

Η διαφορά φύλου ως θετική προϋπόθεση για τη σύναψη γάμου

Καλλιρρόης Δ. Παντελίδου

Καθηγήτριας Αστικού Δικαίου στη Νομική Σχολή του Δ.Π. Θράκης

A. Εισαγωγή

Κατά τον κλασικό και αξεπέραστο ορισμό του *Μοδεστίνου* (Βασ. 28, 4, 1 και D. 23, 2, 1), του τελευταίου από τους μεγάλους Ρωμαίους νομοδιδασκάλους, όπως έχει αποκληθεί, και ο οποίος παραπέμπεται από την ελληνική νομολογία και θεωρία, «γάμος εστίν ανδρός και γυναικός συνάφεια και συγκλήρωσις του βίου παντός, θείου τε και ανθρωπίνου δικαίου κοινωνία». Ο ορισμός περιέχει αριστοτεχνικά τα στοιχεία της ουσίας του γάμου, την ισοβιότητα, την κοινωνία βίου και τη διαφορά φύλου, με την οποία θα ασχοληθεί ειδικότερα η παρούσα εργασία. Κατά την κρατούσα άποψη, ο γάμος, πολιτικός ή θρησκευτικός, συνάπτεται στο δικαίό μας μεταξύ προσώπων **διαφορετικού φύλου**, αλλιώς είναι **ανυπόστατος** και δεν έχει έννομες συνέπειες. Εντούτοις είναι χρήσιμο να εξετασθεί η προϋπόθεση αυτή, αλλά και ο σκοπός, η αναγκαιότητα και οι συνέπειες μιας ενδεχόμενης καταργήσεώς της.

B. Η άποψη της νομολογίας

Η ΟΛΣΤΕ 867/1988¹, θεώρησε αντισυνταγματική την τέλεση γάμου στρατιωτικών μετά από προηγούμενη άδεια. Η απόφαση τονίζει: «Ειδικότερα, για το **θεσμό του γάμου, νοουμένου ως αβιάστως συναπτομένου ηθικού και πνευματικού δεσμού μεταξύ προσώπων αντιθέτου φύλου προς πραγμάτωση** κοινού βίου και επομένως αποτελούντος βασικό στοιχείο της αναπτύξεως της προσωπικότητας εκάστου αφ' ενός και της οργανώσεως της κοινωνικής ζωής αφ' ετέρου, για τον οποίο το Σύνταγμα ρητώς καθιερώνει υποχρέωση του κράτους προς λήψη μέτρων για την προστασία του, καθώς και της οικογενείας που δημιουργείται από αυτόν, επιτρέπεται μεν στον κοινό νομοθέτη να θεσπίσει γενικούς και αντικειμενικούς όρους και προϋποθέσεις για τη σύναψή του ή να καθορίσει τον τύπο της τελέσεώς

του σε συνάρτηση, κατά την κρίση του, και προς τις θρησκευτικές πεποιθήσεις των ερχομένων σε γάμου κοινωνία, δεν είναι όμως συνταγματικά ανεκτή η από το νόμο επιβολή όρων συνεπαγομένων κοινωνικές, οικονομικές, φυλετικές κ.λπ. διακρίσεις ή υποχρεώσεις λήψεως προηγούμενης διοικητικής αδείας για την τέλεσή του. Ακόμα και αν πρόκειται για πρόσωπα τα οποία βρίσκονται εκουσίως σε ιδιαίτερη σχέση εξουσιάζσεως προς το κράτος, όπως οι στρατιωτικοί υπάλληλοι, ο κοινός νομοθέτης μπορεί να προβλέψει ως υποχρεωτική την προηγούμενη γνωστοποίηση του μέλλοντος να τελεστεί γάμος ή την υποβολή σχετικής δηλώσεως του στρατιωτικού προς την προϊστάμενη αρχή, περιοριζόμενη στη διαπίστωση της συνδρομής των γενικών τυπικών όρων τελέσεως του γάμου κατά τον αστικό κώδικα, δεν είναι όμως συνταγματικά επιτρεπτό να προβλέπει πρόσθετες ουσιαστικές και τυπικές προϋποθέσεις και να θεσπίσει κριτήρια συνδεόμενα προς το πρόσωπο ενός των μελλοντόμφων και δη αναγόμενα σε διαφορετικό όριο ηλικίας, στην ιθαγένεια ή το γένος του, στο θρήσκευμα, την ηθική ή πνευματική του υπόσταση, την κοινωνική του θέση ή την οικονομική του κατάσταση. Επί πλέον, ...ο κοινός νομοθέτης δεν μπορεί να εξαρτήσει τη σύναψη γάμου από την προηγούμενη λήψη ειδικής διοικητικής αδείας, συνδεομένης προς έλεγχο ή εκτίμηση των παραπάνω μη θεμιτών προσθέτων ουσιαστικών και τυπικών προϋποθέσεων».

Συνεπώς κατά την απόφαση, αφενός, ο θεσμός του γάμου νοείται ως δεσμός **μεταξύ προσώπων αντιθέτου φύλου** και, αφετέρου, **δεν είναι συνταγματικά ανεκτή η από το νόμο επιβολή όρων** συνεπαγομένων κοινωνικές, οικονομικές, φυλετικές κ.λπ. διακρίσεις.

Η Εγκύκλιος ΕισΑΠ 5/2008², τονίζει ότι «**γάμος νοείται η νόμιμη ένωση και συμβίωση ζευγαριού, ήτοι η σύσταση οικογένειας μεταξύ ενός άνδρα και μιας γυναίκας**. Γάμος μεταξύ ομοφυλοφίλων υπό την έννοια που προστατεύεται από το Σύνταγμα και επιτρέπεται η τέλεσή του από τη διάταξη του άρθρου 1367 ΑΚ δεν είναι

1. Αρμ 1988. 265=ΔΔίκη 1989. 303=ΕΔΚΑ 1988. 347.

2. ΠοινΑ 2008. 437.

νοητός. ... Η διαφορά φύλου για την έγκυρη σύσταση γάμου αποτελεί τη βασική και αυτονόητη προϋπόθεση για την έγκυρη σύσταση γάμου. Γάμος μεταξύ προσώπων του αυτού φύλου είναι ανυπόστατος. Περαιτέρω σε περίπτωση εμφανίσεως ενώπιον του δημάρχου ατόμων του ιδίου φύλου (ομοφυλοφίλων), προκειμένου να δηλώσουν ότι συμφωνούν στην τέλεση γάμου, ο δήμαρχος οφείλει να μη δεχθεί τέτοια δήλωση, παραβιάζοντας στην αντίθετη περίπτωση το καθήκον του, ενώ περαιτέρω δεν είναι επιτρεπτή η καταχώριση από τον ληξιαρχό στα οικεία βιβλία του ληξιαρχείου η καταχώριση βεβαιώσεως του δημάρχου περί τέλεσεως γάμου μεταξύ ομοφυλοφίλων».

Στη συνέχεια η εγκύκλιος επισημαίνει και ποινικές ευθύνες (παραβίαση καθήκοντος) σε περίπτωση που δήμαρχος ή και ληξιαρχος καταχωρίσουν «γάμο» μεταξύ προσώπων του ίδιου φύλου.

Η ΠΠρΡόδ 114/2009³ και η παρόμοια ΠΠρΡόδ 115/2009⁴ ανεγνώρισαν ότι ο γάμος μεταξύ προσώπων του ιδίου φύλου είναι **ανυπόστατος**. Κατά την πρώτη απόφαση η οποία αποδίδει και τη δεύτερη, η γραμματική ερμηνεία της ΑΚ 1367 (για την τέλεση του γάμου) που χρησιμοποιεί τον όρο «μελλόνυμφοι» δεν προσδιορίζει φύλο. Επειδή η διάταξη παραπέμπει στην εσωτερική έννομη τάξη, θα ληφεί υπόψη ο ορισμός του Μοδεστίνου («γάμος εστί ανδρός και γυναικός συνάφεια προς συγκλήρωσιν του βίου παντός, θείου τε και ανθρώπινου δικαίου κοινωνία»), που αποτελεί αφετηρία των παλαιότερων και νεότερων συγγραφέων, ώστε παρόλο που επισημαίνεται ότι δεν μνημονεύεται η διαφορά φύλου, αυτή να αναφέρεται ως στοιχείο του υποστατού του γάμου. Συνεπώς υπό το ισχύον εθνικό νομοθετικό πλαίσιο, εντός του οποίου οφείλει να κινηθεί και το δικαστήριο τούτο, δεν καταλείπεται η ευχέρεια τέλεσης γάμου μεταξύ ομοφύλων προσώπων, αφού η διαφορά του φύλου θεωρείται, σχεδόν καθολικά, προϋπόθεση του υποστατού του γάμου. Κατά την ίδια απόφαση αυτό δεν αντίκειται στα άρθρα 4 § 1 για την αρχή της ισότητας και 5 § 1 του Συντάγματος για την ελεύθερη ανάπτυξη

της προσωπικότητας. Τούτο δε διότι η αρχή της ισότητας, που καθιερώνεται από το άρθρο 4 § 1 Σ, επιβάλλει την **ομοιόμορφη μεταχείριση των προσώπων, τα οποία βρίσκονται κάτω από τις ίδιες συνθήκες**, διότι ο κοινός νομοθέτης, ή η κατ' εξουσιοδότηση θεσμοθετούσα διοίκηση, μπορεί βέβαια να ρυθμίσει με ενιαίο ή με διαφορετικό τρόπο τις ποικίλες πραγματικές ή προσωπικές καταστάσεις και σχέσεις, παίρνοντας υπόψη του τις υφιστάμενες κοινωνικές, οικονομικές, επαγγελματικές ή άλλες συνθήκες. Πρέπει βεβαίως πάντοτε να κινείται στο πλαίσιο της ισότητας, η οποία αποκλείει χαριστικές ρυθμίσεις ή αδικαιολόγητη εξομοίωση ανόμοιων καταστάσεων. Έτσι κατά την απόφαση, η **μη αναγνώριση της ευχέρειας τέλεσης γάμου μεταξύ ομοφύλων κρίνεται δικαιολογημένη**, αφού πρόκειται για πρόσωπα που βρίσκονται κάτω από **διαφορετικές συνθήκες**. Επίσης **δεν αντίκειται στο άρθρο 5 § 1 Σ**, διότι το άρθρο 5 § 1 του Σ κατοχυρώνει την προσωπική ελευθερία με την ευρεία έννοια. Ως προστατευόμενη επί μέρους εκδήλωση της προσωπικότητας θα μπορούσε να καταγραφεί και η σεξουαλική ελευθερία, δηλαδή το δικαίωμα του προσώπου να αναπτύσσει σεξουαλική δραστηριότητα εφόσον, καθόσον, όποτε, όπως και με όποιον θέλει (σε ό,τι αφορά την τελευταία αυτή διάσταση, με την προϋπόθεση, εννοείται, ότι το άλλο πρόσωπο συναινεί). **Αυτή δεν εκτείνεται πάντως και σε δικαίωμα του προσώπου να τυποποιεί νομικά τη σχέση του με άλλο πρόσωπο**, κυρίως διότι εκεί που ο συντακτικός νομοθέτης θέλησε να καθιερώσει μια παρόμοια υποχρέωση του κοινού νομοθέτη το έπραξε ρητά (21 § 1 Σ).

Και οι δύο αποφάσεις αναφέρονται στο άρθρο 12 της ΕΣΔΑ, σύμφωνα με το οποίο «άμα τη συμπληρώσει ηλικίας γάμου, **ο ανήρ και η γυνή έχουν το δικαίωμα να συνέρχονται εις γάμον** και ιδρύωσιν οικογένειαν συμφώνως προς τους διέποντας το δικαίωμα τούτο εθνικούς νόμους». Κατά τις αποφάσεις, όπως προκύπτει από την παραπάνω διάταξη, **το δικαίωμα της σύναψης γάμου και της δημιουργίας οικογένειας αναγνωρίζεται και στα δύο φύλα, χωρίς να παρέχεται και εδώ άμεση λύση στο εάν εξυπνοείται ότι ο «ανήρ» και η «γυνή» μπορούν να τελούν γάμο αποκλειστικά ο ένας με τον άλλο, ή και μεταξύ τους**.

Με την τελευταία ερμηνεία αυτή δεν συμφω-

3. ΧρΙδΔ 2009. 617=Αρμ 2009. 1687, με παρατηρήσεις Κουμάνη.

4. ΕφΑΔ 2009. 690=ΕΠολΔ 2010. 101, με παρατηρήσεις Ευαγγελίδου-Τσικρικά. Οι δύο αποφάσεις εξεδόθησαν από την ίδια σύνθεση του δικαστηρίου.

νώ. Το άρθρο 12 ΕΣΔΑ αναφέρεται σε διαφορετικό φύλο για να τονίσει τη σύναψη γάμου μεταξύ προσώπων διαφορετικού φύλου. Δεν χρειαζόταν να τονίσει απλώς τα υποκείμενα συνάψεως διότι αυτά καταρχάς είναι όλα τα πρόσωπα, δηλ. θα ήταν περιττή η διάκριση αν δεν αναφερόταν στο πρόσωπο με το οποίο θα συναφθεί ο γάμος. Μάλιστα το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΔΔΑ) θεωρεί ότι το άρθρο 12 της ΕΣΔΑ κατοχύρωσε την παραδοσιακή έννοια του γάμου ως γάμου μεταξύ ενός άνδρα και μίας γυναίκας⁵.

Η απόφαση ΠΠρΡόδ 114/2009 επικυρώθηκε από την ΕφΔ 134/2011, η οποία προσεβλήθη με αίτηση αναιρέσεως ενώπιον του ΑΠ. Η αίτηση αναιρέσεως απερρίφθη από την απόφαση ΑΠ 1428/2017⁶, η οποία υιοθετεί το σκεπτικό της πρωτοδικού αποφάσεως και τονίζει ότι **δεν υφίσταται υποχρέωση θεοπίσεως γάμου μεταξύ προσώπων ιδίου φύλου ως «υποχρέωση συμμορφώσεως προς τις ρυθμίσεις του άρθρου 12 της ΕΣΔΑ»**. Η απόφαση τονίζει: *Εξάλλου, και από το άρθρο 12 της ΕΣΔΑ ουδόλως συνάγεται καταλυτικό επιχείρημα υπέρ της αναγνώρισεως πολιτικού γάμου μεταξύ ομοφύλων, αφού και εκεί διακρίνονται τα δύο φύλα, ομοίως δε και στο άρθρο 23 § 2 του ΔΣΑΠΔ. Και είναι μιν αληθές ότι η νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΔΔΑ) στο Στρασβούργο, κρίνει και τάσσεται ρητά υπέρ της διευρύνσεως της έννοιας της οικογένειας και μεταξύ ομοφύλων, πλην όμως δεν έχει αποφανθεί για τον τρόπο με τον οποίο θα πραγματοποιηθεί αυτή η διεύρυνση, π.χ. με ποιο νομικό μόρφωμα, όπως λ.χ. με το σύμφωνο συμβίωσης ή με άλλο τρόπο. Επομένως, υπό το κρατούν νομικό καθεστώς στην Ελλάδα δεν νοείται πολιτικός γάμος μεταξύ ομοφύλων.*

Επομένως κατά τη νομολογία, η διαφορά φύλου είναι προϋπόθεση τέλεσης γάμου και η έλλειψή της καθιστά τον γάμο ανυπόστατο.

Αξίζει να σημειωθεί ότι η θεμελιώδης επιλογή του οικογενειακού δικαίου για τη διαφορά φύλου στο γάμο, επιβεβαιώνεται από το **ν. 4491/2017** άρθρο 3 § 3, κατά τον οποίο *Προϋπόθεση για τη διόρθωση του καταχωρισμένου φύλου είναι το πρόσωπο που αιτείται τη διόρθωση να μην είναι έγ-*

*γαμο. Αυτό σημαίνει ότι απαγορεύεται ρητώς η νομική μεταβολή του φύλου σε έγγαμο φυσικά πρόσωπα. Βεβαίως δεν απαγορεύεται σε μη έγγαμο πρόσωπο που είναι γονέας να αλλάξει το φύλο του, αποκλείεται όμως να καταχωρισθεί στο ληξιαρχείο ότι το τέκνο του προσώπου αυτού έχει ως γονείς άτομα του ίδιου φύλου εξαιτίας της αλλαγής φύλου (ν. 4491/2017 άρθρο 5 § 2: *Αν το πρόσωπο που διόρθωσε το καταχωρισμένο φύλο του έχει παιδιά, είτε γεννημένα σε γάμο, είτε γεννημένα σε σύμφωνο, είτε γεννημένα χωρίς γάμο των γονέων τους, είτε υιοθετημένα, τα δικαιώματα και οι υποχρεώσεις του από τη γονική μέριμνα δεν επηρεάζονται. Στη ληξιαρχική πράξη γέννησης των παιδιών δεν επέρχεται καμία μεταβολή λόγω της διόρθωσης του καταχωρισμένου φύλου του γονέα*)⁷.*

Γ. Η άποψη της θεωρίας

Η ελληνική θεωρία δέχεται σχεδόν ομόφωνα ότι ως πρώτη (θετική) **προϋπόθεση** για τη σύναψη γάμου θεωρείται **η διαφορά φύλου**. Παρόλο που αυτό δεν αναγράφεται ρητά, ο γάμος μεταξύ προσώπων του ίδιου φύλου δεν επιτρέπεται *de lege lata* και είναι ανυπόστατος. Προσπάθειες να θεωρηθεί υποστατός δεν ευδοκίμησαν⁸. Η διαφορά φύλου αποτελεί ουσιώδες στοιχείο της νομοτυπικής μορφής του γάμου⁹.

7. Θ. Παπαγεωργίου, Γνμδ 19/2023 - Εισαγωγή πολιτικού γάμου και υιοθεσίας παιδιών υπέρ των ομόφυλων ζευγαριών, III Α. Διαθέσιμο στο: https://www.academia.edu/107108244/_Εισαγωγή_πολιτικού_γάμου_και_υιοθεσίας_παιδιών_υπέρ_των_ομόφυλων_ζευγαριών_Εθνική_Στρατηγική_για_την_ισότητα_των_ΛΟΑΤΚΙ_υπό_δημοσίευση_στο_Δελτίο_ΕΚΚΛΗΣΙΑ_

8. Κουνουγέρη - Μανωλεδάκη ΟικΔ Ι, 8η έκδ (2021) Κεφ Γ Ι 2 α, όπου και οι παραπομπές στις προτάσεις να θεωρηθεί υποστατός. Η ίδια θεωρεί ότι η δυνατότητα των ομοφύλων πρέπει να προβλεφθεί νομοθετικά, όπως έγινε με το ν. 4356/2015 για το σύμφωνο. Βλ. επίσης ενδ. Γεωργιάδη, ΟικΔ 3η έκδ (2022) § 5 αριθ. 2, Κοτζάμπαση, ΕγγΟικΔ, 3η έκδ (2023) § 2 ΙΙΙ, Ν. Γεωργιάδη σε ΣΕΑΚ Γεωργιάδη ΙΙ (2013), Εισαγ. 1350-1371 αριθ. 3, Σταθόπουλο/Σταμπέλου στον ΑΚ Γεωργιάδη-Σταθόπουλου, Εισαγ. άρθρ. 1350-1371 αριθ. 2, Παντελίδου (επιμ) Το διαζύγιο και οι συνέπειές του, 3η έκδ (2022), Εισαγ. αριθ. 1.

9. Κουμάνης, Παρατηρήσεις στην ΠΠρΡόδ 114/

5. Schalk και Kopf v. Austria ΕΔΔΑ 24.6.2010.

6. ΤΝΠ Νόμος.

Κατά συστηματική ερμηνεία ή εμμέσως έστω, η διαφορά φύλου είναι αυτονόητη με βάση τις κρατούσες κοινωνικές πεποιθήσεις και αποτελεί στοιχείο του υποστατού και του κύρους γάμου¹⁰.

Ιδιαίτερος αξίζει να αναφερθούν οι σκέψεις του αείμνηστου καθηγητή Θανάση Παπαχρίστου, ο οποίος τίθεται εντέλει υπέρ της ένταξης των ομόφυλων συμβιώσεων σε **διαφορετικό, αλλά ισότιμο**, μόρφωμα από το γάμο¹¹: Κατά πρώτο λόγο, πρέπει να διερευνηθεί το αν η μη αναφορά από τον ΑΚ σε διαφορά φύλου ισοδυναμεί με «σιωπή» του νόμου, που δικαιολογεί την εφαρμογή του *argumentum e silentio*, με συνέπεια να εξαχεται το ερμηνευτικό συμπέρασμα ότι αφού ο γάμος ομόφυλων προσώπων δεν αποκλείεται ρητά, επιτρέπεται. Στην πραγματικότητα όμως, η σιωπή του νόμου είναι «εύγλωττη». Η συστηματική προσέγγιση του γάμου στο ισχύον ελληνικό δίκαιο συνηγορεί στο ότι η διαφορά φύλου είναι –ακόμη– αυτονόητη προϋπόθεση του γάμου, γιατί ανταποκρίνεται στο νομοθετικό σχεδιασμό του γάμου και στην αντιμετώπισή του από το ελληνικό νομικό σύστημα στο σύνολό του. Ειδικότερα:

α) Αν θεωρηθεί ότι ο «γάμος» στον ΑΚ αναφέρεται τόσο σε ετερόφυλες, όσο και σε ομόφυλες συμβιώσεις, αυτό σημαίνει την *in globo* υπαγωγή όλων των συμβιώσεων στις ισχύουσες διατάξεις περί γάμου, αφού δεν πρόκειται για νομοθετικό «κενό» και ανάλογη εφαρμογή, που θα επέτρεπε ενδεχόμενες προσαρμογές, πιστεύει κανείς λογικά ότι η ευθεία αυτή εφαρμογή, θεμελιωμένη στο ασταθές έρεισμα της «σιωπής» του νόμου, ανταποκρίνεται στο νομοθετικό σχεδιασμό; Ότι, άνευ ετέρου, π.χ., οι ομόφυλοι σύζυγοι έχουν, λ.χ., δικαίωμα να υιοθετούν; Είναι άραγε τελολογικά αποδεκτό μία ερμηνεία, που στηρίζεται στη «σιωπή» του νόμου, να δίνει λύση σε ένα πρόβλημα που ταλανίζει σήμερα νομικούς, κοινωνιολόγους και ψυχολόγους; Όταν η υιοθεσία αποκλείεται για ετερόφυλα ζεύγη που έχουν συνάψει σύμφωνο συμβίωσης, ενώ η προσφυγή σε ιατρική υποβοήθηση δεν επιτρέπεται

σε ομόφυλα ζεύγη, θα συνιστούσε κραυγαλέα αξιολογική αντινομία η διά της σιωπής του νόμου παραδοχή της δυνατότητας υιοθεσίας σε ομόφυλα ζεύγη, που θα είχαν τελέσει γάμο και θα είχαν υπαχθεί στο σύνολο των διατάξεων του ΑΚ περί γάμου.

β) Αν ανατρέξει κανείς στο σύνολο της έννομης τάξης, θα διαπιστώσει ότι **η διαφορά φύλου συνιστά στοιχείο του γάμου**. Τα αναφερόμενα στην απόφαση κείμενα της ΕΣΔΑ και του Συμφώνου της Ν. Υόρκης, στα οποία μπορεί να προστεθεί και η Σύμβαση για την κωδική απόδοση των εγγραφών που εμφανίζονται σε ληξιαρχικά έγγραφα, κάνουν ρητά λόγο για γάμο μεταξύ άνδρα και γυναίκας. Τα υπερεθνικά αυτά κείμενα έχουν επικυρωθεί και αποτελούν νόμους αυξημένης τυπικής ισχύος, δίνοντας το στίγμα για την έννοια του γάμου στο ελληνικό νομικό σύστημα. Τέλος, οι πρόσφατοι νόμοι 3500/2006 (περί ενδοοικογενειακής βίας), όπου γίνεται λόγος για τη μόνιμη σύντροφο του άνδρα και για το μόνιμο σύντροφο της γυναίκας (στο άρθρο 1 § 2 γ), και 3719/2008 (σύμφωνο συμβίωσης), που αφορά μόνο ετερόφυλα ζεύγη, ενισχύουν το συμπέρασμα ότι για το ελληνικό δίκαιο οι ομόφυλες συμβιώσεις είναι διαφορετικές από τις ετερόφυλες και, επομένως, δικαιολογούν **διαφορετική** (που δε σημαίνει και δυσμενή) νομοθετική μεταχείριση. Αν αυτό ισχύει για τις εξώγαμες συμβιώσεις, η όμοια αντιμετώπιση ομόφυλων και ετερόφυλων συμβιώσεων στο πλαίσιο του γάμου, θα συνιστούσε προφανή αξιολογική αντινομία του νομικού συστήματος.

γ) Αλλά και σε καθαρά **γλωσσικό** επίπεδο, η συμβατική χρήση της λέξης «γάμος», τόσο στην κοινότητα των νομικών, όσο και στη συνολική κοινωνία, συνυφάνεται με την ένωση άνδρα και γυναίκας. Κατά συνέπεια, παρότι ο ΑΚ δεν ορίζει τη διαφορά φύλου ως στοιχείο της έννοιας «γάμος», ο ερμηνευτής του δικαίου δεν μπορεί να αποστεί από την καθιερωμένη συμβατική χρήση της λέξης στη νομική κοινότητα, δίδοντας στη λέξη γάμος νόημα διαφορετικό από αυτό που προκύπτει μέσα από τη χρήση αυτή (βλ. Κ. Σταμάτη, Η θεμελίωση των νομικών κρίσεων, 1997, γ' έκδοση, σ. 162 επ.).

Με βάση τις παραπάνω σκέψεις συνάγεται ότι *de lege lata* η διαφορά φύλου αποτελεί ουσιώδες στοιχείο της τυπολογικής μορφής του γάμου, συμπέρασμα στο οποίο καταλήγει και η απόφαση, αλλά με ελλιπή θεμελίωση ... Το κρίσιμο ερώτημα συνίσταται στο αν θα υπαχθούν στο γάμο ή σε ένα άλλο διαφορετικό μόρ-

2009, Αρμ 2009. 1691 (η απόφαση στη σ. 1687).

10. Νικολόπουλος, Το ανυπόστατο του γάμου ομοφύλων προσώπων. Με αφορμή τις ΠΠρΡόδ 114/2009 και 115/2009 ΝοΒ 2009. 1075 επ, με αποτέλεσμα κατά τον ίδιο να είναι ορθή η κρίση των σχετικών αποφάσεων για το ανυπόστατο.

11. Παπαχρίστου, Παρατηρήσεις ΠΠρΡόδ 114/2009, ΧρΙδΔ 2009. 619.

φωμα, με παρόμοιες με το γάμο έννομες συνέπειες. Με δεδομένο ότι σε όλα τα πολιτισμικά συστήματα ο γάμος εμφανίζεται ως ένωση γυναίκας με άνδρα, η διαφορά φύλου αποτελεί ανθρωπολογική σταθερά για την έννοιά του. Υπό το πρίσμα αυτό, είναι **προτιμότερη** η για πολιτισμικούς λόγους **ένταξη των ομόφυλων συμβιώσεων σε διαφορετικό**, αλλά ισότιμο, μόρφωμα από το γάμο.

Η θεώρηση του Συνταγματικού Δικαίου είναι πολύ σημαντική, διότι κατά το άρθρο 21 § 1 (και 8 § 1 ΕΣΔΑ) η οικογένεια, ως θεμέλιο της συντήρησης και προαγωγής του Έθνους, καθώς και ο **γάμος**, η μητρότητα και η παιδική ηλικία τελούν υπό την προστασία του Κράτους. Υπό την προστασία του κράτους τίθεται η οικογένεια για την οποία τονίζεται ότι αποτελεί θεμέλιο συντήρησης και προαγωγής έθνους, αλλά αυτοτελώς και ο γάμος, η μητρότητα και η παιδική ηλικία. Στη διάταξη στην οποία συνυπάρχουν ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα και θεσμικές εγγυήσεις, γίνεται δεκτό ότι η συνταγματική έννοια του γάμου περιορίζεται στα ουσιαστικά στοιχεία του, που ισχύουν διαχρονικά στην ελληνική κοινωνία, και στις θεμελιώδεις αρχές οι οποίες τον διέπουν στη δική μας έννομη τάξη. Πρόκειται άρα για μια καταρχήν μόνιμη συμβίωση δύο προσώπων **διαφορετικού φύλου**¹², χαρακτηριζόμενη από την ελεύθερη σύναψή της, την αναγνώρισή της από την έννομη τάξη και ήδη την ισονομία των συζύγων. Ειδικότερα η μονογαμία ως βασικό χαρακτηριστικό του θεσμού του γάμου βρίσκεται έρεισμα στο άρθρο 21 § 1 και ισχύει και για τους Έλληνες Μουσουλμάνους.

Ο κοινός νομοθέτης δεν μπορεί να καταργήσει το γάμο ούτε να μεταβάλει τα θεμελιώδη αυτά χαρακτηριστικά του¹³. Δεν έχει σημασία από την άποψη αυτή ο πολιτικός ή θρησκευτικός τύπος τέλεσης. Από τη Συνταγματική προστασία του γάμου δεν μπορεί πάντως να συναχθεί εξ αντιδιαστολής απαγόρευση κάθε νομοθετικής ρύθμισης ελεύθερων ενώσεων (πρβλ. 1444 ΑΚ) ή ακόμη και κάποιας μορφής νομικού δεσμού μεταξύ συμβιούντων ομοφυλοφίλων. Η σχετική νομική ρύθμιση στο ελληνικό δίκαιο έ-

γινε με το σύμφωνο ελεύθερης συμβίωσης, αρχικώς μεταξύ ετεροφύλων (ν. 3719/2008) και στη συνέχεια μεταξύ προσώπων του ίδιου φύλου (ν. 4356/ 2015)¹⁴.

Το Συμβούλιο της Επικρατείας με την απόφαση 2003/2018¹⁵ έκρινε ότι ο ν. 4356/2015 είναι σύμφωνος με το Σύνταγμα και δεν θίγει το θεσμό του γάμου. Κατά την απόφαση, η θέσπιση και ρύθμιση κατά τα ανωτέρω της εναλλακτικής αυτής μορφής καταχωρισμένης συμβίωσης δεν θίγει τον συνταγματικώς προστατευόμενο θεσμό του γάμου, **από τον οποίο διαφοροποιείται σημαντικά**, δεδομένου ότι στοχεύει στην κάλυψη διαφορετικών κοινωνικών αναγκών και, συγκεκριμένα, στην αναγνώριση και προστασία *de facto* συντροφικών σχέσεων. Εξάλλου κατά την ίδια απόφαση, ο νομοθέτης δεν εμποδίζεται, να αναγνωρίζει, στα πλαίσια των επίσης συνταγματικώς κατοχυρουμένων αρχών της ελευθερίας ανάπτυξης της προσωπικότητας, της ισότητας και της προστασίας της ιδιωτικής ζωής, άλλες, εναλλακτικές προς τον γάμο, μορφές συμβίωσης και την δι' αυτών ίδρυση οικογενειακών δεσμών Περαιτέρω κατά την απόφαση, το ΕΔΔΑ δεν αναγνωρίζει θετική υποχρέωση των συμβαλλομένων κρατών, απορρέουσα από το άρθρο 12 της Σύμβασης ή από τα άρθρα 8 και 14 αυτής, προς θέσπιση γάμου υπέρ των ομοφύλων ζευγαριών, ούτε προς θέσπιση εναλλακτικών προς τον γάμο μορφών καταχωρισμένης συμβίωσης, θεωρώντας ότι το ζήτημα αυτό εμπίπτει κατ' αρχήν στο περιθώριο εκτίμησης κάθε κράτους.

Κατά παλαιότερη άποψη¹⁶, το άρθρο 21 § 1 Σ θέτοντας αμέσως τον γάμο υπό την προστασία του Κράτους (τελούν) περιέχει όχι μόνον προγραμματική (κατευθυντήρια) αρχή, δηλαδή μια υπόδειξη προς τον νομοθέτη να θεσπίσει κατάλληλα μέτρα για την προστασία του γάμου, αλλά και έναν κανόνα δικαίου με επιτακτική και άμεση ισχύ, που περιέχει ήδη μια συνταγματική προστασία του γάμου. Η προστασία αυτή συνίσταται στο ότι η διάταξη εγγυάται και κατοχυ-

14. Κατά το ΕΔΔΑ το σύμφωνο μόνο για τα ετερόφυλα ζεύγη παραβιάζει τα άρθρα 8 και 14 της ΕΣΔΑ: ΕΔΔΑ 7.11.2013, Βαλλιαντός κατά Ελλάδος, ΕΔΔΑ 1.12.2022, Μπαρμαξίζογλου κ.α. κατά Ελλάδας, ΕΔΔΑ 1.12.2022.

15. Γ τμήμα, επιταμελής σύνθεση, ΤΝΠ Νόμος.

16. Καραλής, Γάμος και οικογένεια ως δικαϊκοί θεσμοί, 1994, σ. 21 επ.

12. Χρυσόγονος, Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα 5η έκδ. (2023) § 33 Α.

13. Χρυσόγονος, ό.π.

ρώνει το γάμο ως δικαίικό θεσμό (θεσμική εγγύηση) του ιδιωτικού δικαίου απέναντι στον κοινό νομοθέτη. Αυτή η θεσμική εγγύηση αναφέρεται στον πυρήνα του γάμου και συγκεκριμένα στα στοιχεία που συνθέτουν την ουσιαστική δομή του, όπως αυτά έχουν διαμορφωθεί από τη μακρά πολιτιστική παράδοση και έχουν καθιερωθεί στη σύγχρονη ηθική και κοινωνική συνείδηση. Τα στοιχεία αυτά είναι η ένωση προσώπων διαφορετικού φύλου, η αρχή της μονογαμίας, η συμβατική φύση που στηρίζεται στην αρχή της ελεύθερης και τυπικής συνάψεως και η μόνιμη και η πλήρης κοινωνία βίου. Ειδικότερα: Ενώσεις προσώπων του ίδιου φύλου, έστω και αν πραγματοποιούνται με σκοπό τη διαρκή και μόνιμη κοινωνία βίου, είναι αντισυνταγματικές. Εφόσον η αρχή της μονογαμίας είναι θεμελιώδης, πολυγαμικές συμβιώσεις δεν προστατεύονται από το άρθρο 21 § 1. Ο νομοθέτης δεν μπορεί να θεσπίσει εξαναγκασμό σε γάμο, να θεσπίσει τον γάμο με αντιπρόσωπο ή μεταξύ απόντων, διότι αυτό αντίκειται στην ελεύθερη σύναψη. Ο νομοθέτης δεν είναι επίσης ελεύθερος να θεσπίσει όρια ή να αφήσει τη διάρκεια στην πρωτοβουλία των συζύγων, διότι θα ήταν αντίθετο προς την κοινωνία βίου των συζύγων.

Επομένως, η διαφορά φύλου και κατά τη θεωρία είναι στοιχείο της **ουσιώδους** δομής του προστατευόμενου από το Σύνταγμα θεσμού του γάμου και **δεν μπορεί να καταργηθεί** από τον κοινό νομοθέτη.

Δ. Η νομοθετική επέκταση του γάμου σε πρόσωπα του ίδιου φύλου

1. Η απουσία αναγκαιότητας

Εφόσον έγινε φανερό ότι από άποψη ισχύοντος δικαίου η διαφορά φύλου είναι όχι μόνον σημαντική, αλλά ανάγεται στην ουσία του γάμου, ερωτάται αν ενδείκνυται η δια της νομοθετικής μεταβολής κατάργηση της διαφοράς και η αναγνώριση γάμου μεταξύ προσώπων του ίδιου φύλου. Το ζήτημα πρέπει να εξετασθεί από όλες τις απόψεις, αν ενδείκνυται και είναι σκόπιμο, ποιες ανάγκες εξυπηρετεί, ποιες συνέπειες θα έχει και αν είναι σύμφωνο με το Σύνταγμα. Στην αναγκαιότητα θα ληφθεί υπόψη ότι, όπως

τονίσθηκε, στη χώρα μας ισχύει το σύμφωνο ελεύθερης συμβίωσης αρχικώς (ν. 3719/2008) μεταξύ ετεροφύλων και από το 2015 (ν. 4356/2015) και μεταξύ προσώπων του ίδιου φύλου, με συνέπειες σε **μεγάλη έκταση παρόμοιες** με τα αποτελέσματα του γάμου ως προς την προστασία των τέκνων και τις περιουσιακές συνέπειες μεταξύ των συντρόφων.

Από την άποψη του ευρωπαϊκού δικαίου, την ΕΣΔΑ και τη νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΔΔΑ), **δεν προκύπτει ούτε υποχρέωση για θέσπιση του γάμου**, ούτε δικαίωμα για νομική τυποποίηση της σχέσης με πρόσωπο του ίδιου φύλου μέσω του γάμου. Το σύμφωνο συμβίωσης (ν. 3719/2008 και 4356/2015), ανεξαρτήτως των διαφωνιών για το περιεχόμενο της ρύθμισης, συντέινει σε αυτό, διότι προσφέρει προστασία σε ενώσεις προσώπων του αυτού φύλου.

Αναγνωρίζεται έτσι από το ΕΔΔΑ υποχρέωση των κρατών να νομοθετήσουν **εναλλακτικούς** θεσμούς (π.χ. αστική ένωση, σύμφωνο συμβίωσης)¹⁷ με διμερείς συνέπειες στη σχέση ατόμων **ιδίου** φύλου, όχι όμως και στη σχέση του ζεύγους με το φυσικό ή από υιοθεσία τέκνο του ενός μέρους της σχέσης. Δεν αναγνωρίζεται υποχρέωση του κράτους να νομοθετήσει δικαίωμα υιοθεσίας τέκνων από ζεύγος προσώπων του ίδιου φύλου. Επιτρέπεται κατά την ΕΣΔΑ ο εναλλακτικός έναντι του γάμου θεσμός της αστικής ενώσεως ζεύγους διαφορετικού ή ίδιου φύλου **να μην είναι νομικά ισοδύναμος** προς τον γάμο ετερόφυλου ζεύγους¹⁸, όπως π.χ. να μην επιτρέπεται το δικαίωμα υιοθεσίας στο ζεύγος ή δικαίωμα στο ένα μέλος του ζεύγους να υιοθετήσει το τέκνο του άλλου μέλους¹⁹. Με άλλα λόγια, **δεν είναι υποχρεωμένο το κράτος να εξομοιώσει σύμφωνο και γάμο**.

Εξάλλου η ΕΣΔΑ καταλείπει **ευρύ περιθώριο εκτιμήσεως** σε κάθε κράτος και δεν αποτελεί παράβαση των άρθρων 8 και 14 της ΕΣΔΑ η άποψη του κράτους ότι το περιβάλλον αναπτύ-

17. Orlandi and others v. Italy 14.12.2017, Maymullakhin and Markiv v. Ukraine 1.6.2023.

18. Schalk and Kopf v. Austria 24.6.2010.

19. Θ. Παπαγεωργίου, ό.π., Γνμδ 19/2023 ΙΙΑ και στα συμπεράσματα.

ξεως ενός θετού παιδιού πρέπει να εξασφαλίζει πατρικό και μητρικό πρότυπο και το παραδοσιακό σχήμα ρόλων – σχέσεων άνδρα και γυναίκας και ότι επομένως ένας ομοφυλόφιλος ή ζεύγος προσώπων του ιδίου φύλου μπορούν να αποκλείονται από το δικαίωμα υιοθεσίας όχι επειδή είναι ηθικά ακατάλληλοι ως γονείς λόγω του σεξουαλικού προσανατολισμού τους, αλλά επειδή τα προς υιοθεσία τέκνα **θα στερηθούν το παραπάνω κοινωνικό πρότυπο οικογένειας και σχέσεων άνδρα και γυναίκας**²⁰.

Δεν είναι θέμα επίσης θέμα ισότητας να καταργηθεί η διαφορά φύλου. Όπως σωστά επισημαίνουν οι παραπάνω αποφάσεις ΠΠρΡόδ 114/2009 και 115/2009, η αρχή της ισότητας, που καθιερώνεται από το άρθρο 4 § 1 Σ, επιβάλλει την **ομοιόμορφη μεταχείριση των προσώπων, τα οποία βρίσκονται κάτω από τις ίδιες συνθήκες, ενώ τα πρόσωπα διαφορετικού φύλου βρίσκονται κάτω από διαφορετικές συνθήκες**.

2. Οι συνέπειες, ιδίως ως προς τα τέκνα

Εάν καταργηθεί η διαφορά φύλου ως προϋπόθεση του γάμου και συνάπτονται γάμοι μεταξύ προσώπων του ιδίου φύλου, η σπουδαιότερη συνέπεια είναι ότι θα αναζητηθούν τρόποι απόκτησης τέκνων δια της τεχνητής συγγένειας της υιοθεσίας ή μέσω παρένθετης μητρότητας. Αυτό όμως είναι πολύ προβληματικό καταρχάς ως προς το κριτήριο του **συμφέροντος του τέκνου** που αποτελεί το κεντρικό κριτήριο του Οικογενειακού Δικαίου (ΑΚ 1511 § 1). Το παιδί πρέπει να ταυτίζεται και με τα δύο φύλα και προς την κατεύθυνση αυτή δεν βοηθάει η ανατροφή από δύο πρόσωπα του αυτού φύλου. Το συμφέρον του τέκνου έχει άλλωστε προβάδισμα απέναντι σε κάθε μορφή ισότητας²¹. Ειδικότερα το παιδί **πρέπει να ταυτίζεται με ιδιότητες των γονέων και των δύο φύλων**²² και δεν θα συμφέρει η ανατροφή από πρόσωπα του ιδίου φύλου.

Ερωτάται αν αυτό έρχεται σε αντίθεση με την

ΑΚ 1511 § 3, κατά την οποία *Η απόφαση του δικαστηρίου πρέπει να σέβεται την ισότητα μεταξύ των γονέων και να μην κάνει διακρίσεις εξαιτίας ιδίως του φύλου, του σεξουαλικού προσανατολισμού, της φυλής της γλώσσας ... περιουσίας*. Η ΑΚ 1511 § 3 αναφέρεται στα **κριτήρια ανάθεσης** της γονικής μέριμνας και όχι στην ανατροφή από πρόσωπα του ιδίου φύλου και θα είχε εφαρμογή αν, για παράδειγμα, ο ένας από τους δύο γονείς συνάψει δεσμό με πρόσωπο του ιδίου φύλου και ζητήσει την αποκλειστική ανάθεση της άσκησης της γονικής μέριμνας. Και στην περίπτωση αυτή δικαιοῦται το δικαστήριο να λάβει υπόψη ότι δεν συμφέρει το τέκνο η ανατροφή από πρόσωπο που συμβιώνει με πρόσωπο του ιδίου φύλου. Η ορθή άλλωστε ανάγνωση της ΑΚ 1511 § 3 ως προς τα κριτήρια ανάθεσης είναι «και να μην κάνει (το δικαστήριο) αδικαιολόγητες διακρίσεις» εξαιτίας των στοιχείων που απαριθμεί ο νόμος. Εξάλλου το ζήτημα της αναθέσεως της επιμέλειας κατά παρέκκλιση πλέον από τη συνεμέλεια, είναι ποιος είναι ο **καταλληλότερος** και αυτό δεν σημαίνει ότι ο έτερος είναι ακατάλληλος, σημαίνει ότι είναι λιγότερο κατάλληλος.

Συνεπώς η κατάργηση της διαφοράς φύλου και η αντικατάσταση του «πατέρας – μητέρα» με το «πατέρας 1 και 2» ή «μητέρα 1 και 2» αντίκειται στο συμφέρον του παιδιού, που χάνει τα βασικά του πρότυπα και δεν συνιστάται.

Αξίζει όμως να σημειωθούν ορισμένες παρατηρήσεις και ως προς τους τρόπους με τους οποίους τα ζεύγη του ιδίου φύλου θα επιδιώξουν συγγένεια με το τέκνο. Εάν επιδιώξουν να αποκτήσουν τέκνο μέσω της κοινής υιοθεσίας, αυτό θα γίνει διότι υιοθεσία από περισσότερους επιτρέπεται μόνον εάν είναι σύζυγοι ή πρόκειται για διαδοχική υιοθεσία από τον σύζυγο του θετού γονέα (ΑΚ 1545). Υπενθυμίζεται ότι η υιοθεσία δεν επιτρέπεται σε πρόσωπα που έχουν συνάψει σύμφωνο συμβίωσης και ότι η υιοθεσία πρέπει να αποβλέπει ρητώς στο συμφέρον του υιοθετούμενου (ΑΚ 1542 εδ. 2). Πριν από την υιοθεσία προηγείται επισταμένη κοινωνική έρευνα (ΑΚ 1557) και το δικαστήριο επιτρέπει την υιοθεσία μόνον εάν διαπιστώσει, συνεκτιμώντας την έκθεση της κοινωνικής υπηρεσίας ότι ενόψει της προσωπικότητας, της υγείας, της

20. Fretté v. France 26.2.2002.

21. Παντελίδου, Ίση μεταχείριση και σχέσεις γονέων και τέκνων, NoB 2012. (1097) 1105.

22. Παντελίδου, Σύγχρονες εξελίξεις στην άσκηση της γονικής μέριμνας μετά τη διάσταση ή το διαζύγιο ΕφΑΔ 2020. 1 (4).

οικογενειακής κατάστασης και γενικώς όλων των στοιχείων της ΑΚ 1558, ότι η υιοθεσία συμφέρει τον υιοθετούμενο.

Ό,τι αναφέρθηκε παραπάνω για το πρότυπο του πατέρα και της μητέρας ισχύει και στην υιοθεσία και μάλιστα ίσως περισσότερο, διότι το θετό τέκνο είναι ενδεχόμενο να αφήσει το πρότυπο αυτό για να ενταχθεί στο περιβάλλον προσώπων του ιδίου φύλου. Εξάλλου δεν είναι ορθό για το τέκνο να αποφανθεί θετικά η κοινωνική υπηρεσία υπέρ της υιοθεσίας από πρόσωπα του ιδίου φύλου, ενώ συμφέρει η υιοθεσία από πρόσωπα διαφορετικού φύλου. Τα τελευταία ζεύγη, ενώ περιμένουν επί μακρό χρόνο να υιοθετήσουν θα βλέπουν να προηγούνται γενικώς πρόσωπα του αυτού φύλου. Αυτό ακριβώς αποτελεί διάκριση και όχι να επιτρέπεται υιοθεσία ασύμφορη για τον ανήλικο και άρα παράνομη. Και στη διαδοχική υιοθεσία θα παγιωθεί ανάλογο φαινόμενο, δηλαδή το τέκνο που είχε υιοθετηθεί από ένα πρόσωπο και συμβίωνε με τον/την σύντροφο του ιδίου φύλου θα υιοθετείται μετά από τη σύναψη γάμου. Σκοπός της υιοθεσίας είναι **να δώσει μια οικογένεια με πρότυπο πατέρα - μητέρας** σε ένα τέκνο και όχι πάση θυσία ένα τέκνο σε ζεύγος προσώπων.

Δεν είναι ορθό επίσης το επιχείρημα ότι «καλύτερα έτσι από το ίδρυμα». Το ότι δύο πρόσωπα θέλουν να μεγαλώσουν ένα παιδί, δεν σημαίνει απαραίτητως ότι είναι κατάλληλα. Όταν εξάλλου ο ανήλικος έχει ανάγκη προστασίας, το δικαίό μας διαθέτει μηχανισμούς προστασίας, όπως η επιτροπεία ανηλίκων. Το ίδρυμα δεν είναι πάντοτε η άμεση λύση και δεν προβλέπεται μόνον όταν ο γονέας εκλείπει. Ανάλογα με την περίπτωση, το ίδρυμα μπορεί να είναι το αποτέλεσμα κακής άσκησης της γονικής μέριμνας, επειδή το δικαστήριο απεφάσισε αυτό το μέτρο (ΑΚ 1532) με απώτερο σκοπό την επιστροφή στους γονείς όταν βελτιωθούν οι συνθήκες (βλ. και ΑΚ 1536). Ο σκοπός των μέτρων δεν είναι να αναζητηθεί με κάθε μέσο οποιαδήποτε άλλη λύση.

Εξάλλου επιχείρημα δεν μπορεί να αντληθεί και από το ότι επιτρέπεται η αναδοχή ανηλίκων σε πρόσωπα που έχουν συνάψει σύμφωνο, άρα και σύμφωνο προσώπων του αυτού φύλου (άρθρο 8 ν. 4538/2018). Είναι εντελώς διαφορετικοί οι σκοποί της αναδοχής από τους σκοπούς της

υιοθεσίας, που διακρίνεται από τη μόνιμη ένταξη στην οικογένεια του θετού γονέα. Άλλωστε μέχρι σήμερα δεν επιτρέπεται η υιοθεσία σε όσους έχουν συνάψει σύμφωνο, αν και επιτρέπεται η αναδοχή.

Ο δεύτερος τρόπος με τον οποίο θα επιτραπεί η ίδρυση συγγένειας με τέκνο από τα ζεύγη των προσώπων του ιδίου φύλου θα είναι προφανώς η παρένθετη μητρότητα, η οποία σήμερα επιτρέπεται μόνον μετά από αίτηση της κοινωνικής μητέρας και με τους όρους της ΑΚ 1458. Συναίνεση της συντρόφου του ιδίου φύλου σε άγαμη μοναχική γυναίκα που επιθυμεί να αποκτήσει τέκνο δεν επιτρέπεται, εφόσον η ΑΚ 1456 εδ. 2 αναφέρεται ρητώς σε συναίνεση άνδρα με τον οποίο αυτή συζεί. Η αναλογική εφαρμογή σε άνδρα δεν επιτρέπεται, παρόλο που έχει υποστηριχθεί²³, εξάλλου οι διατάξεις για την υποβοήθηση ρυθμίζουν κυρίως εξαιρέσεις και δεν είναι φιλικές στην αναλογία. Εάν τυχόν καταργηθεί η διαφορά φύλου, και τροποποιηθούν και οι διατάξεις για την παρένθετη μητρότητα, εκτός των όσων έχουν παραπάνω τονισθεί για το πρότυπο πατέρα - μητέρας που απουσιάζει, στο **σχήμα πατέρας - πατέρας δεν θα υπάρχει νομικά μητέρα**. Το πρόβλημα αυτό είχε επισημανθεί και στην απορριπτέα αναλογική εφαρμογή²⁴. Στο **σχήμα μητέρα - μητέρα δεν θα υπάρχει πατέρας**. Η αναγνώριση παρένθετης θα στερεί το παιδί από μητέρα (δύο άνδρες) ή από πατέρα (δύο γυναίκες). Εάν αναγνωρισθεί παρένθετη σε δύο άνδρες, θα αναγνωρισθεί και σε άγαμο μοναχικό άνδρα, κάτι που αντίκειται στη σημερινή διατύπωση του νόμου και πάλι θα δημιουργήσει ανυπέρβλητα προβλήματα ως προς τη νομική μητέρα του τέκνου.

Για τον παραπάνω λόγο, απερρίφθη από τη νομολογία μας²⁵ αίτηση για να αναγνωρισθεί ότι έχει αποκτήσει στην Ελλάδα ισχύ δεδικασμένου δικαστική επικύρωση συμφωνίας πα-

23. Γεωργιάδης, ΟικΔ 3η έκδ (2022) § 25 αριθ. 31 με περαιτέρω παραπομπές και στις δύο απόψεις, από τις οποίες μάλλον επικρατεί το μη επιτρεπτό.

24. Παντελίδου, Ίση μεταχείριση και ιατρική υποβοήθηση στην αναπαραγωγή, ΕφΑΔ 2011 (243). 245 επ.

25. ΜΠρΑθ 1101/2019, ΕφΑΔΠολΔ 2021. 351, ΕφΑθ 623/2021 ΕΛΛΔνη 2022. 1131.

ρένθετης μητρότητας από τη Ν. Αφρική στην οποία είχε προσφύγει ζεύγος ανδρών. Η αίτηση απερρίφθη ως ουσία αβάσιμη από το Πρωτοδικείο κι ως νόμω αβάσιμη από το Εφετείο, λόγω αντίθεσης στη δημόσια τάξη (ΑΚ 33) και τα χρηστά ήθη, αφού προσκρούει τόσο στο ισχύον νομικό πλαίσιο όσο και στις κυριαρχικές ηθικές αρχές και αντιλήψεις της Ελλάδος.

Ερωτάται αν νομοθετηθεί «γάμος» μεταξύ προσώπων του ίδιου φύλου, χωρίς όμως το επιτρεπτό της υιοθεσίας ή της προσφυγής σε παρένθετη μητρότητα, ποιες θα είναι οι συνέπειες. Είναι βέβαιο ότι θα καταδικασθεί η χώρα από το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Δικαιωμάτων του Ανθρώπου λόγω αθέμιτης διακρίσεως (βάσει του σεξουαλικού προσανατολισμού) σχετικά με την προστασία της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής (άρθρα 14 και 8 ΕΣΔΑ), διότι ό,τι επιτρέπεται στον γάμο μεταξύ ετεροφύλων, θα επεκτείνεται και στον «γάμο» μεταξύ προσώπων του ίδιου φύλου, εφόσον αυτός εισαχθεί. Δεν είναι υποχρεωμένη η χώρα μας να θεσπίσει «γάμο», αλλά αν τον θεσπίσει, δεν μπορεί να προβλέπει διαφορετικές συνέπειες. Για το λόγο αυτό είναι καταδικαστέα ως **κακόπιστη** κάθε προσπάθεια νομοθετικής «επιβολής» διά της καταδίκης από το ΕΔΔΑ.

Γενικώς συνάγεται από όλες τις υποθετικές πιθανότητες η διαπίστωση ότι δεν είναι ορθό να επιτρέπονται τα πάντα ως προς το δικαίωμα **για** το τέκνο και τίποτε για τα δικαιώματα **του ιδίου του τέκνου**, που έρχεται τελευταίο αντί να προηγείται.

3. Η αντίθεση με το Σύνταγμα

Στο Οικογενειακό Δίκαιο, το αυξημένο ενδιαφέρον της κοινωνίας και του κράτους για το γάμο και την οικογένεια εκδηλώνεται με πολλούς τρόπους, όπως με την τυπικότητα ή τον λειτουργικό χαρακτήρα. Κυρίως όμως με τον αναγκαστικό χαρακτήρα των διατάξεών του. Στην εποχή μας έχει ενισχυθεί η ιδιωτική αυτονομία (π.χ. κοινοκτημοσύνη, συναινετικό διαζύγιο, υποβοήθηση στην αναπαραγωγή). Ο αναγκαστικός χαρακτήρας εξακολουθεί όμως να έχει το **προβάδισμα** (π.χ. σύναψη γάμου, διατροφή, διαζύγιο με αντιδικία, γονική μέριμνα,

υιοθεσία, επιτροπεία²⁶). Ο αναγκαστικός χαρακτήρας δεν σημαίνει βεβαίως ότι οι διατάξεις δεν μπορούν να καταργηθούν ή να τροποποιηθούν. Οπωσδήποτε όμως απαιτείται ένας ιδιαίτερος λόγος ή η θεραπεία σοβαρής ανάγκης. Εδώ πάντως δεν πρόκειται για προϋπόθεση που ρυθμίζεται απλώς από διάταξη αναγκαστικού δικαίου και της οποίας η μεταβολή απαιτεί ιδιαίτερη δικαιολογία. Πρόκειται για αυτονόητη προϋπόθεση που αναφέρεται στην ουσία του γάμου, θεσμού με συνταγματική προστασία.

Όπως αναφέρθηκε ήδη, ο **κοινός νομοθέτης δεν μπορεί να καταργήσει το γάμο ούτε να μεταβάλει τα θεμελιώδη αυτά χαρακτηριστικά του**. Εφόσον ανάγεται η διαφορά φύλου στην ουσία του γάμου, ο γάμος που προστατεύεται από το Σύνταγμα είναι μόνον ο γάμος με τη διαφορά φύλου. Με άλλα λόγια, δεν θα προστατεύεται η νέα μορφή «γάμου» με την κατάργηση της διαφοράς φύλου, διότι δεν θα αποτελεί γάμο. Δεν μπορεί επίσης να υποστηριχθεί ότι το Σύνταγμα θα προστατεύει την παλαιά έννοια του γάμου, διότι τότε θα ήταν γάμος δύο ταχυτήτων. Η μόνη λογική συνέπεια είναι ότι θέσπιση γάμου, όχι άλλης ένωσης, μεταξύ προσώπων του ίδιου φύλου είναι **αντισυνταγματική**. Δεν υπάρχει συνεπώς θεσμική εγγύηση από το Σύνταγμα, για παράδειγμα ότι η σύναψη γάμου δεν οδηγεί σε δυσμενείς συνέπειες. Και όχι μόνον αυτό, αλλά η αντισυνταγματικότητα θα έχει ως συνέπεια ότι η σύναψη γάμου θα οδηγεί σε **ανυπόστατο** γάμο.

Για να γίνει περισσότερο κατανοητή η παραπάνω άποψη, θα χρησιμοποιήσω το εξής παράδειγμα: Εάν με νόμο καταργηθεί η ισοβιότητα του γάμου (άγραφη προϋπόθεση), πάλι θα είναι αντισυνταγματική η κατάργηση και θα θεωρηθεί ότι δεν ισχύει η κατάργηση. Το ίδιο συμβαίνει και με τη διαφορά φύλου. Ανυπόστατος γάμος θα σημαίνει ότι δεν θα έχει έννομες συνέπειες και ότι δεν θα επιτρέπεται μεταξύ των άλλων η υιοθεσία.

26. Κουνουγέρη - Μανωλεδάκη ΟικΔ Ι, 8η έκδ. (2021) Κεφ 2 α, σ. 3 επ.

Ε. Συμπερασματικές παρατηρήσεις

Από την παραπάνω ανάπτυξη έγινε φανερό ότι η διαφορά φύλου όχι μόνον είναι de lege lata προϋπόθεση του υποστατού του γάμου, αλλά και ότι **δεν επιτρέπεται να καταργηθεί νομοθετικά**, διότι αυτό θα ήταν **αντίθετο με την έννοια του γάμου που προστατεύεται από το Σύνταγμα**. Δεν επιβάλλεται επίσης να καταρ-

γηθεί από την ΕΣΔΑ και τη νομολογία του ΕΔΔΑ. Άλλωστε θα οδηγούσε σε δυσμενείς και αντίθετες με το συμφέρον τους συνέπειες ως προς τα τέκνα και θα συνιστούσε απαξίωση του γάμου. Δεν μπορεί να καταργηθεί η ουσιωδέστερη προϋπόθεση του γάμου, όπως δεν μπορεί να καταργηθεί η συμφωνία στη σύμβαση, η σύνταξη διαθήκης και το δικαίωμα στην προσωπικότητα.