

Μεταβιβαστικό αποτέλεσμα: Ειδικά οι προβληματικές της μη εξάντλησης του αντικειμένου της δίκης και των προδικαστικών ζητημάτων

Δ. Μπαμπινιώτης
Επίκουρος Καθηγητής Νομικής Σχολής Δ.Π.Θ.

Α. Η προβληματική της μη εξάντλησης του αντικειμένου της δίκης

1. Γενικά

Το πρόβλημα της μη εξάντλησης του αντικειμένου της δίκης ανακύπτει στις περιπτώσεις εκείνες που το πρωτοβάθμιο δικαστήριο παραλείπει να αποφανθεί επί όλων των αυτοτελών αιτήσεων παροχής δικαστικής προστασίας τα οποία υποβάλλει ο ενάγων. Δεδομένης της κρατούσας στο ελληνικό δίκαιο διμελούς δικονομικής θεωρίας περί του αντικειμένου της δίκης τούτο θα συμβαίνει όταν το δικαστήριο, είτε αφήνει αδικαστο συγκεκριμένο αίτημα, είτε δεν λαμβάνει υπόψη συγκεκριμένη ιστορική βάση η οποία θεμελιώνει κάποιο κοινό αίτημα¹. Κατά άλλη, συνοπτική διατύπωση λοιπόν, το πρόβλημα ανακύπτει οσάκις το πρωτοβάθμιο δικαστήριο δεν αποφαινεται επί συγκεκριμένου κεφαλαίου δίκης.

Ένα πρώτο, προφανές, ζήτημα το οποίο ανακύπτει είναι εάν το μη κριθέν πρωτοδίκως κεφάλαιο δίκης δύναται καν να αποτελέσει αντικείμενο της έκκλητης δίκης. Η απάντηση είναι καταφατική και δίδεται από τον νόμο. Προβλέπεται ειδικότερα στο άρθρο 525 § 1 ΚΠολΔ ότι αντικείμενο της κατ' έφεση δίκης καθίσταται και κάθε αίτηση η οποία υπεβλήθη στον πρώτο βαθμό και αν ακόμη δεν έχει αποφανθεί επ' αυτής το πρωτοβάθμιο δικαστήριο.

Θα πρέπει ωστόσο να σημειωθεί, προς ακριβέστερη κατανόηση του κανονιστικού περιεχομένου της διάταξης του άρθρου 525 § 1 ΚΠολΔ, ότι η σημασία της ανακύπτει ιδίως στις περιπτώσεις εκείνες κατά τις οποίες η μη απόφαση του πρωτοβάθμιου δικαστηρίου δεν συνιστά διαδικαστικό σφάλμα, τουναντίον οφείλεται στο ότι εκείνο δεν είχε καν την εξουσία να αποφανθεί σχετικώς. Αυτό θα ισχύει, μεταξύ άλλων, όταν το πρωτοβάθμιο δικαστήριο αποφαινεται επί της κύριας βάσης την οποία και κάνει δεκτή και για τον λόγο αυτό δεν προχωρεί, ορθώς, λόγω μη

¹ Βλ. *Μακρίδου*, Πρόσθετοι λόγοι εφέσεως, 2000, σ. 84, 86 επ.; *Μητσόπουλο*, Η θεωρία του Αστικού Δικονομικού Δικαίου, Μελέται Ι, σ. 164 επ.; *Κονδύλη*, Το δεδικασμένο κατά τον ΚΠολΔ, 2^η έκδ., 2007, σ. 317.

πλήρωσης της οικείας ενδοδιαδικαστικής αίρεσης, σε κρίση επί της επικουρικής βάσης της αγωγής². Αντίθετα, στις περιπτώσεις εκείνες κατά τις οποίες η παράλειψη του πρωτοβάθμιου δικαστηρίου να αποφανθεί συνιστά διαδικαστικό σφάλμα, η διάταξη επαναλαμβάνει μάλλον το αυτονόητο, δεδομένου ότι η μεταβίβασή τους ενώπιον του δευτεροβάθμιου δικαστηρίου, όπως θα αναφερθεί στη συνέχεια, είναι δυνατόν να χωρήσει με την προβολή σχετικού λόγου έφεσης ο οποίος θα θεμελιώνεται στην οικεία διαδικαστική πλημμέλεια.

Παρά ταύτα, η ρητή πρόβλεψη στο άρθρο 525 § 1 ΚΠολΔ της δυνατότητας να καταστεί αντικείμενο της κατ' έφεση δίκης και η αίτηση δικαστικής προστασίας επί της οποίας εσφαλμένα δεν απεφάνθη το δικάσαν δικαστήριο, ίσως δεν είναι περιττή, εν όψει της σχετικής διχογνωμίας η οποία επικρατεί στη θεωρία και, εν μέρει, και στη νομολογία, περί του τρόπου μεταβίβασης. Επ' αυτής οι αναπτύξεις που έπονται:

2. Η άποψη περί διατήρησης της εκκρεμοδικίας

Έχει υποστηριχθεί μεμονωμένα στη θεωρία από τον Μπέη ότι στις περιπτώσεις που το δικαστήριο εσφαλμένα παραλείπει να αποφανθεί επί αυτοτελούς αιτήσεως παροχής δικαστικής προστασίας, η ανυπαρξία δικαστικής κρίσης δεν επιτρέπει το συμπέρασμα της κατάργησης της εκκρεμοδικίας, με αποτέλεσμα να καθίσταται δυνατή η επίσπευση νέας συζήτησης επί του κεφαλαίου που δεν κρίθηκε, δυνάμει κλήσης³. Η άποψη αυτή, εφόσον την αντιλαμβάνομαι ορθά, συνοψίζεται στην παραδοχή ότι εν προκειμένω δεν υφίσταται καν απόφαση η οποία να περατώνει την εκκρεμοδικία.

Η συγκεκριμένη ερμηνευτική παραδοχή δεν αποτελεί αμιγώς θεωρητική κατασκευή. Μερίδα της νομολογίας του Αρείου Πάγου είχε επίσης κάνει δεκτό ότι «στην περίπτωση κατά την οποία ο Άρειος Πάγος παρέλειψε από παραδρομή, να ερευνήσει παραδεκτώς προταθέντα αναιρετικό λόγο, μπορεί, ενόψει της αυτοτέλειας κάθε λόγου αναίρεσης που σωρευτικώς διατυπώνεται με τους λοιπούς λόγους στο ίδιο δικόγραφο αναίρεσης, να επανέλθει και να τον εξετάσει, χωρίς αυτό να

² Ομοίως και όταν το δικαστήριο κάνει δεκτή την ανακοπή κατά διαταγής πληρωμής στη βάση συγκεκριμένου λόγου τον οποίον κρίνει βάσιμο και απέχει από την εξέταση των λοιπών σωρευόμενων λόγων ανακοπής εφόσον ο ανακόπων δεν δικαιολογεί ειδικό έννομο συμφέρον.

³ *Beys, Stillschweigend vorzunehmende Prozesshandlungen?* FS Baumgärtel, 1990, σ. 16 επ.

αντιτίθεται στις διατάξεις [των άρθρων 309 εδ. α' και 555 ΚΠολΔ], διότι επί του μη εξετασθέντος λόγου δεν υπάρχει απόφαση»⁴. Ως αντιλαμβάνεται κανείς στον πυρήνα της συγκεκριμένης νομολογιακής θέσης βρίσκεται η παραδοχή της ανυπαρξίας απόφασης.

Η λύση αυτή ωστόσο αποκλείστηκε εν τέλει με την ΟΛΑΠ 20/2009⁵ η οποία απεφάνθη υπέρ του απαραδέκτου της νέας συζήτησης λόγω κατάργησης της εκκρεμότητας του αιτήματος ενώπιον του Ακυρωτικού με την έκδοση της οριστικής απόφασής του επί της αναίρεσης, μετά την οποία εκείνο καθίσταται *functus officio* σε σχέση προς τη διαφορά χωρίς να δύναται να την ανακαλέσει.

Δέχτηκε ειδικότερα η Ολομέλεια τα εξής: «Με τη διάταξη του άρθρου 308 παρ. 1 του ΚΠολΔ, η οποία σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 573 παρ. 1 του ίδιου Κώδικα εφαρμόζεται και στην αναιρετική διαδικασία ενώπιον του Αρείου Πάγου, ορίζεται ότι το δικαστήριο εκδίδει οριστική απόφαση αν κρίνει πως η υπόθεση είναι ώριμη γι' αυτό. Κατά την έννοια της διάταξης αυτής οριστική είναι η απόφαση του Αρείου Πάγου που περατώνει τη δίκη επί του ασκηθέντος ενδίκου μέσου της αίτησης αναίρεσης, είτε με την απόρριψη της αίτησης αυτής ως απαράδεκτης ή ως αβάσιμης, είτε, ... με την παραδοχή της αίτησης και την παραπομπή της υπόθεσης προς περαιτέρω εκδίκαση σε άλλο δικαστήριο, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 580 παρ. 2 και 3 του ΚΠολΔ. Με την έκδοση της οριστικής του απόφασης, με την οποία απορρίπτεται τελικά η αίτηση αναίρεσης, και η οποία έχει προφανώς την έννοια ότι δεν κρίθηκε βάσιμος κανένας παραδεκτός λόγος αναίρεσης, το δικαστήριο του Αρείου Πάγου απεκδύεται από κάθε εξουσία για νέα εξέταση της υπόθεσης και αναλώνεται η αξίωση του διαδίκου για παροχή έννομης προστασίας, με την έννοια της επανεξέτασης της διαφοράς, που είναι απαράδεκτη λόγω της έλλειψης εκκρεμοδικίας. Το οριστικό δε απορριπτικό διατακτικό, και χωρίς ειδική απορριπτική σκέψη στο αιτιολογικό, αφορά τόσο τους απαράδεκτους λόγους, όσο και εκείνους που το πραγματικό τους ταυτίζεται με άλλους λόγους αναίρεσης, που ασκήθηκαν συνδυαστικά με εκείνους, και κρίθηκαν ρητά απορριπτέοι. Από τα προαναφερθέντα συνάγεται και ότι, εφόσον υπάρχει στο διατακτικό της απόφασης ρητή απορριπτική διάταξη της αίτησης αναίρεσης στο σύνολό της, δεν υπάρχει δυνατότητα εισαγωγής εκ νέου των λόγων αυτών στο Αναιρετικό Τμήμα για επανεκδίκαση, γιατί στην περίπτωση αυτή έχει καταργηθεί η εκκρεμότητα του αιτήματος ενώπιον του Αρείου Πάγου, αφού το αίτημα τούτο έχει απορριφθεί και το Ακυρωτικό Δικαστήριο απεκδύθηκε κάθε εξου-

⁴ Βλ. έτσι το πρώτον ΑΠ 1829/2005 ΕλλΔνη 2006.437 = ΝΟΜΟΣ. Τη θέση αυτή υιοθέτησαν κατόπιν και άλλες αποφάσεις του Ακυρωτικού, ενώ άλλες απέκλιναν. Τελικά, όπως αναφέρεται στο κείμενο η ερμηνευτική αυτή λύση αποκλείστηκε με την ΟΛΑΠ 20/2009.

⁵ Δημ. ΕΠολΔ 2009/612 = ΕλλΔνη 2010/359 = ΝΟΜΟΣ

σίας για νέα εξέταση της υπόθεσης, ενώ η έρευνα των ίδιων λόγων προϋποθέτει ανάκληση της οριστικής απορριπτικής απόφασης επί της αίτησης αναίρεσης που είναι ανεπίτρεπτη κατά τις διατάξεις των άρθρων 309 εδ. α' και 555 του ΚΠολΔ».

Θα πρέπει βεβαίως να επισημανθεί ότι η ιδιομορφία του ενδίκου μέσου της αναίρεσης σε σχέση με την εδώ εξεταζόμενη προβληματική επιβάλλει επιφυλακτικότητα στην απόπειρα συναγωγής επιχειρημάτων στη βάση της αναλογίας. Τούτου λεχθέντος, τουλάχιστον όσον αφορά στο ζήτημα της ανυπαρξίας απόφα(ν)σης, με ασφάλεια μπορεί να ειπωθεί ότι ο Άρειος Πάγος απέκλεισε τη συνδρομή της οσάκις έχει εκδοθεί οριστική απόφαση επί του ενδίκου μέσου. Η θέση αυτή, ακόμη και αν δεν μεταφέρεται αυτούσια, πάντως σίγουρα συνηγορεί υπέρ της απόρριψης της άποψης *Μπέη*, όπως ακριβώς υπέρ αυτής συνηγορούσε και η προηγούμενη ως άνω νομολογία ορισμένων Πολιτικών Τμημάτων του Αρείου Πάγου που διέβλεπαν εν προκειμένω ανυπαρξία απόφασης.

Η βασική αδυναμία της θέσης *Μπέη* συνίσταται, θεωρώ, στο ότι δια της διατήρησης της εκκρεμοδικίας στη βάση της παραδοχής της ανυπαρξίας απόφασης εμποδίζει εν προκειμένω την άσκηση έφεσης κατ' αναλογική εφαρμογή του άρθρου 559 αρ. 9 (ενδεχομένως και 559 αρ. 8 ΚΠολΔ), η οποία είναι και η ορθότερη λύση, όπως θα εκτεθεί στη συνέχεια⁶. Κατά τον τρόπο δε αυτό οδηγεί και σε περαιτέρω σοβαρές περιπλοκές εν όψει της ρύθμισης του άρθρου 514 § 1 εδ. β' και της προϋπόθεσης της *τελειωτικότητας* της πρωτοβάθμιας απόφασης από την οποία εξαρτά αυτή το παραδεκτό της έφεσης⁷. Τέλος η άποψη *Μπέη* δυσχερώς συμβιβάζεται προς τη ρύθμιση της διάταξης του άρθρου 525 παρ. 1 ΚΠολΔ η οποία μάλλον εκκινεί από τη δεδομένη παραδοχή της περάτωσης της εκκρεμοδικίας έτσι ως διέπει την νομική μεταχείριση των μη κριθέντων κεφαλαίων σε δεύτερο βαθμό.

⁶ Η λύση αυτή δεν ήταν προφανώς διαθέσιμη στην προβληματική που απασχόλησε τον Άρειο Πάγο. Έτσι εξηγείται η υιοθέτηση της λύσης της νέας συζήτησης επί του μη κριθέντος ανααιρετικού λόγου με κλήση. Αποτελούσε τη μοναδική διέξοδο στο πρόβλημα, εφόσον θεωρηθεί ότι τούτο υφίσταται. Τούτο όμως δεν ισχύει για την εδώ εξεταζόμενη προβληματική.

⁷ Περαιτέρω ανάλυση του ζητήματος της τελειωτικότητας εκφεύγει των ορίων της παρούσας εισήγησης. Αρκεί η επισήμανση ότι στη νομολογία και στη θεωρία αμφισβητείται σφόδρα η δυνατότητα ερμηνευτικής διεύρυνσης της εξαίρεσης που προβλέπει ο νόμος ως προς την ανταγωγή, και σε άλλες περιπτώσεις αντικειμενικής σώρευσης, ενώ γίνεται δεκτή στην περίπτωση της απλής ομοδικίας. Βλ. για το ζήτημα εκτενώς *Μακρίδου*, Έφεση κατά οριστικών και τελειωτικών αποφάσεων επί σωρεύσεως και συνεκδικάσεως αγωγών, ΕλλΔνη 2006.979 επ.· *Νίκα*, Πολιτική Δικονομία, ΙΙΙ, σ. 117 επ., ιδίως σ. 123 επ.· *Μπαμπινιώτη*, Μεταβιβαστικό αποτέλεσμα και αντικείμενο της έκκλητης δίκης, 2016, σ. 115 επ.

3. Η άποψη περί του πλάσματος σιωπηρής απόρριψης

Ισχυρή μερίδα της θεωρίας υποστηρίζει ότι κάθε μη κριθείσα πρωτοδίκως αυτοτελής αίτηση παροχής δικαστικής προστασίας θα πρέπει να *θεωρείται* ως σιωπηρώς απορριφθείσα⁸. Η θέση αυτή, εφόσον την αντιλαμβάνομαι ορθά, δέχεται εν προκειμένω ένα νομικό πλάσμα. Κατά τον τρόπο δε αυτό επιλύει το πρόβλημα της «έλλειψης απόφασης» η οποία θα αποτελούσε αντικείμενο προσβολής.

Η ίδια μάλιστα θέση υιοθετείται από ισχυρή μερίδα της νομολογίας. Έχει έτσι κριθεί με την ΑΠ 1161/2015⁹ ότι *«από τα άρθρα 321, 322 παρ.1, 525 παρ.1 και 559 αριθ.9 του ΚΠολΔ προκύπτει ότι αν το δικαστήριο παρέλειψε να δικάσει σε κύριο ή παρεμπίπτον αίτημα της αγωγής και δεν διέλαβε κάτι γι' αυτό στο σκεπτικό και στο διατακτικό της απόφασης του, το αίτημα αυτό θεωρείται ότι απορρίφθηκε σιωπηρά μετά δε την τελεσιδικία της απόφασης δημιουργείται δεδικασμένο που εμποδίζει να καταστεί το αίτημα αυτό αντικείμενο αμφισβήτησης και νέας δίκης μεταξύ των διαδίκων»*. Επίσης με την ΑΠ 717/2018 έγινε δεκτό ότι η ίδια λύση απορρέει ευθέως και από την ως άνω ρύθμιση του άρθρου 525 § 1 ΚΠολΔ σε συνδυασμό προς τις ως άνω περί δεδικασμένου διατάξεις¹⁰.

Διατηρώ πολύ σοβαρές επιφυλάξεις ως προς το αν η συγκεκριμένη θέση μπορεί όντως να βρει έρεισμα στις διατάξεις τις οποίες επικαλείται η νομολογία.

Σίγουρα αυτό δεν μπορεί βάσιμα να υποστηριχθεί για τη διάταξη του άρθρου 559 αρ. 9 ΚΠολΔ η οποία, λογικώς και νομικώς, προϋποθέτει παράλειψη κρίσης και άρα δεν μπορεί να εφαρμοστεί επί απόρριψης, έστω κατά πλάσμα συναγόμενης. Αυτό το οποίο προφανώς εννοεί η νομολογία είναι ότι θα παράγεται δεδικασμένο εκ της πλασματικής απόρριψης το οποίο θα τελεί υπό την διαλυτική αίρεση της επιτυχούς άσκησης αναίρεσης από το άρθρο 559 αρ. 9 ΚΠολΔ. Η εγγενής αντίθεση ωστόσο μεταξύ των δύο αυτών παραδοχών είναι προφανής. Σημειώνεται προς

⁸ Έτσι Κεραμέυς, Αστικό Δικονομικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος, 1986, σ. 305· Κουσούλης σε Κεραμέα/Κονδύλη/Νίκα, ΚΠολΔ Ι (2000) 322, αριθ. 2· Μακρίδου, Πρόσθετοι λόγοι εφέσεως, 2000, σ. 88· Ράμμος, Εγχειρίδιον Ι, 1978, § 205, 574.

⁹ Δημ. ΝΟΜΟΣ. Βλ. επίσης ΑΠ 35/2013 ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 1520/2010 ΝΟΜΟΣ.

¹⁰ Δημ. ΝΟΜΟΣ: *«Εξάλλου, από τις ίδιες διατάξεις [ενν. των άρθρων 321, 322 και 324 ΚΠολΔ] και αυτή του άρθρου 525 παρ.1 ΚΠολΔ συνάγεται ότι, αν το δικαστήριο παρέλειψε να δικάσει σε κύριο ή παρεμπίπτον αίτημα της αγωγής και δεν διέλαβε κάτι γι' αυτό στο σκεπτικό και στο διατακτικό της απόφασής του, το αίτημα αυτό θεωρείται ότι απορρίφθηκε σιωπηρά, μετά δε την τελεσιδικία της απόφασης δημιουργείται δεδικασμένο που εμποδίζει να καταστεί το αίτημα αυτό αντικείμενο αμφισβήτησης και νέας δίκης μεταξύ των διαδίκων»*. Βλ. έτσι, όσον αφορά στο άρθρο 525 § 1 Κεραμέα, Αστικό Δικονομικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος, 1986, σ. 305· Μακρίδου, Πρόσθετοι λόγοι εφέσεως, 2000, σ. 88· Νίκα, Πολιτική Δικονομία, ΙΙ, 2005, σ. 669, ο οποίος πάντως για άλλους λόγους αποκλείει την εκδοχή της σιωπηρής απόρριψης

επίρρωση της προβαλλόμενης εδώ αντίρρησης ότι, σύμφωνα με την πάγια νομολογία του Αρείου Πάγου, ο αναιρετικός λόγος από το άρθρο 559 αρ. 9 ΚΠολΔ δεν ιδρύεται όταν το δικαστήριο της ουσίας απορρίπτει την αίτηση παροχής δικαστικής προστασίας, ακόμη και σιωπηρά. Διακρίνει δηλαδή το Ακυρωτικό μεταξύ της *εκ της σιωπής του δικάσαντος δικαστηρίου συναγόμενης παράλειψης απόφασης*, η οποία όντως ιδρύει τον αναιρετικό λόγο από το άρθρο 559 αρ. 9 ΚΠολΔ και της *σιωπηρής απόρριψης*, η οποία εξ ορισμού τον αποκλείει¹¹. Άρα εκ του άρθρου 559 αρ. 9 ΚΠολΔ δεν μπορεί όντως να συναχθεί επιχείρημα υπέρ της θεωρητικής κατασκευής της σιωπηρής απόρριψης.

Κυρίως όμως το χωρίς διακρίσεις πλάσμα της σιωπηρής απόρριψης δεν μπορεί να θεωρηθεί συμβατό προς τις διατάξεις του δεδिकाσμένου. Η περαιτέρω ανάλυση του ζητήματος εκφεύγει των ορίων της παρούσας εισήγησης. Σημειώνεται μόνον ότι η ως άνω μερίδα της νομολογίας δεν λαμβάνει υπόψη της τη ρύθμιση του άρθρου 324 ΚΠολΔ η οποία αποδίδει την συνειδητή επιλογή του νομοθέτη να περιορίσει τη δέσμευση του δεδिकाσμένου εντός της ιστορικής και νομικής αιτίας της απόφασης. Τούτο σημαίνει ότι η μη εξάντληση του αντικειμένου της δίκης από το δικάζον δικαστήριο, ακόμη και η εσφαλμένη (λ.χ. στην περίπτωση συρροής ενδοσυμβατικής και αδικοπρακτικής ευθύνης όταν αμφότερες οι νομικές θεμελιώσεις καλούνται σε εφαρμογή στη βάση της ιστορικής βάσης της αγωγής και του αιτήματος αυτής) δεν βλάπτει τον διάδικο ο οποίος δύναται να επανέλθει με νέα αγωγή χωρίς να εμποδίζεται από το δεδिकाσμένο¹². Δεν δικαιολογείται έτσι, τουλάχιστον στην απολυτότητά της, η θέση ότι η παράλειψη κρίσης ισούται με απορριπτική κρίση η οποία εξοπλίζεται με δεδिकाσμένο¹³.

Έτι περαιτέρω, ανεξάρτητα από την αντίρρηση εκ του άρθρου 324 ΚΠολΔ, κατά του πλάσματος απόρριψης έχει ασκηθεί βάσιμη κριτική υπό το πρίσμα (α) του άρθρου 93 § 3 Σ και της εκεί θεσπιζόμενης αρχής της ειδικής και εμπειριστατωμένης αιτιολογίας, (β) της ανασφάλειας την οποία συνεπάγεται ως προς τον προσδιορισμό του αντικειμένου και των αντικειμενικών ορίων του

¹¹ Πάγια νομολογία βλ. ενδεικτικά μόνον ΑΠ 814/2019· ΑΠ 756/2019 αδημ.· ΑΠ 1852/2017 αδημ.· ΑΠ 209/2017 ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 606/2015 ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 465/2015 ΤΝΠ ΔΣΑ· ΑΠ 649/2014 ΤΝΠ ΔΣΑ· ΑΠ 780/2014 ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 528/2009 ΝΟΜΟΣ.

¹² ΟΛΑΠ 967/1973 ΝοΒ 22.505. Βλ. και Νίκα, Πολιτική Δικονομία, ΙΙ, 2015, σ. 674: «αν το συγκεκριμένο βιοτικό συμβάν ερευνήθηκε μόνον από τη σκοπιά της δικαιοπραξίας και η αγωγή απορρίφθηκε, δεν κωλύεται από το δεδिकाσμένο η επάνοδος του ενάγοντος με επίκληση της ανεξέταστης νομικής βάσεως της αδικοπραξίας». Βλ. επίσης τις παραπομπές στη θεωρία κατωτέρω στη σημείωση 14.

¹³ Αντίστοιχες απόψεις σε σχέση με τις περί δεδिकाσμένου διατάξεις δεν υποστηρίζονται πάντως στη θεωρία, ούτε από όσους δέχονται το πλάσμα απόρριψης.

δεδικασμένου, (γ) του δογματικού άτοπου να προσδιορίζονται εκ του αποτελέσματος στη βάση του περιεχομένου της αγωγής και ουχί της απόφασης¹⁴.

Τέλος δεν είναι πειστικό, θεωρώ, ούτε το επιχείρημα ότι η κατασκευή του πλάσματος σιωπηρής απόρριψης είναι συμβατή και επιβεβαιώνεται από τη ρύθμιση του άρθρου 525 § 1 ΚΠολΔ. Η πλάσματικά έστω συναγόμενη απόρριψη συνιστά κρίση και δη κρίση αρνητική. Υπό το πρίσμα αυτό θα μπορούσε βάσιμα να υποστηριχτεί ότι η διάταξη του άρθρου 525 § 1 ΚΠολΔ δεν καλείται καν σε εφαρμογή έτσι ως αναφέρεται στην περίπτωση κατά την οποία το πρωτοβάθμιο δικαστήριο δεν έχει αποφανθεί επί αιτήσεως.

Πέραν δε και όλων των ανωτέρω, η βασική αντίρρηση την οποία θα είχε κανείς έναντι του πλάσματος σιωπηρής απόρριψης εντοπίζεται στο ότι δεν υφίσταται καν η αναγκαιότητα η οποία θα επέβαλλε την αποδοχή του. Επ' αυτού οι αναπτύξεις της επόμενης ενότητας.

4. Η άποψη περί (αναλογικής) εφαρμογής του άρθρου 559 αρ. 9 ΚΠολΔ

Ως ορθότερη για την αντιμετώπιση του ζητήματος προβάλλει, θεωρώ, η άποψη την οποία έχει υποστηρίξει ο *Κονδύλης*¹⁵ σύμφωνα με την οποία η απόφαση του πρωτοβάθμιου δικαστηρίου, ακόμη και αν δεν αποφαίνεται επί αυτοτελούς αιτήματος παροχής δικαστικής προστασίας, είναι οριστική και περατώνει τη δίκη και ως προς αυτό. Ζήτημα έλλειψης απόφασης εν προκειμένω δεν τίθεται. Η οριστική αυτή απόφαση, η οποία περατώνει την εκκρεμοδικία, θα προσβάλλεται κατά το σκέλος της αυτό στο οποίο εμφολόγησε η δικονομική πλημμέλεια της παράλειψης με έφεση κατ' αναλογική εφαρμογή του άρθρου 559 αρ. 9 ΚΠολΔ, δεδομένου ότι η οικεία διαδικαστική πλημμέλεια θεμελιώνει προφανώς και λόγο έφεσης¹⁶.

¹⁴ Βλ. σχετικά *Κονδύλης*, Το δεδικασμένο κατά τον ΚΠολΔ, 2^η έκδ., 2007, σ. 315 επ.· *Καλαβρό*, Πολιτική Δικονομία, 4^η έκδ., 2016, σ. 658 – 659· Προς τη θέση ότι η δημιουργία δεδικασμένου προϋποθέτει κρίση επί του αιτήματος δικαστικής προστασίας συντάσσεται και ο *Νίκας*, Πολιτική Δικονομία, ΙΙ, 2005, σ. 669· ο *ίδιος*, Το έννομο συμφέρον ως προϋπόθεση του παραδεκτού των ενδίκων μέσων κατά τον ΚΠολΔ, 1981, σ. 23 – 24, σημ. 90, σ. 165. Κατ' εσχολήν δε προς την ίδια θέση συντάσσεται προφανώς και ο *Μπέης*, Τα αντικειμενικά όρια του δεδικασμένου, Δίκη 1988.717· ο *ίδιος*, *Stillschweigend vorzunehmende Prozesshandlungen?* FS Baumgärtel, 1990, σ. 16 επ., ο οποίος και αντλεί εξ αυτής κατά τα ανωτέρω το συμπέρασμα της ανυπαρξίας οριστικής απόφασης επί της μη κριθείσας αίτησης παροχής δικαστικής προστασίας.

¹⁵ *Κονδύλης*, Το δεδικασμένο κατά τον ΚΠολΔ, 2^η έκδ., 2007, σ. 316 – 317. Βλ. και *Μπαμπινιώτη*, Μεταβιβαστικό αποτέλεσμα της έφεσης και αντικείμενο της έκκλητης δίκης, 2016, σ. 86 επ.

¹⁶ Κατά νομική κυριολεξία δεν θα πρόκειται εν προκειμένω περί αναλογικής εφαρμογής αφού δεν υφίσταται κάποιο κενό. Η νομική πλημμέλεια στην οποία αναφέρεται το άρθρο 559 αρ. 9 ΚΠολΔ αποτελεί εν ταυτώ και λόγο έφεσης άνευ ετέρου τινός.

Τούτων δεδομένων, δεν υφίσταται κάποιο ζήτημα εκ της παράλειψης απόφασης, υπό την έννοια ότι αυτή συνεπάγεται την ανυπαρξία αντικειμένου προσβολής¹⁷. Εάν όντως υφίστατο τέτοιο πρόβλημα θα έπρεπε κανείς να δεχτεί ότι και η ίδια η ρύθμιση του άρθρου 559 αρ. 9 ΚΠολΔ πάσχει λογικώς και νομικώς στην έκταση που προβλέπει περί της προσβολής με αναίρεση ανύπαρκτης οριστικής διάταξης. Κάτι τέτοιο δεν ισχύει. Στην ίδια τη λογική της διάταξης, η οποία αυτούσια ισχύει και στην προβληματική της έφεσης, η ελλείπουσα κρίση συγκροτεί την ίδια τη διαδικαστική πλημμέλεια και δημιουργεί το αντικείμενο προσβολής που απαιτείται ως πλημμέλεια που έχει εμφιλοχωρήσει στην οριστική απόφαση που περάτωσε την εκκρεμοδικία.

Σημειώνεται ότι, εφόσον γίνει δεκτή η οικεία άποψη, η παράλειψη του διαδίκου να ασκήσει έφεση θα έχει ως συνέπεια και την τελεσιδικία της απόφασης, η οποία ωστόσο δεν θα παράξει δεδικασμένο ως προς την αυτοτελή αίτηση παροχής δικαστικής προστασίας επί της οποίας δεν απεφάνθη το δικάσαν δικαστήριο. Τούτο είναι απολύτως συνεπές προς ότι ήδη εκτέθηκε για την ερμηνεία των περί δεδικασμένου διατάξεων. Ο ενάγων θα δύναται τότε να επανέλθει με νέα αγωγή ως προς τη μη παντάπασι κριθείσα αυτοτελή αίτηση παροχής δικαστικής προστασίας.

5. Η θέση μερίδας της νομολογίας του Αρείου Πάγου περί των κριτηρίων από τα οποία συνάγεται αληθής σιωπηρή απόρριψη

Μερίδα της νομολογίας του Αρείου Πάγου υιοθετεί εξαιρετικά ελαστικά κριτήρια στη βάση των οποίων αποφαίνεται ότι το δικαστήριο της ουσίας όντως ήτοι αληθώς και όχι κατά πλάσμα απέρριψε σιωπηρά αυτοτελή αίτηση παροχής δικαστικής προστασίας. Η συγκεκριμένη νομολογική προσέγγιση έχει αναπτυχθεί ακριβώς στο πλαίσιο ερμηνείας και εφαρμογής του άρθρου 559 αρ. 9.

Δέχεται ειδικότερα ο Άρειος Πάγος ότι κατά την αληθινή έννοια της διάταξης του άρθρου 559 αρ. 9 ΚΠολΔ «για τη θεμελίωση του προβλεπόμενου από αυτή λόγου αναίρεσης απαιτείται η παντελής σιωπή του δικαστηρίου της ουσίας σε αυτοτελή αίτηση των διαδίκων να υπάρχει, όχι μόνο στο αιτιολογικό, αλλά και στο διατακτικό. Συνεπώς, αν από το διατακτικό προκύπτει ότι η αίτηση δικαστικής προστασίας απορρίφθηκε στο σύνολο της, μολονότι δεν υπάρχει ειδική αιτιολογία ως προς όλα τα αιτήματα (σιωπηρή απόρριψη), δεν ιδρύεται ο ανωτέρω λόγος αναίρεσης»¹⁸.

¹⁷ Πρβλ. Μακρίδου, Πρόσθετοι λόγοι εφέσεως, 2000, σ. 88, η οποία προς θεμελίωση της κατασκευής περί νομικού πλάσματος σιωπηρής απόρριψης σημειώνει ότι εάν δεν υφίστατο αυτό θα έπρεπε κανείς να δεχτεί «ότι η αρνησιδικία του δικαστηρίου σημαίνει την απουσία οριστικής διατάξεως, αφού η υποβληθείσα αίτηση δεν κρίθηκε καθόλου ... θα ήταν, τότε, παράδοξο να επιτρέπεται η άσκηση ενδίκων μέσων κατ' ανύπαρκτης αποφάσεως».

¹⁸ Βλ. έτσι τις αποφάσεις στις οποίες γίνεται παραπομπή ευθύς ανωτέρω στη σημείωση 11.

Η νομολογία αυτή, καίτοι σαφώς διακρίνει μεταξύ της *παράλειψης κρίσης* και της *σιωπηρής απόρριψης*, καταλήγει σε λύσεις οι οποίες διαφοροποιούνται ελάχιστα, αν δεν ταυτίζονται πλήρως, με τις λύσεις στις οποίες οδηγεί η θέση περί *πλάσματος* σιωπηρής απόρριψης. Η γενική αναφορά σε απόρριψη της αγωγής υφίσταται σε κάθε απορριπτική απόφαση. Η αναγωγή της λοιπόν σε κριτήριο προσδιορισμού του περιεχομένου της δικαστικής απόφασης θα οδηγεί, σχεδόν πάντοτε, στη συναγωγή του συμπεράσματος ότι το δικαστήριο της ουσίας *όντως*, ήτοι *αληθώς*, απέρριψε τα αγωγικά αιτήματα στο σύνολό τους. Η λύση αυτή δεν διαφοροποιείται εκ του αποτελέσματος από τη λύση του πλάσματος σιωπηρής απόρριψης.

Για την ταυτότητα μάλιστα του λόγου η θέση αυτή της νομολογίας δεν θα εφαρμόζεται μόνον επί συνολικής απόρριψης της αγωγής. Θα εφαρμόζεται και όταν η αγωγή γίνεται εν μέρει μόνον δεκτή, το δε δικαστήριο διαλαμβάνει στην απόφασή του, ως είθισται, ότι απορρίπτει κατά τα λοιπά. Και η αναφορά αυτή θα πρέπει να δικαιολογεί, πάντα κατά τη σχολιαζόμενη νομολογική θέση, την παραδοχή ότι το δικαστήριο της ουσίας *όντως*, ήτοι *αληθώς*, απέρριψε τα αιτήματα τα οποία δεν επιδίκασε.

Έναντι της θέσης αυτής ισχύει το σύνολο των αντιρρήσεων οι οποίες διατυπώθηκαν ανωτέρω υπό (3) σχετικά με το δεδικασμένο και την έλλειψη αιτιολογιών.

Ο νομολογιακός κανόνας θα πρέπει να είναι ότι, ακόμη και αν δεν αποκλειστεί γενικώς το ενδεχόμενο *αληθούς σιωπηρής απόρριψης*, πάντως η κρίση ότι αυτή έλαβε *όντως* χώρα, θα πρέπει να στηρίζεται σε ασφαλείς περί τούτου ενδείξεις. Τέτοια ένδειξη δεν συνιστά η γενικόλογη αναφορά στο διατακτικό της απόφασης περί απόρριψης της αγωγής ή περί απόρριψης όσων κρίθηκαν απορριπτέα (επί μερικής απόρριψης) στην έκταση τουλάχιστον που δεν μπορεί να συνδυαστεί με αντίστοιχες ενδείξεις αντλούμενες από το αιτιολογικό της απόφασης.

6. Το επιβεβλημένο της προβολής λόγου έφεσης για την μεταβίβαση της εσφαλμένα μη κριθείσας πρωτοδίκως αυτοτελούς αίτησης παροχής δικαστικής προστασίας

Είτε θεωρηθεί ότι υφίσταται *κατά πλάσμα συναγόμενη* απόρριψη της μη κριθείσας αυτοτελούς αιτήσεως παροχής δικαστικής προστασίας, είτε θεωρηθεί ότι υφίσταται *αληθής συναγόμενη απόρριψη* της αιτήσεως αυτής, είτε θεωρηθεί είτε τέτοια απόρριψη δεν υφίσταται και απλά παρέχεται η δυνατότητα άσκησης έφεσης λόγω της παράλειψης, ο διάδικος που έχει προς τούτο έννομο συμφέρον *υποχρεούται* στην προβολή αυτοτελούς λόγου έφεσης. Διαφορετικά το οικείο κεφάλαιο *δεν θα μεταβιβάζεται* στο δευτεροβάθμιο δικαστήριο. Και στη συγκεκριμένη περίπτωση εφαρμόζεται κανονικά η ρύθμιση περί μεταβιβαστικού αποτελέσματος του άρθρου 522 ΚΠολΔ.

Δεν δικαιολογείται έτσι η θέση μερίδας της θεωρίας και της παλαιότερης ιδίως νομολογίας η οποία, χωρίς καμία διάκριση μεταξύ του εάν η παράλειψη κρίσης είναι *εσφαλμένη* ή *ορθή* δέχεται ότι το οικείο κεφάλαιο, ως μη κριθέν, μεταβιβάζεται αυτόματα στον δεύτερο βαθμό δικαιοδοσίας¹⁹. Αυτό ισχύει, και αποδίδει την απολύτως κρατούσα άποψη, μόνον στις περιπτώσεις που *ορθά* το πρωτοβάθμιο δικαστήριο δεν απεφάνθη επί αυτοτελούς αιτήματος παροχής δικαστικής προστασίας, όπως λ.χ. όταν δέχεται την κύρια βάση της αγωγής και ορθά δεν εξετάζει καν την επικουρική. Στις περιπτώσεις ωστόσο που *εσφαλμένα* δεν εξετάζει αυτοτελή αίτηση παροχής δικαστικής προστασίας, όπως λ.χ. όταν απορρίπτει την κύρια βάση της αγωγής και εσφαλμένα δεν αποφαινεται επί της επικουρικής, δεν προκύπτει από καμία διάταξη του ΚΠολΔ, απαλλαγή του διαδίκου από το βάρος να προβάλλει το σφάλμα αυτό με λόγο έφεσης, όπως δύναται και έχει έννομο συμφέρον σε κάθε περίπτωση.

B. Η προβληματική των προδικαστικών ζητημάτων

1. Γενικά

Το πρόβλημα μπορεί να συνοψιστεί ως εξής: Συγκροτούν ή όχι τα προδικαστικά ζητήματα αυτοτελές κεφάλαιο της απόφασης του πρωτοβάθμιου δικαστηρίου. Εάν το ερώτημα αυτό απαντηθεί καταφατικά, τότε για τη μεταβίβασή τους ενώπιον του δευτεροβάθμιου δικαστηρίου θα απαιτείται κατ' άρθρον 522 ΚΠολΔ η αυτοτελής προσβολή της οικείας κρίσης του πρωτοβάθμιου δικαστηρίου με λόγο έφεσης. Εάν το ερώτημα αυτό απαντηθεί αρνητικά, τότε θα μεταβιβάζονται αυτόματα με την προσβολή από τον εκκαλούντα του κεφαλαίου της απόφασης στο οποίο εντάσσονται, ήτοι του κεφαλαίου της απόφασης που αφορά την κύρια έννομη συνέπεια προς την οποία συνδέονται με δεσμό προδικαστικότητας κατά την έννοια του άρθρου 331 ΚΠολΔ.

2. Η κρατούσα άποψη σύμφωνα με την οποία τα προδικαστικά ζητήματα συγκροτούν αυτοτελές κεφάλαιο απόφασης.

Η κρατούσα άποψη στη θεωρία²⁰ και στη νομολογία²¹, υποστηρίζει ότι, όντως, τα προδικαστικά ζητήματα συγκροτούν αυτοτελές κεφάλαιο της απόφασης με αποτέλεσμα να αποτελεί και την αυτοτελή προσβολή τους με λόγο έφεσης ως προϋπόθεση της μεταβιβάσεώς τους κατ' άρθρον 522

¹⁹ Βλ. τις παραπομπές σε θεωρία και νομολογία σε *Μπαμπινιώτη*, Μεταβιβαστικό αποτέλεσμα της έφεσης και αντικείμενο της έκκλητης δίκης, 2016, σ. 405 επ., ιδίως 410 επ., 418 επ.

²⁰ *Μπέης*, Πολιτική Δικονομία, άρθρο 522, σ. 1965 – 1966· *Νίκας*, Πολιτική Δικονομία, ΙΙΙ, 2007, σ. 168, 195· *Τσικρικάς*, Το μεταβιβαστικό αποτέλεσμα της εφέσεως στην πολιτική δίκη, 1986, σ. 101επ. (καίτοι με εν μέρει διαφορετική θεμελίωση).

²¹ Βλ. όλως ενδεικτικά ΑΠ 1365/2015 ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 1086/2009 ΝΟΜΟΣ = ΕΠολΔ 2010.279.

ΚΠολΔ. Η θέση αυτή θεμελιώνεται στην παραδοχή ότι η κρίση επί των προδικαστικών ζητημάτων, καίτοι εμπίπτει στις αιτιολογίες της δικαστικής απόφασης, καταλαμβάνεται αυτοτελώς από τη δεσμευτική ενέργεια του δεδिकाσμένου κατ' άρθρον 331 ΚΠολΔ²².

Στην δικαστική πρακτική το ζήτημα ανακύπτει συχνά οσάκις η αγωγή απορρίπτεται κατ' αποδοχή καταλυτικής ένστασης του εναγομένου, οπότε, και πάλι κατά την κρατούσα στη θεωρία και νομολογία άποψη, παράγεται δεδिकाσμένο για την ύπαρξη του δικαιώματος κατ' άρθρον 331 ΚΠολΔ. Δέχεται δε σχετικώς η νομολογία του Αρείου Πάγου ότι η έφεση την οποία ασκεί ο ενάγων βάλλοντας κατά της αποδοχής της ένστασης μεταβιβάζει στο δευτεροβάθμιο δικαστήριο μόνον το ζήτημα αυτό ενώ το ζήτημα της ύπαρξης της αξίωσης κατά της οποίας βάλλει η ένσταση μεταβιβάζεται μόνον εάν προσβληθεί αυτοτελώς από τον νικήσαντα εναγόμενο²³.

3. Η μειοψηφούσα στη θεωρία γνώμη

Μεμονωμένα υποστηρίζεται στη θεωρία και η αντίθετη γνώμη σύμφωνα με την οποία η προδικαστική έννομη σχέση δεν συγκροτεί αυτοτελές κεφάλαιο δίκης αλλά εντάσσεται στο κεφάλαιο δίκης και απόφασης της κύριας έννομης συνέπειας προς την οποία συνδέεται με δεσμό αναγκαιότητας²⁴.

4. Κριτική της κρατούσας άποψης

4.1. Ο κατ' άρθρον 331 ΚΠολΔ δεσμός αναγκαιότητας κρίνεται με βάση την τελεσίδικη δικαστική απόφαση και ουχί την πρωτόδικη

Η βασική αντίρρηση κατά της κρατούσας άποψης εντοπίζεται στο ότι δεν λαμβάνει υπόψη της ότι κατά τη ρύθμιση του άρθρου 331 ΚΠολΔ ο δεσμός αναγκαιότητας, ο οποίος αποτελεί και τη βάση της επέκτασης του δεδिकाσμένου στην προδικαστική έννομη συνέπεια, κρίνεται στη βάση της τελεσίδικης δικαστικής απόφασης και όχι της πρωτόδικης. Τούτο επισημαίνεται ορθά από την

²² Βλ. τις παραπομπές σε θεωρία και νομολογία στις δύο προηγούμενες σημειώσεις.

²³ Βλ. ενδεικτικά ΑΠ 1365/2015 ΝΟΜΟΣ: «όταν εκκαλείται από τον ηττηθέντα ενάγοντα η απόφαση που απέρριψε την αγωγή του κατά παραδοχή της από το άρθρο 281 του ΑΚ ενστάσεως του εναγόμενου, αντικείμενο της κατ' έφεση δίκης καθίσταται μόνο η ένσταση καταχρηστικής άσκησης του δικαιώματος και όχι η ύπαρξη του σχετικού δικαιώματος, η οποία μόνο με αντίθετη έφεση ή αντέφεση μπορεί να ερευνηθεί για την οποία υφίσταται έννομο συμφέρον προς αποτροπή του δεδिकाσμένου». Η οικεία θέση της νομολογίας σχετίζεται προφανώς και με την έτερη παραδοχή της ότι οι ενστάσεις συγκροτούν αυτοτελές κεφάλαιο δίκης, η οποία απορρίπτεται συλλήβδην από τη θεωρία. Βλ. για το ζήτημα αυτό εκτενώς *Μπαμπινιώτη*, *Μεταβιβαστικό αποτέλεσμα της έφεσης και αντικείμενο της έκκλητης δίκης*, 2016, σ. 440 επ., ιδίως 453 επ.

²⁴ Έτσι το πρώτον *Μακρίδου*, *Πρόσθετοι λόγοι εφέσεως κατά τον ΚΠολΔ*, 2000, σ. 91 επ. Έτσι κατόπιν και *Μπαμπινιώτη*, *Μεταβιβαστικό αποτέλεσμα της έφεσης και αντικείμενο της έκκλητης δίκης*, 2016, σ. 270 επ.

Μακρίδου ως εξής: «η τελεσιδικία της διατάξεως επί του προδικαστικού ζητήματος οφείλεται στην τελεσιδικία της αποφάσεως επί της κύριας έννομης συνέπειας. Αν, λοιπόν, η τελευταία δεν τελεσιδικήσει και δεν παραχθεί δεδικασμένο, αποκλείεται οπωσδήποτε η αυτόνομη τελεσιδικία ή η παραγωγή δεδικασμένου ως προς την προδικαστική έννομη σχέση»²⁵.

Εντεύθεν, η αναβίωση της εκκρεμοδικίας όσον αφορά στην κύρια έννομη συνέπεια, από και δια της ασκήσεως της έφεσης, αποκλείει κάθε συζήτηση περί τελεσιδικίας της κρίσης του πρωτοβάθμιου δικαστηρίου επί της «προδικαστικής» έννομης σχέσης. Στην πραγματικότητα, στο στάδιο αυτό δεν μπορεί να γίνει καν λόγος για προδικαστικότητα και για πλήρωση των προϋποθέσεων του άρθρου 331 ΚΠολΔ. Αυτές θα κριθούν στη βάση του περιεχομένου της απόφασης του εφετείου επί της κύριας έννομης συνέπειας.

Σχετικώς παρατηρούνται τα εξής²⁶: «[Η κρατούσα άποψη] παραγνωρίζει ... την ακόλουθη θεμελιώδη παραδοχή όσον αφορά στο δεδικασμένο: Ως προς το κύριο αντικείμενο δίκης είναι απολύτως βέβαιο ότι θα παραχθεί δεδικασμένο κατά τους όρους των άρθρων 322 και 324. Αβέβαιο είναι μόνον το περιεχόμενό του. Αντίθετα, ως προς τα προδικαστικά ζητήματα, είναι αβέβαιη αυτή καθαυτή η δημιουργία δεδικασμένου, καθώς εξαρτάται από το περιεχόμενο του διατακτικού της δικαστικής απόφασης, την κατάφαση δηλαδή της αναγκαιότητας για την εφαρμογή του άρθρου 331 ΚΠολΔ σχέσης αναγκαιότητας μεταξύ της αιτιολογικής κρίσης επί της προδικαστικής έννομης συνέπειας και του διατακτικού της δικαστικής απόφασης που εξοπλίζεται εν τέλει με ισχύ δεδικασμένου, ήτοι της απόφασης του δευτεροβάθμιου δικαστηρίου. Ο δεσμός αυτός όμως δεν μπορεί να προεξοφληθεί ήδη από την έκδοση της οριστικής απόφασης και ενόσω η κρίση περί της συνδρομής ή μη της κύριας έννομης συνέπειας καθίσταται εκκρεμής εκ νέου ενώπιον του εφετείου».

Η βασιμότητα της επισήμανσης αυτής επιβεβαιώνεται από την επισκόπηση σειράς περιπτώσεων κατά τις οποίες, λόγω της μεταβολής του περιεχομένου του διατακτικού μεταξύ πρώτου και δεύτερου βαθμού δικαιοδοσίας, κρίση επί προδικαστικής έννομης σχέσης η οποία χώρησε από το πρωτοβάθμιο δικαστήριο καθίσταται απολύτως αδιάφορη εν όψει της κρίσης του δευτεροβάθμιου δικαστηρίου. Τα παραδείγματα είναι εν δυνάμει πολλά. Ενδεικτικά αναφέρεται ωστόσο: (α) Η περίπτωση κατά την οποία το πρωτοβάθμιο δικαστήριο έκανε δεκτή κατ' ουσίαν την αγωγή με την οποία ασκείτο αξίωση από συμβατική έννομη σχέση, διαπιστώνοντας ως προδικαστικό ζήτημα την ισχύ της, ενώ το δευτεροβάθμιο δικαστήριο απέρριψε την ίδια αγωγή αυτεπαγγέλτως ή κατ' αποδοχή προβαλλόμενου λόγου έφεσης από τον εναγόμενο ως απαράδεκτη, (β) Η παραλλαγή της

²⁵ Βλ. έτσι και Μακρίδου, Πρόσθετοι λόγοι έφεσεως κατά τον ΚΠολΔ, 2000, σ. 96,

²⁶ Μπαμπινιώτης, Μεταβιβαστικό αποτέλεσμα της έφεσης και αντικείμενο της έκκλητης δίκης, 2016, σ. 282.

περιπτώσεως αυτής, κατά την οποία το δευτεροβάθμιο δικαστήριο απορρίπτει εν τέλει την αγωγή κατ' αποδοχή ενστάσεως παραγραφής, η οποία, τουλάχιστον κατά τη συντριπτική κρατούσα στη θεωρία και στη νομολογία άποψη, δεν προϋποθέτει την κρίση επί της ύπαρξης και της αξίωσης που αποτελεί την κύρια έννομη συνέπεια.

4.2. Δογματικές αντιρρήσεις

Η πρώτη ως άνω αντίρρηση επαρκεί, θεωρώ, για την αντίκρουση της κρατούσας άποψης. Τούτου λεχθέντος αυτή βαρύνεται και με μια σειρά από δογματικές ανακολουθίες. Ειδικότερα.

4.2.α. Σε σχέση με την έννοια του κεφαλαίου

Δεν αμφισβητείται στη θεωρία²⁷ και στη νομολογία²⁸ ότι κεφάλαιο δίκης συγκροτεί η αυτοτελής αίτηση παροχής δικαστικής προστασίας που εισάγει αυτοτελές αντικείμενο δίκης και παράγει εκκρεμοδικία. Επίσης δεν αμφισβητείται (προκύπτει εξάλλου από το γράμμα του άρθρου 331 ΚΠολΔ) ότι προδικαστικά ζητήματα είναι μόνον εκείνα τα οποία κρίνονται *παρεμπιπτόντως* ως προϋπόθεση του κύριου ζητήματος, ήτοι εκείνα ως προς τα οποία δεν υποβάλλεται αυτοτελές αναγνωριστικό αίτημα παροχής δικαστικής προστασίας.

Το ασφαλές συμπέρασμα στο οποίο οδηγεί η αντιπαραβολή αυτή μη αμφισβητούμενων παραδοχών είναι ότι τα προδικαστικά ζητήματα, ως παρεμπιπτόντα ζητήματα, εννοιολογικά ήδη αντιδιαστέλλονται προς την έννοια του κεφαλαίου, τις προϋποθέσεις της οποίας δεν πληρούν (κατ' ακριβολογία: τελούν σε σχέση αντίθεσης προς αυτές).

²⁷ Βλ. ιδίως *Μακρίδου*, Πρόσθετοι λόγοι εφέσεως κατά τον ΚΠολΔ, 2000, σ. 42επ.· *Τσικριά*, Το μεταβιβαστικό αποτέλεσμα της εφέσεως στην πολιτική δίκη, 1996, σ. 106επ.· *Μπαμπινιώτη*, Μεταβιβαστικό αποτέλεσμα της έφεσης και αντικείμενο της έκκλητης δίκης, 2016, σ. 249 επ. Βλ. επίσης *Αρβανιτάκη*, Η κατ' ουσίαν έρευνα της διαφοράς μετά την εξαφάνιση της πρωτόδικης απόφασης, 2001, σ. 69· *Μπακόπουλο*, Ζητήματα από την κατ' έφεση δίκη, ΕλλΔνη 1992.1137, 1144· *Νίκα*, Πολιτική Δικονομία, ΙΙΙ, 2007, σ. 179· *Ρίκο*, Τα όρια της μεταβιβάσεως (κατά την αρεοπαγητική νομολογία), ΕλλΔνη 1985.181, 182· *Ρήγα*, Ζητήματα εκ του δικαίου της εφέσεως – Η περαιτέρω, πρόσθετη και αντίθετη προσβολή της εκκληθείσας πολιτικής απόφασης μετά την άσκηση της εφέσεως και την πάροδο της προθεσμίας αυτής, ΕλλΔνη 1998.750, 752· *Σινανιώτη*, Η αναίρεση κατά τον ΚΠολΔ, 2^η εκδ., 2006, 292.

²⁸ Ενδεικτικά: ΑΠ 1090/2018 ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 1449/2014 ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 2185/2013 ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 1116/2013 ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 545/2013 ΝΟΜΟΣ = ΧρΙΔ 2013.580· ΑΠ 842/2010 ΝΟΜΟΣ = ΕΠΟΛΔ 2010.861· ΑΠ 798/2010 ΝΟΜΟΣ = ΕΠολΔ 2010.862· ΑΠ 174/2010 ΝΟΜΟΣ = ΕΠΟΛΔ 2010.860 = ΔΕΕ 2010.919 = ΝοΒ 2011.300· ΑΠ 1729/2008 ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 132/2004 ΝΟΜΟΣ = ΝοΒ 2004.1547· ΕφΠειρ 460/2013 ΝΟΜΟΣ· ΕφΑθ 141/2013 ΔΕΕ 2013.342· ΕφΔυτΜακ 58/2013 Αρμ 2014.213· ΕφΛαμ 149/2012 ΝΟΜΟΣ· ΕφΑθ 143/2012 ΝΟΜΟΣ· ΕφΔυτΜακ 62/2011 Αρμ 2012.1082· ΕφΑθ 1374/2010 ΝΟΜΟΣ.

4.2.β. Σε σχέση προς το σύστημα διάθεσης

Δεν αμφισβητείται ότι η ρύθμιση του άρθρου 522 ΚΠολΔ αποτελεί ειδικότερη έκφραση – εκδήλωση στο πεδίο της έκκλητης δίκης του συστήματος διάθεσης²⁹. Υιοθετώντας τον κανόνα *tantum devolutum quantum appellatum* εξαρτά την εξουσία κρίσης του δευτεροβάθμιου δικαστηρίου από την υποβολή αιτήματος. Δεν αμφισβητείται επίσης ότι η ρύθμιση του άρθρου 331 ΚΠολΔ αποτελεί την πλέον σημαντική κάμψη στο σύστημα διάθεσης την οποία αναγνωρίζει το ελληνικό δικονομικό σύστημα³⁰.

Από τον συνδυασμό των ανωτέρω παραδοχών προκύπτει ωστόσο μια ακόμη σημαντική δογματική αντίρρηση έναντι της κρατούσας άποψης: Δέχεται εκείνη ότι προκειμένου να αποφανθεί το δευτεροβάθμιο δικαστήριο επί του προδικαστικού ζητήματος απαιτείται προς τούτο η υποβολή αιτήματος, *κατ' εφαρμογή του συστήματος διάθεσης*. Έτσι όμως η κρατούσα άποψη εφαρμόζει επιταγή (522 ΚΠολΔ) η οποία απορρέει από το σύστημα διάθεσης, επί ζητήματος το οποίο εξαιρείται από το σύστημα διάθεσης (331 ΚΠολΔ). Πράγματι, δεν είναι ευχερώς κατανοητό, τουλάχιστον στον γράφοντα, πως είναι δυνατόν οι διάδικοι κατά τη θέση σε κίνηση της δίκης να μην δύνανται να ασκήσουν καμία απολύτως επιρροή, δια των αιτημάτων τους, επί της κρίσης όσον αφορά στο προδικαστικό ζήτημα, και αίφνης να αποκτούν τέτοια δυνατότητα μεταξύ πρώτου και δεύτερου βαθμού δικαιοδοσίας, αδιάφορα από το ότι η κύρια έννομη συνέπεια θα καταστεί εκ νέου επίδικη ενώπιον του εφετείου.

²⁹ Κεραμείς, Ένδικα Μέσα, 4^η έκδ., 2007, σ. 71· Μπέης, Πολιτική Δικονομία, άρθρο 522, σ. 1962· Νίκας, Πολιτική Δικονομία, ΙΙΙ, 2007, σ. 193· Μπαμπινιώτης, Μεταβιβαστικό αποτέλεσμα της έφεσης και αντικείμενο της έκκλητης δίκης, 2016, σ. 254.

³⁰ Βλ. Καλαβρό, Πολιτική Δικονομία, 4^η έκδ., 2016, σ. 756 - 757· Κεραμέα, Ουσιαστικών δεδικασμένων περί προδικαστικών ζητημάτων, 1967, σ. 178 – 182· Κονδύλη, Το δεδικασμένο κατά τον ΚΠολΔ, 2007, σ. 451 – 452· Μπαμπινιώτης, Η έννοια της αναγκαιότητας στο άρθρο 331, 2008, σ. 278· Ποδηματά, Δεδικασμένο – αντικειμενικά όρια ιδίως επί ενστάσεων, Ι, 1995, σ. 110. Στο γερμανικό δίκαιο η επέκταση του δεδικασμένου στα προδικαστικά ζητήματα αποκλείεται ακριβώς επειδή κάτι τέτοιο θα συνιστούσε κάμψη του συστήματος διάθεσης. Βλ. επ' αυτού εκτενώς Μπαμπινιώτης, *όπ.π.*, σ. 48 επ.