

Bioethica

Vol 3, No 2 (2017)

Bioethica



New challenges for the law on medically assisted reproduction: The new civil partnership and the planned regulation for sex identification

Κατερίνα Φουντεδάκη (Katerina Fountedaki)

doi: [10.12681/bioeth.19720](https://doi.org/10.12681/bioeth.19720)

To cite this article:

Φουντεδάκη (Katerina Fountedaki) Κ. (2017). New challenges for the law on medically assisted reproduction: The new civil partnership and the planned regulation for sex identification. *Bioethica*, 3(2), 9–16.
<https://doi.org/10.12681/bioeth.19720>

Νέες προκλήσεις για το δίκαιο της ιατρικά υποβοηθούμενης αναπαραγωγής: Το νέο σύμφωνο συμβίωσης και η σχεδιαζόμενη ρύθμιση για την αναγνώριση ταυτότητας φύλου

Κατερίνα Φουντεδάκη

Καθηγήτρια Αστικού Δικαίου, Νομική Σχολή, Αριστοτέλειο Πανεπιστήμιο Θεσσαλονίκης

 katfount@law.auth.gr

Περίληψη

Η παρούσα εργασία επικεντρώνεται στο νέο σύμφωνο συμβίωσης με αφετηρία την απόφαση της 7.11.2013 του ΕΔΔΑ για καταδίκη της Ελλάδας εξαιτίας του αποκλεισμού των ομόφυλων ζευγαριών από το σύμφωνο συμβίωσης. Με αφορμή την καταδίκη αυτή κρίθηκε ότι ενδεχόμενη συνολική κατάργηση του συμφώνου συμβίωσης θα αποτελούσε λύση προσωρινή και οπισθοδρομική.

Με τον ν. 4356/2015 ο θεσμός του συμφώνου συμβίωσης αναμορφώθηκε και επήλθε εξομοίωση του ζευγαριού με τους συζύγους στις μεταξύ τους διαπροσωπικές σχέσεις, ενώ στις υπόλοιπες σχέσεις ισχύει το ίδιο με την επιφύλαξη ότι δεν έχουν συμφωνήσει κάτι διαφορετικό, δίδοντας έτσι έμφαση στην ιδιωτική αυτονομία. Η νομοθετική εξομοίωση των συντρόφων που έχουν συνάψει σύμφωνο συμβίωσης με συζύγους δεν μπορεί να λειτουργήσει στο πεδίο της συγγένειας με τα τέκνα. Το ρυθμιστικό πρότυπο του διαφορετικού φύλου γονέων που επικρατεί και στο δίκαιο της ιατρικώς υποβοηθούμενης αναπαραγωγής εξακολουθεί να ισχύει. Η πράξη αυτή του νομοθέτη δεν συνιστά νομοθετικό κενό αλλά συνειδητή επιλογή, η οποία σύμφωνα με τη γράφουσα δεν συνιστά παραβίαση της αρχής της ισότητας και του άρθρου 4 της ΕΣΔΑ.

Τέλος, αναφέρεται η τρέχουσα μελέτη της νομοπαρασκευαστικής επιτροπής του Υπουργείου Δικαιοσύνης για την αναγνώριση ταυτότητας φύλου και οι ενδεχόμενες αλλαγές που θα επέλθουν στο οικογενειακό δίκαιο με μια τέτοια ρύθμιση.

New challenges for the law on medically assisted reproduction: The new civil partnership and the planned regulation for sex identification

Katerina Fountedaki

Professor of Civil Law, Faculty of Law, Aristotle University of Thessaloniki

Abstract

This paper focuses on the new civil partnership starting with the decision of 11.7.2013 ECHR condemning Greece because of the exclusion of same-sex couples from civil partnership. On the occasion of this condemnation a total abolition of civil partnership would be a temporary and regressive solution.

By n. 4356 / 2015 the institution of civil partnership was reformed and the couple is considered as married regarding their interpersonal relations and in the remaining relationships the focus is on private autonomy. The legislative assimilation of the comrades who have signed a civil partnership with a married couple cannot work in the field of affinity with children. The regulatory model of different sex parents and the law of medically assisted reproduction are still dominant. This act of the legislature does not constitute a legal limbo but a conscious choice, which according to the writer does not infringe the principle of equality and Article 4 of the ECHR.

Finally, it is important to say that a current study made by the lawmaking Committee of the Ministry of Justice for sex identification could modify a lot of things in the field of family law.

Με την περίφημη πλέον απόφαση του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΔΔΑ) Βαλλιανάτος κ.ά. κατά Ελλάδα, η χώρα μας καταδικάστηκε για τον αποκλεισμό από το σύμφωνο συμβίωσης, των ομόφυλων ζευγαριών.¹

Από πολλούς τέθηκε το ερώτημα, αν η συμμόρφωση της Ελλάδας με την απόφαση του ΕΔΔΑ μπορούσε να συνίσταται απλώς στη *συνολική κατάργηση* του συμφώνου συμβίωσης, δηλαδή να μην υπάρχει ούτε και για τα ετερόφυλα ζευγάρια, αφού η απόφαση έκρινε ότι υπήρχε αδικαιολόγητη δυσμενής διάκριση λόγω του περιορισμού του συμφώνου, με τον προϊσχύσαντα νόμο 3719/2008, στα ετερόφυλα ζευγάρια μόνο. Πέραν της προφανούς οπισθοδρόμησης, αυτή θα ήταν μόνο μια προσωρινή λύση, καθώς η νομολογία του ΕΔΔΑ κατευθύνεται προς την αναγνώριση παραβίασης της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, όταν ένα κράτος αρνείται οποιαδήποτε νομική κατοχύρωση στις σχέσεις των ομοφύλων, που συνιστούν, κατά το Δικαστήριο και αυτές «οικογενειακή ζωή», κατά το άρθρο 8 της Σύμβασης.²

Επίσης τέθηκε το ερώτημα, αν η συμμόρφωση της Ελλάδας με την απόφαση του ΕΔΔΑ μπορούσε να συνίσταται απλώς στην, με μια διάταξη, επέκταση του συμφώνου συμβίωσης και στις ενώσεις προσώπων του ίδιου φύλου. Έτσι όμως θα παρέμενε -και θα επεκτεινόταν και στα ομόφυλα ζευγάρια- ένα από τα σημαντικότερα προβλήματα της ρύθμισης του συμφώνου στο ν.

3719/2008, δηλαδή το αν οι σύντροφοι εξομοιώνονταν ή όχι, και σε ποιο βαθμό ή σε ποια θέματα, με συζύγους.³

Πιο σκόπιμο, κατά συνέπεια, ήταν να αξιοποιήσει ο Έλληνας νομοθέτης την ευκαιρία και να αναμορφώσει συνολικά το θεσμό, όπως και έκανε με το νόμο 4356/2015. Ως πολύ σχηματική και συνοπτική παρουσίαση του νέου συμφώνου, μπορεί να ειπωθεί ότι οι σύντροφοι εξομοιώνονται με συζύγους στις προσωπικές σχέσεις τους, ενώ στις μη προσωπικές (δηλαδή στις περιουσιακές και στις μικτές σχέσεις) αυτή η εξομοίωση ισχύει, αν δεν έχουν συμφωνήσει κάτι διαφορετικό, δηλαδή υπάρχει έμφαση στο στοιχείο της ιδιωτικής αυτονομίας. Όπως αναφέρεται στην Αιτιολογική του Έκθεσης, ο ν. 4356/2015 επιδιώκει μια ισορροπία μεταξύ αφενός της ιδιωτικής αυτονομίας, αφετέρου της ανάγκης προστασίας των οικογενειακών σχέσεων, με βάση τις αρχές της ισότητας και της αλληλεγγύης, δεδομένου ότι το σύμφωνο συμβίωσης αποτελεί μια σύμβαση, δημιουργούνται ωστόσο οικογενειακές σχέσεις μεταξύ των μερών.

Η σημαντική αυτή μεταρρύθμιση που επήλθε με το ν. 4356/2015 αναφέρεται στη σχέση των συντρόφων μεταξύ τους. Ως προς τα *παιδιά* των συντρόφων, δεν υπάρχει στο ν. 4356/2015 πρόβλεψη ότι οι σύντροφοι *γενικά*, επομένως και οι σύντροφοι του ίδιου φύλου, μπορούν να αποκτούν κοινά παιδιά. Υπάρχει μόνο η διάταξη του άρθρου 9 για το τεκμήριο πατρότητας για τα παιδιά που γεννιούνται κατά τη διάρκεια του συμφώνου από *ετερόφυλους* συντρόφους. Άλλωστε μια τέτοια γενική ρύθμιση περί κοινών παιδιών των συντρόφων θα ήταν λάθος να τεθεί στο νομοθέτημα ως μεμονωμένη διάταξη, καθώς, όπως θα αναλύσω και στη συνέχεια, η υλοποίησή της θα προϋπέθετε την τροποποίηση και πολλών άλλων διατάξεων από το δίκαιο της συγγένειας.

¹ Απόφαση της 7.11.2013, Προσφυγές αρ. 29381/09 και 32684/09, <http://hudoc.echr.coe.int>. Ελληνική μετάφραση βλ. στο elawyer.blogspot.gr/2013/11/blog-post_10.html.

² Απόφαση Schalk και Kopf κατά Αυστρίας (αρ. πρ. 30141/04, ΕΔΔΑ, 24.6.2010). Πιο πρόσφατα, στην απόφαση Oliari (21.7.2015), το Δικαστήριο διαπίστωσε την ύπαρξη θετικής υποχρέωσης της Ιταλίας για θέσπιση συμφώνου συμβίωσης για τα ομόφυλα ζευγάρια. Είναι η πρώτη φορά που ένα σχετικό ζήτημα δεν εξετάζεται υπό την οπτική γωνία της διάκρισης, αλλά εκείνη της θετικής υποχρέωσης για νομική αναγνώριση της σχέσης των ομόφυλων ζευγαριών. Ωστόσο, το Δικαστήριο τονίζει ότι η συγκεκριμένη απόφαση ελήφθη με δεδομένο το ιδιαίτερο κοινωνικό και νομικό πλαίσιο της Ιταλίας (π.χ. της ιδιαίτερης κοινωνικής αποδοχής των σχέσεων μεταξύ ομοφυλοφίλων).

³ Βλ. ενδεικτικά για το θέμα αυτό Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Ε. Οικογενειακό Δίκαιο Π. 5^η έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2012:594. Παπαχρίστου Θ. Εισαγωγικές παρατηρήσεις, αρ. 5. Σε Παπαχρίστου Θ, Κουμουτζής Ν, Τσούκα Χ. Το σύμφωνο συμβίωσης. Ερμηνευτικός οδηγός για τα άρθρα 1-13 του Ν. 3719/2008. Εκδόσεις Π.Ν. Σάκκουλας, 2009.

Υπάρχει βέβαια και όλη η συζήτηση αναφορικά με το άρθρο 12 ν. 4356/2015. Η αρχική πολύ ευρεία διατύπωσή του στο ΣχΝ, που, πρέπει να επισημάνω ότι δεν προήλθε από τη νομοπαρασκευαστική Επιτροπή, αλλά από το Υπουργείο Δικαιοσύνης, προέβλεπε ότι «*άλλες διατάξεις νόμων που αφορούν συζύγους*» εφαρμόζονται αναλογικά και στο σύμφωνο, με συνέπεια να προκληθεί η γνωστή συζήτηση για το επιτρεπτό της από κοινού υιοθεσίας παιδιού από συντρόφους. Ανάλογο θέμα θα μπορούσε να τεθεί και για την απόκτηση παιδιού με ιατρικά υποβοηθούμενη αναπαραγωγή. Αναζητήθηκε, έτσι, μια διαφορετική διατύπωση, και μετά από πολλές συζητήσεις επιλέχθηκε η ισχύουσα μορφή της διάταξης, που ορίζει ότι «*Άλλες διατάξεις νόμων που αφορούν αξιώσεις των συζύγων μεταξύ τους, καθώς και αξιώσεις, παροχές και προνόμια έναντι τρίτων ή έναντι του Δημοσίου, εφαρμόζονται αναλόγως και στα μέρη του συμφώνου, εφόσον δεν υπάρχει διαφορετική ειδική ρύθμιση στον παρόντα ή άλλο νόμο*». Έχω τη γνώμη ότι δεν ήταν η καλύτερη λύση. Ενώ ο στόχος ήταν να βρεθεί μια διατύπωση που να αποκλείει, σε θέματα παιδιών, την αναλογική εφαρμογή στους συντρόφους των διατάξεων που αφορούν συζύγους, τελικά η μορφή που επελέγη περιορίζει περισσότερο από όσο θα έπρεπε το εύρος της αναλογικής εφαρμογής, κάνοντας μόνο λόγο για αξιώσεις, παροχές και προνόμια. Εξάλλου από την οπτική της μεθοδολογίας του δικαίου, για να θυμηθούμε και εδώ τον Παπαχρίστου, έτσι διατυπωμένη η διάταξη αφήνει ανοιχτό το ερώτημα, *αν η αναλογική εφαρμογή στους συντρόφους όσων ισχύουν για συζύγους είναι δυνατή μόνο στα αναφερόμενα στο άρθρο 12 θέματα και εξ αντιδιαστολής αποκλείεται στα υπόλοιπα, ή αν, ως προς την εφαρμογή διατάξεων που δεν ανήκουν σε αυτές που αναφέρει το άρθρο 12, θα ισχύσουν οι γενικές αρχές της αναλογίας*.

Μήπως λοιπόν μπορεί να υποστηριχθεί, ότι, παρότι δεν προβλέπεται ρητά στο ν. 4356/2015, οι ομόφυλοι σύντροφοι μπορούν να αποκτήσουν κοινό παιδί με ιατρικά υποβοηθούμενη αναπαραγωγή, μέσω συνδυαστικής αναλογικής εφαρμογής του άρθρου 9 ν. 4356/2015 και των γενικών διατάξεων για την υποβοηθούμενη αναπαραγωγή και τη συγγένεια (1455, 1456, 1458, 1463 επ. ΑΚ); Υποστηρίζω την αρνητική απάντηση. Η νομοθετική εξομοίωση των συντρόφων

με συζύγους, κατά τη λογική της αφορά τις *μεταξύ τους σχέσεις* και δεν μπορεί να λειτουργήσει άνευ ετέρου και στο πεδίο της συγγένειας. Σχετικά με την ίδρυση της συγγένειας των παιδιών που γεννούνται κατά τη διάρκεια του συμφώνου ο ν. 4356/2015 περιέχει ειδική ρύθμιση (άρθρο 9), η οποία επαναλαμβάνει τη ρύθμιση του ΑΚ για το τεκμήριο *πατρότητας*, και αναφέρεται *ρητά σε άνδρα πατέρα και σε μητέρα* (υπό αυτή την έννοια υπάρχει στο σύμφωνο *ετερόφυλων* προσώπων και ανάλογη εφαρμογή και των λοιπών ρυθμίσεων της ΑΚ 1465 και των άρθρων 1466 επ ΑΚ). Όλα αυτά σηματοδοτούν ότι διατηρείται και μετά το ν. 4356/2015 το ρυθμιστικό πρότυπο των διαφορετικού φύλου νομικών γονέων ενός παιδιού.

Το ίδιο πρότυπο κυριαρχεί, *de lege lata*, στο δίκαιο της ιατρικά υποβοηθούμενης αναπαραγωγής (ν. 3089/2002, 3305/2005): Παιδί με τις σχετικές μεθόδους μπορούν κατά το νόμο να αποκτήσουν: α) τα παντρεμένα ζευγάρια, β) τα ετερόφυλα ζευγάρια με σύμφωνο συμβίωσης, γ) τα ετερόφυλα ζευγάρια σε μόνιμη σχέση χωρίς σύμφωνο και, δ) η μόνη γυναίκα χωρίς σύζυγο ή σύντροφο. Η θέσπιση συμφώνου και για τα ομόφυλα ζευγάρια αλλάζει κάτι σε όλα αυτά; Πιστεύω πως όχι. Συγκεκριμένα, ένα ζευγάρι *γυναικών* σε σύμφωνο δεν μπορεί *de lege lata* να αποκτήσει από κοινού παιδί με ιατρικά υποβοηθούμενη αναπαραγωγή. Ειδικότερα, αν η μια από τις δυο γυναίκες προσφύγει στην τεχνητή γονιμοποίηση, μπορούμε να αναρωτηθούμε: α) αυτή η γυναίκα θα αντιμετωπιστεί από τη νομοθεσία της ιατρικά υποβοηθούμενης αναπαραγωγής ως γυναίκα με σύντροφο ή χωρίς σύντροφο (βλ. λ.χ. άρθρο 1456 ΑΚ); β) αν αυτή η γυναίκα αποκτήσει παιδί με υποβοηθούμενη αναπαραγωγή, μπορεί η σύντροφός της να αποκτήσει και αυτή νομική συγγένεια με το παιδί; Η απάντηση στο πρώτο ερώτημα είναι κάπως περίεργη: Για το δίκαιο της ιατρικά υποβοηθούμενης αναπαραγωγής η γυναίκα που έχει συνάψει σύμφωνο συμβίωσης με μια άλλη γυναίκα *πρέπει να αντιμετωπιστεί ως γυναίκα άγαμη και χωρίς σύντροφο, γιατί μόνο κρίσιμο για τη ρύθμιση της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής είναι το αν μια γυναίκα έχει άνδρα σύντροφο*. Και αυτό, επειδή η απάντηση στο *δεύτερο ερώτημα* είναι αρνητική, με την έννοια ότι δεν προβλέπεται στο νόμο η ίδρυση συγγένειας του παιδιού και με την άλλη γυναίκα-σύντροφο

της μητέρας, όπως γίνεται, μέσω του τεκμηρίου πατρότητας, σε σχέση με τον άνδρα σύζυγο ή σύντροφο σε σύμφωνο συμβίωσης. Αλλά και η αυτόματη εκούσια αναγνώριση του παιδιού μέσω της συναίνεσης στην υποβοηθούμενη αναπαραγωγή (άρθρα 1456, 1475 § 2 ΑΚ) προβλέπεται επίσης μόνο σε σχέση με τον άνδρα σύντροφο (χωρίς σύμφωνο συμβίωσης) της υποβοηθούμενης γυναίκας. Γενικά το τεκμήριο πατρότητας και η εκούσια αναγνώριση στο δίκαιό μας είναι θεσμοί που αφορούν μόνο την πατρότητα. Συμπερασματικά, αν η μια από τις δυο γυναίκες αποκτήσει παιδί με υποβοηθούμενη αναπαραγωγή, αυτή είναι και θα παραμείνει ο μόνος κατά νόμο γονέας του παιδιού. Η μόνη δυνατότητα να έχει το παιδί και άλλο γονέα θα είναι να αποκτήσει πατέρα, σύμφωνα με τα γενικώς ισχύοντα για την ίδρυση της πατρότητας, αλλά αυτό δεν ενδιαφέρει εν προκειμένω.⁴

Βέβαια, τίποτε δεν εμποδίζει το ένα μέλος του ζευγαριού να αποκτήσει (με φυσική ή υποβοηθούμενη αναπαραγωγή) ή να υιοθετήσει ένα παιδί και στη συνέχεια να το μεγαλώσει μαζί με τη σύντροφό της, θα πρόκειται όμως για μια *de facto* και όχι *de jure* οικογένεια.⁵ Πάντως, όταν

πρόκειται για ζευγάρι *ανδρών*, δεν είναι καν δυνατή η απόκτηση απογόνου *έστω και από το ένα μέλος* του ζευγαριού με υποβοηθούμενη αναπαραγωγή αυτή είναι, επί του παρόντος, η νομολογιακή κατάληξη των υποθέσεων σχετικά με τη δυνατότητα απόκτησης απογόνου από άγαμο μοναχικό άνδρα, μέσω αναλογικής εφαρμογής των διατάξεων για τη δωρεά ωαρίων και την παρένθετη μητρότητα.⁶ Αλλά σε κάθε περίπτωση, το ζήτημα αφορά τη δυνατότητα των συντρόφων να αποκτήσουν κοινά παιδιά με τη νομική έννοια, και αυτή υπό το ισχύον δίκαιο δεν υφίσταται.

Η νομοθετική αυτή επιλογή μπορεί να αξιολογηθεί ως προς το ιδεολογικό της πρόσημο, αλλά δεν υπήρξε νομικά και συστηματικά ασυνεπής. Κατά τη λογική της ρύθμισης της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής, όπως διατυπώθηκε το 2002 και παραμένει μέχρι σήμερα, η απόκτηση

υιοθεσία από ομοφυλοφίλους, ενόψει ιδίως της παιδοκεντρικής αρχής.

⁶ Σύμφωνα με την (ορθότερη, κατά τη γνώμη μου - βλ. Παπαδοπούλου-Κλαμαρή Δ. Η συγγένεια. Θεμελίωση-Καταχώριση- Προστασία. Εκδόσεις Αντώνης Ν. Σάκκουλας, 2010:223. Κοτζάμπαση Α. Ισότητα των φύλων και ιδιωτική αυτονομία στις οικογενειακές σχέσεις. Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2011: 144,156,196. Βλαχόπουλος Σ. Δικαίωμα τεκνοποίησης μέσω παρένθετης μητρότητας και για τον άγαμο και μοναχικό άνδρα. Σε Κανελλοπούλου-Μπότη Μ, Παναγοπούλου-Κουτνατζή Φ (επιμ) Ιατρική Ευθύνη και Βιοηθική. Σύγχρονες προσεγγίσεις και προοπτικές του μέλλοντος, 2014: 187επ. Σύγχρονες προσεγγίσεις και προοπτικές του μέλλοντος, 2014, 187 επ.) άποψη που επικράτησε στη νομολογία (ΕφΑθ 3357/2010 ΝΟΜΟΣ). Κατά την άποψη αυτή, η ρύθμιση της παρένθετης μητρότητας (ΑΚ 1458, 1464) δεν καλύπτει (ούτε ερμηνευτικά) τον άντρα χωρίς γυναίκα σύζυγο ή σύντροφο, που θέλει να αποκτήσει παιδί. Προηγουμένως όμως υπήρξαν αντίθετες αποφάσεις από τα πρωτοβάθμια δικαστήρια και το ΝΣΚ, βλ. ΜΠρΑθ 2827/2008, ΧρΙΔ 2009 817 [την οποία εξαφάνισε η προαναφερόμενη εφετειακή]. ΜΠρΑθ 13707/2009 ΧρΙΔ 2011 267. ΓνμδΝΣΚ 261/2010, ΕφΑΔ 2010 1205. Η αντίθετη άποψη είναι μάλλον κρατούσα στη θεωρία, βλ. ενδεικτ. Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Ε. ό.π.:56. Παπαχρίστου Θ. Παρατηρήσεις στη ΜΠρΑθ 2827/2008 Χρονικά Ιδιωτικού Δικαίου, 2009:818. Σπυριδάκης Ι. Η τεχνητή γονιμοποίηση Εκδόσεις Αντώνης Ν. Σάκκουλας, 2006:32. παρατήρηση Κουμουτζή Ν. σε ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλο. Άρθρα 1457-1458 αρ. 79. Κουμουτζή Ν. Η τεχνητή αναπαραγωγή του άγαμου μόνου άνδρα. Χρονικά Ιδιωτικού Δικαίου, 2011:316. Ρεθυμιωτάκη Ε. Ομόφυλα ζευγάρια και ιατρικά υποβοηθούμενη αναπαραγωγή Δημοσιεύματα Ιατρικού Δικαίου και Βιοηθικής 18, 2014:147 επ., 174 επ.

⁴ Επειδή εξ υποθέσεως η γυναίκα αυτή θα τεκνοποιήσει με σπέρμα δότη, το παιδί δεν θα έχει κατά νόμο πατέρα, εκτός από την εξαιρετική περίπτωση της εκούσιας αναγνώρισής του από το δότη (πρβλ. ΑΚ 1479 § 2) ή από άλλο άνδρα ή της ακόμη πιο εξαιρετικής περίπτωσης να λυθεί το σύμφωνο και η μητέρα του να συνάψει γάμο, οπότε το παιδί μπορεί να υιοθετηθεί από το σύζυγό της (ΑΚ 1545§ 1).

⁵ Στην απόφαση Ε.Β. κατά Γαλλίας (22.1.2008-ελληνική περίληψη σε Ιατρικό Δίκαιο και Βιοηθική τόμος 5. Ιανουάριος-Μάρτιος 2009:3) το ΕΔΔΑ καταδίκασε τη Γαλλία για παραβίαση των άρθρων 8 και 14 ΕΣΔΑ, επειδή οι γαλλικές κοινωνικές υπηρεσίες και τα δικαστήρια είχαν απορρίψει την υιοθεσία ανήλικου από ομοφυλόφιλη γυναίκα που συζούσε με άλλη γυναίκα (η οποία δεν ενδιαφερόταν να υιοθετήσει και η ίδια), με αιτιολογία βασισμένη στην έλλειψη πατρικού προτύπου και στην απροθυμία της συντρόφου της να μετάσχει στην υιοθεσία, αιτιολογία που όμως θεωρήθηκε από το Δικαστήριο ενδεχομένως προσχηματική, αλλά και -στο μέτρο που αναφερόταν στην έλλειψη γονεϊκού προτύπου του ενός φύλου- ασύμβατη με το δικαίωμα των ατόμων χωρίς σύζυγο ή σύντροφο να υιοθετήσουν. Σε παλιότερη απόφαση (Fretté κατά Γαλλίας, 26.2.2002) το ΕΔΔΑ είχε αντίθετα αποφασίσει ότι τα κράτη διαθέτουν ευρύ περιθώριο εκτίμησης σχετικά με το αν θα επιτρέψουν την

κοινού απογόνου δεν ήταν δυνατή για τα ομόφυλα ζευγάρια *ανεξάρτητα* από το γεγονός ότι δεν προβλεπόταν σύμφωνο συμβίωσης για αυτά. Φαίνεται, έτσι, βάσιμο να υποστηριχθεί ότι και μετά το ν. 4356/2015 και τη θεσμική αναγνώριση των ενώσεων των ομοφύλων δεν υφίσταται νομοθετικό κενό, το οποίο πρέπει να καλυφθεί ερμηνευτικά μέσω της αναλογίας: Ήταν συνειδητή και σκόπιμη η επιλογή του νομοθέτη του ν. 3089/2002 να περιοριστεί η δυνατότητα προσφυγής στην ιατρική υποβοήθηση της αναπαραγωγής μόνο σε συζύγους, σε ετερόφυλους συντρόφους και σε γυναίκες χωρίς σύζυγο ή σύντροφο. Αυτό προκύπτει από τις προπαρασκευαστικές εργασίες και την Αιτιολογική Έκθεση του ν. 3089/2002. Η επιλογή αυτή δεν συναρτήθηκε με τη θεσμική κατοχύρωση των εξώγαμων συμβιώσεων· αυτή γενικά δεν υπήρχε το 2002, ούτε για τα ετερόφυλα ζευγάρια, αλλά στους συντρόφους διαφορετικού σε ελεύθερη ένωση δόθηκε η δυνατότητα να αποκτούν κοινά παιδιά μέσω υποβοηθούμενης αναπαραγωγής. Ούτε μπορεί να υποστηριχθεί ότι ο νομοθέτης το 2002 αγνοούσε την κοινωνική πραγματικότητα των ελεύθερων ενώσεων προσώπων του ίδιου φύλου· επομένως, ο νομοθέτης *επέλεξε* να διαρθρώσει έτσι τη ρύθμιση της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής, ώστε αυτή να εφαρμόζεται μόνο σε ζευγάρια ετερόφυλα, παντρεμένα ή μη. Το γεγονός ότι οι ετερόφυλοι σύντροφοι με σύμφωνο συμβίωσης εξομοιώνονται στο πεδίο της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής με τους συζύγους οφείλεται στο γεγονός ότι στο σύμφωνο συμβίωσης ισχύει το τεκμήριο πατρότητας όπως και στο γάμο. Η εξομοίωση, με το ίδιο επιχείρημα, των συντρόφων του ίδιου φύλου, με συζύγους στο πεδίο της τεχνητής γονιμοποίησης, θα αποτελούσε *petitio principii*. Συμπερασματικά, η επέκταση του συμφώνου συμβίωσης στα ομόφυλα ζευγάρια δεν σημαίνει *αυτόματα* και την εφαρμογή σε αυτά των διατάξεων για την απόκτηση κοινού απογόνου μέσω υποβοηθούμενης αναπαραγωγής, αλλά απαιτείται πρόσθετη νομοθετική παρέμβαση.

Αν αυτά ισχύουν, (δηλ. η αδυναμία των συντρόφων του ίδιου φύλου να αποκτήσουν κοινό παιδί με ιατρικά υποβοηθούμενη αναπαραγωγή, παρότι έχουν πλέον τη δυνατότητα να συνάψουν σύμφωνο συμβίωσης) συνιστούν άραγε παραβίαση της αρχής της ισότητας και του άρθρου

14 της ΕΣΔΑ (σε συνδυασμό με το άρθρο 8 αυτής); Αρμόζει μάλλον αρνητική απάντηση. Σύμφωνα με την άποψη που θεωρώ ορθότερη, η ιατρική υποβοήθηση της αναπαραγωγής είναι, σύμφωνα με το δίκαιό μας,⁷ μια θεραπευτική ιατρική πράξη,⁸ που αποσκοπεί στην υπέρβαση της αδυναμίας, για ιατρικούς λόγους, να λειτουργήσει το σχήμα της φυσικής αναπαραγωγής, δηλαδή η βιολογική διαδικασία της απόκτησης απογόνου. Από την άποψη αυτή, ένα ζευγάρι ατόμων διαφορετικού φύλου δεν είναι όμοια περίπτωση με ένα ζευγάρι ατόμων του ίδιου φύλου, όπως μια γυναίκα που δεν μπορεί να κυοφορήσει για ιατρικούς λόγους δεν είναι όμοια περίπτωση με έναν άνδρα, που δεν μπορεί εξ ορισμού να κυοφορήσει.⁹ Δεν υποστηρίζω ότι η θε-

⁷ Με βάση, δηλαδή, τη λογική των γενικών περιορισμών που τίθενται στα άρθρα 1455 ΑΚ, 1, 2 και 4 ν. 3305/2005, βλ. σχετικά Φουντεδάκη Α. Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη. Εκδόσεις Σάκκουλα Α.Ε., 2007:162 επ.

⁸ Δηλ. πράξη που είναι αναγκαία και πρόσφορη για τη διατήρηση ή αποκατάσταση της υγείας του ασθενούς ή την αποτροπή της χειροτέρευσής της ή την παράκαμψη αντιμετώπιση με άλλα μέσα του μη αναστρέψιμου προβλήματος υγείας του· με άλλες λέξεις, η θεραπευτική πράξη συνδέεται με την ιατρική ένδειξη (*medizinische Indikation*) και αναγκαιότητα (*necessité thérapeutique*)· βλ. σχετικά Φουντεδάκη Α. Αστική ιατρική ευθύνη. Γενική εισαγωγή- Δογματική και δικαιοπολιτική θεώρηση- Θεμελιώδεις έννοιες Εκδόσεις Σάκκουλα, 2003:224 επ. Στην υποβοηθούμενη αναπαραγωγή η ιατρική αναγκαιότητα συνίσταται στην αδυναμία απόκτησης τέκνων με φυσικό τρόπο ή στην αποφυγή μετάδοσης στο τέκνο σοβαρής ασθένειας, και προβλέπεται ρητά στο νόμο ως προϋπόθεση της προσφυγής στις σχετικές μεθόδους (βλ. άρθρο 1455 ΑΚ)· σχετ. βλ. ενδεικτ. Κουνουγερη-Μανωλεδάκη Ε. ό.π.: 5 επ. Αναλυτικά Τροκάνας Θ. Ανθρώπινη Αναπαραγωγή. Η ιδιωτική αυτονομία και τα όριά της. Εκδόσεις Σάκκουλα Α.Ε., 2011:166 επ. Για την κατάταξη των μεθόδων της τεχνητής γονιμοποίησης στις θεραπευτικές πράξεις βλ. αναλυτικά Φουντεδάκη Α. Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη. ό.π.:151 επ.

⁹ Τη σαφή και δικαιολογημένη αυτή διάκριση συσκοτίζει, κατά τη γνώμη μου, η κρατούσα άποψη ότι η χρήση των μεθόδων της τεχνητής γονιμοποίησης εντάσσεται άνευ ετέρου στο γενικότερο «δικαίωμα στην αναπαραγωγή», το οποίο βρίσκει συνταγματική θεμελίωση στην ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας (άρθρο 5 § 1 Σ) ή, σύμφωνα με άλλες απόψεις, στα άρθρα 9 § 1 εδ.2, 21 § 1 Σ. Βλ. ενδεικτικά ΜΠρΑθ 13707/2009 ΝΟΜΟΣ. ΠΠρΧανίων 226/2009 ΧρΙΔ 2011, 182. Εισηγητικές Εκθέσεις ν. 3089/2002 και 3305/2005, σημεία Ι.4 στο

ραπευτική θεώρηση της ιατρικά υποβοηθούμενης αναπαραγωγής είναι η μόνη ορθή, πιστεύω όμως ότι βρίσκει σαφές έρεισμα στο ισχύον δίκαιο, το οποίο θα έπρεπε κατά συνέπεια να αλλάξει, αν θέλαμε να δούμε την τεχνητή γονιμοποίηση ως κάτι άλλο, ιδίως ως εκδήλωση κάποιου δικαιώματος κάθε προσώπου στην απόκτηση απογόνου.

Συμπερασματικά, ο έλληνας νομοθέτης δεν υποχρεούται, *ούτε όμως και εμποδίζεται*, να επεκτείνει, με πολλές αναγκαίες προσαρμογές του δικαίου της συγγένειας, το επιτρεπτό και τις συνέπειες της ιατρικά υποβοηθούμενης αναπαραγωγής και στα ομόφυλα ζευγάρια με σύμφωνο ή και χωρίς σύμφωνο (όπως ρυθμίζεται και για τα ετερόφυλα ζευγάρια με ή χωρίς σύμφωνο). Δεν αρκεί η επέκταση του συμφώνου συμβίωσης στα ομόφυλα ζευγάρια, για να επιλυθούν αυτόματα και μονοσήμαντα τα ζητήματα που δημιουργεί η προσφυγή αυτών των ζευγαριών στην τεχνητή γονιμοποίηση. Για παράδειγμα, δεν είναι αρκετό ότι σήμερα ισχύει το σύμφωνο συμβίωσης μεταξύ δυο γυναικών, αλλά πρέπει να προβλεφθεί κάποιος τρόπος νομικής σύνδεσης του παιδιού με τη σύντροφο της μητέρας του. Δεν αρκεί να πούμε ότι δυο άνδρες μπορούν να είναι σύντροφοι σε σύμφωνο για να αποκτήσουν κοινό παιδί πρέπει να τροποποιηθούν τόσο η ρύθμιση για την παρένθετη μητρότητα όσο και το τεκμήριο πατρότητας (αφού το παιδί δεν μπορεί να κατάγεται βιολογικά και από τους δυο). Γενικά, απαιτείται πρόσθετη πολιτική βούληση και ευθύνη για τη ρύθμιση αυτών των ζητημάτων, που δεν θα ήταν σωστό να αφεθούν στη νομική ερμηνεία και στην *ad hoc* νομολογιακή αντιμετώπιση. Στην ουσία πρόκειται για μια ακόμη μεταρρύθμιση του Οικογενειακού δικαίου - για την οποία θα ήταν ανεκτίμητη, για άλλη μια φορά, η συμβολή του Θανάση Παπαχρίστου.

Ανακύπτει βέβαια και ένα επόμενο ερώτημα, μήπως οι απαντήσεις θα είναι διαφορετικές, αν στο μέλλον προβλεφθεί και στο δίκαιό μας ο γάμος μεταξύ προσώπων του ίδιου φύλου. Ακόμη και σε αυτή την περίπτωση, πάλι δεν θα αλλάξουν *αυτόματα* τα κανονιστικά δεδομένα στην ιατρικά υποβοηθούμενη αναπαραγωγή, αλλά τότε θα είναι *επιβεβλημένη* η μεταρρύθμιση που προανέφερα, γιατί δεν θα μπορεί να σταθεί ένα σύστημα που εμποδίζει συζύγους να αποκτήσουν κοινά παιδιά.

Θα αναφερθώ καταληκτικά σε ένα ακόμη θέμα, πολύ ενδιαφέρον, στο οποίο όμως δεν θα επεκταθώ, γιατί δεν αποτελεί ακόμη ισχύον δίκαιο. Αυτό το διάστημα στη νομοπαρασκευαστική επιτροπή του Υπουργείου Δικαιοσύνης που έχει ως έργο την αναμόρφωση του Οικογενειακού δικαίου, επεξεργαζόμαστε σχέδιο νόμου για την *αναγνώριση της ταυτότητας φύλου*. Πολύ συνοπτικά, πρόκειται για την αναγνώριση της δυνατότητας ενός προσώπου που βιώνει το φύλο του (με την έννοια της προσωπικής αίσθησης του σώματος και άλλες εκφράσεις του φύλου όπως η εμφάνιση, το όνομα) σε διάσταση με το βιολογικό του φύλο, να αιτηθεί να καταχωριστεί ληξιαρχικά σύμφωνα με το φύλο στο οποίο αισθάνεται ότι ανήκει, *χωρίς να απαιτείται να υποβληθεί σε ιατρικές πράξεις για την αλλαγή των βιολογικών χαρακτηριστικών του φύλου του*. Πολύ απλά, ένα πρόσωπο με πλήρη γυναικεία εξωτερικά, γενετήσια και βιολογικά χαρακτηριστικά, που όμως αισθάνεται ότι ανήκει στο αντρικό φύλο, θα μπορεί να καταχωριστεί, με κάποια απλή διαδικασία και προϋποθέσεις (λ.χ. δικαιοπρακτική ικανότητα) ως άντρας πλέον, να αλλάξει ληξιαρχική πράξη γέννησης, όνομα και αστυνομική ταυτότητα.

Τι θα συμβεί όταν αυτό το πρόσωπο θελήσει να αποκτήσει παιδί, με φυσική ή υποβοηθούμενη αναπαραγωγή; Πώς θα αντιμετωπίσει το δίκαιό μας έναν άνδρα (αφού μετά την αλλαγή της καταχώρισης του φύλου για το κράτος το πρόσωπο θα είναι πλέον άνδρας) που γεννάει ένα παιδί (αφού βιολογικά θα διατηρεί τη δυνατότητα); Η ίδρυση της συγγένειας θα ακολουθήσει τους κανόνες που αφορούν τη συγγένεια με τη μητέρα, οπότε θα επέλθει με τη γέννηση, ή τη συγγένεια με τον άνδρα-πατέρα, οπότε θα χρειαστεί αναγνώριση; Και τι θα γίνει αν ο βιολογικός πατέρας του παιδιού θέλει κι αυτός να κάνει εκούσια α-

άρθρο 1 αντίστοιχα. Κουνουγέρι-Μανωλεδάκη, ΟικογΔ, ό.π., II 5. Κριάρη-Κατράνη, Βιοϊατρικές εξελίξεις και Συνταγματικό δίκαιο (1994), 70. Παπαχρίστου, *Lex dei, lex populi?* ΧρΙΔ 2002, 674. Βιδάλη, Ζωή χωρίς πρόσωπο. Το Σύνταγμα και η χρήση του ανθρώπινου γενετικού υλικού (2003), 92 επ. Τροκάνας, ό.π., 91 επ. (και τις εκεί παραπομπές), 95 επ. Αντίθετα, Κουτσουμπίνης, Συνταγματικά προλεγόμενα σε ένα ζήτημα βιοηθικής, ΔιΔικ 1994, 1089 επ., 1096.

να γνώριση της πατρότητας; Τα πράγματα μπορεί να είναι ακόμη πιο περίπλοκα στο πεδίο της ιατρικά υποβοηθούμενης αναπαραγωγής. Στην αντίστροφη περίπτωση, όπου ένας άντρας (βιολογικά) έχει πλέον ληξιαρχικά αναγνωριστεί ως γυναίκα, μπορεί άραγε να προσφύγει στην τεχνητή γονιμοποίηση; Γιατί όχι, θα αναρωτηθεί κανείς. Άραγε όμως θα μπορεί σε αυτή την περίπτωση να χρησιμοποιήσει δικό του σπέρμα;

Το δίκαιο της συγγένειας είναι το τμήμα του Οικογενειακού δικαίου με τις περισσότερες προκλήσεις και τα πλέον αναπάντεχα ερωτήματα. Το πόσο μας λείπει σε όλα αυτά ο Θανάσης Παπαχρίστου δεν θα το αναφέρω, το σκεφτήκατε όλοι και εξάλλου δεν του ταιριάζουν οι κοινοτοπίες.