

ΕΚΤΟ ΚΕΦΑΛΑΙΟ

Προς ένα πλουραλιστικό μοντέλο για την ρύθμιση της συντροφικότητας;

1. Οι τρεις προ-νομοθετικές επιλογές: συμβατικό, θεσμικό ή αναστοχαστικό μοντέλο ρύθμισης για την συντροφικότητα;

2. Το σύμφωνο συμβίωσης και η ανάδυση ενός πλουραλιστικού μοντέλου συμβίωσης

2.Α Η συμφωνία της συμβίωσης : η θεωρητική διερεύνηση των χαρακτηριστικών μιας νέας έννομης σχέσης μεταξύ του γάμου και της άτυπης συμβίωσης

2.Β Η σύγκριση μεταξύ των επιμέρους ρυθμίσεων των δύο νομοθετημάτων. Τελικά ποια αντίληψη επικράτησε;

2.Γ Τα νομικά χαρακτηριστικά της νέας έννομης σχέσης συμβίωσης και η σύγκριση με τον γάμο. Το ελληνικό οικογενειακό δίκαιο συμβατικοποιείται ή εκδημοκρατίζεται;

3. Η ενεργοποίηση του νέου οικογενειακού θεσμού από τους πολίτες και τα ερωτήματα για το μέλλον

3.Α Η κοινωνική αποδοχή του συμφώνου συμβίωσης

3.Β Ο γάμος ομοφύλων: το ισχύον πλαίσιο και η δικαιοπολιτική διερεύνηση

3.Γ Η γονεϊκότητα χωρίς έμφυλη διαφορά: η συγγένεια ως προϊόν κοινωνικής επινόησης και νομικής καινοτομίας

1. Οι τρεις προ-νομοθετικές επιλογές: συμβατικό, θεσμικό ή αναστοχαστικό μοντέλο ρύθμισης για την συντροφικότητα;

Το νεωτερικό οικογενειακό δίκαιο όπως αποτυπώθηκε στον Ναπολέοντειο Κώδικα ανήγαγε τον γάμο σε κορυφαίο θεσμό του ιδιωτικού δικαίου όπου «συναιρούνταν» ένας άνδρας με μια γυναίκα και δημιουργούνταν κατά αποκλειστικότητα σχέσεις συγγένειας. Με αυτόν τον τρόπο οργάνωνε τις οικογενειακές σχέσεις με διατάξεις αναγκαστικού δικαίου που παγίωναν την έμφυλα ιεραρχική οργάνωση στην οικογένεια που επενδύθηκε ως ιδιωτικός χώρος στην αστική κοινωνία¹. Η δημόσια αυτή επιλογή άλλαξε μετά την δεκαετία '60 οπότε προοδευτικά ο γάμος οργανώθηκε στην βάση του σεβασμού της αυτονομίας της ιδιωτικής βούλησης των δύο ισότιμων προσώπων που δεσμεύονταν να είναι σύζυγοι. Το δημόσιο ενδιαφέρον εξακολούθησε όμως να εκφράζεται με έναν τριπλό στόχο. Πρώτον απέβλεπε στην ενίσχυση της νομικής θέσης του ασθενέστερου μέρους, δεύτερον στην ασφάλεια των συγγενικών σχέσεων και στην προστασία του συμφέροντος των ανηλίκων τέκνων. Επιπλέον η γαμήλια οικογένεια απολάμβανε και ασφαλιστικά, φορολογικά και εργασιακά προνόμια τα οποία την ενίσχυαν σε σημαντικό βαθμό. Μετά την ενοποίηση των αγορών τον επαναπροσδιορισμό του εθνικού κράτους και την πύκνωση της επικοινωνίας των ευρωπαϊκών εννόμων τάξεων η ισχύς του εθνικού οικογενειακού δικαίου σχετικοποιείται και η προηγούμενη ισορροπία μεταξύ δημόσιου και ιδιωτικού κλυδωνίζεται². Ταυτόχρονα κάποιες ομάδες μοιάζει να απορρίπτουν τον γάμο ενώ κάποιες άλλες να τον διεκδικούν! Από την μια μεριά αμφισβητείται έμπρακτα η μονοπωλιακή εξουσία του κράτους να επισφραγίζει την συντροφικότητα και να θέτει προϋποθέσεις σε αυτήν εγκλείοντας την στον γάμο, να επιλέγει σε ποιες σχέσεις ερωτικής οικειότητας απονέμει προνόμια και ποιες μπορούν να δημιουργήσουν σχέσεις συγγένειας. Από την άλλη το κράτος πιέζεται να νομιμοποιήσει τις νέες σχέσεις συντροφικότητας και συγγένειας. Έτσι όμως επιβεβαιώνεται ο ηγεμονικός ρόλος του κράτους και του δικαίου του ως πηγή νομιμοποίησης των σχέσεων συντροφικότητας ενώ αποδυναμώνεται η κοινωνία των πολιτών που επανασχεδιάζει μια νέες μορφές συντροφικότητας και γονεϊκότητας³. Με ποιο λοιπόν τρόπο μπορεί το οικογενειακό δίκαιο του 21^ο αιώνα να εξισορροπήσει την διαρκή ένταση στις οικογενειακές σχέσεις, την συνεχή αναζήτηση των υποκειμένων του να επινοούν νέους τρόπους να συνδυάσουν την ανάγκη τους για αυτονομία με αυτήν για συντροφικότητα; Σε ποιο βαθμό πρέπει να ρυθμίζεται η οικογενειακή ζωή από το δίκαιο; Πρέπει η ρύθμιση των σχέσεων των μελών του ζευγαριού και των τυχόν παιδιών τους να γίνει

¹ Κοτζάμπαση, Αθηνά, Το «ιδιωτικό» και το «δημόσιο» ενδιαφέρον για το γάμο και την οικογένεια, σε: Ίδρυμα Σάκη Καράγιωργα, *Όρια και Σχέσεις δημοσίου και ιδιωτικού*, Πρακτικά Ε' Επιστημονικού Συνεδρίου, Αθήνα, 1996, σελ. 79-87.

² Παπαχρίστου (2012) όπ. π.

³ Butler όπ. π.

νόμιμα ή αρκεί να γίνει συμβατικά; Ή μήπως πρέπει να γίνεται με το συνδυασμό τους; Με βάση ποιες αρχές πρέπει να γίνει ο συνδυασμός;

Καταρχάς μέχρι σήμερα το οικογενειακό δίκαιο από την μια μεριά διατηρεί τον γαμήλιο θεσμό, προσαρμόζοντας τον στα νέα πολιτικά προτάγματα και από την άλλη εγκολπώνει συνεχώς τις νέες μορφές οργάνωσης της οικογενειακής ζωής ενώ αφήνει πάντα κάποιες αρρύθμιστες⁴. Το αποτέλεσμα όμως για τις συμβιωτικές σχέσεις που επικυρώνει και για αυτές που αγνοεί παραμένει το ίδιο! Σε εκείνες που ρυθμίζονται προβλέπονται δικαιώματα και υποχρεώσεις στην κατοχύρωση των οποίων μπορούν λιγότερο ή περισσότερο να προσδοκούν τα μέρη, προσφεύγοντας στο δικαστή εάν οι προσδοκίες τους ματαιωθούν. Επειδή το δίκαιο προβλέπει π.χ. το πώς λύνεται ο δεσμός του ζευγαριού και πώς μετά θα κατανέμονται τα τυχόν αγαθά και παιδιά που τα μέλη απέκτησαν κατά την διάρκεια της κοινής ζωής τους, τα μέλη του ζευγαριού διευκολύνονται στο να ασκήσουν την ελευθερία τους να την διακόψουν. Έτσι οι πρώην σύντροφοι που είχαν μια κοινή ζωή μπορούν να προσαρμοστούν καλύτερα στα νέα δεδομένα της προσωπικής και περιουσιακής κατάστασης. Σε όσες συμβιωτικές σχέσεις αυτά δεν ρυθμίζονται ο βαθμός της αβεβαιότητας είναι αυξημένος. Η έκθεση στον οικονομικό, κοινωνικό και συναισθηματικό κίνδυνο της αποτυχίας της προσπάθειας να δημιουργηθεί μια κοινή ζωή είναι μεγαλύτερη.

Η ειδικότερη μορφή της ρύθμισης της οικογενειακής ζωής όμως αφορά την οριοθέτηση του ιδιωτικού και του δημόσιου στο πεδίο των οικογενειακών σχέσεων σε κάθε ιστορική περίοδο. Τρεις δικαιιοπολιτικές οπτικές έχουν προβάλλει σχετικά με το ποιο ρυθμιστικό παράδειγμα για την συντροφικότητα τείνει να επικρατήσει στο οικογενειακό δίκαιο του 21^{ου} αιώνα⁵. Η πρώτη υποστηρίζει ότι ένα συμβατικό μοντέλο ρύθμισης της συντροφικότητας και συγγένειας (π.χ. κυοφορίας υπέρ τρίτου ή τεκνοθεσίας με σύμβαση και χωρίς δικαστική απόφαση) ανταποκρίνεται καλύτερα στις απαιτήσεις της εποχής. Το κράτος δεν πρέπει αλλά και δεν μπορεί να ετεροπροσδιορίζει το πεδίο της οικειότητας πέραν ενός ελάχιστου ορίου. Η δεύτερη οπτική προκρίνει το θεσμικό μοντέλο ώστε να διασωθεί η νομοθετικά θεσπισμένη πρωτοκαθεδρία της μακροχρόνιας δέσμευσης στο πρότυπο του γαμήλιου, ετερόφυλου ζευγαριού έναντι άλλων μορφών συμβίωσης. Η άποψη αυτή υποστηρίζεται από διαφορετικές κατευθύνσεις με αναφορές στον επιστημονικό λόγο περί κανονικότητας, στην θρησκευτική παράδοση και τον κοινοτισμό. Τέλος η τρίτη βλέπει να αναδύεται ένα αναστοχαστικό μοντέλο όπου ο νομοθέτης εξακολουθεί να οργανώνει τις σχέσεις συντροφικότητας υιοθετώντας όμως μια πλουραλιστική λογική αποδεχόμενος πολλαπλές εναλλακτικές

⁴Bottomley, Anne and Wong, Simone, Introduction, in Anne Bottomley and Simone Wong (eds), *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing*, Oñati International Series in Law and Society, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2009, σ.1-6.

⁵Cohen, Jean, *Regulating intimacy. A new legal paradigm*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 2002, p. 180 επ.

μορφές. Από την μια μεριά προβλέπει περισσότερες εκδοχές συντροφικότητας, αφήνοντας λιγότερο ή περισσότερο χώρο στα μέλη των ζευγαριών να διαπλάσουν συμβιωτικά σχήματα χωρίς αυστηρά προκαθορισμένο περιεχόμενο. Από την άλλη ενοποιεί τις ρυθμίσεις με βάση τις γενικές αρχές, το τρίπτυχο ελευθερία- ισότητα -αλληλεγγύη που ισχύουν ανεξαιρέτως σε όλες τις μορφές ώστε να απολαμβάνουν όλες την προστασία που επιβάλλει το Σύνταγμα. Οι σχέσεις συγγένειας εξακολουθούν να ρυθμίζονται με διατάξεις αναγκαστικού δικαίου όμως αναγνωρίζεται και η ιδιωτική βούληση ως λόγος ίδρυσης της πέραν της βιολογικής καταγωγής. Συνοψίζοντας ο νομοθέτης σε μια ακόμα από πολλές άλλες περιπτώσεις, καλείται να διαλέξει μεταξύ των δύο πόλων του νομικο-πολιτικού διλήμματος «ρύθμιση ή αυτορρύθμιση» ή να το υπερβεί με συρρύθμιση⁶!

Σύμφωνα με την πρώτη άποψη το γεγονός ότι **το συμβατικό μοντέλο** είναι το πλέον κατάλληλο για την ρύθμιση της συντροφικότητας προκύπτει από το γεγονός ότι ο γαμήλιος θεσμός έχει κλονιστεί ανεπανόρθωτα. Αυτό δείχνουν (λιγότερο ή περισσότερο) τα στατιστικά στοιχεία στις ανεπτυγμένες χώρες καθώς το οικονομικά και πολιτικά αποδυναμωμένο Κράτος Πρόνοιας δεν μπορεί να υποστηρίξει με τις πολιτικές του την προνομιούχα θέση του. Άλλωστε υπό την οπτική μιας οικονομικής ανάλυσης του γάμου⁷ η παρέμβαση του νόμου πρέπει να είναι ελάχιστη αφήνοντας τα μέλη του ζευγαριού να αυτορρυθμίσουν την σχέση τους με βάση την στάθμιση κόστους και ωφέλειας⁸. Η βέλτιστη ρύθμιση επιτυγχάνεται μέσω της συμβατικής δέσμευσης αφού αυτή διασφαλίζει την μέγιστη ευελιξία και αποτελεσματικότητα. Στην ακραία μορφή η ιδιωτικοποίηση του οικογενειακού δικαίου είναι πλήρης όταν περιλαμβάνει και την επίλυση των διαφορών με την διαμεσολάβηση, την ιδιωτική υιοθεσία ή την επί πληρωμή κυοφορία⁹. Οι συμβατικές συμφωνίες συμπληρώνονται και οριοθετούνται από τις γενικές διατάξεις που προφανώς εξακολουθούν να εφαρμόζονται στις σχέσεις των μερών ώστε να καλυφθούν τυχόν κενά και να αποτραπεί ο κίνδυνος της εκμετάλλευσης του ενός συντρόφου από τον άλλο. Ιδίως δε τα ζευγάρια που συμβιώνουν χωρίς γάμο το πράττουν ακριβώς επειδή ήθελαν κάτι διαφορετικό από αυτόν. Για αυτό πρέπει να έχουν την ευρύτερη δυνατή επιλογή να διαμορφώσουν νομικά το πλαίσιο της οικογενειακής ζωής τους

⁶ Ρεθυμιωτάκη, Ελένη, Η βιοηθική και η ρύθμιση της ιατρικά υποβοηθούμενης αναπαραγωγής (Ι.Υ.Α.), σε: Θ.Κ. Παπαχρίστου/ Χ. Βερναρδάκης/ Γ. Θεοδόσης/ Ιφ. Καρτσιδου/ Κ.Μανωλάκου/ Λ. Μήτρου/ Β. Παπακωνσταντίνου/ Ε. Ρεθυμιωτάκη/ Κ.Στρατηλάτης/ Γ. Τασόπουλος, *Αυτορρύθμιση, Δίκαιο και Κοινωνία στον 21ο αιώνα*, Εκδόσεις Σάκκουλας, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2005, σ. 133-161.

⁷ Χριστοδούλου, Κωνσταντίνος, Σκέψεις για την οικονομική ανάλυση του γάμου, σε: συλλογικό τόμο Δώρημα Ευχαριστήριον: *Τιμητικός Τόμος Πέτρου Α. Γέμτου*, Αθήνα-Κομοτηνή, Αντ. Ν Σάκκουλας, 2012, σ. 765-786.

⁸ Posner, Richard, *Sex and Reason*, Cambridge, Harvard University Press, 1992, σ.181επ.

⁹ Singer, Jana, The Privatization of Family Law, *Wisconsin Law Review*, 1992, p. 1442-1567.

μέσω της συμφωνίας τους. Αντίστοιχα φέρουν και την ατομική ευθύνη να διασφαλιστούν συμβατικά από τους κινδύνους της κοινής ζωής¹⁰. Είναι λοιπόν προτιμότερο να αφήσει ο νομοθέτης το οικογενειακό δίκαιο να «διολισθήσει» προς το ενοχικό¹¹ το οποίο εντέλει συνδυάζει την απόλαυση της μεγαλύτερης δυνατής ελευθερίας των μελών του ζευγαριού να διαμορφώσουν το περιεχόμενο των προσωπικών και περιουσιακών σχέσεων τους εντός των νόμιμων ορίων έναντι της κατάχρησης δικαιωμάτων και του αδικαιολόγητου πλουτισμού.

Το πλεονέκτημα της παραπάνω θέσης είναι ότι αναδεικνύει την διάσταση της ελευθερίας και της αυτονομίας των ατόμων που είναι μέλη ενός ζευγαριού και δυνητικά μπορούν να γίνουν από κοινού γονείς. Το μειονέκτημα της αποκλειστικά συμβατικής ρύθμισης είναι ότι γεννά μεγαλύτερη ανασφάλεια δικαίου αφού κανείς δεν μπορεί να γνωρίζει με τον ίδιο βαθμό βεβαιότητας εκ των προτέρων τι θα συμβεί σε περίπτωση που η ενοχή εξελιχτεί ανώμαλα! Ακριβώς για αυτό το λόγο ενώ από πρώτη άποψη φαίνεται να ενισχύεται η αυτονομία της βούλησης και να ατονεί ο αναγκαστικός χαρακτήρας των διατάξεων για το γάμο αργά ή γρήγορα, όλες οι νέες μορφές οικογένειας καταλήγουν να ρυθμίζονται και με αναγκαστικού χαρακτήρα διατάξεις¹². Επιπλέον αφήνει ελάχιστο περιθώριο να ληφθεί νομικά υπόψη η ιδιαιτερότητα της σχέσης αλληλεξάρτησης στον κοινό βίο, με ή χωρίς γάμο. Οι σχέσεις μοιράσματος και φροντίδας που αναπτύσσονται εντός του οίκου καθορίζουν τις ζωές των ανθρώπων που τις συνάπτουν. Η κοινή ζωή του ζευγαριού και των παιδιών δημιουργεί σχέσεις αλληλεγγύης και εξουσίας μεταξύ φύλων και γενεών σε μια οικογένεια. Το οικογενειακό δίκαιο θέτει τις αρχές που διέπουν αυτές τις σχέσεις και τις συνέπειες της δέσμευσης σε μια κοινή ζωή μεταξύ των οποίων συμπεριλαμβάνεται και η ίδρυση της συγγένειας.

Στον αντίποδα του συμβατικού μοντέλου η δεύτερη οπτική σχετικά με την ορθολογικότητα της ρύθμισης των σχέσεων συντροφικότητας επιχειρηματολογεί υπέρ ενός **θεσμικού μοντέλου** της. Στο όνομα μιας θεσμικής σκοπιμότητας που υπερβαίνει τα μέλη ενός ζευγαριού ο νομοθέτης ρυθμίζει το μεγαλύτερο δυνατό εύρος της οικογενειακής ζωής. Στην παλιότερη και συντηρητική εκδοχή της η άποψη αυτή θεωρεί ότι ο νομοθέτης δεσμεύεται από το Σύνταγμα και δεν μπορεί να προβλέψει άλλες οικογενειακές σχέσεις ανεξάρτητα εάν κατά περίπτωση χωρεί αναλογική εφαρμογή κάποιων διατάξεων του γάμου στις *de facto* οικογενειακές σχέσεις¹³. Στην σύγχρονη και ουτοπική εκδοχή του

¹⁰ Swennen, Frederik, Contractualisation of family law, International Academy of Comparative Law, *XIXth International congress of comparative law*, Vienna, 20-27 July 2014.

¹¹ Χριστοδούλου, Κωσταντίνος, *Η συμβίωση μεταξύ οικογενειακού και ενοχικού δικαίου. Το παράδειγμα του συμφώνου συμβίωσης*, Αθήνα-Κομοτηνή, Αντ.Ν.Σάκκουλας, 2012.

¹² Παπαχρίστου, Θανάσης, *Οικογενειακό δίκαιο*, Αθήνα, Εκδόσεις Δίκαιο και Οικονομία-ΠΝ Σάκκουλας, 2005, σ. 193

¹³ Ανδρουλιδάκη-Δημητριάδη, Ισμήνη, Η επίδραση της εξώγαμης συμβίωσης στο δικαίωμα διατροφής, Τμητικός Τόμος *Προσφορά στον Γεώργιο Μιχαηλίδη-Νουάρο*, τ.Α', Αθήνα-Κομοτηνή, Αντ.Ν. Σάκκουλας, 1987, σ. 65 επ. Επίσης η παλιά διάταξη 1555§2

κοινοτισμού¹⁴ ή στην χριστιανική, ορθόδοξη παράδοση του¹⁵ αναζητούνται και τρόποι για να κωδικοποιηθεί νομικά ο οικογενειακός δεσμός ως κοινότητα βίου, η οποία περισσότερο ενισχύει παρά περιορίζει την ελευθερία των μελών της¹⁶. Η επιχειρηματολογία υπέρ της συναίρεσης των προσώπων σε μια οντότητα, τον οικογενειακό θεσμό που ρυθμίζεται με κανόνες αναγκαστικού δικαίου αξιοποιείται όμως και από τους νεο-συντηρητικούς υπέρμαχους της διάσωσης του γάμου ως διαχρονικού, ομογενοποιητικού μηχανισμού που αποκλείει κάθε τι το διαφορετικό. Σε αυτό το πλαίσιο επιστρατεύεται και η επιστήμη, η βιολογία, η ιατρική, η ψυχανάλυση και η ανθρωπολογία. Έτσι συνέβη π.χ. στην εκστρατεία υποστήριξης του γάμου από το κίνημα του τσαγιού στην Αμερική ή στην αντίδραση στο «γάμο για όλους» στην Γαλλία¹⁷.

Το γεγονός ότι οι υποστηρικτές της άποψης ότι ο θεσμός του γάμου πρέπει να προστατευθεί επειδή επιτελεί ένα σκοπό υπέρτερο των ατόμων προέρχονται από διαφορετικές πλευρές δεν εκπλήσσει αφού εντέλει η ουσιαστική σκοπιμότητα του θεσμού μπορεί να αλλάζει ενώ η τυπική λειτουργία του να παραμένει σταθερή. Εάν άλλοτε η ηθική πρωτοκαθεδρία του γάμου ως θεσμού θεμελιωνόταν στην σταθερή δέσμευση ενός ετερόφυλου ζευγαριού στο όνομα της αναπαραγωγής μπορεί τώρα να νομιμοποιείται επειδή προάγει την αμοιβαία στήριξη και φροντίδα σε μια εποχή που το κράτος τείνει να το κάνει όλο και λιγότερο! Πέρα από την νομικο-πολιτική λειτουργία του ο γάμος αποτυπώνει και μια ηθική αξιολόγηση για το πώς είναι καλύτερο να οργανώνονται οι οικογενειακές σχέσεις. Ακόμα και σήμερα όσοι επιλέγουν τον γάμο δεν αποδεικνύουν μόνον την κανονικότητα τους αλλά και τον ηθικό προσανατολισμό τους¹⁸. Σε ποιο βαθμό όμως σήμερα μπορεί να υποστηρικτεί αποκλειστικά με νομικά επιχειρήματα ότι ο γάμος εξακολουθεί να είναι ένας υπέρτερος θεσμός, άξιος περισσότερης έννομης προστασίας από άλλες μορφές οικογενειακής ζωής; Το πρόβλημα δε εντείνεται όταν με βάση ένα κοινωνικό σκοπό που δύσκολα καθορίζεται ακόμα με καθολικά αποδεκτές αξίες νομιμοποιείται η περιστολή ατομικών δικαιωμάτων.

ΑΚ στο προηγούμενο οικογενειακό δίκαιο προέβλεπε ότι η δικαστική αναγνώριση εξωγάμου τέκνου έχει αποτελέσματα εκούσιας εάν ο πατέρας συζούσε με την μητέρα κατά το διάστημα της σύλληψης, Περάκη Βιργινία, *Η εκτός γάμου συμβίωση: ελεύθερη ή με σύμφωνο*, Αθήνα-Κομοτηνή, Αντ. Σάκκουλας, 2010, σ. 40 ή είχε μόνιμη σχέση με την μητέρα κατά το κρίσιμο διάστημα για την σύλληψη, Λέκκας, Γιώργος, *Ελεύθερη ένωση και πατρότητα κατά τον ΑΚ*, σ. 8 υποσ. 27

¹⁴ Sandel, Michael, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge: Cambridge University Press, 1998², and Taylor, Charles, *Sources of the Self: The Making of the Modern Identity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989

¹⁵ Νικολόπουλος, Πάνος, *Η μετάλλαξη της οικογένειας. Οι νέες οικογενειακές σχέσεις και η ποιμαντική της Εκκλησίας*, Αθήνα, Εκδόσεις Αρμός, 2011.

¹⁶ Νικολόπουλος, Πάνος, Η κοινότητα βίου στο οικογενειακό δίκαιο, *NoB* 1994, σ.1107.

¹⁷ Ρεθυμιωτάκη, Ελένη (2016) όπ. π.

¹⁸ Καμτσιδου, Ιφιγένεια, Τάσεις αποηθικοποίησης του γάμου στα σύγχρονα κράτη πρόνοιας, Το σύμφωνο κοινωνικής αλληλεγγύης στην Γαλλία, *ΔτΑ*, 2003/20 σ. 1151-1170. Η αρχή της εύνοιας του νόμιμου γάμου και ο θεσμικός υποβιβασμός του συμφώνου στερούνται νοήματος Χριστοδούλου (2012) όπ. π. σ.21 επ .

Πράγματι υπάρχει σύνδεση, αλληλεξάρτηση, αλληλεγγύη, μοίρασμα και φροντίδα που δύσκολα οριοθετείται στην συμβίωση ενός ζευγαριού με τρόπο ώστε να «χωρέσει» σε μια σύμβαση. Ωστόσο ο εύθραυστος δεσμός του ζευγαριού είναι ιδιαίτερα δύσκολο να ενταχθεί ως κάτι άλλο τρίτο ως προς τα δύο μέλη του ζευγαριού στο σύγχρονο νομικό πλαίσιο των ατομικών υποκειμένων, των φυσικών προσώπων και των νομικών που αυτά δημιουργούν¹⁹. Η επαναηθικοποίηση του γάμου και η πάση θυσία διατήρηση των προνομίων του έναντι όλων των άλλων μορφών συντροφικότητας στο όνομα μιας θεσμικής αναγκαιότητας που ξεπερνά τα άτομα που αφορά συρρικνώνει υπέρμετρα την αυτονομία τους στο σημερινό νομικο-πολιτικό συγκείμενο. Το όριο στην εξουσία του νομοθέτη τίθεται από το Σύνταγμα²⁰ αλλά και από το βασικό δικαίωμα ενός προσώπου να είναι μέλος μιας οικογένειας και να συνάπτει σχέσεις ως συστατικό στοιχείο της προσωπικότητας του²¹. Ο νομοθέτης δεν πρέπει αλλά και δεν μπορεί πλέον να θέτει ως στόχο να διασωθεί το προνόμιο του γάμου έναντι κάθε άλλης μορφής οργάνωσης της οικογενειακής ζωής όπως έχει επισημανθεί από τα ανώτατα δικαστήρια π.χ. στη Γαλλία όπου το Conseil Constitutionnel απέρριψε την προσφυγή κατά του νόμου που επέτρεψε τον γάμο και σε ομόφυλα ζευγάρια²² και τις Η.Π.Α. όπου το Ανώτατο Δικαστήριο κατέρριψε τον ομοσπονδιακό νόμο D.O.M.A.²³

Σύμφωνα με μια τρίτη άποψη τα παραπάνω δύο μοντέλα θεωρούνται ανεπαρκή για να αντιμετωπίσουν τα σημερινά δεδομένα. Το μεν συμβατικό μοντέλο ρύθμισης της συντροφικότητας τείνει να υποτιμά τα έννομα αποτελέσματα που ο δεσμός αγάπης του ζευγαριού παράγει για τα μέλη του και τους τρίτους²⁴. Το δε θεσμικό τείνει να υποτιμά την αυτονομία των ατόμων ότι δηλαδή τα άτομα πρέπει να είναι αφήνονται ελεύθερα, χωρίς να υφίστανται κοινωνική πίεση, διακρίσεις ή βίαιη επιβολή για να συνάπτουν, να οργανώνουν ή να λύνουν σχέσεις οικειότητας²⁵. Προτείνεται λοιπόν ένα **αναστοχαστικό μοντέλο** για την ρύθμιση της συντροφικότητας, δηλαδή ένα «σκεπτόμενο» οικογενειακό δίκαιο που έχει αναπτύξει την ικανότητα να εξορθολογίζει την δράση του²⁶. Η αναστοχαστικότητα αφορά τον τρόπο ενεργοποίησης του δικαίου για να

¹⁹ Οι συμβιωτικές σχέσεις τείνουν στην συνεργασία και όχι μόνον στην παροχή δικαστικά επιδιώξιμων αξιώσεων για αντάλλαγμα, Χριστοδούλου (2012) όπ. π. σ. 122 επ

²⁰ Βιδάλης (1996) όπ.π.σ. 48 επ και σ. 56

²¹ Σταμπέλου, Χριστίνα, Προσωπικότητα και Οικογενειακές σχέσεις. Το παράδειγμα της επικοινωνίας του τέκνου, Αθήνα-Κομοτηνή, Αντ.Ν.Σάκκουλας, 2010, σ. 27-28 και Φουντεδάκη, Κατερίνα, Η «οικογενειακή ζωή» ως έκφανση της προσωπικότητας σύμφωνα με το άρθρο 57ΑΚ, σε: *Το οικογενειακό δίκαιο στον 21ο αιώνα* όπ. π. σ. 131-146.

²² Ρεθυμιωτάκη (2016) όπ. π. σ. 804 και υποσημ. 116

²³ Ibid σ. 797

²⁴ Κραβαρίτου () όπ. π. σ.

²⁵ Cohen όπ. π. σ. 197

²⁶ Teubner, Gunther, Substantive and Reflexive Element in Modern Law, *Law Society Review*, 1983, vol. 17/2, p. 239-285. Το αναστοχαστικό δίκαιο διακρίνεται από την ικανότητα να επιστρέφει στον εαυτό του και να διαλογίζεται αναφορικά με το περιεχόμενο του. Αυτό οδηγεί στην αποδοχή των ρυθμιστικών ορίων του και μπορεί να επιφέρει την δημιουργική αυτοκαταστροφή και αναδημιουργία του.

ρυθμίσει την συντροφικότητα και το περιεχόμενο της ρύθμισης. Το πρώτο σημαίνει ότι η ρύθμιση των νέων μορφών συντροφικότητας προκαλεί τον αναστοχασμό του νομοθέτη στην ήδη υπάρχουσα ρύθμιση. Προκαλεί δηλαδή την επαναοριοθέτηση των ελευθεριών που οφείλει να σεβαστεί και τις αρχές που πρέπει να θέσει σε όλες τις οικογενειακές σχέσεις ανεξάρτητα από την μορφή τους. Η επιστροφή στην αρχική διερώτηση για το τι πραγματικά διακυβεύεται στις μακροχρόνιες σχέσεις ερωτικής αγάπης προκαλεί την υπάρχουσα αποκλειστική σημασιοδότηση τους μέσω του γάμου και ταυτόχρονα αναδημιουργεί τον συμβολικό δεσμό που καλείται το δίκαιο να θεσμοποιήσει²⁷. Το δίκαιο καλείται τώρα να συμπεριλάβει την διαφορετικότητα και την ευθραυστότητα που πλέον χαρακτηρίζει τις σχέσεις συντροφικότητας. Το δεύτερο σημαίνει ότι και το οικογενειακό δίκαιο εγκολπώνει στους θεσμούς του την αυτορρύθμιση, δηλαδή θέτει τους όρους και τα όρια της συρρύθμισης των οικογενειακών σχέσεων από τους πολίτες που τις συνάπτουν. Αναλαμβάνει περισσότερο τον ρόλο του συντονιστή και ενορχηστρωτή και λιγότερο εκείνο του ηγέτη και καθοδηγητή. Ο απώτερος σκοπός είναι να εξειδικευτούν με ενιαίο και νομικά συνεπή τρόπο κάποιες βασικές αξιολογικές επιλογές ώστε να ισχύουν σε όλες τις μορφές οικογενειακής ζωής.

Η ενσωμάτωση της αρχής της αναστοχαστικότητας σημαίνει ότι ο νομοθέτης αναλογίζεται τα όρια του και προχωρεί στην ρύθμιση αναγνωρίζοντας την δυνατότητα των υποκειμένων να ορίσουν και εκείνα το περιεχόμενο της συντροφικότητας. Ο νόμος μπορεί να ορίζει όλες τις μορφές συγκατοίκησης που περιέχουν οικονομική υποστήριξη και προσωπική φροντίδα μεταξύ ενηλίκων και να διασφαλίζει σε ένα *minimum* προστασίας που διατρέχει όλο το οικογενειακό δίκαιο²⁸. Από εκεί και πέρα οι συμβιούντες ρυθμίζουν με τις συμφωνίες τους τις σχέσεις τους. Ωστόσο και στο αναστοχαστικό μοντέλο ο νομοθέτης διατηρεί το ρόλο του να οργανώνει και να εξισορροπεί τις οικογενειακές σχέσεις αλληλεγγύης και εξουσίας, αλλάζοντας όμως τη ρυθμιστική του *ratio*. Ρυθμίζει δηλαδή περισσότερες μορφές συντροφικότητας ενοποιώντας της με βάση κάποιες γενικές αρχές ένα σύστημα πολλαπλών μορφών συντροφικότητας και συγγένειας. Ταυτόχρονα επιχειρεί να διασφαλίσει στο μέγιστο βαθμό τον σεβασμό των δικαιωμάτων όλων των μελών μιας οικογένειας και την δίκαιη κατανομή δικαιωμάτων και υποχρεώσεων αλλά και κινδύνων μεταξύ τους.

Στις προσωπικές σχέσεις των συντρόφων προστατεύονται η ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας και η ανθρώπινη αξιοπρέπεια με πολλαπλούς τρόπους όπως δείχνει η πλούσια νομολογία²⁹.

²⁷ Christodoulidis, Emilios, *Law and Reflexive Politics*, Dordrecht/Boston/London, Kluwer Academic Publishers, 1998. p.269.

²⁸ Barlow, Anne, Duncan, Simon, James, Grace & Park, Alison, *Cohabitation, Marriage and the Law, Social change and Legal Reform in the 21st century*, Oxford/Portland/Oregon, Hart Publishing, 2005, p. 89-91.

²⁹ Κοτζάμπαση, Αθηνά, *Η έννοια και η λειτουργία της έγγαμης συμβίωσης – Ερμηνευτική προσέγγιση των άρθρων 1386 και 1387 ΑΚ*, Σάκκουλας, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 1992.

Δημιουργούνται σχέσεις συγγένειας και καθορίζονται τα δικαιώματα και οι υποχρεώσεις που αυτές γεννούν μεταξύ των μελών του γονεϊκού ζευγαριού και των παιδιών του. Στις περιουσιακές σχέσεις των συντρόφων κατά την διάρκεια της συμβίωσης και μετά την λύση της δημιουργούνται υποχρεώσεις και προνόμια στην στέγη, την διατροφή και την περιουσία. Ο νομοθέτης εξειδικεύει τις θεμελιώδεις αρχές που προφανώς διέπουν και τις οικογενειακές σχέσεις όπως η αρχή της ισότητας και μεριμνά και για την προστασία εκείνων που εξαιτίας της δέσμευσής τους στις σχέσεις φροντίδας και μοιράσματος, μπορεί να καταστούν οικονομικά ευάλωτοι³⁰. Ιστορικά λόγω της έμφυλης ανισότητας οι γυναίκες ήταν τα λιγότερα ισχυρά μέλη και εκατομμύρια γυναίκες σε όλον τον πλανήτη εξακολουθούν να υστερούν σε πολιτική, οικονομική και κοινωνική ισχύ έναντι των συζύγων τους. Για πολλές γυναίκες ο γάμος μπορεί να μοιάζει με μοναδική στρατηγική επιβίωσης. Όμως μόνο και μόνο το σημαντικό ποσοστό με το οποίο οι μονογονεϊκές οικογένειες με αρχηγό τις μητέρες συμμετέχουν στην κατηγορία των φτωχών αποδεικνύει ότι εντέλει τις εκθέτει σε υψηλό κίνδυνο³¹. Ακόμα όμως και για τις γυναίκες που διαθέτουν οικονομικό, εκπαιδευτικό, πολιτικό ή κοινωνικό κεφάλαιο η έμφυλη κατανομή φροντίδας επηρεάζει καθοριστικά την προσωπική ανάπτυξη τους σε όλες τις πτυχές της. Η διχογνωμία στην φεμινιστική θεωρία και πρακτική για το εάν η ενίσχυση της διαπραγματευτικής ισχύος των γυναικών στο γάμο ή μετά από αυτόν συμβάλλει στην γυναικεία χειραφέτηση ή την διαιωνίζει³² φαίνεται καταρχήν δικαιολογημένη. Ωστόσο κοινωνικά το αδιέξοδο παραμένει και νομικά η εκμετάλλευση είναι αθέμιτη. Το βέβαιο είναι ότι πλέον σήμερα το φύλο δεν μπορεί να αποτελέσει το αποκλειστικό κριτήριο για να θεωρηθεί ότι ένα μέλος του ζευγαριού έχει λιγότερη διαπραγματευτική ισχύ από το άλλο. Εντέλει συνεργούν όλα τα κριτήρια που εν δυνάμει μπορούν να κάνουν ευάλωτο ένα μέλος στην εκμετάλλευση από το άλλο όπως η κοινωνική θέση, το κάθε μορφής κεφάλαιο, η ηλικία ή η ένταξη στην πολιτική κοινότητα.

Τελικά εγκολπώνοντας τις νέες μορφές οικειότητας, συντροφικότητας και συγγένειας το δίκαιο ενισχύει την νομιμοποίηση του και αποδεικνύει την διαχρονική ανθεκτικότητα της τεχνογνωσίας του να ρυθμίζει την οικογενειακή ζωή. Σύμφωνα με μια άποψη³³ αργά ή γρήγορα τα εναλλακτικά οικογενειακά σχήματα αφομοιώνονται από το γαμήλιο

³⁰ Bottomley and Wong όπ. π. σ.3

³¹ Τσαούση, Ασπασία, Οικονομικές και κοινωνικές ανισότητες μετά το διαζύγιο: οι αθέλητες συνέπειες της αλλαγής του θεσμικού πλαισίου, σε: Κονιόρδος, Σ./Μαράτου-Αλιμπράντη/Παναγιωτοπούλου, Ρ. (επιμ.), *Κοινωνικές εξελίξεις στη σύγχρονη Ελλάδα, Εργασία, Εκπαίδευση, Οικογένεια, Παρέκκλιση*, Αντ.Ν.Σάκκουλας, Αθήνα-Κομοτηνή, 2006, σ. 449-488.

³²Young, Iris Marion, Mothers, Citizenship, and Independence: A Critique of Pure Family Values, *Ethics*, 1995, 105, σ. 535-556 και Παντελίδου-Μαλούτα, Μάρω, *Το Φύλο της δημοκρατίας. Ιδιότητα του Πολίτη και έμφυλα υποκείμενα*, Αθήνα, Σαββάλας, 2002, σ. 175

³³ Boyd Susan & Baldassi Cindy, Marriage or Naught? Marriage and Unmarried Cohabitation in Canada, σε: Bottomley and Simone Wong όπ. π. σ. 111-131, ιδίως σ.129.

μοντέλο που παρά την αμφισβήτηση επιβεβαιώνει την θεσμική κυριαρχία του, εγκαταλείποντας στην τύχη τους εκείνους που το αμφισβητούν πραγματικά, αρνούμενοι να περιοριστούν εντός των προστατευτικών τειχών του. Σύμφωνα με μια άλλη³⁴ εγκαθιδρύθηκε μια νέου τύπου ρύθμιση που εντέλει αφορά και τον γάμο αφότου ο νομοθέτης ανταποκρίθηκε στις αμφίσημες διεκδικήσεις κοινωνικών ομάδων που απαιτούν από το κράτος να απέχει από μια συμπεριφορά αλλά και προβάλλουν αξιώσεις αναγνώρισης και συμπερίληψης στους θεσμούς του. Σε κάθε περίπτωση το οικογενειακό δίκαιο φαίνεται να ενστερνίζεται ένα νέο παράδειγμα που χαρακτηρίζεται από πλουραλιστική λογική και αναστοχαστική προσαρμογή του κρατικού δικαίου στην μεταεθνική νομικοπολιτική εποχή³⁵. Το ελληνικό οικογενειακό δίκαιο προσαρμόστηκε με τον δικό του τρόπο στην νέα αυτή πραγματικότητα με αφορμή το σύμφωνο συμβίωσης.

³⁴ Commaille, Jacques et Martin, Claude, Pacs: la repolitisation du privé, *L'année sociale*, 2000, σ.123-138.

³⁵ Scamardella, Francesca, Reflexive Law behind the globalization : A new perspective, *Sortuz, Oñati Journal of Emergent Socio-legal Studies*, 2008, Volume 2, issue 1, p. 21-38, in : <http://opo.iisj.net/index.php/sortuz/article/viewFile/585/615>

2. Η προοδευτική διαμόρφωση ενός πλουραλιστικού μοντέλου για το σύμφωνο συμβίωσης

2. Α Η θεωρητική διερεύνηση για μια νέα έννομη σχέση μεταξύ του γάμου και της άτυπης συμβίωσης

Από την οπτική της νομικής θεωρίας το ζήτημα ξεκινά με την αναζήτηση της νομικής φύσης του γάμου και της ελεύθερης ένωσης προκειμένου να διερευνηθεί εάν υπάρχει ο νομικός τόπος να υπάρξει μεταξύ τους μια άλλη μορφή συμβίωσης. Μια μορφή που να μην θα είναι εντός δικαίου αλλά θα διαφέρει από αυτή του γάμου. Η συζήτηση είναι μεν παλιά αλλά ανανεώνεται διαρκώς επειδή τα οικονομικά, πολιτικά, κοινωνικά και πολιτισμικά δεδομένα αλλάζουν διαρκώς. Αφενός τίθεται το ερώτημα εάν ο γάμος είναι θεσμός ή σύμβαση, εάν ο συζυγικός δεσμός απορρέει από το νόμο ή/ και την σύμβαση. Αφετέρου τίθεται το ερώτημα εάν η ελεύθερη ένωση αποτελεί μια πραγματική κατάσταση ή βιοτική σχέση. Περαιτέρω διερευνάται εάν και κατά πόσον χωρεί αναλογική εφαρμογή διατάξεων για το γάμο. Οι προσλήψεις και των δύο αλλάζουν καθώς ο νομοθέτης αναγνωρίζει την άτυπη συμβίωση με οποραδικές αναφορές και η θεωρία προσλαμβάνει, συγκρίνει και επεξεργάζεται τις ευρωπαϊκές κοινωνικές και νομοθετικές εξελίξεις. Αντίθετα η νομολογία αποδείχτηκε δύσκαμπτη διστάζοντας μέχρι πολύ πρόσφατα να αναγνωρίσει την δυνατότητα αναλογικής εφαρμογής διατάξεων για το γάμο στην ελεύθερη ένωση.

Καταρχάς όσον αφορά τον γάμο τίθεται πλέον και «ως νομοθετικό πρόβλημα» από την στιγμή που ο νομοθέτης καλείται να τον επαναξιολογήσει σε σχέση με τα άλλα δύο είδη συμβίωσης, την καταρχήν αρρύθμιστη, άτυπη συμβίωση και την ρυθμισμένη με σύμβαση εκδοχή της³⁶. Ο κλασσικός ορισμός του γάμου από τον νομοδιδάσκαλο του ρωμαϊκού δικαίου Μοδεστίνου³⁷ μπορεί μεν να μην έχει αξίωση νομικής ακριβολογίας αλλά ανασύρεται από τη θεωρία όπως και την νομολογία, για να επισημανθεί ότι βρίσκεται υπό διαρκή ανακατασκευή³⁸. Ούτε η διαφορά φύλου των μελών του ζευγαριών, ούτε η ολότητα του βίου, ούτε και η ένωση του θείου με το ανθρώπινο δίκαιο αποτελούν πλέον νομικά αδιαπραγμάτευτα, εκ των ων ουκ άνευ συστατικά στοιχεία του. Η νομική έννοια του γάμου αποδομείται αλλά και αναδομείται συνεχώς. Παραμένει ωστόσο ως εννοιολογικός πυρήνας η στενή σαρκική, πνευματική και ψυχική συνάφεια που οδηγεί σε μοίρασμα του βίου όσο αυτό διαρκεί η οποία επιφέρει κοινωνία ανθρώπινου δικαίου. Αναπροσαρμόζοντας στα

³⁶ Κουμάντος, Εισαγωγικές Παρατηρήσεις στο οικογενειακό δίκαιο ΑΚ ΕΡΜΗΝΕΙΑ 22..

³⁷ Τριανταφυλλόπουλος, Ιωάννης, La définition du mariage par Modestin, σε: σε: ΝΟΜΟΣ 3. Χαρακτήρια στον Ιωάννη Δεληγιάννη, Τ.1, εκδ. Αριστοτελείου Πανεπιστημίου Θεσσαλονίκης, Θεσσαλονίκη, 1992, σ.....

³⁸ Σταθόπουλος, Μιχάλης & Σταμπέλου, Χριστίνα, ΑΚ ΕΡΜΗΝΕΙΑ 53

σημερινά δεδομένα τα ελάχιστα εννοιολογικά στοιχεία του γάμου που ορίζονται από όλες τις ευρωπαϊκές έννομες τάξεις, υποστηρίζεται ότι γάμος είναι η συμφωνία δύο προσώπων να έχουν κοινή ζωή με αόριστη διάρκεια η οποία αναγνωρίζεται από την Πολιτεία με την υπαγωγή της σε ένα ειδικά ρυθμισμένο καθεστώς δικαιωμάτων και υποχρεώσεων³⁹. Ο ορισμός αυτός συμπλέκει τις δύο διαστάσεις του γάμου, την συμβατική και την θεσμική επιχειρώντας να υπερβεί το δικασμό των απόψεων για την νομική φύση του, εάν δηλαδή αποτελεί σύμβαση ή θεσμό για να αποφύγει την μονομέρεια της μιας ή της άλλης επιλογής⁴⁰. Ωστόσο μοιάζει δύσκολο να κλείσει έτσι μια διαχρονική, ιδεολογική και νομικοπολιτική διαμάχη που δεν είναι μόνο δογματική πολυτέλεια αλλά οδηγεί σε διαφορετικά πρακτικά αποτελέσματα. Αυτό αποδείχτηκε από την εμβέλεια της συζήτησης για το μοντέλο ρύθμισης της συντροφικότητας με άξονα την σχέση του ζευγαριού⁴¹. Εντέλει ο γάμος είναι πρωτίστως θεσμός, σύμβαση ή μια βιοτική σχέση συμβίωσης που εγκολπώνει το δίκαιο για να ρυθμίσει την λειτουργία της με βάση κάποιες αρχές;

Σύμφωνα με μια άποψη ο γάμος είναι ένα θεσμικό καθεστώς που ιδρύεται με μια πολιτειακή πράξη επειδή του αποδίδεται πρώτιστα μια κοινωνική λειτουργία αυτή της ανατροφής των παιδιών⁴². Η άποψη αυτή δεν απηχεί μόνον μια αρχαϊκή⁴³ ή θρησκευτική παράδοση αλλά και μια σύγχρονη ανθρωπολογική, δομολειτουργική προσέγγιση της οικογένειας. Καταλήγει δε λογικά στη ανάγκη ιεράρχησης των συμβιωτικών σχέσεων αναγνωρίζοντας το προνόμιο στη γαμήλια⁴⁴. Σύμφωνα με την αντίθετη άποψη ο γάμος υποδηλώνει ταυτόχρονα την τυπική υποσχετική σύμβαση με νόμιμα ρυθμισμένες προϋποθέσεις - συνέπειες και την έννομη σχέση που αυτή συγκροτεί, δηλαδή την έγγαμη κοινή ζωή δύο προσώπων⁴⁵. Η άποψη αυτή απηχεί την προϊούσα κατοχύρωση της ιδιωτικής σφαίρας των ατόμων εντός του γάμου, της αυτονομίας και του σεβασμού της προσωπικότητας στο οικογενειακό δίκαιο. Καταλήγει στη ρύθμιση των σχέσεων του ζευγαριού κυρίως με διατάξεις ενδοτικού χαρακτήρα αφήνοντας εντέλει στο δικαστή να κρίνει κατά περίπτωση εάν πρέπει να

³⁹ Ibid

⁴⁰ Σταθόπουλος, Μιχάλης/Σταμπέλου Χριστίνα, Εισαγωγικές Παρατηρήσεις στα άρθρα 1350-1371, σε: *Αστικός Κώδικας*, τ. VII, Απόστολου Γεωργιάδη / Μιχάλη Σταθόπουλου, Αθήνα, Π.Ν. Σάκκουλα, Δίκαιο και Οικονομία, 2007³ που παραπέμπουν σε: Δεληγιάννη I., σ. 56, Κουμάντος I σ. 43, Σπυριδάκης σ. 64 και Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη, Έφη, *Οικογενειακό δίκαιο I*, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2016⁶, σ. 23-26

⁴¹ Χριστοδούλου (2012) όπ.π. σ. 5

⁴² Καραής, Μαρίας, *Ο γάμος και η οικογένεια ως δικαϊκοί θεσμοί, Θεωρητική εισαγωγή στο οικογενειακό δίκαιο του αστικού κώδικα*, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, εκδ. Σάκκουλα, 1994 και Θεοδωροπούλου, Φωτεινή-Παρασκευή, *Η έννοια του θεσμού στο οικογενειακό δίκαιο: νομική και κοινωνιολογική προσέγγιση*, Αθήνα-Κομοτηνή, Αντ.Ν.Σάκκουλας, 2012.

⁴³ Χριστοδούλου (2012) όπ.π. σ. 17

⁴⁴ Παντελίδου, Καλλιρόη, Κριτικές Παρατηρήσεις στο Σχέδιο Νόμου «Σύμφωνο ελεύθερης συμβίωσης», *ΕφΑΔ* 4/2008, σ. 386-392 και Παλιό και νέο σύμφωνο συμβίωσης, *NB*, 2015, τ.63, τευχ.9, σ. 1910-1917.

⁴⁵ Παπαχρίστου, Θανάσης, *Οικογενειακό δίκαιο*, Η σύμβαση του γάμου, σ. 35, Αθήνα, Δίκαιο και Οικονομία, Π.Ν. Σάκκουλας Α.Ε.Ε.Ε., 2014, σ. 19, 35 και σ. 73.

εφαρμόζονται αναλογικά διατάξεις ενοχικού ή οικογενειακού δικαίου, διαμορφώνοντας το δίκαιο της συμβίωσης.⁴⁶ Τέλος σύμφωνα με μια τρίτη συνδυαστική προσέγγιση μγάμος είναι η διαρκής «κοινωνία βίου» η οποία ιδρύεται με σύμβαση με έντονη τυπικότητα δημόσιου χαρακτήρα και ρυθμίζεται από το δίκαιο τόσο ως προς την λειτουργία όσο και ως προς την λύση της με δικαστική απόφαση⁴⁷. Η άποψη αυτή επιχειρεί έναν συγκεκριασμό τριών διαφορετικών παραμέτρων. Δηλαδή πρόκειται για μια μορφή συμβιωτικής σχέσης που ιδρύεται με την σύμβαση των μερών για την οποία προβλέπεται συστατικός τύπος. Η μορφή αυτή ρυθμίζεται με βάση αρχές που αφορούν τις κάθε είδους συζυγικές σχέσεις και αυτές των συζύγων με τα παιδιά που υπό προϋποθέσεις ορίζονται ότι είναι δικά τους. Με άλλα λόγια ο γάμος αποτελεί μια (αλλά όχι την μοναδική) μορφή έννομης σχέσης συμβίωσης που συνάπτεται και λύνεται με ορισμένες προϋποθέσεις όπου προσαρτώνται δικαιώματα, υποχρεώσεις, τεκμήρια και προνόμια και ορίζονται οι προϋποθέσεις ίδρυσης συγγένειας. Έτσι καταλήγει να μπορεί να πλαισιώσει ευκολότερα τα διαφορετικά είδη συμβίωσης, την άτυπη συμβίωση και την τυπική στις διαφορετικές εκδοχές της. Ο κοινός πυρήνας όλων αυτών των σχέσεων είναι η συμβίωση, μια αόριστη νομική έννοια⁴⁸ όπως η οικογένεια.

Η παραπάνω διαμάχη εμποτίζει και την προσπάθεια να αντιμετωπιστεί θεωρητικά η άτυπη συμβίωση που βρίσκεται στον άλλο πόλο του γάμου. Ξεκινά ήδη με την επιλογή του όρου που την περιγράφει. Ανάλογα με το εάν η έμφαση δίνεται στη διαφορά ή στην ομοιότητα της με τον γάμο, αποκαλείται εξώγαμη συμβίωση ή ελεύθερη ένωση. Ο πρώτος όρος τονίζει την εν δυνάμει ομοιότητα με τον γάμο και ταυτόχρονα την οριοθετεί με σαφήνεια από αυτόν⁴⁹. Εξώγαμη συμβίωση είναι η πραγματική κατάσταση μεταξύ δύο μόνιμων συντρόφων που έχουν αποκλειστικές ερωτικές σχέσεις, μοιράζονται τον προσωπικό χώρο τους, ενδεχόμενα δεσμεύουν την περιουσία τους και έχουν κάποια κοινή κοινωνική παρουσία⁵⁰. Έχει δηλαδή όλα τα στοιχεία του γάμου πλην του τυπικού. Στο μέτρο που είναι δύσκολο να θεωρηθεί ότι τα μέρη είχαν δικαιοπρακτική βούληση, δηλαδή μια βούληση που κατευθύνεται στην παραγωγή εννόμου αποτελέσματος, η άτυπη συμβίωση θεωρείται πάντως μια πραγματική κατάσταση⁵¹. Ο δεύτερος όρος αναδεικνύει την πολυμορφία της σχέσης προσωπικής

⁴⁶ Για την σχέση του ενοχικού δικαίου με το οικογενειακό, Χριστοδούλου (2012) σ. 242 επ ιδίως σ. 249

⁴⁷ Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη, Έφη, *Οικογενειακό δίκαιο*, τ. I, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2016⁶, σ. 23.

⁴⁸ Σταθόπουλος, Μιχάλης, Περιουσιακή αυτοτέλεια ή κοινοκτημοσύνη στις περιουσιακές σχέσεις των συζύγων, *ΝοΒ* 28, 11-12, 1980, σ.1873 επ.

⁴⁹ Ανδρουλιδάκη-Δημητριάδη, Ιομήνη, *Η εξώγαμη συμβίωση*, Αθήνα-Κομοτηνή, Αντ.Ν. Σάκκουλας, 1984, σ. 103- 106. Για αυτό και χαρακτηρίζεται ως «σκιάδης γάμος», Σταθόπουλος/Σταμπέλου όπ. π. 2007³ σ. 57 που παραπέμπουν σε Κουγιουμτζή, Ευαγγελία, Η αναγνώριση της ελεύθερης συμβίωσης από το δίκαιο- Εννοιολογική προσέγγιση, *Αρμ* 1991, 1053 επ και ειδικά 1059.

⁵⁰ Ανδρουλιδάκη-Δημητριάδη (1984) όπ. π. σ. 100 επ. και σ. 196.

⁵¹ Νικολόπουλος, Παναγιώτης, *Η αξίωση συμμετοχής στα αποκτήματα των συζύγων*, Αθήνα-Κομοτηνή, Αντ.Ν.Σάκκουλας, 1993, σ. 75

οικειότητας που δεν τυποποιείται εύκολα⁵². Η διαφορά φύλου, η διάρκεια και η κοινωνική παρουσία ναί μεν είναι συνήθη χαρακτηριστικά αλλά το πρώτο δεν συντρέχει πάντα, το δεύτερο δεν μπορεί να προσδιοριστεί εκ των προτέρων και το τρίτο είναι δηλωτικό αλλά όχι συστατικό στοιχείο. Επομένως τα ελάχιστα στοιχεία της είναι η θέληση δύο ανθρώπων να μοιράζονται το μεγαλύτερο μέρος της ύπαρξης τους και ότι αυτό γίνεται πραγματικότητα⁵³. Η ελεύθερη ένωση είναι μια διαρκής βιοτική σχέση που δηλώνεται εσωτερικά ως αμοιβαία βούληση των μελών του ζευγαριού (*animus*) να είναι μαζί και εξωτερικά ως συμβίωση (*corpus*)⁵⁴. Έτσι δεν αποκλείεται να έχει συναχθεί από τις περιστάσεις ότι έχει καταρτιστεί έστω σιωπηρά και σύμβαση οπότε ενεργοποιούνται οι γενικές διατάξεις⁵⁵.

Προφανώς η συζήτηση αυτή δεν έχει μόνον θεωρητικό ενδιαφέρον αφού από την στιγμή που υπάρχει και λειτουργεί η βιοτική αυτή σχέση θέτει το ερώτημα για το πως την αντιμετωπίζει η έννομη τάξη. Εάν δηλαδή την ανέχεται αδιάφορα ή ενεργοποιείται ακριβώς επειδή προσομοιάζει στη γαμήλια σχέση⁵⁶. Καταρχάς εξετάζεται εάν είναι νόμιμη και εάν χωρεί ή όχι αναλογική εφαρμογή κάποιων διατάξεων του οικογενειακού ή εναλλακτικά εάν μπορούν να αντιμετωπιστούν τα ζητήματα που θέτει με γενικές διατάξεις του ενοχικού. Επίσης τίθενται και ζητήματα ασφαλιστικού, εργατικού και φορολογικού δικαίου, αν και κατά κανόνα τα τυχόν δικαιώματα δεν εφαρμόζονται χωρίς ρητή νομοθετική διάταξη. Από την σκοπιά του δημοσίου δικαίου το ερώτημα συνίσταται στο εάν το Σύνταγμα απαγορεύει, επιβάλλει ή δεν αποκλείει την κατά περίπτωση αναλογική εφαρμογή των διατάξεων για το γάμο. Μετά τον εκσυγχρονισμό του οικογενειακού δικαίου επικράτησε η άποψη ότι η ελεύθερη συμβίωση δεν προσκρούει στα χρηστά ήθη, τουλάχιστον εφόσον και οι δύο σύντροφοι είναι άγαμοι⁵⁷. Πλέον σήμερα σχεδόν ομόφωνα (τουλάχιστον όσον αφορά τους ετερόφυλους!) γίνεται δεκτό ότι η δημιουργία άτυπων συμβιώσεων αποτελεί έκφραση της προσωπικής αυτονομίας και της ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας των μελών του ζευγαριού και άρα προστατεύεται από το άρθρο 5 §1Σ⁵⁸. Επιπλέον γίνεται δεκτό ότι η άτυπη συμβίωση καταρχήν εμπίπτει στην προστασία της οικογένειας που επιτάσσει το άρθρο 21Σ και την αναφέρει ως χωριστό προστατευτέο αγαθό

⁵² Σταμπέλου, Χριστίνα, *Le concubinage en droit civil Grec*, in : Jaqueline Rubellin-Devichi (dir), *Les Concubinages en Europe*, Paris, CNRS, 1986, σ.177-203.

⁵³ *ibid* σ.82

⁵⁴ Παπαδοπούλου-Κλαμαρή, Δήμητρα, Παρατηρήσεις στα άρθρα 1461-1462 ΑΚ σε: *Ασικός Κώδικας*, τ.VII, Απόστολου Γεωργιάδη / Μιχάλη Σταθόπουλου, Αθήνα, Π.Ν. Σάκκουλα, Δίκαιο και Οικονομία, 2007, Λέκκας, Γεώργιος, *Ελεύθερη ένωση και πατρότητα κατά τον ΑΚ*, Αθήνα – Κομοτηνή, Εκδόσεις Αντ. Σάκκουλα, 2003, σ. 8

⁵⁵ Σταθόπουλος/Σταμπέλου ΑΚ Εισαγωγικές Παρατηρήσεις άρθρα 1350-1371 όπ.π. 15

⁵⁶ Παπαχρίστου (2014) όπ.π. σ. 1-2

⁵⁷ Ανδρουλιδάκη (1984) όπ.π. σ. 91 και Αγαλλοπούλου, Πηνελόπη, Οι έννομες συνέπειες της ελεύθερης ένωσης, *ΝοΒ* 37/1989, σ. 865-871.

⁵⁸ Ενδεικτικά Βιδάλης (1996) όπ.π. σ. 105 επ., Σταθόπουλος/Σταμπέλου ΑΚ Εισ.Παρατ. στα άρθρα 1350-1371 όπ.π. 13

από το γάμο⁵⁹. Ωστόσο επειδή γίνεται δεκτή η αρχή της εύνοιας υπέρ του γάμου θεωρείται ότι δεν μπορεί η επιβαλλόμενη προστασία να φτάσει μέχρι το σημείο να εξομοιωθούν τα αποτελέσματα της άτυπης συμβίωσης πλήρως με αυτά του γάμου⁶⁰. Στο ισχύον καθεστώς χωρεί κατά περίπτωση αναλογική εφαρμογή προβλεπόμενες διατάξεις για το γάμο στις προσωπικές και στις περιουσιακές σχέσεις των μελών του ζευγαριού⁶¹. Αντίθετα στις σχέσεις συγγένειας δεν τίθεται ζήτημα αναλογικής εφαρμογής δεδομένου ότι πρόκειται για διατάξεις αναγκαστικού δικαίου⁶². Σε κάθε περίπτωση δεν αποκλείεται να τυχάνουν εφαρμογής οι γενικές διατάξεις εφόσον τίθεται ζήτημα συμβατικής (όπως παράβαση υποχρέωσης διατροφής) ή αδικοπρακτικής ευθύνης (όπως κακόπιστη εγκατάλειψη με διάψευση εμπιστοσύνης) ή ζήτημα αδικαιολόγητου πλουτισμού (όπως εξαιτίας συμβολής στην αύξηση της περιουσίας του άλλου)⁶³. Έτσι όμως δεν ισχύει ούτε το τεκμήριο για την συμμετοχή στα αποκτήματα ενώ πρέπει να αποδειχτεί η έλλειψη νόμιμης αιτίας ούτε η προστασία της οικογενειακής στέγης ακόμα και εάν υπάρχουν παιδιά.

Η παραπάνω επιχειρηματολογία ενισχύεται από το ότι ο νομοθέτης προοδευτικά «έσπασε» την εύγλωττη σιωπή του, αξιολόγησε σποραδικά την μόνιμη σχέση και της προσέδωσε περιουσιακές ή προσωπικές έννομες συνέπειες⁶⁴ και σε δύο περιπτώσεις την κατέστησε προϋπόθεση δημιουργίας σχέσεων με τα τυχόν παιδιά. Όσον αφορά τις περιουσιακές συνέπειες προβλέφθηκε ως αιτία παύσης του δικαιώματος διατροφής από την διάταξη 1442§2 ΑΚ, όταν μετά το διαζύγιο ο δικαιούχος διατροφής συζεί με κάποιον άλλον (αδιακρίτως φύλου)⁶⁵. Όσον αφορά τις προσωπικές σχέσεις ο νομοθέτης ενέταξε τους μόνιμους συντρόφους στην οικογένεια όπου απαγόρευσε την άσκηση βίας με τον ν.3500/2006. Ο νόμος αναφέρεται σε μόνιμη σχέση (ευρύτερη της ελεύθερης ένωσης) και σε συνοίκηση (ευρύτερη της συγκατοίκησης) που σημαίνει την συνύπαρξη

⁵⁹ Μάνεσης, Αριστόβουλος, Η πραγμάτωση της συνταγματικής προστασίας της ανήλικης νεότητας στο ισχύον δίκαιο, σε: ΝΟΜΟΣ 3. Χαρακτήρια στον Ιωάννη Δεληγιάννη, Τ.4, εκδ. Αριστοτελείου Πανεπιστημίου Θεσσαλονίκης, Θεσσαλονίκη, 1992, σ. 209 επ. και Βιδάλης (1996) όπ. π. σ. 97

⁶⁰ Σταθόπουλος/Σταμπέλου ΑΚ Εισ.Παρατ. στα άρθρα 1350-1371 όπ.π. 13

⁶¹ Ανδρουλιδάκη (1984) όπ. π. σ. 71 και σ.150 και Κουμάντος, Γεώργιος, *Οικογενειακό δίκαιο*, τ. Ι, Αθήνα-Κομοτηνή, Αντ.Ν.Σάκκουλας, 1988, σ. 19

⁶² Ναι μεν η παλιά διάταξη 1555§2 ΑΚ προέβλεπε ότι η δικαστική αναγνώριση εξώγαμου τέκνου επέφερε αποτελέσματα εκούσιας εάν ο πατέρας συζούσε με την μητέρα κατά το διάστημα της σύλληψης (Ανδρουλιδάκη (1984) όπ. π.) αλλά το πραγματικό καθεστώς της συμβίωσης απλώς διεύρυνε τα αποτελέσματα της δικαστικής αναγνώρισης που είχε ήδη γίνει, Λέκκας (2003) όπ. π. σ. 8.

⁶³ Σταθόπουλος/Σταμπέλου ΑΚ Εισ.Παρατ. στα άρθρα 1350-1371 όπ.π. 16

⁶⁴ Λέκκας (2003) όπ. π. σ. 51 επ. και Περάκη Βιργινία, *Η εκτός γάμου συμβίωση: ελεύθερη ή με σύμφωνο*, Αθήνα-Κομοτηνή, Αντ. Σάκκουλας, 2010, σ. 40 επ.

⁶⁵ Ανδρουλιδάκη-Δημητριάδη, Ιομήνη, Η επίδραση της εξώγαμης συμβίωσης στο δικαίωμα διατροφής, Τιμητικός Τόμος *Προσφορά στον Γεώργιο Μιχαηλίδη-Νουάρο*, τ.Α', Αθήνα-Κομοτηνή, Αντ.Ν. Σάκκουλας, 1987, σ. 65 επ. , Παπαδοπούλου-Κλαμαρή (2007) όπ π. ΑΚ 1461-1462, 55, Περάκη όπ. π. και Λέκκας όπ.π. σ.51

σε κοινό οικογενειακό χώρο που δεν είναι απαραίτητα κοινή κατοικία⁶⁶. Συμπεριλαμβάνει δε και τα παιδιά που συνοικούν ακόμα και εκείνα που δεν συνδέονται με νομικό δεσμό συγγένειας και με τους δύο συντρόφους, δηλαδή τα παιδιά-προγόνους του άλλου συντρόφου ή τα κοινά, μη αναγνωρισμένα⁶⁷. Τέλος ενώ η ελεύθερη συμβίωση δεν δημιουργεί σχέσεις συγγένειας⁶⁸ μπορεί όμως να αποτελέσει προϋπόθεση να δημιουργηθεί κοινωνικοσυναισθηματική συγγένεια. Με το ν.3089/2002 για την Ι.Υ.Α. η συναίνεση του μόνιμου συντρόφου για την τεχνητή γονιμοποίηση της συντρόφου του επέχει θέση εκούσιας αναγνώρισης (1475§2) που μάλιστα είναι δικαστικά απρόσβλητη (1478§2)⁶⁹. Επίσης σύμφωνα με την ΑΚ 1469 εδ.5, ο μόνιμος σύντροφος της παντρεμένης με άλλον άνδρα αλλά εν διαστάσει γυναίκας, νομιμοποιείται να προσβάλλει την πατρότητα του παιδιού και εάν γίνει δεκτή η απόφαση εξομοιώνεται με δικαστική αναγνώριση (ΑΚ 1472 § 2). Ναι μεν η μόνιμη σχέση είναι ευρύτερη της συμβίωσης αλλά το σημαντικό είναι ότι εντέλει ο νομοθέτης αναμένει και έχει μεριμνήσει για την ίδρυση της συγγένειας στις περιπτώσεις που θεωρεί πιθανόν να προκύψουν στο πλαίσιο της ελεύθερης ένωσης⁷⁰.

Αντίθετα ο δικαστής παραμένει επιφυλακτικός παρά τα βήματα που έχει κάνει προς την κατεύθυνση να εντάξει την ελεύθερη ένωση στην έννοια της οικογένειας με αφορμή ιδίως την επιδίκαση αποζημίωσης λόγω ψυχικής οδύνης από το θάνατο του συντρόφου κατά την ΑΚ 932⁷¹ και την επίλυση διαφορών από εισφορές που πραγματοποιήθηκαν κατά την συμβίωση⁷². Στην πρώτη περίπτωση λίγες, παλαιότερες αποφάσεις είχαν κάνει αναλογική εφαρμογή με βάση την ομοιότητα των σχέσεων ιδίως όταν υπάρχουν παιδιά, που κατά την κρατούσα γνώμη απαιτούνται για να θεωρηθεί φυσική οικογένεια. Ωστόσο πρόσφατες αποφάσεις θεωρούν ότι η άτυπη συμβίωση είναι μια μη κανονική, περιθωριακή νομικά σχέση την οποία τα μέρη επιλέγουν ακριβώς για να μην υπαχθούν στις ρυθμίσεις του γάμου⁷³. Αφού τα μέρη επιλέγουν να μην δεσμευτούν στο γαμήλιο

⁶⁶ Παπαδοπούλου-Κλαμαρή, Δήμητρα, Σκέψεις για τον ν.3500/2006 (ενδοοικογενειακή βία). Τα προστατευόμενα πρόσωπα και ο σκοπός του νόμου, *NB*, 2012, τ.60, τ.2, σ.233-244.

⁶⁷ *Ibid* σ. 236-237

⁶⁸ Παπαδοπούλου-Κλαμαρή (2007) όπ π. ΑΚ 1461-1462, 55

⁶⁹ Λέκκας (2003) όπ. π.σ. 51-52, Περάκη όπ.π. σ. 40 επ & Νικολόπουλος (2004) όπ. π. σ. 41

⁷⁰ Λέκκας (2003) όπ. π.σ. 52. Αντίθετη η Περάκη όπ.π. σ. 43

⁷¹ Σχετικά με την μεταβολή βλ Παντελίδου, Καλιρόη, Η έννοια της οικογένειας στο άρθρο 932 εδ. 3 ΑΚ *Αρμ* 1982 και 36, σ. 410 Γιαρένης, Ηλίας, Η νομολογιακή διαμόρφωση της έννοιας της οικογένειας στην επιδίκαση χρηματικής ικανοποίησης λόγω ψυχικής οδύνης, σε: Ένωση Αστικολόγων, Τριάντα χρόνια εφαρμογής του ν. 1329/1983 για την μεταρρύθμιση του οικογενειακού δικαίου, 10^ο Συνέδριο στη μνήμη των Ι.Δελιγιάννη και Γ.Κουμάντου, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2016, σ. 25-62

⁷² Νικολόπουλος, Παναγιώτης, *Νομολογιακές εξελίξεις στα αποκτήματα των συζύγων*, Αθήνα-Κομοτηνή, Αντ.Ν.Σάκκουλας, 2011³, σ. 38 επ. Κάποιες αποφάσεις που διαφοροποιούνται και αναγνωρίζουν την αξίωση συμμετοχής στα αποκτήματα αφορούν περιπτώσεις που ο δικαστής βρήκε έρεισμα για να συνυπολογίσει το χρόνο της συμβίωσης με αυτό του γάμου. Ο μη συνυπολογισμός θα ήταν ιδιαίτερα σκληρός

⁷³ Αρχής γενομένης με την ΑΠ 434/2005 ΧρίΔ 2005, 892

πλαίσιο δεν δικαιούνται να επικαλούνται την προστασία του. Εξάλλου σε αντίθετη περίπτωση δεν διασφαλίζεται η αυξημένη προστασία του γάμου που επιτάσσει το Σύνταγμα⁷⁴. Οι αποφάσεις αυτές μοιάζει να αγνοούν την τάση να διευρυνθεί νομολογιακά η αόριστη νομική έννοια της οικογένειας. Ενώ προ πολλού έχει υποστηριχτεί βάσιμα ότι η 932 ΑΚ πρέπει να εφαρμόζεται ευθέως στον επιζώντα σύντροφο⁷⁵ η νομολογία δεν δέχεται ούτε καν την αναλογική! Στην δεύτερη περίπτωση υπάρχει και η τάση να μην αναγνωρίζεται αξίωση αδικαιολόγητου πλουτισμού με την αιτιολογία ότι αφού δεν υπάρχει υποχρέωση συνεισφοράς στην ελεύθερη ένωση εάν τυχόν γίνει η αιτία είναι χαριστική⁷⁶. Η στάση αυτή επικρίθηκε ως αξιολογικά φορτισμένη απέναντι στην ελεύθερη ένωση αφού η συμμετοχή στα αποκτήματα θεσπίστηκε για να εξισορροπήσει την περιουσιακή αδικία που μπορεί να προκύψει εξαιτίας της περιουσιακής αυτοτέλειας⁷⁷. Διαφορετικά αντιμετωπίστηκε η εγκατάσταση του εξώγαμου κληρονόμου επειδή όμως συνδέθηκε με την ερωτική σχέση η οποία κρίνεται ανήθικη μόνον εάν έχει χαρακτήρα ανταμοιβής που ευτελίζει την ανθρώπινη αξία ή συνιστά περιφρόνηση προς τα πολύ κοντινά μέλη της νόμιμης οικογένειας του διαθέτη⁷⁸.

Επομένως παρά τις συνέπειες που προοδευτικά προσέδωσε ο νομοθέτης και κατά περίπτωση αναγνώρισε ή όχι ο δικαστής στην άτυπη συμβίωση η ανασφάλεια δικαίου στις σχέσεις των συντρόφων και των τυχόν παιδιών τους παραμένει. Ωστόσο το ιδιωτικό συμπλέκεται με το δημόσιο με βάση την θεσμική εγγύηση της οικογένειας και του γάμου από το Σύνταγμα. Στο μέτρο που στον όρο «οικογένεια» εμπίπτουν και τα άτεκνα ζευγάρια (που άλλωστε όσο είναι μαζί μπορούν πάντα να τεκνοποιήσουν!) ο νομοθέτης αλλά και ο δικαστής με διαφορετικό τρόπο επιφορτίζονται από το Σύνταγμα με μια προστατευτική αποστολή που συρρέει με τις υποχρεώσεις που επιβάλλουν τα διεθνή νομικά δεσμευτικά ή ήπιου δικαίου κείμενα. Το αρνητικό εμπόδιο στην αναγνώριση εννόμων συνεπειών στην ελεύθερη ένωση έχει ατονήσει. Το ερώτημα είναι εάν και κατά πόσον ο νομοθέτης θα αφήσει να ατονήσει και το θετικό προνόμιο του γάμου αναγνωρίζοντας άλλα μορφώματα σε μια κατεύθυνση ενοποίησης των οικογενειακών σχημάτων σε ένα μόρφωμα με διαφορετικές παραλλαγές⁷⁹. Αυτό που φαίνεται από πρώτη άποψη ότι βλάπτει το γάμο μπορεί να είναι και η ενίσχυση του κύρους του που φθίνει. Ο γάμος εντέλει δεν βλάπτεται ούτε επειδή ρυθμίζονται οι

⁷⁴ Για την σχετική νομολογία βλ. Νικολόπουλος (2004) όπ. π. σ. 38, Περάκη 26-39 και Γιαρένης όπ. π. σ. 49,

⁷⁵ Stabelou (1989) σ.198 επ και Μπιτσαξής, Πάνος/Μπράβου Μαρίνα, «Παραδοσιακή οικογένεια» και «ελεύθερη ένωση» υπό το πρίσμα της ΕΣΔΑ, *ΚριτΕ* 2/1992, 193 επ.

⁷⁶ Περάκη όπ. π. σ. 27 σημ 84.....

⁷⁷ Μον.Πρωτ. Κοζάνης 204/1999 με παρατηρήσεις Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη, *NoB* 2000, 1450 και Παπαχρίστου *ΕφΑΔ* 2009, 299

⁷⁸ Περάκη όπ. π. σ. 27 σημ 78 Επίσης διαφορετικά κρίθηκαν περιπτώσεις όπου ο ένας σύντροφος εργαζόταν στην επιχείρηση του άλλου χωρίς να υπάρχει και τυπικά σχέση εξαρτημένης εργασίας

⁷⁹ Σταθόπουλος/Σταμπέλου ΑΚ Εισ Παρ. στα άρθρα 1350-1371 όπ.π. 16

ομοειδείς με αυτόν σχέσεις ούτε επειδή εξομοιώνονται ως προς τα αποτελέσματα τους με αυτόν με ρητή νομοθετική ρύθμιση ή με αναλογική εφαρμογή από τον δικαστή⁸⁰. Όσο πιο πολύ διευρύνεται το πεδίο εφαρμογής των αρχών με βάση τις οποίες οργανώνει την οικογενειακή ζωή τόσο περισσότερο εμποδώνεται στην κοινωνική ζωή. Το σύμφωνο συμβίωσης αναδύεται έτσι σαν μια ενδιάμεση λύση όπου επιχειρείται ο συγκεκριασμός περισσότερης ελευθερίας σε σχέση με τον γάμο και περισσότερης προστασίας σε σχέση με την άτυπη συμβίωση⁸¹.

2.B Τα στοιχεία του συμφώνου συμβίωσης : η σύγκριση των επιμέρους ρυθμίσεων μεταξύ των δύο νομοθετημάτων Τελικά ποια αντίληψη επικράτησε;

Πως λοιπόν διαπλάθεται η σχέση συντροφικότητας ως νομικά αυθύπαρκτη σχέση, εναλλακτική του γάμου; Γιατί και με ποια κριτήρια πρέπει ο νομοθέτης να ορίζει τις ουσιαστικές και τυπικές προϋποθέσεις να συσταθούν σχέσεις συντροφικότητας, να θέτει κωλύματα όπως η διαφορά του φύλου; Γιατί και με ποια κριτήρια ρυθμίζει τις συνέπειες της δέσμευσης των ανθρώπων σε μακροχρόνιες σχέσεις οικειότητας ακόμα και μετά την διάλυση τους όπως την διανομή πόρων; Οφείλει να μεριμνά ρητά για την κατοχύρωση της νομικής θέσης των μερών σε ασθενέστερη διαπραγματευτική σχέση ή διασφαλίζονται επαρκώς με βάση τις γενικές διατάξεις για την προστασία από την εκμετάλλευση και την κατάχρηση δικαιώματος;

➔ΤΟ ΣΥΜΦΩΝΟ ΤΟΥ Ν. 3719/2008

Αναγνωρίζονταν η ιδιωτική αυτονομία, προσδίδονταν στη βούληση των ετερόφυλων (αποκλειστικά) ζευγαριών διαπλαστική δύναμη να διαμορφώσουν τις σχέσεις τους. Υπό ορισμένες προϋποθέσεις, τυπικές (συμβολαιογραφικό έγγραφο και δήλωση στο ληξιαρχείο) και ουσιαστικές (να μην συντρέχουν κωλύματα λόγω ανηλικότητας και συγγενικής σχέσης των συντρόφων)

Όσον αφορά τους συντρόφους, στις μεν προσωπικές σχέσεις ο νομοθέτης επιβάλλει μόνον την μη αλλαγή επωνύμου. Στις δε περιουσιακές σχέσεις πάλι οι σύντροφοι συμφωνούν για το καθεστώς της αυτοτέλειας ή της κοινοκτημοσύνης ή οτιδήποτε άλλο, εφόσον αυτό δεν προσκρούει σε

⁸⁰ Νικολόπουλος (2004) ό.π. σ. 38 επ.

⁸¹ Κουμάντος, Γεώργιος, Το οικογενειακό Δίκαιο ως σημείο αναμέτρησης, *Digesta*, 2005, σ. 125

κανόνες αναγκαστικού δικαίου π.χ. η σύσταση προίκας. Ο νομοθέτης προβλέπει όμως την αξίωση συμμετοχής στα αποκτήματα⁸².

Η λύση του συμφώνου γίνεται με τον ίδιο τρόπο όπως και η σύσταση του. Εάν προβλέπεται από τη συμφωνία μπορεί να γεννήσει δικαίωμα διατροφής, εφόσον η συμβατική υποχρέωση διατροφής δεν απενεργοποιείται λόγω απορίας του υπόχρεου ή λόγω γάμου ή σύναψης άλλου συμφώνου του δικαιούχου⁸³. Επίσης ο θάνατος γεννά κληρονομικό δικαίωμα στον επιζώντα σύζυγο αλλά μικρότερο από αυτό του συζύγου, εκτός βέβαια εάν προβλέπεται διαφορετικά με διαθήκη. Με βάση τα παραπάνω πράγματι διαπιστώνεται μια τάση συμβατικοποίησης των σχέσεων μεταξύ συντρόφων, μια ενδοτικοποίηση του γαμήλιου θεσμού⁸⁴. Ενώ όμως ο νομοθέτης αρκείται σε μια ελάχιστη πρόβλεψη ώστε να διασφαλίσει ρητά την συνταγματική επιταγή της ισότητας μεταξύ συντρόφων εξομοιώνει πλήρως τις σχέσεις μεταξύ γονέων και παιδιών. Εν προκειμένω η ιδιωτική αυτονομία δεν έχει θέση και η εξομοίωση των σχέσεων των γονέων με τα παιδιά, σε όποιο σχήμα και εάν έχουν αυτά γεννηθεί παραμένει κεντρικός πυλώνας του οικογενειακού δικαίου.

Υπήρχε ιεράρχηση⁸⁵:

Αφενός μεν σε περίπτωση σύγκρουσης με το γάμο το σύμφωνο υποχωρούσε (λύονταν αυτοδίκαια εάν κάποιος συμβαλλόμενος παντρευόταν ΚΑΙ ο δικαιούχος διατροφής μετά τη λύση συμφώνου έρχονταν μετά από το δικαιούχο σύζυγο) . Υπέρ της ιεράρχησης συνηγορεί και το ότι αποκλείει την υιοθεσία από τους συμβιούντες⁸⁶.

Αφετέρου απαλείφτηκε από το αρχικό σχέδιο της νομοπαρασκευαστικής επιτροπής η αναλογική εφαρμογή των διατάξεων για το γάμο στα θέματα που δεν αναφέρει ρητά ο ν. 3719/2008⁸⁷. Άρα συνάγεται ότι ο νομοθέτης δεν ήθελε να εξομοιώσει πλήρως τις συνέπειες με το γάμο. Άφηνε ανοικτό το ζήτημα της αναλογικής εφαρμογής : ο δικαστής θα ήταν εκείνος που θα αποφάσιζε κρίνοντας *in concreto* σε ποιες περιπτώσεις χωρεί αναλογική εφαρμογή των διατάξεων για το γάμο και σε ποιες όχι. Ωστόσο

⁸² Η εκ των προτέρων παραίτηση από αυτήν είναι άκυρη διότι πρόκειται για αξίωση αδικαιολόγητου πλουτισμού, Παπαχρίστου, Θ./Κουμουτζής, Ν./Τσούκα, Χρ., *Το Σύμφωνο Συμβίωσης. Ερμηνευτικός οδηγός στα άρθρα 1-13 του Ν.3719/2008*, Δίκαιο & Οικονομία, Π.Ν.Σάκκουλας, Αθήνα, 2009.

⁸³ Με αναλογική εφαρμογή της ΑΚ 1444§2, Χριστοδούλου, Κ., Σύμφωνο Συμβίωσης: Κατάλυση ή ενδοτικοποίηση του θεσμού του γάμου;. Προς μια αξιολογική ομογενοποίηση του δικαίου της συμβίωσης, *ΕφΑΔ* 1/2009, σ. 50-55.

⁸⁴ *ibid*

⁸⁵ Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη (2008) ό.π., Σταμπέλου, Χρ., Σύμφωνο Συμβίωσης και Ισότητα, *ΧρΙΔ*, Θ/2009, σ. 189-192 και Παπαχρίστου, Θ.Κ., Κριτικές παρατηρήσεις στο νόμο 3719/2008, *ΕφΑΔ* 10-11/2008 (α), σ. 1018-1020.

⁸⁶ Σταμπέλου (2008) ό.π. π. Σε αντιδιαστολή δε ο νομοθέτης επιτρέπει την χρήση Ι.Υ.Α. σε μοναχική άγαμη γυναίκα και ετερόφυλα ζεύγη που συμβιώνουν σε ελεύθερη ένωση!

⁸⁷ Ζήτημα αναλογικής εφαρμογής δεν τίθεται βέβαια για τα ζητήματα που ο νομοθέτης άφησε ρητά στη βούληση των μερών, π.χ. στο πεδίο των προσωπικών σχέσεων. Εάν κάποιος σύντροφος αθετεί την συμφωνία τότε εφαρμόζονται οι διατάξεις για την αθέτηση συμβατικής υποχρέωσης οπότε υποχρεούται να αποζημιώσει τον άλλον, Παπαχρίστου/ Κουμουτζής/ Τσούκα ό.π. π.

ακόμα και σε αυτήν την περίπτωση πρέπει να διερευνηθεί ο επιδιωκόμενος βαθμός της εξομοίωσης, κρίνοντας κάθε συγκεκριμένο ζήτημα ώστε να μην προκύπτουν αξιολογικές αντιφάσεις⁸⁸.

Το ζήτημα είχε καθοριστική σημασία για την εφαρμογή των διατάξεων του ασφαλιστικού, συνταξιοδοτικού, δημοσιοϋπαλληλικού, εργατικού και φορολογικού δικαίου που πραγματώνουν την προστασία της οικογένειας με ή χωρίς γάμο από το Σύνταγμα (άρθ. 21Σ) και την ΕΣΔΑ (άρθ. 8 και 14), με βάση βέβαια την αρχή της αναλογικότητας. Ήδη το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους γνωμοδότησε ότι στα πρόσωπα που συνάπτουν το σύμφωνο δεν εφαρμόζονται οι διατάξεις που επεκτείνουν το δικαίωμα ιατροφαρμακευτικής περίθαλψης στα προστατευόμενα, μη εργαζόμενα μέλη της οικογένειας του δικαιούχου της επειδή σύμφωνα με την γενική αρχή του ασφαλιστικού δικαίου οι διατάξεις του πρέπει να ερμηνεύονται στενά. Επομένως δημιουργείται ο κίνδυνος ο θεσμός του συμφώνου να καταστεί ανενεργός.

Ο Έλληνας νομοθέτης όμως αμήχανος μπροστά στο δικασμό της κοινής γνώμης προτίμησε να παραβιάσει την αρχή της ισότητας⁸⁹ αφού παρά το γεγονός ότι με το ν.3719/2008 ενέταξε ένα εναλλακτικό σχήμα συμβίωσης στους θεσμούς του οικογενειακού δικαίου απέκλεισε ρητά από αυτό τα ομόφυλα ζευγάρια. Αποτέλεσμα ήταν η προσφυγή τους ενώπιον του Ε.Δ.Δ.Α. και η καταδίκη του για διακριτική μεταχείριση εξαιτίας του σεξουαλικού προσανατολισμού τους⁹⁰. Έτσι ολοκληρώνεται ο κύκλος της νομικο-πολιτικής διεκδίκησης και στην Ελλάδα μέσω της διαμεσολάβησης του υπερεθνικού δικαστηρίου που προστατεύει τα ατομικά δικαιώματα των πολιτών έναντι της κρατικής αυθαιρεσίας⁹¹. Στη συνέχεια ξεκίνησε μια διαδικασία αναστοχασμού σε θεωρητικό⁹² και νομοθετικό επίπεδο και για το ελληνικό οικογενειακό δίκαιο. Η κατάληξη ήταν να αναθεωρηθούν τα όρια και η μορφή της παρέμβασης του νομοθέτη. Αφενός διέυρυνε τα όρια της ελευθερίας των πολιτών συμπεριλαμβάνοντας τα ομόφυλα ζευγάρια. Αφετέρου επεξέτεινε την εφαρμογή των αρχών που διέπουν την συμβίωση με γάμο και στη συμβίωση με σύμφωνο συμβίωσης ένα διαφορετικό θεσμό από το γάμο αλλά όχι υποδεέστερο του.

⁸⁸ Χριστοδούλου όπ. π.

⁸⁹ Σταμπέλου, Χρ., Σύμφωνο Συμβίωσης και Ισότητα, *ΧρΔΔ*, Θ/2009, σ. 189-192.

⁹⁰ Μάλλιος, Β. (α), Κατοχύρωση συμβίωσης ομοφύλων: ελληνική πραγματικότητα και ευρωπαϊκή διάσταση, 03.06.2010 www.constitutionalism.gr/html/ent/583/ent.1583.asp και Νικολόπουλος, Π., Ο αποκλεισμός των ομόφυλων από το σύμφωνο ελεύθερης συμβίωσης του ν.3719/2008 και η απόφαση της 7.11.2013 του ΕΔΑΔ «Βαλλιανάτος κ.α κατά Ελλάδας, *NOB*, 2014/ 7, τ. 62, 2014, σ.1785-1789.

⁹¹ Smith, M., Social movements and judicial empowerment: Courts, public policy, and lesbian and gay organizing in Canada, *Politics & Society*, 2005, 33/2, σ. 327-353.

⁹² Φουντεδάκη, Κ., Ενώσεις προσώπων του ίδιου φύλου: η διαχρονική αντιμετώπιση τους από την ελληνική έννομη τάξη, μια νομοθετική πρόταση και οι προεκτάσεις της, σε: *Σύμφωνο συμβίωσης ομοφύλων ζευγαριών. Η προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας*, Αθήνα, Ίδρυμα Μαραγκοπούλου για τα δικαιώματα του ανθρώπου (ΙΜΔΑ), A.P. Publications, 2015, σ. 59-85, ιδίως σ. 74.

2.Γ Τα νομικά χαρακτηριστικά της νέας έννομης σχέσης συμβίωσης και η σύγκριση με τον γάμο. Το ελληνικό οικογενειακό δίκαιο συμβατικοποιείται ή εκδημοκρατίζεται;

α. Η σύσταση, η ακυρότητα και η λύση του συμφώνου συμβίωσης.

Το πρώτο άρθρο και στα δύο νομοθετήματα αφορά τη σύσταση του συμφώνου συμβίωσης. Ο Νόμος 3719/2008 προβλέπει ότι αφορά συμφωνία ανάμεσα σε ενήλικες ετερόφυλους, ενώ ο Νόμος 4356/2015 ανάμεσα σε ενήλικα πρόσωπα, ανεξάρτητα από το φύλο τους. Ο νομοθέτης του 2015 θέλοντας να τονίσει ότι το σύμφωνο αφορά και τους ομόφυλους δεν αρκείται στη διατύπωση «ενήλικα πρόσωπα» αλλά προσθέτει και τη φράση «ανεξάρτητα από το φύλο τους».

Ως προς τη διαδικασία του συμφώνου, όπως πανομοιότυπα προβλέπεται και από τα δύο νομοθετήματα α) το σύμφωνο συμβίωσης καταρτίζεται αυτοπροσώπως με συμβολαιογραφικό έγγραφο, β) η ισχύς της συμφωνίας αρχίζει από την κατάθεση αντιγράφου του συμβολαιογραφικού εγγράφου στον ληξιαρχο του τόπου κατοικίας τους και γ) το συμβολαιογραφικό έγγραφο καταχωρείται σε ειδικό βιβλίο του Ληξιαρχείου

Στο άρθρο 2 προβλέπονται ομοίως και στα δύο νομοθετήματα οι προϋποθέσεις σύναψης του συμφώνου συμβίωσης. Ως θετική προϋπόθεση καθορίζεται η πλήρης δικαιοπρακτική ικανότητα (σε αντίθεση με το γάμο όπου προβλέπονται αποκλίσεις). Επομένως εξαιρούνται όσοι δεν έχουν συμπληρώσει τη νόμιμη ηλικία των δεκαοχτώ ετών, όσοι βρίσκονται σε στερητική ή επικουρική δικαστική συμπαράσταση καθώς και όσοι, βάσει της 131§1 ΑΚ, δεν έχουν συνείδηση των πράξεών τους ή βρίσκονται σε ψυχική ή διανοητική διαταραχή που περιορίζει αποφασιστικά τη λειτουργία της βούλησής τους. Έχει υποστηριχθεί ότι ενόψει του εναλλακτικού χαρακτήρα της ρύθμισης ο νομοθέτης απαιτεί αυξημένη ωριμότητα από τα μέρη και για αυτό δεν προβλέπει αποκλίσεις. Η Αιτιολογική Έκθεση του νόμου 4356/2015 υπογραμμίζει ότι η αυστηρότητα της ρύθμισης αποβλέπει πρώτιστα στη διασφάλιση της προστασίας «ευάλωτων ομάδων (π.χ. των ανηλίκων) από το ενδεχόμενο να τύχουν εκμετάλλευσης ακόμη και από το στενό τους περιβάλλον, λόγω της έλλειψης διατυπώσεων δημοσιότητας του συμφώνου συμβίωσης και της ευκολότερης σε σχέση με το γάμο διαδικασίας σύναψης και λύσης του.»

Ως αρνητικές προϋποθέσεις του συμφώνου ορίζονται τα ίδια κωλύματα που ισχύουν και σε γάμο με εξαίρεση την πλάγια αγχιστεία. Όπως χαρακτηριστικά τονίζεται, ο νομοθέτης έκρινε ότι το σύμφωνο δεν θα πρέπει να λειτουργεί για τους ετερόφυλους ως υποκατάστατο του γάμου όταν υπάρχουν κωλύματα για αυτόν. Ειδικότερα : α) προβλέπεται το κώλυμα της ύπαρξης γάμου ή συμφώνου συμβίωσης είτε των δύο ενδιαφερομένων είτε του ενός. Ρύθμιση που επιβεβαιώνει την αρχή της μονογαμίας, η οποία διέπει και το δίκαιο του γάμου (1354 ΑΚ) β) της

ύπαρξης συγγένειας: εξ αίματος σε ευθεία γραμμή απεριορίστως και εκ πλάγιου μέχρι και τον τέταρτο βαθμό, καθώς και εξ αγχιστείας σε ευθεία γραμμή απεριορίστως. Επομένως δεν επαναλαμβάνεται το κώλυμα του 1357 «εξ αγχιστείας σε πλάγια έως και τον τρίτο βαθμό», το οποίο είχε επικριθεί ως αναχρονιστικό. Αξίζει να σημειωθεί η χαρακτηριστική φράση της Αιτιολογικής Έκθεσης του Ν. 3719/2008 η οποία χαρακτηρίζει το εν λόγω κώλυμα υπερβολικό ώστε να εμποδίζει τη σύναψη συμφώνου. γ) η ύπαρξη δεσμού υιοθεσίας: απαγορεύεται η σύναψη συμφώνου μεταξύ υιοθετούντος και υιοθετούμενου. Αντίστοιχη η ρύθμιση του 1360 ΑΚ, η οποία όμως επεκτείνει το κώλυμα μεταξύ κατιόντων αυτού που υιοθέτησε και αυτού που υιοθετήθηκε. Υποστηρίζεται η αναλογική εφαρμογή της ως άνω διάταξης και στο σύμφωνο συμβίωσης, η οποία αποκτά ιδιαίτερη σημασία στην περίπτωση ενήλικου θετού τέκνου του οποίου η ένταξη στη νέα του οικογένεια δεν είναι πλήρης, σε αντίθεση με το ανήλικο (για το οποίο καθώς εντάσσεται πλήρως στη νέα του οικογένεια ισχύουν τα κωλύματα των άρθρων 1356 και 1357 ΑΚ).

Η παραβίαση των ουσιαστικών προϋποθέσεων του άρθρου 2 §2 επιφέρει την ακυρότητα του συμφώνου (άρθρο 2§3). Στο Νόμο 4356/2015 προστέθηκε ρητά ως όρος ακυρότητας του συμφώνου η εικονικότητα η οποία αποτελεί και έναν από τους γενικούς όρους ακυρότητας των δικαιοπρασιών. Σύμφωνα μάλιστα με την Αιτιολογική Έκθεση, ο νομοθέτης θέλησε να καταστήσει σαφές «ότι, αντίθετα με ό,τι συμβαίνει στο γάμο όπου η εικονικότητα δεν συμβιβάζεται με την ανάμιξη στην τέλεσή του δημόσιας αρχής, τα εικονικά σύμφωνα (όπως και οι λοιπές εικονικές δικαιοπραξίες) είναι άκυρα».

Στο άρθρο 3 και των δύο νόμων καθιερώνεται η σχετική ακυρότητα του συμφώνου και αναφέρονται περιοριστικά τα πρόσωπα που μπορούν να την επικαλεστούν: α) Τα μέρη που συμβάλλονται β) Όποιος έχει έννομο συμφέρον οικογενειακής φύσης. Στο νόμο 3719/2008 προβλεπόταν και προσβολή για έννομο συμφέρον περιουσιακής φύσης κάτι το οποίο απαλείφθηκε με τον νεότερο 4356/2015, με το αιτιολογικό της προσαρμογής της διάταξης στην ερμηνευτική προσέγγιση που ήθελε τελολογικό περιορισμό δηλαδή «να μπορεί να επικαλείται την ακυρότητα μόνο όποιος συνδέεται με το μέρος ή τα μέρη του συμφώνου με οικογενειακό δεσμό και γι' αυτό έχει οικογενειακής φύσης έννομο συμφέρον, στο οποίο εννοείται ότι περιλαμβάνεται και το κληρονομικό, όχι όμως και το απλό περιουσιακό έννομο συμφέρον των προσώπων που δεν έχουν οικογενειακό σύνδεσμο, όπως λ.χ. ο ασφαλιστής». γ) Αυτεπαγγέλτως ο εισαγγελέας, εφόσον τίγεται η δημόσια τάξη, όπως στο σύμφωνο μεταξύ στενών συγγενών (πχ. μεταξύ αδελφών).

Στον 4356/2015 επιπρόσθετα διασαφηνίζεται ότι για την κήρυξη της ακυρότητας του συμφώνου απαιτείται διαπλαστική αγωγή ακύρωσης και σχετική αμετάκλητη διαπλαστική απόφαση. Έτσι τονίζεται ότι πρόκειται

για μια εναλλακτική ως προς το γάμο, μορφή μόνιμης συμβίωσης και όχι απλώς για μια μορφή «χαλαρής ένωσης» που υπολείπεται του γάμου και αποκλείονται πλέον ρητά ερμηνείες που στηριζόμενες στο δικαιοπρακτικό χαρακτήρα του συμφώνου και κατά συνέπεια σε όσα υφίστανται για τις άκυρες συμβάσεις θα κατέληγαν στο ότι δεν απαιτείται δικαστική απόφαση (με εφαρμογή της 180 ΑΚ: η άκυρη δικαιοπραξία θεωρείται σαν να μην έγινε). Η §2 που εισήχθη με τον νόμο 4356/2015 αναφέρεται στην περίπτωση της ακυρώσιμης του συμφώνου «ώστε να μη χρειαστεί να καταφεύγουμε σε ερμηνείες», όπως χαρακτηριστικά αναφέρει η αιτιολογική έκθεση. Επομένως σε περίπτωση ελαττωμάτων της βούλησης των μερών του συμφώνου συμβίωσης, εφαρμόζονται αναλόγως οι διατάξεις για τον ακυρώσιμο γάμο (1374-1385 ΑΚ). Διευκρινίζεται επιπλέον ότι η σχετική δικαστική απόφαση παράγει έννομα αποτελέσματά αφ' ης καταστεί αμετάκλητη. Στην §3 που προσθέτει ο ν. 4356/2015 ορίζεται ρητά ότι η ακύρωση του άκυρου ή ακυρώσιμου συμφώνου έχει αναδρομική δύναμη, δεν επηρεάζει όμως την πατρότητα των τέκνων. Η Ειδική Επιστημονική Ομάδα της Βουλής στο πόρισμά της ζητάει να υπάρξει ρητή πρόβλεψη καταχώρησης της αμετάκλητης δικαστικής απόφασης το ειδικό βιβλίο του Ληξιαρχείου, για την ασφάλεια δικαίου.

Το σύμφωνο συμβίωσης λύνεται με τρεις τρόπους όπως καθορίζεται στο άρθρο 7 του ν. 4356/2015 (ήταν το άρθρο 4 του προγενέστερου ν. 3719/2008) : 1) Με αυτοπρόσωπη συμφωνία των μερών με συμβολαιογραφικό έγγραφο (με τον ίδιο τύπο επομένως όπως και η κατάρτισή του) 2) Μονομερώς με συμβολαιογραφική δήλωση που κοινοποιείται στο άλλο μέρος. Στον ν. 4356/2015 προστέθηκε πάντως ότι πριν από τη μονομερή συμβολαιογραφική δήλωση για τη λύση θα πρέπει να έχει επιδοθεί με δικαστικό επιμελητή πρόσκληση για συναινετική λύση στο άλλο μέρος και να έχουν παρέλθει τρεις μήνες από την επίδοση. Όπως εξάλλου χαρακτηριστικά αναφέρεται “η δυνατότητα να λύνεται το σύμφωνο μονομερώς συνάδει μεν με το πνεύμα του νόμου, όμως ο αιφνιδιασμός του άλλου μέρους δεν συνάδει με μια μονομερή λύση άμεσης ισχύος, ιδίως δε όταν ρητά αναγνωρίζεται ότι δημιουργούνται οικογενειακές σχέσεις μεταξύ των μερών.”3) Αυτοδίκαια με τη σύναψη μεταγενέστερου γάμου μεταξύ των συμβιούντων. Ο ν.4356/2015 δεν συμπεριλαμβάνει πάντως την πρόβλεψη (άρθρο 4§ 1 γ' του ν. 3719/2008) όπου ο γάμος του ενός μέρους με τρίτον συνεπαγόταν την αυτόματη λύση του συμφώνου, και αυτό διότι η ως άνω ρύθμιση θεωρήθηκε αντίθετη στις αρχές της ισότητας και της αλληλεγγύης, ότι υποβιβάζει το σύμφωνο σε μια «χαλαρή ένωση» και ότι δεν αναγνωρίζει τις οικογενειακές σχέσεις που δημιουργούνται μεταξύ των μερών.

Η λύση του συμφώνου (αντίγραφο συμβολαιογραφικού εγγράφου που εμπεριέχει συμφωνία ή μονομερή δήλωση) καταχωρείται στο ειδικό βιβλίο του ληξιαρχείου όπου έχει καταχωρηθεί και η κατάρτισή του.

Τέλος, με τον ν. 4356/2015 συμπεριλήφθηκε στη λύση του συμφώνου και τρίτη παράγραφος που αφορά τη διατροφή μετά τη λύση του, οπότε εφαρμόζονται αναλογικά οι διατάξεις για τη διατροφή μετά το διαζύγιο (ΑΚ 1442-1445). Υπάρχει όμως και η δυνατότητα της παραίτησης των μερών του συμφώνου από το δικαίωμα διατροφής κατά τη σύναψή του. Σε αυτήν την περίπτωση προκρίνεται η ιδιωτική αυτονομία: «τα μέρη αποτελούν αυτεξούσιες, ανεξάρτητες και ισότιμες προσωπικότητες, ικανές να ρυθμίσουν τις διαπροσωπικές τους σχέσεις». Αντίθετα το άρθρο 7 («διατροφή μετά τη λύση») του προγενέστερου ν. 3719/2008 πρότασε απόλυτα την ιδιωτική αυτονομία, οπότε και το δικαίωμα διατροφής για μετά τη λύση του συμφώνου υφίστατο μόνο κατόπιν προαιρετικής συμφωνίας είτε στο ίδιο το συμβολαιογραφικό συστατικό σύμφωνο είτε σε μεταγενέστερη συμβολαιογραφική συμφωνία. Η συμβατική αυτή αξίωση διατροφής ήταν έγκυρη μόνο για την περίπτωση κατά την οποία, μετά τη λύση του συμφώνου, θα υπήρχε απορία του ενός μέρους και ευπορία του άλλου. Η υποχρέωση διατροφής δεν βάρυνε τους κληρονόμους του υποχρέου. Επισημαίνεται ότι η υποχρέωση συνεισφοράς στις οικογενειακές ανάγκες στην γαμήλια συμβίωση παρότι περιλαμβάνει και υποχρέωση διατροφής, θεωρείται ότι πηγάζει από την κοινωνία βίου και τον ηθικό δεσμό, δηλαδή από την προσωπική σχέση των συζύγων. Για αυτό παραμερίζεται η ευπορία ή η απορία του συζύγου και υποχρεούται σε να συνεισφέρει κατά αναλογία των δυνάμεων του⁹³.

β. Οι προσωπικές και περιουσιακές σχέσεις μεταξύ συντρόφων

Το σύμφωνο περιλαμβάνει στο μεγαλύτερο μέρος του μια σειρά από διατάξεις που αφορούν στις προσωπικές, περιουσιακές, καθώς και μεικτές (μερικώς περιουσιακές) σχέσεις. Δεν ρυθμίζει τις σχέσεις με τέκνα εκτός από ένα ζήτημα. Προβλέπει σε πολλές περιπτώσεις αναλογική εφαρμογή του γάμου αλλά δίνει και την δυνατότητα διαφορετικής συμφωνίας μεταξύ των μερών.

Όσον αφορά τις προσωπικές σχέσεις μεταξύ των συντρόφων, το σύμφωνο δεν μεταβάλλει το επώνυμο των συμβιούντων, ο καθένας όμως εφόσον το επιθυμεί και συμφωνεί και το άλλο μέρος, μπορεί να χρησιμοποιεί το επώνυμο του συντρόφου του στις κοινωνικές του σχέσεις ή να το προσθέτει στο δικό του. (Η διάταξη περιλαμβάνεται στο άρθρο 5 του Ν. 3719/2008, ενώ στον προϊσχύσαντα Ν. 4356/2015 στο άρθρο 4). Όμοια η διάταξη 1388 ΑΚ για το επώνυμο των συζύγων. Δεν εμπεριέχεται πάντως στο σύμφωνο συμβίωσης η πρόβλεψη της 1388 §3 για τη δυνατότητα, ύστερα από συμφωνία, προσθήκης του επωνύμου του ενός μέρους στο επώνυμο

⁹³ Καλλινίκου, Διονυσία, Άρθρα 1389-1391 ΑΚ, σε: *Αστικός Κώδικας, Ερμηνεία Γεωργιάδη-Σταθόπουλου*, σε: Απόστολου Γεωργιάδη/ Μιχάλη Σταθόπουλου, *Αστικός Κώδικας, κατ' άρθρο ερμηνεία, Οικογενειακό Δίκαιο (άρθρα 1346-1504)*, τ. VII, 2007².

του άλλου. Επομένως, δεν προβλέπεται η χρήση του και στις έννομες σχέσεις. Η συγκεκριμένη δυνατότητα προστέθηκε στο θεσμό του γάμου με το άρθρο 28 του Ν.3719/2008. Η Αιτιολογική Έκθεση του νόμου 4356/2015 δεν επαναλαμβάνει πάντως στο σύμφωνο τη συγκεκριμένη ρύθμιση της §3 χαρακτηρίζοντάς την μάλιστα και ως «αναχρονιστική» διότι προφανώς μεταβάλλει μια ουσιώδη μεταρρύθμιση που εισήχθη με το νόμο 1329/1983 και καθιέρωνε το αμετάβλητο του επωνύμου μετά το γάμο στις έννομες σχέσεις. Για τις αμιγώς προσωπικές σχέσεις εφαρμόζονται αναλογικά οι διατάξεις για τον γάμο (1386-1387 ΑΚ) με την προϋπόθεση ότι δεν υπάρχει διαφορετική ειδική ρύθμιση είτε στο νόμο για το σύμφωνο είτε σε άλλο νόμο.

Όσον αφορά τις περιουσιακές και μεικτές σχέσεις μεταξύ συντρόφων εφαρμόζονται αναλογικά οι αντίστοιχες διατάξεις για τις σχέσεις των μερών από το γάμο (1389-1396 ΑΚ). Τα μέρη όμως έχουν την επιπλέον δυνατότητα να ρυθμίσουν τις σχέσεις αυτές με συμφωνία κατά την κατάρτιση του συμφώνου, βάσει των αρχών της ισότητας και της αλληλεγγύης. Η τυχόν μεταξύ τους συμφωνία δεν επιτρέπεται να εμπεριέχει συνολική και εκ των προτέρων παραίτηση από την αξίωση της συμμετοχής στα αποκτήματα. Επισημαίνεται ότι προβλέπεται αφενός η δυνατότητα συμφωνίας μεταξύ των μερών για τη ρύθμιση των μη προσωπικών σχέσεων βάσει της αρχής της ιδιωτικής αυτονομίας. Αφετέρου απαγορεύεται η παραίτηση από την αξίωση συμμετοχής σε αποκτήματα πριν τη γένεσή της, η οποία αποτελεί "έντονη έκφραση της αρχής της ισότητας, έτσι ώστε τα μέρη του συμφώνου να μην μπορούν να τροποποιούν τους όρους της αξίωσης, αλλά να μην μπορούν να παραιτηθούν ολοσχερώς από αυτήν" πριν τη δημιουργία της. Η νέα ρύθμιση σε σχέση με την προηγούμενη (άρθρο 6 Ν.3719/2008) για τις περιουσιακές σχέσεις και ιδίως για την τύχη των αποκτημάτων εμπεριέχει μια πιο λιτή διατύπωση και εκκινεί με την αναλογική εφαρμογή των διατάξεων του γάμου, εκτός εάν υπάρχει συμφωνία μεταξύ των μερών, ενώ το άρθρο 6 του Ν.3719/2008 εκκινούσε από τη συμφωνία μεταξύ των μερών και εάν δεν υφίστατο συμφωνία για τα αποκτήματα εισήγε αναγκαστικό δίκαιο: «Αν δεν υπάρχει συμφωνία για τα αποκτήματα, το κάθε μέρος έχει, μετά τη λύση του συμφώνου, αξίωση κατά του άλλου για ό,τι αυτό απέκτησε και με τη δική του συμβολή. Η αξίωση αυτή δεν γεννάται στο πρόσωπο των κληρονόμων του δικαιούχου, δεν εκχωρείται ούτε κληρονομείται από αυτούς, στρέφεται όμως κατά των κληρονόμων του υποχρέου. Η αξίωση παραγράφεται δύο έτη μετά τη λύση του συμφώνου.» Ο ν. 4356/2015 προσέθεσε μια ρητή ρύθμιση (άρθρο 6) και για την τύχη των περιουσιακών στοιχείων που έχουν αποκτηθεί μετά την έναρξη της συμβίωσης (αποκτήματα) στην περίπτωση της ελεύθερης ένωσης χωρίς σύμφωνο: η τύχη των αποκτημάτων κρίνεται κατά τις γενικές διατάξεις του αδικαιολόγητου πλουτισμού (904 επ. ΑΚ). Η προσθήκη αυτή

κρίθηκε απαραίτητη διότι μετά τον. 3719/2008 διαμορφώθηκε για την ελεύθερη συμβίωση χωρίς σύμφωνο, η νομολογιακή τάση τα αποκτήματα να μην αποδίδονται ούτε κατά τις διατάξεις για τον αδικαιολόγητο πλουτισμό .

γ. Οι συγγενικές σχέσεις των συντρόφων με τέκνα

Οι ρυθμίσεις των σχέσεων με τα τέκνα αφορούν το τεκμήριο πατρότητας, το επώνυμο των τέκνων και τη γονική μέριμνα, δεν περιλαμβάνεται όμως η δυνατότητα υιοθεσίας.

Αρχικά, καθιερώνεται (άρθρο 9 ν. 4356/ 2015, άρθρο 8 προϊσχύσαντος ν. 3719/2008) μαχητό τεκμήριο πατρότητας των κοινών τέκνων των μερών του συμφώνου παρόμοιο με αυτό του γάμου. Εφόσον το τέκνο γεννήθηκε κατά τη διάρκεια του συμφώνου ή μέσα σε τριακόσιες ημέρες από τη λύση ή την αναγνώριση της ακυρότητας ή την ακύρωσή του, τεκμαίρεται ότι έχει πατέρα τον άνδρα που σύναψε το σύμφωνο ελεύθερης συμβίωσης με τη μητέρα του τέκνου. Για την προσβολή του τεκμηρίου εφαρμόζονται αναλογικά οι διατάξεις του Αστικού Κώδικα για την προσβολή πατρότητας τέκνου καταγόμενου από γάμο (ΑΚ 1466 επ.), καθώς και τα άρθρα 614 επ. ΚΠολΔ. Το τεκμήριο ανατρέπεται με αμετάκλητη δικαστική απόφαση. Το επώνυμο του τέκνου (άρθρο 10 ν. 4356/ 2015, άρθρο 9 προϊσχύσαντος ν. 3719/2008) επιλέγεται με κοινή αμετάκλητη δήλωση από τους γονείς που επέλεξαν το σύμφωνο. Η δήλωση του επωνύμου εμπεριέχεται είτε στο σύμφωνο είτε σε μεταγενέστερο συμβολαιογραφικό έγγραφο, που όμως καταρτίζεται πριν από τη γέννηση του πρώτου τέκνου. Η ρύθμιση είναι ανάλογη με την ΑΚ 1505 για το επώνυμο των τέκνων από γάμο. Δεν επαναλαμβάνεται όμως «η αναχρονιστική και αντίθετη στην ισότητα των φύλων διάταξη του άρθρου 1505§3 ΑΚ που προβλέπει ότι σε περίπτωση παράλειψης της δήλωσης περί του επωνύμου των τέκνων, αυτά αποκτούν το επώνυμο του πατέρα τους», αλλά παράλειψη της παραπάνω δήλωσης συνεπάγεται διπλό επώνυμο συντιθέμενο από το επώνυμο και των δύο γονέων, ενώ (μετά από προσθήκη του ν. 4356/ 2015) προβλέπεται να τίθεται ως πρώτο το επώνυμο που προηγείται στην αλφαβητική σειρά. Έτσι, καλύπτεται το κενό στο νόμο που είχε υποδειχθεί και από την Επιστημονική Υπηρεσία της Βουλής⁹⁴ ως προς το ζήτημα τίνος γονέα το επώνυμο προηγείται στο σύνθετο επώνυμο που θα πάρει το παιδί. Τέλος, προβλέπεται ο τρόπος σχηματισμού του επωνύμου του τέκνου όταν το επώνυμο του ενός ή και των δύο γονέων είναι και αυτό σύνθετο: το επώνυμο του τέκνου σχηματίζεται με το πρώτο από τα δύο επώνυμα.

⁹⁴ «Θα ήταν ίσως χρήσιμο, προς αποφυγή ερμηνευτικών δυσχερειών, να διευκρινισθεί στην περίπτωση αυτή ποιο από τα δύο επώνυμα προτάσσεται.»

Αναφορικά με τη γονική μέριμνα των κοινών παιδιών του ζευγαριού (άρθρο 11 ν. 4356/ 2015, άρθρο 10 προΐσχύσαντος ν. 3719/2008) : τα τέκνα που γεννήθηκαν κατά τη διάρκεια του συμφώνου ή μέσα σε τριακόσιες ημέρες από τη λύση ή την αναγνώριση της ακυρότητάς του, εξομοιώνονται απολύτως με τα τέκνα τα καταγόμενα από γάμο και ισχύουν αναλογικά (κατά τη διάρκεια της συμβίωσης αλλά και μετά τη λύση του συμφώνου) οι σχετικές διατάξεις του Αστικού Κώδικα (1510-1512 ΑΚ: γονική μέριμνα καταγόμενων από γάμο τέκνων, 1513 ΑΚ: ρύθμιση από δικαστήριο γονικής μέριμνας σε περίπτωση διαζυγίου ή ακύρωσης γάμου)

Ως προς το κληρονομικό δικαίωμα έχουμε αναλογική εφαρμογή διατάξεων του ΑΚ για κληρονομικές σχέσεις μεταξύ συζύγων (άρθρο 8). Κατά συνέπεια προβλέπεται η απόλυτη εξομοίωση με τους συζύγους. Κάθε μέρος όμως μπορεί να παραιτηθεί από το δικαίωμά του στη νόμιμη μοίρα κατά τη σύναψη του συμφώνου. «Και τούτο διότι εάν τα μέρη επιλέξουν να διατηρήσουν την περιουσιακή τους αυτοτέλεια, μπορούν να παραιτηθούν εξ αρχής από το δικαίωμα στη νόμιμη μοίρα και να ρυθμίσουν διαφορετικά την κληρονομική τους διαδοχή». Και το άρθρο 11 του προΐσχύσαντος ν. 3719/2008 προέβλεπε εξ αδιαθέτου κληρονομικό δικαίωμα (άρθρο 11§1) και δικαίωμα νόμιμης μοίρας (άρθρο 11 §2) στο σύντροφο που επιζεί. Το εξ αδιαθέτου, όμως, ποσοστό του επιζώντος συντρόφου ήταν μειωμένο, σε σχέση με εκείνο του επιζώντος συζύγου. «Η διαφορετική αυτή με μεταχείριση δικαιολογείτο από τη χαλαρότερη μορφή της ελεύθερης συμβίωσης σε σχέση με το γάμο». Η νόμιμη μοίρα για το μέρος που επιζεί οριζόταν στο ήμισυ της εξ αδιαθέτου μερίδας, ενώ προβλεπόταν αναλογική εφαρμογή των άρθρων για νόμιμη μοίρα (1826 επ.), για την αποκλήρωση (1839 επ.) και για τους λόγους κληρονομικής αναξιοσύνης (1860).

δ. Η επέκταση της αναλογικής εφαρμογής, ο καθορισμός του πεδίου εφαρμογής και η τροποποίηση άλλων διατάξεων

Ο ν. 4356/ 2015 στο άρθρο 12 αναφέρεται στην αναλογική εφαρμογή στα μέρη του συμφώνου και άλλων διατάξεων νόμων που αφορούν αξιώσεις των συζύγων μεταξύ τους, καθώς και αξιώσεις, παροχές και προνόμια έναντι τρίτων ή έναντι του Δημοσίου, εφόσον δεν υφίσταται διαφορετική ειδική ρύθμιση για τα μέρη. Η διάταξη αυτή αναγνωρίζει στα μέρη μια σειρά από δικαιώματα που ενυπάρχουν σε διάφορους κλάδους δικαίου (πχ συνταξιοδοτικά, εργατικά, φορολογικά, ασφαλιστικά) που αλλιώς δεν θα τα απολάμβαναν. «Έτσι, διασφαλίζεται η απόλαυση της οικογενειακής ζωής, αλλά και ο σεβασμός της αρχής της ίσης μεταχείρισης ανεξαρτήτως σεξουαλικού προσανατολισμού, σύμφωνα με το διεθνές και ευρωπαϊκό δίκαιο.» Ειδικότερα για την άσκησή των εργασιακών και ασφαλιστικών δικαιωμάτων, ο ν. 4356/ 2015 προβλέπει την έκδοση προεδρικού διατάγματος (εντός έξι μηνών από την έναρξη ισχύος του) με το οποίο θα

ρυθμίζονται «οι όροι, οι προϋποθέσεις και η έκταση εφαρμογής των σχετικών διατάξεων». Αξίζει να σημειωθεί ότι υπό το προϋσχύσαν καθεστώς του ν. 3719/2008 το ΣΤ' ΤΜΗΜΑ Νομικού Συμβουλίου του Κράτους στην υπ. αριθμ.58/2010 γνωμοδότησή του έκρινε πως σε περίπτωση συνάψεως συμφώνου ελεύθερης συμβίωσης δεν επεκτείνεται από τον ασφαλιστικό φορέα το δικαίωμα ιατροφαρμακευτικής περίθαλψης στο μη εργαζόμενο, προστατευόμενο μέλος της οικογενείας: «Αυτό αφενός σημαίνει ότι για τα υπόλοιπα ζητήματα οι βάσει συμφώνου συμβιούντες είναι ελεύθεροι να προβούν στις ρυθμίσεις που επιθυμούν, αφ' ετέρου δε ότι καμία νομοθετική διάταξη του ισχύοντος δικαιοσύνης συστήματος δεν εφαρμόζεται αναλογικά (επιχείρημα *a contrario*). Πολύ περισσότερο δε, δεν εφαρμόζεται αναλογικά η ισχύουσα για τους συζύγους νομοθεσία, συνεπώς ούτε και η ασφαλιστική, καθ' όσον τέτοια παρέμβαση συνιστά παραβίαση της κατά τα ανωτέρω ελευθερίας των συντρόφων, δεδομένου ότι, εάν αυτοί επιθυμούσαν την εφαρμογή της περί γάμου νομοθεσίας, θα είχαν συνάψει γάμο»

Ως προς το πεδίο εφαρμογής του ν. 4356/ 2015 : το άρθρο 13§1 προβλέπει ότι εφαρμόζεται σε κάθε σύμφωνο συμβίωσης που καταρτίζεται στην Ελλάδα ή ενώπιον ελληνικού προξενείου (Ομοίως και το άρθρο 13 εδ α' ν. 3719/2008. Στο άρθρο 13§2 με τον ν. 4356/ 2015 προστέθηκαν ειδικότερες ρυθμίσεις για αλλοδαπά σύμφωνα συμβίωσης "λόγω της μεγάλης ποικιλομορφίας τους και της ανάγκης να διαφυλαχθεί πρωτίστως η ασφάλεια δικαίου για τα μέρη που τα έχουν συνάψει" Επομένως: α) οι σχέσεις μεταξύ των μερών, οι προϋποθέσεις και οι συνέπειες της λύσης τους διέπονται από το δίκαιο του τόπου όπου καταρτίστηκαν, β) για την κληρονομική διαδοχή προβλέπεται ότι εφαρμόζονται οι σχετικοί κανόνες του ιδιωτικού διεθνούς δικαίου και γ) τα αλλοδαπά σύμφωνα συμβίωσης δεν αναπτύσσουν στην ελληνική έννομη τάξη περισσότερα έννομα αποτελέσματα από αυτά που προβλέπονται στο νόμο.

Τέλος, τροποποιούνται πέντε άρθρα του Αστικού Κώδικα (ένα με τον ν.3719/2008 και τέσσερα με τον ν. 4356/ 2015) , με σκοπό την εναρμόνιση του περιεχομένου τους με τα προβλεπόμενα για το σύμφωνο συμβίωσης⁹⁵. Το άρθρο 12 ν.3719/2008 επεκτείνει την εφαρμογή του άρθρου 256 περίπτωση 1 ΑΚ και στα μέρη του συμφώνου: προβλέπει αναστολή παραγραφής αξιώσεων όχι μόνο μεταξύ συζύγων αλλά και στα μέρη του συμφώνου «δεδομένου ότι οι ίδιοι λόγοι που δυσχεραίνουν την άσκηση αξιώσεων, όσο διαρκεί ο γάμος, ισχύουν και για τα πρόσωπα αυτά, όσο διαρκεί το σύμφωνο.» Με το άρθρο 14 ν. 4356/ 2015 τροποποιούνται τα 1354, 1462, 1463 και 1576 ΑΚ. Ειδικότερα, στο άρθρο 1354 ΑΚ προστίθεται ως κώλυμα γάμου και η ύπαρξη συμφώνου συμβίωσης μεταξύ του ενός μελλονύμφου και τρίτου, εφόσον το σύμφωνο

δεν έχει ακόμη λυθεί ή ακυρωθεί με αμετάκλητη δικαστική απόφαση. Η προσθήκη θεωρήθηκε «απαραίτητη, εφόσον ο μεταγενέστερος γάμος του ενός μέρους του συμφώνου με τρίτον δεν αποτελεί λόγο αυτοδίκαιης λύσης του συμφώνου». Στο άρθρο 1462 ΑΚ προστίθεται διάταξη όπου ορίζεται πως ιδρύεται συγγένεια αγχιστείας και από το σύμφωνο συμβίωσης αναλογικά με ό,τι ισχύει και για τους συζύγους: οι συγγενείς εξ αίματος του ενός μέρους είναι συγγενείς εξ αγχιστείας του άλλου στην ίδια γραμμή και στον ίδιο βαθμό. Η συγγένεια εξ αγχιστείας εξακολουθεί να υπάρχει μετά την λύση ή την ακύρωση του συμφώνου συμβίωσης από το οποίο δημιουργήθηκε. Με τη συγκεκριμένη ρύθμιση «κρίθηκε σκόπιμο να λυθεί νομοθετικά το ζήτημα της δημιουργίας αγχιστείας μέσω του συμφώνου και να μην αφήνεται στην ερμηνεία, όπως συνέβαινε υπό το καθεστώς του ν. 3719/2008, όπου το ζήτημα, ως ερμηνευτικό πρόβλημα, ήταν εριζόμενο.» Η προσθήκη έχει ιδιαίτερη σημασία τόσο ως προς τα κώλυμα σύναψης συμφώνου συμβίωσης: όπου ένα από αυτά είναι η εξ αγχιστείας συγγένεια σε ευθεία γραμμή απεριόριστα (άρθρο 2 §2 περ. β' ν. 4356/2015) όσο και ως προς το κώλυμα γάμου από αγχιστεία που προβλέπει το 1357 ΑΚ: «εμποδίζεται ο γάμος με συγγενείς εξ αγχιστείας, σε ευθεία γραμμή απεριόριστα και σε πλάγια έως και τον τρίτο βαθμό.» Στο άρθρο 1463 ΑΚ, προστίθεται και το σύμφωνο συμβίωσης ως ιδρυτικός λόγος συγγένειας με τον πατέρα και τους συγγενείς του εκτός από τον γάμο και την αναγνώριση: «η συγγένεια με τον πατέρα και τους συγγενείς του συνάγεται από το γάμο ή το σύμφωνο συμβίωσης της μητέρας με τον πατέρα ή ιδρύεται με την αναγνώριση, εκούσια ή δικαστική.» Το άρθρο 1576 ΑΚ τροποποιείται και πλέον λόγος αυτοδίκαιης λύσης της υιοθεσίας εκτός από την τέλεση γάμου μεταξύ του θετού γονέα και του θετού τέκνου αποτελεί και η σύναψη συμφώνου συμβίωσης : «Η υιοθεσία λύνεται αυτοδικαίως και αίρεται αναδρομικά η σχέση που απορρέει από αυτήν, αν τελέσουν γάμο ή συνάψουν σύμφωνο συμβίωσης, κατά παράβαση του νόμου,⁹⁶ ο θετός γονέας με το θετό τέκνο. Αν ο γάμος ή το σύμφωνο συμβίωσης ακυρώθηκε, διατηρούνται από τη σχέση υιοθεσίας μόνο τα περιουσιακά δικαιώματα του θετού τέκνου».

⁹⁶ Ειδικότερα, ως προς το σύμφωνο που συνάπτεται κατά παράβαση νόμου, το άρθρο 2§2 περ. γ ν. 4356/2015 ορίζει ως κώλυμα του συμφώνου συμβίωσης την ύπαρξη δεσμού υιοθεσίας.

3. Η ενεργοποίηση του νέου οικογενειακού θεσμού από τους πολίτες και τα ανοικτά ζητήματα προς ρύθμιση

3.Α Η κοινωνική αποδοχή του συμφώνου συμβίωσης

Τα δελτία της Εθνικής Στατιστικής Υπηρεσίας σχετικά με την κίνηση του πληθυσμού διαθέσιμα μέχρι και το 2016 που δείχνουν την ανεπιφύλακτη αποδοχή του θεσμού και την αλματώδη αύξηση των συμφώνων που καταχωρούνται⁹⁷. Επίσης χρήσιμο για την παρακολούθηση του θεσμού είναι το σύστημα του Υπουργείου Εσωτερικών «ΑΡΙΑΔΝΗ» που διασυνδέοντας τα ληξιαρχεία καταγράφει από την Άνοιξη του 2013 όλες τις μεταβολές της οικογενειακής κατάστασης με δημοσιονομικό ενδιαφέρον. Μεταξύ αυτών περιλαμβάνονται και τα σύμφωνα συμβίωσης που υποχρεούνταν να δηλώνουν οι συμβολαιογράφοι και που πλέον δηλώνονται και στο ληξιαρχείο. Βέβαια χρειάζεται μια επεξεργασία των στοιχείων για να διερευνηθεί εάν παρατηρείται συγκέντρωση των καταχωρήσεων στα μεγάλα αστικά κέντρα, όπως αντίστοιχα συμβαίνει και στις περισσότερες ευρωπαϊκές χώρες.

Σημαντική επίδραση είχε το γεγονός ότι το σύμφωνο συμβίωσης πλαισιώθηκε και με άλλους νόμους και αποφάσεις που διευκολύνουν την εμπέδωση του θεσμού αφού αυξάνουν την βεβαιότητα όσων επιθυμούν να το συνάψουν. Ήδη μετά τον πρώτο νόμο οι σχετικές γνωμοδοτήσεις του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους κατά της αναλογικής εφαρμογής διατάξεων που αφορούν συζύγους σε πρόσωπα που έχουν συνάψει σύμφωνο συμβίωσης είχαν αναδείξει την ανάγκη να συμπληρωθεί η νομοθεσία προκειμένου να μπορέσει να ενταχτεί ο νέος θεσμός στην ελληνική έννομη τάξη⁹⁸. Ιδιαίτερα προβληματική ήταν η δυσχέρεια της επέκτασης ασφαλιστικών δικαιωμάτων χωρίς ρητή νομοθετική πρόβλεψη⁹⁹. Για αυτό μετά την έκδοση του δεύτερου νόμου διασφαλίστηκαν πρώτον με τον ν.4387/2016 τα κοινωνικοασφαλιστικά

⁹⁷ <http://www.statistics.gr/documents/20181/3bb31fdb-b28f-4190-be79-daf5c87c54ad> και *Antivirus Magazine*, (avmag.gr), Δεκέμβριος 2016, Τεύχος 71, Το Σύμφωνο Συμβίωσης σε αριθμούς, στο Αφιέρωμα Σύμφωνο Συμβίωσης 1 Χρόνος, σ.55, Στοιχεία από την Διεύθυνση Αστικής και Δημοτικής Κατάστασης του Υπουργείου Εσωτερικών.

⁹⁸ Γνωμοδότηση ΝΣΚ 393/2009 με την οποία έκρινε ότι ορθά δεν χορηγούνταν διπλωματικό διαβατήριο στη σύντροφο διπλωμάτη επειδή δεν είναι σύζυγος όπως προβλέπει ο Οργανισμός ΥΠΕΞ και Γνωμοδότηση ΝΣΚ 475/2011 με την οποία έκρινε ότι ορθά δεν χορηγούνταν μόρια μετάθεσης σε εκπαιδευτικούς για οικογενειακούς λόγους που έχουν συνάψει σύμφωνο εκτός εάν έχουν νόμιμα την επιμέλεια ανηλίκων, <http://www.nsk.gov/webnsk/search.isp>

⁹⁹ Με την γνωμοδότηση ΝΣΚ 258/2010 έκρινε ότι δεν είναι δυνατόν να υπαχθούν ερμηνευτικά αυτά τα πρόσωπα στα μέλη της οικογένειας τα οποία το άρθρο 33 του Α.Ν. 1846/1951 απαριθμεί και προσδιορίζει, Παβδάς, Παντελής.....

δικαιώματα όσων έχουν συνάψει σύμφωνο συμβίωσης¹⁰⁰. Δεύτερον ενισχύθηκαν τα εργασιακά δικαιώματα και των ομοφυλόφιλων με τον ν. 4443/2016 κατά των διακρίσεων στον εργασιακό χώρο, ενσωματώνοντας τις σχετικές ευρωπαϊκές οδηγίες¹⁰¹. Τρίτον δε ρυθμίστηκαν και τα ζητήματα σχετικά με την δημοτολογικό χειρισμό των συμφώνων και την τακτοποίηση των συμβιούντων και των τέκνων που τυχόν προκύπτουν¹⁰².

Ειδικά όσον αφορά το σύμφωνο ομόφυλων ζευγαριών επισημαίνεται ότι σύμφωνα με την Ευρωπαϊκή κοινωνική έρευνα σε όσες χώρες αυτό θεσμοθετήθηκε αυξήθηκε η κοινωνική αποδοχή των ομόφυλων ζευγαριών¹⁰³. Η νομική αναγνώριση τους κάνει και κοινωνικά πιο ορατούς επιβεβαιώνοντας τον παιδαγωγικό ρόλο του δικαίου, με την όποια αμφισημία του. Η έρευνα αφορά 21 χώρες από τις οποίες οι 5 δεν προβλέπουν νομοθετικά σύμφωνο συμβίωσης ή γάμο ομόφυλων ζευγαριών. Με βάση τη σύγκριση της αυξομείωσης του ποσοστού αποδοχής από την προηγούμενη μέτρηση προκύπτει ότι η νομοθετική αναγνώριση πράγματι αποτελεί παράμετρο αύξησης του βαθμού αποδοχής των ερωτικών και οικογενειακών σχέσεων μεταξύ ομοφύλων. Όμως περαιτέρω οι ομοφυλόφιλοι διεκδίκησαν ήδη την πλήρη συμπερίληψή τους στους θεσμούς του οικογενειακού δικαίου. Πρόκειται για ένα φαινόμενο κινητοποίησης του δικαίου από τα κάτω, από ένα κοινωνικό κίνημα που ενδέχεται να οδηγήσει εκ νέου το οικογενειακό δίκαιο σε δομική μεταρρύθμιση.

Εξακολουθούν όμως να υπάρχουν αντιδράσεις και ανησυχίες όπως φαίνεται και από την προσφυγή των Μητροπόλεων Πειραιώς, Κυθήρων και Γόρτυνος ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας (που συζητείται την Άνοιξη του 2017). Έτσι καλείται και ο Έλληνας ανώτατος δικαστής να εκθέσει την επιχειρηματολογία του με αφορμή το συγκεκριμένο μοντέλο συντροφικότητας που τελικά επιλέχτηκε. Η προσφυγή επικαλείται ότι ο νομοθέτης προσβάλλει τα χρηστά ήθη αφού η Ελληνική κοινωνία δεν αποδέχεται ότι τα ομόφυλα ζευγάρια συνάπτουν οικογενειακές σχέσεις.

¹⁰⁰ Σύμφωνα με το άρθρο 16 του ασφαλιστικού νόμου τα πρόσωπα που συνάπτουν σύμφωνο συμβίωσης με βάση τις διατάξεις του ν. 4356/2015 εξομοιώνονται, ανεξάρτητα από το φύλο τους, πλήρως με τους έγγαμους, ως προς κάθε κοινωνικοασφαλιστικό δικαίωμα, παροχή, υποχρέωση ή περιορισμό, σύμφωνα με τις διατάξεις του ν.4387/2016 ή της εν γένει κοινωνικοασφαλιστικής και προνοιακής νομοθεσίας.

¹⁰¹ Ο ν. 4443/2016 ενσωμάτωσε μεταξύ άλλων την Οδηγία 2000/43/ΕΚ περί εφαρμογής της αρχής της ίσης μεταχείρισης προσώπων ασχέτως φυλετικής ή εθνοτικής τους καταγωγής και την Οδηγία 2000/78/ΕΚ για τη διαμόρφωση γενικού πλαισίου για την ίση μεταχείριση στην απασχόληση και την εργασία.

¹⁰² ΤΑΔΚ638/15.6.2016 απόφαση του Υπουργού Εσωτερικών ΦΕΚ 1825/Β'/22-6-2016 και η σχετική εγκύκλιος σε: <http://www.myota.gr/index.php/k2-tags/2013-02-13-13-23-56/37-2010-07-19-11-11-22/8865-2016-06-29-10-13-19>

¹⁰³ European Social Survey. *Exploring public attitudes, informing public policy. Selected findings from the first five rounds, Marriage and Partnerships*, https://www.ESSI_select_findings.pdf, σ. 16.. Η αυξομείωση του ποσοστού αποδοχής προκύπτει μέσω σύγκρισης χρονικά προηγούμενων μετρήσεων.

Επιπλέον δεν μπορούν να εξισωθούν νομικά με το γάμο και αναγκαστικά να στιγματίσουν κοινωνικά τους εξ αίματος συγγενείς τους¹⁰⁴. Η απόφαση θα έχει μεγάλο ενδιαφέρον διότι το πιθανότερο είναι ότι η απόφαση θα κλείσει τον κύκλο που άνοιξε η προσφυγή ομόφυλων ζευγαριών στο ΕΔΔΑ. Φαίνεται ότι πλέον και το ελληνικό οικογενειακό δίκαιο λειτουργεί ανεπιστρεπті με αναφορά στο παράδειγμα της πολυπλοκότητας. Παράγεται και εφαρμόζεται δηλαδή σε πολλαπλά επίπεδα.

Ανοικτό παραμένει το ζήτημα να διερευνηθεί η νομολογία, δηλαδή εάν μετά την νομοθετική κατοχύρωση της συμβίωσης θα μετασχηματίσει την αξιολόγηση των εννόμων αποτελεσμάτων που μπορεί να επιφέρει η άτυπη συμβίωση. Είτε θα αποδεχτεί σε κάποιο βαθμό αναλογική εφαρμογή εκτιμώντας τις συνέπειες με αναφορά στην νέα αξιολόγηση του νομοθέτη είτε θα «σκληρύνει» την στάση της μετατοπίζοντας το όριο της ένταξης στην έννομη τάξη, που μπορεί μεν να διευρύνθηκε αλλά εξακολουθεί πάντα να υπάρχει.

3.Β Ο γάμος ομοφύλων : το ισχύον πλαίσιο και η δικαιοπολιτική διερεύνηση

Οι γάμοι των ομόφυλων ζευγαριών στην Τήλο έδωσαν αφορμή στον έλληνα δικαστή και στην ελληνική νομική θεωρία να τοποθετηθούν *de lege lata*, με αναφορά στο δίκαιο που ισχύει και *lege ferenda*, με αναφορά σε αυτό που θα έπρεπε να ισχύει στο μέλλον. Τόσο οι αποφάσεις όσο και οι διαφορετικές απόψεις που υποστηρίχτηκαν συνέδεσαν την επιχειρηματολογία τους και με την δικαιοπολιτική επιλογή βάσει της οποίας ο νομοθέτης πρέπει σήμερα να ρυθμίζει τις σχέσεις συντροφικότητας. Ο γάμος ομοφύλων αναμόχλευσε εντέλει την δημόσια συζήτηση για την νομοθετική επανααξιολόγηση της ρύθμισης τους.

De lege lata όσοι υποστηρίζαν ότι ο γάμος ομοφύλων είναι έγκυρος επικαλέστηκαν καταρχάς το γράμμα του νόμου, των άρθρων 1350 επ. ΑΚ., δηλαδή ότι αυτές δεν απαιτούν ρητά να έχουν έμφυλη διαφορά τα πρόσωπα που συνάπτουν γάμο. Η ουδετεροποίηση των όρων ως προς το φύλο έγινε με το ν.1329/1983. Ο νομοθέτης αντικατέστησε ορολογικά το έμφυλο δίπολο «άνδρας/γυναίκα» με τους ενιαίους όρους «σύζυγοι» και «γονείς» που περιγράφουν το ζευγάρι¹⁰⁵. Επομένως αφού ο νόμος δεν διακρίνει με βάση την αρχή της ισότητας ο δικαστής μπορούσε να επεκτείνει την ρύθμιση στην όμοια σχέση μεταξύ ομοφύλων και να αποφασίσει ότι οι γάμοι της Τήλου ήταν υποστατοί αναγνωρίζοντας το δικαίωμα αυτοδιάθεσης χωρίς διάκριση λόγω φύλου και σεξουαλικού προσανατολισμού¹⁰⁶. Αντίθετα όσοι επικαλούνται ότι ο γάμος είναι ανυπόστατος έκαναν καταρχάς ιστορική ερμηνεία προβάλλοντας το επιχείρημα ότι ο νομοθέτης δεν μπορούσε σε καμία περίπτωση να φανταστεί την πιθανότητα γάμου ομοφύλων¹⁰⁷. Περαιτέρω από

¹⁰⁵ Βιδάλης, Τάκης, Γάμος ομόφυλων προσώπων, *Επιστημονικός Όμιλος 'Αριστόβουλος Μάνεσης'*, x.x. <http://manesis.blogspot.gr/search/label/Γάμος-σύμφωνο-συμβίωσης-και-ομόφυλα-ζευγάρια?max-results=20>. Αντίθετα το δίπολο «πατέρας/ μητέρα» διατηρήθηκε στο δίκαιο της συγγένειας επειδή διαφοροποιείται και ο τρόπος ίδρυσης της συγγένειας με βάση το φύλο του γονέα και το πώς βιολογικά συμβάλλει στη γέννηση του παιδιού.

¹⁰⁶ Ενδεικτικά : Παπαδοπούλου, Λίνα, Γάμος ομοφύλων ; Μια απόπειρα νομικής και δικαιοπολιτικής αξιολόγησης, *Δικαιώματα του Ανθρώπου* τχ. 38 (2008): 405–89 και Η νομική έννοια της οικογένειας και τα ομόφυλα ζευγάρια: μαθήματα από το ΕΛΔΑ, Στο *Τμητικός Τόμος για την καθηγήτρια Έφη Κουνουγέρη - Μανωλεδάκη*, 355–90. Αθήνα, Θεσσαλονίκη: Σάκουλας, 2016, Παπαζήση, Θεοφανώ, Η οικογένεια προσώπων του αυτού φύλου: Εκφυλισμός ή ίση μεταχείριση; *Χρονικά Ιδιωτικού Δικαίου* (2007): 761–67 και Ο γάμος προσώπων του ιδίου φύλου: έγκυρος, άκυρος ή ανυπόστατος; *ΧρΔΘ* 2009, σ. 851-856, Βιδάλης όπ.π. και Σωτηρόπουλος, Βασίλης, Το δικαίωμα στο γάμο: Η δικαστική αναζήτηση της ανυπόστατης απαγόρευσης, *Νομικό Βήμα* 57, τχ. 8 (Οκτώβριος 2009): 2002–8.

¹⁰⁷ Ενδεικτικά: Σταθόπουλος, Μιχάλης, Δικαιώματα και στους ομόφυλους, 6–8-2008, Καθημερινή, <http://www.kathimerini.gr/324902/article/epikairothta/ellada/dikaiwmata-kai-stoys-omofyloys> και Παπαχρίστου, Θανάσης, Παρατήρηση στην ΠΠρΡόδου 114/2009', *Χρονικά Ιδιωτικού Δικαίου* 2009:620.

μεθοδολογική άποψη τέθηκε το ερώτημα εάν υπάρχει ή όχι ρυθμιστικό κενό, αρχικό ή επιγενόμενο που ο δικαστής καλείται να καλύψει με διασταλτική ή συσταλτική ερμηνεία με βάση το σύστημα και την τεολογία του οικογενειακού δικαίου, δηλαδή με ανασυγκρότηση της ratio juris¹⁰⁸. Τελικά ο δικαστής καλείται να υπερβεί το δίπολο γραμματική/ιστορική ερμηνεία και αντί να αναφερθεί σε μια αυθεντία να αναζητήσει το σκοπό του νόμου, την επί της ουσίας ορθολογικότητα της ρύθμισης¹⁰⁹. Ωστόσο επειδή το θέμα είναι σφοδρά αμφισβητούμενο δεν μπορεί να αφηθεί στην ερμηνεία του δικαστή αλλά απαιτείται η ειδική και ρητή νομοθετική ρύθμιση όπως συμβαίνει παντού. Οι γάμοι επομένως ήταν ανυπόστατοι¹¹⁰.

Εν προκειμένω από συνταγματική άποψη το ουσιώδες ερώτημα είναι εάν η μη επέκταση του γάμου σε ομόφυλα ζευγάρια συνιστά ή όχι διακριτική μεταχείριση σε βάρος τους λόγω του προσανατολισμού και του φύλου τους. Εάν συνιστά τότε ο δικαστής οφείλει να το διαπιστώσει με την ευκαιρία που του δίνει ο εισαγγελέας ζητώντας την αναγνώριση του ανυπόστατου του γάμου ομοφύλων¹¹¹. Από την άποψη του οικογενειακού δικαίου το ζήτημα είναι να προσδιοριστεί εάν και σε ποιο βαθμό η έμφυλη διαφορά έχει ιδιωτικό ή δημόσιο ενδιαφέρον στο πεδίο της οικογενειακής ζωής οπότε θεσπίζεται ή όχι ως προϋπόθεση του γάμου και της ίδρυσης σχέσεων συγγένειας¹¹². Η απάντηση στο ερώτημα εάν η έμφυλη διαφορά

¹⁰⁸ Ευαγγελίδου-Τσικριά, Φούλη, Γάμος μεταξύ προσώπων του ίδιου φύλου: «Η υπόθεση της Τήλου» ως ένα παράδειγμα της μεθοδολογίας του ιδιωτικού δικαίου, *Εφαρμογές Αστικού Δικαίου*, 2009/12, σ. 1283-1311. Το ρυθμιστικό κενό απορρέει από ένα πλέγμα διατάξεων και μπορεί να καλυφθεί

¹⁰⁹ Σταμάτης, Κώστας, *Η θεμελίωση των νομικών κρίσεων*, Η' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2009 σ. 448 επ. και Μήτας, Στέργιος. Οι (ερωτικές) «ζωές των άλλων», Δικαίωμα γάμου και σεξουαλική ελευθερία'. *Επιστημονικός Όμιλος 'Αριστοβούλος Μάνεσης'*, x.x. <http://manesis.blogspot.gr/search/label/Γάμος-σύμφωνο-συμβίωσης-και-ομόφυλα-ζευγάρια?max-results=20>.

¹¹⁰ Ενδεικτικά: Σταθόπουλος, Μιχάλης/ Σταμπέλου, Χριστίνα, Εισαγωγικές παρατηρήσεις στα άρθρα 1350-1371 αριθμ. 2, 3^a, 4 σε: Απ. Γεωργιάδη & Μ. Σταθόπουλου, *Αστικός Κώδικας, κατ' άρθρο ερμηνεία*, Εκδόσεις Σάκκουλας, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2007², Παπαχρίστου, Θανάσης, *Εγχειρίδιο Οικογενειακού δικαίου*, Αντ.Ν.Σάκκουλας, Αθήνα-Κομοτηνή, 2005³, σ.37, Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη, Έφη, *Οικογενειακό δίκαιο* II, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2012, σ. 61, Φουντεδάκη, Κατερίνα, Ενώσεις προσώπων του ίδιου φύλου: η διαχρονική αντιμετώπιση τους από την ελληνική έννομη τάξη, μια νομοθετική πρόταση και οι προεκτάσεις της, σε: *Σύμφωνο συμβίωσης ομόφυλων ζευγαριών*, Σπυρίδων-Ηρακλής Ακτύπης & Γιώργος Καραβοκύρης (επιμ), Αθήνα, Α.Ρ. Publications, 2015, 59-85 και Κοτζάμπαση, Αθηνά, *Κληρονομική Διαδοχή μεταξύ συζύγων*, εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2007, σ.37 επ.

¹¹¹ Παπαδοπούλου (2016) όπ. π., Βιδάλης όπ.π. Μάλλιος όπ.π., Μήτας όπ. π. και Σωτηρόπουλος όπ. π.

¹¹² Κοτζάμπαση, Αθηνά, «Σύμφωνο ελεύθερης συμβίωσης» και γάμοι προσώπων του ίδιου φύλου. - Μια πρώτη προσέγγιση-, *Επιστημονικός Όμιλος 'Αριστοβούλος Μάνεσης'*, x.x. <http://manesis.blogspot.gr/search/label/Γάμος-σύμφωνο-συμβίωσης-και-ομόφυλα-ζευγάρια?max-results=20> και Παπαχρίστου, Θανάσης, Οι συμβιώσεις ομόφυλων προσώπων κα η θεσμική τους αναγνώριση, *Το Βήμα, ένθετο 'Βήμα Ιδεών'*, 4, 2008. http://www.vimaideon.gr/MS_593.html.

αξιολογείται στις σημερινές κοινωνικές συνθήκες ως στοιχείο που δίνει υπόσταση στο γάμο προϋποθέτει την διαπραγμάτευση αυτών των ερωτημάτων. Σε περίπτωση που εξακολουθεί να αξιολογείται ως τέτοιο οι γάμοι ομοφύλων είναι ανυπόστατοι και άρα δεν παράγουν κανένα νομικό αποτέλεσμα. Στην αντίθετη περίπτωση οι γάμοι θεωρούνται υποστατοί και επιφέρουν όλα τα αποτελέσματα του γάμου μεταξύ των οποίων δυνητικά και την ίδρυση σχέσεων συγγένειας αφού θα εφαρμόζονται ως έχουν οι περί γάμου διατάξεις χωρίς καμία προσαρμογή.

Με τις αποφάσεις για τους γάμους της Τήλου¹¹³ ο δικαστής αποφάνθηκε ότι η διαφορά φύλου δεν προσδιορίζεται εντελώς εάν πρέπει να υπάρχει μεταξύ του άνδρα και της γυναίκας που αναφέρει η ΕΣΔΑ ούτε μεταξύ των μελλοντύμων που αναφέρει ο ελληνικός αστικός κώδικας. Ωστόσο εξακολουθεί να αποτελεί συστατικό στοιχείο του γάμου όπως αυτός ορίζεται «αρχετυπικά» από τον Μοδεστίνο που συνέδεσε το ρωμαϊκό δίκαιο με την χριστιανική και ελληνική παράδοση. Ιστορικά δε ο έλληνας νομοθέτης όχι μόνον δεν μπορούσε να διανοηθεί την έλλειψη έμφυλης διαφοράς του ζευγαριού στον 1329/1983 αλλά ούτε και αργότερα αναφέρθηκε σε αυτήν στον ν.3087/2002 για την Ι.Υ.Α, τον ν.3500/2006 για την ενδοοικογενειακή βία και τον ν. 3718/2008 για το σύμφωνο ετερόφυλων ζευγαριών και μόνον. Επομένως έκρινε ότι το ελληνικό οικογενειακό δίκαιο απέκλειε (μέχρι τότε) παντελώς τα ομόφυλα ζευγάρια από τις ρυθμίσεις του. Επιπλέον ο σεβασμός της προσωπικής ελευθερίας και της σεξουαλικής αυτοδιάθεσης δεν σημαίνει ότι ο νομοθέτης υποχρεούται να τυποποιήσει νομικά τον γάμο ομόφυλων. Παρότι όμως δεν διαπίστωσε κενό, παραινεσε το νομοθέτη να αξιολογήσει δικαιοσυγκριτικά εάν πρέπει να έχουν τα ομόφυλα ζευγάρια μια εναλλακτική δυνατότητα να θεσμοποιήσουν τις σχέσεις συντροφικότητας τους. Έτσι συντάχτηκε με

¹¹³ Αποφάσεις 114/2009 και 115/2009 Πολυμελές Πρωτοδικείο Ρόδου, ΕφΑΔ 6/2009, σ.690. Σχετικά βλ. Παπαχρίστου, Θανάσης, Παρατήρηση στην ΠΠρΡόδου 114/2009', *Χρονικά Ιδιωτικού Δικαίου* 2009:620, Νικολόπουλος, Παναγιώτης, Το ανυπόστατο του γάμου ομόφυλων προσώπων. Με αφορμή τις ΠΠρΡόδου 114/2009 και 115/2009, *Νομικό Βήμα* 57, τχ. 5 (Ιούνιος 2009): 1075–82, Παπαζήση, Θεοφανώ, Παρατήρηση στην ΠΠρΡόδου 114/2009, *Χρονικά Ιδιωτικού Δικαίου* (2009): 617, Κουμάνης, Σταμάτης, Παρατηρήσεις στην ΠολΠρωτΡοδ 114/2009, *Αρμενόπουλος* τχ. 11 (Νοέμβριος 2009): 1691, Παναγόπουλος, Κ., Σχίσιο στην ΠΠρΡόδου 114/2009, *Digesta*, 2009, σ. 176 επ. και Ευαγγελίδου-Τσικριά, Φούλη. Παρατήρηση στην ΠΠρΡόδου 115/2009', *Εφαρμογές Πολιτικής Δικονομίας* (2010): 100. Επίσης σχετικά εκδόθηκαν οι 83/2011 και 134/2011 ΕφΔωδεκανήσων αποφάσεις κατ' έφεση ενώ αναμένεται η απόφαση του Αρείου Πάγου επί της αναιρέσεως που συζητήθηκε στις 13/12/2016.

την άποψη ότι είναι δημοκρατικότερο¹¹⁴ και ασφαλέστερο¹¹⁵ να αποφασίζει ρητά ο νομοθέτης για το πώς τα ομόφυλα ζευγάρια μπορούν να θεσμοποιήσουν την σχέση τους, να επιλυθεί νομοθετικά το ζήτημα του γάμου ομοφύλων όπως άλλωστε συμβαίνει παντού. Ήδη δε από τότε η απόφαση έθεσε το ζήτημα ότι ο νομοθέτης οφείλει να διασφαλίσει μια μορφή νομικής τυποποίησης της συντροφικότητας ομοφύλων. Σήμερα πλέον έχει επιβεβαιωθεί από το ΕΔΔΑ ότι ο εθνικός νομοθέτης έχει θετική υποχρέωση να θεσπίσει κατ' ελάχιστο την συμφωνία συμβίωσης για τα ομόφυλα ζευγάρια για την οποία διαπιστώνεται ότι πλέον έχει διαμορφωθεί consensus σχεδόν σε όλες τις ευρωπαϊκές χώρες.

De lege ferenda παραμένει ανοικτό το ερώτημα εάν η νομοθετική επέκταση της δυνατότητας σύναψης γάμου στα ομόφυλα ζευγάρια αντιτίθεται, επιβάλλεται, ή ανήκει στην διακριτική ευχέρεια του νομοθέτη. Περαιτέρω εάν κανείς δεχτεί την τρίτη άποψη τίθεται το ζήτημα ποια είναι σήμερα η καλύτερη νομοθετική επιλογή¹¹⁶ με βάση ένα πλέγμα συνταγματικών διατάξεων που αφορούν την ελευθερία αυτοδιάθεσης και ανάπτυξης της προσωπικότητας σε συνδυασμό, την αρχή της ισότητας με την προστασία του γάμου και της οικογένειας. Σύμφωνα με την πρώτη άποψη¹¹⁷ ο γάμος ομοφύλων αντιτίθεται στην «φύση του πράγματος» και οδηγεί στην εξασθένηση του θεσμού. Πέρα από τα εξωνομικά κριτήρια της παράδοσης και της θρησκείας, ο γάμος πρέπει να διαιωνιστεί ως έχει επειδή ο σκοπός του γάμου είναι η τεκνοποιία. Επομένως η μια ελευθερία συγχωνεύεται με την άλλη. Ο γάμος ομοφύλων αποδομεί την έννοια του καθώς αποσυνδέει τον γάμο από τον σκοπό της τεκνοποίησης, η οποία θεωρείται πρώτιστα ως μια βιολογική διαδικασία αναπαραγωγής που προϋποθέτει σεξουαλική επαφή μεταξύ ετερόφυλων. Η υιοθεσία και η Ι.Υ.Α. θεωρούνται ως εναλλακτικοί τρόποι θεραπείας της αδυναμίας απόκτησης τέκνων με κανονικό τρόπο. Αντίθετα σύμφωνα με την δεύτερη

¹¹⁴ Βλαχόπουλος, Σπύρος, Η προβληματική των νομικών ενώσεων προσώπων του ίδιου φύλου, σε: Κανελλοπούλου- Μπότη, / Κουτνατζή-Παναγοπούλου, όπ. π. σ. 643-651, ιδίως σ. 647-648 και σ. 651 και Κατρούγκαλος, Γιώργος. '3+1 θέσεις για το «Γάμο των ομοφύλων»'. *Επιστημονικός Όμιλος 'Αριστόβουλος Μάνεσης'*, x.x. <http://manesis.blogspot.gr/search/label/Γάμος-σύμφωνο-συμβίωσης-και-ομόφυλα-ζευγάρια?max-results=20>,

¹¹⁵ Σταθόπουλος/Σταμπέλου όπ.π., Φουντεδάκη (2015) όπ. π. και Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη, *Οικογενειακό δίκαιο* II, όπ. π. σ. 62 (σημ 2).

¹¹⁶ Παπαχρίστου, Θανάσης, «Οι γάμοι ομοφύλων και οι νόμοι» Συνέντευξη στην Ελευθεροτυπία- 05/06/2008

¹¹⁷ Χρυσόγονος, Κώστας, 'Τελετές «πολιτικού γάμου» μεταξύ ατόμων του ίδιου φύλου, *Επιστημονικός Όμιλος 'Αριστόβουλος Μάνεσης'*, x.x. <http://manesis.blogspot.gr/search/label/Γάμος-σύμφωνο-συμβίωσης-και-ομόφυλα-ζευγάρια?max-results=20> και Ανθόπουλος, Χαράλαμπος, Το ΕΔΔΑ σε ρόλο Συνταγματικού Δικαστηρίου, Σκέψεις με αφορμή την απόφαση ΕΔΔΑ, Βαλλιανάτος και άλλοι κατά Ελλάδας, *Εφημερ* 5/2013 σ.595 επ., Καΐσης, Θανάσης, Γάμος ομοφύλων και δημόσια τάξη, Τιμητικός Τόμος Μανωλεδάκη, III, σ. 735 επ. και Κιράσης, Μιράντος, Γάμος και Οικογένεια ως δικαιοί θεσμοί όπ. π.. σ. 21 κα Παντελίδου (2002) όπ. π.

άποψη¹¹⁸ ο νομοθέτης δεσμεύεται από το Σύνταγμα επειδή η προστασία του θεσμού δεν σημαίνει την διαιώνιση της παραδοσιακής λειτουργίας του αλλά την αναπροσαρμογή του. Οι θεσμοί αλλάζουν λειτουργία, ο νόμος προβλέπει δυνατότητα επιλογής μεταξύ θρησκευτικού ή πολιτικού γάμου και πολλά ετερόφυλα ζευγάρια παντρεύονται αλλά είτε δεν επιθυμούν ή δεν μπορούν να τεκνοποιήσουν. Η διαπίστωση ότι η πλειοψηφία των ετεροφυλόφιλων δεν είναι ακόμα έτοιμη να σεβαστεί τα δικαιώματα της μειοψηφίας των ομοφυλοφίλων που σαφώς παραβιάζονται δεν μπορεί να νομιμοποιήσει την διάκριση εις βάρος τους, επειδή επικαλούνται ασαφώς ότι η αναγνώριση τους απειλεί τα δικαιώματα των ετεροφυλόφιλων.

Σύμφωνα όμως με την επικρατέστερη άποψη το Σύνταγμα ούτε επιτάσσει ούτε απαγορεύει την επέκταση του γάμου σε ομόφυλα ζευγάρια επειδή προστατεύει το γάμο «όποιος και εάν αυτός είναι»¹¹⁹, δηλαδή ένα σταθερό αλλά άδειο θεσμικό περίβλημα με ρευστό περιεχόμενο. Ο πολιτικά υπεύθυνος και δημοκρατικά νομιμοποιημένος νομοθέτης αποφασίζει για την αναδιαμόρφωση ενός θεσμού αφού αξιολογήσει συνολικά και σταθμίσει τις νομικές, πολιτικές και κοινωνικές διαστάσεις του¹²⁰. Η άποψη αυτή συνάδει με την μέχρι σήμερα νομολογία του ΕΔΔΑ ότι δεν έχει διαμορφωθεί consensus για την επέκταση του γάμου ο οποίος παραμένει «συνδεδεμένος με βαθιά ριζωμένες αντιλήψεις που διαφέρουν από την μια κοινωνία στην άλλη»¹²¹. Για αυτό τον λόγο το ΕΔΔΑ κρίνει ότι δεν μπορεί να βιαστεί να υποκαταστήσει την δική του αξιολόγηση με αυτήν των εθνικών αρχών που βρίσκονται σε καλύτερη θέση να εκτιμήσουν τις ανάγκες μιας κοινωνίας και να ανταποκριθούν σε αυτές. Με αυτήν την έννοια ο γάμος όπως και η συγγένεια παραμένουν σε τελική ανάλυση θεσμοί για τους οποίους τον τελικό λόγο έχει ο νομοθέτης πέρα από το τι διεκδικούν κάποιες κοινωνικές ομάδες και την διαπλαστική δυναμική του

¹¹⁸ Μάλλιος, Βαγγέλης, Δικαίωμα στο γάμο: συνταγματικό προνόμιο των ετεροφύλων ή δικαίωμα και των ομοφύλων' <http://manesis.blogspot.gr/search/label/Γάμος-σύμφωνο-συμβίωσης-και-ομόφυλα-ζευγάρια?max-results=20>, *Επιστημονικός Όμιλος 'Αριστοβούλος Μάνεσης'*, x.x, Παπαδοπούλου (2016) όπ.π. σ.655επ, Βιδάλης όπ.π. (1996) όπ. π. σ. 74, Μήτας όπ.π., Παναγόπουλος, Κων/νος, *Σύγχρονες τάσεις οικογενειακού δικαίου*, Αθήνα, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, σ. 60 επ ιδίως σ. 64 υποσ. 3 όπου παραπέμπει Βλαχόπουλος (2014) όπ. π. σ. 644 υποσ. 1 και Παπαζήση, Θεοφανώ, Ο γάμος προσώπων του ίδιου φύλου: έγκυρος, άκυρος ή ανυπόστατος;, *ΧρΔ Θ/2009*, σ. 851-856

¹¹⁹ Μανιτάκης, Αντώνης, «Ανυπόστατος σήμερα ο γάμος ομοφυλοφίλων, ελεύθερος ο νομοθέτης να το προβλέψει», Συνέντευξη στην Ελευθεροτυπία- 09/06/2008

¹²⁰ Βλαχόπουλος όπ. π. και Σταθόπουλος/Σταμπέλου (2007) όπ.π. σ. 54

¹²¹ Chapin et Charpentier c/ France du 9 juin 2016, (n°40183/07). Το δικαστήριο αναφέρθηκε και στην προηγούμενη νομολογία του (Gas et Dubois c. France, no [25951/07](#), § 66 CEDH 2012, Hämäläinen c. Finlande [GC], no [37359/09](#), § 110, CEDH 2014) και τόνισε την διαφορά με την υπόθεση Vallianatos et al. c. Grèce [GC], nos [29381/09](#) et [32684/09](#), § 71, CEDH 2013 (όπου προβλέπονταν σύμφωνο και γάμος μόνο για ετερόφυλα ζευγάρια) και την υπόθεση Oliari et al. c. Italie (nos [18766/11](#) et [36030/11](#), §§ 53-64, 21 juillet 2015 (όπου δεν προβλεπόταν καμία μορφή τυποποίησης για ομόφυλα ζευγάρια).

ελέγχου της συνταγματικότητας που διενεργεί ο δικαστής¹²². Όπως το θέτει το γαλλικό Conseil Constitutionnel¹²³ ο νομοθέτης έχει τη διακριτική ευχέρεια να προσαρμόζει «το νομικό καθεστώς που οργανώνει την οικογενειακή ζωή αποφασίζοντας κυριαρχικά για το ποια πρόσωπα έχουν το δικαίωμα να συνάπτουν τη γαμήλια σύμβαση» και δια αυτής να απολαμβάνουν τη προστασία του γαμήλιου θεσμού. Άρα έχει και την αποστολή του να προσαρμόζει το δίκαιο στην κοινωνική πραγματικότητα χωρίς ούτε να προηγείται ούτε να έπεται σημαντικά από αυτήν.

Με τι κριτήρια λοιπόν ο νομοθέτης αποφασίζει για το πόσο σημαντική παραμένει για το γάμο η έμφυλη διαφορά και προσαρμόζει ή όχι το δίκαιο της συγγένειας σε νέα κοινωνικά δεδομένα; Προφανώς ο νομοθέτης δεν μπορεί να θεσπίζει οτιδήποτε ως «δίκαιο» ιδίως από την στιγμή που συσχετίζεται με άλλους κανόνες που προστατεύουν διαφορετικά ή αντιμαχόμενα αγαθά!¹²⁴ Η καλή νομοθέτηση εμπεριέχει και την ετοιμότητα του νομοθέτη να μπορεί να υποστηρίξει την όποια επιλογή με επιχειρήματα γενικότερης εμβέλειας περί του πρακτέου, όπως π.χ. ότι στη προστατεύεται το δικαίωμα της μειοψηφίας επειδή καθένας μπορεί να βρεθεί στην θέση του ασθενέστερου¹²⁵. Πολύ περισσότερο επειδή το ζήτημα δεν τίθεται μόνον με όρους σύγκρουσης μεταξύ του δημόσιου συμφέροντος της ίδρυσης σχέσεων συγγένειας και της ανατροφής των παιδιών με τον σεβασμό της προσωπικής αυτονομίας των μελών ομόφυλων ζευγαριών που μειοψηφούν. Δεν είναι μόνον το πώς το μοντέρνο δίκαιο θα απελευθερώσει τα άτομα από τους φυσικούς περιορισμούς τους¹²⁶ αλλά και το πώς θα οργανώσει την συνύπαρξη τους με δεδομένη την διαφορετικότητα που διεκδικούν, με αναφορά στο φύλο και τον ερωτικό προσανατολισμό τους. Πολύ περισσότερο δε όταν το διακύβευμα είναι σχεσιακό καθόσον αφορά την σύσταση ενός δεσμού

¹²² Στην παραπάνω απόφαση του το ΕΔΔΑ μνημόνευσε την απόφαση του γαλλικού αναιρετικού δικαστηρίου της 28/1/2011 σχετικά με προδικαστική ερώτηση για την συνταγματικότητα των διατάξεων του γαλλικού αστικού κώδικα που τότε δεν προέβλεπαν δικαίωμα γάμου για ομόφυλα ζευγάρια. Το δικαστήριο μεταξύ των άλλων έκρινε ότι το δικαίωμα τους να ζήσουν μια κανονική οικογενειακή ζωή δεν περιλαμβάνει το δικαίωμα να παντρευτούν *επειδή η κατάσταση τους δεν είναι όμοια με αυτή των ετερόφυλων*. Επομένως νομιμοποιείται η διαφορετική μεταχείριση τους. Την ίδια επιχειρηματολογία, ότι δεν παραβιάζεται η ισότητα επειδή πρόκειται για ανόμοιες καταστάσεις, επικαλέστηκαν και οι αποφάσεις 83/2011 και 134/2011 του Εφετείου Δωδεκανήσων χωρίς να απαιτούν από τις πρωτόδικες αποφάσεις που έκριναν ανυπόστατους τους γάμους της Τήλου να διευκρινίσουν τους λόγους στους οποίους οφείλεται η διαφορά. Η διευκρίνιση αυτή εμπίπτει στην αποστολή του νομοθέτη.

¹²³ Απόφαση 669/2013 DC 17/5/2013 επί της προσφυγής κατά του ν. 404/2013 που «άνοιξε» το γάμο σε ζευγάρια του ίδιου φύλου, σ. 6.

¹²⁴ Σταμάτης, Κώστας, *Δίκαιο και δικαιοσύνη στην εποχή των ορίων*, Αθήνα, Πόλις, 2000, σ. 231

¹²⁵ Ibid σ. 232

¹²⁶ Καραβοκύρης, Γιώργος, *Οικογενειακή ζωή και προσωπική αυτονομία*, , σε: *Σύμφωνο συμβίωσης ομόφυλων ζευγαριών. Η προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας*, Αθήνα, Ίδρυμα Μαραγκοπούλου για τα δικαιώματα του ανθρώπου (ΙΜΔΑ), Α.Ρ. Publications, 2015, σ. 88-97, ιδίως σ.97

μεταξύ των συντρόφων και την δημιουργία σχέσεων συγγένειας με τα παιδιά που δυνητικά (και μόνον ως κοινή επιλογή), μπορούν να αποκτήσουν και να αναθρέψουν. Ναι μεν η τεκνοποιία δεν αποτελεί πλέον σκοπό του γάμου αλλά από την στιγμή που θα επιτραπεί νομοθετικά ο γάμος στα ομόφυλα ζευγάρια μπορεί να μην τους αναγνωρίζεται και η ελευθερία τεκνοποιίας ώστε εάν θελήσουν να μπορούν να την ασκούν, όπως ακριβώς ισχύει για τα ετερόφυλα ζευγάρια; Από την μια μεριά η ουσιαστική απόλαυση του δικαιώματος στην οικογενειακή ζωή δεν μπορεί να εξαρτάται από το εάν συμφωνεί σε αυτό ή όχι η πλειοψηφία των πολιτών αλλά η ποιότητα της δημοκρατίας κρίνεται από το σεβασμό των μειοψηφιών και στο πεδίο του οικογενειακού δικαίου¹²⁷. Σήμερα πλέον όμως ο έλληνας νομοθέτης το έχει αναγνωρίσει θεσπίζοντας το σύμφωνο συμβίωσης και για ομόφυλα ζευγάρια το οποίο πλέον δεν αντιμετωπίζει ως υποδεέστερο του γάμου. Από την άλλη η σχέση του δικαίου με τις κοινωνικές αντιλήψεις και πρακτικές είναι διαδραστική¹²⁸, χωρίς αυτό να σημαίνει ότι ο νομοθέτης πρέπει να λειτουργεί ως κινηματογραφιστής¹²⁹ μιας κοινωνικής πραγματικότητας που άλλωστε αναπαρίσταται με πολλαπλούς τρόπους από τις κοινωνικές ομάδες. Η γνώση των πολλαπλών αντιλήψεων και πρακτικών που μπορούν να προσφέρουν οι κοινωνικές επιστήμες στον νομοθέτη αξιοποιώντας τα θεωρητικά μέσα και τα ερευνητικά εργαλεία για να τις καταγράψουν και να ερμηνεύσουν¹³⁰, θα ενίσχυε τις μελλοντικές αποφάσεις του. Ωστόσο κάθε κανόνας δικαίου από την στιγμή που τίθεται υπάρχει και γίνεται αφού αποτελεί συνάρτηση πολλών παραγόντων και ρευστό συγκερασμό ή συμβιβασμό συμπληρωματικών ή ανταγωνιστικών κοινωνικών συμφερόντων¹³¹. Οι θεσμοί του δικαίου εξελίσσονται μέσα από την διαρκή ζύμωση με τις κοινωνικές σχέσεις και στο πεδίο της οικογένειας. Η παρούσα αξιολόγηση με αναφορά στις συνθήκες που σήμερα επικρατούν (ή τουλάχιστον στην επικρατέστερη αντίληψη μας για αυτές) θεωρήθηκε ικανοποιητική από πολλούς νομικούς. Το κύριο επιχείρημα είναι ότι απαιτείται σταδιακή προσαρμογή, περισσότερη διεκδίκηση και κοινωνική αποδοχή¹³² ώστε να

¹²⁷ Σταμπέλου, Χριστίνα (β), Σύμφωνο Συμβίωσης και Ισότητα, *ΧρΔ*, Θ/2009, σ. 189-192.

¹²⁸ Παπαδοπούλου (2016) όπ. π. σ. 759

¹²⁹ Μήτας όπ.π.

¹³⁰ Théry, Irène (dir), *Mariage des personnes de même sexe et filiation: le projet de loi au prisme des sciences sociales*, Paris, Éditions de l'EHESS, 2013.

¹³¹ Μάνεσης (1980) όπ. π. σ.91

¹³² Νικολόπουλος (2014) όπ. π. σ. 1079, Παπαχρίστου, Θανάσης, Οι συμβιώσεις ομόφυλων προσώπων και η θεσμική τους αναγνώριση, *Το Βήμα, ένθετο 'Βήμα Ιδεών'*, 4, 2008, http://www.vimaideon.gr/MS_593.html (ημερομηνία πρόσβασης 16 Ιούνιος 2016) και Κατρούγκαλος, Γιώργος. '3+1 θέσεις για το «Γάμο των ομοφύλων»'. *Όμιλος 'Αριστόβουλος Μάνεσης'*, x.x. <http://manesis.blogspot.gr/search/label/Γάμος-σύμφωνο-συμβίωσης-και-ομόφυλα-ζευγάρια?max-results=20>.

δημιουργηθούν πραγματικά κοινωνικά δεδομένα¹³³ που θα οδηγήσουν ή όχι σε μια νομοθετική επαναξιολόγηση. Κάποιοι όμως εξακολουθούν να θεωρούν ανολοκλήρωτη την αλλαγή με βάση τις διεκδικήσεις και τις πρακτικές του κινήματος¹³⁴. Εάν θεωρηθεί προσωρινή¹³⁵ δεν αποκλείεται να επαναξιολογηθεί εάν η αναταραχή υπερβεί το φύλο και εξαπλωθεί στην συγγένεια.

3.Γ Η γονεϊκότητα χωρίς έμφυλη διαφορά: η συγγένεια στο σταυροδρόμι της κοινωνικής με την νομική επινόηση

Από την στιγμή που το φύλο δεν θεωρείται πλέον ένα φυσικό γεγονός και είναι τεχνολογικά δυνατό να παραχθούν παιδιά χωρίς σεξουαλική επαφή καθ' υπέρβαση του έμφυλου διμορφισμού, η συγγένεια αποσταθεροποιείται και ανακατασκευάζεται. Συνακόλουθα αλλάζει η κοινωνική και επιστημονική αντίληψη για αυτήν¹³⁶. Η ελληνική, νομική θεωρία επινόησε τον όρο «κοινωνικο-συναισθηματική συγγένεια» για να περιγράψει μια νέα αρχή που εφεξής μετά τον ν.3089/2002, διέπει την ρύθμιση για την συγγένεια στο σύνολο της¹³⁷. Η νομική έννοια του γονέα αποκτά όλο και περισσότερες βάσεις την βιολογική, την βουλευτική και τους συνδυασμούς τους με την δικαστική απόφαση. Ευρύτερα πάντως η νομική έννοια της συγγένειας πάντα διέφερε από αυτήν της βιολογικής. Τα ετερόφυλα ζευγάρια μπορούν να αποκτούν δικά τους παιδιά και να τα ανατρέφουν από κοινού όχι μόνο επειδή βιολογικά οι σεξουαλικές τους σχέσεις μπορούν να οδηγήσουν στην αναπαραγωγή αλλά και επειδή το

¹³³ Κοτζάμπαση, Αθηνά, Το δικαίωμα στην αναπαραγωγή - Ανάμεσα στην ελευθερία της φυσικής αναπαραγωγής και στο νομοθετημένο δικαίωμα της τεχνητής αναπαραγωγής, σε: *Γενέθλιον Απ.Γεωργιάδη*, τόμ. Ι, Αντ. Σάκκουλα, σελ. 395 επ.

¹³⁴ ΟΛΚΕ. 'Αίτημα της ΟΛΚΕ στην Εθνική Επιτροπή για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου'. Στο *Ζητήματα Δικαιοδοσίας του Υπουργείου Δικαιοσύνης, Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων για την Νομοθετική, Δικαστική και Κοινωνική Προστασία και Ισότητα των Λεσβίων, των Gay και των Αμφισεξουαλικών*, επιμέλεια Θέμης Κατσαγιάννης. ΟΛΚΕ, 2010. <https://app.box.com/s/72ilqgur4qyyqa2o7d7e> και *Σωτηρόπουλος ό.π.π.*, βλ. επίσης Μάλλιος, Βαγγέλης (β), Συμβίωση και γάμος ομόφυλων ζευγαριών: τρία νέα μικρά βήματα. Σχόλιο στην απόφαση ΕΔΔΑ Schalk and Kopf κατά Αυστρίας, 24.06.2010 <http://www.constitutionalism.gr/site/mallios-schalk-kopf/>, Παπαδοπούλου (2016) ό.π. π., Καραβοκύρης ό.π.π., Βιδάλης ό.π.π. και Παπαζήση (2009) ό.π.π.

¹³⁵ Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη (2016) ό.π.π. τομ. Ι, σ. 61 και Σταθόπουλος/Σταμπέλου (2007) ό.π.π. σ. 54

¹³⁶ Καντοά, Βενετία, Μια άρρηκτη σχέση. Η συνύπαρξη φύλου και συγγένειας στην ανθρωπολογική θεωρία και πρακτική, *Σύγχρονα Θέματα*, 2006, 94, σ. 72-78 και Τουντασάκη, Ειρήνη, *Ανθρωπολογικές θεωρήσεις της συγγένειας κατά τον 20^ο αιώνα*, Αθήνα, Πατάκης, 2011², σ. 94 επ

¹³⁷ Δεληγιάννης, Ιωάννης, Η επίδραση των νέων μεθόδων τεχνητής αναπαραγωγής του ανθρώπου στη διαμόρφωση του ελληνικού δικαίου της συγγένειας, Στο *Ένωση Ελλήνων Αστικολόγων, Σύγχρονα ζητήματα Αστικού Δικαίου πέρα από το σύστημα του αστικού κώδικα*, Πρακτικά 1ου Συνεδρίου, Ναύπακτος 27-28 Μαΐου 1994, Αθήνα-Κομοτηνή: Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1995, σ. 199-219 και Αρμενόπουλος 49: 277επ., Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη (2016) ό.π.π. τ. Ι, σ. 13-14 και της ίδιας Επαναπροσδιορίζοντας την έννοια της οικογένειας, *Δημοσιεύματα Ιατρικού δικαίου και βιοηθικής*, 2013, 3. σ. 37 επ.

δίκαιο εγκαθιδρύει μεταξύ τους το νομικό δεσμό της συγγένειας. Η ίδρυση της επιτυγχάνεται με ένα περίτεχνο τρόπο όπου συνδυάζονται η βιολογική καταγωγή, η δικαιοπραξία, η δικαστική απόφαση ή τα τελευταία δύο μαζί¹³⁸. Ανέκαθεν ο νομοθέτης αναμειγνύει βιολογικούς με βουλευτικούς-κοινωνικούς δεσμούς που σε ορισμένες περιπτώσεις ελέγχει ο δικαστής προκειμένου να αναγνωριστούν σε ένα παιδί δύο γονείς και δύο συγγενικές γραμμές στην ίδια ή διαφορετική βάση. Πρόκειται για προσωπικές σχέσεις ζωής που λόγω της σημασίας τους για όλους ιδρύονται με κανόνες αναγκαστικού δικαίου και έτσι οριοθετούν την αυτονομία των ιδιωτών στο σημείο που εισέρχονται, υπάγουν εαυτούς σε μια οικογενειακή σχέση¹³⁹. Σε ποιο βαθμό και με ποιο τρόπο μπορούν λοιπόν τα κοινωνικά υποκείμενα να επαναδιαπραγματεύονται τις σχέσεις αυτές όχι μόνον με τις πρακτικές τους, τις λεγόμενες «οικογένειες επιλογής» αλλά διεκδικώντας νομικά να αναγνωριστεί η ομόφυλη ομογονεϊκότητα; Σε ευρωπαϊκό επίπεδο διαπιστώνεται μια ισχυρή παρότι όχι ακόμα κυρίαρχη τάση, να αναγνωρίζεται το δικαίωμα τεκνοθεσίας συχνότερα όπου αναγνωρίζεται και ο γάμος ομόφυλων ζευγαριών¹⁴⁰. *De lege lata* ο έλληνας νομοθέτης δεν αναγνωρίζει δικαίωμα κοινής υιοθεσίας στα ζευγάρια που συμβιώνουν ανεξάρτητα από το φύλο τους και η έμφυλη διαφορά διαδραματίζει σημαντικό ρόλο στο πώς ιδρύονται οι συγγενικές σχέσεις. Ο δικαστής επίσης απορρίπτει εντέλει κάθε δυνατότητα που εν δυνάμει μπορεί να οδηγήσει στο να αποκτήσουν και να αναθρέψουν από κοινού παιδιά τα ομόφυλα ζευγάρια είτε με υιοθεσία είτε με Ι.Υ.Α. Παρόλα αυτά επειδή η διεκδίκηση να εξομοιωθούν πλήρως με τους ετερόφυλους¹⁴¹ συνεχίζεται το ζήτημα καταλήγει στην *lege ferenda* δικαιοπολιτική αξιολόγηση των επιχειρημάτων που συνηγορούν υπέρ ή κατά της νομικής αναγνώρισης της δυνατότητας να αναθρέψουν από κοινού παιδιά είτε μέσω κοινής τεκνοθεσίας είτε μέσω Ι.Υ.Α. για να υπερβούν την αδυναμία τους να τεκνοποιήσουν λόγω της ομοιότητας του φύλου τους.

Καταρχάς ανθρωπολογικά ο όρος «γονεϊκότητα» αποδίδει ένα σύνολο ακολουθιών σε μια κοινωνική διαδικασία με την οποία τα υποκείμενα γίνονται γονείς όπως η γέννηση, η τροφή, η διαπαιδαγώγηση, η καθοδήγηση και όσα άλλα προσδοκά η κοινωνική αντίληψη για το πώς πρέπει να ανατρέφονται τα παιδιά¹⁴². Ταυτόχρονα αποτελεί και μια

¹³⁸ Παπαδοπούλου-Κλαμαρή, Δήμητρα, *Η συγγένεια. Θεμελίωση-Καταχώριση-Προστασία*, Αθήνα, Αντ. Ν.Σάκκουλας, 2010.

¹³⁹ Ibid σ.52

¹⁴⁰ Φουντεδάκη (2015) όπ. π. σ. 65 και International lesbian Gay Association, Rainbow Europe Map and Index σε: <http://www.ilga-europe.org/rainboweurope>

¹⁴¹ Αν και πολλά βιώνουν σιωπηρά τις διαφορετικές οικογένειες τους, Καντσά, Βενετία, Σχέσεις οικογενειακές, σχέσεις ομόφυλες: διευρύνσεις και επανασηματοδοτήσεις της οικογένειας, σε: Ν. Χατζητρύφων, / Θ. Παπαζήση (επιμ.), *Το φύλο και η συμπεριφορά του. Οικογένειες από ομόφυλα Ζευγάρια*, Θεσσαλονίκη, Επίκεντρο, 2007, σ. 31-52.

¹⁴² Godelier, Maurice, *Métamorphoses de la parenté*, Paris, Fayard, 2005, σ.10

ψυχική διεργασία με συνεχείς μεταβάσεις από ένα φανταστικό σε ένα πραγματικό παιδί, από ένα αντικείμενο επιθυμίας σε ένα διαφορετικό όν με ίδιο και όλο και περισσότερο αυτόνομο, ψυχικό κόσμο¹⁴³. Η γονεϊκότητα αναφέρεται ταυτόχρονα στην πατρότητα και στην μητρότητα, τις προϋποθέτει ισοδύναμες και ανταλλάξιμες, διαγράφοντας τις διαφορές τους. Ο όρος «ομο-γονεϊκότητα»¹⁴⁴ περιγράφει την παραπάνω διαδικασία και διεργασία χωρίς έμφυλη διαφορά. Η πιο ριζοσπαστική εκδοχή της κινηματικής διεκδίκησης συνίσταται στην πλήρη νομική εξάλειψη της στο γονεϊκό ζευγάρι. Εκλαμβάνεται ως ένδειξη πλήρους απελευθέρωσης επειδή οι ομοφυλόφιλοι δεν αφήνονται παθητικά στην επιστημονική ιδεολογία που καθορίζει το κανονικό και το παθολογικό¹⁴⁵ αλλά αρθρώνουν δημόσια το δικό τους λόγο για την δική τους μη κυρίαρχη επιθυμία¹⁴⁶. Στο μέτρο που το κράτος εξακολουθεί να έχει το μονοπώλιο να αποφασίζει κυρίαρχα για το ποιες σχέσεις συγκροτούν συγγενικούς δεσμούς δεν μπορούν παρά να απαιτήσουν μέχρι τέλους την πλήρη εξομοίωση τους με τους ετεροφυλόφιλους. Εντέλει το κρατικό δίκαιο εξακολουθεί να έχει το μονοπώλιο να ιδρύει την συγγένεια όσο και εάν έχει κλονιστεί η νοσηματοδότηση της γονεϊκότητας από τις πρακτικές των κινημάτων και της παγκοσμιοποιημένης αγοράς όπου αναπτύσσεται η αναπαραγωγική τεχνολογία¹⁴⁷. Προκύπτει εκ των υστέρων ότι η αποδόμηση προηγήθηκε της αναδόμησης των νομικών εννοιών του ζευγαριού, του γάμου και της συγγένειας με τελικό προορισμό μια δομική μεταβολή στο οικογενειακό δίκαιο που δεν μπορεί παρά να την κάνει η κρατική εξουσία. Η αναγνώριση νέων δικαιωμάτων προϋποθέτει νομοθετική παρέμβαση εντός του συνταγματικού πλαισίου και του διαρκούς διαλόγου με το ΕΔΔΑ που την προωθεί.

Σύμφωνα με μια πιο μετριοπαθή προσέγγιση το νόημα στη γενεαλογική σειρά αποδίδεται πάντα συλλογικά και το δίκαιο επινοεί συμβολικά την συγγένεια στη βάση όχι του ερωτήματος «ποιος είναι ο πραγματικός γονέας» αλλά «ποιος επιλέγεται να αποκαλείται γονέας»¹⁴⁸. Η επιλογή αυτή γίνεται από την πολιτική κοινότητα δια στόματος του νομοθέτη με δημοκρατικές διαδικασίες μετά από διάλογο για να αναδειχθεί η καλύτερη

¹⁴³ Gutton, Philippe, Η γονεϊκότητα, σε: Νίκος Παπαχριστόπουλος & Κυριακή Σαμαρτζή, *Οικογένεια και νέες μορφές γονεϊκότητας*, Αθήνα, Opportuna, 2010, σ. 127-159, σ. 131

¹⁴⁴ Gross, Martine, *L'homoparentalité*, Paris, PUF, 2007.

¹⁴⁵ Canguilhem, Georges, *Τι είναι μια επιστημονική ιδεολογία*; Αθήνα, Πλέθρον, 2016.

¹⁴⁶ Fassin, E., Ομοφυλόφιλα ζευγάρια και ομογονεϊκές οικογένειες, σε: M. Maruani (επιμ), *Γυναίκες, Φύλο, Κοινωνία, Αθήνα*, Μεταίχμιο, 2006, σ. 241-251 και του ίδιου *L'inversion de la question homosexuelle*, *Revue Française de Psychanalyse* 2003, 67/1 σ. 263-284.

¹⁴⁷ Όσο και εάν έχουν ισχυροποιηθεί παραμένουν ασθενέστερες πηγές νομιμοποίησης, Butler, J., Is kinship always already heterosexual?, σε: W. Brown/ J. Halley (eds), *Left Legalism / Left Critique*, Durham, Duke University Press, 2002, σ. 229-258.

¹⁴⁸ Théry, Irène, Διαφορετικότητα των φύλων, ομοφυλοφιλία και γενεαλογική σειρά, σε: Νίκος Παπαχριστόπουλος & Κυριακή Σαμαρτζή, *Οικογένεια και νέες μορφές γονεϊκότητας*, Αθήνα, Opportuna, 2010, σ. 623-667, σ. 658

δυνατή επιλογή. Η όποια επιλογή μπορεί πάντοτε να επαναξιολογηθεί εφόσον τα δεδομένα και η εκτίμηση τους μπορεί να μεταβληθούν. Πρέπει λοιπόν να απαλειφθεί η έμφυλη διαφορά και να θεσμοθετηθεί η συγγένεια χωρίς διπλή γενεαλογία; Το ζήτημα εξακολουθεί να προκαλεί έντονη ιδεολογικό-πολιτική διαμάχη. Στην Γαλλία π.χ. όταν ψηφίζοταν «ο γάμος για όλους» πολλοί υποστήριξαν ότι το δίκαιο θεσμίζει την τριγωνική συγγένεια που απηχεί την δυτική αφήγηση για το πώς συγκροτείται το υποκείμενο και η θέσπιση μονόφυλης (δύο πατέρες ή δύο μητέρες) ή άφυλης συγγένειας (γονέας Α και Β) θα πλήξει καίρια το δυτικό πολιτισμό¹⁴⁹. Άλλοι πάλι υποστήριξαν ότι ψυχαναλυτικά η εσωτερική εγκαθίδρυση του δυϊσμού των φύλων στο υποκείμενο είναι αποτέλεσμα του νόμου και δεν προϋπάρχει αυτού¹⁵⁰. Τελικά η γαλλική ψυχιατρική εταιρία κατήγγειλε ότι επιχειρείται εργαλειοποίηση της ψυχανάλυσης προκειμένου να νομιμοποιήσει απόψεις δίνοντας άλλοθι στο νομοθέτη, ο οποίος είναι ο αποκλειστικά υπεύθυνος να αποφασίζει¹⁵¹. Επίσης κατά την ακρόαση ανθρωπολόγων από την γαλλική Γερουσία υποστηρίχτηκε η άποψη ότι κάθε κοινωνία μπορεί να επανα-νοηματοδοτήσει τις υπάρχουσες σχέσεις συγγένειας και να επινοεί νέες¹⁵². Ακριβώς για αυτό καταργήθηκε η πατρική εξουσία, απο-ηθικοποιήθηκε ο γάμος, αναγνωρίστηκαν τα εξώγαμα παιδιά, το δίκαιο ενέταξε τα παιδιά της Ι.Υ.Α. και άρα τώρα μπορεί να θεσπιστεί και η τεκνοθεσία από ομόφυλα ζευγάρια. Το δίκαιο εναρμονίζει με τις αρχές του την άσκηση των ατομικών ελευθεριών, τις τεχνοεπιστημονικές δυνατότητες και την δυτική πλουραλιστική, πολιτισμική αντίληψη για το φύλο, την σεξουαλικότητα και την συγγένεια που πλέον τείνει να επικρατήσει¹⁵³.

Οι διεκδικήσεις να αναγνωριστεί το δικαίωμα ομόφυλων ζευγαριών που αποτελούν *de facto* οικογένειες να αναγνωριστούν και *de jure* ή να μπορούν να τεκνοθετούν από κοινού έχουν ήδη τεθεί σε υπερνομοθετικό επίπεδο. Η έννοια της οικογένειας στη νομολογία του ΕΔΔΑ όπως άλλωστε και στο σύνταγμα, εξειδικεύεται ανάλογα με τις βιοτικές σχέσεις που αναπτύσσονται και το συγκεκριμένο όπου εντίθενται¹⁵⁴. Προοδευτικά το ΕΔΔΑ έκρινε ότι δεν πρέπει να γίνεται διάκριση με βάση τον σεξουαλικό προσανατολισμό όταν ο υποψήφιος γονέας ζητά να γίνει ατομικά

¹⁴⁹ Τοακιστράκη όπ. π. που παραπέμπει σε: Legendre, P., *L'inestimable objet de transmission: étude sur le principe généalogique en Occident*, Paris, Fayard, 1985

¹⁵⁰ Fassin, όπ.π. και Buttler (2009) σ.85

¹⁵¹ «Des psychanalystes face à l'égalité des droits et au mariage pour tous» 10/11/12, σε: <http://www.cifpr.fr/+Les-psychanalystes-contre-l+>

¹⁵² Godelier, M., *L'humanité n'a cessé d'inventer des nouvelles formes de mariage et de descendance*, *Le Monde*, 17/11/2012 και Héritier, Fr., *Marriage pour tous. Audition d'anthropologues, d'ethnologues et de philosophes à l'Assemblée Nationale*, 13.12.2012

¹⁵³ Théry, I., Η δυναμική της ισότητας φύλου και οι μετασχηματισμοί της συγγένειας, σε: Μ. Maruani (επιμ), *Γυναίκες, Φύλο, Κοινωνία, Αθήνα*, Μεταίχμιο, 2006, σ. 209-219.

¹⁵⁴ Παπαδοπούλου (2016) όπ.π. και Βιδάλης (1996) όπ.π. Αντίθετα ο Χρυσόγονος όπ.π.

γονέας¹⁵⁵. Στη συνέχεια αφού αναγνώρισε ότι και τα ομόφυλα ζευγάρια έχουν προστατευτέα οικογενειακή ζωή¹⁵⁶ συμπεριέλαβε σε αυτήν και την ανατροφή κοινών παιδιών. Επισημαίνεται ότι το ΕΔΔΑ δεν έχει υπεισέλθει στο ζήτημα εάν γενικά πρέπει να επιτρέπεται στα ομόφυλα ζευγάρια η τεκνοθεσία, κάτι που εξακολουθεί να ανήκει στην διακριτική ευχέρεια του νομοθέτη επειδή ακόμα δεν έχει διαμορφωθεί consensus μεταξύ των ευρωπαϊκών κρατών. Εμμένει όμως στο ότι τα κράτη όταν νομοθετούν και όσον αφορά την ίδρυση συγγενικών σχέσεων δεν έχουν το περιθώριο να αποκλείουν από αυτές τα ομόφυλα ζευγάρια μόνο και μόνο εξαιτίας του διαφορετικού σεξουαλικού προσανατολισμού. Σε όσες χώρες η βασική προϋπόθεση για κοινή υιοθεσία είναι το σύμφωνο ή ο γάμος και επιτρέπεται το σύμφωνο ή ο γάμος και σε ομόφυλα ζευγάρια πρέπει αντίστοιχα να επιτρέπεται και η τεκνοθεσία ανεξάρτητα από τον σεξουαλικό προσανατολισμό και την ομοιότητα ή διαφορά του φύλου των μελών του ζευγαριού¹⁵⁷. Όπως χαρακτηριστικά αναφέρει το δικαστήριο στην απόφαση *X. & others v. Austria*, αντιλαμβάνεται μεν το πόσο δύσκολο είναι για τα κράτη να εξισορροπήσουν την προστασία αφενός της οικογένειας με την παραδοσιακή έννοια και αφετέρου των δικαιωμάτων της οικογενειακής ζωής της μειοψηφίας διότι απαιτεί να συμφιλιώσουν αντικρουόμενες απόψεις που όσοι τις υποστηρίζουν, τις εκλαμβάνουν ως θεμελιωδώς αντίθετες. Ωστόσο επειδή εν προκειμένω διακυβεύεται μια ιδιαίτερα σημαντική πτυχή της ανθρώπινης ύπαρξης τα κράτη δεν έχουν το περιθώριο να μεταχειρίζονται διαφορετικά όμοιες καταστάσεις με αποκλειστικό κριτήριο τον σεξουαλικό προσανατολισμό. Αυτό σημαίνει ότι ο αποκλεισμός της τεκνοθεσίας από ομόφυλα ζευγάρια σε όμοια θέση δεν δικαιολογείται άνευ ετέρου ως εξισορρόπηση με την προστασία της οικογένειας και του συμφέροντος του παιδιού αλλά θα πρέπει να θεμελιώνεται με βάση την αρχή της αναλογίας¹⁵⁸. Θα πρέπει λοιπόν να

¹⁵⁵ *E.B. v. France* (22.01.2008). Στην παλαιότερη υπόθεση *Fretté v. France* (26.05.2002) απέρριψε την προσφυγή επειδή θεώρησε εαυτό αναρμόδιο να υπεισέλθει στην κρίση για την καταλληλότητα κάποιου να υιοθετήσει από τις εθνικές αρχές, ιδίως με βάση την παιδοκεντρική αρχή

¹⁵⁶ *Schalk and Kopf v. Austria* (24.06.2010),

¹⁵⁷ *S Gas et Dubois v. France* (15.03.2012) και *X. and others v. Austria* (19.02.2013)

¹⁵⁸ Στην υπόθεση *X. and others v. Austria* (19.02.2013) το ΕΔΔΑ επαναλαμβάνει την οριοθέτηση που είχε διατυπώσει με αφορμή την υπόθεση *Kozak v. Poland* (02.03.2010). Στην απόφαση διατυπώθηκε μειοψηφική γνώμη με δύο κύρια επιχειρήματα. Αφενός ότι στην συγκεκριμένη υπόθεση θίγεται το δικαίωμα στην οικογενειακή ζωή του πατέρα που διατηρούσε σχέση με το παιδί και παρακάμπτεται η άρνηση του να συναινέσει στην υιοθεσία. Πράγματι αυτό θα μπορούσε να υποστηριχτεί ακόμα και εάν ο σύντροφος της μητέρας ήταν ετερόφυλος! Αφετέρου θεώρησε ότι η εξελικτική ερμηνεία της σύμβασης προηγείται των εξελίξεων εάν όχι τις επιβάλλει, επειδή ακόμα δεν έχει διαμορφωθεί consensus στο ζήτημα της υιοθεσίας από ομόφυλα αλλά και από ανύπαντρα ζευγάρια, JOINT PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGES CASADEVALL, ZIEMELE, KOVLER, JOČIENĖ, ŠIKUTA, DE GAETANO AND SICILIANOS με παραπομπή σε Rozakis, C., *The particular Role of the Strasbourg Case-Law in the Development of Human Rights in Europe*, European Court of Human Rights- 50 Years *Nomiko Bima*,

μπορεί ο εθνικός νομοθέτης να αποδείξει με επιχειρήματα ότι η μη συμπερίληψη των ομοφυλόφιλων κλονίζει την οικογένεια των ετεροφυλόφιλων και βλάπτει το συμφέρον των παιδιών που ήδη ανατρέφουν ή επιθυμούν να αναθρέψουν μαζί.

Για το ελληνικό, οικογενειακό δίκαιο η έμφυλη διαφορά στην ίδρυση των συγγενικών σχέσεων διαδραματίζει σημαντικό ρόλο ανάλογα με την βάση της συγγένειας που ιδρύει. Θεμελιώνει επομένως την μητρότητα και την πατρότητα άλλοτε με διαφορετικό τρόπο ανάλογα με το φύλο των προσώπων που καθιστά γονείς και άλλοτε με τον ίδιο. Η μεν μητρότητα θεμελιώνεται στο εξωτερικά εμφανές βιολογικό γεγονός του τοκετού, εκτός εάν με βάση δικαστική απόφαση το παιδί κυοφορήθηκε και γεννήθηκε για λογαριασμό μιας άλλης¹⁵⁹. Η δε πατρότητα συνάγεται από τον γάμο ή το σύμφωνο συμβίωσης ενός άνδρα με την μητέρα. Μπορεί επίσης να ιδρυθεί με την εκούσια ή δικαστική αναγνώριση. Στις δύο αυτές περιπτώσεις η πατρότητα θεμελιώνεται ευθέως και όχι δια μέσου της σχέσης ενός άνδρα με την μητέρα του παιδιού¹⁶⁰. Τόσο η μητρότητα όσο και η πατρότητα μπορούν να θεμελιωθούν με δικαιοπραξία και με δικαστική απόφαση στην περίπτωση της υιοθεσίας. Το τεκμήριο πατρότητας είναι μαχητό και μπορεί να ανατραπεί με δικαστική απόφαση εάν αποδειχτεί η έλλειψη βιολογικής καταγωγής. Κατ' εξαίρεση δεν προσβάλλεται η πατρότητα του συζύγου ή συμβίου (ή συνοδού άνδρα) που συγκατατέθηκε στην τεχνητή γονιμοποίηση της συζύγου ή συντρόφου (ή συνοδευόμενης γυναίκας)¹⁶¹. Αντίθετα η μητρότητα δεν ανατρέπεται παρά μόνον σε μια εξαιρετική περίπτωση. Η γυναίκα που κυοφόρησε για λογαριασμό άλλης μπορεί να το ανατρέψει εάν αποδείξει ότι το παιδί που γέννησε κατάγεται βιολογικά από αυτήν. Η διαφορετική προσέγγιση της μητρότητας από την πατρότητα προβάλλει ξεκάθαρα μέσα από την ρύθμιση της Ι.Υ.Α. Το φύλο επηρεάζει το εύρος της αναπαραγωγικής ελευθερίας που αναγνωρίζει ο νομοθέτης για την πρόσβαση στην

DSA, 2010, p. 25-30 and especially p. 25, βλ και Κωστοπούλου, Αδριανή, Υιοθεσία από ομόφυλα ζεγάρια: Με αφορμή την απόφαση ΕΔΔΑ Χ κ.ά κατά Αυστρίας (Τμήμα Ευρείας Σύμβασης) *ΕφΑΔ* 8-9/2013, σ.720 επ.

¹⁵⁹ Παπαδοπούλου-Κλαμαρή (2010) σ. 93-94. Η νέα φραστική διατύπωση του άρθρου 1463 ΑΚ, ότι «η συγγένεια με την μητέρα συνάγεται από την γέννηση» δεν αλλάζει την θεμελίωση της μητρότητας στον τοκετό. Αυτό προκύπτει από την αιτιολογική έκθεση του ν.3089/2002 για την Ι.Υ.Α. και από το ότι ο κανόνας επιβεβαιώνεται εάν τελικά αποδειχθεί ότι το παιδί κατάγεται και βιολογικά από την μητέρα που το γέννησε. Για αυτό και απαιτείται δικαστική απόφαση που κατ' εξαίρεση ανατρέπει το τεκμήριο καταγωγής εάν η γυναίκα που θα γεννήσει ένα παιδί συμφωνεί να το κυοφορήσει για λογαριασμό μιας άλλης (1464 ΑΚ).

¹⁶⁰ Η δήλωση του πατέρα έχει διαπλαστικό χαρακτήρα ενώ η συναίνεση της μητέρας αποτελεί απλώς όρο του ενεργού. Οι δύο δηλώσεις δεν συναντώνται, είναι παράλληλες και δεν αποτελούν σύμβαση Παπαδοπούλου-Κλαμαρή (2010) σ. 160

¹⁶¹ Με τις διατάξεις 1465 και 1479§2 ΑΚ λύνεται συνολικά στο ελληνικό δίκαιο το ζήτημα των παιδιών που γεννήθηκαν με Ι.Υ.Α. Η πατρότητα τους διασφαλίζεται σε κάθε περίπτωση με οποιοδήποτε τρόπο και εάν θεμελιώνεται, Παπαδοπούλου-Κλαμαρή (2010) σ. 178-179

αναπαραγωγική τεχνολογία. Η μητρότητα εξακολουθεί να γίνεται σε σημαντικό βαθμό αντιληπτή όχι μόνον ως επιλογή αλλά και ως ανάγκη¹⁶². Επιτρέπεται υπό προϋποθέσεις η πρόσβαση των μοναχικών γυναικών στη τεχνητή γονιμοποίηση (1456 ΑΚ), η μεταθανάτια γονιμοποίηση (1457 ΑΚ) και η παρένθετη μητρότητα (1458 ΑΚ). Αντίθετα ο νομοθέτης φαίνεται να αποκλείει την αυτοτελή πρόσβαση ανδρών στην Ι.Υ.Α. σύμφωνα με την επικρατέστερη θεωρητική άποψη μετά την ανατροπή αντίθετης απόφασης σε πρώτο βαθμό μετά από έφεση που άσκησε ο εισαγγελέας¹⁶³. Η απόφαση είχε δώσει άδεια σε μοναχικό άνδρα με αδυναμία τεκνοποίησης να συνάψει συμφωνία παρένθετης μητρότητας χρησιμοποιώντας μάλιστα σπέρμα δότη, με αναλογική εφαρμογή του 1458 ΑΚ και μετά από επεκτατική εφαρμογή των άρθρων 4§ 2 και 2 Σ

Άρα με βάση τα παραπάνω η ομογονεϊκότητα φαίνεται ότι: α) απενεργοποιεί το τεκμήριο πατρότητας που προϋποθέτει την έμφυλη διαφορά, β) είναι υπό προϋποθέσεις συζητήσιμη στην ίδρυση συγγένειας μέσω της υιοθεσίας ενώ γ) προϋποθέτει μια δύσκολη δικαιοπολιτική αξιολόγηση και μια βαθιά νομοθετική μεταβολή στην ίδρυση της μέσω Ι.Υ.Α. Η συμπερίληψη της ομογονεϊκότητας επίσης προϋποθέτει εκτεταμένο δημόσιο διάλογο καθώς και την εμπέδωση της πλουραλιστικής αντίληψης για την συντροφικότητα. Σε κάθε περίπτωση η ασφάλεια των συγγενικών σχέσεων των παιδιών επιβάλλει ρητή πρόβλεψη και προσεκτική συνάρθρωση με το ισχύον κανονιστικό πλαίσιο για την συγγένεια¹⁶⁴. Όσον αφορά πρώτον το τεκμήριο καταγωγής που μεταφέρει από το γάμο το άρ.9 του ν.4356/2015 για το σύμφωνο συμβίωσης, το ζήτημα δεν τίθεται για τα ομόφυλα ζευγάρια εξαιτίας ακριβώς της έμφυλης διατύπωσης του¹⁶⁵. Το άρθρο μιλά για την σχέση ενός άνδρα με μια γυναίκα. Μπορεί μεν να προκύψει *de facto* η διεκδίκηση της μεταφοράς του σε ομόφυλα ζευγάρια (ιδίως γυναικών) αλλά κάτι τέτοιο θα ήταν απρόσφορο και αλυσιτελής. Το τεκμήριο πατρότητας αποτέλεσε τον ακρογωνιαίο λίθο του γάμου που θεσμοποιούσε την συμπληρωματική ιεραρχία των φύλων από το νεωτερικό δίκαιο. Ο νομικός εγκλεισμός της πατρότητας στο γάμο είχε και ως αποτέλεσμα τον απόλυτο κοινωνικό αποκλεισμό της εξώγαμης μητρότητας. Η διεκδίκηση

¹⁶² Τουνταςάκη, Ειρήνη, «Βιολογική», «γενετική» και «κοινωνικοσυναισθηματική» μητέρα: εννοιολογήσεις της μητρότητας και της οικογενειακότητας στον κοινοβουλευτικό λόγο αναφορικά με την Ι.Υ.Α., σε: Β. Καντσά, *Η μητρότητα στο προσκήνιο. Σύγχρονες έρευνες στην ελληνική εθνογραφία*, Αθήνα, εκδόσεις Αλεξάνδρεια, 2013, σ. 119-146.

¹⁶³ Μον.Πρωτ. Αθηνών 2827/2008 (ΧρΙδΔ 2009 σ.817) με παρατηρήσεις Θ.Παπαχρίστου και *Ιατρικό δίκαιο και Βιοηθική, όμιλος Μελέτης Ιατρικού Δικαίου και Βιοηθικής*, 2010, τ. 9. με σχόλιο Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη και 3357/2010 Εφ. Αθηνών ΝοΒ 2012 1437 με σχόλιο Π. Νικολόπουλου

¹⁶⁴ Φουντεδάκη όπ. π. σ. 83

¹⁶⁵ Σαϊτάκης όπ.π. σ. 75, Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη (2016) II όπ. π. σ. 612, Νικολόπουλος (2014) και Παντελίδου ((2015) όπ. π.

του γάμου από τα ομόφυλα ζευγάρια γίνεται ακριβώς επειδή ο θεσμός επανομηματοδοτήθηκε και εξακολουθεί ακόμα αυτό να συμβαίνει¹⁶⁶.

Δεύτερον όσον αφορά αντίθετα την τεκνοθεσία, το φύλο του γονέα δεν διαδραματίζει κάποιον ιδιαίτερο ρόλο. Εξ αυτού του λόγου θα μπορούσε ευκολότερα εάν το επέλεγε ο νομοθέτης, να την επιτρέψει. Αυτό προβλέπει ως επιλογή (και όχι ως υποχρέωση) η νέα «Ευρωπαϊκή Σύμβαση για την υιοθεσία παιδιών» του 2008, που δεν έχει κυρωθεί από πολλά κράτη και την Ελλάδα¹⁶⁷. Ωστόσο η κοινή ή διαδοχική τεκνοθεσία από δύο άτομα του ιδίου παιδιού είναι δυνατή μόνον εάν αυτοί είναι σύζυγοι αφού σε διαφορετική περίπτωση η ίδρυση της μιας συγγενικής σχέσης σβήνει, απενεργοποιεί την άλλη. Με την ίδια λογική προβλέπεται και η μονογονεϊκή τεκνοθεσία του φυσικού παιδιού από τον σύζυγο του γονέα. Επομένως εάν και εφόσον αναγνωριστεί η δυνατότητα γάμου στα ομόφυλα ζευγάρια (κάτι που εμπίπτει στην διακριτική ευχέρεια του νομοθέτη)¹⁶⁸ θα πρέπει να αναγνωριστεί και το δικαίωμα τεκνοθεσίας σε αυτά. Άλλως θα συνιστά διακριτική μεταχείριση εις βάρος των ομόφυλων συζύγων. Το γεγονός ότι η τεκνοθεσία αποτελεί έναν άφυλο τρόπο ίδρυσης συγγένειας που ούτως ή άλλως δεν προϋποθέτει σεξουαλική επαφή και για τα ετερόφυλα ζευγάρια διευκολύνει νομοτεχνικά την ίδρυση του συγγενικού δεσμού. Παραμένει βέβαια το κρίσιμο ζήτημα της στάθμισης του συμφέροντος ενός παιδιού που χρειάζεται μια οικογένεια (και όχι αντίστροφα!) ή που ήδη ζει μέσα σε αυτή χωρίς να έχει ένα πλήρως ανεπτυγμένο νομικό δεσμό με τα πρόσωπα που μεριμνούν για αυτό. Αυτό όμως αξιολογείται πάντοτε *ad hoc* στο πλαίσιο της συνολικής αξιολόγησης του υποψήφιου να τεκνοθετήσει για το πόσο κατάλληλος είναι να γίνει γονέας. Το σημαντικότερο κριτήριο παραμένει το εάν και κατά πόσον κάποιο άτομο μπορεί και επιθυμεί να γίνει γονέας. Επομένως περισσότερο βαρύνει η ικανότητα δέσμευσης σε μια σχέση φροντίδας παρά ο σεξουαλικός προσανατολισμός. Όπως συμπεραίνει και η σχετική έρευνα της Αμερικάνικης Παιδιατρικής Εταιρείας¹⁶⁹ άλλες συμπεριφορές είναι πολύ πιο επικίνδυνες για τα παιδιά παρά αυτή καθαυτή η ομοφυλοφιλία των γονιών του. Επίσης προϋποθέτει την συναίνεση του γονέα που τυχόν υπάρχει ανεξάρτητα από την ομοιότητα ή διαφορά του φύλου του σε σχέση με αυτό του υποψήφιου γονέα. Ήδη έχει κριθεί από την άποψη του ιδιωτικού διεθνούς δικαίου όταν ζητήθηκε από τα ελληνικά δικαστήρια να αναγνωρίσουν το δεδικασμένο απόφασης βελγικού δικαστηρίου δυνάμει

¹⁶⁶ Théry, Irène, *Marriage et filiation pour tous. Une métamorphose inachevée*, Paris, Seuil, 2016, σ. 68 επ.

¹⁶⁷ Φουντεδάκη (2015) όπ. π. 68.

¹⁶⁸ Σταθόπουλος, Μιχάλης, Εναλλακτικές μορφές συμβίωσης, σε: *Μελέτες III*, 2015, 283επ.

¹⁶⁹ Pediatrics.aapublications.org/content/early/2013/peds.2013/03/18-0376

της οποίας δύο ομόφυλοι σύζυγοι υιοθέτησαν ένα ανήλικο αγόρι¹⁷⁰. Το δικαστήριο απέρριψε το αίτημα επειδή αντιτίθεται στην ελληνική δημόσια τάξη με την αιτιολογία ότι η ομόφυλη οικογένεια «αποτελεί μια πραγματική κατάσταση αντίθετη στις κυρίαρχες αρχές και αντιλήψεις» ώστε το παιδί δεν θα γίνει κοινωνικά αποδεκτό. Ωστόσο ήδη η ευρωπαϊκή κοινωνική έρευνα για τις αντιλήψεις των ευρωπαίων πολιτών και την αλλαγή τους¹⁷¹ κατέγραψε ότι στην Ελλάδα οι μισοί ερωτώμενοι δεν θεωρούν ότι η έμφυλη διαφορά αποτελεί *conditio sine qua non* του ζευγαριού και της οικογένειας! Άρα και στην Ελλάδα αποτελεί ένα ζήτημα για το οποίο υποστηρίζονται διαφορετικές απόψεις και αρχίζουν να παρατηρούνται εναλλακτικές πρακτικές μαζί με τα κυρίαρχα πρότυπα.

Τρίτον η ομο-γονεϊκότητα είναι δυνατόν να επιτευχθεί και μέσω της χρήσης της αναπαραγωγικής τεχνολογίας. Η Ι.Υ.Α. πραγματώνει την βούληση για την απόκτηση απογόνου (που συνήθως κατάγεται βιολογικά από τον έναν τουλάχιστον γονέα) όταν αυτό δεν μπορεί να επιτευχθεί με σεξουαλική επαφή. Βασική προϋπόθεση για να προσφύγει σε αυτήν ένα ζευγάρι συζύγων ή συντρόφων είναι να έχει διαπιστωθεί ιατρική αδυναμία να τεκνοποιήσουν με φυσικό τρόπο. Η Ι.Υ.Α. ορίζεται ως μια θεραπευτική ιατρική πράξη ακόμα και για τα ετερόφυλα ζευγάρια και άρα δεν τίθεται θέμα διακριτικής μεταχείρισης των ομόφυλων¹⁷². Μπορεί λοιπόν να χρησιμοποιηθεί από ένα ομόφυλο ζευγάρι προκειμένου αυτό να υπερβεί την αδυναμία του να τεκνοποιήσει λόγω *ομοιότητας φύλου* ακόμα και εάν και τα δύο μέλη του ζευγαριού είναι γόνιμα; Καταρχάς δεν πρόκειται για όμοιες καταστάσεις επειδή η αδυναμία δεν οφείλεται σε δυσλειτουργία αλλά στην εγγενή έμφυλη συνθήκη της αναπαραγωγής¹⁷³. Ωστόσο η

¹⁷⁰ ΜονΠρΑθ 2129/2011, Αδημοσίευτη απόφαση εκούσιας δικαιοδοσίας. Σύμφωνα με την απόφαση «Η σύσταση μοντέλου ομόφυλης οικογένειας αποτελεί μια πραγματική κατάσταση αντίθετη στις κυρίαρχες αρχές και αντιλήψεις που διέπουν τη ζωή και το βιοτικό ρυθμό στην ελληνική κοινωνία ...η οποία ούτε νομικό πλαίσιο να την διαχειριστεί διαθέτει ούτε αρκετά προοδευτική είναι για την ανεχτεί. Η δε διαφορετικότητα της μπορεί να αποβεί εις βάρος του παιδιού που θα δέχεται επικριτικούς σχολιασμούς από τον ευρύ κοινωνικό περίγυρο». Αντίθετα τοποθετήθηκε το γερμανικό συνταγματικό δικαστήριο

¹⁷¹ European Social Survey. *Exploring public attitudes, informing public policy. Selected findings from the first five rounds*, Marriage & Partnerships, https://www.ESSI_select_findings.pdf, σ. 16

¹⁷² Παπαχρίστου, Θανάσης, Εισαγωγικές Παρατηρήσεις στα άρθρα 1455-1460 σε Γεωργιάδης/Σταθόπουλος, Αστικός Κώδικας όπ. π. 21, Ρεθυμιωτάκης (2003) σ. 132 επ, Φουντεδάκη, *Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη*, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2007, σ. 162 επ. και Τροκάνας, Θόδωρος, *Ανθρώπινη Αναπαραγωγή η ιδιωτική αυτονομία και τα όρια της*, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, Σάκκουλας, 2007, 166επ

¹⁷³ Ρεθυμιωτάκη, Ε. (α), Ομόφυλα ζευγάρια και Ιατρικά Υποβοηθούμενη Αναπαραγωγή: σεξουαλική ελευθερία, οικογενειακή ζωή και γονεϊκή σχέση, σε: *Υποβοηθούμενη Αναπαραγωγή & εναλλακτικά οικογενειακά σχήματα*, : Εφ. Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη./ Γ. Γεωργόπουλος/Αν. Καραϊτζή/ Β. Καντσά Βενετία/ Κ. Κηπουρίδου/ Ν. Κουμουτζής/ Μ. Μηλαπιδου/ Ελ. Ρεθυμιωτάκη/ Χρ. Σαχινίδου/ Αντ. Τσαλίδης/ Ασπ. Χαλκίδου, Δημοσιεύματα Ιατρικού Δικαίου και Βιοηθικής - τ. 18, Αθήνα- Θεσσαλονίκη, Εκδ. Σάκκουλα, 2014, σ.147-180.

αρχικά ξεκάθαρη διάκριση μπορεί να αποδειχθεί θολή σε ορισμένες περιπτώσεις. Στα ετερόφυλα ζευγάρια η Ι.Υ.Α. συχνά εμπλέκει ένα μέλος που είναι γόνιμο αλλά δεν μπορεί να τεκνοποιήσει με τον συγκεκριμένο άνθρωπο του αντίθετου φύλου που έχει επιλέξει να μοιραστεί την ζωή του. Έτσι π.χ. μια «υγιής», γόνιμη γυναίκα με υπογόνιμο σύζυγο θα χρειαστεί σπερματέγχυση με υλικό τρίτου δότη ή ένας «υγιής», γόνιμος άνδρας με σύζυγο που δεν μπορεί να κυοφορήσει θα χρειαστεί μια γυναίκα να κυοφορήσει το γονιμοποιημένο με δικό του σπέρμα, ωάριο της συζύγου του ή δότριας! Εντέλει εάν επιτρέπεται σε ετεροφυλόφιλους να προστρέχουν στην Ι.Υ.Α. για να καλύψουν όχι μόνο τη δυσλειτουργία των αναπαραγωγικών οργάνων του βιολογικού φύλου τους αλλά και για να αποκτήσουν παιδιά με εκείνους που επιλέγουν γιατί να μην επιτραπεί και σε ομοφυλόφιλους¹⁷⁴; Τι γίνεται εάν σε μέλος ζευγαριού ομόφυλων γυναικών με σύμφωνο συμβίωσης έχει ιατρικά διαπιστωθεί η υπογονιμότητα; Βεβαίως μπορεί η γυναίκα να προστρέξει ατομικά χωρίς να δημιουργηθεί συγγένεια με την σύντροφο της αφού το τεκμήριο από το σύμφωνο και η εκούσια αναγνώριση αφορούν αποκλειστικά την πατρότητα¹⁷⁵. Μήπως όμως ειδικά σε αυτήν την περίπτωση υπάρχουν επιχειρήματα ότι οι δύο γυναίκες υφίστανται διακριτική μεταχείριση αντίστοιχα λόγω σεξουαλικού προσανατολισμού και λόγω φύλου; Όσον αφορά δε αντίστοιχα το ζευγάρι ομόφυλων ανδρών έχει ήδη κριθεί ότι με βάση τις διατάξεις 1456 § 1 και 1458 ΑΚ οι άνδρες δεν μπορούν να προσφεύγουν ως άτομα στην Ι.Υ.Α.¹⁷⁶ Άρα μπορούν να την χρησιμοποιούν μόνον ως μέλη ζευγαριού και μάλιστα ετερόφυλου επειδή η υποκατάσταση της κυοφορίας αφορά μόνο την γυναίκα η οποία έχει βιολογικά αυτήν την δυνατότητα. Η πρωτόδικη απόφαση που ανατράπηκε καθιστώντας εξαιρετικά δυσχερή την θέση των παιδιών που ήδη είχαν γεννηθεί¹⁷⁷ έκανε διάχυτο συνταγματικό έλεγχο και στην συνέχεια επεκτατική εφαρμογή της αρχής της ισότητας διευρύνοντας το πεδίο εφαρμογής της διάταξης, κάτι που μάλλον δεν ενδείκνυται όσον αφορά τις λεγόμενες *hard cases*, τα έντονα αμφιλεγόμενα ζητήματα για τα οποία αποφασίζει ο νομοθέτης¹⁷⁸.

¹⁷⁴ Ρεθυμιωτάκη (2014α) όπ. π. σ.178

¹⁷⁵ Φουντεδάκη (2015) όπ .π. σ. 81

¹⁷⁶ ΕφΑθ 3357/2010 ΝοΒ 2012, σ. 1437, με σύμφωνο σχόλιο του Π.Νικολόπουλου ΝοΒ 2012 σ.1440. Η απόφαση δέχτηκε ότι δεν υπάρχει ακούσιο κενό και άρα δεν τίθεται ζήτημα αναλογικής εφαρμογής χωρίς να θίξει τα ζητήματα της συνταγματικότητας. Σχετικά εκδόθηκε η ΓνωμοδΝΣΚ 261/2010 ΕφαρμΑστΔ2010 σ.1205 παρατ. Παπαδοπούλου-Κλαμαρή

¹⁷⁷ Μετά την ανάκληση της άδειας κρίθηκε με την ΠολΠρωτΑθ 431/2013 (αδημ), ότι καταλύθηκε ο συγγενικός δεσμός με τον πατέρα, ενεργοποιήθηκε η μητρότητα της κυοφόρου και η πατρότητα του συζύγου της εσφαλμένα όπως τελικά έκρινε η ΕφΑθ 7138/2014 *Digesta* 2014 σ. 171. Ως χρονικό όριο αμφισβήτησης της συγγένειας τίθεται η γονιμοποίηση ώστε να είναι ασφαλής η ίδρυση της συγγένειας των παιδιών της Ι.Υ.Α.

¹⁷⁸ Βλαχόπουλος, Σπύρος, Δικαίωμα τεκνοποίησης μέσω παρένθετης μητρότητας και για τον άγαμο και για τον άγαμο και μοναχικό άνδρα, σε: Μαρία Κανελλοπούλου-Μπότη/

Με τι κριτήρια αποφασίζει εντέλει ο νομοθέτης; Μπορεί βέβαια να συμβουλευτεί τα επιστημονικά πορίσματα αλλά η αντιπαράθεση διατρέχει ακόμα και την επιστημονική έρευνα αφού σε αυτά τα ζητήματα τείνουν να επικρατήσουν οι στρατευμένες και όχι οι μετριοπαθείς απόψεις. Τα αποτελέσματα της νομοθετικής επιλογής μπορούν να αξιολογηθούν πλήρως μόνον εκ των υστέρων. Εν προκειμένω μπορούν να υποστηρικτούν και αντίθετα επιχειρήματα υπέρ του ότι ο νομοθέτης εξαίρεσε αδικαιολόγητα τους άνδρες αφού και οι γυναίκες δεν υποκαθιστούν αποκλειστικά δικές τους ελλείψεις μέσω ανώνυμου δότη ιδίου φύλου αλλά πρέπει να πάρουν και από το αντίθετο φύλο ότι τους λείπει για να μπορέσουν να τεκνοποιήσουν¹⁷⁹. Από την στιγμή που ο νομοθέτης επιτρέπει αφενός σε άτομα και όχι μόνον σε ζευγάρια που αλληλοσυμπληρώνονται (άρα που πρέπει οπωσδήποτε να είναι αντιθέτου φύλου) να προσφύγουν στην Ι.Υ.Α. και αφετέρου επιτρέπει την παρένθετη μητρότητα θα μπορούσε να το είχε επιτρέψει και στα δύο φύλα¹⁸⁰.

Εντέλει η επέκταση της πρόσβασης ομόφυλων ζευγαριών στην Ι.Υ.Α. προϋποθέτει μια σύνθετη δικαιιοπολιτική αξιολόγηση. Καταρχάς είναι μάλλον δύσκολο να υποστηρίξει κανείς ότι δεν είναι προς το συμφέρον ενός παιδιού να δημιουργηθεί δεδομένου ότι η αρχή της κοινωνικοσυναισθηματικής συγγένειας έχει γίνει αποδεκτή από τον έλληνα νομοθέτη σχεδόν σε όλο της το εύρος¹⁸¹. Τίθενται όμως δύο συνολικότερα ζητήματα που θέτει η Ι.Υ.Α. και πρέπει να επανεκτιμηθούν. Η αποφυγή διακριτικής μεταχείρισης των ομόφυλων ζευγαριών (ιδίως ανδρών) πρέπει να σταθμιστεί αφενός με το δημόσιο συμφέρον για την οριοθέτηση της χρήσης της αναπαραγωγικής τεχνολογίας εξαιτίας του κινδύνου της ανεξέλεγκτης εμπορευματοποίησης του ανθρώπινου (ιδίως γυναικείου) σώματος¹⁸². Πόσο μπορεί να γενικευτεί μια από τις πιο αμφιλεγόμενες πρακτικές της Ι.Υ.Α.; Αφετέρου δε πρέπει να σταθμιστεί με το κατά πόσο η ανωνυμία δότη (με διαφορετικό φύλο από αυτό του ζευγαριού) προσβάλλει το δικαίωμα γνώσης της βιολογικής καταγωγής του παιδιού ιδίως εάν καταλήξει να αποστερεί ένα παιδί παντελώς από τον

Φερενίκη Παναγοπούλου-Κουτνατζή (επιμ), *Ιατρική Ευθύνη & Βιοηθική. Σύγχρονες προσεγγίσεις & προοπτικές του μέλλοντος*, Αθήνα, Νομική Βιβλιοθήκη 2014, σ. 187-194.

¹⁷⁹ Κουμουτζής, Νίκος, άρθρο 1457 ΑΚ σε Απόστολος Γεωργιάδης/ Μιχάλης Σταθόπουλος. *Αστικός Κώδικας, και άρθρο ερμηνεία, Οικογενειακό Δίκαιο (άρθρα 1346-1504)*, τ. 7, 2007²

¹⁸⁰ Βιδάλης, Τάκης, Το πρόταγμα της οικογένειας: Η συνταγματικότητα του νόμου για την «ιατρική υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή» *ΝοΒ* 2003, σ.832 (840)

¹⁸¹ Αντίθετα στην περίπτωση της τεκνοθεσίας η εξυπηρέτηση του συμφέροντος του παιδιού απαιτεί την αξιολόγηση της καταλληλότητας της κάθε συγκεκριμένης όμως οικογένειας, Φουντεδάκη 2015) όπ. π. σ. 84-85

¹⁸² European Parliament resolution of 17 December 2015 on the Annual Report on Human Rights and Democracy in the World 2014 and the European Union's policy on the matter (2015/2229(INI) στο σημείο 115. Η σύσταση καταδικάζει την πρακτική της υποκατάστασης της κυοφορίας επειδή θίγει την ανθρώπινη αξιοπρέπεια της γυναίκας αφού το σώμα και η αναπαραγωγική λειτουργία της χρησιμοποιούνται ως εμπορεύματα.

βιολογικό γεννήτορα αντίθετου φύλου. Σε ποιο βαθμό μπορεί η κοινωνικοσυναισθηματική συγγένεια με δύο ομόφυλους γονείς να υποκαταστήσει πλήρως την βιολογική με δύο ετερόφυλους;

Όσον αφορά το πρώτο ζήτημα το ελληνικό δίκαιο επέτρεψε υπό προϋποθέσεις την κυοφορία υπέρ τρίτου και αυτή η αξιολόγηση δεν μπορεί να αλλάζει με αποκλειστικό κριτήριο το φύλο του ζευγαριού. Ωστόσο η αλλαγή του σκοπού της Ι.Υ.Α. δημιουργεί πάρα πολύ σοβαρές επιφυλάξεις δεδομένων και των συνθηκών που έχουν πλέον διαμορφωθεί στην Ελλάδα, δηλαδή η μέχρι πρόσφατα ανύπαρκτη εποπτεία της Ι.Υ.Α.¹⁸³, η παράνομη διακίνηση γυναικών για λήψη ωαρίων¹⁸⁴ και ο αναπαραγωγικός τουρισμός¹⁸⁵ ιδίως μετά από την πρόσφατη μεταρρύθμιση¹⁸⁶, σε συνδυασμό με τον έλεγχο περιορισμένης εμβέλειας που ασκεί ο δικαστής στις σχετικές συμφωνίες¹⁸⁷. Όσον αφορά το δεύτερο η διάσταση μεταξύ νομικής και βιολογικής συγγένειας διατρέχει όλο το οικογενειακό δίκαιο και εμφανίζεται ιδίως με την μορφή του δικαιώματος του παιδιού να πληροφορηθεί για την βιολογική του καταγωγή¹⁸⁸. Το δικαίωμα της γνώσης του γεννήτορα απορρέει από πολλές συνταγματικές διατάξεις αλλά και από την προστασία της προσωπικότητας¹⁸⁹. Για αυτό άλλωστε και αναγνωρίζεται και στην τεκνοθεσία όπου παρατηρείται η διάσταση βιολογικής και νομικής καταγωγής. Ωστόσο η αναγνώριση του εξαρτάται από την στάθμιση του με το συμφέρον της ιδιωτικότητας των

¹⁸³ Σκορίνη- Παπαρηγοπούλου, Ξένη, Εθνική Αρχή Ιατρικώς Υποβοηθούμενης Αναπαραγωγής: Εμπειρίες και προοπτικές, Όμιλος μελέτης ιατρικού δικαίου και βιοηθικής και το δίκτυο Α.Π.Θ. «Σύγχρονη Ιατρική πράξη-Βιοηθική και δίκαιο», Συνέδριο προς τιμήν της Ε. Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη, *Η Ι.Υ.Α. 10 χρόνια εφαρμογής του ν.3089/2002*, Θεσσαλονίκη, 26-27 Απριλίου 2012.

¹⁸⁴ Για την διασύνδεση με το οργανωμένο έγκλημα βλ. Πανάγος, Κώστας, *Παρένθετη μητρότητα. Ελληνικό νομικό καθεστώς και εγκληματολογικές προεκτάσεις*, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, Εκδόσεις Σάκκουλας, 2011, σ. 93 εο

¹⁸⁵ Picramenou, N. *Reproductive Tourism in Europe. Legal and Ethical. The Cases of Sweden and Greece*. Uppsala University, European Master's Degree in Human Rights & Democratisation 2013-2014, σε: http://www.constitutionalism.gr/site/wp-content/uploads/2014/08/2014_Pikramenou-Nicole_Reproductive-tourism.pdf constitutionalism.gr

¹⁸⁶ Με το άρ. 18 του ν. 4272/2014 αρκεί πλέον μια από τις δύο γυναίκες να έχει προσωρινή διαμονή στην Ελλάδα.

¹⁸⁷ Έρευνα των αποφάσεων εκούσιας δικαιοδοσίας που δίνουν άδεια για παρένθετη μητρότητα δείχνει ότι περισσότερες από τις μισές είναι αλλοδαπές γυναίκες καταγόμενες από ανατολικές και βαλκανικές χώρες, μάλιστα δε σε σημαντικό ποσοστό συνδεδεμένες με σχέση εξαρτημένης, οικιακής εργασίας με την γυναίκα που επιθυμεί να αποκτήσει παιδί. Ο δικαστής δεν υπεισέρχεται και στον έλεγχο της γνησιότητας του αλτρουισμού της κυοφόρου, Ραβδάς, Παντελής, *Παρένθετη μητρότητα: οι προσδοκίες του νομοθέτη στη δοκιμασία στατιστικών δεδομένων*, σε: *Το οικογενειακό δίκαιο στον 21^ο αιώνα από τις συγκυριακές στις δομικές αλλαγές* όπ. π. σ.67-89.

¹⁸⁸ Παπαδοπούλου-Κλαμαρή, Δήμητρα, Προοπτικές και προκλήσεις του Οικογενειακού δικαίου, σε: Ένωση Αστικολόγων, Τριάντα χρόνια εφαρμογής του ν. 1329/1983 για την μεταρρύθμιση του οικογενειακού δικαίου, 10^ο Συνέδριο στη μνήμη των Ι.Δεληγιάννη και Γ.Κουμάντου, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2016, σ.177-187, ιδίως σ.179

¹⁸⁹ Σταμπέλου, Χριστίνα, Άρθρο 1460 ΑΚ, σε: *Αστικός Κώδικας*, Απόστολου Γεωργιάδη / Μιχάλη Σταθόπουλου, Αθήνα, Π.Ν. Σάκκουλα, Δίκαιο και Οικονομία, 2007, 3

δοτών αλλά και των ληπτών βιολογικού υλικού ώστε να διευκολύνεται η ανεμπόδιστη διάθεση του και η ένταξη των παιδιών στο γονεϊκό σχέδιο, την βούληση και την αμοιβαία δέσμευση των μελών του ζευγαριού να γίνουν από κοινού γονείς¹⁹⁰. Σύμφωνα με το ελληνικό οικογενειακό δίκαιο το δεύτερο παραμερίζει το πρώτο επειδή σύμφωνα με την κρατούσα άποψη¹⁹¹ κρίνεται ότι έτσι διασφαλίζεται η κοινωνικοσυναισθηματική συγγένεια και το συμφέρον του παιδιού με τον καλύτερο δυνατό τρόπο. Αυτό καθιστά αδύνατο να συνδυαστεί η κοινωνικοσυναισθηματική συγγένεια με δύο ομόφυλους γονείς με την γνώση του δότη αντίθετου φύλου και ίσως την επινόηση μιας μορφής ασθενούς σύνδεσης με αυτόν (κατόπιν πρότερης συναίνεσης του) ώστε να μπορεί να ενεργοποιηθεί εάν το ζητήσει το ενήλικο παιδί¹⁹².

Τα παραπάνω αναδεικνύουν την δυσκολία της πρόσβασης των ομόφυλων ζευγαριών στην Ι.Υ.Α. Η αποδοχή της πολλαπλής πατρότητας ή μητρότητας προϋποθέτει ευαισθητοποίηση στη διαφορετικότητα μέσα από την παιδεία¹⁹³. Προϋποθέτει όμως και την ανάπτυξη της κριτικής ικανότητας των πολιτών ώστε να είναι σε θέση να σταθμίσουν τι μπορεί και τι δεν μπορεί να προσφέρει η αναπαραγωγική τεχνολογία! Σε συλλογικό επίπεδο έτσι νοηματοδοτείται δημοκρατικά η Ι.Υ.Α. από μια κοινωνία. Σε ατομικό τα μέλη του ζευγαριού καλούνται να αποδεχθούν ότι αδυνατούν να αναπαραχθούν με τον σύντροφο που έχουν επιλέξει και αντί αυτού χρειάζεται να προστρέξουν σε τρίτο δότη ¹⁹⁴. Υπό αυτό το πρίσμα τόσο τα ετερόφυλα όσο και τα ομόφυλα ζευγάρια που προστρέχουν στην Ι.Υ.Α. καλούνται να συμφιλιωθούν με την καινοτομία της, ότι δηλαδή επιτυγχάνει έναν δυναμικό συνδυασμό της βιολογικής με την κοινωνικοσυναισθηματική συγγένεια στο μέτρο που αποδέχονται ότι μπορούν να αναπαραχθούν χωρίς σεξουαλική επαφή, κάνοντας χρήση του γεννητικού υλικού ενός τρίτου δότη ή δότριας με τον οποίο το κοινό παιδί τους θα συνδέεται βιολογικά εσαεί.

¹⁹⁰ Η ανωνυμία διευκολύνει την οικειοποίηση του παιδιού από τις λήπτριες ωρίων μέσω της διαγραφής των δοτριών όπως δείχνει η ανθρωπολογική έρευνα, Τουντασάκη (2014) όπ. π. σ. 150επ.

¹⁹¹ Για την σχετική επιχειρηματολογία βλ. Σταμπέλου (2007) όπ. π. και Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη, Έφη, σε: Ελισάβετ Συμεωνίδου-Καστανίδου κá, *Υποβοηθούμενη Αναπαραγωγή με ξένο γεννητικό υλικό. Νομικά και βιοηθικά ζητήματα, σε: Ι.Υ.Α.. Πρόταση για μια ενιαία Ευρωπαϊκή πολιτική, Πρόγραμμα ΑΡΙΣΤΕΙΑ II, Θεσσαλονίκη, 2015, σ. 127-139, ιδίως 135 επ*

¹⁹² Σχετικά με αυτήν την μορφή «αποφιλωμένης» συγγένειας βλ. Λέκκας, Γιώργος, Ι.Υ.Α. και συγγένεια στο ελληνικό δίκαιο. Καθιέρωση της «κοινωνικοσυναισθηματικής συγγένειας ή της τεκνοποίησης χωρίς συγγένεια, σε: Παπαχρίστου κá, *Το οικογενειακό δίκαιο στον 21^ο αιώνα από συγκυριακές στις δομικές αλλαγές* όπ. π. σ. 41-51, ιδίως σ.50

¹⁹³ Σταμπέλου (2007) όπ. π. 10

¹⁹⁴ Στην Γαλλία τα ομόφυλα ζευγάρια κατηγορήθηκαν ότι αρνούνται παθολογικά να αποδεχτούν την πραγματικότητα θέλοντας να πείσουν ότι είναι δυνατό να γεννηθεί κανείς από δύο ομόφυλους γονείς. Μήπως όμως γίνονται αποδιοπομπαίοι τράγοι επειδή απλώς δεν μπορούν να κρύψουν αυτό που τα ετερόφυλα μπορούν; Théry (2016) όπ. π. σ. 86

