



Κατά τη διάρκεια του γάμου και οι δύο σύζυγοι ανατρέφουν από κοινού και εξίσου τα τέκνα τους. Δηλαδή έχουν κοινή γονική μέριμνα, επιμέλεια και φροντίδα και ίσο χρόνο μέσα στο ίδιο σπίτι.

Νομικά οι γονείς είναι ίσοι σε δικαιώματα και υποχρεώσεις κατά τη διάρκεια του γάμου ή μετά την τυχόν λύση αυτού. Άλλωστε, το παιδί - και οι γονείς - έχουν το νομικό δικαίωμα ν' ανατρέφουν από κοινού το τέκνο τους χωρίς καμία αναφορά στο αν οι γονείς τελούν σε γάμο ή όχι.

Κατά τη διάσταση ή μετά την λύση του γάμου λύεται ο νομικός δεσμός του γάμου και παύει συνήθως συγκατοίκηση των γονέων χωρίς να μεταβάλλονται κατά το παραμικρό οι οικογενειακές σχέσεις γονέων και τέκνων.

Την αρχή της κοινής ανατροφής των παιδιών εισάγουν στην Ελλάδα οι νόμοι

Για τους «καλούς» γονείς, ο Α.Κ. προβλέπει ότι ελλείψει συμφωνίας τους το Δικαστήριο θα «ρυθμίσει την άσκηση της γονικής μέριμνας». Το ίδιο μπορεί να κάνει και κατά τη διάρκεια του γάμου. Για τους «κακούς» γονείς προβλέπεται το άρθρο 1532 Α.Κ.

Το νομολογιακό έθιμο της αφαίρεσης της έως τότε κοινής επιμέλειας από τον πατέρα και της ανάθεσής της αποκλειστικά στη μητέρα συνιστά μία παράνομη επέμβαση της κρατικής αρχής (δικαστικής εξουσίας) στις προστατευόμενες οικογενειακές σχέσεις (άρ. 8 ΕΣΔΑ).

Κατά το ίδιο άρθρο, κατ' εξαίρεση η επέμβαση επιτρέπεται εάν (α) προβλέπεται από τον νόμο, (β) είναι αναγκαία σε μια δημοκρατική κοινωνία (γ) τελεί σε σχέση αναλογικότητας μέσου - σκοπού.

Όπως προαναφέρθηκε, ο κανών είναι η «*ρύθμιση της άσκησης της γονικής μέριμνας*». Η κατ' εξαίρεση και σε ορισμένες περιπτώσεις αφαίρεση της επιμέλειας, όταν επιχειρείται ρύθμιση, δεν απαγορεύεται από τον νόμο. Όμως η αναγωγή της εξαίρεσης σε κανόνα, δηλαδή η συστηματική και στερεότυπος αφαίρεση της επιμέλειας, συνιστά παραβίαση του δικαιώματος που προστατεύεται.

Κατά δεύτερο λόγο, οι σύγχρονες δημοκρατικές κοινωνίες μέσω του πλέγματος των συλλογικά, παγκόσμια προστατευόμενων δικαιωμάτων του ανθρώπου θεωρούν

αναγκαία την διατήρηση της κοινής ανατροφής του παιδιού (κοινή γονική μέριμνα, επιμέλεια, φροντίδα και ίσο χρόνο) είτε οι γονείς είναι παντρεμένοι είτε όχι. Το διεθνές δίκαιο δικαιωμάτων του ανθρώπου θεωρεί την κατά σύστημα, στερεότυπα, αφαίρεση της επιμέλειας ως παραβίαση των προστατευόμενων δικαιωμάτων. Η αντίληψη των προστατευόμενων δικαιωμάτων, σε μία δημοκρατική κοινωνία, είναι κοινή σε όλο τον κόσμο. Οι αποκλίνουσες αντιλήψεις «εμείς στην Ελλάδα ...» συνιστούν απειλή κατά της δημοκρατίας.

Τέλος, πιο πρόσφορα μέτρα αντί της αφαίρεσης της επιμέλειας θα έπρεπε να διαταχθούν, ιδίως η εκπόνηση σχεδίου ανατροφή παιδιού από το δικαστή, δηλαδή η πραγμάτωση της επιταγής του νόμου για ρύθμιση της άσκησης της γονικής μέριμνας. Το νομολογιακό έθιμο της αφαίρεσης της επιμέλειας συντηρείται χάριν της απόδρασης από το πρόβλημα, δηλαδή προκειμένου να μην χρειαστεί με τη δικαστική απόφαση να γίνει η απαραίτητη από την έλλειψη συμφωνίας των γονέων ρύθμιση.

Για να δικαιολογηθεί το νομολογιακό έθιμο της αποκλειστικής ανάθεσης της επιμέλειας η νομολογία καταφεύγει στη αντιεπιστημονική θεωρία της «βιοκοινωνικής υπεροχής της μητέρας στα πρώτα χρόνια της ζωής του παιδιού και στο μετέπειτα ισχυρό ψυχικό δεσμό που έχει αναπτυχθεί και δεν μπορεί να διασπαστεί». Ακόμα και αν ήταν αληθής αυτή η θέση, δηλαδή αν προηγείτο η μητέρα βιολογικά, και πάλι νομικά επιβάλλεται η ισότητα και όχι η διάκριση.

Η θεωρία της υπεροχής, του ισχυρού ψυχικού δεσμού, της προσαρμογής του παιδιού, της σύγκρουσης των γονέων, όλες αναληθείς επιστημονικά, επιστρατεύονται για να δοθεί τέτοια ερμηνεία στην αόριστο νομική έννοια «*συμφέρον του παιδιού*» ώστε να ερμηνευθεί σύμφωνα με το δόγμα της αποκλειστικής ανάθεσης της επιμέλειας.

Για το λόγο αυτό το έτος 2013, η επιτροπή του ΟΗΕ για τα δικαιώματα του παιδιού με το πολυσέλιδο Γενικό Σχόλιο 14 2013 ερμήνευσε αυθεντικά το συμφέρον του παιδιού που είναι ν' ανατρέφεται αυτό και από τους δύο γονείς του.

Εξειδίκευσε ο ΟΗΕ τις προϋποθέσεις για να λάβει χώρα μία κρίση για αφαίρεση της επιμέλειας. Αυτές είναι η κατά περίπτωση (**case - by - case**) και εξατομικευμένη (**every individual child**) κρίση σε κάθε δίκη. Με άλλα λόγια, απαγορεύεται η επίκληση ενός στερεότυπου νομολογιακού εθίμου.

Την πιο πάνω αυθεντική ερμηνευτική αρχή επανέλαβαν και άλλα διεθνή κείμενα, το γραφείο επιτρόπου δικαιοσύνης Ε.Ε. (ερμηνεύοντας τον Χάρτη του Λουξεμβούργου) καθώς επίσης και το Συμβούλιο της Ευρώπης με διάφορα ψηφίσματά του, ιδίως το ψήφισμα της Επιτροπής Ισότητας της Κοινοβουλευτικής Συνέλευσης 2079/2015.

Το νομολογιακό έθιμο δεν παραβιάζει επιστημονικές θεωρίες όπως περιπαικτικά αναφέρεται αλλά νόμους του ελληνικού κράτους που είναι ειδικότεροι, νεότεροι και ανώτεροι τυπικά του Αστικού Κώδικα.

Η δήθεν εσωτερική αυτονομία του κάθε κράτους σε θέματα οικογενειακού δικαίου δεν επεκτείνεται μέχρι του σημείου να παραβιάζει προστατευόμενα δικαιώματα. Δηλαδή το κράτος αυτό-ρυθμίζει π.χ. το τυπικό τέλεσης γάμου αλλά ως προς τις σχέσεις γονέων παιδιών εφαρμόζει το δίκαιο προστασίας των δικαιωμάτων του παιδιού και του ανθρώπου και ελέγχεται γι' αυτό από τα διεθνή όργανα ελέγχου.

Ο κάθε διάδικος που κατ' ένσταση αξιώνει μία εξειδικευμένη και εμπειριστατωμένη κρίση στην υπόθεσή του και ειδικότερα τον αποκλεισμό του νομολογιακού εθίμου, την διατήρηση της κοινής ανατροφής του παιδιού και την εκπόνηση σχεδίου ανατροφής παιδιού προβάλλει **νομικό ισχυρισμό** ως προς το εφαρμοστέο δίκαιο ο οποίος μάλιστα λαμβάνεται υπόψη και αυτεπαγγέλτως.

Κατά την θεωρία της ενσωμάτωσης δεν μπορούν να εφαρμοστούν στο εσωτερικό δίκαιο οι διεθνείς συνθήκες όταν δεν περιέχουν διατάξεις αμέσου εφαρμογής. Δηλαδή αν δεν τροποποιούν κάποιο συγκεκριμένο άρθρο του Κώδικα θέτοντας νέο στη θέση του. Η παράλειψη και μάλιστα επί σαράντα έτη (1989 έως σήμερα) νομοθετικής τροποποίησης - παρά τις επί είκοσι έτι ατελέσφορες προσπάθειες νομοπαρασκευαστικών επιτροπών - γεννά ζήτημα διεθνούς ευθύνης του κράτους που δεν ενδιαφέρει όμως εν προκειμένω.

Ένας δεύτερος νομικός μηχανισμός είναι αυτός που τίθεται σε εφαρμογή. Το άρθρο 28 του Συντάγματος επιβάλλει ότι *«οι γενικά παραδεγμένοι κανόνες του διεθνούς δικαίου αποτελούν αναπόσπαστο μέρος του ελληνικού δικαίου και υπερισχύουν από κάθε άλλη αντίθετη διάταξη νόμου»*. Πολλώ μάλλον της νομολογίας που στην Ελλάδα δεν αποτελεί άμεσο πηγή δικαίου.

Ως προς το υπό εξέταση ζήτημα, δεν απαιτείται κανένας νόμος για να εφαρμοστεί το διεθνές δίκαιο αφού η παραβίαση των προστατευόμενων δικαιωμάτων κατά τους ισχυρισμούς μας τελείται από κρατικά όργανα (δικαστήρια) και παρά τον νόμο (άρ. 8 ΕΣΔΑ).

Δεν αξιώνεται η αλλαγή αλλά η εφαρμογή του εσωτερικού νόμου.

Η νομική θέση είναι ότι ο δικαστής, και μάλιστα «στο πόδι», με την διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων και κατά παρέκκλιση από την αρχή του φυσικού δικαστή της τακτικής διαδικασίας, ΔΕΝ ΔΙΚΑΙΟΥΤΑΙ Ν'ΑΦΑΙΡΕΙ ΤΗΝ ΕΠΙΜΕΛΕΙΑ από τον πατέρα αλλά υποχρεούται να διατηρεί την κοινή ανατροφή και κατόπιν εμπειριστατωμένης κρίσης να εκδίδει σχέδιο ανατροφής παιδιού ρυθμίζοντας ταυτόχρονα την άσκηση της γονικής μέριμνας.

Ο νομικός αυτός ισχυρισμός πρέπει ν' απαντηθεί νομικά και όχι με μία ολιγόλογη κρίση του τύπου «δεν παραβιάζονται τα ανθρώπινα δικαιώματα». Η παράλειψη αιτιολογημένης απάντησης ενός καταλυτικού νομικού ισχυρισμού συνιστά όχι μόνο πλημμέλεια της απόφασης αλλά και άδικο πράξη.

Επιπλέον, ως μέτρο επίταξης της ευθύνης του Δικαστηρίου, το άρθρο 7 ν. 2502/1997 προβλέπει ότι στις διαδικασίες που αφορούν ένα παιδί, η δικαστική αρχή οφείλει να ενεργεί ταχέως για να αποφύγει οποιαδήποτε άσκοπη καθυστέρηση. Επίσης το άρθρο 8 προβλέπει ότι στις διαδικασίες που αφορούν ένα παιδί, η δικαστική αρχή έχει την εξουσία ... να επιληφθεί αυτεπαγγέλτως.

Εξ' άλλου, κατά το άρθρο 6 ν. 693/1977 : *“..... Αρνησιδικία εκ μέρους των δικαστικών λειτουργών υπάρχει τότε μόνον, όταν ούτοι αρνούνται αδικαιολογήτως να αποφανθούν επί νομίμως υποβαλλομένων αιτήσεων των διαδίκων υφ' οιανδήποτε πρόσφαση και ιδίως την της σιωπής ή ασαφείας του νόμου.”* Η αρνησιδικία με πρόθεση απόδρασης από το πρόβλημα, όπως περιγράφεται ανωτέρω, ελέγχεται από τον εσωτερικό νόμο.

Πέραν αυτού, οι παραβιάσεις προστατευόμενων δικαιωμάτων εκ μέρους της Ελληνικής Δημοκρατίας ελέγχονται από τα διεθνή όργανα ελέγχου.

Γ.Παπαρρηγόπουλος