

Το νέο νομοσχέδιο για τον γάμο των ομοφύλων ζευγαριών στην Ελλάδα : αλλαγές και προβληματισμοί

Η σχέση μεταξύ δικαίου και ηθικής

Μήνας - Κοσμάς (Μινως) Καλογερομήτρος, Αναστασία - Παρασκευή Πετμεζά, Προπτυχιακοί Φοιτητές, Νομική Σχολή, Ευρωπαϊκό Πανεπιστήμιο Κύπρου

Η ταχύτατη εξέλιξη στο ζήτημα του γάμου μεταξύ ομοφύλων ζευγαριών σε δυτικές χώρες, κυρίως δε στις ΗΠΑ, οδήγησε στην υιοθέτηση των νέων αλλαγών και στο ελληνικό δίκαιο. Το γεγονός αυτό δίδαξε την θεωρία, καθώς η ελληνική κοινωνία δεν τηρούσε ενιαία στάση επί του ζητήματος αυτού. Οι προβληματισμοί που ανέκυψαν έφεραν στο προσκήνιο την ερμηνεία των άρθρων 4 και 21 του Συντάγματος. Με δεδομένο, μάλιστα, ότι τόσο η ομοφυλοφιλία όσο και η ετεροφυλοφιλία αποτελούν υπάρχοντα κοινωνικά φαινόμενα, η θεωρία κλήθηκε να αντιμετωπίσει το ζήτημα αν η ηθική, όπως γίνεται αντιληπτή από τον μέσο Έλληνα, μπορεί να οδηγήσει σε διασταλτική ερμηνεία του Συντάγματος, ώστε να καταλαμβάνεται και η σύναψη γάμου και η δημιουργία οικογένειας από τα ομόφυλα ζευγάρια. Η παρούσα μελέτη πραγματεύεται το ζήτημα της σχέσης μεταξύ δικαίου και ηθικής όχι ως προς την δικαιοπλαστική του χροιά, καθώς ο νόμος έχει ήδη αποκτήσει ισχύ, αλλά ως προς την δυνατότητα να «χρωματίζει» έννοιες του Συντάγματος, προκειμένου να εξεταστεί η συνταγματικότητά του. Προς τούτο, γίνεται αναλυτική επεξεργασία τόσο της ιστορικής διαμόρφωσης της έννοιας του γάμου και της οικογένειας όσο και των αντιλήψεων και απόψεων που διατυπώθηκαν ενόψει του νέου νόμου αλλά και το πως επηρεάζει το νέο καθεστώς την κοινωνική πραγματικότητα μέσω διαδικαστικών αλλά και ουσιαστικών μεταρρυθμίσεων.

Η πρωτοβουλία της Ελλάδας να αποτελέσει την πρώτη ορθόδοξη χώρα που νομιμοποίησε τον γάμο μεταξύ των ομοφύλων αποτέλεσε αντικείμενο έντονων συζητήσεων τόσο εντός όσο και εκτός της Επικράτειας. Κατ'επεκτατική εφαρμογή της αρχής της ισότητας, επιλέχθηκε από τον Έλληνα νομοθέτη η χορήγηση του δικαιώματος τέλεσης γάμου σε ζευγάρια που αποκλίνουν από το κλασικό πρότυπο, με αποτέλεσμα να επαναφέρει στο προσκήνιο τη συζήτηση για τη σχέση μεταξύ δικαίου και ηθικής, η οποία γίνεται αντιληπτή ως κοινωνική ηθική, υπό την έννοια της άντλησης του περιεχομένου της από τον μέσο κοινωνικό άνθρωπο. Οι νεοεισαχθείσες ρυθμίσεις έγιναν πανηγυρικά δεκτές από τα κράτη τα οποία είχαν ήδη προβεί στην υιοθέτηση του καθεστώτος αυτού, ενώ, σε εθνικό επίπεδο, ο νέος νόμος δίδαξε τη νομική επιστήμη, καθώς κλήθηκε να τοποθετηθεί επί της συμβατότητας των νέων ρυθμίσεων

με το Σύνταγμα, αλλά και με την ισχυρά εκφραζόμενη αντίθετη θέση της Ορθόδοξης Εκκλησίας. Η παρούσα μελέτη αναφέρεται στις αλλαγές που επέφερε ο ν. 5089/2024, καθώς και στα νομικά ζητήματα που εγείρει η κοινωνική ηθική αφενός ως δευτερογενής πηγή (μέσω της γενικής ρήτρας των χρηστών ηθών) και, αφετέρου, ως εργαλείο ερμηνείας του δικαίου. Τα ζητήματα αυτά αφορούν την πολλών χρόνων συζήτηση περί του ορισμού του γάμου και της οικογένειας και κυρίως, το κατά πόσο η έλλειψη αυτού μπορούσε, τουλάχιστον προ της ανωτέρω νομοθετικής ρύθμισης, να ερμηνευθεί μέσω της ηθικής ή μέσω ενός αυστηρού νομικού συλλογισμού.

Ι. Η μεταβολή του υπάρχοντος καθεστώτος α. Ο ν. 5089/2024

Με τον ν. 5089/2024 τροποποιήθηκαν^[1] οι διατάξεις του Αστικού Κώδικα (εφεξής ΑΚ) ως προς τα σχετικά κεφάλαια του οικογενειακού δικαίου που αφορούν στις προϋποθέσεις

« Η παρούσα μελέτη αναφέρεται στις αλλαγές που επέφερε ο ν. 5089/2024»

[1] ΦΕΚ Α 27/17.02.2024

Το νέο νομοσχέδιο για τον γάμο των ομοφύλων ζευγαριών στην Ελλάδα

τέλεσης του γάμου, ενώ επήλθαν και περαιτέρω αλλαγές στο δίκαιο της υιοθεσίας, όχι ευθέως, αλλά λόγω της αναγνώρισης του γάμου και μεταξύ ομόφυλων προσώπων. Κεντρικό σημείο της τροποποίησης αποτελεί η εν γένει αντικατάσταση των ρυθμίσεων που αφορούν σε ετερόφυλους, προκειμένου να περιλαμβάνουν και τα ομόφυλα ζευγάρια. Έτσι, το άρθρο 1350 παρ.1 περί των προϋποθέσεων σύναψης γάμου, τροποποιείται με την προσθήκη νέου εδαφίου το οποίο αναφέρει ότι γάμος μπορεί να συναφθεί μεταξύ προσώπων του ίδιου ή διαφορετικού φύλου, εφόσον υπάρχει συμφωνία μεταξύ αυτών.

Ακολουθούν τροποποιήσεις, οι οποίες έχουν ως στόχο την προσαρμογή της νομοθεσίας προς τα νέα δεδομένα. Το επώνυμο των τέκνων κατά την παρ. 3 του άρθρου 1505 ΑΚ δεν προσδιορίζεται πλέον από το επώνυμο του πατέρα αλλά από επιλογή των γονέων η οποία πραγματοποιείται με κοινή δήλωση των γονέων του τέκνου ενώπιον δημοσίου λειτουργού ο οποίος θα τελέσει τον γάμο. Εάν δεν λάβει χώρα η εν λόγω δήλωση, το τέκνο λαμβάνει σύνθετο επίθετο το οποίο αποτελείται από τα επώνυμα και των δύο γονέων του, κατ' αλφαβητική σειρά. Σε περίπτωση που ένας γονέας φέρει σύνθετο επίθετο, επιλέγεται το πρώτο εξ αυτών. Διαδικαστικά μεταβάλλονται τα πρόσωπα τα οποία προβαίνουν σε δήλωση της γεννήσεως του τέκνου κατά το άρθρο 21 του ν.344/1976: Υπόχρεος με βάση την παλαιά διατύπωση του άρθρου ήταν ο πατέρας, ενώ πλέον γίνεται λόγος για καθέναν εκ των δύο γονέων, κατ' εφαρμογή της αρχής της ισότητας.

Κομβικής σημασίας είναι η αλλαγή που επέρχεται στο δίκαιο της υιοθεσίας συνεπεία της αναγνώρισης του γάμου των ομοφύλων και χωρίς ευθεία τροποποίηση των διατάξεων του Αστικού Κώδικα: Με βάση τη νέα, ευρύτερη έννοια των συζύγων, παρέχεται πλέον η δυνατότητα τόσο κοινής υιοθεσίας ανήλικου τέκνου από ζεύγος ομόφυλων προσώπων όσο και υιοθεσίας του τέκνου του ομόφυλου συζύγου από τον/τη σύζυγό του, υπό τον όρο, βεβαίως, ότι συναινεί σε αυτή και ο άλλος φυσικός του γονέας, αν υπάρχει, κατά τους όρους των άρθρων 1550, 1552 ΑΚ. Επίσης, σημαντική εξέλιξη συνιστά η αναδρομική αναγνώριση των γονεϊκών σχέσεων ομοφύλων που έχουν ιδρυθεί στο εξωτερικό, ακόμη και αν η

ίδρυση έγινε κατά τρόπο μη επιτρεπτό από το εθνικό δίκαιο, π.χ. ζεύγος ομόφυλων ανδρών που προσέφυγε σε παρένθετη μητέρα, χωρίς τη δυνατότητα προσφυγής εκ μέρους του δικαστηρίου στη γενική ρήτρα της δημόσιας τάξης (άρθρα 10 και 11). Αυτό που επισημαίνεται, πάντως, είναι ότι ο ν. 5089/2024 δεν αντιμετωπίζει συνολικά τα θέματα της ίδρυσης συγγένειας από τον γάμο των ομοφύλων, δεν τροποποιεί, δηλαδή, τις σχετικές διατάξεις του Αστικού Κώδικα περί συγγένειας, οι οποίες αναφέρονται στα τεκμήρια πατρότητας και μητρότητας και, γενικότερα, σε «μητρότητα» και «πατρότητα», προϋποθέτουν δηλαδή πατέρα και μητέρα, πράγμα που θα δημιουργήσει πολύ σημαντικά προβλήματα ασφάλειας δικαίου και ρύθμισης των σχέσεων που θα δημιουργηθούν στην πράξη.

Η έννομη σχέση του γάμου, ωστόσο, δεν αφορά μόνο το πλαίσιο του οικογενειακού δικαίου αλλά επηρεάζει και άλλους κλάδους που σχετίζονται με τον θεσμό της οικογένειας. Αρχικά, σε επίπεδο εργατικού δικαίου, τροποποιείται το άρθρο 228 Α του π.δ. 80/2022 περί της ειδικής προστασίας άδειας της μητρότητας. Δικαιούχος της άδειας θα είναι πλέον ένας εκ των δύο γονέων, κατόπιν κοινής δηλώσεως τους και με δυνατότητα μεταβίβασης 7 ημερών εκ της συνολικής άδειας στον έτερο γονέα. Ομοίως και στην περίπτωση της ειδικής παροχής που ελάμβανε η μητέρα κατά το άρθρο 151 του ν. 5078/2023. Η απόκτηση τέκνου από τα ομόφυλα ζευγάρια και η απόλαυση των δικαιωμάτων που τους παρέχει ο Κώδικας Ατομικού Εργατικού Δικαίου διασφαλίζεται και με την τροποποίηση του άρθρου 281 του ανωτέρω προεδρικού διατάγματος. Η απαγόρευση καταγγελίας της σύμβασης εργασίας της μητέρας κατά τη διάρκεια της άδειας μητρότητας επεκτείνεται και στον γονέα που έχει δηλώσει ότι θα λαμβάνει την άδεια αυτή.

Σε δεύτερο επίπεδο, η εξασφάλιση της τήρησης της αρχής της ισότητας μέσω της απαγόρευσης των διακρίσεων οδηγεί σε τροποποιήσεις ειδικών νόμων που αφορούν στον κλάδο της εκπαίδευσης. Οι διατάξεις του ν. 4443/2016 μεταβάλλονται ως προς την χρήση του γλωσσικού όρου «φύλο», ο οποίος πλέον αντικαθίσταται από τη φράση <<έκφραση φύλου>>, προκειμένου να συμπεριλάβει το ευρύ φάσμα κοινωνικού

« Κομβικής σημασίας είναι η αλλαγή που επέρχεται στο δίκαιο της υιοθεσίας συνεπεία της αναγνώρισης του γάμου των ομοφύλων »

Ελληνικό Οικογενειακό Δίκαιο

φύλου κατά δήλωση, όπως οι non binary, transgender κ.ο.κ.

Τέλος, αντιμετωπίζεται η περίπτωση του ήδη υπάρχοντος γάμου, τελεσθέντος στο εξωτερικό. Έως και την ψήφιση του υπό εξέταση νόμου, τα ομόφυλα ζευγάρια που επιθυμούσαν να ενωθούν με γάμο, κατέφευγαν σε αλλοδαπές έννομες τάξεις στις οποίες παρείχετο η σχετική δυνατότητα^[2]. Κατά κανόνα οι γάμοι αυτοί αναγνωρίζονται και θεωρούνται υποστατοί και εντός της ελληνικής εννόμου τάξεως. Για την προστασία του τέκνου και την εξασφάλιση του από ήδη συσταθείσα γονεϊκή σχέση σε τρίτη χώρα, την αναγνωρίζει πλέον και εντός της ελληνικής έννομης τάξης.

Αναγκαία και άμεση καθίσταται η τροποποίηση των δημοσίων εγγράφων προκειμένου να επιτρέψουν την εφαρμογή των νέων ρυθμίσεων^[3]. Προς τούτο, το άρθρο 12 του ν. 5089/2024 παρέχει εξουσιοδότηση στον Υπουργό Εσωτερικών να προβεί στις αναγκαίες τροποποιήσεις, ιδίως του ν. 344/1976 για τα ληξιαρχεία, προκειμένου να προσαρμοστούν οι ληξιαρχικές πράξεις στις νέες ρυθμίσεις, αλλά και να προσδιορισθούν θέματα δημοτικότητας των τέκνων ομόφυλων ζευγαριών.

Προς τον σκοπό αυτόν εκδόθηκε η υπουργική απόφαση 298/2024 (Β' 2071/7.4.2024), σύμφωνα με την οποία οι ληξιαρχικές πράξεις του γάμου αλλά και των γεννήσεων τροποποιούνται, προκειμένου να αναγράφεται σε αυτές, αντί των έως τώρα αναφερόμενων ιδιοτήτων των γονέων ως «πατέρα – μητέρα», οι διευρυμένες γονεϊκές ιδιότητες που μπορεί να υπάρχουν, ανάλογα με την περίπτωση, «πατέρας – πατέρας» και «μητέρα – μητέρα», ενώ, ομοίως, προστίθενται οι λέξεις «άνδρας – άνδρας» και «<<γυναίκα - γυναίκα>>» στις ληξιαρχικές πράξεις του γάμου. Ομοίως και στις περιπτώσεις γονέων που δεν προσδιορίζονται με συγκεκριμένο φύλο, έγκυρη μπορεί να είναι και η καταχώρηση των λοιπών προσδιοριστικών στοιχείων του προσώπου πριν από τη

λεκτική ένδειξης που καταδεικνύει το βιολογικό ή κοινωνικό του φύλο.

Η τήρηση της διαδικασίας δήλωσης του τέκνου στο ληξιαρχείο είναι υποχρεωτική και εντός προθεσμίας θα πρέπει να προβαίνουν και σε δήλωση της δημοτικότητάς του. Σε περίπτωση που αυτή δεν λάβει χώρα, τότε τα τέκνα λαμβάνουν τη δημοτικότητα του γονέα του οποίου το επώνυμο προηγείται αλφαβητικά, ενώ αυτή λειτουργεί και για τα τέκνα που θα αποκτηθούν μεταγενέστερα. Εάν το τέκνο είναι γεννημένο εκτός γάμου (ή ελληνικού συμφώνου συμβίωσης), τότε λαμβάνει την δημοτικότητα του Έλληνα γονέα, ενώ, σε περίπτωση που και οι δύο είναι Έλληνες, αρμόδιο για την πρόσδοση της δημοτικότητας είναι το Ειδικό Ληξιαρχείο. Ειδικές ρυθμίσεις έχουν θεσπισθεί, κατ'εφαρμογή του άρθρου 10 του ν. 5089/2024 για τα τέκνα που έχουν γεννηθεί εκτός γάμου ή συμφώνου συμβίωσης, ανάλογα με το αν υπάρχει ή όχι αλλοδαπό πιστοποιητικό γέννησης και Ελληνίδα μητέρα ή ένας μόνο Έλληνας πατέρας ή εάν και οι δύο οι γονείς (ομόφυλοι ή ετερόφυλοι) είναι Έλληνες^[4].

II. Εννοιολογικός και ρυθμιστικός προσδιορισμός της οικογένειας

α. Κοινωνικές και θεσμικές συνθήκες

Παραμένοντας στην προβληματική των ομόφυλων ζευγαριών, χωρίς να επεκταθούμε σε λοιπά ζητήματα των χαρακτηριστικών της ΛΟΑΤΚΙ+ κοινότητας, με μια μονό μικρή ματιά στην ιστορία, γίνεται αντιληπτό ότι η ομοφυλοφιλία ήταν από τα βάθη της ένα κοινό μυστικό, στιγματισμένο ως αφύσικο^[5]. Ενώ υπήρχε, υπάρχει και θα εξακολουθήσει να υπάρχει, η ανθρωπότητα είχε επιλέξει να εθελοτυφλεί. Όσο και αν αγνοηθεί όμως, η κοινότητα αυτή εξακολουθεί να υπάρχει φέροντας τη σημαντικότερη ιδιότητα από όλες, αυτή του ανθρώπου. Και παρά τη γενική και λανθασμένη αντίληψη ότι ο άνθρωπος αποτελεί λευκό καμβά τον οποίων εμπλουτίζουν

«έγκυρη μπορεί να είναι και η καταχώρηση των λοιπών προσδιοριστικών στοιχείων του προσώπου πριν από τη λεκτική ένδειξη που καταδεικνύει το βιολογικό ή κοινωνικό του φύλο»

^[2] ENOBE, Σύμφωνο Συμβίωσης και μεταρρυθμίσεις στο οικογενειακό δίκαιο, Ν. 3719/2008, Σάκκουλας 2009.

^[3] Εγκύκλιος υπ' αριθμ. 240/2-3-2024 με θέμα <<Οδηγίες για την εφαρμογή του ν.5089/2024 - ΦΕΚ Α' 27/16.02.2024 «Ισότητα στον πολιτικό γάμο, τροποποίηση του Αστικού Κώδικα και άλλες διατάξεις» προς

τους Δήμους, τα Ληξιαρχεία και τις Ελληνικές Προξενικές Αρχές>>, διαθέσιμο στα <https://www.dnews.gr/images/2024/3/omofylapdf>

^[4] Βλ. αναλυτικά την ανωτέρω Εγκύκλιο του Υπουργείου Εσωτερικών

^[5] Καφετζόπουλος Ε., Ο Σεξουαλικός Πίθηκος, έκδ. Κάτοπτρο 1999.

Το νέο νομοσχέδιο για τον γάμο των ομοφύλων ζευγαριών στην Ελλάδα

κοινωνικά χρώματα, η επιστήμη έχει αποδείξει ότι ο άνθρωπος φέρει στο DNA του ήδη πολλά χαρακτηριστικά τα οποία τον προδιαθέτουν για την απόκτηση συμπεριφορών. Έτσι και ο σεξουαλικός προσανατολισμός είναι έμφυτος, διαμορφώνεται κατά τους μεσαίους μήνες της κύησης και συνεπώς δεν αποτελεί επιλογή του προσώπου. Υπάρχει περίπτωση η ομοφυλοφιλία να αποτελέσει προϊόν κοινωνικών συνθηκών, σε αυτές τις περιπτώσεις, όμως, δύσκολα θα διακρίσει, ενώ υποστηρίζεται ότι το υποκείμενο πάντα θα επιστρέφει στον αρχικό του σεξουαλικό προσανατολισμό^[6].

Τα ομόφυλα ζευγάρια διαθέτουν τα δικαιώματα του ανθρώπου, όπως αυτά κατοχυρώνονται τόσο στην Οικουμενική Διακήρυξη για τα Ανθρώπινα Δικαιώματα όσο και στην ΕΣΔΑ. Συγκεκριμένα δε είναι φορείς του δικαιώματος απόκτησης οικογένειας^[7] χωρίς διακρίσεις^[8]. Το δικαίωμα αυτό, όμως φαίνεται να συγκρούεται με το συμφέρον των τέκνων, καθώς αντικείμενο αμφισβήτησης αποτελεί το εάν τα ομόφυλα ζευγάρια μπορούν να

αντικαταστήσουν πλήρως το κλασικό πρότυπο του πατέρα και της μητέρας, δηλαδή των γονεϊκών ρόλων που ισχύουν στα ετερόφυλα ζευγάρια^[9]. Η προσπάθεια αντιμετώπισης ενός διαφορετικού μοντέλου οικογένειας εμφανίστηκε στο προσκήνιο αρκετά χρόνια πριν, με ορόσημο το 2008 και την τέλεση του πρώτου γάμου ομοφύλων^[10] από τον Δήμαρχο της Τήλου^[11]. Σε ενωσιακό επίπεδο σχετική πρόβλεψη έλαβε χώρα με την Συνθήκη του Άμστερνταμ του 1999^[12] αλλά και η ΕΣΔΑ^[13], κατά την οποία απαγορεύονταν μεταξύ άλλων οι διακρίσεις λόγω σεξουαλικού προσανατολισμού, αλλά στο άρθρο 12, γίνεται αναφορά στο δικαίωμα του άνδρα και της γυναίκας να συνάπτουν γάμο και να ιδρύουν οικογένεια.

β. Η πολύπαθη έννοια της <<οικογένειας>>

Πρόκειται για μια ιστορικά πανταχού παρούσα οικογένεια, η οποία καταδεικνύει τη φύση του ανθρώπου ως όντος κοινωνικού, εκκινούμενη από τη σεξουαλική έλξη που υφίσταται μεταξύ δύο προσώπων^[14]. Αρχέτυπο

^[6] Τρύφων Ζ., Παπαζήση Χ.- Θ., Κτενίδης Θ, Το φύλο και η Συμπεριφορά του, Θεσσαλονίκη Παρατηρητής 2004

^[7] Estrada S., “Familia, matrimonio y adopción: algunas reflexiones en defensa del derecho de las parejas del mismo sexo a constituir familia y de los menores a tenerla”, en Revista de Derecho Universidad del Norte, N° 36, 2011

^[8] Καΐσης, Γάμος Ομοφύλων και Δημόσια Τάξη, Τιμητικός Τόμος για Ι. Μανωλεδάκη Αθήνα- Θεσσαλονίκη, Σάκουλας 2007, σελ.

^[9] Ακριβοπούλου Χ.Μ., Η ‘αλλαγή’ και η πολιτική των δικαιωμάτων: οικογένεια, πολιτικός γάμος, αμβλώσεις και εργασία, 2014, σελ.125 επ

^[10] Πολ.ΠρΠ 114/2009, με την οποία ο γάμος που είχε συντελεστεί κρίθηκε ανυπόστατος ο γάμος.

^[11] Παπαδοπούλου Λ., Γάμος Ομοφύλων; Μια απόπειρα νομικής και δικαιοπολιτικής αξιολόγησης, 2008. Το γεγονός αυτό ξεσήλωσε αντιδράσεις, οι οποίες όμως οδήγησαν στην έκφραση των τότε αντιλήψεων επί του ζητήματος αυτού. Η κυρίαρχη αντίδραση ήταν ι-δαιτέρως συντηρητική, με θέση την ανεκτικότητα της κοινωνίας απέναντι στην ομοφυλοφιλία, σε καμία περίπτωση όμως στην αποδοχή της. Η θρησκευτική επιρροή επί της απόψεως αυτής είναι φανερή, ωστόσο δικαιολογήθηκε ως προς την μη συνταγματικότητα της, καθώς αυτή αφορά οικογένειες μόνο ετερόφυλων ζευγαριών. Κατά μια δεύτερη άποψη, δεν θα πρέπει να αγνοείται η ανάγκη των ομοφύλων ζευγαριών να εκπληρώσουν την επιθυμία τους για την απόκτηση οικογέ-

νειας, με ένα μόρφωμα όμως προσαρμοσμένο στην ι-διαιτερότητα αυτών, χωρίς όμως να εξομοιώνεται με τον γάμο. Τέλος, υποστηρίχθηκε και μια τρίτη προσ-δευτική άποψη, η οποία έκρινε ότι η παροχή της δυνα-τότητας σύναψης συμφώνου συμβίωσης σε καμία περι-πτωση δεν εκπληρώνει τις απαιτήσεις της ισότητας. Βλ. ενδεικτικά Χρυσόγονος Κ., Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, Αθήνα Νομική Βιβλιοθήκη 2006. Παπα-χρίστου Θ., Ο γάμος των Ομοφύλων Προσώπων και οι Νόμοι, Ελευθεροτυπία, 05.06.2008, Παπαδημη-τρίου Γ., Σύμφωνο Συμβίωσης, Αίτημα της Εποχής μας, 16.06.2008

^[12] Κτιστάκης Γ., Η επίδραση της Ευρωπαϊκής Σύμ-βασης των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, στην εφαρ-μογή και ερμηνεία του ελληνικού δικαίου, Σάκουλας 2002

^[13] Εκτός από την εξέταση της συνταγματικότητας μιας διάταξης θα πρέπει να ερευνηθεί και η συμβατό-τητά της προς την ΕΣΔΑ. Ο δικαστής επιφορτίζεται με την αυτεπάγγελτη αρμοδιότητα για την εξέταση της συμφωνίας ενός νόμου προς τις διεθνείς συμβάσεις χω-ρίς να προσκολλάται στο γράμμα αλλά να επικεντρώνεται στην ουσία και το εκάστοτε προστατευόμενο συμφέρον. Βλ. ενδεικτικά Βιδάλης Τ., Η συνταγματική διάσταση της εξουσίας στο γάμο και στην οικογένεια. Ατομικές Ελευθερίες και θεσμικοί Μετασχηματισμοί, Αθήνα-Κομοτηνή, Αντ. Σάκουλας 1996.

^[14] Ο δεσμός της οικογένειας αποτέλεσε την δομική βάση για την εξέλιξη των κοινοτήτων ήδη από την αρ-χαιότητα και τον διαχωρισμό της ελληνικής κοινωνίας

« αντικείμενο αμφι-σβήτησης αποτελεί το εάν τα ομόφυλα ζευγάρια μπορούν να αντικαταστήσουν πλήρως το κλασικό πρότυπο του πατέρα και της μητέρας»

Ελληνικό Οικογενειακό Δίκαιο

πρότυπο ήταν αυτό της πατριαρχικής οικογένειας, ήτοι του πατέρα, της μητέρας και των τέκνων τους αλλά και των τέκνων αυτών κ.ο.κ. Η πολυάριθμη αυτή οικογένεια συρρικνώθηκε αργότερα και περιελάμβανε συνήθως μόνο τα τρία πρώτα πρόσωπα (πυρηνική οικογένεια) ενώ πλέον συχνή είναι η παρουσία και του μοντέλου της μονογονεϊκής οικογένειας, είτε εξ αρχής και κατ' επιλογήν, είτε κατόπιν ορισμένου συμβάντος, όπως το διαζύγιο ή ο θάνατος.

Διεύρυνση της έννοιας της οικογένειας επήλθε και με την δυνατότητα υιοθεσίας, τεκνοποίησης μέσω δότη, παρένθετης μητέρας και εν γένει με την αξιοποίηση των δυνατοτήτων της Ι.Υ.Α. Λόγω της αδυναμίας ζευγαριών να τεκνοποιήσουν, δημιουργήθηκε και ένα άλλο είδος οικογένειας^[15], αυτό που δεν βασίζεται στη βιολογική καταγωγή, αλλά στον ψυχολογικό δεσμό αγάπης και φροντίδας που περιβάλλει τα μέλη (κοινωνικοσυναισθηματική συγγένεια). Η ίδια η ζωή όμως έχει αναδείξει πολυμορφία συνδυασμών των ανωτέρω στοιχείων, οι οποίες - ανορθόδοξα, κατά τους γράφοντες - ονομάστηκαν «παραοικογενειακές», υπό την έννοια ότι αποτελούν «στρέβλωση» της κλασικής μορφής της οικογένειας.

Με βάση όλα τα παραπάνω, καθίσταται σαφές η ρητή προστασία τόσο από το άρθρο 9 όσο και από το άρθρο 21 του Συντάγματος^[16] του θεσμού της οικογένειας^[17]. Η δομή της οικογένειας και η «ποιότητα» των γονέων είναι ο κύριος μοχλός ανατροφής των νέων κοινωνιών και συνεπώς της κοινωνικής εξέλι-

ξης. Παρατηρείται ότι στο άρθρο 21 Συντ. γίνεται λόγος για «οικογένεια», αλλά όχι για τον τρόπο που αυτή μπορεί να δημιουργηθεί, δίνοντας έτσι δυνατότητα ερμηνείας, προκειμένου να συμπεριλάβει και τις νέες μορφές που ανακύπτουν. Όπως κάθε συνταγματικό δικαίωμα, έτσι και αυτό θα πρέπει να ασκείται κατά τρόπο σύμφωνο με το Σύνταγμα και εντός των ορίων που τίθενται από αυτό^[18]. Η ρύθμιση είναι διττή, καθώς, αφενός προβλέπεται το απαραβίαστο της οικογενειακής ζωής ως μέρους της ιδιωτικής βάσει του άρθρου 5 αλλά και ως θεσμός, μεταξύ άλλων, στο άρθρο 25. Πρόκειται για θεσμό ο οποίος αφορά στην εξέλιξη του Έθνους, δίνοντας αυξημένη σημασία στην προστασία της, με διακριτική μεταχείριση της και συνεπώς είναι δυνατόν να επηρεάζεται από ηθικές και κοινωνικές αντιλήψεις αλλά και ανάγκες^[19].

Δομικά, η οικογένεια γίνεται αντιληπτή υπό την περιβολή του γάμου^[20]. Η γραμματική επιλογή του νομοθέτη δημιουργεί ερωτήματα σχετικά με την σχέση γάμου και οικογένειας και κυρίως αν μπορούν να θεωρηθούν διακριτές έννοιες, κατά την πάγια νομολογία του ΑΠ δεν μπορεί να θεμελιωθεί η έννοια της οικογένειας όταν οι γονείς τελούν σε ελεύθερη ένωση^[21]. Και τούτο διότι ο γάμος επιτελεί επιπλέον διασφαλιστική λειτουργία λόγω της νομικής του φύσης, καθώς επιφέρει έννομες συνέπειες αλλά και υποχρεώσεις μεταξύ των κοινωνιών.

Μέχρι πριν από τον ν. 5089/2024 απαιτείτο επιπλέον να καταρτίζεται η σύμβαση του γάμου μεταξύ δύο προσώπων διαφορετικού φύ-

«ο γάμος επιτελεί επιπλέον διασφαλιστική λειτουργία λόγω της νομικής του φύσης, καθώς επιφέρει έννομες συνέπειες αλλά και υποχρεώσεις μεταξύ των κοινωνιών.»

σε οίκους. Μέσω της συγγένειας που συνδέει τα μέλη αναπτύσσεται μεγαλύτερη και συναισθηματική συνοχή.^[15] Ο δεσμός αυτός μπορεί να αφορά είτε σε οικογένεια που προέκυψε κατόπιν υιοθεσίας τέκνου είτε σε ανάδοχη οικογένεια, η οποία έχει ως σκοπό την φροντίδα του παιδιού για ορισμένο χρονικό διάστημα.

^[16] Πρόκειται για ατομικό δικαίωμα, το οποίο θεμελιώνει υποχρέωση του κράτους προς σεβασμό και παράλειψη παραβίασης του. Ομοίως και στο άρθρο 12 της ΕΣΔΑ.

^[17] Πάνου Α., Η συνταγματική κατοχύρωση της οικογένειας, 2006

^[18] Θα πρέπει να ακολουθείται ο κοινωνικός σκοπός του δικαιώματος και να γίνεται χρηστή απόλαυση αυτού, τηρουμένου του μέτρου της αναλογικότητας.

^[19] Η συνταγματική προστασία περιλαμβάνει τόσο την θετική πλευρά της, ήτοι την απαγόρευση χρήσεως των

δικαιωμάτων εις βάρος των δικαιούχων και την δημιουργία αρνητικών αποτελεσμάτων κατά αυτών, όσο και την αρνητική της, δηλαδή να μην παρεμποδίζεται η αναγνώριση και η ανάπτυξη της.

^[20] Ο γάμος ιστορικά υπηρετούσε κοινωνικές σκοπιμότητες ενώ είχε έντονη θρησκευτική επιρροή. Θεωρούνταν δε ως η κοινωνία δυο προσώπων, ενός άνδρα και μιας γυναίκας για το υπόλοιπο του βίου τους. Με την κανονιστική του ρύθμιση αναπόφευκτα ερμηνεύτηκε με αντικειμενικά και λιγότερο κοινωνικοηθικά κριτήρια, ενώ αμφισβητήθηκε η νομική του φύση ως θεσμός ή συμβάσεως. Βλ. ενδεικτικά Κοτζάμπαση Α., Η Έννοια και η Λειτουργία της Έγγαμης Συμβίωσης- Ερμηνευτική Προσέγγιση των άρθρων 1386 & 1387 ΑΚ, Θεσσαλονίκη, Σάκουλας 1992.

^[21] ΑΠ 454/2018, 775/2011, 1541/2009.

Το νέο νομοσχέδιο για τον γάμο των ομοφύλων ζευγαριών στην Ελλάδα

λου, η συμβίωση αυτών, και, ως συνεπακόλουθο, η επίδειξη αμοιβαίων συναισθημάτων αγάπης^[22]. Τα στοιχεία αυτά δεν είναι αναγνώριστα και σίγουρα δεν μπορεί να καθοριστεί το περιεχόμενο τους εκ των προτέρων, αλλά θα πρέπει να κρίνονται κατά περίπτωση. Το υποκειμενικό πεδίο εφαρμογής της διάταξης είναι διευρυμένο, καθώς περιλαμβάνει τόσο το δικαίωμα των έγγαμων να αποκτήσουν τέκνα, όσο και των τέκνων να αναπτυχθούν σε ένα σταθερό και ασφαλές περιβάλλον ώστε να κοινωνικοποιηθούν ομαλά^[23].

Η ανάγκη συνδρομής του βιολογικού κριτηρίου για την κατάφαση της έννοιας της οικογενείας, ήταν συνδεδεμένη με μια ηθική χροιά. Τα πρόσωπα της οικογένειας μεγάλωναν σε κοινό περιβάλλον μαζί, δημιουργούσαν στενούς δεσμούς και κυρίως δεσμούς πίστης και εμπιστοσύνης. Η ανυπαρξία του κριτηρίου αυτού δημιουργούσε ανασφάλεια ως προς την διατήρηση των δεσμών αυτών και αντιμετωπίζονταν με επιφυλακτικότητα. Η φυσική αδυναμία ορισμένων ζευγαριών να αποκτήσουν τέκνα οδήγησε στην καταφυγή σε άλλες μεθόδους, όπως η τεχνητή γονιμοποίηση και η υιοθεσία.

Στην περίπτωση που γινόταν δεκτή η οικογένεια μόνο υπό την έννοια του βιολογικού κριτηρίου, τα ζευγάρια που δεν θα μπορούσαν να τεκνοποιήσουν θα στερούνταν το δικαίωμα τους σε οικογένεια. Στην κατηγορία αυτή εκ φύσεως συμπεριλαμβάνονται και τα ομόφυλα ζευγάρια^[24]. Ωστόσο, η ανυπαρξία βιολογικού δεσμού δεν μπορεί να αποκλείσει άνευ ετέρου

την ύπαρξη συναισθηματικών δεσμών, άλλωστε ορθώς χρησιμοποιείται και ο όρος <<κοινωνικοσυναισθηματική>> συγγένεια.

γ. Ζητήματα συνταγματικής αντιμετώπισης του γάμου

Η αντίληψη του γάμου ως ενώσεως προσώπων.

Ο γάμος ρυθμίζεται από το οικογενειακό δικαιο του Αστικού Κώδικα, οπότε ορθώς αποτέλεσε το νομοθέτημα αυτό τη βάση για την ανάπτυξη της συζήτησης περί της αποδοχής ή όχι του γάμου ομοφύλων ζευγαριών. Η γραμματική διατύπωση των άρθρων που αφορούν τον γάμο, προ της θέσης σε ισχύ του ν. 5089/2024, καταρχήν δεν εμπόδιζε την εφαρμογή τους σε γάμους ατόμων του ίδιου φύλου, καθώς αναφέρεται μόνο η έννοια του «προσώπου» χωρίς περαιτέρω εξειδίκευση. Όμως, σταθερά τόσα χρόνια η νομολογία αρνούνταν να αναγνωρίσει την τέλεση τέτοιων γάμων, επιστρατεύοντας ιδίως την ιστορική ερμηνεία του ΑΚ, αλλά και τη νομολογία του ΕΔΑΔ. Κρίθηκε δε, ότι παρά τη μη ρητή απαίτηση ότι οι μελλόνυμφοι πρέπει να είναι ετερόφυλοι, η συνταγματική κατοχύρωση του γάμου φαίνεται να θεωρεί ως δεδομένη την ύπαρξη προσώπων αντίθετου φύλου^[25].

Η φύση του γάμου ως θεσμού ή συμβατικού μορφώματος δεν είναι αδιάφορη για την απάντηση στο κρίνόμενο ζήτημα. Εάν εικάσουμε τον γάμο ως θεσμό, τότε θα πρέπει να δεχθούμε ότι υπηρετεί και κρατικά συμφέροντα και όχι μόνο ατομικά. Άρα οι διατάξεις που ρυθμίζουν τον γάμο θα πρέπει να έχουν κατά κανόνα χαρακτήρα αναγκαστικού δικαίου^[26].

« Η ανάγκη συνδρομής του βιολογικού κριτηρίου για την κατάφαση της έννοιας της οικογενείας, ήταν συνδεδεμένη με μια ηθική χροιά »

^[22] Παρά τη γενική άποψη ότι η οικογένεια πρέπει να περιλαμβάνει τέκνα, υποστηρίζεται και το αντίθετο, δηλαδή ότι οικογένεια μπορούν να αποτελέσουν και οι σύζυγοι χωρίς τέκνα. Τα πρόσωπα που απαρτίζουν μια οικογένεια μπορεί και να μεταβάλλονται, διότι πρόκειται για αόριστη νομική έννοια, η οποία ερμηνεύεται ανάλογα με τη διάταξη στην οποία κάθε φορά αναφέρεται. Έτσι, σε περίπτωση αδικοπραξίας (ΑΚ 914) και αποκατάστασης της ψυχικής οδύνης (ΑΚ 932), ο θάνατος μπορεί να είναι γονέας ενός τέκνου και να έχει δημιουργήσει την δική του οικογένεια, από την άλλη όμως μπορεί να αποτελεί και τέκνο άλλου. Για τον λόγο αυτό δικαιούχοι της αποζημιώσεως μπορούν να είναι και τέκνα του, οι γονείς του, ο σύζυγος, τα αδέρφια του κ.ο.κ. βλ ΟΛΑΠ 21/2007 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

^[23] Αυτό βέβαια δεν σημαίνει ότι το δικαίωμα αυτό μπορεί να λάβει τη μορφή υποχρέωσης, παρά το συμφέρον του τέκνου. Δεν μπορεί, λοιπόν, να γίνει εξαναγκαστή η δημιουργία οικογένειας υπέρ του τέκνου.

^[24] Ροΐδη Κ., Εναλλακτικές Μορφές Οικογενειακής αποκατάστασης Παιδιών [υιοθεσία- αναδοχή] από ομόφυλα ζευγάρια ή ομοφυλόφιλα άτομα, 2014.

^[25] Μάλλιος Ε., Κατοχύρωση συμβίωσης ομοφύλων: ελληνική πραγματικότητα και ευρωπαϊκή διάσταση (ΕΣΔΑ)

^[26] Κουνουγέρη - Μανωλεδάκη Ε. ό.π., πρόκειται για την λεγόμενη θεσμική θεωρία, η οποία έχει κατακριθεί και θεωρείται ότι η κρατική σκυπιμότητα πίσω από τον γάμο στην πραγματικότητα υποσκάπτει την ισότητα μεταξύ των δύο φύλων, δεν αποκόπτει την ιστορική του φόρτιση και θα μπορούσε να οδηγήσει ακόμη και σε απαγόρευση διαζυγίου. Η κατάφαση της θεσμικής του

Ελληνικό Οικογενειακό Δίκαιο

Στον αντίποδα, προτάσσεται η συμβατική φύση του γάμου, η οποία αντιλαμβάνεται τις υποχρεώσεις που απορρέουν από τον γάμο ως συμβατικώς αναληφθείσες υποχρεώσεις. Ωστόσο λόγω της μεγάλης κοινωνικής σημασίας του γάμου, είναι φανερό ότι αυτός δεν μπορεί να αντιμετωπίζεται ως οποιαδήποτε σύμβαση, διότι τότε, π.χ., θα μπορούσε να οδηγήσει σε επικίνδυνες καταστρατηγήσεις και περιορισμό της ελευθερίας των συμβαλλομένων, ενώ οι έννομες συνέπειές του άπτονται και του δημοσίου συμφέροντος και δεν είναι αποκλειστικώς ατομική υπόθεση των συζύγων^[27].

Κρατούσα θεωρία είναι αυτή που δέχεται τον γάμο ως μικτό μόρφωμα. Έτσι, ο γάμος ως θεσμός δεν είναι αυτοσκοπός αλλά παρέχει εχέγγυα προς τους φορείς του για την προστασία της άσκησης του δικαιώματος. Ουσιαστικά συστατικά του γάμου είναι τόσο το *animus*, η βούληση της ισοβίου διαβιώσεως με τον έτερο σύζυγο, όσο και το *corpus*, η πραγματική κοινή συμβίωση. Το στοιχείο της ετερότητας των φύλων των συζύγων, πριν τον νέο νόμο, θεωρούνταν αναπόσπαστο για την τέλεση του γάμου με αποτέλεσμα, αν αυτό έλλειπε, ο γάμος να θεωρείται ανυπόστατος.

Η ανωτέρω συζήτηση συνεπάγεται την αναγκαία αναζήτηση των σκοπών του γάμου, ώστε να εξεταστεί εάν αυτοί είναι δεκτικοί μεταβολών ως προς τα έως τώρα δεδομένα δομικά στοιχεία του. Για τη διερεύνηση των σκοπών ο γάμος θα πρέπει να ελκάζεται ως θεσμός, χωρίς να έχει ιστορικές ή θρησκευτικές βλέψεις. Η τεκνοποίηση αλλά και η συμβίωση δεν θα μπορούσαν να θεωρηθούν αποκλειστικά αποτελέσματα του γάμου^[28], καθώς πρόκειται για καταστάσεις οι οποίες λαμβάνουν χώρα και στην ελεύθερη ένωση. Ως προς τη νομική φύση των σκοπών, η έννομη σχέση του γάμου δημιουργεί υποχρεώ-

σεις διατροφής και φροντίδας μεταξύ των συζύγων, αλλαγή στο φορολογικό καθεστώς, ευνοϊκή μεταχείριση και μοριοδότηση ως προς τις δημόσιες υπηρεσίες κ.α. Θα λέγαμε ότι ο γάμος ως θεσμός αλλά και κοινωνική συμπεριφορά αποτελεί ένα πρότυπο ζωής το οποίο θέλει να προωθήσει ο νομοθέτης. Συνεπώς, το εμπόδιο της φυσικής τεκνοποίησης από τα ομόφυλα ζευγάρια δεν μπορεί να αποτελέσει επιχείρημα για την άρνηση της δυνατότητας τέλεσης γάμου, καθώς ο θεσμός της οικογένειας δεν προϋποθέτει τέκνα, όπως υποστηρίχθηκε και παραπάνω, διότι τα τέκνα μπορούν να υφίστανται και εκτός γάμου. Επίσης, η Πολιτεία οφείλει να προστατεύει την οικογένεια, ανεξάρτητα από το εάν η ίδρυσή της στηρίζεται στην τέλεση ή μη γάμου.

Το προ του ν.5089/2024 οδήγησε τους υποστηρικτές του να εκμαιεύσουν επιχειρήματα εκ της νομοθεσίας, προκειμένου να βάλουν κατά του ανυπόστατου^[29] του γάμου των ομόφυλων ζευγαριών. Η ελληνική νομολογία, θεωρία αλλά και κοινωνία θεωρούσε έως τώρα δεδομένη τη διαφορά μεταξύ των φύλων, αντίληψη η οποία φαίνεται να μην μπορεί να υποστηριχθεί με αμιγώς νομικά επιχειρήματα, καθώς πρόκειται για αντίληψη η οποία είναι σαφώς επηρεασμένη από την κρατούσα κοινωνική ηθική, σε συνδυασμό και με την κυρίαρχη θέση της ελληνορθόδοξης εκκλησίας στην ελληνική έννομη τάξη. Ο χαρακτηρισμός του ανυπόστατου γάμου φαίνεται να μην μπορεί να υποστηριχθεί καθώς αυτός επαγγέλεται ως συνέπεια στην έλλειψη τύπου. Η έλλειψη τύπου δε σχετίζεται με την ένωση ετερόφυλων ατόμων υπο τα δεσμά του γάμου αλλά σχετίζεται με έλλειψη βουλήσεως ΑΚ 131, δικαιοπρακτικής ικανότητας ΑΚ 128, έλλειψη συμφωνίας και άλλων στοιχείων. Τα στοιχεία αυτά θα επηρέαζαν και θα καθιστούσαν ανυπόστατο οιονδήποτε γάμο ανεξάρ-

«ο γάμος ως θεσμός δεν είναι αυτοσκοπός αλλά παρέχει εχέγγυα προς τους φορείς του για την προστασία της άσκησης του δικαιώματος»

φύσης σημαίνει ότι θα πρέπει να υπακούει και στις γενικές συνταγματικές και διεθνείς αρχές και όχι στο ευρύ πλαίσιο της συμβατικής ελευθερίας.

^[27] Υποστηρίζεται και η άποψη ότι ο γάμος έχει χαρακτηριστικά κοινωνικού μορφώματος, υπό την έννοια ότι προβλέπει μια ενδεδειγμένη κοινωνική συμπεριφορά που πρέπει να υφίσταται μεταξύ των συζύγων. Ουσιαστικά συνδέει την θεσμική και συμβατική φύση του γάμου, υπονοώντας ότι θα πρέπει να ρυθμίζεται το δέσν αλλά να παρέχεται και ένα περιθώριο ελεύθερης δράσης των μερών.

^[28] Η έλλειψη τεκνοποίησης συνεπώς δεν μπορεί να οδηγήσει σε ματαίωση του γάμου. Το αν μπορεί να θεωρηθεί γεγονός ισχυρού κλονισμού προκειμένου να διακαιολογεί την λύση του εξετάζεται σε δεύτερο επίπεδο. Παρόλα αυτά, η θεσμική και συνταγματική κατοχύρωση του γάμου λαμβάνουν υπόψιν και την τεκνοποίηση καθώς από την οπτική του συντακτικού νομοθέτη στόχος είναι η μέσω του γάμου δημιουργία και προστασία της οικογένειας.

^[29] ΑΠ 1428/2017, η οποία έκρινε ως ανυπόστατο πολιτικό γάμο μεταξύ ομοφύλων.

Το νέο νομοσχέδιο για τον γάμο των ομοφύλων ζευγαριών στην Ελλάδα

τητα από το αν αφορά ομόφυλλους ή ετερόφυλλους συζύγους. Εξάλλου ούτε το σύνταγμα ούτε κανενός κώδικας δε πραγματοποιεί αναφορά την για την ύπαρξη άνδρα και γυναίκα^[30]

Υποστηρίχθηκε και η άποψη ότι η διαφορετικότητα των φύλων θα πρέπει να θεωρείται ουσιαστική προϋπόθεση του γάμου και ως εκ τούτου αυτός θα πρέπει να θεωρείται άκυρος. Η εν λόγω συζήτηση θα μπορούσε να θεωρηθεί προκατειλημμένη, καθώς εκκινούσε από την αποδοχή ότι ο γάμος μεταξύ ομοφύλων είναι αδύνατος και την αναζήτηση επιχειρημάτων προς υποστήριξη της θέσης αυτής. Ο γάμος μεταξύ ομοφύλων δεν ερευνήθηκε από μηδενική βάση αλλά ήδη από αρνητική. Και η συστηματική ερμηνεία αλλά και κάθε είδους ερμηνεία που χρησιμοποιήθηκε, εκκινούσε από την βάση ότι η μη αναφορά ετερόφυλων προσώπων αποδίδεται στην δεδομένη αντίληψη ότι γάμος μπορεί να υπάρξει μόνο μεταξύ αυτών. Η χρήση της έννοιας του προσώπου, δηλαδή, άνευ άλλου προσδιορισμού δεν αποτελεί ακούσιο κενό από τον νομοθέτη αλλά συνειδητή επιλογή, καθώς κατά την τυποποίηση του άρθρου μόνο αυτή η ένωση θεωρούνταν δυνατή.

Την ανωτέρω κατάσταση δεν διευκολύνουν ούτε τα διεθνή κείμενα, καθώς στην ΕΣΔΑ αλλά και του ΔΣΑΠΔ γίνεται λόγος για άνδρα και γυναίκα που ενώνονται με γάμο και δημιουργούν οικογένεια^[31]. Αμφισβητήθηκε ισχνά, το αν νοείται άνδρας και γυναίκα μόνο μεταξύ τους ή και δύο άνδρες ή δύο γυναίκες

μεταξύ τους, επιχείρημα το οποίο περισσότερο «έπαιζε» με τις λέξεις, ενώ η διατύπωση αυτή έχει μια σχετική σαφήνεια. Η σεξουαλική ελευθερία που απορρέει από το άρθρο 5 Συντ. υποστηρίχθηκε ότι δεν μπορεί να θεμελιώσει υποχρέωση του κράτους να αναγνωρίσει και νομικά την σχέση αυτή.

Η αρνητική στάση απέναντι στον γάμο των ομοφύλων έφερε παράλληλα στο προσκήνιο τον αντίλογο, υπό την έννοια ότι έπρεπε να εξεταστεί αν η σταθερή άρνηση αυτή θα μπορούσε να θεωρηθεί δυσμενής διάκριση λόγω φύλου. Παράλληλα δε, το ίδιο θα μπορούσε να υποστηριχθεί και ως διάκριση λόγω σεξουαλικού προσανατολισμού. Η μη εφαρμογή της ισότητας εν προκειμένω δικαιολογείται λόγω της διαφορετικής καταστάσεως, η οποία δεν απαιτεί όμοιο χειρισμό, χωρίς ωστόσο αυτό να είναι αναντίρρητο. Μάλιστα, η σεξουαλική ελευθερία δεν ταυτίζεται με την ελευθερία επιλογής συζύγου. Ο σεξουαλικός προσανατολισμός, επίσης, δεν εμποδίζει τη σύναψη γάμου, με αποτέλεσμα να μπορεί ένας ομοφυλόφιλος άνδρας να παντρευτεί μια ομοφυλόφιλη γυναίκα. Θα λέγαμε, όμως, ότι εδώ έχουμε έναν έμμεσο περιορισμό, καθώς ο σεξουαλικός προσανατολισμός αποτελεί το εμπόδιο στην ελευθερία επιλογής του συζύγου, καθώς δεν μπορεί να παντρευτεί με το πρόσωπο που έχει επιλέξει ως σύντροφο^[32].

δ. Η φιλοσοφική και ηθική οπτική

1. Το άγχος της <<επιβίωσης>>

Η ομοφυλοφιλία εθεωρείτο - από όσο γνωρίζουμε, σύμφωνα με όσα προαναφέρθηκαν -

^[30] Το επιχείρημα αυτό βασίζεται στην γραμματική ερμηνεία τόσο του ΑΚ όσο και του Συντάγματος. Ωστόσο αυτή αντικρούστηκε με επιχειρήματα - μικρής αξιολογικής σημασίας κατά την άποψη της γράφουσας - όπως το δεδομένο της ύπαρξης ετερόφυλων, την ανάγκη δημιουργίας φυσικής οικογένειας κ.ο.κ. Από ορισμένους συγγραφείς μάλιστα, υποστηρίχθηκε και ένα ακόμη πιο παράλογο επιχείρημα, ότι εφόσον γίνεται λόγος για πρόσωπα, θα μπορούσαν να συμπεριληφθούν και τα νομικά πρόσωπα και να δεχθούμε γάμο μεταξύ φυσικού και νομικού προσώπου. Το επιχείρημα αυτό θα πρέπει σε κάθε περίπτωση να θεωρείται ως ανεπίτρεπτη αναλογία ανόμοιων πραγμάτων, η οποία επιστρατεύεται συνεχώς, όταν είναι αδύνατο να ευρεθεί κάποιο βάσιμο επιχείρημα. Νομικά δε, θα πρέπει σε κάθε περίπτωση να θεωρείται εσφαλμένο, διότι κατά το άρθρο

62 ΑΚ, οι ιδιότητες που λαμβάνει το νομικό πρόσωπο

από το φυσικό πρόσωπο αφορά μόνο σε αυτές που είναι δυνατό να συμπλέουν με την ιδιότητα του νομικού προσώπου και δεν αφορούν στην στενή έννοια της προσωπικότητας του φυσικού προσώπου.

^[31] ΕΔΔΑ, Βαλλιανάτος και άλλοι κατά Ελλάδα, διαθέσιμη σε : https://www.constitutionalism.gr/wp-content/uploads/2013/11/2013.11_Vallianatos_E_L_sotiropoulos1.pdf με την οποία έγινε προσφυγή κατά της Ελλάδας λόγω της μη αναγνώρισης του γάμου των ομοφύλων ζευγαριών ως με το επιχείρημα της παραβίασης των άρθρων 8 και 14 της ΕΣΔΑ.

^[32] Ουσιαστικά, με τον τρόπο αυτόν, ο ομοφυλόφιλος είτε προκειμένου να απολαύσει το δικαίωμα του να τελέσει γάμο θα έπρεπε, υπό το προϊσχύσαν καθεστώς, να το κάνει ενάντια στις σεξουαλικές του προτιμήσεις είτε θα πρέπει να αποφασίσει να παραιτηθεί από τα δικαιώματά του, διότι θα είναι αδύνατο να το εκπληρώσει άλλως.

« η σεξουαλική ελευθερία δεν ταυτίζεται με την ελευθερία επιλογής συζύγου »

Ελληνικό Οικογενειακό Δίκαιο

ως κάτι το αφύσικο, λόγω της αδυναμίας τεκνοποίησης και συνέχισης του ανθρωπίνου είδους. Η ανάγκη πολλαπλασιασμού του πληθυσμού, η ανάγκη απόκτηση απογόνων προκειμένου να συνεχίσουν μια δυναστεία ή να παρέχουν περισσότερα εργατικά χέρια για να προσφέρουν και να βοηθούν την οικογένεια. Ακόμα και στην αρχαιότητα, κατά την οποία οι σεξουαλικές σχέσεις μεταξύ ομοφύλων, κυρίως των ανδρών, ήταν συχνές, ο γάμος αποτελούσε κοινωνικό φαινόμενο, αναγκαίο για τη συνέχιση του ονόματος του οίκου.

Τα επιχειρήματα, ωστόσο, περί «φυσικού» και συνήθους δεν μπορούν να θεωρηθούν πειστικά. Και τούτο διότι και η θέση της γυναίκας ήταν συνήθως κατώτερη και λόγω των θρησκευτικών αντιλήψεων και διδαχών του χριστιανισμού θεωρήθηκε ως υποδεέστερη και δικαιολογήθηκε η δυσμενής αντιμετώπιση της. Εξάλλου, ακριβώς αυτή η αντιμετώπιση της γυναίκας και η θέση της στην κοινωνία οδήγησε στην προστασία του γάμου και από την πολιτεία, προκειμένου ως <<ασθενές>> μέλος του γάμου να κατοχυρωθεί με τις κατάλληλες κρατικές εγγυήσεις. Εξάλλου η ανάδειξη του φεμινιστικού κινήματος και ο αγώνας για την ισότητα της γυναίκας δεν αναζητήσαν νομικό υπόβαθρο που να δικαιολογεί ή όχι θεσμικά τη θέση της, αλλά προκάλεσε μεταβολή της νομοθεσίας προκειμένου να ενσωματωθούν οι νέες ρυθμίσεις.

Από την άλλη, η συνταγματική θέση της οικογένειας και η προστασία των τέκνων γεννά ερωτήματα ως προς το αν το μοντέλο των δύο γονέων ίδιου φύλου θα είναι επαρκές, προκειμένου να αναπτύξουν την προσωπικότητά τους με τρόπο υγιή τα τέκνα. Η ανάγκη ύπαρξης δύο συγκεκριμένων μοντέλων ανθρώπων, όπως έχουμε συνηθίσει στερεοτυπικά να αντιλαμβανόμαστε τη γυναίκα και τον άντρα, περισσότερο ενισχύει τα στερεότυπα μεταξύ των δύο φύλων. Το αν δυο πρόσωπα του ίδιου φύλου μπορούν ή όχι να μεγαλώσουν παιδιά αποτελεί ζήτημα της επιστήμης της ψυχολογίας και όχι της κοινής γνώμης. Εξάλλου, σε πολλές χώρες ήδη τα ομόφυλα ζευγάρια μπο-

ρούν να γίνουν ανάδοχοι γονείς. Το εάν υπάρχουν και προβληματικές οικογένειες μέσα σε αυτά αφορά στη φύση του ανθρώπου, τον χαρακτήρα του, και τον τρόπο άσκησης της γονικής μέριμνας, όπως πολλάκις έχει φανεί και στο κλασικό μοντέλο οικογένειας^[33]. Πλέον, τόσο ο μεγάλος αριθμός διαζυγίων, ανθρωποκτονιών γυναικών από τους συζύγους τους, την δυνατότητα της άγαμης μητέρας να προσφέρει μόνη της στην ιατρικώς υποβοηθούμενη αναπαραγωγή όσο και ο κυρίαρχος ρόλος της μητέρας ήδη από παλιά στην ανατροφή των τέκνων καταδεικνύουν ότι και ένα φύλο και ένας γονέας, εφόσον αυτός μπορεί να παρέχει ένα υγιές περιβάλλον, είναι αρκετό/αρκετός για να μεγαλώσει ορθά ένα παιδί.

Είναι πλέον σαφές πως η συζήτηση δεν αφορά πλέον στο εάν θα εισαχθεί η δυνατότητα σύναψης γάμου μεταξύ ομοφύλων, καθώς τούτο έχει ήδη συμβεί. Το επόμενο στάδιο λοιπόν είναι αυτό της εξέτασης της συνταγματικότητας του νόμου. Επιπλέον επιχειρήματα, πλην των των ανωτέρω αφορούν στα χρηστά ήθη, υπό την έννοια ότι η ομοφυλοφιλία αποτελεί, κατά μια άποψη, αφύσικη και ανήθικη συμπεριφορά. Τα χρηστά ήθη δεν μπορούν να ερμηνεύονται εξωσυνταγματικά με βάση άλλους κανόνες, όπως οι ιστορικοί και οι θρησκευτικοί^[34].

III. Σχέση δικαίου και (κοινωνικής) ηθικής στο παράδειγμα του γάμου των ομοφύλων

Η επέκταση του θεσμού του γάμου και στα ομόφυλα ζευγάρια έως έναν βαθμό καθιστά αναγκαία την αποδοχή του από την κοινωνία. Η αποδοχή του γεγονότος αυτού αλλά και της δυνατότητας του ανθρώπου ως πολίτη να παράγει από την συμπεριφορά του δεσμευτικούς κανόνες^[35]. Με απαρχές την καντιανή φιλοσοφία, η κοινωνική συμπεριφορά ήταν αυτή που μπορούσε να διαμορφώσει δίκαιο εθιμικά και αργότερα θετικά. Ο Καντ υποστήριζε την αυστηρή κριτική των αντιλήψεων αυτών που οδηγούν στην διαμόρφωση των πεποιθήσεων της κοινωνίας. Έτσι, ο πολίτης

« Το αν δυο πρόσωπα του ίδιου φύλου μπορούν ή όχι να μεγαλώσουν παιδιά αποτελεί ζήτημα της επιστήμης της ψυχολογίας και όχι της κοινής γνώμης »

^[33] Quinche, M. & Peña, R., *El derecho judicial de la población LGTBI y de la familia diversa*, Legis Editores, Universidad del Rosario, Bogotá, 2013.

^[34] Μήτσας Σ., Σεξουαλικότητα και Συνταγματικές Ελευθερίες, σελ 860 επ

^[35] Χαλανούλη Χ., Ο πολίτης και η σχέση δικαίου και ηθικής στην καντιανή και την ντουρκαϊνιανή πολιτική κοινωνία, διαθέσιμο σε : <https://ejournals.epublishing.ekt.gr/index.php/sas/article/view/10330>

Το νέο νομοσχέδιο για τον γάμο των ομοφύλων ζευγαριών στην Ελλάδα

μπορεί να παράγει δίκαιο μόνο όταν προβάλει αξιώσεις οι οποίες συμπίπτουν με την βούληση των λοιπών και δημιουργούν ένα «κοινωνικό συμβόλαιο». Στο ίδιο πνεύμα ο Dworkin κάνει λόγο για «συλλογικότητα αρχών», η οποία αποτελεί ένα σύμπλεγμα ηθικών αρχών μη θετικοποιημένων από το δίκαιο, οι οποίες τηρούνται σε υποπλάισια της κοινωνίας και υπηρετούν έναν κοινό σκοπό. Η συλλογικότητα αυτή επιτάσσει την ισότιμη μεταχείριση των πολιτών ανεξαρτήτως των προβλέψεων του θετικού δικαίου.

Σχετικά με το ζήτημα της ηθικής^[36], αυτή από φιλοσοφική άποψη προκρίνει ένα μοντέλο συμπεριφοράς που βασίζεται στον σεβασμό προς τον πλησίον. Μάλιστα, υπό την έποψη αυτή, η ηθική θα πρέπει να αποτελεί γνώμονα της ερμηνείας του Συντάγματος. Πράγματι, δεν μπορεί να αγνοηθεί η θέση της ηθικής αλλά και της σταθερής κοινωνικής συμπεριφοράς ως πηγών του δικαίου από την αρχή της γενέσεώς του, διότι το δίκαιο υπηρετεί τον άνθρωπο και ακολουθεί τις αξίες του. Ωστόσο, η ηθική δεν συνιστά σταθερή και ενιαία έννοια, αφορά στην συνείδηση του ανθρώπου και ποικίλλει. Μάλιστα, πολλές φορές δεν υπηρετεί συγκεκριμένο σκοπό, ενώ το δίκαιο έχει ξεκάθαρη στόχευση και εγγυητική λειτουργία.

Εδώ εισάγεται και το ζήτημα της ομοφυλοφιλίας, η οποία δεν αντιμετωπίζεται με τον ίδιο τρόπο σε κάθε κράτος, αλλά ούτε και σε κάθε περιοχή του ίδιου κράτους. Η ηθική μπορεί να πηγάζει από εθνικές ανασφάλειες, προκαταλήψεις και φόβους, τα οποία τίθενται ως κανόνες προκειμένου να κατευνάσουν τον κοινωνικό αναβρασμό. Η φύση του ανθρώπου καθιστά αδύνατο σε αυτόν να γνωρίζει τι είναι φυσιολογικό και τι όχι, ενώ σε μια τέτοια εποχή στην οποία ελλείπει ο φόβος κατασπαράξης από τα άγρια θηρία, δεν θα πρέπει η ηθική να ερμηνεύεται με όρους επιβίωσης^[37]. Με βάση τον σύντομο ορισμό της ηθικής που δόθηκε ανωτέρω, ούτως θα πρέπει να εξετάζεται και η ομοφυλοφιλία^[38]. Δηλαδή, ως προς το εάν σέβεται τον πλησίον της, γεγονός το οποίο δεν μπορεί να αντικρουστεί εύκολα. Σε

ζητήματα ηθικής λοιπόν, κατά την άποψη των γράφωντων, ο άνθρωπος θα πρέπει να εκκινεί από μια αφετηρία απολύτως αγνωστικιστική και να αναζητά από το μηδέν τη λογική και όχι την αλήθεια, διότι αυτή πιθανόν και να μην ευρεθεί ποτέ.

Σχετικά με την επιρροή που μπορεί να ασκήσει η κοινωνική ηθική στο δίκαιο, πλέον θα λέγαμε ότι έχει μετριαστεί, δεν μπορεί όμως να αποκοπεί από αυτό, καθώς πρόκειται για δύο φαινόμενα που συμβαδίζουν και αλληλοεπηρεάζονται. Κυρίως, διότι η κοινωνική ηθική (την οποία αντιδιαστέλλουμε προς την ατομική) περιλαμβάνει θεμελιώδεις ηθικές αντιλήψεις που επικρατούν (υπό την έννοια ότι υιοθετούνται από το μεγαλύτερο μέρος των κοινωνιών) σε δεδομένη κοινωνία και σε δεδομένο τόπο και χρόνο για το τί είναι καλό, π.χ. στις συναλλαγές, στον τρόπο συμπεριφοράς. Οι κανόνες της βεβαίως δεν είναι εξαναγκαστοί και το πεδίο εφαρμογής τους εξαρτάται ανάλογα με το εύρος της ομάδας ανθρώπων που αφορά και καταλαμβάνει. Η προστασία της ηθικής στο δίκαιο γίνεται μόνο στις περιπτώσεις που αυτό την αναγνωρίζει ρητά, όπως οι ρήτρες των χρηστών ηθών και της καλής πίστης. Δεν μπορεί αυτή να αποτελέσει θεμέλιο χαρακτηρισμού μιας ευρείας πλέον κοινωνικής ομάδας ή των επιλογών της ως ανήθικων υπό την έννοια της αντίθεσης στη γενική ρήτρα των χρηστών ηθών, διότι θα καταλύονταν κάθε δημοκρατικό κεκτημένο έως σήμερα. Άλλωστε, η αρχή αυτή ισχύει στο μέτρο που δεν προσκρούει σε υπέρτερης τυπικής ισχύος κανόνες, όπως η ισότητα που επιτάσσεται από το Σύνταγμα και το ευρωπαϊκό και διεθνές δίκαιο. Το δίκαιο λοιπόν επιφορτίζεται με τον ρόλο του προστάτη, ο οποίος θα πρέπει να αφουγκράζεται την αλλαγή της κοινωνίας - συμπεριλαμβανομένης και της ηθικής αυτής - και να επεμβαίνει με την προστασία της. Εξάλλου, ένα φαινόμενο που υπάρχει τόσο στην φύση όσο και στον άνθρωπο κατά τρόπο επιστημονικά αποδεδειγμένο, δεν μπορεί να αποκρουστεί με επιχειρήματα του «συνήθους» και του φυσικού συμβαίνοντος», αλλά

« Σχετικά με την επιρροή που μπορεί να ασκήσει η κοινωνική ηθική στο δίκαιο, πλέον θα λέγαμε ότι έχει μετριαστεί, δεν μπορεί όμως να αποκοπεί από αυτό, καθώς πρόκειται για δύο φαινόμενα που συμβαδίζουν και αλληλοεπηρεάζονται»

^[36] Billig M., Codor S., Edwards D., Gane M., Middleton D., & Radley A. . Ideological dilemmas: A social psychology of everyday thinking, 1998.

^[37] Allport G. W. , The nature of prejudice. New York: Addison-Wesley, 1954

^[38] Haslam N., & Levy S., Essentialist beliefs about homosexuality: Structure and implications for prejudice. Personality and Social Psychology Bulletin, 32, 471-485, 2006.

Ελληνικό Οικογενειακό Δίκαιο

ούτε και μπορεί να αγνοηθεί από μερίδα προσώπων τα οποία δεν θίγει άμεσα^[39].

Συμπεράσματα

Η επιχειρηματολογία που ακολουθείται κατά κόρον, εκκινεί εσφαλμένα από το ζητούμενο, δηλαδή βασίζεται σε έναν ιστορικά και όχι νομικά παγιωμένο ορισμό του γάμου. Η θέση αυτή θα πρέπει να θεωρείται εσφαλμένη, καθώς το ζητούμενο δεν είναι άλλο από το περιεχόμενο του γάμου και αν αυτό μπορεί να περιλάβει και πρόσωπα του ίδιου φύλου. Είναι σαφές ότι πλέον η έννοια του γάμου έχει διευρυνθεί σημαντικά, περιλαμβάνοντας άτομα του ίδιου φύλου, ωστόσο δεν μπορεί να συμπεριλάβει ακόμα πρόσωπα τα οποία εμπίπτουν στις λοιπές κατηγορίες ΛΟΑΤΚΙ+, όπως τα άφυλα, οι τρανς, κουιρ κ.ο.κ.

Ο προβληματισμός κατά την άποψη των γράφωντων, θα έπρεπε να ξεκινήσει και να τελειώσει με το σύμφωνο συμβίωσης. Το σύμφωνο συμβίωσης ουσιαστικά αναγνώρισε μια διαφορετική μορφή ένωσης, η οποία πρακτικά εξομοιώθηκε με τον γάμο. Θα λέγαμε εύλογα, ότι το ζήτημα της τέλεσης γάμου, ενώ μπορεί να συναφθεί σύμφωνο συμβίωσης που εξομοιούται ως προς τα αποτελέσματά του με αυτό, αποτελεί προσκόλληση στον τύπο και όχι στην ουσία του προβλήματος. Είναι διαφορετικό ζήτημα η συμβατότητα μιας ρύθμισης προς το Σύνταγμα ή την ΕΣΔΑ και δια-

φορετικό το αν απηχεί ή όχι την κοινωνική ηθική και την κρατούσα κοινωνική αντίληψη για το σωστό και το λάθος επί του συγκεκριμένου πεδίου. Η ηθική μεταβάλλεται και χωρίς την μεταβολή της δεν θα μπορούσε να υπάρξει εξέλιξη της κοινωνίας. Από την άλλη, ο νομοθέτης μπορεί να ρυθμίζει πτυχές της κοινωνικής συμβίωσης κατά τρόπο που αποκλίνει από την κρατούσα στην κοινωνία άποψη, χωρίς να παραβιάζει, εξ αυτού του λόγου και μόνον το Σύνταγμα.

Ζήτημα διακινδύνευσης των ετερόφυλων ζευγαριών από τα ομόφυλα προφανώς δεν υφίσταται. Η κρίση περί του ζητήματος υιοθεσίας και ανατροφής τέκνων αφορά σε κοινωνιολογικούς και ψυχολογικούς τομείς, για τους οποίους στερούμαστε τις γνώσεις προς εκφορά απόψεως και εξειδίκευσης του συμφέροντος του τέκνου. Η αποδοχή του ομοφυλικού γάμου δεν εμποδίζει, αλλά αντίθετα υπηρξε την εφαρμογή της ισότητας και της ελευθερίας της βούλησης. Εάν δεχθούμε ότι ως γάμος γίνεται δεκτός μόνο ο γάμος ετεροφύλων, τότε περιορίζεται δραματικά η ελευθερία αυτή. Συνεπώς, καταλήγουμε στο συμπέρασμα ότι δεν υφίσταται κάποιος δικαιολογητικός λόγος διακριτικής μεταχείρισης των γάμων των ομοφύλων από τους γάμους των ετεροφύλων, ενώ οι νέες ρυθμίσεις θα πρέπει να θεωρηθούν συνταγματικές.

•••••

« Ζήτημα διακινδύνευσης των ετερόφυλων ζευγαριών από τα ομόφυλα προφανώς δεν υφίσταται! »

^[39] Hegarty P., & Pratto F., Sexual orientation beliefs: Their relationship to antigay attitudes and biological

determinist arguments. Journal of Homosexuality, 41, 2001, σελ. 121-135