

ΠΡΟΛΕΓΟΜΕΝΑ

I. Η ανά χείρας μονογραφία πραγματεύεται, κατά κύριο λόγο, τους όρους υπό τους οποίους μπορεί να είναι θεμιτή μία επέμβαση του κράτους σε υφιστάμενο συμβατικό δεσμό, καθώς επίσης και τις αστικού δικαίου έννομες συνέπειες μιας τέτοιας επέμβασης, ιδίως δε τα δικαιώματα-αξιώσεις που έχει σε μία τέτοια περίπτωση ένας ιδιώτης που έχει συμβληθεί με το Δημόσιο. Ο όρος «*συμβατικός δεσμός*» –αντί του απλούστερου «*σύμβαση*»– χρησιμοποιείται στον τίτλο της μονογραφίας συνειδητά, προκειμένου να υπογραμμισθεί η ιερότητα της συμβατικής σχέσης και η κατ' εξαιρέσει και μόνον δυνατότητα που έχει ο νομοθέτης να πλήξει άνωθεν μία συμβατική σχέση και, έτσι, να διαρρήξει την *αρχή της πιστής τήρησης των συμφωνιών (racta sunt servanda)* – είτε όταν το ίδιο το Δημόσιο είναι μέρος στην προσβαλλόμενη συμβατική σχέση είτε όχι.

Στο πλαίσιο της παρούσης, ενδιαφέρουν πρωτίτως οι περιπτώσεις όπου το ίδιο το Δημόσιο είναι συμβαλλόμενο μέρος και «αλλάζει τα καπέλα», φορώντας μια αυτό του ρυθμιστή (*imperium*) και την άλλη αυτό του αντισυμβαλλομένου (*fiscus*), απαιτώντας συχνά την πιστή τήρηση και εκτέλεση μιας συμβάσεως που το ίδιο, κατ' ενάσκηση του ρυθμιστικού του ρόλου, επηρεάζει εξωσυμβατικά – αποβλέποντας, κατά κανόνα, στην προστασία του *δημοσίου συμφέροντος*. Με τον όρο «Δημόσιο» εννοείται εδώ, κατ' αρχήν, όχι μόνον το νομικό πρόσωπο του κράτους, αλλά και κάθε ΝΠΔΔ ή ΟΤΑ που λειτουργεί ως αντισυμβαλλόμενος ιδιώτη.

Βασική παραδοχή, που διατρέχει το σύνολο της μονογραφίας, είναι ότι η δραστηριοποίηση του Δημοσίου και των φορέων του στο συμβατικό πεδίο, ακόμη και όταν αυτή λαμβάνει την μορφή *διοικητικής συμβάσεως*, διέπεται σε σημαντικό βαθμό από τις διατάξεις του δικαίου περί συμβάσεων του ΑΚ. Κατά την μάλλον κρατούσα γνώμη, οι διατάξεις αυτές *εφαρμόζονται στις διοικητικές συμβάσεις τουλάχιστον αναλόγως*, λόγω ουσιώδους αξιολογικής ομοιότητας των τελευταίων με τις συμβάσεις του κοινού αστικού δικαίου, ενόψει δε των *αρχών της ισότητας και της ενότητας της έννομης τάξεως* – που επιτάσσουν ακριβώς την όμοια μεταχείριση ουσιωδώς ομοίων περιπτώσεων. Στις δε συμβάσεις *ιδιωτικού δικαίου*, που καταρτίζει το Δημόσιο ή οι φορείς του, τα πράγματα είναι μάλλον απλούστερα, καθώς αυτές ρυθμίζονται, κατ' αρχήν, ευθέως από το δίκαιο του ΑΚ. Οι ίδιες παραδοχές ισχύουν, *mutatis mutandis*, και για τις *δημόσιες συμβάσεις* (παραχώρησης, προμηθειών, έργου, κ.λπ.), που διέπονται όμως κατά βάσιν από το παράγωγο ενωσιακό δίκαιο, όπως αυτό έχει μεταφερθεί στην ελληνική έννομη τάξη. Ειδικής πραγμάτευσης, στο πλαίσιο αυτό, τυγχάνουν και οι συμβάσεις (συνήθως παραχώρησης) που *κυρώνονται με νόμο*.

Δίχως αμφιβολία, στην διάκριση μεταξύ διοικητικών και ιδιωτικών συμβάσεων αποδίδεται παραδοσιακά ιδιαίτερη σημασία, ιδίως στην θεωρία του δημοσίου δικαίου. Είναι γνωστό, άλλωστε, ότι στο πεδίο των διοικητικών συμβάσεων προβλέπεται ρητώς, είτε στον νόμο είτε στην ίδια την σύμβαση, σειρά ειδικών προνομίων υπέρ του Δημοσίου (λ.χ. εξουσία της διοίκησης να επιβάλλει κυρώσεις, να κηρύσσει τον ανάδοχο έκπτωτο, να ασκεί έλεγχο, από την άλλη υποχρέωση του ιδιώτη να τηρεί κατ' αρχήν μία διοικητική προδικασία πριν από την δικαστική προσβολή βλαπτικών για εκείνον πράξεων, κ.ά.). Όπως ωστόσο θα γίνει αντιληπτό στην συνέχεια, στον βαθμό που η διοικητική σύμβαση εντάσσεται στο ευρύτερο πεδίο του συμβατικού δικαίου, το οποίο διαχρονικά ρυθμίζεται από τις δοκιμασμένες στην θεωρία και την πράξη διατάξεις του ΑΚ, οι τελευταίες εφαρμόζονται κατ' αρχήν και στις διοικητικές συμβάσεις και, έτσι, η αξία της ως άνω διάκρισης σχετικοποιείται έν τινι μέτρω – χωρίς όμως να εξαλείφεται πλήρως, καθώς δεν παύουν να υφίστανται τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά, οι ειδικοί κανόνες και οι εξαιρέσεις που διέπουν μία διοικητική σύμβαση. Εν γένει δε, η εφαρμογή των κανόνων του ΑΚ παρέχει στον εφαρμοστή του δικαίου την δυνατότητα να εκμεταλλευθεί το ασύγκριτα πλούσιο απόθεμα λύσεων που διαθέτει το παραδοσιακό ιδιωτικό δίκαιο των συμβάσεων, τόσο σε επίπεδο επιμέρους κανόνων –και δη λεπτομερειακής φύσεως– αλλά και γενικών αρχών, όσο και σε επίπεδο νομολογίας, δυνάμενος έτσι να αναχθεί στην ιδιαίτερη πολυετή εμπειρία και τριβή που έχουν τα πολιτικά δικαστήρια στο πεδίο των συμβατικών σχέσεων· η αξία του αποθέματος αυτού εμφανίζεται προεχόντως σε θέματα ερμηνείας και ελέγχου του κύρους των συμβάσεων, έκλειψης του δικαιοπρακτικού θεμελίου, καθώς επίσης και ανώμαλης εξέλιξης της συμβατικής ενοχής.

Στο επίκεντρο της ανάλυσης που ακολουθεί τίθενται ζητήματα που αφορούν προπάντων στην εκτέλεση της συμβάσεως (και όχι λ.χ. το προσυμβατικό παίσιμα, το οποίο μάλλον έχει απασχολήσει εντονότερα μέχρι στιγμής την επιστήμη). Πιο συγκεκριμένα, εξετάζεται η δυνατότητα εφαρμογής των διατάξεων του ΑΚ ιδίως περί ανώμαλης εξέλιξης της συμβατικής ενοχής, ιδιαίτερη δε έμφαση δίδεται στον θεσμό της έκλειψης του δικαιοπρακτικού θεμελίου (άρ. 388 και 288 ΑΚ). Ο τελευταίος δύναται να ενεργοποιηθεί, στο ερευνώμενο εδώ πεδίο, εξαιτίας μιας μεταγενέστερης επέμβασης του κράτους στον συμβατικό δεσμό, η οποία, ακόμη και εάν είναι νόμιμη, μπορεί να έχει συνέπειες για το Δημόσιο σε επίπεδο αστικού δικαίου.

Σκοπός της παρούσας μονογραφίας είναι να αναδείξει τα κρισιμότερα δικαιοδογματικά και πρακτικά ζητήματα που αναφύονται στην μεθόριο αυτή μεταξύ δημοσίου και αστικού δικαίου, ενόψει ιδίως της *δυσδικής φύσεως* του σύγχρονου κράτους, το οποίο σε αρκετές περιπτώσεις, εν είδει άλλου *Ιανού*, αναπτύσσει δράση υπό διττή ιδιότητα, τόσο υπό εκείνη του αντισυμβαλλομένου ενός ιδιώτη όσο και υπό εκείνη του ρυθμιστή. Στο πλαίσιο αυτό, πέραν βασικών δικαιοδογματικών παραμέτρων, εξετάζονται συγχρόνως, εν εκτάσει, κάποια χαρακτηριστικά νομολογιακά παραδείγματα επέμβασης του κράτους σε υφιστάμενο συμβατικό –ή, γενικότερα, ενοχικό–

δεσμό, τα οποία ξεπήδησαν κυρίως μέσα από την οικονομική κρίση που έπληξε την Ελλάδα από τα τέλη του 2009 και μετά. Χαρακτηριστικές περιπτώσεις που θα μας απασχολήσουν είναι, μεταξύ άλλων, η διά νομοθετικής ρυθμίσεως επιβληθείσα μείωση των μισθωμάτων που κατέβαλλαν το Δημόσιο και ΝΠΔΔ ως μισθωτές στο πλαίσιο ενεργών μισθωτικών σχέσεων, αλλά και το περίφημο πρόγραμμα ανταλλαγής των ομολόγων του Ελληνικού Δημοσίου (*PSI*), που πραγματοποιήθηκε το 2012 και το οποίο, λόγω των πολλαπλών ιδιαιτεροτήτων του, θα αναλυθεί διεξοδικά σε ξεχωριστό ειδικό κεφάλαιο της παρούσης.

Όλα τα ανωτέρω προσεγγίζονται κυρίως από την σκοπιά του αστικού δικαίου, χωρίς ωστόσο, παράλληλα, να παραβλέπεται το δόγμα του δημοσίου δικαίου και ο σχετικός εκτενής προβληματισμός που έχει αναπτυχθεί σε επίπεδο δημοσιολογικής θεωρίας και νομολογίας – οι θέσεις των οποίων αποτελούν σταθερό σημείο αναφοράς σε διάφορα επιμέρους κρίσιμα ζητήματα που τίγονται στην παρούσα.

Πάντως, τα εντεύθεν απορρέοντα ζητήματα είναι, κατά βάσιν, κοινά σε δημόσιο και ιδιωτικό δίκαιο, απλώς φαίνεται να παραλλάσσει κάθε φορά η οπτική γωνία προσέγγισης: σχετίζονται πρωτίστως με τα όρια της αρχής της ιδιωτικής αυτονομίας και ιδίως της αρχής *acta sunt servanda*, τις περιπτώσεις όπου η κάμψη της τελευταίας παρίσταται δικαιολογημένη – είτε διά νομοθετικής ή διοικητικής επεμβάσεως είτε διά δικαστικής παρεμβάσεως δυνάμει των άρ. 388 και 288 ΑΚ–, καθώς επίσης και με την δέουσα κατανομή ενός κινδύνου, η πραγμάτωση του οποίου επιφέρει ουσιώδη διατάραξη στην οικονομική ισορροπία μιας συμβάσεως (είτε διοικητικής είτε ιδιωτικής).

Περαιτέρω, όπως θα διαπιστώσουμε, η εξεταζόμενη εδώ προβληματική δεν απασχολεί ασφαλώς μόνον την ελληνική έννομη τάξη, αλλά και πλήθος αλλοδαπών εννόμων τάξεων, και στις δύο πλευρές του Ατλαντικού. Ιδίως οι όροι για μία θεμιτή κρατική επέμβαση σε υφιστάμενο συμβατικό δεσμό αποτελούν αντικείμενο προβληματισμού και έρευνας διεθνώς. Στην σχετική συζήτηση ανακλάται συχνά μία ανησυχία για την επέκταση της κρατικής ισχύος διαμέσου της επεμβάσεως σε συνεστημένες συμβατικές σχέσεις, κατ' επαναλαμβανόμενη επίκληση του δημοσίου συμφέροντος, το οποίο δεν δύναται, εξ ορισμού, τα πάντα να πληροί και να δικαιολογεί. Ο διογκούμενος με τον τρόπο αυτόν κρατικός παρεμβατισμός στο πεδίο των συμβάσεων και των συναλλαγών, στο πλαίσιο μάλιστα ελεύθερων οικονομιών της αγοράς, προκαλεί ευλόγως προβληματισμό – ο οποίος, φυσικά, έχει εκφρασθεί αντιστοίχως και στην χώρα μας.

Προφανώς, με την παρούσα μονογραφία δεν επιχειρείται να καλυφθεί, πολλώ δε μάλλον να εξαντληθεί, όλη η προπεριγραφείσα αχανής προβληματική, αλλ' απλώς να φωτισθούν κάποιες ιδιαίτερες πτυχές αυτής κυρίως με την ματιά ενός αστικολόγου, ο οποίος σέβεται το δόγμα και τις ιδιαιτερότητες του δημοσίου δικαίου, καθώς και την μακρά παράδοση που έχουν δημιουργήσει στην χώρα μας αλλά και διεθνώς οι εγκρατείς θεράποντές του. Βασική δε επιδίωξη είναι να δοθεί το ερέθισμα για περαιτέρω γόνιμο επιστημονικό προβληματισμό και διακλαδική συζήτηση. Εξάλλου, είναι

πανθομολογούμενο ότι δεν υπάρχουν πλέον αυστηρά στεγανά μεταξύ δημοσίου και ιδιωτικού δικαίου και τα φαινόμενα μεταξύ τους αλληλεπίδρασης μόνον σπάνια δεν είναι. Τις τελευταίες δε δεκαετίες έχει συζητηθεί περισσότερο η πολυεπίπεδη επίδραση του δημοσίου δικαίου στο ιδιωτικό, διαμέσου θεσμών όπως η τριτενέργεια των δικαιωμάτων ή η σύμφωνη με το Σύνταγμα ερμηνεία κανόνων του ιδιωτικού δικαίου. Στην παρούσα επιχειρείται μία αντίστροφη προσέγγιση, η οποία δεν αποτελεί κάποιο *novum*, καθώς η επίδραση του ιδιωτικού δικαίου στο δημόσιο είναι παλαιόθεν αναγνωρισμένη στους κόλπους του τελευταίου, ακόμη και από όσους ενέμεναν και εμμένουν ακόμη στην –αναγόμενη στην σχετική γαλλική διδασκαλία– αυτοτέλεια του θεσμού της διοικητικής συμβάσεως, οι οποίοι, μολαταύτα, δεν αρνούνται εν τέλει την έντονη ακτινοβολία που εκπέμπουν ιδίως οι διατάξεις και οι αρχές του δικαίου περί συμβάσεων του ΑΚ στο πεδίο των διοικητικών συμβάσεων. Ακριβώς αυτή η ακτινοβολία και η ιδιαίτερη σημασία της αναδεικνύονται στις σελίδες που ακολουθούν.

Η όλη ανάλυση συνοδεύεται από μία εξαντλητική παράθεση, επεξεργασία αλλά και κριτικό σχολιασμό τόσο της σχετικής εγχώριας νομολογίας, διοικητικών και πολιτικών δικαστηρίων (όλων των βαθμών), όσο και της σχετικής υπερεθνικής και διεθνούς διαιτητικής νομολογίας, η οποία συμπεριλαμβάνει, μεταξύ άλλων, πλήθος αποφάσεων του ΕΔΔΑ, του ΔικΕΕ, του ΓενΔικΕΕ και διεθνών επενδυτικών δικαστηρίων (βλ. κυρίως ICSID).

II. Η συγγραφή της ανά χείρας μονογραφίας δεν θα ήταν εφικτή χωρίς την πολύπλευρη συμπαράσταση μιας σειράς καλών συναδέλφων, που με περισσή προθυμία με συνέδραμαν στο συγγραφικό μου εγχείρημα. Βαθύτατα ευγνώμων είμαι, κατ' αρχάς, στον παλαιό φοιτητή μου *Μάριο Κούρτη*, LL.M. και νυν υποψήφιο διδάκτορα Δημοσίου Δικαίου στην Νομική Σχολή του Πανεπιστημίου του Μονάχου, του οποίου οι βιβλιογραφικές και νομολογιακές υποδείξεις, καθώς και οι παρατηρήσεις επί ζητημάτων δημοσίου δικαίου υπήρξαν πραγματικά πολύτιμες. Εξίσου θερμές ευχαριστίες οφείλω, για την συμβολή τους στην βιβλιογραφική και νομολογιακή τεκμηρίωση της παρούσης αλλά και για τις συζητήσεις που είχα μαζί τους, στους επίσης πρώην φοιτητές μου *Σωτήριο Ιωακείμιδη*, διδάκτορα Αστικού Δικαίου και νυν μεταδιδακτορικό ερευνητή της Νομικής Σχολής Αθηνών, *Χριστίνα Κατσογιάννου*, ΜΔΕ Αστικού Δικαίου και νυν υποψήφια διδάκτορα Αστικού Δικαίου της Νομικής Σχολής Αθηνών, και *Φιλαρέτη Κουϊμτζή-Φιλαρέτου*, υποψήφια ΜΔΕ Αστικού Δικαίου της Νομικής Σχολής Αθηνών, η οποία με την σπάνια αφοσίωσή της συνέβαλε και στην γενικότερη επιμέλεια του κειμένου. Ιδιαίτερες ευχαριστίες οφείλω, ακόμη, στους *Δημοσθένη Πετρούλια*, αντιπρόεδρο του ΣΤΕ ε.τ., *Σπύρο Σκλήρη*, ΜΔΕ Ευρωπαϊκού Δικαίου της Νομικής Σχολής Αθηνών και Master II του Πανεπιστημίου της Σορβόνης (Παρίσι 1), καθώς και *Αλέξανδρο Μεταλληνό*, διδάκτορα Ευρωπαϊκού Δικαίου του Πανεπιστημίου του Μύνστερ (Γερμανία) και LL.M. του Πανεπιστημίου του Γέιλ (ΗΠΑ), για τις χρήσιμες υποδείξεις τους επί κάποιων ειδικών ζητημάτων που με

αποσχόλησαν στο πλαίσιο της παρούσης. Ευνόητο, ασφαλώς, ότι τα όποια λάθη, παραλείψεις ή αβλεψίες βαρύνουν αποκλειστικά και μόνον εμένα.

Η έρευνα και η συγγραφή της παρούσης προχώρησαν με ταχείς ρυθμούς κατά την διάρκεια της δίμηνης παραμονής μου στο Πανεπιστήμιο της Οξφόρδης, στο πλαίσιο της εκπαιδευτικής αδείας που είχα λάβει για το χειμερινό εξάμηνο 2019-2020. Αισθάνομαι ειλικρινά ευγνώμων στους συναδέλφους μου από τον Τομέα Α' Ιδιωτικού Δικαίου της Νομικής Σχολής Αθηνών, οι οποίοι, με την συμπαράσταση και την συναδελφικότητά τους, κατέστησαν εφικτή την εκ νέου μετάβασή μου στο εξωτερικό. Οι θερμές ευχαριστίες μου στρέφονται εδώ κυρίως προς τις επικεφαλής των υποχρεωτικών μαθημάτων στα οποία συμμετέχω κατά το χειμερινό εξάμηνο, ήτοι προς την Καθηγήτρια *Δήμητρα Παπαδοπούλου-Κλαμαρή* (Γενικό Ενοχικό Δίκαιο) και την Καθηγήτρια και Κοσμήτορα της Σχολής μας *Καλλιόπη Χριστακάκου-Φωτιάδη* (Εφαρμογές Αστικού Δικαίου). Για τον ίδιο λόγο, ευχαριστώ ιδιαίτερως και τον Αναπλ. Καθηγητή *Ζαφείρη Τσολακίδη*, ο οποίος, και αυτήν την φορά, μου παραστάθηκε με βαθιά συναδελφικό πνεύμα, με τιμά δε επί σειρά ετών με την φιλία του.

Εγκάρδιες ευχαριστίες επιθυμώ να απευθύνω και στον *Νίκο Σταυρόπουλο*, Καθηγητή της Νομικής Σχολής του Πανεπιστημίου της Οξφόρδης, καθώς και στην *Έλενα Κατσαμπούκα* και τον *Γεώργιο Νικολού*, υποψήφιους εκεί διδάκτορες Αστικού και Συνταγματικού Δικαίου αντιστοίχως, για την πολύπλευρη στήριξη που μου παρείχαν κατά την παραμονή μου στην Οξφόρδη.

Ένα μεγάλο ευχαριστώ, τέλος, οφείλω στον εκδότη *Πάνο Σάκκουλα*, την *Κέλλυ Νεζερίτη*, διδάκτορα Αστικού Δικαίου και νυν μεταδιδακτορική ερευνήτρια της Νομικής Σχολής Αθηνών, και την *Διαμάντω Χαλβατζόγλου* για την πρόθυμη ανάληψη και άρτια διεκπεραίωση του παρόντος εκδοτικού εγχειρήματος.

Αθήνα, Οκτώβριος 2020
Αντώνης Γ. Καραμπατζός

ΚΕΦΑΛΑΙΟ ΠΡΩΤΟ

Η ΑΝΑΠΤΥΞΗ ΣΥΝΑΛΛΑΚΤΙΚΗΣ-ΣΥΜΒΑΤΙΚΗΣ ΔΡΑΣΗΣ ΑΠΟ ΤΟ ΚΡΑΤΟΣ ΚΑΙ ΤΟ ΠΡΟΒΛΗΜΑ ΤΗΣ ΚΡΑΤΙΚΗΣ ΕΠΕΜΒΑΣΗΣ ΣΕ ΣΥΜΒΑΤΙΚΟ ΔΕΣΜΟ ΑΠΟ ΤΗΝ ΣΚΟΠΙΑ ΤΟΥ ΔΗΜΟΣΙΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ

§ 1. Γενικές εισαγωγικές παρατηρήσεις

I. Ο διαχωρισμός μεταξύ κράτους και αστικής κοινωνίας

Ο διαχωρισμός μεταξύ κράτους (*Staat*) και «(αστικής) κοινωνίας» (*bürgerliche Gesellschaft*) προβάλλει ως μία από τις σημαντικότερες κατακτήσεις του σύγχρονου δυτικού κόσμου. Κατά την εναργή θεώρηση των **Wolf/Neuner**, εξασφαλίζει ευρέα περιθώρια για την ανάπτυξη της ατομικής ελευθερίας και, ιδίως, για την χρήση ιδιωτικών μέσων για την ενάσκηση της ελευθερίας αυτής· αντιστοίχως, περιορίζει την κρατική εξουσία, εξουδετερώνοντας αξιώσεις κρατικού αυταρχισμού¹. Ως γνωστόν, σε επίπεδο Συντάγματος αυτή η ελευθερία των ατόμων διασφαλίζεται προεχόντως μέσω των ατομικών δικαιωμάτων υπό την ιδιότητά τους ως *αμυντικών δικαιωμάτων* (*Abwehrrechte*), τα οποία και κατοχυρώνουν κατ' ουσίαν το δικαίωμα κάθε προσώπου να παραμένει ανεπηρέαστο από εξωτερικές, κατά βάσιν κρατικές, επεμβάσεις στον βίο του (*the right to be let alone*). Σε επίπεδο δε κοινού δικαίου, η προστατευτική τριάδα της *αστικής κοινωνίας* είναι η ελευθερία των συμβάσεων, η ατομική ιδιοκτησία και το κληρονομικό δίκαιο². Η ελευθερία των συμβάσεων, η κατ' αρέσκειαν εκμετάλλευση και διάθεση της ατομικής ιδιοκτησίας, η ελευθερία του συνεταιρίζεσθαι, καθώς επίσης και η ελευθερία του διατιθέναι αποτελούν τις βασικότερες εκφάνσεις της ιδιωτικής αυτονομίας, από κοινού δε με την τελευταία απολαμβάνουν όλες συνταγματική προστασία (γνωρίζοντας βεβαίως, αντιστοίχως, και συνταγματικά όρια)³. Στο πεδίο των οικονομικών σχέσεων, το ανωτέρω σχήμα ανακλάται στο

1. Βλ. *Wolf/Neuner*, AT BürgR¹⁰, § 1 αρ. 3· εγγύτερα δε *Auer*, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, σ. 29 επ., 63 επ.· *Ehlers*, *Verwaltung in Privatrechtsform*, σ. 42 επ.

2. Βλ. *Wolf/Neuner*, AT BürgR¹⁰, § 1 αρ. 3.

3. Βλ. και *Wolf/Neuner*, AT BürgR¹⁰, § 10 αρ. 28 επ., ιδίως 31, όπου μεταξύ άλλων: «Verallgemeinert formuliert, umfasst die Privatautonomie alle Handlungen, die mittels eines Rechtsgeschäfts ausgeübt werden».

πρότυπο της οικονομίας της αγοράς, η οποία στηρίζεται στην ιδέα της τυπικής ισότητας όλων των συμμετεχόντων⁴.

- 2 Έτσι, εύστοχα γίνεται λόγος πλέον για την περίφημη *κοινωνία του ιδιωτικού δικαίου* (*Privatrechtsgesellschaft*), η οποία αντιδιαστέλλεται ευθέως προς τις φεουδαρχικές και ολοκληρωτικές κοινωνικο-οικονομικές δομές, στις οποίες η ατομική ελευθερία και η ιδιωτική αυτονομία είχαν από μικρά έως ανύπαρκτα περιθώρια δράσης⁵. Κατά την ορθότομο προσέγγιση και πάλι των *Wolf/Neuner*, η κοινωνία του ιδιωτικού δικαίου «είναι πλουραλιστική και ανοικτή, λαμβάνει αποφάσεις όχι πλειοψηφικά, αλλά αποκεντρωμένα και υπό καθεστώς ιδιωτικής αυτονομίας, ενώ θα πρέπει συγχρόνως, κυρίως μέσω της καλλιέργειας του ανταγωνισμού [σ. που αποτελεί βασικό της χαρακτηριστικό], να υπηρετεί το κοινό καλό»⁶ – ήτοι να προωθεί την συλλογική ευημερία.
- 3 Παρά τα ανωτέρω, βεβαίως, όπως θα διαπιστωθεί και στην συνέχεια του παρόντος, η διάκριση μεταξύ κράτους και κοινωνίας της ελεύθερης δράσης δεν είναι απόλυτη· είναι αντιθέτως σχετική, ενόψει ιδίως και του αυξημένου ρυθμιστικού ρόλου που διεκδικεί το σύγχρονο κράτος, στην προσπάθειά του να αντιρροπίσει τις ενίοτε πολύ ισχυρές δυνάμεις της αγοράς και ιδίως να προστατεύσει τους κοινωνικά, οικονομικά, οργανωτικά ή διανοητικά ασθενέστερους κοινωνούς⁷. Έπειτα, όπως επίσης ορθώς επισημαίνεται στην γερμανική θεωρία⁸, διά του εκδημοκρατισμού του συνταγματικού κράτους έχει συντελεσθεί, γενικότερα, μία *ώσμωση μεταξύ κράτους και κοινωνίας* («*Osmose“ von Staat und Gesellschaft*»), η οποία, μεταξύ άλλων, έχει οδηγήσει και σε έναν εκδημοκρατισμό της έννοιας του *δημοσίου συμφέροντος*, ώστε αυτό να μην περιορίζεται πλέον στο (στενό) συμφέρον του κρατικού μηχανισμού, αλλά να καταλαμβάνει την ολότητα των πολιτών⁹.
- 4 Παρά τις εξελίξεις αυτές, πάντως, η ως άνω θεμελιώδης διάκριση εξακολουθεί να

4. Βλ. και πάλι *Wolf/Neuner*, AT BürgR¹⁰, § 1 αρ. 3.

5. Βλ. *Wolf/Neuner*, AT BürgR¹⁰, § 1 αρ. 3. Στις κοινωνίες εκείνες που διέπονταν από τον κατακερματισμό της κρατικής εξουσίας δεν ήταν καν νοητή η διάκριση κράτους και κοινωνίας· η διάκριση αυτή γεννήθηκε ιστορικά με την ανάδειξη μιας ενιαίας, καθολικής κρατικής εξουσίας, στον αντίποδα της οποίας βρέθηκε η *κοινωνία* – βλ. σχετ. την ενδιαφέρουσα ανάλυση του *Böckenförde*, *Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft...*, σ. 10 επ.

6. *Wolf/Neuner*, AT BürgR¹⁰, § 1 αρ. 3.

7. Πρβλ. *Wolf/Neuner*, AT BürgR¹⁰, § 1 αρ. 5 επ.· *de Wall*, *Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht...*, σ. 6-7· *Ehlers*, *Verwaltung in Privatrechtsform*, σ. 42 επ. Εν γένει, για την ιδιωτικού δικαίου προστασία του κοινωνικά, οικονομικά, οργανωτικά ή διανοητικά ασθενέστερου στις σύγχρονες έννομες τάξεις, κυρίως ενόψει των διδαγμάτων της συμπεριφορικής οικονομικής ανάλυσης του δικαίου, βλ. *Καραμπατζό*, *Ιδιωτική αυτονομία και προστασία του καταναλωτή...*, *passim*.

8. *Triantafyllou*, NVwZ 1994, 943.

9. Πρβλ. σε εμάς *Τάχο*, *ΕλλΔιοικΔίκ*⁹, σ. 71 επ., όπου και ορθώς κατ' αρχήν διακρίνεται η έννοια του «δημόσιου (κοινού) συμφέροντος [...] τόσο από το συμφέρον του Δημοσίου (Fiscus), όσο και από το συμφέρον [...] της δημόσιας υπηρεσίας» (σ. 71).

παρίσταται δικαιολογημένη ενόψει της λειτουργικής δομής των σύγχρονων εννόμων τάξεων, δεν παύει δε να αποτελεί βασικό συστημικό χαρακτηριστικό τους¹⁰.

II. Η διάκριση μεταξύ δημοσίου και ιδιωτικού δικαίου και οι μεταξύ τους αλληλεπιδράσεις

Αναγκαίο επακόλουθο του ανωτέρω διαχωρισμού είναι η εξίσου θεμελιώδης πλέ- 5
ον, για κάθε έννομη τάξη, διάκριση μεταξύ δημοσίου δικαίου (*ius publicum*) και ιδιωτικού δικαίου (*ius privatum*), η οποία μπορεί να αναχθεί, *έν τιμι μέτρω*, στο κλασικό ρωμαϊκό δίκαιο και, ειδικότερα, στην σχετική διδασκαλία του διακεκριμένου ρωμαίου νομοδιδασκάλου **Ουλπιανού** (*: publicum ius est, quod statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*)¹¹. Σε αδρές γραμμές, κατά την παραδοσιακή της πλέον πρόσληψη, η διάκριση αυτή σημαίνει ότι το δημόσιο δίκαιο αποτελεί το σύνολο των κανόνων δικαίου που καλύπτουν το δίκαιο της κρατικής δράσης, είτε αυτή αφορά στην οργάνωση και την λειτουργία του κράτους και των άλλων φορέων δημόσιας εξουσίας (ΝΠΔΔ, κ.λπ.) είτε στις σχέσεις των φορέων αυτών μεταξύ τους ή με τους ιδιώτες (*κάθετη σχέση*), ενώ, από την άλλη πλευρά, το ιδιωτικό δίκαιο αποτελεί το σύνολο των κανόνων δικαίου που ρυθμίζει τις *έννομες σχέσεις μεταξύ ιδιωτών (οριζόντια σχέση)*, δηλαδή μεταξύ φυσικών ή νομικών προσώπων που δεν ασκούν σε μία συγκεκριμένη περίπτωση δημόσια εξουσία και εμφανίζονται μεταξύ τους ισότιμα, από τυπικής τουλάχιστον απόψεως (καθώς ουσιαστικές ανισότητες στην διαπραγματευτική ισχύ μπορεί κάλλιστα να υφίστανται)¹². Η παρούσα διάκριση είναι σπουδαία όχι μόνον για τον καθορισμό της δικαιοδοσίας στην οποία θα πρέπει να αχθεί η εκάστοτε διαφορά (διοικητικά ή πολιτικά δικαστήρια – βλ. εμάς άρ. 94 §§ 1, 3 Συντ. και 1 ΚΠολΔ¹³), αλλά και για τον ορθό νομικό χαρακτηρισμό

10. Βλ. και *Wolf/Neuner*, AT BürgR¹⁰, § 1 αρ. 9.

11. Βλ. και *Wolf/Neuner*, AT BürgR¹⁰, § 2 αρ. 1 επ.· αναλυτικότερα για την ιστορική καταγωγή και εξέλιξη της διάκρισης του δικαίου σε δημόσιο και ιδιωτικό και ιδίως τα διάφορα κριτήρια που έχουν υποστηριχθεί για την θεμελίωση της διάκρισης αυτής *Stelkens*, *Verwaltungsprivatrecht*, σ. 328 επ.· *Auer*, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, σ. 30 επ., 63 επ.· *Hofmann*, *Der Staat* 57/2018, 5 επ.· *de Wall*, *Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht...*, σ. 6 επ.· *Ehlers*, *Verwaltung in Privatrechtsform*, σ. 30 επ.· *Bullinger*, *Vertrag und Verwaltungsakt*, σ. 29 επ.· *Melcher*, *Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse...*, σ. 11-12· σε εμάς *Τσούτσος*, εν: Εράνιον Γ.Μαριδάκη – τόμ. Β' (1963), σ. 561 επ.· *Π.Παυλόπουλος*, ΕΔΔΔ 1979, 270 επ.· *Απ.Γεωργιάδης*, Εισαγωγή στη νομική επιστήμη, § 8 αρ. 9 επ., ιδίως 10, 16 επ.· *Κοϊμτζόγλου*, *Μορφές της απρόβλεπτης μεταβολής των συνθηκών...*, σ. 148 επ.· *Η.Κυριακόπουλος*, ΑΙΔ ΙΔ', 14 επ.· *Ρέμελης*, ΕφημΔΔ 2006, 379-380· *Δετσαρίδης*, *Οι αρχές της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης και της καλής πίστης...*, σ. 151-152.

12. Βλ. *Απ.Γεωργιάδη*, Εισαγωγή στη νομική επιστήμη, § 8 αρ. 9, 11· *Σπυρόπουλο*, Εισαγ-ΣυντΔίκ, σ. 9-10· *de Wall*, *Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht...*, σ. 7.

13. Βλ. και *Απ.Γεωργιάδη*, Εισαγωγή στη νομική επιστήμη, § 8 αρ. 12-13.

και τις έννομες συνέπειες της δράσης των κρατικών οργάνων, καθώς επίσης και για την προσήκουσα ερμηνεία των εκάστοτε εφαρμοστέων κανόνων δικαίου¹⁴.

6 Εν τούτοις, και η προαναφερθείσα διάκριση μεταξύ δημοσίου και ιδιωτικού δικαίου δεν είναι τόσο αυστηρή όσο ίσως εκ πρώτης όψεως φαίνεται, έχει δε εξασθενήσει σε κάποιον βαθμό με το πέρασμα του χρόνου, καθώς οι δύο αυτοί κλάδοι συχνά πλέον συμπλέκονται, αλληλεπιδρούν ή αλληλοσυμπληρώνονται, χωρίς όμως να χάνεται, εν τέλει, η κατ' αρχήν αυτοτέλεια εκάστου¹⁵. Ειδικότερα, εν προκειμένω λεκτέα τυγχάνουν τα ακόλουθα:

7 Εν πρώτοις, σε καθαρά κανονιστικό επίπεδο, έχει από καιρό διαπιστωθεί η εισπήδηση ή, καλύτερα, *μετάγγιση* κανόνων και αρχών του ενός κλάδου στον άλλον· μεταξύ άλλων, ιδίως η ποικιλόμορφη πλέον επίδραση του Συντάγματος στο ιδιωτικό δίκαιο γίνεται εδώ και καιρό ασμένως αποδεκτή. Όπως προσφυώς έχει παρατηρηθεί στην ελληνική θεωρία από τον **Παπανικολάου**, «[κ]ανείς δεν αμφιβάλλει πλέον ότι και το προσυνταγματικό ακόμη ιδιωτικό δίκαιο, όπως εκείνο του BGB στη Γερμανία ή το δίκαιο του ΑΚ σε μας, θα πρέπει εφεξής να αντικρίζεται διαποτισμένο από τον ρυθμό του αξιολογικού αυτού συστήματος [σσ. του Συντάγματος], η δε ερμηνεία του να καθορίζεται αποφασιστικά από τις αξιολογήσεις που συγκροτούν το σύστημα αυτό»¹⁶. Και στο πλαίσιο αυτό, πράγματι οι αστικολόγοι εμφανίσθηκαν πρόθυμοι, κατά τις τελευταίες δεκαετίες, να ενστερνισθούν την νέα αυτή θεώρηση που εντάσσει το αστικό δίκαιο στην ενιαία έννομη τάξη, στην κεφαλή της οποίας ίσταται το Σύνταγμα, αντιλαμβανόμενοι ότι έτσι το αστικό δίκαιο μπορεί να εμπλουτισθεί και ίσως, σε ορισμένα σημεία, να καταστεί κοινωνικά πιο ευαίσθητο, πρωτίστως μέσω της αναγωγής σε συνταγματικές επιταγές και αξιολογήσεις προς υποβοήθηση της επίλυσης διαφορών ιδιωτικού δικαίου (λ.χ. μέσω της αναγωγής στο άρ. 21 Συντ. περί προστασίας του θεσμού της οικογένειας μπορεί να φωτισθεί καλύτερα το περιεχόμενο της

14. Βλ. *Wolf/Neuner*, AT BürgR¹⁰, § 1 αρ. 1 επ.· *MünchKomm(BGB)/Säcker*⁷, Einl. αρ. 2· εγγύτερα *Ehlers*, *Verwaltung in Privatrechtsform*, σ. 30, 37 επ.

15. Έτσι και *Κοϊμτζόγλου*, *Μορφές της απρόβλεπτης μεταβολής των συνθηκών...*, σ. 150, όπου εν συνεχεία ορθώς συμπεραίνεται ότι η αναγνώριση αυτής της σχέσης μεταξύ των δύο κλάδων συνεπάγεται «τη δυνατότητα του καθενός απ' αυτούς, δανεισμού από τον άλλο, δογματικών εννοιών και αρχών, που είτε είναι κοινές, ούτως ή άλλως, σ' ολόκληρη την έννομη τάξη είτε κατεξοχήν καλλιεργήθηκαν στα πλαίσια του ενός μόνον κλάδου δικαίου, όπως π.χ. οι αρχές που αφορούν τη λειτουργία των συμβάσεων, οι οποίες κυρίως στο ιδιωτικό δίκαιο αναπτύχθηκαν»· και *ibidem*, σ. 333: «Παρόλες τις διαφορές τους, οι δύο κλάδοι του δικαίου δεν παύουν, αποτελώντας συμπλέγματα κανόνων που συναπαρτίζουν μία ενιαία έννομη τάξη, να συνδέονται μεταξύ τους με σχέσεις αλληλοδιείσδυσης και αλληλοεπηρεασμού. / Εκδηλώνονται οι σχέσεις αυτές, με δάνεια κανόνων και αρχών του ενός κλάδου προς τον άλλο»· βλ. επίσης *Απ.Γεωργιάδη*, *Εισαγωγή στη νομική επιστήμη*, § 8 αρ. 33 επ.· *Δετσαρίδη*, *Οι αρχές της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης και της καλής πίστης...*, σ. 152, 181-182· *Hofmann*, *Der Staat* 57/2018, ιδίως 31-32· *Ehlers*, *Verwaltung in Privatrechtsform*, σ. 38 επ.

16. *Παπανικολάου*, *Σύνταγμα και Αυτοτέλεια...*, αρ. 3.

αόριστης νομικής έννοιας των *χρηστών ηθών* κατ' άρ. 178 ΑΚ και να γίνει ευχερέστερα δεκτή η ακυρότητα συμβατικής ρήτηρας πολυετούς αποχής εργαζομένης από εγκυμοσύνη, κοκ)¹⁷.

Μεταξύ των ειδικότερων εργαλείων που χρησιμοποιούνται προς την ανωτέρω κατεύθυνση ξεχωρίζουν εκείνα της *τριτενέργειας* –περισσότερο υπό την μορφή της *έμμεσης* τριτενέργειας, επί σκοπώ εξειδίκευσης ή συγκεκριμενοποίησης αορίστων νομικών εννοιών ή γενικών ρητρών του ιδιωτικού δικαίου–, καθώς επίσης και της *απλής ερμηνευτικής αναγωγής σε συνταγματικές διατάξεις* –για την οποία χρησιμοποιείται και ο όρος «*προσανατολισμένη προς το Σύνταγμα ερμηνεία*» (*verfassungsorientierte Auslegung*)– ή της *σύμφωνης (ή εναρμονισμένης) με το Σύνταγμα ερμηνείας* (*verfassungskonforme Auslegung*)¹⁸. Ιδίως σε σχέση με τα δύο τελευταία, λιγότερο ίσως ευρέως γνωστά, εργαλεία, θα πρέπει να επισημανθούν εδώ τα ακόλουθα: Στο πλαίσιο μεν της *απλής ερμηνευτικής αναγωγής σε συνταγματικές διατάξεις* –ή *προσανατολισμένης προς το Σύνταγμα ερμηνείας*– γίνεται δεκτό ότι όλες οι δυνατές ερμηνευτικές εκδοχές αναφορικά με μία διάταξη του κοινού δικαίου κινούνται εντός των ορίων της συνταγματικής νομιμότητας, είναι δηλαδή κατ' αρχήν συμβατές με το Σύνταγμα, έτσι ώστε η τυχόν εντονότερη συμφωνία κάποιας από αυτές με το Σύνταγμα να αποτελεί απλώς ένα *ισοδύναμο* κατ' αρχήν με τα άλλα ερμηνευτικό κριτήριο, το οποίο ως εκ τούτου δεν δύναται να καθορίσει από μόνο του το ερμηνευτικό αποτέλεσμα, αλλ' υπόκειται και αυτό στους κανόνες του κατά **Wilburg** *κινητού συστήματος*¹⁹, το οποίο συγκροτείται εδώ από τα διάφορα επιμέρους ερμηνευτικά κριτήρια

17. Βλ. και Παπανικολάου, Σύνταγμα και Αυτοτέλεια..., ιδίως αρ. 4, όπου όμως, εν γένει, τέτοιου είδους αναγωγές στον συνταγματικό χάρτη αντιμετωπίζονται με επιφυλακτικότητα, στο πλαίσιο μιας γενικότερης προσπάθειας για ανάδειξη της αυτοτέλειας και του «διαγνωστικού προβαδίσματος» του αστικού δικαίου εν συγκρίσει προς τις, υψηλού βαθμού αφαιρέσης, συνταγματικές επιταγές και αξιολογήσεις – παρά την αναντίρρητη υπεροχή ισχύος που διαθέτει το Σύνταγμα· η προσπάθεια αυτή αποσκοπεί, εν τέλει, στο να αποσοβήσει τον κίνδυνο μιας «συνταγματοποίησης του Αστικού Δικαίου» (βλ. ιδίως αρ. 190-191). Στην μελέτη Παπανικολάου υπογραμμίζεται, πάντως, ευθύς εξαρχής ότι επιδίωξή της είναι «όχι να κλονίσει τη βάση της νέας διαγνώσεως, που θέλει την εύρεση του ορθού δικαίου στο πεδίο των ιδιωτικών έννομων σχέσεων να συντελείται πλέον αναπόδραστα στο πλαίσιο ενός πολυεπίπεδου αξιολογικού συστήματος, αλλά να καταδείξει τις υπερβολές [...] στην επίκληση των συνταγματικών αξιολογήσεων» (*ibidem*, αρ. 25 – βλ. επίσης αρ. 189 επ.). Εκείνο το φαινόμενο που δικαιολογημένα συγκεντρώνει την κριτική του συγγραφέα είναι η απευθείας αναγωγή σε κάποια συνταγματική αρχή κατά παράκαμψη των σχετικών διατάξεων του ΑΚ, που θα μπορούσαν ήδη από μόνες τους να δώσουν «την ορθή και δίκαιη λύση» (Παπανικολάου, *ibidem*, αρ. 99 επ. και 191).

18. Διεξοδικά για την σημαντική αυτή διάκριση Καραμπατζός, Η παραίτηση από το δικαίωμα της νόμιμης μοίρας..., σ. 121 επ., όπου και πλήθος περαιτέρω παραπομπών σε γερμανική και ελληνική θεωρία.

19. Γενικότερα για το περίφημο *κινητό σύστημα κριτηρίων* με την έννοια του αυστριακού νομομαθούς *Walter Wilburg* βλ. τον ίδιο, *Entwicklung eines beweglichen Systems im*