

Νέο Οικογενειακό Δίκαιο, Ν. 4800/2021: Ειδικά Δικονομικά Ζητήματα*

Ευαγγελία Σ. Ασημακοπούλου, Δ.Ν., Δικηγόρος

Στόχος της συγκεκριμένης μελέτης είναι να επισημάνει τα ειδικά δικονομικά ζητήματα που θέτει η εφαρμογή του Ν. 4800/2021, σχετικά με το οικογενειακό δίκαιο. Η πρακτική εφαρμογή του ουσιαστικού δικαίου θέτει το δικονομικό δίκαιο σε επιστημονική εγρήγορση, προκειμένου να εξασφαλιστεί η προστασία του δικαιώματος δικαστικής προστασίας, μέσα από λύσεις συνεπείς με το δικονομικό δίκαιο και την αποτελεσματική εφαρμογή της Δικαιοσύνης.

Α. Το πρώτο ζήτημα εντοπίζεται στη διάταξη του άρθρου 3 του ν. 4800/2021, η οποία τροποποιεί την διάταξη του άρθρου 56 ΑΚ. Ορίζει ότι «Ο ανήλικος που τελεί υπό γονική μέριμνα έχει κατοικία την κατοικία των γονέων του ή του γονέα που ασκεί μόνος του τη γονική μέριμνα. Αν τη γονική μέριμνα ασκούν και οι δύο γονείς, χωρίς να έχουν την ίδια κατοικία, ο ανήλικος έχει κατοικία την κατοικία του γονέα με τον οποίο διαμένει. Η επίδοση εγγράφων που αφορούν το τέκνο γίνεται στην κατοικία του γονέα με τον οποίο διαμένει ή του τρίτου που ασκεί τη γονική μέριμνα. Ο γονέας με τον οποίο διαμένει το τέκνο, υποχρεώνεται άμεσα να ενημερώσει τον άλλο γονέα σχετικά με την επίδοση και το περιεχόμενο των εγγράφων που το αφορούν». Η προσθήκη που έκανε ο ν. 4800/2021 είναι το τελευταίο εδάφιο περί της υποχρέωσης ενημέρωσης του γονέα, η οποία, προφανώς, κινείται στο πλαίσιο της στοχοθεσίας του νόμου για ουσιαστικότερη και στενότερη συνεργασία των γονέων στα ζητήματα που αφορούν στο τέκνο (άρθρο 2 ν. 4800/2021).

Παρά την απουσία συγκεκριμένης κύρωσης από την παραβίαση της διάταξης, θα πρέπει να θεωρηθεί αυτονόητο η παραβίαση της διάταξης δεν αφορά στο κύρος της επίδοσης. Δεν μπορεί να στοιχειοθετηθεί δικονομική ακυρότητα της διαδικαστικής πράξης της επίδοσης, καθώς η παραβίαση της διάταξης δεν εμπίπτει σε καμία από τις κατηγορίες δικονομικής ακυρότητας (159 ΚΠολΔ) · δεν θα μπορούσε, άλλωστε, να εμπίπτει, καθώς η παραβίαση της διάταξης από τον γονέα με τον οποίο διαμένει το τέκνο είναι παντελώς εκτός του ελέγχου του επιδίδοντος το έγγραφο.

* Το συγκεκριμένο κείμενο αποδίδει την προφορική εισήγηση από τα επιμορφωτικά σεμινάρια στις 28 Ιουνίου 2021, 5 Ιουλίου 2021 και 6 Σεπτεμβρίου 2021 και είναι υπό δημοσίευση και σε σχετικό τεύχος/αφιέρωμα στην ΕλλΔνη.

Η επίδοση θα διέπεται αποκλειστικά, κατά τα λοιπά, από τις διατάξεις των άρθρων 122επ. ΚΠολΔ. Η μόνη κύρωση που μπορεί να προκύψει ερμηνευτικά είναι να θεωρηθεί η έλλειψη ενημέρωσης ως κακή άσκηση γονικής μέριμνας¹.

Β. Η επόμενη διάταξη που εγείρει προβληματισμούς είναι το άρθρο 17 του ν. 4800/2021. Εκεί ορίζεται ότι «Οι υποθέσεις του παρόντος εκδικάζονται από δικαστές, που έχουν παρακολουθήσει επιτυχώς τα ειδικά σεμινάρια επιμόρφωσης στην Εθνική Σχολή Δικαστικών Λειτουργών (ΕΣΔΙ), σύμφωνα με τα άρθρα 33 και 34 του ν. 3689/2008 (Α` 164)». Το βασικό ερώτημα που ανακύπτει εάν η ενδεχόμενη συμμετοχή στις εν λόγω διαφορές Δικαστικού Λειτουργού που δεν έχει λάβει μέρος σε αντίστοιχη επιμορφωτική διαδικασία θα δημιουργεί θέμα κακής σύνθεσης του Δικαστηρίου, κατά την έννοια του άρθρου 559 αρ. 2 ΚΠολΔ. Η απάντηση στο ερώτημα προϋποθέτει μία αρχική προσέγγιση του τι θεωρείται κακή σύνθεση Δικαστηρίου, κατά την έννοια του άρθρου 559 αρ. 2 ΚΠολΔ. Γενικά, σύνθεση του Δικαστηρίου νοείται η κατά νόμον σύσταση αυτού για την ασκούμενη από αυτό δικαιοδοτική αρμοδιότητα². Μη νόμιμη σύνθεση του δικαστηρίου υπάρχει «αν δεν τηρήθηκαν οι διατάξεις του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας, του Οργανισμού των Δικαστηρίων ή ειδικών νόμων για τη σύνθεση αυτού και την αναπλήρωση των κωλυόμενων μελών του»³. Στο άρθρο 559 αρ. 2 ΚΠολΔ προβλέπονται και οι δύο επιπλέον λόγοι που μπορεί να στοιχειοθετήσουν κακή σύνθεση: α) όταν στη σύνθεση μετείχε δικαστής όχι απλός εξαιρετέος, αλλά δικαστής του οποίου ζητήθηκε η εξαίρεση και έγινε δεκτή και β) μετείχε δικαστής που εναντίον του ασκήθηκε αγωγή κακοδικίας, η οποία έχει ως ιστορική αιτία την υπόθεση, στην οποία εκδόθηκε η προσβαλλόμενη απόφαση⁴. Στη δικονομική θεωρία οι περιπτώσεις κακής σύνθεσης συνδέθηκαν ιδίως με την παραβίαση του Οργανισμού Δικαστηρίων ή με τον ΚΠολΔ⁵. Οι περιπτώσεις που νομολογιακά έχει κριθεί ότι συνιστούν κακή σύνθεση του Δικαστηρίου εντοπίζονται ιδίως στα εξής: ο αριθμός των δικαστών που μετείχαν στη σύνθεση δεν είναι ο νόμιμος, ως μεγαλύτερος ή μικρότερος, ή δεν τηρήθηκε η προβλεπόμενη διάταξη για αναπλήρωση δικαστή που

¹ Σημειωτέο είναι, βέβαια, το γεγονός ότι η διάταξη τούτη περί επιδόσεων (όχι ως προς την υποχρέωση ενημέρωσης του άλλου γονέα αλλά γενικώς) θα εφαρμοστεί με δυσκολία στην περίπτωση της εναλασσόμενης κατοικίας. Σε εκείνη την περίπτωση, ως προς τις επιδόσεις, θα πρέπει να θεωρείται a priori κατοικία του τέκνου η κατοικία κάθε ενός από τους γονείς.

² Δεληκωστόπουλος, Οι δικονομικοί λόγοι αναίρεσης (2009) σ. 33επ.

³ ΑΠ 240/2006 ΝΟΜΟΣ

⁴ Καλαβρός, Η αναίρεση κατά τον ΚΠολΔ (2021), άρ. 559 αρ. 2, σ. 571επ.ε

⁵ Βλ. Κλαμαρή/Πανταζόπουλο Στ., Οργανισμός των Δικαστηρίων (2009) σ. 91), Καλαβρό, Η αναίρεση, ό.π. σημ. 4, άρθρ. 559 αρ. 2 ΚΠολΔ, σ. 571επ

δήλωση κάλυμα⁶. Συναφής νομολογία κρίσιμη για τους προβληματισμούς περί της εφαρμογής της εν λόγω διάταξης είναι η απόφαση *ΑΠ 41/2008*⁷, η οποία έκρινε ότι στην περίπτωση εφαρμογής του άρθρου 307 ΚΠολΔ η παράλειψη της διεύθυνσης του Δικαστηρίου να αφαιρέσει τη δικογραφία από τον Δικαστή⁸, ο οποίος επέδειξε την καθυστέρηση δεν δημιουργεί λόγο αναίρεσης του άρθρου 559 αρ. 2 ΚΠολΔ, και εύλογα, καθώς ανάγεται στην εσωτερική λειτουργία του Πρωτοδικείου, η οποία δεν στοιχειοθετεί τη διάταξη του άρθρου 559 αρ. 2 ΚΠολΔ. Επίσης, η *ΑΠ 686/1992*⁹ απεφάνθη ότι ακόμη και η συμμετοχή εφέτη Αθηνών σε σύνθεση του Εφετείου Δωδεκανήσου ανάγεται σε ζήτημα εσωτερικής υπηρεσίας του δικαστηρίου¹⁰.

Με βάση την παραπάνω προσέγγιση, φαίνεται πως η διάταξη του άρθρου 17 του ν. 4800/2021 δεν θα μπορεί, σε περίπτωση μη τήρησής της, να δημιουργήσει θέμα κακής σύνθεσης του Δικαστηρίου. Η τεχνική θέση και η προσήκουσα ερμηνεία της διάταξης, λαμβανομένης υπόψη της παραπάνω αναφερόμενης νομολογίας σχετικά με την έννοια της κακής σύνθεσης, οδηγούν περισσότερο στη σκέψη ότι πρόκειται για διάταξη που θα αφορά την εσωτερική λειτουργία και τη Διεύθυνση του κάθε Δικαστηρίου, και μάλιστα χωρίς συγκεκριμένη κύρωση. Άλλωστε, δεν ετέθη καν ως προσθήκη/τροποποίηση στον *Κώδικα Οργανισμού Δικαστηρίων* ή στον *ΚΠολΔ*, εγείροντας έτσι ερωτήματα κατά πόσο ο νομοθέτης ήθελε να επιφέρει τη συνέπεια της κακής σύνθεσης σε περίπτωση παραβίασης. Όλα τούτα ενισχύονται και από το γεγονός ότι είναι και δύσκολο να ελεγχθεί η παραβίαση της διάταξης και να επιβεβαιωθεί αυτή. Πως θα γνωρίζει ο διάδικος ποιοι Δικαστές συμμετείχαν ή όχι στην επιμόρφωση, ώστε να προτείνει την κακή σύνθεση; Θα πρέπει να βεβαιώνεται στο κείμενο της απόφασης, στη σύνθεση του Δικαστηρίου; Γιατί δεν συνέβη κάτι τέτοιο σε ανάλογα, ειδικότερων μάλιστα γνωστικών απαιτήσεων, αντικείμενα, λ.χ. στις κτηματολογικές διαφορές ή στο ειδικό τμήμα υποθέσεων Ανταγωνισμού στο Πρωτοδικείο Αθηνών; Ιδιαίτερος δε πρέπει να ληφθεί υπόψη η μεγάλη δυσκολία που μπορεί να προκύψει στα μικρότερα Πρωτοδικεία της επαρχίας για την σύνθεση του Δικαστηρίου. Τέλος, οποιαδήποτε άλλη ερμηνεία θα έθετε ανυπέρβλητα ζητήματα για την συμμετοχή Προέδρων Εφετών ή δικαστικών λειτουργών στον Άρειο Πάγο, σε υποθέσεις οικογενειακού δικαίου,

⁶ Δεληκωστόπουλος, ό.π. σημ. 2, μ.π.π. σε *ΑΠ 1485/1977 ΝοΒ 1978.1197*, *ΑΠ 832/1981 ΝοΒ 1982.435*, *ΑΠ 1359/1984 Δ 1986.624*

⁷ *ΕΠολΔ 2008.234επ. με παρατ. Γιαννόπουλου*

⁸ Γεγονός, μάλιστα, που προβλέπεται ρητά από τον ΚΠολΔ, ιδία δε από τη διάταξη του άρθρου 307

⁹ *ΕλλΔνη 1994. 96επ.*

¹⁰ Βλ. και Δεληκωστόπουλο, *Οι δικονομικοί λόγοι*, ό.π. σημ. 2, σ. 34

καθώς οι τελευταίοι δεν επιτρέπεται να κληθούν σε υποχρεωτικά προγράμματα επιμόρφωσης (άρθρο 34 του ν. 3689/2008).

Γ. Ειδική μνεία/επισήμανση προσήκει στο «**τεκμήριο 1/3 του συνολικού χρόνου**, εκτός αν ο γονέας αυτός ζητά μικρότερο χρόνο επικοινωνίας ή επιβάλλεται να καθοριστεί μικρότερος ή μεγαλύτερος χρόνος επικοινωνίας για λόγους που αφορούν τις συνθήκες διαβίωσης ή στο συμφέρον του τέκνου, εφόσον, σε κάθε περίπτωση δεν διαταράσσεται η καθημερινότητα του τέκνου». Παράλληλα με τις γνωστές τοποθετήσεις σχετικά με την επίδραση των τεκμηρίων στο βάρος επίκλησης και στο βάρος απόδειξης, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι οι λόγοι που αφορούν το συμφέρον του τέκνου και επιβάλλουν την επιβολή μεγαλύτερου ή μικρότερου χρόνου επικοινωνίας, θα μπορούν να εξειδικεύονται μέσω της αποδεικτικής διαδικασίας και να λαμβάνονται αυτεπάγγελτα υπόψη από το Δικαστήριο. Στην πραγματικότητα, θα πρόκειται για εξειδίκευση της *αόριστης νομικής έννοιας* του συμφέροντος του τέκνου, η οποία ως τέτοια μπορεί να εξειδικευτεί μέσω των αποδείξεων και με εφαρμογή των διδαγμάτων της κοινής πείρας¹¹.

Δ. Ζήτημα ανακύπτει ως την εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 1519 ΑΚ, ιδίως του εδαφίου β' «Για τη μεταβολή του τόπου διαμονής του τέκνου που επιδρά ουσιωδώς στο δικαίωμα επικοινωνίας του γονέα με τον οποίο δεν διαμένει το τέκνο, απαιτείται προηγούμενη έγγραφη συμφωνία των γονέων ή προηγούμενη δικαστική απόφαση που εκδίδεται μετά από αίτηση ενός από τους γονείς». Το ερώτημα που τίθεται εάν στον όρο «δικαστική απόφαση» περιλαμβάνεται και η *προσωρινή διαταγή*. Η αμφισβητούμενη φύση της προσωρινής διαταγής¹² σε συνδυασμό με το γεγονός ότι δεν προηγείται της έκδοσής της ενδεδειγμένης έλεγχος της ουσίας της υπόθεσης, δεν περιέχει αιτιολογίες ενώ ταυτόχρονα απαγορεύεται τούτη, όπως κάθε ασφαλιστικό μέτρο, να οδηγεί σε οριστική ικανοποίηση δικαιώματος (692 παρ. 4 ΚΠολΔ), θα δικαιολογούσε μία εφεκτικότητα στην δυνατότητα αλλαγής τόπου διαμονής του τέκνου, κατά τα οριζόμενα στη διάταξη του άρθρου 1519 ΑΚ, με προσωρινή διαταγή. Ωστόσο, μία γενική άρνηση τούτης της δυνατότητας θα οδηγούσε σε ανυπέρβλητες δυσκολίες τον/την αιτούντα/σα γονέα, ο οποίος θα είχε, ιδίως, επαγγελματικούς ή σοβαρούς λόγους διαβίωσης και επιβίωσης, να αλλάξει τόπο διαμονής. Θεωρείται ότι η κατάλληλη ερμηνεία της διάταξης

¹¹ Για την εξειδίκευση των αορίστων νομικών εννοιών μέσω των αποδείξεων βλ. Ασημακοπούλου, Οι αόριστες νομικές έννοιες κατά την άσκηση της αγωγής ΕΠολΔ 2019.508επ.

¹² Βλ. αναλυτικά περί της φύσης της προσωρινής διαταγής ως δικαστικής απόφασης ή διοικητικής πράξης αντί άλλων Κράνη, Προσωρινή διαταγή, ανάκληση και μετενέργεια των ασφαλιστικών μέτρων (2013), σ. 13επ.

επιβάλλει την διορθωτική επέμβαση του δικαστή ώστε να δίνεται, σε εξαιρετικές περιπτώσεις, η δυνατότητα αλλαγής τόπου διαμονής και με *προσωρινή διαταγή*.

Ε. Ιδιαίτερα προβλήματα ίσως γεννήσει στην πρακτική της εφαρμογή η διάταξη του άρθρου 18 του ν. 4800/2021, η οποία ορίζει ότι ο νόμος ν. 4800/2021 εφαρμόζεται και στις εκκρεμείς υποθέσεις για τις οποίες δεν έχει εκδοθεί αμετάκλητη απόφαση. *A priori*, θα πρέπει να τονιστεί ότι η όποια λύση προταθεί κινείται σε ένα πλαίσιο προσπάθειας εφαρμογής του θετού δικαίου. Στην πραγματικότητα, η *ορθότερη λύση για την εφαρμογή της εν λόγω διάταξης θα ήταν η μη εφαρμογή της*, δηλαδή η κατάργησή της και ο ορισμός έναρξης χρόνου εφαρμογής του νέου δικαίου για όσες αγωγές ασκούνται μετά την 16-9-2021.

Η διατύπωση του νόμου οδηγεί στο συμπέρασμα πως σε εκκρεμείς αγωγές που δεν έχουν ακόμη συζητηθεί στον πρώτο βαθμό, θα εφαρμοστεί μετά τις 16-9-2021, το νέο οικογενειακό δίκαιο, παρότι τούτες είχαν ασκηθεί βάσει του παλιού. Ειδική προσοχή απαιτεί η εφαρμογή των άρθρων 1513 και 1514, όπως διαμορφώνονται μετά τις τροποποιήσεις: «Άρθρο 7, ΑΚ 1513: *Στις περιπτώσεις διαζυγίου ή ακύρωσης του γάμου ή λύσης ή ακύρωσης του συμφώνου συμβίωσης ή διακοπής της συμβίωσης των συζύγων ή των μερών του συμφώνου συμβίωσης και εφόσον ζουν και οι δύο γονείς, εξακολουθούν να ασκούν από κοινού και εξίσου τη γονική μέριμνα. Ο γονέας με τον οποίο διαμένει το τέκνο, επιχειρεί τις πράξεις που προβλέπονται στο πρώτο εδάφιο του άρθρου 1516, κατόπιν προηγούμενης ενημέρωσης του άλλου γονέα.*». Άρθρο 8 Παρέκκλιση από την από κοινού άσκηση της γονικής μέριμνας - Αντικατάσταση του τίτλου και του άρθρου 1514 Α.Κ. Ο τίτλος και το άρθρο 1514 του Αστικού Κώδικα (Α.Κ., π.δ. 456/1984, Α` 164) αντικαθίστανται ως εξής: «Άρθρο 1514: 2. *Αν δεν είναι δυνατή η από κοινού άσκηση της γονικής μέριμνας, εξαιτίας διαφωνίας των γονέων και ιδίως αν ο ένας γονέας αδιαφορεί ή δεν συμπράττει σε αυτήν ή δεν τηρεί την τυχόν υπάρχουσα συμφωνία για την άσκηση ή τον τρόπο άσκησης της γονικής μέριμνας ή αν η συμφωνία αυτή είναι αντίθετη προς το συμφέρον του τέκνου ή αν η γονική μέριμνα ασκείται αντίθετα προς το συμφέρον του τέκνου, καθένας από τους γονείς προσφεύγει σε διαμεσολάβηση, εξαιρουμένων των περιπτώσεων ενδοοικογενειακής βίας, όπως ο νόμος ορίζει. Αν διαφωνούν, αποφασίζει το δικαστήριο. 3. Το δικαστήριο μπορεί ανάλογα με την περίπτωση: α) να καταναείμει την άσκηση της γονικής μέριμνας μεταξύ των γονέων, να εξειδικεύσει τον τρόπο άσκησής της στα κατ` ιδίαν θέματα ή να αναθέσει την άσκηση της γονικής μέριμνας στον ένα γονέα ή σε τρίτο, β) να διατάζει πραγματογνωμοσύνη ή τη λήψη οποιουδήποτε άλλου πρόσφορου μέτρου, γ) να διατάζει διαμεσολάβηση ή την*

επανάληψη διακοπείσας διαμεσολάβησης, ορίζοντας συγχρόνως τον διαμεσολαβητή. Για τη λήψη της απόφασής του το δικαστήριο λαμβάνει υπόψη τους έως τότε δεσμούς του τέκνου με τους γονείς και τους αδελφούς του, καθώς και τις τυχόν συμφωνίες που έκαναν οι γονείς του τέκνου για την άσκηση της γονικής μέριμνας.» Στο μέχρι τώρα ισχύον άρθρο 1513 ΑΚ οριζόταν σε περιπτώσεις διαζυγίου ή ακύρωσης γάμου, η άσκηση της γονικής μέριμνας ρυθμίζεται από το Δικαστήριο. Για τη λήψη της απόφασης το Δικαστήριο λαμβάνει υπόψη του τους έως τότε δεσμούς του τέκνου με τα μέλη της οικογένειας, τις τυχόν συμφωνίες των γονέων. Το δε άρθρο 1514 ΑΚ όριζε απλώς ότι οι διατάξεις εφαρμόζεται και σε περίπτωση διακοπής συμβίωσης.

Η εύλογη παρατήρηση στην οποία προβαίνει κανείς είναι η εξής: Έστω ότι έχει ασκηθεί αγωγή επιμέλειας με βάση το παλιό άρθρο 1513 ΑΚ. Το περιεχόμενο εκείνης, δεδομένων των προβλέψεων του νόμου, θα ήταν εντελώς διαφορετικό από αυτό που προβλέπουν οι νέες διατάξεις, ώστε να αναφύονται προβλήματα αοριστίας των αγωγών, δεδομένης της ισχύος της θεωρίας του συγκεκριμένου προσδιορισμού (άρθρο 216 ΚΠολΔ): Το περιεχόμενο της αγωγής προσαρμόζεται στη νομοτυπική μορφή του κανόνα δικαίου. Με βάση τις νέες διατάξεις, ο κανόνας είναι η από κοινού άσκηση επιμέλειας σε περίπτωση διαζυγίου (ΑΚ 1513), και εάν υπάρχουν συγκεκριμένοι λόγοι (ΑΚ 1514), οι οποίοι προφανώς θα πρέπει να εκτίθενται στο δικόγραφο της αγωγής, ειδική ρύθμιση του τρόπου άσκησης. Το δικόγραφο θα κρίνεται αόριστο, επειδή δεν περιέχει τις ειδικές αυτές συνθήκες παρέκκλισης από τον κανόνα της από κοινού άσκησης γονικής μέριμνας, ενώ δεν ήταν καν γνωστή και σε ισχύ η διάταξη κατά το χρόνο άσκησης της αγωγής; Κατά την τυπικά ορθή δικονομικά θεώρηση, η αοριστία τούτη είναι νομική αοριστία, ήτοι αλλάζει τελείως την ιστορική βάση της αγωγής, καθιστώντας τούτη μη διορθώσιμη¹³. Η διόρθωση αυτής θα προκαλούσε, στις περισσότερες των περιπτώσεων, προσβολή του δικαιώματος ακροάσεως του εναγομένου¹⁴. Το πρόβλημα που αναφέρεται δεν φαίνεται να βρίσκει δικονομική λύση, εκτός κι αν υπάρξει ιδιαιτέρως ελαστική αντιμετώπιση κάποιων κρίσιμων, όμως, δικονομικών παραμέτρων.

Συγκεκριμένα, εφόσον η ερμηνεία της διάταξης του άρθρου 18 επιβάλλει, σύμφωνα με τη γραμματική διατύπωση, την ισχύ των νέων διατάξεων στις εκκρεμείς

¹³ Για την έννοια της ιστορικής βάσης της αγωγής, σε σύνδεση με τον επικαλούμενο κανόνα δικαίου, βλ. αναλυτικά Μακρίδου, Η αόριστη αγωγή και οι δυνατότητες θεραπείας της (2006), σ. 24επ

¹⁴ Για τη σύνδεση της ιστορικής βάσης της αγωγής με το δικαίωμα ακροάσεως του εναγομένου βλ. Ασημακοπούλου, Η σύγχρονη φυσιογνωμία της συζητητικής αρχής (2017), σ. 138επ.

αγωγές, θα πρέπει να επικρατήσει η ερμηνεία ότι ο ενάγων/η ενάγουσα γονέας δικαιούται σε συμπλήρωση της αγωγής του με τις προτάσεις, κατά μία διασταλτική ερμηνεία του άρθρου 224 ΚΠολΔ¹⁵, ώστε να συμπληρώσει πραγματικά περιστατικά που δικαιολογούν την ειδική ρύθμιση άσκησης της επιμέλειας για συγκεκριμένα ζητήματα. Η προσθήκη αυτή δεν σηματοδοτεί αλλαγή ιστορικής βάσης, η οποία παραβιάζει το δικαίωμα ακροάσεως του εναγομένου, δεδομένου ότι το αντικείμενο δίκης, όπως προσδιορίστηκε στο δικόγραφο, έχει κατά περιεχόμενο προσανατολισμό την ανάθεση της άσκησης γονικής μέριμνας στον ένα γονέα, με μία πυρηνική έστω επίκληση γεγονότων. Η συμπλήρωση δε αυτή μπορεί να λάβει περαιτέρω χώρα και στο ακροατήριο, κατά την προφορική συζήτηση της υπόθεσης, με διεύθυνση του Δικαστή (236 ΚΠολΔ). Το όριο θα πρέπει να είναι να μην υπάρχει αλλαγή αιτήματος, κατά τα λοιπά, ως προς την ιστορική βάση θα πρέπει να υπάρξει αναγκαστικά ελαστικότητα, αλλιώς σχεδόν όλες οι ήδη κατατιθεμένες αγωγές θα απορριφθούν ως *αόριστες ή νόμω αβάσιμες*. Επίσης, τυχόν ασκηθείσες αντίθετες αγωγές για ανάθεση από κοινού της άσκησης γονικής μέριμνας (όπως προβλεπόταν ως δυνατότητα του δικαστηρίου στο άρθρο 1513 ΑΚ), θα απορρίπτονται λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος, δεδομένου ότι πρόκειται για δικαίωμα προβλεπόμενο από το νόμο.

Ειδικά ζητήματα ανακύπτουν, επίσης, για τις υποθέσεις που ήδη συζητήθηκαν και αναμένεται η έκδοση απόφασης. Δεν υπάρχει αμφιβολία ότι η έκδοση απόφασης θα πρέπει γίνει με βάση το παλιό δίκαιο, όπως συζητήθηκε η αγωγή, καθώς δεν θα πρέπει να παραβιάζεται το δικαίωμα δικαστικής προστασίας των διαδίκων με τον αιφνιδιασμό τους¹⁶. Ωστόσο, θα μπορούσε να υποστηριχτεί¹⁷ η εφαρμογή της διάταξης του άρθρου

¹⁵ Βάσει της θεωρίας του συγκεκριμένου προσδιορισμού, η οποία ενσωματώνεται νομοθετικά στη διάταξη του άρθρου 216 ΚΠολΔ και επιβάλλει τον καθορισμό της ιστορικής βάσης της αγωγής βάσει της νομοτυπικής μορφής του σιωπηρά επικαλούμενου κανόνα δικαίου (βλ. για τα ζητήματα του ορισμένου της αγωγής και τις προσεγγίσεις περί αυτού από Μακρίδου, Η αόριστη αγωγή και οι δυνατότητες θεραπείας της (2006), σ. 24επ.), είναι αμφίβολο κατά πόσο μία τέτοια αλλαγή θα ήταν επιτρεπτή μέσω της διάταξης του άρθρου 224 ΚΠολΔ. Πλην όμως αυτού του είδους η επιλογή, ήτοι να θεωρηθεί συμπληρώσιμη πραγματική αοριστία, οποία μπορεί να συμπληρωθεί και μέσω των αποδείξεων (βλ. σχετικά με τέτοια δυνατότητα ελαστικής αντιμετώπισης σε συγκεκριμένες περιπτώσεις Ασημακοπούλου, Η σύγχρονη φυσιογνωμία της συζητητικής αρχής, ό.π. σημ. 14, σ. 143επ./164επ.)

¹⁶ Βλ. για τη σύνδεση της ενδεχόμενης αλλαγής νομικής βάσης της αγωγής από τον Δικαστή, στο πλαίσιο του *iura novit curia*, ώστε να δημιουργηθεί ζήτημα παραβίασης του δικαιώματος ακροάσεως των διαδίκων Ασημακοπούλου, Συζητητική αρχή, ό.π. σημ. 14., σ. 103/104, όπου εντάσσεται ακριβώς ο προβληματισμός και στο γεγονός ότι αλλαγή νομικής βάσης σημαίνει και αλλαγή ιστορικής βάσης και αντίστροφα.

¹⁷ Η προκειμένη λύση προτάθηκε κατά τον διάλογο που αναπτύχθηκε στη διαδικασία του επιμορφωτικού σεμιναρίου και υιοθετείται από την προκειμένη μελέτη ως μία εύλογη λύση στο αδιέξοδο εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 18 του ν. 4800/2021. Στην πραγματικότητα, μία τέτοια είδους αοριστία, όπως προαναφέρθηκε, αφορά την θεμελίωση της ιστορικής βάσης της αγωγής και δεν πρόκειται για πραγματική (ποσοτική ή ποιοτική) αοριστία, η οποία είναι συμπληρώσιμη με βάση τις διατάξεις του άρθρου 224 και 236 ΚΠολΔ (βλ. για τη διάταξη του άρθρου 236 ΚΠολΔ κατωτ. σημ. 19)

254 ΚΠολΔ¹⁸: το Δικαστήριο μπορεί να διατάξει επανάληψη της συζήτησης ώστε να γίνουν όλες οι αναγκαίες προσθήκες ή συμπληρωματικές αποδείξεις προς προσαρμογή του δικογράφου της αγωγής στα νέα νομοθετικά δεδομένα, ακόμη και κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 236 ΚΠολΔ¹⁹, αρκεί, βεβαίως, να μην παραβιάζεται το δικαίωμα ακροάσεως/άμυνας του αντιδίκου.

Ωστόσο, όπως και αρχικά αναφέρθηκε, οι λύσεις τούτες προτείνονται σε μία προσπάθεια εξεύρεσης τρόπου εφαρμογής μίας διάταξης, η οποία θα έπρεπε να καταργηθεί ή να επαναδιατυπωθεί. Σε μία αυστηρά ορθή δικονομική θεώρηση, τούτες οι αγωγές θα έφταναν να απορρίπτονται όλες ως αόριστες ή νομικά αβάσιμες, αναδεικνύοντας, έτσι, την αστοχία της διάταξης του άρθρου 18 του ν. 4800/2021.

Περισσότερα ακόμη ζητήματα θα ανακύψουν στη δευτεροβάθμια δίκη. Εάν πράγματι το πνεύμα του νόμου είναι αυτό ακριβώς που συνάγεται από τη γραμματική διατύπωση, το εφετείο, ακόμη κι αν η υπόθεση εκδοθεί πριν την έναρξη ισχύος του νόμου, θα πρέπει να εφαρμόσει τις νέες διατάξεις. Τούτο οδηγεί σε πολλά άτοπα: **1)** Δεν μπορεί να σταθεί δικονομικά αλλαγή ιστορικής βάσης και αιτήματος στον δεύτερο βαθμό (άρθρα 525 και 526 ΚΠολΔ), ενώ δεν επιτρέπεται ούτε η συμπλήρωση ενδεχόμενης πραγματικής αοριστίας της αγωγής, βάσει του άρθρου 224 ΚΠολΔ²⁰. Το άρθρο τούτο εφαρμόζεται μόνο μέχρι την συζήτηση της αγωγής στο πρωτοβάθμιο δικαστήριο. **2)** Το δευτεροβάθμιο δικαστήριο «μετατρέπεται» σε πρωτόδικο ή σε αμιγώς μεταρρυθμιστικό δικαστήριο. **3)** Ο διάδικος χάνει ένα βαθμό δικαιοδοσίας. **4)** Παρακάμπτεται ο κανόνας του άρθρου 533 παρ. 2 ΚΠολΔ, δεδομένου ότι θα ελεγχθεί η ορθότητα της απόφασης με βάση ένα δίκαιο που δεν ίσχυε κατά την έκδοση της πρωτόδικης απόφασης. Σε σχέση με το ζήτημα της εφαρμογής του νόμου έχει διατυπωθεί από τη θεωρία του δικονομικού δικαίου²¹ «...Θεωρείται γενικά αδιανόητο να κρίνεται η ορθότητα αποφάσεως με βάση κανόνες δικαίου, που δεν ίσχυαν

¹⁸ Γενικά για τη λειτουργία της διάταξης του άρθρου 254 ΚΠολΔ βλ. Μακρίδου, Τακτική διαδικασία στα πρωτοβάθμια δικαστήρια, Άρθρα 208-320 ΚΠολΔ, Ερμηνεία κατ' άρθρο (2019) άρθρ. 254 σ. 162επ.

¹⁹ Γενικά για τον τρόπο αποτελεσματικής εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 236 ΚΠολΔ στα επιμέρους διαδικαστικά στάδια βλ. Μακρίδου, Ένα πολύτιμο όπλο στα χέρια των δικαστών- Η δικαστική καθοδήγηση του άρθρου 236 ΚΠολΔ ΕλλΔνη 2011.953επ./962. Βλ. και Ασημακοπούλου, Συζητητική αρχή, ό.π. σημ.14 σ. 90επ./91-92 μ.π.π. Αναλυτική επισκόπηση της διάταξης του άρθρου 236 ΚΠολΔ σε Μακρίδου, ό.π., ΕλλΔνη 2011.953επ., Διαμαντόπουλο, Η κατ' άρθρο 236 ΚΠολΔ καθοδηγητική εξουσία του δικαστή στην πολιτική δίκη, ΕλλΔνη 2014.680επ., Ποδηματά, Καθήκον δικαστικής καθοδήγησης και συζητητικό σύστημα, ΕΠολΔ 2013.10επ., Αποστολάκης, Η κατ' άρθρο 236 ΚΠολΔ καθοδηγητική επέμβαση του Δικαστή στον πρώτο βαθμό (νέα τακτική διαδικασία και ειδικές διαδικασίες), στον δεύτερο βαθμό και στην αναιρετική δίκη, ΕΠολΔ 2020.105επ. Βλ. και Ασημακοπούλου, Συζητητική αρχή, ό.π. σημ. 12 σ. 90επ.

²⁰ Νίκας, ΕγγΠολΔικ (2018) σ. 718 αρ. 38

²¹ Νίκας, ΕγγΠολΔικ, ό.π. σημ. 20, σ. 733 αρ. 8, ο ίδιος, ΠολΔικ ΙΙΙ, Ένδικα Μέσα (2007) παρ. 115 αρ. 8 σ. 277/278

κατά το χρόνο που εκδικαζόταν η υπόθεση. Αποκλείεται, επομένως, στο στάδιο αυτό η εφαρμογή νεότερου νόμου, που εκδόθηκε μετά τη δημοσίευση της προσβαλλόμενης με την έφεση απόφασης, ακόμη μάλιστα και όταν ο νεότερος τροποποιητικός νόμος εφοδιάστηκε με οπισθενεργό (αναδρομική) δύναμη. Σύμφωνα με πάγια νομολογία, ο μεταγενέστερος νόμος εφαρμόζεται, κατ' εξαίρεση, όταν κρίνεται η ορθότητα της εκκαλούμενης αποφάσεως, αν ο νεότερος νόμος περιέχει ρητή και ειδική διάταξη εφαρμογής του και στις ενώπιον του δευτεροβάθμιου δικαστηρίου εκκρεμείς δίκες ή αν αυτό συνάγεται από το όλο περιεχόμενό του και συγχρόνως δεν παραβιάζονται συνταγματικής τάξεως προστατευόμενα δικαιώματα. Παρά τις αντίθετες φωνές της θεωρίας, που διαβλέπει σε κάθε δικονομική αναδρομή των νόμων παραβίαση της δικαστικής ανεξαρτησίας από την νομοθετική εξουσία, η νομολογία αντιμετωπίζει τη διάταξη του άρθ. 533 Π ως κοινό νόμο, που μπορεί να τροποποιείται από μεταγενέστερο». Συγκεκριμένα, πρόσφατη νομολογία του Ανώτατου Ακυρωτικού επιβεβαίωσε ότι μπορεί να επικαλεστεί ο εκκαλών ως «σφάλμα» του πρωτοβάθμιου Δικαστηρίου την λάθος εκτίμηση του πρωτόδικου Δικαστηρίου για τη νομική βασιμότητα ή το ορισμένο ενός ισχυρισμού, δεδομένης της αλλαγής του νομοθετικού καθεστώτος, αρκεί να μην παραβιάζονται θεμελιώδη συνταγματικά δικαιώματα²². Έτσι, και στην προκειμένη περίπτωση, ο εκκαλών θα επικαλείται σφάλμα της πρωτοβάθμιας κρίσης ως προς την ανάθεση ή μη αποκλειστικής επιμέλειας στον ένα γονέα ή τον καθορισμό του χρόνου επικοινωνίας, καθώς ισχύει πλέον το νέο νομοθετικό καθεστώς. Βεβαίως, δεδομένων των ανωτέρω απαγορεύσεων για μεταβολή του αντικειμένου της δίκης στον δεύτερο βαθμό ή προσθήκης πραγματικών περιστατικών που δεν μεταβάλλουν μεν την ιστορική βάση αλλά προσθέτουν νέα πραγματικά περιστατικά στην ένδικη διαφορά προς διασάφηση του ιστορικού (224 ΚΠολΔ), αναμένεται να μεταφερθεί όλη η κρίση της διαφοράς σε επίπεδο ουσιαστικής βασιμότητας της αγωγής (κατά επιτρεπτή άλλωστε προσθήκη του αποδεικτικού υλικού της διάταξης του άρθρου 527 ΚΠολΔ). Τούτο δημιουργεί εύλογες αμφιβολίες κατά πόσο είναι συμβατό με το δικαίωμα δικαστικής προστασίας (άρθρο 20 Συντάγματος και 6 της ΕΣΔΑ) και το δικαίωμα ακροάσεως των διαδίκων (110 Π ΚΠολΔ), δεδομένου ότι θα συμβεί απευθείας ενώπιον του δευτεροβάθμιου δικαστηρίου. Μία σκέψη που θα μπορούσε να

²² ΑΠ 1117/2019 ΝΟΜΟΣ. Αντίστοιχο ζήτημα, στο οποίο απάντησε η εν λόγω απόφαση, είχε δημιουργήσει η διάταξη του άρθρου 101 παρ. 3 του ν. 4139/2013, που ορίζει ότι η νέα διάταξη του άρθρου 261 ΑΚ, σχετικά με την παραγραφή εν επιδικία, εφαρμόζεται και στις εκκρεμείς αγωγές για τις οποίες δεν έχει εκδοθεί τελεσίδικη απόφαση. Βλ. για το ζήτημα και την ΑΠ 575/2020 ΝΟΜΟΣ η οποία παρέπεμψε το ζήτημα στην Τακτική Ολομέλεια, ήτοι σχετικά με την αναδρομικότητα της αμέσως ανωτέρω διάταξης σε ήδη παραγεγραμμένες απαιτήσεις.

διατυπωθεί για την άρση του αδιεξόδου είναι να θεωρηθεί ότι η προσθήκη νέων πραγματικών περιστατικών²³, στον δεύτερο βαθμό, με το δικόγραφο της εφέσεως για τον εκκαλούντα ή με τις προτάσεις για τον εφεσίβλητο, επιτρέπεται με βάση την πρόβλεψη του άρθρου 527 αρ. 3 ΚΠολΔ, ήτοι επειδή από δικαιολογημένη αιτία δεν προβλήθηκαν στον πρώτο βαθμό²⁴. Ωστόσο, και τούτη η λύση είναι απλώς μία ultima ratio μπροστά στην ορθότερη δικαιοπολιτικά θεώρηση που θα ήταν η πλήρης απόλεια ή επαναδιατύπωση της συγκεκριμένης διατάξεως.

Καθίσταται φανερό ότι η συγκεκριμένη διάταξη μπορεί να τύχει σημαντικά βάσιμης κριτικής. Η αστοχία της θα φανεί στη δυσκολία εφαρμογής της στην πράξη. Αναμένεται να δημιουργήσει σοβαρά ερμηνευτικά ζητήματα για τους εφαρμοστές του Δικαίου, δημιουργώντας ουσιαστικά μία γνήσια αναδρομή²⁵, η οποία δεν μπορεί, κατά την επικρατήσασα γνώμη, να ελεγχθεί ως αντισυνταγματική, αλλά παραμένει αμφίβολης αποτελεσματικότητας και δικαιοπολιτικής ορθότητας²⁶ ενώ προκειμένου να εφαρμοστεί οδηγεί σε οριακές δικονομικά λύσεις. Είναι αναμφισβήτητη η συνεισφορά της στην ενιαία αντιμετώπιση της ζωής όλων των παιδιών και των γονέων τους, ανεξάρτητα από την πλευρά του χρόνου στην οποία βρίσκονται, αλλά δημιουργεί σοβαρά ερμηνευτικά ζητήματα. Ο νόμος πρέπει να είναι σαφής, ειδικά όταν πρόκειται για τα χρονικά όρια εφαρμογής του. Συμπερασματικά, πέραν όλων των πιθανών ερμηνειών που μπορεί να υπάρξουν για να «σωθεί» η διατύπωση, θεωρείται σκοπιμότερη μία τροποποίηση της διάταξης του άρθρου 18 για τον ορισμό της χρονικής εφαρμογής των νέων διατάξεων. Τα ζητήματα αυτά πρέπει να λύνονται νομοθετικά και να μην καλείται η ερμηνεία της θεωρίας και της νομολογίας να λύνει γόρδιους δεσμούς για τεχνικά ζητήματα που χρειάζονται ενιαία και σταθερή αντιμετώπιση. Οι νέες διατάξεις θα πρέπει να ισχύουν για τις αγωγές που ασκούνται μετά την 16-9-2021, ήτοι

²³ Πρόκειται για τα πραγματικά περιστατικά που είναι απαραίτητα προκειμένου να «οδηγηθεί» η ένδικη διαφορά προς την εφαρμογή των νέων διατάξεων του ν. 4800/2021.

²⁴ Για την έννοια της «δικαιολογημένης αιτίας», η οποία πρέπει να αντιμετωπίζεται με κάποια ελαστικότητα βλ. Νίκα, ΕγκΠολΔικ ό.π. σημ. 20, σ. 723

²⁵ Γνήσια αναδρομή χαρακτηρίζεται η αναδρομική δύναμη του νέου νόμου, όταν η ρύθμιση του εκτείνεται στο παρελθόν, ώστε να καταλάβει και το νομικό γεγονός που αποτέλεσε τη γενεσιουργό αιτία της έννομης σχέσης ή τουλάχιστον τα αποτελέσματά της που αναπτύχθηκαν ως τώρα (Λαδάς, Γενικές Αρχές του Δικαίου, 2007, σ. 117επ.).

²⁶ Η γνήσια αναδρομή του νόμου, εκτός από την αντίθεσή της στο άρθρο 2 ΑΚ, έθεσε στην θεωρία του αστικού δικαίου και ζητήματα αντισυνταγματικότητας, λόγω παραβίασης της διάκρισης των εξουσιών (26 Σ) γνώμη όπως η οποία δεν επικράτησε. Αποτυπώνεται το ζήτημα με χαρακτηριστικό τρόπο από τον Μπαλή (Γενικά Αρχαί, σ. 28) «Από αυτήν ταύτην την θεμελιώδη αρχήν της διακρίσεως των εξουσιών προκύπτει ότι μεταξύ νομοθέτου και δικαστού έγινε κατανομή των βιοτικών σχέσεων, εξ'ων γεννώνται τα δικαιώματα. Και εις μεν τον δικαστήν εδόθη το παρελθόν, τούτέστιν όλα τα ήδη προ το νόμου γεγεννημένα δικαιώματα, εις δε το νομοθέτη το μέλλον». Βλ. για το ζήτημα Λαδάς, Γενικές Αρχές, σ. 120)

μετά την έναρξη εφαρμογής του ν. 4800/2021, λαμβανομένης άλλωστε υπόψη της δυνατότητας που υπάρχει εκ του άρθρου 1536 ΑΚ για μεταρρύθμιση κάθε απόφασης που δεν είναι σύμφωνη με το συμφέρον του τέκνου.
