

ΔΕΥΤΕΡΟ ΚΕΦΑΛΑΙΟ

1. Το οικογενειακό δίκαιο στο στρόβιλο της κριτικής αντιπαράθεσης: εξουσιαστική δομή ή/και πόρος συλλογικής δράσης
2. **ΚΑΤΩΘΕΝ** Ο ρόλος του φεμινιστικού και του ομοφυλοφιλικού κινήματος στον μετασχηματισμό του οικογενειακού δικαίου
3. **ΑΝΩΘΕΝ** Ο υπερεθνικός δικαστής και η εγκόλπωση των de facto συμβιωτικών σχέσεων από τα ευρωπαϊκά εθνικά δίκαια

1.Το οικογενειακό δίκαιο στο στρόβιλο της κριτικής αντιπαράθεσης στην κοινωνιολογία του δικαίου : μια εξουσιαστική δομή ή ένας πόρος συλλογικής δράσης;

Από την αρχή του 19^{ου} αιώνα το οικογενειακό δίκαιο συγκρότησε άνωθεν την οικογένεια ως ιδιωτικό χώρο αναπαραγωγής με τη μορφή που αποτυπώθηκε ιδεοτυπικά στο Ναπολέοντειο κώδικα. Το μοντέρνο οικογενειακό δίκαιο είναι ένα δίκαιο που ρυθμίζει ιδιωτικές σχέσεις με δημόσιο ενδιαφέρον όχι μόνο για να διασφαλίσει απλώς την βιολογική αναπαραγωγή των πολιτών. Το κράτος δικαίου επενέβη στην ιδιωτική σφαίρα για να εξυπηρετήσει το δημόσιο συμφέρον, δηλαδή να διασφαλίσει την ανατροφή και την κοινωνικοποίηση των μελλοντικών πολιτών του. Επέβαλλε οργανωτικά πρότυπα στις συντροφικές και συγγενικές σχέσεις με βάση κοινωνικές αξίες που είναι αδιαχώριστες από τις αντιλήψεις για την κοινή ζωή και την πολιτική οργάνωση της. Το κράτος πρόνοιας επεξεργάστηκε πολιτικές ενίσχυσης της οικογένειας σε συνδυασμό με ρυθμίσεις στο ιδιωτικό εργατικό δίκαιο αλλά και το δημόσιο, το ασφαλιστικό και το φορολογικό δίκαιο. Επομένως η οικογένεια ως θεσμός έχει μια κατεξοχήν πολιτική λειτουργία¹. Η πολιτική αυτή λειτουργία έχει καταγραφεί από την κοινωνιολογική θεωρία είτε με θετικό πρόσημο αφού η οικογένεια θεωρείται λειτουργικό συμπλήρωμα στην έμφυλη κατανομή εργασίας² είτε με αρνητικό αφού αποδεικνύεται πεδίο αναπαραγωγής σχέσεων κυριαρχίας συμπληρωματικό του κρατικού³. Μεταβάλλεται δε ανάλογα με τις κοινωνικές αναπαραστάσεις για το συλλογικό δεσμό, την πολιτική εξουσία και την ταυτότητα των μελών μιας κοινωνίας. Υπό αυτό το πρίσμα η πολιτική λειτουργία της οικογένειας είχε ήδη από το 19^ο

¹ Jacques Commaille, 'La famille, l'état, le politique : une nouvelle économie des valeurs. Entre tensions et contradictions', *Informations sociales* 2006/8 (n° 136), p. 100-111.

² Talcott Parsons, 'The American Family: Its Relation to Personality and Social Structure', στο *Family Socialization and Interaction Process*, Talcott Parsons και Robert Freed Bales (Psychology Press, 1956), 3–33.

³ Bourdieu, P., *Reproduction familiale et reproduction étatique*, Cours du 24 octobre 1991, in *Sur l'Etat - Cours au Collège de France (1989-1992)*, Seuil, 2012.

αιώνα αρχίσει να αλλάζει παρότι η νομοθετική ρύθμιση της άλλαξε στα μέσα του 20^{ου}. Σύμφωνα με μια μεταδομιστική οπτική⁴ προοδευτικά μεταμορφώθηκε ομόλογα με το κράτος από ένα θεσμό κυριαρχίας σε ένα θεσμό βιοπολιτικής πειθάρχησης όπου έχουν λόγο οι ειδικοί ιδίως η ψυχιατρική επιστήμη και οι φορείς της, για να καταλήξει σε ένα πεδίο νοσηματοδότησης του εαυτού μέσα από τη συζυγική σχέση που συνάπτουν με αμοιβαία, ελεύθερη επιλογή δύο άνθρωποι. Αφής λοιπόν η μοντέρνα οικογένεια θεωρείται ως ένα πεδίο όπου αναπτύσσονται σχέσεις οικειότητας και συγγένειας, δηλαδή σχέσεις αλληλεγγύης αλλά και εξουσίας τότε το οικογενειακό δίκαιο τις συγκροτεί και τις αναπαράγει άνωθεν ή ακολουθεί την δυναμική του μετασχηματισμού τους μέσα από την κοινωνική αμφισβήτηση και αναδιαμόρφωση τους; Το ζήτημα ανάγεται σε δύο μείζονα δίπολα γύρω από τα οποία έχει αναπτυχθεί έντονη αντιπαράθεση στο πεδίο της κοινωνιολογίας του δικαίου και ευρύτερα της κοινωνικής θεωρίας για το δίκαιο. Το ένα δίπολο αφορά το εάν το δίκαιο είναι προϊόν κοινωνικής συναίνεσης ή σύγκρουσης και το άλλο εάν διαμορφώνεται καθοριστικά από τις κοινωνικές δομές ή τη συλλογική δράση⁵.

Η αντιπαράθεση εντάθηκε μετά τη δεκαετία του '60 όταν αναπτύχθηκε το κίνημα των κριτικών νομικών σπουδών στον αγγλοσαξωνικό χώρο⁶ που αμφισβήτησε το νομικό θετικισμό σε όλες τις εκδοχές του. Η κεντρική παραδοχή τους συνίσταται στο ότι το δίκαιο δεν είναι ουδέτερο όπως ευαγγελίζεται η φιλελεύθερη αρχή του κράτους δικαίου αλλά οι κανόνες και οι θεσμοί του διαπερνώνται από τα οικονομικά και πολιτικά συμφέροντα. Αντιμετωπίζουν με σκεπτικισμό το ότι το κρατικό δίκαιο οργανώνει την πολιτική εξουσία και θεσπίζει δικαιώματα με σκοπό να εμποδίσει την καταπίεση των ατόμων και των κοινωνικών ομάδων. Αυτό προκύπτει από το ότι η δικαιοσύνη αποτυγχάνει να προστατεύσει αποτελεσματικά τα άτομα που ανήκουν στις λιγότερο ισχυρές κοινωνικές ομάδες. Αντί να απελευθερώνει εκείνους που το χρειάζονται περισσότερο αναπαράγει την καταπίεση τους. Το κίνημα των κριτικών νομικών σπουδών στην πιο ριζοσπαστική εκδοχή του οραματίζεται το ριζικό σχηματισμό του κράτους, της αγοράς και του δικαίου μέσω αποσταθεροποιητικών δικαιωμάτων που ενεργοποιούν τις εσωτερικές αντιφάσεις του δικαίου⁷. Στην πιο μετριοπαθή εκδοχή του αξιολογεί μεν

⁴ Rémi Lenoir, 'Famille et sexualité chez Michel Foucault', *Sociétés & Représentations* 2006, 22, 2, σ.189–214 και Michel Foucault, *Histoire de la sexualité, tome 3 : Le souci de soi* (Paris: Gallimard, 1984), 92–93.

⁵ Reza Banakar και Max Travers, *An Introduction to Law and Social Theory* (Hart, 2002), 1–8, NaN-4.

⁶ Peter Fitzpatrick και Alan Hunt, επιμ., *Critical Legal Studies* (B. Blackwell, 1987) και Jíří Příbáň, 'Critical Legal Studies and the Sociology of Law', στο *An Introduction to Law and Social Theory*, επιμ. Reza Banakar και Max Travers (Hart, 2002), 119–33.

⁷ Roberto Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement: Another Time, a Greater Task* (Verso Books, 2015).

κριτικά την αποπολιτικοποίηση των κοινωνικών συγκρούσεων αλλά αποδέχεται εντέλει ότι οι κανόνες και οι θεσμοί του δικαίου μπορούν να χρησιμοποιηθούν απέναντι στην αυθαίρετη άσκηση εξουσίας από όπου και εάν αυτή πηγάζει, εφόσον εστιαστούν περισσότερο στην ουσία και λιγότερο στη μορφή⁸.

Η παραπάνω κριτική βρήκε στο οικογενειακό δίκαιο ένα πολύ πρόσφορο πεδίο επαλήθευσης. Οι φεμινιστικές νομικές σπουδές την τελευταία δεκαετία του 20^{ου} αιώνα⁹ ανέδειξαν την σημασία που είχε και εξακολουθεί να έχει το δίκαιο στη συγκρότηση και την αναπαραγωγή της έμφυλης καταπίεσης. Η διάκριση σε βάρος των γυναικών εξαιτίας προκαταλήψεων για το φύλο τους «επιβίωσε» και διαιωνίστηκε μέσα από το φιλελεύθερο, δικαιοκτικό μοντέλο μέχρι τα μέσα του 20^{ου} αιώνα. Οι φεμινιστικές νομικές σπουδές κατέγραψαν, συστηματοποίησαν και ερμήνευσαν τις νομικές ρυθμίσεις και διαδικασίες που απηχούσαν τα έμφυλα στερεότυπα παρά την επίκληση της ουδετερότητας και αντικειμενικότητας του μοντέρνου δικαίου. Ανέδειξαν το πως η κατάτμηση της κοινωνικής ζωής σε δύο σφαίρες, την δημόσια και την ιδιωτική νομιμοποίησε τον περιορισμό του πολιτικού χώρου, οργανωμένου με αναφορά στη δημοκρατική αρχή αποκλείοντας την εφαρμογή της σε ένα μεγάλο μέρος των έμφυλων σχέσεων συμπεριλαμβανομένης και της οικογενειακής ζωής. Με το επιχείρημα ότι στον οικογενειακό χώρο ασκείται εξουσία το δεύτερο κύμα του φεμινιστικού κινήματος πολιτικοποίησε το προσωπικό και έθεσε ζήτημα εκδημοκρατισμού της¹⁰. Ωστόσο ακόμα και μετά την κατάργηση των νομοθετικών εμποδίων η ισότιμη συμμετοχή στην πολιτική ζωή, οι ίσες ευκαιρίες στην αγορά εργασίας και ο συνδυασμός της οικογενειακής ζωής με την επαγγελματική απαιτήσαν τη λήψη θετικών μέτρων που στοχεύουν να αποκαταστήσουν την ουσιαστική ισότητα πέρα από την τυπική¹¹ χωρίς να το έχουν ακόμα επιτύχει πλήρως.

Ταυτόχρονα οι νομικές σπουδές για το φύλο και τη σεξουαλικότητα και οι «queer studies» ανέδειξαν τις επιδράσεις των ταυτοτήτων, των κοινωνικών κατηγοριοποιήσεων με βάση το φύλο και τη σεξουαλικότητα στα ατομικά δικαιώματα και τις ελευθερίες των προσώπων που αυτές χαρακτηρίζουν¹². Αρχικά εστίασαν στις δυσμενείς διακρίσεις σε βάρος

⁸ Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication [fin de Siècle]* (Harvard University Press, 2009). Duncan Kennedy, 'Form and Substance in Private Law Adjudication', *Harvard Law Review* 89, τχ. 8 (Ιούνιος 1976): 1675–1778.

⁹ Martha Albertson Fineman και Nancy Sweet Thomadsen, *At the Boundaries of Law (RLE Feminist Theory): Feminism and Legal Theory* (Routledge, 2013).

¹⁰ Laure Bereni et Anne Revillard, La dichotomie privé-public à l'épreuve des critiques féministes : De la théorie à l'action publique, , in : Muller, P. et Sénac-Slawinski, R. (dir.), *Genre et action publique : la frontière public-privé en question*, Paris, L'Harmattan/Logiques politiques, 2008, p. 27-55.

¹¹ Γιώργος Γεραπετρίτης κ.ά., *Ισότητα και θετικά μέτρα* (Αθήνα Κομοτηνή: Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2007).

¹² Nico Beger, *Tensions in the Struggle for Sexual Minority Rights in Europe: Que(e)rying Political Practices* (Manchester; New York: Manchester University Press, 2004).

των ατόμων με μη κυρίαρχο σεξουαλικό προσανατολισμό. Στη συνέχεια ανέλυσαν την διεκδίκηση που απεύθυναν προς το δίκαιο να θεσμοθετήσει τις σχέσεις συγγένειας και συντροφικότητας και να αναγνωρίσει το δικαίωμα τους να αυτοπροσδιορίζουν το φύλο τους. Το ιεραρχικό δίπολο «ανδρισμός/θηλυκότητα» είναι ένα πολιτισμικά παραγόμενο νοηματοδοτικό σύστημα που διεισδύει στο δίκαιο. Αυτό με το δικό του ηγεμονικό και κυρίαρχο λόγο το νομιμοποιεί, καθώς το ενεργοποιεί μέσα από τις κατηγορίες και τις διαδικασίες παράγοντας έμφυλοποιημένα και σεξουαλικοποιημένα υποκείμενα. Το βιολογικό φύλο εξακολουθεί να λειτουργεί ως κοινωνικό σημάδι και το δίκαιο το χρησιμοποιεί για να αποδώσει ταυτότητα, να αναγνωριστεί το άτομο ως υποκείμενο του και ανάλογα να του απονείμει ή όχι κάποια δικαιώματα¹³. Και σε αυτή την περίπτωση επομένως απομυθοποιείται η κατάκτηση της τυπικής ισότητας στο μέτρο που δεν επιφέρει απαραίτητα και την κοινωνική δικαιοσύνη.

Φαίνεται λοιπόν ότι η κυρίως αγγλοσαξωνική κριτική ανάλυση για το πώς λειτουργούν τα δικαιώματα από τις νομικές σπουδές του φεμινισμού, του φύλου και της σεξουαλικότητας τείνουν προς τη μια άκρη ενός θεωρητικού συνεχούς μεταξύ των θέσεων περί απόλυτης αυτονομίας του δικαίου από τη μια και περί απόλυτου καθορισμού από την άλλη. Το συνεχές αυτό χαρακτηρίζει και την κοινωνική θεωρία για το δίκαιο που αναπτύχθηκε μεταπολεμικά στην Ευρώπη. Στην Γερμανία π.χ. ο N.Luhmann όρισε το δίκαιο σαν ένα αυτοποιητικό σύστημα που οργανώνει επικοινωνίες σε συντονισμό με το πολιτικό σύστημα λειτουργώντας όμως απολύτως αυτόνομα από αυτό με βάση τον διπολικό κώδικα «νόμιμο/παράνομο», προσφέροντας την βεβαιότητα ότι οι αποφάσεις λαμβάνονται με αναφορά σε μια κανονιστική τάξη¹⁴. Επειδή εκκινεί από την παραδοχή ότι τα κοινωνικά συστήματα μέσω της πολύπλοκης επικοινωνίας τους διαμορφώνουν καθοριστικά την κοινωνική ζωή και όχι τα σκεπτόμενα και δρώντα άτομα δεν ενδιαφέρεται καθόλου για το πως η ατομική ή ομαδική δράση προκαλεί ή αναστέλλει την κοινωνική αλλαγή¹⁵. Στην Γαλλία η δομο-μαρξιστική ανάλυση του δικαίου από τον L.Althusser ¹⁶ έβλεπε στο δίκαιο μια υπερδομή που συναρθρώνει τις κοινωνικές πρακτικές με καθορισμένο από τη βάση τρόπο και που εξαρτάται απόλυτα, υπερπροσδιορίζεται από την πολιτική.

¹³ Katherine M. Franke, 'The central mistake of sex discrimination law: The disaggregation of sex from gender', *University of Pennsylvania Law Review* 144, τχ. 1 (1995): 1-99.

¹⁴ Luhman, N., 'The Coding of the Legal System' in A. Febbrajo and G. Teubner (eds) *State, Law, Economy as Autopoietic Systems*, Milan: Giuffrè, 1992.

¹⁵ Michael King και Chris Thornhill, *Luhmann on Law and Politics: Critical Appraisals and Applications* (Bloomsbury Publishing, 2006), 214-216.

¹⁶ Louis Althusser, 'Idéologie et appareils idéologiques d'État (Notes pour une recherche)', στο *Sur la reproduction*, Actuel Marx Confrontation (Paris: Presses Universitaires de France - PUF, 1995), 269 επ.;

Το δίκαιο ανήκει ταυτόχρονα και στον καταπιεστικό μηχανισμό του κράτους και στους ιδεολογικούς μηχανισμούς του. Η αστική ιδεολογία συγκαλύπτει την σύγκυση πολιτικής και δικαίου, καθιστά το δίκαιο αυτοσκοπό και με αυτόν τον τρόπο αδρανοποιεί την απελευθερωτική δυναμική του¹⁷. Από μια διαφορετική σκοπιά ο P.Bourdieu¹⁸ αντιλαμβάνονταν το δίκαιο ως ένα σχετικά αυτονομημένο από τα κοινωνικά συμφέροντα πεδίο όπου νομικοί, δικηγόροι και δικαστές ανταγωνίζονταν για το ποιος ερμηνεύει το κωδικοποιημένο δίκαιο. Η συμβολική δύναμη του δικαίου δεν πηγάζει μόνον από το κρατικό μονοπώλιο της νόμιμης βίας αλλά και από τη μορφή του, το ότι παρουσιάζεται να ουδετεροποιεί, να γενικεύει και να εξορθολογίζει. Η διπλή στεγανοποίηση δεν αφήνει σχισμές για να παρεισφύρει ο λόγος περί δικαίου των κοινωνικών ομάδων καθώς τα αιτήματα τους με όρους δικαιωμάτων μεταφράζονται εντός του πεδίου από τους επαγγελματίες νομικούς, τους αποκλειστικά αρμόδιους να κινητοποιήσουν τους νομικούς πόρους¹⁹. Ακόμα και ο M. Foucault που βλέπει τη δυνατότητα των υποκειμένων να εμπλακούν ενεργά στην ανακατασκευή των ταυτοτήτων τους, να φτιάξουν τους εαυτούς τους με ηθικές τεχνικές δεν διερευνά τις δυνατότητες συλλογικής χειραφετικής πολιτικής απέναντι στη βιοπολιτική εξουσία που υποσκελίζει και προσοδευτικά διαβρώνει το δίκαιο²⁰. Αντίθετα περιγράφει ενδελεχώς το πώς ιστορικά η αντιπροσωπευτική δημοκρατία συνοδεύτηκε από την ανάδυση ενός γραφειοκρατικού μηχανισμού που εμποτίστηκε από τις επιστημονικές πειθαρχίες, τις τεχνικές της διακυβέρνησης. Έτσι όμως αντιπαρέρχεται το κεντρικό ζήτημα του μοντέρνου δικαίου το ότι ενώ λειτουργεί ως όργανο διακυβέρνησης μπορεί να λειτουργήσει και ως μέσο απελευθέρωσης. Πολύ περισσότερο δεν θέτει το ερώτημα εάν η διάχυτη πειθάρχηση, η συμπύκνωση των τεχνικών διακυβέρνησης μπορούν να αντιμετωπιστούν μέσω του λόγου περί δικαιωμάτων και των πρακτικών άσκησης τους²¹. Ωστόσο εάν τα παραπάνω αληθεύουν τότε η μετασχηματιστική δυναμική των δικαιωμάτων είναι ασήμαντη αφού σε κάθε περίπτωση το μόνο που καταφέρνουν είναι να συγκαλύπτουν τις σχέσεις κυριαρχίας από όπου και εάν προέρχονται οπότε το μοντέρνο δίκαιο είναι σε αδιέξοδο. Στερείται λοιπόν παντελώς χειραφετητικού

¹⁷ Laurent de Sutter, 'À propos de Louis Althusser et la critique du droit (compte rendu)', *Droit et société* n° 75, τχ. 2 (30 Αύγουστος 2010): 455–66.

¹⁸ Pierre Bourdieu, 'Η δύναμη του δικαίου: στοιχεία για μια κοινωνιολογία του νομικού πεδίου', *Επιθεώρηση Κοινωνικών Ερευνών* 72 (1989): 3–43.

¹⁹ Mauricio García Villegas, *On Pierre Bourdieu's Legal Thought*, *Droit et société* 2004/1-2 (n°56-57), σ. 57-70.

²⁰ Foucault, M., *Histoire de la sexualité*, vol 1, *La volonté de savoir*, 1984, 189.

²¹ Alan Hunt και Gary Wickham, *Foucault and Law: Towards a Sociology of Law as Governance* (Pluto Press, 1994), 71.

νοήματος το μοντέρνο δίκαιο ή μήπως συγχέουμε την επιστημονική αντίληψη μας για αυτό με την πραγματικότητα;

Καταρχάς η κοινωνική ιστορία δείχνει ότι τα εξουσιαστικά πλέγματα μεταβάλλονται ακριβώς επειδή είναι προϊόντα σχέσεων μεταξύ κυρίαρχων ομάδων και κάποιων λιγότερο ισχυρών που διεκδικούν τις δικές τους νομικές νοηματοδοτήσεις της πραγματικότητας. Στο δημόσιο χώρο παρότι μέχρι σήμερα οι δημοκρατίες παρουσιάζουν σοβαρό έλλειμμα συμμετοχής και η άσκηση της εξουσίας ελέγχεται δύσκολα δεν χωρεί αμφιβολία ότι τα πράγματα είναι καλύτερα από την εποχή της απόλυτης μοναρχίας²². Στον ιδιωτικό χώρο παρότι η έμφυλη και η σεξουαλική καταπίεση είναι ορατές δια γυμνού οφθαλμού και στις δυτικές κοινωνίες, δεν μπορεί κανείς να αμφισβητήσει τα βήματα που έχουν γίνει προς την χειραφέτηση μετά από επίμονο και μακροχρόνιο αγώνα. Επομένως η εγγενής ένταση που ενυπάρχει στο δημοκρατικό πολίτευμα διατρέχει και το μοντέρνο δίκαιο. Μια ένταση που εκδηλώνεται και στην αντιπαράθεση ενώπιον του νομοθέτη και τη διαμάχη ενώπιον του δικαστή. Γιατί λοιπόν να δούμε το νόμο αποκλειστικά και μόνον σαν μια δύναμη κυριαρχίας που επιβάλλεται στα υποκείμενα *άνωθεν* και όχι σαν κανονιστικό πλέγμα εξουσιαστικών σχέσεων για να δούμε και την άλλη άκρη, να εστιαστούμε στην *κάτωθεν* αμφισβήτηση της εξουσίας που πηγάζει από την κοινωνική τάξη, το φύλο, τη φυλή και τη γεωπολιτική ασυμμετρία ισχύος²³;

Προς την κατεύθυνση αυτή συνηγορούν ποικίλες θεωρητικές προσεγγίσεις του δικαίου που εγγράφονται σε διαφορετικές οπτικές. Ο Ν.Πουλαντζάς ασκώντας κριτική στη δομο-μαρξιστική άποψη για τον υπερπροσδιορισμό του δικαίου από την οικονομία και την πολιτική υποστήριξε ότι οι εσωτερικές δομές του είναι σχετικά αυτόνομες και μέσω αυτών το δίκαιο οριοθετείται και αλληλεπιδρά με τις λοιπές δομές²⁴. Το κράτος ως μια υλική συμπύκνωση ενός συσχετισμού κοινωνικών δυνάμεων έχει αντιφάσεις και ρωγμές και λειτουργεί ως στρατηγικό πεδίο εξουσίας όπου διασταυρώνονται κόμβοι και δίκτυα εξουσίας που ταυτόχρονα συνδέονται και συγκρούονται μεταξύ τους²⁵. Στην ίδια γραμμή ο Αρ. Μάνεσης θεώρησε ότι το δίκαιο δεν είναι ένα απλό εργαλείο που εξυπηρετεί με άμεσο και μηχανικό τρόπο τις ισχυρότερες κοινωνικές ομάδες επειδή υλοποιεί ένα συσχετισμό κοινωνικών δυνάμεων επιχειρώντας να συγκεράσει και να συμβιβάσει τα

²² Ibid σ. 62

²³ Blomley, N., *Law, Space and the Geographies of Power*, New York London, Guilford Press, 1994, σ. 22-24.

²⁴ Poulantzas, N., A propos de la théorie marxiste du droit, *Archives de la philosophie du droit*, 1969,12, σ.145-162.

²⁵ Πουλαντζάς, Ν., *Το κράτος, η εξουσία και ο σοσιαλισμός*, Αθήνα, Θεμέλιο, 1978, σ. 195.

αντιτιθέμενα συμφέροντα τους²⁶. Μαζί με την κανονιστική-καταναγκαστική λειτουργία του επιτελεί και την ιδεολογική-νομιμοποιητική ώστε να ενσωματώσει όλες τις κοινωνικές ομάδες στο μέγιστο δυνατό βαθμό. Το δίκαιο συνυφαίνεται με την εξουσία και κάθε κανόνας εκφράζει μια πολιτική επιλογή ανάμεσα σε περισσότερες δυνατές που διεκδίκησαν διάφορες κοινωνικές δυνάμεις με περισσότερη ή λιγότερη ισχύ. Οι απόψεις τους αντιπαρατέθηκαν δημόσια και ο νομοθέτης αναζήτησε ένα σημείο ισορροπίας και συμβιβασμού²⁷. Ο J.Habermas δίνοντας έμφαση στη χειραφετική δυναμική της επικοινωνίας στη δημόσια σφαίρα βλέπει το δίκαιο σαν ένα προνομιούχο μέσο κάτωθεν νοηματοδότησης της κοινωνικής πράξης σε ένα δημόσιο αγώνα για την καλύτερη επιχειρηματολογία²⁸. Πέρα από την επιστημονική επεξεργασία των εξειδικευμένων νομικών ο νομικός λόγος είναι ένας θεσμικός περί του πρακτέου λόγος από τον οποίο δεν αποκλείονται εξ ορισμού οι πολίτες λόγω της ιδιότητας τους ως ορθολογικά σκεπτόμενα όντα, είναι ικανοί να μάθουν και να αναλάβουν την ευθύνη των πράξεων τους δικαιολογώντας τις πράξεις τους με λογικά επιχειρήματα²⁹. Η δυνατότητα των πολιτών να ενεργοποιήσουν, να κινητοποιήσουν τους κανόνες και τις διαδικασίες του δικαίου απορρέει άλλωστε από την αυτονομία τους που στον μεν ιδιωτικό χώρο σημαίνει ότι ως πρόσωπα είναι ισάκις αποδέκτες δικαιωμάτων στο δε δημόσιο ότι εξουσιοδοτούνται ισάκις ως συντάκτες της έννομης τάξης³⁰. Ακόμα και ο P.Bourdieu βλέπει ότι παρά τον ανταγωνισμό των κατόχων του νομικού κεφαλαίου για την ερμηνεία του, το δίκαιο προορίζεται για να παραμένει ανοικτό αφού δεν είναι παρά μια κοινωνική πρακτική όπως οι άλλες. Δίδεται στους φορείς της κοινωνικής δράσης σαν παιχνίδι που αυτοί παίζουν καθώς καθίσταται επίδικο αντικείμενο στρατηγικών που προσανατολίζουν την πράξη τους³¹.

Έτσι και υπό την οπτική μιας θεωρίας της πρακτικής οι κανόνες, οι διαδικασίες και οι θεσμοθετημένοι φορείς του δικαίου μπορούν να θεωρηθούν ως πόρος συλλογικής δράσης που οι φορείς της

²⁶ Μάνεσης, Αρ., *Συνταγματικό δίκαιο Ι*, Εκδόσεις Σάκκουλα, Θεσσαλονίκη, 1980, σ. 73 και 75

²⁷ Παπαχρίστου (1999) όπ. π. σ. 112-113.

²⁸ Tamanaha B.Z., The view of Habermas from below: Doubts about the centrality of law and the legitimization enterprise, in *Denver University Law Review*, 1999, LXXVI, 4, σ.989-1008.

²⁹ Emmanuel Melissaris, *Ubiquitous Law: Legal Theory and the Space for Legal Pluralism* (Ashgate Publishing, Ltd., 2013) σ. 72 και 82 και Habermas, J., *Το πραγματικό και το ισχύον. Συμβολή στη διαλογική θεωρία του δικαίου και του δημοκρατικού κράτους δικαίου*, Αθήνα, Νέα Σύνορα-Α.Λιβάνης, 1996, σ. 359-387.

³⁰ Habermas (1996) όπ. π. σ. 544

³¹ Εξαιτίας όμως της μορφολογικής του ιδιαιτερότητας (το ότι γενικεύει, συστήνει ομολογίες και φυσικοποιεί) μετατρέπεται σε μια παγίδα έτοιμη να ξανακλείσει μέσα της ακόμα και εκείνους που την χειρίζονται, Jacques Caillousse, Pierre Bourdieu, juris lector : anti-juridisme et science du droit , *Droit et société* 2004/1 (n°56-57), σ. 17-37 και Pierre Bourdieu, Droit et passe droit. Le champs des pouvoirs territoriaux et la mise en oeuvre des règlements, *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1990, 81/82, σ. 86-96.

κινητοποιούν ανάλογα με τα συμφέροντα και τις σχέσεις εξουσίας σε κάθε πεδίο κοινωνικής δραστηριότητας³². Σε πρώτη φάση το ισχύον δίκαιο αμφισβητείται καθώς οι κοινωνικές ομάδες προβάλλουν μια νομική επιχειρηματολογία που θεμελιώνει την αδικία που υφίστανται μέσα από τον τρόπο που το βιώνουν στις κοινωνικές σχέσεις. Η επιχειρηματολογία νομιμοποιείται με αναφορά στις αρχές της ισότητας και της κοινωνικής δικαιοσύνης. Σε δεύτερη φάση αναπλάθεται κάτωθεν μέσα από νομικούς αγώνες εντός δικαίου αλλά εναντίον του κράτους για να ανατραπούν οι ισχύουσες κανονιστικές αρχές, κατηγοριοποιήσεις και ρυθμίσεις. Από την στιγμή που το δίκαιο εκλαμβάνεται ως σύνολο κοινωνικών θεσμών, διυποκειμενικών βιωμάτων και κοινωνικών σχέσεων εξηγείται το γιατί δεν είναι αποκλειστικά καταπιεστικό. Περαιτέρω απαιτείται να διαφωτιστούν οι αιτίες της ασυμμετρίας εξουσίας μέσα στο δίκαιο και οι τρόποι με τους οποίους η ισορροπία μετακινείται προς όφελος των ομάδων που το ισχύον δίκαιο αποκλείει και περιθωριοποιεί³³.

2. Ο ρόλος του φεμινιστικού και του ομοφυλοφιλικού κινήματος στον μετασχηματισμό του οικογενειακού δικαίου

Από το 1990 και μετά τόσο στο πεδίο της κοινωνιολογίας δικαίου όσο και εντός του θεωρητικού κινήματος «Δίκαιο και Κοινωνία» παρατηρείται έντονη διερεύνηση για τον ρόλο του δικαίου ως μέσο συλλογικής δράσης που αμφισβητεί κυρίαρχες εξουσιαστικές διευθετήσεις και επιδιώκει τον μετασχηματισμό τους. Έτσι στη Γαλλία π.χ. με αναφορά στα ειδικότερα νομικο-πολιτικά δεδομένα της εποχής διαμορφώθηκε προοδευτικά μια «πολιτική κοινωνιολογία του δικαίου»³⁴ που συσχετίζει συστηματικά τις αλλαγές στο πολιτικό επίπεδο με το νομικό. Εστιάστηκε στη διπλή δυναμική του δικαίου το πώς εκτός από ένα προνομιούχο μέσο καταπίεσης μπορεί να λειτουργήσει ως μέσο κοινωνικής διαμαρτυρίας και διεκδίκησης από τα κάτω. Μια σειρά μελετών ανέδειξε τους τρόπους με τους οποίους το δίκαιο καθίσταται όχημα πολιτικών μετασχηματισμών και εκδημοκρατισμού της κοινωνικής ζωής³⁵. Στο δημόσιο χώρο το δίκαιο έχει ενεργοποιηθεί από τους ίδιους τους επαγγελματίες νομικούς κατά αυταρχικών εξουσιών με σκοπό να εγκαθιδρυθεί και να εμπεδωθεί ο πολιτικός φιλελευθερισμός στην

³² Commaille, J./ Dumoulin, L., Présentation, Dossier : « De la critique du capitalisme à la réalisation de la démocratie par le droit ? », *Droit et société*, 2010/ 3 n° 76, p. 513-521.

³³ Chouinard, Vera, Geography, law and legal struggles: which ways ahead?, *Progress in Human Geography*, 1994, 18,4, p. 415-440.

³⁴ Commaille Jacques/Duran. P., Pour une sociologie politique du droit, *L'Année Sociologique*, 2009/59,1 p.11-28.

³⁵ Thierry Delpeuch, Laurence Dumoulin, και Claire de Galember, *Sociologie du droit et de la justice* (Armand Colin, 2014), σ. 117 και σ. 124-130.

υψήλιο³⁶. Στον ιδιωτικό χώρο χάρη στη διαμεσολάβηση πολιτικά στρατευμένων δικηγόρων³⁷ τα κοινωνικά κινήματα έστρεψαν το δίκαιο εναντίον του Κράτους στους πολιτικούς αγώνες τους, «υπερακοντίζοντας» τα πολιτικά κόμματα, τους κεντρικούς πολιτικούς θεσμούς αντιπροσώπευσης. Ήδη από την δεκαετία '70 το φεμινιστικό και το ομοφυλοφιλικό κίνημα έθεσαν νέα πολιτικά ζητήματα εκτός των κομματικών και συνδικαλιστικών οργανώσεων. Η έκρηξη της ριζοσπαστικής αριστεράς το Μάιο '68 στη Γαλλία άνοιξε μια νέα πολιτική προοπτική πέρα από τη διεκδίκηση της αναδιανομής πόρων. Πολιτικοποίησε το ιδιωτικό και έθεσε το αίτημα της αναγνώρισης διαφορετικών ταυτοτήτων και διαφορετικών ερωτικών και συντροφικών σχέσεων³⁸. Παρά την αμφιθυμία τους απέναντι στο άλλοτε πανίσχυρο γραφειοκρατικό κράτος και εθνικό δίκαιο και πέρα από την ακτιβιστική, κινηματική μορφή της δράσης τους τα ευρωπαϊκά, κοινωνικά κινήματα τελικά επένδυσαν στρατηγικά στο δίκαιο³⁹. Σήμερα πλέον οι χρήσεις του δικαίου ως μέσο πολιτικών αγώνων και ο θεωρητικός προβληματισμός για αυτές έχουν επεκταθεί⁴⁰.

Η εγγραφή του δικαίου στις πολιτικές σχέσεις, η αποκαθήλωση του από το έξωθεν της κοινωνίας βάθρο και η εκλαίκευση του αποτελεί τομή στις ευρωπαϊκές κοινωνικές επιστήμες. Αυτές υπό την επήρεια της γερμανορωμαϊκής νομικής παράδοσης έβλεπαν το δίκαιο πιο πολύ ως κανονιστική αναφορά για την συλλογική δράση παρά ως πόρο για τους φορείς, τα κινήματα και τους θεσμούς της⁴¹. Πλέον η νέα αντίληψη της πολιτικής επιστήμης για την συλλογική δράση και τους φορείς της συνίσταται στο ότι αυτή δεν διαμορφώνεται μόνο από πάνω προς τα κάτω και ότι τα κινήματα δεν είναι αποκλειστικά το αντισυστημικό αντίστοιχο των πολιτικών κομμάτων⁴². Συνάδει δε με τα νέα νομικοπολιτικά δεδομένα, τον αυξανόμενο ρόλο του ενωσιακού νομοθέτη, του ευρωπαϊκού δικαστηρίου και του δικαστηρίου των ανθρώπινων δικαιωμάτων σε συνδυασμό με την μετεξέλιξη των εθνικών πολιτικών

³⁶ Lucien Karpik, *Political Lawyers*, σε: Terence C. Halliday, Lucien Karpik, και Malcolm M. Feeley, *Fighting for Political Freedom: Comparative Studies of the Legal Complex and Political Liberalism* (Bloomsbury Publishing, 2007), σ.463-494.

³⁷ Israël Liora, *Un droit de gauche ? Rénovation des pratiques professionnelles et nouvelles formes de militantisme des juristes engagés dans les années 1970*, *Sociétés Contemporaines*, 2009, 73, p.47-71

³⁸ Jean-Pierre Le Goff, *Mai 68, l'héritage impossible*, Paris, La Decouverte, 2003, σ. 267 επ.

³⁹ Spanou, Calliope *Le droit instrument de la contestation sociale ? Les nouveaux mouvements sociaux face au droit*, σε: CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, PUF, Paris, 1989 σ. 32-43.

⁴⁰ Ενδεικτικά Mouchard, D., *Une ressource ambivalente: les usages du répertoire juridique dans les mouvements de « sans »*, *Mouvements*, 2003, 29, σ.55-59 και Emmanuel Henri, *Amiante : un scandale improbable. Sociologie d'un problème public*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2007.

⁴¹ Commaillé/ Dumoulin όπ. π.

⁴² Αλεξανδρόπουλος Σ., *Θεωρίες για τη συλλογική δράση και τα κοινωνικά κινήματα*, Κριτική, Αθήνα, 2001 και Ψημίτης Μ., *Εισαγωγή στα σύγχρονα κοινωνικά κινήματα*, Διάδραση, Αθήνα, 2011.

συστημάτων, των μαζικών κομμάτων και των συνδικαλιστικών ενώσεων. Από την στιγμή που κλονίζεται στις ευρωπαϊκές κανονιστικές οικονομίες η πίστη στο εθνικό κράτος και το Νόμο σαν μέσο κοινωνικής αλλαγής φαίνεται να ενισχύεται σαν αντίβαρο η πίστη στα ατομικά δικαιώματα σε συνδυασμό με τον υπερεθνικό δικαστή. Σε αυτό το πλαίσιο το δίκαιο επανα-επενδύεται ακόμα και από πολιτικές δυνάμεις που μέχρι πρότινος το αμφισβητούσαν. Δεν λειτουργεί μόνο ως φρένο στην κοινωνική αλλαγή αλλά και ως όχημα της, όχι μόνο για την άμυνα των λιγότερο ισχυρών αλλά και ως όπλο τους⁴³. Καθίσταται «όπλο» δημοκρατικής διεκδίκησης μέσω της οποίας τα υποκείμενα του δικαίου γίνονται ενεργοί πολίτες. Το δίκαιο ενισχύει την πολιτική συμμετοχή των πολιτών διότι τους συνδέει με την κανονιστική παραγωγή⁴⁴. Αγωνιζόμενοι για να πείσουν για το δίκαιο χαρακτήρα των αιτημάτων τους τον νομοθέτη, τον δικαστή αλλά και ισχυρούς ιδιωτικούς φορείς δράσης ενεργοποιούν την χειραφετητική δυναμική που εμπεριέχει το δίκαιο. Το δίκαιο αν και παραμένει κρατικό, ένα μέσο άσκησης εξουσίας, ένα όργανο στα χέρια των κυβερνώντων μπορεί να δώσει στηρίγματα στους κυβερνώμενους για να υπερασπίσουν τα δικαιώματά τους⁴⁵.

Η διαδικασία με την οποία το δίκαιο ενεργοποιείται από τις κοινωνικές ομάδες ως λόγος που επενδύει την αντίδραση τους στην κοινωνική αδικία που υφίστανται και ως μέσο της δράσης τους για να την ανατρέψουν αναλύθηκε σε βάθος από τις αγγλοσαξονικές, κριτικές νομικές σπουδές μετά το '90 όπου μέχρι τότε κυριαρχούσε ο σκεπτικισμός απέναντι στην απελευθερωτική διάσταση του. Η λειτουργία του αμερικάνικου πολιτικού συστήματος, ο διαφορετικός ρόλος του δικαστή και το ζήτημα των φυλετικών διακρίσεων δημιούργησαν την νομική κουλτούρα των δικαιωμάτων και έπλασαν τον μύθο τους⁴⁶. Μέσα από πολλές μελέτες περιπτώσεων αναλύθηκε το πως το δίκαιο μπορεί να λειτουργήσει σαν ένας αγωνιστικός στίβος, ως μέσο αμφισβήτησης και ανατροπής και έγινε μια προσπάθεια θεωρητικής γενίκευσης για τις χρήσεις του δικαίου όπως π.χ. η θεωρία της κινητοποίησης μέσω του δικαίου⁴⁷ και η θεωρία για το «cause lawyering», δηλαδή την πρακτική «ακτιβιστών» δικηγόρων που αναλαμβάνουν υποθέσεις ενώπιον ανώτατων εθνικών ή διεθνών δικαστηρίων για να υπερασπιστούν με αφορμή την

⁴³ Israël, Liora, *L'Arme du droit*, Paris, Presses des Sciences Po, 2009, σ. 27 επ.

⁴⁴ Lenoble, J./ Maesschalk, *Law and Governance*, Aldershot, Ashgate, 2010.

⁴⁵ Commaille/ Dumoulin όπ. π.

⁴⁶ Stuart A. Scheingold, *The Politics of Rights Lawyers, Public Policy, and Political Change*, 2004² και Felstiner, W./ Abel.R./ Sarat, Aus., *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming*, Law and Society Review, 1980-81, 3-4

⁴⁷ McCann M, *Law and Social Movements*, in Austin Sarat (ed), *The Blackwell Companion to Law and Society*, Blackwell Publications, Oxford, 2004, p. 506-522

συγκεκριμένη υπόθεση συγκεκριμένα πολιτικά ζητήματα⁴⁸. Σύμφωνα με μια ερμηνευτική προσέγγιση το δίκαιο ενεργοποιείται από μια ομάδα για να προσφέρει μια κοινή, κανονιστική αναφορά που αφενός της προσδίδει συνοχή (χωρίς αυτή να αποτελεί ένα ενιαίο φορέα δράσης και αφετέρου την βοηθά να αντιπαρατεθεί συγκροτημένα στην ισχύουσα νομική αντίληψη αποσκοπώντας να κατακτήσει μια αντι-ηγεμονική συναίνεση υπέρ της δικής αντίληψης για τα πράγματα⁴⁹. Η κινητοποίηση του δικαίου στρέφεται στους επίσημους φορείς του αλλά και διάχυτα, σε όποιο κοινωνικό πλαίσιο τίθεται ζήτημα της εφαρμογής τους π.χ. σε χώρο εργασίας ή στην γειτονιά. Σε κάθε φάση της κοινωνικής σύγκρουσης το δίκαιο επιτελεί μια διαφορετική λειτουργία. Αρχικά η ίδια η κοινωνική ομάδα συνειδητοποιεί τις αδικίες που υφίσταται και συγκροτεί τις αιτιάσεις της. Επιπλέον δημοσιοποιεί το πρόβλημα, καταγγέλλει την κοινωνική αδικία από την οποία υποφέρει και μέσω των Μ.Μ.Ε. μεγιστοποιεί την δύναμη της⁵⁰. Δεύτερον κωδικοποιεί, μεταφράζει τα ζητήματα σε νομική γλώσσα. Συνδέει αξίες με κανόνες και μετατρέπει τα αιτήματα σε δικαιώματα, που πλέον μπορούν να υποστηριχτούν με νομικούς αγώνες και μέσα. Εντέλει δε να προκαλέσουν την παρέμβαση του δικαστή. Τρίτον γενικεύει τα μερικά, «συντεχνιακά» προβλήματα της εντάσσοντας τα σε οικουμενικά, όπως η εμπέδωση της δημοκρατίας προκειμένου να επιτύχει ευρύτερη κοινωνική υποστήριξη. Τέταρτον θέτει δημόσια την ρύθμιση των σχέσεων της ως μια ευρύτερη πρόκληση στο νομικό σύστημα.

Χρησιμοποιώντας λοιπόν το δίκαιο σαν όπλο τα κοινωνικά κινήματα ναί μεν ενισχύουν την αγωνιστική δυναμική τους με όλα τα παραπάνω πλεονεκτήματα αλλά διατρέχουν και κινδύνους. Πρώτον η στρατηγική της νομικής διεκδίκησης στο πλαίσιο της κοινωνικής διαμαρτυρίας έχει όρια. Όπως χαρακτηριστικά αναφέρεται το ζητούμενο δεν είναι να αντικατασταθεί η ψευδαισθήση της ανικανότητας να αλλάξει κανείς την κοινωνική μοίρα του με εκείνη της παντοδυναμίας⁵¹. Αφής διατυπωθούν τα αιτήματα με νομικούς όρους το κίνημα χάνει τον έλεγχο της διαμάχης, η διεκδίκηση μετατοπίζεται από την πολιτική αρένα στο δικαστήριο όπου μπορεί πάντα να χαθεί μια συγκεκριμένη υπόθεση οπότε αποθαρρύνεται η περαιτέρω διεκδίκηση. Εάν δε το κίνημα είχε προκρίνει την νομική διεκδίκηση έναντι άλλων επιλογών και άρα είχε

⁴⁸ Austin Sarat/ Stuart Scheingold (eds), *Cause lawyers and social movements*, Stanford, Stanford University Press, 2006.

⁴⁹ Hunt, A., Rights and Social Movements: Counter-Hegemonic Strategies, *Journal of Law and Society*, Autumn 1990 17/ 3, σ. 309-328.

⁵⁰ McCann, M., Law and Social Movements: Contemporary Perspectives, *Annual Review of Law and Social Science*, 2006, vol.2, σ. 17-38.

⁵¹ Agrikoliansky, E., Les usages protestataires du droit, in: E. Agrikoliansky /J. Sommer/ O. Fillieule (dir.), *Penser les mouvements sociaux*, La Découverte, Paris, 2010, σ. 225-243, ιδίως σ. 233 επ.

ήδη αυτοπεριοριστεί με το στρογγύλεμα επιχειρημάτων και τη μετριοπαθή διατύπωση των αιτημάτων που αυτή συνεπάγεται, τότε η απώλεια ευκαιριών είναι διπλή. Εάν πάλι η συγκεκριμένη υπόθεση κερδηθεί δικαστικά ελλοχεύει ο κίνδυνος της μετάπτωσης στην περιπτώσιολογία και της προσωποποίησης οπότε το κίνημα δυσκολεύεται να αναπτύξει μια συνεκτική πολιτική επιχειρηματολογία. Ναι μεν η επιτυχής ενεργοποίηση του δικαίου ασκεί πολιτική πίεση, μέσω της διπλής ισχύος του και ως συμβολική πηγή ηθικών δικαιωμάτων και ως απειλή επέμβασης της κρατικής εξουσίας έναντι των ιδιωτών⁵² αλλά μπορεί να προκαλέσει ισχυρές οπισθοδρομήσεις διότι οι ευνοϊκές δικαστικές αποφάσεις ενδέχεται να συνασπίσουν τις συντηρητικές δυνάμεις⁵³. Έτσι πέρα από το υψηλό πολιτικό αλλά και οικονομικό κόστος μιας αποτυχίας και εάν ακόμα αποβεί νικηφόρος ο δικαστικός αγώνας ανακύπτει το ερώτημα εάν και κατά πόσο η νίκη θα οδηγήσει σε πραγματική αλλαγή⁵⁴. Θα πρέπει δηλαδή οι δικαστές να απολαμβάνουν ανεξαρτησίας στην πράξη, να εφαρμοστούν οι πρωτοπόμενες αποφάσεις τους από την εκτελεστική εξουσία, να προχωρήσει εντέλει ο νομοθέτης σε αλλαγή παρά τις τυχόν αντιδράσεις, αυτή να διαχυθεί στην έννομη τάξη και να εμπεδωθεί στην κοινωνική πραγματικότητα.

Πράγματι οι αποφάσεις των δικαστών δεν επιφέρουν από μόνες τους πολιτικά αποτελέσματα⁵⁵. Η ανατρεπτική δυναμική τους εντέλει εξαρτάται από τις ευρύτερες συγκυρίες όπως την αντίληψη του δικαστή για το ρόλο του σε σχέση τόσο με την εκτελεστική εξουσία όσο και με την προάσπιση των λιγότερο ισχυρών. Αλλά και αντίστροφα εξαρτάται από το κατά πόσο η πολιτική εξουσία θεωρεί εαυτή υποχρεωμένη να συμμορφώνεται με τις αποφάσεις της δικαιοσύνης. Και οι δύο αυτές αντιλήψεις διαβαθμίζονται ανάλογα με την οικονομική, πολιτική και κοινωνική συγκυρία. Ιδιαίτερα ευνοϊκή περίοδος θεωρήθηκε π.χ. από τους αμερικανούς ανώτατους δικαστές η δεκαετία '80-90 όταν ανέπτυξαν τον συνταγματισμό με αφορμή τα δικαιώματα που διεκδίκησαν κοινωνικές μειοψηφίες. Αντίθετα π.χ. η ελληνική εκτελεστική εξουσία δυσκολεύονταν να εκτελέσει τις δικαστικές αποφάσεις κατά την μεταπολίτευση συμπεριλαμβανομένης και της δεκαετίας '90, περίοδο που είχε τεθεί ο νομικο-πολιτικός εκσυγχρονισμός της ως μείζον

⁵² Marc Galanter, The radiating effects of courts, σε: K.D.Boyum/L.Mather (eds), *Empirical Theories of Courts*, New York, Longman, σ.117-142.

⁵³ McCann M, Law and Social Movements, in Austin Sarat (ed), *The Blackwell Companion to Law and Society*, Blackwell Oub, Oxford, 2004, p. 506-522.

⁵⁴ McCann (2004) όπ π. σ. 516 επ.

⁵⁵ Gerald Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts bring about Social Change?*, Chicago, Chicago University Press, 1991.

πρόταγμα ενόψει της πλήρους ένταξης της χώρας στην Ε.Ε.⁵⁶ Επομένως κρίσιμο ρόλο διαδραματίζει το εάν και κατά πόσο η δικαιοσύνη λειτουργεί σαν μία ευνοϊκή δομή για την αναγνώριση και την διεκδίκηση των δικαιωμάτων των πολιτών, εάν τους διευκολύνει την πρόσβαση και είναι φιλική προς αυτούς⁵⁷.

Επιπλέον ακόμα και οι νικηφόροι νομικοί αγώνες δεν μπορούν να σβήσουν πολιτισμικά σημάδια, όπως η φυλή και το φύλο και να δημιουργήσουν, να παγιωποιήσουν και να θεσμοποιήσουν νέα, εννοιολογώντας το ζεύγμα ταυτότητα/ διαφορά⁵⁸. Όταν ανοίγεται η νομική διαπραγμάτευση της ισότητας «αναδευόνται» πάντα πολιτισμικά παραγόμενα στοιχεία από τα οποία εξαρτάται το κατά πόσον οι θεμελιώδεις συνδέσεις του φύλου και της σεξουαλικότητας μπορούν να καταστούν νομικά κατανοήσιμες. Τίθενται επομένως όρια στην πλαστικότητα των νομικών εννοιών με θεματοφύλακες τους επίσημους νομικούς θεσμούς. Η διεκδίκηση «στριμώχνεται» στα όρια που θέτει η υφιστάμενη νομιμότητα, σύμφωνα με όσους την υπερασπίζονται ή την θεσμοποιημένη αδικία, σύμφωνα με όσους την αντιμάχονται⁵⁹. Αυτό όμως δεν συνεπάγεται ότι απομυθοποιούνται τα δικαιώματα και ότι δεν διαβρώνεται το καθεστώς του νομικού αποκλεισμού των αγωνιζόμενων κοινωνικών ομάδων. Το δίκαιο αποτελεί εν δυνάμει ένα πεδίο μάχης όπου τα πολιτισμικά σημάδια μπορούν να καταστούν ορατά και όπου η ανθρώπινη ποικιλότητα μπορεί τουλάχιστον να συζητηθεί δημόσια⁶⁰. Συμπερασματικά τα αποτελέσματα της ενεργοποίησης του δικαίου είναι σημαντικά αλλά μικτά και απρόβλεπτα. Το βέβαιο είναι ότι η χρήση του δικαίου μπορεί να ενδυναμώσει οργανωτικά ένα κοινωνικό κίνημα αλλά αναπτύσσει συνδυαστικά αποτελέσματα με άλλες συμπληρωματικές, πολιτικές τακτικές όπως το νομοθετικό lobbying, η επιρροή κομματικών στελεχών από ψηφοφόρους, οι ενημερωτικές εκστρατείες μέσω Μ.Μ.Ε με σκοπό την ευαισθητοποίηση του κοινού, η στοχευμένη πληροφόρηση εμπλεκόμενων ομάδων και ατόμων και οι κοινωνικές διαμαρτυρίες.

Με βάση τα παραπάνω τίθεται το ερώτημα εάν και πως επηρέασαν τον μετασχηματισμό του οικογενειακού δικαίου τα δύο κοινωνικά

⁵⁶ The change of Greek Administrative Practice within the Context of European integration, Paper presented at International joined Meeting of Research Committee on Sociology of Law (RCSL) of the International Sociological Association (ISA) and Law and Society Association, *Law and Society in the 21st century – Berlin 2007*, Humboldt University, 25-28 Ιουλίου 2007, www.lawandsociety.org

⁵⁷ Agrikoliansky όπ.π. σ. 237.

⁵⁸ Beger (2004) όπ.π.σ. 188.

⁵⁹ Σε αντίστιξη με την εξέγερση που δημιουργεί βαθιά ρήγματα και θρυμματίζει την υπάρχουσα νομιμότητα επειδή ακριβώς προσβλέπει στη δημιουργία μιας άλλης τάξης δικαίου, Σταμάτης, Κώστας, *Κριτική θεωρία δικαιοσύνης. Θεμελίωση αρχών*, Αθήνα, Σαββάλας, 2011, σ. 74

⁶⁰ Beger (2004) όπ.π.

κινήματα που ενεπλάκησαν στον μετασχηματισμό του δηλαδή το φεμινιστικό και το ομοφυλοφιλικό και αντίστροφα πως αυτά αναπροσάρμοσαν την στρατηγική τους με αναφορά σε αυτό. **Πρώτον** το φεμινιστικό κίνημα έχει σε μεγάλο βαθμό συντελέσει στον κλονισμό του πατριαρχικού θεσμού της οικογένειας μέσω της επίκλησης του δικαιώματος της ισότητας. Ήδη από τη δεκαετία '70 άλλαξε η ρυθμιστική λογική του οικογενειακού δικαίου στο μέτρο που αναγνωρίζει καταρχήν την συμβατική φύση του γάμου, το γεγονός ότι το θεμέλιο του είναι η συμφωνία των συζύγων να οργανώσουν μια κοινή ζωή. Σε μεγάλο βαθμό η αλλαγή αυτή προέκυψε από την μεταπολεμική ανάπτυξη των ευρωπαϊκών κοινωνιών, τόσο την οικονομική λόγω της μαζικής εισόδου των γυναικών στη μισθωτή εργασία όσο και την πολιτική, λόγω της διεύρυνσης της δημοκρατίας. Στη Γαλλία π.χ. η αλλαγή του οικογενειακού δικαίου έγινε με διαδοχικούς νόμους κατά την χρονική περίοδο 1965-1975. Ειδικότερα η κατάργηση της πατρικής εξουσίας έγινε το 1970 δύο χρόνια μετά την μεταπολεμική αφύπνιση του φεμινιστικού κινήματος τον Μάιο του 1968. Σε ποιο βαθμό λοιπόν το γαλλικό φεμινιστικό κίνημα επηρέασε τον αργό αλλά δομικό μετασχηματισμό του οικογενειακού δικαίου; Ιστορικά και στην Γαλλία το πρώτο φεμινιστικό κίνημα αφού διεκδίκησε έντονα την πολιτική ισότητα γνώρισε μια φάση ύφεσης την δεκαετία του '30⁶¹ αλλά αναπάντεχα δικαιώθηκε αμέσως μετά τον πόλεμο. Το 1944 αναγνωρίστηκε το δικαίωμα του εκλέγειν και εκλέγεσθαι στις γυναίκες και η τυπική ισότητα μεταξύ των δύο φύλων καθιερώθηκε με το Σύνταγμα του 1946. Μετά το μούδιασμα της επιτυχίας φουσκώνει το δεύτερο κύμα του φεμινιστικού κινήματος του οποίου η αρχή σηματοδοτείται με την έκδοση του βιβλίου «Το Δεύτερο Φύλο» της Simone de Beauvoir (1949). Ακόμα και πριν τις κινητοποιήσεις τον Μάιο '68 κάποιες γυναίκες οργανώσεις ανέπτυξαν δράσεις αλλά ήταν ακόμα ασαφές εάν οι γυναίκες θα «χωρούσαν» στις ανδρικές πολιτικές και συνδικαλιστικές ενώσεις. Το «Mouvement de libération des femmes»⁶² συστάθηκε το 1970, μετά το τέλος της κοινωνικής επανάστασης και στο μέσο της περιόδου του μεγάλου μετασχηματισμού του οικογενειακού δικαίου. Σύμφωνα με μια άποψη το ιδιαίτερο χαρακτηριστικό του δεύτερου κινήματος ήταν η ριζοσπαστικοποίηση του. Το γεγονός ότι άσκησε κριτική στο φεμινισμό της ισότητας επειδή πίστευε ότι το δίκαιο δεν μπορεί να ανατρέψει την πατριαρχική δομή που συγκροτεί την γυναικεία καταπίεση⁶³.

⁶¹ Christine Bard, *La crise du féminisme en France dans les années trente*, *Les cahiers du CEDREF*, 4-5 | 1995, Consulté le 17 mars 2016. URL : <http://cedref.revues.org/291>

⁶² Christine Delphy, *Les Origines du Mouvement de libération des femmes en France*, *Nouvelles Questions féministes* n° 16-17-18, p. 137-147, Paris 1991.

⁶³ Laurence Klejman, Florence Rochefort, *L' égalité en marche. Le féminisme sous la Troisième République*, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 1989.

Αμφισβήτησε την ανδρική αντίληψη για το ότι στην πολιτική εμπίπτουν μόνο τα ζητήματα του δημόσιου χώρου θεωρώντας ότι και το προσωπικό είναι πολιτικό⁶⁴. Μέσα από τη συμμετοχή τους σε ομάδες οι γυναίκες αναζήτησαν ταυτότητα με βάση τις κοινές εμπειρίες καταπίεσης στον ιδιωτικό χώρο της οικογένειας και αναζήτησαν διεξόδους από αυτές⁶⁵.

Το γεγονός όμως ότι άσκησαν κριτική δεν σημαίνει ότι στην πορεία δεν ενεργοποίησαν το δίκαιο τουλάχιστον ως πρόσθετη στρατηγική επιλογή, στον αγώνα τους να ανατρέψουν αυτήν την καταπίεση. Ιδίως μετά την αποκατάσταση του στρατηγού de Gaulle στην εξουσία σε αντίθεση με την πτώση του αγωνιστικού φρονήματος των ανδρών, η γυναικεία αγωνιστικότητα αναζωπυρώθηκε. Οι φεμινίστριες αξιοποίησαν την βιωματική εμπειρία που απέκτησαν μέσα από τις δράσεις του '68, την αντι-ιεραρχική οργάνωση και την πολιτική προτεραιότητα να απελευθερωθεί το υποκείμενο, στη σωματική και σεξιακή του διάσταση⁶⁶. Δεδομένου δε ότι η πολιτική εξουσία συνέχισε να ασκείται αποκλειστικά από τους άνδρες συσπειρώθηκαν και διεκδίκησαν την ολοκλήρωση της νομοθετικής αλλαγής. Οι δύο πολιτικά δύσκολες αλλαγές ήταν η υπό προϋποθέσεις άρση του παράνομου χαρακτήρα της άμβλωσης και το συναινετικό διαζύγιο με τη διαμεσολάβηση του οικογενειακού δικαστή. Η οργάνωση «Mouvement de Libération des Femmes» κατέστησε το αίτημα να αναγνωριστεί νομικά το δικαίωμα της αυτοδιάθεσης του γυναικείου σώματος κεντρικό ζήτημα της γυναικείας απελευθέρωσης. Το 1971 τριακόσιες σαράντα τρεις επιφανείς γυναίκες δήλωσαν στο περιοδικό *Nouvel Observateur* ότι είχαν κάνει έκτρωση. Το 1972 μια από τις υπογράφουσες, η φεμινίστρια, *cause lawyer* Gisèle Halimi, υπερασπίστηκε μια νεαρή γυναίκα και τη μητέρα της επειδή έκανε άμβλωση μετά από το βιασμό της δημοσιοποιώντας την δίκη στο Bobigny. Το 1973 ιδρύθηκε μια οργάνωση για την υπεράσπιση του δικαιώματος στην ασφαλή άμβλωση (*Mouvement pour la Libération de l'Avortement et de la Contraception*) όπου συμμετείχαν συνδικαλιστές, κόμματα της αριστεράς, γιατροί και ενώσεις. Τελικά το 1975 ψηφίστηκε (και τέθηκε δοκιμαστικά σε ισχύ για πέντε χρόνια) ο νόμος που επέτρεπε υπό προϋποθέσεις την εθελούσια διακοπή της κύησης. Προωθήθηκε από την φεμινίστρια υπουργό Υγείας Simone Veil της δεξιάς κυβέρνησης και ψηφίστηκε και από την αριστερή αντιπολίτευση⁶⁷. Από τη μία μεριά

⁶⁴ Carol Hanisch, *The Personal Is Political*, in P. Allen and Sh. Fire -Stone (ed), *Notes From the Second Year: Women's Liberation*, New York, New York Radical Feminists, 1970.

⁶⁵ Ρεθυμιωτάκη Καλιπός.....

⁶⁶ Sylvie Chaperon, *La radicalisation des mouvements féminins français de 1960 à 1970, Vingtième Siècle, revue d'histoire*, octobre- décembre 1995, 48, p. 61-74.

⁶⁷ Ο νέος γαλλικός ποινικός κώδικας το 1992 κατήργησε εντελώς το αξιόποινο της πράξης που πλέον σήμερα θεωρείται έκφραση της ελευθερίας τεκνοποίησης της γυναίκας κατά το πρώτο τρίμηνο της κύησης. Ακόμα και μια ανήλικη έφηβη μπορεί να κάνει έκτρωση χωρίς τη συναίνεση των γονέων εφόσον συνοδεύεται από έναν ενήλικο.

λοιπόν ασκήθηκε έντονη πίεση προς το πολιτικό σύστημα. Από την άλλη η πολιτική συγκυρία ευνόησε την ικανοποίηση των γυναικείων αιτημάτων. Συνέπεσαν με την άνοδο στην εξουσία μιας εκσυγχρονιστικής δεξιάς και την εκλογή του νεότερου Γάλλου Προέδρου που είχε ως κεντρικό σύνθημα την συμμετοχή και των γυναικών στην άσκηση της πολιτικής εξουσίας και τον εκσυγχρονισμό του γαμήλιου θεσμού⁶⁸. Έτσι επίσης το 1975 άλλαξε και η νομοθεσία για το διαζύγιο όπου προστέθηκε η δυνατότητα του συναινετικού διαζυγίου.

Όσον αφορά **δεύτερον** το ομοφυλοφιλικό κίνημα η διάδραση με το δίκαιο και τους θεσμούς τους έχει εκδηλωθεί σε όλο το εύρος της. Ιδίως στην Αμερική τη δεκαετία 70-80 σε όλες τις μεγάλες αμερικανικές πόλεις όπως στο San Francisco οι ομοφυλόφιλοι συγκεντρώθηκαν σε συγκεκριμένες αστικές γειτονίες τις οποίες ανέπλασαν, δημιούργησαν τοπικές οικονομίες και καλλιέργησαν μια αστική υποκουλτούρα και έναν εναλλακτικό, αστικό τρόπο ζωής⁶⁹. Μέσα από την χωρική αυτο-οργάνωση, κατέστησαν εαυτούς ορατούς, έφτιαξαν κοινότητες και μπόρεσαν να αποκτήσουν προοδευτικά πολιτική ισχύ. Σε πρώτη φάση τα κοινωνικά βιώματα και οι σχέσεις ανέδειξαν την πολιτισμική διάσταση του δικαίου, το γεγονός ότι αποδίδει δι-υποκειμενικά αναγνωρισμένο νόημα στα υποκείμενα και στις σχέσεις τους. Τα μέλη των κοινοτήτων διεκδίκησαν ένα διαφορετικό νόημα, την αναγνώριση μιας διαφορετικής ταυτότητας και διατύπωσαν τα αιτήματά τους ως νομικά ζητήματα προβάλλοντας την αξίωση να αυτο-προσδιοριστούν πολιτικά και να συμμετέχουν στην κατασκευή της νομιμότητας των σχέσεων τους⁷⁰. Αυτή η ταυτότητα ενοποίησε και συσπείρωσε το κίνημα παρά τις διαφορετικές κοινωνικές θέσεις και αντιλήψεις των μελών του⁷¹. Σε δεύτερη φάση στο όνομα της διεκδίκησαν ενώπιον των δικαστηρίων να μην υφίστανται διακριτική μεταχείριση εξαιτίας της ερωτικής προτίμησης με μια νομική επιχειρηματολογία που θεμελιώνει την προστασία μειονοτήτων. Σε τρίτη φάση όταν οι νομικές και κοινωνικές συνθήκες ήσαν πλέον ώριμες⁷² άσκησαν πίεση προς την πολιτική

⁶⁸Larysa Karaliova, *La politique de Valéry Giscard d'Estaing en matière de condition féminine (1974-1981)*, Masteroppgave, Institut for litteratur, områdestudier og europeiske spark, De humanistiske fakultet et Universitet, Oslo 2012 σε: <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/25701/karaliova-master.pdf?sequence=2>

⁶⁹ Manuel Castels, *The city and the Grassroots, A Cross Cultural Theory of Urban Social Movements*, Edward Arnold, London, 1983, 137-172

⁷⁰ Kathleen Hull, *Same Sex Marriage: The Cultural Politics of Love and Law*, Cambridge University Press, 2006, σ. 17 και σ. 23-24.

⁷¹ Barclay S./ Jones L.C./ Marsall A.-M., *Two Spinning Wheels: Studying Law and Social Movements*, σε: Austin Sarat (ed), *Studies in Law, Politics and Society*, Special Issue: Social Movements/Legal Possibilities, 2011, Vol.54, 1-16.

⁷² Το αίτημα της αναγνώρισης του γάμου ομόφυλων είχε ήδη τεθεί ενώπιον του δικαστή από το 1974 ενώ ακόμα η συναινετική σοδομία ήταν ποινικό αδίκημα και η Αμερικανική Ψυχιατρική Εταιρία κατέτασσε την ομοφυλοφιλία στις ψυχικές ασθένειες. Η προσφυγή στο δικαστή στόχευε απλώς στο να θέσει δημόσια το αίτημα. Τριάντα

εξουσία να τους αναγνωρίσει τις σχέσεις συντροφικότητας και συγγένειας που δημιούργησαν οι κοινωνικές πρακτικές τους. Ενώσεις και ομάδες υπέρ των δικαιωμάτων ομοφυλόφιλων ενεργοποίησαν τυπικά κανάλια επικοινωνίας με το πολιτικό σύστημα ώστε το κράτος να αναγνωρίσει νομικά τις σχέσεις τους, να τους προσδώσει δικαιώματα οικογενειακά, ασφαλιστικά και φορολογικά. Αντίστοιχα οι κοινωνικές ομάδες που αντιτίθενται για πολιτικούς λόγους σε αυτήν την αναγνώριση επιχείρησαν να ανακόψουν την αλλαγή. Από τη μια η ασθένεια του AIDS και από την άλλη η πολιτικοποίηση ζητημάτων που (ιδίως στις ΗΠΑ) θεωρούνταν αυστηρά ιδιωτικά, όπως σεξουαλικότητα, πορνογραφία και έκτρωση στην αμερικάνικη πολιτική σκηνή διεύρυναν τη διαμάχη⁷³. Σε αυτό το κλίμα εκδόθηκε ο ομοσπονδιακός νόμος DOMA (In defence of Marriage Act) του 1996 που υπερβαίνοντας την κατανομή αρμοδιοτήτων μεταξύ Πολιτειών και Ομοσπονδιακής κυβέρνησης ακύρωνε πρακτικά σε Ομοσπονδιακό επίπεδο την νομοθετική αναγνώριση του γάμου ομοφύλων από τις Πολιτείες. Ο νόμος καταρρίφθηκε μόλις το καλοκαίρι 2013 από το Ανώτατο Δικαστήριο ως αντισυνταγματικός.

Επομένως το ομοφυλοφιλικό κίνημα πέτυχε μια σημαντική ανατροπή στο πεδίο του οικογενειακού δικαίου καθώς επίσης και την αναγνώριση σε μεγάλο βαθμό της σεξουαλικής ιδιότητας του Πολίτη⁷⁴. Όμως τίθεται το ερώτημα μήπως με αυτόν τον τρόπο η ομόφυλη συντροφικότητα ενσωματώθηκε στο κυρίαρχο πρότυπο της ετερόφυλης επιβεβαιώνοντας τον ηγεμονικό ρόλο του. Ενισχύεται δηλαδή ο ρόλος του κράτους, ως πηγή άνωθεν νομιμοποίησης και αποδυναμώνεται η κάτωθεν, αυτή η μορφή της συντροφικότητας και της γονεϊκότητας που επινοούν οι κοινωνικές ομάδες μέσα από την πρακτική τους⁷⁵. Άλλωστε εξαρχής το κίνημα συμπεριλάμβανε περισσότερες πολιτικές αντιλήψεις για το τι ακριβώς αποτελεί το επίδικο αντικείμενο, η διεκδίκηση της ομοιότητας ή της διαφοράς. Ενώ η διεκδίκηση της τυπικής ισότητας αναφέρεται στην ομοιότητα των δικαιωμάτων ετεροφυλόφιλων και ομοφυλόφιλων η διεκδίκηση μιας διαφορετικής συλλογικής ταυτότητας από τα καταπιεσμένα κοινωνικά υποκείμενα σημαίνει ότι αυτά αρθρώνουν λόγο,

χρόνια αργότερα ο σκοπός της προσφυγής ήταν η πολιτική χρήση των δικαιωμάτων, Scott Barclay/ Shauna Fisher, Cause Lawyers in the First Wave of Same Sex Marriage Litigation, in Austin Sarat/ Stuart Scheingold (eds), *Cause Lawyers and Social Movements*, Stanford, Stanford University Press, 2005, p. 84-100.

⁷³ Γιαννακόπουλος, Κ., Ιστορίες σεξουαλικότητας, σε: Γιαννακόπουλος, Κ. (επιμ.), *Σεξουαλικότητα. Θεωρίες και Πολιτικές της Ανθρωπολογίας*, Αθήνα, Εκδ. Αλεξάνδρεια, 2006, σ. 17-102 και Berlant, L., *The Queen of America goes to Washington City. Essays on Sex and Citizenship* Durham, NC/London, Duke University Press, 1997.

⁷⁴ Αθανασίου, Α., Υπολείμματα της «ιδιότητας του πολίτη»: φύλο, σεξουαλικότητα, έθνος και άλλες εξαιρέσεις με σημασία, σε: Γ. Κουζέλης / Δ.Χριστόπουλος (επιμ.), *Ιδιότητα του Πολίτη. Πολιτικός λόγος, ιστορία και κανόνες σε συγκριτικές προοπτικές*, Αθήνα, Εκδόσεις Πατάκη, 2012, σ. 242-259, ιδίως σ. 254-255.

⁷⁵ Butler, J., Is kinship already heterosexual?, σε: W. Brown/ J. Halley (eds), *Left Legalism /Left Critique*, Durham, Duke University Press, 2002, σ. 229-258.

επινοούν όραμα και διαμορφώνουν στρατηγική για την αλλαγή⁷⁶, μέσω του μοιράσματος των κοινών εμπειριών καταπίεσης αλλά και απελευθέρωσης. Μήπως εντέλει μια ερμηνεία κατέστη εκ νέου ηγεμονική και η ελπίδα για κοινωνική δικαιοσύνη αποδεικνύεται κούφια; Ή μήπως η ουσιαστική ανατροπή του πολιτισμικά κυρίαρχου ετερόφυλου προτύπου υπερβαίνει το δίκαιο χωρίς να υποτιμάται το γεγονός ότι η διαπραγμάτευση ενώπιον του νομοθέτη και του δικαστή καθιστά φανερή την ανθρώπινη διαφορετικότητα και δίνει τη δυνατότητα να συζητηθεί δημόσια⁷⁷; Πάντως σε κάθε περίπτωση υπό την οπτική της κοινωνιολογίας δικαίου ενδιαφέρει εν προκειμένω ότι η συγγένεια και η γονεϊκή σχέση κατέστη κάτωθεν αντικείμενο πολιτικής διαμάχης⁷⁸. Το κρατικό δίκαιο εντέλει συμπεριέλαβε και τις σχέσεις ερωτικής οικειότητας μεταξύ ομοφύλων σε αυτές που αναγνωρίζει ότι μπορούν να ιδρύσουν συντροφικούς και συγγενικούς δεσμούς. Αυτό όμως στην Ευρώπη επετεύχθη τελικά μέσω της παρέμβασης του υπερεθνικού δικαστή.

3. Ο υπερεθνικός δικαστής και η εγκόλπωση των de facto συμβιωτικών σχέσεων από τα ευρωπαϊκά εθνικά δίκαια

Η ένταξη των de facto συμβιώσεων στα ευρωπαϊκά εθνικά δίκαια έγινε προοδευτικά μέσω ατομικών διεκδικήσεων υπηκόων κατά των κρατών τους ον του υπερεθνικού δικαστή. Το αντικείμενο της διεκδίκησης ήταν η αναγνώριση ατομικών δικαιωμάτων και έννομων συνεπειών. Ο ρόλος του δικαστή αποτελεί την άνωθεν, κρίσιμη παράμετρο της ένταξης των νέων μορφών οικογενειακής ζωής στο δίκαιο. Το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου διαδραμάτισε κρίσιμο ρόλο ιδίως στην ένταξη της ομόφυλης σεξουαλικότητας και συντροφικότητας στους θεσμούς του δικαίου⁷⁹. Αντίθετα είναι πιο διστακτικό στο να εξομοιώσει τα έννομα αποτελέσματα των εναλλακτικών σχημάτων συμβίωσης με το γάμο⁸⁰. Με αργά αλλά σταθερά βήματα αναγνώρισε σε πρώτη φάση στα

⁷⁶ Αθανασίου, Α. (επιμ.), Εισαγωγή σε: *Φεμινιστική θεωρία και πολιτισμική κριτική*, Αθήνα, Νήσος, σ.13 -28, ιδίως σ.33.

⁷⁷ Beger όπ. π. σ. 188

⁷⁸ Ρεθυμιωτάκη

⁷⁹ Μάλλιος, Βαγγέλης (α), Κατοχύρωση συμβίωσης ομοφύλων: ελληνική πραγματικότητα και ευρωπαϊκή διάσταση, 03.06.2010 www.constitutionalism.gr/html/ent/583/ent.1583.asp και Παπαδοπούλου Λίνα, Γάμος ομοφύλων; Μια απόπειρα νομικής και δικαιοπολιτικής αξιολόγησης, σε: Μαρία Κανελλοπούλου-Μπότη & Φερενίκη Κουτνατζή-Παναγοπούλου, *Βιοηθικοί Προβληματισμοί*, Αθήνα, Παπαζήσης, 2014, σ. 653-760.

⁸⁰ Ακόμα και πρόσφατα στην υπόθεση π.χ. Van den Heijden κατά Ολλανδίας της 03.05.2012, αποφάσισε ότι το δικαίωμα σε οικογενειακή ζωή των ατόμων που συμβιώνουν εκτός γάμου υποχωρεί για λόγους δημοσίου συμφέροντος, όταν συγκρούεται με το καθήκον μαρτυρίας σε ποινική δίκη. Η ολλανδική νομοθετική

ομόφυλα ζευγάρια δικαίωμα προστασίας της ιδιωτικής σφαίρας του. Σεβόμενο τη διακριτική ευχέρεια των εθνικών νομοθετών στα θέματα αυτά, διατύπωσε τη νομική επιχειρηματολογία του με αναφορά στην ιδιωτική αυτονομία (θετικά) και την υποχρέωση των κρατών μη διακριτικής μεταχείρισης (αρνητικά) καθώς και στις ζευγαρωτές σχέσεις μεταξύ ομόφυλων ως σχέσεις που δημιουργούνται στον ιδιωτικό χώρο και ως τέτοιες είναι άξιες έννομης προστασίας. Σε δεύτερη φάση αναγνώρισε αρχικά έμμεσα ότι πρόκειται για μορφές οικογενειακής ζωής αφού δέχονταν την αναλογική εφαρμογή παροχικών και άλλων δικαιωμάτων όπως η κοινή διαμονή ή η προστασία της οικογενειακής στέγης ως απόρροια της συμβιωτικής σχέσης και των συναισθηματικών δεσμών και σε ομόφυλα ζευγάρια. Τέλος αναγνώρισε ρητά και το δικαίωμα στην οικογενειακή ζωή όταν πλέον τα περισσότερα ευρωπαϊκά κράτη νομοθέτησαν το σύμφωνο συμβίωσης και κάποια και το γάμο ομόφυλων ζευγαριών. Ειδικότερα ήδη από τα μέσα της δεκαετίας του '80 το ΕΔΔΑ νομολόγησε ότι η ποινικοποίηση της ομοφυλοφιλικής συνεύρεσης προσβάλλει το δικαίωμα στον ιδιωτικό βίο⁸¹. Την δεκαετία '90 δέχτηκε αφενός ότι «η έννοια της οικογένειας δεν περιορίζεται σε σχέσεις βασισμένες στο γάμο, αλλά περιλαμβάνει και άλλους *de facto* οικογενειακούς δεσμούς όταν τα μέρη ζουν εκτός γάμου» και αφετέρου ότι «μια σταθερή εκτός γάμου συμβίωση μπορεί να θεωρηθεί ότι υπάγεται στην προστασία της “οικογενειακής ζωής” κατά την έννοια του άρθρου 8 της ΕΣΔΑ, χωρίς αυτά να σημαίνει ότι απαιτείται να εξισωθεί με τον θεσμό του γάμου»⁸². Την δεκαετία '00 το ΕΔΔΑ έκρινε ότι ο αποκλεισμός των ομόφυλων ζευγαριών από την εφαρμογή της νομοθεσίας σχετικά με την μεταφορά του μισθωτηρίου συμβολαίου στον επιζώντα σύντροφο συνιστά δυσανάλογο μέτρο για την επιδίωξη του επιδιωκόμενου σκοπού της προστασίας της παραδοσιακής οικογένειας, παραβιάζοντας τα άρθρα 8 και 14 της ΕΣΔΑ⁸³.

Από το 2010 με την υπόθεση *Schalk και Kopf* κατά Αυστρίας της 24.06.2010⁸⁴, έκανε ένα πολύ σημαντικό βήμα ως προς τον ορισμό του γάμου. Αποδέχτηκε ότι: «η αναφορά του άρθρου 12 της ΕΣΔΑ σε «άνδρες και γυναίκες» δεν σημαίνει πλέον ότι «το δικαίωμα του γάμου (...) πρέπει σε κάθε περίπτωση να περιορίζεται πρόσωπα του αντίθετου φύλου». Αιτιολόγησε δε τον ισχυρισμό λέγοντας ότι ο γαμήλιος θεσμός έχει

σχετική εξαίρεση από το καθήκον μαρτυρίας αφορά αποκλειστικά τους συζύγους και όσους συμβίους έχουν καταχωρήσει την συμβίωση τους.

⁸¹ *Dudgeon* κατά Ηνωμένου Βασιλείου 22.10.1981

⁸² *Johnston* κατά Ιρλανδίας, 18.12.1986 και *S. Gomez* κατά Ισπανίας, 26.01.1998

⁸³ *Karner* κατά Αυστρίας, 24.07.2003

⁸⁴ Μάλλιος, Βαγγέλης, Συμβίωση και γάμος ομόφυλων ζευγαριών: τρία νέα μικρά βήματα. Σχόλιο στην απόφαση ΕΔΔΑ *Schalk and Kopf* κατά Αυστρίας, 24.06.2010 <http://www.constitutionalism.gr/site/mallios-schalk-kopf/>

αλλάξει δραματικά και ότι ήδη επτά ευρωπαϊκά κράτη (Βέλγιο, Ισλανδία, Ολλανδία, Νορβηγία, Πορτογαλία, Ισπανία και Σουηδία, μέχρι τότε) θεσμοθέτησαν το γάμο ομόφυλων ζευγαριών. Το πιο δε σημαντικό είναι ότι το δικαστήριο διαπιστώνει ότι πλέον έχει υπάρξει μια τόσο ευρεία κοινωνική αποδοχή και νομική αναγνώριση των ομόφυλων ζευγαριών ώστε θα ήταν πλέον υποκριτικό να μην αναγνωρίζει κανείς ότι η συμβίωση τους δεν εμπίπτει στην έννοια της οικογενειακής ζωής, καθόλα άξια προστασίας από την ΕΣΔΑ. Περαιτέρω στην υπόθεση X κατά Αυστρίας της 19.02.2013 που αφορούσε την υιοθεσία βιολογικού τέκνου από την ομόφυλη σύντροφο της, έκρινε αντίθετη με τα άρθρα 8 και 14 της ΕΣΔΑ τη μη παροχή δικαιώματος υιοθεσίας σε ομόφυλες συμβιώσεις, ενώ η αυστριακή νομοθεσία αναγνωρίζει το δικαίωμα αυτό σε ετερόφυλα άγαμα ζεύγη. Τέλος στην υπόθεση Vallianatos and others κατά Ελλάδας της 07.11.2013 καταδίκασε την Ελλάδα για διακριτική μεταχείριση εξαιτίας σεξουαλικού προσανατολισμού επειδή λόγω της αμηχανίας του ο νομοθέτης μπροστά στο δικασμό της κοινής γνώμης, προτίμησε να παραβιάσει την αρχή της ισότητας⁸⁵ και απέκλεισε ρητά τα ομόφυλα ζευγάρια από το εναλλακτικό σχήμα συμβίωσης που ενέταξε στους θεσμούς του οικογενειακού δικαίου με το ν.3719/2008⁸⁶. Επισημαίνεται δε ότι το δικαστήριο επαναλαμβάνει την ίδια διατύπωση στην οποία κατέληξε στην υπόθεση Schalk and Kopf κατά Αυστρίας της 24.06.2010.

Ο ευρωπαϊκός νομικός πολιτισμός συμπεριλαμβάνει πλέον και την αναγνώριση του δικαιώματος στους ομοφυλόφιλους να δημιουργούν μακροχρόνιες, συντροφικές σχέσεις που για τους ετεροφυλόφιλους θεωρείται αυτονόητα ο φυσιολογικός προορισμός του ανθρώπου. Η ουσιαστική απόλαυση του δικαιώματος στην οικογενειακή ζωή δεν εξαρτάται εντέλει από το εάν συμφωνεί σε αυτό ή όχι η πλειοψηφία των πολιτών αλλά η ποιότητα της δημοκρατίας κρίνεται από το σεβασμό των μειοψηφιών⁸⁷. Έτσι εμπεδώνεται η αρχή της «έμφυλης/ σεξουαλικής δημοκρατίας» με την άρση του αποκλεισμού των διακρίσεων με βάση το φύλο και την ερωτική προτίμηση, της «ερωτικής πολιτότητας» που συναρτάται άμεσα με την πολιτική⁸⁸. Επισημαίνεται δε ότι σύμφωνα με την Ευρωπαϊκή Κοινωνική Έρευνα σε όποια χώρα θεσμοθετήθηκε η συμβίωση ομόφυλων συντέλεσε στην αύξηση του βαθμού αποδοχής του

⁸⁵ Σταμπέλου, Χριστίνα, Σύμφωνο Συμβίωσης και Ισότητα, *ΧρΔ*, Θ/2009, σ. 189-192.

⁸⁶ Νικολόπουλος, Παναγιώτης, Ο αποκλεισμός των ομόφυλων από το σύμφωνο ελεύθερης συμβίωσης του ν.3719/2008 και η απόφαση της 7.11.2013 του ΕΔΑΔ «Βαλλιανάτος κατά Ελλάδας», *NOB*, 2014/ 7, τ. 62, 2014, σ.1785-1789.

⁸⁷ Παπαχρίστου, Θανάσης, Η νομοθετική κατοχύρωση της συμβίωσης, *Το Βήμα Ιδεών*, 2008.

⁸⁸ Παπαδοπούλου όπ. π.

επειδή τις κατέστησε κοινωνικά ορατές και τις συνέδεσε με την απόλαυση βασικών δικαιωμάτων του ανθρώπου ⁸⁹. Έτσι ολοκληρώνεται ο κύκλος της νομικο-πολιτικής διεκδίκησης των ομοφυλόφιλων και στην Ευρώπη να αναγνωριστούν οι σχέσεις ερωτικής συντροφικότητας μέσω της διαμεσολάβησης του υπερεθνικού δικαστηρίου που προστατεύει τα ατομικά δικαιώματα των πολιτών έναντι της κρατικής αυθαιρεσίας⁹⁰.

Ο ρόλος του ΕΔΔΑ υπήρξε επομένως καταλυτικός σε αυτήν την πολιτισμική κατάκτηση που υπήρξε προϊόν της πολιτικοποίησης του ιδιωτικού. Το γεγονός ότι η ο υπερεθνικός δικαστής συνέβαλλε καθοριστικά στην ένταξη της άτυπης συντροφικότητας και στην απάλειψη της έμφυλης διαφοράς στις εθνικές έννομες τάξεις αποτελεί παράδειγμα πολύπλοκης νομοθέτησης. Η νέα ρυθμιστική ratio του οικογενειακού δικαίου περιορίζει αφενός στο ελάχιστο τις διατάξεις με αναγκαστικό χαρακτήρα και η δημόσια τάξη υποχωρεί μπροστά στην αυτονομία της βούλησης⁹¹. Αφετέρου επήλθε ως συνέπεια του ανοίγματος του οικογενειακού δικαίου στο διεθνές περιβάλλον. Εφεξής το άλλοτε αυστηρά εθνικό οικογενειακό δίκαιο διαμορφώνεται σε συνδιαλλαγή με ένα κοινό ευρωπαϊκό κεκτημένο μέσα από την δημιουργική ερμηνεία του Ευρωπαίου δικαστή⁹². Αποτελεί ένα ακόμα παράδειγμα του ότι ο νομικός πλουραλισμός δεν αποτελεί πιά την βασική θεωρητική υπόθεση της κοινωνιολογίας του δικαίου αλλά μετατρέπεται σε κανονιστική αρχή της λειτουργίας του⁹³. Το οικογενειακό δίκαιο αποτελεί μέρος μιας ευρωπαϊκής έννομης τάξης που ομογενοποιείται αδιάκοπα μέσα από συνεχείς ανταλλαγές μεταξύ δικαστών και νομοθετών που λειτουργούν σε πολλαπλά επίπεδα⁹⁴. Ο ενισχυμένος ρόλος του δικαστή, μάλιστα δε του υπερεθνικού αποτελεί

⁸⁹ European Social Survey. *Exploring public attitudes, informing public policy. Selected findings from the first five rounds, Marriage and Partnerships*, https://www.ESSI_select_findings.pdf, σ. 16. Στην ερώτηση εάν «οι gay άνδρες και οι λεσβίες πρέπει να είναι ελεύθεροι να ζουν τη ζωή τους όπως θέλουν. Στην Ελλάδα το 47% συμφωνούσε, το 26% διαφωνούσε ενώ το 20% ήταν ανάμεσα. Η περιοδική έρευνα αφορά 21 χώρες από τις οποίες οι 5 δεν προβλέπουν νομοθετικά σύμφωνο συμβίωσης ή γάμο ομοφύλων ζευγαριών. Η αυξομείωση του ποσοστού αποδοχής προκύπτει μέσω σύγκρισης χρονικά προηγούμενων μετρήσεων.

⁹⁰ Smith, Miriam, Social movements and judicial empowerment: Courts, public policy, and lesbian and gay organizing in Canada, *Politics & Society*, 2005, 33/2, σ.327-353.

⁹¹ Παπαχρίστου, Θανάσης, Πρόλογος, σε: Αθανάσιος Κ Παπαχρίστου και Έφη Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη (επιμ), *Το οικογενειακό δίκαιο στον 21ο αιώνα: από τις συγκυριακές στις δομικές αλλαγές*, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2012, σ.9-16.

⁹² Ibid

⁹³ Ρεθυμιωτάκη, Ελένη, *Πηγές του δικαίου και νομικός πλουραλισμός στην Ε.Ε.*, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, Εκδόσεις Σάκκουλας, 2012, σ. 275 επ.

⁹⁴ Lambert, Elisabeth, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1999.

ένα ακόμα πυλώνα που στηρίζει την υπόθεση ότι πλέον η πολυπλοκότητα, που αναπαρίσταται θεωρητικά από την μεταφορά του δικτύου χαρακτηρίζει την παραγωγή και την εφαρμογή του δικαίου στις ευρωπαϊκές κοινωνίες⁹⁵. Η αποδοχή του δημιουργικού ρόλου του δικαστή και από την ευρωπαϊκή νομική θεωρία θολώνει την ευκρίνεια της διάκρισης μεταξύ παραγωγής και εφαρμογής του δικαίου⁹⁶. Με αναφορά στα δικαιώματα του ανθρώπου οι ευρωπαίοι πολίτες εμπλέκουν τον υπερεθνικό δικαστή στην ανακατασκευή του δικαίου. Ο δικαστής με την σειρά του κατασκευάζει μια ευρωπαϊκή, δημοκρατική κανονικότητα κατά βάση νομολογιακή. Αυτή προκαλεί μια εθνική νομοθετική προσαρμογή. Από αυτήν την οπτική η ερμηνεία του δικαστή «γεννά» την νομοθετική απόφαση και όχι αντίστροφα⁹⁷!

-

⁹⁵ Ost, F./ Kerchove van de, M., *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

⁹⁶ Ρεθυμιωτάκη (2012) όπ. π. σ. 151 όπου παραπέμπει σε Ost/Kerchove (2002) όπ. π. σ.391 επ. σχετικά με την ερμηνεία των κανόνων δικαίου

⁹⁷ Arnaud, André-Jean & Fariñas Dulce, José, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruxelles, Brylant, 1998, σ. 319 και 336 επ.