η ΑΠ 2347/2009, που διατύπωσε πως επιτρέπεται η εκτέλεση και κατά των περιουσιών των οργάνων του Δημοσίου όπως τα νπδδ

Κεφάλαιο 2^ο : Ο θεσμός της ετεροδικίας και η διεθνής διαιτησία

Ένα από τα σημαντικότερα και πιο επίκαιρα ζητήματα στο πλαίσιο της προβληματικής της παρούσας εργασίας κρίνεται και ο θεσμός της Ετεροδικίας. Το κράτος είναι ολόένα και συχνότερα διάδικος ενώπιον των διαιτητικών δικαστηρίων, και πέρα από τους πιθανούς περιορισμούς της οικείας, εθνικής του νομοθεσίας οι οποίοι μπορούν να αποβούν δυσχερείς για τον εκάστοτε αντίδικο του, είναι πιθανό χρησιμοποιώντας την άμυνα του θεσμού της ετεροδικίας¹⁹⁰ να δημιουργήσει προσκόμματα στην επιτυχής έκβαση της διαιτησίας, γεγονός που καθίσταται κομβικής σημασίας ειδικά αν συνυπολογίσουμε πως βασικός στόχος της διαιτησίας είναι η απόφαση να εκτελεστεί επιτυχώς¹⁹¹.

Το φαινόμενο το κράτος να επικαλείται στο στάδιο της εκτέλεσης της διαιτητικής απόφασης, το εν λόγω δικαίωμα του είναι ιδιαίτερα συχνό στην πρακτική, γεγονός που αποτελεί αντικείμενο έντονου διαλόγου και συχνών θεωρητικών διχογνωμιών¹⁹² μεταξύ των θεωρητικών του δημοσίου διεθνούς δικαίου και έμπειρους διεθνείς διαιτητές, θέτοντας εκποδών την φύση της διαιτησίας σαν διαδικασία εν συνόλω. Στην πράξη άλλωστε δεν είναι διόλου απίθανο αναφορικά με την διαιτητική επίλυση διαφορών που προκύπτουν από την εμπλοκή του κράτους σε εμπορικές δραστηριότητες ειδικά στην περίπτωση που ο κρατικός αυτός φορέας είναι το ηττηθέν μέρος, να προσπαθήσει να επιστρατεύσει όλα τα μέσα που διαθέτει στην νομική του φαρέτρα για να αποφύγει την εις βάρος του εκτέλεση¹⁹³ ακόμα και αν ο ιδιώτης αντίδικος αναμένει το Κράτος να σεβαστεί την δέσμευση των μερών στην συμφωνία.

Σκόπιμο κρίνεται στο παρόν κεφάλαιο προτού συζητήσουμε το κατά πόσον το κράτος μπορεί να επικαλεστεί το δικαίωμα του αυτό εφόσον προηγουμένως έχει δεσμευτεί από μια ρήτρα

¹⁹⁰ Ο αγγλικός όρος είναι State Immunity

¹⁹¹ Busari F., “*Sovereign Immunity and enforcement of arbitral awards*”, Tulane University law school, LL.M essay, 2013, σ. 3

¹⁹² Βλ. χαρακτηριστικά Sharma R., “*Enforcement of Arbitral Awards and Defense of Sovereignty: The Crouching Tiger and the Hidden Dragon*”, Lapland law Review, Issue 1, 2011, σ. 260.

¹⁹³ Ibid. σ. 263

δαιτησίας, να οριοθετήσουμε τον θεσμό και τις επιμέρους διακρίσεις του. Φυσικά, εκ των ουκ άνευ είναι και η συζήτηση της σημαντικότερης διεθνούς νομολογίας επί του ζητήματος.¹⁹⁴

A. Ορισμός και διακρίσεις της ετεροδικίας

Καταρχάς, θα πρέπει να ξεκινήσουμε την προσέγγιση, ορίζοντας την έννοια του θεσμού της ετεροδικίας και κάνοντας τις απαραίτητες διακρίσεις των διαφορετικών εκφάνσεων της.

Ως ετεροδικία ορίζεται η μη υπαγωγή των ξένων κρατών στην δικαιοδοσία των εγχώριων δικαστηρίων¹⁹⁵ για πάσης φύσεως υποθέσεις, η αναρμοδιότητα, δηλαδή, των εγχώριων δικαστηρίων να εκδικάζουν υποθέσεις στις οποίες διάδικο μέρος είναι ένα ξένο κράτος¹⁹⁶.

Ο θεσμός αυτός προκύπτει από την διαπίστωση ότι όλα τα κράτη είναι κυρίαρχα και ανεξάρτητα ότι κανένα δεν έχει το δικαίωμα να δικάσει το άλλο για πράξεις που υπάγονται στο πεδίο κυριαρχίας του¹⁹⁷, αρχή που εδράζεται στις σχέσεις αβροφροσύνης (*comity*) μεταξύ των Κρατών και στο λατινικό ρητό *par in parem no habet imperium* (= ίσος δεν έχει καμία υπεροχή απέναντι σε ίσο). Η ετεροδικία, επίσης, είναι κανόνας καθιερωμένος από το εθιμικό δημόσιο διεθνές δίκαιο. Παρατηρούμε μάλιστα ότι η ετεροδικία δεν συμπεριλαμβάνεται στους λόγους άρνησης εκτέλεσης της διαιτητικής απόφασης του άρθρου V της ΣΝΥ, αλλά ούτε και στους λόγους ακύρωσης του Model UNCITRAL law, δηλαδή του δικού μας ν.2735/99. Η αιτιολογία περί αυτού ήταν πως το ζήτημα της ετεροδικίας σχετίζεται άρρηκτα με τις διακρατικές διπλωματικές σχέσεις και το δημόσιο διεθνές δίκαιο, οπότε περαιτέρω διάλογος περί της εφαρμογής του ήταν αναγκαίος. Χωρίς να έχει δώσει την άδεια του λοιπόν, ένα κράτος¹⁹⁸ δεν μπορεί να εναχθεί στα δικαστήρια άλλου κυρίαρχου κράτους.

¹⁹⁴ Όπως, *inter alia*, οι πολύ σημαντικές αποφάσεις *Creighton v. Qatar* και *FG Hemispheres LLC v. Republic of Congo*.

¹⁹⁵ Ρούκουνας Ε., “*Δημόσιο Διεθνές Δίκαιο*”, Νομική Βιβλιοθήκη, 2011, σ.416

¹⁹⁶ Ιστορικά, όταν ηγεμονία και κράτος συγγέονταν εννοιολογικά, ο θεσμός αποτόπωνε την αντίληψη ότι ο βασιλιάς και το κράτος δεν παρανομούν (*the king can do no wrong*) από όπου και προέρχεται, αναλυτικότερα βλ. *ibid* σ. 79

¹⁹⁷ Brownlie J., “*Principles of Public International Law*”, 6th ed., Oxford ed., 2003, σ. 325-326

¹⁹⁸ Και πρόσωπα η δράση των οποίων είναι στενότατα συνδεδεμένη με το κράτος όπως οι διπλωμάτες

Ο θεσμός της ετεροδικίας καλύπτει πέρα από το κράτος εν στενή εννοία και άλλα μορφώματα του όπως κρατικά όργανα, επιχειρήσεις και νομικά πρόσωπα¹⁹⁹. Αυτήν την διασταλτική ερμηνεία του όρου *κράτος*, υιοθέτησε και η Επιτροπή διεθνούς δικαίου των Ηνωμένων Εθνών (ILC) στην Σύμβαση για την δικαιοδοτική ετεροδικία των Κρατών και των περιουσιακών τους στοιχείων²⁰⁰. Πιο συγκεκριμένα η αναφορά στην συνθήκη είναι πως στον όρο Κράτος περιλαμβάνεται μεταξύ άλλων και «πρακτορεία, όργανα, νομικά πρόσωπα και άλλοι φορείς του Κράτους στο επίπεδο που αυτοί λειτουργούν κατά τις δραστηριότητες τους με έρεισμα την κρατική κυριαρχία»²⁰¹.

A.1 Απόλυτη και περιοριστική ετεροδικία

Μια πρώτη διάκριση της ετεροδικίας στην οποία πρέπει να αναφερθούμε είναι οι θεωρίες της απόλυτης και περιοριστικής ετεροδικίας.

Η απόλυτη ετεροδικία²⁰² όπως κατανοούμε και από την ονομασία της, έδινε το δικαίωμα προστασίας του θεσμού για κάθε πράξη του Κράτους ανεξαρτήτως της φύσης και του σκοπού της δραστηριότητας αυτής. Από την άλλη πλευρά η περιοριστική ετεροδικία²⁰³, προσφέρει το δικαίωμα του προνομίου αυτού μόνο για τις δραστηριότητες του Κράτους που εκδηλώνουν άσκηση δημόσιας εξουσίας, κυριαρχικές δηλαδή πράξεις, ονομαζόμενες *acta jure imperii*, ενώ οι πράξεις διαχείρισης, συναλλακτικής και εμπορικής φύσεως σχετιζόμενες με εμπορικές δραστηριότητες, μπορούν να υπαχθούν στην δικαιοδοσία των δικαστηρίων άλλης χώρας. Τέτοιες πράξεις είναι και οι κρατικές δραστηριότητες στην πλειοψηφία τους, όταν οι κρατικοί φορείς είναι διάδικοι σε μια διεθνή διαιτησία και είναι γνωστές ως *acta jure gestionis*²⁰⁴, δηλαδή

¹⁹⁹ Bockstiegel K.H, “*Arbitration and State Enterprises*”. Kluwer eds., 2nd ed., 1989

²⁰⁰ Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property, 2003, διαθέσιμη στην διεύθυνση {www.untreaties.org}, Τελευταία επίσκεψη 15/11/2016

²⁰¹ “*Agencies or instrumentalities of the State or other entities, to the extent that they are entitled to perform and are actually performing acts in the exercise of sovereign immunity*”

²⁰² Theory of Absolute Immunity

²⁰³ Theory of Restrictive Immunity

²⁰⁴ Για περαιτέρω ανάλυση των όρων και της φύσης της διάκρισης βλ. Vargès G.S., “*Defining a Sovereign for Immunity Purposes: Proposals to Amend the International Law Association Draft Convention*”, Harvard Int. Law Journal, 26, 1983, σ. 103 καθώς και Brownlie J, op. cit., υπ. 133, σ. 326 επ.

πράξεις εμπορικής φύσεως στις οποίες η μεταχείριση του κρατικού φορέα θα πρέπει να είναι κοινή με οποιονδήποτε άλλο ιδιώτη.

Τα κριτήρια με τα οποία γίνεται η διάκριση είναι τα ακόλουθα:

- Αν η πράξη μπορεί να γίνει από ιδιώτη είναι πράξη διαχείρισης
- Αν το θεμέλιο της πράξης από το οποίο προκύπτει η διαφορά είναι σύμβαση τότε η πράξη είναι πράξη διαχείρισης
- Αν τελολογικά η πράξη στοχεύει στην επιτέλεση δημοσίου σκοπού ή αυτή εμπίπτει στο πεδίο της εμπορικής δραστηριότητας. Το τελευταίο αυτό κριτήριο δεν είναι απόλυτο καθώς πολλά κράτη που εφαρμόζουν την σχετική (περιοριστική) ετεροδικία αποδέχονται ότι πράξεις διαχείρισης μπορούν να τελούνται και για σκοπούς είτε κυβερνητικούς είτε εμπορικούς²⁰⁵.

Η προσέγγιση της απόλυτης ετεροδικίας η οποία ήταν και η κρατούσα στο παρελθόν ειδικά μέχρι τις θεμελιώδεις νομολογίες *Il Congreso Del Partido* και *Trendex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria* τις οποίες θα εξετάσουμε εν συντομία παρακάτω, ονομάζεται *στρουκτουραλιστική* καθώς σχετίζεται με την φύση και μορφή του οργάνου που επικαλείται την ετεροδικία, ενώ η προσέγγιση της περιοριστικής, η οποία είναι και η απόλυτα κρατούσα σήμερα, ονομάζεται *λειτουργική*²⁰⁶ καθώς επικεντρώνεται στην φύση της επίδικης διαφοράς και δραστηριότητας, που αποτελεί το έρεισμα της επίκλησης του θεσμού.

Παρά την ανωτέρω διάκριση και την σχεδόν απόλυτη επικράτηση της περιοριστικής ετεροδικίας, υπάρχουν ακόμα διχογνωμίες στην θεωρία και στην νομολογία διαφορετικών δικαιοδοσιών. Ειδικά για δραστηριότητες σε τομείς όπως ή εκμετάλλευση του φυσικού αερίου και γενικά των πηγών ενέργειας, υπάρχει μεγάλη δυσχέρεια στην κατηγοριοποίηση τους σε πράξεις *jure imperii* ή *gestionis*.

²⁰⁵ Θωμά Ι., Το κράτος στην διεθνή συναλλαγή, σε Χ. Παμπούκη, “*Δίκαιο Διεθνών Συναλλαγών*”, Νομική Βιβλιοθήκη, 2010, σ.211

²⁰⁶ Στα αγγλικά θα συναντήσει κανείς την διάκριση ως *structuralist* και *functionalist approach* αντίστοιχα, ενώ για μια πιο αναλυτική μελέτη παραπέμπω σε Marasinghe L., “*The Modern Law of Sovereign Immunity*”, *Modern Law Rev.*, 54 (5), 1991, σ. 664

Εξέχουσας σημασίας για την στροφή προς την περιοριστική ετεροδικία ήταν η νομολογία *II Congreso del Partido*²⁰⁷, η οποία αφορούσε τα αποθέματα ζάχαρης των πλοίων *Playa Larga* και *Marble Islands*, ο Lord Wilberforce του House of Lords του Ηνωμένου Βασιλείου, προχώρησε στην δήλωση πως :

«*Η πρόθεση του Κράτους να λάβει μέρος σε εμπορικές δραστηριότητες ιδιωτικής φύσεως καθιστά απαραίτητο για χάρη της ασφάλειας δικαίου και της βεβαιότητας δικαίου απέναντι στους ιδιώτες συμβαλλόμενους του, να εφαρμοστεί η περιοριστική ετεροδικία και να έχουν το δικαίωμα οι αντισυμβαλλόμενοι ενός Κράτους να το εναγάγουν σε δικαστήρια εκτός της Επικράτειας του. Άλλωστε μια τέτοια αποδοχή δεν θέτει εκποδών την κρατική δραστηριότητα στο πλαίσιο κυβερνητικών δραστηριοτήτων ή πράξεων άσκησης της κρατικής του κυριαρχίας*»²⁰⁸

Η απόφαση αυτή ήταν ιδιαίτερα σημαντική καθώς όχι μόνο ήταν η πρώτη που αποτύπωσε την ανάγκη για στροφή στην περιοριστική ετεροδικία αλλά προηγήθηκε χρονικά και UK State Immunities Act του 1978²⁰⁹, όπου εγκαθίδρυσε στο αγγλικό δίκαιο στην αρχή της σχετικής ετεροδικίας.

Εξίσου σημαντική είναι η *Trendex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria*²¹⁰ του Αγγλικού Εφετειακού δικαστηρίου, όπου ο Lord Denning διατύπωσε χαρακτηριστικά πώς:

«*Πλείονα Κράτη εγκατέλειψαν πλέον τον κανόνα της απόλυτης ετεροδικίας, τόσα που πλέον δεν μπορεί να θεωρείται κανόνας διεθνούς δικαίου αλλά έχει αντικατασταθεί από την περιοριστική ετεροδικία*»

²⁰⁷ *Playa Larga (Owners of Cargo Lately Laden on Board) Appellants v I Congreso del Partido (Owners) Respondents, Marble Islands (Owners of Cargo Lately Laden on Board) Appellants v Same Respondents*, 1983, 1AC. 244

²⁰⁸ Busari F., “Sovereign Immunity and enforcement of arbitral awards”, Tulane University law school, LL.M essay, 2013, σ. 16

²⁰⁹ Γι’ αυτό το λόγο και έχει χαρακτηριστεί μαζί με υποθέσεις όπως η *Hispano Americana Mercantil SA v. Central Bank of Nigeria*, 1978 και η *Uganda Co Ltd. v. State of Uganda*, 1978, ως “twilight cases” από τον καθηγητή Higgins, ως αποφάσεις δηλαδή «στην ζώνη του λυκόφωτος» μεταξύ προηγούμενου νομικού καθεστώτος και επικράτησης της restrictive sovereignty. Για περαιτέρω ανάλυση βλ. Higgins, “The Death Throes of Absolute Immunity”, 1979, AJIL, 73, σ. 465

²¹⁰ 1977, QB 529

Δεν θα μπορούσαμε βέβαια να αποδεχτούμε πως η απόλυτη ετεροδικία έχει πλήρως αντικατασταθεί από την περιοριστική καθώς πολλά κράτη την υιοθετούν ακόμα, όπως π.χ. η Βραζιλία, η Βουλγαρία, το Εκουαδόρ κλπ²¹¹. Σε κάθε περίπτωση όμως, η αυξανόμενη εμπλοκή του Κράτους στο διεθνές εμπόριο επιτάσσει την γενική αποδοχή της σχετικής ετεροδικίας ως νόρμα, η οποία άλλωστε αποτυπώνεται και σε μια πληθώρα νομοθετικών κειμένων όπως το UK State Immunity Act του 1978, το US Foreign Sovereign Immunities Act του 1976 καθώς επίσης και η Ευρωπαϊκή Σύμβαση για την Κρατική Ετεροδικία του 1972 καθώς και η προσπάθεια που γίνεται σε διεθνές επίπεδο με την Σύμβαση των Ηνωμένων Εθνών για την Δικαιοδοτική Ετεροδικία των Κρατών και της περιουσίας τους 2003²¹² η οποία όμως, δεν έχει τεθεί ακόμα σε ισχύ αλλά με την πάροδο του χρόνου συνυπογράφεται και επικυρώνεται από ολοένα και περισσότερα κράτη, όσο γίνεται εντονότερα κατανοητή δηλαδή, η έντονη συμμετοχή του Κράτους σε εμπορικές δραστηριότητες.

A.2 Δικαιοδοτική ετεροδικία και ετεροδικία εκτέλεσης

Μια δεύτερη κρίσιμη εννοιολογική διάκριση που πρέπει να κάνουμε και η οποία γίνεται στην δικαιοδοτική πρακτική αναφορικά με την ετεροδικία είναι αυτή της δικαιοδοτικής ετεροδικίας από την ετεροδικία εκτελέσεως. Αυτή η διάκριση διαδραματίζει κομβικό ρόλο στην πρακτική και τόνοι μελάνι έχουν χυθεί σχετικά με την σύνδεση ή μη μεταξύ τους και του κατά πόσο η παραίτηση από την πρώτη ταυτίζεται με παραίτηση από την δεύτερη.

Δύο είναι τα στάδια στα οποία ένα Κράτος μπορεί να επικαλεστεί την προστασία της ετεροδικίας. Είτε ως *δικαιοδοτική ετεροδικία*²¹³ ως περιορισμό δηλαδή της δικαιοδοσίας των δικαστηρίων ενός *forum* να απέναντι σε ένα ξένο Κράτος και ως *ετεροδικία από τις διαδικασίες εκτέλεσης* όπου εμποδίζει τα δικαστήρια ενός *forum* να επιβάλλουν δέσμευση και εκτέλεση επί των περιουσιακών στοιχείων ενός άλλου Κράτους. Όπως θα δούμε αναλυτικά και παρακάτω, στην σημερινή διεθνή νομική πραγματικότητα η πρώτη μορφή της ετεροδικίας θεωρείται πως

²¹¹ Brownlie J *supra note*

²¹² UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property, 2003, διαθέσιμη στην διεύθυνση {https://treaties.un.org/Pages/ShowMTDSGDetails.aspx?src=UNTSOONLINE&tabid=2&mtdsg_no=III-13&chapter=3&lang=en}

²¹³ Jurisdictional Immunity

παραμερίζεται στην πλειονότητα των περιπτώσεων η νομολογιακή αντιμετώπιση όμως ως προς την δεύτερη είναι περίπλοκη και η τάση είναι να επιτρέπεται στο Κράτος.

A.3 To act of State Doctrine

Το δόγμα της κρατικής πράξης πρόκειται για νομολογιακό κανόνα του αμερικανικού δικαίου²¹⁴ ο οποίος έχει αναπτυχθεί στο πλαίσιο της ετεροδικίας. Με βάση αυτό το δόγμα, ένα δικαστήριο δεν μπορεί να κρίνει πράξεις άλλου κράτους που έχουν λάβει χώρα στο άλλο αυτό κράτος γιατί αυτό θα αποτελούσε ανάμειξη στα πολιτικά, εσωτερικά ζητήματα του άλλου αυτού κράτους²¹⁵. Μόνη εξαίρεση όπως κρίθηκε στην *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*²¹⁶, είναι πράξεις που καταστρατηγούν τις απαράβατες, θεμελιώδεις αρχές του διεθνούς δικαίου.

Στο παρελθόν ο εν λόγω θεσμός προβαλλόταν ως επιχείρημα και σε στάδια αναγνώρισης διαιτητικών αποφάσεων όπως στην χαρακτηριστική *Liamco v Libya*, όπου αμερικάνικο δικαστήριο αν και δέχτηκε πως το Κράτος είχε παραιτηθεί σιωπηρά του προνομίου της ετεροδικίας με την υπογραφή της διαιτητικής συμφωνίας εντούτοις, η αναγνώριση και εκτέλεση της διαιτητικής απόφασης δεν έγινε δεκτή καθώς κρίθηκε πως το διαιτητικό δικαστήριο δεν είχε δικαίωμα να κρίνει επί της νομιμότητας ή μη της εθνικοποίησης των περιουσιακών στοιχείων της Liamco από το Κράτος της Λιβύης.

Πλέον, ο αμερικάνικος Ομοσπονδιακός νόμος διαιτησίας, Federal Arbitration Act, τροποποιήθηκε ώστε να εξασφαλίσει πως το δόγμα αυτό δεν επιδέχεται εφαρμογής κατά την διαδικασία αναγνώρισης και εκτέλεσης διαιτητικών αποφάσεων.

Η αναφορά αυτή στο Act of State Doctrine έγινε στο πλαίσιο της παρούσης, για να ισχυροποιηθεί η άποψη που θα εξετάσουμε και στην συνέχεια πως η διαμόρφωση του νομοθετικού πλαισίου των σημαντικότερων επιχειρηματικών κέντρων του κόσμου παρουσιάζει μια τάση προς την ελαχιστοποίηση των προνομίων που το κράτος μπορεί να χρησιμοποιήσει για να αποφύγει την εις βάρος του εκτέλεση. Η εξέλιξη που παρατηρείται είναι υπέρ της

²¹⁴ Αντίστοιχο δόγμα υπάρχει και στο αγγλικό δίκαιο και φέρει τα χαρακτηριστικά του δικαστικού περιορισμού και της αποχής (judicial restraint and abstention)

²¹⁵ Βλ. Θωμά Ι., *supra note*, σ. 212

²¹⁶ 376 U.S. 398, 1964

εκτελεστότητας των διαιτητικών αποφάσεων και εξισορρόπησης των δυνάμεων του κράτους με την ιδιωτική πλευρά.

B. Η προβληματική της επίκλησης του δικαιώματος της Ετεροδικίας από το Κράτος

Προτού προχωρήσουμε σε περαιτέρω ανάλυση των ζητημάτων που γεννώνται θα πρέπει να τονίσουμε πως το ζήτημα έγερσης της άμυνας της ετεροδικίας στο στάδιο της εκτέλεσης δεν μπορεί να εγερθεί αν η διαιτησία τελείται υπό το καθεστώς του ICSID, καθώς σύμφωνα με το άρθρο 54.1, η απόφαση που θα εκδοθεί αναγνωρίζεται σαν να είχε εκδοθεί από τα κρατικά δικαστήρια των μερών στην διαφορά, και άρα εκτελείται αυτόματα, σαν να ήταν ημεδαπή απόφαση. Αυτό αποτελεί και ένα από τα βασικά πλεονεκτήματα της διαδικασίας κατά τους κανόνες ICSID. Άλλωστε, στα άρθρα 25-27 του ICSID, περιλαμβάνεται ειδική ρύθμιση που δεσμεύει το κράτος να μην επικαλεστεί την ετεροδικία του. Αυτή η επίκληση θα γίνει πιθανώς δεκτή μόνο για την περίπτωση των διπλωματικά προστατευόμενων περιουσιακών στοιχείων που ανήκουν στον στενό κρατικό πυρήνα και τα οποία θα εξετάσουμε αναλυτικότερα παρακάτω.

Τα προβλήματα εμφανίζονται όταν κρατικοί φορείς έχουν συμφωνήσει σε ρήτρα εμπορικής διαιτησίας αλλά εν συνεχεία επικαλούνται το προστατευτικό πλαίσιο του θεσμού.

Τα ζητήματα που προκύπτουν ποικίλουν. Ταυτίζεται η παραίτηση από την επίκληση της δικαιοδοτικής ετεροδικίας κατά την σύναψη της διαιτητικής ρήτρας με την παραίτηση από την επίκληση της και κατά το στάδιο της εκτέλεσης; Που πρέπει να χαραχθούν τα όρια μεταξύ της διαιτησίας ως θεσμού ταχείας επίλυσης των διαφορών σε ένα σύγχρονο διεθνοποιημένο περιβάλλον και της ετεροδικίας ως προστασίας της κρατικής κυριαρχίας;

Γενικά το κράτος, όταν συμμετέχει ως διάδικος σε μια διαιτητική επίλυση διαφοράς, είναι εγκρατής ως προς την επίκληση της ετεροδικίας του. Η διαιτησία ως μορφή επίλυσης των διαφορών, έχει τον στόχο να εκδίδει αποφάσεις οι οποίες είναι εύκολα εκτελεστές, άλλωστε σε αυτό το πλαίσιο δημιουργήθηκε και η ΣΝΥ. Τι συμβαίνει όμως όταν ένα κράτος που είχε συμβληθεί κανονικά με μια ρήτρα διαιτησίας, κατά το στάδιο της εκτέλεσης επικαλείται την ετεροδικία για να αποφύγει την διαδικασία;

Θα έλεγε κανείς πως μια διαιτησία υπό τους κανόνες του ICC, ίσως του πιο δημοφιλούς θεσμικού κέντρου διαιτησίας στον κόσμο, στην οποία έχει συμφωνήσει το κράτος, συνιστά, ισχυρό επιχείρημα πως αυτό έχει απολέσει την δυνατότητα να επικαλεστεί την ετεροδικία. Αυτό δικαιολογείται από το άρθρο 34.6 των κανόνων του ICC, στο οποίο ορίζεται πως:

“Every award shall be binding on the parties. By submitting the dispute to arbitration under the Rules, the parties undertake to carry out any award without delay and shall be deemed to have waived their right to any form of recourse insofar as such waiver can validly be made.”

Προς υποστήριξη των ανωτέρω, αναφέρουμε και δύο αποφάσεις οι οποίες θεώρησαν την συμφωνία του κράτους να δεσμευτεί σε διαιτησία υπό τους κανόνες του ICC ως ρητή ή σιωπηρή παραίτηση από την ετεροδικία. Συγκεκριμένα, στην *Creighton Ltd v Government of the State of Qatar*, το γαλλικό δικαστήριο²¹⁷ θεώρησε πως το κράτος του Qatar με την ρήτρα διαιτησίας που σύναψε επιλέγοντας τους κανόνες του ICC, σιωπηρά²¹⁸, παραιτήθηκε από την ετεροδικία. Αντίστοιχα, ενώ στην απόφαση *Walker International Holdings Ltd v The Republic of Congo*, το Αμερικάνικο Εφετειακό Δικαστήριο, θεώρησε ως ρητή²¹⁹ την παραίτηση από την ετεροδικία.

Η υπόθεση *Creighton Ltd v. State of Qatar*²²⁰

Η εν λόγω απόφαση αποτελεί μια ρηξικέλευθη στροφή της γαλλικής νομολογίας υπέρ της άποψης πως το Κράτος με την σύναψη μιας ρήτρας διαιτησίας απεκδύεται του δικαιώματος να επικαλεστεί την ετεροδικία, τόσο την δικαιοδοτική αλλά και κατά την διαδικασία εκτέλεσης²²¹. Μάλιστα, με την εν λόγω νομολογία άλλαξε πορεία και η πάγια θέση των γαλλικών δικαστηρίων

²¹⁷ French Court of Cassation, ch. Civ. I: 6 July 2006

²¹⁸ “Implicitly”

²¹⁹ “Explicitly”

²²⁰ French Cour de Cassation, July 6, 2000, *Creighton v. Ministere des Finances de l' Etat du Qatar*, 127 J.D.I. 1054, 1055

²²¹ Dugan C./ Berger J., “Enforcement against Assets of State-Owned Companies” in Bishop R., “*Enforcement of Arbitral Awards against Sovereigns*”, Huntington, New York, JurisNet LLC, 2009, 185-22

να μην ταυτίζουν την σύναψη ρήτρας διαιτησίας με την παραίτηση από την ετεροδικία εκτέλεσης. Τα πραγματικά περιστατικά εξελίχθηκαν ως ακολούθως.

Το 1982, η Αμερικάνικη εταιρία Creighton Ltd υπέγραψε συμβόλαιο με το Κράτος του Qatar, ακριβέστερα με το Υπουργείο Εσωτερικών σχέσεων και Αγροτικής κουλτούρας του Κατάρ, σχετικά με την οικοδόμηση ενός νοσοκομείου στην του Doha. Το 1986, το Κράτος απέβαλλε την εταιρία από την κατασκευή επικαλούμενη μη ικανοποιητική εκτέλεση του έργου. Η εταιρία με την σειρά της αντιτάχθηκε της εκδίωξης και απαίτησε αποζημίωση. Τον Ιούνιο του ίδιου έτους το Κατάρ συμφώνησε να διορίσει έναν σύμβουλο και μια «εξειδικευμένη αυθεντία»²²² για να εξετάσει τα αιτήματα της Creighton, χωρίς όμως να προσδιορίσει κάποιο χρονικό όριο σχετικά με τον διορισμό και φυσικά χωρίς να αναφέρει αν οι αποφάσεις των δύο αυτών ειδικών θα ήταν δεσμευτικές.

Το Κατάρ δεν προχώρησε στους διορισμούς και μετά την πάροδο ενός χρόνου η Creighton εκκίνησε διαιτητική διαδικασία ενώπιον του ICC με έρεισμα την ρήτρα διαιτησίας που υπήρχε στο συμβόλαιο και μιας και δεν οριζόταν τόπος διαιτησίας, ως τέτοιος επιλέχτηκε το Παρίσι από το ICC. Το διαιτητικό forum εξέδωσε τρεις αποφάσεις το 1989, το 1991 και το 1993 οι οποίες καταδίκάζαν το Κατάρ να πληρώσει τα δικαστικά έξοδα και παράλληλα να αποζημιώσει την Creighton για την αδικαιολόγητη αποβολή από την κατασκευή και να διορίσει τους ειδικούς και το δεσμευτικό της γνωμοδότησης τους.

Το Κράτος του Κατάρ με την σειρά του προσέφυγε στα γαλλικά δικαστήρια ενάντια στις διαιτητικές αποφάσεις, επικαλούμενο πως ένας από τους διαιτητές ήταν μεροληπτικός καθώς είχε βοηθήσει την Creighton στο παρελθόν να βρει δικηγόρους στο Κατάρ όταν ξεκίνησαν τα κατασκευαστικά έργα. Το Γαλλικό ανώτατο δικαστήριο αρνήθηκε τους ισχυρισμούς και κήρυξε τα περιουσιακά στοιχεία που το Κατάρ διατηρούσε στην Γαλλία εκτελεστά με την Creighton να στρέφεται εναντίον τους όπως και κατά αυτών που το Κατάρ διατηρούσε στις Ηνωμένες Πολιτείες. Όπως προαναφέραμε, η λογική στην γαλλική νομολογία μέχρι την απόφαση Creighton ήταν πως τα περιουσιακά στοιχεία που ένα Κράτος διατηρούσε σε ένα άλλο ήταν προστατευμένα από την ετεροδικία, εκτός αν αυτά είχαν άμεσο δεσμό με την επιχειρηματική

²²² “High authority”

δραστηριότητα για την οποία είχε συνάψει την σύμβαση το Κράτος. Με αυτήν την λογική το Εφετειακό δικαστήριο του Παρισιού έπαυσε την δέσμευση των περιουσιακών στοιχείων του Κατάρ.

Το Γαλλικό Ανώτατο Δικαστήριο όμως, στο οποίο τελικά έφτασε η υπόθεση είχε άλλη άποψη και έκρινε πως το γεγονός ότι το Κράτος του Κατάρ συμφώνησε στην διαιτησία με τους κανόνες του ICC στο συμβόλαιο για την κατασκευή του νοσοκομείου, το δεσμεύει να μην επικαλεστεί την ετεροδικία του λόγω του άρθρου 24 των τότε κανόνων του θεσμικού κέντρου (άρθρο 34 παρ. 6 με βάση τους ισχύοντες σήμερα²²³) στο οποίο υπήρχε σαφής αναφορά πως τα μέρη αναλαμβάνουν την υποχρέωση να εκτελέσουν την απόφαση *χωρίς καθυστέρηση*. Θεώρησε, δηλαδή, πως στο άρθρο 24 υποκρύπτεται μια έμμεση, σιωπηρή παραίτηση από την ετεροδικία εκτέλεσης²²⁴. Με έρεισμα αυτήν την διάταξη, οδηγήθηκε στο συμπέρασμα πως η περιουσία που διατηρούσε στην Γαλλία το Υπουργείο Εσωτερικών Σχέσεων και Αγροτικής κουλτούρας του Κατάρ, ήταν επιτρεπτό να εκτελεστούν υπέρ της Creighton.

Το Cour de Cassation στην εν λόγω υπόθεση προέταξε την αρχή της αποτελεσματικότητας των διαιτητικών αποφάσεων η οποία βασίζεται στις λογικές προσδοκίες των μερών όταν υπογράφουν την διαιτητική συμφωνία, σε συνδυασμό με την διασταλτική ερμηνεία της παραίτησης από την κρατική ετεροδικία, γι' αυτό τον λόγο και η συγκεκριμένη νομολογία προκάλεσε έντονες αντιθέσεις και διχογνωμίες²²⁵.

Την νομολογία *Creighton* ακολούθησε και η σημαντική απόφαση *Bec Frères v. Office des céréales de Tunisie*²²⁶, του Εφετειακού Δικαστηρίου της Ρουέν όπου το δικαστήριο γνωμοδότησε πως:

²²³ “Every award shall be binding on the parties. By submitting the dispute to arbitration under the Rules, the parties undertake to carry out any award without delay and shall be deemed to have waived their right to any form of recourse insofar as such waiver can validly be made”.

²²⁴ Ο όρος στα αγγλικά είναι “implied waiver”

²²⁵ Χαρακτηριστική η δριμεία κριτική που ασκείται στην *Creighton* στο Pingel- Lenuzza I., “*Les Immunités des Etats en droit International*”, Bruylant eds., 1998, *passim*

²²⁶ CA Rouen, June 20, 1996, *Bec Frères v. Office des céréales de Tunisie*, 1997 REV. ARB. 263, 267

«Με την υπογραφή της ρήτηρας διαιτησίας, εν απουσία της οποίας η συμφωνία δεν θα είχε ολοκληρωθεί, το Κράτος αποδέχεται τους συνήθεις κανόνες του διεθνούς εμπορίου, σύμφωνα με τους οποίους παραιτείται και των δύο εκφάνσεων της ετεροδικίας του»

Σε ένα δεύτερο επίπεδο, και με έρεισμα την ανωτέρω νομολογία, θα πρέπει να αναλογιστούμε πως σε περίπτωση που το κράτος είναι και συμβαλλόμενο στην ΣΝΥ, και παράλληλα έχει συμφωνήσει στους κανόνες του ICC, ο συνδυασμός των δύο αυτών κριτηρίων θα πρέπει να αποτελούν ισχυρό αντίβαρο απέναντι στην ετεροδικία. Ο σκοπός της ΣΝΥ, άλλωστε, είναι η ευελιξία και κινητικότητα της εκτέλεσης των διαιτητικών αποφάσεων.

Τι θα μπορούσαμε να συνάγουμε όμως, αν το κράτος είναι συμβαλλόμενο στην ΣΝΥ αλλά δεν έχει επιλέξει τους κανόνες του ICC αλλά ενός άλλου θεσμικού κέντρου διαιτησίας(π.χ. LCIA, HKIA κλπ.) που δεν περιλαμβάνει αντίστοιχο κανόνα; Σε αυτήν την περίπτωση θα πρέπει να κάνουμε μια διάκριση:

Αν το κράτος αυτό είναι συμβαλλόμενο στην ΣΝΥ, τότε θα μπορούσε εύκολα να προβλέψει πως υπάρχει μεγάλη περίπτωση η υπόθεση να οδηγηθεί στην εις βάρος του εκτέλεση και έτσι συνάγουμε πως έχει παραιτηθεί από την ετεροδικία. Αυτό είναι και το βασικό επιχείρημα των νομικών που ασχολούνται κυρίως με την διαιτησία, οι οποίοι ισχυρίζονται, και κατά την γνώμη του γράφοντος ορθά, πως αν ήταν να αντιμετωπίζουμε, σε κάθε στάδιο της διαιτητικής διαδικασίας την ετεροδικία, ο ίδιος ο θεσμός της διαιτησίας θα έχανε το νόημα του και δεν θα μπορούσε να επιτελέσει τον σκοπό του²²⁷.

Από την άλλη πλευρά, αν το κράτος δεν είναι συμβαλλόμενο και επιλέγει απλά ως τόπο διαιτησίας και άρα τόπο έκδοσης της απόφασης ένα συμβαλλόμενο κράτος, ώστε να δρέψει τους καρπούς της ΣΝΥ, ενώ παράλληλα διατηρεί την επιφύλαξη της ετεροδικίας, θα ήταν ίσως υπερβολικό να συνάγουμε πως αυτό παραιτήθηκε και από την ετεροδικία.

Όπως επισημάνθηκε και στην πρόσφατη υπόθεση *FG Hemisphere Associates LLC v Republic of Congo*: “ένα κράτος που δεν είναι συμβαλλόμενο στην ΣΝΥ, μπορεί να χρησιμοποιήσει τα

²²⁷ Sharma R., “Enforcement of Arbitral Awards and Defense of Sovereignty: The Crouching Tiger and the Hidden Dragon”, *Lapland law Review*, Issue 1, 2011, σ.264

πλεονεκτήματα που αυτή προσφέρει, χωρίς αυτό να το υποχρεώνει να παραιτηθεί και από το δικαίωμα επίκλησης της ετεροδικίας κατά την εκτέλεση”.

Από την πλευρά υποστήριξης της ετεροδικίας τάσσονται οι νομικοί του χώρου του δημοσίου διεθνούς, οι οποίοι ισχυρίζονται πως όσον αφορά την ετεροδικία, κρίσιμο είναι το χρονικό κριτήριο²²⁸. Το ότι το κράτος συμφώνησε σε μια ρήτρα διαιτησίας δεν συνάδει με το γεγονός πως αργότερα κατά το στάδιο της εκτέλεσης, όταν και θα τεθεί το κρίσιμο ζήτημα της δικαιοδοσίας, τότε δικαιούται και να απαντήσει το κράτος επικαλούμενο την ετεροδικία του.

Θεωρούν, δηλαδή, πως οποιαδήποτε χρονικά συμφωνία, όπως η διαιτητική, δεν σημαίνει και την παραίτηση από την ετεροδικία. Αυτό το επιχείρημα έχει μια λογική συνοχή καθώς το χρονικό σημείο είναι πράγματι κρίσιμο, αλλά παράλληλα, μπορεί να οδηγήσει και σε αφόρητες γενικεύσεις και άκρατη διασταλτική ερμηνεία του θεσμού. Μπορεί δηλαδή, με βάση τα ανωτέρω, ακόμα και αν ξεκινήσει η πρακτική να εισάγεται ρητός όρος παραίτησης από την ετεροδικία στα συμβόλαια του κράτους αυτή να θεωρείται ως προηγούμενη χρονικά συμφωνία, δίνοντας το δικαίωμα στο κράτος να επικαλείται την ετεροδικία του σε κάθε περίπτωση.

Από την αντίπερα όχθη οι διαιτητές της πρακτικής δεν μπορούν να αποδεχτούν το ανωτέρω επιχείρημα και επιμένουν πως η ΣΝΥ, η επιλογή κανόνων θεσμικών κέντρων και γενικότερα η εμπλοκή του Κράτους στο διεθνές εμπόριο καθιστά βέβαιη την παραίτηση από την δικαιοδοτική ετεροδικία και στην πλειονότητα των περιπτώσεων και αυτή της εκτέλεσης.

Που θα πρέπει να βρίσκει τα όρια της λοιπόν η ετεροδικία; Ορθότερο, κρίνεται μια συμφωνία για διαιτησία, στο πλαίσιο και της αρχής *pacta sunt servanda*, η οποία έχει αναχθεί σε μία παγκόσμια αρχή, αλλά και στο πλαίσιο του διεθνοποιημένου σύγχρονου περιβάλλοντος, θα πρέπει να ταυτίζεται με την παραίτηση από το κράτος του δικαιώματος επίκλησης της ετεροδικίας. Ειδάλλως, προάγεται ο προστατευτισμός και η αντιαναπτυξιακή λογική καθώς η διαιτησία με το κράτος θα εξελιχθεί σε μία διαδικασία χρονοβόρα και ανασφαλής για τον εκάστοτε ιδιώτη. Σε κάθε περίπτωση η σίγουρη λύση είναι να συμπεριλαμβάνεται στην σύμβαση μια ρητή αναφορά παραίτησης από την ετεροδικία.

²²⁸ Toope Stephan J., “*Mixed International Arbitration: Studies in Arbitration between States and Private Persons*”, Cambridge University Press, 1990, σ. 12

Κατά την γνώμη του γράφοντος πάντως, στο πλαίσιο των διεθνών συναλλαγών τα κράτη που είναι συμβαλλόμενα μέρη στην ΣΝΥ, γνωρίζουν τις συνέπειες και τον σκοπό της και δεν θα πρέπει να τους αναγνωρίζεται το δικαίωμα να αποφεύγουν την εκτέλεση εις βάρος τους. Με την ηθελημένη συμμετοχή τους στο διεθνές εμπόριο και την επιλογή ρητρών από μεγάλα θεσμικά κέντρα αποδέχονται ουσιαστικά όλες τις συνέπειες, θετικές και αρνητικές προς αυτά που αυτή η επιλογή τους συνεπάγεται και το να τους αναγνωρίζεται η ετεροδικία ακόμα και μετά από αυτή τους την δέσμευση, τους προσδίδει ένα ισχυρότατο επιχείρημα συγκριτικά με τον ιδιώτη αντίδικο τους. Η αντιμετώπιση των δικαστηρίων εν τούτοις, φαίνεται ακόμα επιφυλακτική και ευμενής προς την Κρατική ετεροδικία ενώ ισχυρή είναι ακόμα η πλευρά της θεωρίας που θεωρεί υπερβολικά διασταλτική την συναγωγή πως από την επιλογή ρήτρας διαιτησίας με θεσμικό κέντρο το ICC, το Κράτος παραιτείται της ετεροδικίας εκτελέσεως του.

Γ. Ετεροδικία και ζητήματα εκτέλεσης αναφορικά με την φύση των περιουσιακών στοιχείων του Κράτους

Προβληματική που σχετίζεται άμεσα με την ετεροδικία και παρουσιάζει επίσης μείζον πρακτικό ενδιαφέρον είναι και αυτή της φύσης των κρατικών περιουσιακών στοιχείων κατά των οποίων μπορεί να στραφεί η εκτέλεση. Το κριτήριο του είδους και της λειτουργίας του αντικειμένου της εκτέλεσης καθορίζει αν το περιουσιακό στοιχείο υπό εξέταση είναι εκτελεστό ή όχι.

Θα πρέπει να αποδεχθούμε πως, όταν η εκτέλεση στρέφεται κατά περιουσίας του κράτους, η οποία επιτελεί μόνο δημόσιο σκοπό και ανήκει στον πυρήνα του, όπως π.χ. οι τραπεζικοί λογαριασμοί της κεντρικής του Τράπεζας ή τα δικά μας δημόσια κτήματα του ν. 1539/1938²²⁹, θα πρέπει το κράτος να έχει το δικαίωμα επίκλησης της ετεροδικίας του. Αυτή είναι και η διάκριση που γίνεται αποδεκτή από τα περισσότερα κρατικά δίκαια μεταξύ εμπορικών και διπλωματικών περιουσιακών στοιχείων όπως π.χ. η αναφορά του άρθρου 1611 του Foreign Sovereign Immunities Act του 1976 των ΗΠΑ. Περιουσιακά στοιχεία δηλαδή, του κρατικού στρατού, του διπλωματικού σώματος ή που η χρησιμότητα τους είναι αποκλειστικά για σκοπούς κρατικής κυριαρχίας και δεν έχουν κάποια καμία σχέση με εμπορικής φύσεως συναλλαγές καθώς και πολιτιστικά αγαθά, δεν μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο εκτέλεσης.

²²⁹ Νόμος περί προστασίας των δημοσίων κτημάτων

Η λογική αυτή δεν έρχεται σε αντίθεση με την ορθή απονομή της δικαιοσύνης, την *pacta sunt servanda* ή τις λογικές προσδοκίες των μερών της διαιτησίας καθώς η διπλωματική ετεροδικία η οποία προστατεύει τέτοιου είδους κρατικά assets, τελεί υπό διαφορετικό καθεστώς από την κρατική ετεροδικία λόγω της Σύμβασης της Βιέννης του 1961 για τις διπλωματικές σχέσεις²³⁰ καθώς και λόγω της προστασίας της από πολλά διεθνή κείμενα, εκθέσεις των Ηνωμένων Εθνών και εσωτερικές νομοθεσίες καθώς και την δικαστηριακή πρακτική η οποία συνήθως εξαιρεί τα διπλωματικά κτίρια και περιουσιακά στοιχεία από την εκτέλεση²³¹. Τα κρατικά δικαστήρια όταν εξετάζουν, λοιπόν, ένα αίτημα για εκτέλεση θα πρέπει να εφαρμόζουν το λειτουργικό αυτό κριτήριο (*functionality test*) στην εξέταση σχετικά με το αν η εν λόγω περιουσία του κράτους είναι εκτελεστή ή μη. Είναι αναγκαίο να εξετάζουν *in concreto* και *in casu* την λειτουργία και τον σκοπό των περιουσιακών στοιχείων²³². Αλλά και τα διαιτητικά δικαστήρια θα πρέπει να ενισχύουν την έρευνα αυτή ώστε να μην οδηγηθούν τα μέρη σε ένα αδιέξοδο σχετικά με την εκτελεστικότητα του award.

Γ.2 Η περίπτωση των περιουσιακών στοιχείων διττής λειτουργίας

Όπως αναλύσαμε ανωτέρω όταν η εκτέλεση στρέφεται κατά περιουσίας που χρησιμοποιείται για εμπορικούς σκοπούς, τότε δικαίωμα ετεροδικίας δεν θα πρέπει να αναγνωρίζεται στο Κράτος. Θα πρέπει να εξετάζουμε, δηλαδή, την λειτουργία του περιουσιακού στοιχείου και όχι το πώς αποκτήθηκε²³³. Το ερώτημα είναι τι θα γίνει στην περίπτωση που ένα περιουσιακό στοιχείο επιτελεί και τους δύο ρόλους, δηλαδή χρησιμοποιείται ταυτόχρονα για σκοπούς δημοσίου συμφέροντος και εμπορικούς σκοπούς. Σ' αυτές τις περιπτώσεις εμφανίζονται και τα περισσότερα πρακτικά προβλήματα.

Καταρχάς, αν για οποιοδήποτε λόγο το Κράτος έχει ρητά παραιτηθεί από το δικαίωμα ετεροδικίας του επί αυτών τότε θα είναι κανονικά εκτελεστά. Αν όχι και πάλι η εξέταση θα πρέπει να στραφεί στην σκοπιμότητα των εν λόγω assets. Για παράδειγμα το πόσο συνδεδεμένα

²³⁰ Vienna Convention on Diplomatic Relations, 1961

²³¹ Βλ. *Third Associates v. Permanent Mission of the Republic of Zaire to the UN*, 805 F, 4 March 1993

²³² Για μια ιδιαίτερα ενδελεχής και ενδιαφέρουσα ανάλυση του *functionality test*, βλ. Redfren A./Hunter/Martin, "Law and Practice of International Commercial Arbitration",

²³³ *FG Hemisphere Associates LLC v Republic of Congo*, παρ. 179

είναι αυτά με τον κρατικό φορέα που υπέγραψε την ρήτρα ή το πόσο συχνά έχουν χρησιμοποιηθεί ξανά στο παρελθόν για εμπορικούς και συναλλακτικούς σκοπούς. Επιπρόσθετα, το αν η επέμβαση επί αυτών θα διαστρεβλώσει και επηρεάσει σε μεγάλο βαθμό την κρατική λειτουργία. Όπως χαρακτηριστικά διατυπώθηκε στην υπόθεση FGH: «θα πρέπει να κρίνεται η συμβολή των υπό εξέταση ιδιοκτησιακών στοιχείων της κρατικής οντότητας στην γενικότερη αποτελεσματική διεκπεραίωση των λειτουργιών του».²³⁴ Ειδική είναι και η περίπτωση των κρατικών Τραπεζών οι οποίες τις περισσότερες φορές είναι ανεξάρτητες από το Κράτος και για να υπάρξει δέσμευση των λογαριασμών που κρατούνται σε αυτές θα πρέπει να υπάρχει ρητή αναφορά ή να καταφέρει να αποδειχθεί η χρήση τους για εμπορικούς σκοπούς.

Ρόλο μπορεί να διαδραματίσει στην εν λόγω ανάλυση ακόμα και ο τρόπος που βρίσκονται τα εν λόγω περιουσιακά στοιχεία αφού η παρουσία τους στην εδαφική επικράτεια του Κράτους θα αποτελεί ισχυρό λόγο αποδοχής της διπλωματικής προστασίας τους. Σε κάθε περίπτωση όλα τα ανωτέρω αποτελούν πραγματικά ζητήματα που θα κριθούν *in concreto* από το διαιτητικό όργανο με βάση τις δεσμεύσεις του κρατικού φορέα στο συμβόλαιο.

Δ. Συμπερασματικά σχόλια και κρίσεις

Η ετεροδικία εγείρει αρκετά ζητήματα, ειδικά αν το Κράτος ή ένας κρατικός φορέας την επικαλεστεί κατά την διαδικασία της εκτέλεσης.

Το συμπέρασμα στο οποίο οδηγούμαστε είναι πως η διαιτησία είναι μια διαφορετική οδός τόσο ως προς την φύση όσο και ως προς την λειτουργία της από την δικαστηριακή. Δεν θα πρέπει, κατά την άποψη του γράφοντος σε καμία περίπτωση, λοιπόν, να συγχέονται τα κριτήρια εφαρμογής της ετεροδικίας και να υιοθετείται η ίδια προσέγγιση, λογική την οποία φαίνεται να ακολουθούν οι θεωρητικοί του δημοσίου διεθνούς. Η λύση της υιοθέτησης ενός επιπρόσθετου όρου στο συμβόλαιο με τον οποίο να εκφράζεται ρητά η παραίτηση του Κράτους από την ετεροδικία εκτέλεσης, μόνο ως *ultimum refugium* θα μπορούσε να γίνει αποδεκτή καθώς δεν συνάδει με το ευέλικτο πνεύμα της διαιτησίας και προσθέτει επιπλέον εμπόδια στην ταχεία διεκπεραίωση της. Ήδη πάντως, η λύση αυτή έχει αποτυπωθεί στους κανόνες του PCA, όπου στο άρθρο 1 παρ. 2 αναφέρεται πως με την συμφωνία του να διεξαχθεί διαιτησία με αυτούς τους

²³⁴ FGH Case, par. 234

κανόνες το Κράτος δεν μπορεί να επικαλεστεί την δικαιοδοτική του ετεροδικία αλλά για να παραιτηθεί και από την ετεροδικία εκτέλεσης απαιτείται ξεχωριστή, ρητή αναφορά²³⁵.

Σε κάθε περίπτωση, η υπογραφή της ρήτρας από το Κράτος θα πρέπει να θεωρείται επαρκής ένδειξη για την παραίτηση από την δικαιοδοτική ετεροδικία και ισχυρή για μη μελλοντική επίκληση της ετεροδικίας εκτέλεσης, ειδικά στις περιπτώσεις που το Κράτος έχει συνυπογράψει την ΣΝΥ ή η διαιτησία εκτελείται με βάση κανόνες θεσμικού κέντρου που στους κανόνες του εμπεριέχει έστω και έμμεση αναφορά στην αφαίρεση του προνομίου αυτού.

Θα πρέπει να διασφαλιστεί η ευελιξία της διαιτησίας ως εναλλακτικής μορφής επίλυσης διαφορών και να απομακρυνθούμε από λογικές που προσάπτουν εμπόδια στην αποτελεσματική λειτουργία της²³⁶ όπως και στην έκδοση μιας απόφασης που μπορεί να εκτελεστεί επιτυχώς. Αν τα Κράτη τείνουν να συνάπτουν ρήτρες μαζικά αλλά αντίστοιχα σε κάθε περίπτωση που καταλήγουν ως ηττηθέντα επικαλούνται την ετεροδικία τους για να αποφύγουν την εκτέλεση κατά των περιουσιακών τους στοιχείων, οι ιδιώτες – επενδυτές θα αποφεύγουν να προβαίνουν σε συμφωνίες με αυτά, και θα καλλιεργηθεί μια αντιεπενδυτική λογική.

²³⁵ PCA Optional Rules of Arbitration, σε εφαρμογή από 17 Δεκ. 2012

²³⁶ Fox S./Hazel, “*State Immunity and the NYC*”. Cambridge ed., 2007, σ. 829

Προτάσεις για βελτίωση του πλαισίου της διαιτητικής αντιδικίας μεταξύ κρατικών φορέων και ιδιωτών

Μια πρόταση που γίνεται εύκολα κατανοητή στο επίπεδο της σύναψης της ρήτηρας και διατύπωσης της είναι αυτή να είναι εξαιρετικά ακριβής. Θα πρέπει να συνάγεται ευχερώς η παραίτηση από την ετεροδικία εκτελέσεως ώστε να μην την επικαλεστεί μετά το Κράτος και να ορίζεται ρητά το εφαρμοστέο δίκαιο και η έδρα της διαιτησίας, ώστε να μην οδηγηθεί η διαφορά σε διαδικασία που ίσως να μην ήθελαν τα μέρη²³⁷. Σημαντικό προς αποφυγή μελλοντικών καθυστερήσεων θα ήταν να ορίζονται ρητά τα κρατικά όργανα και εταιρίες που δεσμεύονται από την ρήτρα και σε ποιο βαθμό αυτά καθιστούν το Κράτος υπεύθυνο. Επιπρόσθετα, κατά τον ορισμό του εφαρμοστέου δικαίου πρέπει να είναι ξεκάθαρο πως εννοείται το δίκαιο του Κράτους το συγκεκριμένο χρονικό σημείο που συνάπτεται η σύμβαση, ώστε μελλοντικές νομοθετικές τροποποιήσεις από την πλευρά του Κράτους που όπως είδαμε παραπάνω είναι πολλές φορές στοχεύουν στην διαστρέβλωση της διαδικασίας, να μην επηρεάζουν την επίδικη συμφωνία²³⁸ και να αγνοούνται από το διαιτητικό όργανο.

Όσον αφορά την διαιτητική διαδικασία, έχει εκφραστεί πολλάκις η ανάγκη να επισπευτεί η διαδικασία. Έχει παρατηρηθεί πως στις περιπτώσεις που το Κράτος είναι διάδικος στην διαιτησία, η διαδικασία επιβραδύνεται συγκριτικά με τις περιπτώσεις που τα αντίδικα μέρη είναι μόνο ιδιώτες. Επιπρόσθετα, όπως εκφράστηκε και ανωτέρω, οι διαιτητές που συνήθως διορίζονται από τους Κρατικούς φορείς εμφανίζουν προβλήματα εξειδίκευσης, και να είναι ανεπαρκείς γνωστικά και άσχετοι με το αντικείμενο.

Το ουσιαστικό περιεχόμενο της διαφοράς μπορεί να εκτείνεται νομικά από τον χώρο του αστικού και εμπορικού δικαίου μέχρι και εξειδικευμένα ζητήματα τραπεζικού και χρηματοπιστωτικού περιεχομένου όπως διαφορές επί ομολόγων ή άλλων χρηματοπιστωτικών προϊόντων με αποτέλεσμα να εκλείπει η απαραίτητη εμπειρία και γνώση από τους διαιτητές που διορίζει το Κράτος. Η ανάγκη για εκπαιδευμένους και εξειδικευμένους διαιτητές είναι ζωτική

²³⁷ Πολύ ενδιαφέρουσα είναι η ανάλυση του Kopelmanas, *La procedure arbitrale dans les contrats internationaux de travaux publics* στο *“Arbitrage Commercial, Essats in Memoriam Eugenio Minoli”*, Torino, 1974, σ. 273 επ.

²³⁸ Η διαδικασία αυτή είναι γνωστή στην θεωρία ως freezing the applicable law

και σχετίζεται άμεσα και με την αποτελεσματικότητα της απόφασης που θα εκδοθεί²³⁹. Θα πρέπει να δοθεί έμφαση λοιπόν, στην ύπαρξη μιας ανεξαρτησίας των διαιτητών που εκπροσωπούν το κράτος προς χάριν της ορθής απονομής της δικαιοσύνης. Επιπλέον, όσον αφορά το ζήτημα των κρατικών επιχειρήσεων οι αρμόδιοι διαιτητές να τις μεταχειρίζονται σαν ιδιωτικές επιχειρήσεις και να μην λειτουργεί η κρατική εμπλοκή σ' αυτές ως ευμενέστερη και ειδική μεταχείριση τους.

Με την σειρά τους και τα εθνικά δίκαια δεν θα πρέπει να περιλαμβάνουν ειδικές προστατευτικές διατάξεις για την συμμετοχή των κρατικών επιχειρήσεων στην διαιτησία αλλά να αφήνουν εύφορο έδαφος για την ισότιμη μεταχείριση τους ως ιδιωτικές ώστε να μπορούν να προάγουν και αποτελεσματικά ένα φιλοεπενδυτικό κλίμα.

²³⁹ Αυτό βέβαια μπορεί να δημιουργήσει και το αντίθετο πρόβλημα πως πολλές φορές οι έμπειροι διαιτητές συντάσσουν awards υπερβολικά περίπλοκα με σκοπό να κερδίσουν ακαδημαϊκά citations προς θυσία της αποτελεσματικής αντιμετώπισης της διαφοράς, βλ. και Cremades B., “*State Participation in International Arbitration*”, Cremades Asociados Law Firm eds., 2011, σ. 15

ΕΠΙΛΟΓΟΣ – ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ

Τελικά ποιά είναι τα όρια της κρατικής κυριαρχίας και πως αυτά αλληλεπιδρούν με την ιδιωτική αυτονομία;

Αυτό το ερώτημα φυσιολογικά γεννάται μετά από την μελέτη των ποικίλων πτυχών που πλαισιώνουν την επίλυση μιας διαιτητικής διαφοράς που προκύπτει όταν το Κράτος, ένα κρατικό όργανο ή ένα νομικό πρόσωπο υπό τον έλεγχο του, έρχονται αντιμέτωπα με την ιδιωτική πλευρά. Σ' αυτές τις περιπτώσεις όπως εξετάσαμε αναλυτικά παραπάνω, τα ζητήματα που ανακύπτουν είναι ποικίλα και πυροδοτούν τόσο θεωρητικό όσο και καθαρά πρακτικό ενδιαφέρον. Χρειάζεται προσεκτική προετοιμασία προτού ένας ιδιώτης συνάψει εμπορική σύμβαση ή εκκινήσει διαιτητική διαδικασία απέναντι σε έναν κρατικό φορέα τόσο στο επίπεδο της σύνταξης της διαιτητικής ρήτηρας όσο και αναφορικά με τα ακόλουθα στάδια της διαδικασίας. Ο σύγχρονος δικηγόρος που σκοπεύει να εμπλακεί στο ευρύ και πολυδαίδαλο νομικό περιβάλλον της διεθνούς διαιτησίας θα πρέπει να γνωρίζει ενδελεχώς τα προαναφερθέντα προβλήματα και να δώσει ιδιαίτερη προσοχή στην κατασκευή της διαιτητικής ρήτηρας.

Το κράτος, από την πλευρά του είναι βέβαιο, πως στο σύγχρονο οικονομικό περιβάλλον πρέπει όχι μόνο να απομακρύνεται από ρυθμίσεις που θα αποθαρρύνουν πιθανούς επενδύτες από χρηματοδότηση έργων στην επικράτεια του αλλά και από λογικές προστατευτισμού στην νομοθεσία του. Θα πρέπει παράλληλα να διακρίνει ακόμα εμφανέστερα τα δύο πρόσωπα του, σαν άλλος Ιανός. Αυτό της κρατικής του κυρίαρχης υπόστασης και αυτό της ιδιωτικής, εμπορικής και συναλλακτικής του φύσης.

Η διαιτησία είναι πλέον μια θεσμοθετημένη πραγματικότητα, και η φύση της δεν θα πρέπει να συγγέεται με αυτήν της δικαστικής. Θα πρέπει να αναγνωρίζονται οι ιδιαιτερότητες της και το ρυθμιστικό της πλαίσιο να εξελίσσεται ολοένα και περισσότερο προς την ευελιξία, την ταχύτητα και την αποτελεσματικότητα, κριτήρια που άλλωστε οδηγούν και στην προτίμηση της, ειδάλλως, ελλοχεύει ο κίνδυνος αυτή να αποτυγχάνει να πετύχει τους σκοπούς της και να φθείρεται η υπόσταση της ως ταχεία διαφυγή από την βραδεία και καφκική δικαστηριακή διαδικασία.

Παράλληλα, φυσικά ένα κράτος που συμμετέχει σε μια τέτοια διαφορά θα πρέπει να προστατεύεται, τουλάχιστον από επίθεση στον σκληρό κρατικό πυρήνα του, με αποτέλεσμα η αντιμαχία μεταξύ κράτους και ιδιώτη επιτέλους να βρει το σημείο συνάντησης των δύο αντικρουόμενων αυτών κόσμων και να οδηγήσει σε ικανοποίηση των μερών και αποτελεσματική επίλυση των διαφορών επικερδής και για τα δύο μέρη με βάση την λογική του win win.²⁴⁰

Η διαφύλαξη των συμφερόντων και των δύο πλευρών είναι κρίσιμη και η ανάγκη προαγωγής του θεσμού της διαιτησίας κομβικής σημασίας. Ακόμα και αν οι εποχές προστατευτισμού και του δόγματος του Calvo φαντάζουν μακρινές, η κριτική που ασκείται σήμερα στα προβλήματα που πολλές φορές ανακύπτουν από την διαιτησία αναθερμαίνει το έδαφος της επιστροφής σε απαρχαιωμένες λογικές. Η καθυστέρηση των διαιτητικών διαδικασιών, είτε με ευθύνη των ίδιων των διαιτητών και των δικηγορικών εταιριών που επιθυμούν να χρεώνουν περισσότερες εργατοώρες, είτε λόγω προσκομμάτων προερχόμενων από το κράτος στην προσπάθεια του να αποφύγει την εκτέλεση εναντίον του, όπως η καθυστέρηση των διαδικασιών έρευνας και εντοπισμού των απαραίτητων εγγράφων και αποδεικτικών στοιχείων, επαναφέρουν τον διάλογο σε λογικές προστασίας των Κρατών. Ειδικά αν συνυπολογίσει κανείς το μέγεθος των συμφερόντων που διακυβεύονται σε τέτοιου είδους υποθέσεις και τις συνέπειες που έχουν στην οικονομική καθημερινότητα των Κρατών, συνδυαστικά και με τις δυσμενείς οικονομικές εξελίξεις των τελευταίων χρόνων αλλά και την αναμόρφωση του παγκόσμιου πολιτικού σκηνικού κατανοεί κανείς ότι τα κεκτημένα μιας εξέλιξης πολλών χρόνων βρίσκονται σε κίνδυνο. Χαρακτηριστικά, αναφέρεται το παράδειγμα της Βραζιλίας η οποία έχει υπογράψει αρκετές διμερείς επενδυτικές συνθήκες, χωρίς όμως να έχει συνυπογράψει καμία από αυτές και αποφεύγοντας να εμπλακεί σε διαιτησίες του ICSID. Το γεγονός αυτό καταδεικνύει πως δεν είναι απαραίτητο ένα Κράτος να συνυπογράψει τις συνθήκες αυτές προκειμένου να προσελκύσει επενδύσεις. Στις Ηνωμένες Πολιτείες της Αμερικής, το οικονομικό και κοινωνικό αντίκτυπο πολλών διαιτησιών υπό τους κανόνες της NAFTA έχει πυροδοτήσει συζητήσεις για την εισαγωγή προστατευτικών διατάξεων υπέρ του Κράτους στην εθνική νομοθεσία. Παρόμοια

²⁴⁰ Λογική που αποτελεί πλέον την νόρμα στις διεθνείς διαπραγματεύσεις και εγκαθιδρύθηκε χάρη στο βιβλίο των Fischer R./Ury W., “*Negotiating Agreements without giving in*”, Penguin eds., 5th ed., 2012, *passim*

περίπτωση είναι και αυτή της αποχώρησης της Βολιβίας από το ICSID το 2009 και την εισαγωγή προστατευτικών διατάξεων στο Σύνταγμα της.

Όλα τα παραπάνω μας οδηγούν στο συμπέρασμα πως τα όρια είναι πολύ λεπτά και πως τόσο η πλευρά του Κράτους αλλά και αυτή του ιδιώτη χρήζουν προστασίας χωρίς η μία να προσπαθεί συνεχώς να υπερκεράσει την άλλη αλλά με στόχο το διεθνές εμπόριο να οδεύει συνεχώς προς ένα ευέλικτο νομικό καθεστώς.

Άλλωστε ένας διαιτητής, δεν διαθέτει την κατά Wittgenstein ευχέρεια του φιλοσόφου που μπορεί “να μην εκφράζει ο, τι δεν είναι εκφράσιμο”²⁴¹, αλλά θα πρέπει αντιμέτωπος με φιλοσοφικά, οικονομικά και κοινωνικά ζητήματα να προβεί στην ενδελεχή μελέτη τους και στην αποτελεσματική αντιμετώπιση τους, προσπαθώντας κάθε φορά να εξισορροπήσει τα αντικρουόμενα.

²⁴¹ *“The philosopher does not occupy himself {...} by expressing the inexpressible”, Wittgenstein L., “Tractatus Logico-Philosophicus”, Dover Publications, 1998*

ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ

Ελληνικά Εγχειρίδια

- Βερβενιώτης Γ., “*Διεθνής Εμπορική Διαιτησία. I Η Σύμβαση της Νέας Υόρκης. Διμερείς Συμβάσεις.*” Αθήνα-Κομοτηνή 1990.
- Γραμματικάκη Α.Α./Παπασιώπη-Πασιά Ζ./Βασιλακάκης Ε. “*Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο*”, 4η έκδ. Αθήνα-Θεσσαλονίκη: Εκδόσεις Σάκκουλα, 2010.
- Ευρυγένης Δ., «Στοιχεία του δικαίου των διεθνών συναλλαγών και των διεθνών οικονομικών οργανώσεων», Εκδ. Π. Σακκουλα, Θεσσαλονίκη, 1976, σ. 7
- Θωμά Ι., Κεφάλαιο: Το Κράτος στη Διεθνή Συναλλαγή, στο *Δίκαιο Διεθνών Συναλλαγών*, επ. Χ. Παμπούκη, (Νομική Βιβλιοθήκη, 2009), σελ 192-217.
- Κουσούλης Ν. Σ., “*Διαιτησία, Ερμηνεία Κατ’ άρθρο*”, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα – Θεσσαλονίκη, 2004.
- Μαντάκου Π. Α., “*Η κατάρτιση της συμφωνίας διαιτησίας στην διεθνή συνδιαλλαγή*”, Εκδ. Αντ. Ν. Σακκουλα, 1998, σ.90-120.
- Παμπούκης Χ., “*Δίκαιο Διεθνών Συναλλαγών*”, Νομική Βιβλιοθήκη, 2010, 1422-1529.
- Σπηλιωτόπουλος Ε., «*Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*», Νομική Βιβλιοθήκη, 2010, σελ. 9.
- Γ. Πετρόχειλος, Η Διαιτητική Επίλυση των Διεθνών Διαφορών, στο *Δίκαιο Διεθνών Συναλλαγών*, επ. Χ. Παμπούκη, (Νομική Βιβλιοθήκη, 2009), σελ 1265-1268.
- Ρούκουνας Ε., “*Δημόσιο Διεθνές Δίκαιο*”, Νομική Βιβλιοθήκη, 2011, σ.416-425.

Ξενόγλωσσα Εγχειρίδια

- Bockstiegel K.H, “*Arbitration and State Enterprises*”. Kluwer eds., 2nd ed., 1989
- Brownlie J., “*Principles of Public International Law*”, 6th ed., Oxford ed., 2003, σ. 325-326.
- David R., “*L’Arbitrage dans le commerce international*”, Bruylant eds, 1982, σ. 217-218
- Fox S./Hazel, “*State Immunity and the NYC*”. Cambridge ed., p. 829.
- Gaillard E. and Younan J. eds., “*State Entities in International Arbitration*”, IAI Series on International Arbitration no. 4, Juris Publishing, 2008, *passim*

- Hanotiau B., “*Multiparty arbitration*”, Kluwer eds., 2008
- Pingel- Lenuzza I., “*Les Immunités des Etats en droit International*”, Bruylant eds., 1998
- Mayer P., Chapter: Extension of the Arbitration Clause to Non-Signatories under French Law, in “*Multiple Parties in International Arbitration*”, Oxford 2009, p. 189-195
- Mayer P., “*La neutralization du pouvoir normatif de l’Etat en matière de contrats d’Etat*”, Clunet, 1985
- Pamboukis Ch., “The Arbitrator as a problem solver” in “*Arbitrability: International and Comparative Perspectives*”, Mistelis L./Brekoulakis S., Wolter Kluwer eds., 2009
- Park W., Non-Signatories and International Contracts: An Arbitrator’s Dilemma, in *Multiple Parties in International Arbitration*, Oxford University Press, 2009, p. 2-3.
- Petrochilos G., Attribution, in *Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to Key Issues*, K. Yannaca-Small ed., 2010
- Petrochilos G., *Extension of the Arbitration Clause to Non-Signatory States or State Entities: Does it Raise a Difference?* chapter in *Multiparty Arbitration*, ICC Institute of World Business Law, Dossier No. VII, Hanotiau & Schwartz eds, 2010, σελ. 119-130.
- Schlosser P., “*Das Recht der Internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*”, Tubingen, 1989.
- Schreuer Ch, “*The ICSID Convention: A Commentary*”, Cambridge editions, 2011.
- Schlosser P., “*Das Recht der Internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*”, Tubingen, 1989, σ.219.
- Toope Stephan J., “*Mixed International Arbitration: Studies in Arbitration between States and Private Persons*”, Cambridge University Press, 1990, σ. 12-22.
- Yannaca-Small K., “Definition of Investment An open-ended search for a balanced approach”, in *Arbitration under international investment agreements; a guide to the key issues*, Yannaca-Small K. eds.
- Yuval S., “*The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*”, Oxford eds., 2004.

Ελληνική νομική αρθρογραφία

- Δημολιτσά Α.Κ., “Διαιτητικές Συμφωνίες και Ξένες Επενδύσεις”, Νομικό Βήμα, 2011, σ. 245
- Κούρτης Δ., «Διεθνής Διαιτησία, Σχολιασμός του άρθρου 16 Π.Ν. 4110/2003», νομική εφημερίδα curia. gr
- Παμπούκης Χ., «Παρατηρήσεις στην ΑΠ 8/1996», ΕπισκεΕΔ (1997), σελ 95.

Ξένη νομική αρθρογραφία

- Bernardini P., “The role of the international arbitrator”, Arbitration International, Vol. 20, n.2, 2004, σ. 252
- Bockstiegel K.H., “Commercial and Investment Arbitration: How Different are they Today?” 28th Arbitration International, 2010.
- Corrie C., *Challenges in International Arbitration for Non-Signatories*, in Comparative Law Yearbook of International Business (2007) σελ 45-74.
- Cremades B., “State Participation in International Arbitration”, Cremades Asociados Law Firm eds., 2011
- Domke M., “Government Immunity in Foreign Trade”, *Hommage a Frederick Eisemann*, Paris 1978, σ. 44
- Dugan C./ Berger J., “Enforcement against Assets of State-Owned Companies” in Bishop R., “*Enforcement of Arbitral Awards against Sovereigns*”, Huntington, New York, JurisNet LLC, 2009, 185-22
- Fouchard P., “Les Rapports entre L’ Arbitre et les Parties et le Institution Arbitrale”, Bulletin de la Cour International d’ arbitrage, 1995, 12, σ. 16
- Fouchard/Gaillard/Goldman, “*International Commercial Arbitration*”, Gaillard & Savage eds, (1999), σ. 290
- Hanotiau B., *The Issue of Non-Signatory States*, 23 The American Review of International Arbitration, 2012, σ. 379-405.
- Higgins, “*The Death Throes of Absolute Immunity*”, 1979, AJIL, 73, σ. 465

- Hofmeyr C., “*The consent of a state to international arbitration*”, Lexology, 2016, διαθέσιμο στην διεύθυνση : {<https://www.kluwerarbitration.com/the-consent-of-a-state-to-international-arbitration-must-be-clear-and-unambiguous-and-may-not-be-assumed.html>}. Τελευταία επίσκεψη: 12/11/2016.
- Johnson L., “*Annulment of ICSID Awards, Recent developments*”, Background Papers, New Dehli, 2010.
- Kopelmanas, La procedure arbitrale dans les contrats internationaux de travaux publics στο “*Arbitrage Commercial, Essats in Memoriam Eugenio Minoli*”, Torino, 1974, σ. 273 επ.
- LaLive P., “*Transnational (or truly International) Public Policy and Arbitration*”, ICCA Congress, series no 3, New York, 1986
- Marasinghe L., “*The Modern Law of Sovereign Immunity*”, Modern Law Rev., 54 (5), 1991, σ. 664
- Movesian j., “*International Commercial Arbitration and International Courts*”, 18 Duke, J. Comp. & Int’L 423, 2008, σ. 423
- Paulsson J., “*May a state invoke its internal law to repudiate consent to International Arbitration*”, Arb. Int. Vo. 2, 1986, σ. 90
- Petrocheilos G.C., “*Enforcing Awards annulled in their state of Origin under the NYC*”, International and Comparative Law Quarterly”, τ. 48, σ. 859.
- Sharma R., “*Enforcement of Arbitral Awards and Defense of Sovereignty: The Crouching Tiger and the Hidden Dragon*”, Lapland law Review, Issue 1, 2011.
- Stoehr J., *A Question of Sovereignty, Development, and Natural Resources: A New Standard for Binding Third Party Nonsignatory Governments to Arbitration*, in 66 Washington & Lee Legal Review (2009), σ. 1409-1446.
- Van Harten G., “*The public – private distinction in International Arbitration*”, LSE int. Law Journal, 2014, 321, σ. 235
- Vargas G.S., “*Defining a Sovereign for Immunity Purposes: Proposals to Amend the International Law Association Draft Convention*”, Harvard Int. Law Journal, 26, 1983, σ. 103

Άλλες πηγές

- Busari F., “*Sovereign Immunity and enforcement of arbitral awards*”, Tulane University law school, LL.M essay, 2013
- Blessing M., “*Extension of an Arbitration Clause to Non-Signatories (Third Parties)*”, Minutes from seminar Kiev Arbitration Days, 14-15 Nov. 2013, available at http://uba.ua/documents/doc/mark_blessing_1.pdf (τελευταία επίσκεψη 2.1.2016)

Ιστοσελίδες

- Διαδικτυακή εγκυκλοπαίδεια *Investopedia*, <http://www.investopedia.com>
- EUR-Lex Το δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html>
- Διαδικτυακό database νομικών εγχειριδίων, αποφάσεων και αρθρογραφίας HEIN Online, <http://home.heinonline.org/>
- ΝΟΜΟΣ (πρόσβαση μόνο σε συνδρομητές), <https://lawdb.intrasoftnet.com/>
- Διαδικτυακή σελίδα νομικών πληροφοριών σχετικά με την διαιτησία, <http://www.kluwarbitration.com/>
- Διαδικτυακή σελίδα Conflict of Laws, <http://conflictoflaws.net/>