

Η ΝΟΜΙΚΗ ΕΝΝΟΙΑ ΤΗΣ «ΟΙΚΟΓΕΝΕΙΑΣ» ΚΑΙ ΤΑ ΟΜΟΦΥΛΑ ΖΕΥΓΑΡΙΑ: ΜΑΘΗΜΑΤΑ ΑΠΟ ΤΟ ΕΛΛΑ

Λίνα Παπαδοπούλου

Αν Καθηγήτρια Συνταγματικού Δικαίου, Νομική Σχολή Α.Π.Θ.

I. Η σημασία της ΕΣΔΑ στην ελληνική έννομη τάξη

Θέμα της μελέτης είναι η νομική έννοια της 'οικογένειας', έτσι όπως αυτή τυποποιείται στο ελληνικό συνταγματικό και κοινό δίκαιο (ιδίως τον Αστικό Κώδικα), καθώς και στη σχετική νομολογία, με ιδιαίτερη έμφαση στη (μη) ένταξη σε αυτή των ομόφυλων ζευγαριών. Το γενικότερο ερώτημα που τίθεται είναι, με τα λόγια της τιμώμενης καθηγήτριας, κ Έφης Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη, το «κατά πόσο οφείλουμε σήμερα, είτε μέσω της ερμηνείας είτε μέσω της νομοθεσίας, να απονείμουμε δικαιώματα στα μέλη των "εναλλακτικών οικογενειών", και επομένως το κατά πόσο στην έννοια της "οικογένειας" περιλαμβάνονται και οι εναλλακτικές μορφές της»¹.

Την απάντηση θα επιχειρήσουμε να δώσουμε όχι μόνο βάσει του ελληνικού Συντάγματος αλλά και με αναφορά στη νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΔΔΑ)². Η οπτική αυτή γωνία είναι κρίσιμη λόγω της άμεσης επίδρασης που η Ευρωπαϊκή Σύμβαση των Δικαιωμάτων του

¹ Ε. Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη, *Οικογενειακό δίκαιο*, τόμος Ι, ε' έκδοση, Αθήνα – Θεσσαλονίκη: Σάκκουλα 2012, 21. Η τιμώμενη δεν είναι μόνον μια εξαιρετική δασκάλα του δικαίου αλλά και μια διανοούμενη κοινωνική επιστήμονας με ειλικρινή αγωνία και σημαντική συνεισφορά στην εξέλιξη των εννοιών και των ρυθμίσεων της οικογενειακής ζωής. Υπό αυτή την έννοια, η παρούσα μελέτη φιλοδοξεί να ενταχθεί στη νομική φιλολογία που εμπνέεται από τα έργα της.

² Το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΔΔΑ) αποτελεί όργανο του Συμβουλίου της Ευρώπης, ενός διεθνούς οργανισμού που περιλαμβάνει όλα τα ευρωπαϊκά κράτη (σήμερα 47, εκ των οποίων τα 28 είναι και μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης) και εκδικάζει υποθέσεις με βάση την Ευρωπαϊκή Σύμβαση των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΣΔΑ), αφού πρώτα έχουν εξαντληθεί όλα τα ένδικα μέσα προστασίας στο εσωτερικό των κρατών μελών του.

Ανθρώπου (πρέπει να) ασκεί στο ελληνικό δίκαιο,³ βάσει της νομικής υποχρέωσης κάθε χώρας μέλους της Σύμβασης να παίρνει όλα τα αναγκαία μέτρα προκειμένου να μην παραβιάζει την τελευταία, αλλά και της πιθανότητας καταδίκης της χώρας και επιβολής προστίμων από το ΕΔΔΑ σε αντίθετη περίπτωση. Έτσι, επειδή τα πεδία εφαρμογής Συντάγματος και ΕΣΔΑ συμπίπτουν, η ερμηνεία και εφαρμογή των δύο κειμένων θα πρέπει να είναι συνδυασμένη και εναρμονισμένη⁴, να υπερτερεί δε η πληρέστερη και ευρύτερη προστασία, στο βαθμό που δεν θίγονται δικαιώματα άλλων. Η υποχρέωση του Έλληνα δικαστή να λαμβάνει υπόψη του τη Σύμβαση⁵ πρέπει να αποτυπωθεί σε δύο διακριτές λογικά στιγμές: πρώτον, κατά τον έλεγχο της αντισυνταγματικότητας του νόμου⁶, οπότε ο εφαρμοστής (πρέπει να) ερμηνεύει τη συνταγματική διάταξη σύμφωνα με την ΕΣΔΑ⁷, στο βαθμό που αυτό επιτρέπεται χωρίς να διαστρεβλωθεί το γράμμα της, και με συναίσθηση ότι η συγκριτική ερμηνεία διεισδύει και στη γραμματική, εμπλουτίζοντας την έννοια των συνταγματικών όρων· δεύτερον, όταν ο δικαστής ελέγχει τον νόμο για τυχόν αντίθεσή του προς την ίδια την Ευρωπαϊκή Σύμβαση, προκειμένου να ανταποκριθεί στην υποχρέωση του κράτους την απορρέουσα από το άρθρο 1 ΕΣΔΑ.⁸ Η υποχρέωση του δικαστή να προβαίνει και αυτεπάγγελτα σε έλεγχο της τυχόν αντίθεσης ενός κανόνα δικαίου προς τις διεθνείς συμβάσεις για τα δικαιώματα του ανθρώπου, που είναι άμεσα εφαρμοστές, προκύπτει από τη

³ Πρβλ Εθνική Σχολή Δικαστών, *Η επίδραση της Ευρωπαϊκής Σύμβασης των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου στην εφαρμογή και ερμηνεία του ελληνικού δικαίου*, (επιμ. Γ. Κτιστάκη), Αθήνα: Αντ. Σάκκουλα 2002, *passim*.

⁴ Α. Μανιτάκης, Η διαπλοκή του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας με τον έλεγχο της συμβατικότητας των νόμων ενόψει της ΕΣΔΑ στο παράδειγμα των ενοχικών απαιτήσεων, *NoB* 2008, 2541επ (2541).

⁵ Για τον Μανιτάκη, Η διαπλοκή του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας με τον έλεγχο της συμβατικότητας, 2542, η υποχρέωση αυτή είναι δικαιο-πολιτικού χαρακτήρα.

⁶ Πρβλ Κ. Γιαννακόπουλου, *Η επίδραση του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης στον δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων*, Αθήνα – Θεσσαλονίκη: Σάκκουλα 2013, 193 επ.

⁷ Πρβλ γενικότερα L. Papadopoulou, Die Europäisierung der Verfassungsinterpretation - Unter Besonderer Berücksichtigung der Griechischen Verfassung, σε: Dimitris-Tsatsos-Institut für Europäische Verfassungswissenschaften (επιμ.), *Verfassung - Parteien - Unionsgrundordnung* (Gedenksymposion für Dimitris Th. Tsatsos), Berliner Wissenschafts-Verlag 2014, 89επ, ιδίως 96επ (διαθέσιμο και σε: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2406646).

⁸ «Τα υψηλά Συμβαλλόμενα Μέρη αναγνωρίζουν, εις όλα τα εξαρτώμενα εκ της δικαιοδοσίας των πρόσωπα, τα καθοριζόμενα εις το πρώτον μέρος της παρούσης Συμβάσεως δικαιώματα και ελευθερίας».

συνδυασμένη ερμηνεία των άρθρων 87 παρ. 2, 25 παρ. 1 και 2 και 28 παρ. 1 και 3Σ.⁹ Το βασικό ερμηνευτικό κριτήριο που διέπει, πάντως, και πρέπει να διέπει την παράλληλη εφαρμογή Συντάγματος και ΕΣΔΑ στην υπόθεση που δικάζει ο εθνικός δικαστής είναι η εφαρμογή της ευνοϊκότερης και αποτελεσματικότερης για το υποκείμενο προστασίας και απόλαυσης των δικαιωμάτων και ελευθεριών του¹⁰. Και το κριτήριο αυτό «δεν γνωρίζει ιεραρχίες κανόνων αλλά μόνον νοήματα που ευνοούν, περισσότερο ή λιγότερο, αποτελεσματική προστασία των δικαιωμάτων».¹¹

Περαιτέρω, τα επιχειρήματα αρχής που υιοθετούνται από τα ευρωπαϊκά δικαστήρια μπορούν κάλλιστα να επιστρατευτούν και ενώπιον των ελληνικών δικαστηρίων, καθώς τα δύο συστήματα προστασίας θεμελιωδών δικαιωμάτων, το ευρωπαϊκό και το ελληνικό, εμφορούνται και κατευθύνονται από τις ίδιες θεμελιώδεις συνταγματικές αρχές της ανθρώπινης αξιοπρέπειας, της ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας και της (έμφυλης) ισότητας. Τα παραπάνω σε συνδυασμό με το γεγονός ότι οι ενδιαφερόμενοι χρησιμοποιούν συχνά το ΕΔΔΑ με τρόπο εργαλειακό (*strategic litigation*), προκειμένου να πετύχουν μια – απίθανη να επιτευχθεί στην Ελλάδα- επέκταση των δικαιωμάτων τους, κάνει την εξέταση της ευρωπαϊκής νομολογίας ακόμη πιο ενδιαφέρουσα. Κατεξοχήν τέτοια υπόθεση είναι η «*Βαλλιανάτος και άλλοι κατά Ελλάδος*»¹², η οποία και θα εξεταστεί διεξοδικότερα στη συνέχεια, δεδομένου ότι η νομική κατοχύρωση των ομόφυλων ζευγαριών βρίσκεται σε άμεση συνάρτηση με το δικαίωμα σε οικογενειακή ζωή.

Τέλος, αξίζει να σημειωθεί, ήδη προκαταρκτικά, ότι, παρότι το οικογενειακό δίκαιο παραμένει εθνικό –εξάλλου η σχετική αρμοδιότητα δεν έχει μεταβιβασθεί στην Ευρωπαϊκή Ένωση-, με την έννοια ότι, όπως παρατηρεί

⁹ Μανιτάκης, Η διαπλοκή του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας..., ό.π., 2543. Πρβλ και Γ. Δρόσος, *Συνταγματικοί Περιορισμοί της ιδιοκτησίας και Αποζημίωση. Προστασία της ιδιοκτησίας και Ευρωπαϊκή Σύμβαση των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου*, Αθήνα: Νομική Βιβλιοθήκη 1987, 45.

¹⁰ Μανιτάκης, Η διαπλοκή του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας..., ό.π., 2541.

¹¹ Μανιτάκης, Η διαπλοκή του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας..., ό.π., 2548

¹² ΕΔΔΑ, *Βαλλιανάτος και άλλοι κ. Ελλάδος* (Τμήμα Ευρείας Σύνθεσης), 29381/09 και 32684/09, 7.11.2013, στα ελληνικά σε μετάφραση Βασίλη Σωτηρόπουλου στο elawyer.blogspot.gr/2013/11/blog-post_10.html (τελευταία πρόσβαση: 12.12.2014).

εύστοχα η Έφη Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη «ασφαλώς δεν είναι ξένο προς το πλέγμα των αντιλήψεων, των αξιών και των παραστάσεων που επικρατούν στην Ελλάδα ως προς τις οικογένειες και τις λειτουργίες τους», εντούτοις «έχει απομακρυνθεί από τις παραδοσιακές και αναχρονιστικές αντιλήψεις για την οικογένεια», με παράλληλη υποχώρηση των εκκλησιαστικών παραδόσεων, και «έχει εναρμονιστεί προς τις κατευθύνσεις που ακολουθούν ήδη και τα ξένα δίκαια, και από την άποψη αυτή έχει αποκτήσει διεθνή χαρακτήρα»¹³. Αυτές ακριβώς οι κοινές κατευθύνσεις βρίσκονται, εξάλλου, στη βάση της νομολογίας του ΕΔΔΑ, το οποίο αναγνωρίζει ένα πεδίο διακριτικής ευχέρειας και εθνικών ιδιαιτεροτήτων, διαφυλάσσει όμως παράλληλα την αυτονομία της ευρωπαϊκής έννομης τάξης των δικαιωμάτων, στη βάση της «ευρωπαϊκής συναίνεσης» ή των κυρίαρχων τάσεων. Παράλληλα, οι εθνικές νομοθεσίες που απέχουν από την κοινή τάση υφίστανται πιέσεις προσαρμογής, προκειμένου να αποφύγουν καταδίκες από το ΕΔΔΑ. Μια τέτοια τάση, θα φανεί ότι υφίσταται και το ελληνικό δίκαιο, δεδομένου ότι, ευρωπαϊκή και ελληνική νομολογία (και θεωρία), παρότι εκκινούν από τις ίδιες θεμελιώδεις αρχές, διαφέρουν στη νοηματοδότηση της έννοιας ‘οικογένεια’, με την ελληνική να ακολουθεί, κατά την κρατούσα άποψη, μια πιο περιοριστική ερμηνευτική γραμμή.

II. Η έννοια της ‘οικογένειας’ στο ελληνικό δίκαιο

Μία πρώτη προσπάθεια να αποσπάσουμε το δικαικό περιεχόμενο της έννοιας ‘οικογένεια’ θα ήταν από τους ορισμούς των νόμων, τόσο του ιεραρχικά ανώτερου Συντάγματος, όσο και των κοινών, τυπικών νόμων. Ωστόσο, τέτοιοι ορισμοί απουσιάζουν. Η προσέγγιση, συνεπώς, του περιεχομένου της εξεταζόμενης νομικής έννοιας δεν μπορεί να γίνει απαγωγικά, αλλά επαγωγικά, εκκινώντας από τα επιμέρους χαρακτηριστικά που το δίκαιο προϋποθέτει για να χαρακτηρίσει μία κοινότητα ανθρώπων ως ‘οικογένεια’ ή / και από τις λειτουργίες που εναποθέτει στην τελευταία. Στο πλαίσιο αυτό, θα εξετάσουμε καταρχάς τη συνταγματική προστασία της οικογένειας, προκειμένου να διερευνήσουμε τι και γιατί προστατεύει το Σύνταγμα, με έμφαση στο ερώτημα αν

¹³ Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη, *Οικογενειακό Δίκαιο*, I, 8.

στο προστατευτέο αγαθό 'χωρούν' τα ομόφυλα ζευγάρια ή, αντιστρόφως, αν η ταυτότητα φύλου των συντρόφων συνιστά όρο επαρκή και αναγκαίο για την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής των σχετικών συνταγματικών διατάξεων. Η έννοια της οικογένειας απαντάται επίσης πολύ συχνά και στο κοινό δίκαιο, ιδίως στον Αστικό Κώδικα σε πλήθος διατάξεων και στα πέντε βιβλία του.¹⁴

A. Η συνταγματική προστασία της οικογένειας

1. Ο αμυντικός και κοινωνικός χαρακτήρας του δικαιώματος

Στο ελληνικό Σύνταγμα η έννοια της οικογένειας απαντάται στα άρθρα 9παρ. 1 εδ β'¹⁵ και 21¹⁶ Σ. Ενώ το πρώτο διακηρύσσει το απαραβίαστο της οικογενειακής ζωής, έχοντας έναν μάλλον ατομικό – αμυντικό χαρακτήρα, το δεύτερο ως κοινωνικό δικαίωμα θέτει υπό την προστασία του Κράτους την οικογένεια γενικά, με μία ιδεολογικά φορτισμένη μάλιστα διατύπωση¹⁷ «ως θεμέλιο της συντήρησης και προαγωγής του Έθνους», και την πολύτεκνη οικογένεια ειδικότερα.

¹⁴ Για μια αναλυτική παρουσίαση βλ. Η. Γιαρένης, Η νομολογιακή διαμόρφωση της έννοιας της οικογένειας στην επιδίκαση χρηματικής ικανοποίησης λόγω ψυχικής οδύνης, Εισήγηση στο 10ο Πανελλήνιο Συνέδριο της Ένωσης Αστικολόγων, 22-23/02/2013, *Ελληνική Δικαιοσύνη* 2013, 318επ, διαθέσιμο σε: <https://www.academia.edu/> (πρόσβαση: 18.12.2014). και Φ.-Π. Θεοδωροπούλου, Νομική και κοινωνιολογική προσέγγιση της έννοιας του θεσμού της οικογένειας, ΕφΑΔ 2013, 494επ (506επ). Έτσι, για παράδειγμα, κατά το άρθρο 932 εδ. 3 ΑΚ, σε περίπτωση θανάτωσης προσώπου η χρηματική ικανοποίηση μπορεί να επιδικαστεί στην οικογένεια του θύματος λόγω ψυχικής οδύνης. Στη διάταξη αυτή δεν προσδιορίζεται η έννοια του όρου "οικογένεια του θύματος", προφανώς, όπως αναγνωρίζει παγίως η νομολογία, επειδή «ο νομοθέτης δεν θέλησε να διαγράψει δεσμευτικά τα όρια ενός θεσμού, ο οποίος από τη φύση του υφίσταται κατ' ανάγκη τις επιδράσεις από τις κοινωνικές διαφοροποιήσεις κατά τη διαδρομή του χρόνου» (ΑΠ 434/2005).

¹⁵ Άρθρο 9 παρ. 1 εδ. β' Σ: «Η ιδιωτική και οικογενειακή ζωή του ατόμου είναι απαραβίαστη».

¹⁶ Άρθρο 21 Σ: (1) Η οικογένεια, ως θεμέλιο της συντήρησης και προαγωγής του Έθνους, καθώς και ο γάμος, η μητρότητα και η παιδική ηλικία τελούν υπό την προστασία του Κράτους. (2) Πολύτεκνες οικογένειες, ανάπηροι πολέμου και ειρηνικής περιόδου, θύματα πολέμου, χήρες και ορφανά εκείνων που έπεσαν στον πόλεμο, καθώς και όσοι πάσχουν από ανίατη σωματική ή πνευματική νόσο έχουν δικαίωμα ειδικής φροντίδας από το Κράτος.

¹⁷ Κ. Χρυσόγονος, *Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα*, Εκδόσεις, Αθήνα: Νομική Βιβλιοθήκη 2006, 535, ο οποίος όμως ορθώς επισημαίνει ότι αυτή η διατύπωση δεν μπορεί να συνεπάγεται ερμηνεία του Συντάγματος με ρατσιστικά κριτήρια και διακρίσεις μεταξύ ημεδαπών και αλλοδαπών, ιδίως μάλιστα σε βάρος των μικτών οικογενειών (όπ.π., 545).

Ειδικότερα, τα άρθρα 5παρ. 1 Σ¹⁸, 9παρ. 1 εδ β' Σ¹⁹, 21παρ. 1²⁰ (το καθένα μόνο του ή σε συνδυασμό με τα άλλα) εγγυώνται τον αμυντικό / ατομικό χαρακτήρα του δικαιώματος ίδρυσης οικογένειας, και άρα το δικαίωμα επιλογής του ατόμου αν και με ποιον ή ποια θα συνδεθεί με στενούς, οικογενειακής φύσης, δεσμούς. Ως προς τη διάστασή της αυτή, η ίδρυση οικογένειας βρίσκεται σε άμεση συνάρτηση με την ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας, και την ειδικότερη έκφρασή αυτής, ως σεξουαλικής ελευθερίας, την ελευθερία αυτοπροσδιορισμού, αυτοδιάθεσης και χάραξης ενός προσωπικού βιοτικού πλαισίου. Στο πλαίσιο αυτό, κρίσιμο είναι το ερώτημα μέχρι ποιο βαθμό η οικογένεια διέπεται από αναγκαστικού δικαίου διατάξεις,²¹ και κατά πόσο αφήνεται χώρος στην προσωπική πρωτοβουλία και επιλογή. Κατά πόσο, δηλαδή, η οικογένεια είναι ένα προκαθορισμένο από το νόμο αγαθό, και άρα η ελευθερία επιλογής συνίσταται σε μία 'take it or leave it' δυνατότητα του ατόμου ή το τελευταίο μπορεί να συμπροσδιορίσει τα χαρακτηριστικά της οικογένειας που θέλει να συγκροτήσει σε συμφωνία με τα υπόλοιπα μέλη της.

Αν η ελευθερία ίδρυσης οικογένειας, που περιλαμβάνει και τη μορφή αυτής της οικογένειας ερείδεται στο ά 5παρ. 1 Σ, τότε υπόκειται στην τριάδα των περιορισμών, δηλαδή τη μη προσβολή των δικαιωμάτων των άλλων, και τη μη παραβίαση του Συντάγματος και των χρηστών ηθών. Εξάλλου, ακόμη και αν θεωρηθεί ότι πηγάζει η ελευθερία αυτή από τα άρθρα 9 ή /και 21 Σ, και τότε δεν είναι απεριοριστο, αλλά υπόκειται στους γενικούς περιορισμούς των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Ο ορισμός της νομικής έννοιας 'οικογένεια' νοείται, υπό αυτό το πρίσμα, ως εγγενής περιορισμός, που δεν είναι κάτι άλλο από εννοιολογικό προσδιορισμό.²² Ο περιορισμός αυτός όμως είναι αυτοαναφορικός και δεν μας λύνει το μεθοδολογικό ζήτημα: αν, δηλαδή, η «οικογένεια» πρέπει να

¹⁸ Φ. Βεγλερής, *Η Σύμβαση των δικαιωμάτων του ανθρώπου και το Σύνταγμα*, Ι, Αθήνα: Αντ Σάκκουλα 1977, 123, σημ. 194· Ευρ. Μπέσιλα-Βήκα, *Η συνταγματική κατοχύρωση των δικαιωμάτων σύναψης γάμου και ίδρυσης οικογένειας*, Αθήνα-Κομοτηνή: Αντ. Σάκκουλα 1989, 43επ.

¹⁹ Π. Δαγτόγλου, *Συνταγματικό Δίκαιο – Ατομικά Δικαιώματα*, Αθήνα-Κομοτηνή: Αντ Σάκκουλας ³2010, 402, αρ. περ. 503.

²⁰ Χρυσόγονος, *Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα*, 544.

²¹ Πρβλ Ι. Δεληγιάννης, *Οικογενειακό Δίκαιο*, Ι, Θεσσαλονίκη: Σάκκουλα ²1980· Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη, *Οικογενειακό Δίκαιο*, Ι, 4· Χρυσόγονος, *Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα*, 545.

²² Δαγτόγλου, *Ατομικά Δικαιώματα*, 143, αρ.περ. 202.

προσδιοριστεί ως μια αόριστη συνταγματική έννοια, άρα και από το δικαστή, ή, μόνον βάσει του περιεχόμενου που αποκτά μέσω του κοινού δικαίου από τον νομοθέτη, τυπικό ή κανονιστικό. Στην απάντηση, ωστόσο, πρέπει να ληφθεί υπόψη το γεγονός ότι στην πράξη η ερμηνεία της έννοιας μπορεί να οδηγήσει σε σπουδαίο περιορισμό της εμβέλειας του ατομικού δικαιώματος.

Ο κοινωνικός χαρακτήρας της συνταγματικής τυποποίησης της οικογένειας σημαίνει καταρχάς την υποχρέωση του κράτους να προστατεύει την ίδια και τα μέλη της, εισάγοντας ακόμη και ευνοϊκότερες ρυθμίσεις υπέρ της²³. Όπως κάθε κοινωνικό δικαίωμα, βεβαίως, έτσι και το συγκεκριμένο είναι εκτεθειμένο στους οικονομικούς περιορισμούς της συγκυρίας και των πολιτικών επιλογών της κυβέρνησης περισσότερο από ό,τι ως αμυντικό δικαίωμα και παράλληλα υπόκειται σε σταθμίσεις, που μπορεί να οδηγήσουν σε περιορισμό τυχόν συγκρουόμενων δικαιωμάτων. Τέλος, η κατοχύρωση στο Σύνταγμα συνεπάγεται και σύμφωνη με το τελευταίο ερμηνεία των κοινών νόμων,²⁴ και άρα τον περιορισμό ή, εν μέρει, ετεροκαθορισμό του ίδιου του νομοθέτη, δια του Συντάγματος.

2. *Η οικογένεια ως θεσμός και η συνταγματική της εγγύηση*

Η τριπλή φύση της συνταγματικής προστασίας της οικογένειας συμπληρώνεται από τη νοηματοδότηση των σχετικών διατάξεων ως «θεσμικής εγγύησης», δεδομένου ότι η οικογένεια, ερείδεται μεν καταρχήν στην εμπειρική πραγματικότητα, βρίσκει όμως αναγνώριση από το δίκαιο και άρα θεσμοποιείται²⁵. Η θεσμική αυτή εγγύηση έχει τόσο θετική όσο και αρνητική διάσταση²⁶.

Η θετική διάστασή της σημαίνει ότι η δημιουργία οικογένειας και η ύπαρξη οικογενειακής σχέσης μεταξύ ατόμων δεν μπορεί να επιφέρει γι αυτά αρνητικές

²³ Π. Παραράς, *Σύνταγμα και Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΣΔΑ)*, Αθήνα-Κομοτηνή: Αντ. Σάκκουλα 1996, 97επ.

²⁴ Χρυσόγονος, *Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα*, 541επ.

²⁵ Για την έννοια των δικαϊκών θεσμών βλ. Θεοδωροπούλου, *Νομική και κοινωνιολογική προσέγγιση της έννοιας του θεσμού της οικογένειας*, 495επ.

²⁶ Χρυσόγονος, *Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα*, 537.

συνέπειες. Η αρνητική όψη σημαίνει ότι «είναι ανεπίτρεπτη η παρεμπόδιση των συζύγων και των άλλων μελών της οικογένειας από το ν' αναγνωρισθούν νομικά ως τέτοια και ν' αναπτύξουν μεταξύ τους την επικοινωνία και οικειότητα που είναι συμφυής με την ίδια την έννοια του γάμου και της οικογένειας».²⁷ Για παράδειγμα «η μη παρεμπόδιση της οικογενειακής σχέσης εκφράζεται πρώτιστα μέσα από τον σεβασμό του δικαιώματος προσωπικής επικοινωνίας» (άρθρο 1520 ΑΚ), το οποίο αποτελεί θεμελιώδες στοιχείο του οικογενειακού βίου, αδιάσπαστο από μεταγενέστερα περιστατικά, πλην εξαιρετικών περιπτώσεων²⁸, αφορά δε και τα εκτός γάμου τέκνα²⁹. Αυτή η αρνητική όμως όψη της θεσμικής εγγύησης προϋποθέτει ότι η οικογένεια και οι οικογενειακοί δεσμοί προϋπάρχουν του δικαίου, υφίστανται εμπειρικά πριν το δίκαιο και πρέπει να αναγνωριστούν από αυτό. Ερώτημα ανοικτό παραμένει όμως το αν οι δεσμοί αυτοί πρέπει να είναι μόνον βιολογικοί ή και κοινωνικο-συναισθηματικοί για να καταφαθεί εμπειρικά η οικογένεια. Τι σημαίνει, δηλαδή, «αληθινή»³⁰ οικογένεια, τα μέλη της οποίας απαγορεύεται να εμποδίζονται από το να αναγνωριστούν μεταξύ τους και έναντι τρίτων ως τέτοια;

Κατά συντρέχουσα άποψη, ελλείπει γάμου ως οικογένεια αναγνωρίζεται η 'φυσική οικογένεια', με συνδρομή αποδεικτικών στοιχείων, όπως η φυσική συγγένεια ή η συμβίωση και η αμοιβαία διατροφή. Η επικράτηση ενός 'βιολογισμού' πάνω στον οποίο ερείδεται η άποψη για 'φυσική', υπό την έννοια της 'βιολογικής' οικογένειας, εκφέρεται συχνά και στη θεωρία και συγκροτείται με βάση ένα βιολογικό γεγονός: σεξουαλική σχέση ή τεκνοποιΐα³¹. Ο ορισμός αυτός έχει θετικά στοιχεία, από την άποψη αφενός της καθαρότητας, αφετέρου της ανοικτότητας. Ωστόσο, αφενός, η υπαγωγή της σεξουαλικής σχέσης στα βιολογικά γεγονότα είναι ασταθής, αφετέρου, θέτει κατ' ανάγκην σε δεύτερη μοίρα τους κοινωνικο-συναισθηματικούς δεσμούς, αναγκάζεται δε σε δεύτερη ανάγνωση να προσθέσει και το στοιχείο της μονιμότητας της συμβίωσης, που δεν

²⁷ Χρυσόγονος, *Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα*, 537.

²⁸ ΕΔΔΑ, *Κοσμοπούλου κ Ελλάδας*, Νο 60457/00, 05.02.2004.

²⁹ ΕΔΔΑ, *Elsholz κ Γερμανίας*, Νο 25735/94, 13.07.2000.

³⁰ Χρυσόγονος, *Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα*, 539.

³¹ Δεληγιάννης, *Οικογενειακό δίκαιο*, 21επ· Θ. Παπαχρίστου, *Εγχειρίδιο οικογενειακού δικαίου*, Αθήνα-Κομοτηνή: Αντ. Ν. Σάκκουλας ³2005, 1επ.

είναι καθεαυτό ένα βιολογικό γεγονός. Έτσι, συμπεριλαμβάνει, ορθώς τις ελεύθερες ενώσεις. Και πάλι, όμως, η έννοια της οικογένειας δεν μπορεί, όπως θα υποστηριχθεί στη συνέχεια, να εξαντλείται στη βιολογική συσχέτιση, ιδίως δε όταν η τελευταία αντιστρατεύεται τους κοινωνικο-συναισθηματικούς δεσμούς.

3. Τα ερωτήματα που αφήνει ανοικτά το Σύνταγμα

Η έννοια της ‘οικογένειας’ δεν ορίζεται και δεν προσδιορίζεται βάσει αναφαίρετων χαρακτηριστικών από το ίδιο το Σύνταγμα, πέραν της ιδιότητάς της ως «θεμελίου της συντήρησης και προαγωγής του Έθνους». Το κενό αυτό καλείται, αναγκαστικά, να πληρώσει ο νόμος, ως έκφανση της γενικής βούλησης, όπως αυτή διαθλάται μέσω της αντιπροσώπευσης, δηλαδή μιας πλειοψηφικής έκφρασης του λαού, αλλά και η νομολογία, ιδίως η συνταγματική δικαιοσύνη, και, τέλος -ή, πρακτικά, αρχικά- η θεωρία, ως τεχνοκρατική έκφανση της επιστήμης του δικαίου.³²

Το πιο κρίσιμο και καθοριστικό πολλές φορές ερώτημα που αναδύεται είναι αν η έννοια της ‘οικογένειας’, πρέπει να αντληθεί μόνον από το θετό δίκαιο, δηλαδή την κοινή νομοθεσία, την οποία και άνευ ετέρου πρέπει να ακολουθεί ο δικαστής, ή αν αντίθετα αυτή αποτελεί μία εμπειρική έννοια, και άρα είναι στην αρμοδιότητα του τελευταίου -όπως και της θεωρίας- να διαπλάσει το περιεχόμενο της προσδίδοντας και περιεχόμενο, δηλαδή ενδύοντάς την με μορφές ‘οικογενειακής ζωής’, για τις οποίες δεν προέβλεψε (ακόμη;) ο νομοθέτης. Είναι κοινός τόπος ότι η χρήση από τν τελευταίο, συμπεριλαμβανομένου και του συνταγματικού, πλήθους γενικών ρητρών και αόριστων εννοιών, παρέχει ευρεία δικαιοπλαστική εξουσία στο δικαστή.³³ Με τον τρόπο αυτό, ο γενικός και αφηρημένος κανόνας δικαίου βρίσκει την πιο δίκαιη και επιεική εφαρμογή του και ταυτόχρονα μπορεί να εκσυγχρονίζεται σε συνάρτηση με τα νέα οικογενειακά ήθη και έτσι να διατηρείται επίκαιρος.³⁴ Αν αυτό ισχύει μια φορά για το κοινό

³² Πρβλ Παραράς, *Σύνταγμα και ΕΣΔΑ*, 98.

³³ Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη, *Οικογενειακό Δίκαιο*, I, 5.

³⁴ Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη, *Οικογενειακό Δίκαιο*, I, 6.

δίκαιο, που τροποποιείται ευκολότερα, ισχύει πολύ περισσότερο για το αυστηρό μας Σύνταγμα.

Σε κάθε περίπτωση, είτε νοηθεί ως νομοθετικά οριοθετημένη, είτε ως δικαστικά διαπλασσόμενη, η οικογένεια, ως συνταγματικά προστατευόμενη εμπειρική κατάσταση, δεν νοείται ως η υφιστάμενη κατά το χρόνο ψήφισης του Συντάγματος το 1975 κοινότητα, αλλά εξελίσσεται, μεταβάλλεται³⁵ και αναπροσδιορίζεται κάθε φορά ανάλογα με την κοινωνική πρόοδο³⁶ και τις επιλογές του νομοθέτη, αλλά και του εφαρμοστή του δικαίου, ιδίως του δικαστή. Η διαφορά ανάμεσα στους δύο είναι ότι ο νομοθέτης εκφράζει, κατά τεκμήριο, την πλειοψηφική αντίληψη, προσωποποιώντας τη ρεπουμπλικανική, διαδικαστική συνιστώσα της συνταγματικής δημοκρατίας, ενώ ο δικαστής την αντίστοιχη δικαιοκρατική.

Κατά δεύτερο λόγο, τίθεται το ερώτημα ποια είναι η σχέση μεταξύ οικογένειας και γάμου, αν το ένα συνεπάγεται ή / και προϋποθέτει κατ' ανάγκην το άλλο, και τι κανονιστικές συνέπειες έχει η μία ή η άλλη πρόσληψη των δύο θεσμών / εννοιών και η μεταξύ τους σχέση. Δεδομένου ότι ο γάμος είναι εξ ορισμού μια νομικά τυποποιημένη έννοια, ένας θεσμός με συγκεκριμένα χαρακτηριστικά και μία σύμβαση βάσει ειδικών θετικών και αρνητικών προϋποθέσεων, η αναπόσπαστη σύνδεση της οικογένειας μαζί του θα μετέφερε και σ' αυτήν την εγγενώς νομική και τυπική φύση του γάμου. Ωστόσο, σε αντίθεση με το γάμο που δεν προϋπάρχει εμπειρικά, αλλά δημιουργείται το πρώτον μέσα στο δίκαιο και από το δίκαιο, η οικογένεια, ως κοινότητα συμβίωσης, αγάπης και αμοιβαίας στήριξης, είναι ένα κοινωνικό και εμπειρικό φαινόμενο. Συνεπώς, η αποσύνδεση των δύο επιτρέπει μεγαλύτερη προσαρμοστικότητα βάσει εμπειρισμού στην 'ανακάλυψη' του περιεχομένου και των μορφών της οικογένειας. Η άτυπη πρόσληψη της οικογένειας, εξάλλου, τελεί σε αρμονία τόσο με την ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας όσο και με τη

³⁵ Βλ και την 260/2011 ΑΠ (αναφορικά με την επιδίκαση χρηματικής αποζημίωσης λόγω ψυχικής οδύνης που προκλήθηκε από θάνατο συγγενικού προσώπου (άρθρο 932 ΑΚ), όπου σημειώνεται ότι: «δεν προσδιορίζεται η έννοια του όρου "οικογένεια του θύματος", γιατί ο νομοθέτης δεν θέλησε να διαγράψει δεσμευτικώς τα όρια ενός θεσμού, ο οποίος ως εκ της φύσεώς του, υφίσταται αναγκαίως τις επιδράσεις από τις κοινωνικές διαφοροποιήσεις με την πάροδο των ετών».

³⁶ Πρβλ Δεληγιάννης, *Οικογενειακό Δίκαιο*, 28.

σύνδεση της οικογένειας με την «προαγωγή του έθνους», που πρέπει να νοηθεί ως αναπαραγωγή και ανατροφή παιδιών, ανεξάρτητα από την τυπική μορφή που αυτή μπορεί να προσλάβει.³⁷ Συνεπώς, η αναζήτηση των δομικών στοιχείων της οικογένειας γίνεται συνδυαστικά μεταξύ κοινωνικού και νομικού, και η οριοθέτηση αυτή δεν μπορεί να δρα παρά διαπλαστικά και δημιουργικά για το δίκαιο.

B. Τα δομικά στοιχεία της οικογένειας

Η οικογένεια ως «κοινότητα»³⁸ και κοινωνικός θεσμός αποτελεί ενδιάμεση βαθμίδα μεταξύ ατόμου και συνόλου³⁹ (θεσμική εγγύηση). Σε τι όμως στηρίζεται η κοινότητα αυτή; Προϋποτίθεται γάμος (νομικό στοιχείο), βιολογικά τέκνα (δεσμός αίματος), ή και υιοθετημένα (νομικό στοιχείο), ετεροφυλία των συζύγων, συμβίωση, συναισθηματικοί δεσμοί; Το τι απαιτείται οπωσδήποτε, τι αποτελεί δηλαδή εκ των ων ουκ άνευ στοιχείο, και τι αρκεί από μόνο του δεν απαντάται ομοφώνως στη θεωρία. Η απάντηση όμως που δίνει κανείς προσδιορίζει καθοριστικά την έννοια της οικογένειας και άρα επεκτείνει ή περιορίζει το σχετικό πεδίο εφαρμογής. Δικαίως, λοιπόν, γίνεται λόγος για πολλές διαφορετικές έννοιες της οικογένειας.⁴⁰ Τα στοιχεία που προτείνονται είναι η κοινότητα του βίου, η συμβίωση, η υποχρέωση διατροφής, και τα συναισθήματα αγάπης, η ύπαρξη τέκνων (φυσικών ή υιοθετημένων) και η σύνδεση με το γάμο. Κανένα όμως από αυτά τα στοιχεία, απ' ό,τι θα φανεί στη συνέχεια δεν είναι ούτε αδιαμφισβήτητο ή επαρκές από μόνο του, ούτε ομοφώνως αποδεκτό ως εκ των ων ουκ άνευ στοιχείο. Φαίνεται ότι η κρίση γίνεται μάλλον *ad hoc*, και *ex causa ad casus*, με συνεκτίμηση όλων των περιστάσεων, παρά με την εφαρμογή αυστηρών κριτηρίων, όπως γίνεται με το γάμο. Είναι προφανές ότι η συμπερίληψη ή όχι των ομόφυλων ζευγαριών –και τυχόν τέκνων που οι ομόφυλοι σύντροφοι ανατρέφουν

³⁷ Πρβλ. Τ. Βιδάλης, *Η συνταγματική διάσταση της εξουσίας στο γάμο και στην οικογένεια. Ατομικές ελευθερίες και θεσμικοί μετασχηματισμοί*, Αθήνα-Κομοτηνή: Αντ. Σάκκουλα 1996, 98επ.

³⁸ Πρβλ. Βιδάλης, *Η συνταγματική διάσταση της εξουσίας στο γάμο και στην οικογένεια*, 37επ.

³⁹ Δαγτόγλου, *Ατομικά Δικαιώματα*, 402, αρ.περ. 503.

⁴⁰ Γ. Κουμάντος, *Παραδόσεις Οικογενειακού Δικαίου*, Αθήνα: Σάκκουλας 41985, 19· Γ. Κουμάντος, *Οικογενειακό δίκαιο*, I, Αθήνα: Αφοί Σάκκουλα 1988, 16επ.

από κοινού- εξαρτάται άμεσα από τις προϋποθέσεις και τα *sine qua non* χαρακτηριστικά της ‘οικογένειας’, με τη νομική έννοια του όρου.

1. Η ύπαρξη τέκνων

α. Ασυμφωνία αν η ύπαρξη τέκνων αποτελεί εκ των ων ουκ άνευ στοιχείο της οικογένειας

Κατά την ερμηνεία της θεωρίας, η οικογένεια είναι η κοινότητα γονέων και τέκνων, φυσικών ή υιοθετημένων,⁴¹ ανεξάρτητα από το αν αυτά είναι γεννημένα ύστερα από γάμο ή χωρίς γάμο.⁴² Επίσης, η οικογένεια νοείται υπό στενή έννοια, δηλαδή η ‘πυρηνική’ οικογένεια.⁴³ Σύμφωνα με τον ορισμό αυτό κριτήριο είναι η ύπαρξη ενός ή περισσότερων τέκνων, άρα δεν υφίσταται οικογένεια χωρίς τέτοια, είτε πρόκειται για έγγαμους συζύγους είτε για ελεύθερα συμβιούντες.⁴⁴

Η άποψη ότι η οικογένεια πρέπει να περιλαμβάνει οπωσδήποτε τέκνα μπορεί να υποστηριχθεί υπό το φως του ελληνικού Συντάγματος, λόγω της διατύπωσης του άρθρου 21παρ. 1 Σ, δηλαδή ως προς την κοινωνική – παροχική διάσταση του δικαιώματος προστασίας της οικογένειας και μόνον. Υπέρ της ύπαρξης τέκνων ως εκ των ων ουκ άνευ προϋπόθεσης για την συνταγματική προστασία της οικογένειας, δηλαδή, συνηγορεί η γραμματική και τελεολογική ερμηνεία του άρθρου 21παρ. 1 Σ, που, όπως επισημάνθηκε, θέτει το σκοπό της «συντήρησης και προαγωγής του έθνους». Συνεπώς, όπως παρατηρεί ο Βιδάλης,⁴⁵ η οικογένεια ως κοινότητα συμβίωσης καλείται να αποτελέσει χώρο βασικής κοινωνικοποίησης και μετάδοσης κοινωνικών γνώσεων (και) στα τέκνα και για αυτό τίθεται υπό την προστασία του κράτους.

⁴¹ Α. Γαζής, Η επίδραση του Συντάγματος επί του αστικού δικαίου, σε: *Η επίδραση του Συντάγματος του 1975 επί του ιδιωτικού και επί του δημοσίου δικαίου*, Αθήνα 1976, 27· Χρυσόγονος, *Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα*, 535· Μπέσιλα-Βήκα, *Η συνταγματική κατοχύρωση*, 101.

⁴² Παραράς, *Σύνταγμα και ΕΣΔΑ*, 99επ.

⁴³ Χρυσόγονος, *Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα*, 535. Για τη διάκριση μεταξύ «μικρής» ή «συζυγικής» ή «πυρηνικής» οικογένειας αφενός και «ευρείας» ή «πατριαρχικής» οικογένειας αφετέρου βλ αντί άλλων, Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη, *Οικογενειακό δίκαιο*, I, 18επ.

⁴⁴ Χρυσόγονος, *Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα*, 535.

⁴⁵ Βιδάλης, *Η συνταγματική διάσταση της εξουσίας στο γάμο και στην οικογένεια*, 99επ.

Δύσκολα θα μπορούσε, ωστόσο, να υποστηριχθεί το ίδιο και στο πλαίσιο του άρθρου 9παρ. 1 Σ, που αφορά την αμυντική διάσταση του απαραβίαστου και βρίσκεται σε άμεση σχέση με το άρθρο 5παρ. 1 Σ.⁴⁶ Αν αυτό ίσχυε θα υπήρχε ο κίνδυνος να αντιμετωπιστούν τα πρόσωπα «ως οιονεί εργαλεία αναπαραγωγής».⁴⁷ Το αντεπιχείρημα εδώ θα ήταν ότι η αρνητική όψη του αμυντικού δικαιώματος στην ίδρυση οικογένειας, αν αυτή εκληφθεί ως περιλαμβάνουσα εξ ορισμού τέκνα είναι ότι κανείς δεν είναι υποχρεωμένος να ιδρύσει οικογένεια.

Θα μπορούσε να προταθεί ερμηνευτικά ότι, ναι μεν η οικογένεια αυτή καθεαυτή δεν περιλαμβάνει αναγκαστικά τέκνα, άρα το σχετικό αμυντικό δικαίωμα ελεύθερης δημιουργίας οικογένειας προφανώς καλύπτει και αυτή την περίπτωση, αλλά στην κοινωνική διάσταση του δικαιώματος, η κρατική προστασία και υποστήριξη σχετίζονται με την ύπαρξή τους. Υπέρ της άποψης αυτής συντείνουν η λογικο-συστηματική και τελεολογική ερμηνεία: η αποχή του κράτους συνδέεται εξ ορισμού με μεγαλύτερο πλαίσιο ελευθερίας, ενώ η θετική παροχή εκ μέρους του με ανάθεση σημαντικών κατά το Σύνταγμα λειτουργιών. Ωστόσο η διάκριση της ‘οικογένειας’ ανάλογα με το χαρακτήρα του δικαιώματος (αμυντικό ή κοινωνικό) βρίσκει το όριό της στη γραμματική διατύπωση του άρθρου 21παρ. 1 Σ, όπου κόμμα χωρίζει τον όρο «οικογένεια» από την αναφορική πρόταση «ως θεμέλιο της συντήρησης και προαγωγής του Έθνους», πράγμα που σημαίνει ότι κάθε οικογένεια συνιστά τέτοιο θεμέλιο.

Επίσης, αν η ξεχωριστή αναφορά στο γάμο (στο άρθρο 21παρ. 1 Σ) δικαιολογεί το ερμηνευτικό συμπέρασμα ότι οι δύο έννοιες (γάμος και οικογένεια) είναι διακριτές πηγές ή δικαιολογητικές βάσεις προστασίας, τότε το ίδιο ερμηνευτικό μονοπάτι μπορεί να ακολουθηθεί για να διακριθεί η προστασία της οικογένειας από εκείνη της μητρότητας, που επίσης ρητά και διακριτά τίθεται υπό την προστασία του κράτους, στην ίδια συνταγματική διάταξη. Η πατρότητα μπορεί όμως να ενταχθεί μόνο στην προστασία της οικογένειας, καθώς δεν

⁴⁶ Έτσι αντιμετωπίζονται και οι ενστάσεις του Βιδάλη, *Η συνταγματική διάσταση της εξουσίας στο γάμο και στην οικογένεια*, 101. Το αντεπιχείρημα εδώ θα ήταν ότι η αρνητική όψη του αμυντικού δικαιώματος στην ίδρυση οικογένειας, αν αυτή εκληφθεί ως περιλαμβάνουσα εξ ορισμού τέκνα είναι ότι κανείς δεν είναι υποχρεωμένος να ιδρύσει οικογένεια.

⁴⁷ Βλ Βιδάλη, *Η συνταγματική διάσταση της εξουσίας στο γάμο και στην οικογένεια*, 101επ.

προστατεύεται ξεχωριστά. Κατά την άποψη⁴⁸ που θέλει την οικογένεια να περιλαμβάνει σε κάθε περίπτωση τη μητρότητα, εξάλλου, η ξεχωριστή αναφορά γίνεται για να επιτραπεί προτιμησιακή μεταχείριση της μητέρας έναντι του πατέρα, η πρόκριση δηλαδή της μητρότητας έναντι της πατρότητας, είτε μέσω νομοθετικής ρύθμισης που εξ ορισμού θα ανέθετε την επιμέλεια του τέκνου στη μητέρα σε περίπτωση διάστασης των γονέων, είτε μέσω της αντίστοιχου περιεχομένου νομολογιακής πρακτικής των δικαστηρίων. Η ερμηνευτική αυτή συνεπαγωγή, ωστόσο, για την πρωταρχία της μητρότητας δεν μπορεί να γίνει δεκτή· αντιθέτως, ως πρώτο κριτήριο πρέπει να αντιμετωπίζεται η προστασία της παιδικής ηλικίας, και άρα το συμφέρον του παιδιού να υπερτερεί και να έχει το προβάδισμα, να μην σταθμίζεται απλώς με την προστασία της μητρότητας σε περίπτωση τυχόν σύγκρουσης ανάμεσα στα δύο. Η πρόκριση αυτή μπορεί να αιτιολογηθεί με βάση την αντίληψη ότι τα τέκνα δεν είναι ούτε παραρτήματα ούτε ιδιοκτησία των γονέων, ή έστω της μητέρας, αλλά αυτόνομα άτομα των οποίων η επιβίωση, η βιολογική και διανοητική ανάπτυξη και η ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητάς τους πρέπει να τεθεί υπό την προστασία του κράτους, ως έκφραση της αρχής της αυτοκτησίας (self-ownership), που τίθεται στο κέντρο μιας συνταγματικής, δηλαδή φιλελεύθερης, έννομης τάξης.

Σε ένα τέτοιο πλαίσιο, η γονεϊκότητα, κατά την κρατούσα θεωρία και νομολογία, φαίνεται να ορίζεται είτε από τη βιολογική συγγένεια (φυσικά τέκνα) είτε από την νομική ίδρυση τέτοιας μέσω υιοθεσίας. Η στάση αυτή διαφοροποιείται τελευταία, με τάση ενίσχυσης της κοινωνικο-συναισθηματικής συγγένειας. Το κριτήριο αυτό εισάγεται νομοθετικά με το Ν 3089/2002 για την ιατρικώς υποβοηθούμενη αναπαραγωγή⁴⁹. Αποτελεί δε ειδικότερη έκφραση της αρχής προστασίας του παιδιού. Και βρίσκεται σε αρμονία με σκέψεις που προεκτέθηκαν σχετικά με την εναρμόνιση της αμυντικής διάστασης του δικαιώματος ίδρυσης οικογένειας, ως έκφραση της γενικής ελευθερίας, και της κοινωνικής και θεσμικής διάστασης, με κανονιστική συνέπεια την κρατική προστασία. Με άλλα λόγια, η ‘αλήθεια’ της συγγένειας μοιάζει πια να μην είναι η βιολογική, αλλά μάλλον η κοινωνικο-συναισθηματική.

⁴⁸ Χρυσόγονος, *Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα*, 536.

⁴⁹ Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη, *Οικογενειακό Δίκαιο*, 4, 14.

Όπως όμως προαναφέρθηκε, η άποψη ότι οικογένεια προϋποθέτει κατ'ανάγκην τέκνα δεν γίνεται ομοφώνως δεκτή. Υποστηρίζεται⁵⁰ έτσι και το αντίθετο, ότι, δηλαδή, και οι σύζυγοι μόνοι τους αποτελούν οικογένεια και έχουν οικογενειακή ζωή, προστατευόμενη από το Σύνταγμα. Το συμπέρασμα αυτό ενισχύει και το άρθρο 1389 ΑΚ, αναφορικά με την κοινή συμβολή στις οικογενειακές ανάγκες.⁵¹ Η οικογένεια χωρίς παιδιά, εξάλλου, (όπως και η μονογονεϊκή) χαρακτηρίζεται από μέρος της θεωρίας «μη άρτια» ή «ατελής» οικογένεια⁵² αλλά πάντως «οικογένεια». Το ότι πάντως με το νόμο 3089/2002 δίνεται δικαίωμα πρόσβασης στην ΙΥΑ και σε ζευγάρια σε ελεύθερη ένωση, όπως και σε άγαμες γυναίκες, δεν σημαίνει κατ' ανάγκη ότι τα υποκείμενα αυτά απολαύουν και της προστασίας της οικογένειας,⁵³ αλλά απλώς ότι διευκολύνονται στην ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητάς τους στην ειδικότερη έκφασή της της τεκνοποιίας. Είναι διακριτό το ζήτημα ότι αν και εφόσον η ΙΥΑ πετύχει, τα υποκείμενα αυτά θα καταταχθούν προφανώς στις οικογένειες, βάσει πλέον της απόκτησης τέκνου. Επίσης, κατά βάση αποκλείονται από την έννοια της «οικογένειας» όλοι οι εκτός πυρήνα της συγγενείς, για γονείς και αδέρφια των συζύγων. Ωστόσο, ούτε αυτό είναι απόλυτο.⁵⁴ Το ζήτημα αυτό τίθεται ιδίως στην

⁵⁰ Δαγτόγλου, *Ατομικά Δικαιώματα*, 399, αρ.περ. 501. Παραράς, *Σύνταγμα και ΕΣΔΑ*, 100, ο οποίος όμως θέτει τότε ως προϋπόθεση το γάμο.

⁵¹ Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη, *Οικογενειακό Δίκαιο*, Ι, 20, υποσημ. 7.

⁵² Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη, *Οικογενειακό Δίκαιο*, Ι, 20, η οποία επισημαίνει ότι όπως μπορεί να λείπει το στοιχείο του γάμου, έτσι μπορεί να λείπει και το στοιχείο της γέννησης. Ωστόσο, εδώ αξίζει να σημειωθεί ότι όταν λείπει το στοιχείο της γέννησης αλλά υποκαθίσταται από την τεκνοθεσία πρόκειται για θετή οικογένεια, η οποία δεν πρέπει να εξομοιώνεται με την ατελή, εφόσον τα υιοθετημένα παιδιά (πρέπει να) εξομοιώνονται με τα φυσικά.

⁵³ Αυτό όμως φαίνεται να υπονοεί η Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη, *Οικογενειακό Δίκαιο*, Ι, 22.

⁵⁴ Έτσι και η νομολογία που αφορά στην επιδίκαση χρηματικής αποζημίωσης, ως ψυχικής οδύνης, λόγω του θανάτου του συγγενικού τους προσώπου, πρβλ ενδεικτικά ΑΠ 528/2011, ΑΠ 1228/2011, ΑΠ 1551/2012, σύμφωνα με την οποία στην οικογένεια περιλαμβάνονται και οι αγχιστείς πρώτου βαθμού (ήτοι πεθερός, πεθερά, γαμπρός, νύφη του θύματος) και δικαιούνται αποζημίωσης). Κατά την ΑΠ 260/2011 στην έννοια της οικογένειας κατ' άρθρο 932 ΑΚ «περιλαμβάνονται οι εγγύτεροι και στενώς συνδεόμενοι συγγενείς του θανατωθέντος, οι οποίοι δοκιμάσθηκαν ψυχικά από την απώλειά του και στην ανακούφιση του ψυχικού τους πόνου στοχεύει η διάταξη αυτή, αδιαφόρως αν συζούσαν μαζί του ή διέμεναν χωριστά (Ολ.Α.Π. 21/2000), όχι όμως και αγχιστείς απώτερου βαθμού, όπως είναι οι αδελφοί των συζύγων του θανόντος (κουριάδοι) (Ολ.Α.Π. 21/2000, Ελλ.Δνη 42.56, ΑΠ 434/2005 ό.π.) Υπό την έννοια αυτή στην οικογένεια του θύματος περιλαμβάνονται η σύζυγος, οι ανιόντες, οι κατιόντες, οι αδελφοί, πεθερός, πεθερά, γαμπρός και νύφη (Α.Π. 1735/2006, Α.Π. 598/2005, Α.Π. 434/2005).» Αντίθετα, σύμφωνα με την ΑΠ 434/2005 ο σύντροφος σε ελεύθερη συμβίωση, ελλείψει πρόθεσης για σύναψη γάμου δεν περιλαμβάνεται στην οικογένεια του θύματος, και συνεπώς δεν δικαιούται αναλογικής εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 932 ΑΚ. Σύμφωνα με την ΑΠ

περίπτωση επιδίκασης χρηματικής αποζημίωσης για ψυχική οδύνη λόγω θανάτου συγγενικού προσώπου.

Ορθότερο είναι να συνάγουμε ότι η διαφοροποίηση από τον κοινό νομοθέτη δεν είναι απαγορευμένη: δηλαδή για άλλες σχέσεις και καταστάσεις μπορεί η οικογένεια να νοείται ως πυρηνική και για άλλες ως διευρυμένη, με άλλα λόγια το γεγονός ότι η οικογένεια τίθεται υπό την προστασία του κράτους, υπό την έννοια κατά βάση της πυρηνικής ή μικρής οικογένειας, δεν σημαίνει ότι εξαιρούνται αυτόματα από τη νομική προστασία και μέλη της διευρυμένης οικογένειας, ιδίως δε αν ως κριτήριο τεθεί η κοινωνικο-συναισθηματική σύνδεση (πρβλ και τις διατάξεις των άρθρων 1485επ, 1612 ΑΚ). Συνεπώς, η συνταγματική έννοια της οικογένειας πρέπει να νοηθεί ως ευέλικτη, και κάθε φορά εξειδικεύεται ανάλογα με τις βιολογικές σχέσεις που αναπτύσσονται και το συγκείμενο εντός του οποίου αυτές ενδέχεται να παραγάγουν έννομες συνέπειες.

β. Ομόφυλα ζευγάρια, υποβοηθούμενη αναπαραγωγή και τέκνα

Επισημάνθηκε ήδη παραπάνω ότι η αρνητική όψη της θεσμικής εγγύησης που παρέχει στην ‘οικογένεια’ ως εμπειρικό-κοινωνικό φαινόμενο το Σύνταγμα συνεπάγεται το δικαίωμα των μελών της ‘αληθινής’ -κοινωνικοσυναισθηματικά-οικογένειας να αναγνωρίζονται μεταξύ τους και έναντι τρίτων ως τέτοια. Υπενθυμίζεται ότι αν μεταφράσουμε το ‘αληθινή’ και ‘φυσική’ ως τη ‘βιολογική’, τότε μπορούμε να βρεθούμε προ ανεπιθύμητων αποτελεσμάτων, στις περιπτώσεις ετερόλογης υποβοηθούμενης αναπαραγωγής, τόσο σε ετερόφυλα ζευγάρια, όσο και κατ’ ανάγκη σε ομόφυλα. Η πρόκριση της βιολογικής έναντι της κοινωνικο-συναισθηματικής οικογένειας, όταν οι δύο διακρίνονται και αντιδιαστέλλονται στην πράξη, δημιουργεί προβληματισμό και πιθανόν να

1541/2009 σε περίπτωση μνηστείας δικαιούται της ικανοποίησης είτε ο μνηστήρας είτε η μνηστή, σε περίπτωση που σκόπευαν να παντρευτούν. Έτσι και κατά τις Α.Π 434/2005, ΑΠ 1141/2007 και ΕφΠατρ 591/2008, στην οικογένεια του θύματος περιλαμβάνεται η μνηστή του όχι όμως και το πρόσωπο με το οποίο συζούσε με αυτό σε κατάσταση ελεύθερης συμβίωσης, χωρίς πρόθεση για μελλοντική σύναψη γάμου.

Το ίδιο δικαίωμα δεν έχουν οι συμβιούντες, εφόσον δεν έχουν πρόθεση γάμου. Είναι προφανές ότι αν πρόκειται για ομόφυλους συμβιούντες, ακόμη και αν υπάρχει η υποκειμενική τους πρόθεση, το Δικαστήριο μάλλον θα απέρριπτε τη σχετική αξίωση, δεδομένης της νομικής αδυναμίας σύναψης γάμου μεταξύ τους.

ανατρέψει οικογενειακές καταστάσεις βασισμένες στην κοινή συμβίωση και την αγάπη υπέρ ενός στείρου βιολογισμού. Από την άλλη, η συνεπής εφαρμογή της αρνητικής πλευράς της θεσμικής εγγύησης, ότι δηλαδή «είναι ανεπίτρεπτη η παρεμπόδιση των συζύγων και των άλλων μελών της οικογένειας από το ν' αναγνωρισθούν νομικά ως τέτοια και ν' αναπτύξουν μεταξύ τους την επικοινωνία και οικειότητα που είναι συμφυής με την ίδια την έννοια του γάμου και της οικογένειας»⁵⁵, παρά το μειονέκτημα που έχει να είναι αυτοαναφορική («τα μέλη της οικογένειας να αναγνωρισθούν ως τέτοια»), μπορεί να χρησιμοποιηθεί για ευνοϊκά συμπεράσματα στις περιπτώσεις ετερόλογης γονιμοποίησης με σπέρμα του συντρόφου του νόμιμου πατέρα ή ωάριο της συντρόφου της νόμιμης μητέρας. Σε αυτή την περίπτωση, η θεσμική εγγύηση της οικογένειας, ακόμη και σε συνδυασμό ή και ανεξάρτητα (στην περίπτωση τεκνοθεσίας⁵⁶) από την αρχή της βιολογικής 'αλήθειας', θα επέτασσε να αναγνωρισθούν και οι δύο ομόφυλοι γονείς, ο νόμιμος και ο βιολογικός, ως συν-μητέρες ή συν-πατέρες. Τα αντιφατικά αυτά συμπεράσματα αποφάσεων που μέχρι πρότινος θεωρούνταν ασφαλείς δείχνουν πόσο έχει ανατραπεί κάθε ασφάλεια δικαίου, αναφορικά με την έννοια της οικογένειας, λόγω της ανάπτυξης και εξέλιξης των τεχνικών ιατρικώς υποβοηθούμενης αναπαραγωγής, με αποτέλεσμα να απαιτείται μία συνολική αλλαγή παραδείγματος.

Για να είναι εσωτερικά συνεπής μια τέτοια αλλαγή θα πρέπει να στηρίζεται στο πιο υποκειμενικό αλλά και ταυτόχρονα πιο ισχυρό στοιχείο: τους κοινωνικο-συναισθηματικούς δεσμούς. Ως μόνη εξαίρεση σε αυτό –γιατί κάθε κανόνας χρειάζεται τις εξαιρέσεις του- θα μπορούσε να νοηθεί ο περιορισμός του την αποφυγή καταστάσεων τέκνων χωρίς συγγένεια, δηλαδή χωρίς οικογένεια, σε περίπτωση που εκλείπει κάθε τέτοιου είδους δεσμός, περίσταση που θα δικαιολογούσε –αυτή και μόνο- την επιστροφή σε έναν αναγκαστικό «βιολογισμό» και στη φυσική συγγένεια.

⁵⁵ Χρυσόγονος, *Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα*, 537.

⁵⁶ Πρβλ. Κ Ροΐδη, Εναλλακτικές μορφές οικογενειακής αποκατάστασης παιδιών (υιοθεσία – αναδοχή) από ομόφυλα ζευγάρια ή ομοφυλόφιλα άτομα, σε: Μ. Κανελλοπούλου-Μπότη / Φ. Παναγοπούλου-Κουτνατζή, *Βιοηθικοί Προβληματισμοί*, Αθήνα: Παπαζήση 2014, 773επ.

2. Γάμος και οικογένεια

α. Η απεξάρτηση της οικογένειας από την τυπικότητα του γάμου

Κατά την μάλλον κρατούσα άποψη, ο γάμος δεν αποτελεί ούτε επαρκή ούτε αναγκαία συνθήκη για ίδρυση οικογένειας: ο νομικός ή βιολογικός δεσμός γονέα – τέκνου αρκεί, όπως αναλύθηκε παραπάνω, ενώ η σύναψη γάμου όχι. Το κυριότερο ερμηνευτικό επιχείρημα υπέρ της αποσύνδεσης της οικογένειας από το γάμο είναι ότι ο τελευταίος απολαύει διακριτής προστασίας στο Σύνταγμα. Ακόμη πιο σημαντικά όμως είναι τα λειτουργικά – τελεολογικά επιχειρήματα: Έτσι, ο Βιδάλης τονίζει⁵⁷ ότι η οικογένεια έχει ως συνταγματικό σκοπό την συντήρηση και προαγωγή του έθνους, δηλαδή συνδέεται με την τεκνοποιία ή τεκνοθεσία και την ανατροφή των τέκνων, ενώ ο γάμος δεν έχει κανέναν συνταγματικά προστατευόμενο σκοπό. Η αποσύνδεση αυτή έχει δύο όψεις: από τη μία, η οικογένεια προστατεύεται ακόμη και αν δεν υφίσταται γάμος⁵⁸ από την άλλη, για την στενότερη άποψη που προϋποθέτει τέκνα, οι σύζυγοι -πολλά δε μάλλον εκτός γάμου σύντροφοι- δεν συνιστούν οικογένεια, αν δεν έχουν κοινά τέκνα. Υποστηρίζεται, επίσης, και ότι, ελλείψει τέκνων, οι νόμιμοι –δηλαδή συνδεδεμένοι με γάμο- σύζυγοι αναγνωρίζονται ως οικογένεια⁵⁹, προφανώς επειδή έτσι θεωρείται ότι δημιουργείται το κατάλληλο περιβάλλον και υπόβαθρο για την απόκτηση τέκνων, και μάλιστα σε αντίθεση με την ελεύθερη συμβίωση⁶⁰. Από αυτή την πιο παραδοσιακή οπτική γωνία, ο γάμος είναι ο προθάλαμος της πλήρους οικογένειας, και το καταλληλότερο υπόστρωμά της. Αναλογικά, το ίδιο τότε θα πρέπει να ισχύει και για όσους έχουν επιλέξει το σύμφωνο συμβίωσης.⁶¹

⁵⁷ Βιδάλης, *Η συνταγματική διάσταση της εξουσίας στο γάμο και στην οικογένεια*, 96επ.

⁵⁸ Γ. Κατρούγκαλος, *Το κοινωνικό κράτος της μεταβιομηχανικής εποχής*, Αθήνα/Κομοτηνή: Αντ. Ν. Σάκκουλας 1998, 730επ.

⁵⁹ Παραράς, *Σύνταγμα και ΕΣΔΑ*, 100επ.

⁶⁰ Πρβλ Π. Αγαλλοπούλου, *Ελεύθερες Συμβιώσεις*, σε: *Γενέθλιο Α. Γεωργιάδη*, Τόμος Ι, Αθήνα-Κομοτηνή: Αντ. Σάκκουλα 2006, 3 επ.

⁶¹ Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη, *Οικογενειακό Δίκαιο*, Ι, 22. Βλ όμως την ΕφΠατρ 224/2007 (αφορά σε επιδίκαση χρηματικής αποζημίωσης για ψυχική οδύνη λόγω θανάτωσης συγγενικού προσώπου και εκδόθηκε πριν τον Ν 3719/2008 - ΦΕΚ 241/Α/26.11.2008), σύμφωνα με την οποία «οι δύο θεσμοί, δηλαδή, αυτός "της ληξιαρχικώς καταχωρισμένης σχέσης" συμβίωσης μεταξύ ετεροφυλόφιλων και ομοφυλόφιλων και εκείνος του γάμου, διαφέρουν όχι μόνο κατ' όνομα, αλλά και στην ουσία τους, καθώς δημιουργήθηκαν για να καλύψουν διαφορετικές φύσεως κοινωνικές ανάγκες». Σε παρόμοιο συμπέρασμα κατέληξε και Γνωμοδότηση του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους (με αριθμό 258/2010), συγκεκριμένα, ότι τα πρόσωπα που

Εξ άλλου η "τυποποίηση" της έννοιας 'οικογένεια' απορρίπτεται και στο πλαίσιο της επιδίκασης χρηματικής αποζημίωσης σε συγγενείς του θανατωθέντος λόγω ψυχικής τους οδύνης (932 ΑΚ), καθώς, όπως επισημαίνει η νομολογία, «ούτε από το σκοπό της πιο πάνω νομικής διάταξης δικαιολογείται, ούτε από κάποια πρακτική ανάγκη επιβάλλεται, καθόσον είναι δυνατόν, στη συγκεκριμένη περίπτωση, να έχουν υποστεί ψυχική οδύνη και πρόσωπα, που δεν συμπεριλαμβάνονται στον προκαθορισμένο κύκλο των μελών της οικογένειας, ενώ αυτοί, που ανήκουν σ' αυτόν κατά την τυποποίηση, να μην υπέστησαν ψυχική οδύνη.»⁶²

β. Ο αποκλεισμός των ομόφυλων ζευγαριών από τις τυποποιημένες σχέσεις

Σύμφωνα τα παραπάνω και με τις κρατούσες στην ελληνική θεωρία απόψεις για την ύπαρξη της οικογένειας προϋποτίθεται είτε η ύπαρξη κοινών τέκνων είτε η ύπαρξη γάμου ή συμφώνου συμβίωσης. Ωστόσο, κατά την κρατούσα άποψη ο γάμος προϋποθέτει για να είναι υποστατός, παρότι αυτό δεν ορίζεται ρητά στον ΑΚ, οι μελλόνυμφοι να είναι ετερόφυλοι. Επίσης, το άρθρο 1 του σχετικού νόμου 3719/2008⁶³ ρητώς -σε αντίθεση με τον ΑΚ- ορίζει ότι το σύμφωνο συμβίωσης συνάπτεται μεταξύ «δύο ενηλίκων ετερόφυλων προσώπων». Συνεπώς, για το ειδικότερο ζήτημα που απασχολεί εδώ, η αναπόσπαστη σύνδεση της οικογένειας με το γάμο ή το σύμφωνο συμβίωσης, αποκλείει τους ελεύθερος συμβιούντες συντρόφους. Κατά συνέπεια, αποκλείεται να περιλαμβάνει και τα ομόφυλα ζευγάρια⁶⁴. Και αν για τα ετερόφυλα ζευγάρια αυτό είναι επιλογή, και άρα ο αποκλεισμός τους από την προστασία της 'οικογένειας' είναι ανεκτός, για τα ομόφυλα, σε χώρες όπου αποκλείεται η τυποποίηση της σχέσης τους, όπως η Ελλάδα, ο ίδιος αποκλεισμός είναι συνταγματικά και δικαιολογικά μη ανεκτός.

συνάπτουν σύμφωνο ελεύθερης συμβίωσης δεν εμπίπτουν στα μέλη της κατ' άρθρον 33 α.ν. 1846/1951 οικογένειας.

⁶² ΑΠ 1541-2009 (Δ' Πολιτικό Τμήμα).

⁶³ Βλ για το θεσμό ήδη πριν την κατοχύρωσή του Α. Τράντα, *Δηλωμένη Συμβίωση, Ένας νέος οικογενειακός θεσμός;*, *Δικαιώματα του Ανθρώπου* 20/2003, 1171επ.

⁶⁴ Έτσι και ο Μ. Καράσης, *Γάμος και Οικογένεια ως δικαιοί θεσμοί*, Θεσσαλονίκη: Σάκκουλα 1994, 21.

Η άποψη ότι η ύπαρξη τέκνων ή γάμου είναι απαραίτητη προϋπόθεση για την υπαγωγή στην έννοια της οικογένειας⁶⁵ στηρίζεται και στο επιχείρημα ότι θα ήταν αντιφατικό οι ελεύθερα συμβιούντες να απολαύουν μόνο της προστασίας του άρθρου 21παρ. 1 Σ, τη στιγμή που δεν έχουν επιλέξει να συνάψουν γάμο. Το επιχείρημα αυτό υπονοεί όχι μόνο ότι οι ελεύθερα συμβιούντες μπορεί να είναι μόνον ετερόφυλοι, όπως ήδη επισημάνθηκε, αλλά ταυτόχρονα εμπεριέχει και μια εσωτερική ασυνέχεια: από τη μια τονίζει ότι είναι διακριτή η προστασία του γάμου από εκείνη της οικογένειας, από την άλλη ότι είναι αντιφατικό να απολαύει κανείς την προστασία μόνον του άρθρου 21 του Συντάγματος, εάν έχει επιλέξει να μην ζητήσει εκείνη που προσφέρει ο Αστικός Κώδικας μέσω των περί γάμου διατάξεών του. Αν όμως γάμος και οικογένεια δεν είναι έννοιες κατ' ανάγκη συνδεδεμένες, τότε δεν πρόκειται για αντίφαση. Η θεώρηση αυτή προϋποθέτει και συνεπάγεται την ύπαρξη οικογένειας και χωρίς γάμο, οπότε περιλαμβάνει τους συντρόφους της άγαμης συμβίωσης⁶⁶ και τυχόν –όχι κατ' ανάγκη– τέκνα των συζύγων. Με άλλα λόγια, μπορεί να νοηθεί προστασία εκ του Συντάγματος, ακόμη και αν δεν υπάρχει τέτοια βάση μιας ρύθμισης του κοινού δικαίου, εφόσον μπορεί να καταφθαί, με βάση στοιχεία που μας παρέχει η νομολογία του ΕΔΔΑ, η ύπαρξη οικογένειας.

Ορθώς γίνεται δεκτό⁶⁷ ότι η αναφορά στο άρθρο 21παρ. 1 Σ στο γάμο, δεν σημαίνει ότι ο θεσμός αυτός εκλαμβάνεται αποκλειστικά και μόνον με τη μορφή που είχε κατά τη θέσπιση του ισχύοντος Συντάγματος, ιδίως δε αν ληφθεί υπόψη αφενός το γεγονός ότι πολλές ειδικότερες ρυθμίσεις του τότε οικογενειακού δικαίου κρίθηκαν αργότερα ως αντίθετες προς συνταγματικές αρχές, αφετέρου δε η ριζική μεταρρύθμιση του θεσμού, ιδίως με την εισαγωγή του πολιτικού τύπου του γάμου. Συνεπώς, ως πυρήνα της έννοιας του γάμου πρέπει να νοείται πλέον η σύναψη μιας συμβατικής σχέσης με σκοπό τη μονογαμική (;) κοινή συμβίωση δύο (;) προσώπων, με βάση τις αρχές της ελευθερίας και της ισότητας.⁶⁸

⁶⁵ Χρυσόγονος, *Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα*, 535· Ευρ. Μπέσιλα-Βήκα, *Η συνταγματική κατοχύρωση*, 106.

⁶⁶ Έτσι Δαγτόγλου, *Ατομικά Δικαιώματα*, 399, αρ. περ. 501.

⁶⁷ Χρυσόγονος, *Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα*, 536.

⁶⁸ Α. Καΐσης, *Γάμος ομοφύλων και δημόσια τάξη*, σε: Τιμητικός Τόμος Ι. Μανωλεδάκη, ΙΙΙ, Αθήνα-Θεσσαλονίκη: Σάκκουλας 2007, 735επ. Πιο συντηρητική η Μπέσιλα-Βήκα, *Η*

Σύμφωνα με μία, ας την ονομάσουμε, μετριοπαθή⁶⁹ ή ρεπουμπλικανική (εφόσον αναγνωρίζει διακριτική ευχέρεια και πρωταρχία στο νομοθέτη⁷⁰) άποψη, οι ερωτικές σχέσεις μεταξύ ομόφυλων προσώπων είναι μεν ελεύθερες, με βάση το δικαίωμα στην ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας, και άρα της σεξουαλικής του δραστηριότητας,⁷¹ δεν επιβάλλεται, ωστόσο, συνταγματικά η νομική τους τυποποίηση ή προστασία, εφόσον, όταν ο συντακτικός νομοθέτης θέλησε κάτι τέτοιο, το έκανε ρητά, όπως με το γάμο. Ενώσεις ομοφύλων, πάντως, κατ' αυτή την άποψη δεν προστατεύονται από το Σύνταγμα, οπότε και δεν χωρεί αναλογική εφαρμογή σε περίπτωση ελεύθερης συμβίωσης διατάξεων που αφορούν το γάμο, όπως πχ η κατά το άρθρο 1400παρ. 1 ΑΚ (αξίωση συμμετοχής στα αποκτήματα).⁷² Κατά τη μετριοπαθή αυτή άποψη, η συνταγματική προστασία

συνταγματική κατοχύρωση, 99, όπου υποστηρίζει ότι η έννοια του γάμου στο Σύνταγμα «αναχωρεί προφανώς από τον παραδοσιακό γάμο του αστικού δικαίου...».

⁶⁹ Σε αντίθεση με την συντηρητική άποψη που λέει ότι προϋποτίθεται αναθεώρηση του Συντάγματος, έτσι ο Χ. Ανθόπουλος, Το ΕΔΔΑ σε ρόλο Συνταγματικού Δικαστηρίου; Σκέψεις με αφορμή την απόφαση ΕΔΔΑ, Βαλλιανάτος και άλλοι κατά Ελλάδας, *ΕφημΔΔ* 2013, 595επ (596).

⁷⁰ Χρυσόγονος, *Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα*, 183· Σ Βλαχόπουλος, Η προβληματική των νομικών ενώσεων προσώπων του ίδιου φύλου, σε: Μ. Κανελλοπούλου-Μπότη / Φ. Παναγοπούλου-Κουτνατζή, *Βιοηθικοί Προβληματισμοί*, Αθήνα: Παπαζήση 2014, 643επ.

⁷¹ Πρβλ και Β. Χατζόπουλος, *Η προστασία των σεξουαλικών μειονοτήτων από τα ευρωπαϊκά δικαιοδοτικά όργανα*, ΔτΑ 202, 709επ.

⁷² ΜονΠρωτΚοζάνης 204/1999. Βλ και σημείωμα Σημείωση Ε. Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη, *ΝΟΒ* 2000, 1450. Βλ όμως πλέον ΠΠρΚοζ 163/2008, σύμφωνα με την οποία: «...εάν εξ αφορμής της εξώγαμης συμβίωσης δημιουργήθηκε σύνδεσμος εμπιστοσύνης με ειδικότερο περιεχόμενο την προσφορά υπηρεσιών ή παροχών από τον ένα συμβίο στον άλλο και υπό την προϋπόθεση κάποιου, όχι ορισμένου αλλά οριστού, περιουσιακού ανταλλάγματος (π.χ. οικονομική εξασφάλιση για το μέλλον) ή μελλοντικού γάμου, και στον παράσχοντα τις υπηρεσίες ή τις παροχές στον άλλο σύντροφο δημιουργήθηκε η πεποίθηση ότι παρέχει τις υπηρεσίες αυτές ή την παροχή για μελλοντική του εξασφάλιση (δηλαδή με την προσδοκία γάμου ή μελλοντικής εξασφάλισης), η αθέτηση του συνδέσμου εμπιστοσύνης, σαν νόμιμη αιτία, στηρίζει την αξίωση αδικαιολόγητου πλουτισμού, η οποία γεννάται τη χρονική στιγμή της διάρρηξης του συνδέσμου εμπιστοσύνης, οπότε δικαιούται να αναζητήσει όσα κατέβαλε στον σύντροφό του, εφόσον ο λήπτης δεν εκπλήρωσε την προσδοκώμενη από το δότη παροχή, λόγω διακοπής της συμβίωσης (βλ. Ανδρουλιδάκη-Δημητριάδη, σημείωση υπό την ΑΠ 194/1990 ΝοΒ 39,511)». Με άλλα λόγια, εδώ το δικαστήριο δεν έκανε μεν αναλογική εφαρμογή του άρθρου 1400 ΑΚ, αλλά χρησιμοποίησε τον αδικαιολόγητο πλουτισμό ως νομική βάση για ενός είδους αξίωσης συμμετοχής σε αποκτήματα κατά τη διάρκεια ελεύθερης συμβίωσης, με την επισήμανση μάλιστα ότι τόσο η απαίτηση όσο και η υποχρέωση από αδικαιολόγητο πλουτισμό είναι κληρονομητές. Με το Πρωτοδικείο συνέπλευσε και ο Άρειος Πάγος, στην απόφαση 1751/2014 (Α2 Πολιτικό Τμήμα), που αναίρεσε την 68/2012 του Εφετείου Δυτικής Μακεδονίας και έκρινε ότι για τη θεμελίωση της αξίωσης από αδικαιολόγητο πλουτισμό μετά τη διακοπή ελεύθερης συμβίωσης απαιτείται να αποδεικνύεται όχι μόνον η ύπαρξη κοινωνίας βίου, αλλά και η ανταποδοτική βάση των εκατέρωθεν συμβολών και ότι λόγω λύσης της συμβίωσης είτε αυθαίρετα εκ μέρους του εναγομένου, είτε λόγω θανάτου, γεννήθηκε η αξίωση του αδικαιολόγητου πλουτισμού, για αιτία που έληξε, ή για αιτία που δεν επακολούθησε.

του γάμου δεν συνεπάγεται και απαγόρευση για τον κοινό νομοθέτη να ρυθμίσει τις ελεύθερες ενώσεις ή να εισαγάγει νομικό δεσμό μεταξύ συμβιούντων ομοφύλων, παρότι, κατά την ίδια άποψη, οι συμφωνίες αυτές δεν είναι ούτε μπορούν να χαρακτηρίζονται ‘γάμος’.⁷³ Στον αντίποδα βρίσκεται η άποψη ότι το Σύνταγμα όχι απλώς επιτρέπει αλλά επιβάλλει την τυποποίηση των σχέσεων ομοφύλων, και μάλιστα με ενιαίο τρόπο, όπως και για τα ετερόφυλα ζευγάρια.⁷⁴

Γ. Συμπερασματικά

Σήμερα η πυρηνική οικογένεια δεν λειτουργεί πλέον, σε αντίθεση με τη διευρυμένη οικογένεια άλλων εποχών, ούτε ως οικονομική μονάδα, ούτε ως πολιτική ή εκπαιδευτική. Όπως εύστοχα επισημαίνει η Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη⁷⁵, «[η] σύγχρονη μικρή οικογένεια λειτουργεί κυρίως α) ως χώρος ανάπτυξης αισθημάτων αγάπης και συντροφικότητας των μελών της, που βρίσκουν σ’ αυτήν ένα καταφύγιο απέναντι στη σκληρότητα της μηχανοκρατικής και ανταγωνιστικής κοινωνίας μας, και β) ως ο ιδεώδης χώρος για την ανατροφή και την κοινωνικοποίηση των παιδιών». Κρίνοντας τους διαφορετικούς ορισμούς της οικογένειας από τη θεωρία με βάση τις λειτουργίες αυτές μπορούν να επισημανθούν τα ακόλουθα ως προς τη συμπερίληψη ή όχι των ομόφυλων ζευγαριών στην έννοια της ‘οικογένειας’:

Υπό την πρώτη και πιο περιοριστική αντίληψη που συνδέει την οικογένεια με την ύπαρξη τέκνων, τα άτεκνα ζευγάρια, έγγαμα ή άγαμα, όπως και οι μοναχικοί άνθρωποι σε ή εκτός ερωτικών σχέσεων έχουν μόνον προσωπική και

⁷³ Δαγτόγλου, *Ατομικά Δικαιώματα*, 402, αρ. περ. 502.

⁷⁴ Βλ. πολύ αναλυτικά όλη τη σχετική συζήτηση και υπεράσπιση της άποψης ότι ο γάμος ομοφύλων επιτρέπεται *de lege lata* σε: Λ. Παπαδοπούλου, *Γάμος Ομοφύλων; Μία απόπειρα νομικής και δικαιοπολιτικής αξιολόγησης*, *ΔτΑ* 2008, 405επ. Βλ. επίσης και τις σχετικές με του γάμου ομοφύλων αποφάσεις ΠολΠρωτΡοδ 114 και 115/2009 και ΕφΔωδ 83/2011 (με την οποία απορρίφθηκε επί της ουσίας η ένδικη έφεση, με σκεπτικό όμοιο με αυτό της πρωτοβάθμιας απόφασης). Εκκρεμεί στο μεταξύ ενώπιον του Αρείου Πάγου η αίτηση αναίρεσης που ασκήθηκε από το ομόφυλο ζευγάρι. Στις αποφάσεις αυτές αντανακλάται και πάλι η αντίληψη ότι οικογένεια υπάρχει μόνον επί υφιστάμενου γάμου και άρα οι ομόφυλοι σύντροφοι δεν μπορούν να έχουν οικογενειακή ζωή. Βλ. και σχόλιο Σ. Κουμάνη, Παρατηρήσεις στην ΠολΠρωτΡοδ 114/2009, *Αρμενόπουλος* 2009, 1691 επ.

⁷⁵ Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη, *Οικογενειακό Δίκαιο*, I, 19.

όχι οικογενειακή ζωή. Προστατεύονται δε μόνον στο βαθμό που προστατεύεται ο γάμος. Συνεπώς, η σύνδεση οικογένειας και τέκνων, εμμέσως οδηγεί σε ισχυροποίηση της θέσης του γάμου, καθώς είναι η μόνη δίοδος για να υπαχθεί στην προστασία του Συντάγματος ένα ζευγάρι. Αυτό σε πρώτο επίπεδο σημαίνει ότι όπου το φύλο των μελλονύμφων θεωρείται όρος σύναψης γάμου, τα ομόφυλα ζευγάρια αποκλείονται. Από την άλλη βέβαια, ο αυτόματος αυτός αποκλεισμός κάνει ακόμη πιο επιτακτικό το αίτημα ανοίγματος του γάμου και σε ομόφυλα ζευγάρια.⁷⁶

Σε αυτό το πλαίσιο, πάντως, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η θεμελίωση των οικογενειακών δεσμών, ιδίως ενόψει των δυνατοτήτων υποβοηθούμενης αναπαραγωγής, δεν μπορεί να γίνεται βάσει της φυσικής ή βιολογικής συγγένειας, αλλά βάσει της κοινωνικο-συναισθηματικής σύνδεσης με το τέκνο, ως κριτήριο με προτεραιότητα έναντι της βιολογικής καταγωγής.⁷⁷ Εδώ σημαντικοί είναι οι ουσιαστικοί βιοτικοί δεσμοί, η συμβίωση, η αμοιβαία αγάπη και η στήριξη στη ζωή, που επιτρέπουν στα πρόσωπα, ιδίως δε στα ανήλικα, να επιβιώσουν και να αναπτύξουν την προσωπικότητά τους. Η λειτουργία συνεπώς της οικογένειας ως θεμελίου προαγωγής του έθνους ουδόλως πλήττεται από την ομοιότητα φύλου των γονέων. Κανονιστική συνέπεια των σκέψεων αυτών θα ήταν ότι σε περίπτωση ζεύγους ομοφύλων που ανατρέφουν τέκνα, αυτοί θα έπρεπε να αναγνωριστούν ως οικογένεια. Έτσι, για παράδειγμα η μόνιμη σύντροφος γυναίκας που αποκτάει τέκνο χωρίς νόμιμο πατέρα θα έπρεπε να μπορεί να αναγνωριστεί ως δεύτερη μητέρα (co-mother), με τη σύμφωνη γνώμη της βιολογικής μητέρας. Πολλώ δε μάλλον, επρόκειτο για ετερόλογη γονιμοποίηση

⁷⁶ Βλ αναλυτικότερα Παπαδοπούλου, Γάμος Ομοφύλων; 468επ.

⁷⁷ Τη σημασία του κοινωνικο-συναισθηματικού συνδέσμου συναντούμε και στη νομολογία των πολιτικών δικαστηρίων, όταν, σε περίπτωση θανάτου προσώπου, επιδικάζεται χρηματική ικανοποίηση στην οικογένεια του θύματος λόγω ψυχικής οδύνης. Στην περίπτωση αυτή, στην οικογένεια του θύματος περιλαμβάνονται οι εγγύτεροι και στενώς συνδεδεμένοι συγγενείς του θανατωθέντος, που δοκιμάστηκαν ψυχικά από την απώλειά του και στην ανακούφιση του ψυχικού πόνου αυτών στοχεύει η διάταξη, αδιαφόρως αν συζούσαν μεταξύ τους ή διέμεναν χωριστά. Κατά τη νομολογία, «η επιδίκαση χρηματικής ικανοποίησης στα δικαιούμενα αυτά πρόσωπα, τελεί υπό την αυτονόητη προϋπόθεση, που συνιστά πραγματικό ζήτημα, της ύπαρξης, κατ'εκτίμηση του δικαστή της ουσίας, μεταξύ αυτών και του θανατωθέντος, όταν ο τελευταίος ζούσε, στενού συναισθηματικού δεσμού και αισθημάτων αγάπης και στοργής, η διαπίστωση της ανυπαρξίας των οποίων μπορεί να οδηγήσει στον αποκλεισμό, είτε όλων των προσώπων αυτών, είτε κάποιων, είτε κάποιου από αυτούς, από την επιδίκαση της εν λόγω χρηματικής ικανοποίησης» (ΑΠ 1541/2009, ΑΠ 434/2005, ΟΛΑΠ 21/2000 και άλλες παρόμοιες).

γυναίκας με ωάριο της συντρόφου της. Η αξίωση της συντρόφου της μητέρας απορρέει από την αρνητική όψη της θεσμικής εγγύησης της οικογένειας, σύμφωνα με την οποία μέλος οικογένειας δεν πρέπει να παρεμποδίζεται από το να αναγνωρισθεί ως τέτοιο απέναντι από όλους και βέβαια από το κράτος.

Ως αντίρρηση μπορεί να προταθεί ότι τα λειτουργικά κριτήρια της κοινωνικο-συναισθηματικής σύνδεσης, της συμβίωσης και της διατροφής θα μπορούσαν δυνητικά να οδηγήσουν σε πολυγονεϊκό σύστημα, στην αναγνώριση δηλαδή περισσότερων των δύο γονέων. Μια εύκολη απάντηση θα ήταν ότι στο ίδιο συμπέρασμα θα οδηγούσε, πλέον με τις δυνατότητες της ΙΥΑ, και το κριτήριο των δεσμών αίματος. Επίσης, η πολυγονεϊκότητα, στο βαθμό που θα κριθεί βλαπτικό για το συμφέρον του παιδιού με όρους και κριτήρια ψυχολογικά και χωρίς νομικές αγκυλώσεις, θα μπορούσε εύκολα να αποτραπεί από το δίκαιο μέσω της μη αναγνώρισής της.

Η δεύτερη άποψη, αυτή που συνδέει την οικογένεια με το γάμο, προσκρούει τόσο στο γράμμα (διάκριση οικογένειας και γάμου) όσο και στην τελεολογία της συνταγματικής ρύθμισης. Ο γάμος ως τυπική σύμβαση, υποκείμενη σε ρυθμίσεις αναγκαστικού μάλιστα δικαίου, δεν επιτρέπεται να περιορίσει τόσο την οικογένεια, που έχει έναν πιο εμπειρικό και λειτουργικό χαρακτήρα. Ιδίως μάλιστα όπου -όπως στην Ελλάδα- τα ομόφυλα ζευγάρια αποκλείονται όχι μόνον από το γάμο αλλά και από το σύμφωνο συμβίωσης, μια τέτοια λανθασμένη ταύτιση θα είχε ως συνέπεια την άμεση και αναντίρρητη εξαίρεσή τους και από την οικογενειακή ζωή. Από την άλλη *de constitutione ferenda*, στο βαθμό που η οικογένεια αποσυνδέεται από το γάμο, παραμένει εκκρεμής η ερώτηση αν χρειάζεται ακόμη μια κοινωνία να προσδίδει κοινωνικό χαρακτήρα στο δικαίωμα στο γάμο, δηλαδή να διασφαλίζει στους άτεκνους έγγαμους προνομιακή μεταχείριση. Όσο βέβαια το πράττει, δεν υπάρχει καμία δικαιολογία αποκλεισμού της δυνατότητας να συμβληθούν και δύο πρόσωπα του ίδιου φύλου. Συνεπώς, είτε η οικογένεια νοηθεί ως κοινότητα ζευγαριού με παιδιά, είτε χωρίς παιδιά, η ανυπαρξία γάμου και η ταυτότητα του φύλου των δύο συντρόφων δεν επιτρέπεται να οδηγήσει σε διαφορετική μεταχείριση, δηλαδή σε αρνητική διάκριση, καθώς αυτό θα προσέκρουε σωρευτικά και στην αρχή της έμφυλης ισότητας και στο απαραβίαστο της οικογενειακής ζωής.

Τέλος, ακόμη και ο πιο ‘ανοικτός’ ορισμός της Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη,⁷⁸ σύμφωνα με τον οποίο «οικογένεια είναι η βασική κοινωνική ομάδα, που αποτελείται από άτομα, τα οποία συνδέονται μεταξύ τους είτε με το γάμο είτε με το σύμφωνο συμβίωσης είτε με τη γέννηση είτε με την υιοθεσία», ο οποίος όχι κατ’ ανάγκην σωρευτικά αλλά και διαζευκτικά θέτει ως επαρκή μία από τις δύο πιθανές προϋποθέσεις, δηλαδή είτε τέκνα (φυσικά ή υιοθετημένα) είτε τύπο σύμβασης (γάμο ή σύμφωνο συμβίωσης), στην Ελλάδα θα απέκλειε από την προστατευτική ομπρέλα τα ομόφυλα ζευγάρια. Τα τελευταία, εξομοιούμενα με άτεκνα ετερόφυλα ζευγάρια σε ελεύθερη συμβίωση, θα μπορούσαν έτσι να απολαύουν μόνον της προστασίας της ιδιωτικής τους ζωής, όχι όμως και εκείνη της οικογενειακής τους ζωής.

Στο ίδιο συμπέρασμα κατέληγε μέχρι πρότινος, εξάλλου, και το ΕΔΔΑ. Όπως όμως θα δούμε αμέσως παρακάτω, η νομολογία αυτή έχει στο μεταξύ αλλάξει,⁷⁹ γεγονός που αναμένεται να συμπαρασύρει σε πιο συμπεριληπτικές ερμηνείες και ορισμούς και την ελληνική επιστήμη και νομολογία.

III. Η νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΔΔΑ)

A. Η οικογενειακή ζωή στην ΕΣΔΑ

Η οικογενειακή ζωή προστατεύεται με βάση το άρθρο 8 ΕΣΔΑ.⁸⁰ Όπως και στο Σύνταγμα, έτσι και στην ΕΣΔΑ δεν ορίζεται ρητά τι συνιστά ‘οικογένεια’ και ‘οικογενειακή ζωή’. Το Δικαστήριο, ωστόσο, έχει διακηρύξει επανειλημμένα ότι η έννοια αυτή δεν περιορίζεται μόνο στις οικογένειες που βασίζονται στο γάμο. Έτσι, εμπίπτουν στην οικογενειακή ζωή όχι μόνο οι κλασικές, *de jure* οικογένειες, συμπεριλαμβανομένων των συγγενών εκτός πυρηνικής οικογένειας (πχ παππούς,

⁷⁸ Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη, *Οικογενειακό Δίκαιο*, I, 18.

⁷⁹ Για την προηγούμενη νομολογία βλ αναλυτικότερα Λ. Παπαδοπούλου, Η μη αναγνώριση των ομόφυλων ζευγαριών ως ‘οικογένειας’ στη νομολογία των ευρωπαϊκών δικαστηρίων (ΔΕΚ και ΕΔΔΑ), σε: Ν. Χατζητρύφων / Θ. Παπαζήση (επιμ.), *Το φύλο και η συμπεριφορά του - Οικογένειες από ομόφυλα ζευγάρια*, Θεσσαλονίκη: Επίκεντρο 2007, 31επ.

⁸⁰ Άρθρο 8, παρ. 1 ΕΣΔΑ: «Κάθε πρόσωπο δικαιούται σεβασμού της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής του, της κατοικίας του και της αλληλογραφίας του».

γιαγιά κλπ), στο βαθμό που αυτοί παίζουν ρόλο και διατηρούν ισχυρούς κοινωνικο-συναισθηματικούς δεσμούς με τα μέλη της πυρηνικής οικογένειας. Πάντως, και στην περίπτωση της ύπαρξης νομικών δεσμών, εξετάζεται αν συντρέχουν και στενοί διαπροσωπικοί δεσμοί και δεν αρκεί ο νομικός τύπος.⁸¹ Η ύπαρξη γάμου συνεπάγεται δηλαδή καταρχήν αυτόματα την ύπαρξη οικογένειας, εκτός κι αν πρόκειται για εικονικό ή φαινομενικό γάμο, οπότε και δεν προστατεύεται ούτε από το Σύνταγμα ούτε από την ΕΣΔΑ⁸², και κατ' αναλογία προς την τελευταία ούτε από τη Χάρτα Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης.⁸³

Περαιτέρω, όμως, η οικογένεια μπορεί να συνίσταται και σε άλλες, de facto σχέσεις⁸⁴ ή εναλλακτικά οικογενειακά σχήματα. Έτσι το Δικαστήριο επαναλαμβάνει σταθερά σε αναφορά με τα ετερόφυλα ζευγάρια ότι η έννοια 'οικογένεια' υπό το άρθρο 8 ΕΣΔΑ δεν περιορίζεται σε σχέσεις βασισμένες στο γάμο και μπορεί να περιλαμβάνει και άλλους de facto "οικογενειακούς" δεσμούς, όταν τα μέρη ζουν μαζί εκτός γάμου.⁸⁵ Για να κρίνει αν μια σχέση συνιστά 'φυσική οικογένεια'⁸⁶ το Δικαστήριο λαμβάνει υπόψη του μια σειρά παραγόντων,⁸⁷ μεταξύ αυτών αν το ζευγάρι συζεί και διατρέφεται αμοιβαίως, τη διάρκεια της σχέσης και αν έχουν αποδείξει την αμοιβαία αφοσίωση τεκνοποιώντας από κοινού ή με άλλα μέσα.⁸⁸ Ένα παιδί γεννημένο από μια τέτοια σχέση είναι ipso jure μέρος αυτής της 'οικογενειακής' μονάδας από τη στιγμή της γέννησής του⁸⁹. Επίσης, κρίθηκε⁹⁰ ότι οικογενειακή ζωή υπό την

⁸¹ ΕΔΔΑ, *K και T κ. Φινλανδίας* (Ευρεία Σύνθεση), No 25702/94, 12.7.2001. Βλ και Ευρωπαϊκή Επιτροπή Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΕΔΑ), *Benes κ. Αυστρίας*, No 18643/1991, 6.1.1992.

⁸² ΕΕΔΑ *Louis Christinet κατά Ελβετίας*, No 7648/76, 01.03.1979.

⁸³ Δαγτόγλου, *Ατομικά Δικαιώματα*, 400, αρ. περ. 502.

⁸⁴ Πρβλ Μ. Καραβίας, Άρθρο 8 ΕΣΔΑ, σε: Λ-Α Σισιλιάνος (επιμ), *Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου – Ερμηνεία κατ' άρθρο*, Αθήνα: Νομική Βιβλιοθήκη 2013, 330, αρ.περ. 29επ. Βλ πχ ΕΔΔΑ (Ολ), *Johnston και άλλοι κ. Ιρλανδίας*, No 9697/82, 18.12.1986 (δεν προϋποτίθεται γάμος για τη σχέση γονέων – τέκνων).

⁸⁵ ΕΔΔΑ (Ολ), *Marcck κ Βελγίου*, No 6833/74, 10.12.1977.

⁸⁶ Δαγτόγλου, *Ατομικά Δικαιώματα*, 400, αρ. περ. 502.

⁸⁷ ΕΔΔΑ, *Kroon κ Ολλανδίας*, No 18535/91 και 18535/91, 27.10.1994.

⁸⁸ Όπως ενδεικτικά βλ. ΕΔΔΑ (Ευρεία Σύνθεση), *X., Y. και Z. κ. Ηνωμένου Βασιλείου*, No 21830/93, 22.4.1997 παρ 36.

⁸⁹ Βλ. ΕΔΔΑ, *Elsholz κ Γερμανίας*, όπ.π., παρ. 43· ΕΔΔΑ, *Keegan κ Ιρλανδίας*, No 16969/90, 26.05.1994, παρ. 44· *Johnston και Άλλοι κ Ιρλανδίας*, όπ.π., παρ. 56· ΕΔΔΑ (Τμήμα Α), *Schalk και Kopf κ. Αυστρίας*, No 30141/04, 22.11.2010.

έννοια του άρθρου 8 ΕΣΔΑ συνιστά η σχέση εγγονών και παππούδων / γιαγιάδων⁹¹, μεταξύ αδελφών ανεξαρτήτως ηλικίας⁹², μεταξύ θείου ή θείας και ανιψιού ή ανιψιάς⁹³, μεταξύ γονέων και παιδιών γεννημένων σε δεύτερη σχέση ή από εξώγαμη σχέση, ιδίως όταν έχει αναγνωριστεί η πατρότητα και έχουν αναπτυχθεί στενοί προσωπικοί δεσμοί⁹⁴, μεταξύ γονιών και τέκνων υιοθετημένων ή με αναδοχή⁹⁵. Προστατευόμενο αντικείμενο, εφόσον καταφαθεί η ύπαρξη ‘οικογενειακής ζωής’ είναι όχι μόνον οι ίδιοι οι δεσμοί και η διατήρησή τους μέσω της επικοινωνίας των μελών της ίδιας οικογένειας, αλλά και οι υλικές συνθήκες διαβίωσης, μέσω της διατροφής και άλλου είδους υλικής υποστήριξης, τα κληρονομικά δικαιώματα κλπ.⁹⁶

Συνολικά, η ύπαρξη γάμου⁹⁷ και τέκνων δεν είναι αναγκαία προϋπόθεση, σύμφωνα με το ΕΔΔΑ, για να καταφαθεί η ύπαρξη «οικογένειας».⁹⁸ Οι σχέσεις και καταστάσεις κρίνονται ως προσωπική ή οικογενειακή ζωή ανάλογα με την ισχύ και την ένταση των προσωπικών δεσμών.⁹⁹ Φαίνεται δηλαδή ότι η διαφοροποίηση δεν είναι ποιότητας, αλλά ποσότητας, υπό την έννοια της έντασης: ίδιου τύπου δεσμός μπορεί να κριθεί ως προσωπική ζωή όταν είναι πιο χαλαρός και ως οικογενειακή όταν είναι πιο έντονος, διαρκής, σταθερός και διεισδυτικός στη ζωή των συμμετεχόντων.

Συνεπώς, από άποψη μεθοδολογίας, το ΕΔΔΑ εξετάζει την ύπαρξη ‘οικογένειας’ κατά περίπτωση ως ζήτημα πραγματικό¹⁰⁰ και όχι νομικό. Εκκινεί

⁹⁰ I. Roagna, *Protecting the right to respect for private and family life under the European Convention of Human Rights*, Council of Europe human rights handbooks, Council of Europe, Strasbourg, 2012, 28.

⁹¹ *Marckx κ Βελγίου*, όπ.π.

⁹² ΕΔΔΑ, *Olsson κ Σουηδίας*, 10465/83, 24.03.1988· και ως ενήλικοι ΕΔΔΑ, *Boughanemi κ Γαλλίας*, No 22070/93, 24.04.1996.

⁹³ ΕΔΔΑ, *Boyle κ Η.Β.*, No 55434/00, 08/01/2008.

⁹⁴ ΕΕΔΑ, *Χ κ Ελβετίας*, No 8500/79, 8500/79, 14.12.1979.

⁹⁵ ΕΔΔΑ, *Jolie και Lebrun κ Βελγίου*, No 11418/85, 14.05.1986.

⁹⁶ Πρβλ ΕΔΔΑ, *Merger και Cross κ Γαλλίας*, No 68864/01, 22.12.2004. Στην *Pla και Puncernau κ Ανδόρας*, 69498/01, 15.12.2004, το Δικαστήριο διευκρίνισε ότι τα κληρονομικά δικαιώματα μεταξύ εγγονών και παππούδων εμπίπτουν στην έννοια ‘οικογενειακή ζωή’, ακόμη και αν ο διαθέτης είχε πεθάνει πριν την υιοθεσία του εγγονού του.

⁹⁷ ΕΔΔΑ, *Velikova κ Βουλγαρίας*, No 41488/98, 18.5.1999 (δεν απαιτείται γάμος, εφόσον υπάρχει μακρόχρονη συμβίωση).

⁹⁸ ΕΔΔΑ, *Kroon κ Ολλανδίας*, όπ.π., παρ. 30

⁹⁹ Roagna, *Protecting the right to respect for private and family life*, 28.

¹⁰⁰ ΕΔΔΑ (Ευρεία Σύνθεση), *Κ. και Τ. κ. Φινλανδίας*, No 25702/94, 12.7.2001· βλ και Χρ. Δεληγιάννη-Δημητράκου, Το Ευρωπαϊκό Κοινωνικό Δίκαιο απέναντι στις νέες μορφές

από το εμπειρικό γεγονός και συνάγει τις έννομες συνέπειες, αντί να ακολουθήσει την αντίθετη συνήθως πορεία της ελληνικής νομικής σκέψης. Συνεπώς, για το ΕΔΔΑ η έννοια της οικογένειας προκύπτει από τη σύνθεση των ειδικών και συγκεκριμένων καταστάσεων που κρίθηκαν ως ‘οικογένεια’, και όχι με βάση γενικά και αφηρημένα κριτήρια που τίθενται εκ των προτέρων.¹⁰¹ Αυτός ο μεθοδολογικός εμπειρισμός επιτρέπει την ευελιξία και την προσαρμοστικότητα της νομολογίας του στις σύγχρονες κοινωνικές ανάγκες, κάνοντας την ΕΣΔΑ ένα «ζωντανό κείμενο», σύγχρονο παρά το χρόνο που έχει μεσολαβήσει από τη σύνταξή του. Έτσι, το πεδίο εφαρμογής της ‘οικογενειακής ζωής’ επεκτείνεται συνεχώς ανταποκρινόμενο στις διαρκώς μεταβαλλόμενες κοινωνικές συνθήκες και τη συναίνεση που διαμορφώνεται με την αλλαγή των εθνικών νομοθεσιών και κοινωνικών αντιλήψεων. Στα κράτη αναγνωρίζεται μεγάλο περιθώριο διακριτικής ευχέρειας στη ρύθμιση των όρων άσκησης των δικαιωμάτων αυτών, χωρίς, ωστόσο, να φτάνει μέχρι του σημείου να καταργείται το ίδιο το δικαίωμα που πάντως κρίνεται αυτόνομα από το ευρωπαϊκό δικαστήριο. Συνεπώς, η ‘οικογενειακή ζωή’ δεν ερμηνεύεται κατ’ ανάγκη με τον ίδιο τρόπο όπως στο εσωτερικό δίκαιο των κρατών μερών¹⁰².

B. Ομόφυλα ζευγάρια και οικογένεια στη νομολογία του ΕΔΔΑ

1. Εισαγωγή

Οι διατάξεις της ΕΣΔΑ που καλούνται σε εφαρμογή στις περιπτώσεις αναγνώρισης δικαιωμάτων ομόφυλων ζευγαριών είναι το άρθρο 8 που εγγυάται σεβασμό στην ιδιωτική και οικογενειακή ζωή των ατόμων, και το άρθρο 12¹⁰³ που προστατεύει το δικαίωμα γάμου και ίδρυσης οικογένειας και το οποίο ασκείται σύμφωνα με τους εκάστοτε εθνικούς νόμους. Επικουρικά και σε

οικογένειας, σε: *Αφιέρωμα Μνήμης στη Γιώτα Κραβαρίτου* (Επιμ: Α. Μανιτάκης - Β. Κούρτης). Αθήνα-Θεσσαλονίκη: Σάκκουλα 2011, 71επ (76 επ.)· Καραβίας, Άρθρο 8, ό.π., 331, αρ.περ. 32.

¹⁰¹ Πρβλ Roagna, *Protecting the right to respect for private and family life*, 27.

¹⁰² ΕΕΔΑ, *Marckx κ. Βελγίου*, ό.π., παρ. 69· Καραβίας, Άρθρο 8, ό.π., 331, αρ.περ. 32.

¹⁰³ Άρθρο 12: «Με τη συμπλήρωση της ηλικίας γάμου, ο άνδρας και η γυναίκα έχουν το δικαίωμα να συνέρχονται σε γάμο και να ιδρύουν οικογένεια, σύμφωνα με τους εθνικούς νόμους που διέπουν το δικαίωμα αυτό».

συνδυασμό με τα παραπάνω, καλείται σε εφαρμογή το άρθρο 14 ΕΣΔΑ¹⁰⁴ που επιβάλλει την απόλαυση των δικαιωμάτων που η Σύμβαση εγγυάται χωρίς διακρίσεις λόγω φύλου. Το Δικαστήριο σταθερά επαναλαμβάνει ότι το άρθρο 14 συμπληρώνει τις υπόλοιπες, ουσιαστικές διατάξεις της Σύμβασης των Πρωτοκόλλων και άρα δεν έχει ανεξάρτητη υπόσταση, εφόσον αναπτύσσει αποτέλεσμα μόνον σε σχέση με την απόλαυση των δικαιωμάτων και ελευθεριών που εγγυάται η Σύμβαση. Συνεπώς, τα γεγονότα στην υπό κρίση περίπτωση χρειάζεται να εμπίπτουν σε μία ή περισσότερες των διατάξεων της ΕΣΔΑ, αν και δεν προϋποτίθεται οι διατάξεις αυτές να έχουν παραβιαστεί¹⁰⁵.

Η νομολογία του ΕΔΔΑ βρίσκεται σε μια διαρκή αλλά αργή εξέλιξη όσον αφορά τα δικαιώματα των ομοφυλοφίλων, αλλά και την έννοια και το περιεχόμενο της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής. Έτσι, από πολύ νωρίς το ΕΔΔΑ απέρριψε ως αντίθετη προς τη Σύμβαση οποιασδήποτε παραβίαση ατομικού δικαιώματος ενός ομοφυλόφιλου προσώπου λόγω της ιδιότητάς του αυτής,¹⁰⁶ αναγνωρίζοντας ότι ο σεξουαλικός προσανατολισμός, ένα από τα πιο βαθιά ριζωμένα στοιχεία της ιδιωτικής ζωής, προστατεύεται από το άρθρο 8 ΕΣΔΑ¹⁰⁷. Για παράδειγμα, ήδη από τη δεκαετία του 80 το Δικαστήριο έκρινε ότι η ποινικοποίηση της ομοφυλοφιλικής σεξουαλικής πράξης μεταξύ συναινούντων ενηλίκων συνιστά παραβίαση του δικαιώματος στην ιδιωτική ζωή (άρθρο 8 ΕΣΔΑ)¹⁰⁸. Η πλούσια αυτή νομολογία στηρίζεται στο άρθρο 8 σε συνδυασμό με το άρθρο 14 ΕΣΔΑ, που απαγορεύει αρνητική διάκριση και λόγω σεξουαλικού

¹⁰⁴ Άρθρο 14: «Η χρήση των αναγνωριζομένων στην παρούσα σύμβαση δικαιωμάτων και ελευθεριών δέον να εξασφαλιστεί άσχετα από διακρίσεις φύλου, φυλής, χρώματος, γλώσσας, θρησκείας, πολιτικών ή άλλων πεποιθήσεων, εθνικής ή κοινωνικής προέλευσης, συμμετοχής σε εθνική μειονότητα, περιουσία, γέννησης ή άλλης κατάστασης».

¹⁰⁵ Βλ. π.χ. ΕΔΔΑ, *E.B. κ Γαλλίας*, No 43546/02, 22.01.2008, παρ. 47· ΕΔΔΑ, *Karner κ Αυστρίας*, No 40016/98, 24.07.2003, παρ. 32· *Petrovic κ Αυστρίας*, no. 20458/92, 27.03.1998, παρ. 22, *Schalk και Kopf*, παρ. 89.

¹⁰⁶ Βλ. Β. Χατζόπουλου, *Η προστασία των σεξουαλικών μειονοτήτων από τα ευρωπαϊκά δικαιοδοτικά όργανα*, ΔτΑ 2002, 709επ (721επ).

¹⁰⁷ Βλ. ΕΔΔΑ, *Smith and Grady κ Η.Β.*, No 33985/96 και 33986/96, 27.12.1999· *S.L. κ Αυστρίας*, No 45330/99, 09.04.2003· *Salgueiro da Silva Mouta κ Πορτογαλίας*, No 33290/96, 21/12/1999· *L. και V. κ Αυστρίας*, No 39392/98 και 39829/98, 09.04.2003.

¹⁰⁸ ΕΔΔΑ (Ολ), *Dudgeon κ Η.Β.*, No 7525/76, 22.10.1981· *Norris κ Ιρλανδίας*, No 10581/83, 26.10.1988· *Μοδικός κ Κύπρου*, No 15070/89, 22.04.1993.

προσανατολισμού¹⁰⁹. Μέχρι πρότινος, ωστόσο, το Δικαστήριο ήταν διστακτικό να προχωρήσει σε αναγνώριση ενός ζεύγους ομοφύλων ως ‘οικογένειας’ και άρα να ασκήσει πίεση σε όσα κράτη δεν το έπρατταν ήδη.¹¹⁰ Το βήμα αυτό το έκανε πρόσφατα, όπως θα εκτεθεί αναλυτικά στη συνέχεια.

2. Η παλιότερη νομολογία: ιδιωτική αλλά όχι οικογενειακή ζωή

Στην παλιότερη νομολογία του τόσο η Επιτροπή όσο και το Δικαστήριο δέχονταν ότι οι ομόφυλοι σύντροφοι είτε μεταξύ τους είτε ο ένας με τυχόν τέκνα του άλλου¹¹¹ ανέπτυσσαν μόνον ιδιωτική και όχι οικογενειακή ζωή. Σε αυτό το συμπέρασμα συνέβαλε η σύνδεση γάμου και οικογένειας και το γεγονός ότι το άρθρο 12 ΕΣΔΑ που αφορά το γάμο αναφέρεται σε άνδρα και γυναίκα. Η αναφορά αυτή εκλαμβάνονταν ως σαφής και ρητή κατοχύρωση της ετεροφυλίας των συζύγων.¹¹² Έτσι, σύμφωνα με την πάγια νομολογία του ΕΔΔΑ, «το δικαίωμα του γάμου, το οποίο εγγυάται το άρθρο 12 αναφέρεται στον παραδοσιακό γάμο μεταξύ δύο ατόμων του αντίθετου βιολογικού φύλου. Αυτό συνάγεται επίσης από τη διατύπωση του άρθρου που καθιστά σαφές ότι το άρθρο 12 αποσκοπεί κυρίως στο να προστατεύσει το γάμο ως βάση της οικογένειας»¹¹³. Η σύνδεση της οικογένειας με το γάμο και η τυπικότητα του τελευταίου δεν επέτρεπε στο Δικαστήριο να προχωρήσει σε μία πιο διευρυμένη νοηματοδότηση της οικογένειας.

¹⁰⁹ Χαρακτηριστική είναι η απόφαση *Salgueiro da Silva Mouta*, στην οποία το Δικαστήριο έκρινε ότι υπάρχει παραβίαση του άρθρου 14 σε συνδυασμό με το άρθρο 8 ΕΣΔΑ, επειδή το εθνικό Δικαστήριο ανέθεσε, κατά τ’ άλλα δικαιολογημένα λόγω του συμφέροντος του παιδιού, τη γονική μέριμνα στη μητέρα του και όχι στον πατέρα του, λόγω της ομοφυλοφιλίας του τελευταίου.

¹¹⁰ Εδώ πρέπει να επισημανθεί, ωστόσο, ότι με το άρθρο 53 ΕΣΔΑ θεσπίζεται επιφύλαξη υπέρ της ευρύτερης δυνατής προστασίας των δικαιωμάτων, σε περίπτωση σύγκρουσης μεταξύ του εθνικού δικαίου και εκείνου της ΕΣΔΑ.

¹¹¹ Βλ. πχ. ΕΕΔΑ, *S. κ. Ηνωμένου Βασιλείου*, Νο 11716/85, 14.5.1986 (η σχέση μίας γυναίκας με το τέκνο της συντρόφου της συνιστά ‘ιδιωτική ζωή’).

¹¹² Σε παλιότερη απόφασή του μάλιστα το ΕΔΔΑ κατέγραψε με τρόπο ρητό ότι το δικαίωμα του γάμου, το οποίο εγγυάται το άρθρο 12 ΕΣΔΑ αναφέρεται στον παραδοσιακό γάμο μεταξύ δύο ατόμων του αντίθετου βιολογικού φύλου. Αυτό συνάγεται επίσης από τη διατύπωση του άρθρου που καθιστά σαφές ότι το άρθρο 12 αποσκοπεί κυρίως στο να προστατεύσει το γάμο, ως βάση της οικογένειας, βλ. *Rees κ. Η.Β.*, Νο 9532/81, 17.10.1986, παρ. 19· *Markcx*, παρ. 31. Πρβλ. και Ε. Μίχα, Άρθρο 12, σε: Λ-Α Σισιλιάνος (επιμ), *Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου – Ερμηνεία κατ’ άρθρο*, Αθήνα: Νομική Βιβλιοθήκη 2013, 465επ.

¹¹³ *Rees*, ό.π., παρ. 19.

Για παράδειγμα, σε σχετική της απόφαση¹¹⁴ η Επιτροπή Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων¹¹⁵ (που μέχρι τη συγχώνευσή της με το Δικαστήριο από 01.11.1998 έλεγχε το επιτρεπτό όλων των περιπτώσεων πριν αυτές φτάσουν στο Δικαστήριο), για να εξετάσει αν υφίσταται δυσμενής μεταχείριση λόγω φύλου (που απαγορεύεται), χρησιμοποίησε τη μέθοδο της σύγκρισης του ενάγοντα (ενός αλλοδαπού άνδρα που τελούσε σε ερωτική σχέση με βρετανό ομόφυλό του και ζητούσε να μην απελαθεί) με άτομο του άλλου φύλου, θεώρησε όμως ότι η μόνη συγκρίσιμη κατηγορία είναι μια γυναίκα σε σχέση με γυναίκα, που προφανώς θα υφίστατο την ίδια δυσμενή μεταχείριση. Αντίστοιχα, στην υπόθεση *Mata Esterez*¹¹⁶, το Δικαστήριο παρότι επιβεβαίωσε τη θέση του ότι οι σχέσεις ομόφυλων ζευγαριών δεν συνιστούν οικογενειακή ζωή, τόνισε ότι τυχόν περιορισμοί τους μπορεί να εγείρουν ζητήματα παραβίασης του δικαιώματος στην ιδιωτική ζωή. Δεν παρέλειψε πάντως να υπενθυμίσει για μια ακόμη φορά ότι τα κράτη-μέλη διαθέτουν τη διακριτική ευχέρεια να προσδιορίσουν τον τρόπο με τον οποίο επιθυμούν να ρυθμίσουν τις συμβιώσεις ομοφύλων.

Συνολικά, Επιτροπή και Δικαστήριο εκκινούσαν από την πεποίθηση ότι οι σχέσεις των ομοφύλων είναι ασύμβατες με τις ετεροφυλικές και συνεπώς δεν μπορούσαν να υπαχθούν στην έννοια της 'οικογενειακής ζωής',¹¹⁷ προστατεύονταν δε μόνον ως έκφανση της ιδιωτικής τους ζωής. Και αυτό παρά το γεγονός ότι οι ετεροφυλικές σχέσεις εκτός γάμου αναγνωρίζονταν ήδη, όπως αναφέρθηκε, ως *de facto* «οικογένεια»¹¹⁸, όπως και η ένωση μεταξύ ενός τρανσέξουαλ και του συντρόφου του που είναι πλέον (μετά την αλλαγή φύλου του πρώτου) του αντίθετου φύλου¹¹⁹. Σε σχετικές αποφάσεις η Επιτροπή έκρινε ότι η αρνητική διάκριση σε βάρος των ομόφυλων ζευγαριών ήταν «αντικειμενικά

¹¹⁴ Βλ. ΕΔΔΑ, *X και Y κ Η.Β.*, No 9369/81, 03.05.1983.

¹¹⁵ Μέχρι τη συγχώνευσή της με το Δικαστήριο με το 11^ο Πρωτόκολλο (01.11.1998) η Επιτροπή έλεγχε το επιτρεπτό όλων των περιπτώσεων πριν αυτές φτάσουν στο Δικαστήριο.

¹¹⁶ ΕΔΔΑ, *Mata Estevez κ Ισπανίας*, No 56501/00, 10.5.2001.

¹¹⁷ Βλέπε και *Simpson κ Η.Β.*, No. 11716/85, 14.05.1986, παρ. 2.

¹¹⁸ Βλ. *Dudgeon*, όπ.π., παρ. 52· *Johnston κ. Ιρλανδίας*, όπ.π., παρ 56.

¹¹⁹ Και αυτό παρά το γεγονός ότι οι ετεροφυλικές σχέσεις εκτός γάμου αποτελούν 'οικογενειακή ζωή' (*Dudgeon*, όπ.π., παρ. 52), όπως και η ένωση μεταξύ ενός τρανσέξουαλ και του συντρόφου του που είναι πλέον (μετά την αλλαγή φύλου του πρώτου) του αντίθετου φύλου (*X, Y και Z κ ΗΒ*, No 21830/93, 22.04.1997, και *X και Y κ Η.Β.*, όπ.π., παρ. 37).

δικαιολογημένη» για λόγους προστασίας «των δικαιωμάτων των άλλων»¹²⁰, της «οικονομικής ευμάρειας της χώρας»¹²¹, της «ειδικής προστασίας που έπρεπε να απολαμβάνει η παραδοσιακή οικογένεια»¹²² και της «προστασίας των οικογενειακών σχέσεων».¹²³

Η απόφαση *Kerkhoven*¹²⁴ της Επιτροπής Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων άνοιξε ένα ρήγμα στην προγενέστερη νομολογία, καθώς εκεί δηλωνόταν ότι «σ' ό,τι αφορά τη γονική εξουσία σε ένα παιδί, ένα ομόφυλο ζευγάρι δεν μπορεί να εξομοιωθεί με έναν άνδρα και μια γυναίκα που συζούν»¹²⁵. Η διατύπωση αυτή θα επέτρεπε ίσως να συναχθεί έμμεσα το συμπέρασμα ότι, ως προς τις υπόλοιπες υποθέσεις που δεν περιλαμβάνουν παιδιά, π.χ. περιπτώσεις μετανάστευσης, οικογενειακών επιδομάτων κ.λπ., τα ομόφυλα ζευγάρια θα μπορούσαν να εξομοιωθούν με τα ετερόφυλα. Έτσι, η πάγια αυτή νομολογία έδειχνε, πάντως, να διαφοροποιείται σταδιακά, αποβάλλοντας τον απόλυτο χαρακτήρα της σε μεταγενέστερες αποφάσεις.¹²⁶

Γ. Το μεταβατικό στάδιο προς την αναγνώριση οικογενειακής ζωής των ομόφυλων ζευγαριών

1. Παραμονή στη στέγη του τεθνεώτος συντρόφου (Karner και Kozak)

Στην απόφαση *Karner* (2003)¹²⁷, το ΕΔΔΑ κλήθηκε να κρίνει την απόφαση του Ανώτατου Δικαστηρίου της Αυστρίας που είχε αρνηθεί σε έναν άνδρα το δικαίωμα να συνεχίσει να μένει στο διαμέρισμα του τεθνεώτος ομόφυλου

¹²⁰ ΕΕΔΑ, *X κ Η.Β.*, No 7215/75, 12.10.1978.

¹²¹ *W.J. και D.P. κ Η.Β.*, No 12513/86, 13.07.1987.

¹²² *C. και L.M. κ Η.Β.*, No 14753/89, 09.10.1989.

¹²³ *X κ Η.Β.*, No 16106/90, 10. 02.1991.

¹²⁴ ΕΕΔΑ, *Kerkhoven και Hinke κ Ολλανδίας*, No. 15666/89, 19.05.1992.

¹²⁵ Αναφέρεται στην απόφαση *X, Y και Z κ Η.Β.* (1997), παρ. 34.

¹²⁶ Στην *Kerkhoven and Hinke v. the Netherlands*, Appl. No. 15666/89 of 19.05.1992 η Επιτροπή καταλήγει στο συμπέρασμα ότι «σ' ό,τι αφορά τη γονική εξουσία σε ένα παιδί ένα ομόφυλο ζευγάρι δεν μπορεί να εξομοιωθεί με έναν άνδρα και μια γυναίκα που συζούν» (αναφέρεται στην απόφαση *X, Y and Z κ Η.Β.*, ό.π., παρ. 34). Η διατύπωση αυτή θα επέτρεπε ίσως να συναχθεί έμμεσα το συμπέρασμα ότι ως προς τις υπόλοιπες υποθέσεις που δεν περιλαμβάνουν παιδιά, π.χ. περιπτώσεις μετανάστευσης, οικογενειακών επιδομάτων κ.λπ., τα ομόφυλα ζευγάρια θα μπορούσαν να εξομοιωθούν με τα ετερόφυλα.

¹²⁷ ΕΔΔΑ, *Karner κ Αυστρίας*, No 40016/98, 24.07.2003.

συντρόφου του, διακηρύσσοντας ότι το δικαίωμα αυτό κατά το αυστριακό δίκαιο απολαμβάνουν τα μέλη μιας οικογένειας και άρα δεν εφαρμόζεται σε ομόφυλα ζευγάρια. Η απόφαση του αυστριακού Δικαστηρίου στηριζόταν, δηλαδή, στην πάγια άποψη ότι οι ομόφυλοι σύντροφοι δεν έχουν «οικογενειακή ζωή», και δεν θεωρούνται μέλη της ίδιας οικογένειας. Το ΕΔΔΑ δέχθηκε καταρχάς ότι η όποια παραβίαση σχετίζεται όχι μόνο με την απόλαυση προσωπικής ζωής αλλά και με το δικαίωμα στην κατοικία που προστατεύει το άρθρο 8 ΕΣΔΑ.

Περαιτέρω, το Δικαστήριο δέχθηκε ότι η προστασία της οικογένειας με την παραδοσιακή έννοια, την οποία επικαλέστηκε η Αυστριακή κυβέρνηση για να αποκλείσει το δικαίωμα του Καρνερ να συνεχίσει να μένει στο διαμέρισμα του τεθνεώτος ομόφυλου συντρόφου του, είναι ένας νόμιμος λόγος διακριτικής μεταχείρισης των ομόφυλων ζευγαριών, αν και μόνο αν υπακούει στην αρχή της αναλογικότητας. Στη συγκεκριμένη, όμως, υπόθεση το Δικαστήριο έκρινε ότι το Κράτος δεν είχε αποδείξει την αναγκαιότητα περιορισμού του δικαιώματος του προσφεύγοντος, δηλαδή το σεβασμό της αρχής της αναλογικότητας. Παρά το γεγονός ότι το δικαστήριο επέμεινε στη θέση του ότι μια διαρκής σχέση ομοφύλων δεν συνιστά «οικογενειακή ζωή», αμφισβήτησε την πεποίθηση ότι η ετερόφυλη οικογένεια τίθεται άνευ ετέρου σε κίνδυνο από την αναγνώριση κάποιων δικαιωμάτων σε ομόφυλα ζευγάρια.¹²⁸ Ήταν ήδη σημαντική αυτή η αντιστροφή του βάρους της απόδειξης, που πλέον μεταφέρεται στο κράτος: η άρνηση αναγνώρισης δικαιωμάτων στα ομόφυλα ζευγάρια δικαιολογείται μόνο στο βαθμό που είναι αναγκαία για να μην θέτει σε κίνδυνο την παραδοσιακή οικογένεια. Κάτι τέτοιο, ωστόσο, είναι εμπειρικά δύσκολο να αποδειχτεί.

Το Δικαστήριο δηλαδή έθεσε τόσο ψηλά τον πήχη της δικανικής κρίσης περί τη νομιμότητα των διακρίσεων, ώστε να καθιστά δυσχερή την υπέρβασή του από μια εθνική κυβέρνηση. Είναι προφανές ότι επέλεξε τη μέθοδο αυτή, σεβόμενο τον επικουρικό χαρακτήρα της Σύμβασης και επειδή, προφανώς, δεν επιθυμούσε να εισέλθει σε κρίσεις με ηθικές και ιδεολογικές προεκτάσεις. Έτσι,

¹²⁸ Σχετικά με την άποψη αυτή, όπως υποστηρίχθηκε στη Γαλλία και τη Γερμανία ενόψει της πρόσφατης κατοχύρωσης των ομόφυλων συμβιώσεων, πρβλ. Ιφ. Καμτσιδου, *Τάσεις αποηθικοποίησης του γάμου στα σύγχρονα κράτη πρόνοιας*, 1151-1170 και Τράντα, *Δηλωμένη Συμβίωση, Ένας νέος οικογενειακός θεσμός*; 1173επ.

δέχθηκε την καταρχήν νομιμότητα του περιορισμού των δικαιωμάτων των ομόφυλων ζευγαριών, προκειμένου να μείνει πιστό στον επικουρικό έναντι των εθνικών εννόμων τάξεων χαρακτήρα του, και βεβαίως για να μην προκαλέσει την εθνική κοινωνία των ερμηνευτών του δικαίου και θέσει σε διακινδύνευση τη νομιμοποίησή του. Φάνηκε, όμως, ήδη με την απόφαση Karner,¹²⁹ ότι το Δικαστήριο κινούνταν προς μια πιο φιλελεύθερη και ευνοϊκή για τα δικαιώματα των ομόφυλων ζευγαριών κατεύθυνση.¹³⁰

2. *Kozak κ Πολωνίας: η επιβεβαίωση της Karner*

Στην παρόμοια υπόθεση Kozak¹³¹, ο προσφεύγων, που είχε χάσει το δικαίωμα να διαδεχθεί τον αποθανόντα σύντροφό του στη μίσθωση του διαμερίσματος στο οποίο συμβιούσαν¹³², προσέφυγε στο Στρασβούργο για παραβίαση του άρθρου 8 σε συνδυασμό με το άρθρο 14 ΕΣΔΑ. Το Δικαστήριο υπενθύμισε¹³³ ότι ο σεξουαλικός προσανατολισμός καλύπτεται από το άρθρο 14, για τους σκοπούς του οποίου πρέπει να τεκμηριωθεί ότι δεν συντρέχει αντικειμενικός και εύλογος λόγος για την αρνητική διάκριση, δηλαδή ότι δεν υπηρετείται ‘νόμιμος σκοπός’ ή ότι δεν αποδεικνύεται μια «λογική σχέση αναλογίας μεταξύ των μέσων που χρησιμοποιούνται και του σκοπού που επιδιώκεται να υλοποιηθεί»¹³⁴. Ιδίως δε όταν η αρνητική διάκριση επενεργεί σ’ αυτή την τόσο μύχια και ευάλωτη σφαίρα της ιδιωτικής ζωής ενός ατόμου, ενώπιον του Δικαστηρίου πρέπει να εκτεθούν ιδιαίτερος σοβαροί λόγοι για να δικαιολογήσουν το περιοριστικό μέτρο. Και αυτό

¹²⁹ Βλ. *Karner v Austria*, παρ. 33: «[ο] αιτών διέμενε στο διαμέρισμα και αν δεν συνέτρεχε ο παράγοντας φύλο, ή μάλλον σεξουαλικός προσανατολισμός θα νοούνταν ως ‘σύντροφος ζωής’ με δικαίωμα να διαδεχθεί στο μισθωτήριο τον τεθνεώτα σύντροφό του».

¹³⁰ Παπαδοπούλου, Γάμος Ομοφύλων;, όπ.π., 438.

¹³¹ ΕΔΔΑ, *Kozak κ Πολωνίας*, No 13102/02, 02.06.2010.

¹³² Οι κανόνες σχετικά με τη διαδοχή στη μίσθωση περιλήφθηκαν το 2001 στον πολωνικό ΑΚ και προέβλεπαν ότι: «1. Σε περίπτωση θανάτου του μισθωτή, ο ή η σύζυγός του/της (αν δεν είναι συν-μισθωτής), τα δικά του τέκνα και τα τέκνα του/της συζύγου της /του, άλλα πρόσωπα για τα οποία ο μισθωτής είχε υποχρέωση διατροφής και το πρόσωπο που ζούσε σε de facto συγκατοίκηση με τον μισθωτή τον διαδέχεται στη σύμβαση μίσθωσης», ενώ πριν το 2001 προβλεπόταν ως δικαιούχοι μεταξύ άλλων όσοι συμβίωναν με τον μισθωτή σε «έγγαμη de facto συγκατοίκηση».

¹³³ *Kozak*, όπ.π., παρ. 91.

¹³⁴ Βλ. *Sheffield και Horsham κ Η.Β.*, No 22985/93 και 23390/94, 30.07.1998, παρ. 75· *E.B. κ Γαλλίας*, όπ.π., παρ. 91· *Karner*, όπ.π., παρ. 37

επειδή, όπου η διακριτική μεταχείριση βασίζεται στο φύλο ή στις προτιμήσεις βάσει του φύλου, το περιθώριο διακριτικής εκτίμησης που αναγνωρίζεται στο κράτος είναι στενό και η αρχή της αναλογικότητας δεν απαιτεί απλώς το επιλεχθέν μέτρο να είναι γενικά κατάλληλο για την υλοποίηση του σκοπού, αλλά πρέπει επίσης να καταδεικνύεται ότι ήταν αναγκαίο υπό τις δεδομένες συνθήκες.¹³⁵ Συνεπώς, αν οι λόγοι για την διαφορετική μεταχείριση βασίζονταν αποκλειστικά στο σεξουαλικό προσανατολισμό του προσφεύγοντος, αυτό θα κατέληγε σε αρνητική διάκριση κατά την έννοια της Σύμβασης¹³⁶.

Ο ουσιώδης λόγος της διακριτικής μεταχείρισης που επεφύλαξε η Πολωνία στον ομόφυλο σύντροφο του τεθνεώτος ήταν η προστασία της οικογένειας που στηρίζεται στην «ένωση ενός άνδρα και μιας γυναίκας», όπως αυτό ορίζεται στο άρθρο 18 του πολωνικού Συντάγματος. Το Δικαστήριο επανέλαβε το σκεπτικό της Karner, ότι δηλαδή αυτός είναι ένας νόμιμος και σημαντικός σκοπός που μπορεί καταρχήν να δικαιολογήσει διαφορετική μεταχείριση, και για την επιδίωξη του οποίου το κράτος μπορεί να υλοποιήσει μια σειρά μέτρων¹³⁷. Επανέλαβε όμως ότι η Σύμβαση είναι ένα «ζωντανό κείμενο» (living instrument) «που πρέπει να ερμηνεύεται υπό το φως των σημερινών συνθηκών»¹³⁸, και συνεπώς το κράτος όταν λαμβάνει μέτρα προστασίας της οικογένειας πρέπει οπωσδήποτε να λαμβάνει υπόψη του εξελίξεις στην κοινωνία και τις αλλαγές στην πρόσληψη θεμάτων κοινωνικών και των σχέσεων που αναπτύσσονται, συμπεριλαμβανομένου του γεγονότος ότι «δεν υπάρχει μόνον ένας δρόμος ή μία επιλογή στη σφαίρα της βίωσης της οικογενειακής ή προσωπικής ζωής» (παρ. 98). Συνεπώς, το Κράτος πρέπει να βρίσκει τη χρυσή τομή επιδιώκοντας να συμφιλιώσει διαφορετικές απόψεις και συμφέροντα των μερών.

Βάσει των προηγούμενων, το Δικαστήριο αποφάνθηκε τελικά και εδώ ότι, ενόψει του στενού περιθωρίου διακριτικής ευχέρειας που αναγνωρίζεται στο κράτος όταν πρόκειται για διαφορετική μεταχείριση λόγω φύλου και ερωτικών προτιμήσεων βάσει φύλου, ένας απόλυτος αποκλεισμός των προσώπων που ζουν

¹³⁵ Kozak, όπ.π., παρ. 92.

¹³⁶ Βλ. E.B., όπ.π., παρ. 91 και 93· S.L. κ. Αυστρίας, όπ.π., παρ. 7· Smith και Grady, όπ.π., παρ. 89 και 94· Karner, όπ.π., παρ. 37 και 41.

¹³⁷ Kozak, όπ.π., παρ. 99, με αναφορά και σε Karner, παρ. 40.

¹³⁸ E.B., όπ.π., παρ. 92

σε ομόφυλες σχέσεις από τη διαδοχή στο δικαίωμα μίσθωσης δεν μπορεί να γίνει δεκτός από το Δικαστήριο ως απαραίτητος για την προστασία της παραδοσιακής οικογένειας. Ταυτόχρονα, η πολωνική Κυβέρνηση δεν παρουσίασε πειστικούς ή ανυπέρβλητους λόγους για να δικαιολογήσει αυτή τη διάκριση στην προστασία ετερόφυλων και ομόφυλων συντρόφων. Τη μη συνδρομή τέτοιων λόγων απέδειξε, εξάλλου, και η νεώτερη ρύθμιση (του 2001) που δεν διέκρινε πλέον μεταξύ έγγαμων και άλλων μορφών συμβίωσης. Κατ' αποτέλεσμα το Δικαστήριο κατέληξε ότι οι πολωνικές αρχές δεν σεβάστηκαν την αρχή της αναλογικότητας και συνεπώς η διακριτική μεταχείριση δεν ήταν συμβατή με τα στάνταρτ της Σύμβασης. Και εδώ δηλαδή το βάρος απόδειξης λειτούργησε υπέρ του προσφεύγοντος και σε βάρος της Κυβέρνησης που δεν μπόρεσε να αποδείξει πώς η διακριτική μεταχείριση σε βάρος των ομόφυλων συντρόφων υπηρετούσε το νόμιμο σκοπό της προστασίας της παραδοσιακής οικογένειας.

3. *Τεκνοθεσία από ομοφυλόφιλη γυναίκα (Ε.Β. κ Γαλλίας)*

Προς την ίδια κατεύθυνση κινήθηκε το Δικαστήριο και όταν κρίθηκε να αποφασίσει σχετικά με το ζήτημα της υιοθεσίας από μία ομοφυλόφιλη γυναίκα.¹³⁹ Η υπόθεση αφορούσε αίτηση για τεκνοθεσία εκ μέρους ομοφυλόφιλης γυναίκα, η οποία συζούσε (από το 1990) με τη σύντροφό της. Οι γαλλικές αρχές είχαν απορρίψει την αίτηση για δύο λόγους: λόγω έλλειψης ανδρικού προτύπου ως σημείου αναφοράς για την ταύτιση του παιδιού μέσα στην οικογένεια και λόγω της αβεβαιότητας της συντρόφου της αιτούσας σχετικά με την επιθυμία της τελευταίας να τεκνοθετήσει. Στα επιχειρήματά της ενώπιον του ΕΔΔΑ, η γαλλική κυβέρνηση επικαλέστηκε και το μικρό αριθμό παιδιών προς υιοθεσία που την αναγκάζει να επιλέγει τους υποψήφιους γονείς στη βάση της καταλληλότητας του προσφερόμενου οικογενειακού περιβάλλοντος (παρ. 63-69). Στην απόφασή του το ΕΔΔΑ αποστασιοποιήθηκε -αν και δεν το αναγνωρίζει ρητά- από την

¹³⁹ ΕΔΔΑ, *Ε.Β. κ Γαλλίας*, Νο 43546/02, 22.01.2008. Βλ για όλες τις σχετικές υποθέσεις, Ροϊδη, *Εναλλακτικές μορφές οικογενειακής αποκατάστασης παιδιών (υιοθεσία – αναδοχή) από ομόφυλα ζευγάρια ή ομοφυλόφιλα άτομα*, 781επ.

προηγούμενη απόφασή του Fretté¹⁴⁰ και έκρινε ότι οι γαλλικές αρχές, εμμέσως πλην σαφώς, απέρριψαν την αίτηση της προσφεύγουσας λόγω της ερωτικής της προτίμησης,¹⁴¹ και ότι, το γεγονός αυτό, δεδομένου ότι το γαλλικό δίκαιο επιτρέπει την υιοθεσία από μεμονωμένα άτομα, συνιστά παραβίαση του άρθρου 14 σε συνδυασμό με το άρθρο 8 ΕΣΔΑ.

Παρά το γεγονός ότι η υπόθεση αυτή αφορά μόνη ομοφυλόφιλη γυναίκα, και όχι ζευγάρι, και ότι δεν αναγνωρίζεται ρητά η ύπαρξη οικογενειακής ζωής του ομόφυλου ζευγαριού, εντούτοις διατυπώθηκαν *obiter dicta* πολύ πιο ευνοϊκά από ό,τι στο παρελθόν. Δείχνει έτσι το Δικαστήριο (παρ. 71) να εκτιμά θετικά το γεγονός ότι η προσφεύγουσα βρισκόταν σε διαρκή και σταθερή σχέση και τονίζει ότι αυτό τη διαφοροποιεί από τον Fretté. Τονίζει, μάλιστα, το Δικαστήριο ότι δικαίως οι γαλλικές αρχές εξέτασαν και τη διάθεση για υιοθεσία της συντρόφου της E.B., παρά το γεγονός ότι οι δυο τους δεν συνδέονταν με γάμο, όπως θα εξέταζε και έναν ετερόφυλο σύντροφο σε ελεύθερη (*de facto*), πλην όμως διαρκή και σταθερή, συμβίωση.¹⁴² Ακόμη πιο σημαντική ίσως είναι η μεθοδολογική επισήμανση του Δικαστηρίου ότι δεν απαιτείται «ιστορική ερμηνεία» της ΕΣΔΑ,

¹⁴⁰ ΕΔΔΑ, *Fretté κ Γαλλίας*, No. 36515/97, 26/02/2002, στην οποία έκρινε ότι η απόρριψη εκ μέρους των γαλλικών αρχών (της Κοινωνικής υπηρεσίας των Παρισίων και του *Conseil d'Etat* που ακύρωσε προηγούμενη αντίθετη απόφαση του Διοικητικού Δικαστηρίου) της αίτησης του Fretté να υιοθετήσει, λόγω της ιδιαίτερης κατάστασής του ως ομοφυλόφιλου και του τρόπου ζωής που είχε επιλέξει (παρ. 32), παρά την εγνωσμένη ικανότητά του να αναθρέψει παιδιά, υπηρετούσε έναν νόμιμο σκοπό, και δη την προστασία της υγείας και των δικαιωμάτων των εμπλεκόμενων στην υιοθεσία παιδιών (παρ. 38). Προκειμένου δε να στηρίξει τη νομιμότητα της διακριτικής μεταχείρισης του Fretté, το ΕΔΔΑ παρατήρησε ότι τα Συμβαλλόμενα Μέρη απολαμβάνουν ευρύ πεδίο διακριτικής ευχέρειας κατά την κρίση τους περί των διαφορών που επιτρέπουν διαφορετική νομική μεταχείριση παρομοίων περιπτώσεων (παρ. 41). Το εύρος του πεδίου αυτού επιβεβαιώνεται και μεγαλώνει, κατά την ίδια απόφαση, η έλλειψη μιας κοινής συνισταμένης σε όλα τα συμβαλλόμενα Κράτη, καθώς και οι δισταμέννες γνώμες της επιστήμης στο υπό εξέταση ζήτημα της ανατροφής ενός παιδιού από ένα (ή δύο) ομοφυλόφιλο γονέα. Υπό τα δεδομένα αυτά, η άρνηση των γαλλικών αρχών δεν συνιστούσε παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας ή της απαγόρευσης αρνητικών διακρίσεων (άρθρο 14 ΕΣΔΑ) (παρ. 42-43).

¹⁴¹ Όπως αποκαλύπτει, κατά την απόφαση (παρ. 85), η πολλαπλή αναφορά στις οικείες εκθέσεις του ιδιαίτερου τρόπου ζωής της.

¹⁴² Συνεπώς ως προς το σημείο αυτό δεν βλέπει –και ορθώς– κάποια αρνητική διάκριση. Το Δικαστήριο κρίνει επίσης ότι η έλλειψη πατρικού προτύπου, που αποτέλεσε έναν από τους δύο λόγους απόρριψης της αίτησης της E.B. από τις γαλλικές αρχές, «δεν αποτελεί αναγκαστικά πρόβλημα από μόνο του» (παρ. 73) και πάντως αφορά όλα τις αιτήσεις υιοθεσίας από ένα μόνο άτομο. Τέλος, σημαντική είναι και η επιμονή του Δικαστηρίου (όπως και στην απόφαση *Karner*) ότι το βάρος της απόδειξης της νομιμότητας του αποκλεισμού το φέρει η Κυβέρνηση που προβαίνει στην αρνητική διακριτική μεταχείριση (παρ. 74).

καθώς η τελευταία είναι ένα «ζωντανό κείμενο» (*living instrument*) και ως τέτοιο πρέπει να ερμηνεύεται με βάση τις σύγχρονες συνθήκες¹⁴³.

Δ. Η μεταστροφή της νομολογίας και η αναγνώριση οικογενειακής ζωής (Schalk και Kopf κ Αυστρίας)

1. Τα πραγματικά περιστατικά

Οι προσφεύγοντες Schalk και Kopf, άρρενες αμφότεροι, συζούσαν ως ζεύγος στη Βιέννη και αιτήθηκαν τη σύναψη γάμου. Το αίτημά τους απορρίφθηκε βάσει του άρθρου 44 αυστριακού ΑΚ, σύμφωνα με το οποίο γάμος μπορεί να συναφθεί μόνο μεταξύ δύο προσώπων διαφορετικού φύλου. Ενώπιον του ΕΔΔΑ, μετά την εξάντληση των εσωτερικών ένδικων μέσων, οι προσφεύγοντες ισχυρίστηκαν ότι η νομική τους αδυναμία να συνάψουν γάμο συνιστά παραβίαση του άρθρου 12 και του άρθρου 8 σε συνδυασμό με το άρθρο 14 ΕΣΔΑ. Η Κυβέρνηση αντέτεινε ότι ήδη από 01.01.2010 υιοθετήθηκε ο νόμος για την «καταχωρημένη συντροφικότητα» (*Eingetragene Partnerschaft*), ένας θεσμός, αποκλειστικά για ομόφυλα ζευγάρια, βάσει του οποίου το κράτος αναγνωρίζει τις ομόφυλες σχέσεις με τρόπο που μοιάζει κατά πολύ με το γάμο¹⁴⁴. Ο νέος νόμος κάλυψε διάφορους τομείς, όπως αστικού, ποινικού, εργατικού δικαίου και δικαίου της κοινωνικής ασφάλισης. Φορολογικού δικαίου και διοικητικής διαδικασίας, προστασίας προσωπικών δεδομένων κλπ.

2. Μη παραβίαση του άρθρου 12 ΕΣΔΑ

Όσον αφορά το ζήτημα της παραβίασης του δικαιώματος στο γάμο (άρθρο 12 ΕΣΔΑ) το Δικαστήριο εκκίνησε από τη διατύπωση της διάταξης που κάνει λόγο - μόνη αυτή μεταξύ των άρθρων της Σύμβασης, και άρα σκόπιμα (παρ. 55)- για «άνδρα και γυναίκα», από όπου συνάγεται ότι ο θεσμός του γάμου παραδοσιακά

¹⁴³ *E.B. κ Γαλλίας*, παρ 46, με παραπομπή και σε *Johnston και Άλλοι κ Ιρλανδίας*, όπ.π., παρ. 53)

¹⁴⁴ *Schalk και Kopf*, όπ.π., παρ. 35.

νοούνταν ως ένωση ετεροφύλων. Αντέκρουσε όμως και το επιχείρημα των προσφευγόντων ότι ως «ζωντανό εργαλείο» η Σύμβαση πρέπει να προσαρμοστεί στις σύγχρονες συνθήκες και να επιβάλλει στα κράτη να υιοθετήσουν το γάμο ομοφύλων λέγοντας ότι και στην πλειοψηφία των κρατών-μελών του Συμβουλίου της Ευρώπης αυτό δεν ισχύει, καθώς μόνο έξι (Βέλγιο, Ολλανδία, Νορβηγία, Πορτογαλία, Ισπανία και Σουηδία) από τα 47 συνολικά είχαν -κατά το χρόνο της απόφασης- ανοίξει το γάμο και σε ομόφυλα ζεύγη, ενώ άλλα δεκατρία προέβλεπαν κάποια μορφής νομικής αναγνώρισης με καταχώρηση της συμβίωσης ομοφύλων (παρ. 58). Και αυτό σε αντίθεση με το γάμο των διεμφυλικών προσώπων για τα οποία υπήρχε ήδη σύγκλιση προϋποθέσεων μεταξύ των κρατών (*convergence of standards*) όταν το Δικαστήριο έλαβε την απόφαση υπέρ του δικαιώματος γάμου της διεμφυλικής Christine Goodwin¹⁴⁵. Παρακάτω (παρ. 49) το Δικαστήριο υπενθύμισε ότι το δικαίωμα αυτό υπόκειται στους νόμους των συμβαλλομένων κρατών, αλλά οι περιορισμοί σε αυτό δεν πρέπει να περιορίζουν ή να απομειώνουν το δικαίωμα με τέτοιο τρόπο και σε τέτοια έκταση που να πλήττει την ίδια την ουσία του¹⁴⁶.

Περαιτέρω, το Δικαστήριο προέβη (παρ. 26) και σε σύγκριση του άρθρου 12 ΕΣΔΑ με το άρθρο 9 της Χάρτας Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΧΘΔ ΕΕ)¹⁴⁷, που ως μεταγενέστερο και πιο σύγχρονο κείμενο δεν εμπεριέχει αυτόν τον εγγενή λεκτικό περιορισμό και είναι ευρύτερο από το άρθρο 12 ΕΣΔΑ, καθώς και με το παράγωγο ενωσιακό δίκαιο¹⁴⁸. Στο πλαίσιο αυτό, η σταθερότητα της σχέσης αναδεικνύεται στον πλέον αποφασιστικό παράγοντα.

¹⁴⁵ ΕΔΔΑ (Τμήμα Ευρείας Σύνθεσης), *Christine Goodwin κ Ηνωμένου Βασιλείου*, No 28957/95, 11.07.2002.

¹⁴⁶ Βλ. *B. και L. κ Ηνωμένου Βασιλείου*, No 36536/02, 13.09.2005, παρ. 34· *F. κ Ελβετίας*, No 11329/85, 18.12.1987, παρ. 32.

¹⁴⁷ Βλ. Α. Παπαδοπούλου, Άρθρο 9 ΧΘΔ ΕΕ, σε: Β Σκουρής (επιμ), *Ερμηνεία της Συνθήκης της Ευρωπαϊκής Ένωσης και της Συνθήκης Λειτουργίας της ΕΕ*, 2015 (υπό έκδοση), διαθέσιμο σε: www.constitutionalism.gr/site/charter-arthro9-gamos-oikogeneia.

¹⁴⁸ Οδηγία 2003/86/EC, 22.09. 2003 για το δικαίωμα οικογενειακής επανένωσης και Οδηγία 2004/38/EC της 29.04.2004 «σχετικά με το δικαίωμα των πολιτών της Ένωσης και των μελών των οικογενειών τους να κυκλοφορούν και να διαμένουν ελεύθερα στην επικράτεια των κρατών μελών (...)», που αξιώνει από τα κράτη μέλη της ΕΕ να διευκολύνουν την είσοδο και διαμονή στο κράτος-μέλος υποδοχής και τον / τη σύντροφο με τον οποίο / την οποία ο πολίτης της Ένωσης διατηρεί σταθερή σχέση δεόντως αποδεδειγμένη. Βλ. Δ. Λέντζης, *Η έννοια της οικογένειας στο πλαίσιο της Οδηγίας 2004/38/EK για την ελεύθερη κυκλοφορία και διαμονή των πολιτών της Ευρωπαϊκής Ένωσης*, *Αρμενόπουλος* 2014, 1492επ (1499).

Ωστόσο, ορθώς το ΕΔΔΑ παρατήρησε ότι και το άρθρο 9 της Χάρτας επαφίεται στις εθνικές νομοθεσίες (παρ. 60).

Ερμηνεύοντας τη Σύμβαση υπό το φως της Χάρτας σε μια ιδιαιτέρως ενδιαφέρουσα μεθοδολογικά καινοτομία προς την κατεύθυνση της εναρμόνισης των δύο συστημάτων προστασίας των δικαιωμάτων στην Ευρώπη, το ΕΔΔΑ έκανε ένα μεγάλο βήμα¹⁴⁹ καθώς ομολόγησε ότι ενόψει των εξελίξεων αυτών δεν μπορεί πλέον να θεωρεί ως δεδομένο ότι ο γάμος περιορίζεται μεταξύ προσώπων διαφορετικού φύλου και να θεωρήσει ότι το άρθρο 12 δεν εφαρμόζεται στην παρούσα υπόθεση. Αν και σημείωσε (παρ. 55) ότι ίσως ερμηνευόμενο μόνο του το άρθρο 12 ΕΣΔΑ να επιτρέπει και μια ανάγνωση που δεν επιβάλλει την ετεροφυλία των συζύγων¹⁵⁰, παρέμεινε στην αρχική θέση του, καθώς κάθε άρθρο θα πρέπει να ερμηνεύεται σε συνδυασμό και αρμονία με τα υπόλοιπα¹⁵¹. Επίσης, αφήνοντας ανοικτά περιθώρια για το μέλλον επεσήμανε ότι υπό τα σημερινά δεδομένα («*as matters stand*») τα κράτη μέλη διαθέτουν ένα ευρύ πεδίο διακριτικής ευχέρειας στο πώς επιλέγουν να τυποποιήσουν το θεσμό του γάμου, ο οποίος έχει βαθιές κοινωνικές και πολιτισμικές συνηχήσεις. Για το λόγο αυτό σε μια επίδειξη δικαστικού αυτοπεριορισμού ομολόγησε ότι δεν πρέπει «να βιαστεί να υποκαταστήσει με τη δική του απόφαση εκείνη των εθνικών αρχών, που βρίσκονται σε καλύτερη θέση να εκτιμήσουν τις ανάγκες της κοινωνίας και να ανταποκριθούν σε αυτές» (παρ. 62). Κατ' αποτέλεσμα, το άρθρο 12 δεν επιβάλλει στα κράτη να ανοίξουν το γάμο και σε ομόφυλα ζευγάρια και έτσι το Δικαστήριο

¹⁴⁹ Β. Μάλλιος, Συμβίωση και γάμος ομόφυλων ζευγαριών: τρία νέα μικρά βήματα. Σχόλιο στην απόφαση ΕΔΔΑ, Schalk και Kopf κατά Αυστρίας, 24.6.2010, σε: <http://www.constitutionalism.gr/site/mallios-schalk-kopf/> (τελευταία πρόσβαση 29/12/2014).

¹⁵⁰ Βλ. όμως στο τέλος της απόφασης την συγκλίνουσα γνώμη (*concurring opinion*) του δικαστή Malinverni, στην οποία προσχώρησε και ο δικαστής Kovler, σύμφωνα με την οποία τόσο η γραμματική ερμηνεία (με επίκληση του “συνήθους νοήματος” κατά το άρθρο 31παρ. 1 της Σύμβασης της Βιέννης για το Δίκαιο των Συνθηκών της 23.05.1969) όσο και -δευτερευόντως- η τελεολογική και η συστηματική ερμηνεία του άρθρου 12, ερμηνευόμενου είτε μόνου του είτε σε συνάρτηση με τα υπόλοιπα άρθρα της Συνθήκης, περιορίζουν το γάμο μεταξύ ενός άνδρα και μιας γυναίκας. Το δε δικαίωμα σύναψης γάμου σχετίζεται με εκείνο της ίδρυσης οικογένειας. Παρότι η Σύμβαση είναι όντως ένα “ζωντανό κείμενο” και πρέπει να ερμηνεύεται υπό το φως των σημερινών συνθηκών το Δικαστήριο δεν μπορεί, μέσω μιας “εξελικτικής ερμηνείας”, να συναγάγει από αυτή ένα δικαίωμα που δεν είχε αρχικά συμπεριληφθεί σε αυτή. (*Johnston και Others κ Ιρλανδίας*, παρ. 53),.

¹⁵¹ Παρ. 101 και *Johnston και Άλλοι κ Ιρλανδίας*, παρ. 57.

απέρριψε ομοφώνως τον ισχυρισμό των αιτούντων ότι παραβιάστηκε το δικαίωμά τους στο γάμο που απορρέει από το άρθρο 12 της Σύμβασης.

3. *Απαγορευμένη διακριτική μεταχείριση ως προς το δικαίωμα στην οικογενειακή ζωή (άρθρα 8 και 14 ΕΣΔΑ)*

Το Δικαστήριο δήλωσε απλά ότι μέχρι τη στιγμή εκείνη η νομολογία του «είχε θεωρήσει ότι οι ομόφυλες σχέσεις εμπίπτουν στην έννοια της προσωπικής ζωής, αλλά ίσως υπάρχουν καλοί λόγοι να συμπεριληφθεί η σχέση ενός ομόφυλου ζευγαριού που συμβιώνει στην έκταση της ‘οικογενειακής ζωής’» (παρ. 79). Στο σημείο αυτό οι τέσσερις ΜΚΟ που παρενέβησαν στη δίκη (συγκεκριμένα οι ‘International Federation for Human Rights’ (FIDH), η International Commission of Jurists (ICJ), το Κέντρο AIRE και η Ευρωπαϊκή Περιφέρεια της Διεθνούς Ένωσης Λεσβιών (European Region of the International Lesbian and Gay Association: ILGA-Europe) υποστήριξαν (παρ. 84) ότι το Δικαστήριο θα έπρεπε να κρίνει αν μία σχέση συμβιούντων ομοφύλων εμπίπτει στην έννοια της οικογενειακής ζωής υπό το άρθρο 8 ΕΣΔΑ, επισημαίνοντας ότι το ερώτημα αυτό έμεινε αναπάντητο στην *Karner*. Ισχυρίστηκαν επίσης ότι πλέον είναι γενικά αποδεκτό πως τα ομόφυλα ζευγάρια έχουν την ίδια ικανότητα να εγκαθιδρύσουν μακρόχρονη συναισθηματική και ερωτική σχέση όπως και τα ετερόφυλα και, συνεπώς, έχουν την ίδια ανάγκη με τα τελευταία να απολαύουν της νομικής αναγνώρισης της σχέσης τους. Συνεπώς, αν δεν επιβάλλεται από τη Σύμβαση η πρόσβασή τους στο γάμο, θα πρέπει να προβλεφθούν άλλα νομικά σχήματα τέτοιας αναγνώρισης. Στην αντίθετη περίπτωση, θα επρόκειτο για έμμεση διάκριση, ιδίως επειδή υπάρχει μία αυξανόμενη συναίνεση των ευρωπαϊκών κρατών σ’ αυτό το ζήτημα, καθώς περίπου 40% αυτών προβλέπουν τη μία ή την άλλη μορφή νομικής αναγνώρισης των ομόφυλων σχέσεων. Το Δικαστήριο πείστηκε από τα σχόλια των διαδίκων και προχώρησε όντως σε κρίση αν η σταθερή σχέση των προσφευγόντων συνιστούσε όχι μόνον ιδιωτική, όπως σταθερά μέχρι τότε αναγνώριζε, αλλά και οικογενειακή ζωή (παρ. 90).

Ερμηνεύοντας πλέον το άρθρο 8 ΕΣΔΑ υπό το φως των ολοένα αυξανόμενων, από το 2001 και εφεξής, εθνικών νομοθεσιών που παρέχουν

νομική αναγνώριση των ομόφυλων σχέσεων αλλά και του ευρωπαϊκού δικαίου, πρωτογενούς και παραγώγου, το Δικαστήριο τόλμησε να κάνει ένα μεγάλο βήμα και διακήρυξε ότι «θεωρεί τεχνητή τη διατήρηση της άποψης ότι ένα ομόφυλο ζευγάρι, σε αντίθεση με ένα ετερόφυλο, δεν μπορεί να απολαμβάνει «οικογενειακή ζωή» για τους σκοπούς του άρθρου 8 ΕΣΔΑ. Συνεπώς, η σχέση των προσφευγόντων, ενός συμβιούντος ομόφυλου ζεύγους σε σταθερή *de facto* συντροφική σχέση εμπίπτει στην έννοια της ‘οικογενειακής ζωής’, όπως ακριβώς θα ενέπιπτε και η σχέση ενός ετερόφυλου ζεύγους στην ίδια κατάσταση» (παρ. 94).

Εκκινώντας από την αφετηριακή παραδοχή ότι ομόφυλα και ετερόφυλα ζευγάρια είναι σε παρόμοια κατάσταση και άρα συγκρίσιμα μεταξύ τους (παρ. 99επ), το Δικαστήριο προχώρησε στην εξέταση του αν έχει παραβιαστεί το άρθρο 14 (απαγόρευση διακριτικής μεταχείρισης) ως προς το άρθρο 8 ΕΣΔΑ. Σε μια άσκηση συγκεκριμένου ελέγχου¹⁵² και ενόψει του γεγονότος ότι η Αυστρία είχε στο μεταξύ θεσμοθετήσει την «καταχωρημένη συντροφική σχέση» για ομόφυλα ζευγάρια, το Δικαστήριο απέρριψε τον γενικό ισχυρισμό των προσφευγόντων για άνιση μεταχείρισή τους και δεν εξέτασε κατά πόσο είναι δικαιολογημένες ειδικότερες διαφορές μεταξύ γάμου και καταχωρημένης συμβίωσης, όπως αναφορικά με την πρόσβαση στην ιατρικώς υποβοηθούμενη αναπαραγωγή.

Επιστρατεύοντας το κυριότερο εργαλείο κρίσης του, το Δικαστήριο κατέληξε ότι παρά την αναδύομενη ευρωπαϊκή συναίνεση προς την κατεύθυνση της νομικής αναγνώρισης των ομόφυλων ζευγαριών («*an emerging European consensus towards legal recognition of same-sex couples*»), δεν καταγράφεται ακόμη μια πλειοψηφία κρατών που έχει εισαγάγει τέτοιους θεσμούς και άρα στο σχετικό πεδίο αρμοδιότητας τα Κράτη συνεχίζουν να διαθέτουν ένα πεδίο διακριτικής ευχέρειας κατά την εισαγωγή νομοθετικών αλλαγών (παρ. 105) όσον αφορά το καθεστώς που θα εγκαθιδρύει τυχόν εναλλακτική του γάμου μορφή αναγνώρισης (παρ. 108). Η Αυστρία δεν υπερέβη το πεδίο αυτό και συνεπώς δεν καταφάσκει παραβίαση του άρθρου 14 σε συνδυασμό με το άρθρο 8 της Σύμβασης. Συνεπώς, η νομολογία του Δικαστηρίου αναμένεται να επανεξεταστεί

¹⁵² Με παραπομπή και σε *F. κ Ελβετίας*, όπ.π., παρ. 31

όταν η πλειοψηφία τουλάχιστον των κρατών μελών υιοθετήσει κάποιο νομικό θεσμό αναγνώρισης των ομόφυλων σταθερών σχέσεων.

Ωστόσο, στην απόφαση καταγράφηκε ισχυρή μειοψηφία τριών¹⁵³ (από τους επτά συνολικά) δικαστές που έκριναν αντίθετα. Στην κοινή αποκλίνουσα γνώμη τους οι τρεις δικαστές τονίζουν το μεγάλο βήμα που έκανε το Δικαστήριο επεκτείνοντας την έννοια “οικογενειακή ζωή” και στα ομόφυλα ζευγάρια, βασιζόμενο στις εξελίξεις τόσο στο ενωσιακό δίκαιο όσο και στις εθνικές νομοθεσίες από τις οποίες συνάγεται «μία συνεχώς ενισχυόμενη τάση να συμπεριληφθούν τα ομόφυλα ζευγάρια στην έννοια της ‘οικογένειας’». Επισημαίνουν μάλιστα μια εσωτερική αντίφαση στη δικανική κρίση, ανάμεσα στο αιτιολογικό και το διατακτικό της απόφασης. Ειδικότερα, κατά τη γνώμη της μειοψηφίας, η πλειοψηφία έρχεται σε αντίθεση με την προηγούμενη διαπίστωση όταν «επιδοκιμάζει το υπό κρίση νομικό κενό, χωρίς να επιβάλει στο ενδιαφερόμενο κράτος καμιά θετική υποχρέωση να παραχωρήσει ένα ικανοποιητικό πλαίσιο, τέτοιο που να παρέχει στους αιτούντες, τουλάχιστον μέχρι ένα βαθμό, την προστασία που απολαμβάνει κάθε οικογένεια». Συνεπώς, το Δικαστήριο θα έπρεπε να είχε διακρίνει παραβίαση του άρθρου 14 σε συνδυασμό με το άρθρο 8 ΕΣΔΑ, εφόσον το αντίδικο κράτος, που μέχρι το 2010 δεν πρόσφερε κανέναν νομικό θεσμό αναγνώρισης της σχέσης των προσφευγόντων, δεν ανέπτυξε κανένα επιχείρημα για να δικαιολογήσει τη διαφορετική μεταχείριση, και συνεπώς δεν μπορούσε να προταθεί ο ισχυρισμός ότι απολάμβανε “περιθώριο διακριτικής εκτίμησης”. Στον τελευταίο αυτό ισχυρισμό όμως υπόκειται μεθοδολογικά και το επιχείρημα ότι δεν υπάρχει ευρωπαϊκή συναίνεση. Αν ο πρώτος δεν προτάθηκε δεν μπορούσε να προταθεί ούτε το δεύτερο. Το μεθοδολογικό σφάλμα στο οποίο υπέπεσε δηλαδή η πλειοψηφία είναι ότι μόνο στην περίπτωση που οι εθνικές αρχές παρέχουν έδαφος δικαιολόγησης μπορεί το Δικαστήριο να ικανοποιηθεί, λαμβάνοντας υπόψη την ύπαρξη ή την απουσία μιας κοινής προσέγγισης, ενόψει του γεγονότος ότι τα κράτη είναι σε καλύτερη θέση από ό,τι το Δικαστήριο να αντιμετωπίσουν το ζήτημα αποτελεσματικά (αποκλίνουσα γνώμη, παρ. 8). Η απουσία, αντίθετα,

¹⁵³ Βλ. την κοινή αποκλίνουσα γνώμη (*joint dissenting opinion*) των δικαστών Ροζάκη (προεδρεύοντος), Spielmann και Jebens.

οποιοδήποτε νομικού πλαισίου απαιτεί ισχυρή δικαιολόγηση («*robust justification*»). Η Κυβέρνηση δεν παρείχε τέτοια και συνεπώς θα έπρεπε να γίνει δεκτή η παραβίαση του άρθρου 14 σε συνδυασμό με το άρθρο 8 ΕΣΔΑ. Η μειοψηφική αυτή γνώμη δεν αποκλείεται σύντομα να καταστεί πλειοψηφική.

Ε. Η ελληνική υπόθεση: Βαλλιανάτος

1. Τα δεδομένα

Στην απόφαση *Βαλλιανάτος και άλλοι κατά Ελλάδα*¹⁵⁴ το ΕΔΔΑ (τμήμα ευρείας σύνθεσης) καταδίκασε την Ελλάδα, με δεκαέξι ψήφους έναντι μίας, για παραβίαση του άρθρου 14 (διακριτική μεταχείριση) σε συνδυασμό με το άρθρο 8 ΕΣΔΑ (ιδιωτική και οικογενειακή ζωή) λόγω του αποκλεισμού των ομόφυλων ζευγαριών από το σύμφωνο συμβίωσης που θεσμοθετήθηκε με το Ν.3719/2008. Προσφεύγοντες ήταν ομόφυλα ζευγάρια σε διαρκή και σταθερή σχέση καθώς και το μη κερδοσκοπικό σωματείο «Σύνθεση-Ενημέρωση-Εναισθητοποίηση και Έρευνα», οι σκοποί του οποίου περιλαμβάνουν την παροχή ψυχολογικής και ηθικής υποστήριξης σε ομοφυλόφιλα άτομα¹⁵⁵.

Στο κεφάλαιο της απόφασης σχετικά με τα πραγματικά περιστατικά¹⁵⁶ το Δικαστήριο εκθέτει τη νομική αλλά και πραγματική κατάσταση στην Ελλάδα, ειδικότερα το σκοπό του νόμου που ήταν, κατά την αιτιολογική έκθεση, να καλύψει τις εκτός γάμου συμβιώσεις, εντός των οποίων γεννιέται πλέον το 5% των παιδιών, καθώς και τις γυναίκες που γίνονται θύματα εγκατάλειψης μετά από κάποια χρόνια συμβίωσης. Επίσης αναφέρεται η αντίδραση της ελληνικής εκκλησίας που χαρακτήρισε «πορνεία» το σύμφωνο συμβίωσης και την άποψη του Υπουργού Δικαιοσύνης ότι οι απαιτήσεις της ελληνικής κοινωνίας, έναντι της οποίας ο νομοθέτης είναι υπόλογος, δεν επέτρεπαν την συμπερίληψη των ομόφυλων ζευγαριών (παρ. 11). Έναντι της άποψης αυτής τόσο το Επιστημονικό

¹⁵⁴ ΕΔΔΑ, *Βαλλιανάτος και άλλοι κ Ελλάδα*, 29381/09 και 32684/09, 07.11.2013.

¹⁵⁵ Το σωματείο τελικά δεν θεωρήθηκε θύμα από το Δικαστήριο υπό την έννοια του άρθρου 34 ΕΣΔΑ (παρ 48), σε αντίθεση με τα φυσικά πρόσωπα που θεωρήθηκαν τέτοια.

¹⁵⁶ Βλ σχετικά με αυτά και Τ. Κυριακού, Το σύμφωνο συμβίωσης, ο γάμος των ομοφύλων και μια παραλογική θεσμική προκατάληψη, σε: Μ. Κανελλοπούλου-Μπότη / Φ. Παναγοπούλου-Κουτνατζή, *Βιοηθικοί Προβληματισμοί*, Αθήνα: Παπαζήση 2014, 761επ.

Συμβούλιο της Βουλής όσο και η Εθνική Επιτροπή των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (παρ. 21-14) υπογράμμισαν ότι η έννοια της οικογένειας είναι μεταβλητή, αλλά εξελίσσεται μαζί με τα κοινωνικά ήθη και ότι η έννοια ‘οικογένεια’ δεν περιορίζεται αποκλειστικά στις σχέσεις ανάμεσα στα άτομα που έχουν τελέσει γάμο (παρ. 12-13). Αρκετοί βουλευτές επανέλαβαν την άποψη του Επιστημονικού Συμβουλίου ότι ο σεξουαλικός προσανατολισμός περιλαμβάνεται στους όρους βάσει των οποίων απαγορεύονται διακρίσεις και άρα ο αποκλεισμός των ομόφυλων ζευγαριών μπορεί να οδηγήσει σε παραβίαση των διεθνών υποχρεώσεων της χώρας (παρ 13-15).

Στο επόμενο κεφάλαιο της απόφασης με αντικείμενο το διεθνές και συγκριτικό δίκαιο το Δικαστήριο υπενθύμισε (παρ 25-26) ότι –κατά τη στιγμή της απόφασης- εννέα χώρες (Βέλγιο, Γαλλία, Ισλανδία, Ολλανδία, Πορτογαλία, Ισπανία, Δανία, Νορβηγία, και Σουηδία) είχαν θεσπίσει γάμο ομοφύλων.¹⁵⁷ Επιπρόσθετα, οι έξι πρώτες από αυτές συν άλλες έντεκα (Ανδόρα, Αυστρία, Τσεχία, Φινλανδία, Γερμανία, Ουγγαρία, Ιρλανδία, Λιχτενστάιν, Λουξεμβούργο, Σλοβενία, Ελβετία και Ηνωμένο Βασίλειο), ήτοι δεκαεπτά συνολικά κράτη μέλη αναγνώριζαν κάποιον τύπο συμφώνου συμβίωσης για ομόφυλα ζευγάρια. Στο πλαίσιο αυτό, μόνον η Λιθουανία και η Ελλάδα έχουν θεσπίσει μια μορφή αναγνωρισμένης συμβίωσης αποκλειστικά για ετερόφυλα ζευγάρια, ως εναλλακτική στο γάμο (που παραμένει και αυτός δικαίωμα μόνο των ετερόφυλων ζευγαριών). Στη συνέχεια το ΕΔΔΑ θυμίζει και τη Σύσταση 1474 (2000) της Κοινοβουλευτικής Συνέλευσης με την οποία το Συμβούλιο της Ευρώπης κάλεσε τα κράτη μέλη του να θεσπίσουν, μεταξύ άλλων, νομοθεσία που κατοχυρώνει την καταχωρημένη συμβίωση ομόφυλων ζευγαριών καθώς και άλλες συστάσεις για την άρση της διακριτικής μεταχείρισης σε βάρος των ομοφυλόφιλων προσώπων (παρ 27-30). Προς την ίδια κατεύθυνση της εξίσωσης κινείται εξάλλου τόσο το πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο, ιδίως η Χάρτα Θεμελιωδών Δικαιωμάτων, όσο και

¹⁵⁷ Ήδη η Φινλανδία θα είναι η πέμπτη σκανδιναβική χώρα (μαζί με τις Σουηδία, Νορβηγία, Δανία και Ισλανδία) που θα καταργήσει το σύμφωνο, αφότου επιτραπεί ο γάμος και η τεκνοθεσία και σε ομόφυλα ζευγάρια. Από τις 12 χώρες στην Ευρώπη που επιτρέπουν γάμο ομοφύλων, οι έντεκα δίνουν είτε μία μόνο επιλογή σε όλους (μόνο γάμο) είτε δύο επιλογές (γάμο και σύμφωνο) ανεξαρτήτως φύλου. Μόνο στην Αγγλία, Ουαλία και Σκωτία, τα ομόφυλα ζευγάρια έχουν δύο επιλογές (γάμο και σύμφωνο), ενώ τα ετερόφυλα έχουν μόνο μία (γάμο).

το παράγωγο, με αποδοχή βεβαίως ενός περιθωρίου διακριτικής ευχέρειας των κρατών μελών (παρ 31-34). Από τα δεδομένα αυτά το ΕΔΔΑ συνάγει ένα ευρωπαϊκό *standard* με κριτήριο το οποίο κρίνει και την ελληνική περίπτωση¹⁵⁸, χωρίς βέβαια να σημαίνει, όπως το ίδιο επισημαίνει, ότι κάθε απόκλιση από αυτό συνιστά κατ' ανάγκη και παραβίαση της Σύμβασης.

2. Το παραδεκτό

Πριν προχωρήσει στην εξέταση του βασίμου των δύο προσφυγών το Δικαστήριο εξέτασε το δικονομικό ζήτημα του παραδεκτού αυτών, ενόψει τόσο του έννομου συμφέροντος, βάσει της απάντησης στο ερώτημα αν οι προσφεύγοντες υπήρξαν θύματα, όσο και της μη εξάντλησης των εσωτερικών ενδίκων μέσων. Το κεφάλαιο αυτό της απόφασης είναι εξαιρετικά σημαντικό, αλλά εκφεύγει του ενδιαφέροντος της παρούσας μελέτης. Αξίζει ίσως να αναφέρουμε το επιχείρημα των προσφευγόντων οι οποίοι προκειμένου να αντικρούσουν τον ισχυρισμό της Κυβέρνησης ότι θα μπορούσαν να ικανοποιηθούν μέσω αποζημίωσης βάσει του άρθρου 105 ΕισΝΑΚ ισχυρίστηκαν ότι «οι παρούσες υποθέσεις αφορούν την αστική κατάστασή τους και την θέση τους στην Ελληνική κοινωνία. Γι' αυτό, κάθε αποζημίωση που θα μπορούσε να επιδικαστεί από εσωτερικό δικαστήριο δεν θα αποκαθιστούσε το αίσθημα αποκλεισμού και κοινωνικής περιθωριοποίησης που προκαλείται από τον Ν.3719/2008» (παρ. 43). Επίσης, επεσήμαναν ότι ακόμη και στην υποθετική περίπτωση που μια αγωγή αποζημίωσης κατά το άρθρο 105 ΕισΝΑΚ γινόταν δεκτή από τα εθνικά δικαστήρια, οι διοικητικές αρχές δεν θα ήταν υποχρεωμένες να τροποποιήσουν την επίδικη νομοθεσία.

Το Δικαστήριο δέχτηκε πάντως τελικά ότι οι προσφυγές ήταν παραδεκτές, καθώς όλοι οι προσφεύγοντες - φυσικά πρόσωπα μπορούσαν να θεωρηθούν θύματα, και ότι το Κράτος δεν απέδειξε, όπως οφείλει, τη μη εξάντληση των εσωτερικών ενδίκων μέσων, τα οποία πρέπει να είναι αποτελεσματικά -πρακτικά

¹⁵⁸ Για τα πολύ ενδιαφέροντα ζητήματα αναφορικά με τον ευθύ χαρακτήρα του ελέγχου του νόμου και το ζήτημα του παραδεκτού βλ αναλυτικότερα Ανθόπουλος, Το ΕΔΔΑ σε ρόλο Συνταγματικού Δικαστηρίου, 596.

και νομικά- για την αντιμετώπιση της φερόμενης παραβίασης.¹⁵⁹ Αντίθετα, η αγωγή αποζημίωσης του άρθρου 105 ΕισΝΑΚ, την οποία επικαλέστηκε ως μη χρησιμοποιηθείσα το ελληνικό κράτος, δεν μπορεί να θεωρηθεί τέτοιο μέσο. Και αυτό για τρεις λόγους: πρώτον, η αναγνώριση οικονομικής αποζημίωσης δεν θα ήταν επαρκής για την αποκατάσταση του προβλήματος και άρα, ακόμη κι αν τα εσωτερικά δικαστήρια επιδίκαζαν μια αποζημίωση βάσει του άρθρου 105 ΕισΝΑΚ, το Κράτος δεν θα είχε νομική υποχρέωση να τροποποιήσει την επίμαχη νομοθεσία. Εξάλλου, όπως ορθώς παρατήρησε το ΕΔΔΑ, τα εσωτερικά δικαστήρια εφαρμόζουν το άρθρο 105 ΕισΝΑΚ πολύ περιορισμένα όσον αφορά την αδικοπρακτική ευθύνη του Κράτους σε υποθέσεις αντισυνταγματικού νόμου. Συνεπώς, το Δικαστήριο¹⁶⁰ προχώρησε στην εξέταση της ουσίας των ισχυρισμών των δύο πλευρών, αναφορικά με την παραβίαση ή μη του άρθρου 8 σε συνδυασμό με το άρθρο 14 της ΕΣΔΑ.

3. *Η βασιμότητα των ισχυρισμών*

Η ελληνική Κυβέρνηση προκειμένου να δικαιολογήσει τον αποκλεισμό των ομόφυλων ζευγαριών από το σύμφωνο συμβίωσης υποστήριξε ότι ο Έλληνας νομοθέτης δεν επιδίωξε «να ρυθμίσει όλες τις μορφές ελεύθερης συμβίωσης, αλλά να προστατεύσει τα παιδιά που γεννιούνται από ετερόφυλα ζευγάρια στο πλαίσιο τέτοιας συμβίωσης, καθώς και τους ίδιους τους γονείς που δεν επιθυμούν να συνάψουν γάμο» (παρ. 63). Συνεπώς, κατά την Κυβέρνηση τα ομόφυλα ζευγάρια δεν βρίσκονται, ως προς αυτή την ανάγκη, σε κατάσταση ανάλογη με τα ετερόφυλα. Παραδόξως, η ελληνική Κυβέρνηση δείχνει να αποδέχεται – τουλάχιστον ενώπιον του ΕΔΔΑ- κάτι που δεν είναι καθόλου δεδομένο στην ελληνική θεωρία και νομολογία- ότι ομόφυλα ζευγάρια που συγκατοικούν (πρέπει να) απολαύουν οικογενειακής –και όχι απλώς ιδιωτικής- ζωής.¹⁶¹ Περαιτέρω

¹⁵⁹ Βλ. ΕΔΔΑ (Τμήμα Ευρείας Σύληψης), *Kudla κ Πολωνίας*, Νο 30210/96, 26.10.2000, παρ. 152· *Hasan και Chaush κ Βουλγαρίας*, Νο 30985/96, 26.10.2000, παρ. 96-98.

¹⁶⁰ Βλ όμως και την εν μέρει συγκλίνουσα και εν μέρει αποκλίνουσα γνώμη του δικαστή Albuquerque.

¹⁶¹ Βλ παρ. 65 της απόφασης όπου αναφέρεται ότι «... η Κυβέρνηση καλεί το Δικαστήριο να διακρίνει ανάμεσα σε προσφεύγοντες που συγκατοικούν και σε αυτούς που δεν συγκατοικούν. Στην περίπτωση των πρώτων, η προσφυγή θα πρέπει να εξεταστεί υπό το πρίσμα της

όμως, προσπαθεί να αποδείξει ότι το σύμφωνο δεν προσφέρει στα ετερόφυλα ζευγάρια που το επιλέγουν τίποτε περισσότερο από ό,τι τα ομόφυλα θα μπορούσαν να έχουν με χρήση άλλων θεσμών (παρ 67), εκτός από τη διασφάλιση των κοινών βιολογικών τέκνων, που αποτελεί τον “σκληρό πυρήνα” του νόμου και μάλιστα ότι το τεκμήριο πατρότητας¹⁶² αποτελεί ιδιαίτερο χαρακτηριστικό του ελληνικού νόμου. Συνεπώς, «η βιολογική διαφορά ανάμεσα στα ετερόφυλα ζευγάρια και τα ομόφυλα ζευγάρια, στο μέτρο που τα τελευταία δεν μπορούν να αποκτήσουν κοινά βιολογικά τέκνα, δικαιολογεί τον περιορισμό του πεδίου εφαρμογής του συμφώνου συμβίωσης στα ετερόφυλα ζευγάρια» (παρ. 67).

Με αναφορά στην προηγούμενη απόφασή του *Schalk και Kopf*, το ευρωπαϊκό Δικαστήριο δέχθηκε ότι «οι σχέσεις των προσφευγόντων στην παρούσα υπόθεση εμπίπτουν στο πλαίσιο της “ιδιωτικής ζωής” και της “οικογενειακής ζωής”, όπως θα ενέπιπταν και οι σχέσεις ετερόφυλων ζευγαριών στην ίδια κατάσταση». Σημείωσε μάλιστα ότι δεν μπορεί να γίνει καν η διάκριση που ζητά η Κυβέρνηση (παρ. 65) ανάμεσα σε αυτούς που ζουν μαζί και αυτούς που –για προσωπικούς και κοινωνικούς λόγους– δεν ζουν μαζί, «καθώς στην παρούσα υπόθεση το γεγονός της μη συγκατοίκησης δεν αποκλείει τα ζευγάρια από την σταθερότητα που ενέχει το πεδίο εφαρμογής της οικογενειακής ζωής κατά την έννοια του άρθρου 8 ΕΣΔΑ» (παρ 73).

Το Δικαστήριο δέχθηκε επίσης ότι αυτό που πρέπει να εξεταστεί είναι αν υπάρχει παραβίαση του άρθρου 14 ΕΣΔΑ σε συνδυασμό με το άρθρο 8, και όχι του τελευταίου άρθρου μόνου του· με άλλα λόγια ο ισχυρισμός των προσφευγόντων δεν ήταν ότι το Ελληνικό κράτος αθέτησε θετική υποχρέωσή του απορρέουσα από τη Σύμβαση, αλλά ότι ο Ν.3719/2008 εισάγει αρνητική διάκριση εις βάρος τους. Στο πλαίσιο της εξέτασης αυτής της αιτίας, το ΕΔΔΑ υπενθυμίζει την πάγια νομολογία του, ότι διαφορά μεταχείρισης προσώπων σε

“οικογενειακής ζωής”. Στην περίπτωση των δεύτερων, η οικεία έννοια είναι αυτή της “ιδιωτικής ζωής”».

¹⁶² Βλ και άρθρο 8 Ν. 3719/2008 (Τεκμήριο πατρότητας): «(1) Το τέκνο που γεννήθηκε κατά τη διάρκεια του συμφώνου συμβίωσης ή εντός τριακοσίων ημερών από τη λύση ή την αναγνώριση της ακυρότητάς του, τεκμαίρεται ότι έχει πατέρα τον άνδρα με τον οποίο η μητέρα κατάρτισε το σύμφωνο. Το τεκμήριο ανατρέπεται με αμετάκλητη δικαστική απόφαση. Τα άρθρα 1466 επ. ΑΚ, καθώς και τα άρθρα 614 επ. ΚΠολΔ, εφαρμόζονται αναλόγως. (2) Η ακυρότητα ή η ακύρωση του συμφώνου δεν επηρεάζει την πατρότητα των τέκνων».

συγκρίσιμες περιστάσεις συνιστά αρνητική διάκριση όταν δεν υπάρχει αντικειμενική και εύλογη δικαιολόγησή της. Ειδικότερα, εάν δεν επιδιώκεται νόμιμος σκοπός ή εάν δεν υπάρχει εύλογη σχέση αναλογίας ανάμεσα στον τελευταίο και στα μέσα που χρησιμοποιούνται. Και πάντως το Δικαστήριο αναγνωρίζει μεν ότι τα Συμβαλλόμενα Κράτη διαθέτουν πεδίο ελεύθερης εκτίμησης του εάν και σε ποιο βαθμό οι διαφορές στις ρυθμιζόμενες καταστάσεις δικαιολογούν διαφορετική μεταχείριση (παρ. 76 με περαιτέρω παραπομπές στη νομολογία του¹⁶³), υπενθυμίζει όμως ότι οι διαφορές που βασίζονται στο φύλο και στον σεξουαλικό προσανατολισμό απαιτούν “ιδιαίτερα πειστικούς και βαρύνοντες λόγους” δικαιολόγησης και άρα το πεδίο ελεύθερης εκτίμησης των Κρατών είναι στενό (παρ. 77).

Το Δικαστήριο επαναλαμβάνει ότι τα ομόφυλα ζευγάρια είναι εξίσου ικανά με τα ετερόφυλα να συνάψουν σταθερές σχέσεις αφοσίωσης¹⁶⁴, οπότε καταφάσκει ότι οι προσφεύγοντες είναι σε συγκρίσιμη κατάσταση με τα ετερόφυλα ζευγάρια όσον αφορά την ανάγκη τους για νομική αναγνώριση και προστασία της σχέσης τους (παρ. 78). Απαντάει δε στο επιχείρημα της Κυβέρνησης ότι το σύμφωνο συμβίωσης είναι μια επίσημα αναγνωρισμένη εναλλακτική στον γάμο που ενέχει αυταξία για τους προσφεύγοντες, ανεξάρτητα από το εάν τα νομικά του αποτελέσματα είναι στενά ή εκτεταμένα. «Συνεπώς, η δυνατότητα σύναψης ενός συμφώνου συμβίωσης θα παρείχε στα πρώτα τη μοναδική δυνατότητα που τους παρέχει το Ελληνικό δίκαιο να διαμορφώσουν τις σχέσεις τους προσφέροντάς τους νομική ισχύ που αναγνωρίζεται από το Κράτος. Το Δικαστήριο παρατηρεί ότι η επέκταση των συμφώνων συμβίωσης στα ομόφυλα ζευγάρια θα επέτρεπε σε αυτά να ρυθμίζουν ζητήματα που αφορούν την περιουσία, την διατροφή και την κληρονομιά όχι ως ιδιώτες που συνάπτουν συμβάσεις κατά το κοινό δίκαιο, αλλά βασιζόμενοι σε νομικούς κανόνες που διέπουν την πολιτική ένωση, καθιστώντας έτσι την σχέση τους αναγνωρισμένη από το Κράτος.» (παρ 81).

¹⁶³ Βλ. πχ ΕΔΔΑ (Τμήμα Ευρείας Σύνθεσης), *Burden κ Ηνωμένου Βασιλείου*, Νο 13378/05, 28.04.2008, παρ. 60.

¹⁶⁴ Βλ. *Schalk και Kopf*, όπ.π., παρ. 99

Ως προς το δεύτερο επιχείρημα της Κυβέρνησης, ότι επιδιώκει να προστατεύσει την παραδοσιακή οικογένεια, το Δικαστήριο σταθερά¹⁶⁵ αποδέχεται ότι αυτός είναι, κατ' αρχήν, είναι ένας βαρύνων και νόμιμος λόγος για τον οποίο θα μπορούσε να δικαιολογηθεί μια διαφορετική μεταχείριση, όπως εξάλλου και η προστασία των συμφερόντων των παιδιών¹⁶⁶. Παραμένει να διευκρινιστεί, ωστόσο, εάν τηρείται στην παρούσα υπόθεση η αρχή της αναλογικότητας.

Ιδιαίτερα σημαντικό είναι το επιχείρημα που αναπτύσσει το Δικαστήριο υπέρ μιας δυναμικής¹⁶⁷ ή εξελικτικής ερμηνείας της Σύμβασης, ως «ζωντανού κειμένου»¹⁶⁸, και άρα της υποχρέωσης των Κρατών κατά την επιλογή των μέσων που αφορούν την προστασία της οικογένειας να λαμβάνουν απαραιτήτως υπόψη τις εξελίξεις στην κοινωνία και τις αλλαγές στις αντιλήψεις, ενόψει και της πολλαπλότητας των επιλογών για την ρύθμιση της οικογενειακής ή ιδιωτικής ζωής του ατόμου (παρ 84). Στο πλαίσιο αυτό το Δικαστήριο έκρινε ότι δεν δικαιολογούνται οι διαφορές στην μεταχείριση των άτεκνων ζευγαριών (ομόφυλων και ετερόφυλων). Η προστασία των εκτός γάμου γεννημένων τέκνων δεν απαγορεύει την συμπερίληψη των ομόφυλων ζευγαριών για τις υπόλοιπες έννομες συνέπειες του νόμου. Βάσει όλων των ανωτέρω το Δικαστήριο κατέληξε ότι «η Κυβέρνηση δεν παρείχε πειστικούς και βαρύνοντες λόγους ικανούς για να δικαιολογηθεί ο αποκλεισμός των ομόφυλων ζευγαριών από το πεδίο εφαρμογής του Ν.3719/2008» και άρα δέχθηκε ότι υπήρξε παραβίαση του άρθρου 14 σε συνδυασμό με το άρθρο 8 ΕΣΔΑ. Προκειμένου να συμμορφωθεί με την απόφαση αυτή η ελληνική Πολιτεία οφείλει όχι μόνον να πληρώσει την επιδικασθείσα αποζημίωση, αλλά και να υιοθετήσει γενικά ή / και ατομικά μέτρα, προκειμένου να λάβει τέλος η παραβίαση που διαπιστώθηκε από το δικαστήριο.¹⁶⁹ Είναι αμφίβολο αν αυτό θα μπορούσε να γίνει με τη συνολική κατάργηση του

¹⁶⁵ Βλ π.χ. *Karner*, όπ.π., παρ. 40, και *Kozak*, όπ.π., παρ. 98.

¹⁶⁶ ΕΔΔΑ (Τμήμα Ευρείας Σύνθεσης), *X και Άλλοι κ Αυστρίας*, Νο 19010/07, 19.02.2013, παρ. 126.

¹⁶⁷ Για τη δυναμική ερμηνεία του Συντάγματος βλ την πλήρη και διεισδυτική ανάλυση του Σ. Βλαχόπουλου, *Η δυναμική ερμηνεία του Συντάγματος*, Αθήνα: Ευρασία 2014.

¹⁶⁸ Βλ. μεταξύ πολλών *Tyrer κ Ηνωμένου Βασιλείου*, Νο 5856/72, 25.04.1978, παρ. 31· *Christine Goodwin κ Ηνωμένου Βασιλείου*, όπ.π., παρ. 75.

¹⁶⁹ Βλ ΕΔΔΑ, *Παπαμιχαλόπουλος και Άλλοι κ Ελλάδα*, Νο 14556/89, 31.10.1995, παρ. 34· *Scozzari και Giunta κ Ιταλίας*, Νο 39221/98 και 41963/98, 13.07.2000, παρ. 249, με αναφορά στο άρθρο 46 ΕΣΔΑ.

συμφώνου συμβίωσης, ώστε να αρθεί η απαγορευμένη διάκριση. Και αυτό επειδή η αναγνώριση οικογενειακής ζωής των ομόφυλων ζευγαριών είναι ένα μόνο βήμα πριν την αναγνώριση εκ μέρους του ΕΔΔΑ μιας θετικής υποχρέωσης των κρατών μελών του Συμβουλίου της Ευρώπης να θεσμίζουν κάποια μορφή νομικού τύπου για να καλύψουν τις οικογενειακές αυτές σχέσεις.

IV. Συμπερασματικά

A. Απειλούν οι ομόφυλες τις ετερόφυλες οικογένειες;

Όπως φάνηκε από την παραπάνω έκθεση της νομολογίας του, για το ΕΔΔΑ η αναγνώριση οικογενειακών δικαιωμάτων σε ομόφυλα ζευγάρια θα μπορούσε να αποκλειστεί στο βαθμό θα υπέσκαπτε την προστασία της παραδοσιακής ετερόφυλης οικογένειας, ή, αντιστρέφοντας, στο βαθμό που για την προστασία της ετερόφυλης οικογένειας είναι κατάλληλος και αναγκαίος ο αποκλεισμός των ομόφυλων ζευγαριών, αφού μόνο μία τέτοια προϋπόθεση θα πληρούσε την αρχή της αναλογικότητας. Ο ισχυρισμός περί υποβάθμισης του κλασικού ετερόφυλου μοντέλου υπονοεί λογικά ότι πολύ μεγαλύτερος αριθμός ατόμων θα επέλεγαν τις ομόφυλες σχέσεις, αν αυτές απολάμβαναν δικαικής κάλυψης. Πράγμα που με τη σειρά του σημαίνει ότι η σημερινή κυριαρχία της ετεροφυλόφιλης επιλογής στηρίζεται απλώς και μόνον στην καταπίεση, και όχι στην ελεύθερη βούληση των ατόμων. Αυτό όμως το κριτήριο, όχι μόνον δεν αποδεικνύεται από τις εμπειρικές έρευνες που δείχνουν ένα λιγότερο ή περισσότερο σταθερό ποσοστό των ομοφυλόφιλων, αλλά και έρχεται σε αντίθεση με το φιλελεύθερο χαρακτήρα της ίδιας της Ευρωπαϊκής Σύμβασης αλλά και των ευρωπαϊκών Συνταγμάτων που έχουν ως βάση την αρχή της ίσης ελευθερίας.

Ένα άλλο επιχείρημα είναι ότι η αναγνώριση γάμου και οικογενειακής ζωής σε ομόφυλα ζευγάρια θα σήμαινε υποβάθμιση της προστασίας της ετερόφυλης οικογένειας ως προς τις οικονομικές απολαβές (επιδόματα κ.λπ.), δεδομένης της στενότητας και του περιορισμένου των οικονομικών δυνατοτήτων κάθε κράτους. Ωστόσο, εμπειρικές έρευνες αποδεικνύουν ότι η νομιμοποίηση των σχέσεων μεταξύ ομόφυλων προσώπων δεν αντλούν πόρους αφαιρώντας τους από τα

παραδοσιακά ετερόφυλα ζευγάρια, αλλά προσθέτους τέτοιους και γενικά δρουν θετικά για τους κρατικούς προϋπολογισμούς¹⁷⁰. Ακόμη όμως και αν συνέτρεχε η περίπτωση του περιορισμού των υλικών παροχών μια τέτοια λογιστική και δημοσιονομική σκοπιμότητα –έτσι κι αλλιώς κρίσιμη σε ελάχιστες περιπτώσεις, π.χ. σύνταξη σε ομόφυλο σύζυγο- σε καμιά περίπτωση δεν μπορεί να υπερκεράσει όλες τις υπόλοιπες αξιολογήσεις υπέρ της ίσης ελευθερίας.

Ταυτόχρονα, υπάρχουν πολλοί λόγοι που συνηγορούν στη δικαιοκίνητη αναγνώριση των ομόφυλων σχέσεων με κριτήριο την περιφρούρηση¹⁷¹ των θεσμών του γάμου και της οικογένειας¹⁷²: οι θεσμοί αυτοί μπορούν να επιβιώσουν αν και μόνον αν προσαρμοστούν στις κοινωνικές αλλαγές και βασιστούν σε πιο εξισωτικά μοντέλα που εγγυώνται και δεν υποσκάπτουν την αυτονομία των ατόμων. Κατά δεύτερο λόγο, οι ομοφυλόφιλοι δεν θα ωθούνταν να συνάπτουν γάμο με άτομα του άλλου φύλου, όπως κατά κόρον συμβαίνει σήμερα, και να διατηρούν παράλληλα εξωσυζυγικές ομοφυλοφιλικές ερωτικές σχέσεις και σεξουαλικές επαφές. Για τους υπέρμαχους του γάμου και της οικογένειας, μια τέτοια εξέλιξη πρέπει να ληφθεί ως κάθαρση των θεσμών αυτών, που έτσι θα απαλλαγούν από άλλες σκοπιμότητες πέραν της αληθινής επιθυμίας κοινής ζωής.

B. Φύλο και οικογενειακή ζωή

Ένα επιπλέον συμπέρασμα που προκύπτει από την παραπάνω εξέταση της νομολογίας του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου είναι ότι το τελευταίο, αντιμετωπίζοντας την ύπαρξη οικογενειακής ζωής ως πραγματικό ζήτημα, σε άμεση σύνδεση με τη συνδρομή πραγματικών στενών προσωπικών δεσμών,

¹⁷⁰ Πρβλ τις εκθέσεις του Ινστιτούτου Williams της Νομικής Σχολής του Πανεπιστημίου UCLA <http://williamsinstitute.law.ucla.edu/category/research/economic-impact-reports/>, από τις οποίες αποδεικνύεται ότι η νομική κατοχύρωση ομόφυλων ζευγαριών συμβάλλει θετικά στους κρατικούς προϋπολογισμούς των αμερικανικών Πολιτειών.

¹⁷¹ Κατ' αυτήν την έννοια είναι κατανοητές οι αντιδράσεις κατά του γάμου ομοφύλων από τους πολέμιους του γάμου γενικώς, βλ. χαρακτηριστικά από φεμινιστική οπτική γωνία R. Auchmuty. Same-sex marriage revived: Feminist critique and legal strategy, *Feminism and Psychology* 2004, 101επ.

¹⁷² Πρβλ και Ανθόπουλος, Το ΕΔΔΑ σε ρόλο Συνταγματικού Δικαστηρίου, 601

υιοθετεί ένα λειτουργικό κριτήριο που επιτρέπει τη διεύρυνση της έννοιας¹⁷³, και την συμπερίληψη των ποικίλων σύγχρονων οικογενειακών σχέσεων, τουλάχιστον τόσο όσο δεν επιβαρύνεται η παραδοσιακή οικογένεια.¹⁷⁴ Αντίθετα, στην ελληνική έννομη τάξη συνεχίζει να είναι κυρίαρχη η άποψη ότι η οικογένεια προϋποθέτει διαφορετικό φύλο των ερωτικών συντρόφων. Η παραδοχή αυτή αποτελεί μία πολιτισμική και ανθρωπολογική προκατάληψη¹⁷⁵ που βρίσκεται στην καρδιά κάθε διάκρισης σε βάρος των ομόφυλων ζευγαριών και σημαίνει ότι η αλλαγή της δύσκολα μπορεί να βασιστεί σε λογικά και νομικά επιχειρήματα, αλλά θα είναι -το πιθανότερο- αποτέλεσμα αλλαγής ευρύτερων κοινωνικών αντιλήψεων, βάσει μάλλον των συναισθημάτων και της τέχνης ή της καθημερινής πρακτικής. Και αυτό επειδή συνιστά πολιτικό, με τη βαθιά έννοια της λέξης, και ηθικό –με την έννοια του έθους και ήθους και όχι της ηθικής- ζήτημα που χαρακτηρίζει τον πολιτισμό μιας κοινωνίας, σε άμεση συνάρτηση με την αποδοχή ή μη της διαφορετικότητας των τρόπων ζωής και των εννοιών της αυτονομίας και του αυτοκαθορισμού. Η υπέρβαση της προκατάληψης αυτής νομικά θα σήμαινε και την μετεξέλιξη του περιεχομένου της αρχής της ισότητας των φύλων: όχι απλώς και μόνον ως μη δυσμενή μεταχείριση των γυναικών, αλλά ως ουδετερότητα απέναντι στο κριτήριο ‘φύλο’ όσον αφορά την αναγνώριση δικαιωμάτων, πέραν όσων συναρτώνται με την εγκυμοσύνη.

Το βιολογικό φύλο θα μπορούσε να είναι καθοριστικό, αν -και μόνο αν- ως οικογένεια νοούνταν ένα ετερόφυλο ζευγάρι με δικά του βιολογικά παιδιά¹⁷⁶.

¹⁷³ Καραβίας, Άρθρο 8, όπ.π., 331, αρ.περ. 32.

¹⁷⁴ Πρβλ Ανθόπουλος, Το ΕΔΔΑ σε ρόλο Συνταγματικού Δικαστηρίου, 598, ο οποίος αναρωτιέται γιατί το ΕΔΔΑ ασχολείται με την παραδοσιακή οικογένεια από τη στιγμή που το σύμφωνο συμβίωσης δεν αναγνωρίζει τέτοια, παραγνωρίζοντας ότι το κάνει για να δείξει κάτι άλλο: ότι, δηλαδή, ο αποκλεισμός των ομόφυλων ζευγαριών δεν είναι αναγκαίος για υπηρετηθεί η προστασία της παραδοσιακής οικογένειας.

¹⁷⁵ Έτσι και η Κυριακού, Το σύμφωνο συμβίωσης, ο γάμος των ομοφύλων και μια παραλογική θεσμική προκατάληψη, 769επ, η οποία ασκεί οξεία κριτική στην προκατάληψη αυτή που αποτυπώνεται και στην ελληνική νομική ρύθμιση.

¹⁷⁶ Αντίθετη είναι η E. Steiner, The spirit of the new French registered partnership law – promoting autonomy and pluralism or weakening marriage?, *Child and Family Law Quarterly* 2000, 1επ (11), η οποία θεωρεί ότι αυτό που διαφοροποιεί ένα ετερόφυλο από ένα ομόφυλο ζευγάρι δεν είναι η δυνατότητα αναπαραγωγής του πρώτου -η αναγωγή δηλαδή στο βιολογικό φύλο- αλλά ότι το πρώτο μπορεί «να δημιουργήσει και να προσφέρει ένα κατάλληλο περιβάλλον ανατροφής παιδιών». Είναι προφανές ότι η διαφορά αυτή ανάγεται και πάλι στους κοινωνικά δομημένους ρόλους των δύο φύλων.

Στην περίπτωση αυτή θα αποκλείονταν από την έννοια της οικογενειακής ζωής και τα ετερόφυλα άτεκνα ζευγάρια ή εκείνα με υιοθετημένα τέκνα ή τα αποκτηθέντα με ετερόλογη γονιμοποίηση. Έτσι, αν μια νομική ρύθμιση αποσύνδεε το γάμο από την οικογένεια, συνδέοντας την τελευταία αναπόσπαστα με την παραδοσιακή αναπαραγωγή, η διάκριση αυτή θα μπορούσε να γίνει καταρχήν δεκτή από την άποψη της ισότητας των φύλων, θα δημιουργούσε ωστόσο ανεπίτρεπτη διάκριση σε βάρος των μη βιολογικών τέκνων και της οικογένειάς τους¹⁷⁷ και άρα θα απορριπτόταν για την παραβίαση της γενικής αρχής της ισότητας. Στο βαθμό που αυτό δεν ισχύει, η εξάρτηση της έννοιας της οικογένειας από τη διαφορετικότητα των φύλων (είτε απευθείας είτε διαμέσου ενός αποκλειστικά ετεροφυλοφιλικού γάμου) παραμένει -σύμφωνα με την ορθότερη σύλληψη της ισότητας των φύλων ως αποδέσμευσης κάθε νομικού δικαιώματος από το φύλο των εμπλεκομένων- ανεπίτρεπτη διάκριση με κριτήριο το φύλο.

Η άποψη που υποστηρίζεται εδώ είναι προς την κατεύθυνση αυτή, της κατά το δυνατόν αποφόρτισης της οικογένειας από τα τυπικά και αναγκαστικού δικαίου στοιχεία, που συνεχίζουν, παρά την αντίθετη σύγχρονη τάση να έχουν το προβάδισμα στο οικογενειακό δίκαιο,¹⁷⁸ με την περιφρούρηση μόνον εκείνων που βρίσκονται σε άμεση σχέση με άλλα θεμελιώδη δικαιώματα, και ιδίως την έμφυλη ισότητα, και βέβαια την αρχή του συμφέροντος του παιδιού.¹⁷⁹ Με αυτή την έννοια, η ρύθμιση παραμένει αναγκαστικού δικαίου, εφόσον ακολουθεί τους ανώτερης τυπικής ισχύος συνταγματικούς κανόνες, που αναγνωρίζουν τη γενική ελευθερία του ατόμου, χωρίς να περνάει σε τελευταία ανάλυση στη διακριτική ευχέρεια της συμβατικής αυτονομίας των μερών.

Γ. Κοινωνική αλλαγή και δικαιοκή μεταρρύθμιση

Η αλλαγή της δικαιοκής αναπαράστασης της οικογένειας, έτσι ώστε η τελευταία να μην εξαρτάται από το κριτήριο 'φύλο', μπορεί να επιτευχθεί και

¹⁷⁷ Και επιπλέον θα ερχόταν σε αντίθεση με τη νομολογία του ΕΔΔΑ (*X, Y & Z κ H.B.*) που αναγνώρισε οικογενειακή ζωή σε ζευγάρι, ένα μέλος του οποίου ήταν τρανσσέξουαλ.

¹⁷⁸ Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη, *Οικογενειακό Δίκαιο*, I, 4.

¹⁷⁹ Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη, *Οικογενειακό Δίκαιο*, I, 8επ.

στην ελληνική νομική θεωρία, νομοθεσία και νομολογία σε αρμονία με εκείνη του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου είτε μέσα από μια συνεπή λογικά και απελευθερωμένη από τις κοινωνικές προκαταλήψεις σύλληψη και αποτύπωση της έννοιας αυτής ως κανονιστικής, βάσει του σκεπτικού και της μεθοδολογίας του ΕΔΔΑ που την συλλαμβάνει ως μέγεθος πραγματικό και ως κοινότητα λειτουργική, είτε λόγω της επίμονης και πιεστικής αλλαγής των κοινωνικών δεδομένων. Στο βαθμό δηλαδή που θα εμφανίζονται ολοένα και περισσότερες *de facto* οικογένειες, με τα χαρακτηριστικά μιας κλασικής οικογένειας, πλην της διαφοράς των φύλων των συζύγων, το δίκαιο θα αναγκαστεί, για να μην καταστεί παρωχημένο, να αναγνωρίσει τη νέα κοινωνική πραγματικότητα. Προς αυτή την κατεύθυνση είναι σημαντική μεθοδολογικά η πορεία της σκέψης του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου: η νομική αναγνώριση ακολουθεί και δεν προηγείται της ύπαρξης οικογενειακών δεσμών.

Η διαφορά ανάμεσα στους δύο τρόπους αλλαγής έγκειται στο βαθμό προσαρμογής του δικαίου και τη λειτουργία που θα επιλέξει να αναπτύξει, είτε να εφελοτυφλεί και να συντηρεί τεχνητά την αποκλειστικά ετερόφυλη οικογένεια, είτε να προστρέξει προς επίρρωση των κοινωνικά αποκλεισμένων και ευάλωτων και να παίξει έναν προοδευτικό παιδαγωγικό ρόλο ενσωμάτωσής τους. Ενόψει των ευρωπαϊκών εξελίξεων καθίσταται φανερό ότι το ελληνικό δίκαιο στο πεδίο αυτό έχει επιλέξει την οδό της συντήρησης της καθεστηκυίας οικογενειακής τάξης. Και αυτή είναι μια πολιτική επιλογή, όπως εξάλλου πολιτική θα ήταν και η επιλογή της ισότητας και της ισονομίας.¹⁸⁰

Είναι τελικά η διαφορά ανάμεσα, αφενός, στην πρόοδο και τον πολιτικό φιλελευθερισμό, που θέτει την ισότητα στην απόλαυση των δικαιωμάτων και την αναγνώριση της διαφοράς ως αρχές νομοθετικής πολιτικής, και αφετέρου, στη συντήρηση και σ' έναν στενά νοούμενο κοινοτισμό, που ανθίσταται στην αλλαγή των κατεστημένων κοινωνικών θεσμών σε βάρος της αυτονομίας και της ίσης ελευθερίας των ατόμων. Στην πρώτη περίπτωση και μέσα από μια βουλευσιαρχική σύλληψη της πολιτικής που μετατρέπεται σε δίκαιο, το τελευταίο επιφέρει κοινωνικές αλλαγές προς την επιλεγμένη κατεύθυνση και επιβεβαιώνει την

¹⁸⁰ Κυριακού, Το σύμφωνο συμβίωσης, ο γάμος των ομοφύλων και μια παραλογική θεσμική προκατάληψη, 770.

κυριαρχία της πολιτικής και της ιδεολογίας. Στη δεύτερη, το δίκαιο παραμένει εγκλωβισμένο στις κοινωνικές δομές και απλώς τις παρακολουθεί και τις επιβεβαιώνει. Η αντίθεση ανάμεσα στις δύο στάσεις είναι βαθιά πολιτική και φιλοσοφική, στηρίζεται όμως στην περίπτωση που μας απασχολεί εδώ σε μια ηθική αντίληψη που αφορά την αποδοχή ή μη του άλλου ως διαφορετικού, αυτόνομου, ίσου και ελεύθερου υποκειμένου.