

ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ

ΕΘΝΙΚΗ ΕΠΙΤΡΟΠΗ ΓΙΑ ΤΑ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΑ ΤΟΥ ΑΝΘΡΩΠΟΥ

Νεοφύτου Βάμβα 6 (3ος όροφος), 10674 Αθήνα, τηλ: 210 7233221-2; 210 7233216;

φαξ: 210 7233217; e-mail: info@nchr.gr, website: www.nchr.gr

**Απόφαση για τους δι' αντιπροσώπου τελούμενους
μουσουλμανικούς γάμους στην Ελλάδα ***

I. Ιστορικό

1. Η Εθνική Επιτροπή για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου έλαβε επιστολή από τον Μουφτή Κομοτηνής (αρ. πρωτ. Μουφτείας 015/03/Φ01-Α, 31.3.2003) με την οποία διαμαρτύρεται για την Εγκύκλιο υπ' αριθμ. 21/2002 του Υπουργείου Εσωτερικών, Δημόσιας Διοίκησης και Αποκέντρωσης.¹ Η ανωτέρω Εγκύκλιος απευθύνεται στους Ο.Τ.Α. και δίνει εντολή να μην καταχωρούνται εφεξής στα οικεία ληξιαρχικά βιβλία, εκείνοι οι γάμοι που τελούν δι' αντιπροσώπου μουσουλμάνοι ενώπιον του Μουφτή στη Θράκη. Το Υπουργείο χαρακτηρίζει ανυπόστατους τους δι' αντιπροσώπου γάμους γιατί αντικεινται στη δημόσια τάξη.

2. Έναυσμα για την έκδοση της Εγκυκλίου αποτέλεσε έγγραφο του Υπουργείου Εξωτερικών που ενημέρωνε το Υπουργείο Εσωτερικών ότι τον τελευταίο καιρό παρατηρείται «το φαινόμενο αλλοδαποί να προσπαθούν να επιτύχουν την είσοδο και εγκατάστασή τους στην Ελλάδα, μετερχόμενοι το μέσο του γάμου δι' αντιπροσώπου με Έλληνες υπηκόους, μουσουλμάνους το θρήσκευμα».² Στην επιστολή του προς την ΕΕΔΑ ο Μουφτής Κομοτηνής επισυνάπτει φωτοτυπίες δεκαεννέα (19) Ειδικών Πληρεξουσίων μουσουλμάνων που τέλεσαν το 2002 και το 2003 συνολικά δέκα (10) γάμους δι' αντιπροσώπων. Όλα τα ανωτέρω πληρεξούσια αφορούν Έλληνες πολίτες, μουσουλμάνους το θρήσκευμα, κατοίκους Γερμανίας. Τα πληρεξούσια έχουν

* Εισηγητής: Γιάννης Κτιστάκης, Επιστημονικός Συνεργάτης της ΕΕΔΑ.

¹ Αρ. πρωτ. 96080/19182/20.09.2002.

² Βλ. Εγκύκλιο 21/2002 του Υπουργείου Εσωτερικών.

συντάξει οι ελληνικές προξενικές αρχές στη Γερμανία. Πέντε (5) εκ των δεκαεννέα (19) συνολικά πληρεξουσίων αφορούν ανήλικες μουσουλμάνες και έναν (1) ανήλικο μουσουλμάνο. Τα πληρεξούσια για τους ανωτέρω έξι (6) μελλονύμφους υπογράφουν οι γονείς τους.

3. Το ζήτημα των νομικών ελαττωμάτων του δι' αντιπροσώπου γάμου των μουσουλμάνων δεν ανακύπτει για πρώτη φορά. Σε δύο γνωμοδοτήσεις της, το 1992 και το 1993, η Ειδική Νομική Υπηρεσία του Υπουργείου Εξωτερικών έκρινε ότι ο όρος της αυτοπροσώπου εμφανίσεως των μελλονύμφων είναι κανόνας δημόσιας τάξης, του οποίου η παράβαση επιφέρει, ως συνέπεια, το ανυπόστατο του γάμου και αν ακόμη είναι επιτρεπτή από τον Ιερό Μουσουλμανικό Νόμο («Σαρία») η αντιπροσώπευση.³ Ωστόσο, το 1993 το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους (σε Ολομέλεια) γνωμοδότησε ότι «η σύναψη γάμου των Μουσουλμάνων Ελλήνων Υπηκόων, δια πληρεξουσίου, σύμφωνα προς τους κανόνες του Ιερού Μουσουλμανικού Νόμου, είναι νόμιμη, οι δε ούτω τελούμενοι γάμοι δεν πάσχουν ως προς το υποστατό ή το κύρος αυτών και δεν παρίσταται ανάγκη λήψεως νομοθετικού μέτρου, μη δυναμένης της εκδόσεως τοιούτων πληρεξουσίων να απαγορευθεί, ως εκ των διεθνών δεσμεύσεων της χώρας».⁴ Έκτοτε και μέχρι την έκδοση της 21/2002 Εγκυκλίου του Υπουργείου Εσωτερικών, οι γάμοι μουσουλμάνων δι' αντιπροσώπου εγγράφονταν στα ελληνικά ληξιαρχικά βιβλία, οι δε προξενικές αρχές της χώρας συνέχισαν να εκδίδουν σχετικά πληρεξούσια.

4. Σύμφωνα με τον Ιερό Μουσουλμανικό Νόμο, ο μουσουλμανικός γάμος είναι μία *ιερή σύμβαση ή συμφωνία* μεταξύ του άντρα και της γυναίκας που γίνονται σύζυγοι. Στο ιερό Κοράνιο αναφέρεται ο γάμος ως *ιερή υπόσχεση*. Ειδικά για την αντιπροσώπευση, ορίζεται ότι «η σύμβαση γάμου μπορεί να γίνει από πληρεξούσιο διορισμένο εκ μέρους ενός εκ των μερών ή του κηδεμόνος του, κατά περίπτωση, υπό την προϋπόθεση ότι ο πληρεξούσιος

3 Βλ. Έγγραφα ΕΝΥ Φ. 8634/ΑΣ 169/23.10.92 και ΕΝΥ Φ. 8634/ΑΣ 7/11.1.93. Και τα δύο έγγραφα της ΕΝΥ μνημονεύονται στην υπ' αριθμόν 686/93 Γνωμοδότηση του ΝΣΚ.

4 Γνωμοδότηση 686/93 ΝΣΚ, <http://www.lawnet.gr/nsk/hm.htm>.

είναι ενήλιξ και έχει υγιείς φρένας και ενεργεί εντός του πλαισίου της εξουσιοδοτήσεως».⁵

5. Η τέλεση γάμου δια πληρεξουσίου προβλέπεται και από το Κανονικό Δίκαιο της Ρωμαιοκαθολικής Εκκλησίας του 1983 (κανόνας 1105).⁶ Εντούτοις, δεν έχει προκύψει ζήτημα για τους καθολικούς, δεδομένου ότι οι ρυθμίσεις του Αστικού Κώδικα (εφεξής «ΑΚ») φέρονται να υποχωρούν μόνον όσον αφορά το γάμο μουσουλμάνων (βλ. κατωτέρω αρ. 9).

II. Γενική θεώρηση

6. Μία πλουραλιστική και αληθινά δημοκρατική κοινωνία οφείλει όχι μόνο να σέβεται την εθνική, πολιτιστική, γλωσσική και θρησκευτική ταυτότητα κάθε προσώπου που ανήκει σε μειονότητα, αλλά να δημιουργεί συνθήκες τέτοιες που να επιτρέπουν την έκφραση, τη διαφύλαξη και την ανάπτυξη αυτής της ταυτότητας.

7. Θεωρούμε απαραίτητο να προσθέσουμε ότι το προκείμενο ζήτημα ουσιαστικά συνίσταται σε σύγκρουση μεταξύ θρησκευτικών – πολιτιστικών παραδόσεων και δικαιωμάτων του ανθρώπου, όπως αυτά έχουν καθιερωθεί από όλες τις διατάξεις που ακολουθούν. Σύμφωνα με τη Διακήρυξη της Βιέννης για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου, που υιοθετήθηκε από την Παγκόσμια Διάσκεψη του ΟΗΕ για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου (1993), «Όλα τα δικαιώματα του ανθρώπου είναι οικουμενικά, αδιαίρετα, αλληλοεξαρτώμενα και αλληλένδετα. Η διεθνής κοινότητα πρέπει να χειρίζεται τα δικαιώματα του ανθρώπου με πνεύμα οικουμενικότητας και με τρόπο που να αντανακλά δικαιοσύνη και ισότητα, με την ίδια απόσταση και με την ίδια έμφαση. Ενώ η σημασία των εθνικών και περιφερειακών ιδιαιτεροτήτων και των διαφόρων ιστορικών, πολιτιστικών και θρησκευτικών παραδόσεων πρέπει να λαμβάνεται υπόψη, εντούτοις αποτελεί καθήκον των Κρατών – ανεξάρτητα από τα πολιτικά, οικονομικά και πολιτιστικά συστήματά τους – να προωθήσουν και να προστατεύσουν όλα τα δικαιώματα του ανθρώπου και τις θεμελιώδεις ελευθερίες» (παρ. 5).

⁵ Βλ. επιστολή του Μουφτή Κομοτηνής προς την ΕΕΔΑ και Γνωμοδότηση του ΝΣΚ, ό.π.

⁶ Και κατά το προϊσχύσαν Κανονικό Δίκαιο της Ρωμαιοκαθολικής Εκκλησίας επιτρεπόταν η τέλεση γάμου διά πληρεξουσίου (κανόνες 1088, 1089).

Δε θεωρούμε άσκοπο να προσθέσουμε, δεδομένου ότι το πολύ μεγαλύτερο ποσοστό των μελλονύμφων που παντρεύονται με αντιπρόσωπο από τον μουφτή είναι γυναίκες – κορίτσια – ότι ολόκληρο το κεφ. 3 του τμήματος II Β της Διακήρυξης και του Σχεδίου Δράσης της Διάσκεψης της Βιέννης (παρ. 36-44) είναι αφιερωμένο στην ισότητα των φύλων σε όλους τους τομείς χωρίς εξαιρέσεις. Στην παρ. 38 εφαρμόζεται ειδικά στις γυναίκες η αρχή της υπεροχής των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου επί των παραδόσεων κλπ, την οποία ήδη το άρθρο 5 του τμημ. Ι έθεσε γενικά, με την εξής περικλοπή: «Ειδικά η Παγκόσμια Διάσκεψη Δικαιωμάτων του Ανθρώπου υπογραμμίζει τη σημασία της εργασίας για ... την εκρίζωση κάθε σύγκρουσης που μπορεί να προκύψει μεταξύ αφ' ενός των δικαιωμάτων της γυναίκας και αφ' ετέρου των επιζήμιων αποτελεσμάτων εθιμικών πρακτικών, πολιτισμικών πρακτικών και θρησκευτικού εξτρεμισμού».

8. Ειδικότερα τώρα για το ζήτημα των δι' αντιπροσώπων τελουμένων μουσουλμανικών γάμων στην Ελλάδα, το άρθρο 1350 ΑΚ επιβάλλει αυτοπρόσωπο δήλωση της συμφωνίας των μελλονύμφων.⁷ Το άρθρο 1367 ΑΚ επιβάλλει σύγχρονη δήλωση των μελλονύμφων επί πολιτικού γάμου ή ιερολογίας. Οι δε προϋποθέσεις της ιεροτελεστίας διέπονται από το τυπικό και τους κανόνες του θρησκεύματος, εφόσον δεν είναι αντίθετοι με τη δημόσια τάξη.⁸ Τέλος, το άρθρο 1372 ΑΚ ορίζει ότι ο γάμος που έγινε χωρίς να τηρηθεί ένας από τους τύπους που προβλέπονται στο άρθρο 1367 ΑΚ είναι ανυπόστατος ενώ ο γάμος που έγινε κατά παράβαση του άρθρου 1350 είναι άκυρος.⁹

7 1350 ΑΚ: Για τη σύναψη γάμου απαιτείται συμφωνία των μελλονύμφων. Οι σχετικές δηλώσεις γίνονται αυτοπροσώπως και χωρίς αίρεση ή προθεσμία. Οι μελλονύμφοι πρέπει να έχουν συμπληρώσει το δέκατο όγδοο έτος της ηλικίας τους. Το δικαστήριο μπορεί, αφού ακούσει τους μελλονύμφους και τα πρόσωπα που ασκούν την επιμέλεια του ανηλίκου, να επιτρέψει το γάμο και πριν από τη συμπλήρωση αυτής της ηλικίας, αν η τέλεσή του επιβάλλεται από σπουδαίο λόγο.

8 1367 ΑΚ: Ο γάμος τελείται είτε με τη σύγχρονη δήλωση των μελλονύμφων ότι συμφωνούν σ' αυτό (πολιτικός γάμος) είτε με ιερολογία από ιερέα της ανατολικής ορθόδοξης εκκλησίας ή από λειτουργό άλλου δόγματος ή θρησκεύματος γνωστού στην Ελλάδα [...]. Οι προϋποθέσεις της ιεροτελεστίας και κάθε θέμα σχετικό μ' αυτήν διέπονται από το τυπικό και τους κανόνες του δόγματος ή του θρησκεύματος σύμφωνα με το οποίο γίνεται η ιεροτελεστία, εφόσον δεν είναι αντίθετοι με τη δημόσια τάξη [...].

9 1372 ΑΚ: «Άκυρος είναι μόνο ο γάμος που έγινε κατά παράβαση των άρθρων 1350 έως 1352, 1354, 1356, 1357 και 1360. Δεν είναι άκυρος ο γάμος, εφόσον έχει γίνει η δήλωση του άρθρου 1367 προς το δήμαρχο ή τον πρόεδρο της κοινότητας ή το νόμιμο αναπληρωτή

9. Εξαιρέση από το κοινό δίκαιο του γάμου και συνεπώς και από τα ανωτέρω εισάγουν οι διατάξεις του άρθρου 4 του Ν. 147/1914, που ορίζουν ότι η τέλεση του γάμου (Ελλήνων) μουσουλμάνων διέπεται από τον Ιερό Μουσουλμανικό Νόμο, και ορισμένες παλαιές διεθνείς –πολυμερείς και διμερείς– συμβάσεις που έχει επικυρώσει η Ελλάδα [(α) ελληνοτουρκική σύμβαση του 1881, που κυρώθηκε με το Ν. ΠΛΖ/1882,¹⁰ (β) συνθήκη των Αθηνών του 1913, που κυρώθηκε με το Ν. 4213/1913,¹¹ (γ) συνθήκη της Λωζάννης, που κυρώθηκε με το ΝΔ της 25^{ης} Αυγούστου 1923¹² και (δ) συνθήκη των Σεβρών, που κυρώθηκε με το ΝΔ της 29^{ης} Σεπτεμβρίου 1923.¹³ Παρενθετικά αναφέρουμε ότι οι θρησκευτικοί κανόνες οικογενειακού δικαίου σήμερα δεν εφαρμόζονται ούτε καν από το διάδοχο Κράτος της Οθωμανικής Αυτοκρατορίας (Τουρκία), που είναι αντισυμβαλλόμενη δύναμη της Συνθήκης της Λωζάννης. Επανερχόμενοι, σημειώνουμε ότι οι διατάξεις του άρθρου 4 του Ν. 147/1914 διατηρήθηκαν σε ισχύ μετά την εισαγωγή του ΑΚ (άρθρο 6 του Εισαγωγικού Νόμου στον Αστικό Κώδικα). Αναλόγως διατηρήθηκαν και οι αρμοδιότητες των μουφτιδών, μεταξύ άλλων, να τελούν ή να επικυρώνουν μουσουλμανικούς γάμους (άρθρο 10 του Ν. 2345/1920, που διατηρήθηκε σε ισχύ με το άρθρο 3 Εισαγωγικού Νόμου στον Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας και επαναβεβαιώνεται στο άρθρο 5 του Ν. 1920/1991).

10. Δεδομένου ότι ο Ιερός Μουσουλμανικός Νόμος σαφώς επιτρέπει την δι' αντιπροσώπου σύναψη γάμου, ανακύπτει το ερώτημα αν η ειδική αυτή ρύθμιση επικρατεί ακόμη σήμερα της ελληνικής δημόσιας τάξης. Και τούτο γιατί το άρθρο 1367 παρ. 3 εδ. (1) ΑΚ θέλησε να επιφυλάξει την υπερίσχυση της δημόσιας τάξης απέναντι και στις ανωτέρω ειδικές διατάξεις για τους

τους, έστω και αν έχουν παραλειφθεί οι άλλοι όροι της τέλεσης. Γάμος που έγινε χωρίς να τηρηθεί καθόλου ένας από τους τύπους που προβλέπονται στο άρθρο 1367 είναι ανυπόστατος.

¹⁰ Σύμβαση της Κωνσταντινουπόλεως της 20^{ης} Ιουνίου/2ας Ιουλίου 1881, ΦΕΚ Α' 14/13.03.1882.

¹¹ Συνθήκη Ειρήνης μεταξύ Ελλάδας και Τουρκίας της 1^{ης}/14^{ης} Νοεμβρίου 1913, ΦΕΚ Α' 229/14.11.1913.

¹² «Περί κυρώσεως της εν Λωζάννη συνομολογηθείσης Συνθήκης περί Ειρήνης», ΦΕΚ Α' 238/25.9.1923.

¹³ «Περί κυρώσεως της εν Σεβραϊς υπογραφείσης Συνθήκης περί προστασίας των εν Ελλάδι μειονοτήτων», ΦΕΚ Α, 311/30.10.1923.

μουσουλμάνους: «...Οι προϋποθέσεις της ιεροτελεστίας και κάθε θέμα σχετικό με αυτήν διέπονται από το τυπικό και τους κανόνες του δόγματος ή του θρησκειύματος σύμφωνα με το οποίο γίνεται η ιεροτελεστία, εφόσον δεν είναι αντίθετοι με τη δημόσια τάξη ...».

11. Ο όρος «δημόσια τάξη» χρησιμοποιείται, στο ελληνικό δίκαιο, με δύο διαφορετικές –αλλά παραπλήσιες– έννοιες.¹⁴ Στο άρθρο 3 του ΑΚ ο όρος «κανόνες δημόσιας τάξης» είναι ισοδύναμος με τον όρο «κανόνες αναγκαστικού δικαίου» και σημαίνει κανόνες δικαίου που δεν επιτρέπουν αντίθετες συμφωνίες των ενδιαφερομένων. Στο δε άρθρο 33 ΑΚ, η δημόσια τάξη αποτελεί μια επιφύλαξη στην εφαρμογή του αλλοδαπού δικαίου που κανονικά, σύμφωνα με τους κανόνες του ιδιωτικού διεθνούς δικαίου, θα έπρεπε να εφαρμοσθεί, και σημαίνει το σύνολο των θεμελιακών κοινωνικών, ηθικών, πολιτειακών και νομικών αρχών που διέπουν την ελληνική έννομη τάξη. Και στις δύο περιπτώσεις πρόκειται για βασικούς κανόνες της έννομης τάξης που δεν επιδέχονται αποκλίσεις. Στην πρώτη όμως περίπτωση οι κανόνες αυτοί έχουν αποκρυσταλλωθεί σε θετικές νομικές διατάξεις ενώ στη δεύτερη μπορεί να είναι αρχές που διέπουν το σύστημα δικαίου. Βέβαια, το άρθρο 33 ΑΚ αποκλείει την εφαρμογή διατάξεων κάποιου άλλου Κράτους που προσκρούουν στη ελληνική δημόσια τάξη ενώ στην περίπτωση του άρθρου 1367 παρ. 3 εδ. (1) ΑΚ δεν πρόκειται για κανόνες άλλου Κράτους αλλά για κανόνες κάποιου θρησκειύματος ή δόγματος. Αλλά και σε μία τέτοια περίπτωση έρχεται σε σύγκρουση η έννομη τάξη του θρησκειύματος με την έννομη τάξη της ελληνικής πολιτείας και αυτό αρκεί για να λειτουργήσει η επιφύλαξη της δημόσιας τάξης.¹⁵

III. Αντίθεση στο Σύνταγμα και τις πρόσφατες διεθνείς συνθήκες

12. Ο μουσουλμανικός γάμος δι' αντιπροσώπου αντικείται στην ελληνική δημόσια τάξη. Και τούτο γιατί ο Έλληνας νομοθέτης –σε συμφωνία με τις σύγχρονες θεμελιακές κοινωνικές, ηθικές, πολιτειακές αρχές που διέπουν

¹⁴ Βλ. Γ. Κουμάντου, *Οικογενειακό Δίκαιο*, τ. Ι, Π. Σάκκουλας, Αθήνα, 1988, σ. 67-68.

¹⁵ Contra, η γνωμοδότηση (Ιανουάριος 2003) του Γ. Δούδου «Το υποστατό των μουσουλμανικών γάμων που τελούνται δια πληρεξουσίου στα πλαίσια της ελληνικής έννομης τάξης».

την ελληνική έννομη τάξη– επιθυμεί η σύναψη γάμου να δηλώνεται ρητά, σύγχρονα, αυτοπρόσωπα και οριστικά από τους μελλόνυμφους ενώπιον του αρμόδιου λειτουργού. Και τούτο γιατί η σύναψη γάμου δεν είναι μία απλή σύμβαση αστικού δικαίου: διέπεται σε μεγάλο βαθμό από διατάξεις αναγκαστικού δικαίου. Οι δε έννομες συνέπειες του γάμου (κληρονομικά δικαιώματα, φορολογικά προνόμια, ασφαλιστικά δικαιώματα και υποχρεώσεις, επιμέλεια τέκνων κλπ) είναι τέτοιας σημασίας, που επιβάλλεται ο τύπος της σύναψης του γάμου να εξασφαλίζει την ειλικρινή, σύγχρονη, πλήρη και οριστική βούληση των μελλονύμφων. Αντίθετα, η δι’ αντιπροσώπου σύναψη γάμου δεν εξασφαλίζει καμία από τις ανωτέρω προϋποθέσεις και το κυριότερο: το πληρεξούσιο ισχύει για ακαθόριστη χρονική περίοδο. Έτσι, από τη μία πλευρά, η πραγματική υπαναχώρηση ενός εκ των μελλονύμφων μετά από χρονικό διάστημα πχ δύο μηνών και η ανάκληση του πληρεξουσίου είναι σύνθετη διαδικασία (δήλωση ανάκλησης ενώπιον του συμβολαιογράφου ή προξένου και νόμιμη επίδοση από δικαστικό κλητήρα στον πληρεξούσιο και στον Μουφτή) με αποτέλεσμα να μην αποκλείεται να συνάψει κάποιος τελικά νόμιμο γάμο παρά την πιο πρόσφατη –αντίθετη– βούλησή του. Από την άλλη μεριά, το πληρεξούσιο αφήνει έκθετο τον μελλόνυμφο ή την οικογένειά του σε απειλές ή εκβιασμούς ανάκλησης του πληρεξουσίου, που σαφώς επίσης αποδοκιμάζει η ελληνική έννομη τάξη. Τέλος, δεν μπορεί να μείνει απαρατήρητο ότι το Ιερό Μουσουλμανικό Δίκαιο επιτρέπει ρητά την παροχή πληρεξουσίου για τη σύναψη γάμου και από τον κηδεμόνα του ανηλικού ή της ανήλικης μελλονύμφου (βλ. ανωτέρω αρ. 4).

13. Πέρα από τα ανωτέρω, η ελληνική δημόσια τάξη στη συγκεκριμένη έκφρασή της, δηλαδή αναφορικά με την απαγόρευση του δι’ αντιπροσώπου γάμου, έχει αφενός συνταγματική κατοχύρωση, αφετέρου κατοχύρωση στις νεότερες διεθνείς συμβατικές υποχρεώσεις της χώρας.

14. Το ελληνικό Σύνταγμα 1975/1986/2001 καθιερώνει στο άρθρο 2 παρ. 1 ως «πρωταρχική υποχρέωση της Πολιτείας» τον σεβασμό και την προστασία της αξίας του ανθρώπου. Πρόκειται για θεμελιώδη αρχή της ελληνικής έννομης τάξης. Όμως, η «αξία που πρέπει να έχει ο άνθρωπος, ως

έλλογο και συνειδητό ον»¹⁶ προσβάλλεται όταν η σύναψη του γάμου δύο ανθρώπων είναι δυνατόν να πραγματοποιηθεί δι' αποστάσεως (όχι αυτοπροσώπως), μέσω τρίτων (των πληρεξουσίων), υπό αίρεση (απουσιάζει η ταυτόχρονη και οριστική δήλωση και των δύο μελλονύμφων) και δύναται να αφορά ανήλικους.

15. Από το άρθρο 5 παρ. 1 Σ (ελευθερία ανάπτυξης της προσωπικότητας) σε συνδυασμό με το άρθρο 21 παρ. 1 Σ (προστασία γάμου) απορρέει η ελευθερία επιλογής συζύγου και συνάψεως γάμου.¹⁷ Η ελευθερία αυτή κατοχυρώνεται στον Αστικό Κώδικα με τους όρους της ρητής, σύγχρονης, αυτοπρόσωπης και οριστικής δήλωσης των μελλόνυμφων ενώπιον του αρμόδιου και μόνο λειτουργού. Η ελευθερία σύναψης γάμου και επιλογής συζύγου έχει ιδιαίτερη σημασία στην προκειμένη περίπτωση γιατί ο Ιερός Μουσουλμανικός Νόμος επιτρέπει –άνευ δικαστικής απόφασης, όπως ορίζει ο Αστικός Κώδικας– τη σύναψη γάμου ανηλικών.

16. Ειδικότερες ρυθμίσεις περιέχουν οι διεθνείς συμβάσεις δικαιωμάτων του ανθρώπου. Όλες οι ρυθμίσεις έχουν επηρεαστεί από το άρθρο 16 παρ. 2 της Οικουμενικής Διακήρυξης Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, που ορίζει τα ακόλουθα: «Γάμος δεν μπορεί να συναφθεί παρά μόνο με την ελεύθερη και πλήρη συναίνεση των μελλονύμφων».

17. Το άρθρο 23 παρ. 3 του Διεθνούς Συμφώνου για τα Ατομικά και Πολιτικά Δικαιώματα ορίζει: «κανένας γάμος δεν μπορεί να πραγματοποιηθεί χωρίς την ελεύθερη και πλήρη συναίνεση των μελλοντικών συζύγων». Σύμφωνα, μάλιστα, με το Γενικό Σχόλιο 19 της Επιτροπής Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων (27.7.1990) τα κράτη έχουν υποχρέωση να ορίζουν κατώτατο όριο ηλικίας τέτοιο που να εξασφαλίζει ότι δύνανται οι μελλόνυμφοι να δώσουν την πλήρη και ελεύθερη προσωπική συναίνεση για τη σύναψη του γάμου.

18. Το άρθρο 10 παρ. 1 του Διεθνούς Συμφώνου για τα Οικονομικά, Κοινωνικά και Μορφωτικά Δικαιώματα ορίζει: «Στο γάμο πρέπει να συμφωνούν ελεύθερα οι μέλλοντες σύζυγοι».

¹⁶ Α. Μάνεσης, *Ατομικές Ελευθερίες*, Σάκκουλας, Θεσσαλονίκη, 1979, σ. 109.

¹⁷ Βλ. ΣτΕ 4590/1976, ΤοΣ 3 (1977), σ. 163.

19. Η Σύμβαση για την εξάλειψη όλων των μορφών διακρίσεως κατά των γυναικών ορίζει στο άρθρο 16 παρ. 1 εδ. (β) ότι «Τα Κράτη Μέλη ... θα διασφαλίζουν με βάση την ισότητα ανδρών και γυναικών ... το ίδιο δικαίωμα να εκλέγουν ελεύθερα σύζυγο και να συνάπτουν γάμο με την ελεύθερη και πλήρη συναίνεσή τους».

20. Το άρθρο 12 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Δικαιωμάτων του Ανθρώπου ορίζει ότι «Άμα τη συμπληρώσει ηλικίας γάμου, ο ανήρ και η γύννη έχουν το δικαίωμα να συνέρχονται εις γάμον και ιδρύωσιν οικογένειαν συμφώνως προς τους διέποντας το δικαίωμα τούτο εθνικούς νόμους». Ερμηνεύοντας τη διάταξη αυτή, η Ευρωπαϊκή Επιτροπή για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου έκρινε ότι η θέσπιση ελαχίστου ορίου ηλικίας γάμου στα δεκαοκτώ έτη δεν προσβάλλει το δικαίωμα σύναψης γάμου ή την θρησκευτική ελευθερία νεαρής μουσουλμάνας, παρά το γεγονός ότι το αντίστοιχο όριο, σύμφωνα με τον Ιερό Μουσουλμανικό Νόμο, είναι τα δώδεκα έτη.¹⁸

21. Υποστηρίζεται ότι η ρύθμιση για την δι' αντιπροσώπου σύναψη του μουσουλμανικού γάμου καλύπτεται από τις σχετικές διεθνείς συμβάσεις που δεσμεύουν την Ελλάδα (βλ. ανωτέρω αρ. 9). Συνεπώς, η ελληνική δημόσια τάξη υποχωρεί ενόψει των ειδικών, αυξημένης ισχύος, ρυθμίσεων για το μουσουλμανικό γάμο. Τούτο οδήγησε και το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους στη γνωμοδότησή του (βλ. ανωτέρω αρ. 3) να συμπεράνει ότι, δυνάμει του άρθρου 28 παρ. 1 Σ, η ειδική ρύθμιση για την δι' αντιπροσώπου σύναψη του μουσουλμανικού γάμου συνιστά διεθνή δέσμευση της χώρας που υπερισχύει των νόμων και γι' αυτό δεν αντίκειται στη ελληνική δημόσια τάξη.

22. Εντούτοις, η ελληνική δημόσια τάξη στη συγκεκριμένη έκφρασή της (απαγόρευση του δι' αντιπροσώπου γάμου) έχει συνταγματική κατοχύρωση (ανωτέρω, αρ. 14-15) αλλά και κατοχύρωση στις νεότερες θεμελιώδεις διεθνείς συμβάσεις προστασίας των δικαιωμάτων του ανθρώπου. Ιδιαίτερα για την διεθνή κατοχύρωση, σημειώνεται ότι οι μεταγενέστερες διεθνείς συμβάσεις προστασίας των δικαιωμάτων του ανθρώπου κατισχύουν των

¹⁸ ΕυρΕΔΑ, Υπόθεση *Khan κατά Ηνωμένου Βασιλείου*, αρ. προσφυγής 11579/85, D&R 48, σ. 253 (Απόφαση επί του παραδεκτού, 7.7.1986).

προγενεστέρων (*lex posterior derogat priori*).¹⁹ Δεν θα μπορούσε εξάλλου να θεωρηθεί ότι οι Συμβάσεις των Αθηνών, των Σεβρών και της Λωζάννης είναι ειδικότερες, δεδομένου ότι, όπως αναφέρθηκε παραπάνω, οι πιο πρόσφατες συμβατικές ρυθμίσεις αφορούν ακριβώς το ίδιο δικαίωμα –το δικαίωμα στο γάμο– και θέτουν θεμελιώδεις αρχές για την τέλεσή του, συμπεριλαμβανομένης της ελευθερίας επιλογής συζύγου, η οποία αποτελεί τον πυρήνα του δικαιώματος.

23. Σημειώνεται δε ότι τα ελληνικά δικαστήρια πρόσφατα έκριναν ότι μία άλλη πρακτική που επιτρέπει ο Ιερός Μουσουλμανικός Νόμος, η διγαμία, αντίκειται στην ελληνική δημόσια τάξη και ειδικότερα στο άρθρο 21 παρ. 1 Σ.²⁰

24. Τέλος, υπενθυμίζεται ότι με τις από 1^η Μαρτίου 2001 προτάσεις της για ζητήματα θρησκευτικής ελευθερίας, η Εθνική Επιτροπή για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου έχει επισημάνει τα ακόλουθα: *«Είναι, πράγματι, τουλάχιστον περίεργο στην Ελλάδα του 21^{ου} αιώνα να εξακολουθεί να εφαρμόζεται ο ισλαμικός νόμος κατά παρέκκλιση των διατάξεων του Αστικού Κώδικα, τη στιγμή, μάλιστα, που κάτι τέτοιο δεν συμβαίνει ούτε στην Τουρκία, ούτε σε ορισμένες άλλες μουσουλμανικές χώρες. Η κατάργηση των δικαιοδοτικών και διοικητικών αρμοδιοτήτων του Μουφτή και ο περιορισμός του στα θρησκευτικά του καθήκοντα αποτελεί, κατά τη γνώμη μας, επιβεβλημένο μέτρο εκουγχρονισμού του θεσμού, ενόψει και των δεσμεύσεων του άρθρου 20 του ελληνικού Συντάγματος (δικαίωμα παροχής έννομης προστασίας) και του άρθρου 6 ΕΣΔΑ (δικαίωμα σε δίκαιη δίκη).*

¹⁹ Βλ. άρθρο 30 παρ. 3 της Συνθήκης της Βιέννης για το Δίκαιο των Συνθηκών: «Ότε άπαντες οι συμβαλλόμενοι εις προγενεστέραν συνθήκην τυγχάνουν επίσης συμβαλλόμενοι εις μεταγενεστέραν τοιαύτην, της πρώτης εξ αυτών μη καταργηθείσης, ή ανασταλείσης, συμφώνως προς το άρθρον 59, η προγενεστέρα συνθήκη εφαρμόζεται καθ' ο μέτρον αι διατάξεις ταύτης δεν συγκρούονται προς τας διατάξεις της μεταγενεστέρας τοιαύτης». Πβλ. άρθρο 59 παρ. 1 της ίδιας Συνθήκης: «Η συνθήκη λογίζεται ως λήξασα ευθύς ως άπαντα τα μέρη εις την συνθήκην συνάψουν μεταγενεστέρως συνθήκην επί του αυτού αντικειμένου, και οσάκις: (α) προκύπτει εκ της μεταγενεστέρας συνθήκης ή άλλως συνάγεται, ότι τα συμβαλλόμενα μέρη προτίθεντο όπως το εν λόγω αντικείμενον διέπεται υπό της συνθήκης ταύτης, (β) αι διατάξεις της μεταγενεστέρας συνθήκης τοσούτον δεν συμβιβάζονται προς τας αντιστοιχούς της προγενεστέρας τοιαύτης, ώστε αι δύο συνθήκαι να μη δύνανται να εφαρμόζονται ταυτοχρόνως».

²⁰ ΣυμβΕφΘράκης 89/1995, *Υπεράσπιση* 1998, σ. 78.

Προς αυτήν ακριβώς την κατεύθυνση κινείται η πολύ πρόσφατη απόφαση 405/2000 του Μονομελούς Πρωτοδικείου Θήβας (2.11.2000)²¹ η οποία υπάγει στα τακτικά πολιτικά δικαστήρια ζήτημα οικογενειακού δικαίου μουσουλμάνου, μονίμου κατοίκου Βοιωτίας, επικαλούμενη ακριβώς το Σύνταγμα και την ΕΣΔΑ. Προτείνεται η ενημέρωση των πολιτικών δικαστών και για τη συγκεκριμένη απόφαση αλλά και ευρύτερα για την αντίθεση της άσκησης δικαιοδοτικών αρμοδιοτήτων από τον Μουφτή με το Σύνταγμα και την ΕΣΔΑ με όποιο τρόπο κρίνει πρόσφορο η ηγεσία του Άρειου Πάγου».

IV. Συμπέρασμα

25. Ο μουσουλμανικός γάμος, που συνάπτεται εφεξής δι' αντιπροσώπου, πρέπει να θεωρείται ανυπόστατος, όσον αφορά τον αντιπρόσωπο και τον άλλο μελλόνυμφο²² και άκυρος, όσον αφορά τον αντιπροσωπευόμενο.²³

26. Αντίθετα, η αρχή της ασφάλειας δικαίου επιβάλλει να μην θιγεί το κύρος των μουσουλμανικών γάμων δι' αντιπροσώπου που έχουν ήδη εγγραφεί στα ελληνικά ληξιαρχικά βιβλία.

27. Θα πρέπει να επανεξεταστεί το ζήτημα του ελαχίστου ορίου ηλικίας για τη σύναψη μουσουλμανικού γάμου ενόψει του άρθρου 23 παρ. 3 του Διεθνούς Συμφώνου για τα Ατομικά και Πολιτικά Δικαιώματα (βλ. ανωτέρω αρ. 15) και της θεμελιώδους συνταγματικής αρχής της ισότητας των δύο φύλων.²⁴

Αθήνα, 7 Μαΐου 2003

²¹ ΝοΒ 49 (2001), σ. 661 επ. με σχόλιο Κ. Τουτσελίκη. *Δίκη* 32 (2001), σ. 1097 επ. με σχόλιο Κ. Μπέη.

²² Γιατί ως προς τον αντιπρόσωπο θα λείπει το στοιχείο του τύπου, μια και η τελετή δε θα έχει γίνει ως προς αυτόν. Βλ. Α. Γεωργιάδη – Μ. Σταθόπουλου, *Αστικός Κώδικας*, Π. Σάκκουλας, Αθήνα, 1991, άρθρα 1350-1352, αρ. 22. Ε. Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη, *Οικογενειακό Δίκαιο Ι*, β' έκδοση, 1998, Σάκκουλας, Θεσσαλονίκη, σ. 97.

²³ Συντρέχει η περίπτωση του άρθρου 1350 παρ. 1 εδ. (2) σε συνδυασμό με άρθρο 1372 παρ.1 εδ. (1). Βλ. Γ. Κουμάντου, ό.π., σ. 46. Α. Γεωργιάδη – Μ. Σταθόπουλου, ό.π.

²⁴ Επιβάλλεται η καθιέρωση κοινής ηλικίας σύναψης γάμου ανεξάρτητα από το κριτήριο φύλου και καθιέρωσης όμοιας ή, πάντως, παραπλήσιας ηλικίας με εκείνην της γενικής δικαιοπρακτικής ικανότητας που αναγνωρίζει ο νομοθέτης. Βλ. Τ. Βιδάλη, *Η συνταγματική διάσταση της εξουσίας στο γάμο και στην οικογένεια*, Εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 1996, σ. 77.