

## Πρόλογος Θ.Κ. Παπαχρίστου

Το σύγχρονο οικογενειακό δίκαιο, απαλλοτριωμένο από την εσωστρέφεια του παρελθόντος, εξελίσσεται μέσα σε ένα συνεχώς διευρυνόμενο περιβάλλον, υπό την επίδραση κοινωνικών και πολιτισμικών παραγόντων που υπερβαίνουν τα στενά εθνικά όρια. Η δυναμική αυτή του σύγχρονου οικογενειακού δικαίου, που χαρακτηρίζει τόσο τη νομοθέτηση όσο και τη δικαιοδοτική λειτουργία, απαιτεί ανάλογο επαναπροσδιορισμό της ερμηνευτικής του. Στην πρόκληση αυτή απαντά το προκείμενο βιβλίο, που είναι και η διδακτορική διατριβή του συγγραφέα.

Η διατριβή αποτελεί την πρώτη μονογραφική προσέγγιση ενός ζητήματος με έντονο θεωρητικό αλλά και πρακτικό ενδιαφέρον: τη θέση του εξώγαμου πατέρα ως φορέα της γονικής μέριμνας και (μη καταρχήν) δικαιούχου της άσκησης της. Η επιλογή του νόμου να μην αποκτά αυτοδικαίως ο πατέρας την άσκηση της γονικής μέριμνας εγείρει ζήτημα συμβατότητας της ρύθμισης του ΑΚ με τις ρυθμίσεις του Σ και της ΕΣΔΑ, που διασφαλίζουν το δικαίωμα στην οικογενειακή ζωή.

Αποφεύγοντας την απλουστευτική προσέγγιση, που θα οδηγούσε στο συμπέρασμα ότι η ρύθμιση του ΑΚ προσκρούει τόσο στο Σύνταγμα όσο και στην ΕΣΔΑ, ο συγγραφέας προβαίνει σε διεξοδική, σε βάθος και πλάτος, ανάλυση των κρίσιμων διατάξεων του ΑΚ (βασικά της 1515 και της 1473). Ουσιαστικά πρόκειται για την πληρέστερη μέχρι τώρα ερμηνεία τους, κατά την οποία αναδεικνύονται η μεθοδολογική δεινότητα, η αναλυτική ικανότητα, καθώς και η φαντασία του, απαραίτητη για την εξαντλητική ανεύρεση των κατ' ιδίαν περιπτώσεων. Στο πλαίσιο του εγχειρήματος αυτού, ο συγγραφέας εισάγει νέες έννοιες (π.χ. η έννοια του «γονικού δικαιώματος») και ταξινομήσεις (π.χ. οι τύποι στέρξης της άσκησης της γονικής μέριμνας από τον πατέρα και αντίστοιχα οι τύποι ανάθεσής της σε αυτόν). Η διατριβή διακρίνεται ακόμη για τις πρωτότυπες ερμηνευτικές θέσεις (π.χ. η τελεολογική συστολή της ΑΚ 1473, ώστε να μην εφαρμόζεται όταν η δικαστική ανα-

## Πρόλογος

γνώριση έπεται του γάμου, καθώς και οι ερμηνευτικές προτάσεις για τα ανακύπτοντα ζητήματα στο σύμφωνο συμβίωσης). Η ερμηνευτική αυτή εργώδης προσπάθεια επιχειρείται υπό το φως των ρυθμίσεων του Σ και της ΕΣΔΑ, στο πλαίσιο του συσχετισμού των δύο ρυθμίσεων (νομοθετικής και υπερνομοθετικής). Και είναι εντυπωσιακή η ευχέρεια με την οποία κινείται ο συγγραφέας και στο υπερνομοθετικό πεδίο.

Η διατριβή χαρακτηρίζεται ακόμη από την πυκνότητα του ύφους και την υψηλή αφαιρετικότητα, η οποία, όμως, χάρη στην ευρηματικότητα του συγγραφέα, συνδυάζεται αριστοτεχνικά με την εξαντλητική παράθεση των πιθανών περιπτώσεων που μπορεί να εμφανισθούν στην πολύτροπη πραγματικότητα.

Πρόκειται για υποδειγματική μονογραφία, στέρα δομημένη πάνω σε καινοτόμο κατάταξη της ύλης, που με αληθινό μεράκι για το θέμα θίγει όλα τα ανακύπτοντα ζητήματα και προτείνει πρωτότυπες απόψεις, προάγοντας ουσιαδώς την επιστήμη του αστικού (και όχι μόνο) δικαίου.

*Θ.Κ. Παπαχρίστου*

## Πρόλογος συγγραφέα

Η μελέτη αυτή υποβλήθηκε ως διδακτορική διατριβή στο Τμήμα Νομικής του Εθνικού και Καποδιστριακού Πανεπιστημίου Αθηνών και εγκρίθηκε στη συνεδρίαση της 4.10.2010, μετά από εισήγηση του (επιβλέπωντος) καθηγητή κ. Θανάση Παπαχρίστου, του καθηγητή κ. Ιωάννη Καράκωστα και της αναπληρώτριας καθηγήτριας κ. Φώνης Σκορίνη-Παπαρρηγοπούλου. Εκφράζω τις ευχαριστίες μου σε όλους, και παράλληλα στα υπόλοιπα μέλη της εξεταστικής επιτροπής, την καθηγήτρια κ. Διονυσία Καλλινίκου, την καθηγήτρια κ. Δήμητρα Παπαδοπούλου-Κηλαμαρή, την αναπληρώτρια καθηγήτρια κ. Καλλιόπη Χριστάκου-Φωτιάδη, τον λέκτορα κ. Γιώργο Λέκκα, για τις παρατηρήσεις που έκαναν και την ευμενή τους κρίση.

Ιδιαίτερα ευχαριστώ: τη Φ. Σκορίνη-Παπαρρηγοπούλου για τη βοήθειά της κατά το στάδιο διόρθωσης του δοκιμίου· τον Θ. Παπαχρίστου για το αμέριστο ενδιαφέρον, την πολυήμερη συμπαράσταση και τη φιλία του, σημαντική προσφορά για μένα από τα φοιτητικά μου χρόνια.

Ευχαριστώ το ΙΚΥ για την υλική και ηθική στήριξη της προσπάθειάς μου.

Ευχαριστώ την Ευαγγελία Νεζερίτη για τις συζητήσεις μας κατά το διάστημα της συγγραφής.

Ευχαριστώ την οικογένειά μου για την υπομονή της, την ενθάρρυνσή της, τη φροντίδα της.

Τέλος, ευχαριστώ τον Πάνο Σάκκουλα, ο οποίος ανέλαβε το βάρος της έκδοσης, καθώς και τη Διαμάντω Χαλβατζόγλου και την Καίτη Βαφία, οι οποίες συνέπραξαν για την υλοποίησή της.

Αθήνα, Δεκέμβριος 2010

*Νίκος Κουμουτζής*

## Εισαγωγή

### Α. Το δικαίωμα οικογενειακής ζωής του πατέρα – Θεμελίωση στο Σ και την ΕΣΔΑ

Το δικαίωμα ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής θεμελιώνεται με σχεδόν όμοια διατύπωση στο άρθρ. 9 § 1 εδ. β' Σ και στο άρθρ. 8 § 1 ΕΣΔΑ. Το πρώτο ορίζει ότι: «*Η ιδιωτική και οικογενειακή ζωή είναι απαραβίαστη*». Το δεύτερο ορίζει ότι: «*Παν πρόσωπον δικαιούται εις τον σεβασμόν της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής του [...]*». Οι έννοιες αυτές αντιπαρατίθενται προς εκείνη της δημόσιας ζωής του προσώπου<sup>1</sup>, οριοθετώντας μια σφαίρα λιγότερο ή περισσότερο κλειστή στην κοινωνική έκθεση ή/και στην κοινωνική επαφή. Περαιτέρω, διαστέλλονται και μεταξύ τους, αφού η μεν «ιδιωτική ζωή» δίνει έμφαση σε εκδηλώσεις της μεμονωμένης προσωπικότητας, η δε «οικογενειακή ζωή» δίνει έμφαση σε εκδηλώσεις ορισμένης διαπροσωπικής σχέσης, η μία έχει ως άξονα αναφοράς το «εγώ», η άλλη έχει ως άξονα αναφοράς το «εμείς»<sup>2</sup>.

Το δικαίωμα οικογενειακής ζωής ανήκει στους γονείς του παιδιού είτε αυτό είναι γεννημένο σε γάμο είτε αυτό είναι γεννημένο χωρίς γάμο. Τούτο προκύπτει χαρακτηριστικά από την ευρύτητα των διατυπώσεων του Σ («*Η ιδιωτική και οικογενειακή ζωή [κάθε προσώπου] είναι απαραβίαστη*») και της ΕΣΔΑ («*Παν πρόσωπον δικαιούται εις τον σεβασμόν της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής του [...]*»). Συναφώς, η μεν ΕΕΔΑ δέχθηκε ότι η σχέση «εξώγαμου» παιδιού-μητέρας και «εξώγαμου» παιδιού-πατέρα υπάγεται στο άρθρ. 8 της ΕΣΔΑ, ήδη από την αρχή της δεκαετίας του '70, επαναλαμβάνοντας τη θέση αυτή το 1977<sup>3</sup>,

1. Βλ. *Δαγτόγλου Α<sup>2</sup>*, αρ. 496, 499, 501· *Βιδάλη*, σ. 137.

2. Βλ. *Meulders-Klein*, RIDComp 1992, 774, καθώς και τις επισημάνσεις των *Δαγτόγλου Α<sup>2</sup>*, αρ. 496, 499, 501 και *Βιδάλη*, σ. 137 στην υποσ. 6, 144-145. – Για το κοινό πεδίο των δύο εννοιών βλ. πιο κάτω αρ. 8.

3. Βλ. *Brötel*, σ. 48-49 και 50.

## Εισαγωγή

η καθοριστική στιγμή, όμως, εντοπίζεται αναμφίβολα στο 1979, όταν στην υπόθεση *Marckx εναντίον Βελγίου* το ΕΔΔΑ αποφαινεται ότι το άρθρ. 8 της ΕΣΔΑ δεν διακρίνει μεταξύ «νόμιμης» και «φυσικής» οικογένειας (*famille «légitime»/«naturelle»*) και ότι αφορά εξίσου στην οικογενειακή ζωή και των δύο<sup>4</sup>.

- 3 Στην ίδια απόφαση, πάντως, τονίζεται επίσης ότι η προστασία της οικογενειακής ζωής «προϋποθέτει την ύπαρξη μιας οικογένειας»<sup>5</sup>, και το ερώτημα που ανακύπτει είναι πώς γίνεται αντιληπτός ο συγκεκριμένος συνδυαστικός κρίκος.

### 1. Ένας στενός ορισμός της «οικογενειακής ζωής»

- 4 Η επισκόπηση<sup>6</sup> της παλαιότερης νομολογίας των οργάνων της ΕΣΔΑ δείχνει ότι για την αναγνώριση «οικογένειας» μεταξύ του πατέρα και του γεννημένου χωρίς γάμο παιδιού δεν αρκεί η ύπαρξη του δεσμού αίματος, αλλά απαιτείται επιπλέον μια «πραγματική σχέση» (*effective relationship, relation effective, realistische ή tatsächliche Beziehung*): η τελευταία ταυτίζεται κυρίως με τη συμβίωση ή την τακτική επικοινωνία πατέρα-παιδιού.
- 5 Το 1995, το ΕΔΔΑ θα προχωρήσει ένα βήμα πιο πέρα με την απόφαση *Keegan εναντίον Ιρλανδίας*, κρίνοντας ότι η οικογενειακή ζωή των εν λόγω προσώπων είναι δεδομένη «*ipso iure*» κατά τη γέννηση του παιδιού, έστω και αν στον χρόνο αυτόν τη φροντίδα του παιδιού την αναλαμβάνει η μητέρα, διότι η ελεύθερη ένωση με τον πατέρα έχει τερματισθεί<sup>7</sup>. Τούτο σημαίνει ότι η «πραγματική σχέση» δεν είναι καθόλου απαραίτητη, καθώς εδώ δεν ανιχνεύεται ούτε συμβίωση ούτε τακτική επικοινωνία πατέρα-παιδιού. Η διαπίστωση αυτή αφήνει ίσως να υπονοηθεί ότι το ΕΔΔΑ συναρτά την οικογενειακή ζωή του πατέρα και του παιδιού με την ιδιότητά τους αυτή και μόνο. Όμως, το ΕΔΔΑ, στην

4. *Marckx c. Belgique*, § 31, σε <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

5. *Marckx c. Belgique*, § 31, ό.π.

6. Βλ. *Wildhaber/Breitenmoser*, *IntKomm EMRK*<sup>2</sup>, Art. 8, αρ. 366.

7. *Keegan v. Ireland*, §§ 44, 45, σε <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

αιτιολόγησή του, προστρέχει και σε άλλα στοιχεία που αντλεί από το ιστορικό της περίπτωσης, και συγκεκριμένα: (i) στο ότι οι γονείς βρέθηκαν σε ελεύθερη ένωση· (ii) στο ότι είχαν σχεδιάσει να δεσμευθούν με γάμο· (iii) στο ότι είχαν σχεδιάσει να αποκτήσουν απόγονο<sup>8</sup>. Από όλα αυτά, τα υπό (i) και (ii) αναφέρονται στην προηγηθείσα ή στη «σκοπούμενη» οικογενειακή ζωή του φυσικού πατέρα με τη μητέρα και δεν συνεισφέρουν στη συζήτηση, για την οποία καταλυτικό αποβαίνει το (iii): η «σκοπούμενη» οικογενειακή ζωή του φυσικού πατέρα με το παιδί<sup>9</sup>.

Το πόρισμα αυτό το επιβεβαιώνει και πανηγυρικά η πιο πρόσφατη νομολογία του ΕΔΔΑ και της ΕΕΔΑ, με τη διακήρυξη ότι στο άρθρ. 8 ΕΣΔΑ εμπίπτει και η «σκοπούμενη οικογενειακή ζωή» (*intended family life, vie familiale projetée, beabsichtigtes Familienleben*) του φυσικού πατέρα με το παιδί. Όπως πάγια επαναλαμβάνεται, κρίσιμο εν προκειμένω είναι *«το ενδιαφέρον και η αφοσίωση του φυσικού πατέρα στο παιδί τόσο πριν όσο και μετά τη γέννηση» («the demonstrable interest in and commitment by the natural father to the child both before and after the birth», «l'intérêt et l'attachement manifestés par le père naturel pour l'enfant avant et après la naissance», «das nachweisbare Interesse an und Bekenntnis zu dem Kind seitens des leiblichen Vaters sowohl vor als auch nach der Geburt»)*<sup>10</sup>.

## 2. Ένας ευρύς ορισμός της «οικογενειακής ζωής»

Ωστόσο, στη θεωρία υποστηρίζεται ότι η «οικογένεια» του πατέρα και του γεννημένου χωρίς γάμο παιδιού συγκροτείται με βάση το γε-

8. Βλ. *Keegan v. Ireland*, § 45, ό.π. και τις ορθές επισημάνσεις των *Kopper-Reifenberg*, σ. 78-79, 245-246, 247-248· *Coussirat-Coustère*, σε *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, σ. 52-53 (και 50-51)· *Bruckner*, FPR 2005, 200 επ.

9. Βλ. για την έννοια *Fahrenhorst*, σ. 106 και επ.

10. Βλ. ΕΔΔΑ: *Nylund v. Finland*, σ. 14 (αρχείου word)· *Lebbink c. Pays Bas*, § 36· *Zaunegger v. Germany*, § 37. Βλ. ΕΕΔΑ: *M.B. c. Royaume Uni*, σ. 115 (αρχείου pdf). Σημειωτέον ότι η βασική σκέψη διατυπώνεται πρώτη φορά στο Report της ΕΕΔΑ στην υπόθεση *Keegan v. Ireland*, § 48. Όλο το υλικό αυτό είναι διαθέσιμο στη βάση *hudoc*: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

## Εισαγωγή

γονός της καταγωγής<sup>11</sup>. Σύμφωνα με τη γνώμη αυτή, με τις δύο πιο πάνω προσεγγίσεις παρεισάγονται επιπλέον παράμετροι: Πρώτον, κατά το άρθρ. 8 § 1 ΕΣΔΑ προϋπόθεση για την «οικογένεια» του πατέρα με το παιδί δεν συνιστά η πραγματική σχέση με το παιδί. Αυτή, απεναντίας, παίζει ρόλο εκεί όπου το ζήτημα είναι η «οικογένεια» με το παιδί όσων συνδέονται μαζί του με πιο χαλαρό βιολογικό δεσμό (π.χ. «οικογένεια» παππού-παιδιού, «οικογένεια» θείου-παιδιού...) ή όσων δεν συνδέονται μαζί του με κανέναν βιολογικό δεσμό («οικογένεια» τρίτου-παιδιού). Στις εν λόγω περιπτώσεις το κενό που αφήνει η φύση αναπληρώνεται από τον κοινωνικό δεσμό, ο οποίος σφυρηλατείται μέσα από την «πραγματική σχέση». Δεύτερον, κατά το άρθρ. 8 § 1 ΕΣΔΑ προϋπόθεση για την «οικογένεια» του πατέρα με το παιδί δεν συνιστά το «ενδιαφέρον και η αφοσίωση» στο παιδί.

### 3. Σημασία της δικηγωνίας

- 8 Στη συζήτηση αυτή δεν χρειάζεται να υπεισέλθει κανείς περισσότερο. Διότι, σε εγγύτερη προσέγγιση, το αν η «οικογενειακή ζωή» θα προσδιορισθεί κατά τον έναν ή τον άλλον τρόπο δεν φαίνεται να έχει πρακτική σπουδαιότητα, όταν τα άρθρ. 8 § 1 ΕΣΔΑ και 9 § 1 εδ. β' Σ αναφέρονται παράλληλα στην «ιδιωτική ζωή». Σύμφωνα με την κρατούσα άποψη<sup>12</sup>, η «οικογενειακή ζωή» δεν αποτελεί τίποτα περισσότερο από επί μέρους μορφή με την οποία αναπτύσσεται η «ιδιωτική ζωή»· απλώς, η πρώτη διακρίνεται από τη δεύτερη με βάση το συμπληρωματικό χαρακτηριστικό του οικογενειακού δεσμού<sup>13, 14</sup>. Η άποψη αυτή έχει διττή σημασία για την κρίση των περιπτώσεων στις οποίες δεν πρόκειται για «δημόσια ζωή» του προσώπου. Από τη μία, αν το στοι-

11. Βλ. *Hoffmann-Remy*, σ. 109· *Brötel*, σ. 65· *Fahrenhorst*, σ. 405-406.

12. Βλ. στο πλαίσιο του Σ: *Παραρά*, άρθρ. 9, αρ. 11· *Δαγτόγλου Α<sup>2</sup>*, αρ. 496, 499· *Βιδάλη*, σ. 144-145. Βλ. στο πλαίσιο της ΕΣΔΑ: *Breitenmoser*, σ. 29 και 106· *Fahrenhorst*, σ. 99 επ.

13. Βλ. *Breitenmoser*, σ. 29 και 106· *Fahrenhorst*, σ. 100 και 101· *Βιδάλη*, σ. 145: «sui generis [...] ιδιωτικότητα των κοινοτήτων».

14. Αντίθετος ο *Brötel*, σ. 46, ισχυριζόμενος ότι «οικογενειακή ζωή» χωρίς «ιδιωτική ζωή» είναι νοτή.

χείο του οικογενειακού δεσμού συντρέχει, τότε η υπαγωγή γίνεται στο πραγματικό της «οικογενειακής ζωής», το οποίο έχει αποσπασθεί από το γενικό πραγματικό (της «ιδιωτικής ζωής»)<sup>15</sup>. Από την άλλη, αν το στοιχείο του οικογενειακού δεσμού απουσιάζει, τότε η υπαγωγή γίνεται στο πραγματικό της «ιδιωτικής ζωής», το οποίο επιτελεί λειτουργία «συγκέντρωσης» ή «περιουλήλογής» (Auffangsfunktion) όσων υποστάσεων βρίσκονται αποκλεισμένες από το ειδικό πραγματικό (της «οικογενειακής ζωής»)<sup>16</sup>. Στη συνάφεια αυτή, μια στενότερη ή ευρύτερη ερμηνεία της «οικογενειακής ζωής» συνεπάγεται μια, αντίστοιχα, ευρύτερη ή στενότερη οριοθέτηση της «ιδιωτικής ζωής», και, τελικά, διαφορά στη μεταξύ τους *κατανομή* της ύλης<sup>17</sup>.

## **B. Το πεδίο προστασίας**

Το πεδίο προστασίας (Schutzbereich)<sup>18</sup> των άρθρ. 9 § 1 εδ. β' Σ και 8 § 1 ΕΣΔΑ είναι αρκετά ευρύ. Πιο κάτω επισημαίνεται ότι το δικαίωμα οικογενειακής ζωής μπορεί να vonθεί –inter alia– αφενός ως *γονικό δικαίωμα* (βλ. υπό 1) και αφετέρου ως *δικαίωμα νομικής παροχής* (βλ. υπό 2).

### **1. Γονικό δικαίωμα**

Τι περιλαμβάνει το δικαίωμα οικογενειακής ζωής δεν διευκρινίζεται ούτε στο άρθρ. 9 § 1 εδ. β' Σ ούτε στο άρθρ. 8 § 1 ΕΣΔΑ, συνάγεται, όμως, ότι το όλην αναλύεται σε μια δέσμη επιμέρους δικαιωμά-

15. Έτσι *Breitenmoser*, σ. 106.

16. Έτσι οι *Breitenmoser*, σ. 106· *Wildhaber/Breitenmoser*, IntKomm EMRK<sup>2</sup>, Art. 8, αρ. 1 in fine και *Fahrenhorst*, σ. 100.

17. Η διαφορά αυτή θα μπορούσε να αποβεί κρίσιμη, εφόσον η υπερνομοθετική προστασία ήταν διαβαθμισμένη, και συγκεκριμένα περισσότερη για την «οικογενειακή ζωή», λιγότερη για την «ιδιωτική ζωή». Όμως, ένα τέτοιο συμπέρασμα δεν επιτρέπεται να εξαχθεί, μιας και τα δύο δικαιώματα υπόκεινται *στους ίδιους φραγμούς* [αυτό τονίζουν στο πλαίσιο της ΕΣΔΑ οι *Brötel*, σ. 46 (και σ. 44-45) και *Fahrenhorst*, σ. (100-)101]. Για τους φραγμούς βλ. πιο κάτω αρ. 15 επ. και πιο αναλυτικά *Μέρος Πρώτο § 2 αρ. 28 επ.*

18. Για την έννοια βλ. ενδεικτικά *Pieroth/Schlink*<sup>22</sup>, αρ. 195 επ.