

# Γάμος ομοφύλων ;

## Μια απόπειρα νομικής και δικαιοπολιτικής αξιολόγησης

της Λίνας Παπαδοπούλου\*

- I. Αντικείμενο και Όρια της Μελέτης
  - A. Μια επίκαιρη συζήτηση
  - B. Αμφισβητώντας το «Αυτονόητο»
  - Γ. Η προερχόμενη μας επιλογή
- II. Ο γάμος ομοφύλων στο ελληνικό δίκαιο
  - A. Η σχέση μεταξύ Συντάγματος και Αστικού Κώδικα
  - B. Η εκτός θετού δικαίου έννοια του γάμου
  - Γ. Η έννοια του γάμου στον Αστικό Κώδικα
  - Δ. Η έννοια του γάμου στο Σύνταγμα
    - 1. Η φύση του συνταγματικού δικαιώματος στο γάμο
    - 2. Ο συνταγματικός ορισμός του γάμου
  - E. Η νομική φύση του γάμου
  - ΣΤ. Σκοποί του γάμου
  - Z. Γάμοι ομοφύλων : από τη γραμματική ερμηνεία στο ανυπόστατο
    - 1. Η (μη) θεμελίωση του ανυπόστατου του γάμου ομοφύλων
    - 2. Η γραμματική ερμηνεία
    - 3. Η λογικο-συστηματική ερμηνεία
    - 4. Η ιστορική ερμηνεία

---

\* Η κυρία Λίνα Παπαδοπούλου είναι Λέκτορας Συνταγματικού Δικαίου στο Τμήμα Νομικής Αριστοτελείου Πανεπιστημίου Θεσσαλονίκης. Διεύθυνση επικοινωνίας: linapara@auth.gr. Για την εξασφάλιση των αιτιολογικών εκθέσεων και των πρακτικών της Βουλής σχετικά με τους νόμους 1250/82 και 1329/83 ευχαριστώ το φίλο Κώστα Στρατικόπουλο.

- III. Η Νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΔΔΑ) και του ΔΕΚ
- A. ΕΔΔΑ: Από την ιδιωτική στην οικογενειακή ζωή
  - B. ΔΕΚ: μεταξύ νομικής δογματικής και δικαστικής πολιτικής
    - 1. Lisa Grant και D: Νοθεύοντας τους όρους της σύγκρισης
    - 2. Maruko: Επίδειξη δικαστικής επικουρικότητας
    - 3. Ο δικαστικός αυτοπεριορισμός στην υπηρεσία της δικαστικής πολιτικής
- IV. Ο Γάμος Ομοφύλων Υπό το Φως Της Ισότητας των Φύλων
- A. Η σημασία της ανάδειξης του 'φύλου' ως σημείου-κλειδί
  - B. Οι αρνητικές διακρίσεις σε βάρος των ομόφυλων ζευγαριών
    - 1. ...ως άμεση διάκριση λόγω φύλου
      - α. Μια μικρή ορολογική (και πραγματολογική) διαφορά με μεγάλες (κανονιστικές) συνέπειες
      - β. Η έννοια και το περιεχόμενο της απαγορευμένης διάκρισης λόγω φύλου
      - γ. Η παραδοσιακή εννοιολόγηση του γάμου ως έμφυλου θεσμού
      - δ. Είναι η διάκριση λόγω φύλου στην παραδοσιακή πρόσληψη του γάμου δικαιολογημένη;
    - 2. ...και έμμεση διάκριση λόγω ερωτικής προτίμησης
- V. Γάμος Ομοφύλων : ανταλλαγή δικαιοπολιτικών επιχειρημάτων
- A. Το νομιναλιστικό επιχείρημα
  - B. Το ιστορικό επιχείρημα
  - Γ. Το ουσιοκρατικό επιχείρημα
  - Δ. Η τεκνοποιία ως σκοπός του γάμου
  - Ε. Η διαμόρφωση ιδανικού περιβάλλοντος ανατροφής παιδιών
  - ΣΤ. Ο ομόφυλος 'γάμος' απειλεί το(ν ετερόφυλο) γάμο
    - 1. Οι θεωρητικές προαποδοχές
    - 2. Οι προσλήψεις του γάμου και η διακινδύνευσή του από τον ομόφυλο εαυτό του
- VI. Εκεί που η νομική επιχειρηματολογία βρίσκει τα όριά της
- A. Κοινωνία και Δίκαιο: μια διαλεκτική σχέση
    - 1. Η νομιμοποίηση του νομοθέτη
    - 2. Η νομιμοποίηση του δικαστή
  - B. Πέραν της νομιμότητας και της νομιμοποίησης: το κανονιστικό βάρος των συναισθημάτων

## I. ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ ΚΑΙ ΌΡΙΑ ΤΗΣ ΜΕΛΕΤΗΣ

### A. Μια επίκαιρη συζήτηση

Η πρόσφατη (03.06.2008) τέλεση δύο γάμων μεταξύ ομοφύλων από το Δήμαρχο της Τήλου έφερε στην επιφάνεια τις τρεις διαφορετικές αντιλήψεις<sup>1</sup> σχετικά με το ζήτημα της νομικής κατοχύρωσης των ομόφυλων σχέσεων.

Σύμφωνα με την πρώτη, τη συντηρητική άποψη, η ομοφυλοφιλία ακόμη και αν γίνεται ανεκτή, δεν μπορεί πάντως να γίνει αποδεκτή, και συνεπώς οποιαδήποτε νομική αναγνώριση των ομόφυλων σχέσεων είναι απευκταία. Η άποψη αυτή,<sup>2</sup> που υπονοεί την ηθική απαξία αυτών των σχέσεων και την ανθρωπολογικής ή θρησκευτικής προέλευσης πεποίθηση ότι τέτοιου είδους σχέσεις δεν μπορούν να συγκριθούν καν με τις αντίστοιχες μεταξύ ετεροφύλων, αποκρούεται με όρους συνταγματισμού, δηλαδή φιλελεύθερης δημοκρατίας, και ειδικότερα με όρους θεμελιωδών δικαιωμάτων. Θεμελιώδεις συνταγματικές αρχές, όπως το δικαίωμα αυτοκαθορισμού του ατόμου, η ανθρωπινή αξιοπρέπεια και κυρίως η ισότητα επιβάλλουν την αποδοχή (και) των διαφορετικών ερωτικών επιλογών. Η σεξουαλική ελευθερία<sup>3</sup> δεν μπορεί παρά να γίνει αποδεκτή ως έκφανση της ελευθερίας ανάπτυξης της προσωπικότητας και συνεπώς αξιολογήσεις ισότητας και κοινωνικής μέριμνας<sup>4</sup> επιβάλλουν τη νομική αναγνώριση των ομόφυλων σχέσεων.

---

<sup>1</sup> Βλ. σχετικά Α. ΠΑΠΑΔΟΠΟΥΛΟΥ, *Γάμος ομόφυλων ...αλά ελληνικά*, σε: ΣΥ.Ν.ΝΟ.Δ.ος Ιδεών, 3/2006, 24επ. και σε: [www.e-rooster.gr](http://www.e-rooster.gr).

<sup>2</sup> Αντανακλάται στη (μέχρι σήμερα τουλάχιστον) απόφαση της Κυβέρνησης να μη συμπεριλάβει τα ομόφυλα ζευγάρια στο υπό συζήτηση νομοσχέδιο περί συμφώνου ελεύθερης συμβίωσης, βλ. σχετικά, το *Ένημερωτικό Σημείωμα του Υπουργού Δικαιοσύνης για το Σύμφωνο Ελεύθερης Συμβίωσης προς τους Βουλευτές και Ευρωβουλευτές όλων των κομμάτων* του Υπουργού Δικαιοσύνης Σ. Χατζηγάκη, σε: [www.ministryofjustice.gr](http://www.ministryofjustice.gr).

<sup>3</sup> Βλ. Γ. ΔΟΚΟΥΜΕΤΖΙΔΗ, *Η σεξουαλική ελευθερία. Σημεία αναφοράς και θεμελίωσής της στο ισχύον δίκαιο*, ΔκΠ 13-14/1988, 329επ. Σ. ΜΗΤΑ, *Σεξουαλικότητα και συνταγματικές ελευθερίες: η ελευθερία σεξουαλικής αυτοδιάθεσης*, ΤοΣ 3/2007, 849επ.

<sup>4</sup> Γίνεται ωστόσο δεκτό, (Κ. ΧΡΥΣΟΓΟΝΟΥ, *Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα*, Αθήνα: Νομική Βιβλιοθήκη <sup>3</sup>2006, 183) ότι από το δικαίωμα της ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας (άρθρο 5 παρ. 1 Σ), έκφανση της οποίας είναι η σεξουαλική ελευθερία, δηλ. το δικαίωμα του προσώπου να αναπτύσσει σεξουαλική δραστηριότητα εφόσον, καθόσον, όποτε, όπως και με όποιον θέλει (Βλ. ΔΟΚΟΥΜΕΤΖΙΔΗ, *Η σεξουαλική ελευθερία*, 356) (με την προϋπόθεση εννοείται ότι το άλλο πρόσωπο συναινεί), δεν απορρέει και το δικαίωμα του προσώπου να τυποποιεί νομικά τη σχέση του με άλλο πρόσωπο, κυρίως διότι εκεί όπου ο συντακτικός νομοθέτης θέλησε να καθιερώσει μια παρόμοια υποχρέωση του κοινού νομοθέτη το έπραξε ρητά (γάμος, άρθρο 21 παρ. 1 Σ).

Η δεύτερη άποψη, φιλελεύθερη και μετριοπαθώς προοδευτική, κατά τα φαινόμενα κρατούσα στη θεωρία,<sup>5</sup> αλλά μειοψηφική στην κοινή γνώμη,<sup>6</sup> θεωρεί επιβεβλημένη<sup>7</sup> ή πάντως θεμιτή<sup>8</sup> τη νομική κατοχύρωση των ομόφυλων σχέσεων<sup>9</sup> με ένα θεσμό διαφορετικό από το γάμο,<sup>10</sup> εννοεί συνεπώς την επέκταση του υπό ψήφιση Συμφώνου

<sup>5</sup> Έτσι, Θ. ΠΑΠΑΧΡΙΣΤΟΥ, *Ο γάμος των ομόφυλων προσώπων και οι νόμοι*, Ελευθεροτυπία 05.06.2008· Μ. ΣΤΑΘΟΠΟΥΛΟΥ, *Δικαιώματα και στους ομόφυλους*, εφ. Καθημερινή 08.06.2008· Α. ΜΑΝΙΤΑΚΗ, *Ανυπόστατος σήμερα ο γάμος ομοφυλοφίλων, ελεύθερος ο νομοθέτης να το προβλέψει*, Ελευθεροτυπία 09.06.2008· Α. ΚΟΤΖΑΜΠΑΣΗ, *Σύμφωνο ελεύθερης συμβίωσης» και γάμοι προσώπων του ίδιου φύλου - Μια πρώτη προσέγγιση*, στο ιστολόγιο του Ομίλου 'Αριστόβουλος Μάνεσης', [www.manesis.blogspot.com](http://www.manesis.blogspot.com) (πρόσβαση 22/06/2008)· Γ. ΚΑΤΡΟΥΓΚΑΛΟΥ, *3+1 Θέσεις για το 'Γάμο των Ομόφυλων'*, σε: Ιστολόγιο του Ομίλου 'Αριστόβουλος Μάνεσης', [www.manesis.blogspot.com](http://www.manesis.blogspot.com) (πρόσβαση 22.06.2008), ο οποίος θεωρεί μεν ότι το άρθρο 21 παρ. 1 Σ δεν αποκλείει την –πάντως νομοθετική και όχι δικαστική– αναγνώριση γάμου ομοφύλων, προκρίνει ωστόσο ως συνταγματικά επιβαλλόμενη τη συμπερίληψη των ομόφυλων ζευγαριών στο Σύμφωνο Συμβίωσης.

<sup>6</sup> Σύμφωνα με δημοσκόπηση της metron analysis που έγινε για λογαριασμό και δημοσιεύτηκε στην εφημερίδα 'Ελεύθερος Τύπος', 08.03.2008 και σε: [www.e-tipos.com/newsitem?id=28480](http://www.e-tipos.com/newsitem?id=28480) (πρόσβαση 22.06.2008), στο σύνολο των ερωτηθέντων το 54,8% απορρίπτει την επέκταση του συμφώνου συμβίωσης στα ομόφυλα ζευγάρια, ενώ το 37,2% συμφωνεί. Στις ηλικίες μάλιστα 18-34 ετών πλειοψηφεί η θετική απάντηση.

<sup>7</sup> Γ. ΠΑΠΑΔΗΜΗΤΡΙΟΥ, *Σύμφωνο Συμβίωσης. Αίτημα της εποχής μας*, στο ιστολόγιο του Ομίλου 'Αριστόβουλος Μάνεσης', [www.manesis.blogspot.com](http://www.manesis.blogspot.com) (πρόσβαση 16/06/2008).

<sup>8</sup> Κ. ΧΡΥΣΟΓΟΝΟΥ, άρθρο στο ιστολόγιο του Ομίλου 'Αριστόβουλος Μάνεσης', [www.manesis.blogspot.com](http://www.manesis.blogspot.com) (πρόσβαση 16/06/2008).

<sup>9</sup> Μορφές καταχωρημένης συμβίωσης -με διαφορετικό εύρος και περιεχόμενο- ισχύουν ήδη σε πολλά κράτη τόσο στην Ευρώπη (Βέλγιο, Τσεχία, Δανία, Φινλανδία, Ισπανία, Γαλλία, Γερμανία, Γροιλανδία, Νορβηγία, Σλοβενία, Ισλανδία, Λουξεμβούργο, Σουηδία, Ελβετία, Μεγάλη Βρετανία, Ολλανδία, Αυστρία, Ανδόρα, Ουγγαρία) όσο και εκτός (Νέα Ζηλανδία, Νότια Αφρική, Αργεντινή, Αυστραλία, Βραζιλία Καναδά, Μεξικό, Ενωμένες Πολιτείες Αμερικής, Χιλή), ενώ η θέσπισή τους συζητάται σε άλλα (Ιρλανδία, Λιχτενστάιν και Ουρουγουάη). Σε κάποιες άλλες περιπτώσεις αναγνωρίζονται δικαιώματα βάσει ελεύθερης συμβίωσης (και ομοφύλων (Κολομβία, Κροατία, Ουγγαρία, Ισραήλ, Πορτογαλία, Ιταλία κλπ). (πηγή: [www.ilga-europe.org](http://www.ilga-europe.org)). Βλ. σχετικά, Θ. ΠΑΠΑΖΗΣΗ, *Η Οικογένεια Προσώπων του Αυτού Φύλου: Εκφυλισμός ή Ίση μεταχείριση*, σε: Ν. Χατζητρύφωνα / Θ. Παπαζήση (επιμ.), *Οικογένειες από ομόφυλα ζευγάρια*, Θεσσαλονίκη: Επίκεντρο 2007, 13επ. (16επ). Για τις ελεύθερες συμβιώσεις γενικά βλ. Π. ΑΓΑΛΛΟΠΟΥΛΟΥ, *Ελεύθερες συμβιώσεις, Γενέθλιον Α. Γεωργιάδη*, Τόμος Ι, Αθήνα-Κομοτηνή: Αντ. Σάκκουλα 2006, 3επ.

<sup>10</sup> Τη θέση αυτή ενστερνίζονται και πολλοί υποστηρικτές των δικαιωμάτων των ομοφυλόφιλων, προκειμένου να αποφύγουν την πόλωση που ο θρησκευτικά και παραδοσιακά φορτισμένος όρος 'γάμος' μπορεί να προκαλέσει.

Συμβίωσης και στα ομόφυλα ζευγάρια. Η λύση αυτή είναι το ελάχιστο που απαιτείται προκειμένου η Ελλάδα να προσαρμόσει τη νομοθεσία της τόσο σε θεμελιώδεις συνταγματικές επιταγές,<sup>11</sup> όσο και στα δικαιολογικά δεδομένα του ευρωπαϊκού νομικού πολιτισμού.<sup>12</sup>

Η τρίτη άποψη θεωρεί ανεπαρκή και μη ανταποκρινόμενη στο πλήρες περιεχόμενο της αρχής της ισότητας τη θεσμοθέτηση (μόνον) συμφώνου συμβίωσης για τα ομόφυλα ζευγάρια, προκρίνοντας και προτείνοντας<sup>13</sup> τη ρητή κατοχύρωση του γάμου (και) ομοφύλων.<sup>14</sup> Ο αποκλεισμός της πρόσβασης στο δικαίωμα του γάμου για τα ομόφυλα ζευγάρια σε συνδυασμό με τη νομιμοποίηση της διακριτικής μεταχείρισης των δύο εννόμων μορφών συμβίωσης<sup>15</sup> δεν συνάδουν, κατά την άποψη αυτή, με τη γενική αρχή της ισότητας και της ισότητας των φύλων. Παραλλαγή της είναι η, πλέον ριζοσπαστική, κατ'

---

<sup>11</sup> Πρβλ. το δελτίο τύπου της Εθνικής Επιτροπής για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου της 26.03.2008, με το οποίο η Επιτροπή υπενθυμίζει το παλιότερο (2004) πόρισμά της, με το οποίο η ΕΕΔΑ (11) «υποστηρίζει την νομική αναγνώριση της πραγματικής συμβιωτικής σχέσης μεταξύ ατόμων του ίδιου φύλου, ούτως ώστε να αρθούν οι δυσμενείς διακρίσεις σε βάρος τους σε κληρονομικό, φορολογικό, ασφαλιστικό, υγειονομικό, συνταξιοδοτικό, προνοιακό και εργασιακό επίπεδο».

<sup>12</sup> Πρβλ. Έκθεση του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου της 08.02.1994 σχετικά με την ίση μεταχείριση των ομοφυλόφιλων ατόμων.

<sup>13</sup> Δεν την προκρίνουν αλλά δέχονται ότι είναι συνταγματικά επιτρεπτή η θέσπιση γάμου ομοφύλων οι Θ. ΠΑΠΑΧΡΙΣΤΟΥ, *Ο γάμος των ομόφυλων προσώπων και οι νόμοι*, Ελευθεροτυπία 05.06.2008· Α. ΜΑΝΙΤΑΚΗΣ, *Ανυπόστατος σήμερα ο γάμος ομοφυλοφίλων, ελεύθερος ο νομοθέτης να το προβλέψει*, Ελευθεροτυπία 09.06.2008· ΚΑΤΡΟΥΓΚΑΛΟΣ, *3+1 Θέσεις για το 'Γάμο των Ομοφύλων'*.

<sup>14</sup> Η θέση αυτή έχει ήδη υλοποιηθεί σε κάποια κράτη (Ολλανδία, Βέλγιο, Ισπανία, Νορβηγία, Καναδά και Νότια Αφρική), ενώ συζητάται και σε άλλα (Σουηδία).

<sup>15</sup> Πρβλ. τη διεισδυτική παρατήρηση της Ι. ΚΑΜΤΣΙΔΟΥ, *Τάσεις αποθηκοποίησης του γάμου στα σύγχρονα κράτη πρόνοιας. Το «Σύμφωνο κοινωνικής αλληλεγγύης» στη Γαλλία*, ΔΤΑ 20/2003, σελ. 1151επ. (1156-7), η οποία αναφερόμενη στο γαλλικό Pacs σημειώνει ότι «...αρκетές από τις ρυθμίσεις του, αλλά και η εμμονή διάκρισής του από τον 'δημοκρατικό γάμο' προσφέρονται για τη διατήρηση του ιδεολογικού προσανατολισμού της έγγαμης σχέσης», καθώς και ότι (1161) μέσα από την κατάστρωση του Pacs και τις διαφορές του από το γάμο, ο τελευταίος «αναγνωρίζεται ως θεσμός που αποβλέπει στην εξυπηρέτηση 'σπουδαιότερων' συμφερόντων και προσκτάται θεσμική προτεραιότητα σε σχέση με την νέα ρύθμιση», με αποτέλεσμα να δικαιώνονται όσοι «χαρακτήρισαν το σύμφωνο ως μηχανισμό περιθωριοποίησης των ομοφυλόφιλων...».

άλλους φορμαλιστική,<sup>16</sup> άποψη, βάσει της οποίας από τη συνδυασμένη ερμηνεία Συντάγματος και Αστικού Κώδικα (Α.Κ.) συνάγεται το επιτρεπτό *de lege lata* του ομόφυλου γάμου και συνεπώς αρκεί η εφαρμογή του νόμου και, σε περίπτωση νομικής αμφισβήτησης, η επικύρωση της ερμηνείας αυτής από τα δικαστήρια.<sup>17</sup>

## B. Αμφισβητώντας το «Αυτονόητο»

Η παρούσα μελέτη φιλοδοξεί να παρουσιάσει τη σχετική νομική και δικαιοπολιτική συζήτηση, και να επιχειρηματολογήσει υπέρ της άποψης, ότι ο γάμος δύο ομόφυλων προσώπων είναι έγκυρος στην ελληνική έννομη τάξη *de lege lata*. Κυρίως όμως φιλοδοξεί να αποτελέσει πρόσκληση σε μια ανοικτή και σύμφωνη με τους όρους, τις μεθόδους και τους περιορισμούς της επιστήμης του δικαίου συζήτησης σχετικά με ένα θέμα στο οποίο η συνήθης αντίδραση στην ελληνική δημόσια σφαίρα είναι βασισμένη σε προκαταλήψεις και στερεοτυπική πρόσληψη της πραγματικότητας.<sup>18</sup> Μέχρι σήμερα, στη συντριπτική πλειοψηφία των περιπτώσεων, η συζήτηση –εντός και εκτός νομικής επιστήμης- εξαντλείται στο επιχείρημα ότι η διαφορά φύλου αποτελεί ‘αυτονοήτως’ συστατικό στοιχείο της ίδιας της έννοιας του γάμου και είναι ‘φυσικά’ αδιανόητος γλωσσικά ο ‘γάμος’ ομοφύλων, επιχειρήματα που οδηγούν αξιωματικά και άνευ ετέρου στην κήρυξη του ως ανυπόστατου.

<sup>16</sup> Η ‘κατηγορία’ αυτή είχε χρησιμοποιηθεί εξάλλου και κατά της άποψης που πρόσβευε την απαγόρευση αναγραφής του θρησκευματος στις ταυτότητες. Πρβλ. Μ. ΓΚΙΒΑΛΟΥ, *Ο κωδικός της προσωπικότητας*, Τα Νέα 8/6/2000, 6, όπου γινόταν λόγος για «ατομικιστικό ‘νομικό οικουμενισμό’» και «αφηρημένο νομικό φορμαλισμό των τυπικών δικαιωμάτων».

<sup>17</sup> Έτσι Τ. ΒΙΔΑΛΗ, *Η συνταγματική διάσταση της εξουσίας στο γάμο και στην οικογένεια. Ατομικές ελευθερίες και θεσμικοί μετασχηματισμοί*, Αθήνα-Κομοτηνή: Αντ. Σάκκουλας 1996, 73· ΠΑΠΑΖΗΣΗ, *Η Οικογένεια Προσώπων του Αυτού Φύλου*, 23· Τ. ΒΙΔΑΛΗ, *Γάμος Ομόφυλων Προσώπων*, και Β. ΜΑΛΛΙΟΥ, *Δικαίωμα στο γάμο: Συνταγματικό Πρόνομιο των Ετεροφύλων ή Δικαίωμα και των Ομοφύλων*;, τα δύο τελευταία στο ιστολόγιο του Ομίλου ‘Αριστόβουλος Μάνεσης’, [www.manesis.blogspot.com](http://www.manesis.blogspot.com) (πρόσβαση 19.06.2008).

<sup>18</sup> Αυτός είναι ένας ακόμη λόγος –πέραν της χρησιμότητας της συγκριτικής του δικαίου- που είναι κανείς αναγκασμένος να καταφεύγει σε ξένη κυρίως βιβλιογραφία.

Ωστόσο, από τη στιγμή που μια -μειοψηφική έστω- ομάδα, οι ομοφυλόφιλοι ισχυρίζονται ότι ο αποκλεισμός του γάμου ομοφύλων αποτελεί παραβίαση των θεμελιωδών τους δικαιωμάτων η Πολιτεία και η κοινωνία οφείλουν να συζητήσουν το ζήτημα απροκατάληπτα. Δεν είναι τυχαίο ότι, σε όλο το δυτικό κόσμο, το αίτημα για ομόφυλο γάμο βρίσκεται στην καρδιά της σύγχρονης συνταγματικής και πολιτικής συζήτησης, παρά το γεγονός ότι άμεσα αφορά μια μειοψηφία μόνον, εκείνη των ομοφυλοφίλων. Ο λόγος είναι ότι θέτει υπό κρίση την πίστη και δοκιμάζει τα όρια της προσήλωσης κάθε πολιτικής κοινωνίας (αλλά και κάθε κρίνοντος υποκειμένου) στην αρχή της ισότητας, ενώ ταυτοχρόνως αποτελεί εναργές παράδειγμα των συγκρούσεων που μπορεί να γεννήσει η ένταση ανάμεσα στα ουσιαστικά και τα διαδικαστικά-πλειοψηφικά στοιχεία της φιλελεύθερης δημοκρατίας μας.

Πριν παραθέσουμε τα νομικά επιχειρήματα σχετικά με το επίμαχο ζήτημα, θα εξετάσουμε κριτικά την έννοια του γάμου, τη νομική φύση και το περιεχόμενό του, τόσο από αστυνομολογική όσο και από συνταγματολογική άποψη (υπό II). Στο κεφάλαιο III θα ρίξουμε μια ματιά στη νομολογία των δύο ευρωπαϊκών δικαστηρίων ΕΔΔΑ και ΔΕΚ, τα οποία, όπως θα δούμε, διατάζουν να υποκαταστήσουν το εθνικό ερμηνευτή του Συντάγματος σε θέματα που άπτονται των κοινωνικών ηθών και αντιλήψεων, όπως το εδώ συζητούμενο. Η νομική επιχειρηματολογία υφαίνεται γύρω από τη θεμελιώδη αρχή της ισότητας των φύλων και απαγόρευσης δυσμενών διακρίσεων (υπό IV). Η παρέκκλιση από τις αρχές αυτές εγκαλεί μια σειρά νομικών και δικαιοπολιτικών επιχειρημάτων που είτε χρησιμοποιούνται ρητά είτε υπονοούνται και τα οποία θα εξετάσουμε στο κεφάλαιο V.

Τέλος, θα τολμήσουμε να αρθρώσουμε κάποιες σκέψεις πάνω στο ερώτημα αν νομιμοποιείται ο νομοθέτης να υπερβεί τις κρατούσες κοινωνικές αντιλήψεις και ο δικαστής τη -μη ρητά εκφρασμένη, αλλά υπονοούμενη- πολιτική βούληση του ιστορικού νομοθέτη, προκειμένου να αναγνωρίσουν το γάμο ομοφύλων.

### Γ. Η προερμηνευτική μας επιλογή

Πριν προβούμε στην πραγμάτευση του θέματος θεωρούμε σκόπιμο να δηλώσουμε – για λόγους επιστημονικής εντιμότητας, όπως διδάσκει ο Δ. Τσάτσος<sup>19</sup>– τις προερμηνευτικές μας συντεταγμένες. Και αυτό επειδή τόσο οι μεθοδολογικές–ερμηνευτικές τομές, στο σημείο όπου αναδεικνύεται η ανεπάρκεια των κλασικών μεθόδων ερμηνείας του Συντάγματος, όσο και η επιλογή –στην κρίσιμη φάση της υπαγωγής– των βιοτικών και νομικών δεδομένων υπακούν αναγκαστικά, είτε αυτό δηλώνεται είτε αποκρύπτεται, σε λιγότερο ή περισσότερο συγκεκριμένες προερμηνευτικές επιλογές, οι οποίες υπερβαίνουν συχνά την απλή ερμηνευτική προδιάθεση, ασκώντας καθοριστική επίδραση στη διαδικασία της νομικής κρίσης.

Εκκινούμε από την άποψη, ότι οι απαντήσεις δεν μπορεί παρά να είναι αναγκαστικά ποικίλες, όπως ποικίλες είναι και οι κοινωνικές αντιλήψεις, οι επιστημονικές, μεθοδολογικές και ουσιαστικές αξιολογήσεις των ερμηνευτών και εφαρμοστών του Συντάγματος. Εξάλλου, όπως και σε όλες τις κοινωνικές επιστήμες, κανένας ερευνητής ή ερμηνευτής δεν ίπταται του κοινωνικοπολιτικού γίγνεσθαι και δεν είναι ουδέτερος ως προς αξίες και αρχές. Γι αυτό καθίσταται κρίσιμη η μέθοδος της προερμηνευτικής θεωρίας: επειδή «δίνει απάντηση στο ερώτημα πώς θα εργαστεί ο ερμηνευτής, όταν διαπιστώνει συγκρούσεις μεταξύ περισσοτέρων εύλογων και ελέγξιμων ερμηνευτικών εκδοχών για την επίλυση ενός ζητήματος, η οποία είτε δεν προκύπτει από τις ρυθμίσεις του Συντάγματος είτε προϋποθέτει τη νοηματοδότηση μιας αξιολογικής έννοιας...».<sup>20</sup>

Θεωρούμε, συνεπώς, απαραίτητο να δηλώσουμε ότι η προερμηνευτική επιλογή, επί της οποίας ερείδεται η παρούσα μελέτη, συνίσταται στην πρόσληψη του Συντάγματος υπό την 'ιδανική του έννοια', ως θεμελίου της φιλελεύθερης δημοκρατίας εμπλουτισμένης με την κοινωνική αρχή,<sup>21</sup> δηλαδή στην πρόσληψη του Συντάγματος ως νομικής αποτύπωσης των πολιτικών ιδανικών της ελευθερίας, της ισότητας και της αλληλεγγύης. Στη δε περίπτωση σύγκρουσης μεταξύ του ατομικού και συλλογικού αυτοκαθορισμού, η προερμηνευ-

<sup>19</sup> Δ. ΤΣΑΤΣΟΥ, *Συνταγματικό Δίκαιο*, Τόμος Α', *Θεωρητικό Θεμέλιο*, Αθήνα-Κομοτηνή: εκδ. Αντ. Σάκκουλα 1994, 278επ. Βλ. και Ε. ΒΕΝΙΖΕΛΟΥ, *Μαθήματα Συνταγματικού Δικαίου*, Ι, Θεσσαλονίκη: Παρατηρητής 1991, 206.

<sup>20</sup> ΤΣΑΤΣΟΥ, *Συνταγματικό Δίκαιο*. *Θεωρητικό Θεμέλιο*, 281.

<sup>21</sup> Για την ιδανική έννοια του Συντάγματος βλ. Α. ΣΒΩΛΟΥ, *Συνταγματικό Δίκαιο Α'*, Αθήναι 1934, 82-87.



τική μας επιλογή είναι αυτή της 'ίσης ελευθερίας', με την έννοια, ότι μπορούν μεν να αναγνωρίζονται όρια στον ατομικό αυτοκαθορισμό μέσω διαδικασιών δημοκρατικής αυτοδιάθεσης της πολιτικής κοινότητας, υπό τον όρο, ωστόσο, αυτά να υπακούουν στη γενική αρχή της ισότητας και τις ειδικότερες κανονιστικές της εκφάνσεις.

## II. Ο ΓΑΜΟΣ ΟΜΟΦΥΛΩΝ ΣΤΟ ΕΛΛΗΝΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

### A. Η σχέση μεταξύ Συντάγματος και Αστικού Κώδικα

Η πρώτη μεθοδολογική τομή την οποία πρέπει να τολμήσει κανείς κατά την έρευνα του θέματος 'γάμος ομοφύλων' είναι αν πρέπει να ξεκινήσει από τη συνταγματική ή την αστική έννοια του γάμου. Με άλλα λόγια, αν η αστική έννοια του γάμου εξειδικεύει τη συνταγματική, που πρέπει να νοηθεί ως έννοια-πλαίσιο, ή αντιστρόφως αν από το Σύνταγμα μπορεί να κανείς να συνάγει τα ειδικότερα χαρακτηριστικά του γάμου, και συνεπώς να κρίνει τις αστικολογικές ρυθμίσεις, σε μια διαδικασία σύμφωνης προς το Σύνταγμα ερμηνείας του Α.Κ.

Προκειμένου να απαντήσει κανείς στο παραπάνω δίλημμα θα πρέπει να λάβει υπόψη του τη γενική λειτουργία του Συντάγματος ως «κανονιστικής μήτρας, στους κόλπους της οποίας κυφορούνται –με τη γονιμοποιό επίδραση της νομοθετικής και δικαστικής πρακτικής, με τη δυνατότητα της αέναης διαπλαστικής ερμηνευτικής διαδικασίας και με την επίκληση του πραγματικού συντάγματος- νέα δικαιώματα». <sup>22</sup> Η λειτουργία αυτή σε συνδυασμό με την τυπική υπεροχή του Συντάγματος έναντι των κοινών νόμων, συνεπώς και του Αστικού Κώδικα, μας προτρέπει να αναγνώσουμε τις ρυθμίσεις του τελευταίου υπό το φως των συνταγματικών διατάξεων και αρχών.

Στο ζήτημα, ωστόσο, που μας απασχολεί, το επιτρεπτό δηλαδή ή μη του γάμου ομοφύλων, παρατηρούμε, με μια πρόχειρη ανάγνωση, ότι Σύνταγμα (άρθρο 21 παρ. 1) και ΑΚ (άρθρο 1350επ.) δεν μπορούν να μας διαφωτίσουν άμεσα και αναμφισβήτητα, δεδομένου ότι ούτε ορισμό του γάμου εμπεριέχουν, ούτε τη διαφορά φύλου ως συστατικό

---

<sup>22</sup> Α. ΜΑΝΙΤΑΚΗ, *Ελληνικό Συνταγματικό Δίκαιο*, τόμος Ι, Αθήνα-Θεσσαλονίκη: Σάκκουλας 2004, 146-7, με επίκληση και του D. ROUSSEAU, Une resurrection: La Notion de la constitution, *Revue de droit public* 1990, 5-22, ο οποίος αναγνωρίζει το Σύνταγμα ως «πεδίο ζωντανό διαρκούς δημιουργίας δικαιωμάτων» μέσω της συνταγματικής νομολογίας.

στοιχείο της έννοιάς του προβλέπουν ρητά. Συνεπώς, η έννοια αυτή, προκειμένου να λάβει σάρκα και οστά, χρήζει ερμηνείας, ενόψει γενικότερων, οριζόντιων συνταγματικών εγγυήσεων, όπως η αρχή της ισότητας και η ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας.

## **B. Η εκτός θετού δικαίου έννοια του γάμου**

Η έννοια του γάμου είναι φορτισμένη ιστορικά και διαρθρωμένη, τουλάχιστο στο δυτικό συγκείμενο, σύμφωνα με τις αντιλήψεις των αρχαίων Ελλήνων και Ρωμαίων, όπως αυτές εμπλουτίστηκαν από τη χριστιανική παράδοση.<sup>23</sup> Οι αντιλήψεις αυτές έχουν αναγκαστικά επηρεάσει τον τρόπο, με τον οποίο ο θεσμός εισήλθε αρχικά στο θετό δίκαιο και ίσχυσε στην Ελλάδα, τουλάχιστον μέχρι τη μεταρρύθμιση του οικογενειακού δικαίου του 1983. Σύμφωνα, λοιπόν, με τον κλασικό ορισμό του γάμου του Ερέννιου Μοδεστίνου, ο οποίος αναπαράγεται στα περισσότερα εγχειρίδια οικογενειακού δικαίου, «γάμος εστίν ανδρός και γυναικός συνάφεια και συγκλήρωσις του βίου παντός, θείου τε και ανθρωπίνου δικαίου κοινωνία».<sup>24</sup> Ο μάλλον ηθικός, παρά νομικός, αυτός ορισμός, ο οποίος, παρά το γεγονός ότι κείται εκτός θετού δικαίου, επηρεάζει, μέχρι και σήμερα, την ερμηνεία του τελευταίου, αποτυπώνει μια ιστορική παράδοση του θεσμού του γάμου, ως θρησκευτικού μυστηρίου, το οποίο συνδέει, ενώπιον Θεού και ανθρώπων, έναν άνδρα με μία γυναίκα (ή ορθότερα μία γυναίκα με έναν άνδρα, ενόψει και της βαθιά θεμελιωμένης ανισότητας των φύλων) με σκοπό τη «συνάφεια» (καταρχάς δηλαδή τη σεξουαλική σχέση) αλλά και τη συγκλήρωση του βίου, που με τη σειρά της θεωρούνταν ότι αποσκοπεί στην αναπαραγωγή, ανατροφή και εκπαίδευση των τέκνων, τη δημιουργία, δηλαδή, οικογένειας.<sup>25</sup>

Είναι ωστόσο προφανές ότι ο γάμος ως νομική έννοια αποτυπωμένη στο ισχύον δίκαιο έχει απολέσει μεγάλο μέρος του περιεχομένου που ο παραπάνω ηθικής και θρησκευτικής φύσης ορισμός του αποδίδει. Δύσκολα βέβαια μπορεί να αρνηθεί κανείς ότι ο νομοθέτης –και θα προσθέταμε και ο δικαστής– στηρίζουν τη δικαιική ρύθμιση που εισάγουν ή

<sup>23</sup> Ι. ΔΕΛΗΓΙΑΝΝΗ, *Οικογενειακό Δίκαιο Ι*, Θεσσαλονίκη: Σάκκουλα 1983, 53.

<sup>24</sup> Όπως αποδόθηκε στην ελληνική και ενσωματώθηκε στα «Βασιλικά», την κωδικοποίηση του Λέοντα Σοφού (Βασ. 28, 4 :1) η διατύπωση «nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini atque humani iuris communicatio» (D. 23.2.1) (παραπέμπεται από ΔΕΛΗΓΙΑΝΝΗ, *Οικογενειακό Δίκαιο Ι*, 53, Γ. ΚΟΥΜΑΝΤΟΥ, *Οικογενειακό Δίκαιο*, Τόμος Ι, Αθήνα: εκδ. Αφοί Π. Σάκκουλα 1988, 38.)

<sup>25</sup> Προς την κατεύθυνση αυτή, δεν είναι τυχαίο ότι το κανονικό δίκαιο θεωρούσε άκυρο το γάμο, όταν ένας ή και οι δύο σύζυγοι δεν διέθεταν ικανότητα τεκνοποιίας.

επικυρώνουν στις αντιλήψεις και τις πρακτικές σχετικά με το γάμο και την οικογένεια του χώρου και του χρόνου, μέσα στους οποίους νομοθετούν.<sup>26</sup> Η παρατήρηση αυτή –κρίσιμη από πλευράς κοινωνιολογίας του δικαίου– δεν μπορεί ωστόσο να στηρίξει από άποψη νομικής δογματικής τον περιορισμό ή και υπονόμηση της κανονιστικής εμβέλειας της δικαιικής ρύθμισης, στις περιπτώσεις εκείνες που ο νομοθέτης πρωτοπορεί και υπερβαίνει την κοινωνική συνείδηση και τα παραδοσιακά ήθη. Αναπτύσσεται, βεβαίως, μια ανταγωνιστική σχέση στις περιπτώσεις αυτές μεταξύ της κανονιστικής δύναμης του πραγματικού (των κοινωνικών ηθών, αντιλήψεων και συμπεριφορών και της λειτουργίας της αγοράς<sup>27</sup>) αφενός και της κανονιστικής δύναμης του κανονιστικού αφετέρου.

### Γ. Η έννοια του γάμου στον Αστικό Κώδικα

Σύμφωνα με την κλασική θεωρία του οικογενειακού δικαίου «ο γάμος είναι μια σύμβαση που ιδρύει μια μόνιμη συμβίωση ανάμεσα σε πρόσωπα διαφορετικού φύλου».<sup>28</sup> Ο συμβατικός χαρακτήρας μάλιστα δεν αμφισβητείται,<sup>29</sup> ακόμη και αν δεχτεί κανείς τη φύση

<sup>26</sup> Ε. ΚΟΥΝΟΥΓΕΡΗ-ΜΑΝΩΛΕΔΑΚΗ, *Οικογενειακό Δίκαιο*, τεύχος Ια. *Εισαγωγή, Μνηστεια, Σύναψη του γάμου, Ελαττωματικός γάμος*, Αθήνα-Θεσσαλονίκη: εκδ. Σάκκουλα <sup>2</sup>1998, 7. Σχετικά με την αποτρεπτική της εξέλιξης του οικογενειακού δικαίου επίδραση των κοινωνικών ηθών βλ. Α. ΠΑΠΑΧΡΙΣΤΟΥ, *Ισονομία των φύλων και «παράδοση»*, ΔκΠ 4/1983, 118επ. (122).

<sup>27</sup> Αναφέρομαι π.χ. στη θέση της γυναίκας στην αγορά εργασίας που υποσκάπτει τη δικαιική ρύθμιση της ισότητας των φύλων στο οικογενειακό δίκαιο (πρβλ. Γ. ΚΡΑΒΑΡΙΤΟΥ, *Οι συναισθηματικοί δεσμοί ως εκφάνσεις των θεμελιωδών δικαιωμάτων και η προώθησή τους μέσα από τον κοινωνικό διάλογο*, σε: Τιμητικό Τόμο για τον Ι. Μανωλεδάκη ΙΙΙ, Αθήνα-Θεσσαλονίκη: Σάκκουλα, 2007, 255επ., 258), ή την επίδραση της αγοράς στην προώθηση του θρησκευτικού τύπου τέλεσης του γάμου, ο οποίος στατιστικά κυριαρχεί επί του ισούρου του πολιτικού.

<sup>28</sup> ΚΟΥΜΑΝΤΟΥ, *Οικογενειακό Δίκαιο*, 37. Είναι μάλιστα χαρακτηριστικό ότι κατά το συγγραφέα «ο ορισμός αυτός περιέχει τα ελάχιστα δυνατά στοιχεία και έτσι ταιριάζει σ' όλες τις μορφές που μπορεί να πάρει ο γάμος στις διάφορες κοινωνίες», δήλωση που αποκαλύπτει την αυτονόητη απόρριψη γάμου ομοφύλων. Ανάλογος και ο ορισμός που δίνει ο Ι.Σ. ΣΠΥΡΙΔΑΚΗΣ, *Οικογενειακό Δίκαιο*, Αθήνα-Κομοτηνή: εκδ. Αντ. Σάκκουλα 1983, 42: «Ο γάμος είναι σύμβαση του οικογενειακού δικαίου μεταξύ δύο ετεροφύλων προσώπων, με την οποία δημιουργείται κοινωνία βίου των προσώπων αυτών που διέπεται από κανόνες αναγκαστικού δικαίου». Έτσι και ΚΟΥΝΟΥΓΕΡΗ-ΜΑΝΩΛΕΔΑΚΗ, *Οικογενειακό Δίκαιο*, 23.

<sup>29</sup> Τη συμβατική φύση του γάμου δέχονται οι Γ. ΜΠΑΛΗΣ, *Οικογενειακό Δίκαιο*, Αθήνα-Θεσσαλονίκη: Σάκκουλας 1961, 11-12, §11· ΚΟΥΜΑΝΤΟΣ, *Οικογενειακό Δίκαιο*, 37επ.

του και ως θεσμού,<sup>30</sup> δεδομένης της επιρροής που ασκούν τα ελαττώματα της βούλησης των μελλονύμφων.

Παρά το γεγονός, όπως ήδη σημειώθηκε, ότι το θετό δίκαιο εκκινεί από την ιστορική έννοια του γάμου, πολλά από τα παραπάνω στοιχεία του έχουν ήδη ανατραπεί στις περισσότερες ευρωπαϊκές έννομες τάξεις. Ειδικά δε για την Ελλάδα, η θέσπιση πολιτικού τύπου τέλεσης του γάμου (που αφαίρεσε το χαρακτήρα θρησκευτικού μυστηρίου εκκοσμικεύοντας τη σχετική πράξη), η φιλελευθεροποίηση του διαζυγίου (που αναιρεί την υποχρέωση της δια παντός συγκλήρωσις του βίου), σε συνδυασμό με τη θεμελίωση της αρχής της ισονομίας των φύλων και τον τονισμό της αυτόβουλης σύναψης του γάμου, γεγονός που αποκλείει την παραδοσιακή, ακόμη και χωρίς τη συναίνεση της γυναίκας, σύναψη του, επέτρεψαν τον απογαλακτισμό της σημερινής, νομικής από την ιστορικά φορτισμένη έννοιά του, όπως αυτή διαγράφηκε παραπάνω.

Είναι, μάλιστα, χαρακτηριστικό ότι, ενώ η επιθυμία των προσώπων να εισέλθουν σε «ισόβια κοινωνία βίου» αναγνωρίζεται ως ουσιώδες στοιχείο του πραγματικού της έννοιας του γάμου, με αποτέλεσμα η έλλειψή του να καθιστά τον τελευταίο ανυπόστατο, θεωρείται πλασματικά και άνευ περαιτέρω εξέτασης πως το στοιχείο αυτό συντρέχει, βάσει της νομότυπης δήλωσης των συζύγων.<sup>31</sup> Η πλασματική αυτή αναπλήρωση των πραγματικών επιθυμιών και σκοπών των δύο μελλονύμφων είναι αναγκαστική, καθώς είναι πρακτικά αλυσιτελής αλλά και κανονιστικά αθέμιτος ο έλεγχος των παραγωγικών αιτιών της βούλησης των δύο συμβαλλομένων.<sup>32</sup> Συνεπώς ναι μεν συμφωνίες των

---

<sup>30</sup> ΚΑΡΑΣΗΣ, *Γάμος και Οικογένεια ως δικαιοκοί θεσμοί*, Θεσσαλονίκη: εκδ. Σάκκουλα 1994, 21.

<sup>31</sup> ΔΕΛΗΓΙΑΝΝΗ, *Οικογενειακό Δίκαιο*, 55.

<sup>32</sup> Έτσι δεν αναγνωρίζεται ως εικονικός, κατά την κρατούσα άποψη, ο γάμος που έγινε με κίνητρο, π.χ. την απόκτηση ιθαγένειας, την κατοχύρωση δικαιώματος διαμονής ή σύνταξης ή φορολογικών πλεονεκτημάτων ή ευμενούς μετάθεσης κλπ. Βλ. σχετικά, ΜΠΑΛΗ, *Οικογενειακό Δίκαιο*, 10-12· ΔΕΛΗΓΙΑΝΝΗ, *Οικογενειακό Δίκαιο*, 150-1· ΚΟΥΜΑΝΤΟΥ, *Οικογενειακό Δίκαιο*, 45.

μελλονύμφων περί του αντιθέτου θεωρούνται ως μη γεγραμμένες, ωστόσο δεν επηρεάζουν το κύρος του γάμου και πρακτικά μπορούν να λειτουργήσουν στο βαθμό που συνεχίζουν να γίνονται σεβαστές και από τους δύο συμβαλλομένους.

Απομένουν συνεπώς από τα τρία στοιχεία που ο κλασικός ορισμός περί γάμου αποδέχεται ως ουσιώδη στοιχεία του πραγματικού της έννοιάς του, μόνον τα δύο, δηλαδή η διαφορετικότητα του φύλου και η τήρηση συγκεκριμένου τύπου για τη σύναψη της γαμικής σύμβασης, η οποία προικοδοτείται με συγκεκριμένα και ρητά προβλεπόμενα νομικά προνόμια. Το τελευταίο στοιχείο είναι αυτό που διαφοροποιεί το γάμο από την ελεύθερη συμβίωση, της οποίας βασικό χαρακτηριστικό είναι η μη τήρηση του γαμικού τύπου και η μη επέλευση νομικών συνεπειών,<sup>33</sup> δεδομένου ότι και στο πλαίσιο της ελεύθερης συμβίωσης μπορούν να επιτευχθούν όλοι οι υπόλοιποι, μη νομικά προβλεπόμενοι ή ελεγχόμενοι, σκοποί του γάμου (μόνιμη και διαρκής συμβίωση, δημιουργία οικογένειας κλπ).

Κατά την κρατούσα πάντοτε θεωρία, τα δύο αυτά στοιχεία του γάμου (ετεροφυλία των συμβαλλομένων και τήρηση συγκεκριμένου τύπου) είναι αναφαίρετα και ελεγχόμενα. Με την τήρηση μάλιστα του τύπου συνδέεται, στο θετό δίκαιο, ρητά και άρρηκτα η έννοια του ανυπόστατου: Σύμφωνα με το άρθρο 1372 παρ. 2: «Γάμος που έγινε χωρίς να τηρηθεί καθόλου ένας από τους τύπους που προβλέπονται στο άρθρο 1367 είναι ανυπόστατος».<sup>34</sup> Στην περίπτωση αυτή ο γάμος δεν έχει καμία νομική ενέργεια, είναι ανύπαρκτος, και δεν απαιτείται καν προηγούμενη δικαστική διαπίστωση του χαρακτήρα αυτού ή των λόγων που τον προκαλούν,<sup>35</sup> αρκεί συνεπώς μια αναγνωριστική προς τούτο αγωγή. Αυτό αποτελεί και τη βασική διαφορά μεταξύ ανυπόστατου αφενός, ακυρότητας και ακυρωσίας αφετέρου, οι οποίες απορρέουν είτε από την έλλειψη ρητά προβλεπόμενων στο νόμο θετικών προϋποθέσεων (νόμιμη ηλικία ή συγγνώμη της, συναίνεση των μελλονύμφων) είτε από τη συνδρομή κωλυμάτων (υφιστάμενος γάμος, συγγένεια, υιοθεσία) και επιτρέπουν τη λειτουργία του γάμου μέχρι τη δικαστική του ακύρωση.

<sup>33</sup> ΚΟΥΝΟΥΓΕΡΗ-ΜΑΝΩΛΕΔΑΚΗ, *Οικογενειακό Δίκαιο*, 24, υποσ. 2.

<sup>34</sup> Βλ. και αιτιολογική έκθεση Ν. 1250/82.

<sup>35</sup> ΚΟΥΜΑΝΤΟΥ, *Οικογενειακό Δίκαιο* I, 86.

Όσον αφορά το έτερο, ως αναφαίρετο θεωρούμενο από τη θεωρία, στοιχείο του υποστατού του γάμου, την ετεροφυλία των συμβαλλομένων, ο νόμος σιωπά. Ανακύπτει συνεπώς το ερώτημα αν η αξιωματική παραδοχή της θεωρίας ότι πρόκειται για *sine qua non* στοιχείο του γάμου προκύπτει αβίαστα από την οικεία συνταγματική ρύθμιση.

#### Δ. Η έννοια του γάμου στο Σύνταγμα

##### 1. Η φύση του συνταγματικού δικαιώματος στο γάμο

Σύμφωνα με την ελληνική συνταγματικά θεωρία, το δικαίωμα στο γάμο, το οποίο τυποποιείται στο άρθρο 21 παρ. 1 Σ. χαρακτηρίζεται από την πολύπτυχη νομική του φύση:<sup>36</sup> πρόκειται, πρώτον για ένα κοινωνικό, παροχικό δικαίωμα, στο βαθμό που απαιτείται από το κράτος μια ιδιαίτερη προστασία. Η κοινωνική διάσταση του δικαιώματος συνίσταται σε άμεσες ή έμμεσες παροχές του κράτους προς τα έγγαμα ζευγάρια, καθώς και τη διαρρύθμιση ολόκληρου του διοικητικού συστήματος προκειμένου να υποδέχεται τις γαμήλιες συμβάσεις. Δεύτερον, πρόκειται για μια θεσμική εγγύηση (Institutionsgarantie)<sup>37</sup>, η οποία επιβάλλει στο νομοθέτη, να θεσμίσει (και να μην καταργήσει<sup>38</sup>) το γάμο. Το θετικό

<sup>36</sup> Αντίστοιχα είναι τα διδάγματα και της γερμανικής θεωρίας σχετικά με το άρθρο 6 παρ. 1 GG. Βλ. σχετικά B. PIEROTH / B. SCHLINK, *Grundrechte-Staatsrecht II*, 8. Auflage, Heidelberg 1992, Rdnr. 718; K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 18. Auflage, Heidelberg 1991, § 12 Rdnr. 458; KARL-HEINRICH FRIAUF, *Verfassungsgarantie und sozialer Wandel - das Beispiel von Ehe und Familie*, NJW 1986, 2595επ. (2599); RICHTER, Art. 6, σε: *Alternativ Kommentar, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 1, 1984, Rdnr. 11; TH. MAUNZ, Art. 6, in: TH. MAUNZ / G. DÜRIG, *Grundgesetz-Kommentar*, 30 Lfg., München 1993, Rdnr. 6.

<sup>37</sup> KLEIN in: Schmidt-Bleibtreu / Klein, Art. 6, 212· v. MÜNCH, Art. 6 II, Rdnr. 5· A. BLECKMANN, *Staatsrecht II - Die Grundrechte*, Köln: Heymann 1989, 757. Έτσι και ΧΡΥΣΟΓΟΝΟΥ, *Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα*, 537. Για την έννοια των θεσμικών εγγυήσεων γενικά βλ. C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlin: Duncker & Humblot 1928, 170-4, ο οποίος μάλιστα αναγνώριζε (σελ. 171) –υπό το Σύνταγμα της Βαϊμάρης (άρθρο 119 GG)- τη φύση της θεσμικής εγγύησης στο γάμο ως «θεμελίου της οικογενειακής ζωής». Βλ. ακόμη Π. ΠΑΡΑΡΑ, *Σύνταγμα και Σύμβαση των δικαιωμάτων του Ανθρώπου*, Αθήνα-Κομοτηνή: Αντ. Σάκκουλας 2001, 130· Κ. ΧΡΥΣΟΓΟΝΟΥ, *Το ελληνικό Σύνταγμα και η οικογένεια*, ΕΛΛΔνη 1997, 729επ (730).

<sup>38</sup> Ε. ΜΠΕΣΙΛΑ-ΒΗΚΑ, *Η συνταγματική κατοχύρωση των δικαιωμάτων σύναψης γάμου και ίδρυσης οικογένειας*, Αθήνα-Κομοτηνή: Αντ. Σάκκουλας 1989, 17.

περιεχόμενο της θεσμικής αυτής εγγύησης<sup>39</sup> συνίσταται στο ότι «ο κοινός νομοθέτης οφείλει να θεσπίζει τις ρυθμίσεις εκείνες που είναι κατάλληλες και αναγκαίες για τη διαφύλαξη και ενίσχυση της οικογένειας και του γάμου».<sup>40</sup>

Με τη θετική υποχρέωση προστασίας της οικογένειας και του γάμου, συνδέεται αρνητικά και η αρνητική υποχρέωση μη παρεμπόδισής τους.<sup>41</sup> Συνεπώς η σύναψη γάμου αποτελεί και ατομικό, αμυντικό δικαίωμα,<sup>42</sup> υπό την έννοια ότι το κράτος πρέπει να απέχει από επεμβάσεις στη σφαίρα των ατομικών επιλογών που συνοδεύουν το γάμο. Θεμελιώνει δηλαδή μια ελευθερία, ένα *status negativus* υπέρ του ατόμου και κατά του κράτους, αλλά κατά την ορθότερη άποψη και των ιδιωτών.<sup>43</sup> Κατ' άλλη άποψη το ατομικό δικαίωμα σύναψης γάμου αποτελεί έκφραση της γενικής προσωπικής ελευθερίας, η οποία κατοχυρώνεται επικουρικά στο άρθρο 5 παρ. 1 Συντ.<sup>44</sup> Η ελευθερία σύναψης γάμου, η οποία συγκαταλέγεται άλλωστε στα πάγια εννοιολογικά στοιχεία του τελευταίου, αναλύεται ειδικότερα στο δικαίωμα του ατόμου να αποφασίζει ελεύθερα αν, τότε και με ποιον (ποια) θα συνάψει τη σύμβαση του γάμου.<sup>45</sup> Περιορισμοί στην ελευθερία σύναψης γάμου αποτελούν η

---

<sup>39</sup> Για τη συνύπαρξη στην ίδια συνταγματική διάταξη ενός ατομικού ή/και κοινωνικού δικαιώματος με μια θεσμική εγγύηση, βλ. ΧΡΥΣΟΓΟΝΟΥ, *Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα*, 32-33.

<sup>40</sup> ΧΡΥΣΟΓΟΝΟΥ, *Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα*, 539.

<sup>41</sup> ΧΡΥΣΟΓΟΝΟΥ, *Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα*, 177, 544.

<sup>42</sup> KLEIN in: B. Schmidt-Bleibtreu / H. Klein, *Kommentar zum Grundgesetz*, 7. Auflage, Neuwied : Luchterhand 1990, Art. 6, S. 211,216. I. v. MÜNCH, in: I. v. Münch / Ph. Kunig (επιμ.), *Grundgesetz-Kommentar*, Band 1, München 1992, Art. 6 I, Rn 8. Εξάλλου, το δικαίωμα γάμου κατοχυρώνεται και από το άρθρο 23 παρ. 2 ΔΣΑΠΔ (N. 2462/1997), σύμφωνα με το οποίο «Αναγνωρίζεται το δικαίωμα ανδρών και γυναικών σε ηλικία γάμου να παντρεύονται και να δημιουργούν οικογένεια».

<sup>43</sup> ΧΡΥΣΟΓΟΝΟΥ, *Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα*, 544.

<sup>44</sup> Π.Δ. ΔΑΓΤΟΓΛΟΥ, *Συνταγματικό Δίκαιο. Ατομικά Δικαιώματα Α'*, Αθήνα-Κομοτηνή: εκδ. Αντ. Σάκκουλα 1991, σελ. 326, αρ.περ. 502, υποσημ. 4. Ε. ΜΠΕΣΙΛΑ-ΒΗΚΑ, *Η συνταγματική κατοχύρωση των δικαιωμάτων σύναψης γάμου και ίδρυσης οικογένειας*, 38-39.

<sup>45</sup> ΧΡΥΣΟΓΟΝΟΥ, *Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα*, 545. ΚΑΡΑΣΗ, *Γάμος και Οικογένεια ως δικαιοί θεσμοί*, 21, ο οποίος βέβαια διευκρινίζει (78-9, σημ. τέλους 57) ότι η ελευθερία αυτή ισχύει στο πλαίσιο που διαμορφώνει η θεσμική εγγύηση του γάμου, με αποτέλεσμα το άτομο να μπορεί να παντρευτεί μόνο με πρόσωπο του αντίθετου φύλου.

συναίνεση και η συμπλήρωση του ελάχιστου ορίου ηλικίας που ορίζει ο νόμος, καθώς και των τεθειμένων στο νόμο κωλυμάτων.<sup>46</sup> Το δικαίωμα δεν περιλαμβάνει το δικαίωμα του προσώπου να ρυθμίζει με βάση την ιδιωτική του βούληση τις νομικές συνέπειες του γάμου, καθώς ο τελευταίος δεν είναι μια απλή σύμβαση του αστικού δικαίου, αλλά και θεσμός διεπόμενος, σε μεγάλο βαθμό, από διατάξεις αναγκαστικού δικαίου.<sup>47</sup>

## 2. Ο συνταγματικός ορισμός του γάμου

Ορισμός του γάμου δεν υπάρχει ούτε στο Σύνταγμα, αναδύεται συνεπώς το ερώτημα περί των αναφαίρετων ή δομικών χαρακτηριστικών του. Η πλέον συντηρητική άποψη θα ήταν αυτή που θα συνέδεε τη συνταγματική έννοια του γάμου με το, κατά τον Αστικό Κώδικα και τις κοινωνικές αντιλήψεις, περιεχόμενό του κατά τη στιγμή θέσπισης του Συντάγματος. Είναι προφανές ότι κάτι τέτοιο θα υπήγαγε το Σύνταγμα στον κοινό νόμο και θα οδηγούσε σε σύμφωνη με το νόμο ερμηνεία του Συντάγματος, στάση αντιβαίνουσα στην ιεραρχία των πηγών του δικαίου και άρα στο συνταγματικό κράτος και θα απομείωνε την κανονιστική δύναμη του Συντάγματος. Είναι συνεπώς ορθή η άποψη ότι ο 'γάμος' ως συνταγματική έννοια «δεν μπορεί να εκληφθεί με την έννοια της κατοχύρωσης του θεσμού, όπως είχε κατά τη θέσπιση του ισχύοντος Συντάγματος, ειδικά δε ενόψει του γεγονότος ότι πολλές διατάξεις του τότε οικογενειακού δικαίου προσέκρουαν στην ισότητα των φύλων».<sup>48</sup>

Εξίσου, ωστόσο, δεν μπορεί να γίνει δεκτή η νοσηματοδότηση της συνταγματικής διάταξης σύμφωνα με το εκάστοτε περιεχόμενο του γάμου, όπως αυτό αποτυπώνεται στο κοινό δίκαιο και συμφωνεί με την κρατούσα κοινωνική αντίληψη, καθώς και αυτή η άποψη

<sup>46</sup> ΔΑΓΤΟΓΛΟΥ, *Ατομικά Δικαιώματα Α'*, 328, αρ.περ. 504.

<sup>47</sup> Πρβλ. Ι. ΔΕΛΗΓΙΑΝΝΗ, *Οικογενειακό Δίκαιο Ι*, 56επ. ΚΟΥΝΟΥΓΕΡΗ-ΜΑΝΩΛΕΔΑΚΗ, *Οικογενειακό Δίκαιο*, 4.

<sup>48</sup> ΧΡΥΣΟΓΟΝΟΥ, *Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα*, 536· ΒΙΔΑΛΗ, *Η συνταγματική διάσταση της εξουσίας στο γάμο και στην οικογένεια*, 46.



καταλήγει σε ανάλογη με την πρώτη εξάρτηση του περιεχομένου του Συντάγματος από τον κοινό νόμο. Σε παρόμοιο συμπέρασμα καταλήγει, ωστόσο, εμμέσως και η θέση ότι η συνταγματική έννοια του γάμου καλύπτει τα ουσιώδη στοιχεία του, που ισχύουν διαχρονικά στην ελληνική κοινωνία, και στις θεμελιώδεις αρχές, οι οποίες τον διέπουν στη δική μας έννομη τάξη.<sup>49</sup> Με τη διατύπωση αυτή υπονοείται ένα πάγωμα της έννοιας του γάμου μέσα στο χρόνο, έτσι όπως αυτή ισχύει τη στιγμή της απόφασης. Βάσει αυτής συνάγεται το συμπέρασμα ότι ο κοινός νομοθέτης δεν μπορεί να μεταβάλει τα θεμελιώδη χαρακτηριστικά του γάμου, όπως αυτή ισχύει σήμερα,<sup>50</sup> ως μιας καταρχήν μόνιμης συμβίωσης δύο προσώπων διαφορετικού φύλου,<sup>51</sup> χαρακτηριζόμενης από την ελεύθερη σύναψή της, την αναγνώρισή της από την έννομη τάξη και πλέον την ισονομία των συζύγων.<sup>52</sup>

Με τον τρόπο αυτό όμως η εκάστοτε έννοια του γάμου, ως δικαιικού θεσμού, βάσει της κρατούσας κοινωνικής αντίληψης της εποχής και η ρύθμισή του από το κοινό δίκαιο συνταγματοποιούνται και καθίστανται κριτήριο νομιμότητας του εαυτού τους. Αν το συνταγματικό δίκαιο παρέπεμπε σχετικά με τον ορισμό μιας έννοιας –εδώ του γάμου– στη νομοθετική της ρύθμιση καθιστώντας την έτσι συνταγματικής περιωπής, θα επέβαλε ουσιαστικά την παγίωση και το πάγωμα της νομοθετικής εξέλιξης. Αν δηλαδή μια τέτοια μεθοδολογική πρόσληψη υιοθετούνταν πριν το 1983, τότε θα έπρεπε να αποδέχεται την ανισότητα των συζύγων που ήταν καταγεγραμμένη στον τότε Αστικό Κώδικα και ανταποκρινόταν στις κρατούσες κοινωνικές αντιλήψεις. Αντιστρόφως: αν άλλες αρχές του

<sup>49</sup> ΔΕΛΗΓΙΑΝΝΗ, *Οικογενειακό Δίκαιο* I, 53επ.

<sup>50</sup> Αυτό φαίνεται να υποστηρίζει ο ΚΑΤΡΟΥΓΚΑΛΟΣ, 3+1 *Θέσεις για το 'Γάμο των Ομοφύλων'*.

<sup>51</sup> Με βάση την πρόσληψη αυτή, το στοιχείο της διαφοράς του φύλου ανάγεται, μέσω της υπονόησής του στο άρθρο 21 παρ. 1 Σ και της ρητής αναφοράς του στο άρθρο 12 ΕΣΔΑ, σε ατομικό δικαίωμα και απολαμβάνει συνταγματικής προστασίας, ενώ καθίσταται ταυτοχρόνως και στοιχείο της δημόσιας τάξης. Πρβλ. Α. ΓΡΑΜΜΑΤΙΚΑΚΗ-ΑΛΕΞΙΟΥ / Ζ. ΠΑΠΑΣΙΩΠΗ-ΠΑΣΙΑ / Ε. ΒΑΣΙΛΑΚΑΚΗ, *Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο*, Αθήνα-Θεσσαλονίκη: Σάκκουλας 32002, 171· Α. ΚΑΪΣΗ, *Γάμος Ομοφύλων και δημόσια τάξη*, σε: Τιμητικό Τόμο για τον Ι. Μανωλεδάκη III, Αθήνα-Θεσσαλονίκη: Σάκκουλα, 2007, 733επ. (735επ).

<sup>52</sup> ΧΡΥΣΟΓΟΝΟΥ, *Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα*, 536.

Συντάγματος, (π.χ. η αρχή της ισότητας των φύλων ή της θρησκευτικής ελευθερίας), μπορούσαν και έπρεπε να αποτελέσουν κριτήριο και μέτρο ισχύος των αστικολογικών ρυθμίσεων περί γάμου και πριν τον εκσυγχρονισμό τους με τους νόμους 1283/82 και 1326/83, μπορούν να αποτελέσουν και σήμερα Είναι αναμφισβήτητο ότι η ερμηνεία του Συντάγματος βρίσκεται σε διαδραστική σχέση με τη νομοθεσία, αυτό όμως δεν μπορεί να φτάνει μέχρι του σημείου να αναιρεί την κανονιστικότητα της συνταγματικής ρύθμισης και ιδίως των συνταγματικής περιωπής αρχών.

Αν τα παραπάνω γίνουν δεκτά τότε νομιμοποιούμαστε να αναζητήσουμε τη συνεχώς εξελισσόμενη συνταγματική έννοια του γάμου, μέσω της εναρμόνισής του με άλλες συνταγματικές αρχές. Έτσι, η έννοια αυτή καθεαυτήν δεν μπορεί να γίνει δεκτή παρά μινιμαλιστικά: εμπεριέχουσα δηλαδή τα ελάχιστα δομικά στοιχεία της: τον τύπο τέλεσης<sup>53</sup> και την προνομιακή έναντι της ελεύθερης συμβίωσης νομική της μεταχείριση. Οι υπόλοιποι όροι της πρέπει να υπακούν σε μια συστηματική ερμηνεία των εφαρμοστέων συνταγματικών εγγυήσεων.

## Ε. Η νομική φύση του γάμου

Το ερώτημα περί τη νομική φύση του γάμου, πέραν της συμβατικής φύσης της ιδρυτικής του πράξης, έχει διχάσει τη νομική θεωρία.<sup>54</sup> Έχει υποστηριχθεί ότι πρόκειται για θεσμό,<sup>55</sup> σύμβαση, ή μορφή κοινωνικής συμπεριφοράς.

Όσοι μιλούν για θεσμό συνδέουν συχνά το γάμο με την εξυπηρέτηση κοινωνικών ή μεταφυσικών σκοπών, ακόμη και αναγόμενοι σε μια φυσικοδικαϊκή και αναλλοίωτη φύση του που προσδιορίζει το περιεχόμενό του.<sup>56</sup> Σε μια τέτοια πρόσληψη, και παρά το συμβατικό του θεμέλιο, υπερισχύουν οι αναγκαστικού χαρακτήρα διατάξεις, καθώς ο θεσμός του

<sup>53</sup> Ι. ΑΝΔΡΟΥΛΙΔΑΚΗ-ΔΗΜΗΤΡΙΑΔΟΥ, *Οι ισότιμοι σύζυγοι. Συμβολή στην αναδιάρθρωση του Οικογενειακού Δικαίου*, Αθήνα 1977, 127.

<sup>54</sup> Βλ. αντί άλλων τη σχετική συζήτηση σε ΔΕΛΗΓΙΑΝΝΗ, *Οικογενειακό Δίκαιο*, 56επ. και ΚΟΥΝΟΥΤΕΡΗ-ΜΑΝΩΛΕΔΑΚΗ, *Οικογενειακό Δίκαιο*, 24επ.· ΒΙΔΑΛΗ, *Η συνταγματική διάσταση της εξουσίας στο γάμο και στην οικογένεια*, 48επ.

<sup>55</sup> Έμφαση στη φύση του γάμου ως θεσμού δίνει ο ΚΑΡΑΣΗΣ, *Γάμος και Οικογένεια ως δικαιοί θεσμοί*, 23επ.

<sup>56</sup> Πρβλ. ΚΟΤΖΑΜΠΑΣΗ, *Η έννοια και η λειτουργία της έγγαμης συμβίωσης*, 26.

γάμου υπηρετεί καταρχήν το συμφέρον του κράτους παρά των συζύγων. Όπως όμως προσαθήσαμε να στηρίζουμε παραπάνω, δεν είναι μεθοδολογικά ορθό να εκλάβουμε το γάμο με αυτή την ιστορική του έννοια και να αποδώσουμε στο δικαιικό θεσμό 'γάμος' αυτή την εξωδικαιική του διάσταση εκκινώντας, στο πλαίσιο μιας ερμηνευτικής διαδικασίας του Συντάγματος, από έναν υπερβατικό και εν φορτωμένο με θρησκευτικό και ιστορικό περιεχόμενο ορισμό.

Όχι μόνον μια θετικιστική ερμηνεία, η οποία στην αρχική της εμφάνιση αποσκοπούσε ακριβώς στο να αποκαθάρει το δίκαιο από τέτοιου είδους ιστορικά -εμφανιζόμενα ως φυσικοδικαιικά- φορτία, αλλά και μια σύγχρονη ερμηνεία που υπερβαίνει το θετικισμό προκειμένου να λάβει υπόψη της τα κοινωνικοπολιτικά δεδομένα θεμελιώνουν την παραπάνω παραδοχή. Σωστά υπενθυμίζει η Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη, εξάλλου, ότι μια τέτοια αντίληψη για το γάμο ως υπερευποκειμενικού θεσμού αποτέλεσε επιχείρημα και υπέρ ενός κυρίαρχου στην παραδοσιακή αντίληψη περί γαμικών σχέσεων χαρακτηριστικού, της ανισότητας των φύλων,<sup>57</sup> με αποτέλεσμα να λειτουργήσει με τρόπο συντηρητικό και μη ανταποκρινόμενο στη σύγχρονη ρύθμιση δικαιική του γάμου.<sup>58</sup> Στο γάμο ως ιστορικό θεσμό θα αντέκρουε επίσης και η δυνατότητα διαζυγίου,<sup>59</sup> καθώς και ο πολιτικός τύπος τέλεσης. Συνεπώς, σε αυτή τουλάχιστον την ιστορικά αναλλοίωτη εκδοχή της, η θεσμική θεωρία δεν μπορεί να γίνει αποδεκτή, ενόψει των αλλαγών που επήλθαν τόσο στην κοινωνική συνείδηση όσο και στη δικαιική ρύθμιση, και δη των συνταγματικής περιωπής θεμελιωδών δικαιωμάτων. Διαθέτει συνεπώς πλέον ιστορική μόνον αξία.<sup>60</sup>

Ο γάμος, έτσι όπως αποτυπώνεται στο Σύνταγμα, μπορεί να γίνει δεκτός και ως θεσμός, αν και μόνον αν γίνει δεκτό ότι πέραν της συμβατικής θεμελίωσής του, και το περιεχόμενό του βρίσκεται σε άμεση σύνδεση και εξάρτηση τόσο με τις ειδικές περί τον ίδιο

---

<sup>57</sup> Α. ΜΑΝΕΣΗΣ, *Η συνταγματική καθιέρωση της ισονομίας ανδρών και γυναικών (τρεις βασικές προβληματικές)*, ΔκΠ 4/1983, 9επ.

<sup>58</sup> ΚΟΥΝΟΥΓΕΡΗ-ΜΑΝΩΛΕΔΑΚΗ, *Οικογενειακό Δίκαιο*, 25.

<sup>59</sup> Α. ΚΟΤΖΑΜΠΑΣΗ, *Η έννοια και η λειτουργία της έγγαμης συμβίωσης – Ερμηνευτική προσέγγιση των άρθρων 1386 και 1387 ΑΚ*, Θεσσαλονίκη: Σάκκουλα 1992, 31επ.

<sup>60</sup> ΚΟΥΝΟΥΓΕΡΗ-ΜΑΝΩΛΕΔΑΚΗ, *Οικογενειακό Δίκαιο*, 25.

νομικές ρυθμίσεις, όσο και με τις γενικότερες αρχές της οικείας εθνικής, εν προκειμένω ελληνικής, αλλά και της ευρωπαϊκής συνταγματικής τάξης.

Στον αντίποδα της θεσμικής θεωρίας, η συμβατική θεωρία,<sup>61</sup> ως κατεξοχήν ατομοκεντρική, τονίζει τη διυποκειμενικότητα του γάμου και καταλήγει στην αμφισβήτηση όλων των νομίμων υποχρεώσεων αντικαθιστώντας τις με τις συμβατικά ανειλημμένες. Αν και η θεωρία αυτή είναι καταρχάς πολύ πιο φιλελεύθερη, δεν αποκλείει τον κίνδυνο καταστρατήγησης και εκείνων των νόμιμων υποχρεώσεων που διασφαλίζουν το πιο αδύναμο συμβαλλόμενο μέλος. Επιπλέον δεν ανταποκρίνεται στο σημερινό θετό δίκαιο που εμπεριέχει πλήθος διατάξεων αναγκαστικού δικαίου.

Τέλος, η θεωρία για το γάμο ως συγκεκριμένη μορφή κοινωνικής συμπεριφοράς,<sup>62</sup> που ρυθμίζεται, προστατεύεται και άρα προωθείται από το δίκαιο, ανταποκρίνεται μεν στο κοινωνικό είναι και την πραγματική λειτουργία του γάμου, εισάγει όμως μια αχρεία-στη για το νομικό δέον κατηγορία, προκειμένου να τονίσει το συνδυασμό των αναγκαστικών κανόνων και της ιδιωτικής αυτονομίας των μερών.

Από τις απόψεις αυτές αξίζει να κρατήσουμε τις ακόλουθες 'στιγμές', οι οποίες υπερβαίνουν την κλασική αντίθεση, παντρεύοντας ουσιαστικά εκείνα τα στοιχεία του γάμου, που, υπό το ισχύον δίκαιο, επαληθεύουν πτυχές κάθε μίας από τις παραπάνω εκδοχές. Ως κρατούσα φαίνεται έτσι η εκδοχή, βάσει της οποίας πρόκειται για «μικτό νομικό φαινόμενο», το οποίο έχει τη βάση του στη βούληση των συζύγων, διαπλάσσεται ωστόσο με αναγκαστικούς εν πολλοίς κανόνες δικαίου<sup>63</sup> και για την προσέγγισή του κυρίαρχη θέση κατέχει το θετό δίκαιο.

---

<sup>61</sup> Υποστηρίζεται από τον ΚΟΥΜΑΝΤΟ, *Οικογενειακό Δίκαιο*, 37, ΚΟΥΝΟΥΤΕΡΗ-ΜΑΝΩΛΕΔΑΚΗ, *Οικογενειακό Δίκαιο*, 27, ΚΟΤΖΑΜΠΑΣΗ, *Η λειτουργία της έγγαμης συμβίωσης*, 45επ.· Ι. ΑΝΔΡΟΥΛΙΔΑΚΗ-ΔΗΜΗΤΡΙΑΔΗ, *Επιδράσεις της αρχής της ισότητας των φύλων στο θεσμοθετημένο πρότυπο της έγγαμης συμβίωσης*, ΔκΠ 4/1983, 127επ. (131).

<sup>62</sup> ΔΕΛΗΓΙΑΝΝΗ, *Οικογενειακό Δίκαιο* I, 59.

<sup>63</sup> Γ. ΜΙΧΑΗΛΙΔΗ-ΝΟΥΓΑΡΟΥ, *Οικογενειακό Δίκαιο*, Αθήνα: Αφοι Σάκκουλα 1977, 32. Πρβλ. και ΚΑΜΤΣΙΔΟΥ, *Τάσεις αποθηκοποίησης του γάμου στα σύγχρονα κράτη πρόνοιας*, 1154.

Βέβαια ακόμη και για όσους δέχονται τη θεωρία περί θεσμού, η σύναψη του γάμου δε νοείται με μόνη την κρατική απόφαση, χωρίς συμβατική ανάληψη των οικείων υποχρεώσεων εκ μέρους των ενδιαφερομένων. Συνεπώς, και νοούμενος ως θεσμός είναι εμποτισμένος με την έννοια της ελεύθερης βούλησης –σε αντίθεση με την πλειοψηφία των κρατικών θεσμών, οι οποίοι προκύπτουν με την απλή συνδρομή των αντικειμενικών τους προϋποθέσεων και άνευ της ρητά ή σιωπηρά εκφρασμένης συμβατικής βούλησης των εμπλεκομένων.<sup>64</sup> Ο γάμος, νοούμενος ως θεσμική εγγύηση, διαφέρει από άλλες κλασικές θεσμικές εγγυήσεις και στο βαθμό που αποβλέπει κατά πρώτο και κύριο λόγο στην προστασία των φορέων του αντίστοιχου δικαιώματος και όχι στην προστασία του ίδιου του θεσμού του γάμου ως αντικειμενικής κατάστασης, όπως αποδεικνύεται από την κοινή παραδοχή, ότι πάντως ο νομοθέτης ούτε υποχρέωση, αλλά ούτε και δικαίωμα έχει να προστατεύει γάμους που δεν λειτουργούν.<sup>65</sup> Η πρόσληψη του γάμου ως δικαϊκού θεσμού συνεπάγεται, τέλος, και ότι αυτός δεν καθορίζεται από κάποια υπερβατικά, φυσικοδικαιικά πρότυπα και δεν διατηρεί αναλλοίωτες ιδιότητες, αλλά συνίσταται στην ειδικότερη διαρρύθμισή του, όπως αυτή αποτυπώνεται στις οικείες διατάξεις, σε συμφωνία πάντα, ή έστω μη αντίθεση, με τις θεμελιώδεις συνταγματικές αρχές.

Η αναγνώριση, συνεπώς, ότι το άρθρο 21 παρ. 1 Σ. ενσωματώνει και μια εγγύηση του θεσμού του γάμου, πέραν του ατομικού καταρχάς (ελευθερία σύναψης και επιλογής συντρόφου με ελεύθερη βούληση) και κοινωνικού (παροχικού) δικαιώματος, σημαίνει ότι ο κοινός νομοθέτης δεν μπορεί να καταργήσει εξ ολοκλήρου την έννοια του γάμου. Δεν σημαίνει ωστόσο και ότι δεν μπορεί να τον τροποποιήσει, πολλώ δε μάλλον να τον εμπλουτίσει, διευρύνοντας το πεδίο εφαρμογής του με σκέψεις συμπεριληπτικής ισότητας.

Αν τα παραπάνω γίνουν δεκτά, τότε δεν είμαστε υποχρεωμένοι να θέσουμε διαζευκτικά τη φύση του γάμου ως σύμβασης ή θεσμικής εγγύησης ή κοινωνικής συμπεριφοράς,

---

<sup>64</sup> Έτσι π.χ. η βουλευτική ασυλία (άρθρα 61 και 62 Σ.), η προσωπική και λειτουργική ανεξαρτησία των δικαστών (άρθρο 87 παρ. 1 Σ), πρβλ. ΧΡΥΣΟΓΟΝΟ, *Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα*, 34.

<sup>65</sup> ΚΟΥΜΑΝΤΟΥ, *Οικογενειακό Δίκαιο*, 5· ΚΟΥΝΟΥΓΕΡΗ-ΜΑΝΩΛΕΔΑΚΗ, *Οικογενειακό Δίκαιο*, 29. ΧΡΥΣΟΓΟΝΟΥ, *Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα*, 539.

αντίθετα οι ιδιότητες αυτές συνυπάρχουν, αλλησυμπληρώνονται και αλληλοπεριορίζονται, αναγνώζονται δε πάντοτε υπό το φως των σχετικών συνταγματικών εγγυήσεων.

### ΣΤ. Σκοποί του γάμου

Οι σκοποί που ο γάμος υπηρετεί δεν μπορεί να αποφασίζονται σε κενό δικαίου, ούτε να προκαθορίζονται από θρησκευτικές ή άλλου τύπου υπερβατικές προεπιλογές, αλλά βρίσκονται σε άρρηκτη σχέση τόσο με τη θεσμική κατάστροσή του στο κοινό δίκαιο, όσο και με τις συνταγματικές αρχές και αξίες.

Καταρχάς πρέπει να διακρίνουμε τους κοινωνικούς σκοπούς όσων αποφασίσουν να συνάψουν τη σύμβαση του γάμου, από τους νομικούς τους σκοπούς, εκείνους δηλαδή που το δίκαιο ενσωματώνει καθιστώντας τους νομικές συνέπειες της σύμβασης του γάμου, αλλά και από το σκοπό, για τον οποίο ο συντακτικός νομοθέτης αποφάσισε τη συνταγματική προστασία του γάμου. Θα μπορούσε έτσι να υποστηριχθεί ότι σκοπός του γάμου είναι η δημιουργία μιας μόνιμης συμβίωσης υπό τις αρχές της αμοιβαιότητας και της συντροφικότητας,<sup>66</sup> οι οποίες αποτελούν, όπως αναφέρει χαρακτηριστικά ο Σπυριδάκης, «μερικότερες εκδηλώσεις της αρχής της ισότητας των δύο φύλων».<sup>67</sup> Ωστόσο είναι προφανές ότι τόσο ο σκοπός αυτός όσο και εκείνος της τεκνοποιίας μπορούν να επιτευχθούν και με ελεύθερη ένωση και συμβίωση. Έτσι προκειμένου να μιλήσουμε για σκοπούς του γάμου, θα πρέπει αυτοί να διαφοροποιούνται από αυτούς που μπορούν να επιτευχθούν και χωρίς τη σύναψή του. Έτσι ως κοινωνικούς και εξωνομικούς σκοπούς μπορούμε να αναφέρουμε την αποφυγή του κοινωνικού στιγματισμού της εξώγαμης συμβίωσης και τεκνοποιίας, την κοινωνική καταξίωση μέσω και λόγω γάμου, την ψυχολογική ασφάλεια κλπ.

Από άποψη κοινού δικαίου, ως νομικοί σκοποί, μπορούν να θεωρηθούν μόνον όσοι αποτυπώνονται στις έννομες σχέσεις των συζύγων (εξασφάλιση διατροφής τέκνων και ανατροφής του σε νομικά προστατευμένο οικογενειακό περιβάλλον, φορολογικά και άλλα

<sup>66</sup> Πρβλ. και εισηγητική έκθεση Ν. 1329/83 που τονίζει τα στοιχεία της συνεργασίας και αμοιβαίας κατανόησης.

<sup>67</sup> ΣΠΥΡΙΔΑΚΗ, Οικογενειακό Δίκαιο, 43.

οικονομικά πλεονεκτήματα, όπως αξίωση συμμετοχής στα αποκτήματα, εξασφάλιση ευνοϊκής μεταχείρισης, π.χ. μοριοδότησης, ασφαλιστικών και συνταξιοδοτικών δικαιωμάτων κλπ) και οι οποίοι βέβαια δεν απολαμβάνουν *in globo* συνταγματικής προστασίας. Άλλοι σκοποί του γάμου, πέραν των έννομων συνεπειών του, ούτε καταγράφονται, ούτε αναγνωρίζονται. Συνεπώς κατά την ορθότερη άποψη δεν υφίστανται συνταγματικοί σκοποί του γάμου, και αυτό αποτελεί στοιχείο της συνταγματικής του έννοιας.<sup>68</sup>

Από την πλευρά του συντακτικού νομοθέτη ο σκοπός αναγωγής του γάμου σε κοινωνικό δικαίωμα ή /και θεσμική εγγύηση σχετίζεται με την παραδοσιακή του σχέση με τη δημιουργία οικογένειας. Δεδομένης ωστόσο της εξέλιξης της έννοιας του γάμου και της αποσύνδεσής του από την τεκνοποιία, η οποία δεν αποτελεί ούτε προϋπόθεση σύναψής του ούτε αναβλητική ή διαλυτική αίρεση, θα μπορούσε να ισχυριστεί κανείς ότι το νομοποιητικό αυτό έρεισμα έχει εκπέσει. Σήμερα η συνταγματική προστασία του γάμου, ως κοινωνικού δικαιώματος και ως θεσμικής εγγύησης, συνδέεται μάλλον με την προαγωγή μιας συγκεκριμένης μορφής κοινωνικής συμπεριφοράς, της ένταξης του ατόμου σε σχετικά στέρεες –τόσο μέσω του δικαίου όσο και της συνεπαγόμενης συγγένειας- οικογενειακές δομές. Με άλλα λόγια, ο γάμος προικοδοτείται και πριμοδοτείται, προκειμένου να προωθηθεί ως μοντέλο ζωής και ανθρώπινων σχέσεων.

Υπό αυτή την έννοια, θα μπορούσε να σκεφτεί κανείς την κατάργηση της συνταγματικής προστασίας του γάμου ως κοινωνικού, δηλαδή παροχικού δικαιώματος, το οποίο εξασφαλίζει στους συμβαλλόμενους την ευνοϊκή μεταχείριση που προαναφέρθηκε, και αντ' αυτού την προστασία μόνον της οικογένειας, με ή χωρίς γάμο, την παροχή δηλαδή προνομίων μόνον στην περίπτωση τεκνοποιίας ή / και ανατροφής παιδιών. Σε καμιά περίπτωση βέβαια δεν θα μπορούσε να καταργηθεί η διάσταση του δικαιώματος του γάμου ως ατομικού, εφόσον συνδέεται άρρηκτα και απορρέει από τη γενική ελευθερία ανάπτυξης της προσωπικότητας.

---

<sup>68</sup> Αυτή η αποσύνδεση του γάμο από σκοπούς συνιστά κατά το ΒΙΔΑΛΗ, *Η συνταγματική διάσταση της εξουσίας στο γάμο και στην οικογένεια*, 58, το δεύτερο –μετά την τυπικότητα- στοιχείο του γάμου.

Μία πραγματικά ριζοσπαστική κριτική (και θεωρούμε ότι τέτοια δεν είναι το καταρχήν συντηρητικό<sup>69</sup> αίτημα για γάμο ομοφύλων) θα έβαζε στο στόχαστρο την ίδια την προσασία του γάμου, αμφισβητώντας την αναγωγή του σε συνταγματικής περιωπής «θεσμό», αφού τελικά το μόνο που κάνει είναι να προωθεί μια μορφή κοινωνικής συμπεριφοράς, να ασκεί δηλαδή μια μορφή εκνομικευμένου κοινωνικού εξαναγκασμού ή επηρεασμού.

Σε κάθε περίπτωση πάντως, εφόσον η πολιτική βούληση του συντακτικού και αναθεωρητικού νομοθέτη έχει αναγάγει το γάμο σε συνταγματικά προστατευόμενο θεσμό, το δίκαιο δεν νομιμοποιείται να τον χρησιμοποιεί ως βάση αδικαιολόγητης κατά τα άλλα διακριτικής μεταχείρισης, μη ανταποκρινόμενης και συνδεδεμένης με τους νομικά θεμελιωμένους σκοπούς και λειτουργίες του, που τον διαφοροποιούν από τις υπόλοιπες μορφές κοινής συμβίωσης.

Υπό το πρίσμα των προηγούμενων αναλύσεων και παραδοχών αναφορικά με την έννοια, περιεχόμενο και σκοπούς (ή μάλλον έλλειψη σκοπών) του γάμου, μπορούμε να προχωρήσουμε στην εξέταση του ειδικότερου ζητήματος σχετικά με το γάμο ομοφύλων προσώπων στο ελληνικό δίκαιο.

## **Z. Γάμοι ομοφύλων : από τη γραμματική ερμηνεία στο ανυπόστατο**

### *1. Η (μη) θεμελίωση του ανυπόστατου του γάμου ομοφύλων*

Σύμφωνα με την κλασική και απολύτως κρατούσα μέχρι και σήμερα θεωρία περί γάμου ο γάμος είναι εξ ορισμού<sup>70</sup> ένωση ενός άνδρα με μια γυναίκα. Η διαφορά φύλου των

<sup>69</sup> Πρβλ. Β. ΚΑΝΤΣΑ, *Γαμήλιες στρατηγικές: Ορατές πολιτικές, αθέατες παραδοχές*, ανακοίνωση σε: Διεθνές Επιστημονικό Συμπόσιο: «Αναθεωρήσεις του πολιτικού: ανθρωπολογική και ιστορική έρευνα στην ελληνική κοινωνία», Τμήμα Κοινωνικής Ανθρωπολογίας και Ιστορίας, Πανεπιστήμιο Αιγαίου, Μυτιλήνη, 8-11 Νοεμβρίου 2007, 6.

<sup>70</sup> ΚΑΡΑΣΗ, *Γάμος και οικογένεια ως δικαιοί θεσμοί*, 21. Σε κανέναν από τους κλασικούς συγγραφείς του οικογενειακού δικαίου δεν μπορεί να βρει κανείς θεμελίωση της αρχής της ετεροφυλίας των συμβαλλομένων στο γάμο. Η παραδοχή είναι αξιωματικής υφής. Γράφει π.χ. ο ΣΠΥΡΙΑΔΑΚΗΣ, *Οικογενειακό Δίκαιο*, 44, ότι το δίκαιο το γάμου διέπει μεταξύ άλλων και «[η] αρχή ότι γάμος μόνο μεταξύ ετεροφύλων προσώπων είναι δυνατός. Εκδήλωση της αρχής αυτής είναι ότι γάμος μεταξύ προσώπων του ίδιου φύλου είναι ανυπόστατος». Εξίσου αξιωματικά και ο ΔΕΛΗΓΙΑΝΝΗΣ, *Οικογενειακό Δίκαιο*, 96: «Παρ' όλο που τίποτε σχετικό δε γράφεται ρητά στο νόμο, είναι αυτονόητο, ..., ότι πρέπει να υπάρχει μεταξύ των προσώπων του τελούν γάμο διαφορά φύλου. Αλλιώς η ένωσή τους, κι αν ακόμα υποβληθεί στον τύπο του γάμου, δεν αποτελεί γάμο...».



μελλονύμφων θεωρείται είτε αυτονόητη βασική προϋπόθεση της ίδιας της έννοιας του γάμου, είτε «ουσιώδες στοιχείο του πραγματικού»<sup>71</sup> της είτε «βασική φυσική ιδιότητα που προκύπτει έμμεσα από τη φύση του γάμου».<sup>72</sup> Λόγω του 'αυτονόητου' και 'φυσικού' του στοιχείου αυτού, ο νόμος δεν συμπεριέλαβε ρητή προς τούτο διάταξη. Ας μην ξεχνάμε ότι αντιστοίχως αναγόμενος στη φυσική τάξη των πραγμάτων ήταν για αιώνες ο ισχυρισμός ότι η γυναίκα βρίσκεται σε κατώτερη κοινωνική θέση από τον άνδρα.<sup>73</sup>

Η ετεροφυλία των μελλονύμφων καθίσταται έτσι, με τρόπο αξιωματικό, το μόνο στοιχείο που, παρότι δεν αποτυπώνεται ρητά στο νομικό κείμενο, θεωρείται ως απαραίτητη προϋπόθεση της ίδιας της ύπαρξης γάμου. Ως συνέπεια της θεώρησης αυτής, γάμος μεταξύ προσώπων του ίδιου φύλου είναι ανύπαρκτος και άρα νομικά ανυπόστατος<sup>74</sup> και αντισυνταγματικός.<sup>75</sup>

<sup>71</sup> ΔΕΛΗΓΙΑΝΝΗ, *Οικογενειακό Δίκαιο*, 54.

<sup>72</sup> ΚΑΡΑΣΗ, *Γάμος και οικογένεια ως δικαιοί θεσμοί*, 21.

<sup>73</sup> ΠΑΠΑΧΡΙΣΤΟΥ, *Ισονομία των φύλων και «παράδοση»*, 120. Στο άρθρο αυτό (120, υποσ. 8) αναφέρεται μια απόφαση του βελγικού Ακυρωτικού του έτους 1889, με την οποία το Δικαστήριο απέκλεισε σε μία πτυχιούχο Νομικής και διδάκτορα του δικαίου τη δυνατότητα να εγγραφεί στο δικηγορικό σύλλογο, παρά την ανυπαρξία σχετικής νομοθετικής πρόβλεψης, με το εξής επιχείρημα: «Αν ο νομοθέτης δεν έχει αποκλείσει με ρητή διάταξη τις γυναίκες από το δικηγορικό σύλλογο, αυτό συμβαίνει γιατί το θεώρησε ως τόσο ευνόητο αξίωμα, ώστε να μη χρειάζεται να διακηρυχθεί ότι η εξυπηρέτηση της δικαιοσύνης επιφυλάσσεται μόνο στους άνδρες.» (με παραπομπή σε Ch. Perelman, *Egalité et valeurs*, σε: *L'Egalité*, 1971, 322). Η ομοιότητα του επιχειρήματος αυτού με εκείνο που χρησιμοποιείται σχετικά με το ανυπόστατο του γάμου ομοφύλων είναι εκκωφαντική.

<sup>74</sup> ΜΠΑΛΗ, *Οικογενειακό Δίκαιο*, 22, §12· Γ. ΚΩΣΤΑΡΑ, *Ο ανυπόστατος γάμος προσώπων του αυτού φύλου*, Εφημερίς των Ελλήνων Νομικών 1974, 152επ· Α. ΤΟΥΣΗ, *Οικογενειακό Δίκαιο*, Αθήνα 1979, τόμος Α', 43· ΜΙΧΑΗΛΙΔΗ-ΝΟΥΤΑΡΟΥ, *Οικογενειακό Δίκαιο*, 30, 63· Γ. ΣΤΑΘΕΑ, *Θρησκευτικός και Πολιτικός Γάμος*, Αθήνα: εκδ. Αφοι Π. Σάκκουλα 1982, 35, 134· ΔΕΛΗΓΙΑΝΝΗ, *Οικογενειακό Δίκαιο*, 54· ΚΑΡΑΣΗ, *Γάμος και οικογένεια ως δικαιοί θεσμοί*, 21.

<sup>75</sup> ΚΑΡΑΣΗ, *Γάμος και οικογένεια ως δικαιοί θεσμοί*, 21. Η ΚΟΥΝΟΥΤΕΡΗ-ΜΑΝΩΛΕΔΑΚΗ, *Οικογενειακό Δίκαιο* Ια, 2, χαρακτηρίζει το γάμο ομοφύλων οικογενειακή σχέση της επινόησης των μερών, ο οποίος γι αυτό το λόγο παραβιάζει την αρχή του κλειστού αριθμού των οικογενειακών σχέσεων και αυτό παρά το γεγονός ότι αναγνωρίζει (5επ.) ως ουσιώδες χαρακτηριστικό του οικογενειακού δικαίου την ελαστικότητα των κανόνων του, που πετυχαίνεται με τη χρησιμοποίηση από μέρους του νομοθέτη γενικών ρητρών και αόριστων εννοιών, οι οποίες επιτρέπουν στο δικαστή να ερμηνεύει το νόμο ανάλογα με τα οικογενειακά ήθη και τις αντιλήψεις που επικρατούν κάθε στιγμή. Με τον τρόπο αυτό επιλέγεται, κατά τη συγγραφέα, η επιεικέστερη και πιο σύγχρονη κάθε φορά λύση. Και βέβαια η συγκεκριμενοποίηση των εννοιών πρέπει να γίνεται με τρόπο που να σέβεται το Σύνταγμα και τα σύγχρονα οικογενειακά ήθη που αυτό κατοχυρώνει.

Το κανονιστικό συμπέρασμα περί ανυπόστατου δημιουργεί εύλογες αντιρρήσεις. Όπως παρατηρεί ο Κουμάντος στην περίπτωση γάμου μεταξύ προσώπων του ίδιου φύλου<sup>76</sup> δεν υφίσταται έλλειψη κάθε τύπου, η οποία θεμελιώνει το κατά το νόμο (άρθρο 1372 ΑΚ) ανυπόστατο του γάμου· αντίθετα υπάρχει εξωτερικό φαινόμενο τέλεσης γάμου και αντίστοιχη ληξιαρχική πράξη. Γι αυτό, συνεχίζει ο ίδιος συγγραφέας,

«θα ήταν προτιμότερο στις περιπτώσεις αυτές να διαπιστώνεται το ελάττωμα του γάμου με δικαστική απόφαση. Αλλά λόγος ακυρότητας για τα θέματα αυτά δεν προβλέπεται από το άρθρο 1372 §1 και η (δικαιολογημένη) προσήλωση στην αποκλειστική αρίθμηση της διάταξης αυτής κάνει αναγκαία την υπαγωγή των περιπτώσεων αυτών στην έννοια του ανυπόστατου γάμου.»<sup>77</sup>

Καθίσταται φανερό στο παραπάνω χωρίο –που είναι το πιο αναλυτικό που μπορεί να βρει κανείς στους κλασικούς δασκάλους του οικογενειακού δικαίου για το συγκεκριμένο ερώτημα– ότι ο ερμηνευτής εκκινεί από την επιθυμία της παντελούς απόρριψης – αξιωματικά και άνευ ετέρου– του γάμου ομοφύλων και αναζητά μια νομική κατασκευή για να το πράξει. Εφόσον λοιπόν οι λόγοι ακυρότητας και ακυρωσίας του γάμου προβλέπονται με τρόπο εξαντλητικό και περιοριστικό, αφορούν δηλαδή μόνον την έλλειψη μιας θετικής προϋπόθεσης (η οποία, μάλιστα, καθώς αφορά το ιδιωτικό συμφέρον καθιστά την ακυρότητα ιάσιμη<sup>78</sup>) ή τη συνδρομή ενός από τα ρητά προβλεπόμενα στο νόμο κωλύματα,<sup>79</sup> οδήγησαν τη θεωρία στην αξιωματική θέση ότι ο γάμος ομοφύλων είναι ανυπόστατος.

<sup>76</sup> Η, κατά τον ΚΟΥΜΑΝΤΟ, *Οικογενειακό Δίκαιο* I, 88, γάμου που έγινε κάτω από απόλυτη σωματική βία, περίπτωση, πάντως, σπανιότατη αφού στην τέλεση του γάμου συμπράττει κρατικό ή θρησκευτικό όργανο και στην οποία, κατά την ορθότερη άποψη (ΣΠΥΡΙΔΑΚΗ, *Οικογενειακό Δίκαιο*, 66) πρέπει να συναχθεί από το συνδυασμό των άρθρων 1367 §1 και 1373 αρ. 1 ΑΚ ότι πρόκειται για άκυρο γάμο, και μάλιστα με ακυρότητά που είναι θεραπεύσιμη.

<sup>77</sup> ΚΟΥΜΑΝΤΟΥ, *Οικογενειακό Δίκαιο* I, 88.

<sup>78</sup> Γ. ΠΑΠΑΔΗΜΗΤΡΙΟΥ, Κατ' άρθρον ερμηνεία νέων διατάξεων οικογενειακού δικαίου, τόμος Α', Αθήναι: εκδ. Κλαπάκης 1984, 56.

<sup>79</sup> ΚΟΥΜΑΝΤΟΥ, *Οικογενειακό Δίκαιο* I, 87.

Ερώτημα γεννιέται, ωστόσο, γιατί η εξαντλητική και περιοριστική αρίθμηση των λόγων ακυρότητας και ακυρωσίας, η οποία απορρέει από την ίδια την επιβαλλόμενη προστασία του γάμου, δεν αφορά και στο μοναδικό λόγο ανυποστασίας, την έλλειψη τύπου. Πολλώ δε μάλλον που πρόκειται για τελείως διαφορετικές περιπτώσεις, καθώς, σε κάθε περίπτωση, αυτό που λείπει στο γάμο ομοφύλων δεν είναι ο τύπος. Θα μπορούσε να θεωρηθεί ότι είναι στοιχείο που αφορά το πρόσωπο των μελλονύμφων, και μάλιστα τα δυο πρόσωπα σε συνδυασμό, οπότε θα επρόκειτο για σχετικό κώλυμα, ανάλογο της συγγένειας εξ αίματος (άρθρο 1356 ΑΚ) Ή έστω θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι η έννοια των «μελλονύμφων» στο άρθρο 1350 ΑΚ εμπεριέχει τη διαφορά φύλου.<sup>80</sup> Και στις δύο αυτές περιπτώσεις, ωστόσο, ο γάμος θα έπρεπε να θεωρηθεί άκυρος (άρθρο 1372 παρ. 1 ΑΚ), που σημαίνει ότι θα παρήγαγε έννομες συνέπειες έως την ακύρωσή του με δικαστική απόφαση, αν αυτή ζητούνταν από κάποιο από τα νομιμοποιούμενα προς τούτο πρόσωπα (άρθρο 1376 ΑΚ).<sup>81</sup> Προκειμένου η παραδοσιακή θεωρία να αποτρέψει το συμπέρασμα αυτό ανάγει τη διαφορά του φύλου σε «ουσιώδες στοιχείο του πραγματικού της έννοιας του γάμου» και το εξομοιώνει με τη ρητά προβλεπόμενη και τελείως διαφορετική περίπτωση της παντελούς έλλειψης τύπου.

Το συμπέρασμα αυτό ωστόσο στηρίζεται σε δύο *contra legem* παραδοχές: στην περιοριστική ανάγνωση του όρου «μελλονύμφων» στο άρθρο 1350 ΑΚ, με την υπονοούμενη προσθήκη «ετερόφυλων μελλονύμφων», και στη διεύρυνση της έννοιας του

---

<sup>80</sup> Στις θετικές προϋποθέσεις κατατάσσουν τη διαφορά φύλου οι ΣΠΥΡΙΔΑΚΗΣ, *Οικογενειακό Δίκαιο*, 46 και η ΚΟΥΝΟΥΓΕΡΗ-ΜΑΝΩΛΕΔΑΚΗ, *Οικογενειακό Δίκαιο*, 65. Καταλήγουν, ωστόσο, αμφότεροι στο συμπέρασμα ότι «η έλλειψη της προϋπόθεσης αυτής (που δεν ρυθμίζεται ειδικά στο νόμο) καθιστά το γάμο ανυπόστατο» και όχι άκυρο, όπως η έλλειψη κάθε άλλης θετικής προϋπόθεσης, γιατί το ανάγουν και σε στοιχείο της ουσίας του γάμου (ΚΟΥΝΟΥΓΕΡΗ-ΜΑΝΩΛΕΔΑΚΗ, *Οικογενειακό Δίκαιο*, 119). Είναι πάντως χαρακτηριστική η έκφραση της ΙΔΙΑΣ ΣΥΓΓΡΑΦΕΩΣ, *ibid*, 65, ότι «...δε νοείται –ακόμη τουλάχιστο, δηλαδή de lege lata- γάμος μεταξύ προσώπων του ίδιου φύλου...». Η διατύπωση αυτή αφήνει να εννοηθεί ότι η συγγραφέας αποδέχεται δυνητικά την εισαγωγή γάμου ομοφύλων.

<sup>81</sup> ΚΟΥΜΑΝΤΟΥ, *Οικογενειακό Δίκαιο* I, 100επ.

«ανυπόστατου» και άρα του πεδίου εφαρμογής του άρθρου 1372, που κηρύσσει ανυπόστατο μόνον το γάμο, για τον οποίο δεν έχει τηρηθεί κανένας από τους προβλεπόμενους τύπους, με τη συμπερίληψη ενός στοιχείου που, ακόμη και αν θεωρηθεί ουσιώδες, είναι απολύτως άσχετο με τον τύπο τέλεσης του γάμου. Η διεύρυνση αυτή έρχεται σε σαφή αντίθεση με την επιλογή του νομοθέτη να ορίσει περιοριστικά και εξαντλητικά τις περιπτώσεις ελαττωματικότητας του γάμου, αρχή που ερείδεται και στη συνταγματική προστασία του τελευταίου.

Το επιχείρημα δύσκολα μπορεί να νοηθεί, παρά ως κυκλικό: ο γάμος μεταξύ ομοφύλων είναι ανυπόστατος, δηλαδή δεν υφίσταται, επειδή είναι *αδιανόητο* να υφίσταται. Και ως γνωστόν, τα κυκλικά επιχειρήματα έχουν ελάχιστη πειστικότητα, εκτός και αν εδράζονται σε και απορρέουν από βαθιά ριζωμένες αντιλήψεις και προκαταλήψεις που αποτρέπουν την έλλογη εξέταση των δεδομένων.

## 2. Η γραμματική ερμηνεία

Υπέρ της *de lege lata* αναγνώρισης γάμου ομοφύλων, επιστρατεύεται, ως πρώτο και πιο επιφανειακό, το επιχείρημα ότι ούτε ο νόμος, ούτε το Σύνταγμα ορίζουν το γάμο ως ένωση ετεροφύλων ή θέτουν το στοιχείο αυτό ως θετική προϋπόθεση ή κώλυμα. Το αντεπιχείρημα είναι ότι ο γάμος είναι *εξ ορισμού* ένωση ετεροφύλων και αυτός είναι ο λόγος που η προϋπόθεση αυτή δεν αναφέρεται. Και μάλιστα ότι αν πάρουμε τη γραμματική ερμηνεία σοβαρά τότε θα έπρεπε να επιτρέψουμε και το γάμο μεταξύ ενός φυσικού και ενός νομικού προσώπου ή και δύο νομικών προσώπων μεταξύ τους.<sup>82</sup> Το τελευταίο επιχείρημα βέβαια παραγνωρίζει όχι μόνον το άρθρο 62 ΑΚ<sup>83</sup> εξομοιώνοντας απολύτως τα φυσικά και

<sup>82</sup> Βλ. άρθρο του Κ. ΧΡΥΣΟΓΟΝΟΥ, στο ιστολόγιο του Ομίλου 'Αριστόβουλος Μάνεσης', [www.manesis.blogspot.com](http://www.manesis.blogspot.com) (πρόσβαση 16/06/2008), ο οποίος γράφει: «Κατά την ίδια λογική του παραλόγου θα μπορούσε να τελεσθεί 'γάμος' μεταξύ ενός σωματίου (!) και μιας γυναίκας, αφού το σωματίο είναι νομικό πρόσωπο και η προαναφερόμενη νομοθεσία κάνει λόγο γενικά για πρόσωπα και όχι περιοριστικά για φυσικά πρόσωπα.»

<sup>83</sup> Άρθρο 62 ΑΚ: «Η ικανότητα του νομικού προσώπου δεν εκτείνεται σε έννομες σχέσεις που προϋποθέτουν ιδιότητες φυσικού προσώπου.»

νομικά πρόσωπα μεταξύ τους, αλλά και τη φύση του οικογενειακού δικαίου συλλήβδην που προϋποθέτει άνευ ετέρου φυσικά πρόσωπα.

Το γραμματικό επιχείρημα είναι βέβαια ανεπαρκές και αδύναμο. Είναι ανεπαρκές καθώς επιτρέπει την προσκόλληση της ερμηνείας σε έναν στείρο και αβαθή θετικισμό.<sup>84</sup> Δημιουργεί ωστόσο μια συνθήκη ευνοϊκή για τους υποστηρικτές του γάμου ομοφύλων: ανατρέπει το βάρος απόδειξης του νομικού συλλογισμού. Ενώ, αν γινόταν ρητή αναφορά στην προϋπόθεση της ετεροφυλίας, θα έπρεπε οι υποστηρικτές του γάμου ομοφύλων να αποδείξουν την αντισυνταγματικότητά της, η μη ρητή αναφορά υποχρεώνει στους πολέμιους του να αποδείξουν τη συνδρομή της.

Το γραμματικό επιχείρημα είναι επιπλέον αδύναμο και για έναν άλλο λόγο: ανατρέπεται με μια απλή αλλαγή του Αστικού Κώδικα, που δεν είναι παρά κοινός, τυπικός νόμος. Και αναφέρεται μόνον στην ελληνική έννομη τάξη, χωρίς δυνατότητα χρησιμοποίησης στις περισσότερες ευρωπαϊκές νομοθεσίες, όπου η διαφορά φύλου αναφέρεται ρητά.

### 3. Η λογικο-συστηματική ερμηνεία

Η λογικο-συστηματική ερμηνεία έρχεται να αποκρούσει την εύλογη αντίρρηση ότι η παράλειψη συμπερίληψης της ετεροφυλίας των μελλονύμφων ως στοιχείο του πραγματικού του γάμου στον ελληνικό ΑΚ οφείλεται μάλλον σε μια τυχαιότητα, παρά σε μια συνειδητή επιλογή του νομοθέτη. Η ερμηνευτική αυτή μέθοδος στηρίζεται στη θεμελιώδη παραδοχή ότι οι όροι σύναψης του γάμου πρέπει να αναγνωσθούν ως ενταγμένοι στη γενικότερη θεσμική κατάστρωση του οικογενειακού δικαίου. Συνεπώς, η διάταξη του άρθρου 1350 ΑΚ που μιλάει για 'μελλονύμφους' πρέπει να ειδωθεί και να ερμηνευτεί ως ενταγμένη στο νέο σύστημα του οικογενειακού δικαίου, η οποία στηρίζεται στη βασική επιλογή της ισότητας των φύλων.

---

<sup>84</sup> Βλ. και ΚΟΤΖΑΜΠΑΣΗ, 'Σύμφωνο Ελεύθερης Συμβίωσης' και Γάμοι Προσώπων του Ίδιου Φύλου, η οποία σημειώνει ότι «...η γραμματική ερμηνεία σημαίνει μάλλον την ανεπάρκεια του νομικού θετικισμού και όχι την κατάργηση της διαφοράς του φύλου για τους μελλονύμφους. Έξάλλου και στην υιοθεσία γίνεται λόγος για υιο[θεσία] αλλά κανείς δεν αμφισβητεί ότι επιτρέπεται η υιοθεσία τέκνου ανεξάρτητα από το φύλο του». Βεβαίως στη μία περίπτωση (του γάμου) η γραμματική ερμηνεία βρίσκεται σε συμφωνία, ενώ στην άλλη (της υιοθεσίας) σε ευθεία αντίθεση με την αρχή της ισότητας των φύλων, οπότε και πρέπει να διορθωθεί ερμηνευτικά.

Όπως παρατηρεί ο Βιδάλης,<sup>85</sup> για τις οικογενειακές σχέσεις ο νομοθέτης έχει ήδη συνειδητά εκφράσει, μέσω του εκσυγχρονισμού του οικογενειακού δικαίου το 1983, τη βούλησή του να μην επιτρέπονται εξαιρέσεις της αρχής της ισότητας (βάσει της παλιάς διάταξης του άρθρου 116 παρ. 2 Σ). Μέσω της νομοθετικής αυτής παρέμβασης που ήρθε να υλοποιήσει τη συνταγματική επιταγή της ισότητας των φύλων ο νομοθέτης κατάργησε τη διαφορά φύλου ως σημαντικό στοιχείο των οικογενειακών σχέσεων συνολικά, δεδομένου που αφορά και στο θέμα της σύναψης του γάμου ειδικότερα.<sup>86</sup> Από αυτή την οπτική γωνία, η ουδέτερη ως προς το φύλο διατύπωση όλων των άρθρων περί γαμικής σύμβασης αλλά και σχέσεων των συζύγων<sup>87</sup> δεν είναι τυχαία, αλλά συνδέεται αναπόσπαστα με τη γενικότερη αποσύνδεση των γαμικών σχέσεων από το στοιχείο 'φύλο'. Το επιχείρημα αυτό, λόγω της θεμελιώδους σημασίας του, θα εξετάσουμε πιο διεξοδικά παρακάτω.

#### 4. Η ιστορική ερμηνεία

Η ιστορική ερμηνεία λειτουργεί στο ερώτημα αυτό ως δίκοπο μαχαίρι. Βάσει μιας εμπνευσμένης από τη θεωρία του αρχικού νοήματος<sup>88</sup> ανάγνωσης του άρθρου 21 παρ. 1 Σ. καθώς και του άρθρου 1350 ΑΚ, ο ιστορικός νομοθέτης όταν μιλούσε για γάμο εννοούσε αποκλειστικά και μόνο και άνευ οποιασδήποτε αμφισβήτησης την ένωση δύο ετερόφυλων ατόμων.

Και από την αντίθετη πλευρά, ωστόσο, γίνεται χρήση του ιστορικού επιχειρήματος

---

<sup>85</sup> ΒΙΔΑΛΗ, *Η συνταγματική διάσταση της εξουσίας στο γάμο και στην οικογένεια*, 73.

<sup>86</sup> *Ibid.*

<sup>87</sup> Βλ. ΒΙΔΑΛΗ, *Γάμος ομόφυλων προσώπων*, [www.manesis.blogspot.com](http://www.manesis.blogspot.com).

<sup>88</sup> Η ερμηνευτική προσέγγιση μιας συνταγματικής διάταξης βάσει του αρχικού της νοήματος (original meaning), δηλ. του νοήματος που ήθελε να της προσδώσει ο ιστορικός νομοθέτης συνιστά την πλέον ίσως συντηρητική ερμηνευτική επιλογή. Είναι χαρακτηριστικό ότι στην Αμερική κεντρικός υποστηρικτής της είναι ο πλέον συντηρητικός Δικαστής του Ανώτατου Δικαστηρίου (Supreme Court), Antonin Scalia. Βλ. A. SCALIA, *Originalism. The Lesser Evil*, σε: *University of Cincinnati Law Review* 1989, 849επ.

και υποστηρίζεται ότι στις συζητήσεις της Ε' Αναθεωρητικής Βουλής η πρόθεση της μεταρρύθμισης των οικογενειακών σχέσεων στη βάση της ισότητας των φύλων αποτυπώνεται τόσο ρητά, ώστε να μην μπορεί να υποστηριχθεί η άποψη ότι η συνταγματική εγγύηση του άρθρου 21 παρ. 1 συνιστά φραγμό στην εφαρμογή του άρθρου 4 παρ. 2 Σ.<sup>89</sup> Στηριγμένος στη θεμελιώδη αυτή επιλογή υπέρ της ισότητας των φύλων, ο νομοθέτης του νέου οικογενειακού δικαίου *συνειδητά απέκλεισε* οποιαδήποτε κατανομή κοινωνικών ρόλων με κριτήριο το φύλο των συζύγων. Από τον αποκλεισμό αυτό, δεν μπορεί να εξαιρεθεί η σύναψη του γάμου.

Είναι προφανές ότι η μέχρι τούδε συζήτηση είναι ανεπαρκής και ότι η στήριξη της μιας ή της άλλης άποψης θα πρέπει να αναχθεί σε άλλες συνταγματικές αρχές, κυρίως την αρχή της ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας και της ισότητας, τόσο της γενικής όσο και της αρχής της ισότητας των φύλων. Πριν όμως προχωρήσουμε στη δικαιοπολιτική αυτή συζήτηση θα ενσκήψουμε στην προβληματική της αντιμετώπισης των ομόφυλων ζευγαριών εκ μέρους των ευρωπαϊκών δικαστηρίων, ΕΔΔΑ και ΔΕΚ.

### III. Η ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ ΤΟΥ ΕΥΡΩΠΑΪΚΟΥ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟΥ ΤΩΝ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΩΝ ΤΟΥ ΑΝΘΡΩΠΟΥ (ΕΔΔΑ) ΚΑΙ ΤΟΥ ΔΕΚ

#### A. ΕΔΔΑ: Από την ιδιωτική στην οικογενειακή ζωή

Η νομολογία του ΕΔΔΑ βρίσκεται σε μια διαρκή αλλά αργή εξέλιξη όσον αφορά τα δικαιώματα των ομοφυλοφίλων. Ενώ πλέον είναι απολύτως απορριπτικό οποιασδήποτε παραβίασης ατομικού δικαιώματος ενός ομοφυλόφιλου προσώπου,<sup>90</sup> βάσει του άρθρου 14 ΕΣΔΑ,<sup>91</sup> που απαγορεύει αρνητική διάκριση και λόγω σεξουαλικού προσανατολισμού,<sup>92</sup> σε

<sup>89</sup> ΒΙΔΑΛΗ, *Η συνταγματική διάσταση της εξουσίας στο γάμο και στην οικογένεια*, 248.

<sup>90</sup> Βλ. Β. ΧΑΤΖΟΠΟΥΛΟΥ, *Η προστασία των σεξουαλικών μειονοτήτων από τα ευρωπαϊκά δικαιοδοτικά όργανα*, Δικαιώματα του Ανθρώπου 15/2002, 709επ., 721επ.· Α. ΤΡΑΝΤΑ, *Δηλωμένη Συμβίωση, Ένας νέος οικογενειακός θεσμός*; Δικαιώματα του Ανθρώπου 20/2003, 1171επ. (1178επ.)· ΜΗΤΑ, *Σεξουαλικότητα και συνταγματικές ελευθερίες*, 860επ.

<sup>91</sup> Άρθρο 14 ΕΣΔΑ: «Η χρήση των αναγνωριζομένων στην παρούσα σύμβαση δικαιωμάτων και ελευθεριών δέον να εξασφαλιστεί άσχετα από διακρίσεις φύλου, φυλής, χρώματος, γλώσσας, θρησκείας, πολιτικών ή άλλων

συνδυασμό με το άρθρο 8<sup>93</sup> ΕΣΔΑ, είναι ωστόσο διστακτικό να προχωρήσει σε αναγνώριση των ομόφυλων σχέσεων. Το άρθρο 12 ΕΣΔΑ που αφορά το γάμο αναφέρεται σε άνδρα και γυναίκα, αναφορά, η οποία εκλαμβάνεται ως σαφής και ρητή κατοχύρωση της ετεροφυλίας των συζύγων.<sup>94</sup> 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».<sup>95</sup>

Η άμεση σύνδεση του γάμου με τη δημιουργία οικογένειας στην ΕΣΔΑ, επιβάλλει τη σύντομη εξέταση της προστασίας της τελευταίας. Έτσι, σε σχετική της απόφαση<sup>96</sup> η Επιτροπή Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων<sup>97</sup> έκρινε ότι οι σχέσεις των ομοφύλων είναι ασύμβατες με τις ετεροφυλικές και συνεπώς δεν μπορούν να υπαχθούν στην έννοια της 'οικογενειακής ζωής',<sup>98</sup> προστατεύονται δε μόνον ως έκφραση της ιδιωτικής τους ζωής.<sup>99</sup> Στις σχετικές αποφάσεις η Επιτροπή έκρινε ότι η αρνητική διάκριση σε βάρος των ομόφυλων ζευγαριών

---

πεποιθήσεων, εθνικής ή κοινωνικής προέλευσης, συμμετοχής σε εθνική μειονότητα, περιουσία, γέννησης ή άλλης κατάστασης».

<sup>92</sup> Χαρακτηριστική είναι η απόφαση *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, Application no. 33290/96, της 21/12/1999, 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.

<sup>93</sup> Άρθρο 8, παρ. 1 ΕΣΔΑ: «Κάθε πρόσωπο δικαιούται σεβασμού της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής του, της κατοικίας του και της αλληλογραφίας του».

<sup>94</sup> 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.

<sup>95</sup> Υπόθεση *Rees*, Απόφαση της 17. 10.1986, Series A, No 106, 19· *Markcx v. Belgium*, της 13.06.1979, Series A, No 31.

<sup>96</sup> Βλ. απόφαση *X and Y v. UK* [1983], 32 D&R, 220, Αίτηση 9369/81, 5 EHRR 601 (602).

<sup>97</sup> Μέχρι τη συγχώνυσή της με το Δικαστήριο από 01.11.1998 έλεγχε το επιτρεπτό όλων των περιπτώσεων πριν αυτές φτάσουν στο Δικαστήριο.

<sup>98</sup> Βλέπε και *Simpson v. UK*, No. 11716/85 της 14.05.1986, D&R 47, 274, παρ. 2.

<sup>99</sup> Και αυτό παρά το γεγονός ότι οι ετεροφυλικές σχέσεις εκτός γάμου αποτελούν 'οικογενειακή ζωή' (*Dudgeon*, 22.10.1981, Series A, Vol. 45, 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 and Z v. UK*, Απόφαση του Δικαστηρίου της 22 Απριλίου 1997, 1997-II, σ. 629-630, 24 E.H.R.R. 143, και Appl. No. 9369/81, *X and Y v. UK* [1983], 32 D&R, σ. 220, παρ. 37). Βλ. διεξοδικότερα σχετικά με το ζήτημα της μη αναγνώρισης ως 'οικογένειας' των σταθερών ομόφυλων σχέσεων Λ. ΠΑΠΑΔΟΠΟΥΛΟΥ, *Η μη αναγνώριση των Ομόφυλων Ζευγαριών ως «Οικογένε-*



είναι «αντικειμενικά δικαιολογημένη» για λόγους προστασίας «των δικαιωμάτων των άλλων»<sup>100</sup>, της «οικονομικής ευμάρειας της χώρας»<sup>101</sup>, της «ειδικής προστασίας που πρέπει να απολαμβάνει η παραδοσιακή οικογένεια»<sup>102</sup> και της «προστασίας των οικογενειακών σχέσεων».<sup>103</sup>

Η πάγια αυτή νομολογία φαίνεται να διαφοροποιείται σταδιακά, αποβάλλοντας τον απόλυτο χαρακτήρα της σε μεταγενέστερες αποφάσεις.<sup>104</sup> Στην απόφαση *Karner v Austria* (2003)<sup>105</sup> το ΕΔΔΑ δέχθηκε ότι η προστασία της οικογένειας με την παραδοσιακή έννοια, την οποία επικαλέστηκε η Αυστριακή κυβέρνηση για να αποκλείσει το δικαίωμα του Karner 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 και συνήγαγε ότι στη συγκεκριμένη περίπτωση η ικανοποίηση της αρχής αυτής δεν αποδείχτηκε. Παρά το γεγονός ότι το δικαστήριο επέμεινε στη θέση του ότι μια διαρκής σχέση ομοφύλων δεν συνιστά «οικογενειακή

---

νειας» στη Νομολογία των Ευρωπαϊκών Δικαστηρίων (ΔΕΚ και ΕΔΔΑ), σε: Ν. ΧΑΤΖΗΤΡΥΦΩΝΑ / Θ. ΠΑΠΑΖΗΣΗ (επιμ.), *Οικογένειες από ομόφυλα ζευγάρια*, Θεσσαλονίκη: Επίκεντρο 2007, 31επ., 36επ.

<sup>100</sup> Αίτηση 7215/75, *X v. UK*, 1 977 YB Eur Conv on Hum Rts, σελ. 354.

<sup>101</sup> Αίτηση 12513/86, *W.J. and D.P. v. UK*, απόφαση της 13 Ιουλίου 1987.

<sup>102</sup> Αίτηση 14753/89, *C. and L.M. v. UK*, απόφαση της 9. Οκτωβρίου 1989.

<sup>103</sup> Αίτηση 16106/90, *X v. United Kingdom*, απόφαση της 10. Φεβρουαρίου 1991.

<sup>104</sup> Στην *Kerkhoven and Hinke v. the Netherlands*, Appl. No. 15666/89 of 19.05.1992 η Επιτροπή καταλήγει στο συμπέρασμα ότι «σ' ότι 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 v. United Kingdom* (1997) 24 E.H.R.R. 143, 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 κλπ, τα ομόφυλα ζευγάρια θα μπορούσαν να εξομοιωθούν με τα ετερόφυλα.

<sup>105</sup> Αίτηση υπ.αρ. 40016/98, απόφαση της 24.07.2003.

ζωή», αποστασιοποιήθηκε από τη θέση ότι η τελευταία τίθεται άνευ ετέρου σε κίνδυνο από την αναγνώριση κάποιων δικαιωμάτων σε ομόφυλα ζευγάρια. Με άλλα λόγια, η προνομιακή θέση που επιφυλάσσεται στην ετερόφυλη οικογένεια, δεν σημαίνει απαγόρευση του νομοθέτη να αναγνωρίσει κάποιες εναλλακτικές μορφές νομικής αναγνώρισης της συμβίωσης ομόφυλων ζευγαριών. Η άρνηση αναγνώρισης τέτοιων δικαιωμάτων, αντίθετα, –και αυτή η ανατροπή του βάρους της απόδειξης είναι σημαντική– πρέπει να αιτιολογείται βάσει του κινδύνου, στον οποίο θέτει την παραδοσιακή οικογένεια.

Αυτό σημαίνει ότι η αναγνώριση δικαιωμάτων σε ομόφυλα ζευγάρια μπορεί να αποκλειστεί αν και μόνον αν θέτει σε κίνδυνο την ετερόφυλη οικογένεια.<sup>106</sup> Κάτι τέτοιο ωστόσο είναι εμπειρικά δύσκολο να αποδειχτεί. Το Δικαστήριο δηλαδή θέτει τόσο ψηλά τον πήχη της δικανικής κρίσης περί τη νομιμότητα των διακρίσεων που καθιστά δυσχερή την υπέρβασή του από μια εθνική κυβέρνηση. Είναι προφανές ότι επιλέγει τη μέθοδο αυτή γιατί δεν επιθυμεί να εισέλθει σε κρίσεις με ηθικές και ιδεολογικές προεκτάσεις –γι αυτό και δέχεται 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.

Το δεύτερο στοιχείο που επιτρέπει τη συναγωγή του συμπεράσματος ότι η νομολογία του κινείται προς μια πιο φιλελεύθερη και ευνοϊκή για τα δικαιώματα των ομόφυλων ζευγαριών κατεύθυνση είναι η διατύπωση «[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».<sup>107</sup> Η διατύπωση αυτή επιτρέπει να υποθέσουμε ότι στο μέλλον το ΕΔΔΑ μπορεί να δεχτεί ακόμη σαφέστερα ότι πρόκειται για άμεση διάκριση λόγω φύλου, η οποία με τη σειρά της θα θεμελιώνει αυστηρότερο έλεγχο των προϋποθέσεων δικαιολόγησης αρνητικών διακρίσεων.

---

<sup>106</sup> Σχετικά με την άποψη αυτή, όπως υποστηρίχθηκε στη Γαλλία και τη Γερμανία ενόψει της πρόσφατης κατοχύρωσης των ομόφυλων συμβιώσεων, πρβλ. ΚΑΜΤΣΙΔΟΥ, *Τάσεις αποθηκοποίησης του γάμου στα σύγχρονα κράτη πρόνοιας*, 1151-1170 και ΤΡΑΝΤΑ, *Δηλωμένη Συμβίωση, Ένας νέος οικογενειακός θεσμός*; 1173επ.

<sup>107</sup> *Karner v Austria*, παρ. 33.

Προς την ίδια κατεύθυνση συνηγορεί και η μεταβολή της στάσης του Δικαστηρίου στο ζήτημα της υιοθεσίας από ομοφυλόφιλο άτομο. Στην πρόσφατη απόφαση *E.B. v. France*,<sup>108</sup> το ΕΔΔΑ αποστασιοποιήθηκε –αν και δεν το αναγνωρίζει ρητά– από την προηγούμενη απόφασή του *Fretté v. France*<sup>109</sup> και έκρινε ότι οι γαλλικές αρχές, εμμέσως πλην σαφώς, απέρριψαν την αίτηση της προσφεύγουσας λόγω της ερωτικής της προτίμησης,<sup>110</sup> 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.

---

<sup>108</sup> Application no. 43546/02, απόφαση της 22.01.2008. Η απόφαση αφορά αίτηση που είχε κατατεθεί από ομοφυλόφιλη γυναίκα, η οποία συζεί (από το 1990) με τη σύντροφό της, να υιοθετήσει. 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 υιοθετήσει. 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).

<sup>109</sup> No. 36515/97, ECHR 2002-I της 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 (§32), παρά την εγνωσμένη ικανότητά του να αναθρέψει παιδιά, υπηρέτούσε έναν νόμιμο σκοπό, και δη την προστασία της υγείας και των δικαιωμάτων των εμπλεκόμενων στην υιοθεσία παιδιών (§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 (§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 δισταμέντες 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) (§§ 42-43).

<sup>110</sup> Όπως αποκαλύπτει, κατά την απόφαση (§85), η πολλαπλή αναφορά στις οικείες εκθέσεις του ιδιαίτερου τρόπου ζωής της.

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 τα *obiter dicta* εμφανίζονται πιο ευνοϊκά για την πιθανότητα αυτή από ότι στο παρελθόν. Δείχνει έτσι το Δικαστήριο (§71) να εκτιμά θετικά το γεγονός ότι η Ε.Β. βρισκόταν σε διαρκή και σταθερή σχέση και τονίζει ότι αυτό τη διαφοροποιεί από τον Fretté. Το σημαντικότερο ίσως σημείο είναι εκείνο όπου το Δικαστήριο τονίζει ότι δικαίως οι γαλλικές αρχές εξέτασαν και τη διάθεση για υιοθεσία της συντρόφου της Ε.Β., παρά το γεγονός ότι οι δυο τους δεν είναι παντρεμένες, όπως θα εξέταζε και έναν ετερόφυλο σύντροφο σε ελεύθερη (*de facto*), πλην όμως διαρκή και σταθερή, συμβίωση.<sup>111</sup>

Η αργά αλλά σταθερά μεταβαλλόμενη νομολογία του ΕΔΔΑ αφήνει ανοικτό το ενδεχόμενο της αναγνώρισης στο μέλλον, τόσο των ομόφυλων σχέσεων, ως οικογενειακών, όσο και της διάκρισης σε βάρος των ομόφυλων ζευγαριών, ως διάκρισης λόγω φύλου. Σε αντίθεση με το ΕΔΔΑ, το ΔΕΚ, εμφανίζεται, όπως θα δούμε στη συνέχεια, περισσότερο συντηρητικό.

## **B. ΔΕΚ: μεταξύ νομικής δογματικής και δικαστικής πολιτικής**

Πιο διστακτικό από το ΕΔΔΑ να αναγνωρίσει τις ομόφυλες συμβιώσεις εμφανίζεται στη νομολογία του το ΔΕΚ, καθώς και στις τρεις υποθέσεις, οι οποίες έφτασαν ενώπιόν του (*Grant, D*, και *Marouko*) επέδειξε έναν σπάνιο αυτοπεριορισμό.

### *1. Lisa Grant και D: Νοθεύοντας τους όρους της σύγκρισης*

Στην υπόθεση *P v S*<sup>112</sup>, το ΔΕΚ αποφάνθηκε ότι η Οδηγία περί Ίσης Μεταχείρισης του 1976,<sup>113</sup> αποτελεί ειδικότερη έκφραση της θεμελιώδους σημασίας για το κοινοτικό δίκαιο

<sup>111</sup> 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 Ε.Β. από τις γαλλικές αρχές, «δεν αποτελεί αναγκαστικά πρόβλημα από μόνο του» (§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 (§74).

<sup>112</sup> Υπόθεση C-13/94, *P v S and Cornwall County Council*, ECR [1996] I-2143, η οποία αφορούσε τη διακριτική μεταχείριση ενός διαφυλικού ατόμου (*transsexual*). Βλ. σχετικά ΠΑΠΑΔΟΠΟΥΛΟΥ, *Η μη αναγνώριση των ομόφυλων ζευγαριών ως «οικογένειας»*, 37.

αρχής της ισότητας και την ερμήνευσε με τρόπο διασταλτικό, έτσι ώστε να καλύπτει «όλες τις καταστάσεις, στις οποίες το φύλο εμφανίζεται ως παράγοντας δυσμενούς μεταχείρισης»,<sup>114</sup> απορρίπτοντας ταυτοχρόνως το επιχείρημα ότι μια τέτοια ερμηνεία δεν αποτελούσε πρόθεση του ιστορικού νομοθέτη. Σύμφωνα με πάγια νομολογία του ΔΕΚ, εξάλλου, η ισότητα των φύλων έχει διευρυμένο πεδίο εφαρμογής<sup>115</sup> καθώς περιλαμβάνει και τις έμμεσες διακρίσεις.<sup>116</sup>

Η υπόθεση *Grant*,<sup>117</sup> αφορούσε προδικαστικό ερώτημα που στάλθηκε από βρετανικό δικαστήριο σχετικά με την εφαρμογή ή μη του άρθρου 141 (πρώην 119) Συνθήκης Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (ΣυνθΕΚ) (ίση αμοιβή μεταξύ ανδρών και γυναικών) στην περίπτωση μιας υπαλλήλου των βρετανικών σιδηροδρόμων, η οποία δεν λάμβανε επίδομα κίνησης για τη σύντροφό της, το οποίο προβλεπόταν για τους –και εκτός γάμου- ετερόφυλους συντρόφους των εργαζομένων.

Οι συνήγοροι της ενάγουσας (*Grant*) προσπάθησαν να αποδείξουν ότι διαφορές στη μεταχείριση βασισμένες στον ερωτικό προσανατολισμό απορρέουν από προκαταλήψεις σχετικά με την ερωτική και συναισθηματική συμπεριφορά των ατόμων του κάθε φύλου

<sup>113</sup> Οδηγία του Ευρωπαϊκού Συμβουλίου 76/207/ΕΕC της 9<sup>ης</sup> Φεβρουαρίου 1976 σχετικά με την εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχείρισης ανδρών και γυναικών σε θέματα απασχόλησης, επαγγελματικής εκπαίδευσης και συνθηκών εργασίας και προαγωγών.

<sup>114</sup> Σύμφωνα με το Γενικό Εισαγγελέα *Tesauro*, ο οποίος υποστήριξε την άποψη, που έγινε εν μέρει δεκτή από το Δικαστήριο, ότι η διάκριση λόγω φύλου δεν περιλαμβάνει μόνον την κλασική περίπτωση που ένας άνδρας έχει καλύτερη μεταχείριση από ότι μια γυναίκα, αλλά κάθε κατάσταση όπου το κριτήριο «φύλο» έχει καθοριστική σημασία στη λήψη της απόφασης. Η διαφορετική μεταχείριση οφείλεται σε στερεότυπα και συνεπώς, κατά το Γενικό Εισαγγελέα *Tesauro*, ο στόχος της εξισωτικής νομοθεσίας δεν μπορεί παρά να είναι η άρνηση των έμφυλων στερεοτύπων και η γενική αρχή που προκύπτει είναι το φύλο ενός προσώπου να μην παίζει κανένα ρόλο σ' ότι αφορά τους κανόνες που ρυθμίζουν τις κοινωνικές του σχέσεις.

<sup>115</sup> Γενικά για την πρόσληψη και τις πτυχές της αρχής της ισότητας των φύλων στην κοινοτική έννομη τάξη βλ. και Π. ΣΤΑΓΚΟΥ, *Η Δικαστική Προστασία των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων στην Κοινοτική Έννομη Τάξη*, Αθήνα-Θεσσαλονίκη: Σάκκουλας 2004, 134επ.

<sup>116</sup> Π.χ. στην υπόθεση *C-177/88, Dekker v VJV-Centrum* [1990] ECR I-3941, το ΔΕΚ συμπέρανε ότι η αρνητική διακριτική μεταχείριση λόγω εγκυμοσύνης συνιστά διάκριση βάσει του φύλου, η οποία ως τέτοια απαγορεύεται.

<sup>117</sup> *Lisa Grant v. South-West Trains Ltd C-249/96*, [1998] ECR I-621, και σε: ΕΕΕΔ 1998. Βλ. διεξοδικότερη συζήτηση των υποθέσεων *Grant* και *D*, σε: ΠΑΠΑΔΟΠΟΥΛΟΥ, *Η μη αναγνώριση των ομόφυλων ζευγαριών ως «οικογένειας»*, 38επ., ΧΑΤΖΟΠΟΥΛΟΥ, *Η προστασία των σεξουαλικών μειονοτήτων από τα ευρωπαϊκά δικαιοδοτικά όργανα*, 731επ.

και άρα είναι στην πραγματικότητα βασισμένες στο φύλο τους. Από την πλευρά της η βρετανική κυβέρνηση, με την υπέρ της παρέμβαση και της γαλλικής, υποστήριξε ότι η δυσμενής διάκριση είχε ως κριτήριο το σεξουαλικό προσανατολισμό και δεν είχε καμιά σχέση με το φύλο.

Ο Γενικός Εισαγγελέας, Michael Elmer, υποστήριξε ότι η δυσμενής μεταχείριση της προσφεύγουσας οφειλόταν στο φύλο της και άρα συνιστούσε απαγορευμένη από το κοινοτικό δίκαιο και εμπίπτουσα στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 119 ΣΕΚ διάκριση λόγω φύλου. Κα επίσης ότι η Οδηγία περί Ίσης Μεταχείρισης απαγορεύει την καθοριστική επίδραση επί των εργασιακών συνθηκών ή της αμοιβής του εργαζόμενου τόσο του φύλου όσο και της έμφυλης ταυτότητάς του. Το ΔΕΚ απέρριψε ωστόσο τις αιτιάσεις αυτές και δεν δικαίωσε την προσφεύγουσα.

Η υπόθεση *D v. Council of the European Union*<sup>118</sup> αφορούσε την άρνηση του Συμβουλίου της Ένωσης να χορηγήσει οικογενειακό επίδομα σε υπάλληλό του,<sup>119</sup> ο οποίος τελούσε σε καταχωρημένη σχέση (*registered partnership*) στη Σουηδία με ομόφυλό του. Σε αντίθεση με τη *Lisa Grant* που στηρίχθηκε στην κοινοτική έννοια της ισότητας και μη διάκρισης, ο *D.* βασίστηκε στο επιχείρημα ότι καθώς η ρύθμιση της οικογενειακής κατάστασης συνεχίζει να ανήκει ως αρμοδιότητα στα Κράτη-Μέλη, η Κοινότητα οφείλει να αναγνωρίζει τη

---

<sup>118</sup> Απόφαση του ΔΕΚ της 31.05.2001, υποθέσεις C-122/99 P & C-125/99 P, με την οποία έκρινε αναιρετικά την αντίστοιχη απόφαση του Πρωτοδικείου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (ΠΕΚ) Case T-264/97, απόφαση της 28.01.1999.

<sup>119</sup> Ας σημειωθεί ότι στην υπόθεση δεν εφαρμόστηκε ο Κανονισμός του Συμβουλίου 781/98 της 07. Απριλίου 1998, *Διοίκηση και Κανονισμός Υπηρεσιακής Κατάστασης* (ΕπΕΦΕΚ 1998, L113, 4), τον οποίο προστέθηκε ρύθμιση, με την οποία απαγορεύεται η δυσμενής (άμεση ή έμμεση) διάκριση των υπαλλήλων του Συμβουλίου με βάση, μεταξύ άλλων, τον ερωτικό τους προσανατολισμό.

ρύθμιση αυτή, έτσι όπως τη θέλησε ο εθνικός νομοθέτης, και συνεπώς στη συγκεκριμένη περίπτωση να επιφυλάσσει στις καταχωρημένες συμβιώσεις την ίδια μεταχείριση με τους γάμους, όπως κάνει η αρμόδια σουηδική έννομη τάξη.<sup>120</sup> Στην *D v. Council* το ΔΕΚ – δεχόμενο την κρίση του ΠΕΚ- απέρριψε τους ισχυρισμούς αυτούς, λέγοντας ότι μια τέτοια εξομοίωση προϋποθέτει αξιολόγηση των νομικών και δημοσιονομικών της συνεπειών και συνεπώς επαφίεται στον κοινοτικό νομοθέτη και όχι στο Δικαστή. Και τα δύο δικαστήρια δήλωσαν εξάλλου ρητά ότι «ο όρος ‘γάμος’ σημαίνει την ένωση δύο ατόμων διαφορετικού φύλου» (ΔΕΚ, παρ. 34) και συνεπώς η ρύθμιση για το οικογενειακό επίδομα που προϋπέθετε γάμο δεν εφαρμοζόταν στις καταχωρημένες συμβιώσεις.

Στην *Grant* το Δικαστήριο υποστήριξε πως η δυσμενής διάκριση απαγορεύεται αν και μόνο αν απορρέει ‘ουσιαστικά’ από το φύλο του εμπλεκόμενου,<sup>121</sup> και όχι από αυτό σε συνδυασμό με το φύλο του συντρόφου του.<sup>122</sup> εντούτοις, προκειμένου να διερευνήσει αν συντρέχει περίπτωση διακριτικής μεταχείρισης λόγω φύλου, συνέκρινε τη Lisa Grant, όχι με ένα άτομο του άλλου φύλου στην ίδια ακριβώς κατάσταση με την ίδια,<sup>123</sup> δηλαδή με έναν

<sup>120</sup> Σύμφωνα με το σουηδικό νόμο του 1995, η «Πράξη Καταχωρημένης Συντροφικότητας» χορηγούσε τα ίδια δικαιώματα με το γάμο, πλην της υιοθεσίας, κοινής γονικής μέριμνας και υποβοηθούμενης αναπαραγωγής.

<sup>121</sup> Βλ. και Π. ΚΟΥΣΗ, παρατηρήσεις στην απόφαση *Grant*, σε: ΕΕΕΔ 1998, 836επ. (836).

<sup>122</sup> Προς αυτή την κατεύθυνση ο Γενικός Εισαγγελέας Elmer, στις προτάσεις του στην απόφαση *Grant* (§16), ο οποίος σημειώνει ότι η ορθή ερμηνεία του άρθρου 141 ΣυνθΕΚ «απαγορεύει τις διακρίσεις εις βάρος των εργαζομένων που οφείλονται όχι μόνο στο φύλο του εργαζομένου, αλλά και στο φύλο του τέκνου, του γονέα ή άλλου ατόμου που εξαρτάται από τον εργαζόμενο». Πρβλ. και τη Γνώμη του Γενικού Εισαγγελέα Poiares Maduro (της 31.01.2008) στην υπόθεση C-303/06 *Sharon Coleman v. Attridge Law and Steve Law*, όπου προτείνει καθαρά την αποδοχή της έννοιας της ‘δυσμενούς διάκρισης λόγω σχέσης’ («discrimination by association»). Σύμφωνα με αυτή την πρόσληψη, παράνομη είναι κάθε συμπεριφορά που ενέχει δυσμενή μεταχείριση ενός προσώπου όχι μόνον επειδή το ίδιο είναι ανάπηρο, αλλά και επειδή σχετίζεται με ένα ανάπηρο πρόσωπο. Αν η πρόσληψη αυτή γίνει δεκτή, θα μπορούσε να επηρεάσει και την έννοια της δυσμενούς μεταχείρισης των ομόφυλων ζευγαριών.

<sup>123</sup> Πρβλ. §17 της απόφασης: «Συναφώς, η L. Grant υποστηρίζει ότι το γεγονός και μόνον ότι στον άνδρα εργαζόμενο που προκατείχε τη θέση της είχε χορηγηθεί έκπτωση στα εισιτήρια συγκοινωνιών για τη γυναίκα σύντροφό του, την οποία δεν είχε νυμφευθεί, αρκεί για να στοιχειοθετηθεί ευθεία δυσμενής διάκριση λόγω φύλου. Κατ’ αυτήν, αν στη γυναίκα εργαζόμενη δεν χορηγούνται οι ίδιες παροχές που χορηγούνται στον άνδρα εργαζόμενο, εφόσον οι λοιπές συνθήκες είναι ίδιες, η εργαζόμενη αυτή υφίσταται δυσμενή διάκριση λόγω φύλου (άποψη αποκαλούμενη του «κριτηρίου του μοναδικού διακριτικού στοιχείου» - «but for test».)»

άνδρα σε σχέση με μια γυναίκα, αλλά με έναν άνδρα σε σχέση με άλλον άνδρα. Το ίδιο έκανε και στην απόφαση *D v. Council*. Τόνισε μάλιστα εκεί ότι δεν είναι το φύλο καθοριστικό για την απολαβή του επιδόματος, αλλά η νομική φύση της σχέσης μεταξύ του ενάγοντος και του συντρόφου του.

Διαφοροποίησε δηλαδή, εμφανίζοντας μια εσωτερική ασυνέπεια και ασυνέχεια στον ίδιο το συλλογισμό του,<sup>124</sup> και άλλο στοιχείο, το φύλο της συντρόφου της προσφεύγουσας.<sup>125</sup> Αρνούμενο έτσι στην πράξη τη δική του σταθερά (ότι δηλαδή η δυσμενής διάκριση προκύπτει μόνον από το φύλο του εμπλεκόμενου και όχι του συντρόφου του), το ΔΕΚ δε δέχτηκε ότι επρόκειτο (και) για διάκριση λόγω φύλου, αλλά μόνον λόγω σεξουαλικού προσανατολισμού, που δεν προστατεύονταν από το κοινοτικό δίκαιο «στο παρόν στάδιο της εξέλιξής του».<sup>126</sup> Με τον τρόπο αυτό το Δικαστήριο επέλεξε να σηματοδοτήσει τον αυτοπεριορισμό του έναντι του κοινοτικού νομοθέτη.

<sup>124</sup> Και σε αντίθεση με την προαναφερθείσα απόφασή του *P v S*, στην οποία το Δικαστήριο έκρινε ότι η δυσμενής μεταχείριση ενός διαφυλικού ατόμου (transsexual) ερείδεται στο φύλο του, χωρίς να προχωρήσει στο τεστ που εφάρμοσε στην απόφαση *Grant*, να συγκρίνει δηλαδή τον P, που από άνδρας έγινε γυναίκα με μια γυναίκα που έγινε άνδρας, και η οποία προφανώς θα είχε υποβληθεί στην ίδια με τον P δυσμενή μεταχείριση. Διαφωνούμε με το ΧΑΤΖΟΠΟΥΛΟ, *Η προστασία των σεξουαλικών μειονοτήτων από τα ευρωπαϊκά δικαιοδοτικά όργανα*, 745, ότι εδώ το ΔΕΚ αναγνώρισε ' τρίτο φύλο ' αντίθετα, το ΔΕΚ συγκρίνει το αρχικό με το τελικό - μετά την εγχείριση- φύλο του διαφυλικού ατόμου και καταλήγει ότι σε περίπτωση δυσμενούς του μεταχείρισης υπάρχει απαγορευμένη από το δίκαιο διακριτική μεταχείριση λόγω φύλου.

<sup>125</sup> Πρβλ. §27 της απόφασης : « Έτσι, οι εκπώσεις στα εισιτήρια συγκοινωνιών δεν χορηγούνται σε άνδρα εργαζόμενο που ζει με άτομο του ίδιου φύλου, όπως επίσης δεν χορηγούνται σε γυναίκα εργαζόμενη που ζει με άτομο του ίδιου φύλου.»

<sup>126</sup> §47 της απόφασης *Grant*. Να σημειώσουμε ότι η υπόθεση αυτή κρίθηκε πριν τη θέση σε ισχύ της Συνθήκης του Άμστερνταμ, που περιέλαβε διάταξη (άρθρο 13 ΣΕΚ) που επιτρέπει τη λήψη θετικών μέτρων για την καταπολέμηση των διακρίσεων λόγω, μεταξύ άλλων, και σεξουαλικού προσανατολισμού. Το Δικαστήριο αφίστα την προσοχή στην εξέλιξη αυτή, δεν την λαμβάνει όμως υπόψη του.



Αν ωστόσο το Δικαστήριο έκανε τη σύγκριση με ένα πρόσωπο του άλλου φύλου από ότι ο ενάγων ή η ενάγουσα αλλά στην ίδια ακριβώς κατάσταση (δηλ. συνέκρινε την Grant με έναν άνδρα σε σχέση με γυναίκα και τον D με μια γυναίκα που βρισκόταν σε σοβαρή σχέση με άνδρα), το συμπέρασμα θα ήταν το αντίθετο από αυτό, στο οποίο το Δικαστήριο κατέληξε, και η αρνητική διάκριση λόγω φύλου θα ήταν σαφής. Εξάλλου, ακόμη και αν γίνει δεκτό ότι η δυσμενής διάκριση ερείδεται στο συνδυασμό των φύλων, το κριτήριο 'φύλο' παραμένει πάντως καθοριστικό, κατά τρόπο απαγορευμένο.<sup>127</sup>

Η συντηρητική<sup>128</sup> στάση που υιοθέτησε το Δικαστήριο έρχεται επίσης σε αντίθεση με την Ευρωπαϊκή Επιτροπή Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, η οποία λίγο χρόνο νωρίτερα είχε ρητά αναγνωρίσει σε έκθεσή της<sup>129</sup> ότι το άρθρο 14 ΕΣΔΑ περιλαμβάνει και την ερωτική επιλογή, αλλά και με το Διεθνές Σύμφωνο για τα Αστικά και τα Πολιτικά δικαιώματα,<sup>130</sup> βάσει του οποίου, κατά τη γνώμη της Επιτροπής των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου που συγκροτήθηκε σύμφωνα με το άρθρο 28 του Συμφώνου, η έννοια του «φύλου» περιλαμβάνει και τις ερωτικές προτιμήσεις.<sup>131</sup>

<sup>127</sup> M. BELL, *Shifting Conceptions of Sexual Discrimination at the Court of Justice: from P v S to Grant v SWT*, *European Law Journal* 1999, 63-81 (71). Έτσι και ΚΟΥΣΗΣ, *Παρατηρήσεις στην απόφαση Grant*, 837, G. TOGGENBURG, "LGBT" *go Luxembourg: on the stance of Lesbian Gay Bisexual and Transgender Rights before the European Court of Justice*, σε: [www.elr.lu](http://www.elr.lu), Μάιος 2008, 174επ. (πρόσβαση 16/06/2008).

<sup>128</sup> T. CONNOR, *Community Discrimination Law: No Right to Equal Treatment in Employment in Respect of Same-Sex Partner*, *ELRev.* 1998, 378επ. (382-4).

<sup>129</sup> Αίτηση Νο. 25186/94, *Euan Sutherland v UK*, έκθεση της 01.07.1997, παρ. 57. Η έκθεση αφορούσε το υψηλότερο όριο ηλικίας για ανδρικές ομοφυλοφιλικές ερωτικές πράξεις από ότι για γυναικείες, το οποίο κρίθηκε από την Επιτροπή ότι παραβίαζε το άρθρο 8 σε συνδυασμό με το άρθρο 14 της ΕΣΔΑ. Πάντως η απόφαση αυτή αναφερόταν στο δικαίωμα στην ιδιωτική και όχι στην οικογενειακή ζωή.

<sup>130</sup> Της 19ης Δεκεμβρίου 1966, Συλλογή των Συνθηκών των Ηνωμένων Εθνών, τόμος 999, 171. Νόμος 2462/1997 (φ. 25/26.02.1997, Α'), και σε: ΔτΑ 1/1999, 223επ.

<sup>131</sup> Ανακοίνωση αριθ. 488/1992, Τοσπεν κατά Αυστραλίας, διαπιστώσεις της 31ης Μαρτίου 1994, 50ή σύνοδος, σημείο 8.7. Το ΔΕΚ ανταπαντά βέβαια ότι το όργανο αυτό δεν είναι δικαιδοτικό, συνεπώς οι διαπιστώσεις του δεν είναι νομικώς δεσμευτικές, και ότι στη συγκεκριμένη περίπτωση συνήγαγε το συμπέρασμα χωρίς να παραθέσει ειδική αιτιολογία (§47). Ωστόσο ούτε το ίδιο (το ΔΕΚ) αιτιολογεί συγκεκριμένα και ειδικά την αρνητική του απάντηση στο ερώτημα αν μια ομόφυλη σταθερή συμβιωτική σχέση είναι ισοδύναμη, ως προς το συγκεκριμένο νομικό αποτέλεσμα του υπό κρίση επιδόματος, με μια ετερόφυλη εκτός γάμου σχέση. Αρκείται στο να παραπέμψει στις εθνικές νομοθεσίες των Κρατών-Μελών.

Σε ένα δεύτερο στάδιο της κρίσης του, το ΔΕΚ εξετάζει αν το κοινοτικό δίκαιο επιβάλλει την εξίσωση μεταξύ των ετερόφυλων και των ομόφυλων σχέσεων, καταλήγει δε σε αρνητική απάντηση, χωρίς βεβαίως να μπει στην εξέταση των ειδικότερων χαρακτηριστικών των δύο μορφών σχέσεων. Επικαλέστηκε ωστόσο (*Grant*, §33) τη νομολογία του ΕΔΔΑ, από την οποία προκύπτει, ότι οι σχέσεις ομοφύλων καλύπτονται από την προστασία της ιδιωτικής, όχι όμως και της οικογενειακής ζωής, καθώς και τις εθνικές νομοθεσίες των (τότε 15) Κρατών-Μελών, αποφαινόμενο ότι στα περισσότερα από αυτά οι ομόφυλες σχέσεις είτε εξομοιώνονται με τις σταθερές ετεροφυλοφιλικές σχέσεις για περιορισμένο αριθμό δικαιωμάτων, είτε δεν τυγχάνουν ουδεμίας νομικής αναγνώρισης. Αντίστοιχα, στην *D* (§§ 35-36 και 49-51<sup>132</sup>) ισχυρίστηκε ότι δεν υπάρχει ομοιομορφία στην αναγνώριση εναλλακτικών μορφών συμβίωσης *τέτοια*, που να του επιτρέπει να συνάγει την ομοιότητα των νομικών καθεστώτων γάμου και καταχώρησης. Με τις κρίσεις του αυτές το ΔΕΚ εμφανίζεται πιο συντηρητικό από το ΕΔΔΑ, το οποίο, παρά το γεγονός ότι απευθύνεται σε ένα μεγαλύτερο αριθμό Κρατών-Μελών και μάλιστα με πολύ λιγότερο προχωρημένες στο ζήτημα της ίσης μεταχείρισης των ομοφυλοφίλων νομοθεσίες, προχωράει, όπως είδαμε, με αργά αλλά σταθερά βήματα.

Επιπλέον, το ΔΕΚ επέλεξε να αγνοήσει την κυρίαρχη τότε, στην Ευρώπη των 15, τάση που ήταν η αναγνώριση δικαιωμάτων των ομόφυλων ζευγαριών.<sup>133</sup> Κατά πάγια

---

<sup>132</sup> §51: «Υπό τις συνθήκες αυτές, η κατάσταση υπαλλήλου που καταχώρισε ληξιαρχικώς σχέση συμβίωσης στη Σουηδία δεν μπορεί να συγκριθεί, όσον αφορά την εφαρμογή του ΚΥΚ, με αυτή ενός εγγάμου υπαλλήλου.»

<sup>133</sup> Βλ. σχετικά, Θ. ΠΑΠΑΖΗΣΗ, *Το ευρωπαϊκό νομικό πλαίσιο για την ομοφυλοφιλία και η νομική κατάσταση στην Ελλάδα*, σε: Αρμενόπουλος, *Επιστημονική Επετηρίδα* 21/2000, 69επ. (70επ.) και σε: ΠΑΠΑΖΗΣΗ / ΧΑΤΖΗΠΥΡΦΩΝ / ΚΤΕΝΙΔΗΣ (επιμ.), *Το Φύλο και η Συμπεριφορά του. Νομικές, ψυχολογικές και κοινωνικές διαστάσεις της ομοφυλοφιλίας και της ομοφυλοφοβίας*, Πρακτικά 1<sup>ης</sup> Διεπιστημονικής Συνάντησης για την Ομοφυλοφιλία και την Ομοφυλοφοβία «Η κατάσταση στην Ελλάδα και οι προοπτικές βελτίωσή της», Θεσσαλονίκη 9&10 Οκτωβρίου 2000, Θεσσαλονίκη: εκδ. Παρατηρητής 2004, 31-53.

νομολογία αναφορικά με τα θεμελιώδη δικαιώματα το ΔΕΚ εφαρμόζει την αξιολογική συγκριτική μέθοδο<sup>134</sup> (*wertende Rechtsvergleichung*), βάσει της οποίας αξιολογεί τις πηγές άντλησης των δικαιωμάτων με τρόπο μεθοδολογικά μάλλον αδιαφανή, προβαίνοντας σε μια τελεολογική ερμηνεία,<sup>135</sup> η οποία εμπεριέχει τόσο κρίσεις σκοπιμότητας, αξιολόγησης δηλαδή της χρησιμότητας και εφαρμοσιμότητας του δικαιώματος εντός της Κοινοτικής τάξης, όσο και δικαστικής πολιτικής και στην οποία η προερμηνευτική επιλογή είναι συνήθως, όχι η προστασία των ελευθεριών του ατόμου, αλλά η οικονομική ενοποίηση.

## 2. *Maruko*: Επίδειξη δικαστικής επικουρικότητας

Στην πρόσφατη υπόθεση *Maruko*,<sup>136</sup> το ΔΕΚ κλήθηκε από το Διοικητικό Δικαστήριο του Μονάχου<sup>137</sup> να εκδώσει προδικαστική απόφαση<sup>138</sup> στο πλαίσιο ένδικης διαφοράς μεταξύ του *Maruko* και του Οργανισμού Κοινωνικής Ασφάλισης των Γερμανικών Θεάτρων.<sup>139</sup>

---

<sup>134</sup> A. BLECKMANN, *Die wertende Rechtsvergleichung bei der Entwicklung europäischer Grundrechte*, σε: J. BAUR / H.P. MULLER-GRAFF / M. ZULEEG (επιμ.), *Europarecht. Energierecht. Wirtschaftsrecht*, FS für Börner, Κολωνία: Carl Heymanns 1992, 29επ. Βλ. και ΣΤΑΓΚΟΥ, *Η Δικαστική Προστασία των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων στην Κοινοτική Έννομη Τάξη*, 13επ.

<sup>135</sup> Α. ΤΣΑΜΠΑΣΗ, *Η νομολογία του ΔΕΚ για τα ατομικά δικαιώματα*, ΤοΣ 1986, 321επ. (339). ΣΤΑΓΚΟΥ, *Η Δικαστική Προστασία των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων στην Κοινοτική Έννομη Τάξη*, 134.

<sup>136</sup> C-267/06, *Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, ΕΕΦΕΚ C 128/6 της 24.5.2008.

<sup>137</sup> Bayerisches Verwaltungsgericht München.

<sup>138</sup> Το προδικαστικό ερώτημα αφορούσε την ερμηνεία των άρθρων 1, 2, παράγραφος 2, στοιχεία α' και β', περίπτωση ι, καθώς και 3, παράγραφοι 1, στοιχείο γ', και 3, της οδηγίας 2000/78/ΕΚ του Συμβουλίου, της 27ης Νοεμβρίου 2000, για τη διαμόρφωση γενικού πλαισίου για την ίση μεταχείριση στην απασχόληση και την εργασία (ΕΕ L 303, 16). Το άρθρο 1 της οδηγίας 2000/78 προβλέπει: «Σκοπός της παρούσας οδηγίας είναι η θέσπιση γενικού πλαισίου για την καταπολέμηση των διακρίσεων λόγω θρησκείας ή πεποιθήσεων, ειδικών αναγκών, ηλικίας ή γενετήσιου προσανατολισμού στον τομέα της απασχόλησης και της εργασίας, προκειμένου να υλοποιηθεί η αρχή της ίσης μεταχείρισης στα κράτη μέλη.»

<sup>139</sup> Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen.

Ο Maruko βρισκόταν σε σχέση καταχωρημένης συμβίωσης (βάσει του γερμ LPartG)<sup>140</sup> με ομόφυλό του, ενδυματολόγο θεάτρου, ο οποίος ήταν ασφαλισμένος στον εν λόγω Οργανισμό και απεβίωσε το 2005. Ο Οργανισμός απέρριψε την αίτηση του Maruko να του χορηγήσει σύνταξη χηρείας, βάσει της πρόβλεψης περί συντάξεως επιζώντος, λόγω του ότι αυτή προβλέπεται μεν στο επαγγελματικό σύστημα υποχρεωτικής κοινωνικής ασφάλισης, όχι όμως για συντρόφους καταχωρημένης συμβίωσης.<sup>141</sup>

Το ΔΕΚ αποφάνθηκε καταρχάς (§56) ότι η σύνταξη επιζώντος απορρέει από τη σχέση εργασίας του αποβιώσαντος συντρόφου καταχωρημένης συμβίωσης και, κατά συνέπεια, πρέπει να χαρακτηριστεί ως αμοιβή. Για τον λόγο αυτό τυγχάνει εφαρμογής η οδηγία 2000/78ΕΚ. Στη συνέχεια, όσον αφορά το ζήτημα αν η άρνηση χορήγησης της σύνταξης επιζώντος στο σύντροφο καταχωρημένης συμβίωσης αποτελεί δυσμενή διάκριση λόγω γενετήσιου προσανατολισμού, το Δικαστήριο συνάγει το συμπέρασμά του, υπό το πρίσμα και με αναφορά στις απόψεις και παρατηρήσεις του αιτούντος γερμανικού Δικαστηρίου. Το τελευταίο σημειώνει τη νομική αδυναμία ενός ομόφυλου ζεύγους να συνάψει γάμο, προκειμένου να λάβει την υπό κρίση σύνταξη επιζώντος (*Maruko*, §29), τονίζει ότι μετά

---

<sup>140</sup> Gesetz über die eingetragene Lebenspartnerschaft (στο εξής: LPartG), της 16ης Φεβρουαρίου 2001 (BGBl. 2001 I, σ. 266), όπως τροποποιήθηκε με τον νόμο της 15/12/2004 (BGBl. 2004 I, σ. 3396). Με το νόμο αυτό η Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας προσαρμοσε την έννομη τάξη της, ώστε να καταστεί δυνατό σε πρόσωπα του ίδιου φύλου να ζουν σε «καταχωρημένη συμβίωση», δηλαδή σε κοινωνία μέριμνας και αλληλεγγύης, θεμελιούμενη τυπικά εφ' όρου ζωής, της οποίας οι προϋποθέσεις εξομοιώθηκαν σταδιακά με τις ισχύουσες για το γάμο, ενώ ο τελευταίος παρακρατήθηκε ως σύμβαση μεταξύ προσώπων διαφορετικού φύλου.

<sup>141</sup> Με τον LPartG, ο Γερμανός νομοθέτης επέφερε τροποποιήσεις –μεταξύ άλλων και- στο βιβλίο VI του κώδικα Κοινωνικής Ασφάλισης – Νομικό σύστημα συνταξιοδοτήσεως (Sozialgesetzbuch VI – Gesetzliche Rentenversicherung). Το άρθρο 46, το οποίο περιλαμβάνεται στο βιβλίο VI του εν λόγω κώδικα, ως έχει από 1ης Ιανουαρίου 2005, προβλέπει: «4. Για τον καθορισμό του δικαιώματος συντάξεως χηρείας, συννομολογείται ότι η σύναψη σχέσεως καταχωρισμένης συμβίωσης εξομοιούται με τη σύναψη γάμου, η σχέση καταχωρισμένης συμβίωσης εξομοιούται με γάμο, ο επιζών σύντροφος καταχωρισμένης συμβίωσης εξομοιούται με χήρο/α και ο σύντροφος καταχωρισμένης συμβίωσης εξομοιούται με σύζυγο. Με λύση ή ακυρότητα του νέου γάμου αντιστοιχούν η καταγγελία ή η λύση νέας σχέσεως καταχωρισμένης συμβίωσης.»

την τροποποίησή του (της 15/12/2004) ο νόμος περί καταχωρημένης συμβίωσης ομοιάζει ακόμη περισσότερο με το γάμο, με αποτέλεσμα τη σταδιακή εξομοίωση των δύο συστημάτων, και ειδικότερα «θέτει τα πρόσωπα του ίδιου φύλου σε παρεμφερή κατάσταση (comparable situation) με τους συζύγους, όσον αφορά τη σύνταξη επιζώντος της υποθέσεως της κύριας δίκης» (Maruko, §§ 68-69). Βάσει των ανωτέρω το ΔΕΚ αποφαινεται ότι η Γερμανία, μολονότι επιτρέπει τη σύναψη γάμου μόνο σε πρόσωπα διαφορετικού φύλου, θέσπισε τη σχέση καταχωρημένης συμβίωσης, της οποίας οι προϋποθέσεις εξομοιώθηκαν σταδιακά με τις ισχύουσες για το γάμο προϋποθέσεις.

Κατά συνέπεια, το Δικαστήριο κρίνει ότι η άρνηση χορήγησης της σύνταξης επιζώντος στους συντρόφους καταχωρημένης συμβίωσης αποτελεί άμεση δυσμενή διάκριση<sup>142</sup> λόγω γενετήσιου προσανατολισμού, η οποία προσκρούει στις συνδυασμένες διατάξεις των άρθρων 1 και 2 της οδηγίας 2000/78, στην υποθετική περίπτωση που οι επιζώντες σύζυγοι και οι επιζώντες σύντροφοι καταχωρημένης συμβίωσης βρίσκονται σε 'παρεμφερή κατάσταση', όσον αφορά τη σύνταξη αυτή. Εναπόκειται, ωστόσο, στο αιτούν εθνικό Δικαστήριο να εξακριβώσει αν συντρέχει η εν λόγω προϋπόθεση της 'παρεμφερούς κατάστασης'. (§§ 72-73).

Η σημασία της απόφασης αυτής του ΔΕΚ είναι ελάχιστη: το ΔΕΚ περιορίζεται στο να τονίσει ότι τα κράτη-Μέλη οφείλουν, «ακόμη και σε τομείς που εμπίπτουν στην αρμοδιότητά τους, όπως η οικογενειακή κατάσταση και οι παροχές που εξαρτώνται από αυτήν, να τηρούν το κοινοτικό δίκαιο, και, μεταξύ άλλων, τις διατάξεις περί της αρχής της απαγορεύσεως των διακρίσεων» (§ 59).

---

<sup>142</sup> Το ενδιαφέρον στοιχείο εδώ είναι ότι ενώ τόσο ο προσφεύγων όσο και ο Γενικός Εισαγγελέας είχαν ισχυρισθεί ότι πρόκειται για έμμεση διάκριση λόγω σεξουαλικού προσανατολισμού, δεδομένου ότι ένα πλεονέκτημα απονέμεται μόνον σε έγγαμους, και τέτοιοι δεν είναι συνήθως οι ομοφυλόφιλοι, το ΔΕΚ κατέληξε ότι πρόκειται για άμεση διάκριση λόγω της ίδιας αιτίας. Αυτό δεν είναι τυχαίο. Αν το ΔΕΚ είχε δεχτεί ότι η διάκριση λόγω σεξουαλικού προσανατολισμού είναι έμμεση, τότε θα έπρεπε λογικά να εντοπίσει ένα κριτήριο άμεσης διάκρισης, και τέτοιο δεν θα μπορούσε να είναι παρά το φύλο, συμπέρασμα που το ΔΕΚ ήθελε με κάθε τρόπο να αποφύγει.

Από την άλλη πλευρά, η αδυναμία της απόφασης είναι διπλή:<sup>143</sup> πρώτον, το Δικαστήριο αρνείται να παράσχει προστασία από δυσμενή μεταχείριση εκεί όπου αυτή είναι περισσότερο απαραίτητη: στα Κράτη-Μέλη, όπου δεν παρέχεται τέτοια. Δεύτερον, αφήνει στη διακριτική ευχέρεια των Κρατών-Μελών να καθορίσουν αν η Οδηγία 2000/78/EK, το κοινοτικό δηλαδή δίκαιο, αναπτύσσει την κανονιστική της ισχύ. Η Οδηγία φαίνεται να παίζει –εντός του πεδίου εφαρμογής της– έναν επικουρικό και επιβεβαιωτικό της εθνικής νομοθεσίας ρόλο, εφόσον, κατά το ΔΕΚ, δεν επαρκεί ως νομική βάση, προκειμένου το ίδιο το κοινοτικό δικαστήριο να αποφανθεί σχετικά με την ομοιότητα των δύο καταστάσεων. Με άλλα λόγια, αν μεν το εθνικό δικαιοδοτικό σύστημα κρίνει ότι στη συγκεκριμένη περίπτωση οι δύο καταστάσεις είναι παρεμφερείς και συγκρίσιμες, η Οδηγία εφαρμόζεται, αν όμως κρίνει το αντίθετο, μένει ανεφάρμοστη. Η υποχώρηση του ΔΕΚ σε ένα ζήτημα που αφορά την ίδια την άμεση ισχύ και εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου δεν είναι συνήθης, έρχεται δε σε αντίθεση με θεμελιώδεις παραδοχές ισχύος του κοινοτικού δικαίου.

Την εξήγηση στη στάση αυτή του ΔΕΚ θα μπορούσαμε –εκτός όσων εκτεθούν αμέσως παρακάτω σχετικά με τη δικαστική πολιτική του ΔΕΚ στο ζήτημα των ομόφυλων σχέσεων– να αναζητήσουμε και στην αποτροπή μιας πιθανής σύγκρουσης με το Γερμανικό Ομοσπονδιακό Δικαστήριο (BVerfG), το οποίο σε πρόσφατες αποφάσεις του<sup>144</sup> έκρινε ότι δεν παραβιάζει ούτε τη γενική αρχή της ισότητας (άρθρο 3 παρ. 1 GG) ούτε τις ειδικότερες εκφάνσεις της (άρθρο 3 παρ. 3 εδ. α GG)<sup>145</sup> η μη παροχή επιδόματος γάμου δημοσίων

<sup>143</sup> TOGGENBURG, “LGBT” go Luxembourg, 188.

<sup>144</sup> BVerfGE, ‘Verheiratetenzuschlag’ BVerfG, 2 BvR 855/06 της 20.9.2007 ([www.bverfg.de/entscheidungen/rk20070920\\_2bvr085506.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20070920_2bvr085506.html)) και 2 BvR 1830/06 της 06/05/2008 ([www.bverfg.de/entscheidungen/rk20080506\\_2bvr183006.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20080506_2bvr183006.html)).

<sup>145</sup> Άρθρο 3 γερμ.Σ:

(1) Όλοι οι άνθρωποι είναι ίσοι ενώπιον του νόμου.

(2) Οι άνδρες και οι γυναίκες έχουν ίσα δικαιώματα. Το κράτος προωθεί την πραγματική επικράτηση της ισότητας ανδρών και γυναικών και ενεργεί για τον παραμερισμό των υφιστάμενων δυσμενών διακρίσεων.

(3) Κανείς δεν επιτρέπεται να έχει δυσμενέστερη ή ευνοϊκότερη μεταχείριση εξαιτίας του φύλου, της καταγωγής, της φυλής, της γλώσσας, της ιδιαίτερης πατρίδας και προέλευσής του, της πίστης, των θρησκευτικών ή πολιτικών του πεποιθήσεων. Κανείς δεν επιτρέπεται να υποστεί δυσμενή μεταχείριση λόγω αναπηρίας.

υπαλλήλων στους ομόφυλους συντρόφους που έχουν καταχωρήσει τη συμβίωσή τους βάσει του LPartG. Η διαφορετική αυτή μεταχείριση πηγάζει και δικαιολογείται, κατά το BVerfG, από το άρθρο 6 GG (προστασία του γάμου και της οικογένειας) και δεν συνιστά διακριτική μεταχείριση λόγω φύλου, καθώς η τελευταία συνίσταται στην άνιση μεταχείριση ανδρών και γυναικών. Επισημαίνει μάλιστα ρητά ότι δεν αποτελεί άνιση μεταχείριση λόγω φύλου, όταν ένας νόμος εξαρτά δικαιώματα και υποχρεώσεις όχι από το φύλο ενός προσώπου, αλλά από το συνδυασμό των φύλων μιας ένωσης προσώπων.<sup>146</sup> Αν το ΔΕΚ επέλεγε να μπει σε μια ειδική και εμπεριστατωμένη σύγκριση των δύο καταστάσεων (γάμου και καταχωρημένης συμβίωσης) όσον αφορά την επίδικη στη *Maruko* σύνταξη, θα ενθάρρυνε τα κατώτερα δικαστήρια να προσφύγουν σε αυτό με προδικαστικό ερώτημα προκειμένου να παρακάμψουν το Ομοσπονδιακό Δικαστήριο.<sup>147</sup> Επιπλέον, μπορεί να ερμηνευόταν ως σύγκρουση μεταξύ του κοινοτικού και του γερμανικού συντάγματος, έτσι όπως αυτό ερμηνεύτηκε από το BVerfG, και μάλιστα σε ένα θέμα που τέμνει μια εθνική αρμοδιότητα (οικογενειακή κατάσταση) με μια κοινοτική (απασχόληση) αφενός, και έχει ηθικές και κοινωνικές προεκτάσεις αλλά κανένα οικονομικό ενδιαφέρον για την Κοινότητα αφετέρου.

### 3. Ο δικαστικός αυτοπεριορισμός στην υπηρεσία της δικαστικής πολιτικής

Από την ανάλυση των παραπάνω δικαστικών υποθέσεων γίνεται φανερό ότι το Δικαστήριο θα μπορούσε και θα έπρεπε να αποφασίσει διαφορετικά με βάση μια συνεκτική νομική επιχειρηματολογία και με συνέπεια προς την απόφασή του *P v S*. Ωστόσο, οι αποφάσεις αυτές μπορούν να εξηγηθούν περισσότερο με βάση μια δικαστική πολιτική, την

---

<sup>146</sup> BVerfGE, 2 BvR 855/06, με παραπομπή και σε BVerfGE 105, 313 (351επ), 1 BvF 1, 2/01 της 17/07/2002 σχετικά με το νόμο καταχωρημένης συμβίωσης.

<sup>147</sup> Σε αρκετές έννομες τάξεις –και συχνά στη Γερμανία– τα κατώτερα δικαστήρια επιδιώκουν να χρησιμοποιήσουν τα προδικαστικά ερωτήματα προς το ΔΕΚ, για να θέσουν υπό αμφισβήτηση και να παρακάμψουν τη νομολογία των ανώτατων ή Συνταγματικών δικαστηρίων, βλ. σχετικά, Κ. ALTER, *Establishing the supremacy of European Law. The Making of an International Rule of Law in Europe*, Cambridge: CUP 2003, 48 και 66επ.

οποία επέλεξε –όπως εξάλλου ήταν αναμενόμενο<sup>148</sup>- το Δικαστήριο να ακολουθήσει, παρά με βάση τη νομική δογματική ή τα δικαιιοπολιτικά επιχειρήματα.

Ο Bell<sup>149</sup> επισημαίνει τρία κριτήρια, στα οποία βασίστηκε η πολιτική που αποφάσισε το Δικαστήριο να υιοθετήσει: το πρώτο αφορά τον αριθμό<sup>150</sup> των ατόμων και των περιπτώσεων, στις οποίες θα αφορούσε η απόφαση. Ενώ οι διαφυλικοί (transsexual) είναι λιγότεροι και ευκρινώς διακεκριμένοι, οι ομοφυλόφιλοι στην Ευρώπη είναι πολύ περισσότεροι και είναι πιο δύσκολα να προσδιοριστούν επακριβώς, καθώς αφενός η ομοφυλοφιλία δεν είναι εμφανής αφετέρου υπάρχουν πολλοί περισσότεροι αμφιφυλόφιλοι, οι οποίοι σε κάποια στιγμή μπορεί να μπουν σε ομόφυλες σχέσεις. Αν και οι δύο αυτές περιπτώσεις αναφέρονται σε ομόφυλα ζευγάρια που είτε συμβιώνουν είτε είναι καταχωρημένα ως τέτοια και οι κατηγορίες αυτές και πιο ολιγάριθμες είναι και σαφέστερα προσδιορισμένες από ότι τα άτομα με εν γένει ομοφυλόφιλο προσανατολισμό, ωστόσο η αναγνώριση ότι η διάκριση λόγω ερωτικής προτίμησης περιλαμβάνεται στη διάκριση λόγω φύλου, θα μπορούσε να ανοίξει το κουτί της Πανδώρας και να γείρει την πλάστιγγα υπέρ πολλών διεκδικήσεων των ομοφυλόφιλων με βάση τη νομική αυτή επιχειρηματολογία. Αυτό που φοβόταν το Δικαστήριο, και προσπάθησε να αποκλείσει, ήταν προφανώς την εξάπλωση παρόμοιων αιτημάτων και εκ μέρους πολιτών, οι οποίοι προέρχονται από Κράτη-Μέλη, όπου δεν έχουν ακόμη αναγνωριστεί νομικά δικαιώματα των συμβιούντων ομόφυλων ζευγαριών.

Το δεύτερο κριτήριο είναι οι πιθανές επιπτώσεις μιας αντίθετης απόφασης του ΔΕΚ

<sup>148</sup> Πρβλ. V. HARRISON, *Using EC law to challenge sexual orientation discrimination at work*, σε: T. HERVEY / D. O'KEEFE (επιμ.), *Sexual Equality in the European Union*, Wiley 1996, 267-280 (279), η οποία είχε προβλέψει ότι στην εκδίκαση μιας υπόθεσης που θα αφορούσε ομόφυλο ζευγάρι στο ΔΕΚ, η επιτυχία των νομικών επιχειρημάτων θα εξαρτιόταν από εκτιμήσεις πολιτικής του Δικαστηρίου.

<sup>149</sup> BELL, *Shifting Conceptions of Sexual Discrimination at the Court of Justice*, 74επ. Η ανάλυσή του αναφέρεται στην πρώτη μόνον απόφαση *Lisa Grant*, έχει ωστόσο εξηγητική δύναμη και για τις άλλες δύο.

<sup>150</sup> Όπως παρατηρεί η Ε. ΠΡΕΒΕΔΟΥΡΟΥ, *Το Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων και ο 'δικαστικός ακτιβισμός'*, σε: Τιμητικό Τόμο για τον Ι. Μανωλεδάκη ΙΙΙ, Αθήνα-Θεσσαλονίκη: Σάκκουλα, 2007, 461επ. (469) η «μέριμνα αποτροπής του ενδεχομένου υπερβολικής αυξήσεως των διαφορών των οποίων επιλαμβάνεται» επηρεάζει το σκεπτικό του (κάθε) δικαστηρίου, έστω κι αν δεν διατυπώνεται ρητά.



στη νομοθετική πολιτική των κρατών μελών. Αν δηλαδή το Δικαστήριο αποδεχόταν τα αιτήματα της Grant και του D, θα υποχρέωνε έμμεσα τα Κράτη-Μέλη να τροποποιήσουν τη νομοθεσία τους σε θέματα αναγνώρισης δικαιωμάτων –και οικονομικών, όπως σε θέματα επαγγελματικών επιδομάτων, κοινωνικής ασφάλειας και σύνταξης, κληρονομικών αξιώσεων κλπ- σε ομόφυλα συμβιούντα ζευγάρια και αναγνώρισης της καταχωρημένης συμβίωσης σε άλλα κράτη μέλη αλλά και τα ευρωπαϊκά νομοθετικά σώματα (Ευρωπαϊκό Συμβούλιο και Κοινοβούλιο) να νομοθετήσουν με βάση την απόφαση αυτή.

Τέτοιου είδους αναγνώριση θα σήμαινε επιπλέον οικονομικές δαπάνες για τα Κράτη-Μέλη. Αναδύεται, δηλαδή, εδώ ο μόνος ίσως τρόπος, με τον οποίο η νομική αναγνώριση των ομόφυλων ζευγαριών μπορεί να υπονομεύσει τον παραδοσιακό γάμο: τη δημοσιονομική μείωση των μεριδίων των γαμικών πλεονεκτημάτων (βλ. υπό IV.ΣΤ.2). Και μάλιστα χωρίς απόφαση του εθνικού νομοθέτη.

Αν ο σεβασμός αυτός της θεσμικής και οικονομικής αυτονομίας των Κρατών-Μελών είναι ίσως κατανοητός και θεμιτός στην περίπτωση της Grant, δεδομένου ότι στη Μεγάλη Βρετανία δεν υπήρχε την εποχή λήψης της απόφασης νομική αναγνώριση των ομόφυλων ζευγαριών, η στάση αυτή είναι πολύ δύσκολο να δικαιολογηθεί στην περίπτωση του D. Σε κάθε περίπτωση, δεν μπορεί να γίνει δεκτός με όρους προστασίας θεμελιωδών δικαιωμάτων ο περιορισμός τους, σε βάρος της αρχής της ισότητας, λόγω εκτιμήσεων δημοσιονομικής φύσης.<sup>151</sup> Και πάντως, είναι απογοητευτικό ότι το ΔΕΚ επιδεικνύει αυτοπεριορισμό και σεβασμό της εθνικής αυτονομίας σε θέματα θεμελιωδών δικαιωμάτων<sup>152</sup> και ισότητας, ενώ

---

<sup>151</sup> Είναι αποκαλυπτική των αξιολογήσεων οικονομικής και κοινωνικής πολιτικής μια παράγραφος (§ 48) της απόφασης *Maruko*, όπου το Δικαστήριο επισημαίνει ότι «εκτιμήσεις κοινωνικής πολιτικής, οργάνωσης του κράτους, ηθικής φύσεως, ή ακόμη σκέψεις αφορώσες τον προϋπολογισμό, που επηρέασαν ή θα μπορούσαν να έχουν επηρεάσει τον εθνικό νομοθέτη όσον αφορά τη δημιουργία ενός συνταξιοδοτικού συστήματος, δεν ασκούν επιρροή αν η σύνταξη αφορά μόνο μια ιδιαίτερη κατηγορία εργαζομένων, αν τελεί σε άμεση συνάρτηση με τον χρόνο υπηρεσίας και αν το ύψος της υπολογίζεται βάσει του τελευταίου μισθού του υπαλλήλου» (υπογρ. δική μας). Με άλλα λόγια, αν οι προϋποθέσεις αυτές δεν συνέτρεχαν, το ΔΕΚ αφήνει ανοικτό το περιθώριο δυσμενούς διακριτικής μεταχείρισης.

<sup>152</sup> Σχετικά με την αυτοσυγκράτηση που επιδεικνύει το ΔΕΚ σε θέματα θεμελιωδών δικαιωμάτων, βλ. και ΠΡΕΒΕΔΟΥΡΟΥ, *Το Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων και ο 'δικαστικός ακτιβισμός'*, 482.

αντίθετα δεν φείδεται δικαστικού ακτιβισμού<sup>153</sup> σε θέματα ελεύθερου ανταγωνισμού και λειτουργίας της κοινής αγοράς, που μπορεί να κοστίσουν πολύ περισσότερα στους εθνικούς προϋπολογισμούς.

Τα παραπάνω επιβεβαιώνονται από την απόφαση *Maruko*. Σε αντίθεση με την *Grant*, που επιδίωξε να αξιοποιήσει την κοινοτική νομοθεσία για να αντλήσει πλεονεκτήματα εντός του Κράτους καταγωγής και διαμονής της και τον *D*, που επιχείρησε ακριβώς το αντίθετο, να στηριχθεί δηλαδή στο δίκαιο του κράτους καταγωγής του για να διασφαλίσει οικονομικά πλεονεκτήματα απευθείας από την Ευρωπαϊκή Ένωση (εφόσον είναι υπάλληλος οργάνου της), ο *Maruko* μπορούσε να στηριχθεί κατ' ουσίαν στο γερμανικό νόμο περί «καταχωρημένης συμβίωσης». Κι εκεί όμως το ΔΕΚ, παρά την ευθεία παραβίαση της κοινοτικής Οδηγίας, παρέπεμψε στα εθνικά δικαιοδοτικά όργανα.

Τρίτος λόγος που επηρέασε τις δύο απορριπτικές για τα αιτήματα των προσφευγόντων (*Grant* και *D*) αποφάσεις είναι ότι θέματα ερωτικών επιλογών εγείρουν ηθικά, θρησκευτικά, πολιτισμικά και κοινωνικά ερωτήματα,<sup>154</sup> τη διευθέτηση των οποίων το Δικαστήριο αφήνει κλασικά στη διακριτική ευχέρεια των κρατών. Στο σημείο αυτό εγείρεται το ερώτημα περί της αρχής της πολιτισμικής και θεσμικής ποικιλομορφίας και διαφορετικότητας. Όπως έχει εύστοχα επισημανθεί,<sup>155</sup> η πολιτισμική ποικιλομορφία είναι μια 'αυτοπεριοριζόμενη συνταγματική αξία': η μέσω παρέμβασης από τα κοινοτικά όργανα προώθησή της θα σήμαινε περισσότερη ποικιλομορφία στο εσωτερικό του κάθε Κράτους-Μέλους, αλλά λιγότερη μεταξύ τους. Αντίθετα, ο σεβασμός των εθνικών πολιτισμικών διαφορών συνεπάγεται μεγαλύτερη ποικιλομορφία μεταξύ τους, λιγότερη όμως στο εσωτερικό κάποιων από αυτά.

---

<sup>153</sup> Πρβλ. σχετικά με περιπτώσεις 'δικαστικού ακτιβισμού' αλλά και την αναγκαιότητα της δικαιопλαστικής λειτουργίας του κοινοτικού δικαστή, ΠΡΕΒΕΛΟΥΡΟΥ, *Το Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων και ο 'δικαστικός ακτιβισμός'*, 461επ., ιδίως 465.

<sup>154</sup> Έτσι και Π. ΠΑΡΑΡΑΣ, *Διπλό το όχι στην Ευρώπη*, εφ. Καθημερινή 08.06.2008.

<sup>155</sup> G. TOGGENBURG, *The Debate on European Values and the Case of Cultural Diversity*, *European Diversity and Autonomy Papers* 2004/1, σε: [www.eurac.edu/documents/edap/2004\\_edap01.pdf](http://www.eurac.edu/documents/edap/2004_edap01.pdf).

#### IV. Ο ΓΑΜΟΣ ΟΜΟΦΥΛΩΝ ΥΠΟ ΤΟ ΦΩΣ ΤΗΣ ΙΣΟΤΗΤΑΣ ΤΩΝ ΦΥΛΩΝ

##### A. Η σημασία της ανάδειξης του 'φύλου' ως σημείου-κλειδί

Όπως έχει ήδη συναχθεί από την παραπάνω ανάλυση, το πιο κρίσιμο, ενδιαφέρον και αμφισβητούμενο νομικό ζήτημα που αναδύεται κατά την εξέταση της νομικής μεταχείρισης των (σταθερών και με διάρκεια) ομόφυλων σχέσεων (είτε αυτές τελούν σε κενό δικαίου, είτε λαμβάνουν τη μορφή των καταχωρημένων συμβιώσεων είτε δυνητικά εκείνη του γάμου) είναι το ερώτημα αν η διακριτική και μάλιστα δυσμενής τους μεταχείριση συνιστά διάκριση λόγω φύλου.

Το ερώτημα αυτό καθίσταται αποφασιστικό για δύο κυρίως λόγους: πρώτον, επειδή δεν υπάρχει σε όλες τις έννομες τάξεις ειδική προστασία λόγω ερωτικών προτιμήσεων, λόγω δηλαδή του λεγόμενου 'γενετήσιου προσανατολισμού'.<sup>156</sup> Δεύτερον, επειδή ακόμη και όταν υπάρχει, υπολείπεται κατά πολύ από την προσφερόμενη, σε όλες τις έννομες τάξεις και με έμφαση στην ευρωπαϊκή, προστασία από διακριτική μεταχείριση λόγω φύλου, το οποίο αποτελεί ειδικό κριτήριο ελέγχου τήρησης της αρχής της ισότητας 'αυξημένης τυπικής δύναμης'.<sup>157</sup> Επιπλέον, -αλλά αυτό αποτελεί σημείο αμφισβήτησης και θα προσπαθήσουμε να το αποδείξουμε αμέσως παρακάτω- επειδή η διακριτική μεταχείριση των ομόφυλων ζευγαριών συνιστά, από νομική δογματική άποψη, άμεση διάκριση λόγω φύλου και έμμεση μόνον διάκριση λόγω σεξουαλικού προσανατολισμού.

Αν το παραπάνω γίνει δεκτό, τότε οι διεκδικήσεις των ομοφυλόφιλων αναφορικά με τις σχέσεις τους θα ενταχθούν, ως ένας ακόμη κρίκος, στην αλυσίδα των διεκδικήσεων για την ισότητα των φύλων, όπως αυτή ανανοηματοδοτείται<sup>158</sup> στο σύγχρονο (δυτικό) κόσμο.

---

<sup>156</sup> Η Χάρτα Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης -που αποτελεί μέχρι και σήμερα (Ιούνιος 2008) πολιτική διακήρυξη και όχι νομικά δεσμευτικό κείμενο (αναμένεται να γίνει δεσμευτικό αν κυρωθεί τελικά η Συνθήκη της Λισαβόνας)- περιέχει διάταξη, βάση της οποίας απαγορεύονται οι αρνητικές διακρίσεις μεταξύ άλλων και λόγω ερωτικού προσανατολισμού.

<sup>157</sup> Γ. ΚΑΣΙΜΑΤΗ, *Το ζήτημα της 'τριτενέργειας' των ατομικών και κοινωνικών δικαιωμάτων. Η ισότητα των φύλων και ο θεσμός της οικογένειας στην ελευθερία τελευταίας βούλησης*, Το Σύνταγμα 1981, 1επ., 27.

<sup>158</sup> ΒΛ. R. WINTEMUTE, *Recognising New Kinds of Direct Sex Discrimination: Transsexualism, Sexual Orientation and Dress Codes*, *The Modern Law Review* 1997, 334επ.

Θα βρουν δηλαδή τη θέση τους στο σχέδιο ολοκλήρωσης των προταγμάτων του Διαφωτισμού, της ισότητας και ελευθερίας για όλους τους πολίτες. Τα κεντρικά επιχειρήματα, εξάλλου, η επίκληση της «φυσικής τάξης πραγμάτων» και της παράδοσης, που οδηγούν αυτονοήτως στην απόρριψη του γάμου ομοφύλων, είναι ομόηχα και εξίσου ιδεολογικά φορτισμένα με εκείνα που χρησιμοποιούνταν για να δικαιολογήσουν την κατώτερη θέση της γυναίκας στο οικογενειακό δίκαιο.<sup>159</sup>

Εξάλλου, δεν είναι τυχαίο ότι οι περισσότερες και πιο ριζοσπαστικές αλλαγές στο θεσμό του γάμου και της οικογένειας επήλθαν λόγω της προϊούσας εξίσωσης των δύο φύλων. Μπορεί να υποστηρίξει κανείς ότι ένας λόγος που ο γάμος στο δυτικό κόσμο είχε επιφυλαχθεί για ετερόφυλα ζευγάρια ήταν η διαφορετική και άνιση θέση που εγγυούταν σε άνδρες και γυναίκες και η κατανομή ρόλων μεταξύ τους τόσο μέσα στην οικογένεια όσο και στην κοινωνία και την παραγωγή συνολικά.<sup>160</sup> Αν όμως αυτός ο λόγος ήταν η *ratio* της αποκλειστικής ετεροφυλίας των συζύγων, η εξάλειψή της (ή έστω η πολιτική επιλογή εξάλειψής της) πρέπει να επιφέρει την κατάργηση και του ίδιου του αποκλεισμού κατά το αξίωμα «*cessante ratione legis, cessat et ipsa lex*».<sup>161</sup>

Δίκαιο και κοινωνική πραγματικότητα μπορούν ωστόσο να λειτουργούν και διαλεκτικά ή διαδραστικά: η εμφάνιση του κοινωνικού αιτήματος χειραφέτησης των γυναικών,

<sup>159</sup> Για τα τελευταία πρβλ. ΠΑΠΑΧΡΙΣΤΟΥ, *Ισονομία των φύλων και 'παράδοση'*, 123, ο οποίος ορθά επισημαίνει ότι «τα επιχειρήματα ... δεν ήταν ασφαλώς παρά η έκφραση στο νομικό επίπεδο της άρχουσας ιδεολογίας για τις σχέσεις των δύο φύλων και τη θέση τους στην οικογένεια και, γενικότερα, στην κοινωνική ζωή».

<sup>160</sup> E. GERSTMANN, *Same-sex Marriage and the Constitution*, Cambridge: CUP 2004, 23. Για τους ανδρικούς και γυναικείους ρόλους στην οικογένεια βλ. ΜΙΣΕΛ, *Κοινωνιολογία της Οικογένειας και του γάμου*, 92επ., η οποία ακολουθώντας τον Πάρσονς (T. PARSONS, *Eléments pour une sociologie de l' action*, Paris: Plon 1955, 143επ.) διακρίνει τον εκτελεστικό ρόλο του πατέρα, που λειτουργεί ως σύνδεσμος με την κοινωνία και προμηθευτής των υλικών αγαθών και τον εκφραστικό ρόλο της μητέρας, που εκφράζει τη συναισθηματική ζωή της οικογένειας και έχει ως κύρια απασχόλησή της την ανατροφή των παιδιών. Το μοντέλο αυτό αμφισβητείται πλέον, όπως η ίδια συγγραφέας σημειώνει αμέσως παρακάτω, από τη θεωρία λόγω των κοινωνικών και νομικών εξελίξεων. Βλ. και Γ.ΚΡΑΒΑΡΙΤΟΥ, *Δεσμοί αγάπης και δίκαιο*, Αθήνα: Εξάντας 1998, 31 επ. σχετικά με την εξουσιαστική διάσταση των συζυγικών σχέσεων.

<sup>161</sup> Όταν παύει να ισχύει ο δικαιολογητικός λόγος ενός νόμου, πρέπει να παύει να ισχύει και ο ίδιος ο νόμος.

έστω και αν αυτή υλοποιείται από μικρό ποσοστό τους, μπορεί να προωθηθεί ή αντίθετα να καταπολεμηθεί από το δίκαιο. Έτσι η μεταρρύθμιση του οικογενειακού δικαίου του 1983 τυποποίησε νομικά μία κοινωνική εξέλιξη, η οποία εν μέρει δεν είχε<sup>162</sup> -και ακόμη και σήμερα δεν έχει- ολοκληρωθεί. Η συντηρητική άποψη περί δικαίου θα προτιμούσε να προηγηθεί η κοινωνία στην ολοκλήρωση του σχεδίου της γυναικείας χειραφέτησης και να ακολουθήσει το δίκαιο ως απλή αντανάκλαση των κοινωνικών εξελίξεων. Οι πολιτικοί και ιδεολογικοί συσχετισμοί, ωστόσο, ήταν τέτοιοι που επικράτησε η αντίληψη το δίκαιο να χρησιμοποιηθεί και ως πολιορκητικός κριός για την προώθηση<sup>163</sup> των εξισωτικών αντιλήψεων και κοινωνικών πρακτικών. Μια αντίστοιχη λειτουργία του δικαίου θα μπορούσε να σκεφτεί κανείς και για το θέμα της ίσης μεταχείρισης ανεξαρτήτως σεξουαλικού προσανατολισμού, παρά το γεγονός, ή ίσως ακόμη περισσότερο, εξαιτίας του γεγονότος, ότι αυτή η βάση διακρίσεων αφορά μια μειοψηφία, και όχι πλέον την πλειοψηφία του πληθυσμού, όπως συνέβαινε με τις γυναίκες. Θα προσπαθήσουμε, λοιπόν, στη συνέχεια να θεμελιώσουμε την άποψη ότι η δυσμενής μεταχείριση των ομόφυλων ζευγαριών συνιστά διακριτική μεταχείριση λόγω φύλου.

## **B. Οι αρνητικές διακρίσεις σε βάρος των ομόφυλων ζευγαριών**

### *1. ...ως άμεση διάκριση λόγω φύλου*

#### **α. Μια μικρή ορολογική (και πραγματολογική) διαφορά με μεγάλες (κανονιστικές) συνέπειες**

Πολύ συχνά στη συζήτηση σχετικά με το γάμο (ή σύμφωνο συμβίωσης) για ζευγάρια που αποτελούνται από άτομα του ίδιου φύλου γίνεται λόγος για γάμο (ή σύμφωνο συμβίωση) 'ομοφυλοφίλων'. Η διατύπωση αυτή είναι λανθασμένη. Αυτό που, κατά την κρατούσα

---

<sup>162</sup> Λ. ΜΟΥΣΟΥΡΟΥ, *Η ελληνική οικογένεια: Βασικά στοιχεία*, Παράρτημα (1980), σε: ΜΙΣΣΕΛ, *Κοινωνιολογία της Οικογένειας και του γάμου*, 281επ. (290επ).

<sup>163</sup> Βλ. σχετικά με το σουηδικό μοντέλο της μέσω θετικών μέτρων προώθησης του νέου προτύπου οικογένειας που βασίζεται στην ισότητα των συζύγων και την κατάργηση των έμφυλων ρόλων βλ. ΜΙΣΣΕΛ, *Κοινωνιολογία του γάμου και της οικογένειας*, 95επ. Πρβλ. για την προωθητική της ισότητας των φύλων, αν και ανεπαρκή, λειτουργία του νόμου 1329/83 στην Ελλάδα ΑΝΔΡΟΥΛΙΔΑΚΗ-ΔΗΜΗΤΡΙΑΔΗ, *Επιδράσεις της αρχής της ισότητας των φύλων στο θεσμοθετημένο πρότυπο της έγγαμης συμβίωσης*, 130επ.

άποψη, δεν προβλέπεται (ρητά) και γι αυτό απαγορεύεται είναι ο 'γάμος ομοφύλων' και όχι 'ομοφυλοφίλων'. Η μικρή αυτή ορολογική διαφορά είναι αποκαλυπτική του κριτηρίου, βάσει του οποίου αποδίδεται (ή αποκλείεται) το δικαίωμα. Όταν ένα πρόσωπο συνάπτει τη σύμβαση του γάμου τη συνάπτει με ένα άλλο πρόσωπο. Καθοριστικό για τη σύναψη της σύμβασης -κατά την κρατούσα πάντοτε άποψη- είναι το φύλο του προσώπου που θα προβεί σε αυτή, εφόσον πρέπει να είναι διαφορετικό από το φύλο του αντισυμβαλλομένου, και όχι ο σεξουαλικός του προσανατολισμός, ο οποίος ούτε ελέγχεται, ούτε μπορεί να ελεγχθεί. Με άλλα λόγια, μια γυναίκα μπορεί να παντρευτεί μόνον έναν άνδρα και ένας άνδρας μόνον μια γυναίκα. Ο σεξουαλικός τους προσανατολισμός είναι καταρχάς αδιάφορος για το δίκαιο. Αν τόσο ένας ομοφυλόφιλος άνδρας όσο και μια ομοφυλόφιλη γυναίκα θέλουν να συνάψουν τη σύμβαση του γάμου με μια γυναίκα, ο πρώτος μπορεί να το κάνει, ενώ η δεύτερη δεν μπορεί, λόγω του φύλου του ο καθένας και όχι λόγω της σεξουαλικής τους προτίμησης, δηλαδή της ομοφυλοφιλίας τους.

Συνεπώς, είναι προφανές ότι δεν απαγορεύεται καταρχήν ο γάμος 'ομοφυλόφιλων', καθώς ένας ομοφυλόφιλος άνδρας και μια ομοφυλόφιλη γυναίκα δεν έχουν κανένα νομικό κώλυμα να συνάψουν γάμο, αλλά ο γάμος 'ομόφυλων', ακόμη και αν είναι ετεροφυλόφιλοι, ή έστω αμφιφυλόφιλοι. Η συνειδητοποίηση αυτή κάνει ξεκάθαρη την κρισιμότητα του κριτηρίου 'φύλο' κατά την άσκηση του αστικού και συνταγματικού δικαιώματος στο γάμο.

β. Η έννοια και το περιεχόμενο της απαγορευμένης διάκρισης λόγω φύλου

Σύμφωνα με το Μάνεση, το άρθρο 4 § 2 Σ., που ορίζει ότι οι Έλληνες και οι Ελληνίδες έχουν ίσα δικαιώματα και υποχρεώσεις, δεν είναι μια απλή επανάληψη της αρχής της ισότητας των πολιτών ενώπιον του νόμου (άρθρο 4 § 1Σ), αλλά έχει αυτοτελή ύπαρξη εμπειριέχοντας στην πραγματικότητα δύο κανόνες: έναν θετικό, που επιβάλλει στον κοινό νομοθέτη την παροχή ίσων δυνατοτήτων στους άνδρες και τις γυναίκες, και έναν αρνητικό, «που απαγορεύει διαφοροποιημένες λόγω φύλου, δηλαδή άνισες, νομοθετικές ρυθμίσεις»

των εννόμων σχέσεων των ανδρών και των γυναικών τόσο μεταξύ τους, όσο και απέναντι στην κρατική εξουσία.<sup>164</sup>

Κατά την ορθότερη και πληρέστερη πρόσληψη της αρνητικής έκφρασης της αρχής της ισότητας των φύλων, *κάθε διαφοροποιημένη λόγω φύλου νοσηματοδότηση των εννόμων σχέσεων είναι άνιση*. Στην περίπτωση αυτή 'αρνητική διάκριση' δεν σημαίνει ότι τα άτομα ενός φύλου υφίστανται αρνητική μεταχείριση έναντι του άλλου φύλου· σημαίνει ότι υφίστανται διακριτική μεταχείριση λόγω του φύλου τους. Σημαίνει, δηλαδή, ότι το φύλο ενός ατόμου είναι καθοριστικό για την απόκτηση συγκεκριμένων νομικών δικαιωμάτων ή το επιτρεπτό ορισμένων νομικών δικαιπραξιών και νομικών καταστάσεων. Και βέβαια, αν μια απόφαση περί αναγνώρισης πολύτιμων προνομίων λαμβάνεται με αναφορά στο φύλο ενός ατόμου, η απόφαση αυτή δεν μπορεί να είναι ουδέτερη ως προς το φύλο.<sup>165</sup> Σύμφωνα με αυτή την ερμηνευτική προσέγγιση της ισότητας των φύλων, ισότητα σημαίνει «την μη συσχέτιση του φύλου ενός ατόμου με τους κανόνες που ρυθμίζουν τις σχέσεις μέσα στην κοινωνία».<sup>166</sup>

Με άλλα λόγια, δεν χρειάζεται το ένα φύλο να παίρνει λιγότερα ή χειρότερα από το άλλο για να θεμελιώνεται η απαγορευμένη λόγω φύλου διάκριση. Ένα παράδειγμα: νόμος που θα προέβλεπε ότι θέση καθαρίστριας σε δημόσια υπηρεσία μπορεί να καταλάβει μόνον γυναίκα, ενώ θέση καθαριστή στο δήμο μόνον άνδρας, αν και δύσκολα θα μπορούσε κανείς να αποφανθεί ποια από τις δύο θέσεις είναι καλύτερη, θα αποτελούσε διαφοροποίηση λόγω φύλου και συνιστούσε συνεπώς απαγορευμένη διάκριση.

Αντίστοιχα, αν νόμος προέβλεπε ότι οφθαλμίατροι μπορούν να γίνουν μόνον γυναίκες γιατροί, ενώ ωτορινολαρυγγολόγοι μόνον άνδρες. Σε μια τέτοια περίπτωση αν ο Α προσβάλει τον παραπάνω υποθετικό νόμο, επειδή θέλει να γίνει οφθαλμίατρος, θα έπρεπε για να κριθεί αν συντρέχει όντως διάκριση λόγω φύλου να συγκριθεί με τη Β που

<sup>164</sup> ΜΑΝΕΣΗ, *Η συνταγματική καθιέρωση της ισονομίας ανδρών και γυναικών*, 19-20 (υπογρ. δική μας).

<sup>165</sup> Όπως σημειώνει η L. Helfer, *Grant v. South-West Trains, Ltd. Case C-249/96*, *The American Journal of International Law* 1999, 200-205 (202).

<sup>166</sup> Γνώμη του Γενικού Εισαγγελέα Tesouro στην υπόθεση *C-13/94 P v. S and Cornwall County Council* [1996] ECR I-2143 (2157), παρ. 24.

επίσης θέλει να γίνει οφθαλμίατρος. Από αυτή τη σύγκριση προκύπτει αβίαστα η (απαγορευμένη) διάκριση λόγω φύλου. Αν αντίθετα συγκρίναμε τον Α που θέλει να γίνει οφθαλμίατρος με τη Β που θέλει να γίνει ωτορινολαρυγγολόγος είναι προφανές ότι δεν θα βρίσκαμε καμιά διαφορετική και γι αυτό άνιση και απαγορευμένη μεταχείριση. Θα είχαμε ωστόσο νοθεύσει ανεπίτρεπτα τους όρους της σύγκρισης. Αυτή ακριβώς η νόθευση των όρων της σύγκρισης λαμβάνει χώρα, όπως επισημάναμε παραπάνω, όταν το Δικαστήριο (ή οποιοσδήποτε άλλος εφαρμοστής ή ερμηνευτής του δικαίου) συγκρίνει τον Α που θέλει να συνάψει γάμο με τον Γ, όχι με τη Β που θέλει να συνάψει γάμο με τον Γ, αλλά με τη Δ που θέλει να συνάψει γάμο με την Ε.

Ο ισχυρισμός μας ότι η απαγόρευση γάμου ομοφύλων στηρίζεται στο κριτήριο 'φύλο', παρά το γεγονός ότι ισχύει και για τα δύο φύλα, γίνεται πιο ευδιάκριτος αν σκεφτούμε την απαγόρευση διαφυλετικών γάμων. Η απαγόρευση αυτή συνιστούσε διάκριση λόγω φυλής, έστω και αν απαγόρευαν στα άτομα όλων των φυλών<sup>167</sup> (λευκούς και μαύρους εξίσου) να τελούν γάμους μεταξύ τους.<sup>168</sup> Όπως στο κριτήριο 'φυλή' βασιζόταν και η απαγόρευση γάμου μεταξύ Γερμανών και Εβραίων υπό το καθεστώς των Ναζί, παρά το γεγονός ότι απαγορευόταν εξίσου σε Γερμανούς και Εβραίους να συνάπτουν γάμους μεταξύ τους.<sup>169</sup>

<sup>167</sup> Αυτό εξάλλου ήταν το επιχείρημα με το οποίο η Πολιτεία της Βιρτζίνια στην περίφημη απόφαση του Supreme Court των Ενωμένων Πολιτειών της Αμερικής *Loving v Virginia*, 388 US 1, 18 L Ed 2d 1010, 87 S Ct 1817 (1967), προσπάθησε να στηρίξει τον ισχυρισμό της ότι δεν επρόκειτο για απαγορευμένη διάκριση (ότι δηλαδή απαγορεύεται ο διαφυλετικός γάμος στα άτομα όλων των φυλών, δηλαδή εξίσου σε λευκούς και μαύρους).

<sup>168</sup> Βλ. την απόφαση *Loving v. Virginia*. Βλ. επίσης *Romer v. Evans*, 517 US, 134 L Ed 2d 855, 116 S Ct (1996), 860, 1a, όπου το Ανώτατο Δικαστήριο υπογράμμισε τις ομοιότητες μεταξύ διακρίσεων λόγω φυλής και διακρίσεων σε βάρος των ομοφυλόφιλων. Αντίθετος ο GERSTMAN, *Same-sex Marriage and the Constitution*, 46επ., ο οποίος θεωρεί ότι λείπουν από την απαγόρευση του ομόφυλου γάμου δύο στοιχεία που αναιρούν την αναλογία με την απαγόρευση διαφυλετικού γάμου: το συγκεκριμένο του ρατσισμού σε όλα τα κοινωνικά πεδία που ίσχυε για τους Αφροαμερικάνους αφενός και η πρόθεση του νομοθέτη να κρατήσει μακριά τα φύλα αφετέρου.

<sup>169</sup> Α. KOPPELMAN, *The Miscegenation Analogy in Europe, or, Lisa Grant meets Adolf Hitler*, σε: R. Wintemute /M. Andenæs, *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships*, Oxford: Hart 2001, 623-633. Όπως ευφυσώς παρατηρεί ο συγγραφέας αν η λογική του ΔΕΚ στην απόφαση *Grant* γινόταν δεκτή, βάσει της οποίας η διάκριση δεν είναι λόγω φύλου, αλλά λόγω σεξουαλικού προσανατολισμού, τότε και η απαγόρευση γάμου Γερμανών και Εβραίων θα ήταν και αυτή, όχι λόγω φυλής, αλλά λόγω... ερωτικής προτίμησης.



γ. Η παραδοσιακή εννοιολόγηση του γάμου ως έμφυλου θεσμού

Αν γίνει δεκτό ότι ο γάμος εξ ορισμού περιορίζεται ανάμεσα σε έναν άνδρα και μια γυναίκα, εμπεριέχει δηλαδή την έννοια του φύλου, τότε θα πρέπει να ερευνήσουμε αν η διαφοροποίηση αυτή του περιεχομένου του δικαιώματος είναι σύμφωνη με την αρχή της ισότητας των φύλων. Θα πρέπει δηλαδή να διερευνήσουμε αν η ερμηνεία του ΑΚ, βάσει της οποίας γάμος νοείται μόνον μεταξύ ετεροφύλων είναι σύμφωνη με το Σύνταγμα. Και αντιστοίχως αν η ερμηνεία του άρθρου 21 παρ. 1 Σ, σύμφωνα με την οποία (και εδώ) ο 'γάμος' είναι αναγκαστικά μεταξύ ετεροφύλων σέβεται την αρχή της ενότητας του Συντάγματος και της πρακτικής αρμονίας των διατάξεών του,<sup>170</sup> αν δηλαδή η στενή αυτή ερμηνεία της συνταγματικής έννοιας του γάμου εναρμονίζεται με τις θεμελιώδεις αρχές της ισότητας, και δη της ισότητας των φύλων, και της ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας.

Δύσκολα, εξάλλου, μπορεί να γίνει δεκτό το επιχείρημα ότι η διάκριση που στηρίζεται στο συνδυασμό των φύλων δύο προσώπων δεν αποτελεί διάκριση με βάση το φύλο. Είναι προφανές ότι βάσει της λογικής αρχής στο μείζον το έλασσον, εφόσον η διάκριση στηρίζεται στα φύλα και των δύο συντρόφων στηρίζεται και στο φύλο του καθενός από αυτούς. Καθώς οι ετεροφυλοφιλικές ή ομοφυλοφιλικές προτιμήσεις ενός ατόμου δεν μπορούν να οριστούν παρά σε συνάφεια με το φύλο του και εκείνες ενός ζευγαριού σε συνάφεια με το φύλο των ερωτικών συντρόφων, διακρίσεις που σχετίζονται με τέτοιου είδους προτιμήσεις αναγκαστικά περιλαμβάνουν διακρίσεις που βασίζονται στο φύλο των ατόμων τα οποία αφορούν.<sup>171</sup>

Εφόσον ο παραδοσιακός αποκλειστικά ετερόφυλος γάμος στηρίζεται σε διάκριση λόγω φύλου, όλες οι νομικές (ή πραγματικές) καταστάσεις που έχουν ως καθοριστικό κριτήριο το γάμο συνιστούν και αυτές άμεση, αν και κρυμμένη, διάκριση λόγω φύλου και

---

<sup>170</sup> Για αυτές τις αρχές ερμηνείας του Συντάγματος, βλ. K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg: Müller 1991, 27.

<sup>171</sup> WINTEMUTE, *Recognising new kinds of direct sex discrimination*, 347.

μάλιστα κοινωνικού φύλου (gender).<sup>172</sup> Η επισήμανση αυτή αντανακλά τη συνειδητοποίηση ότι οι περισσότερες ανισότητες σε βάρος των γυναικών δεν οφείλονται σε φυσικούς, δηλ. βιολογικούς, αλλά σε κοινωνικούς λόγους, ρόλους και χαρακτηριστικά που αποδίδονται σε κάθε φύλο. Ένας τέτοιος δεδομένος ρόλος αφορά σίγουρα και στο φύλο του συντρόφου που πρέπει να διαλέξει κάθε άτομο.

δ. Είναι η διάκριση λόγω φύλου στην παραδοσιακή πρόσληψη του γάμου δικαιολογημένη;

Θα μπορούσε βεβαίως να υποστηριχθεί ότι ο ορισμός του γάμου ως έμφυλου θεσμού συνιστά μεν διάκριση με βάση το φύλο, η διάκριση αυτή είναι όμως δικαιολογημένη βάσει βιολογικών ή άλλων λειτουργικών ιδιαιτεροτήτων.<sup>173</sup> Οι τελευταίες πρέπει, ωστόσο, να αποδεικνύονται ειδικά και εμπεριστατωμένα, ακριβώς επειδή η ratio της συνταγματικής αρχής της ισότητας των φύλων επιβάλλει τον στο έπακρον περιορισμό των αποκλίσεων.<sup>174</sup> Το ερώτημα αυτό μας επαναφέρει στη συζήτηση σχετικά με τις ουσιαστικές διαφορές μεταξύ ενός ετερόφυλου και ενός ομόφυλου ζευγαριού, η οποία θα γίνει αναλυτικά στο αμέσως επόμενο κεφάλαιο, και στην οποία θα προσπαθήσουμε να θεμελιώσουμε την άποψη ότι καμία από τις διαφορές αυτές δεν είναι καθοριστική για το δικαίωμα σύναψης γάμου.

2. ...και έμμεση διάκριση λόγω ερωτικής προτίμησης

Έμμεση διάκριση έχουμε όταν μία ρύθμιση, η οποία σε πρώτη ματιά φαίνεται ουδέτερη ως προς ένα συγκεκριμένο χαρακτηριστικό (εδώ τον ερωτικό προσανατολισμό), καταλήγει να αφορά κυρίως ή αποκλειστικά άτομα με αυτό το χαρακτηριστικό. Όπως ήδη σημειώθηκε, στις (κατά την κρατούσα άποψη) προϋποθέσεις του γάμου δεν συγκαταλέγεται ο ερωτικός προσανατολισμός ενός ατόμου, αλλά το φύλο του. Με μια πρώτη ματιά

<sup>172</sup> Βλ. Α. KOPPELMAN, *Why Discrimination against Lesbians and Gay Men is Sex Discrimination*, NYU L Rev. 1994, 197επ. (234επ).

<sup>173</sup> Γ. ΚΑΣΙΜΑΤΗ, *Το ζήτημα της 'τριτενέργειας' των ατομικών και κοινωνικών δικαιωμάτων. Η ισότητα των φύλων και ο θεσμός της οικογένειας στην ελευθερία τελευταίας βούλησης*, Το Σύνταγμα 1981, 1επ. (26).

<sup>174</sup> Πρβλ. ΜΑΝΕΣΗ, *Η συνταγματική καθιέρωση της ισονομίας ανδρών και γυναικών*, 16, 18, 19.

συνεπώς, η σύμβαση του γάμου είναι ουδέτερη ως προς τις ερωτικές προτιμήσεις και δεν αποκλείει τους ομοφυλόφιλους (με αποτέλεσμα ένας ομοφυλόφιλος άνδρας να μπορεί να παντρευτεί μια ομοφυλόφιλη γυναίκα). Ωστόσο, παρότι ο ερωτικός προσανατολισμός δεν επηρεάζει τη νομική ικανότητα ενός ατόμου να συνάψει τη σύμβαση του γάμου, είναι προφανές ότι ένα άτομο με σταθερές ομοφυλοφιλικές επιλογές, θα προτιμούσε να επισημοποιήσει νομικά (αλλά και κοινωνικά) την προσωπική του σχέση με ένα άτομο του ίδιου φύλου.

Η απαγόρευση να επιλέξει το σύντροφο της αρεσκείας του αποτελεί καταρχάς σαφή παραβίαση του ατομικού δικαιώματός του στο γάμο, στην ειδικότερη έκφασή του της επιλογής συζύγου. Ο ομοφυλόφιλος έχει συνεπώς δύο δυνατότητες: είτε να ασκήσει το δικαίωμα του γάμου απεμπολώντας το δικαίωμα της ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητάς του (άρθρο 5 παρ. 1 Σ)<sup>175</sup> και την ανθρωπινή αξιοπρέπειά του (άρθρο 2 παρ. 1 Σ), εφόσον θα εξαναγκαστεί σε γενετήσιες πράξεις που δεν επιθυμεί είτε για να περιφρουρήσει τα δύο τελευταία δικαιώματά του να παραιτηθεί από το συνταγματικό του δικαίωμα

---

<sup>175</sup> Θα ανέμενε κανείς στο σημείο αυτό την ένσταση, ότι το άρθρο 5 παρ. 1 Σ γνωρίζει τρεις περιορισμούς: το Σύνταγμα, τα δικαιώματα των άλλων και τα χρηστά ήθη. Από τους δύο πρώτους περιορισμούς δεν μπορεί να συναχθεί κάποια θεμελιωμένη αντίρρηση, η οποία να μην υποκύπτει στον πειρασμό της κυκλικότητας (δηλ. ο ισχυρισμός ότι το ά. 21 παρ. 1 Σ που εγγυάται μόνον το γάμο ετεροφύλων περιορίζει το ά. 5 παρ. 1 Σ., με αποτέλεσμα το τελευταίο να μην επηρεάζει το περιεχόμενο του 21 παρ. 1 Σ. Ο ισχυρισμός αυτός είναι κυκλικός γιατί εκκινεί από το ζητούμενο). Πιο πιθανή είναι μια ένσταση με βάση τον τρίτο των περιορισμών, τα χρηστά ήθη. Μπορεί να νοηθεί η ομοφυλοφιλία ως αντιβαίνουσα στα χρηστά ήθη; Όπως ορθά παρατηρεί ο ΧΡΥΣΟΓΟΝΟΣ, *Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα*, 180, «[η] έννοια των 'χρηστών ηθών' δεν μπορεί να προσδιορισθεί με βάση κάποιον προϋπάρχοντα εξωσυνταγματικό κώδικα ηθικών αξιών, όπως π.χ. οι περί ηθικής αντιλήψεις της εκκλησίας ή οι σχετικές διδασκαλίες της ορθόδοξης χριστιανικής πίστης...». Ο ίδιος συνάγει έτσι ότι ο νομοθέτης θα μπορούσε να θεσπίσει «κάποια μορφή νομικού δεσμού (οιονεί 'γάμου') μεταξύ ομοφυλόφιλων». Ο περιορισμός, κατά το Χρυσόγονο, της δυνατότητας θέσπισης οιονεί και όχι κατά κυριολεξία γάμου πηγάζει πάντως από την αποδοχή εκ μέρους του του νομιναλιστικού επιχειρήματος, και όχι βάσει της έννοιας των χρηστών ηθών. Πρβλ. και τη διεσδυτική ανάλυση του ΒΙΔΑΛΗ, *Η συνταγματική διάσταση της εξουσίας στο γάμο και στην οικογένεια*, 61επ., ο οποίος καταλήγει στο συμπέρασμα ότι η ελευθερία σύναψης γάμου είναι ανεπιφύλακτη. Σύμφωνα με τον ΒΙΔΑΛΗ, η επίκληση των χρηστών ηθών «δεν μπορεί να χρησιμοποιείται εξωσυνταγματικά και ως πρόσχημα για την ηθικοπλαστική κατάπνιξη της αποκλίνουσας συμπεριφοράς» και ο ΜΗΤΑΣ, *Σεξουαλικότητα και συνταγματικές ελευθερίες*, 861.

στο γάμο. Η εσωτερική σύγκρουση μεταξύ θεμελιωδών δικαιωμάτων –αν ακολουθήσουμε αυτή την ερμηνευτική εκδοχή της συνταγματικής έννοιας του γάμου- είναι προφανής: είτε με τη μία είτε με την άλλη εκδοχή ένα πρόσωπο με σταθερές ομοφυλοφιλικές προτιμήσεις υφίσταται παραβίαση ενός ή περισσότερων θεμελιωδών δικαιωμάτων του. Η μη πρακτική δυνατότητά του να συνάψει γάμο παρεκτός αν παραιτηθεί από άλλα θεμελιώδη δικαιώματά του αποτελεί περιορισμό του συνταγματικού του δικαιώματος στο γάμο τέτοιας έντασης και έκτασης που συνιστά παραβίαση του ίδιου του πυρήνα<sup>176</sup> του δικαιώματος.

Το αντεπιχείρημα που θα προβαλλόταν και εδώ θα ήταν το κλασικό νομιναλιστικό επιχείρημα: γάμος νοείται η ένωση ενός άνδρα με μια γυναίκα. Παραμένει ωστόσο μετέωρο το ερώτημα γιατί να επιδοκιμάζουμε συνταγματικά έναν ορισμό που μας δημιουργεί προβλήματα με άλλα συνταγματικά δικαιώματα. Αντίθετα, η ερμηνεία, ότι ως γάμος στο Σύνταγμα νοείται η ένωση δύο προσώπων ανεξαρτήτως φύλου, εναρμονίζει πρακτικά και κατ' αποτέλεσμα το συνταγματικό δικαίωμα του γάμου τόσο με την αρχή της ισότητας, όσο και με την ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας και την αρχή της ανθρώπινης αξιοπρέπειας.<sup>177</sup> Και επιπλέον, ανταποκρίνεται στην 'εγγενή προοπτική διάρκειας' και στην ανάγκη 'νοηματικής ευρύτητας' των κανόνων δικαίου που επιτρέπουν την προσαρμογή τους στην επερχόμενη ιστορική εξέλιξη.<sup>178</sup>

Η ερώτηση που εγείρεται είναι αν η άμεση διάκριση λόγω φύλου που καταλήγει και σε έμμεση λόγω ερωτικών προτιμήσεων είναι αντικειμενικά δικαιολογημένη. Το ερώτημα αυτό θα εξεταστεί αμέσως παρακάτω.

<sup>176</sup> Για το απαραβίαστο του πυρήνα του δικαιώματος γενικά, βλ. ΧΡΥΣΟΓΟΝΟ, *Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα*, 95επ.

<sup>177</sup> Όπως παρατηρεί ο ΜΑΝΕΣΗΣ, *Η συνταγματική καθιέρωση της ισονομίας ανδρών και γυναικών*, 19, η αρχή της ισότητας των φύλων, έτσι όπως αποτυπώθηκε στο άρθρο 4 παρ. 2 σε συνδυασμό με το άρθρο 116 παρ. 2 Σ (και με το καινούριο περιεχόμενό του), βρίσκεται σε άμεση σύνδεση και συνιστά μια «αυθυπόστατη θεσμική ενότητα» και με το άρθρο 2 παρ. 1 (αξία του ανθρώπου) και το άρθρο 5 παρ. 1 Σ (ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας). Έτσι και η αιτιολογική έκθεση του Ν. 1329/83.

<sup>178</sup> ΤΣΑΤΣΟΥ, *Συνταγματικό Δίκαιο. Θεωρητικό Θεμέλιο*, 258.

## V. ΓΑΜΟΣ ΟΜΟΦΥΛΩΝ : ΑΝΤΑΛΛΑΓΗ ΔΙΚΑΙΟΠΟΛΙΤΙΚΩΝ ΕΠΙΧΕΙΡΗΜΑΤΩΝ

### A. Το νομιναλιστικό επιχείρημα

Το κυριότερο επιχείρημα των πολεμίων του γάμου ομοφύλων είναι νομιναλιστικό: ο γάμος αφορά άνδρα και γυναίκα *ex orisμού*.<sup>179</sup> Όπως έγραφε ο Κουμάντος πριν είκοσι χρόνια<sup>180</sup> «οι περιπτώσεις μονίμων συμβιώσεων ανάμεσα σε πρόσωπα του ίδιου φύλου, έστω κι αν έχουν σεξουαλικές προεκτάσεις, δεν θεωρούνται μορφές γάμου κατά τις κρατούσες αντιλήψεις όπως εκφράζονται και στη δομή του νόμου». Το επιχείρημα είναι διπλό: το δεύτερο σκέλος αφορά «τη δομή του νόμου» και θα το εξετάσουμε διεξοδικά στα επόμενα υποκεφάλαια. Το πρώτο σκέλος του παραπάνω συλλογισμού αναφέρεται σε έναν *ορισμό*:<sup>181</sup> στη σημασία του όρου 'γάμος' –«κατά τις κρατούσες αντιλήψεις»- ως αποκλειστικά και μόνον ένωση–υπό τις προϋποθέσεις του νόμου- ενός άνδρα και μιας γυναίκας. Η λέξη γάμος εμπεριέχει, κατά την αντίληψη αυτή, τη διαφορά του φύλου. Με άλλα λόγια, το επιχείρημα είναι ότι η έκφραση 'γάμος ομόφυλων' συνιστά οξύμωρο. Η άποψη αυτή προϋποθέτει συνεπώς ότι ο γάμος είναι μια έμφυλη σύμβαση, μια σύμβαση στην οποία το χαρακτηριστικό 'φύλο' του (αντι)συμβαλλομένου προσώπου αποτελεί στοιχείο του πραγματικού.

Η επισήμανση βεβαίως «κατά τις κρατούσες αντιλήψεις» αυτή αφήνει ανοικτό το ενδεχόμενο μετάλλαξης της έννοιας του γάμου, σε συμφωνία με τις κοινωνικές αντιλήψεις. Το επιχείρημα είναι συνεπώς νομιναλιστικό, χωρίς ωστόσο να μετατρέπεται σε ουσιοκρατικό, αφού αναγνωρίζεται η σχετικότητα και ιστορικότητα των γλωσσικών όρων. Η τελευταία είναι αναγκαστική, αφού το νόημα κάθε λέξης αποτελεί τελικά προϊόν κοινωνιο-γλωσσολογικής σύμβασης. Αν συμφωνήσουμε να ονομάζουμε 'γάμο' και την ένωση σε κοινότητα βίου ομοφύλων, κανείς και τίποτε δεν μπορεί να μας αποτρέψει.

---

<sup>179</sup> Βλ. Π.Ζ.1. Πρβλ. ΚΟΥΜΑΝΤΟΥ, *Οικογενειακό Δίκαιο*, 39 «ο αρχικός ορισμός του γάμου περιορίζει τη χρήση του όρου μόνο στη συμβίωση ανάμεσα σε πρόσωπα διαφορετικού φύλου».

<sup>180</sup> *Οικογενειακό Δίκαιο*, 39.

<sup>181</sup> Βλ. σχετικά Λ. ΚΟΤΣΙΡΗ, *Η λογική των ορισμών. Ένα παράδειγμα: «βασικός μέτοχος είναι»*, σε: Τιμητικό Τόμο για τον Ι. Μανωλεδάκη ΙΙΙ, Αθήνα-Θεσσαλονίκη: Σάκκουλα, 2007, 805επ.

Επίσης, το νομιναλιστικό επιχείρημα συναντά πλέον το όριο του και στη συγκριτική του δικαίου. Πλέον ευρωπαϊκές έννομες τάξεις χωρών (Ολλανδία, Βέλγιο, Ισπανία, Νορβηγία) με τις οποίες μοιραζόμαστε κοινές συνταγματικές παραδόσεις, αλλά και εκτός Ευρώπης (Νότια Αφρική, Καναδάς) έχουν αναγνωρίσει νομικά το γάμο ομοφύλων.<sup>182</sup> Οι συμβάσεις αυτές ονομάζονται και μεταφράζονται στα ελληνικά ως 'γάμος'. Η εξέλιξη αυτή υποσκάπτει σοβαρά την αξιωματική παραδοχή ότι 'γάμος' σημαίνει γλωσσικά μόνον τη συγκλήρωση του βίου δύο ετερόφύλων προσώπων.

Το νομιναλιστικό επιχείρημα συμπληρώνεται συχνά και από την επίκληση του λεξικογραφικού ορισμού, που αναφέρει το γάμο ως «ένωση άνδρα και γυναίκας».<sup>183</sup> Θα έπρεπε ωστόσο να αναρωτηθεί κανείς αν θα μπορούσε ένα λεξικό να αποτυπώσει τη σημασία μιας λέξης πριν αυτή μορφοποιηθεί στην κοινωνική ή νομική πραγματικότητα. Με άλλα λόγια, όταν και εφόσον εισαχθεί νομοθετικά ή αναγνωριστεί δικαστικά η δυνατότητα γάμου ομοφύλων, τότε θα αλλάξουν και οι λεξικογραφικοί ορισμοί. Επίσης, ας μην ξεχνάμε ότι οι ορισμοί είναι προϊόν σύμβασης και οι γλωσσικές συμβάσεις, βάσει των οποίων ένα σημαίνον αντιστοιχίζεται με ένα σημαϊνόμενο είναι αναγκαστικά αυθαίρετες. Όπως επίσης δεν μπορούμε να παραγνωρίσουμε και να υποτιμήσουμε την ιδεολογική λειτουργία της γλώσσας,<sup>184</sup> η οποία μας δίνει πολλά παραδείγματα ενσωμάτωσης και τυποποίησης των ανισοτήτων, ειδικά δε των έμφυλων. Η ελληνική γλώσσα βρίθκει όρων που παραμένουν έμφυλοι, παρά το γεγονός της αλλαγής της κοινωνικής και κανονιστικής

<sup>182</sup> Η νέα αυτή πραγματικότητα εξάλλου αναμένεται να γεννήσει και αιτήσεις αναγνώρισης δεδικασμένου αλλοδαπής απόφασης γάμου ή άλλης αναγνωρισμένης μορφής συμβίωσης ομοφύλων προσώπων· βλ. σχετικά, ΚΑΪΣΗ, *Γάμος Ομοφύλων και δημόσια τάξη*, 733επ. (737).

<sup>183</sup> Βλ. ενδεικτικά το λήμμα 'γάμος' σε Ε. ΚΡΙΑΡΑ, *Νέο Ελληνικό Λεξικό*, Αθήνα: Εκδοτική Αθηνών 1995· Ινστιτούτο Νεοελληνικών Σπουδών [Ίδρυμα Μανόλη Τριανταφυλλίδη] Α.Π.Θ., *Λεξικό της Κοινής Ελληνικής*, Θεσσαλονίκη: Ινστιτούτο Νεοελληνικών Σπουδών 1998.

<sup>184</sup> Βλ. τη διεισδυτική ανάλυση της Ε. ΚΟΥΝΟΥΓΕΡΗ-ΜΑΝΩΛΕΔΑΚΗ, *Γλώσσα και Ιδεολογία στον Αστικό Κώδικα. Το παράδειγμα του Οικογενειακού Δικαίου*, σε: Τιμητικό Τόμο για τον Ι. Μανωλεδάκη ΙΙΙ, Αθήνα-Θεσσαλονίκη: Σάκκουλα, 2007, 831επ.

πραγματικότητας.<sup>185</sup> Τέλος, το λεξικό δεν μπορεί και δε νομιμοποιείται να ορίζει τα όρια εφαρμογής των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Η νομική ερμηνεία των όρων υπερβαίνει συχνά τη λεξικογραφική, προκειμένου να καλύψει αναδυόμενες κοινωνικές ανάγκες ή νέες εκφάνσεις ενός παλιού δικαιώματος.<sup>186</sup>

Εξάλλου, αν πάρουμε το επιχείρημα αυτό σοβαρά, θα πρέπει λογικά να καταλήξουμε ότι μορφή νομικής αναγνώρισης της συγκλήρωσης του βίου δύο ομοφύλων είναι δυνατή, ακόμη και με όλες τις νομικές συνέπειες του γάμου, αρκεί να μην ονομάζεται έτσι. Με άλλα λόγια, στο βαθμό που το επιχείρημα παραμένει νομιναλιστικό, ανάγεται δηλαδή αποκλειστικά στη γλώσσα, καταλήγει σε λογικό άτοπο, καθώς θα μπορούσε να οδηγήσει στη συνύπαρξη δύο συμβάσεων οικογενειακού δικαίου με τις ίδιες ακριβώς έννομες συνέπειες,<sup>187</sup> αλλά απλώς με διαφορετικό όνομα.

Το επιχείρημα παύει να είναι καθαρά νομιναλιστικό και ως τέτοιο άτοπο λογικά και μη υποστηριζόμενο πλέον γλωσσικά, αν κανείς το συνδέσει με την αξίωση ο 'οιονεί γάμος' για ομόφυλα ζευγάρια να υπολείπεται ή έστω να διαφοροποιείται στις κανονιστικές του συνέπειες από το γάμο. Σ' αυτή την περίπτωση θα έπρεπε να εξετάσει κανείς ποια είναι αυτή η συνέπεια και να τη δικαιολογήσει. Θα έπρεπε, δηλαδή, να μπει σε μια έλλογη και σύμφωνη με τις αρχές του συνταγματικού δικαίου συζήτηση και να εξετάσει αν ο γάμος συνιστά σύμβαση τέτοια που οι βιολογικές ή / και λειτουργικές διαφορές που εμπεριέχει και συνεπάγεται να δικαιολογούν τον έμφυλο ορισμό του.

---

<sup>185</sup> Αναφέρουμε πρόχειρα τα ουσιαστικά (ή ουσιαστικοποιημένα επίθετα) 'πολιτικός', 'δικαστής', 'υπουργός' 'δικηγόρος' κλπ, που αποτυπώνουν, μέσω του αρσενικού γένους τους, την κυριαρχία (ακόμη και πάλαι ποτέ κυριαρχία) των ανδρών στο οικείο πεδίο.

<sup>186</sup> Έτσι για παράδειγμα αναγνωρίστηκε από το Ανώτατο Δικαστήριο της Πενσυλβανίας ως προστατευόμενος 'λόγος' το να χορεύει κανείς γυμνός αισθησιακά (βλ. Α. ΦΩΠΑΔΟΥ, *Σταθμίζοντας της ελευθερία του λόγου. Δικαστικές τεχνικές και ελευθερία του λόγου στις Η.Π.Α. και στην Ελλάδα*, Αθήνα-Θεσσαλονίκη: Σάκκουλα 2006, 68επ.), ενώ υποπτευόμαστε ότι κανένα λεξικό δεν θα έδινε την πράξη αυτή ως ορισμό του 'λόγου'.

<sup>187</sup> Θα μπορούσε βεβαίως να σκεφτεί κανείς δικονομικά δικαιώματα με ίδιες νομικές συνέπειες (την παρατήρηση χρωστώ στον Κ. ΓΩΓΟ), αλλά ποιο θα ήταν το δικαιιοπολιτικό θεμέλιο δύο διαφορετικών (ουσιαστικών) δικαιωμάτων με ίδια (πλην του συνδυασμού των φύλων) νομοτυπική μορφή και ίδιες κανονιστικές συνέπειες;

## B. Το ιστορικό επιχείρημα

Το ιστορικό επιχείρημα διατυπώνεται ως εξής: «Ο γάμος υπήρξε πάντοτε<sup>188</sup> στην ανθρώπινη ιστορία η ένωση δύο ετεροφύλων και έτσι πρέπει να παραμείνει.» Το επιχείρημα στηρίζεται στη συντηρητικής<sup>189</sup> έμπνευσης θεώρηση των κοινωνικοπολιτικών πραγμάτων ότι «έτσι ήρθαν τα πράγματα και έτσι πρέπει να πάνε». Κατά την αντίληψη αυτή, η παράδοση –η λήψη υπόψη της οποίας δεν είναι αναγκαστικά αρνητική– καθίσταται μοναδικός και αναντίρρητος παράγοντας απόφασης περί τα κοινωνικά πράγματα.<sup>190</sup> Πρόκειται για αυτή την ιδεολογία,<sup>191</sup> η οποία αν ακολουθούνταν με συνέπεια στην ιστορία ο γάμος θα ήταν ίδιος εδώ και δύο χιλιάδες χρόνια, και θα επιτρεπόταν στους άνδρες να αγοράζουν και να ανταλλάσσουν τη γυναίκα,<sup>192</sup> να τη μεταχειρίζονται ως πράγμα, να παντρεύονται ένα δωδεκάχρονο κορίτσι που δεν είχαν ποτέ γνωρίσει, να φυλακίζονται αν παντρεύονταν γυναίκες άλλης φυλής, αλλά δεν θα τους επιτρεπόταν να πάρουν διαζύγιο.

<sup>188</sup> Στην απόλυτη αυτή διατύπωσή του το επιχείρημα δεν είναι καν ιστορικά ακριβές, καθώς μορφές ομόφυλου γάμου έχουν εμφανιστεί στην ανθρώπινη ιστορία (βλ. W. ESKRIDGE, *The Case for Same-Sex Marriage: From Sexual Liberty to Civilized Commitment*, New York: The Free Press 1996, 16). Υπήρξαν βέβαια πάντοτε μειοψηφικά φαινόμενα, όπως θα είναι και στο μέλλον, στο βαθμό που μπορούμε να το προβλέψουμε.

<sup>189</sup> Αναφερόμαστε σε εκείνο το ρεύμα του 'συντηρητισμού' -με τη λιγότερο τεχνική έννοια της λέξης- που υιοθετεί ως κεντρική αξία το σεβασμό στην παράδοση και την αντίσταση στις κοινωνικές αλλαγές. Για τη διαφορά μεταξύ αυτού και του ελευθεριακού (libertarian) συντηρητισμού που παρουσιάζει ριζοσπαστικά στοιχεία προς την κατεύθυνση απομείωσης του ρόλου του κράτους βλ. ενδεικτικά R. ECCLESHALL, *Conservatism*, σε: του ίδιου / V. Geoghegan / R. Jay / R. Wilford (επιμ.), *Political Ideologies*, London et al: Hutchinson & Co 1984, 79επ (80επ).

<sup>190</sup> Πρβλ. ΚΑΪΣΗ, *Γάμος Ομοφύλων και δημόσια τάξη*, 737, ο οποίος αναζητώντας το στοιχείο της λειτουργίας του ατομικού δικαιώματος του άρθρου 21 παρ. 1 Σ που θα προσβαλλόταν από πιθανή εφαρμογή αλλοδαπής απόφασης περί γάμου ομοφύλων, καταλήγει ότι «[ο] ομοφυλικός γάμος έρχεται σε αντίθεση κυρίως προς την παραδοσιακή έννοια του γάμου, η οποία αξιώνει να είναι η μόνη μορφή ανθρώπινης γαμικής συνάφειας, αποκλείουσα εξ ορισμού τη γαμική συνάφεια ομοφύλων από το εννοιολογικό της περιεχόμενο».

<sup>191</sup> Όπως εύστοχα παρατηρεί ο Α. ΠΑΠΑΧΡΙΣΤΟΥ, *Ισονομία των φύλων και 'παράδοση'*, ΔκΠ 4/1983, 117επ. (122), «[η] 'παράδοση' δεν είναι παρά το 'άλλοθι' για να παρεμποδιστεί η 'διάβρωση' του οικογενειακού δικαίου από καινούριες ιδέες, που υπάρχει ο κίνδυνος να κλονίσουν το οικοδόμημα της άρχουσας ιδεολογίας για την οικογένεια και τις οικογενειακές σχέσεις».

<sup>192</sup> Πρβλ. Α. ΜΙΣΣΕΛ, *Κοινωνιολογία της Οικογένειας και του γάμου* (μετ. Λ.Μ. Μουσούρου), Αθήνα: Gutenberg 1991, 59επ.



### Γ. Το ουσιοκρατικό επιχείρημα

Το νομιναλιστικό και ιστορικό επιχείρημα καθίσταται ουσιοκρατικό, όταν οι πολέμιοι του γάμου ομοφύλων ισχυρίζονται ότι η έννοια γάμος δεν είναι ιστορική, και άρα συμβατική και εξελισσόμενη, αλλά αφορά την ίδια την αναλλοίωτη και αναφαίρετη ουσία του γάμου. Όχι απλώς ο γάμος πρέπει να μείνει έτσι γιατί ήταν πάντα έτσι (ιστορικό επιχείρημα), αλλά και γιατί δεν μπορεί 'από τη φύση του' να είναι διαφορετικός. Καλώς άλλαξε μέχρι σήμερα ο γάμος, αλλά οι αλλαγές αυτές έχουν και όρια και αυτά δεν μπορούν να μετατοπιστούν τόσο ώστε να περιλαμβάνουν την ένωση δύο ομόφυλων προσώπων. Το επιχείρημα μπορεί να ερειδεται είτε σε μια φυσικοδικαιική είτε σε μια θρησκευτική αντίληψη για τις δυνατές μορφές της ανθρώπινης συμβίωσης.

Στη φυσικοδικαιική του εκδοχή το επιχείρημα ερειδεται επί της αξιωματικής παραδοχής ότι η σεξουαλική σχέση εν γένει ομοφύλων –και δη ανδρών- είναι 'παρά φύσει'. Εδώ μπορεί να αντιτείνει κανείς όχι μόνον το γνωστό αντεπιχείρημα ότι η ομοφυλοφιλία παρατηρείται και στα ζώα, άρα είναι 'φύσει' αλλά και ότι ακόμη και αν ήταν 'παρά φύσει' αυτό δεν μπορεί να επηρεάζει τη δικαϊκή της μεταχείριση, δεδομένου ότι ολόκληρος ο ανθρωπίνος πολιτισμός, πνευματικός και τεχνικός, είναι 'παρά φύσει'. Το φυσικοδικαιικό επιχείρημα συνδέεται επίσης άρρηκτα με τη δυνατότητα αναπαραγωγής, σε αυτή του όμως την έκφανση θα το εξετάσουμε διεξοδικότερα παρακάτω.<sup>193</sup>

Στη θρησκευτική του εκδοχή το ουσιοκρατικό επιχείρημα είναι απλώς αδιάφορο για

---

<sup>193</sup> Το πιο επιθετικό ψευδο-επιχείρημα που συνδέεται με τα θεωρούμενα ως εγγενή και αναλλοίωτα όρια της έννοιας του γάμου είναι ότι αν συναινέσουμε στο γάμο δύο ομοφύλων, το επόμενο βήμα θα είναι να αναγνωρίσουμε το γάμο ενός ανθρώπου με το οικιακό του ζώο. Το ότι τα ζώα δε διαθέτουν βούληση και δη ελεύθερη είναι το λιγότερο που μπορεί να απαντήσει κανείς στο ρατσιστικό αυτό επιχείρημα που εξομοιώνει κάποιους ανθρώπους –λόγω της ερωτικής τους επιλογής- με ζώα και για το λόγο αυτό δεν μπορεί να έχει θέση σε μια έλλογη συζήτηση με δικαιοπολιτικά επιχειρήματα.

τη συζήτησή μας, η οποία αφορά αποκλειστικά και μόνον τον πολιτικό γάμο. Κάθε θρησκεία δικαιούται βάσει των αρχών επί των οποίων ερείδεται να αγκαλιάζει όλους ή μερικούς από τους ανθρώπους και να αποκλείει άλλους από τις τελετές της. Μπορεί δηλαδή να είναι θρησκεία αγάπης και συμπεριληπτικής ισότητας ή μισαλλόδοξων αποκλεισμών και επί γης ή επουράνιων κυρώσεων. Οι επιλογές αυτές δεν επιτρέπεται ωστόσο να επηρεάζουν ένα συνταγματικό κράτος, που ως τέτοιο οφείλει να σέβεται τη θρησκευτική ελευθερία<sup>194</sup> των πολιτών του. Η τελευταία θα καταστρατηγούνταν εμμέσως πλην σαφώς, αν θεωρητικά οι πολίτες είχαν το δικαίωμα να μη θρησκευούνται, αλλά το κράτος επέβαλε<sup>195</sup> τις θρησκευτικές πεποιθήσεις αξιωματικά ως κρατικό δίκαιο. Και βέβαια δεν μπορεί να συναχθεί σχετικοποίηση της θρησκευτικής ελευθερίας λόγω της αναφοράς στο άρθρο 3 Σ σε επικρατούσα θρησκεία.<sup>196</sup>

Άλλωστε, «αποτελεί κοινό τόπο για την κοινωνική ανθρωπολογία ότι δεν υπάρχει οικουμενικός ορισμός του γάμου, ή 'σωστός' γάμος, αλλά η εννοιολόγησή του εξαρτάται κάθε φορά από τα νοήματα που μια κοινωνία του προσδίνει».<sup>197</sup> Συνεπώς, το ουσιοκρατικό επιχείρημα παραγνωρίζοντας την κοινωνική και συμβατική φύση του γάμου, όπως και κάθε ανθρώπινου θεσμού, ο οποίος ερείδεται στον πολιτισμό, και συνεπώς είναι εξορισμού 'παρά φύσει', δεν διαθέτει καμία πειστικότητα και συνεπώς καμία κανονιστικότητα.

#### **Δ. Η τεκνοποιία ως σκοπός του γάμου**

Το σημαντικότερο ίσως δικαιοπολιτικό επιχείρημα υπέρ του αποκλεισμού του γάμου ομοφύλων είναι ότι ένα ομόφυλο ζευγάρι δεν μπορεί να τεκνοποιήσει. Η τεκνοποιία, σύμφωνα με αυτή τη γραμμή σκέψης, και κατά συνέπεια η δημιουργία οικογένειας, είναι ο

---

<sup>194</sup> Για την έννοια και το περιεχόμενο της θρησκευτικής ελευθερίας βλ. αντί άλλων, ΧΡΥΣΟΓΟΝΟΥ, *Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα*, 269επ. Ορθά συνάγει ο συγγραφέας (272) ότι «το κράτος οφείλει καταρχήν να παραμένει θρησκευτικά ουδέτερο. Μόνο τότε μπορεί να γίνεται λόγος για πραγματική θρησκευτική ελευθερία...».

<sup>195</sup> Πρβλ. και Α. ΜΑΝΕΣΗ, *Συνταγματικά Δικαιώματα, α' - Ατομικές ελευθερίες*, Θεσσαλονίκη: Σάκκουλα 1982, 250.

<sup>196</sup> ΧΡΥΣΟΓΟΝΟΥ, *Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα*, 278.

<sup>197</sup> ΚΑΝΤΣΑ, *Γαμήλιες στρατηγικές: Ορατές πολιτικές, αθέατες παραδοχές*, 6.

σημαντικότερος σκοπός του γάμου και συνεπώς τα ομόφυλα ζευγάρια θα έπρεπε να αποκλείονται από την απόλαυση των πλεονεκτημάτων που αυτός συνεπάγεται.

Όπως έχει ήδη προκύψει από την εξέταση των σκοπών του γάμου (υπό II ΣΤ) όχι η τεκνοποιία καθεαυτήν<sup>198</sup> (η οποία μπορεί να συμβεί και εκτός γάμου καθώς και σε ελεύθερη συμβίωση) αλλά η ανατροφή τέκνων μέσα σε ένα προστατευμένο νομικά οικογενειακό περιβάλλον με εξασφαλισμένη την υποχρέωση διατροφής και από τους δύο γονείς (και κοινωνικά είναι μάλιστα ο πατέρας αυτός που πρέπει να διασφαλιστεί περισσότερο) αποτελεί αναμφισβήτητα κοινωνικό σκοπό του γάμου, ο οποίος επικυρώνεται από το δίκαιο. Αντίθετα, η τεκνοποιία καθεαυτήν δεν καταγράφεται στη νομική κατάσταση του γάμου.<sup>199</sup> Δεν εμπεριέχεται καταρχάς στη συνταγματική εγγύηση του άρθρου 21 παρ. 1 Σ., όπου είναι σαφής η αποσύνδεση γάμου και οικογένειας και η αυτοτελής προστασία των δύο θεσμών.<sup>200</sup> Αντίστοιχα, στο κοινό δίκαιο, ούτε η επιθυμία ή δυνατότητα τεκνοποιίας αποτελούν θετικές προϋποθέσεις σύναψης γάμου, ούτε η μη συνδρομή τους κώλυμα, ούτε η μη απόκτηση (βιολογικών) τέκνων αναβλητική ή διαλυτική αίρεση. Επιτρέπονται έτσι ο γάμος ανίκανων προς φυσική αναπαραγωγή, καθώς και υπερήλικων ή και ετοιμοθάνατων προσώπων, ή και διαφυλικών (transsexual).<sup>201</sup> Η υποχρέωση να υποβάλλεται κανείς σε εξετάσεις γονιμότητας προκειμένου να εκδοθεί η άδεια γάμου θα προσέκρουε στην αρχή της

---

<sup>198</sup> Για το διαχωρισμό γάμου και γονιμότητας, πρβλ. ΜΙΣΕΛ, *Κοινωνιολογία της Οικογένειας και του γάμου*, 202.

<sup>199</sup> Για την αποσύνδεση τεκνοποιίας και γάμου στο ελληνικό Σύνταγμα βλ. αντί άλλων ΒΙΔΑΛΗ, *Η συνταγματική διάσταση της εξουσίας στο γάμο και στην οικογένεια*, 56-57, με περαιτέρω παραπομπές, ο οποίος μάλιστα τονίζει ότι η αποσύνδεση αυτή έγινε συνειδητά από το συντακτικό νομοθέτη του 1975.

<sup>200</sup> ΒΙΔΑΛΗ, *Η συνταγματική διάσταση της εξουσίας στο γάμο και στην οικογένεια*, 73.

<sup>201</sup> ΚΟΥΝΟΥΓΕΡΗ-ΜΑΝΩΛΕΔΑΚΗ, *Οικογενειακό Δίκαιο*, 119. Αποφάσεις του ΕΔΔΑ, *Goodwin v. United Kingdom*, App. No. 28957/95 και *I. v. United Kingdom*, App. No. 25680/94 της 11/07/2002 και *X, Y & Z v. United Kingdom*, απόφαση της 22. Απριλίου 1997 (αναγνώρισε οικογενειακή ζωή σε ζευγάρι, ένα μέλος του οποίου ήταν τρανσσεξουαλ), καθώς και ΔΕΚ, υπόθεση C-117/01 *K.B. and National Health Service Pensions Agency*, της 07/01/2004.

αξιοπρέπειας του ανθρώπου, ενώ η επιθυμία, ως αναγόμενη στην ελευθερία της συνείδησης, δεν θα μπορούσε με κανέναν τρόπο να ελεγχθεί.

Αν αντίθετα δεχτούμε ότι υπόρρητος αν και όχι ελεγχόμενος σκοπός είναι η 'συγκλήρωση του βίου' των συζύγων και συνεπώς διαχωρίσουμε τη σχέση οικειότητας και την επιθυμία νομικής κάλυψής της από την αναπαραγωγή μπορεί μεν να αφήσουμε αναπάντητη την απορία του Kant<sup>202</sup> πώς νομιμοποιείται η σεξουαλική επαφή μεταξύ συζύγων όταν αντικειμενικά δεν αποβλέπει στην τεκνοποιία (π.χ. όταν η γυναίκα είναι έγκυος ή σε εμμηνόπαυση), αλλά δεν μπορούμε να διαχωρίσουμε –με αυτό το κριτήριο– τα ετερόφυλα από τα ομόφυλα ζευγάρια.

Το αντεπιχείρημα από την πλευρά των πολεμίων του ομόφυλου γάμου συνίσταται στον ισχυρισμό ότι ακόμη και τα άτεκνα ή στείρα ζευγάρια επιδίδονται σε σεξουαλικές πράξεις 'αναπαραγωγικού είδους' και με την επιλογή του μοντέλου ζωής που είναι ο γάμος, την πίστη και την αφοσίωση του ενός συζύγου στον άλλο, αποτελούν υποστηρικτικούς πυλώνες της κοινωνικής αξίας του γάμου.<sup>203</sup> Η υποκατάσταση της τεκνοποιίας ως προϋπόθεσης γάμου με τη σεξουαλικότητα 'αναπαραγωγικού είδους' δεν μπορεί να γίνει δεκτή, καθώς συνδέει μια νομική σύμβαση, το γάμο, η οποία αναγνωρίζεται και μάλιστα προμηδοτείται από την Πολιτεία με την πιο ιδιωτική σφαίρα οικειότητας των συζύγων, στην οποία, βάσει του ατομικού-αμυντικού δικαιώματος της ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας, έκφανση της οποίας είναι η σεξουαλική ελευθερία, το Κράτος δεν δικαιούται να έχει πρόσβαση, νομιμοποιείται δε να ασχοληθεί μαζί της μόνον για την προστατεύσει από επεμβάσεις ιδιωτών. Το δεύτερο σκέλος του αντεπιχειρήματος, που υπονοεί ότι ποτέ δύο ομόφυλα πρόσωπα δεν μπορούν να συνδεθούν με δεσμούς αγάπης τέτοιους που να εμπεριέχουν την πίστη και την αφοσίωση, είναι απολύτως αυθαίρετο στη γενικευτική

---

<sup>202</sup> I. KANT, *The Metaphysics of Morals*, 1797 (μετ. M. Gregor, Cambridge: CUP 1991), 96-98, 220-222, έτσι όπως παραπέμπεται από J. FINNIS, *Law, Morality, and "Sexual Orientation"*, σε: J. CORVINO (επιμ.), *Same Sex: Debating the Ethics, Science, and Culture of Homosexuality*, Lanham - New York - London: Rowman and Littlefield 1997, 31-43 (34) (και σε: [http://uwstudentfpweb.uwyo.edu/n/narvik/teaching/PHIL3000/Finnis,%20Law,%20Morality%20and%20Sexual%20Orientation%20\(1997\).pdf](http://uwstudentfpweb.uwyo.edu/n/narvik/teaching/PHIL3000/Finnis,%20Law,%20Morality%20and%20Sexual%20Orientation%20(1997).pdf), πρόσβαση 17/06/2008).

<sup>203</sup> FINNIS, *Law, Morality, and "Sexual Orientation"*, 42.

του διατύπωση και πάντως ακόμη και αν στηρίζεται στατιστικά, αναφέρεται σε εμπειρικά δεδομένα που αναπτύσσονται εντός της κανονιστικής πραγματικότητας αποκλεισμού του γάμου (ή άλλης νομικής κατοχύρωσης) και της κοινωνικής απαξίωσης των ομόφυλων συμβιώσεων, εμφανίζεται δηλαδή ως αυτοεπαληθευόμενη προφητεία.

### **Ε. Η διαμόρφωση ιδανικού περιβάλλοντος ανατροφής παιδιών**

Προκειμένου να ξεπεράσει το σκόπελο του παραπάνω επιχειρήματος και να συμπεριλάβει και τους συζύγους που δεν έχουν (βιολογικά) τέκνα, η άποψη κατά του ομόφυλου γάμου, μεταφέρει το κρίσιμο όχι στην τεκνοποιία αυτή καθεαυτήν αλλά στη διαμόρφωση ενός περιβάλλοντος ιδανικού για την ανατροφή παιδιών.<sup>204</sup> Το επιχείρημα εξειδικεύεται στην επισήμανση ότι τα παιδιά πρέπει να μεγαλώνουν με τους βιολογικούς τους γονείς και αν αυτό δεν είναι δυνατόν με τους κοινωνικούς τους γονείς, οι οποίοι πάντως πρέπει να είναι ετερόφυλοι.

Με την τελευταία πάντως παραδοχή η κοινωνική και ψυχολογική γονεϊκότητα διαχωρίζεται από τη βιολογική και απομειώνεται στην πρόταση ότι το ιδανικό περιβάλλον να μεγαλώσουν παιδιά είναι εκείνο που αποτελείται από έναν άνδρα και μια γυναίκα και όχι από δύο ομόφυλους. Το επιχείρημα αυτό χρειάζεται να εξεταστεί από τη σκοπιά άλλων επιστημών<sup>205</sup> (κοινωνικής ανθρωπολογίας, ψυχολογίας, κοινωνιολογίας κλπ) και συνεπώς δεν είναι δυνατόν να πάρουμε θέση στην παρούσα μελέτη.

Αρκεί ωστόσο να επισημάνουμε ότι πρώτον, το επιχείρημα δεν είναι κρίσιμο για το

---

<sup>204</sup> 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.

<sup>205</sup> Βλ. σχετικά με την επίδραση των οικογενειών από ομόφυλα ζευγάρια στην ανατροφή του παιδιού W. FTHENAKIS, *Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften und kindliche Entwicklung*, σε: J. Basedow / K. Hopt / H. Kötz / P/ Dopffel (επιμ.), *Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften*, Tübingen: Mohr Siebeck 2000, 351επ.

ερώτημα περί γάμου, θα ήταν κρίσιμο και καθοριστικό για το ερώτημα περί ομογονεϊκότητας και ιδιαίτερα του αν θα έπρεπε να δικαιούνται δύο ομόφυλοι σύζυγοι να υιοθετήσουν από κοινού. Προς την κατεύθυνση αυτή οφείλει πάντως να σκεφτεί κανείς και ότι, πρώτον, η υιοθεσία επιτρέπεται από ένα και μόνο άτομο, συνεπώς η αρχή ότι είναι προτιμότερη η ανατροφή των παιδιών από τους βιολογικούς τους γονείς, ακόμη και αν δύσκολα μπορεί κανείς να το αμφισβητήσει, δεν ισχύει με τρόπο απόλυτο. Δεύτερον, η δημιουργία περιβάλλοντος ανατροφής παιδιών δεν αποτελεί, όπως εξάλλου και η τεκνοποιία, νομικά αναγνωρισμένο σκοπό του γάμου. Με άλλα λόγια, οι μελλοντικοί δεν υποβάλλονται σε κανενός είδους δοκιμασία προκειμένου να αποδειχτεί η ικανότητά τους να ανατρέφουν παιδιά.

Τέλος, ότι η κοινωνική πραγματικότητα και η φυσική και ανεπηρέαστη από νομικές απαγορεύσεις ικανότητα αναπαραγωγής των ομοφυλόφιλων μπορεί δυνητικά να οδηγήσει στη δημιουργία καταστάσεων, στις οποίες δύο ομόφυλοι σύντροφοι ανατρέφουν από κοινού το βιολογικό (ή και υιοθετημένο) παιδί του ενός. Το ερώτημα πλέον σε αυτή την περίπτωση είναι αν πρέπει να αναγνωρίσουμε νομικά την εν τοις πράγμασι ομογονεϊκότητα. Μπορεί κανείς εύλογα να ισχυριστεί ότι η σημαντικότερη επίδραση του γάμου ομοφύλων στα παιδιά θα είναι απλώς θετική για όσα μεγαλώνουν ήδη σε οικογένειες με ομόφυλα ζευγάρια και δεν θα επηρεάσει αρνητικά τα υπόλοιπα παιδιά.<sup>206</sup> Όσο δε για το επιχείρημα ότι το τέκνο ενός ομόφυλου ζευγαριού θα αντιμετωπίσει την κοινωνική κατακραυγή, το επιχείρημα είναι και εδώ αυτοεπαληθευόμενη προφητεία.

Ακόμη πάντως και αν αποδεχόταν κανείς τον εύλογο και πειστικό ισχυρισμό ότι είναι καλύτερο τα παιδιά να ανατρέφονται από τους βιολογικούς τους γονείς, είναι δύσκολο να βρει κανείς τη σύνδεση αυτής της παραδοχής με την απαγόρευση γάμου ομοφύλων.<sup>207</sup> Έτσι, είναι νοητή η πιθανότητα (νομικά τυποποιημένη σε κάποια από τα κράτη που έχουν εισάγει το γάμο ομοφύλων) να μην επιτρέπεται στα ομόφυλα ζευγάρια η υιοθεσία. Το ζήτημα αυτό μπορεί να διαχωριστεί από εκείνο του γάμου, και όπως ειπώθηκε παραπάνω,

---

<sup>206</sup> Έτσι και το Ανώτατο Δικαστήριο της Μασαχουσέτης στην απόφαση *Goodridge v. Department of Public Health*, Νοέμβριος 2003.

<sup>207</sup> E. GERSTMANN, *Same-sex Marriage and the Constitution*, Cambridge: CUP 2004, 31.

χρήζει ειδικής και εμπειριστατωμένης μελέτης. Ακόμη όμως και αν δεχτούμε ότι δεν πρέπει να επιτραπεί υιοθεσία από ομόφυλους συζύγους, η εξαίρεση αυτή θα μπορούσε να καταγραφεί στο άρθρο 1545 ΑΚ, με την προσθήκη του όρου οι σύζυγοι που δικαιούνται να υιοθετήσουν από κοινού να είναι ετερόφυλοι.<sup>208</sup> Δεν νοείται να αποκλειστούν οι ομόφυλοι σύντροφοι από όλα τα πλεονεκτήματα των ετερόφυλων συζύγων, απλώς και μόνον επειδή υπάρχει αμφιβολία σχετικά με μία και μόνη παρεπόμενη κανονιστική συνέπεια, όπως δεν αποκλείονται για τον ίδιο λόγο οι σύζυγοι κάτω από 30 ή πάνω από 60 χρόνων που δεν δικαιούνται να υιοθετήσουν (άρθρο 1543 ΑΚ).

### **ΣΤ. Ο ομόφυλος 'γάμος' απειλεί το(ν ετερόφυλο) γάμο**

Η δικαιική αναγνώριση του ομόφυλου γάμου –που προφανώς προϋποθέτει και συνεπάγεται την κοινωνική αποδοχή της ομοφυλοφιλίας– θεωρείται από τους πολέμιους της ότι απειλεί την ύπαρξη και σταθερότητα των υφιστάμενων και των μελλοντικών γάμων, αλλά και του γάμου εν γένει ως θεσμού. Κατά μία μάλιστα άποψη, το συνταγματικά προστατευόμενο δικαίωμα του (αποκλειστικά ετερόφυλου) γάμου συνεπάγεται απαγόρευση ακόμη και νομοθετικής πρόβλεψης γάμου ομοφύλων, καθώς ο τελευταίος θα υπέσκαπτε τη θέση του συνταγματική θέση του παραδοσιακού γάμου. Ας εξετάσουμε παρακάτω διεξοδικά το επιχείρημα αυτό, τόσο ως προς τις θεωρητικές του προαποδοχές, όσο και ως προς τις ειδικότερες εκφάνσεις του.

#### *1. Οι θεωρητικές προαποδοχές*

Αν αναλύσουμε λογικά το επιχείρημα, καταλήγουμε ότι υπάρχουν δύο τρόποι, με τους οποίους ο ομόφυλος γάμος θα μπορούσε να θέσει σε διακινδύνευση τον ετερόφυλο.

Ο πρώτος τρόπος είναι να υποθέσουμε ότι μεγάλος αριθμός ατόμων, και μάλιστα συνεχώς αυξανόμενος, θα επέλεγε τον πρώτο από το δεύτερο. Η αποδοχή της πρότασης αυτής ωστόσο προϋποθέτει την παραδοχή ότι ο λόγος σημερινής κυριαρχίας του

---

<sup>208</sup> Άρθρο 1545 εδ. α ΑΚ: «Δεν επιτρέπεται να υιοθετηθεί το ίδιο πρόσωπο ταυτόχρονα από περισσότερους, εκτός αν αυτοί είναι σύζυγοι».

ετερόφυλου μοντέλου είναι η καταπίεση και έλλειψη εναλλακτικών εκδοχών και όχι η ελεύθερη βούληση των συμβαλλομένων. Το να ισχυριζόμαστε λοιπόν ότι ο ομόφυλος γάμος πρέπει να απαγορευτεί (ή να μην προβλεφθεί) επειδή θα βλάψει τον ετερόφυλο, καθώς ο τελευταίος θα επιλέγεται από λιγότερους ανθρώπους, σημαίνει ότι, πρώτον, αναγνωρίζουμε ότι πολλοί -ομοφυλόφιλοι κατά βάση- συνήψαν γάμο λόγω κοινωνικού καταναγκασμού και δεύτερον, επιβραβεύουμε την αναγκαστική αυτή 'επιλογή'. Προτιμούμε με άλλα λόγια, την υποκριτική, και ελλειμματική ως προς τα 'συναισθηματικά' στοιχεία που αναμένεται να τον συνοδεύουν, σύναψη γάμου, η οποία βασίζεται σε μια ανελεύθερη κοινωνικά βούληση ενός ή και των δύο συμβαλλομένων. Σημαίνει επίσης ότι 'φοβόμαστε' αύξηση του ποσοστού των ομοφυλόφιλων λόγω άρσης της δικαικής ανισότητας και της κοινωνικής απαξίας της επιλογής τους. Αν και θεωρούμε απίθανη τη δεύτερη αυτή συνεπαγωγή, η οποία αποκαλύπτει την πίστη όσων την ενστερνίζονται ότι η ετεροφυλοφιλία είναι αναγκαστική, στερούμαστε ωστόσο των απαραίτητων γνωσιολογικών εργαλείων (ψυχολογικών, κοινωνιολογικών, κοινωνιο-ανθρωπολογικών γνώσεων κλπ) για να την κρίνουμε. Από την άποψη του συνταγματικού δικαίου, ωστόσο, δεν μπορούμε παρά να επισημάνουμε ότι η έννοια του συνταγματισμού, ως συλλογικός και ατομικός αυτοκαθορισμός, δεν είναι συμβατός με τον περιορισμό των δυνατοτήτων ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας και επιλογής μορφών ζωής, επειδή οι τελευταίες είναι επενδυμένες με ηθική απαξία. Εξάλλου, ας προκαταλάβουμε και την παρεπόμενη σκέψη ότι μια αύξηση του αριθμού των ομοφυλόφιλων θα επέφερε μείωση του αριθμού των γεννήσεων. Πέραν της προαποδοχής, την οποία δεν ενστερνιζόμαστε, περί υπερβολικού πολλαπλασιασμού των ομόφυλων ζευγαριών, θα μπορούσε να σκεφτεί κανείς ότι, πρώτον, ο πλανήτης πάσχει μάλλον από υπερπληθυσμό και όχι από υπογεννητικότητα, δεύτερον, οι ομοφυλόφιλοι δεν είναι και στείροι και τρίτον, η δικαική αναγνώριση των συμβιώσεών τους θα ενίσχυε την τυχόν επιθυμία τους να αποκτήσουν παιδιά.

Ο δεύτερος τρόπος με τον οποίο ο ομόφυλος γάμος θα έθετε σε διακινδύνευση τον ετερόφυλο θα ήταν η μείωση των κοινωνικών παροχών. Αν υποθέσουμε ότι υπάρχει ένα συγκεκριμένο ποσό χρημάτων ή μια συγκεκριμένη ποσότητα κοινωνικών αγαθών που μπορούν να διανεμηθούν στους έγγαμους συζύγους, η συμπερίληψη και των ομόφυλων, θα σήμαινε τη σμίκρυνση των ατομικών μεριδιών. Και το επιχείρημα αυτό υπονοεί έναν



μεγάλο αριθμό ομόφυλων συζύγων, που κατά τη γνώμη μας δεν ανταποκρίνεται στην πραγματικότητα. Ακόμη όμως και αν δεχόμασταν ότι η ελάττωση του ατομικού μεριδίου γαμικών προνομίων θα ήταν αισθητή, είναι δύσκολο να αποδεχτούμε τον περιορισμό ενός ατομικού δικαιώματος, της ελεύθερης επιλογής συντρόφου, βάσει ατομικιστικών και δημοσιονομικής φύσης σκέψεων. Με άλλα λόγια, στο σημείο αυτό ενεργοποιείται η προερμηνευτική μας επιλογή περί ίσης ελευθερίας, που όπως προαναφέραμε αποτελεί απόρροια της πρόσληψης του Συντάγματος ως νομικής αποτύπωσης των αρχών της ελευθερίας, της ισότητας και της αλληλεγγύης. Στην αντίθετη περίπτωση, αν δηλαδή αποδεχόμασταν ως νομιμοποιητικό λόγο αποκλεισμών από την απόλαυση των ατομικών και κοινωνικών αγαθών την αύξηση των ατομικών μεριδίων, θα αποβάλλαμε την έννοια της αλληλεγγύης και της ισότητας από την έννοια του Συντάγματός μας, αλλά εν τέλει και της ελευθερίας των αποκλεισμένων.

## 2. Οι προσλήψεις του γάμου και η διακινδύνευσή του από τον ομόφυλο εαυτό του

Βάσει των προηγούμενων προαποδοχών μας, σύμφωνα με τις οποίες η δικαική αναγνώριση δεν θα αυξήσει τον αριθμό των ομοφυλόφιλων και πάντως αν το κάνει, αυτό είναι συνταγματικά θεμιτό, αφού θα στηρίζεται στη γενική ελευθερία βούλησης, προτιθέμεθα να αξιολογήσουμε τον ισχυρισμό περί διακινδύνευσης του παραδοσιακού από τον ομόφυλο, ανάλογα με τους τρόπους πρόσληψής του, όπως αυτοί αναλύθηκαν παραπάνω (υπό II.E).

Ο γάμος ομοφύλων όχι μόνον δεν απειλεί τον κλασικό γάμο μεταξύ ετερόφυλων προσώπων, νοούμενο ως σύμβαση, αλλά τον ενδυναμώνει, εφόσον ενισχύει την ελευθερία της συμβατικής βούλησης των συμβαλλομένων πέραν των κοινωνικών καταναγκασμών, και ειδικότερα καθιστά ελεύθερη την επιλογή του ετέρου συμβαλλομένου χωρίς τον έμφυλο περιορισμό, που η κλασική θεωρία του οικογενειακού δικαίου αποδέχεται ως αυταπόδεικτο.

Αν, αντίθετα, εκλάβουμε το γάμο ως ιστορικά αναλλοίωτο θεσμό, τότε είναι προφανές ότι όχι μόνον η ομοφυλία των συζύγων, αλλά, και η ισοτιμία,<sup>209</sup> ο πολιτικός τύπος τέ-

---

<sup>209</sup> Πρβλ. κατά τη συζήτηση του Ν. 1329/83 τη Γενική Εισηγήτρια της Πλειοψηφίας, Κ. ΧΡΙΣΤΟΦΟΡΙΔΟΥ, Πρακτικά Βουλής, Συνεδρίαση ΜΕ΄-16.12.82, 2349, η οποία απαντώντας προφανώς σε σχετικές αιτιάσεις, τόνιζε ότι η καθιέρωση της ισοτιμίας δεν θα βλάψει την οικογένεια.

λεσης και το διαζύγιο, τον απειλούν άμεσα και καταλυτικά. Τέτοια πρόσληψη, ωστόσο καταλήξαμε, δεν είναι πλέον επιτρεπτή λόγω του αυξημένης ισχύος συστήματος συνταγματικών εγγυήσεων. Ο γάμος συνεπώς και ως θεσμός επιβίωσε λόγω της μετάλλαξης του και της συνεχώς ενισχυόμενης ευελιξίας του και μόνον έτσι μπορεί να επιβιώσει, αν δηλαδή προσαρμοστεί σε εναλλακτικά, εξισωτικά και φιλελεύθερα, μοντέλα ανθρώπινης συμβίωσης και οικογενειακής ζωής. Συνεπώς, ο γάμος ως θεσμός κινδυνεύει από το πάγωμα του περιεχομένου του και όχι από τον εμπλουτισμό και τον εκσυγχρονισμό του, ειδικότερα δε, δεν κινδυνεύει από τη συμπερίληψη μιας ακόμη κατηγορίας προσώπων που θα δικαιούνται να κάνουν χρήση του, των ομοφυλοφίλων.<sup>210</sup>

Υποστηρίζεται επίσης ότι ο ομόφυλος υποσκάπτει τον ετερόφυλο γάμο και επειδή η αποδοχή της ομοφυλοφιλίας συνεπάγεται και προϋποθέτει την παραδοχή ότι η σεξουαλική πράξη και τα γεννητικά όργανα του ανθρώπου μπορούν να χρησιμοποιηθούν ως εργαλεία για την ευχαρίστηση αυτού που τα κατέχει.<sup>211</sup> Ωστόσο η άποψη περί ευχαρίστησης επιβιώνει και εντός του ετερόφυλου γάμου, και πάντως, όπως προαναφέρθηκε τέτοιου είδους ζητήματα βρίσκονται -ορθώς- εκτός της δικαιοκτικής ρύθμισης. Η απόρριψη της ομοφυλοφιλίας, εξάλλου, και της δικαιοκτικής της αναγνώρισης οδηγεί συχνά στην πρακτική της εξωσυζυγικής σύναψης ομοφυλοφιλικών σχέσεων με σκοπό την ευχαρίστηση, συνθήκη

---

<sup>210</sup> Προς αυτή την κατεύθυνση η Γ. ΚΡΑΒΑΡΙΤΟΥ, *Φύλο και Δίκαιο. Η προβληματική της βαρύτητας των νομικών ρυθμίσεων στις έμφυλες κοινωνικές σχέσεις*, Αθήνα: Παπαζήση 1996, 122, σημειώνει εύγλωττα: «Οι ελάχιστες ρωγμές στους τοίχους αυτού του οικοδομήματος που λέγεται οικογενειακό δίκαιο, είτε αφορούν δικαιώματα που απορρέουν από ελεύθερη ετεροφυλόφιλη συμβίωση ή ομοφυλόφιλη συμβίωση, είτε από γάμο ομοφυλοφίλων, δεν απειλούν καθόλου της στερεότητά του. Απλώς ίσως προειδοποιούν ότι πρέπει να ενισχυθούν οι αντισεισμικές του βάσεις».

<sup>211</sup> Έτσι FINNIS, *Law, Morality, and "Sexual Orientation"*, 38. Είναι προφανές ότι η άποψη αυτή καταλήγει (ibid, 39επ.) στην απόρριψη κάθε σεξουαλικής πράξης και μεταξύ των συζύγων, η οποία δεν συμβάλει στην αυθεντική ολοκλήρωση και βίωση της εμπειρίας του γάμου, ως εγγενούς και θεμελιώδους ανθρώπινου αγαθού (που προφανώς αφορά μόνον ετερόφυλους).

που υποσκάπτει και απαξιώνει το θεσμό του γάμου εκ των έσω.<sup>212</sup> Αυτός είναι ίσως ο κυριότερος λόγος γιατί οι υποστηρικτές του γάμου ως θεσμού –στο βαθμό που δεν επιλέγουν την καταπίεση του διαφορετικού με κάθε μέσο ή ως αυτοσκοπό- θα έπρεπε να υποστηρίζουν το γάμο ομοφύλων.

Τα παραπάνω επιχειρήματα βρίσκουν εφαρμογή και αν νοήσουμε το γάμο ως ‘μορφή κοινωνικής συμπεριφοράς’, δεδομένου ότι η θεωρία αυτή συνδυάζει τις δύο προηγούμενες. Ειδικότερα, μπορεί να επισημανθεί ότι αν ο γάμος, εμπεριέχει και επενδύει με νομικά προνόμια τη σταθερή συμβίωση, ως άρνηση της πολυγαμίας και της συχνής αλλαγής συντρόφων, τότε η συμπερίληψη των ομοφυλόφιλων σ’ αυτό το μοντέλο συμπεριφοράς αποτελεί σίγουρα ενίσχυσή του. Υπό αυτή την έννοια το συχνά αναφερόμενο επιχείρημα ότι σπάνια οι ομοφυλόφιλοι (άνδρες) επενδύουν σε διαρκείς και σταθερές σχέσεις,<sup>213</sup> προτιμώντας τις ευκαιριακές και πρόσκαιρες, μάλλον ενισχύει την άποψη ότι η δυνατότητα σύναψης γάμου μεταξύ τους θα τόνιζε τα στοιχεία πίστης και αφοσίωσης, που είναι κεντρικά στο γάμο ως μορφή κοινωνικής συμπεριφοράς, αποδυναμώνοντας τις κεντροφύγες τάσεις μιας ελεύθερης συμβίωσης.

Συμπερασματικά, η υποστήριξη του αιτήματος του γάμου ομοφύλων αναμένεται λογικά από εκείνους που επικροτούν το γάμο εν γένει, υπό οποιαδήποτε πρόσληψή του. Αντίθετα, είναι λογικό να αντιμάχονται το αίτημα οι πιο ριζοσπαστικές φωνές, οι οποίες τίθενται κατά του γάμου συνολικά,<sup>214</sup> βάσει της πεποίθησης ότι συνιστά, ιστορικά αλλά και εξ ορισμού, έναν μηχανισμό καταπίεσης και αναπαραγωγής της κοινωνικής ανισότητας και ανελευθερίας.<sup>215</sup> Σύμφωνα με την άποψη αυτή η διεκδίκησή του παγιδεύει τους

<sup>212</sup> Βλ. και τη συζήτηση σε ΠΑΠΑΔΟΠΟΥΛΟΥ, *Η μη αναγνώριση των Ομόφυλων Ζευγαριών ως «Οικογένειας»* 35επ.

<sup>213</sup> Έτσι FINNIS, *Law, Morality, and “Sexual Orientation”*, 40.

<sup>214</sup> Πρβλ. για τα κοινωνικά κινήματα αμφισβήτησης της οικογένειας, αλλά και την αντίσταση του θεσμού αυτού Π. Παραρά, *Η αναβάθμιση του ρόλου της οικογένειας στο κοινωνικό κράτος δικαίου*, ΔτΑ 13/2002, 89επ. (91επ).

<sup>215</sup> ΑΝΔΡΟΥΛΙΑΚΗ-ΔΗΜΗΤΡΙΑΔΗ, *Επιδράσεις της αρχής της ισότητας των φύλων στο θεσμοθετημένο πρότυπο της έγγαμης συμβίωσης*, 134.

ομοφυλόφιλους σε παραδοσιακούς και εγγενώς προβληματικούς και άνισους τρόπους ζωής<sup>216</sup> και αποτελεί μορφή ενσωμάτωσής τους σε παραδοσιακά κοινωνικά μοντέλα.

## VI. ΕΚΕΙ ΠΟΥ Η ΝΟΜΙΚΗ ΕΠΙΧΕΙΡΗΜΑΤΟΛΟΓΙΑ ΒΡΙΣΚΕΙ ΤΑ ΌΡΙΑ ΤΗΣ

### A. Κοινωνία και Δίκαιο: μια διαλεκτική σχέση

Η ανάλυση που προηγήθηκε καταλήγει στο συμπέρασμα ότι δεν συντρέχει κάποιος δικαιολογητικός λόγος, στηριζόμενος σε βιολογική ή λειτουργική διαφορά μεταξύ των φύλων, που να δικαιολογεί την έμφυλη πρόσληψη του γάμου και τη δικαιική επικύρωση του νομιναλιστικού επιχειρήματος. Ο γάμος ως θεσμός, συνεπώς, πρέπει να νοείται ουδέτερος ως προς το φύλο των συμβαλλομένων. Διαφορετικά έρχεται σε σύγκρουση με τη γενική αρχή της ισότητας, την ειδική της έκφραση της αρχής της ισότητας των φύλων και την απαγόρευση αρνητικών διακρίσεων λόγω ερωτικών επιλογών, σε συνδυασμό με τις αρχές της ανθρώπινης αξιοπρέπειας και της ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας. Το ερώτημα που αναδύεται, ενόψει της κρατούσας πρόσληψης του γάμου ως σύμβασης ετεροφύλων, είναι αν και πώς η θέση της παρούσας μπορεί να υλοποιηθεί.

Η αλλαγή στη δικαιική αναπαράσταση του γάμου, ώστε ο τελευταίος να είναι θεσμός ουδέτερος ως προς το κριτήριο 'φύλο', μπορεί να συμβεί είτε μέσα από μια συνεπή λογικά και απελευθερωμένη από τις κοινωνικές προκαταλήψεις σύλληψη και αποτύπωση της κανονιστικής του έννοιας, μέσω νομοθετικής ρύθμισης ή δικαστικής κρίσης, είτε μετά από και λόγω της επίμονης και πειστικής αλλαγής των κοινωνικών δεδομένων. Το δεύτερο είναι μάλλον αυτονόητο· το πρώτο, ωστόσο, εγείρει σίγουρα αμφιβολίες αν και κατά πόσο θα απολάμβανε 'νομιμοποίησης'.

Όπως κάθε φορά που ένα θέμα αγγίζει ευαίσθητα ηθικά, κοινωνικά και ιδεολογικοπολιτικά δεδομένα,<sup>217</sup> τα ερωτήματα που εγείρονται είναι δύο: πρώτον, αν νομιμοποιείται ο

---

<sup>216</sup> Βλ. χαρακτηριστικά από φεμινιστική οπτική γωνία R. AUCHMUTY. *Same-sex marriage revived: Feminist critique and legal strategy*, *Feminism and Psychology* 2004, 101-126· C. CARD, *Against Marriage*, σε: J. Corvino (επιμ.), *Same Sex: Debating the Ethics, Science and Culture of Homosexuality*, Lanham, Md: Rowman & Littlefield, 1997, 317επ. (320).

<sup>217</sup> Αντίστοιχα ερωτήματα είχαν εγερθεί και όταν είχε αναδυθεί το ερώτημα σχετικά με το επιτρεπτό ή όχι του θρησκευάτος στις ταυτότητες· πρβλ. σχετικά Λ. ΠΑΠΑΔΟΠΟΥΛΟΥ, *Περί του θρησκευάτος των ταυτοτήτων*, ΤοΣ 4-5/2000, 675επ. (718επ.)

νομοθέτης να προβεί σε νομοθετικές αλλαγές που πιθανόν να μην έχουν τη συναίνεση όλης της κοινωνίας. Δεύτερον, αν δικαιούται ο εφαρμοστής (διοίκηση και δικαστήρια) να προβούν σε τέτοια ερμηνεία των κανονιστικών δεδομένων που να καταλήγουν σε αναγνώριση νομικών δικαιωμάτων, που ο νομοθέτης (και η κοινωνική πλειοψηφία) δεν έχει ακόμη επικυρώσει.

### 1. Η νομιμοποίηση του νομοθέτη

Η απάντηση που δίνει κανείς στο ερώτημα αν ο νομοθέτης νομιμοποιείται να υπερβαίνει τα εσκαμμένα της κοινωνίας ή αντίθετα είναι απολύτως δεσμευμένος από αυτά ανάγεται σε προεπιλογές πολιτικής θεωρίας και ιδεολογίας. Η αυτονομία της πολιτικής και η βουλευσιαρχική πρόσληψή της συντείνουν προς τη θετική απάντηση. Το δίκαιο σε αυτή την περίπτωση αποτελεί εργαλείο κοινωνικών αλλαγών, υπερβαίνοντας τις κατεστημένες κοινωνικές αντιλήψεις. Η αρνητική απάντηση υπερασπίζεται την εξάρτηση της πολιτικής και κατά συνέπεια δικαιοκτικής πρότασης από την κρατούσα κοινωνική αντίληψη. Όσο η τελευταία δεν αλλάζει, και μάλιστα κατά πλειοψηφία, η πρώτη αποβάλλει τη νομιμοποίησή της. Ενδεχόμενη είναι βέβαια και η ακραιφνώς αντιδραστική εκδοχή: ο νομοθέτης δεν ακολουθήσει καν την κοινωνία και τη μετεξέλιξη των κοινωνικών αντιλήψεων και πρακτικών, αφήνοντας ακάλυπτες νομικές τις νέες κοινωνικές ανάγκες.

Σε κάθε περίπτωση το δίκαιο επιτελεί το νομιμοποιητικό, παιδαγωγικό και ιδεολογικό αλλά και συμβολικό του ρόλο<sup>218</sup>: είτε των κυρίαρχων είτε των αναδυόμενων κοινωνικών αντιλήψεων. Η επιλογή ανάμεσα στην πρώτη και τη δεύτερη εκδοχή είναι βαθιά πολιτική

---

<sup>218</sup> Έτσι εξηγείται ότι το αίτημα των ομοφυλοφιλικών οργανώσεων για αναγνώριση του ομόφυλου γάμου εκφράζεται, όπως σημειώνει με σημασία η ΚΑΝΤΣΑ, *Γαμήλιες στρατηγικές: Ορατές πολιτικές, αθέατες παραδοχές*, 3, όχι μόνον με όρους ισονομίας και ισοπολιτείας, αλλά και «με όρους κοινωνικής αναγνώρισης, ένταξης και αποδοχής». Ο πολιτικός γάμος (θεωρείται ότι) «θα δείξει ότι τα ζευγάρια ίδιου φύλου έχουμε σχέσεις βάθους και διάρκειας», «θα συμβάλει στην ορατότητά μας», «θα λειτουργήσει καταξιοτικά και αποστιγματιστικά για γυναίκες και άνδρες με ομοερωτικό προσανατολισμό», «θα διαμορφώσει θετικά την εικόνα μας στην κοινωνία».

και φιλοσοφική και σηματοδοτεί τη γραμμή ανάμεσα στην πρόοδο και τη συντήρηση.

Χαρακτηριστικό παράδειγμα αποτελεί η αρχή της ισότητας των φύλων, έκφανση της οποίας είναι, όπως υποστηρίξαμε, και το θέμα της παρούσας μελέτης. Σύμφωνα με την προοδευτική προσέγγιση του Μάνεση,<sup>219</sup> θα αρκούσε η γενική αρχή της ισότητας για απόδοση εκλογικών δικαιωμάτων στις γυναίκες μέσω νομοθετικής πρόβλεψης. Και αυτό παρά το γεγονός ότι δύσκολα θα μπορούσε να υποστηριχθεί πως μια τέτοια πρόβλεψη θα ανταποκρινόταν στις κρατούσες κοινωνικές αντιλήψεις. Επικράτησε, ωστόσο, η αντίθετη προσέγγιση.

Από την άλλη, ειδικά σε θέματα ιδιωτικού, και δη οικογενειακού δικαίου, αν οι αποφάσεις του νομοθέτη -παρά τη δημοκρατική του νομιμοποίηση- δεν αντανακλούν, αλλά υπερβαίνουν τη βούληση και τις κοινωνικές αντιλήψεις του λαού, η μεταρρύθμιση του δικαίου «κινδυνεύει να μην είναι επαρκώς αποτελεσματική μέχρις ότου πεισθούν –ή πιεσθούν να πεισθούν- για την αναγκαιότητά της οι ενδιαφερόμενοι».<sup>220</sup> Το δίκαιο βρίσκεται, συνεπώς, αναγκαστικά σε μια διαλεκτική σχέση με τις πολυμορφικές κοινωνικές αντιλήψεις· μπορεί έτσι να χρησιμοποιηθεί και για να προωθηθεί μια ιδεολογία διαφορετική από αυτή που κυριαρχεί μέσα στον κοινωνικό σχηματισμό.<sup>221</sup> Εξάλλου, παράλληλα με την κανονιστική-καταναγκαστική και την ιδεολογική - 'νομιμοποιητική' του λειτουργία,<sup>222</sup> το δίκαιο

<sup>219</sup> Ο ΜΑΝΕΣΗΣ, *Η συνταγματική καθιέρωση της ισονομίας ανδρών και γυναικών*, 14, αναφέρει με τρόπο μάλλον αποδοκιμαστικό το γεγονός ότι «ενώ επί ενάμιση και πλέον αιώνα τα εκάστοτε ισχύσαντα ελληνικά Συντάγματα ... καθιέρωναν την αρχή της ισότητας –και, επίσης, από το 1864, την καθολική ψηφοφορία- η εκλογική νομοθεσία δεν αναγνώριζε πολιτικά δικαιώματα στις γυναίκες. Και χρειάστηκε να θεσπιστεί ειδική διάταξη –«ερμηνευτική δήλωση»- στο Σύνταγμα του 1952 (άρθρο 70) για να αποκτήσουν οι γυναίκες βάσει αυτής, στη συνέχεια, με το νόμο 2159/1952, το δικαίωμα του εκλέγειν και του εκλέγεσθαι στις βουλευτικές εκλογές», ενώ αντίστοιχα διάταξη χρειάστηκε στο Σ. 1975 (άρθρο 4 παρ. 2) για να αρθούν οι ανισότητες στο ιδιωτικό δίκαιο.

<sup>220</sup> ΜΑΝΕΣΗΣ, *Η συνταγματική καθιέρωση της ισονομίας ανδρών και γυναικών*, 31. Νοώντας το δίκαιο ως εργαλείο κοινωνικών αλλαγών ο ίδιος σημειώνει επίσης ότι «η ιδεολογική λειτουργία του δικαίου, που αποσκοπεί στην αλλαγή των συνειδήσεων, θα επιφέρει την βαθμιαία εξάλειψη των καθυστερημένων οικογενειακών ηθών».

<sup>221</sup> ΠΑΠΑΧΡΙΣΤΟΥ, *Ισονομία των φύλων και 'παράδοση'*, 122.

<sup>222</sup> Α. ΜΑΝΕΣΗΣ, *Συνταγματικό Δίκαιο*, τ. Α', Θεσσαλονίκη: Σάκκουλα 1980, 75επ.

ασκεί και μια ανθρωπολογική λειτουργία, δημιουργώντας κουλτούρα, πολιτισμό και υποκειμενικότητες,<sup>223</sup> καθώς «είναι εγγενές στη διαμόρφωση του ατομικού υποκειμένου και βρίσκεται στο κέντρο της συμβολικής τάξης, σε σχέση με την οποία διαμορφώνεται η ατομική ταυτότητα».<sup>224</sup> Η επιλογή αποδοχής μίας μόνον ή ποικίλων ταυτοτήτων αποτελεί ζήτημα που σχετίζεται άμεσα με τα όρια, τις αντοχές και το περιεχόμενο του φιλελευθερισμού της ίδιας της Πολιτείας.

Κατά συνέπεια, η επιλογή του νομοθέτη ποιες κοινωνικές αντιλήψεις θα προωθήσει υπόκειται σε δικαυκή κριτική, αλλά παραμένει τελικά κρίση πολιτική. Και πάντως, η προσήλωσή του στα 'παραδοσιακά' οικογενειακά ήθη δεν αποτελεί επιβαλλόμενη από το σεβασμό στην 'παράδοση' νομική επιταγή, αλλά σαφή πολιτική επιλογή, προσδιορισμένη από τον συγκεκριμένο συσχετισμό των κοινωνικών και πολιτικών δυνάμεων.<sup>225</sup>

## 2. Η νομιμοποίηση του δικαστή

Η παραπάνω θέση περί πλουραλιστικών πολιτικών επιλογών του νομοθέτη δεν σημαίνει, ωστόσο, στο θεσμικό περιβάλλον της συνταγματικής, δηλαδή φιλελεύθερης δημοκρατίας, ότι οι επιλογές του δεν γνωρίζουν όρια και εφαρμόζονται ανεξέλεγκτα. Η δημοκρατική αρχή νοείται όχι μόνον ως πλειοψηφική διαδικασία, αλλά και ως προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Τα τελευταία ισχύουν για χάρη και προς το συμφέρον του συνόλου των πολιτών,<sup>226</sup> η προστατευτική τους λειτουργία, ωστόσο, καθίσταται εμφανέστερη και επιτακτικότερη όταν ενεργοποιείται υπέρ των αδυνάτων και των μειοψηφιών.<sup>227</sup> Στο σύστημα αυτό, η ελευθερία αποτελεί συνταγματικό αγαθό καθεαυτό και προστατεύεται

<sup>223</sup> ΚΡΑΒΑΡΙΤΟΥ, *Οι συναισθηματικοί δεσμοί ως εκφάνσεις των θεμελιωδών δικαιωμάτων*, 269, υποσ. 16.

<sup>224</sup> ΚΡΑΒΑΡΙΤΟΥ, *ibid*, 255.

<sup>225</sup> ΠΑΠΑΧΡΙΣΤΟΥ, *Ισονομία των φύλων και 'παράδοση'*, 122.

<sup>226</sup> ΜΑΝΕΣΗ, *Συνταγματικά Δικαιώματα, Α' Ατομικές Ελευθερίες*, ό.π., σ. 33.

<sup>227</sup> Κ. HESSE, ό.π., 65, αρ. περ. 154.

ακόμη και με υποχώρηση της πλειοψηφικής αρχής<sup>228</sup>. Η συνταγματική δημοκρατία<sup>229</sup> συνεπώς έχει μετατραπεί σε ένα μικτό μάλλον πολίτευμα με ισχυρά αντιπλειοψηφικά, αριστοκρατικά, θα μπορούσε κανείς να πει, στοιχεία, όπως τα δικαστήρια και οι ανεξάρτητες αρχές, στοιχεία που αποσκοπούν στην εύρυθμη λειτουργία του Κράτους Δικαίου, και δη με την ουσιαστική έννοια του τελευταίου.<sup>230</sup>

Αν και τα παραπάνω δύσκολα μπορούν να αμφισβητηθούν, δεν δίνουν ρητή και μονοσήμαντη απάντηση στο ερώτημα αν νομιμοποιούνταν σήμερα η δικαστική εξουσία να κρίνει νόμιμο έναν γάμο ομοφύλων, ενόψει της κρατούσας κοινωνικής αντίληψης ότι γάμος νοείται μόνον μεταξύ ετεροφύλων.

Η αρνητική απάντηση ανάγεται στη δημοκρατική αρχή υπό τη διαδικαστική εκδοχή της: νομιμοποιημένος να επιφέρει μια τόσο ριζική αλλαγή στην έννοια του γάμου (όπως και σε άλλες συνταγματικές έννοιες) είναι μόνον ο δημοκρατικά νομιμοποιημένος νομοθέτης και όχι ο δικαστής ή η διοίκηση.<sup>231</sup> Υπό μια πιο μετριοπαθή εκδοχή της άποψης αυτής, νέα δικαιώματα μπορούν να προκύψουν, αλλά μόνον μέσα από κοινωνικούς αγώνες και αφότου έχει προηγηθεί η κοινωνική καταξίωση των αντίστοιχων αιτημάτων.<sup>232</sup>

Υπέρ της θετικής απάντησης συνηγορεί η κανονιστικότητα<sup>233</sup> του Συντάγματος. Και

<sup>228</sup> Π. ΣΟΥΡΛΑ, *Η διαπλοκή δικαίου και πολιτικής και η θεμελίωση των νομικών κρίσεων*, Αθήνα-Κομοτηνή 1989, σ. 174.

<sup>229</sup> Όπως παρατηρεί ο Δ. ΤΣΑΤΣΟΣ, *Συνταγματικό Δίκαιο. Θεωρητικό θεμέλιο*, 151, «το κύριο πεδίο περιορισμών των αρμοδιοτήτων του λαού είναι η προστασία της μειοψηφίας. Πρόκειται, όμως, για περιορισμούς μόνο από τυπική άποψη, διότι στην ουσία αποτελούν εγγυήσεις που διασφαλίζουν στη λαϊκή κυριαρχία την αέναη αναπαραγωγή και έκφρασή της».

<sup>230</sup> Για το Κράτος Δικαίου βλ. αντί άλλων Α. ΜΑΝΙΤΑΚΗ, *Κράτος Δικαίου και δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας*, Θεσσαλονίκη 1994, *passim*.

<sup>231</sup> Πρβλ. σχετικά με την αντιπαράθεση -σε αμερικανικό πάντως συγκείμενο- μεταξύ της συντηρητικής συνταγματικής θεωρίας, που επιμένει στην ιστορική ερμηνεία, την προσκόλληση στην παράδοση και το δικαστικό αυτοπεριορισμό (*originalism*, *traditionalism*, *self-restraint*) με υπογράμμιση της αρμοδιότητας του νομοθέτη από τη μια και της φιλελεύθερης συνταγματικής θεωρίας, που αναγνωρίζει τον πολιτικό ρόλο του δικαστή και την αποδέσμευση από το ιστορικό νόημα της συνταγματικής διάταξης από την άλλη σε: J. EISFELD, *Liberalismus und Konservatismus*, Tübingen: Mohr Siebeck 2006, *passim* και ιδίως 42επ.

<sup>232</sup> ΚΑΤΡΟΥΓΚΑΛΟΥ, 3+1 *Θέσεις για το 'Γάμο των Ομοφύλων'*.

<sup>233</sup> Πρβλ. Α. ΜΑΝΙΤΑΚΗ, *Ιστορικά γνωρίσματα και λογικά προαπαιτούμενα του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων στην Ελλάδα*, σε: Τιμητικό τόμο Κ. Μπέη, Αθήνα: Αντ. Σάκκουλας 2003, 3121επ. και σε: ΤοΣ 2003, 13επ. (21επ), ο οποίος τονίζει (22) και τη συστατική ως προς τη νομική κανονιστικότητα του Συντάγματος λειτουργία του δικαστικού ελέγχου.



συγκεκριμένα: τόσο η γενική αρχή της ισότητας,<sup>234</sup> όσο και η αρχή της ισότητας των φύλων<sup>235</sup> αποτελούν κανόνες δικαίου αυξημένης τυπικής ισχύος, οι οποίοι δεσμεύουν όλα τα συντεταγμένα όργανα του κράτους, τόσο αυτά που καλούνται να εφαρμόσουν το νόμο – διοίκηση<sup>236</sup> και δικαστήρια– όσο και εκείνα που είναι ταγμένα από το Σύνταγμα να θεσπίζουν νόμους ή ισότιμες νομοθετικές πράξεις. Το δικαίωμα στο γάμο δεν είναι ένα νέο δικαίωμα· δεν καλείται δηλαδή ο δικαστής να προβεί σε «νομική παρθενογένεση».<sup>237</sup> Αντίθετα, είναι δικαίωμα παλιό και καταξιωμένο στην κοινωνική συνείδηση. Το μόνο που καλείται να κάνει ο δικαστής –και κατά τη γνώμη μας δικαιούται και υποχρεούται από το Σύνταγμα να το κάνει– είναι να καταργήσει τους έμφυλους περιορισμούς του και έτσι να το καταστήσει προσβάσιμο για όλους τους πολίτες, ανεξαρτήτως ερωτικού προσανατολισμού. Ας μην ξεχνάμε ότι πρόκειται τόσο για ατομικό όσο και για κοινωνικό δικαίωμα, και

<sup>234</sup> Α. ΜΑΝΙΤΑΚΗ, *Συνταγματικές ελευθερίες*, Πανεπιστημιακές Παραδόσεις, Θεσσαλονίκη 1987, 36-7.

<sup>235</sup> ΑΝΔΡΟΥΛΙΑΔΑΚΗ-ΔΗΜΗΤΡΙΑΔΟΥ, *Οι ισότιμοι σύζυγοι*, 102.

<sup>236</sup> Αντίστοιχο είναι το παράδειγμα του τύπου τέλεσης του γάμου. Μέχρι το 1982 ρητά προβλεπόταν μόνον ο θρησκευτικός τύπος, ο οποίος ωστόσο ερχόταν σε αντίθεση με τη θρησκευτική ελευθερία (Α. ΜΑΝΕΣΗ, *Ατομικές ελευθερίες* 31981, 258επ· έτσι και αιτιολογική έκθεση του νόμου με τον οποίο εισήχθη ο πολιτικός τύπος). Ωστόσο, και πριν τη θέσπιση πολιτικού τύπου, με σύμφωνη με το Σύνταγμα ερμηνεία του νόμου είχε ορθώς υποστηριχτεί ότι μπορούσε να καταρτιστεί γάμος με δήλωση στο ληξίαρχο (βλ. Α. ΓΕΩΡΓΙΑΔΗ, *Ο γάμος του αθέου*, *Αρμενόπουλος* 26/1972, 385επ., 389). Συνεπώς βάσει αυτής της ερμηνείας θα έπρεπε ο ληξίαρχος να δεχτεί την ενώπιόν του σύναψη γάμου παρότι δεν προβλεπόταν ρητά από το νόμο. Άρνησή του θα συνέτεινε στην παραβίαση του θεμελιώδους δικαιώματος της θρησκευτικής ελευθερίας. Ένα πρόσθετο επιχείρημα προς αυτή την κατεύθυνση ήταν και η παρατήρηση ότι ελλείψει πολιτικού τύπου άθεοι και άθρησκοι αναγκάζονταν να υποβάλλονται στο θρησκευτικό τύπο, γεγονός που «εμείωνε το σεβασμό που οφείλεται στα θρησκευτικά μυστήρια, εξαναγκάζοντας πρόσωπα που δεν πίστευαν σ' αυτά να προσποιούνται ότι συμπράττουν στην τέλεσή τους» (ΚΟΥΜΑΝΤΟΥ, *Οικογενειακό Δίκαιο*, 59). Το τελευταίο επιχείρημα ισχύει και για τους γάμους ομοφύλων: στο βαθμό που η ομοερωτική επιλογή δεν απολαμβάνει ίσης ελευθερίας με την ετεροφυλοφιλική πολλοί ομοφυλόφιλοι συνάπτουν γάμο με ετερόφυλα άτομα, υποσκάπτοντας ουσιαστικά εκ των έσω το θεσμό.

<sup>237</sup> Τον όρο χρησιμοποιεί ο ΚΑΤΡΟΥΓΚΑΛΟΣ, 3+1 *Θέσεις για το 'Γάμο των Ομοφύλων'*.

στην Ελλάδα ο ρόλος του δικαστή στην ανάδειξη και θεμελίωση των κοινωνικών δικαιωμάτων υπήρξε καθοριστικός.<sup>238</sup> Υπέρ της νομιμοποίησης του δικαστή στη συγκεκριμένη περίπτωση συνηγορεί, τέλος, η σκέψη ότι η αναγνώριση του γάμου ομοφύλων ουδόλως θίγει τα δικαιώματα και τους όρους σύναψης γάμου μεταξύ ετεροφύλων.<sup>239</sup>

Και η νομολογία βρίσκεται συνεπώς ενώπιον ενός (αντίστοιχου με εκείνο της νομοθετικής εξουσίας) διλήμματος: να υπερβεί το κοινό αίσθημα και τη μέση αντίληψη<sup>240</sup> σχετικά με την έννοια του γάμου, προκειμένου να επικυρώσει μια πιο εξισωτική και συμπεριληπτική πρόσληψη ενός θεμελιώδους δικαιώματος ή να υπακούσει στην «ενστικτώδη μέριμνά της για τη συντήρηση της καθεστηκίας τάξης πραγμάτων και την αποφυγή αναστάτωσης στις υπάρχουσες έννομες σχέσεις, τόσο του ιδιωτικού όσο και του δημοσίου δικαίου», η οποία είναι συχνά «μεγαλύτερη από την ευαισθησία της απέναντι σε παραβιάσεις της γενικής αρχής της ισότητας»;<sup>241</sup>

Η επιχειρηματολογία υπέρ της αναγνώρισης γάμου ομοφύλων απηχεί έναν φιλελεύθερο λόγο περί ισότητας με αναφορά στα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις του πολίτη και της πολιτίδας και με όρους σεξουαλικότητας (“sexual citizenship”).<sup>242</sup> Η ερωτική πολι-

<sup>238</sup> ΠΑΡΑΡΑ, *Η αναβάθμιση του ρόλου της οικογένειας στο κοινωνικό κράτος δικαίου*, 97.

<sup>239</sup> Αν ίσχυε μια φορά για τον εκσυγχρονισμό του οικογενειακού δικαίου του 1983 που επέφερε αλλαγές σε όλα τα έγγραφα ζευγάρια, ότι είχε ανοικτό χαρακτήρα και πρότεινε «ένα ευρύ φάσμα ‘παραδειγμάτων’ σχετικά με την οικογενειακή συμπεριφορά χωρίς και να εξαναγκάζουν τον πολίτη να προσαρμόσει τη συμπεριφορά του στα καινούρια πρότυπα», όπως σημείωνε ο ΠΑΠΑΧΡΙΣΤΟΥ, *Ισονομία των φύλων και ‘παράδοση’*, 125, η επέκταση του πεδίου εφαρμογής του θεσμού του γάμου προκειμένου να συμπεριλάβει και τους ομοφυλόφιλους, κανέναν καταναγκασμό δεν συνεπάγεται για τους ετεροφυλόφιλους.

<sup>240</sup> Αντίθετη σε αυτό η ΠΡΕΒΕΔΟΥΡΟΥ, *Το Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων και ο ‘δικαστικός ακτιβισμός’*, 468, η οποία αναφορικά με το ΔΕΚ γράφει: «Οι δικαστικές αποφάσεις βεβαίως δεν διαμορφώνουν, αλλά οφείλουν να απηχούν τις κρατούσες κοινωνικές και πολιτικές αξίες της εποχής, διαφορετικά μειώνεται η νομιμοποίηση και το κύρος της δικαστικής εξουσίας».

<sup>241</sup> Όπως χαρακτηριστικά σημείωνε ο ΜΑΝΕΣΗΣ, *Η συνταγματική καθιέρωση της ισονομίας ανδρών και γυναικών*, 12-13, για να στιγματίσει την ανοχή εκ μέρους των δικαστηρίων πολλών παραβιάσεων της αρχής της ισότητας των φύλων.

<sup>242</sup> Όπως σημειώνει η Β. ΚΑΝΤΣΑ, *Γαμήλιες στρατηγικές: Ορατές πολιτικές, αθέατες παραδοχές*, 4, τον όρο εισήγαγε ο ιστορικός J. WEEKS βασισμένος στην πρόσληψη της «ιδιότητας του πολίτη με όρους σχέσεων οικειότητας» (‘intimate citizenship’) που πρότεινε ο κοινωνιολόγος Κ. PLUMMER, *Intimate Citizenship and the Culture of Sexual Story Telling*, σε: J. WEEKS / J. HOLLAND (επιμ.), *Sexual Cultures. Communities, Values and Intimacy*, New York: St. Martin’s Press 1996, 34επ. (45), για να αναφερθεί «σε ένα πεδίο διεκδικήσεων με αναφορά στο σώμα, τη σχέση και τη σεξουαλικότητα». Για τη σχέση σεξουαλικότητας και σχέσεων εξουσίας προβλ. και ΜΗΤΑ, *Σεξουαλικότητα και συνταγματικές ελευθερίες*, 850επ.

τότητα βρίσκεται σε άμεση συνάρτηση με την πολιτική πολιτότητα. Όπως έγραφε εκ βαθέων ο Δοκουμετζίδης, «[μ]όνο όποιος νιώθει ελεύθερος στην ερωτική του ζωή, απαλλαγμένος από καταπιέσεις και διωγμούς, μπορεί να ισχυρισθεί ότι είναι ελεύθερος και στον κοινωνικό και πολιτικό του βίο».<sup>243</sup> Και αυτό επειδή τον πολίτη «δεν τον καθορίζουν μόνο οι αξίες της δημόσιας σφαίρας αλλά τον σφυρηλατούν και οι αξίες της ιδιωτικής»,<sup>244</sup> οι οποίες στη θετικότητά τους έχουν ως στόχο την απάλειψη των ανισοτήτων.

Παραφράζοντας την καίρια επισήμανση του Παπαχρίστου,<sup>245</sup> θα κατέληγε κανείς ότι είναι αστήρικτοι οι φόβοι, ότι μια πιθανή ερμηνεία του ΑΚ και του Συντάγματος τέτοια που να δέχεται ως έγκυρο το γάμο ομοφύλων μπορεί να οδηγήσει σε κάποιο «βιασμό της λαϊκής θέλησης»: το βιασμό αυτό βιώνουν, με το πρόσχημα του σεβασμού στην ‘παράδοση’, οι ομοφυλόφιλοι, οι οποίοι ζουν, αιώνες τώρα, σε ένα ανελεύθερο νομικό καθεστώς.

Συνεπώς, όπως πολύ εύστοχα, παρατηρεί η Κραβαρίτου, «[η] αναγνώριση των συναισθηματικών δεσμών από το δίκαιο ... [εγγράφεται] στη διεύρυνση της Δημοκρατίας».<sup>246</sup> Αν αυτό γίνει κατανοητό, τότε η πλασματική εν πολλοίς αντίφαση μεταξύ δημοκρατίας

---

<sup>243</sup> ΔΟΚΟΥΜΕΤΖΙΔΗ, *Η σεξουαλική ελευθερία*.367.

<sup>244</sup> ΚΡΑΒΑΡΙΤΟΥ, *Φύλο και Δίκαιο*, 125, η οποία συνεχίζει: «Αυτό βέβαια δεν σημαίνει αφομοίωση του ενός φύλου από το άλλο –λόγου χάρη τον εξανδρισμό των γυναικών ή το αντίθετο- :οποία φτώχεια τότε και ισοπέδωση! Σημαίνει την απάλειψη της λόγω φύλου αδικίας και τον αναπροσδιορισμό επί τω δικαιωτέρω των ανθρωπίνων σχέσεων.»

<sup>245</sup> «Κάθε, λοιπόν, φόβος ότι το νέο οικογενειακό δίκαιο μπορεί, στο πλαίσιο της ‘παιδαγωγικής’ του λειτουργίας, να οδηγήσει σε κάποιο βιασμό της λαϊκής θέλησης, είναι αστήρικτος. Αντίθετα, ο βιασμός αυτός επαναλαμβανόταν για χρόνια τώρα σε βάρος ολόκληρου του γυναικείου πληθυσμού, που με το πρόσχημα του σεβασμού στην ‘παράδοση’ βρισκόταν κάτω από ένα ανελεύθερο νομικό καθεστώς» (ΠΑΠΑΧΡΙΣΤΟΥ, *Ισονομία των φύλων και ‘παράδοση’*, 125).

<sup>246</sup> ΚΡΑΒΑΡΙΤΟΥ, *Οι συναισθηματικοί δεσμοί ως εκφάνσεις των θεμελιωδών δικαιωμάτων*, 263.

και προσωπικής ελευθερίας, μεταξύ δημοκρατικής και φιλελεύθερης πρόσληψης των δικαιωμάτων, αποβάλλει το μανιχαϊστικό της μανδύα. Η ελευθερία γίνεται προϋπόθεση της Δημοκρατίας.

## **B. Πέραν της νομιμότητας και της νομιμοποίησης: το κανονιστικό βάρος των συναισθημάτων**

Η τελευταία παρατήρηση μας κάνει να συνειδητοποιήσουμε ότι υπάρχει κάτι πέραν των κλασικών νομικών ή δικαιοπολιτικών επιχειρημάτων. Η στάση του κάθε ερμηνευτή του Συντάγματος απέναντι σε κοινωνικά ευαίσθητα ζητήματα ανάγεται σε ένα ανθρωπολογικό και πολιτισμικό υπόβαθρο. Τα νομικά επιχειρήματα συνιστούν –και αυτά– έκφραση και έκφραση αυτής ακριβώς της πολιτισμικής ταυτότητας ή ετερότητας. Ως τέτοια, συνδιαμορφώνουν την πρόσληψη των κοινωνικών φαινομένων, αλλά εμμέσως και τα ίδια τα φαινόμενα. Στο κρίσιμο σημείο, όπου τα νομικά επιχειρήματα, μας οδηγούν σε περισσότερες εύλογες εκδοχές, τη σκυτάλη της νομικής απόφασης παίρνει συχνά, ακόμη και ανεπαίσθητα, η διαίσθηση και το συναίσθημα.

Αναρωτιέμαι, έτσι, αν κρίναμε *σήμερα*, τις καθόλα σύμφωνες με την κρατούσα κοινωνική αντίληψη *εκείνης* της εποχής απορριπτικές αποφάσεις τόσο του βελγικού ακυρωτικού του 1889 όσο και του ΣτΕ του 1929,<sup>247</sup> που απέκλεισαν από την άσκηση του επαγγέλματος δύο γυναίκες λόγω φύλου, σε τι συμπέρασμα θα καταλήγαμε;<sup>248</sup>

<sup>247</sup> Πρόκειται για την σε αρμονία με την κοινή αντίληψη αλλά και νομική πρόσληψη της αρχής της ισότητας των φύλων την εποχή εκείνη απόφαση του ΣτΕ 42/1929, η οποία στηριζόμενη στο 'πνεύμα' του νόμου είχε απορρίψει την αίτηση ακύρωσης της Αγνής Ρουσοπούλου, στην οποία δεν είχε επιτραπεί λόγω φύλου να συμμετάσχει στις εξετάσεις εισηγητών του ίδιου δικαστηρίου. (Η υπόθεση αναφέρεται σε: ΚΑΣΙΜΑΤΗ, *Το ζήτημα της 'τριτενέργειας' των ατομικών και κοινωνικών δικαιωμάτων*, 25 (με αναφορά και σε: Πορίσματα Νομολογίας του Συμβουλίου της Επικρατείας 1929-1959, 71).

<sup>248</sup> Έχω την αίσθηση ότι απαξιωτικά κρίνει την απόφαση του ΣτΕ ο ΠΑΠΑΧΡΙΣΤΟΣ, *Ισονομία των φύλων και «παράδοση»*, 120, που την αναφέρει για να δείξει ακριβώς την κατάφωρη και αδιανόητη –με τα σημερινά δεδομένα– αδικία. Δύσκολα θα αμφισβητούσε κανείς, ωστόσο, ότι η συντριπτική πλειοψηφία των βέλγων πολιτών της εποχής (αλλά και των μη πολιτών, δηλαδή των γυναικών) θα την έβρισκαν ορθή ως 'αυτονόητη'.

Το αίσθημα της 'συμπάθειας' είναι ίσως το μόνο που μπορεί να μας δώσει απάντηση στην παραπάνω ερώτηση. Αν έμπαινε κανείς στη θέση των δύο γυναικών που προσέφυγαν στη Δικαιοσύνη για να τους επιτραπεί να ασκήσουν ένα θεμελιώδες και αναφαίρετο για τους άνδρες δικαίωμα, υποθέτω ότι θα έκρινε κατάφωρα άδικες τις δύο αποφάσεις, παρά το γεγονός ότι ακολούθησαν τις κρατούσες κοινωνικές αντιλήψεις.

Ιδιαίτερος όταν κρίνει κανείς καταστάσεις του οικογενειακού δικαίου, του πιο ευαίσθητου ίσως κλάδου του δικαίου, οι αρχές της αγάπης και της συμπάθειας προς αυτούς που στερούνται αυτονόητα για άλλους δικαιώματα καθίστανται οι σημαντικότερες ίσως δικαιοκρές αρχές. Μόνον μέσα από αυτή την εξωτερική πρόσληψη του γάμου μέσα από το αίσθημα της 'συμπάθειας' μπορούμε ίσως να επιστρέψουμε, όσον αφορά την εσωτερική του πρόσληψη, στη βαθύτερη ουσία του που είναι οι δεσμοί αγάπης ανάμεσα στους συζύγους.<sup>249</sup> Και βέβαια η αγάπη δεν έχει φύλο.

---

<sup>249</sup> Πρβλ. Κραβαρίτου, *Δεσμοί αγάπης και Δίκαιο στην Ευρωπαϊκή Ένωση*, 31επ.