

§ 10. Η διαιτητική πραγματογνωμοσύνη ως εναλλακτικός μηχανισμός επίλυσης διαφορών Το παράδειγμα των ενεργειακών και κατασκευαστικών διαφορών

Γρηγόρης Πελεκάνος*

Η διαιτητική πραγματογνωμοσύνη¹ δεν είναι ένας ιδιαίτερα γνωστός μηχανισμός εναλλακτικής επίλυσης διαφορών. Μολονότι η έννοια και η νομική φύση της διαιτητικής πραγματογνωμοσύνης δεν ρυθμίζεται στον ΚΠολΔ, εντούτοις η συγκεκριμένη μέθοδος προβλέπεται ως δυνατότητα σε μία σειρά από επιμέρους διατάξεις του². Ως διαιτητική πραγματογνωμοσύνη μπορεί να οριστεί η ανάθεση από τα συμβαλλόμενα μέρη σε ένα ή περισσότερα πρόσωπα, εξαιτίας των ειδικών γνώσεων που διαθέτουν, της κατά τρόπο δεσμευτικό εξακρίβωσης ορισμένων αμφισβητούμενων πραγματικών περιστατικών, σύμφωνα με τους κανόνες της επιστήμης ή τεχνικής.

Σαφώς, η διαιτητική πραγματογνωμοσύνη αντιπαραβάλλεται, αλλά και παρουσιάζει εκλεκτικές συγγένειες, με τους δύο πιο διαδεδομένους στην πράξη θεσμούς εναλλακτικής επίλυσης διαφορών, τη διαμεσολάβηση και διαιτησία. Η μεν πρώτη μπορεί να διευθετήσει και να επιλύσει κάθε λογής *διαφωνίες* (*mere disputes*) πριν αυτές καταστούν *νομικές διαφορές* (*conflicts/adversarial disputes*), η δε δεύτερη καθιερώνει διάφορη, πλην όμως παράλληλη και κατ' αποτέλεσμα ισοδύναμη δίοδο παροχής έννομης προστασίας προς αυτήν των τακτικών δικαστηρίων, με άλλα λόγια επιλύει *αμιγώς νομικές διαφορές*.

Με δεδομένη τη σαφή αυτή οριοθέτηση μεταξύ των εννοιών, της διαφωνίας και της νομικής διαφοράς, αποτελεί βασική παραδοχή ότι η κατάλληλη θέση του

* Ευχαριστίες προήκουν για τη συνεισφορά τους στην παρούσα συμβολή στην κα. Βασιλική Στάθη, Ασκούμενη δικηγόρο στην ΑΕΔΕ «Μπάλλας, Πελεκάνος και Συνεργάτες», καθώς και στον κ. Διονύση Φωτόπουλο, Φοιτητή, Νομική Σχολή ΕΚΠΑ – Συνεργάτη στην ΑΕΔΕ «Μπάλλας, Πελεκάνος και Συνεργάτες».

1. Ο όρος χρησιμοποιείται εναλλακτικά με τον όρο «τεχνική πραγματογνωμοσύνη». Για τους σκοπούς του παρόντος άρθρου θα προτιμηθεί ο όρος «διαιτητική πραγματογνωμοσύνη». Στο αγγλοσαξωνικό δίκαιο παρεμφερής θεσμός είναι και το «quality arbitration», που χρησιμοποιείται όταν η διαφωνία αφορά μόνο «πραγματικά περιστατικά»: «where the dispute concerns only facts, e.g. whether the goods are of the stipulated quality or description... arbitration offers overwhelming advantages over litigation. Most of these quality arbitrations, particularly those organized under the rules of the great trade associations are expeditiously and cheaply disposed of and it happens rarely that a dispute arising from them is later taken to court» βλ. Schmitthoff, *Export Trade*, 1953, σελ. 326, (1995), σελ. 648. Ο ορισμός αναδεικνύει και τη διαφορά μεταξύ διαιτητικής πραγματογνωμοσύνης και quality arbitration συνισταμένη και στη δεσμευτικότητα της απόφασης.

2. Βλ. ειδικότερα το άρθρο 16 περ. 11, το άρθρο 677 περ. 3 και το άρθρο 678 παρ. 3 ΚΠολΔ.

μηχανισμού της διαιτητικής πραγματογνωμοσύνης βρίσκεται σε χρόνο προγενέστερο της διαμεσολάβησης και τη διαιτησία, χωρίς τούτο να αποκλείει τη χρήση της κατόπιν συμφωνίας των μερών στο πλαίσιο τέτοιου είδους διαδικασιών. Υπό το πρίσμα αυτής της αλληλουχίας, η οποία ξεκινά από την έναρξη μίας διαφωνίας και καταλήγει στην αποκρυστάλλωσή της σε νομική διαφορά, θα καταδειχθεί ακολούθως η διαφορετική στόχευση της διαιτητικής πραγματογνωμοσύνης από τις άλλες δύο μορφές εξωδικαστικής επίλυσης διαφορών, παράλληλα δε θα οριοθετηθεί η έννοιά της, προκειμένου να δοθεί στη συνέχεια έμφαση στην εγγενή δυναμική του μηχανισμού αυτού επί μακροχρόνιων έργων στον τομέα της ενέργειας και των κατασκευών, ειδικά δε με βάση την υφιστάμενη εμπειρία επίλυσης διαφωνιών/διαφορών από μελέτες περίπτωσης (*case studies*) στους εν λόγω τομείς.

Ι. Η λειτουργία της διαιτητικής πραγματογνωμοσύνης

Έχοντας υπόψιν τα ανωτέρω, ειδικά δε τη στόχευση των δύο θεσμών, δέον είναι να διαπιστωθεί αν η διαιτητική πραγματογνωμοσύνη, ως δεσμευτικός μηχανισμός επίλυσης διαφωνιών επί πραγματικών περιστατικών, μπορεί να βοηθήσει τόσο πριν όσο και κατά τη διάρκεια της διαμεσολάβησης ή διαιτησίας. Και τούτο διότι η φύση του εν λόγω θεσμού, ως δεσμευτική κρίση περιοριζόμενη στη διακρίβωση πραγματικών περιστατικών, κυρίως τεχνικού χαρακτήρα, δύναται να του προσδώσει μια ιδιαίτερη θέση στην αλληλουχία και δυναμική της διαμεσολάβησης/διαιτησίας.

1. Η στόχευση της διαμεσολάβησης και της διαιτησίας

Η διαμεσολάβηση, όπως έχει αναλυθεί ήδη, είναι αποδεσμευμένη από νομικούς κανόνες (*delegalized*) και αυστηρούς δικονομικούς τύπους (*deformalized*). Σύμφωνα με το γράμμα της διάταξης του άρθρου 2 του Ν. 4640/2019 ναι μεν επιλύονται μέσω διαμεσολάβησης ιδιωτικές διαφορές (αστικές και εμπορικές), ωστόσο μία διασταλτική ερμηνεία επιτρέπει και την υπαγωγή οποιασδήποτε αβεβαιότητας ή φιλονικίας – με άλλα λόγια διαφωνίας – ορισμένης έννομης σχέσης³. Η ερμηνευτική αυτή προσέγγιση φαίνεται να είναι επιβεβλημένη τόσο υπό το πρίσμα της συνεκτίμησης έξω-νομικών στοιχείων στο πλαίσιο της διαμεσολάβησης, εφόσον άπτονται των συμφερόντων των μερών⁴, καθώς δεν ακολουθούνται αποκλειστικά και μόνο νομικοί κανόνες για την επίτευξη των βέλτιστων λύσεων, όσο και υπό την ευρύτερη έννοια του όρου υπόθεση στον ελληνικό νόμο, αλλά και στην ενωσιακή Οδηγία για τη διαμεσολάβηση⁵.

Τα ανωτέρω καθιστούν καθόλα αντιληπτό ότι βασικό –μεταξύ άλλων– πλεονε-

3. Θεοχάρης (2015), σελ. 143.

4. Berger, Integration of Mediation Elements into Arbitration. 'Hybrid' Procedures and 'Intuitive' Mediation by International Arbitrators, Arb. Int'l 2009, 391. Kumberg/Lack/Leathes, Enabling Early Settlement in Investor-State Arbitration: The Time to Introduce Mediation Has Come, ICSID Review 2014, 5.

5. Χριστοδούλου, Η Οδηγία 2008/52 για τη διαμεσολάβηση στις ιδιωτικές διαφορές, ΝοΒ 2010, 298.

κλήμα της διαμεσολάβησης είναι η πρόληψη διαφορών, καθώς και η κατασταλτική φιλική διευθέτησή τους ελλείψει δικαιοδοτικής κρίσης κρατικού δικαστή ή ιδιώτη διαιτητή. Επομένως, η διαδικασία της διαμεσολάβησης μπορεί να ξεκινήσει πριν ακόμα μία διαφωνία μεταξύ των μερών εξελιχθεί σε διαφορά, με την έννοια των διαφορών υπαγόμενων στα τακτικά ή διαιτητικά δικαστήρια, με άλλα λόγια προτού η αρχική διαφωνία προσλάβει τον χαρακτήρα αντιδικίας⁶. Αλλά και στην περίπτωση που η διαφορά έχει αποκρυσταλλωθεί, η διαμεσολάβηση μπορεί να λειτουργήσει ευεργετικά για την αποτροπή της κλιμάκωσής της, στο πλαίσιο της αναζήτησης λύσεων εστιασμένων στη μελλοντική σχέση των μερών –δυνατότητα ιδιαίτερα επωφελής σε μακροχρόνια επενδυτικά έργα– και όχι στην αποκλειστική αναζήτηση ευθυνών από δικαιώματα του παρελθόντος⁷.

Από την άλλη πλευρά, η εξωδικαστική επίλυση μιας νομικής διαφοράς μέσα από την επιλογή του θεσμού της διαιτησίας, γίνεται συνήθως αντιληπτή ως «ανταγωνιστικό αντίβαρο» στην κρατική απονομή της δικαιοσύνης. Να σημειωθεί επιγραμματικά ότι θεμελιώδης προϋπόθεση της διαιτησίας είναι η διαφορά, δηλαδή η αντικειμενική απόκλιση δικαιοδότησης και πραγματικού όντος⁸. Έτσι, στον ΚΠολΔ ορίζεται ρητά ότι «Διαφορές ιδιωτικού δικαίου μπορούν να υπαχθούν σε διαιτησία με συμφωνία, αν εκείνοι που τη συνομολογούν έχουν την εξουσία να διαθέτουν ελεύθερα το αντικείμενο της διαφοράς» (άρθρο 867). Μείζονος σημασίας είναι το γεγονός ότι η διαιτητική απόφαση παράγει αφενός μεν δεσμευτικό δεδικασμένο για τα αντίδικα μέρη⁹, αφετέρου δε συγκαταλέγεται μεταξύ των εκτελεστών τίτλων κατά τις σχετικές διατάξεις του ΚΠολΔ¹⁰. Επομένως, δεν αποτελεί ούτε αποδεικτικό μέσο ούτε γνωμοδότηση, καθώς η διαιτητική απόφαση τέμνει οριστικά και τελεσίδικα τη διαφορά.

Οι ιδιώτες αναλογιζόμενοι την αργόσυρτη και πολυετή διαδικασία ενώπιον των τακτικών δικαστηρίων διαθέτουν το αντικείμενο της ιδιωτικής τους διαφοράς, ενεστώσας ή μέλλουσας, σε διαιτητές. Η στόχευση τους έγκειται αφενός μεν στη διασφάλιση μίας άμεσης και ταχείας δικαιοδοτικής κρίσης, σε έναν και μοναδικό βαθμό δικαιοδοσίας, αφετέρου δε στην επιλογή προσώπων που κατά την κρίση τους θα είναι αμερόληπτα και εξειδικευμένα στο εκάστοτε αντικείμενο, ιδίως σε διαδικασίες επενδυτικής και εμπορικής διεθνούς διαιτησίας.

Δεν πρέπει ωστόσο να παροράται ότι στην πρακτική εφαρμογή της διαιτησίας, οι προσδοκίες αυτές συχνά διαψεύδονται. Τα διαιτητικά δικαστήρια πολλές φορές χρειάζονται χρόνια για να διενεργήσουν αποδεικτικές διαδικασίες, αυτοψίες ή πραγματογνωμοσύνες σε τρίτους, προκειμένου να φτάσουν στην έκδοση της τελικής τους απόφασης, ενώ οι αποφάσεις τους συνήθως προσβάλλονται με αγωγές ακύρωσης ενώπιον των τακτικών δικαστηρίων της «έδρας» του διαιτητικού δικαστηρίου. Με τον τρόπο αυτό, η εμπλοκή της κρατικής δικαιοδοσίας καθίσταται αναπόφευκτη

6. Kumberg/Lack/Leathes (2014), σελ. 3.

7. Kumberg/Lack/Leathes (2014), σελ. 3.

8. Κεραμεύς, Αστικό Δικονομικό Δίκαιο, 1986, σελ. 121.

9. Υπό τις απαιτήσεις του άρθρου 896 ΚΠολΔ.

10. Βλ. σχετικά το άρθρο 904 παρ. 2 περ. β' ΚΠολΔ.

και χρονοβόρα, ενώ ο ίδιος ο θεσμός της διαιτησίας φαίνεται να έχει αναπτύξει «τύπους» και «διαδικασίες» που προσιδιάζουν ολοένα και περισσότερο στην προσφυγή στα τακτικά δικαστήρια (*judicialization of Arbitration*)¹¹, θέτοντας σε αμφισβήτηση τον «πυρήνα» και την προαναφερόμενη στόχευσή του.

2. Η έννοια της διαιτητικής πραγματογνωμοσύνης εν συντομία

Η διαιτητική πραγματογνωμοσύνη είναι ένα αποδεικτικό μέσο, προβλεφθέν στο πλαίσιο της ελευθερίας των συμβάσεων (361 ΑΚ), το οποίο αναπτύσσει δεσμευτικό χαρακτήρα επί τη βάσει σχετικής συμφωνίας των συμβαλλομένων μερών¹². Η κρίση του διαιτητή πραγματογνώμονα, όπως επισημάνθηκε, είναι μία κρίση αμιγώς περί τα πραγματικά περιστατικά με αποδεικτική αξία, αναφέρεται δε αποκλειστικά στην ελάχιστοα πρόταση του δικανικού συλλογισμού¹³. Αποτελεί «πλήρη απόδειξη» και δεσμεύει το δικαστήριο, που φυσικά πρέπει να την λάβει υπόψη του, μαζί με τις λοιπές αποδείξεις και ισχυρισμούς των μερών, εκτός αν κρίνει ότι η οικονομική σύμβαση της διαιτητικής πραγματογνωμοσύνης είναι άκυρη για κάποιον λόγο ή αγνοεί διδάγματα της κοινής πείρας, άλλα αποδεδειγμένα πράγματα, πράγματα γνωστά στο δικαστήριο από άλλη ενέργειά του κ.λπ.¹⁴.

Τα πραγματικά περιστατικά, την ύπαρξη ή μη των οποίων θα κληθεί να διαπιστώσει ο διαιτητής πραγματογνώμονας, είναι κρίσιμα με την έννοια ότι αποτελούν αφηρημένες προϋποθέσεις της νομοτυπικής μορφής του εκάστοτε εφαρμοστέου κανόνα δικαίου¹⁵. Ως εκ τούτου, η διάγνωση της συνδρομής τους είναι κεφαλαιώδους σημασίας για την πραγμάτωση των δικαιωμάτων και των υποχρεώσεων των μερών. Το δικαιοδοτούν όργανο που τυχόν θα επιληφθεί της διαφοράς, είτε αυτό είναι τακτικό δικαστήριο είτε διαιτητικό, δεσμεύεται και οφείλει να τα θέσει ως βάση της όποιας απόφασής του, δηλαδή να εντάξει τη δεσμευτική κρίση του διαιτητή πραγματογνώμονα στον δικανικό συλλογισμό¹⁶.

Η πληρέστερη όμως κατανόηση του θεσμού της διαιτητικής πραγματογνωμοσύνης, η οποία είναι απαραίτητη για την ένταξη του στην αλληλουχία διαδικασιών *Med-Arb*, προϋποθέτει τη σαφή οριοθέτησή του από τους λοιπούς συγγενείς θεσμούς, με τους οποίους κατά κοινή παραδοχή συχνά συγχέεται: τον προσδιορισμό αόριστης παροχής από τρίτον, τη διαιτησία και τη δικαστική πραγματογνωμοσύνη¹⁷.

11. *Berger*, *Arb. Int'l* 2003, 388.

12. Κατ' εξαίρεση των καταρχήν ισχυόντων περί ελεύθερης εκτίμησης των αποδείξεων (340 ΚΠολΔ)· βλ. *Κουσουύλη*, Περί της διαιτητικής πραγματογνωμοσύνης, ΧρΙΔ 2007, 481 επ.

13. *Βερβενιώτης*, *Διαιτητική Πραγματογνωμοσύνη*, ΧρΙΔ 2007, 481 επ.

14. *Φουσοτούκος*, *Η συμφωνία (διαιτητικής;) πραγματογνωμοσύνης*, ΕλλΔνη 1997, 1730-1736.

15. *Παπαστάθης*, *Διαιτητική Πραγματογνωμοσύνη: Έννοια και ερμηνεία*, Αρμ. 2019, 459· *Φουσοτούκος*, ΕλλΔνη 1997, 1730-1736.

16. *Κουσουύλης*, ΧρΙΔ 2007, 481 επ· ΑΠ 957/1997, ΝΟΜΟΣ.

17. *Παπαστάθης*, Αρμ. 2019, 459 επ· *Φουσοτούκος*, ΕλλΔνη 1997, 1730-1736. Για μια αναλυτική επισκόπηση των σχετικών διακρίσεων, βλ. *Βερβενιώτη* (1981), σελ. 40-72 και σελ. 124-153.

3. Η διαιτητική πραγματογνωμοσύνη και ο προσδιορισμός αόριστης παροχής από τρίτον

Κατά το περιεχόμενο του άρθρου 371 ΑΚ, ο τρίτος αναλαμβάνει ως έργο την άρση της αοριστίας είτε ως προς την οφειλόμενη συμβατική παροχή αυτή καθ' αυτή είτε ως προς τις περιστάσεις εκπλήρωσής της¹⁸. Με άλλα λόγια, ο τρίτος καθορίζει πρωτογενώς το περιεχόμενο ή την έκταση της ίδιας της ουσιαστικής υποχρέωσης, διαπλάθει δηλαδή κατά τρόπο συμπληρωματικό προς τη βούληση των μερών τη συμβατική σχέση¹⁹.

Στον αντίποδα, σημείο εκκίνησης των διαιτητών πραγματογνωμόνων είναι μία ήδη πρωτογενώς προσδιορισμένη από τα μέρη ή από τρίτον παροχή. Έτσι, οι διαιτητές πραγματογνώμονες καλούνται να κρίνουν αποφασιστικά τη συνδρομή ή μη του κρίσιμου πραγματικού υλικού (πραγματικών περιστατικών), το οποίο θα προσδιορίσει περαιτέρω το περιεχόμενο της παροχής κατά έμμεσο τρόπο²⁰.

Συνεπώς, η διαιτητική πραγματογνωμοσύνη έχει χαρακτήρα βεβαιωτικό και επενεργεί στο δικονομικό πεδίο της απόδειξης, ενώ αντιθέτως ο προσδιορισμός αόριστης παροχής από τρίτον κατά το άρθρο 371 ΑΚ έχει χαρακτήρα διαπλαστικό και επενεργεί καθοριστικά και πρωτογενώς στο πλέγμα δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των μερών.

4. Η διαιτητική και δικαστική πραγματογνωμοσύνη

Η διαιτητική και η δικαστική πραγματογνωμοσύνη επιτελούν την ίδια στόχευση – σε αμφότερες τις περιπτώσεις ένα τρίτο πρόσωπο προσφέρει εξειδικευμένες γνώσεις που δεν τις διαθέτει το ίδιο το δικαστήριο, βοηθώντας με τον τρόπο αυτό στην επίλυση εξειδικευμένων θεμάτων²¹. Ωστόσο, κατά τα λοιπά, η διαφοροποίηση είναι σημαντική.

Καταρχάς, η διαιτητική πραγματογνωμοσύνη βασίζεται σε σύμβαση, ενώ η δικαστική πραγματογνωμοσύνη σε δικαστική απόφαση ή καταχώρηση στα πρακτικά της συνεδρίασης, ανεξαρτήτως αιτήματος του διαδίκου. Περαιτέρω, το πόρισμα των διαιτητών πραγματογνωμόνων που θα εξαχθεί από την ανωτέρω αξιολόγηση είναι δεσμευτικό για τη δημιουργία της κρίσης του δικαστή, σε αντίθεση με το πόρισμα των δικαστικών πραγματογνωμόνων που εκτιμάται ελεύθερα από το δικαστήριο²². Σημειωτέον, οι διαιτητές πραγματογνώμονες συνδέονται με τα μέρη με σχέση ιδιωτικού δικαίου, ενώ οι δικαστικοί πραγματογνώμονες με σχέση δημόσιου δικαίου, επιτελώντας δημόσιο λειτουργήμα²³.

18. Γεωργιάδης Α., *Ενοχικό Δίκαιο: Γενικό Μέρος*, 2015, σελ. 89-98.

19. Παπαστάθης, *Αρμ.* 2019, 459 επ· Κουσουλής, *ΧρΙΔ* 2007, 481 επ· Βερβενιώτης (1981), σελ. 55.

20. Παπαστάθης, *Αρμ.* 2019, 459 επ.

21. Βερβενιώτης (1981), σελ. 124-127.

22. Βερβενιώτης (1981), σελ. 124-127.

23. Χατζηγιαννάκος, *Η δικαστική Πραγματογνωμοσύνη κατά τον ΚΠολΔ*, 2020, σελ. 17-18· Φουστόκος, *ΕλλΔνη* 1997, 1730-1736.

5. Η διαιτητική πραγματογνωμοσύνη και διαιτησία

Όπως προαναφέρθηκε, με τη διαιτησία, ως γνήσιο δικαιοδοτικό μηχανισμό επιλύονται σύμφωνα με το άρθρο 867 εδ. α' ΚΠολΔ «διαφορές», διαγιγνώσκονται δηλαδή καταρχήν δικαιώματα και υποχρεώσεις δευτερογενώς, έπειτα από παραβίαση πρωτογενώς ανειλημμένων υποχρεώσεων²⁴. Υπό το πρίσμα αυτό, το ασφαλέστερο κριτήριο διάκρισης μεταξύ των δύο θεσμών είναι το είδος του ανατιθέμενου στον τρίτο έργου²⁵. Πολύ απλά μπορεί να ειπωθεί ότι οποτεδήποτε οι αρμοδιότητες του διαιτητή είναι ανάλογες με εκείνες πολιτειακού δικαστή, τότε έχουμε να κάνουμε με διαιτησία, ενώ σε κάθε άλλη περίπτωση, αν δηλαδή αυτές υπολείπονται²⁶, έχουμε να κάνουμε με διαιτητική πραγματογνωμοσύνη²⁷.

Η διαιτησία διαφέρει όμως και ως προς το είδος και την έκταση του δυνατού ελέγχου της απόφασης του τρίτου από τα τακτικά δικαστήρια²⁸. Συγκεκριμένα, η εκδοθείσα απόφαση διαιτητικού δικαστηρίου αναπτύσσει ισοσθενές δεδικασμένο με τη δικαστική απόφαση και μπορεί να ανατραπεί μόνο για τους περιοριστικά αναφερόμενους λόγους στο άρθρο 897 ΚΠολΔ²⁹. Τούτο έρχεται σε πλήρη αντίθεση με τα ισχύοντα επί διαιτητικής πραγματογνωμοσύνης, όπου το πόρισμα των διαιτητών πραγματογνωμόνων μπορεί να προσβληθεί απεριόριστα στα τακτικά δικαστήρια. Στην τελευταία αυτή περίπτωση το αίτημα του διαδίκου αφορά στην απαλλαγή του επιληφθέντος δικαστηρίου από τη δεσμευτικότητα του πορίσματος των διαιτητών πραγματογνωμόνων³⁰.

II. Το παράδειγμα των ενεργειακών διαφορών

Μια «κλασική» περίπτωση μέσα από την οποία αναδεικνύεται εναργώς ο θεσμός και η λειτουργία της διαιτητικής πραγματογνωμοσύνης, είναι εκείνη της αναπροσαρμογής των τιμών σε συμβάσεις φυσικού αερίου. Και τούτο διότι στις περιπτώσεις αυτές δεν έχουμε να κάνουμε με ένα αμιγώς νομικό ζήτημα, αλλά με ένα εξόχως τεχνικό-οικονομικό, στο οποίο εμπλέκονται και άλλες επιστήμες, όπως τα οικονομικά και τα μαθηματικά με ειδικές εφαρμογές στα χρηματοοικονομικά.

24. Κουσουύλης, ΧρΙΔ 2007, 481 επ.

25. Παπαστάθης, Αρμ. 2019, 459 επ. Όπως επισημάνθηκε, αντικείμενο της διαιτησίας είναι η υπό την έννοια του άρθρου 867 ΚΠολΔ επίλυση ιδιωτικού δικαίου διαφορών και η ακόλουθη διάγνωση εννόμων συνεπειών, ο δε διαιτητής προβαίνει στην υπαγωγή των αποδεικνυόμενων πραγματικών περιστατικών σε κανόνες δικαίου. Έτσι, υποκαθίσταται επί τη βάσει συμφωνίας των μερών ο τακτικός δικαστή στο δικαιοδοτικό του έργο.

26. Αυτό επί παραδείγματι συμβαίνει όταν το ανατιθέμενο έργο στον τρίτο οριοθετείται είτε σε μεμονωμένα στοιχεία της έννομης σχέσης είτε σε άλλα πραγματικά περιστατικά ή γεγονότα που ασκούν επιρροή επί της ιδιωτικού δικαίου διαφοράς.

27. Παπαστάθης, Αρμ. 2019, 459 επ.

28. Βερβενιώτης (1981), σελ. 127.

29. Επί παραδείγματι, για ακυρότητα ή λήξη ισχύος διαιτητικής ρήτηρας, αντίθεση στη δημόσια τάξη ή στα χρηστά ήθη, συνδρομή λόγου αναψηλάφησης κτλ.

30. Παπαστάθης, Αρμ. 2019, 459 επ.

1. Οι ρήτρες αναπροσαρμογής τιμήματος πώλησης αερίου

Να επισημανθεί εισαγωγικά ότι πάγια πρακτική στις μακροχρόνιες συμβάσεις πώλησης φυσικού αερίου (*long-term gas supply agreements*) –διάρκειας συνήθως 10 έως 25 χρόνων– μεταξύ προμηθευτή και αγοραστή, είναι η ενσωμάτωση μηχανισμών αναπροσαρμογής της τιμής φυσικού αερίου. Στο πλαίσιο αυτό, ο συμβατικός καθορισμός της τιμής πώλησης του φυσικού αερίου αφενός, και η αντιστοίχισή του με τα πραγματικά δεδομένα της αγοράς σε βάθος χρόνου αφετέρου, είναι οικονομικά το πλέον σημαντικό στοιχείο της σύμβασης προμήθειας. Τα αντισυμβαλλόμενα μέρη συνδέουν παραδοσιακά μερικώς ή ολικώς τη συμβατική τιμή πώλησης του αερίου με την αγοραία τιμή άλλων ανταγωνιστικών καυσίμων, όπως το πετρέλαιο ή ο άνθρακας, πρακτική που υπήρξε κρατούσα ήδη από τη δεκαετία του 1970-1980³¹. Όμως, στη σύγχρονη πρακτική, οι μακροχρόνιες συμβάσεις προμήθειας φυσικού αερίου που συνδέουν την τιμή του φυσικού αερίου με την τιμή του πετρελαίου συνηθίζονται στην Ηπειρωτική Ευρώπη και στην Ασία. Αντίθετα, στις ΗΠΑ και το Ηνωμένο Βασίλειο οι τιμές συνδέονται με συγκεκριμένες αγορές (*hub prices*) που προσαρμόζονται στις τιμές της αγοράς, πρακτική που αποτελεί απότοκο της φιλελευθεροποίησης των αγορών φυσικού αερίου κατά την τελευταία δεκαετία³². Εξαιτίας δε της διαφάνειας των δημοσιευόμενων αυτών τιμών, δεν απαιτούνται διαδικασίες αναθεώρησης τιμών, όπως συμβαίνει επί σύνδεσης της πώλησης του φυσικού αερίου με τις τιμές πώλησης του πετρελαίου.

Η ανωτέρω επικρατούσα σε Ηπειρωτική Ευρώπη και Ασία σύνδεση έχει ως αποτέλεσμα την αδυναμία αυτόματης αναπροσαρμογής της τιμής πώλησης του αερίου στις πραγματικές αγοραίες τιμές και καλλιεργεί επομένως την αναντιστοιχία μεταξύ συμβατικών και αγοραίων τιμών, η οποία οδήγησε στην εμφάνιση των λεγόμενων ρητρών αναπροσαρμογής τιμής πώλησης αερίου (*gas price review clauses*). Με αυτές τα μέρη αποσκοπούν να διευθετήσουν τη διαφορά τους περί την «αρμόζουσα» τιμή πώλησης, αποσκοπώντας προφανώς στη συνέχιση και εκπλήρωση των συμβατικών τους υποχρεώσεων.

Να επισημανθεί ότι τα *gas price review clauses* παρουσιάζουν σημαντική ποικιλομορφία ως προς περιεχόμενό τους, καθώς άλλοτε οι όροι αυτοί προβλέπουν τη σύσταση επιτροπής ειδικών που θα εκδώσει ένα μη δεσμευτικό πόρισμα, άλλοτε επιτροπής ειδικών που θα εκδώσει δεσμευτικό πόρισμα, ενώ άλλοτε ο προσδιορισμός της τιμής θα αποτελεί το αντικείμενο θεσμικής διαιτησίας και θα συνοδεύεται από καταψηφιστικό αίτημα για το παρελθόν και καθορισμό της τιμής για το

31. *Khanna*, Gas Price Review Disputes: Key Insights for a Successful Resolution, σε: Rowley (επιμ.) *The Guide to Energy Arbitrations*, Global Arbitration Review, 2020, σελ. 184· *Loferice*, Gas Price Review Arbitrations, σε: Rowley (επιμ.) *The Guide to Energy Arbitrations*, Global Arbitration Review, 2020, σελ. 194· *Konoplyanik*, Russian Gas to Europe: From Long-Term Contracts, On-Border Trade and Destination Clauses to ... ?. *JERL* 2005, 287.

32. Βλ. ανωτ. υποσημ. 31.

μέλλον³³. Πάντως, οι εν λόγω συμβάσεις επιτρέπουν την αναθεώρηση μόνο ανά τακτά χρονικά διαστήματα (συνήθως κάθε 3 με 4 χρόνια), ενώ η πλειονότητα των αναθεωρήσεων δεν αφορά σε νομικά ζητήματα ή νομικές ερμηνείες, αλλά σε συγκεκριμένα εμπορικά θέματα που πρέπει να αποδειχθούν, προκειμένου να υπάρξει αναθεώρηση της τιμής.

2. Η χρήση της διαιτητικής πραγματογνωμοσύνης

Οι προαναφερθείσες ιδιαιτερότητες θέτουν τη διαιτητική πραγματογνωμοσύνη στο επίκεντρο της επίλυσης τέτοιου είδους τεχνικών διαφωνιών. Όπως εύστοχα έχει επισημανθεί, η παραπομπή στη διαιτητική πραγματογνωμοσύνη συνιστά ένα στάδιο προδικασίας μεταξύ της απόπειρας διευθέτησης της διαφοράς –μάλλον διαφωνίας– και της οριστικής εκδίκασης της διαφοράς³⁴.

Η διαδικασία που γενικά εφαρμόζεται αποτελείται από τα εξής τέσσερα στάδια: α) κρίση περί του αν πράγματι άλλαξαν οι εμπορικές συνθήκες στη διάρκεια της σχετικής περιόδου αναθεώρησης στη σχετική αγορά, β) κρίση περί του αν οι αλλαγές αυτές έχουν διαρκή και όχι προσωρινό χαρακτήρα, γ) κρίση περί της επίπτωσης των αλλαγών αυτών στις τιμές φυσικού αερίου, και δ) προσαρμογή της συμβατικής τιμής με τέτοιο τρόπο, ώστε η νέα τιμή να ανταποκρίνεται στα κριτήρια που εκτίθενται στο price review clause (π.χ. ότι η νέα τιμή πρέπει να επιτρέπει στον αγοραστή να εμπορεύεται το φυσικό αέριο «οικονομικά» και «ανταγωνιστικά»).

Βάσει των ανωτέρω, ο διαιτητής πραγματογνώμονας θα κληθεί να σταχυολογήσει αρχικά τα κρίσιμα (πραγματικά) στοιχεία για τη διαφωνία επί της τιμής πώλησης, για να προβεί κατόπιν στη σχετική αξιολόγησή τους και στον προσδιορισμό της νέας «αρμόζουσας» τιμής του συμβολαίου³⁵. Η διαιτητική πραγματογνωμοσύνη θα αποτελεί πλήρη απόδειξη της μίας ή της άλλης άποψης και επομένως ενδέχεται να λειτουργήσει αποτρεπτικά στην κλιμάκωση της διαφωνίας σε (νομική) διαφορά. Λαμβάνοντας υπόψιν ότι τέτοιου είδους εκτιμήσεις έχουν συνήθως ανατεθεί συμβατικά σε εγνωσμένου κύρους διεθνείς οργανώσεις, ακόμα και αν κατ' ορθή ερμηνεία της σχετικής συμβατικής ρήτρας κριθεί ότι αυτή δεν αποσκοπεί στη δεσμευτική για τα μέρη επίλυση της «διαφοράς περί των πραγμάτων», αυτή θα λειτουργεί κατά κανόνα αποτρεπτικά στην κλιμάκωση. Επομένως, η διαιτητική πραγματογνωμοσύνη, όπως αναφέρθηκε, δεν είναι απλά ένα ακόμη αποδεικτικό στοιχείο που

33. Μία συνήθης ρήτρα αναπροσαρμογής αναφέρει: «Each of the Parties shall be entitled to request a revision of the applicable Contract Sales Price, provided that the market of the country of final destination of the Natural gas shall undergo changes of such nature and extent that would justify a revision of the Contract Sales Price to enable the Buyer to maintain a reasonable marketing margin assuming the application of the principles of sound marketing practices and efficient management by the Buyer».

34. Πανάγος, Οι τηλεματικές εναλλακτικές μορφές για την επίλυση των διαφορών που ανακύπτουν στον τομέα της ενέργειας: Η περίπτωση του διαχειριστή του συστήματος μεταφοράς ηλεκτρικής ενέργειας, *Ενέργεια & Δίκαιο* 2011, 32.

35. *Kumberg/Lack/Leathes* (2014), σελ. 3.

μπορεί κατά περίπτωση να λειτουργήσει δεσμευτικά, αλλά αντιθέτως επιτελεί λειτουργία που επεκτείνεται πέραν της αποδεικτικής διεργασίας στην αποτροπή της κλιμάκωσης της αρχικής διαφωνίας.

Τέλος, να σημειωθεί ότι στις εδώ εξεταζόμενες συμβάσεις δεν αποκλείεται να προβλέπεται ρήτρα διαιτησίας³⁶, δεδομένου ότι τέτοιου είδους διαφορές (καθορισμού τιμής) άγονται συχνά προς επίλυση ενώπιον διαιτητικών δικαστηρίων. Η διαιτητική ρήτρα μπορεί να καταλαμβάνει όλες τις τυχόν –αποκρυσταλλωμένες πλέον– διαφορές μεταξύ των μερών, ενώ ακόμη και αν υπήρξε πρόβλεψη για διεξαγωγή διαιτητικής πραγματογνωμοσύνης ως προς την τιμή, η διαφορά μπορεί να είναι ευρύτερη. Στην περίπτωση όμως κατά την οποία θα έχει προβλεφθεί διαιτητική πραγματογνωμοσύνη, το διαιτητικό δικαστήριο δεσμεύεται από το πόρισμα του διαιτητή πραγματογνώμονα και κατ' επέκταση είναι υποχρεωμένο να το εντάξει στον δικανικό του συλλογισμό. Πάντως, η διαιτησία πρέπει να νοείται στις εδώ αναφερθείσες συμβάσεις φυσικού αερίου περισσότερο ως *ultimum refugium* για την περίπτωση που το πόρισμα του διαιτητή πραγματογνώμονα κατέστη μη δεσμευτικό, επειδή λ.χ. προσβλήθηκε και παραμερίστηκε από τα τακτικά δικαστήρια ή αποτελεί μέρος μιας ευρύτερης διαφοράς.

III. Το παράδειγμα των κατασκευαστικών διαφορών

1. Οι πρότυπες συμβάσεις FIDIC και η επίλυση διαφωνιών / διαφορών

Όπως στις συμβάσεις φυσικού αερίου, έτσι και στο πλαίσιο μεγάλων κατασκευαστικών και μηχανολογικών έργων οι διαφωνίες είναι συχνές, ενώ η επίλυσή τους από τα δικαστήρια αποφεύγεται συνήθως από τα συμβαλλόμενα μέρη. Η παγκόσμια κατασκευαστική αγορά και η κινητικότητα των κεφαλαίων εντός αυτής προφανώς δίνει ευκαιρίες ανάπτυξης σε διάφορα μέρη ανά τον κόσμο, γεγονός που θέτει στα μέρη, κυρίως εξαιτίας της πολυμορφίας των δημοσίων και ιδιωτικών κατασκευαστικών έργων σε ένα διαφορετικό κάθε φορά κοινωνικό και νομικό περιβάλλον, κρίσιμα προς διαπραγμάτευση ζητήματα κατά τη διαμόρφωση των σχετικών συμβατικών όρων. Τούτο, κατέστησε ως μια μάλλον αυτονόητη αναγκαιότητα τη σύνταξη πρότυπων συμβάσεων που θα ενισχύσουν την προβλεψιμότητα των νομικών και οικονομικών λύσεων και θα συμβάλλουν στην ασφάλεια δικαίου,

36. Η αλληλουχία διαμεσολάβησης-διαιτητικής πραγματογνωμοσύνης-διαιτησίας μπορεί κάλλιστα να λειτουργήσει και στο πλαίσιο της μόνιμης διαιτησίας της ΡΑΕ, η οποία οργανώνεται δυνάμει νόμου. Σημειωτέον, το άρθρο 37 Ν. 4001/2011 ορίζει ότι «Το διαιτητικό δικαστήριο δύναται με απόφασή του να ζητεί από τη ΡΑΕ τη διατύπωση γνώμης για ζητήματα που άπτονται των ρυθμιστικών της αρμοδιοτήτων και είναι κρίσιμα για την επίλυση της διαφοράς». Έχει επισημανθεί από τον Πανάγο (ανωτ. υποσημ. 31) ότι υπό προϋποθέσεις η γνώμη της ΡΑΕ μπορεί να έχει θέση διαιτητικής πραγματογνωμοσύνης. Ωστόσο, με αυτή τη συγκεκριμένη διαμόρφωση («διατυπώνει γνώμη»), το άρθρο σαφώς ορίζει ότι η ΡΑΕ εκδίδει απλή γνώμη και όχι δεσμευτική διαιτητική πραγματογνωμοσύνη και συνεπώς το διαιτητικό δικαστήριο δεν δεσμεύεται από αυτή, όσο «ισχυρό» αποδεικτικό μέσο και αν αποτελεί η γνώμη της.

διασφαλίζοντας την αποδοτικότητα της επένδυσης και συμβάλλοντας ταυτόχρονα στην κατά το δυνατόν άμεση και αποτελεσματική ολοκλήρωση του εκάστοτε κατασκευαστικού έργου.

Στο πλαίσιο αυτό και για να καλυφθούν επιτακτικές ανάγκες της παγκόσμιας κατασκευαστικής βιομηχανίας, η *Federation Internationale des Ingénieurs-Conseils/International Federation of Consulting Engineers* (εφεξής: FIDIC) μεταφραζόμενη ως Διεθνή Ομοσπονδία Συμβούλων Μηχανικών, η οποία αποτελεί έναν παγκόσμιο εκπρόσωπο των συμβούλων μηχανικών, προωθώντας τα συμφέροντα των επιχειρήσεων που παρέχουν πνευματικές υπηρεσίες τεχνολογικής βάσης για το δομημένο και το φυσικό περιβάλλον, προχώρησε στη σύνταξη πρότυπων συμβάσεων, ειδικότερα για τα διεθνή κατασκευαστικά έργα υψηλού προϋπολογισμού, τα οποία έχουν γίνει ευρέως γνωστά με την επωνυμία FIDIC.

Τα FIDIC αποτελούν σήμερα τις πλέον γνωστές και αναγνωρισμένες μορφές συμβάσεων που χρησιμοποιούνται διεθνώς από δημόσιους και ιδιωτικούς φορείς, ενώ σημαντικοί διεθνείς θεσμοί και χρηματοδοτικοί φορείς, όπως λ.χ. η Διεθνής Τράπεζα (World Bank), οι Πολυμερείς Τράπεζες Ανάπτυξης (MDB) κ.α., θέτουν τη χρήση των προτύπων συμβάσεων FIDIC και την πείρα των εργοληπτών και μελετητών σε αυτά ως απαραίτητο κριτήριο επιλογής για τη λήψη χρηματοδότησης και την ανάθεση έργων³⁷. Επομένως, οι συμβάσεις FIDIC εμπεριέχουν ενστάλαξη της διεθνούς εμπειρίας, ενώ είναι πολλών τύπων, αφορούν π.χ. σε έργα «πολιτικού μηχανικού» (Red book) μέχρι και σε έργα «με το κλειδί στο χέρι» (EPC Turnkey Projects).

Συνήθως, η διαμόρφωση των συμβατικών διαδικασιών επίλυσης διαφωνιών/διαφορών στον κατασκευαστικό κλάδο αποτελεί μια βασική παράμετρο των εν λόγω συμβάσεων, ενώ οι προβλεπόμενες ρήτρες επίλυσης είναι «πολυεπίπεδες/άλλως κλιμακωτές» (*multi-tiered/escalating*). Η διάρθρωση των ρητρών αυτών, οι οποίες αναλύθηκαν εκτενώς στην οικεία ενότητα³⁸, διαφέρει όχι μόνο ανάλογα ως προς το επίπεδο επίλυσης της διαφωνίας εντός του εκάστοτε συμβατικού τύπου, αλλά ενδέχεται να διαφέρει και από τον ένα τύπο σύμβασης σε άλλον³⁹.

2. Η συστηματική του μηχανισμού εξωδικαστικής επίλυσης στις κατασκευαστικές διαφορές

Η εξωδικαστική επίλυση διαφορών στον κατασκευαστικό κλάδο ακολουθεί μια συγκεκριμένη συστηματική, η οποία έχει εν συντομία ως εξής: Στο πρώτο στάδιο

37. Να σημειωθεί ότι έχουν μεταφραστεί σε 13 γλώσσες και 40.000 αντίτυπα πωλούνται κάθε χρόνο.

38. Βλ. τη συμβολή της Μιτσή, § 11. Η λειτουργία της διαμεσολάβησης και της διαιτησίας στην πολυεπίπεδη επίλυση διαφορών, σελ. 175 επ.

39. Γι' αυτό δεν πρέπει να «αντιγράφονται» αδιακρίτως οι πρότυπες συμβάσεις ούτε να χρησιμοποιείται το Red Book για σύμβαση EPC, καθώς η κατανομή των κινδύνων και η ρύθμιση της επίλυσης διαφωνιών (που συνέχεται αναγκαία με την κατανομή των κινδύνων) διαφέρουν. Βλ. σχετικά FIDIC (1999), Turnkey Contract - Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects.

συγκροτούνται βάσει των σχετικών συμβατικών προβλέψεων οι γνωστές πλέον Επιτροπές Επίλυσης Διαφωνιών (ΕΔ), τις οποίες εισήγαγε ως πρακτική τη δεκαετία του 1990 η Παγκόσμια Τράπεζα και τις υιοθέτησε στη συνέχεια το 1996 η FIDIC στις πρότυπες συμβάσεις της. Στο δεύτερο στάδιο και στην περίπτωση που κάποιο από τα μέρη δεν ικανοποιήθηκε από την απόφαση της ΕΔ και την αμφισβητεί, ακολουθεί η απόπειρα του φιλικού διακανονισμού πριν από την υπαγωγή σε διαιτησία, καθώς είναι αδύνατον η απευθείας προσφυγή στη διεθνή διαιτησία του ICC, χωρίς να έχει προηγηθεί το στάδιο του φιλικού διακανονισμού⁴⁰.

α. Επιτροπές Διαφωνιών (*Dispute Boards*)

Οι Επιτροπές Διαφωνιών εδράζονται σε οποιαδήποτε συμβατική ρύθμιση, με την οποία τα μέρη συμφωνούν να ορίσουν ένα ή περισσότερα ανεξάρτητα πρόσωπα, προκειμένου με τον έναν ή άλλο τρόπο να λειτουργήσουν με σκοπό την επίλυση μιας διαφωνίας/διαφοράς. Έτσι, οι ΕΔ με βάση τη σχετική συμβατική ρύθμιση μπορεί να είναι πολυπρόσωπες, να ορίζονται από τα μέρη ή από τρίτους, να εκδίδουν γνώμες ή αποφάσεις⁴¹, να είναι διαρκείς (*standing*) ή να λειτουργούν ανά περίπτωση (*ad hoc*). Επομένως, η δομή και η ειδικότερη λειτουργία τους διαμορφώνεται καθ' ολοκληρίαν συμβατικά, ενώ οι εξουσίες και τα αποτελέσματα των διαβουλεύσεών τους καθορίζονται αποκλειστικά με βάση τη συμφωνία των μερών⁴². Εξαιτίας του συμβατικού τους χαρακτήρα και της επιρροής του αγγλοσαξονικού δικαίου, αλλά και της σχετικής ελαστικότητας της διαδικασίας, η αντιστοίχιση της ΕΔ και της απόφασής της σε κάποια κατηγορία του ελληνικού δικαίου αποτελεί μια περίπλοκη διαδικασία. Σημασία έχει πάντως ο καθορισμός της έννοιας της «διαφωνίας» που τίθεται προς επίλυση ενώπιον της ΕΔ, αν δηλαδή -και μεταξύ άλλων- πρόκειται για διαφωνία επί πραγματικού γεγονότος (τιμή, αναγκαίο συμπληρωματικό έργο κλπ.), οπότε προσιδιάζει με διαιτητική πραγματογνωμοσύνη, ή/και έννομης σχέσης και συμβατικής υποχρέωσης ή δικαιώματος.

Η επιλογή και οι ειδικότερες επιμέρους ρυθμίσεις της κάθε ΕΔ, όπως αναφέρθηκε, εξαρτώνται από το είδος του έργου και τις ανάγκες του. Επί παραδείγματι, οι *stand-by* ΕΔ προσήκουν σε έργα όπου καθίσταται αναγκαία η άμεση επίλυση του θέματος για την (ορθή) πρόοδό του, όπως σε κατασκευαστικά έργα και εξωσυμβατικές εργασίες ή σε διόρθωση σφαλμάτων. Από την άλλη πλευρά, σε έργα μελετών ή ηλεκτρολογικής συναρμολόγησης, σε εργοστάσια που εργάζονται με πιστοποιημένη μέθοδο παραγωγής ενδέχεται, αρμόζει μόνο μια *ad hoc* ΕΔ. Πάντως, στο *Gold Book*,

40. Κάρμου/Οικονόμου/Τροβά, Η κατασκευαστική διαιτησία, 2016, σελ. 40.

41. Το Διεθνές Εμπορικό Επιμελητήριο ICC έχει υιοθετήσει τη διάκριση μεταξύ ΕΔ που εκδίδουν γνώμες, αποφάσεις ή γνώμες και αποφάσεις, βλ. το *Dispute Board Rules*, με ισχύ από 1ης Σεπτεμβρίου 2004, (www.iccwho.org).

42. Άρθρο 1 ICC *Dispute Board Rules*: «Dispute Boards are not arbitral tribunals and their Determinations are not enforceable like arbitral awards. Rather, the Parties contractually agree to be bound by the Determinations under certain conditions set for the herein».

δηλαδή στους πρότυπους όρους σύμβασης της FIDIC που αφορούν σε έργα μελέτης, κατασκευής και λειτουργίας (Design, Build, Operate Projects), συνδυάζονται και οι δύο τύποι ΕΔ.

Όπως προκύπτει από την πληθώρα των προτύπων συμβάσεων FIDIC⁴³, η απόφαση μιας ΕΔ ορίζεται ως «δεσμευτική ... εκτός αν και μέχρι ... αναθεωρηθεί με φιλικό συμβιβασμό ή από διαιτητική απόφαση»⁴⁴. Μολονότι δεν αμφισβητείται η δέσμευση των μερών, καθώς οι πρότυποι όροι της FIDIC ορίζουν ότι «τα μέρη οφείλουν να εφαρμόσουν άμεσα την απόφαση»⁴⁵, εντούτοις η δεσμευτική αυτή ισχύς είναι συμβατικής φύσης και όχι δικαιοδοτικής. Επομένως, τα μέρη και μεν υποχρεούνται να συμμορφωθούν άμεσα με αυτήν, αλλά μπορούν συνήθως εντός αποσβεστικής προθεσμίας κάποιων ημερών, να δηλώσουν την αντίθεσή τους σε αυτήν την απόφαση (notice of dissatisfaction), προκειμένου να την προσβάλλουν ενώπιον διαιτητικού δικαστηρίου⁴⁶.

Βάσει αυτών, και εφόσον φυσικά δεν υπάρχει κάποια άλλη συμφωνία των μερών, οι ΕΔ και οι εκδοθείσες αποφάσεις τους δεν επιτελούν τη λειτουργία διαιτητικής πραγματογνωμοσύνης, δεδομένου ότι η τελευταία αποτελεί αποδεικτικό μέσο που επιφέρει πλήρη απόδειξη περί πραγματικού γεγονότος. Αντιθέτως, σύμφωνα με τα πρότυπα FIDIC, οι αποφάσεις μιας ΕΔ μπορούν να ανατραπούν από τη διαιτητική απόφαση. Από τη σκοπιά του ελληνικού δικαίου οι αποφάσεις της ΕΔ αναπτύσσουν δεσμευτική δύναμη μεταξύ των μερών, χωρίς όμως να επέχουν θέση αποδεικτικού μέσου και πλήρους απόδειξης. Υπό το πρίσμα αυτό, η απόφαση της ΕΔ μπορεί να χρησιμοποιηθεί ως ερμηνευτικό βοήθημα σε πιθανά σημεία της σύμβασης που χρήζουν ερμηνείας, ενώ πιθανή παράβαση της απόφασης της ΕΔ επέχει θέση συμβατικής παράβασης.

Συνεπώς, κατά την κατάρτιση κατασκευαστικών συμβάσεων που διέπονται από το ελληνικό δίκαιο, ο συντάκτης οφείλει να διαμορφώνει τις σχετικές προ-διαιτητικές συμβατικές ρήτρες (*pre-arbitration clauses*) περί ΕΔ, έχοντας πλήρη επίγνωση και αντίληψη των διαφορών της διαιτητικής πραγματογνωμοσύνης από την απόφαση της ΕΔ, καθώς η σχετική επιχειρηματολογία θα μπορούσε να έχει εξέχουσα θέση ενώπιον της διαιτητικής διαδικασίας, ειδικά δε σε σχέση με τη δέσμευση του διαιτητικού δικαστηρίου από το πόρισμα της μιας ή της άλλης.

43. Red, MDB, Yellow, and Silver Books, art. 20.4.

44. «Binding... unless and until it shall be revised in an amicable settlement or an arbitral award».

45. «Promptly give effect/promptly comply».

46. Η τήρηση της διαδικασίας και της προθεσμίας υποβολής δήλωσης διαμαρτυρίας είναι όρος (*condition precedent*) της δικαιοδοσίας του διαιτητικού δικαστηρίου του επόμενου σταδίου. Χωρίς «δήλωση διαμαρτυρίας» δεν αποκτά δικαιοδοσία το διαιτητικό δικαστήριο, το οποίο στο πλαίσιο της διαιτητικής συμφωνίας υποχρεούται να μην επιληφθεί της επίλυσης της διαφοράς. Μέχρι την ανατροπή της απόφασης από διαιτητική απόφαση, αυτή συνεχίζει να επιφέρει τα αποτελέσματά της.

β. Φιλικός διακανονισμός (*amicable settlement*)

Η διαδικασία του φιλικού διακανονισμού, όπως αναφέρθηκε, προηγείται τόσο της προσφυγής σε διαιτησία όσο και (όπου δεν προβλέπεται διαιτησία) της δικαστικής επίλυσης διαφωνιών. Ο φιλικός διακανονισμός, ο οποίος επέχει ενδιάμεση θέση μεταξύ απόφασης ΕΔ και διαιτησίας, είναι μια αρκετά διαδεδομένη πρακτική στον χώρο των κατασκευαστικών συμβάσεων. Στις πρότυπες συμβάσεις της FIDIC πρωτοεμφανίστηκε το 1980, στη συνέχεια αποσύρθηκε και σταδιακά περιλήφθηκε σε μεταγενέστερες εκδόσεις πρότυπων συμβάσεων⁴⁷. Η σχετική ρήτρα φιλικού διακανονισμού έχει ως εξής:

«Σε περίπτωση που έχει δοθεί δήλωση αντίθεσης σύμφωνα με την ανωτέρω ρήτρα ..., τα μέρη οφείλουν να επιχειρήσουν να επιλύσουν τη διαφορά με φιλικό διακανονισμό πριν από την έναρξη της διαιτησίας Ωστόσο, αν τα μέρη δεν έχουν συμφωνήσει διαφορετικά, η διαιτησία μπορεί να αρχίσει είτε κατά είτε μετά την ημέρα που δόθηκε η δήλωση αντίθεσης, ακόμα κι αν δεν υπήρξε προσπάθεια για φιλικό διακανονισμό»⁴⁸. Το λεκτικό της ρήτρας φαίνεται πάντως να περιλαμβάνει μια αντίφαση μεταξύ των δύο προβλέψεων, στον βαθμό που η πρώτη πρόταση καθιερώνει την υποχρεωτική προσφυγή σε φιλικό διακανονισμό πριν από την προσφυγή σε διαιτησία, ενώ η δεύτερη αίρει την υποχρέωση αυτή. Με βάση τη διατύπωση και τη γραμματική ερμηνεία, υποστηρίζεται ότι η δεύτερη παράγραφος υπερτερεί, με αποτέλεσμα να μην θεωρείται η απόπειρα φιλικού διακανονισμού όρος για την ενεργοποίηση της διαιτητικής διαδικασίας⁴⁹, αλλά κυρίως να αποτελεί ζήτημα ερμηνείας των συμβάσεων, σύμφωνα με το κάθε φορά διέπον τη σύμβαση εφαρμοστέο δίκαιο⁵⁰.

Να σημειωθεί ότι οι Οδηγίες της FIDIC δεν περιλαμβάνουν διατάξεις για τη διαδικασία του φιλικού διακανονισμού, προκειμένου τα μέρη -ενόψει της προφανούς κρίσιμης φάσης πριν από τη διαιτησία- να έχουν το μέγιστο βαθμό ευελιξίας⁵¹. Στο πλαίσιο του φιλικού διακανονισμού, ακόμα και σε περίπτωση που συμμετέχει κατά τη διεξαγωγή του ένας τρίτος, η διαδικασία θα καταλήξει πάντοτε είτε σε συμφωνία

47. Άρθρο 20.5 σε όλα τα Πρότυπα εκτός του Gold Book όπου βρίσκεται στο άρθρο 20.7.

48. «Where notice of dissatisfaction has been given under Clause..., above, both Parties shall attempt to settle the dispute amicably before the commencement of arbitration.... However, unless both Parties agree otherwise, arbitration may be commenced on or after the ... day on which notice of dissatisfaction was given, even if no attempt at amicable settlement has been made».

49. Baker (2009), σελ. 542.

50. Στην Ελλάδα με βάση το άρθρο 200 ΑΚ μπορεί να θεωρηθεί ότι η «καλή πίστη» εισάγει άλλα ερμηνευτικά κριτήρια ιδίως ενόψει της αρχής ερμηνείας των δηλώσεων βούλησης κατά το άρθρο 173 ΑΚ «χωρίς προσήλωση στις λέξεις».

51. FIDIC (1999), σελ. 314. Στο πλαίσιο αυτό της φιλικής επίλυσης είναι νοητή κάθε μορφή συνδιαλλαγής, όπως διαπραγματεύσεων, διαμεσολάβησης, διαιτητικής πραγματογνωμοσύνης, αναζήτησης γνώμης ειδικού κοινής αποδοχής, συμβιβασμού, δοκιμαστικής άτυπης/εικονικής δίικης (*mini-trial/moot court*) κ.λπ. Η διαδικασία αυτή διεξάγεται κατά κύριο λόγο από εκπροσώπους των μερών.

συμβιβασμού είτε σε διαπίστωση αδυναμίας συμβιβαστικής επίλυσης της διαφοράς. Επομένως, ο φιλικός διακανονισμός αποτελεί εν τέλει μια διαδικασία που οδηγεί σε συμβιβασμό μεταξύ των μερών, βάσει των άρθρων 871-872 ΑΚ και σε καμία περίπτωση δεν αποτελεί διαιτησία, αλλά εναλλακτικός τρόπος επίλυσης διαφορών. Αντιθέτως, η διαιτητική πραγματογνωμοσύνη⁵², ως εναλλακτικός τρόπος επίλυσης διαφορών, αποτελεί μέσο απόδειξης, δεδομένου ότι πρόκειται για πραγματογνωμοσύνη σε –κατά κανόνα– τεχνικά ζητήματα.

γ. Η κατασκευαστική διαιτησία του Διεθνούς Εμπορικού Επιμελητηρίου

Η ρήτρα διαιτησίας στο πλαίσιο των προτύπων FIDIC είναι το τρίτο και τελευταίο στάδιο επίλυσης διαφορών⁵³. Το ΔΕΕ (ICC) παρέχει στους συμβαλλομένους διεθνών εμπορικών συναλλαγών τη δυνατότητα να επιλέξουν ανάμεσα σε δύο διαδικασίες για την επίλυση τέτοιων διαφορών, διακριτές αλλά και ταυτόχρονα συμπληρωματικές μεταξύ τους. Η μία εκ των διαδικασιών αποτελεί η διενέργεια διαιτησίας βάσει του Κανονισμού Διαιτησίας ICC (ICC Rules of Arbitration), υπό την αιγίδα του Διεθνούς Δικαστηρίου Διαιτησίας (International Court of Arbitration). Η δεύτερη αφορά στη φιλική επίλυση των διαφορών αυτών (amicable dispute resolution, ADR) υπό την εποπτεία του Διεθνούς Κέντρου για την φιλική επίλυση διαφορών του ICC (International Centre for ADR), κατ' εφαρμογή των σχετικών κανόνων του ICC για διαμεσολάβηση, συνδιαλλαγή, ουδέτερη αξιολόγηση ή συνδυαστική τους εφαρμογή (ICC ADR Rules). Για να είναι πάντως δυνατή η προσφυγή στην διαιτησία του ICC είναι απαραίτητο να έχει περιληφθεί στη συμφωνία διαιτησίας ρητή παραπομπή στον Κανονισμό Διαιτησίας του ICC⁵⁴.

δ. Η κατασκευαστική διαιτησία κατά το ελληνικό δίκαιο

Η κατασκευαστική διαιτησία σχετίζεται με έργα που εκτελούνται δυνάμει σύμβασης ή στο πλαίσιο σύμβασης έργου, δηλαδή είτε σύμβασης κατά την έννοια των άρθρων 681-702 ΑΚ είτε σύμβασης έργου βάσει του ευρωπαϊκού δικαίου είτε σύμβασης κατασκευής έργου, σε συνδυασμό με την παροχή και άλλων υπηρεσιών ή προμήθειας υλικών στο πλαίσιο της ίδιας σύμβασης, που ως μεικτή σύμβαση μπορεί να θεωρηθεί ως σύμβαση έργου⁵⁵. Στο πλαίσιο κατασκευαστικής σύμβασης τα συμβαλλόμενα μέρη επιλέγουν για την επίλυση των σχετικών διαφορών είτε τη δικαστική είτε τη διαιτητική επίλυση της διαφοράς⁵⁶.

52. Ζάχος, Διαμεσολάβηση στις συμβάσεις κατασκευής, σε: <http://www.oddee.gr/el/nea/2-uncategorised-gr/165-zachos.html>.

53. Ήδη από το 1957 τα πρότυπα FIDIC πρόκριναν την διαιτησία ως το πλέον κατάλληλο μέσο επίλυσης διαφορών, ενώ από το 1967 προέκριναν και περιέλαβαν σε όλες εφεξής τις εκδόσεις προτύπων συμβάσεων τη διαιτησία κατά τους Κανόνες του ICC.

54. Κάρμου/Οικονόμου/Τροβά (2016), σελ. 23-24.

55. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2019, σελ. 61-70· Γέροντας, Δίκαιο Δημοσίων Έργων, 2009, 91 επ.

56. Σύμφωνα με την ΑΠ 366/2016: «Η διαιτησία, ως συμβατικά επιλεγμένη δεσμευτική εκδί-

Στην κατασκευαστική διαιτησία υπάγονται όλες οι διαφορές από κατασκευαστικές συμβάσεις που αποτελούν ιδιωτικές διαφορές, οι διαφορές από συμβάσεις δημοσίων έργων που εμπίπτουν στην έννοια της διοικητικής σύμβασης, η οποία δημιουργεί διαφορά δημοσίου δικαίου, καθώς επίσης και άλλες συμβάσεις με αντικείμενο τις κατασκευές μεταξύ των οποίων είναι οι συμβάσεις παραχώρησης δημοσίων έργων και οι ΣΔΙΤ⁵⁷. Το αντικείμενο των εν λόγω συμβάσεων είναι αρκετά σύνθετο και για την επίλυση τέτοιων διαφορών κρίνεται αναγκαία η ύπαρξη είτε ειδικών γνώσεων είτε κατάλληλων διαιτητών.

Πάντως, η επιλογή της διαιτησίας του ΚΠολΔ από τα μέρη δεν φαίνεται να είναι σε θέση να αποτρέψει την οριστική επίλυση μιας διαφωνίας, όπως οι ανωτέρω, καθώς τα τακτικά δικαστήρια ελέγχουν το κύρος της διαιτητικής απόφασης, ελέγχοντας με τον τρόπο αυτό και την τήρηση των βασικών κανόνων δημόσιας εξουσίας. Στο πλαίσιο αυτό, δηλαδή στις κατασκευαστικές συμβάσεις που ορίζουν ως τρόπο επίλυσης τη διαιτησία του ΚΠολΔ δεν υπάρχει νομικό εμπόδιο για τη χρήση για προ-διαιτητικών ρητρών (*pre-arbitration clauses*), οι οποίες θα επιτρέψουν να ενταχθεί στη σύμβαση και η διαιτητική πραγματογνωμοσύνη προς ταχεία επίλυση τεχνικού θέματος, διαρκούσης της λειτουργίας της σύμβασης, με ισχύ πλήρους απόδειξης μεταξύ των μερών και περιορισμένη δυνατότητα ανατροπής από το διαιτητικό δικαστήριο.

ε. Διάκριση από την τεχνική (διαιτητική) πραγματογνωμοσύνη του ΤΕΕ

Στο ελληνικό δίκαιο υφίστανται και ειδικότερες κατηγορίες τεχνικής πραγματογνωμοσύνης που σημειώνουν ομοιότητες με τη διαιτησία, όπως είναι π.χ. η Τεχνική Πραγματογνωμοσύνη του Τεχνικού Επιμελητηρίου Ελλάδος (ΤΕΕ). Βάσει της σχετικής νομοθεσίας⁵⁸, το ΤΕΕ μπορεί να διενεργεί πραγματογνωμοσύνη για τεχνικά θέματα, στα οποία περιλαμβάνονται και τεχνικο-οικονομικά θέματα, όπως κρίση περί της ορθής τιμολόγησης ενός έργου. Γενικότερα, η πραγματογνωμοσύνη του ΤΕΕ μπορεί να σχετίζεται π.χ. με εκτιμήσεις κατασκευών και εγκαταστάσεων, έλεγχο εφαρμογής τεχνικών προδιαγραφών και όρων σε κατασκευές, έλεγχο τεχνικών

καση ορισμένης διαφοράς από διαιτητές, αντί των κρατικών δικαστηρίων, είναι ιδιαίτερη μορφή οργάνωσης, ακολουθητέας διαδικασίας και απαιτούμενων δικονομικών προϋποθέσεων για την παροχή δικαστικής προστασίας, με την έννοια ότι η προστασία αυτή δεν παρέχεται από κρατικά δικαστήρια, αλλά κατά την ελεύθερη επιλογή των διαδίκων από όργανα ή πρόσωπα της εκλογής τους. Η σχέση της διαιτησίας προς την τακτική δικαιοσύνη, υπό την ισχύ του ΚΠολΔ, διαμορφώθηκε ως σχέση δύο παράλληλων δικαιοδοτικών τάξεων, που αποκλείονται αμοιβαία. Ως γνήσια δικαιοδοτική πράξη, η διαιτητική απόφαση, από την έκδοσή της, παράγει δεδικασμένο υπό τις διαγραφόμενες στο άρθρο 896 ΚΠολΔ, προϋποθέσεις, (εφαρμοζόμενων προς τούτο των διατάξεων των άρθρων 322, 324 έως 330, 332 έως 334 ΚΠολΔ) και εξοπλίζεται με εκτελεστότητα κατ' άρθρο 904 παρ. 2 εδ. β' ΚΠολΔ».

57. Κάρμου/Οικονόμου/Τροβά (2016), σελ. 56-59.

58. Βλ. άρθρο 2 παρ. 1 του διατάγματος 10.01.1935: «Το Τεχνικόν Επιμελητήριον δικαιούται, αιτήσσει οιοδήποτε, εις την εκτέλεσιν πραγματογνωμοσυνών επί τεχνικών ζητημάτων εμπίπτοντων εις την αρμοδιότητα και την εμπειρίαν των μελών αυτού, ως ταύτα καθορίζονται εκ των εκάστοτε περιί μελών του Τ.Ε. κειμένων διατάξεων».

μελετών ως προς την πληρότητά τους και την τήρηση των προδιαγραφών, σωστή λειτουργία εγκαταστάσεων και μηχανημάτων, έλεγχο θορύβου ή ρύπανσης από τη λειτουργία εγκαταστάσεων κ.λπ.

Δεν αποτελούν αντικείμενο πραγματογνωμοσύνης του ΤΕΕ νομικά ζητήματα, καθώς επίσης και θέματα ερμηνείας ή ρύθμισης σχέσεων ανάμεσα στα εμπλεκόμενα μέρη, διότι τέτοιου είδους θέματα καθορίζονται τόσο από το δικαστήριο όσο και από τα ίδια τα μέρη. Παρομοίως, δεν αποτελεί αντικείμενο πραγματογνωμοσύνης η σύνταξη τεχνικής μελέτης. Παρά το γεγονός ότι στο πλαίσιο της τεχνικής πραγματογνωμοσύνης του ΤΕΕ καλούνται οι ενδιαφερόμενοι να διατυπώσουν απόψεις, αυτές δεν λαμβάνονται υπόψη κατά τη λήψη της δικαστικής απόφασης. Σύμφωνα με τα ανωτέρω και η τεχνική πραγματογνωμοσύνη του ΤΕΕ αποτελεί μέσο απόδειξης.

IV. Επίλογος

Η πρόληψη της κλιμάκωσης μιας διαφωνίας σε δικαστική διαφορά είναι θέμα απλής λογικής. Ο Λυκούργος ο Αθηναίος (390 π.Χ.) που θέσπισε τη διαμεσολάβηση για την επίλυση διαφορών ναυτικού δικαίου στον λιμένα του Πειραιά, συνέβαλε στην οικονομική αναγέννηση της Αθήνας, μετά από την καταστροφή στη μάχη της Χαιρώνειας. Όπως προέκυψε από τα παραδείγματα των συμβάσεων φυσικού αερίου και των κατασκευαστικών συμβάσεων, τα συμβαλλόμενα μέρη οφείλουν να δώσουν ιδιαίτερη σημασία στους μηχανισμούς επίλυσης των διαφωνιών/διαφορών τους, ιδίως στο πλαίσιο πολύπλοκων και μακροχρόνιων συμβάσεων⁵⁹.

Η καθημερινή πρακτική καταδεικνύει μάλλον περί του αντιθέτου, καθώς διακρίνεται μια κάποια προχειρότητα πολλών συναλλασσόμενων (που δεν συμβουλεύονται νομικούς), αλλά δυστυχώς και νομικών να υιοθετούν άκριτα πρότυπα (προδιατυπωμένα) κείμενα (templates), ως οιονεί τελικά κείμενα, χωρίς να μελετώνται και να προσαρμόζονται στην ιδιαιτερότητα κάθε περίπτωσης. Ακόμη κι αν τα καλά πρότυπα έχουν ενσωματωμένη μια συσσωρευμένη σοφία, δεν αποτελούν εντούτοις «ένα κουστούμι για όλα τα μεγέθη». Πάντως, στο πλαίσιο της επίλυσης διαφωνιών/διαφορών είναι χρήσιμο να ορίζονται οι έννοιες και να διακρίνεται η διαφωνία/διαφορά *περί τα πράγματα* από την διαφωνία *περί νομικών θεμάτων*. Οι πρώτες είναι σκόπιμο να υπάγονται σε μία διαδικασία διευθέτησης πριν αυτές καταστούν διαφορές νομικής φύσεως. Η διαιτητική/τεχνική πραγματογνωμοσύνη του ελληνικού δικαίου, όπως αναλύθηκε εκτενώς, αποτελεί ασφαλώς μια τέτοια επιλογή.

59. Cartledge, *Democracy: A Life*, 2016, σελ. 211.