

ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ



ΕΘΝΙΚΟ ΚΑΙ ΚΑΠΟΔΙΣΤΡΙΑΚΟ
ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟ ΑΘΗΝΩΝ
ΣΧΟΛΗ Ν.Ο.Π.Ε.
ΤΜΗΜΑ ΝΟΜΙΚΗΣ

ΤΟΜΕΑΣ Α' ΙΔΙΩΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ
ΠΡΟΓΡΑΜΜΑ ΜΕΤΑΠΤΥΧΙΑΚΩΝ
ΣΠΟΥΔΩΝ ΑΣΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ

ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΑΚΟ ΕΤΟΣ: 2008-2009

ΔΙΠΛΩΜΑΤΙΚΗ ΕΡΓΑΣΙΑ
της Ελένης Ευαγγέλου Καπετανάκη
ΑΜ 893 ΠΜΣ

ΖΗΤΗΜΑΤΑ ΑΣΤΙΚΗΣ ΙΑΤΡΙΚΗΣ ΕΥΘΥΝΗΣ ΣΤΗΝ ΥΠΟΒΟΗΘΟΥΜΕΝΗ ΑΝΑΠΑΡΑΓΩΓΗ

Επιβλέποντες

Παπαχρίστου Αθανάσιος
Παπαδοπούλου Δήμητρα
Δακορώνια Ευγενία

Αθήνα 2011

ΕΛΕΝΗ Ε. ΚΑΠΕΤΑΝΑΚΗ

**ΖΗΤΗΜΑΤΑ ΑΣΤΙΚΗΣ ΙΑΤΡΙΚΗΣ ΕΥΘΥΝΗΣ ΣΤΗΝ
ΥΠΟΒΟΗΘΟΥΜΕΝΗ ΑΝΑΠΑΡΑΓΩΓΗ**

Αθήνα 2011

Copyright ©, 2011

Με επιφύλαξη παντός δικαιώματος. All rights reserved.

Απαγορεύεται η αντιγραφή, αποθήκευση και διανομή της παρούσας εργασίας, εξ ολοκλήρου ή τμήματος αυτής, για εμπορικό σκοπό. Επιτρέπεται η ανατύπωση, αποθήκευση και διανομή για σκοπό μη κερδοσκοπικό, εκπαιδευτικής ή ερευνητικής φύσης, υπό την προϋπόθεση να αναφέρεται η πηγή προέλευσης και να διατηρείται το παρόν μήνυμα.

Οι απόψεις και θέσεις που περιέχονται σε αυτήν την εργασία εκφράζουν τον συγγραφέα και δεν πρέπει να ερμηνευθεί ότι αντιπροσωπεύουν τις επίσημες θέσεις του Εθνικού και Καποδιστριακού Πανεπιστημίου Αθηνών.

Αφιερωμένο στην Οικογένειά μου

ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ

ΜΕΡΟΣ ΠΡΩΤΟ: ΕΙΣΑΓΩΓΙΚΕΣ ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΙΣ

1. ΕΝΝΟΙΑ ΙΑΤΡΙΚΩΣ ΥΠΟΒΟΗΘΟΥΜΕΝΗΣ ΑΝΑΠΑΡΑΓΩΓΗΣ.....	1
2. ΤΟ ΕΙΔΙΚΟ ΝΟΜΟΘΕΤΙΚΟ ΠΛΑΙΣΙΟ ΤΗΣ ΙΑΤΡΙΚΩΣ ΥΠΟΒΟΗΘΟΥΜΕΝΗΣ.....	2
3. Η ΙΑΤΡΙΚΩΣ ΥΠΟΒΟΗΘΟΥΜΕΝΗ ΑΝΑΠΑΡΑΓΩΓΗ ΩΣ ΙΑΤΡΙΚΗ ΠΡΑΞΗ-ΕΦΑΡΜΟΓΗ ΤΩΝ ΓΕΝΙΚΩΝ ΚΑΝΟΝΩΝ ΠΕΡΙ ΑΣΤΙΚΗΣ ΙΑΤΡΙΚΗΣ ΕΥΘΥΝΗΣ	5

ΜΕΡΟΣ ΔΕΥΤΕΡΟ: ΤΟ ΓΕΝΙΚΟ ΠΛΑΙΣΙΟ ΓΙΑ ΤΗΝ ΑΣΤΙΚΗ ΙΑΤΡΙΚΗ ΕΥΘΥΝΗ

1. ΕΝΝΟΙΑ ΑΣΤΙΚΗΣ ΙΑΤΡΙΚΗΣ ΕΥΘΥΝΗΣ	7
2. ΝΟΜΟΘΕΤΙΚΟ ΠΛΑΙΣΙΟ ΑΣΤΙΚΗΣ ΙΑΤΡΙΚΗΣ ΕΥΘΥΝΗΣ	8
3. ΣΗΜΑΣΙΑ ΤΟΥ ΚΩΔΙΚΑ ΙΑΤΡΙΚΗΣ ΔΕΟΝΤΟΛΟΓΙΑΣ (Ν. 3418/2005) ΣΤΗΝ ΘΕΜΕΛΙΩΣΗ ΑΣΤΙΚΗΣ ΙΑΤΡΙΚΗΣ ΕΥΘΥΝΗΣ	9
4.ΕΝΔΟΣΥΜΒΑΤΙΚΗ ΕΥΘΥΝΗ ΓΙΑΤΡΟΥ.....	10
4.1 Συμβαλλόμενα Μέρη.....	10
4.2 Τρόπος σύναψης και τύπος σύμβασης ιατρικής αγωγής.....	11
4.3 Νομική φύση σύμβασης ιατρικής αγωγής.....	12
4.4 Περιεχόμενο σύμβασης (δικαιώματα και υποχρεώσεις των μερών).....	14
4.4.1 Υποχρεώσεις γιατρού.....	14
4.4.2 Υποχρεώσεις ασθενούς.....	22
4.5 Ευθύνη του γιατρού από τη σύμβαση.....	22
5. ΑΔΙΚΟΠΡΑΚΤΙΚΗ ΕΥΘΥΝΗ ΓΙΑΤΡΟΥ.....	25
5.1 Προϋποθέσεις γένεσης αδικοπρακτικής ευθύνης.....	26

5.2 Σύγκριση ενδοσυμβατικής- αδικοπρακτικής ευθύνης.....	28
5.3 Συρροή ενδοσυμβατικής και αδικοπρακτικής ευθύνης.....	29
5.4 Πηγές αδικοπρακτικής ευθύνης στο πεδίο του ιατρικού δικαίου.....	30
5.4.1 Ιατρικό Σφάλμα.....	30
5.4.2 Λοιπές περιπτώσεις γέννησης αδικοπρακτικής ευθύνης.....	33
6. ΕΥΘΥΝΗ ΓΙΑΤΡΟΥ ΩΣ ΠΑΡΕΧΟΝΤΟΣ ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ (ΑΡΘΡΟ 8 Ν. 2251/1994).....	34

ΜΕΡΟΣ ΤΡΙΤΟ: ΑΣΤΙΚΗ ΙΑΤΡΙΚΗ ΕΥΘΥΝΗ ΚΑΤΑ ΤΗΝ ΙΑΤΡΙΚΩΣ ΥΠΟΒΟΗΘΟΥΜΕΝΗ ΑΝΑΠΑΡΑΓΩΓΗ

1. ΣΥΜΒΑΣΗ ΙΑΤΡΙΚΗΣ ΑΓΩΓΗΣ ΜΕ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ ΠΡΑΞΕΙΣ ΥΠΟΒΟΗΘΟΥΜΕΝΗΣ ΑΝΑΠΑΡΑΓΩΓΗΣ.....	39
1.1 Πότε υπάρχει σύμβαση.....	39
1.2 Αντισυμβαλλόμενα μέρη.....	40
1.3 Τύπος σύμβασης και απαλλακτικές ρήτρες.....	42
1.4 Νομική φύση σύμβασης.....	42
2. ΝΟΜΟΘΕΤΙΚΗ ΟΡΙΟΘΕΤΗΣΗ ΤΟΥ ΕΠΙΤΡΕΠΤΟΥ ΤΗΣ ΙΑΤΡΙΚΩΣ ΥΠΟΒΟΗΘΟΥΜΕΝΗΣ ΑΝΑΠΑΡΑΓΩΓΗΣ (Ν. 3089/2002 ΚΑΙ Ν. 3305/2005).....	43
2.1 Γενικοί όροι του επιτρεπτού για όλες τις πράξεις της ιατρικώς υποβοηθούμενης αναπαραγωγής.....	43
2.2 Πράξεις ιατρικώς υποβοηθούμενης αναπαραγωγής για τις οποίες απαιτούνται πρόσθετοι-ειδικοί όροι.....	57
2.2.1 Μεταθανάτια γονιμοποίηση.....	57
2.2.2 Παρένθετη μητρότητα.....	61
2.2.3 Κρυοσυντήρηση γεννητικού υλικού.....	65

2.2.4 Προεμφυτευτική γενετική διάγνωση	67
2.3 Απαγορευμένες πράξεις υποβοηθούμενης αναπαραγωγής.....	67
2.4 Πλεονάζον γεννητικό υλικό.....	69
2.5 Τήρηση ανωνυμίας δότη γεννητικού υλικού.....	75
2.6 Η σημασία της νομοθετικής οριοθέτησης του επιτρεπτού της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής για την αστική ιατρική ευθύνη	76
2.6.1 Εισαγωγικές παρατηρήσεις.....	76
2.6.2 Η απαγορευμένη ιατρική πράξη υποβοήθησης στην ανθρώπινη αναπαραγωγή ως νόμιμος λόγος ενδοσυμβατικής και αδιοπρακτικής ευθύνης του γιατρού.....	78
2.6.3 Ειδικότερα η αστική ευθύνη του γιατρού σε περίπτωση έλλειψης προηγούμενης ενημερωμένης συναίνεσης του προσώπου που προσφεύγει σε υποβοηθούμενη αναπαραγωγή.....	82
3. ΙΔΙΑΙΤΕΡΗ ΠΕΡΙΠΤΩΣΗ ΖΗΜΙΑΣ: ΓΕΝΝΗΣΗ ΤΕΚΝΟΥ ΜΕ ΣΟΒΑΡΗ ΑΣΘΕΝΕΙΑ Ή ΑΝΑΠΗΡΙΑ.....	85
3.1 Πρόκληση προβλήματος υγείας παιδιού με ιατρικές πράξεις ή παραλείψεις.....	86
3.2 Τα ιδιαίτερα ζητήματα που ανακύπτουν στις περιπτώσεις wrongful life.....	89
ΕΠΙΛΟΓΟΣ	99
ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ.....	101
ΔΙΑΔΙΚΤΥΑΚΟΙ ΤΟΠΟΙ.....	104

ΜΕΡΟΣ ΠΡΩΤΟ: ΕΙΣΑΓΩΓΙΚΕΣ ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΙΣ

1. ΕΝΝΟΙΑ ΙΑΤΡΙΚΩΣ ΥΠΟΒΟΗΘΟΥΜΕΝΗΣ ΑΝΑΠΑΡΑΓΩΓΗΣ

Ο ορισμός της ιατρικώς υποβοηθούμενης αναπαραγωγής δίδεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 3 του ν. 3305/2005: « *Ιατρικώς υποβοηθούμενη αναπαραγωγή (Ι.Υ.Α): κάθε περίπτωση κυοφορίας και τεκνοποίησης που επιτυγχάνεται με μεθόδους άλλες πλην της φυσιολογικής ένωσης άνδρα και γυναίκας και οι οποίες εφαρμόζονται σε ειδικά οργανωμένες μονάδες ιατρικώς υποβοηθούμενης αναπαραγωγής (Μ.Ι.Υ.Α) ».*

Από τον ανωτέρω ορισμό συνάγεται ότι το κύριο χαρακτηριστικό της ιατρικής υποβοήθησης στην ανθρώπινη αναπαραγωγή, το οποίο ταυτόχρονα την διακρίνει από τη φυσική αναπαραγωγή είναι η δημιουργία απογόνων με ιατρική βοήθεια χωρίς σεξουαλική επαφή¹. Στην ιατρικώς υποβοηθούμενη αναπαραγωγή υπάγονται, με άλλα λόγια, οι περιπτώσεις απόκτησης τέκνου όχι με το φυσικό τρόπο της σεξουαλικής επαφής μιας γυναίκας και ενός άνδρα, αλλά με ιατρική υποβοήθηση, με τεχνητό δηλαδή τρόπο². Γι' αυτό το λόγο άλλωστε, οι όροι «τεχνητή αναπαραγωγή» και «τεχνητή γονιμοποίηση» χρησιμοποιούνται ως ταυτόσημοι με τον όρο «ιατρικά υποβοηθούμενη αναπαραγωγή».

Οι ιατρικές μέθοδοι που εφαρμόζονται στην τεχνητή γονιμοποίηση, προκειμένου να αντιμετωπισθεί η γυναικεία ή ανδρική αδυναμία απόκτησης τέκνων με φυσικό τρόπο, είναι κατά βάση δύο (άρθρο 2 § 1 ν. 3305/2005): α) η τεχνητή σπερματέγχυση (ενδοσωματική σπερματέγχυση -in vivo), δηλαδή η εισαγωγή σπερματοζωαρίων στο γυναικείο γεννητικό σύστημα με οποιοδήποτε άλλο τρόπο εκτός από τη γενετήσια επαφή (άρθρο 3 § 7 ν. 3305/2005) και β) η εξωσωματική γονιμοποίηση και μεταφορά γονιμοποιημένων ωαρίων (εξωσωματική γονιμοποίηση- in vitro). Στην τελευταία περίπτωση, που είναι και η πλέον διαδεδομένη, η γονιμοποίηση του ωαρίου από σπερματοζωάριο επιτυγχάνεται εκτός του σώματος της γυναίκας, σε δοκιμαστικό σωλήνα και εν συνεχεία το γονιμοποιημένο αυτό ωάριο μεταφέρεται στη μήτρα (άρθρο 3 § 8 ν. 3305/2005). Προς εφαρμογή αυτών των δύο μεθόδων χρησιμοποιούνται διάφορες τεχνικές, οι οποίες έχουν καθιερωθεί και εφαρμόζονται σήμερα διεθνώς³. Οι τεχνικές αυτές απαριθμούνται στο άρθρο 2 § 2 ν. 3305/2005 και ορίζονται στο άρθρο 3 του ίδιου νόμου.

Από την επιστήμη, η ιατρικώς υποβοηθούμενη αναπαραγωγή διακρίνεται σε ομόλογη και σε ετερόλογη. Στην ομόλογη τεχνητή γονιμοποίηση το γεννητικό υλικό προέρχεται εξ

¹ Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη, Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005, σελ. 1, υποσ. 1.

² Παπαχρίστου Θανάσης, Εγχειρίδιο Οικογενειακού Δικαίου, 3^η έκδοση, 2005, σελ. 198

³ Βλ την Εισηγητική Έκθεση του ν. 3305/2005 στο άρθρο 2.

ολοκλήρου από τα πρόσωπα που επιθυμούν να αποκτήσουν παιδί, ενώ στην ετερόλογη το γεννητικό υλικό προέρχεται κατά το ένα μέρος ή εξ ολοκλήρου από τρίτο δότη. Η ετερόλογη τεχνητή γονιμοποίηση μπορεί να εμφανιστεί στην πράξη με μια από τις ακόλουθες μορφές⁴: χρησιμοποίηση ξένου σπέρματος, χρησιμοποίηση ξένου ωαρίου, χρησιμοποίηση ξένου γονιμοποιημένου ωαρίου. Στην τελευταία περίπτωση τόσο το ωάριο, όσο και το σπερματοζωάριο προέρχονται από πρόσωπα διαφορετικά από εκείνα που επιθυμούν να αποκτήσουν τέκνο. Ο Έλληνας νομοθέτης προβλέπει και ορίζει και τις δυο ανωτέρω μορφές τεχνητής γονιμοποίησης (βλ. άρθρο 2 § 7 ν. 3305/2005).

Με βάση, λοιπόν, τα ανωτέρω καθίσταται σαφές ότι αντικείμενο της παρούσας διπλωματικής θα αποτελέσει η αστική ευθύνη του γιατρού που προκύπτει κατά τη διενέργεια πράξεων υποβοήθησης της ανθρώπινης αναπαραγωγής και όχι πράξεων που διενεργούνται στο πλαίσιο φυσικής αναπαραγωγής, η οποία οδηγεί στην γέννηση τέκνου χωρίς ιατρική βοήθεια.

2. ΤΟ ΕΙΔΙΚΟ ΝΟΜΟΘΕΤΙΚΟ ΠΛΑΙΣΙΟ ΤΗΣ ΙΑΤΡΙΚΩΣ ΥΠΟΒΟΗΘΟΥΜΕΝΗΣ ΑΝΑΠΑΡΑΓΩΓΗΣ.

Στις μέρες μας, ολοένα αυξανόμενος είναι ο αριθμός των ατόμων που προσφεύγουν σε μεθόδους ιατρικώς υποβοηθούμενης αναπαραγωγής προκειμένου να αποκτήσουν τέκνο. Αυτή η ευρεία εξάπλωση της ιατρικώς υποβοηθούμενης αναπαραγωγής κατέστησε αναγκαία την επέμβαση του Έλληνα νομοθέτη, ώστε να ρυθμιστούν τα προβλήματα που ανέκυψαν από την ραγδαία αυτή εξέλιξη της γενετικής επιστήμης. Τα προβλήματα αυτά αφορούν κυρίως τις προϋποθέσεις υπό τις οποίες επιτρέπεται η προσφυγή στην ιατρικώς υποβοηθούμενη αναπαραγωγή, αλλά και τις συνέπειες που συνεπάγεται η χρήση αυτών των μεθόδων στο πεδίο της ίδρυσης της συγγένειας⁵.

Στο σημείο αυτό ανακύπτει το ερώτημα μήπως στο χώρο της ιατρικώς υποβοηθούμενης αναπαραγωγής, εξαιτίας ακριβώς της αδυναμίας του δικαίου να παρακολουθεί τις συνεχείς αλλαγές και την ραγδαία εξέλιξη των μεθόδων της, θα ήταν προτιμότερη η αποχή του νομοθέτη και η επίλυση των όποιων θεμάτων που ανακύπτουν στο πλαίσιο κάποιας μορφής αυτορρύθμισης, μέσα από κανόνες δεοντολογίας και τυποποιημένες συμβάσεις. Η άποψη, όμως, αυτή καταλήγει είτε σε απουσία ρύθμισης είτε σε αποσπασματικές και συχνά αντιφατικές ρυθμίσεις, οι οποίες μάλιστα μπορεί να έρχονται σε αντίθεση με κανόνες δημόσιας τάξης⁶.

⁴ Φουντεδάκη Κατερίνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 144.

⁵ Παπαχρίστου Θανάσης, Η τεχνητή αναπαραγωγή στον Αστικό Κώδικα, Πρόλογος Γ.Α Κουμάντου, 2003, σελ. 13.

⁶ Παπαχρίστου Θανάσης στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος VII, (Οικογενειακό Δίκαιο), Εισαγωγικές παρατηρήσεις στα άρθρα 1455-1460, αρ.15, 2007, Ρεθυμνωτάκη Ελένη, Ρύθμιση ή αυτορρύθμιση; Το παράδειγμα της ιατρικώς υποβοηθούμενης αναπαραγωγής, 2003.

Παρά, λοιπόν, την δυσκαμψία του νόμου και τη συνακόλουθη αδυναμία του να προσαρμόζεται ευχερώς και να παρακολουθεί την ραγδαία εξέλιξη της τεχνολογίας, η παρέμβαση του νομοθέτη στο πλαίσιο της ιατρικώς υποβοηθούμενης αναπαραγωγής καθίσταται αναγκαία ώστε να προστατευτούν όσο το δυνατόν καλύτερα τα συμφέροντα όλων των προσώπων που εμπλέκονται σε μια τέτοια διαδικασία. Για το λόγο και οι περισσότερες χώρες έχει θεσπιστεί ένα κανονιστικό πλαίσιο που ρυθμίζει τα σχετικά θέματα.

Στη χώρα μας, τα ζητήματα που άπτονται της ιατρικώς υποβοηθούμενης αναπαραγωγής ρυθμίστηκαν για πρώτη φορά και μάλιστα καθυστερημένα σε σχέση με τις άλλες δυτικές χώρες, με τους νόμους 3089/2002 και 3305/2005. Και τα δύο αυτά νομοθετήματα κινούνται εντός των αρχών και αξιών που θέτει το Σύνταγμα, η Ευρωπαϊκή Σύμβαση για τα δικαιώματα που ανθρώπου και τη βιοηθική, καθώς και το πρόσθετο πρωτόκολλο, που έχουν ενσωματωθεί πλέον στο ελληνικό δίκαιο⁷. Επιπλέον, λαμβάνεται υπόψη το συμφέρον του παιδιού που προστατεύεται από τη Διεθνή Σύμβαση για τα δικαιώματα του παιδιού. Στόχος και των δυο αυτών νομοθετημάτων είναι η προσαρμογή του αστικού και κυρίως του οικογενειακού δικαίου στις βιοτεχνολογικές εξελίξεις.

Αναλυτικότερα, ο νόμος 3089/2002 για την «ιατρική υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή» περιλαμβάνει διατάξεις που κατά το μεγαλύτερο μέρος εντάχθηκαν κυρίως στον Αστικό Κώδικα, καθώς και στον Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας. Ως προς τον Αστικό Κώδικα, ο ανωτέρω νόμος προσέθεσε ένα εντελώς νέο κεφάλαιο, το κεφάλαιο όγδοο με τίτλο «Ιατρική Υποβοήθηση στην Ανθρώπινη Αναπαραγωγή» (άρθρα 1455-1460), το οποίο αφορά τους όρους του επιτρεπτού των μεθόδων ιατρικής αναπαραγωγής, ενώ περαιτέρω μετέβαλλε σημαντικές διατάξεις του ένατου κεφαλαίου για τη συγγένεια (άρθρα 1461-1484 ΑΚ). Ο νόμος 3089/2002 αποτελεί ένα από τα σημαντικότερα νομοθετήματα στο χώρο του ελληνικού δικαίου και εμφανίζει πρωτοτυπία σε διεθνές επίπεδο, χάρη στις πρωτοποριακές και φιλελεύθερες ρυθμίσεις που εισάγει στο χώρο της ιατρικώς υποβοηθούμενης αναπαραγωγής. Περιέχει κανόνες και προϋποθέσεις για τα κυριότερα ζητήματα της ιατρικώς υποβοηθούμενης αναπαραγωγής, χωρίς όμως να προβλέπει ποινικές ή πειθαρχικές κυρώσεις για την περίπτωση της παράβασής τους. Δεν περιλαμβάνει επίσης διατάξεις για την ίδρυση και λειτουργία μονάδων ιατρικώς υποβοηθούμενης αναπαραγωγής και τραπεζών κρυοσυντήρησης. Τα παραπάνω θέματα συνειδητά αφέθηκαν να ρυθμιστούν από μεταγενέστερο νομοθέτημα και αυτό είναι ακριβώς ο νεότερος ν. 3305/2005 για την «εφαρμογή της ιατρικώς υποβοηθούμενης αναπαραγωγής»⁸.

⁷ Βλ. Εισηγητική Έκθεση του ν. 3089/2002, Γενικές Παρατηρήσεις.

⁸ Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη, Ο νέος ν. 3305/2005 για την «εφαρμογή της ιατρικώς υποβοηθούμενης αναπαραγωγής»: Ζητήματα από το συσχετισμό των διατάξεών του μεταξύ τους και με τις ρυθμίσεις του ν. 3089/2002, Αρμενόπουλος 2005, 5, σελ. 669

Κατά την κρατούσα στη θεωρία άποψη, ο ν. 3089/2002 εξακολουθεί και μετά την ψήφιση του ν. 3305/2005, να αποτελεί το κύριο νομοθέτημα για την ιατρικώς υποβοηθούμενη αναπαραγωγή. Μάλιστα, με το νόμο 3089/2002 επιχειρούνται στο οικογενειακό δίκαιο τρεις βασικές τομές⁹. Η πρώτη μεγάλη καινοτομία του νόμου έχει νομοτεχνικό χαρακτήρα και είναι η ένταξη στο Βιβλίο του Οικογενειακού Δικαίου νέου κεφαλαίου για το επιτρεπτό ή μη των επιμέρους μεθόδων ιατρικώς υποβοηθούμενης αναπαραγωγής, όπως αυτό αναλύεται στο τρίτο μέρος της παρούσας διπλωματικής. Δεύτερη σημαντική τομή είναι η ρητή αποδοχή από το νομοθέτη των εναλλακτικών οικογενειακών σχημάτων που παρατηρούνται ολοένα και συχνότερα στη σημερινή ελληνική κοινωνία, ήτοι της ελεύθερης ένωσης και της μονογονεϊκής οικογένειας. Τέλος, η τρίτη σπουδαία τομή του νόμου αυτού είναι η επικράτηση της αρχής της κοινωνικοσυναισθηματικής συγγένειας, η οποία διέπει την τεχνητή γονιμοποίηση στην οποία συμμετέχουν τρίτα πρόσωπα πλην αυτών που επιθυμούν την απόκτηση τέκνου. Σύμφωνα με την αρχή αυτή, η νομική συγγένεια δεν ιδρύεται σε κάθε περίπτωση με γνώμονα την βιολογική αλήθεια, δηλαδή την καταγωγή. Αντίθετα αποφασιστικός παράγοντας για την ίδρυσή της είναι η βούληση των μερών, που συνδέει το παιδί όχι οπωσδήποτε με τους βιολογικούς γονείς του, αλλά με αυτούς που το επιθυμούν (κοινωνικοί γονείς).

Από την άλλη πλευρά, και ο νόμος 3305/2005 έχει σπουδαία αποστολή καθώς οι εξειδικευμένες ρυθμίσεις του άπτονται και του ευαίσθητου τομέα της Δημόσιας Υγείας, της κοινωνικής πρόνοιας και της ποινικής καταστολής¹⁰. Σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του νόμου αυτού, οι διατάξεις του αποβλέπουν στη συμπλήρωση των ρυθμίσεων του ν. 3089/2002 μέσω της εξειδίκευσης των ειδικών όρων προσφυγής στις μεθόδους ιατρικώς υποβοηθούμενης αναπαραγωγής καθώς και της θέσπισης διοικητικών και ποινικών κυρώσεων για την παράβαση των διατάξεων που αφορούν την ιατρικώς υποβοηθούμενη αναπαραγωγή. Επιπλέον, με το νεότερο νόμο ρυθμίζονται και άλλα ζητήματα, όπως οι όροι ίδρυσης και λειτουργίας των Μονάδων Ιατρικώς Υποβοηθούμενης Αναπαραγωγής και των Τραπεζών Κρυοσυντήρησης, καθώς και η ίδρυση και λειτουργία ανεξάρτητης Εθνικής Αρχής Ιατρικώς Υποβοηθούμενης Αναπαραγωγής

Από τα ανωτέρω συνάγεται ότι ο βασικός νόμος για την ρύθμιση των θεμάτων που ανακύπτουν κατά την ιατρικώς υποβοηθούμενη αναπαραγωγή είναι ο ν. 3089/2002, στον οποίο αποτυπώνονται όλες οι αρχές που υιοθετεί ο έλληνας νομοθέτης σχετικά με το θέμα αυτό. Από την άλλη πλευρά ο νόμος 3305/2005, ο οποίος κινείται εντός των αρχών και της φιλοσοφίας που

⁹ Βλ αναλυτικά σε *Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη*, Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005, σελ 1-5.

¹⁰ *Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη*, Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005, σελ 5.

καθιερώνει ο ν. 3089/2002, έχει περισσότερο συμπληρωματικό ρόλο αν και εμφανίζει ιδιαίτερο ενδιαφέρον από την άποψη της ιατρικής ευθύνης, καθώς εξειδικεύει τις υποχρεώσεις του γιατρού κατά την εφαρμογή των μεθόδων της ιατρικώς υποβοηθούμενης αναπαραγωγής¹¹.

Τέλος, εκτός από τα παραπάνω δυο ειδικά νομοθετήματα, στο θέμα της ιατρικώς υποβοηθούμενης αναπαραγωγής αναφέρονται επίσης το άρθρο 14 της Σύμβασης του Οβιέδο που αφορά την κλωνοποίηση και έχει ενσωματωθεί στην ελληνική έννομη τάξη με το ν. 2619/1998, καθώς και τα άρθρα 11 παρ 3 και 30 του Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας.

3. Η ΙΑΤΡΙΚΩΣ ΥΠΟΒΟΗΘΟΥΜΕΝΗ ΑΝΑΠΑΡΑΓΩΓΗ ΩΣ ΙΑΤΡΙΚΗ ΠΡΑΞΗ-ΕΦΑΡΜΟΓΗ ΤΩΝ ΓΕΝΙΚΩΝ ΚΑΝΟΝΩΝ ΠΕΡΙ ΑΣΤΙΚΗΣ ΙΑΤΡΙΚΗΣ ΕΥΘΥΝΗΣ.

Η ιατρική υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή αποτελεί αναμφισβήτητα ιατρική πράξη, και συγκεκριμένα ιατρική πράξη με την οποία επιδιώκεται η δημιουργία νέου ανθρώπου με φυσικοτεχνικά μέσα¹². Για το λόγο αυτό, εφαρμόζεται επί αυτής κατ' αρχήν το νομικό πλαίσιο που ισχύει για κάθε ιατρική πράξη. Βέβαια, δεδομένου ότι οι νόμοι 3089/2002 και 3305/2005 είναι ειδικότεροι, το γενικό νομοθετικό πλαίσιο που ισχύει για τις ιατρικές πράξεις εφαρμόζεται μόνο συμπληρωματικά και μόνο όταν δεν περιέχει αντίθετη ρύθμιση σε σχέση με τους ειδικότερους νόμους.

Ως προς το ειδικότερο ζήτημα της αστικής ευθύνης του γιατρού κατά την εφαρμογή μεθόδων ιατρικώς υποβοηθούμενης αναπαραγωγής, αυτό επιλύεται κατ' αρχήν με βάση τα όσα γενικά ισχύουν στην ελληνική έννομη τάξη για την αστική ιατρική ευθύνη σε περίπτωση παράνομης ιατρικής πράξης, δεδομένου ότι οι ειδικοί νόμοι για την ιατρικώς υποβοηθούμενη αναπαραγωγή δεν περιέχουν ειδική ρύθμιση επί του θέματος. Ο νομοθέτης στον ν. 3305/2005, θεσπίζει μόνο διοικητικές και ποινικές κυρώσεις για την περίπτωση παράβασης των διατάξεων του νόμου, μη εισερχόμενος στο πεδίο της αστικής ευθύνης του ιατρού. Από την άλλη πλευρά, πρέπει να επισημανθεί ότι το γενικό πλαίσιο περί αστικής ιατρικής ευθύνης εφαρμόζεται στην ιατρικώς υποβοηθούμενη αναπαραγωγή, αφού ληφθούν υπόψη οι σημαντικές ιδιαιτερότητες και τα προβλήματα που ανακύπτουν μόνο σε σχέση μ' αυτή την ειδικότερη ιατρική πράξη. Κρίνεται, επομένως, απαραίτητο στο πλαίσιο της παρούσας διπλωματικής εργασίας να προταχθεί ένα κεφάλαιο σχετικά το γενικό πλαίσιο αρχών και κανόνων που ισχύει στη χώρα μας για την αστική ευθύνη του ιατρού κατά τη διενέργεια οποιασδήποτε ιατρικής πράξης, ώστε στη

¹¹ Φουντεδάκη Κατερίνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 143, η οποία επισημαίνει παράλληλα ότι οι δυο νόμοι σε πολλά σημεία αλληλεπικαλύπτονται και δημιουργούνται διάφορα ερμηνευτικά ζητήματα.

¹² Ανδρουλιδάκη-Δημητριάδη Ισμήνη, Αστική ευθύνη του γιατρού από την τεχνητή ανθρώπινη αναπαραγωγή, Digesta 2004 (τεύχος Δ), .σελ. 434.

συνέχεια να αναπτυχθούν οι ιδιαιτερότητες που υπάρχουν επί του θέματος της αστικής ιατρικής ευθύνης στο ειδικότερο πλαίσιο της ιατρικώς υποβοηθούμενης αναπαραγωγής.

1. ΕΝΝΟΙΑ ΑΣΤΙΚΗΣ ΙΑΤΡΙΚΗΣ ΕΥΘΥΝΗΣ

Η ευθύνη του γιατρού (ιατρική ευθύνη, medical liability, responsabilité médicale) συνδέεται άρρηκτα με την άσκηση της επαγγελματικής του δραστηριότητας και αφορά τις δυσμενείς έννομες συνέπειες που μπορούν να προκύψουν για αυτόν στην περίπτωση κατά την οποία προκληθεί ζημία στον ασθενή στο πλαίσιο άσκησης αυτής της δραστηριότητας¹³. Η ιατρική ευθύνη διακρίνεται κλασσικά σε αστική, ποινική και πειθαρχική, ανάλογα με τους κανόνες δικαίου που εφαρμόζονται κάθε φορά και που προσδιορίζουν τις έννομες συνέπειες της ιατρικής πράξης¹⁴.

Ειδικότερα, η αστική ιατρική ευθύνη ταυτίζεται κυρίως με την υποχρέωση αποζημίωσης που υπέχει ο γιατρός, όταν κατά την άσκηση της επαγγελματικής του δραστηριότητας προξενήσει ζημία στον αποδέκτη των ιατρικών υπηρεσιών ή σε τρίτα πρόσωπα. Με άλλα λόγια, η αστική ευθύνη του γιατρού συνδέεται συνήθως με την ενοχή προς αποζημίωση, η οποία ως γνωστόν έχει αποκαταστατικό της ζημίας χαρακτήρα. Βέβαια, η ευθύνη του γιατρού στο πλαίσιο του αστικού δικαίου μπορεί να έχει και ευρύτερο περιεχόμενο ανάλογα με το νόμιμο λόγο ευθύνης που στοιχειοθετείται κάθε φορά (ενδοσυμβατική, αδικοπρακτική και εκ του νόμου ευθύνη). Για παράδειγμα, σε περίπτωση που ο γιατρός διενεργήσει πράξη ή παράλειψη παραβιάζοντας την σύμβαση μεταξύ αυτού και του ασθενή εκτός από την υποχρέωση προς αποζημίωση, ο γιατρός υφίσταται κατ' εφαρμογή του αστικού δικαίου και άλλες δυσμενείς συνέπειες, όπως μείωση της αμοιβής του ή λύση της σύμβασης. Θα είναι σπάνιο, όμως, έως και απίθανο να ασκήσει ο ασθενής την αξίωση που του παρέχει το αστικό δίκαιο για εκπλήρωση της σύμβασης από το γιατρό, αφού ήδη εξαιτίας της αθέτησης των ενδοσυμβατικών υποχρεώσεων του γιατρού και της αντιδικίας που έχει δημιουργηθεί μεταξύ των μερών, η σχέση εμπιστοσύνης μεταξύ τους έχει κλονισθεί¹⁵. Πάντως, στη συντριπτική τους πλειοψηφία οι αστικές δίκες περί ιατρικής ευθύνης εστιάζονται σε θέματα αποζημίωσης, καθώς αυτά έχουν τη μεγαλύτερη πρακτική σημασία, γεγονός που εξηγεί την ταύτιση της αστικής ιατρικής ευθύνης με την υποχρέωση αποζημίωσης.

¹³ Φουντεδάκη Κατερίνα, Αστική Ιατρική Ευθύνη, 2003, σελ. 6

¹⁴ Για τις διαφορές μεταξύ των τριών αυτών μορφών ευθύνης βλ. Σταθόπουλο Μιχάλη, Επιτομή Γενικού Ενοχικού Δικαίου, 2004, σελ 293-295.

¹⁵ Φουντεδάκη Κατερίνα, Αστική Ιατρική Ευθύνη, 2003, σελ. 7.

2. ΝΟΜΟΘΕΤΙΚΟ ΠΛΑΙΣΙΟ ΑΣΤΙΚΗΣ ΙΑΤΡΙΚΗΣ ΕΥΘΥΝΗΣ

Στη χώρα μας, όπως άλλωστε και στις περισσότερες χώρες¹⁶, δεν υπάρχει ειδικό νομοθετικό πλαίσιο που να ρυθμίζει την αστική ιατρική ευθύνη. Το συγκεκριμένο ζήτημα αντιμετωπίζεται από ένα πλαίσιο κανόνων, το οποίο διαμορφώνεται μέσω της κατάλληλης ερμηνείας και προσαρμογής των γενικών κανόνων της αστικής ευθύνης στις ιδιαιτερότητες της επαγγελματικής δραστηριότητας του γιατρού¹⁷, σε συνδυασμό πάντοτε και με ειδικούς κανόνες που διέπουν την άσκηση του ιατρικού επαγγέλματος. Τέτοιους ειδικούς κανόνες εμπεριέχει ο Κώδικας Ιατρικής Δεοντολογίας (ν. 3418/2005), ο οποίος θεσπίζει γνήσιες νομικές υποχρεώσεις του γιατρού.

Η αστική ιατρική ευθύνη στο ελληνικό δίκαιο διέπεται από δυο βασικές κατευθύνσεις¹⁸, οι οποίες πρέπει κάθε φορά να λαμβάνονται υπόψη κατά την εξέταση του ζητήματος της αστικής ευθύνης του γιατρού. Αφενός, ο γιατρός υποχρεούται να επιδείξει απέναντι στον ασθενή αυξημένη επιμέλεια και πρόνοια, τόσο γιατί επεμβαίνει στο σπουδαιότερο αγαθό της προσωπικότητάς του, στην υγεία του, όσο και γιατί η σχέση γιατρού και ασθενούς είναι μια σχέση προσωπική, μια σχέση εμπιστοσύνης¹⁹. Αφετέρου, η υποχρέωση του γιατρού έγκειται στην άσκηση του επαγγέλματός του σύμφωνα με τους κανόνες και τα σύγχρονα δεδομένα της επιστήμης του (*lege artis*) και δε φτάνει μέχρι τη θεραπεία του ασθενούς. Όπως θα αναλυθεί και στη συνέχεια, πλην κάποιων εξαιρέσεων, ο γιατρός υπέχει υποχρέωση παροχής μέσων και όχι υποχρέωση επίτευξης κάποιου αποτελέσματος.

Στο σημείο αυτό αξίζει να αναφερθεί ότι διάταξη που αναφέρεται ευθέως μεν στο ζήτημα της αποζημίωσης του ασθενούς, χωρίς όμως να περιέχει ολοκληρωμένη ρύθμιση, είναι το άρθρο 24 της Σύμβασης του Οβιέδο, που έχει κυρωθεί και στην Ελλάδα με το νόμο

¹⁶ Εξαίρεση αποτελεί η Γαλλία, όπου η αστική ευθύνη του γιατρού και γενικότερα το θέμα της αποκατάστασης των ζημιών που προκαλούνται από τις ιατρικές πράξεις ρυθμίστηκε σε σημαντικό βαθμό με το νόμο 2002-303 της 4.3.2002 «σχετικά με τα δικαιώματα των ασθενών και της ποιότητα του συστήματος υγείας» (*relative aux droits des malades et a la qualité du système de santé*). Με το νόμο αυτό δημιουργήθηκε ένας ειδικός θεσμός, το «εθνικό γραφείο αποζημίωσης ιατρικών ατυχημάτων, ιατρογενών βλαβών και νοσοκομειακών λοιμώξεων», το οποίο είναι επιφορτισμένο με την πλήρη κάλυψη των αντίστοιχων ζημιών. (Σχετικά Βλ. Φουντεδάκη Κατερίνα, Αστική Ιατρική Ευθύνη, 2003, σελ. 66-68, η οποία χαρακτηριστικά αναφέρει ότι το ανωτέρω νομοθέτημα «την πιο πρόσφατη απόπειρα νομοθετικής παρέμβασης στα θέματα της αστικής ιατρικής ευθύνης, με συνολικό χαρακτήρα»).

¹⁷ Φουντεδάκη Κατερίνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 4-5.

¹⁸ Φουντεδάκη Κατερίνα, Το πρόβλημα του αιτιώδους συνδέσμου στην ιατρική ευθύνη, ΕλλΔνη 35 (1994), σελ. 1226.

¹⁹ Βλ. άρθρο 8 Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας που φέρει τον τίτλο « Η ιατρική ως σχέση εμπιστοσύνης και σεβασμού» και ιδίως την δεύτερη παράγραφο που ορίζει «Ο ιατρός φροντίζει για την ανάπτυξη σχέσεων αμοιβαίας εμπιστοσύνης και σεβασμού μεταξύ αυτού και του χρήστη-ασθενή. Ακούει τους ασθενείς του, τους συμπεριφέρεται με σεβασμό και κατανόηση και σέβεται τις απόψεις, την ιδιωτικότητα και την αξιοπρέπειά τους».

2619/1998. Σύμφωνα με τη διάταξη αυτή: «*Το πρόσωπο που έχει υποστεί απρόκλητο βλάβη εξαιτίας επέμβασης έχει δικαίωμα σε δίκαιη αποζημίωση σύμφωνα με τις προϋποθέσεις και διαδικασίες που ο νόμος ορίζει* ». Από την άλλη μεριά, η διάταξη του άρθρου 36 § 3 του Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας αναφέρεται έμμεσα στην αστική ευθύνη του γιατρού ορίζοντας ότι: «*Ο ιατρός έχει δικαίωμα σε αποκατάσταση, αποζημίωση και επανόρθωση κάθε οικονομικής ή ηθικής βλάβης ή ζημίας που υπέστη από την εναντίον του άσκηση κάθε είδους αβάσιμης αναφοράς από φυσικά ή νομικά πρόσωπα. Κάθε ιατρός ο οποίος κατηγορείται στα πλαίσια αστικής, ποινικής ή πειθαρχικής διαδικασίας έχει δικαίωμα απόλυτου σεβασμού της προσωπικότητάς του*».

Από τα παραπάνω καθίσταται σαφές ότι η αστική ευθύνη του ιατρού που στοιχειοθετείται όταν αυτός προκαλεί ζημία στον ασθενή, θα αντιμετωπισθεί μέσα από όσα γενικά ισχύουν για την αστική ευθύνη από αθέτηση σύμβασης (**ενδοσυμβατική ευθύνη**) ή από αδικοπραξία (**αδικοπρακτική ευθύνη**). Τέλος, στην ιατρική ευθύνη μπορεί να εφαρμοστεί και το άρθρο 8 ν. 2251/1994, που αφορά την ευθύνη του παρέχοντος υπηρεσίες²⁰.

3. ΣΗΜΑΣΙΑ ΤΟΥ ΚΩΔΙΚΑ ΙΑΤΡΙΚΗΣ ΔΕΟΝΤΟΛΟΓΙΑΣ (Ν. 3418/2005) ΣΤΗΝ ΘΕΜΕΛΙΩΣΗ ΑΣΤΙΚΗΣ ΙΑΤΡΙΚΗΣ ΕΥΘΥΝΗΣ.

Ο Κώδικας Ιατρικής Δεοντολογίας θεσπίζει ένα σύνολο κανόνων που αφορούν την άσκηση του ιατρικού επαγγέλματος και τις σχέσεις μεταξύ γιατρού και ασθενή. Οι διατάξεις του είναι εναρμονισμένες και ουσιαστικά αποτελούν εξειδίκευση των διατάξεων του Αστικού Κώδικα περί της απαιτούμενης επιμέλειας στις συναλλαγές (άρθρο 330 ΑΚ), περί σεβασμού της προσωπικότητας (άρθρο 57 επ. ΑΚ,) και περί αδικοπρακτικής ευθύνης.

Η μεγάλη σημασία του νομοθετήματος αυτού είναι ότι θεσπίζει γνήσιες νομικές υποχρεώσεις του γιατρού²¹, η παράβαση των οποίων οδηγεί στην ενδοσυμβατική του ευθύνη, εφόσον μεταξύ γιατρού και ασθενούς υπάρχει σύμβαση ιατρικής αγωγής, καθώς και στην αδικοπρακτική του ευθύνη (914 ΑΚ), αφού με την παράβαση αυτή στοιχειοθετείται το στοιχείο του παρανόμου, όπως θα αναλυθεί στο οικείο κεφάλαιο. Τέλος, η παράβαση εκ μέρους του γιατρού των υποχρεώσεων που θεσπίζει ο εν λόγω νόμος ενδέχεται να επισύρει την εφαρμογή του άρθρου 8 του ν. 2251/1994 για την προστασία του καταναλωτή, όπως θα αναλυθεί στη συνέχεια.

²⁰ Τρούλη Εμμανουέλα, Ιατρική ευθύνη για ζημιογόνο ζωή και ζημιογόνο τεκνοποίηση, Digesta 2008, σελ. 385-386, η οποία περαιτέρω επισημαίνει ότι «στην πράξη θα συρρέουν οι νόμιμοι λόγοι ευθύνης, καθώς κατά κανόνα και θα υπάρχει σύμβαση μεταξύ γιατρού και ενάγοντα, και θα τίθεται θέμα εφαρμογής των διατάξεων των αδικοπραξιών για βλάβες στη ζωή και την υγεία του ίδιου, αλλά και οι ιατρικές υπηρεσίες υπάγοντα στη ρύθμιση του άρθρου 8 ν. 2251/1994».

²¹ Πελένη-Παπαγεωργίου Ανθή, Ο Κώδικας Ιατρικής Δεοντολογίας από Νομική Σκοπιά, ΝοΒ 2007, σελ. 2321.

Επομένως, και ο νόμος αυτός είναι ένα χρήσιμο βοήθημα κατά την εξέταση του ζητήματος της αστικής ιατρικής ευθύνης.

4.ΕΝΔΟΣΥΜΒΑΤΙΚΗ ΕΥΘΥΝΗ ΓΙΑΤΡΟΥ

Δεν αμφισβητείται ότι μεταξύ του γιατρού και του ασθενούς συνάπτεται σύμβαση με αντικείμενο την παροχή ιατρικών υπηρεσιών²². Συγκεκριμένα, πρόκειται για μια ενοχική σύμβαση, με την οποία ο γιατρός υπόσχεται τη διενέργεια ιατρικών πράξεων οποιασδήποτε μορφής σε ορισμένο πρόσωπο ή σε σχέση με αυτό, και το τελευταίο υπόσχεται να καταβάλλει στο γιατρό τη συμφωνημένη αμοιβή²³. Αυτή η συμβατική σχέση περιγράφεται στη χώρα μας με τον όρο «σύμβαση ιατρικής αγωγής», ενώ έχουν προταθεί και άλλοι ορολογικοί χαρακτηρισμοί της σχέσης, όπως «σύμβαση παροχής ιατρικών υπηρεσιών», «ιατρική σύμβαση» κ.α²⁴.

4.1 Συμβαλλόμενα Μέρη

Τα υποκείμενα της σύμβασης ιατρικής αγωγής είναι ο γιατρός και ο ασθενής. Ειδικότερα:

Ο γιατρός είναι το φυσικό πρόσωπο που είναι επιφορτισμένο με την προστασία του εννόμου αγαθού της υγείας του ασθενούς, καθώς λόγω των ειδικών γνώσεών του, του έμφυτου δυναμικού και των υλικών μέσων που έχει στη διάθεσή του είναι σε θέση να εξασφαλίσει τη σύμφωνη με τους κανόνες τις ιατρικής επιστήμης παροχή φροντίδας στον ασθενή²⁵. Ο γιατρός ανάλογα με τον τρόπο που παρέχει τις ιατρικές του υπηρεσίες μπορεί να είναι ιδιώτης, να διαθέτει δηλαδή δικό του ιατρείο και να ασκεί το επάγγελμά του ως ελεύθερος επαγγελματίας, μπορεί να είναι συμβεβλημένος με διάφορα ασφαλιστικά ταμεία και να παρέχει την ιατρική συνδρομή του στους ασφαλισμένους των ταμείων αυτών, μπορεί να είναι ενταγμένος υπό τη μορφή μόνιμου προσωπικού σε ιατρεία ασφαλιστικών ταμείων, μπορεί να συνδέεται με σύμβαση εξαρτημένης εργασίας ή παροχής ανεξάρτητων υπηρεσιών με ιδιωτική κλινική ή νοσοκομείο, μπορεί τέλος να είναι γιατρός του ΕΣΥ και να παρέχει τις υπηρεσίες του στο πλαίσιο λειτουργίας ενός δημόσιου νοσοκομείου.

²² Ο κανόνας, δηλαδή, είναι ότι ο γιατρός συνδέεται συμβατικά με τον ασθενή. Κατ' εξαίρεση είναι δυνατό να μην υπάρχει συμβατικός δεσμός (πχ άκυρη σύμβαση λόγω έλλειψης δικαιοπρακτικής ικανότητας του ασθενούς, αδύνατη η κατάρτιση της σύμβασης επειδή ο ασθενής δεν έχει τις αισθήσεις του). Αναλυτικά για το ζήτημα αυτό βλ. *Φουντεδάκη Κατερίνα*, Αστική Ιατρική Ευθύνη, 2003, σελ. 270-277.

²³ *Φουντεδάκη Κατερίνα*, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 25.

²⁴ Βλ. αναλυτικά για ζήτημα ορολογικού χαρακτηρισμού της εν λόγω σύμβασης σε *Ανδρουλιδάκη-Δημητριάδη Ισμήνη*, Η υποχρέωση ενημέρωσης του ασθενούς, Συμβολή στη διακρίβωση της αστικής ιατρικής ευθύνης, 1993, σελ. 100 επ.

²⁵ *Γεωργιάδης Απόστολος*, Ενοχικό Δίκαιο, Ειδικό μέρος, Τόμος II, 2007, σελ 183.

Αντισυμβαλλόμενος του γιατρού στη σύμβαση ιατρικής αγωγής είναι ο ασθενής²⁶. Ο τελευταίος, προτείνει στο γιατρό να αναλάβει τη διάγνωση ή τη θεραπεία του προβλήματος υγείας που αντιμετωπίζει και ο γιατρός το αποδέχεται. Βέβαια, αντικείμενο της σύμβασης ιατρικής αγωγής μπορεί να είναι και άλλες ιατρικές πράξεις πέραν της διάγνωσης και θεραπείας. Για το λόγο αυτό είναι ορθότερο να μιλάμε για «χρήστη υπηρεσιών υγείας» και όχι για «ασθενή», δεδομένου μάλιστα ότι στο άρθρο 1§4 α του Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας ορίζεται ότι «στην έννοια ασθενής περιλαμβάνεται κάθε χρήστης υπηρεσιών υγείας».

4.2 Τρόπος σύναψης και τύπος σύμβασης ιατρικής αγωγής

Για να καταρτιστεί η σύμβαση ιατρικής αγωγής πρέπει ο ασθενής να υποβάλλει πρόταση στο γιατρό να αναλάβει την περίπτωσή του και να προσφέρει τις υπηρεσίες του. Για να είναι πλήρης αυτή η πρόταση θα πρέπει ο ασθενής να εκθέσει στο γιατρό με λεπτομέρεια όλα τα στοιχεία του ιστορικού του. Από την άλλη πλευρά ο γιατρός, αφού εξετάσει με προσοχή την κατάσταση της υγείας του ασθενούς δηλώνει στον τελευταίο ότι αποδέχεται την πρότασή του, θέτοντας έτσι στη διάθεση του ασθενούς τις επιστημονικές του γνώσεις και υπηρεσίες. Είναι, λοιπόν, φανερό ότι και στη σύμβαση ιατρικής αγωγής ισχύει το σύστημα της πρότασης και αποδοχής, δηλαδή της σύμπτωσης των δηλώσεων βουλήσεως του γιατρού και του αποδέκτη των ιατρικών υπηρεσιών (ΑΚ 192). Βέβαια, στο σημείο αυτό πρέπει να διευκρινισθεί ότι οι δηλώσεις βουλήσεως των μερών για κατάρτιση της σύμβασης δεν είναι απαραίτητο να έχουν εκφραστεί ρητά. Αρκεί και η ύπαρξη σιωπηρής, έμμεσα συναγόμενης δήλωσης, η οποία μπορεί να προκύπτει από τη συμπεριφορά των μερών αλλά και τα πραγματικά περιστατικά της κάθε περίπτωσης. Ως εκ τούτου, αποφασιστικό κριτήριο για το αν έχει καταρτιστεί η σύμβαση ιατρικής αγωγής είναι το αν ο γιατρός αναμείχθηκε με οποιονδήποτε τρόπο στην αντιμετώπιση του προβλήματος του ασθενούς²⁷.

Η σύμβαση ιατρικής αγωγής είναι μια άτυπη σύμβαση, ακολουθώντας την αρχή του ατύπου των δικαιοπραξιών που διατυπώνεται στο άρθρο 158 ΑΚ. Αυτό σημαίνει ότι μπορεί να καταρτιστεί και προφορικά, ενώ η τυχόν τήρηση έγγραφου τύπου έχει απλά και μόνο αποδεικτικό χαρακτήρα. Στην πράξη, η σύμβαση γιατρού και ασθενούς είναι σπάνιο να καταρτίζεται εγγράφως, ενώ μόνο όταν οι ιατρικές υπηρεσίες παρέχονται από νομικό πρόσωπο, όπως ιδιωτική κλινική ή νοσοκομείο, κανόνας είναι η έγγραφη σύναψη της σύμβασης. Στο σημείο αυτό αξίζει να επισημανθεί ότι στην ιατρικώς υποβοηθούμενη αναπαραγωγή ο νόμος απαιτεί να περιβληθούν τον έγγραφο τύπο οι συναινέσεις των προσώπων που θα υποβληθούν

²⁶ Είναι πιθανό σε κάποιες περιπτώσεις αντισυμβαλλόμενοι του γιατρού να είναι περισσότερα πρόσωπα. Μια τέτοια περίπτωση είναι η υποβοηθούμενη αναπαραγωγή, όπως αναλύεται ειδικά κατωτέρω (βλ. μέρος τρίτο, κεφ. 1, 1.2)

²⁷ Γεωργιάδης Απόστολος, Ενοχικό Δίκαιο, Ειδικό μέρος, Τόμος II, 2007, σελ 185.

στην ιατρική αυτή πράξη. Ωστόσο, ο συστατικός αυτός τύπος, ο οποίος υπηρετεί συγκεκριμένους σκοπούς του νομοθέτη όπως θα αναλυθεί και στο επόμενο μέρος της παρούσας εργασίας, δεν αναφέρεται στη σύναψη της σύμβασης ιατρικής αγωγής καθ' εαυτή, με αποτέλεσμα να ισχύει και εδώ ο κανόνας του ατύπου.

4.3 Νομική φύση σύμβασης ιατρικής αγωγής

Η σύμβαση ιατρικής αγωγής δε ρυθμίζεται ειδικά στον ΑΚ, γι' αυτό έχουν διατυπωθεί διάφορες απόψεις για τη νομική της φύση. Ο προβληματισμός αφορά κατά κύριο λόγο την επιλογή μεταξύ της σύμβασης παροχής ανεξάρτητων υπηρεσιών (ως ειδικότερη εκδήλωση της σύμβασης εργασίας) και της σύμβασης έργου²⁸. Η επίλυση του προβλήματος εξαρτάται από την απάντηση στο ερώτημα αν η υποχρέωση του γιατρού προς παροχή ιατρικής συνδρομής συνιστά υποχρέωση παροχής μέσων (*obligation de moyens*) ή αποτελέσματος (*obligation de résultat*). Με άλλα λόγια, το ζητούμενο είναι αν ο γιατρός με την κατάρτιση της σύμβασης ιατρικής αγωγής υπόσχεται εκτός από την προσφορά των επαγγελματικών του υπηρεσιών και την επέλευση ορισμένου αποτελέσματος.

Ο νομικός χαρακτηρισμός της σύμβασης ιατρικής αγωγής έχει ιδιαίτερη σημασία, καθώς από αυτόν εξαρτώνται οι έννομες συνέπειες που επέρχονται σε αρκετά θέματα, όπως για παράδειγμα η εξάρτηση της αμοιβής του εργολάβου (γιατρού) από την εκτέλεση του έργου και την παράδοσή του στον εργοδότη (ασθενή) κατά το άρθρο 694 ΑΚ, η πρόβλεψη εξάμηνης παραγραφής για την άσκηση των δικαιωμάτων και αξιώσεων εναντίον του εργολάβου, όταν το έργο έχει ελλείψεις (ΑΚ 693) κ.α.

Σύμφωνα με την άποψη που κρατεί στο χώρο της παροχής ιατρικών υπηρεσιών, ο γιατρός κατά την άσκηση των καθηκόντων του δε μπορεί να εγγυηθεί το επιδιωκόμενο αποτέλεσμα, δηλαδή την ίαση του ασθενούς, διότι κάτι τέτοιο θα προσέκρουε στο πεπερασμένο της ανθρώπινης φύσης και στο απρόβλεπτο στοιχείο των αντιδράσεων του ανθρώπινου οργανισμού²⁹. Ο γιατρός επομένως, δεν αναλαμβάνει την υποχρέωση ίασης του ασθενούς, αλλά την υποχρέωση να καταβάλλει κάθε δυνατή προσπάθεια για την αποτελεσματική αντιμετώπιση του προβλήματος υγείας του ασθενούς. Σύμφωνα, λοιπόν, με την κρατούσα άποψη τόσο στη

²⁸ Ειδοποιός διαφορά ανάμεσα στη σύμβαση παροχής ανεξάρτητων υπηρεσιών και της σύμβασης έργου είναι αν τα συμβαλλόμενα μέρη αποβλέπουν με τη συμφωνία τους στην επέλευση ορισμένου αποτελέσματος. Στην περίπτωση αυτή θα πρόκειται για σύμβαση έργου, ενώ σε αντίθετη περίπτωση, που για τα μέρη έχει σημασία η ίδια η εργασία αυτή καθαυτή, ανεξάρτητα από το επερχόμενο αποτέλεσμα, θα πρόκειται για σύμβαση παροχής ανεξάρτητων υπηρεσιών.

²⁹ Γεωργιάδης Απόστολος, Ενοχικό Δίκαιο, Ειδικό μέρος, Τόμος II, 2007, σελ 181.

θεωρία³⁰ όσο και στο νομολογία³¹, ο γιατρός βαρύνεται με υποχρέωση καταβολής προσπαθειών-μέσων και όχι υποχρέωση αποτελέσματος, με αποτέλεσμα η σύμβαση ιατρικής αγωγής να εμπίπτει στο συμβατικό τύπο της μίσθωσης εργασίας. Μάλιστα, λόγω του στοιχείου της εμπιστοσύνης που διέπει τη σχέση μεταξύ γιατρού και ασθενούς, αυτή εμπίπτει στις συβάσεις εμπιστευτικών ελευθέρων εργασιών (ΑΚ 676). Σε αυτό συνηγορεί και το άρθρο 8 του Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας, το οποίο εισάγει ρητά το στοιχείο της εμπιστοσύνης στη σχέση γιατρού και ασθενούς. Συνέπεια της ανωτέρω ένταξης της σύμβασης ιατρικής αγωγής στη σύμβαση εμπιστευτικής εργασίας είναι σύμφωνα με το άρθρο 676 ΑΚ ότι ο ασθενής μπορεί να καταγγείλει τη σύμβαση ιατρικής αγωγής και χωρίς σπουδαίο λόγο, ενώ ο γιατρός δικαιούται μεν να καταγγείλει τη σύμβαση, αν όμως η καταγγελία είναι άκαιρη υποχρεούται σε αποζημίωση του ασθενούς.

Δεν αποκλείεται, ωστόσο, σε ορισμένες περιπτώσεις η σύμβαση ιατρικής αγωγής να εμφανίζει στοιχεία που την κατατάσσουν στη σύμβαση έργου. Αυτό μπορεί να συμβεί όταν αντικείμενο της σύμβασης ιατρικής αγωγής είναι ιατρικές πράξεις, οι οποίες αν διενεργηθούν σύμφωνα με τους κανόνες της ιατρικής επιστήμης θα οδηγήσουν σε ορισμένο αποτέλεσμα, το οποίο δεν εξαρτάται από την ιδιαιτερότητα του ανθρώπινου οργανισμού ή το πεπερασμένο της ανθρώπινης φύσης. Σε αυτές, λοιπόν, τις περιπτώσεις, ο γιατρός μπορεί να εγγυηθεί την ορθότητα του αποτελέσματος ή γενικότερα την επιτυχία των ιατρικών πράξεων στις οποίες προβαίνει. Τέτοιες ιατρικές πράξεις είναι συνήθως τεχνικής φύσης ή ιατρικές πράξεις που δεν έχουν θεραπευτικό χαρακτήρα. Για παράδειγμα τεχνικής φύσεως ιατρικές πράξεις είναι οι εξετάσεις αίματος, η αξονική τομογραφία, η τοποθέτηση τεχνητής οδοντοστοιχίας, ενώ ιατρικές πράξεις που δεν έχουν άμεσο θεραπευτικό χαρακτήρα είναι οι κοσμητικές επεμβάσεις, η άμβλωση, η στείρωση κ.λ.π.

³⁰ Γεωργιάδης Απόστολος, Ενοχικό Δίκαιο, Ειδικό μέρος, Τόμος II, 2007, σελ 181, Φουντεδάκη Κατερίνα, Αστική Ιατρική Ευθύνη, 2003, σελ. 304, Ανδρουλιδάκη-Δημητριάδη Ισμήνη, Η υποχρέωση ενημέρωσης του ασθενούς, Συμβολή στη διακρίβωση της αστικής ιατρικής ευθύνης, 1993, σελ. 107, Ομπέση Φιλομήλα, Η νομική φύση της ιατρικής ευθύνης στο αστικό δίκαιο: επισημάνσεις συγκριτικού δικαίου, Αρμ. 1993, 402. Μάλιστα, και στο γαλλικό και γερμανικό δίκαιο, σύμβαση μεταξύ γιατρού και ασθενούς χαρακτηρίζεται ως σύμβαση εργασίας και όχι ως σύμβαση έργου.

³¹ ΠολΠρΠειρ 4591/2009 (Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών ΔΣΑ), ΠολΠρΘεσ 2839/2008 (Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών ΔΣΑ), ΠολΠρΘεσ 24582/2008 (Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών ΝΟΜΟΣ), οι οποίες επισημαίνουν ότι σε περίπτωση πλημμελούς εκπλήρωσης της συμβατικής σχέσεως παροχής ιατρικών υπηρεσιών η υποχρέωση αποζημίωσης θεμελιώνεται στα άρθρα 648, 652, 676 ΑΚ.

Περαιτέρω, υποστηρίζεται³² και η άποψη ότι η σύμβαση ιατρικής αγωγής είναι μια ιδιόρρυθμη (sui generis) σύμβαση, με την έννοια ότι από τη φύση της εκφεύγει των κοινών συμβάσεων του συναλλακτικού δικαίου, λόγω της ύπαρξης εξωνομικών στοιχείων τα οποία διαφοροποιούν τη σύμβαση ιατρικής αγωγής από τη σύμβαση έργου και τη σύμβαση εργασίας. Συγκεκριμένα, κατά την ως άνω άποψη με την εφαρμογή των διατάξεων της σύμβασης έργου ή εργασίας δεν εξαντλείται το περιεχόμενο της σχέσης ιατρικής αγωγής. Αυτό συμβαίνει γιατί ο γιατρός επεμβαίνει σε στοιχεία της προσωπικότητας του ασθενούς, κατά τέτοιο τρόπο, ώστε για την ερμηνεία της συμβατικής αυτής σχέσης να είναι απαραίτητη και η εφαρμογή διατάξεων του δικαίου της προσωπικότητας. Από τη φύση της σχέσης γιατρού και ασθενούς προκύπτει ότι ο ασθενής, εκτός από τη stricto sensu συναλλακτική του σχέση με το γιατρό, εμπιστεύεται σ' αυτόν ένα από τα πιο σημαντικά αγαθά της προσωπικότητάς του, την υγεία του. Επομένως, αυτό που διαφοροποιεί τη σύμβαση ιατρικής αγωγής από τη σύμβαση εργασίας και έργου είναι η υποχρέωση του γιατρού να προστατεύει την υγεία του ασθενούς, η αμοιβαία εμπιστοσύνη, η κατανόηση και η οφειλόμενη ‘‘συμπάθεια’’ προς τον ασθενή άνθρωπο. Περιλαμβάνει, λοιπόν, πολλά εξωνομικά-ανθρωπιστικά στοιχεία η σχέση γιατρού-ασθενούς, τα οποία έχουν εξελιχθεί σε κύριο περιεχόμενο της σύμβασης ιατρικής αγωγής. Εξάλλου, κατά το άρθρο 8 παρ 2 εδ. β' του Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας, ο γιατρός *«ακούει τους ασθενείς του, τους συμπεριφέρεται με σεβασμό και κατανόηση και σέβεται τις απόψεις, την ιδιωτικότητα και την αξιοπρέπειά τους»*. Αυτά τα εξωνομικά- ανθρωπιστικά στοιχεία, οδηγούν σε μια αυξημένη υποχρέωση προστασίας της προσωπικότητας του ασθενούς και διαφοροποιούν τη σύμβαση ιατρικής αγωγής από κάθε ρυθμισμένη σύμβαση του Αστικού Κώδικα, καθιερώνοντας έτσι μια ιδιόρρυθμη σύμβαση, στην οποία εφαρμόζονται και διατάξεις της σύμβασης εργασίας ή έργου και διατάξεις του δικαίου της προσωπικότητας.

4.4 Περιεχόμενο σύμβασης (δικαιώματα και υποχρεώσεις των μερών)

Το περιεχόμενο της σύμβασης ιατρικής αγωγής είναι αρκετά ευρύ και συνίσταται κυρίως στα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις των μερών.

4.4.1 Υποχρεώσεις γιατρού

1. Κύρια υποχρέωση του γιατρού στο πλαίσιο λειτουργίας της σύμβασης είναι η ‘‘παροχή ιατρικής φροντίδας’’ (obligation de soins), να παρέχει δηλαδή ιατρικές υπηρεσίες ή υπηρεσίες υγείας στον ασθενή. Στο πλαίσιο αυτό οφείλει να δρα με βάση τους κανόνες της ιατρικής επιστήμης και εμπειρίας και να συμπεριφέρεται σύμφωνα με το επαγγελματικό του

³² Ανδρουλιδάκη-Δημητριάδη Ισμήνη, Η υποχρέωση ενημέρωσης του ασθενούς, Συμβολή στη διακρίβωση της αστικής ιατρικής ευθύνης, 1993, σελ. 110-116.

standard και με βάση την καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη. Η παροχή «ιατρικής φροντίδας» εκ μέρους του γιατρού μπορεί να περιλαμβάνει μόνο τη διάγνωση μιας ασθένειας, όπως για παράδειγμα η σύμβαση αξονικής τομογραφίας. Η ορθή διάγνωση της κατάστασης υγείας του ασθενούς αποτελεί προαπαιτούμενο στάδιο για την αποτελεσματική θεραπεία του. Η παροχή ιατρικών υπηρεσιών μπορεί επιπλέον να περιλαμβάνει και το στάδιο της κυρίως θεραπευτικής αγωγής, όπως για παράδειγμα της φαρμακευτικής αγωγής ή της χειρουργικής επέμβασης ή ακόμα και την παρακολούθηση του ασθενούς μετά την ολοκλήρωση της θεραπείας του. Τέλος, αντικείμενο της σύμβασης ιατρικής αγωγής μπορεί να είναι και ιατρικές πράξεις που στοχεύουν στην πρόληψη όπως ο εμβολιασμός και η παροχή ιατρικών συμβουλών ή ακόμα και ιατρικές πράξεις που δεν στοχεύουν στην ίαση κάποιας ασθένειας, αφού αποδέκτης αυτών δεν είναι ‘ασθενής’ με την παραδοσιακή έννοια του όρου, όπως είναι η τεχνητή διακοπή της κύησης και οι πράξεις της ιατρικώς υποβοηθούμενης αναπαραγωγής.

2. Μια ειδικότερη υποχρέωση του γιατρού είναι η υποχρέωση λειτουργικής οργάνωσης του ιατρείου του, ώστε να είναι σε θέση να παρέχει τις υπηρεσίες του στον ασθενή. Πιο συγκεκριμένα, ο γιατρός οφείλει να αξιολογεί κάθε φορά το εισερχόμενο περιστατικό ώστε να κρίνει αν είναι σε θέση είτε λόγω της ειδικότητάς του είτε λόγω των μέσων που διαθέτει να αντιμετωπίσει το εισερχόμενο περιστατικό. Επίσης ο γιατρός έχει υποχρέωση να ασκεί έλεγχο επί του βοηθητικού προσωπικού που χρησιμοποιεί στο ιατρείο του. Πρόκειται για τα πρόσωπα τα οποία βοηθούν το γιατρό στην προετοιμασία και την εκτέλεση των ιατρικών πράξεων (άρθρο 21 § 5 εδ. α’ του Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας) και ως εκ τούτου συνιστούν βοηθούς εκπλήρωσης κατά την έννοια της ΑΚ 334. Σε κάθε περίπτωση ο γιατρός οφείλει να φροντίζει για τη σωστή καθοδήγηση αυτών των βοηθητικών προσώπων, την περιοδική τους επιμόρφωση, τον έλεγχο και την επίβλεψή τους κατά την εκτέλεση των καθηκόντων που τους έχουν ανατεθεί με βάση το άρθρο 21 § 5 εδ. γ’ του Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας. Περαιτέρω, η γιατρός έχει την υποχρέωση να συντηρεί σε τακτά χρονικά διαστήματα τα ιατρικά μηχανήματα που χρησιμοποιεί στο ιατρείο του, ώστε να αποφευχθεί οποιαδήποτε βλάβη στην υγεία του ασθενούς εξαιτίας δυσλειτουργίας κάποιου από αυτά. Τέλος, ο γιατρός οφείλει να λαμβάνει τα απαραίτητα μέτρα υγιεινής, όπως για παράδειγμα να υποβάλλεται σε τακτικό εμβολιασμό, να αποστειρώνει τα εργαλεία που χρησιμοποιεί και να διατηρεί το ιατρείο του καθαρό³³.

3. Μια από τις βασικότερες υποχρεώσεις του γιατρού είναι και η υποχρέωση ενημέρωσης του ασθενούς για οτιδήποτε έχει σχέση με την υγεία του, ώστε στη συνέχεια να

³³ Γεωργιάδης Απόστολος, Ενοχικό Δίκαιο, Ειδικό μέρος, Τόμος II, 2007, σελ 191.

μπορεί να αποφασίσει σοβαρά και ελεύθερα αν επιθυμεί τη διενέργεια της συγκεκριμένης ιατρικής πράξης που του προτείνεται, δίδοντας τη συναίνεσή του για αυτήν³⁴.

α) *Πηγές υποχρέωσης ενημέρωσης*: Η υποχρέωση ενημέρωσης του ασθενούς συνιστά συμβατική υποχρέωση του γιατρού, υποχρέωση δηλαδή που πηγάζει από την ίδια τη σύμβαση ιατρικής αγωγής. Διχογνωμία υφίσταται, όμως, ως προς το αν η υποχρέωση αυτή συνιστά κύρια ή παρεπόμενη συμβατική υποχρέωση, ζήτημα πάντως με περιορισμένη πρακτική σημασία, αφού και υπό τις δύο εκδοχές οι έννομες συνέπειες είναι ίδιες. Πέρα, όμως, από τη συμβατική της θεμελίωση, η υποχρέωση ενημέρωσης του ασθενούς προβλέπεται και σε νομοθετικά κείμενα. Κατ' αρχάς προβλέπεται τόσο στα άρθρα 11 και 12 του Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας με τίτλους «υποχρέωση ενημέρωσης» και «συναίνεση του ενημερωμένου ασθενή» αντίστοιχα, όσο και σε ειδικά νομοθετήματα για τις μεταμοσχεύσεις, την ανθρώπινη αναπαραγωγή³⁵ κλπ. Επίσης, σύμφωνα με το άρθρο 5 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης για τα ανθρώπινα δικαιώματα και τη βιοιατρική (Σύμβαση Οβιέδο), που επικυρώθηκε στη χώρα μας με το ν. 2619/1998 και έχει αυξημένη τυπική ισχύ (άρθρο 28 Συντάγματος), επέμβαση σε θέματα υγείας μπορεί να υπάρξει μόνο αφού το ενδιαφερόμενο πρόσωπο δώσει την ελεύθερη συναίνεση του ενδιαφερόμενου προσώπου αφού προηγηθεί ενημέρωσή του³⁶. Εξάλλου, για τους νοσοκομειακούς ασθενείς προϋπήρχε και το άρθρο 47 ν. 2071/1992 κατά το οποίο «ο ασθενής δικαιούται να ζητήσει να πληροφορηθεί ό,τι αφορά στην κατάστασή του». Τέλος, γίνεται δεκτό από την ελληνική θεωρία ότι η υποχρέωση ενημέρωσης πηγάζει από το δικαίωμα αυτοδιάθεσης του ασθενούς³⁷ ως προς το σώμα και την υγεία του, δικαίωμα που συνιστά πτυχή της προσωπικότητας του ατόμου και κατοχυρώνεται τόσο στο Σύνταγμα (άρθρα 2 § 1, 5 § 1 και 7 § 2) όσο και στον ΑΚ.(άρθρα 57-59). Από τα παραπάνω προκύπτει ότι η ενημέρωση είναι δικαίωμα που προέρχεται από την προσωπικότητα του ασθενούς, είναι συμβατική υποχρέωση του γιατρού αλλά και νομική υποχρέωσή του, αφού καθιερώνεται σε μια σειρά νομοθετικών κειμένων.

³⁴ Στο σημείο αυτό πρέπει να διευκρινισθεί ότι σύμφωνα με τη θεωρία του ιατρικού δικαίου υπάρχουν τρία είδη ενημέρωσης: η «γενική ενημέρωση-πληροφόρηση» του ασθενούς για την κατάσταση της υγείας του, η «νομιμοποιητική ενημέρωση», η οποία αποτελεί προϋπόθεση για το κύρος της συναίνεσης του ασθενούς στη διενέργεια συγκεκριμένης ιατρικής πράξης (άρθρα 11 και 12 Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας) και τέλος η «θεραπευτική ενημέρωση» για την οποία γίνεται λόγος κατωτέρω (Βλ. μέρος δεύτερο, κεφ. 5, 5.4.1). Η ανάλυση που γίνεται στο συγκεκριμένο τμήμα της εργασίας αφορά την «νομιμοποιητική ενημέρωση».

³⁵ Ειδικά για την ενημέρωση στην υποβοηθούμενη αναπαραγωγή, βλ. κατωτέρω μέρος τρίτο, κεφ 2, 2.1(αρ. 3).

³⁶ Η σύμβαση του Οβιέδο αποτελεί το πρώτο νομοθέτημα του διεθνούς δικαίου με δεσμευτική ισχύ που ενσωμάτωσε τη «συναίνεση ύστερα από ενημέρωση» για οποιαδήποτε ιατρική πράξη.

³⁷ Βλ. και τη σχετική γνώμη της Εθνικής Επιτροπής Βιοηθικής (Μάρτιος 2010), δημοσιευμένη στην ιστοσελίδα www.bioethics.gr, με θέμα «Συναίνεση στη σχέση Ιατρού-Ασθενούς», όπου στη σελίδα 9 αυτής επισημαίνεται ότι η συναίνεση των ασθενών για κάθε ιατρική πράξη, ύστερα από κατάλληλη ενημέρωσή τους, συνιστά έκφραση της αυτονομίας τους.

β) *Λειτουργία της «νομιμοποιητικής» ενημέρωσης*: Η σημαντικότερη μορφή ενημέρωσης είναι η ενημέρωση ως προϋπόθεση της έγκυρης συναίνεσης του ασθενούς για τη διενέργεια συγκεκριμένης ιατρικής πράξης. Αυτή η μορφή ενημέρωσης προβλέπεται στο άρθρο 12 του Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας, το οποίο αφού πρώτα στην §1 ορίζει ότι: «ο ιατρός δεν επιτρέπεται να προβεί στην εκτέλεση οποιασδήποτε ιατρικής πράξης χωρίς την προηγούμενη συναίνεση του ασθενή», στην αμέσως επόμενη παράγραφο ορίζει ότι προκειμένου να είναι έγκυρη η δίδόμενη συναίνεση θα πρέπει αυτή «να παρέχεται μετά από πλήρη, σαφή και κατανοητή ενημέρωση» αυτού (άρθρο 12 § 2). Απαιτείται, επομένως, η συναίνεση του **ενημερωμένου** ασθενούς προκειμένου να είναι νόμιμη η εκτέλεση οποιασδήποτε ιατρικής πράξης^{38,39}.

Ratio της καθιέρωσης της υποχρέωσης ενημέρωσης του ασθενούς είναι η προστασία της προσωπικότητάς του και ειδικότερα του δικαιώματός του να αυτοκαθορίζεται σε σχέση με το σώμα και την υγεία του⁴⁰. Επιβάλλεται να έχει ο ασθενής στη διάθεσή του όλα τα στοιχεία και τις πληροφορίες που του επιτρέπουν να σχηματίσει μια ολοκληρωμένη άποψη για την αποκατάσταση του προβλήματος της υγείας του, ώστε να αποφασίσει στη συνέχεια αν θα υποβληθεί ή όχι στη συγκεκριμένη ιατρική πράξη. Για το λόγο αυτό, η συγκεκριμένη μορφή ενημέρωσης θεωρείται προϋπόθεση για να είναι έγκυρη και να αναπτύξει τη νομιμοποιητική της λειτουργία η συναίνεση του ασθενούς (αρ. 12 Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας). Με άλλα λόγια, η ενημέρωση του ασθενούς συνιστά όρο του κύρους της συναίνεσης που δίνει για τη διενέργεια της συγκεκριμένης ιατρικής πράξης⁴¹.

γ) *Χρόνος ενημέρωσης*: Η ενημέρωση για να είναι έγκυρη πρέπει να γίνεται στον κατάλληλο χρόνο, που εξαρτάται κάθε φορά από τα πραγματικά περιστατικά της συγκεκριμένης περίπτωσης και τις προσωπικές συνθήκες του ασθενούς. Οποσδήποτε η ενημέρωση θα πρέπει να γίνεται πριν από τη διενέργεια της ιατρικής πράξης, αλλά όχι απαραίτητα αμέσως πριν από αυτήν. Αυτό προκύπτει και από το άρθρο 12 § 2 εδ. α του Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας, κατά το οποίο για να είναι έγκυρη η συναίνεση του ασθενή στη διενέργεια συγκεκριμένης ιατρικής

³⁸ Πελλένη-Παπαγεωργίου Ανθή, Ο Κώδικας Ιατρικής Δεοντολογίας από Νομική Σκοπιά, ΝοΒ 2007, σελ. 2316.

³⁹ Βλ. άρθρο 12 § 3 του Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας για τις περιπτώσεις όπου κατ' εξαίρεση δεν απαιτείται συναίνεση του ασθενούς.

⁴⁰ Φουντεδάκη Κατερίνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 97.

⁴¹ Βλ. γνώμη της Εθνικής Επιτροπής Βιοηθικής (Μάρτιος 2010), δημοσιευμένη στην ιστοσελίδα www.bioethics.gr, με θέμα «Συναίνεση στη σχέση Ιατρού-Ασθενούς», όπου στη σελίδα 11 αυτής επισημαίνεται ότι το παλαιό πρότυπο της «πατερναλιστικής» ιατρικής, κατά το οποίο ο γιατρός ουσιαστικά παίρνει τις αποφάσεις, χωρίς να ενημερώνεται αναλυτικά ο ασθενής για την κατάσταση της υγείας του, τείνει πλέον διεθνώς να αντικατασταθεί από το πρότυπο της «συναίνεσης ύστερα από ενημέρωση» (informed consent), το οποίο δίνει έμφαση στην αυτονομία του ασθενούς.

πράξης, θα πρέπει αυτή να παρέχεται μετά από σχετική ενημέρωσή του. Ο ασθενής θα πρέπει να είναι ψυχολογικά έτοιμος, να έχει ένα χρονικό διάστημα για περίσκεψη ώστε να σταθμίσει όλα τα στοιχεία και τις πληροφορίες που έχει στη διάθεσή του και να αποφασίσει στη συνέχεια αν επιθυμεί να υποστεί την ιατρική πράξη που του προτείνεται⁴². Βεβαίως, ο ασθενής διατηρεί πάντοτε το δικαίωμα να αλλάξει γνώμη και να αναιρέσει τη συναίνεσή του στην ιατρική πράξη.

δ) *Τύπος της ενημέρωσης*: Συνήθως, η υποχρέωση του γιατρού για ενημέρωση του ασθενούς εκπληρώνεται προφορικά, χωρίς να απαιτείται από το νόμο κανένας απολύτως τύπος. Το ίδιο ισχύει και για τη συναίνεση του ασθενούς, η οποία επίσης δεν υποβάλλεται σε κανένα τύπο κατά το νόμο. Ως εκ τούτου, τυχόν τήρηση τύπου μέσω της χρησιμοποίησης εντύπων έχει απλά και μόνο αποδειχτικό χαρακτήρα. Εξαίρεση από τον κανόνα του ατύπου της συναίνεσης καθιερώνει ο νόμος στο πεδίο της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής, όπως θα αναλυθεί στο επόμενο τρίτο μέρος της παρούσας εργασίας.

ε) *Αποδέκτης ενημέρωσης*: Όπως προκύπτει από τα άρθρα 11 § 1 και 4, 12 § 1 και 2^α του Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας αποδέκτης της ενημέρωσης είναι το πρόσωπο που δικαιούται να συναινέσει, δηλαδή κατά κανόνα ο ασθενής. Ωστόσο, ο νόμος προβλέπει (άρθρο 11 § 4 του Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας) ότι σε περίπτωση προσώπων ανίκανων για συναίνεση, ο γιατρός ενημερώνει τόσο αυτά στο βαθμό που αυτό είναι εφικτό, όσο και τα πρόσωπα που έχουν εξουσία να συναινέσουν στην εκτέλεση της ιατρικής πράξης κατά το άρθρο 12 § 2 εδ. β του Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας. Από την άλλη πλευρά, ο νόμος (άρθρο 11 § 2 Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας) αναγνωρίζει στον ασθενή το δικαίωμα να μην ενημερωθεί (δικαίωμα άγνοιας) και να ζητήσει από τον ιατρό να ενημερώσει αποκλειστικά άλλο ή άλλα πρόσωπα που ο ίδιος θα του υποδείξει. Εν προκειμένω, ο ασθενής που παραιτείται από το δικαίωμα ενημέρωσής του και αποφασίζει να δεχθεί ή να αρνηθεί μια ιατρική πράξη, δεν παραιτείται από το δικαίωμά του να αυτοκαθορίζεται σε σχέση με την υγεία του, αλλά επιλέγει να αυτοκαθοριστεί με αυτόν τον συγκεκριμένο τρόπο⁴³.

στ) *Περιεχόμενο της υποχρέωσης ενημέρωσης*: Το περιεχόμενο της υποχρέωσης ενημέρωσης ορίζει το άρθρο 11 § 1 εδ. β' του Κώδικα Ιατρικής δεοντολογίας, σύμφωνα με το οποίο ο γιατρός «οφείλει να ενημερώνει πλήρως και κατανοητά τον ασθενή για την πραγματική κατάσταση της υγείας του, το περιεχόμενο και τα αποτελέσματα της προτεινόμενης ιατρικής πράξης, τις συνέπειες και τους ενδεχόμενους κινδύνους ή επιπλοκές από την εκτέλεσή της, τις εναλλακτικές προτάσεις, καθώς και τον πιθανό χρόνο αποκατάστασης, έτσι ώστε ο ασθενής να μπορεί να σχηματίζει πλήρη εικόνα των ιατρικών, κοινωνικών και οικονομικών παραγόντων και

⁴² Ανδρουλιδάκη-Δημητριάδη Ισμήνη, Η υποχρέωση ενημέρωσης του ασθενούς, Συμβολή στη διακρίβωση της αστικής ιατρικής ευθύνης, 1993, σελ. 248.

⁴³ Φουντεδάκη Κατερίνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 99-100.

συνεπειών της κατάστασής του και να προχωρεί, ανάλογα, στη λήψη αποφάσεων». Σύμφωνα εξάλλου και με το άρθρο 5 § 2 της Σύμβασης του Οβιέδο ο ασθενής θα πρέπει να «*ενημερώνεται εκ των προτέρων καταλλήλως ως προς το σκοπό και τη φύση της επέμβασης, καθώς και ως προς τα επακόλουθα και κινδύνους που αυτή συνεπάγεται*». Από τις διατάξεις αυτές συνάγεται ότι ο ασθενής θα πρέπει να ενημερώνεται για το είδος της ασθένειάς του και την απαιτούμενη θεραπεία, καθώς και για τους κινδύνους που συνεπάγεται η ασθένεια αλλά και η ακολουθούμενη αγωγή⁴⁴. Σε κάθε περίπτωση, η ενημέρωση που κάνει ο γιατρός θα πρέπει να είναι πλήρης, σαφής και κατανοητή στον ασθενή του (άρθρο 11 § 1 εδ. β' και 12 §2 εδ. α' του Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας). Μάλιστα, ο ίδιος ο Κώδικας Ιατρικής δεοντολογίας αναφέρεται σε ειδικές ιατρικές επεμβάσεις που απαιτούν ιδιαίτερη προσοχή από την πλευρά του γιατρού κατά την ενημέρωση. Μια τέτοια περίπτωση είναι οι μέθοδοι ιατρικώς υποβοηθούμενης αναπαραγωγής (άρθρο 11 § 3).

ζ) *Ευθύνη Ιατρού από την παραβίαση της υποχρέωσης ενημέρωσης*: Συνάγεται σαφώς από το νόμο (άρθρο 12 Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας) ότι για να είναι νόμιμη μια ιατρική πράξη θα πρέπει να διενεργείται κατόπιν της συναίνεσής του ασθενούς. Αν δεν υπάρχει συναίνεση τότε ο γιατρός «*δεν επιτρέπεται να προβεί στην εκτέλεση οποιασδήποτε ιατρικής πράξης*». Ωστόσο, η συναίνεση για να είναι έγκυρη θα πρέπει να έχει προηγηθεί πλήρης και σαφής ενημέρωσης του ασθενούς, που του επέτρεψε το σχηματισμό της ελεύθερης βούλησής του. Αν, επομένως, η ενημέρωση αυτή ελλείπει ή υπάρχει μεν αλλά είναι πλημμελής διότι δεν έχει τα χαρακτηριστικά που απαιτεί ο νόμος, όπως αυτά εκτέθηκαν ανωτέρω (π.χ παρέχεται σε χρόνο ακατάλληλο, δεν είναι πλήρης, σαφής και κατανοητή, κλπ), τότε η συναίνεση του ασθενούς δεν είναι έγκυρη⁴⁵. Στην περίπτωση αυτή, η ιατρική πράξη που διενεργείται χωρίς την προηγούμενη έγκυρη-ενημερωμένη συναίνεση του ασθενούς χαρακτηρίζεται ως «*αυθαίρετη*». Η αυθαίρετη ιατρική πράξη είναι παράνομη πράξη και επισύρει την αστική ευθύνη του γιατρού, ανεξαρτήτως αν εκτελείται σύμφωνα με τους κανόνες της ιατρικής επιστήμης και οδήγησε στη θεραπεία του ασθενούς⁴⁶. Η παρανομία της έγκειται στο ότι παραβιάζεται το δικαίωμα αυτοδιάθεσης του ασθενούς ως προς το σώμα και την υγεία του, δικαίωμα που συνιστά έκφανση του δικαιώματος της προσωπικότητας που προστατεύεται τόσο στο Σύνταγμα (άρθρο 2 § 1 και 5 § 1) όσο και στον Αστικό Κώδικα (άρθρα 57-59)⁴⁷. Κατά συνέπεια, σε περίπτωση αυθαίρετης ιατρικής

⁴⁴ Γεωργιάδης Απόστολος, Ενοχικό Δίκαιο, Ειδικό μέρος, Τόμος II, 2007, σελ 195.

⁴⁵ Βλ ΠΠρΑθ 1449/2007, (Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών ΔΣΑ).

⁴⁶ Φουντεδάκη Κατερίνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 32-33, Πελένη-Παπαγεωργίου Ανθή, Ο Κώδικας Ιατρικής Δεοντολογίας από Νομική Σκοπιά, ΝοΒ 2007, σελ. 2318.

⁴⁷ Βλ. ΕφΑθ 5512/2003, (Τράπεζα Νομικών πληροφοριών ΔΣΑ). Βλ. και Κανελλοπούλου-Μπότη Μαρία, Ιατρική ευθύνη για μη ενημέρωση ή πλημμελή ενημέρωση του ασθενούς κατά το ελληνικό και αγγλοσαξονικό δίκαιο, 1999,

πράξης νόμιμος λόγος της αστικής ευθύνης του γιατρού μπορεί να είναι κατά πρώτο λόγο οι διατάξεις των άρθρων 57-59 του Αστικού Κώδικα περί προστασίας της προσωπικότητας⁴⁸. Βάσει αυτών των διατάξεων ο ασθενής έχει δικαίωμα να ζητήσει να αρθεί η προσβολή, ήτοι να ενημερωθεί επαρκώς εφόσον βέβαια η μεταγενέστερη ενημέρωση μπορεί να αποκαταστήσει την προσβολή, και να μην επαναληφθεί στο μέλλον (άρθρο 57 § 1 ΑΚ). Περαιτέρω μπορεί να αξιώσει αποζημίωση εφόσον συντρέχουν όλες οι προϋποθέσεις που θέτουν οι διατάξεις για τις αδικοπραξίες, ήτοι τα άρθρα 914 επ. ΑΚ (άρθρο 57 § 2 ΑΚ), καθώς και να επιδιώξει την ικανοποίηση της ηθικής του βλάβης που έχει ενδεχομένως υποστεί (άρθρο 59 ΑΚ)⁴⁹. Πέρα, όμως, από το πεδίο της προστασίας της προσωπικότητας, η αστική ευθύνη του γιατρού σε περίπτωση αυθαίρετης ιατρικής πράξης, θα μπορούσε να θεμελιωθεί με απευθείας προσφυγή στις διατάξεις περί αδικοπραξιών του Αστικού Κώδικα (άρθρα 914 επ.), εφόσον βέβαια συντρέχουν όλες οι προϋποθέσεις που τάσσουν τα σχετικά άρθρα, ήτοι παρανομία, υπαιτιότητα, ζημία, αιτιώδης σύνδεσμος και οι οποίες αναλύονται στο επόμενο κεφάλαιο⁵⁰. Αναφορικά, όμως, με το στοιχείο του παρανόμου επισημαίνεται ότι αυτό, στην περίπτωση της αυθαίρετης ιατρικής πράξης, θεμελιώνεται μέσω της παράβασης ενός νομοθετικού κειμένου που επιβάλλει ευθέως την υποχρέωση του γιατρού για διενέργεια της ιατρικής πράξης κατόπιν ενημέρωσης και συναίνεσης του ασθενούς, ήτοι των άρθρων 11 και 12 του Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας. Περαιτέρω, όπως αναφέρθηκε ανωτέρω, εκτός από τη νομοθετική της καθιέρωση, η υποχρέωση ενημέρωσης απορρέει και από τη σύμβαση ιατρικής αγωγής. Η αθέτηση άρα της υποχρέωσης ενημέρωσης οδηγεί σε ευθύνη του γιατρού για πλημμελή εκπλήρωση της σύμβασης, με συνέπεια τη μετατροπή της πρωτογενούς υποχρέωσης ενημέρωσης σε δευτερογενή υποχρέωση αποζημίωσης του ασθενούς^{51,52}. Μάλιστα, η παράβαση της υποχρέωσης ενημέρωσης αποτελεί

σελ. 43, *Γεωργιάδης Απόστολος*, Ενοχικό Δίκαιο, Ειδικό μέρος, Τόμος II, 2007, σελ 193, *Πελένη-Παπαγεωργίου Ανθή*, Ο Κώδικας Ιατρικής Δεοντολογίας από Νομική Σκοπιά, ΝοΒ 2007, σελ. 2318.

⁴⁸ *Ανδρουλιδάκη-Δημητριάδη Ισμήνη*, Η υποχρέωση ενημέρωσης του ασθενούς, Συμβολή στη διακρίβωση της αστικής ιατρικής ευθύνης, 1993, σελ. 148-149.

⁴⁹ Για παράδειγμα ηθική βλάβη υφίσταται ο ασθενής στην περίπτωση που ναι μεν η επέμβαση στο σώμα του ήταν επιτυχής, ωστόσο στερήθηκε την ελευθερία των επιλογών του, καθώς δεν ενημερώθηκε για την ύπαρξη τυχόν πιο ανώδυνων μεθόδων.

⁵⁰ Βλ κατωτέρω, μέρος δεύτερο, κεφ. 5, 5.1.

⁵¹ *Ανδρουλιδάκη-Δημητριάδη Ισμήνη*, Η υποχρέωση ενημέρωσης του ασθενούς, Συμβολή στη διακρίβωση της αστικής ιατρικής ευθύνης, 1993, σελ. 133.

⁵² Σχετικά με το ζήτημα εφαρμογής του άρθρου 8 του ν. 2251/1994 περί ευθύνης του παρέχοντος υπηρεσίες και στο πεδίο της αυθαίρετης ιατρικής πράξης, βλ. κατωτέρω μέρος δεύτερο, κεφ. 6.

και σπουδαίο λόγο καταγγελίας της διαρκούς σύμβασης ιατρικής αγωγής εκ μέρους του ασθενούς, καθώς μπορεί να κλονίσει την εμπιστοσύνη αυτού προς το γιατρό⁵³.

4. Περαιτέρω, βασική υποχρέωση του γιατρού που περιλαμβάνεται ρητά και στον όρκο του Ιπποκράτη αποτελεί η τήρηση του ιατρικού απορρήτου. Ο γιατρός βαρύνεται με την υποχρέωση τήρησης επαγγελματικής εχεμύθειας, ήτοι την υποχρέωση να μην αποκαλύπτει σε τρίτους ιδιωτικά απόρρητα του ασθενούς τα οποία ο ίδιος του εμπιστεύθηκε λόγω της προσωπικής σχέσης που τους συνδέει. Η ανωτέρω υποχρέωση⁵⁴ προβλέπεται ειδικά στο άρθρο 13 § 1 του Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας κατά το οποίο: *«ο ιατρός οφείλει να τηρεί αυστηρά απόλυτη εχεμύθεια για οποιοδήποτε στοιχείο υποπίπτει στην αντίληψή του ή του αποκαλύπτει ο ασθενής ή τρίτοι, στο πλαίσιο της άσκησης των καθηκόντων του, και το οποίο αφορά στον ασθενή ή τους οικείους του»*. Οι πληροφορίες, άλλωστε, που ο γιατρός συλλέγει από τον ασθενή του συνιστούν προσωπικά δεδομένα αυτού και ως τέτοια προστατεύονται από τον νόμο 2472/1997. Συναφής με την υποχρέωση τήρησης του ιατρικού απορρήτου είναι και η υποχρέωση του γιατρού να τηρεί ιατρικό αρχείο, το οποίο περιέχει δεδομένα που συνδέονται αρρήκτως ή αιτιωδώς με την ασθένεια ή την υγεία των ασθενών του, καθώς και να επιδεικνύει τον ιατρικό φάκελο στον ασθενή του και να του χορηγεί τις απαραίτητες ιατρικές βεβαιώσεις ή αντίγραφα των ιατρικών εξετάσεων για κάθε νόμιμη χρήση (άρθρο 14 Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας).

5. Περαιτέρω, από την ιδιαίτερη σχέση εμπιστοσύνης που συνδέει το γιατρό με τον ασθενή του προκύπτει η υποχρέωση του γιατρού να εκτελεί αυτοπροσώπως τη σύμβαση ιατρικής αγωγής⁵⁵ και μάλιστα ανεξάρτητα από το νομική φύση της σύμβασης ιατρικής αγωγής ως σύμβασης ανεξάρτητων υπηρεσιών ή έργου. Αυτό είναι απόλυτα λογικό αν αναλογισθεί κανείς ότι ο ασθενής αποβλέπει στις προσωπικές ικανότητες και στην πείρα του συγκεκριμένου γιατρού, στον οποίο εμπιστεύεται το έννομο αγαθό της υγείας του. Βέβαια, δεν αποκλείεται ο γιατρός να χρησιμοποιεί βοηθητικά πρόσωπα για τη διενέργεια ιατρικών πράξεων δευτερεύουσας σημασίας που αποτελούν μέρος της ιατρικής φροντίδας. Σε καμία περίπτωση, όμως, δεν επιτρέπεται να διενεργούνται από τρίτους ιατρικές πράξεις που είναι ιδιαίτερα σοβαρές και επικίνδυνες για την υγεία του ασθενούς. Σε τέτοιες περιπτώσεις επιβάλλεται η αυτοπρόσωπη ενέργεια του γιατρού.

⁵³ Βλ. Γεωργιάδη Απόστολο, Ενοχικό Δίκαιο, Ειδικό μέρος, Τόμος II, 2007, σελ 192, ο οποίος υποστηρίζει ότι η υποχρέωση ενημέρωσης παρουσιάζει αυτονομία έναντι της κύριας συμβατικής υποχρέωσης για την παροχή ιατρικής φροντίδας. Η μια δεν επηρεάζει την άλλη, με την έννοια ότι ενδεχόμενη πλημμελής εκπλήρωση της υποχρέωσης ενημέρωσης δεν συνεπάγεται αυτόματα και την πλημμελή εκτέλεση της παροχής ιατρικής φροντίδας.

⁵⁴ Βλ. Γεωργιάδη Απόστολο, Ενοχικό Δίκαιο, Ειδικό μέρος, Τόμος II, 2007, σελ 197, ο οποίος υποστηρίζει ότι πρόκειται για παρεπόμενη υποχρέωση του γιατρού.

⁵⁵ Φουντεδάκη Κατερίνα, Αστική Ιατρική Ευθύνη, 2003, σελ. 293-294.

6. Τέλος, ο γιατρός έχει την υποχρέωση βάσει του άρθρου 10 του Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας να συνεχίζει την εκπαίδευση, την κατάρτισή και την ενημέρωσή του σχετικά με τις εξελίξεις της ιατρικής επιστήμης και της ειδικότητάς του.

4.4.2 Υποχρεώσεις ασθενούς

Η σύμβαση ιατρικής αγωγής ανήκει στην κατηγορία των αμφοτεροβαρών και επαχθών συμβάσεων. Ο ασθενής, λοιπόν, έχει ως κύρια υποχρέωση να καταβάλλει στο γιατρό αμοιβή ως αντάλλαγμα για τις ιατρικές υπηρεσίες που του προσέφερε, όπως προκύπτει σαφώς και από το άρθρο 19 § 1 του Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας: «ο ιατρός παρέχει τις υπηρεσίες του με αμοιβή...». Βέβαια, σύμφωνα με τη δεύτερη παράγραφο του ίδιου άρθρου, ο γιατρός μπορεί να παρέχει τις υπηρεσίες του χωρίς αμοιβή σε ειδικές κατηγορίες ασθενών με βάση ορισμένα κριτήρια που είναι κοινωνικώς πρόσφορα και με βάση το βαθύτερο ανθρωπιστικό χαρακτήρα του ιατρικού επαγγέλματος.

Επιπλέον, ο ασθενής βαρύνεται σε πρώτο στάδιο με την υποχρέωση να εκθέσει επ' ακριβώς στο γιατρό όλα τα στοιχεία του ιατρικού ιστορικού του και να είναι ειλικρινής⁵⁶. Περαιτέρω, υποχρεούται να συνεργάζεται με το γιατρό μέσω της τήρησης των οδηγιών του. Εν προκειμένω, δεν υφίστανται γνήσιες νομικές υποχρεώσεις με την έννοια του νομικού εξαναγκασμού του ασθενούς, αλλά βάρη, καθώς σε περίπτωση που ο ασθενής τα παραβιάσει μπορεί να θεμελιωθεί αποκλεισμός ή μείωση της ευθύνης του γιατρού βάσει του άρθρου 300 ΑΚ.

4.5 Ευθύνη του γιατρού από τη σύμβαση

Όπως προαναφέρθηκε, η αστική ευθύνη του γιατρού μπορεί να θεμελιωθεί στη σύμβαση που στην πλειονότητα των περιπτώσεων αυτός συνάπτει με τον ασθενή. Συγκεκριμένα, η παράλειψη ή η πλημμελής εκπλήρωση των υποχρεώσεων του γιατρού που απορρέουν από τη σύμβαση, όπως αναλύθηκαν ανωτέρω, επισύρει την εφαρμογή των διατάξεων του γενικού ενοχικού δικαίου που ρυθμίζουν τις περιπτώσεις ανώμαλης εξέλιξης της ενοχής (άρθρα 335 επ., 362 επ. ΑΚ και 380 επ ΑΚ), σε συνδυασμό και με τις ειδικότερες διατάξεις του Αστικού Κώδικα περί σύμβασης εργασίας ή έργου, ανάλογα σε ποιο τύπον εμπίπτει κάθε φορά η συγκεκριμένη σύμβαση ιατρικής αγωγής⁵⁷.

Όπως είναι γνωστό, τρεις είναι οι περιπτώσεις ανώμαλης εξέλιξης της ενοχής: η αδυναμία παροχής, η υπερημερία του οφειλέτη και η πλημμελής εκπλήρωση της παροχής εκ

⁵⁶ Ανδρουλιδάκη-Δημητριάδη Ισμήνη, Αστική ευθύνη του γιατρού από την τεχνητή ανθρώπινη αναπαραγωγή, Digesta 2004 (τεύχος Δ), 437- 438.

⁵⁷ Βλ. ανωτέρω, μέρος δεύτερο, κεφ. 4, 4.3 και ειδικότερα την υποσημείωση 31.

μέρους του οφειλέτη⁵⁸. Οι δύο πρώτες περιπτώσεις ρυθμίζονται ρητά στον Αστικό Κώδικα (άρθρα 335 επ, 362 επ και 380 επ) και δίνουν τη δυνατότητα στον ασθενή που υπέστη την αντισυμβατική συμπεριφορά του γιατρού να ζητήσει αποζημίωση, η οποία αποτελεί δευτερογενή υποχρέωση του γιατρού απορρέουσα από την αθέτηση της συμβάσεως. Στην περίπτωση, όμως, της σύμβασης ιατρικής αγωγής η ανωμαλία στην εξέλιξή της δεν θα έχει κατά κανόνα τη μορφή της αδυναμίας παροχής ή της υπερημερίας του οφειλέτη γιατρού, αλλά τη μορφή της πλημμελούς εκπλήρωσης της παροχής, όπως για παράδειγμα στην περίπτωση της μη προσήκουσας εκτέλεσης της κύριας υποχρέωσης του γιατρού για παροχή ιατρικής φροντίδας, της μη τήρησης επαγγελματικής εχεμύθειας κ.ά. Η ιδιαιτερότητα της πλημμελούς εκπλήρωσης της παροχής είναι ότι δε ρυθμίζεται στον Αστικό Κώδικα⁵⁹, χωρίς βέβαια αυτό να σημαίνει ότι ο οφειλέτης δεν ευθύνεται και γι' αυτή την περίπτωση ανωμαλίας της ενοχικής σχέσης. Αυτό επιβεβαιώνεται από τον κανόνα της ΑΚ 330 κατά την οποία *«ο οφειλέτης ενέχεται ... για κάθε αθέτηση της υποχρέωσής του από δόλο ή αμέλεια»*. Το κενό του νόμου αναφορικά με τις ειδικότερες έννομες συνέπειες της πλημμελούς εκπλήρωσης θα πληρωθεί σύμφωνα με την κρατούσα άποψη σε θεωρία και νομολογία με αναλογία δικαίου. Δηλαδή, ο εφαρμοστέος κανόνας συνάγεται από το σύνολο των συγγενέστερων διατάξεων (ιδίως των διατάξεων που ρυθμίζουν την αδυναμία παροχής και την υπερημερία του οφειλέτη), αλλά και από το γενικότερο πνεύμα της νομοθεσίας που εκδηλώνεται σε αυτές τις διατάξεις⁶⁰.

Με βάση, λοιπόν, την αναλογία δικαίου θα πρέπει να δεχθούμε ότι και στην περίπτωση της πλημμελούς εκπλήρωσης της παροχής τυγχάνουν εφαρμογής όσα ισχύουν και στις άλλες δύο περιπτώσεις ανώμαλης εξέλιξης της ενοχής: αφενός η αρχή της υπαιτιότητας (ΑΚ 330) προκειμένου να στοιχειοθετηθεί ευθύνη του οφειλέτη-γιατρού προς αποζημίωση (ενδοσυμβατική ευθύνη ή ευθύνη από προϋφιστάμενη ενοχή) και αφετέρου ότι η ευθύνη του οφειλέτη-γιατρού είναι νόθος αντικειμενική. Το πταίσμα, δηλαδή, του οφειλέτη-γιατρού τεκμαίρεται, όπως αυτό προκύπτει από τη διατύπωση των άρθρων 336, 342 και 363 ΑΚ, οι οποίες αποδίδουν γενικότερο πνεύμα, το οποίο καλύπτει κάθε περίπτωση ευθύνης από προϋφιστάμενη ενοχή⁶¹.

⁵⁸ Υπό την έννοια της πλημμελούς εκπλήρωσης η θεωρία ενδεικτικά έχει υπάγει την περίπτωση της ελαττωματικής εκπλήρωσης της οφειλόμενης κύριας παροχής, της μη εκπλήρωσης μιας παρεπόμενης υποχρέωσης, της μη εκπλήρωσης μίας ή μερικών από τις περισσότερες κύριες υποχρεώσεις, της παράβασης διαρκούς υποχρέωσης προς παράλειψη και της προκαταβολικής άρνησης εκπλήρωσης της παροχής.

⁵⁹ Εξαίρεση αποτελούν κάποιες διατάξεις που αντιμετωπίζουν ειδικά μόνο προβλήματα ή προβλέπονται μόνο για ορισμένο τύπο σύμβασης (π.χ ΑΚ 386, 534 επ. 576 επ., 688 επ).

⁶⁰ Σταθόπουλος Μιχάλης., Επιτομή Γενικού Ενοχικού Δικαίου, 2004, σελ 434., Γεωργιάδης Αστ., Ενοχικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος II, Γ' έκδοση, 2000, σελ. 81.

⁶¹ Σταθόπουλος Μιχάλης, Επιτομή Γενικού Ενοχικού Δικαίου, 2004, σελ 439.

Ενόψει του γεγονότος ότι προκειμένου να στοιχειοθετηθεί ενδοσυμβατική ευθύνη του γιατρού απαιτείται υπαιτιότητα, ήτοι δόλος ή αμέλεια αυτού, πρέπει στο σημείο αυτό να εξετασθεί το έντονα αμφιλεγόμενο ζήτημα του μέτρου επιμέλειας που οφείλει να τηρεί ο γιατρός. Οποιαδήποτε απόκλιση από αυτό το μέτρο στοιχειοθετεί αυτόματα την ευθύνη του. Σημαντικό βοήθημα για τη συγκεκριμενοποίηση του μέτρου επιμέλειας του γιατρού αποτελεί ο Κώδικας Ιατρικής Δεοντολογίας.

Συγκεκριμένα, σύμφωνα με το άρθρο 2 § 3 εδ. α του Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας «*το ιατρικό λειτούργημα ασκείται σύμφωνα με τους γενικά αποδεκτούς κανόνες της ιατρικής επιστήμης*», ενώ το άρθρο 3 § 3 εδ. α του ίδιου νομοθετήματος ορίζει ότι ο γιατρός ενεργεί «*στο πλαίσιο των γενικά αποδεκτών κανόνων και μεθόδων της ιατρικής επιστήμης*». Επίσης, στο άρθρο 10 § 1 του Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας ορίζεται ότι «*η άσκηση της ιατρικής γίνεται σύμφωνα με τους γενικά παραδεκτούς κανόνες της ιατρικής επιστήμης*». Οι ανωτέρω διατάξεις που θέτουν το μέτρο επιμέλειας του γιατρού είναι σύμφωνες με το άρθρο 330 εδ. β' ΑΚ, όπου ορίζεται ότι «*αμέλεια υπάρχει όταν δεν καταβάλλεται η επιμέλεια που απαιτείται στις συναλλαγές*». Δηλαδή, το μέτρο της επιμέλειας του γιατρού προσδιορίζεται κατ' αρχήν με αντικειμενικά και αφηρημένα κριτήρια και πρότυπο για την αξιολόγηση της συμπεριφοράς του γιατρού είναι ο μέσος συνετός ιατρός της ειδικότητάς του. Ο γιατρός δεν οφείλει να γνωρίζει τα πάντα και να είναι ικανός για τα πάντα, αλλά μόνο όσα γνωρίζει ο μέσος ιατρός της ειδικότητας του⁶². Έτσι, για τη θεμελίωση της υπαιτιότητας του γιατρού (συνήθως της αμέλειάς του, δεδομένου ότι είναι σπάνιες οι περιπτώσεις που ο γιατρός από δόλο προκαλεί βλάβη στην υγεία του ασθενούς), θα πρέπει να ληφθεί υπόψη ο μέσος τυπικός εκπρόσωπος της ειδικότητάς του.

Από την άλλη πλευρά, το άρθρο 3 § 2 του Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας ορίζει ότι «*ο ιατρός ενεργεί με βάση την εκπαίδευση που του έχει παρασχεθεί*», «*την πείρα και τις δεξιότητες που αποκτά κατά την άσκηση της ιατρικής*». Κατά μια γνώμη, από το άρθρο αυτό φαίνεται να αποδίδει ο νόμος σημασία στις ιδιαίτερες ικανότητες του γιατρού, με αποτέλεσμα να επιτρέπει μια πιο υποκειμενικοποιημένη έννοια της επιμέλειας και να οδηγεί σε επίταση της ευθύνης του γιατρού με ιδιαίτερα προσόντα⁶³. Κρατούσα, όμως, στην ελληνική θεωρία είναι η αντίθετη

⁶² Φουντεδάκη Κατερίνα, Αστική Ιατρική Ευθύνη, 2003, σελ. 365, Γεωργιάδης Απόστολος, Ενοχικό Δίκαιο, Ειδικό μέρος, Τόμος II, 2007, σελ. 202, Ανδρουλιδάκη-Δημητριάδη Ισμήνη, Η υποχρέωση ενημέρωσης του ασθενούς, Συμβολή στη διακρίβωση της αστικής ιατρικής ευθύνης, 1993, σελ. 176.

⁶³ Πελένη-Παπαγεωργίου Ανθή, Ο Κώδικας Ιατρικής Δεοντολογίας από Νομική Σκοπιά, ΝοΒ 2007, σελ. 2315, Δανηλάτου Αγγελική –Τσούμας Βασίλης, Η Αποζημίωση, Ειδικά Θέματα του Δικαίου 4, 2009, σελ. 40, Τρόκανας Θεόδωρος, Το ιατρικό σφάλμα και η ευθύνη για αλλότριες πράξεις στο χώρο του ιατρικού δικαίου μέσα από τη δημοσιευμένη ελληνική νομολογία των πολιτικών δικαστηρίων της τελευταίας δεκαετίας, σε Ιατρική Ευθύνη στην πράξη, Νομολογιακές τάσεις της τελευταίας δεκαετίας, επιμέλεια: Γώγος, Καϊάφα-Γκμπάντι, Παπαδοπούλου, Φουντεδάκη, 2010, σελ. 147, ο οποίος θεμελιώνει την επίταση της ευθύνης του γιατρού με ιδιαίτερες ικανότητες

άποψη, η οποία δεν αποδέχεται τη βαρύτερη ευθύνη του γιατρού με ιδιαίτερες ικανότητες. Στο πλαίσιο αυτής της άποψης υποστηρίζεται ότι οι ιδιαίτερες κλίσεις και ικανότητες του γιατρού λαμβάνονται υπόψη και οδηγούν σε επίταση της ευθύνης μόνο αν έχουν συνομολογηθεί ρητώς και ειδικώς στη συμφωνία ανάμεσα στο γιατρό και στον ασθενή, συνομολόγηση που συνήθως έχει τη μορφή υπόσχεσης εγγυημένου αποτελέσματος ή υπόσχεσης παροχής αναβαθμισμένων ποιοτικά ιατρικών υπηρεσιών⁶⁴.

Ως προς το είδος και την έκταση της αποκαταστατέας ζημίας ισχύουν οι γενικές διατάξεις των άρθρων 297-300 ΑΚ. Και στην ιατρική ευθύνη, επομένως, για την εξεύρεση της περιουσιακής ζημίας εφαρμόζεται η κρατούσα θεωρία της διαφοράς και ισχύει η αρχή της αποκατάστασης ολόκληρης της ζημίας. Πάντως, στο πεδίο της ενδοσυμβατικής ιατρικής ευθύνης, η αυτούσια (in natura) αποκατάσταση της ζημίας που υπέστη ο ασθενής φαίνεται μάλλον ακατάλληλη στις περισσότερες περιπτώσεις, ενόψει της ιδιαιτερότητας του έννομου αγαθού στο οποίο παρεμβαίνει ο γιατρός.

Τέλος, αναφορικά με την προϋπόθεση του αιτιώδους συνδέσμου που πρέπει να συντρέχει μεταξύ της αντισυμβατικής συμπεριφοράς του γιατρού και της ζημίας του ασθενούς ώστε να θεμελιωθεί η αξίωση αποζημίωσης, ισχύουν όσα αναλυτικά εκτίθενται στο επόμενο κεφάλαιο της παρούσας εργασίας περί αδικοπρακτικής ευθύνης του γιατρού.

5. ΑΔΙΚΟΠΡΑΚΤΙΚΗ ΕΥΘΥΝΗ ΓΙΑΤΡΟΥ

Η ευθύνη του γιατρού μπορεί να θεμελιωθεί παράλληλα και σε άλλους νόμιμους λόγους ευθύνης περάν της παραβίασης των υποχρεώσεων που απορρέουν από τη σύμβαση της ιατρικής αγωγής (συρροή νομίμων βάσεων). Συγκεκριμένα, ο ασθενής προκειμένου να στηρίξει την αξίωσή του για αποζημίωση μπορεί να χρησιμοποιήσει τις διατάξεις περί αδικοπραξίας (άρθρα 914 επ. ΑΚ).

στη θεώρηση της σύμβασης ιατρικής αγωγής ως σύμβασης παροχής ανεξαρτήτων υπηρεσιών και την συνακόλουθη εφαρμογή του άρθρου 652 §2 ΑΚ.

⁶⁴ Γεωργιάδης Απόστολος, Ενοχικό Δίκαιο, Ειδικό μέρος, Τόμος II, 2007, σελ. 202. Βλ. και Φουντεδάκη Κατερίνα, Αστική Ιατρική Ευθύνη, 2003, σελ. 383, η οποία υποστηρίζει ότι μια τέτοια συμφωνία μπορεί να προκύπτει από την ερμηνεία της σύμβασης σύμφωνα με την καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη και συνήθως θα συνάγεται από την επιλογή του συγκεκριμένου γιατρού εξαιτίας των ιδιαίτερων προσόντων του, σε συνδυασμό και με τη συμφωνία αμοιβής, ιδίως αν αυτή υπερβαίνει τη συνήθη. Σε κάθε περίπτωση πάντως υποστηρίζει η συγγραφέας ότι η σχετική ερμηνευτική προσέγγιση θα πρέπει να γίνεται με μεγάλη προσοχή, γιατί οδηγεί σε επίταση της ευθύνης του γιατρού.

5.1 Προϋποθέσεις γένεσης αδικοπρακτικής ευθύνης

Για τη θεμελίωση της αδικοπρακτικής ευθύνης απαιτούνται κατά το άρθρο 914 ΑΚ οι ακόλουθες προϋποθέσεις:

α) *παράνομη συμπεριφορά*: Ως προς την ερμηνεία της έννοιας του παρανόμου, κρατούσα στην Ελλάδα είναι η αντικειμενική θεωρία, σύμφωνα παράνομη είναι η συμπεριφορά που αντίκειται σε απαγορευτικό ή επιτακτικό κανόνα δικαίου. Κατά την άποψη αυτή, η ΑΚ 914 δεν είναι «ουσιαστικός», αλλά «λευκός» κανόνας δικαίου, με την έννοια ότι δεν προκύπτει από την ίδια τη διάταξη το περιεχόμενο της προϋπόθεσης του παρανόμου, αλλά από τη λοιπή νομοθεσία στην οποία παραπέμπει η διάταξη αυτή⁶⁵. Ως εκ τούτου, κριτήριο για το αν μια πράξη είναι παράνομη ή νόμιμη αποτελούν άλλες διατάξεις που απαγορεύουν ή επιτρέπουν μια πράξη και όχι η διάταξη του άρθρου 914 ΑΚ. Όμως, η επιστήμη και η νομολογία, στην προσπάθειά τους να περιορίσουν την αδικοπρακτική ευθύνη μέσα σε ανεκτά όρια, δέχονται ότι για την ύπαρξη παρανομίας δεν αρκεί η παράβαση οποιασδήποτε διατάξεως, αλλά απαιτείται παράβαση διατάξεως που θεμελιώνει δικαίωμα ή προστατεύει συγκεκριμένο συμφέρον του ζημιωθέντος⁶⁶. Περαιτέρω, γίνεται δεκτό από την ελληνική θεωρία και νομολογία ότι παρανομία υπάρχει και όταν παραβιάζεται η γενική άγραφη υποχρέωση ασφάλειας και προστασίας των άλλων, υποχρέωση η οποία απορρέει από τις αρχές της καλής πίστης και των χρηστών ηθών και βαρύνει κάθε κοινών (διευρυμένη έννοια παρανόμου)⁶⁷.

Στο πεδίο του ιατρικού δικαίου, υπάρχουν πολλά νομοθετήματα που επιβάλλουν υποχρεώσεις στο γιατρό, η παραβίαση των οποίων συνιστά παράνομη συμπεριφορά αυτού. Τα σημαντικότερα από αυτά είναι ο Κώδικας Ιατρικής Δεοντολογίας⁶⁸, ο ν. 2071/1992 με τον τίτλο «Εκσυγχρονισμός και Οργάνωση Συστήματος Υγείας», ο νόμος 2619/1998 που έχει αυξημένη τυπική ισχύ καθώς με αυτόν ενσωματώθηκε στη χώρα μας η Σύμβαση του Οβιέδο κ.ά. Επιπλέον, ενόψει της παραδοχής της διευρυμένης έννοιας του παρανόμου, γίνεται δεκτό ότι ακόμα και αν δεν υπήρχε καμία ειδική νομική διάταξη, η θεμελίωση της αστικής ιατρικής ευθύνης θα μπορούσε να προκύψει από τη μη τήρηση από το γιατρό του απαιτούμενου προτύπου επιμέλειας, διότι σ' αυτή την περίπτωση παραβιάζεται η γενική υποχρέωση ασφάλειας και πρόνοιας που επιβάλλει στους κοινωνούς η έννομη τάξη.

⁶⁵ Σταθόπουλος Μιχάλης, Επιτομή Γενικού Ενοχικού Δικαίου, 2004, σελ 302, Γεωργιάδης Απόστολος, Ενοχικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος, 1999, σελ 596.

⁶⁶ Γεωργιάδης Απόστολος σε ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος IV, (Ειδικό Ενοχικό), άρθρο 914, αρ.22 επ., 1982.

⁶⁷ Σταθόπουλος Μιχάλης, Επιτομή Γενικού Ενοχικού Δικαίου, 2004, σελ 305-307, Φουντεδάκη Κατερίνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 43, Απόστολος Γεωργιάδης, Ενοχικό Δίκαιο, Ειδικό μέρος, Τόμος II, 2007, σελ 204.

⁶⁸ Για τη σημασία του Κώδικα ιατρικής Δεοντολογίας βλ. ανωτέρω μέρος δεύτερο, κεφ. 3.

Ζήτημα έχει ανακύψει σχετικά με το εάν το παράνομο πρέπει να κρίνεται από τη συμπεριφορά του δράστη (δηλαδή από τη διαπίστωση ότι αυτή αντίκειται σε απαγορευτικό ή επιτακτικό κανόνα δικαίου ή στις επιταγές της έννομης τάξης γενικά) ή από το αποτέλεσμα της (δηλαδή από τη διαπίστωση ότι με τη συμπεριφορά αυτή προσβλήθηκε δικαίωμα ή έννομο συμφέρον του ζημιωθέντος)⁶⁹. Κρατεί η γνώμη ότι το παράνομο κρίνεται από το αποτέλεσμα. Μεταφέροντας την άποψη αυτή στο χώρο του ιατρικού δικαίου, καταλήγουμε στο συμπέρασμα ότι οποιαδήποτε ενέργεια του γιατρού προκαλεί βλάβη των απόλυτων δικαιωμάτων της ζωής, της σωματικής ακεραιότητας, της υγείας (ειδικότερες εκφάνσεις του δικαιώματος της προσωπικότητας) είναι παράνομη κατά την έννοια της ΑΚ 914, ακόμα και ο γιατρός έδρασε *lege artis*, δηλαδή σύμφωνα με τις αρχές και τους κανόνες της ιατρικής επιστήμης. Περισσότερο συνεπής, όμως, προς την κρατούσα αντικειμενική θεωρία είναι, το παράνομο να κρίνεται από τη συμπεριφορά του δράστη. Μόνο εφόσον αυτή αντίκειται σε συγκεκριμένο κανόνα δικαίου ή στο όλο πνεύμα του δικαίου στοιχειοθετείται παρανομία. Η ζημία είναι αυτοτελής και ανεξάρτητη προϋπόθεση, η οποία πρέπει ασφαλώς να συντρέχει για να γεννηθεί υποχρέωση αποζημίωσης κατά την ΑΚ 914, όπως αναλύεται παρακάτω. Χωρίς την ύπαρξη ζημίας θέμα αστικής ευθύνης δε γεννιέται. Κατ' αυτή την άποψη, αν ο γιατρός δρα αντίθετα από τους κανόνες και τις αρχές της επιστήμης του, η συμπεριφορά του είναι παράνομη ανεξάρτητα από τον αν υπάρχει και προσβολή των απόλυτων δικαιωμάτων της ζωής και της υγείας. Σε περίπτωση, όμως, που δεν υπάρξει τέτοια προσβολή, η παρανομία που έχει στοιχειοθετηθεί δεν ενδιαφέρει το αστικό δίκαιο, αφού δεν έχει προκληθεί ζημία.

β) υπαίτια συμπεριφορά: Όπως προαναφέρθηκε, στο πλαίσιο της αστικής ευθύνης του γιατρού η υπαιτιότητά του θα έχει τη μορφή της αμέλειας, καθώς είναι σπάνιες οι περιπτώσεις που ο γιατρός θα προκαλέσει εκ προθέσεως βλάβη στην υγεία του ασθενούς. Ως προς αυτή την προϋπόθεση γένεσης αδικοπρακτικής ευθύνης, ισχύουν όσα αναφέρθηκαν στο κεφάλαιο περί ενδοσυμβατικής ευθύνης σχετικά με το μέτρο της επιμέλειας που οφείλει να τηρεί ο γιατρός⁷⁰.

γ) ζημία: Προκειμένου να θεμελιωθεί η αξίωση αποζημίωσης θα πρέπει ο ασθενής να έχει υποστεί ζημία, δηλαδή να έχει επέλθει βλάβη του σώματος ή της υγείας αυτού ή ακόμη και ο θάνατός του. Στις περιπτώσεις αυτές το περιεχόμενο της αποζημίωσης, καθώς και οι δικαιούχοι αυτής προσδιορίζονται από τα άρθρα 928-933 ΑΚ.

δ) αιτιώδης σύνδεσμος: Η αξίωση αποζημίωσης γεννάται εφόσον επιπλέον υφίσταται αιτιώδης σύνδεσμος ανάμεσα στην παράνομη και υπαίτια συμπεριφορά του γιατρού και τη ζημία που έχει υποστεί ο ασθενής. Η ελληνική νομολογία ακολουθεί σταθερά τη θεωρία της

⁶⁹ Σχετικά με το ζήτημα αυτό βλ. Γεωργιάδη Απόστολο, Ενοχικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος, 1999, σελ 601 και τον ίδιο σε ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος IV, (Ειδικό Ενοχικό), άρθρο 914, αρ.22 επ., 1982.

⁷⁰ Βλ. μέρος δεύτερο, κεφ. 4, 4.5.

πρόσφορης αιτίας για την εξέταση του αιτιώδους συνδέσμου και στο πεδίο της αστικής ευθύνης των γιατρών⁷¹. Σύμφωνα με τη θεωρία αυτή, αιτιώδης σύνδεσμος υφίσταται όταν η παράνομη ζημιογόνος συμπεριφορά ήταν σύμφωνα με τα διδάγματα της κοινής πείρας ικανή και πρόσφορη να επιφέρει το ζημιογόνο αποτέλεσμα κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων.

Ωστόσο, στο πεδίο της αστικής ευθύνης του γιατρού ανακύπτουν για τον ασθενή συχνά μεγάλες αποδεικτικές δυσχέρειες αναφορικά με το ζήτημα του αιτιώδους συνδέσμου. Είναι, δηλαδή, πολύ δύσκολο να διαπιστωθεί με βεβαιότητα η αιτιώδης σχέση της παράνομης και υπαίτιας συμπεριφοράς του γιατρού με τη βλάβη που επήλθε στον ασθενή, επειδή είναι σχεδόν αδύνατο να διαπιστωθούν τα ακριβή αίτια που δημιούργησαν τις συγκεκριμένες αντιδράσεις στο συγκεκριμένο οργανισμό. Η δυσχέρεια αυτή οφείλεται αφενός στην εγγενή επικινδυνότητα της ιατρικής πράξης, που συνιστά άμεση επέμβαση στον ανθρώπινο οργανισμό και συνδέεται με ποικίλες και ενίοτε απρόβλεπτες επιπλοκές και αφετέρου στην ιδιαιτερότητα του κάθε οργανισμού, από την οποία εξαρτώνται και οι αντιδράσεις του. Ενόψει της κατάστασης αυτής είναι σαφές ότι ο ασθενής περιέρχεται σε πραγματικά δυσμενή θέση, αφού αυτός φέρει το βάρος της απόδειξης της συνδρομής του αιτιώδους συνδέσμου ανεξάρτητα από τη νομική βάση που θα χρησιμοποιήσει για να θεμελιώσει την αξίωσή του. Για το λόγο αυτό έχουν διατυπωθεί διεθνώς διάφορες απόψεις προς αντιμετώπιση του προβλήματος, χωρίς όμως αυτές να μπορούν να μεταφερθούν στο πλαίσιο του ελληνικού δικαίου, χωρίς να δημιουργούνται αμφισβητήσεις⁷².

5.2 Σύγκριση ενδοσυμβατικής- αδικοπρακτικής ευθύνης

Η ρύθμιση της αδικοπρακτικής και της ενδοσυμβατικής ευθύνης παρουσιάζει σημαντικές διαφορές, οι κυριότερες από τις οποίες είναι⁷³:

α) *Βάρος απόδειξης*: Στην ενδοσυμβατική ευθύνη η υπαιτιότητα του ζημιώσαντος τεκμαίρεται (νόθος αντικειμενική ευθύνη), όπως συνάγεται από τα άρθρα 336, 342, 363 ΑΚ. Επομένως, αυτός θα πρέπει να αποδείξει ότι δεν βαρύνεται με υπαιτιότητα, προκειμένου να απαλλαγεί. Αντίθετα, στην αδικοπρακτική ευθύνη, ο ζημιωθείς πρέπει να αποδείξει ότι συντρέχουν όλες οι προϋποθέσεις γένεσης της αξίωσης, επομένως και την υπαιτιότητα (υποκειμενική ευθύνη).

⁷¹ ΑΠ 1227/2007(Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών ΔΣΑ), ΠΠρΘεσ 33096/2007 (Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών ΔΣΑ, ΑΠ 1878/2006 (Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών ΔΣΑ, ΕφΘεσ 2384/2005 (Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών ΝΟΜΟΣ)

⁷² Για το ζήτημα αυτό, αλλά και για τις διάφορες λύσεις που έχουν προταθεί Βλ. Φουντεδάκη Κατερίνα, Το πρόβλημα του αιτιώδους συνδέσμου στην ιατρική ευθύνη, ΕλλΔνη 35 (1994), σελ. 1226 επ.

⁷³ Αναλυτικά για τις διαφορές Βλ. Σταθόπουλο Μιχάλη, Επιτομή Γενικού Ενοχικού Δικαίου, 2004, σελ 295-296.

β) *Ηθική βλάβη*: Το δίκαιό μας δεν αναγνωρίζει γενικά την ικανοποίηση της ηθικής βλάβης σε όλες τις περιπτώσεις. Το άρθρο 299 ΑΚ προβλέπει ότι η ηθική βλάβη ικανοποιείται μόνο στις περιπτώσεις που ορίζει ο νόμος. Μια τέτοια περίπτωση είναι αυτή της αδικοπραξίας, όπως ορίζεται στο άρθρο 932 ΑΚ. Ως εκ τούτου, στην ενδοσυμβατική ευθύνη ικανοποιείται μόνο η περιουσιακή ζημία, καθώς ο νόμος δεν αναγνωρίζει την ικανοποίηση της ηθικής βλάβης.

Αυτή η διαφορά εξηγεί γιατί η αδικοπρακτική ευθύνη αποτελεί τη συχνότερη νομική βάση των αγωγών αποζημίωσης που απασχόλησαν μέχρι τώρα τα ελληνικά δικαστήρια, στο πεδίο της ιατρικής αστικής ευθύνης⁷⁴.

γ) *Παραγραφή*: Στην αδικοπρακτική ευθύνη προβλέπεται πενταετής παραγραφή που αρχίζει από τότε που ο ζημιωθείς έλαβε γνώση της ζημίας και του υπόχρεου προς αποζημίωση και που πάντως δεν μπορεί να ξεπερνά τα είκοσι χρόνια από τότε που έγινε η πράξη (ΑΚ 937). Από την άλλη πλευρά, στην ενδοσυμβατική ευθύνη ισχύει κατά κανόνα η γενική εικοσαετής παραγραφής (ΑΚ 249).

5.3 Συρροή ενδοσυμβατικής και αδικοπρακτικής ευθύνης

Όταν η πράξη που συνιστά αθέτηση ενοχικής υποχρέωσης και στοιχειοθετεί ενδοσυμβατική ευθύνη είναι συγχρόνως και καθεαυτή παράνομη, δηλαδή θα ήταν παράνομη ακόμη και αν δεν υπήρχε η προϋπάρχουσα ενοχική σχέση, γίνεται δεκτή στο ελληνικό δίκαιο η συρροή των δύο λόγων ευθύνης, δηλαδή της ενδοσυμβατικής και της αδικοπρακτικής⁷⁵. Έτσι, η επιλογή της μίας ή της άλλης οδού από τον ενάγοντα εξαρτάται από τις δυνατότητές του σε σχέση με το βάρος της απόδειξης, από τα χρονικά όρια της παραγραφής και από τα επιδικαζόμενα ποσά για επανόρθωση της ζημίας.

Στα περισσότερα νομικά συστήματα γίνεται δεκτή αυτή η συρροή αδικοπρακτικής και ενδοσυμβατικής ευθύνης. Εξαίρεση αποτελεί το Γαλλικό νομικό σύστημα, όπου επικρατούσα άποψη σε θεωρία και νομολογία είναι ότι αδικοπρακτική ευθύνη υφίσταται μόνο σε περίπτωση έλλειψης συμβατικού δεσμού⁷⁶. Ο κανόνας, λοιπόν, στο Γαλλικό δίκαιο δεν είναι η συρροή αλλά το ασυμβίβαστο των δύο νόμιμων λόγων ευθύνης και επομένως ο ζημιωθείς δε μπορεί να επιλέξει κατά το εκάστοτε συμφέρον του τη μία ή την άλλη νομική βάση.

⁷⁴ Φουντεδάκη Κατερίνα, Αστική Ιατρική Ευθύνη, 2003, σελ. 339, Τρόκανας Θεόδωρος, Το ιατρικό σφάλμα και η ευθύνη για αλλότριες πράξεις στο χώρο του ιατρικού δικαίου μέσα από τη δημοσιευμένη ελληνική νομολογία των πολιτικών δικαστηρίων της τελευταίας δεκαετίας, σε Ιατρική Ευθύνη στην πράξη, Νομολογιακές τάσεις της τελευταίας δεκαετίας, επιμέλεια: Γώγος, Καϊάφα-Γκμπάντι, Παπαδοπούλου, Φουντεδάκη, 2010, σελ. 136.

⁷⁵ Σταθόπουλος Μιχάλης, Επιτομή Γενικού Ενοχικού Δικαίου, 2004, σελ 297.

⁷⁶ Ομπέση Φιλομήλα, Η νομική φύση της ιατρικής ευθύνης στο αστικό δίκαιο: επισημάνσεις συγκριτικού δικαίου, Αρμ. 1993, 407-408.

5.4 Πηγές αδικοπρακτικής ευθύνης στο πεδίο του ιατρικού δικαίου

5.4.1 Ιατρικό Σφάλμα

Η κυριότερη πηγή αδικοπρακτικής ευθύνης του γιατρού είναι το ιατρικό σφάλμα. Ως ιατρικό σφάλμα (medical malpractice, faute médicale) ορίζεται γενικά εκείνη η συμπεριφορά του γιατρού η οποία αξιολογείται ότι υπολείπεται της επιμέλειας την οποία επιβάλλεται αυτός να δείξει στο επάγγελμά του στη συγκεκριμένη περίπτωση ενός ασθενή, κατά κανόνα επειδή ο γιατρός δεν τηρεί το επαγγελματικό του standard ή επειδή παραβιάζει τους κανόνες της ιατρικής επιστήμης και τέχνης (leges artis)⁷⁷. Ως ιατρικό σφάλμα μπορεί να οριστεί συντομότερα η αμελής ιατρική συμπεριφορά, η ιατρική αμέλεια.

Σε επίπεδο θεωρίας έχουν προταθεί τρία κριτήρια για την εξειδίκευση του ιατρικού σφάλματος⁷⁸. Το πρώτο προτεινόμενο κριτήριο, το οποίο ακολουθείται και από τη νομολογία μας⁷⁹, έχει ως σημείο αναφοράς το μέσο συνετό ιατρό (bonus medicus) που τηρεί τους κανόνες της επιστήμης του (leges artis). Σύμφωνα με αυτό αμελής είναι η συμπεριφορά του γιατρού όταν παραβιάζει τους γενικά παραδεκτούς κανόνες της ιατρικής επιστήμης (άρθρο 2 § 3 και 3 § 3 του Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας). Το δεύτερο προτεινόμενο κριτήριο ανάγεται στο σύνολο standards του ιατρικού επαγγέλματος. Ως ιατρικό standard χαρακτηρίζεται το σύνολο των προδιαγραφών ποιότητας στις οποίες πρέπει να ανταποκρίνεται σε ορισμένη περίπτωση η παροχή των ιατρικών υπηρεσιών. Έτσι, σύμφωνα με αυτό το κριτήριο, το οποίο τείνει να επικρατήσει στη θεωρία της ιατρικής ευθύνης, αμελής είναι εκείνη η συμπεριφορά του γιατρού που υπολείπεται των συγκεκριμένων προτύπων ποιότητας. Τέλος, το τρίτο προτεινόμενο κριτήριο έχει ως αφετηρία το συμφέρον του συγκεκριμένου ασθενή. Σύμφωνα με το κριτήριο αυτό, αμελής είναι η συμπεριφορά του γιατρού η οποία βλάπτει το συμφέρον του συγκεκριμένου ασθενούς, ενώ επιμελής εκείνη που ωφελεί τον ασθενή, ακόμα και όταν μέσω αυτής παραβιάζεται η συνήθης επαγγελματική πρακτική (πρώτο κριτήριο) ή των ιατρικών standards (δεύτερο κριτήριο). Υπέρ του τελευταίου κριτηρίου προβάλλεται το επιχείρημα ότι αυτό συμβαδίζει με το άρθρο 3 § 3 του Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας, το οποίο προβλέπει ότι ο γιατρός έχει δικαίωμα να επιλέξει εκείνη τη μέθοδο θεραπείας, την οποία κρίνει ως υπέρτερη έναντι άλλων για το συγκεκριμένο ασθενή.

Το ιατρικό σφάλμα αποτελεί στο ελληνικό δίκαιο περίπτωση όπου θεμελιώνεται τόσο ενδοσυμβατική ευθύνη όσο και αδικοπρακτική ευθύνη του γιατρού (συρροή νομίμων βάσεων).

⁷⁷ Φουντεδάκη Κατερίνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 40.

⁷⁸ Φουντεδάκη Κατερίνα, Αστική Ιατρική Ευθύνη, 2003, σελ. 351 επ.

⁷⁹ ΑΠ 1362/2007(Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών ΔΣΑ), ΠΠρΘεσ 33096/2007(Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών ΔΣΑ), ΕφΘεσ 2384/2005 (Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών ΝΟΜΟΣ).

Στο πλαίσιο της ενδοσυμβατικής ευθύνης, το ιατρικό σφάλμα αποτελεί περίπτωση πλημμελούς εκπλήρωσης της σύμβασης, αφού συνιστά εκπλήρωση της κύριας υποχρέωσης του γιατρού προς παροχή ιατρικής φροντίδας με ελαττώματα. Ως πηγή αδιοπρακτικής ευθύνης, το ιατρικό σφάλμα θέτει το ζήτημα αν εμπίπτει στην έννοια της παρανομίας ή της υπαιτιότητας του άρθρου 914 ΑΚ, ζήτημα που αναφύεται από τον ορισμό του ως αμελούς συμπεριφοράς του γιατρού. Ακολουθώντας την άποψη ότι η παρανομία κρίνεται από τη συμπεριφορά του ζημιώσαντος, η οποία πρέπει καθεαυτή να αποδοκιμάζεται από το δίκαιο, το ιατρικό σφάλμα συνιστά παρανομία⁸⁰ ως συμπεριφορά που αντίκειται τόσο στο θετικό δίκαιο και συγκεκριμένα στους κανόνες του Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας που καθορίζουν το πλαίσιο της ορθής συμπεριφοράς του γιατρού (βλ. άρθρα 2 § 3, 3 § 2-3 και 10 § 1-3), όσο και στους γενικούς-άγραφους κανόνες επιμέλειας που ρυθμίζουν τον τρόπο ενέργειας των γιατρών και απορρέουν από το γενικό καθήκον ασφάλειας και πρόνοιας. Διότι, όπως προαναφέρθηκε⁸¹ ο παράνομος χαρακτήρας μιας πράξης υπάρχει και όταν ο ζημιώσας παραβίασε την υποχρέωση επιμέλειας την οποία οφείλει να επιδεικνύει ένας μέσος λογικός άνθρωπος προς το σκοπό αποφυγής πρόκλησης ζημίας σε αγαθά άλλων προσώπων, άσχετα από το αν η συμπεριφορά του συνιστά παράβαση κάποιου κανόνα δικαίου. Το δίκαιο, δηλαδή, απαγορεύει την αμελή συμπεριφορά ακριβώς επειδή αποκλίνει από εκείνη τη συμπεριφορά, την οποία ένας μέσος συνετός άνθρωπος που ανήκει στον ίδιο επαγγελματικό κύκλο με το ζημιώσαντα όφειλε να επιδείξει. Η απαγόρευση αυτή από το νόμο της αμελούς συμπεριφοράς σημαίνει αναγωγή της σε παράνομη πράξη. Απαγορεύεται η αμέλεια ως μορφή συμπεριφοράς και ως εκ τούτου και το ιατρικό σφάλμα που συνιστά ακριβώς μια τέτοια συμπεριφορά. Το ερώτημα, όμως, που γεννιέται με βάση τα παραπάνω είναι αν η αμέλεια στην περίπτωση αυτή συμπίπτει με το παράνομο, αποτελεί μορφή αυτού (του παρανόμου) και όχι της υπαιτιότητας. Η απάντηση δίνεται μέσα από τη θεωρία της διπλής λειτουργίας της αμέλειας, η οποία έχει διατυπωθεί στο ενοχικό δίκαιο⁸² και η οποία έχει δεκτή και από την ελληνική νομολογία⁸³. Σύμφωνα με αυτή, η ίδια πράξη

⁸⁰ Φουντεδάκη Κατερίνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 41 επ, Τρόκανας Θεόδωρος, Το ιατρικό σφάλμα και η ευθύνη για αλλότριες πράξεις στο χώρο του ιατρικού δικαίου μέσα από τη δημοσιευμένη ελληνική νομολογία των πολιτικών δικαστηρίων της τελευταίας δεκαετίας, σε Ιατρική Ευθύνη στην πράξη, Νομολογιακές τάσεις της τελευταίας δεκαετίας, επιμέλεια: Γώγος, Καϊάφα-Γκιμπάντι, Παπαδοπούλου, Φουντεδάκη, 2010, σελ. 140, Σταθόπουλος Μιχάλης, Επιτομή Γενικού Ενοχικού Δικαίου, 2004, σελ 117.

⁸¹ Βλ. μέρος δεύτερο κεφ 5, 5.1

⁸² Σταθόπουλος Μιχάλης, Επιτομή Γενικού Ενοχικού Δικαίου, 2004, σελ 118.

⁸³ Βλ. ΑΠ 1227/2007 (Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών ΔΣΑ), στην οποία χαρακτηριστικά αναφέρεται: «αν στο πλαίσιο μιας ιατρικής πράξης παραβιασθούν οι κανόνες και οι αρχές της ιατρικής επιστήμης και εμπειρίας ή/και οι υποχρεώσεις επιμέλειας του μέσου συνετού γιατρού της ειδικότητας του παρέχοντος την υπηρεσία που απορρέουν από το γενικό καθήκον ασφάλειας και πρόνοιας, τότε η συμπεριφορά αυτή είναι συγχρόνως παράνομη και υπαίτια».

(αμελής, αντισυναλλακτική συμπεριφορά) συνιστά και την παράνομη και την υπαίτια συμπεριφορά, εκπληρώνοντας έτσι διπλή λειτουργία. Με άλλα λόγια, σε αυτή την περίπτωση η κατάφαση της υπαιτιότητας θα σημαίνει κατάφαση της παρανομίας και αντίστροφα. Βεβαίως, αυτό δε μεταβάλλει το γεγονός ότι κατά το δίκαιό μας, που στηρίζεται στην αρχή της υπαιτιότητας, απαιτούνται και οι δύο προϋποθέσεις για τη στοιχειοθέτηση της αδικοπρακτικής ευθύνης. Απλώς πληρούνται με την ίδια πράξη⁸⁴.

Μια ιδιαίτερη κατηγορία ιατρικού σφάλματος είναι η παράλειψη «θεραπευτικής» ενημέρωσης. Η «θεραπευτική» ενημέρωση⁸⁵ ή «ενημέρωση ασφαλείας» αποτελεί ειδικότερη κατηγορία ενημέρωσης, η οποία αποσκοπεί στην προστασία της ζωής και της υγείας του ασθενούς και στην αποφυγή διακινδύνευσής τους⁸⁶. Αφορά τις θεραπευτικές οδηγίες του γιατρού προς τον ασθενή για τα μέτρα και τα μέσα που είναι απαραίτητα ώστε να έχει θεραπευτικό αποτέλεσμα η θεραπεία που θα ακολουθηθεί. Με το περιεχόμενο αυτό είναι φανερό ότι η θεραπευτική ενημέρωση πηγάζει από την υποχρέωση επιμέλειας του γιατρού και ως εκ τούτου συνδέεται με το ιατρικό σφάλμα.

Σε αντίθεση με τα δύο άλλα είδη ενημέρωσης, δηλαδή τη «γενική» ενημέρωση και τη «νομιμοποιητική» ενημέρωση του ασθενούς, που κατοχυρώνονται ρητώς στο ελληνικό δίκαιο και για τις οποίες έγινε ήδη λόγος⁸⁷, δε γίνεται καμία ρητή αναφορά στο νόμο για τη «θεραπευτική» ενημέρωση. Η παράλειψη αυτή δεν είναι τυχαία αλλά δικαιολογημένη, αφού η θεραπευτική ενημέρωση συνιστά, όπως προαναφέρθηκε, εκδήλωση των υποχρεώσεων επιμέλειας του γιατρού και δε χρειάζεται ιδιαίτερη θεμελίωση⁸⁸.

Σε αυτή την ιδιαίτερη κατηγορία ιατρικού σφάλματος έχουν κριθεί νομολογιακά ότι εμπίπτουν ενδεικτικά⁸⁹: α) η μη καθοδήγηση ασθενή για τη συμμετοχή και συνεργασία του σε ορισμένη ιατρική πράξη, β) η μη παροχή οδηγιών για τη χρήση φαρμάκων (δοσολογία, παρενέργειες, αντενδείξεις), γ) η μη πληροφόρηση για τον κίνδυνο εμφάνισης ασθένειας, επιπλοκής ή χειροτέρευσης της υγείας του ασθενή και συνακόλουθα της ανάγκης ιατρικής παρακολούθησης ή περαιτέρω εξετάσεων ή εισαγωγής σε νοσοκομείο, δ) η μη παροχή οδηγιών και συστάσεων για τον τρόπο ζωής του ασθενή (π.χ διατροφή, κάπνισμα), ε) η μη ενημέρωση

⁸⁴ Η ελληνική νομολογία δεν έχει πάρει θέση στο ζήτημα, αφού στις περισσότερες αποφάσεις κάνει λόγο γενικά και αφηρημένα για «αμέλεια» του γιατρού, χωρίς να διευκρινίζει αν αυτή εμπίπτει στην έννοια της παρανομίας ή της υπαιτιότητας.

⁸⁵ Τον όρο αυτό χρησιμοποιεί στο ελληνικό δίκαιο η Ανδρουλιδάκη-Δημητριάδη (βλ. Η υποχρέωση ενημέρωσης του ασθενούς, Συμβολή στη διακρίβωση της αστικής ιατρικής ευθύνης, 1993, σελ. 261-262).

⁸⁶ Φουντεδάκη Κατερίνα, Αστική Ιατρική Ευθύνη, 2003, σελ. 396.

⁸⁷ Βλ. ανωτέρω υποσημείωση 34.

⁸⁸ Φουντεδάκη Κατερίνα, Αστική Ιατρική Ευθύνη, 2003, σελ. 396.

⁸⁹ Φουντεδάκη Κατερίνα, Αστική Ιατρική Ευθύνη, 2003, σελ. 398-399.

για τις στατιστικές πιθανότητες αποτυχίας μιας ιατρικής πράξης ή διάγνωσης, στ) η μη γνωστοποίηση ιατρικού σφάλματος που έχει διαπράξει ο ίδιος⁹⁰ ή άλλος γιατρός, ζ) η μη προσπάθεια γιατρού να μεταπείσει ασθενή που αρνείται μια αναγκαία ιατρική πράξη ή θεραπεία.

Άλλες περιπτώσεις ιατρικού σφάλματος αποτελούν το σφάλμα ανάληψης, δηλαδή η διενέργεια από το γιατρό ιατρικής πράξης χωρίς αυτός να διαθέτει τις ατομικές ικανότητες και τις αντικειμενικές προϋποθέσεις για την τήρηση του οφειλόμενου αντικειμενικού προτύπου επιμέλειας⁹¹, το σφάλμα διάγνωσης, το οποίο διαπράττεται από το γιατρό όταν αυτός παραλείπει διαγνωστική μέθοδο επειδή κατά παράβαση των κανόνων της ιατρικής επιστήμης, είτε την αγνοεί, είτε δε σταθμίζει σωστά την αναγκαιότητά της⁹² και τέλος το σφάλμα οργάνωσης, που σχετίζεται με την οργάνωση της παροχής της ιατρικής υπηρεσίας και αφορά οργανωμένους συλλογικούς φορείς, δηλαδή νοσοκομεία και κλινικές⁹³.

5.4.2 Λοιπές περιπτώσεις γέννησης αδικοπρακτικής ευθύνης

Αδικοπρακτική ευθύνη του γιατρού μπορεί να στοιχειοθετηθεί και σε άλλες περιπτώσεις, ανεξάρτητα από την ύπαρξη ιατρικού σφάλματος. Χαρακτηριστική είναι η περίπτωση της αυθαίρετης ιατρικής πράξης, της πράξης δηλαδή που επιχείρησε ο γιατρός χωρίς την προηγούμενη ενημέρωση (νομιμοποιητική ενημέρωση) και συναίνεση του ασθενούς, όπως έχει ήδη εκτεθεί σε άλλο μέρος της παρούσας εργασίας⁹⁴. Επίσης, δεν αποκλείεται η γέννηση αδικοπρακτικής ευθύνης και σε άλλες περιπτώσεις παράνομων ζημιογόνων πράξεων που έρχονται σε αντίθεση με όσα ορίζει ο νόμος, όπως για παράδειγμα η παράβαση εκ μέρους του γιατρού της υποχρέωσης τήρησης ιατρικού απορρήτου, ιατρικού αρχείου κλπ.

6. ΕΥΘΥΝΗ ΓΙΑΤΡΟΥ ΩΣ ΠΑΡΕΧΟΝΤΟΣ ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ (ΑΡΘΡΟ 8 Ν. 2251/1994)

⁹⁰ Χαρακτηριστική είναι η ΕφΘεσ 1905/2006 (Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών ΔΣΑ), η οποία έκρινε ότι υπάρχει ιατρικό σφάλμα του οφθαλμιάτρου, επειδή παρέλειψε να ενημερώσει τον ασθενή ότι κατά τη διάρκεια επέμβασης για διόρθωση μυωπίας με χρήση μηχανήματος laser επήλθε βλάβη στον κερατοειδή του οφθαλμού του ασθενή.

⁹¹ Φουντεδάκη Κατερίνα, Αστική Ιατρική Ευθύνη, 2003, σελ. 418 επ.

⁹² Φουντεδάκη Κατερίνα, Αστική Ιατρική Ευθύνη, 2003, σελ. 395.

⁹³ Φουντεδάκη Κατερίνα, Αστική Ιατρική Ευθύνη, 2003, σελ. 427-429.

⁹⁴ Βλ. μέρος δεύτερο, κεφ. 4, 4.4.1 (αρ. 3ζ).

Η υπαγωγή της ευθύνης του γιατρού στη ρυθμιστική εμβέλεια του άρθρου 8 ν. 2251/1994 ουδέποτε αμφισβητήθηκε από την ελληνική θεωρία⁹⁵. Μάλιστα, από τη σκοπιά της ελληνικής νομολογίας, ο Άρειος Πάγος επικύρωσε για πρώτη φορά την άποψη αυτή της θεωρίας με την υπ' αρ. 1227/2007 απόφασή του⁹⁶.

Σύμφωνα με την πρώτη παράγραφο του άρθρου 8 ν. 2251/1994 (όπως αυτό τροποποιήθηκε με το άρθρο 10 του ν. 3587/2007), «ο παρέχων υπηρεσίες ευθύνεται για κάθε περιουσιακή ζημία ή ηθική βλάβη που προκάλεσε παράνομα και υπαίτια, με πράξη ή παράλειψή του, κατά την παροχή αυτών στον καταναλωτή. Ως παρέχων υπηρεσίες νοείται όποιος, στο πλαίσιο άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας, παρέχει υπηρεσία, κατά τρόπο ανεξάρτητο». Από τη γραμματική διατύπωση του νόμου προκύπτει ότι προϋποθέσεις εφαρμογής του είναι οι εξής:

α) *υπηρεσία που παρέχεται κατά τρόπο ανεξάρτητο και στο πλαίσιο άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας*: Κατά την κρατούσα ερμηνεία, υπηρεσία που παρέχεται κατά τρόπο ανεξάρτητο υπάρχει, όταν ο παρέχων την υπηρεσία δεν υπόκειται σε υποδείξεις ή οδηγίες του αποδέκτη των υπηρεσιών, αλλά δρα αυτόνομα και ανεξάρτητα επιλέγοντας τα μέσα για την εκτέλεση της υπηρεσίας του⁹⁷. Αποφασιστικό, λοιπόν, κριτήριο για τη στοιχειοθέτηση της ευθύνης του γιατρού σύμφωνα με το άρθρο 8 του ν. 2251/1994 είναι το αν ο ασθενής (αποδέκτης των υπηρεσιών) δίδει συγκεκριμένες εντολές ή κατευθύνσεις στον παρέχοντα τις ιατρικές υπηρεσίες ως προς το είδος, την ποιότητα, τη μορφή ή τον τρόπο διεκπεραίωσης των υπηρεσιών. Εφόσον ο παρέχων τις ιατρικές υπηρεσίες επιλέγει ο ίδιος τη θεραπευτική μέθοδο και ενεργεί σύμφωνα με τα μέσα της επιστήμης που ο ίδιος επέλεξε, τότε αυτός ενεργεί κατά τρόπο ανεξάρτητο.

Επιπλέον, ο γιατρός θα πρέπει να ασκεί επαγγελματική δραστηριότητα. Υποστηρίζεται, μάλιστα, ότι η παροχή ιατρικών υπηρεσιών δεν είναι αναγκαίο να παρέχεται με αντάλλαγμα,

⁹⁵ Γεωργιάδης Απόστολος, Ενοχικό Δίκαιο, Ειδικό μέρος, Τόμος II, 2007, σελ 206, Φουντεδάκη Κατερίνα σε Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτή (επιμέλεια Ελ. Αλεξανδρίδου), 2008, σελ. 444, Καράκωστας Ιωάννης, Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτή, Ερμηνεία, Νομολογία, Πρακτική Εφαρμογή, 2008, σελ. 331.

⁹⁶ Η απόφαση αυτή είναι δημοσιευμένη στην Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών του ΔΣΑ. Ακολούθησαν στη συνέχεια και άλλες αποφάσεις που υποστήριξαν τη θέση αυτή, όπως η ΠΠρΠειρ 4591/2009 (δημοσιευμένη Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών του ΔΣΑ) και η ΠΠρΘεσ 24582/2008 (Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών ΝΟΜΟΣ), οι οποίες επισημαίνουν ότι το άρθρο 8 του ν. 2251/1994 εφαρμόζεται και στις περιπτώσεις ιατρικής ευθύνης, αφού ο παρέχων τις ιατρικές υπηρεσίες δρα κατά τρόπο ανεξάρτητο, χωρίς να υπακούει σε εντολές ή υποδείξεις του ασθενή.

⁹⁷ Γεωργιάδης Απόστολος, Ενοχικό Δίκαιο, Ειδικό μέρος, Τόμος II, 2007, σελ 206, Φουντεδάκη Κατερίνα σε Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτή (επιμέλεια Ελ. Αλεξανδρίδου), 2008, σελ. 444, Καράκωστας Ιωάννης, Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτή, Ερμηνεία, Νομολογία, Πρακτική Εφαρμογή, 2008, σελ. 285.

γεγονός που σημαίνει ότι η δωρεάν παροχή συμβουλών εκ μέρους του γιατρού δεν αποχαρακτηρίζει την ιδιότητά του ως επαγγελματία⁹⁸.

β) *παρανομία*: Σύμφωνα με την κρατούσα στο ελληνικό δίκαιο άποψη, η παρανομία στο άρθρο 8 νοείται με την έννοια της ΑΚ 914, στην οποία όπως αναφέρθηκε παραπάνω περιλαμβάνεται και η συμπεριφορά που, χωρίς να αντίκειται σε συγκεκριμένη διάταξη νόμου, παραβιάζει τη γενική υποχρέωση πρόνοιας και ασφάλειας στις συναλλαγές. Υπό την έννοια αυτή, η απλή παράβαση της σύμβασης δεν αρκεί για τη θεμελίωση του παρανόμου και τη συνακόλουθη εφαρμογή του άρθρου. Ως εκ τούτου, η ευθύνη του παρέχοντος υπηρεσίες εφαρμόζεται ανεξάρτητα από την ύπαρξη συμβατικής σχέσης μεταξύ του παρέχοντος υπηρεσίες και του αποδέκτη των υπηρεσιών⁹⁹. Αυτό, όμως, δε σημαίνει ότι αποκλείεται η ύπαρξη και συμβατικής σχέσης. Αν υπάρχει και συμβατική παράβαση, θα συντρέχει περίπτωση συρροής αξιώσεων.

γ) *υπαιτιότητα*: Η υπαιτιότητα στο άρθρο 8 δεν απέχει από την κοινή του έννοια στο δίκαιο της αποζημίωσης, περιλαμβάνοντας το δόλο και την αμέλεια. Μάλιστα, το ίδιο το κείμενο του νόμου (άρθρο 8 § 4 εδ. β') θέτει ως βασικό κριτήριο για την έλλειψη υπαιτιότητας την «ευλόγως προσδοκώμενη ασφάλεια», η οποία στη συνέχεια της διάταξης εξειδικεύεται με βάση μια σειρά «ειδικών συνθηκών» και ιδιαίτερα τη φύση και το αντικείμενο της υπηρεσίας, ιδίως σε σχέση με το βαθμό επικινδυνότητάς της, την παρουσίαση και τον τρόπο παροχής της υπηρεσίας, τον χρόνο παροχής της υπηρεσίας, την αξία της παρεχόμενης υπηρεσίας, την ελευθερία δράσης που καταλείπεται στον ζημιωθέντα, το αν ο ζημιωθείς ανήκει σε κατηγορία μειονεκτούντων ή ευπρόσβλητων προσώπων και το αν η παρεχόμενη υπηρεσία αποτελεί εθελοντική προσφορά του παρέχοντος αυτήν¹⁰⁰. Μάλιστα, γίνεται δεκτό ότι τα παραπάνω κριτήρια συνηγορούν υπέρ της επίτασης της ευθύνης του γιατρού ως παρέχοντος υπηρεσίες σε σχέση με το σύννηθες, αφού η διενέργεια ιατρικών πράξεων από τη φύση της εγκυμονεί σοβαρούς κινδύνους για προσωποπαγή έννομα αγαθά (ζωή, υγεία) του ασθενούς, ενώ και ο ίδιος ο ασθενής μπορεί να θεωρηθεί ότι ανήκει σε μια ευπαθή ομάδα του πληθυσμού. Εξάλλου, ο

⁹⁸ Γεωργιάδης Απόστολος, Ενοχικό Δίκαιο, Ειδικό μέρος, Τόμος II, 2007, σελ 206.

⁹⁹ Φουντεδάκη Κατερίνα σε Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτή (επιμέλεια Ελ. Αλεξανδρίδου), 2008, σελ. 447, η οποία υποστηρίζει ότι αυτή η ερμηνευτική εκδοχή επιβεβαιώνεται και από την προσθήκη του όρου «παρανομία» στη διατύπωση του άρθρου 8, αφού αν ο νομοθέτης ήθελε να καλυφθεί και η απλή παράβαση συμβατικής υποχρέωσης, μπορούσε να την αναφέρει επίσης ρητά, *Καράκωστας Ιωάννης*, Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτή, Ερμηνεία, Νομολογία, Πρακτική Εφαρμογή, 2008, σελ. 284 και 285.

¹⁰⁰ Γίνεται, πάντως, δεκτό ότι τα ανωτέρω κριτήρια της παραγράφου 4 του άρθρου 8 αναφέρονται και στην προϋπόθεση της παρανομίας, και κατά συνέπεια πρέπει να θεωρηθεί ότι τέτοια παράνομη και υπαίτια συμπεριφορά υπάρχει όταν η παροχή της υπηρεσίας δεν ανταποκρίνεται στην «ευλόγως προσδοκώμενη ασφάλεια» (Βλ. Φουντεδάκη Κατερίνα σε Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτή (επιμέλεια Ελ. Αλεξανδρίδου), 2008, σελ. 448).

γιατρός σε κάθε περίπτωση δρα με μεγάλη ελευθερία κατά τη διενέργεια των ιατρικών πράξεων¹⁰¹.

δ) *ζημία*: Μετά την τροποποίηση του άρθρου 8 με το νόμο 3587/2007, προβλέπεται πλέον ρητώς στην παράγραφο 1 αυτού ότι αποκαθίσταται πέραν της περιουσιακής ζημίας και η ηθική βλάβη που υφίσταται ο ασθενής από την πλημμελή παροχή υπηρεσιών του γιατρού.

ε) *αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της παροχής ιατρικών υπηρεσιών και της ζημίας*: Η παράγραφος 3 του άρθρου 8 του ν. 2251/1994 ορίζει ότι ο ζημιωθείς υποχρεούται να αποδείξει τη ζημία του και την αιτιώδη συνάφεια μεταξύ της παροχής υπηρεσίας και της ζημίας του. Εκ πρώτης όψεως φαίνεται ότι η διάταξη αυτή παρεκκλίνει από τους γενικούς κανόνες της αδικοπρακτικής ευθύνης κατά τους οποίους απαιτείται ο αιτιώδης σύνδεσμος να υφίσταται μεταξύ της παράνομης και υπαίτιας πράξης και της ζημίας. Στην πραγματικότητα, ωστόσο, η παράγραφος 3 του άρθρου 8 αφορά την κατανομή του βάρους της απόδειξης και όχι την ίδια την προϋπόθεση της αιτιώδους συνάφειας, στην οποία εξακολουθούν να εφαρμόζονται τα γενικώς ισχύοντα¹⁰². Όπως προκύπτει και από την παράγραφο 1 του ως άνω άρθρου, απαιτείται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της παράνομης και υπαίτιας πράξης ή παράλειψης του παρέχοντος την υπηρεσία και της ζημίας. Απλώς, με την παράγραφο 3 τίθεται δικονομικός κανόνας βάσει του οποίου ο ζημιωθείς προκειμένου να αποζημιωθεί, αρκεί να αποδείξει την αιτιώδη συνάφεια μεταξύ της ζημίας και της παροχής υπηρεσίας γενικά. Ο παρέχων την υπηρεσία, από την άλλη πλευρά, για να απαλλαγεί από την ευθύνη, πρέπει να αποδείξει ότι η ζημία που προκλήθηκε δεν οφείλεται σε δική του παράνομη και υπαίτια πράξη¹⁰³.

Η καινοτομία που εισήγαγε το άρθρο 8 είναι η αντιστροφή του βάρους της απόδειξης όχι μόνο της υπαιτιότητας αλλά και της παρανομίας, ρύθμιση που συναντάται πρώτη φορά στο ελληνικό δίκαιο. Από το συνδυασμό των παραγράφων 3 και 4 του άρθρου 8 προκύπτει η καθιέρωση ενός είδους νόθου αντικειμενικής ευθύνης του παρέχοντος την υπηρεσία. Ο νόμος, όμως, καθιερώνει πλέον ρητά αντιστροφή του βάρους της απόδειξης όχι μόνο ως προς την υπαιτιότητα αλλά και ως προς την παρανομία. Έτσι, ο ζημιωθείς-ασθενής οφείλει να αποδείξει

¹⁰¹ Φουντεδάκη Κατερίνα, Αστική Ιατρική Ευθύνη, 2003, σελ. 330, υποσημείωση 33.

¹⁰² Φουντεδάκη Κατερίνα σε Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτή (επιμέλεια Ελ. Αλεξανδρίδου), 2008, σελ. 450.

¹⁰³ Βλ. Φουντεδάκη Κατερίνα σε Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτή (επιμέλεια Ελ. Αλεξανδρίδου), 2008, σελ. 450, η οποία επισημαίνει: «αμφισβητείται, πάντως αν η παράγραφος 3 του άρθρου 8 προσφέρει κάποια αποδεικτική διευκόλυνση στον ζημιωθέντα-ασθενή, ή αντίθετα, επιβαρύνει τη θέση του. Το περιεχόμενο της προϋπόθεσης δεν είναι σαφές. Σύμφωνα με μια ερμηνεία, αρκεί ο ζημιωθείς να αποδείξει ότι η παροχή υπηρεσίας ήταν από τη φύση της πρόσφορη, σύμφωνα με την κανονική πορεία των πραγμάτων, να προκαλέσει τη συγκεκριμένη ζημία..., ενώ κατ' άλλους ο ζημιωθείς οφείλει να αποκλείσει κάθε άλλο («εξωτερικό») αίτιο εκτός της παροχής της υπηρεσίας, που θα μπορούσε να έχει προκαλέσει τη ζημία. Είναι προφανές ότι η δεύτερη εκδοχή δυσχεραίνει πολύ τη θέση του ζημιωθέντος, ενώ το αντίθετο συμβαίνει με την πρώτη».

την παροχή της υπηρεσίας του γιατρού, τη ζημία και τον αιτιώδη σύνδεσμο μεταξύ της παροχής υπηρεσίας και της ζημίας¹⁰⁴. Η παρανομία και η υπαιτιότητα της πράξης του ζημιώσαντος τεκμαίρεται, με συνέπεια ο παρέχων την υπηρεσία-γιατρός να πρέπει να αποδείξει ότι δεν υφίσταται παράνομη και υπαίτια πράξη, προκειμένου να απαλλαγεί από την ευθύνη του. Με αυτό τον τρόπο, παρέχεται μια σημαντική αποδεικτική διευκόλυνση στον ασθενή, ο οποίος βρίσκεται συχνά σε μειονεκτική θέση σε σχέση με τον ζημιώσαντα γιατρό, εξαιτίας του ελλείμματος γνώσεων του μέσου ανθρώπου σχετικά με την παρεχόμενη ιατρική υπηρεσία. Είναι φανερό ότι η αντιστροφή του βάρους της απόδειξης όχι μόνο της υπαιτιότητας, αλλά και της παρανομίας διαφοροποιεί την ευθύνη του παρέχοντος υπηρεσία κατά το άρθρο 8 όχι μόνο από την αδιοπρακτική ευθύνη στην οποία ισχύει η υποκειμενική ευθύνη του ζημιώσαντος, αλλά και από την ενδοσυμβατική ευθύνη στην οποία τεκμαίρεται μεν το πταίσμα του οφειλέτη όχι, όμως, και η αντισυμβατική συμπεριφορά αυτού.

Στην ελληνική θεωρία και νομολογία επικρατεί πλέον η άποψη ότι το άρθρο 8 καθιερώνει αυτοτελή νόμιμο λόγο ευθύνης εκ του νόμου (*ex lege*)¹⁰⁵. Ωστόσο, κατά μια άλλη προσέγγιση και με δεδομένο ότι οι προϋποθέσεις που τίθενται από το άρθρο 8 ταυτίζονται με αυτές του άρθρου 914 ΑΚ, το άρθρο 8 δεν εισάγει έναν αυτοτελή νόμιμο λόγο ευθύνης, αλλά καθιερώνει μια ειδική περίπτωση αδιοπραξίας του παρέχοντος υπηρεσίες, ρυθμίζοντας ειδικά ορισμένα ζητήματα¹⁰⁶. Εφόσον, επομένως, βρισκόμαστε εντός του πεδίου εφαρμογής του άρθρου 8, η αδιοπρακτική ευθύνη του παρέχοντος την υπηρεσία υπόκειται στις ειδικότερες προϋποθέσεις του άρθρου αυτού σχετικά με την κατανομή του βάρους της απόδειξης και τα κριτήρια εκτίμησης της παρανομίας και της υπαιτιότητας¹⁰⁷.

Η γενικότητα της διατύπωσης του άρθρου 8 του ν. 2251/1994 συνηγορεί υπέρ της εφαρμογής του και στις περιπτώσεις της αυθαίρετης ιατρικής πράξης, ήτοι της ιατρικής πράξης που διενεργήθηκε χωρίς την προηγούμενη ενημέρωση του ασθενούς¹⁰⁸. Στην περίπτωση αυτή, ο γιατρός θα επιβαρύνεται με την απόδειξη της ύπαρξης συναίνεσης και ενημέρωσης του ασθενούς ή της έλλειψης αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ παρανομίας και ζημίας, προκειμένου να απαλλαγεί από την ευθύνη. Υποστηρίζεται, ωστόσο, και η άποψη ότι η διάταξη δεν αποσκοπεί

¹⁰⁴ Βλ τις ΠΠρΠειρ 4591/2009 (δημοσιευμένη στην Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών του ΔΣΑ) και ΠΠρΘες 24582/2008 (Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών ΝΟΜΟΣ).

¹⁰⁵ Γεωργιάδης Απόστολος, Ενοχικό Δίκαιο, Ειδικό μέρος, Τόμος II, 2007, σελ 206.

¹⁰⁶ Φουντεδάκη Κατερίνα, Αστική Ιατρική Ευθύνη, 2003, σελ.100-101.

¹⁰⁷ Η επιλογή της μίας ή της άλλης άποψης επί του ζητήματος είχε πρακτική σημασία πριν την τροποποίηση του άρθρου 8 με το νόμο 3587/2007, διότι δεν προβλεπόταν ρητά η αποκατάσταση της μη περιουσιακής ζημίας, δυνατότητα που μπορούσε να αναγνωρισθεί μόνο υπό τη θεώρηση της εν λόγω ευθύνης ως αδιοπρακτικής.

¹⁰⁸ Καράκωστας Ιωάννης, Ιατρική Ευθύνη, Χαρακτηριστικά Γνωρίσματα και Νομική Διάσταση Κανόνων Ιατρικής Δεοντολογίας, 2008, σελ. 27-28.

να καλύψει την περίπτωση της αυθαίρετης ιατρικής πράξης¹⁰⁹, αλλά μόνο την περίπτωση του ιατρικού σφάλματος. Επιχείρημα αυτής της άποψης είναι ότι από τη συνάρτηση, στην παράγραφο 4 του άρθρου 8, της υπαιτιότητας με την ευλόγως προσδοκώμενη ασφάλεια προκύπτει ότι η ρύθμιση είναι προσανατολισμένη στην ασφάλεια της παροχής υπηρεσιών, με την έννοια της τήρησης από τον παρέχοντα των κανόνων επιμέλειας που αρμόζουν στο επάγγελμά του. Με άλλα λόγια ο σκοπός της ρύθμισης φαίνεται να περιορίζεται στις περιπτώσεις της επαγγελματικής «αμέλειας» που προκαλεί ζημία στους κοινωνούς. Όμως, σύμφωνα με την άποψη αυτή, η αυθαίρετη, αλλά ενδεδειγμένη και αναγκαία ιατρική πράξη δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι επηρεάζει την ευλόγως προσδοκώμενη ασφάλεια, με αποτέλεσμα τη μη εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 8 του ν. 2251/1994 στην εξεταζόμενη περίπτωση. Εξάλλου, σύμφωνα με την ίδια άποψη, ενόψει του ότι ο γιατρός επιβαρύνεται, κατά την ως άνω διάταξη, με την απόδειξη της έλλειψης της παράνομης και υπαίτιας πράξης, θα ήταν ανεπιεικές να επιρριφθεί σε αυτόν το βάρος απόδειξης της ύπαρξης συναίνεσης και ενημέρωσης του ασθενούς, λόγω των ιδιαίτερων αποδεικτικών δυσχερειών.

Πάντως, αξίζει να αναφερθεί ότι η εν λόγω ρύθμιση του νόμου έχει δεχθεί κριτική όσον αφορά την αντιστροφή του βάρους της απόδειξης σχετικά με την υπαιτιότητα και την παρανομία (ιδίως το δεύτερο), αφού θεωρείται ότι εισάγει κατ' αποτέλεσμα στην ιατρική ευθύνη στοιχεία ευθύνης από διακινδύνευση και στις υποχρεώσεις του γιατρού στοιχεία εγγύησης του αποτελέσματος της ιατρικής πράξης¹¹⁰. Κάτι τέτοιο, όμως, είναι ανεπίτρεπτο, γιατί αφενός ο γιατρός δε μπορεί να θεωρηθεί κάτοχος μιας πηγής κινδύνων από την οποία αντλεί οφέλη και αφετέρου εξαιτίας των απρόβλεπτων αντιδράσεων του κάθε οργανισμού δεν μπορεί να υποσχεθεί στον ασθενή ούτε τη θεραπεία, ούτε την έλλειψη επιπλοκής από την ιατρική πράξη. Στο πλαίσιο, λοιπόν της παρούσας προβληματικής προτείνεται *de lege ferenda* η αντιστροφή του βάρους της απόδειξης σε ορισμένες μόνο περιπτώσεις (π.χ νοσοκομειακές λοιμώξεις, μετάγγιση μολυσμένου αίματος κλπ), ώστε να είναι απόλυτα δικαιολογημένη¹¹¹.

¹⁰⁹ Φουντεδάκη Κατερίνα, Αστική Ιατρική Ευθύνη, 2003, σελ. 240-242.

¹¹⁰ Βλ. αναλυτικά Φουντεδάκη Κατερίνα, Αστική Ιατρική Ευθύνη, 2003, σελ. 145-153.

¹¹¹ Φουντεδάκη Κατερίνα, Αστική Ιατρική Ευθύνη, 2003, σελ. 153-155.

ΜΕΡΟΣ ΤΡΙΤΟ: ΑΣΤΙΚΗ ΙΑΤΡΙΚΗ ΕΥΘΥΝΗ ΚΑΤΑ ΤΗΝ ΙΑΤΡΙΚΩΣ
ΥΠΟΒΟΗΘΟΥΜΕΝΗ ΑΝΑΠΑΡΑΓΩΓΗ

1. ΣΥΜΒΑΣΗ ΙΑΤΡΙΚΗΣ ΑΓΩΓΗΣ ΜΕ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ ΠΡΑΞΕΙΣ ΥΠΟΒΟΗΘΟΥΜΕΝΗΣ ΑΝΑΠΑΡΑΓΩΓΗΣ.

1.1 Πότε υπάρχει σύμβαση

Σύμφωνα με το άρθρο 16§1 του ν. 3305/2005 «Οι μέθοδοι και οι συναφείς τεχνικές του άρθρου 2 εφαρμόζονται σε ειδικά προς τούτο οργανωμένες Μονάδες Ιατρικώς Υποβοηθούμενης Αναπαραγωγής (Μ.Ι.Υ.Α), οι οποίες λειτουργούν σε νοσοκομεία, ιδιωτικές κλινικές ή άλλους φορείς. Οι Μ.Ι.Υ.Α που λειτουργούν ως ιδιωτικοί φορείς υποχρεούνται να έχουν διασύνδεση με νοσοκομείο του Ε.Σ.Υ ή πανεπιστημιακό νοσοκομείο ή ιδιωτική κλινική που βρίσκεται σε εύλογη χιλιομετρική απόσταση από αυτές και διαθέτει τμήμα μαιευτικής-γυναικολογίας». Επιπλέον, σχετικά με τις Τράπεζες Κρυοσυντήρησης ο νόμος αυτός στο άρθρο 17§3 ορίζει αυτές λειτουργούν σε νοσοκομεία, ιδιωτικές κλινικές ή άλλους ιδιωτικούς φορείς, είτε εντός των ΜΥΙΑ, είτε αυτοτελώς. Από τη ρύθμιση αυτή του νόμου προκύπτει ότι οι μονάδες υποβοηθούμενης αναπαραγωγής, οι οποίες πλέον νομιμοποιούνται αποκλειστικά για την εφαρμογή μεθόδων υποβοηθούμενης αναπαραγωγής, μπορεί να είναι ή να ανήκουν σε νομικό πρόσωπο τόσο ιδιωτικού (κυρίως ιδιωτική κλινική), όσο και δημοσίου δικαίου (κυρίως νοσοκομείο).

Στην περίπτωση που η παροχή ιατρικών υπηρεσιών που αφορούν υποβοηθούμενη αναπαραγωγή πραγματοποιείται από δημόσιο φορέα-νοσοκομείο, τότε για τη σχέση που συνδέει το γιατρό και τη μονάδα υποβοηθούμενης αναπαραγωγής με τον αποδέκτη των υπηρεσιών υγείας εφαρμόζονται όσα γενικά ισχύουν στη χώρα μας για τη δημόσια περίθαλψη. Κατά την κρατούσα στο ελληνικό δίκαιο άποψη, όταν οι ιατρικές υπηρεσίες παρέχονται από το Δημόσιο ή άλλο ΝΠΔΔ, μεταξύ αυτών και του ασθενούς δημιουργείται μια σχέση δημοσίου δικαίου, που αποκλείει την ύπαρξη σύμβασης ιατρικής αγωγής¹¹². Σε σχέση με την αστική ευθύνη του νοσοκομείου για τις ζημιολογικές πράξεις των γιατρών εφαρμόζονται τα άρθρα 105-106 ΕισΝΑΚ.

¹¹² Φουντεδάκη Κατερίνα, Αστική Ιατρική Ευθύνη, 2003, σελ. 109-110. Ωστόσο, στην ελληνική θεωρία (βλ. Ανδρουλιδάκη-Δημητριάδη Ισμήνη, Η υποχρέωση ενημέρωσης του ασθενούς, Συμβολή στη διακρίβωση της αστικής ιατρικής ευθύνης, 1993, σελ. 20-21 και 37-39) έχει υποστηριχθεί και η άποψη ότι η σχέση γιατρού και ασθενούς εντάσσεται πάντα στους κανόνες ιδιωτικού δικαίου οποιoσδήποτε και αν είναι ο ιατρικός φορέας, δηλαδή ακόμα και όταν εντάσσεται στο δημόσιο τομέα. Σύμφωνα με αυτή την άποψη, η ευθύνη του Δημοσίου ρυθμίζεται με βάση του άρθρο 104 ΕισΝΑΚ.

Επιπλέον, στο πλαίσιο αυτής της άποψης υποστηρίζεται ότι τυγχάνει εφαρμογής το άρθρο 38 του Υπαλληλικού Κώδικα (ν. 2683/1999), σύμφωνα με το οποίο ο υπάλληλος, εν προκειμένω ο γιατρός, δεν ευθύνεται έναντι τρίτων για πράξεις ή παραλείψεις που έκανε κατά την άσκηση των καθηκόντων του, αλλά ευθύνεται μόνο έναντι του Δημοσίου για τις αποζημιώσεις που κατέβαλλε αυτό σε τρίτους βάσει των άρθρων 105-106 ΕισΝΑΚ, εφόσον οι ζημιές αυτές προκλήθηκαν από δόλο ή βαριά αμέλεια.

Αντίθετα, στην περίπτωση που η μονάδα έχει τη μορφή ΝΠΙΔ, μεταξύ των προσώπων που επιθυμούν να αποκτήσουν τέκνο και της μονάδας συνάπτεται σύμβαση ιατρικής αγωγής με αντικείμενο τη διενέργεια πράξεων υποβοηθούμενης αναπαραγωγής¹¹³. Η σύμβαση, βέβαια, αυτή πρέπει να διακριθεί τόσο από τις συναινέσεις που δίδονται για τη διενέργεια πράξεων υποβοηθούμενης αναπαραγωγής, όσο και από τη σύμβαση που συνάπτεται με τον ίδιο ή με άλλο γιατρό για την περαιτέρω παρακολούθηση της κύησης που επιτεύχθηκε με υποβοηθούμενη αναπαραγωγή.

Η νομοθεσία για την υποβοηθούμενη αναπαραγωγή (ν. 3089/2002 και 3305/2005) δε ρυθμίζει καθόλου τη σύμβαση ιατρικής αγωγής με αντικείμενο πράξεις υποβοηθούμενης αναπαραγωγής, προφανώς επειδή ο νομοθέτης δεν έκρινε αναγκαία τη διαφοροποίησή της από όσα γενικά ισχύουν για τη σύμβαση ιατρικής αγωγής¹¹⁴, τα οποία αναλύθηκαν στο δεύτερο μέρος της παρούσας διπλωματικής.

1.2 Αντισυμβαλλόμενα μέρη

Όταν στην ιατρική υποβοήθηση προσφεύγει ένα πρόσωπο (μόνη άγαμη γυναίκα), είναι αυτονόητο ότι αυτή καταρτίζει τη σύμβαση ιατρικής αγωγής. Όταν, όμως, πρόκειται για ζεύγος συζύγων ή συντρόφων, τίθεται το ερώτημα αν με το γιατρό συμβάλλονται και οι δυο ή μόνο το πρόσωπο στο οποίο θα διενεργηθούν οι σχετικές ιατρικές πράξεις (λ.χ τεχνητή σπερματέγχυση με σπέρμα τρίτου δότη σε έγγαμη γυναίκα). Υποστηρίζεται ότι σε αυτή την περίπτωση ορθότερο είναι να γίνει δεκτό ότι με το γιατρό συμβάλλονται και ο άντρας και η γυναίκα, ανεξάρτητα από το σε ποιόν θα διενεργηθούν οι επιμέρους ιατρικές πράξεις, ενόψει του ότι η υποβοηθούμενη αναπαραγωγή αποβλέπει στην αντιμετώπιση του προβλήματος υπογονιμότητας που χαρακτηρίζει συνολικά ένα ζευγάρι και όχι το κάθε μέρος του ξεχωριστά¹¹⁵. Εξάλλου, αυτή λύση συνάγεται και από το άρθρο 1456 ΑΚ, το οποίο απαιτεί τη συναίνεση και των δυο μελών

¹¹³ Φουντεδάκη Κατερίνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 306.

¹¹⁴ Βλ. Εισηγητική Έκθεση ν. 3089/2002, στο άρθρο 1456 ΑΚ.

¹¹⁵ Φουντεδάκη Κατερίνα, Αστική Ιατρική Ευθύνη, 2003, σελ. 278, βλ και Παπαχρίστου Θανάση, ΝΟΜΟΣ 4, Αφιέρωμα στον Νικόλαο Παπαντωνίου, 1996, σελ.649, ο οποίος υποστηρίζει ότι η εκπλήρωση της υποχρέωσης του γιατρού γίνεται και προς τους δυο συζύγους ή συντρόφους, κατά την ΑΚ 495 παρ.1 (αδιαίρετη κοινή παροχή).

του ζεύγους ανεξάρτητα από το ποιος θα υποβληθεί στις ιατρικές πράξεις. Διότι, ναι μεν η συναίνεση διακρίνεται από τη σύμβαση ιατρικής αγωγής, μια τέτοια διαφοροποίηση, όμως, μεταξύ τους εμφανίζεται στη συγκεκριμένη περίπτωση εξεζητημένη¹¹⁶.

Από την άλλη πλευρά, εφόσον στο νόμο ορίζεται ότι η μονάδα υποβοηθούμενης αναπαραγωγής είναι ο αποκλειστικός φορέας για την εφαρμογή μεθόδων υποβοηθούμενης αναπαραγωγής, συνήθως η σύμβαση θα καταρτίζεται με τη μονάδα (π.χ ιδιωτική κλινική) και όχι το μεμονωμένο γιατρό. Σ' αυτή την περίπτωση, θεωρείται ότι η κλινική αναλαμβάνει την ιατρική αγωγή στο σύνολό της (περίπτωση «ενιαίας ή συνολικής νοσοκομειακής περίθαλψης»¹¹⁷) και ο γιατρός που διενεργεί τις ιατρικές πράξεις ενεργεί ως βοηθός εκπλήρωσης της μονάδας υποβοηθούμενης αναπαραγωγής (ΑΚ 334), με αποτέλεσμα να μην έχει προσωπική συμβατική ευθύνη¹¹⁸.

Αν οι ενδιαφερόμενοι συνάψουν σύμβαση ατομικά με ορισμένο ιδιώτη γιατρό, εκ των πραγμάτων και λόγω της απαίτησης του νόμου, η εφαρμογή της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής θα γίνει και πάλι σε κάποια μονάδα με την οποία συνεργάζεται ο γιατρός. Στην περίπτωση αυτή, που ονομάζεται «τμηματική σύμβαση νοσοκομειακής περίθαλψης», πρέπει να γίνει δεκτό ότι οι ενδιαφερόμενοι συμβάλλονται και με τη μονάδα σε σχέση με τη χρησιμοποίηση του προσωπικού και των υποδομών της¹¹⁹. Εδώ, δηλαδή, ο γιατρός δεν ενεργεί ως βοηθός εκπλήρωσης των υποχρεώσεων της μονάδας, αφού οι συμβατικές υποχρεώσεις του γιατρού και της μονάδας αφορούν διαφορετικά θέματα. Ως εκ τούτου, σε περίπτωση σφάλματος του γιατρού-εξωτερικού συνεργάτη της μονάδας θα ιδρύεται δική του προσωπική συμβατική ευθύνη και όχι συμβατική ευθύνη της μονάδας βάσει του άρθρου 334 ΑΚ¹²⁰.

¹¹⁶ Φουντεδάκη Κατερίνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 307-308 και 313, η οποία υποστηρίζει πως «είναι δυνατόν να συνάγεται σε συγκεκριμένη περίπτωση ότι τη σύμβαση συνάπτει μόνο ο ένας, όπως ιδίως όταν ο άλλος δεν έχει την απαιτούμενη δικαιοπρακτική ικανότητα... Σε σχέση όμως με την ιδιότητα του δικαιούχου συμβατικών αξιώσεων έναντι του γιατρού σε περίπτωση παράβασης της σύμβασης, πρέπει να γίνει δεκτό ότι και ο μη συμβαλλόμενος σύζυγος ή σύντροφος καλύπτεται από τον προστατευτικό σκοπό της σύμβασης, αφού η υποβοηθούμενη αναπαραγωγή που αποτελεί το αντικείμενο της σύμβασης αφορά το ζευγάρι συνολικά και όχι ένα μέλος του». (Σχετικά με τη σύμβαση με προστατευτική ενέργεια υπέρ τρίτου μη συμβαλλόμενου βλ. κατωτέρω υποσ. 288).

¹¹⁷ Φουντεδάκη Κατερίνα, Η αστική ιατρική ευθύνη μετά το ν. 2251/1994ΚριτΕ 1996/2, σελ. 200 επ.

¹¹⁸ Επιπλέον, σε αυτή την περίπτωση αν συντρέχουν οι όροι της αδικοπραξίας θα στοιχειοθετείται τόσο ευθύνη της μονάδας βάσει του άρθρου 922 ΑΚ, αφού ο γιατρός θεωρείται ως προστηθείς, όσο και ατομική αδικοπρακτική ευθύνη του γιατρού (εις ολόκληρον ευθύνη γιατρού-μονάδας κατά τα άρθρα 481, 926, 927 ΑΚ).

¹¹⁹ Φουντεδάκη Κατερίνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 309.

¹²⁰ Στην περίπτωση του γιατρού-εξωτερικού συνεργάτη, η νομολογία των ελληνικών δικαστηρίων δέχεται πλέον ότι στοιχειοθετείται αδικοπρακτική ευθύνη και του ιδιωτικού νοσοκομείου βάσει του άρθρου 922 ΑΚ, με την αιτιολογία ότι η δραστηριότητα του γιατρού- εξωτερικού συνεργάτη εμπίπτει στον επιχειρηματικό και επαγγελματικό κύκλο

1.3 Τύπος σύμβασης και απαλλακτικές ρήτρες

Σε αντίθεση με τη συναίνεση στις πράξεις υποβοηθούμενης αναπαραγωγής, η σύμβαση ιατρικής αγωγής με αντικείμενο τη διενέργεια πράξεων υποβοηθούμενης αναπαραγωγής είναι άτυπη, όπως γενικά οι συμβάσεις ιατρικής αγωγής¹²¹. Επομένως, είναι δυνατή και η σιωπηρή κατάρτισή της, όπου η πρόταση και η αποδοχή συνάγονται από τη συμπεριφορά των μερών. Στην πράξη, βέβαια, η σύμβαση αυτή καταρτίζεται εγγράφως. Ακόμα, όμως, και στην περίπτωση που τηρείται ο έγγραφος τύπος, μάλλον δε θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι σε αυτό το έγγραφο ενσωματώνονται και οι απαιτούμενες από το νόμο συναιέσεις, όταν και αυτές υπόκεινται στον ίδιο τύπο. Αυτό ισχύει επειδή σύμφωνα με το άρθρο 1456 ΑΚ, η έγγραφη συναίνεση αφορά κάθε επιμέρους πράξη υποβοήθησης της αναπαραγωγής και προϋποθέτει τη λεπτομερή ενημέρωση του προσώπου που συναινεί (άρθρο 5 ν. 3305/2005)¹²².

Τέλος, η δυνατότητα συνομολόγησης απαλλακτικών ρητρών πρέπει να αποκλεισθεί, όπως ισχύει γενικά για κάθε σύμβαση ιατρικής αγωγής (άρθρα 332§2 εδ.2 ΑΚ, 8§6 σε συνδυασμό με 6§12 ν. 2251/1994)¹²³.

1.4 Νομική φύση σύμβασης

Σύμφωνα με την κρατούσα άποψη, η σύμβαση ιατρικής αγωγής με αντικείμενο πράξεις υποβοηθούμενης αναπαραγωγής ανήκει στον συμβατικό τύπο της σύμβασης έργου, με άμεσο αποτέλεσμα τη διαδικασία τεχνητής γονιμοποίησης και έμμεσο την τεκνοποιία¹²⁴. Ο ιατρός υποχρεούται να προβεί σε όλες τις ιατρικώς ενδεδειγμένες ενέργειες, προκειμένου να καταστεί δυνατή η σύλληψη από τη γυναίκα. Υποστηρίζεται, όμως, και η άποψη¹²⁵ ότι και αυτή η σύμβαση ανήκει στον τύπο των συμβάσεων παροχής ανεξάρτητων υπηρεσιών, στην ειδικότερη μορφή της σύμβασης εμπιστευτικών ελευθέρων εργασιών (ΑΚ 676), όπως και η πλειονότητα των συμβάσεων ιατρικής αγωγής. Επιχείρημα αυτής της άποψης είναι ότι το κρίσιμο στοιχείο της οφειλόμενης από το γιατρό παροχής είναι η τήρηση των κανόνων ιατρικής, η οποία δεν

δράσης του νοσοκομείου. Επομένως και στην περίπτωση αυτή πρόκειται για εις ολόκληρον ευθύνη του γιατρού με το ιδιωτικό νοσοκομείο κατά τα άρθρα 926 και 927 ΑΚ.

¹²¹ Παπαχρίστου Θανάσης, *Η Τεχνητή Αναπαραγωγή στον Αστικό Κώδικα*, 2003, Πρόλογος Γ.Α Κουμάντου, σελ. 43.

¹²² Φουντεδάκη Κατερίνα, *Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη*, 2007, σελ. 314. Αντίθετα Παπαχρίστου Θανάσης, *Η Τεχνητή Αναπαραγωγή στον Αστικό Κώδικα*, Πρόλογος Γ.Α Κουμάντου 2003, σελ. 43.

¹²³ Φουντεδάκη Κατερίνα, *Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη*, 2007, σελ. 310.

¹²⁴ Παπαχρίστου Θανάσης, *Εγχειρίδιο Οικογενειακού Δικαίου*, 3^η έκδοση, 2005, σελ. 207, *ο ίδιος*, ΝΟΜΟΣ 4, Αφιέρωμα στον Νικόλαο Παπαντωνίου, 1996, σελ.648, *Φίλιος Παύλος*, *Οικογενειακό Δίκαιο*, τρίτη έκδοση, 2009, σελ. 225.

¹²⁵ Φουντεδάκη Κατερίνα, *Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη*, 2007, σελ. 314 επ.

συνιστά αποτέλεσμα, αλλά επίδειξη ορισμένης συμπεριφοράς. Κατ' αυτή την άποψη η γονιμοποίηση ή η σύλληψη δε μπορεί να εξασφαλιστεί, ακόμη και με τήρηση κάθε ιατρικής επιμέλειας, αφού είναι δεδομένο ότι όλες οι τεχνικές της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής εμφανίζουν ένα ποσοστό επιτυχίας ανεξάρτητο από το είδος και την ποιότητα των παρεχόμενων υπηρεσιών.

2. ΝΟΜΟΘΕΤΙΚΗ ΟΡΙΟΘΕΤΗΣΗ ΤΟΥ ΕΠΙΤΡΕΠΤΟΥ ΤΗΣ ΙΑΤΡΙΚΩΣ ΥΠΟΒΟΗΘΟΥΜΕΝΗΣ ΑΝΑΠΑΡΑΓΩΓΗΣ (Ν. 3089/2002 ΚΑΙ Ν. 3305/2005)

Το νομοθετικό πλαίσιο που διέπει την υποβοηθούμενη αναπαραγωγή, ήτοι οι νόμοι 3089/2002 (με τον οποίο προστέθηκαν στον Αστικό Κώδικα τα άρθρα 1455-1460) και 3305/2005, θεσμοθετεί κανόνες που θέτουν όρια στη διεξαγωγή της ιατρικής πράξης της υποβοήθησης στην ανθρώπινη αναπαραγωγή. Πέρα από αυτά τα όρια η ιατρική υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή είναι πράξη παράνομη και στοιχειοθετεί την αστική ευθύνη του γιατρού¹²⁶.

Πάντως, από την ειδική αυτή νομοθεσία προκύπτει ότι οι περισσότερες μέθοδοι και τεχνικές της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής προβλέπονται στο νόμο και επιτρέπονται υπό προϋποθέσεις, ενώ λίγες είναι οι πράξεις που απαγορεύονται ολοκληρωτικά¹²⁷.

2.1 Γενικοί όροι του επιτρεπτού για όλες τις πράξεις της ιατρικώς υποβοηθούμενης αναπαραγωγής

Τα άρθρα 1455-1456 ΑΚ θέτουν ορισμένους όρους που πρέπει να πληρούνται προκειμένου να εφαρμοστεί οποιαδήποτε μέθοδος υποβοήθησης στην ανθρώπινη αναπαραγωγή. Συγκεκριμένα οι όροι αυτοί είναι οι εξής:

1. Ιατρική αναγκαιότητα για την προσφυγή στην υποβοηθούμενη αναπαραγωγή (άρθρο 1455 §1 εδ. α): Προκειμένου να είναι νόμιμη η προσφυγή σε μεθόδους ιατρικής υποβοήθησης ώστε να αποκτηθεί τέκνο, θα πρέπει διαζευκτικά, είτε να διαπιστώνεται αδυναμία απόκτησης τέκνων με φυσικό τρόπο, δηλαδή στειρότητα ή υπογονιμότητα, είτε να επιδιώκεται η αποφυγή μετάδοσης στο τέκνο σοβαρής ασθένειας (όπως στην περίπτωση που ο σύζυγος ή ο σύντροφος της μητέρας πάσχει από σοβαρή κληρονομική νόσο, η οποία θα μεταδοθεί στους απογόνους του,

¹²⁶ Βλ. *Ανδρουλιδάκη-Δημητριάδη Ισμήνη*, Αστική ευθύνη του γιατρού από την τεχνητή ανθρώπινη αναπαραγωγή, *Digesta* 2004 (τεύχος Δ), σελ. 440, η οποία επισημαίνει ότι μόνο η κύρια διαδικασία της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής διέπεται από τις απαγορεύσεις και τους περιορισμούς του νόμου, ενώ αντίθετα η ιατρική πράξη της διάγνωσης της ανικανότητας των προσώπων για φυσική αναπαραγωγή, η οποία αποτελεί ξεχωριστή ιατρική πράξη, δεν έχει καμία σχέση με τις τυπικότητες και τις απαγορεύσεις του νόμου 3089/2002 και 3305/2005.

¹²⁷ *Φουντεδάκη Κατερίνα*, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 162.

ενώ μπορεί να αποφευχθεί, αν χρησιμοποιηθεί σπέρμα τρίτου δότη¹²⁸). Ο νόμος, όμως, δεν προσδιορίζει πότε υφίσταται αδυναμία απόκτησης τέκνων ή κίνδυνος μεταδόσεως στο τέκνο σοβαρής ασθένειας, οπότε η ερμηνεία αυτών των όρων ανήκει στο πεδίο της ιατρικής επιστήμης και της βιολογίας. Σε κάθε περίπτωση, πάντως, η ιατρική υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή θα πρέπει να υπαγορεύεται από ιατρικούς λόγους, να είναι ιατρικά αναγκαία¹²⁹.

Ειδικά, για την προϋπόθεση αδυναμίας απόκτησης τέκνων με φυσικό τρόπο, γίνεται δεκτό ότι αυτή μπορεί να σημαίνει είτε αδυναμία σύλληψης, είτε αδυναμία κυοφορίας¹³⁰. Η πρώτη μπορεί να αφορά και τον άνδρα και τη γυναίκα και περιλαμβάνει κυρίως την εμφάνιση προβλήματος στο αναπαραγωγικό σύστημα του ενός ή του άλλου, ενώ η δεύτερη συνδέεται με λόγους που αφορούν αποκλειστικά τη γυναίκα. Η διαπίστωση της υπογονιμότητας γίνεται από τον αρμόδιο θεράποντα ιατρό με ιατρική γνωμάτευση.

Η ιατρική αναγκαιότητα (στεριότητα ή υπογονιμότητα) ως προϋπόθεση της εφαρμογής των μεθόδων υποβοηθούμενης αναπαραγωγής πρέπει κατ' αρχήν να αποτελεί παρούσα κατάσταση και όχι μελλοντική. Η ερμηνεία αυτή στηρίζεται στη διατύπωση του άρθρου 1455 § 1 ΑΚ, σε αντιδιαστολή με τα όσα ορίζει το άρθρο 4 §1 εδ. 3 του ν. 3305/2005 που αφορά την εφαρμογή των μεθόδων της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής από ανηλίκους και κάνει λόγο για ύπαρξη σοβαρού νοσήματος που επισύρει κίνδυνο στειρότητας. Στην περίπτωση, δηλαδή, των ανηλίκων η ιατρική αναγκαιότητα δεν αποτελεί παρούσα κατάσταση κατά την εφαρμογή των μεθόδων της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής, αλλά μελλοντική. Έτσι, τίθεται το ερώτημα μήπως θα ήταν θεμιτή μια διασταλτική ερμηνεία του άρθρου 1455 § 1 ΑΚ, ώστε να εφαρμόζεται και σε περίπτωση που η ιατρική αναγκαιότητα δεν είναι παρούσα κατάσταση, αλλά προβάλλει ως σοβαρό ενδεχόμενο για το μέλλον. Για παράδειγμα, στην περίπτωση ενός άνδρα που προβλέπεται με βεβαιότητα ότι θα χαθεί ή θα μειωθεί σοβαρά η ικανότητα φυσικής αναπαραγωγής λόγω σοβαρής ασθένειας, ερωτάται αν αυτός θα μπορούσε να προσφύγει στην υποβοηθούμενη αναπαραγωγή προληπτικά, ήτοι να προβεί στην κρυοσυντήρηση του γεννητικού υλικού του πριν χάσει την ικανότητά του για φυσική αναπαραγωγή. Σύμφωνα με τη γραμματική ερμηνεία του άρθρου 1455 ΑΚ, η απάντηση είναι αρνητική και ο άνδρας αυτός οφείλει να

¹²⁸ Βλ. Εισηγητική Έκθεση του ν. 3089/2002 στο άρθρο 1455 ΑΚ.

¹²⁹ Φουντεδάκη Κατερίνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 162, Σπυριδάκης Ι.Σ, Η νέα ρύθμιση της τεχνητής γονιμοποίησης και της συγγένειας, 2003, σελ. 14, Κουντουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη, Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005, σελ 9, η οποία επισημαίνει ότι ο όρος της ιατρικής αναγκαιότητας επιβλήθηκε από το νομοθέτη για να δοθεί ένα ηθικό έρεισμα στην τεχνητή γονιμοποίηση, ώστε να μην υπάρχει περιθώριο να χαρακτηριστεί η εφαρμογή της αντίθετη στα χρηστά ήθη.

¹³⁰ Σκορίνη-Παπαρρηγοπούλου Φώνη, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος VII (Οικογενειακό δίκαιο), άρθρα 1455-1456, αρ. 8 επ., 2007.

επιδιώξει μόνο τη φυσική αναπαραγωγή, η οποία ενόψει της ασθένειάς του δεν θα είναι πολύ πιθανή. Η προσφυγή στην υποβοηθούμενη αναπαραγωγή επιτρέπεται μόνο αφότου αυτός ο άνδρας χάσει την αναπαραγωγική του ικανότητα, οπότε όμως σε αυτή την περίπτωση η απόκτηση απογόνου με δικό του σπέρμα θα είναι πολύ δυσκολότερη ή ακόμα και αδύνατη. Για το λόγο αυτό υποστηρίζεται¹³¹ ως ορθότερη η άποψη, σύμφωνα με την οποία η προσφυγή στην υποβοηθούμενη αναπαραγωγή και ιδίως στην τεχνική της κρυοσυντήρησης του γεννητικού υλικού, επιτρέπεται και όταν επίκειται με βεβαιότητα ή σοβαρή πιθανότητα η αδυναμία απόκτησης τέκνων με φυσικό τρόπο. Η ρητή αναφορά στο νόμο της περίπτωσης αυτής μόνο για τους ανηλίκους δεν πρέπει να ερμηνευτεί ως αποκλεισμός της για τους ενηλίκους που αντιμετωπίζουν κίνδυνο στειρότητας, αλλά εξηγείται με βάση τη σκέψη ότι ειδικά για τους ανηλίκους είναι η μοναδική περίπτωση που επιτρέπεται η προσφυγή σε μεθόδους υποβοηθούμενης αναπαραγωγής. Τέλος, η ανωτέρω άποψη προς υποστήριξη της θέσης της επικαλείται και την αντιστοιχία που υπάρχει με την ειδική ρύθμιση της μεταθανάτιας γονιμοποίησης, η οποία επιτρέπεται, σύμφωνα με το άρθρο 1457 ΑΚ, «όταν ο σύζυγος ή ο μόνιμος σύντροφος της γυναίκας έπασχε από ασθένεια που συνδέεται με πιθανό κίνδυνο στειρότητας». Με βάση αυτή τη ρύθμιση, ένα πρόσωπο που με μεγάλη πιθανότητα ενδέχεται να χάσει την αναπαραγωγική του ικανότητα μπορεί να προβεί σε κρυοσυντήρηση του γεννητικού του υλικού, προς το σκοπό της γονιμοποίησης μετά το θάνατό του. Ως εκ τούτου, θα ήταν παράλογο να μην μπορεί να χρησιμοποιήσει την κρυοσυντήρηση προκειμένου να τεκνοποιήσει πριν πεθάνει.

Τέλος, στο σημείο αυτό πρέπει να επισημανθεί ότι, όπως προκύπτει από την προηγηθείσα ανάλυση, δεν είναι επιτρεπτή και άρα ούτε νόμιμη η υποκατάσταση της φυσιολογικής ανθρώπινης αναπαραγωγής από μεθόδους ιατρικώς υποβοηθούμενης αναπαραγωγής σε περιπτώσεις άλλες πέραν των προβλεπόμενων από το άρθρο 1455 § 1 εδ. α ΑΚ. Ο νομοθέτης μέσα από το άρθρο αυτό δηλώνει σαφώς ότι η υποβοηθούμενη αναπαραγωγή είναι κατ' εξαίρεση ανεκτή και επικουρική (όχι εναλλακτική) μέθοδος για την απόκτηση τέκνων, έναντι της αναπαραγωγής με φυσικό τρόπο¹³².

2. *Ηλικία φυσικής ικανότητας αναπαραγωγής (άρθρο 1455 § 1 εδ. β ΑΚ και άρθρο 4 § 1 ν. 3305/2005)*: Ο νόμος επιτρέπει την προσφυγή σε μεθόδους ιατρικώς υποβοηθούμενης αναπαραγωγής μόνο «μέχρι την ηλικία φυσικής ικανότητας αναπαραγωγής του υποβοηθούμενου προσώπου». Η ρύθμιση αυτή τέθηκε από το νόμο για να μη δημιουργηθεί

¹³¹ Βλ. Φουντεδάκη Κατερίνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 163-164.

¹³² Σπυριδάκης Ι.Σ., Η νέα ρύθμιση της τεχνητής γονιμοποίησης και της συγγένειας, 2003, σελ. 15, Σκορίνη-Παπαρρηγοπούλου Φώνη, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος VII, (Οικογενειακό Δίκαιο), άρθρα 1455-1456, αρ.7, 2007.

σύγχυση και θεωρηθεί ότι η απλή πάροδος της ηλικίας φυσικής αναπαραγωγικής ικανότητας συνιστά «αδυναμία απόκτησης τέκνων με φυσικό τρόπο», οπότε επιτρέπεται η υποβοηθούμενη αναπαραγωγή¹³³. Ο νομοθέτης προέβη στον ηλικιακό αυτό περιορισμό με σκοπό να προστατεύσει το παιδί που θα γεννηθεί, αφού δεν είναι προς το συμφέρον του να έχει γονείς προχωρημένης ηλικίας, καθώς αυτό συνδέεται με κινδύνους τόσο για την υγεία του, όσο και για την περαιτέρω εξέλιξή του. Στη συνέχεια, το άρθρο 1455 § 1 εδ. β ΑΚ συμπληρώθηκε και εξειδικεύτηκε από το άρθρο 4 § 1 του ν. 3305/2005, το οποίο διευκρινίζει το ανώτερο και κατώτερο όριο ηλικίας για επιτρεπόμενη προσφυγή στην ιατρικώς υποβοηθούμενη αναπαραγωγή και επιπλέον εισάγει μια εξαίρεση από την κατώτερη ηλικία.

Συγκεκριμένα, ως προς το ανώτατο ηλικιακό όριο, το γενικό κριτήριο της φυσικής ικανότητας αναπαραγωγής του άρθρου 1455 § 1 εδ. β ΑΚ παραμένει σε ισχύ μόνο για τον άνδρα, ενώ για τη γυναίκα καθιερώνεται ένα συγκεκριμένο ανώτατο όριο: αυτού του πεντηκοστού έτους της ηλικίας (άρθρο 4 § 1 ν. 3305/2005). Η θέση του συγκεκριμένου ορίου σε αυτή την περίπτωση αιτιολογείται¹³⁴ από το ότι «η εγκυμοσύνη και η τεκνοποιία σε προχωρημένη ηλικία συνδέονται με αυξημένους κινδύνους για την υγεία της γυναίκας και το συμφέρον του παιδιού. Εξάλλου, το όριο αυτό επιλέγεται λόγω του ότι, όπως προκύπτει από επιδημιολογικές μελέτες, το ακραίο όριο εμμηνόπαυσης για τον ελληνικό πληθυσμό είναι το πεντηκοστό έτος». Τότε θεωρείται, δηλαδή, ότι επέρχεται κατά μέσο όρο το τέλος της αναπαραγωγικής ικανότητας της γυναίκας. Αντίθετα, για τον άνδρα δεν τέθηκε όριο ηλικίας, διότι, κατά τα πορίσματα της βιολογίας η πάροδος του χρόνου επιφέρει απλά κάμψη της γονιμότητας, όχι όμως και μηδενισμό της. Τίθεται, εν προκειμένω το ζήτημα αν το άρθρο 4 που εισάγει διαφορετική ρύθμιση για τον άνδρα και τη γυναίκα έρχεται σε σύγκρουση με το άρθρο 4 § 2 του συντάγματος για την ισότητα των φύλων. Κατά μια άποψη, η διαφορετική αυτή αντιμετώπιση ανταποκρίνεται σε αυτό που συμβαίνει στη φύση, όπου είναι γεγονός ότι η αναπαραγωγική ικανότητα της γυναίκας έχει περιορισμένα χρονικά όρια, κάτι που δε συμβαίνει με τον άνδρα, και συνεπώς, δεν πρόκειται για μια νομοθετική διαφορά που έρχεται σε αντίθεση με την συνταγματικά κατοχυρωμένη αρχή της ισότητας των φύλων¹³⁵. Υποστηρίζεται, όμως, και η άποψη ότι η συγκεκριμένη νομοθετική ρύθμιση στο μέτρο που δεν προβλέπει ανώτατο όριο ηλικίας και για τον άνδρα, αντίκειται στο

¹³³ Φουντεδάκη Κατερίνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 166, Παπαχρίστου Θανάσης, Η Τεχνητή Αναπαραγωγή στον Αστικό Κώδικα, Πρόλογος Γ.Α Κουμάντου, 2003, σελ. 29, Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη, Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005, σελ 12-13.

¹³⁴ Βλ Εισηγητική Έκθεση νόμου στο άρθρο 4 § 1.

¹³⁵ Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη, Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005, σελ 13-14, Σκορίνη-Παπαρρηγοπούλου Φώνη, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος VII, (Οικογενειακό Δίκαιο), άρθρα 1455-1456, 2007, σελ. 557, υποσ. 29.

άρθρο 4 § 2 του Συντάγματος. Επιχείρημα αυτής της άποψης είναι ότι ο ηλικιακός περιορισμός δεν τέθηκε μόνο με βάση τα στατιστικά δεδομένα για τη διάρκεια αναπαραγωγικής ηλικίας των γυναικών, αλλά κατά κύριο λόγο για την προστασία του παιδιού, που επιβάλλει το παιδί να προέρχεται βιολογικά από ένα πατέρα σχετικά νέο¹³⁶. Πέρα, όμως, από το θέμα της συνταγματικότητας της εν λόγω διάταξης, η απεριόριστη δυνατότητα του άνδρα να τεκνοποιήσει ακόμη και σε μεγάλη ηλικία έχει προκαλέσει αντιδράσεις. Θα ήταν σκοπιμότερο να καθιερώνεται ένα ανώτατο όριο ηλικίας και για τον άνδρα, για λόγους προστασίας του συμφέροντος του παιδιού που θα γεννηθεί, το οποίο επιτάσσει να μην έχει μεγάλης ηλικίας πατέρα, σύμφωνα άλλωστε και με το άρθρο 1§2 του ν. 3305/2005 και τη συνταγματική προστασία της παιδικής ηλικίας (άρθρο 21 Συντάγματος)¹³⁷.

Ως προς το κατώτερο ηλικιακό όριο για την προσφυγή στην υποβοηθούμενη αναπαραγωγή, το άρθρο 4 § 1 εδ α του ν. 3305/2005 καθιερώνει ως κανόνα ότι τα πρόσωπα που προσφεύγουν στην τεχνητή γονιμοποίηση πρέπει να είναι ενήλικα. Η εφαρμογή σε ανηλίκους επιτρέπεται μόνο κατ' εξαίρεση, *«λόγω σοβαρού νοσήματος που επισύρει κίνδυνο στειρότητας, ώστε να εξασφαλιστεί η δυνατότητα τεκνοποίησης»*. Ο νόμος, δηλαδή, προκειμένου να εξασφαλιστεί η δυνατότητα του ανηλίκου να τεκνοποιήσει κατά την ενήλικη ζωή του με δικό του γεννητικό υλικό, του παρέχει την ευχέρεια να προσφύγει στην υποβοηθούμενη αναπαραγωγή, όταν πάσχει από σοβαρό νόσημα που επισύρει τον κίνδυνο στειρότητας. Από τη ρητή, όμως, παραπομπή του άρθρου 4§1 του ν. 3305/2005 στο άρθρο 7 του ίδιου νόμου (διάταξη που ρυθμίζει την κρυοσυντήρηση), αλλά και από την Εισηγητική Έκθεση του νόμου στο άρθρο 4 § 1, προκύπτει ότι η μόνη τεχνική υποβοηθούμενης αναπαραγωγής στην οποία έχουν πρόσβαση οι ανήλικοι, είναι αυτή της κρυοσυντήρησης των γαμετών τους¹³⁸. Και σκοπός της ενέργειας αυτής είναι να καταστεί δυνατή στο μέλλον, μετά την ενηλικίωση, η τεκνοποιία με χρήση του κρυοοσυντηρημένου γεννητικού υλικού. Κατά τη λογική του νόμου, η χρήση των υπόλοιπων μεθόδων δε συντρέχει λόγος να επιτραπεί, παρά μόνο μετά την ενηλικίωση. Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι στην περίπτωση των ανηλίκων, ο γενικός όρος της ιατρικής

¹³⁶ Φουντεδάκη Κατερίνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 169.

¹³⁷ Σκορίνη-Παπαρηγοπούλου Φώνη, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος VII, (Οικογενειακό Δίκαιο), άρθρα 1455-1456, αρ. 27, 2007, Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη, Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005, σελ 15-16.

¹³⁸ Φουντεδάκη Κατερίνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 171, Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη, Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005, σελ 17-18 .

αναγκαιότητας δεν έχει το ίδιο περιεχόμενο, όπως στο γενικό κανόνα της ΑΚ 1455¹³⁹. Στην περίπτωση των ανηλίκων, η ιατρική αναγκαιότητα περιορίζεται μόνο στην αδυναμία απόκτησης τέκνων με φυσικό τρόπο και δεν περιλαμβάνει τον κίνδυνο μετάδοσης στο τέκνο σοβαρής κληρονομικής ασθένειας. Επιπλέον, ενώ η φυσική αδυναμία αναπαραγωγής ως ιατρική αναγκαιότητα για τους ενηλίκους αποτελεί παρούσα ένδειξη, στην περίπτωση των ανηλίκων η ίδια αδυναμία δύναται να προκύψει στο μέλλον.

Τέλος, σε περίπτωση που στην ιατρική υποβοήθηση προσφεύγει ζεύγος, έγγαμο ή άγαμο, τίθεται το ζήτημα αν το ηλικιακό όριο πρέπει να υφίσταται στο πρόσωπο και των δύο ή μόνο του προσώπου που χρειάζεται την ιατρική βοήθεια. Η διατύπωση του νόμου οδηγεί κατ' αρχήν στο συμπέρασμα ότι το όριο ηλικίας αφορά μόνο το ίδιο το υποβοηθούμενο πρόσωπο και όχι και το σύζυγο ή σύντροφό του¹⁴⁰. Υποστηρίζεται, όμως, και η αντίθετη άποψη κατά την οποία το όριο της ηλικίας φυσικής αναπαραγωγής εφαρμόζεται σε σχέση και με τα δύο μέλη του ζεύγους¹⁴¹, ανεξάρτητα από το ποιον βαρύνει η υπογονιμότητα ή η σοβαρή κληρονομική νόσος και ανεξάρτητα από το ποιος υποβάλλεται στις πράξεις της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής.

3. *Συναίνεση ενδιαφερομένων προσώπων κατόπιν ενημέρωσης (άρθρο 1456 ΑΚ και άρθρα 5 και 7§6 ν. 3305/2005):* Όπως έχει προαναφερθεί¹⁴², κάθε ιατρική πράξη για να είναι νόμιμη πρέπει να καλύπτεται από τη συναίνεση του προσώπου το οποίο αφορά (άρθρο 12§1 Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας). Σε αντίθετη περίπτωση, η ιατρική πράξη που διενεργείται είναι αυθαίρετη, με αποτέλεσμα να στοιχειοθετούνται έννομες συνέπειες ιδιαίτερα επιβαρυντικές για το γιατρό¹⁴³. Από την άλλη πλευρά, η σχετική με την υποβοηθούμενη αναπαραγωγή νομοθεσία περιέχει ειδικές ρυθμίσεις τόσο για τη συναίνεση στις πράξεις που αποβλέπουν στην αναπαραγωγή με τεχνητά μέσα, όσο και για τη σχετική ενημέρωση των προσώπων που συμμετέχουν στην εν λόγω διαδικασία.

Από το γράμμα της πρώτης παραγράφου του άρθρου 1456 ΑΚ προκύπτει ότι τα πρόσωπα των οποίων είναι απαραίτητη η συναίνεση για να προχωρήσει και να είναι νόμιμη η διαδικασία της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής είναι τα εξής: α) οι δύο σύζυγοι, σε περίπτωση

¹³⁹ Σκορίνη-Παπαρηγοπούλου Φώνη, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος VII, (Οικογενειακό Δίκαιο), άρθρα 1455-1456, αρ.32, 2007, Κουντουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη, Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005, σελ 12.

¹⁴⁰ Έτσι, Παπαχρίστου Θανάσης, Εγχειρίδιο Οικογενειακού Δικαίου, 3^η έκδοση, 2005, σελ. 202.

¹⁴¹ Βλ. αναλυτικά για αυτή την άποψη Φουντεδάκη Κατερίνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 167-169. Υπέρ αυτής της άποψης Σπυριδάκης Ι.Σ., Η νέα ρύθμιση της τεχνητής γονιμοποίησης και της συγγένειας, 2003, σελ. 16 και Σκορίνη-Παπαρηγοπούλου Φώνη, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος VII, (Οικογενειακό Δίκαιο), άρθρα 1455-1456, αρ. 28, 2007.

¹⁴² Βλ. ανωτέρω, μέρος δεύτερο, κεφ. 4, 4.4.1 (αρ. 3ζ).

¹⁴³ Βλ. ανωτέρω, μέρος δεύτερο, κεφ. 4, 4.4.1 (αρ. 3ζ) και κατωτέρω, μέρος τρίτο, κεφ. 2, 2.6.3

έγγαμου ζεύγους, ανεξάρτητα από το ποιόν βαρύνει η ιατρική αναγκαιότητα, β) οι δύο σύντροφοι, σε περίπτωση άγαμου ζεύγους που ζει σε ελεύθερη ένωση, επίσης ανεξάρτητα από το ποιος έχει το ιατρικό πρόβλημα που καθιστά αναγκαία την προσφυγή σε υποβοηθούμενη αναπαραγωγή, γ) η μόνη, άγαμη γυναίκα, η οποία δεν έχει σύντροφο, αλλά βαρύνεται με λόγο ιατρικής αναγκαιότητας. Περαιτέρω, το άρθρο 7§6 του ν. 3305/2005 προσδιορίζει και τα πρόσωπα που νομιμοποιούνται να συναινέσουν, όταν κατ' εξαίρεση (επειδή συντρέχουν οι όροι του άρθρου 4§1 του ν. 3305/2005) η κρυοσυντήρηση αφορά ανήλικα πρόσωπα. Ειδικότερα, ο νόμος ορίζει ότι τη συναίνεση δηλώνουν και οι δύο γονείς, ανεξάρτητα από το ποιος έχει την επιμέλεια. Αν δεν υπάρχουν γονείς ή αν έχουν εκπέσει και οι δύο από τη γονική μέριμνα, η συναίνεση παρέχεται από τον επίτροπο μετά από άδεια του εποπτικού συμβουλίου, και βέβαια συνάγεται ότι, αν δεν υπάρχει ο ένας μόνο γονέας ή ο ένας μόνο γονέας έχει εκπέσει από τη γονική μέριμνα, συναινεί μόνος του ο άλλος¹⁴⁴. Αν ο ανήλικος είναι άνω των δεκαπέντε ετών, συναινεί και ο ίδιος στην κρυοσυντήρηση.

Η ΑΚ 1456 επιβάλλει η συναίνεση στην υποβοηθούμενη αναπαραγωγή να δίνεται, σε κάθε περίπτωση, εγγράφως, κατ' απόκλιση των όσων ισχύουν για τη συναίνεση στις υπόλοιπες ιατρικές πράξεις, όπου ο Κώδικας Ιατρικής Δεοντολογίας δεν καθιερώνει την τήρηση κάποιου τύπου. Ο νόμος ορίζει ειδικότερα, ότι για τους μεν συζύγους αρκεί το ιδιωτικό έγγραφο, ενώ για το άγαμο ζεύγος που συζεί σε ελεύθερη ένωση και για τη μόνη άγαμη γυναίκα απαιτείται συμβολαιογραφικό έγγραφο. Τόσο το ιδιωτικό όσο και το συμβολαιογραφικό έγγραφο αποτελούν συστατικό τύπο¹⁴⁵, με την έννοια ότι αν δεν τηρηθεί, η ιατρική υποβοήθηση δεν θα είναι νόμιμη, αφού χωρίς τον τύπο αυτό δεν υπάρχει ο αναγκαίος όρος του επιτρεπτού, η συναίνεση, δηλαδή, των ενδιαφερόμενων προσώπων. Επομένως, σιωπηρή συναίνεση δεν αρκεί. Η απαίτηση του νόμου για έγγραφο τύπο βρίσκει τη δικαιολογία της στη σοβαρότητα του αναλαμβανόμενου εγχειρήματος και αποσκοπεί να διασφαλίσει το ενσυνείδητο της απόφασης που οδηγεί τα ενδιαφερόμενα πρόσωπα σε μεθόδους υποβοηθούμενης αναπαραγωγής. Από την άλλη πλευρά, ο τύπος εξασφαλίζει και τα συμφέροντα του γιατρού, αποδεικνύοντας την ύπαρξη συναίνεσης, δηλαδή ενός στοιχείου που είναι κρίσιμο για τη θεμελίωση της ποινικής, διοικητικής και αστικής ευθύνης του γιατρού¹⁴⁶, όπως θα αναλυθεί κατωτέρω¹⁴⁷. Κυρίως, όμως,

¹⁴⁴ Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη, Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005, σελ. 43, όπου αναλύεται και το ζήτημα των προσώπων που νομιμοποιούνται για τη συναίνεση όταν ο ανήλικος είναι έγγαμος.

¹⁴⁵ Παπαχρίστου Θανάσης, Εγχειρίδιο Οικογενειακού Δικαίου, 3^η έκδοση, 2005, σελ. 205, Σκορίνη-Παπαρρηγοπούλου Φώνη, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος VII, (Οικογενειακό Δίκαιο), άρθρα 1455-1456, αρ. 66, 2007.

¹⁴⁶ Φουντεδάκη Κατερίνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 229.

¹⁴⁷ Βλ. μέρος τρίτο, κεφ. 2, 2.6.3.

η τήρηση έγγραφου τύπου αποσκοπεί σε μια ολοκληρωμένη προστασία του παιδιού που θα γεννηθεί. Συγκεκριμένα, προκειμένου για συζύγους, το ιδιωτικό έγγραφο έχει βαρύνουσα σημασία στην περίπτωση που η σύζυγος υποβάλλεται σε τεχνητή γονιμοποίηση με σπέρμα τρίτου δότη, αφού έτσι καθίσταται απρόσβλητη η πατρότητα του τέκνου, σύμφωνα με την ΑΚ 1471§2 παρ. 2¹⁴⁸. Στην περίπτωση άγαμου ζεύγους που ζει σε ελεύθερη ένωση, η αυξημένη τυπικότητα απαιτείται ακριβώς για να ιδρυθεί η συγγένεια πατέρα-παιδιού, σύμφωνα με την ΑΚ 1475§2. Δηλαδή, η συμβολαιογραφική συναίνεση του άνδρα επέχει, κατά το νόμο, θέση εκούσιας αναγνώρισης, ενώ η συμβολαιογραφική συναίνεση της συντρόφου του καλύπτει την ανάγκη για συναίνεση της μητέρας σε εκούσια αναγνώριση του τέκνου της¹⁴⁹. Όσον αφορά στη μόνη και άγαμη γυναίκα, η απαίτηση του νόμου να περιβληθεί η συναίνεση της τον τύπο συμβολαιογραφικού εγγράφου, εκ πρώτης όψεως δε φαίνεται δικαιολογημένη¹⁵⁰. Σκοπός του νόμου θα μπορούσε να είναι η εξασφάλιση μιας συνειδητής απόφασης εκ μέρους της άγαμης γυναίκας για απόκτηση τέκνου¹⁵¹. Υποστηρίζεται, όμως, και η άποψη¹⁵² ότι η αυξημένη τυπική δύναμη του συμβολαιογραφικού εγγράφου διασφαλίζει ότι η συναινέουσα είναι πράγματι άγαμη και όχι έγγαμη. Οπότε, αν υπάρχει μόνιμος σύντροφος δε θα λειτουργήσει η εκούσια αναγνώριση του άρθρου 1475 ΑΚ, αλλά ούτε και η δικαστική αναγνώριση θα είναι δυνατή, ενώ αν υπάρχει σύζυγος είναι αυταπόδεικτο ότι δεν έχει δώσει τη συναίνεσή του, ούτε τη συγκατάθεσή του, οπότε δε χάνει το δικαίωμα προσβολής της πατρότητας του παιδιού (ΑΚ 1469 σε συνδυασμό με 1471§2 περ. 2).

Σχετικά με το περιεχόμενο της συναίνεσης, το άρθρο 5§3 ν. 3305/2005 προβλέπει ότι η ανεξάρτητη Αρχή Ιατρικώς Υποβοηθούμενης Αναπαραγωγής, οφείλει να καθορίσει τα ελάχιστα αναγκαία στοιχεία που θα περιλαμβάνουν τα εν λόγω έγγραφα. Πράγματι στην ιστοσελίδα της Ανεξάρτητης Αρχής (www.iya.gr) περιέχεται ένα έντυπο συναίνεσης. Πρόκειται για ένα υπόδειγμα του τύπου των συναινέσεων και ως εκ τούτου το έγγραφο που θα περιλαμβάνει τις

¹⁴⁸ Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη, Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005, σελ 25, Σκορίνη-Παπαρηγοπούλου Φώνη, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος VII, (Οικογενειακό Δίκαιο), άρθρα 1455-1456, αρ. 67, 2007.

¹⁴⁹ Παπαχρίστου Θανάσης, Η Τεχνητή Αναπαραγωγή στον Αστικό Κώδικα, Πρόλογος Γ.Α Κουμάντου, 2003, σελ. 40, Φουντεδάκη Κατερίνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 230.

¹⁵⁰ Παπαχρίστου Θανάσης, Η Τεχνητή Αναπαραγωγή στον Αστικό Κώδικα, 2003, Πρόλογος Γ.Α Κουμάντου, σελ. 40-41.

¹⁵¹ Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη, Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005, σελ 26.

¹⁵² Παπαδοπούλου-Κλαμαρή Δήμητρα, «Εκούσια αναγνώριση εκτός γάμου τέκνου στην υποβοηθούμενη αναπαραγωγή, κατά τον ν. 3089/2002», ΚριτΕ 2/2002, σελ. 161-162.

συναινέσεις μπορεί να έχει διαφορετική εξωτερική μορφή, αρκεί να περιλαμβάνει τα νόμιμα στοιχεία τα οποία έχει ορίσει η Αρχή.

Ένα άλλο θέμα που τίθεται σχετικά με τον όρο των συναινέσεων είναι ο χρόνος που αυτές θα πρέπει να παρέχονται από τα ενδιαφερόμενα πρόσωπα, ώστε να καθίσταται νόμιμη η διαδικασία της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής. Υποστηρίζεται ότι οι συναινέσεις πρέπει να παρέχονται πριν αρχίσει η διαδικασία της ιατρικής υποβοήθησης¹⁵³. Αυτό προκύπτει τόσο από την ΑΚ 1456§2 εδ. α («...ανακαλείται μέχρι τη μεταφορά...»)¹⁵⁴, όσο και από την ΑΚ 1459, η οποία τοποθετεί το χρόνο δήλωσης για την τύχη του πλεονάζοντος γεννητικού υλικού «πριν από την έναρξη της σχετικής διαδικασίας»¹⁵⁵. Όμοια ρύθμιση σχετικά με το χρόνο παροχής της συναίνεσης περιέχει και το άρθρο 7§6 του ν. 3305/2005, το οποίο ορίζει ότι η συναίνεση για την κρυοσυντήρηση γεννητικού υλικού δίδεται «οπωσδήποτε πριν από την έναρξη του κύκλου θεραπείας»¹⁵⁶. Έτσι, τυχόν μεταγενέστερη συναίνεση, ήτοι έγκριση, δεν αίρει το μη επιτρεπτό της τεχνητής γονιμοποίησης¹⁵⁷, δηλαδή δεν ισχυροποιεί αναδρομικά την οποιαδήποτε επέμβαση. Θα μπορούσε να θεωρηθεί απλά ότι αυτή ενέχει παραίτηση από την επίκληση των συνεπειών της παράνομης ιατρικής επέμβασης¹⁵⁸, κυρίως όσον αφορά την ευθύνη του γιατρού.

Ως προς τη νομική φύση της συναίνεσης, έχει υποστηριχθεί τόσο η άποψη ότι πρόκειται για μονομερή δικαιοπραξία¹⁵⁹, όσο και η άποψη ότι πρόκειται για οιονεί δικαιοπραξία¹⁶⁰, χωρίς

¹⁵³ Αυτό ισχύει για κάθε ιατρική πράξη, όπως προκύπτει από το άρθρο 12 § 1 του Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας: «Ο ιατρός δεν επιτρέπεται να προβεί στην εκτέλεση οποιασδήποτε ιατρικής πράξης χωρίς την προηγούμενη συναίνεση του ασθενή».

¹⁵⁴ Παπαχρίστου Θανάσης, Εγχειρίδιο Οικογενειακού Δικαίου, 3^η έκδοση, 2005, σελ. 205, Φίλιος Παύλος, Οικογενειακό Δίκαιο, τρίτη έκδοση, 2009, σελ. 225.

¹⁵⁵ Παπαχρίστου Θανάσης, Εγχειρίδιο Οικογενειακού Δικαίου, 3^η έκδοση, 2005, σελ. 205.

¹⁵⁶ Σκορίνη-Παπαρρηγοπούλου Φώνη, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος VII, (Οικογενειακό Δίκαιο), άρθρα 1455-1456, αρ. 87, 2007.

¹⁵⁷ Παπαχρίστου Θανάσης, Εγχειρίδιο Οικογενειακού Δικαίου, 3^η έκδοση, 2005, σελ. 205, Φίλιος Παύλος, Οικογενειακό Δίκαιο, τρίτη έκδοση, 2009, σελ. 225. Βλ. αντίθετα Σπυριδάκη Ι.Σ., Η νέα ρύθμιση της τεχνητής γονιμοποίησης και της συγγένειας, 2003, σελ. 19, κατά τον οποίο η συναίνεση μπορεί να αναπληρωθεί με έγκριση.

¹⁵⁸ Φίλιος Παύλος, Οικογενειακό Δίκαιο, τρίτη έκδοση, 2009, σελ. 225, Σκορίνη-Παπαρρηγοπούλου Φώνη, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος VII, (Οικογενειακό Δίκαιο), άρθρα 1455-1456, αρ. 94, 2007, η οποία περαιτέρω επισημαίνει ότι η έστω και καθυστερημένη συναίνεση επιφέρει τις συνέπειες της ΑΚ 1471 § 2 περ. 2 και της 1475 § 2.

¹⁵⁹ Παπαχρίστου Θανάσης, Εγχειρίδιο Οικογενειακού Δικαίου, 3^η έκδοση, 2005, σελ. 204, Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη, Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005, σελ. 26-27, Σκορίνη-Παπαρρηγοπούλου Φώνη, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος VII, (Οικογενειακό Δίκαιο), άρθρα 1455-1456, αρ. 91, 2007 και Σπυριδάκης Ι.Σ., Η νέα ρύθμιση της τεχνητής γονιμοποίησης και της συγγένειας, 2003, σελ. 18, αν και διερωτάται μήπως η συναίνεση αποτελεί δήλωση φυσικής βουλήσεως που δεν έχει δικαιοπρακτικό χαρακτήρα.

η διάσταση αυτή να έχει πρακτικής φύσεως επιπτώσεις. Σε κάθε περίπτωση, απαιτείται το πρόσωπο που συναινεί να έχει δικαιοπρακτική ικανότητα. Αυτό αποσαφηνίζεται πλέον και στο άρθρο 4§1 του ν. 3305/2005, που κάνει λόγο για εφαρμογή των μεθόδων υποβοηθούμενης αναπαραγωγής επί ενηλίκων προσώπων, εκτός από την εκεί προβλεπόμενη εξαιρετική περίπτωση εφαρμογής τέτοιων μεθόδων σε ανηλίκους¹⁶¹. Επομένως, ζήτημα ανακύπτει μόνο σχετικά με τα πρόσωπα που έχουν τεθεί υπό κάποια μορφή δικαστικής συμπαράστασης και είναι πλήρως ανίκανα ή περιορισμένα ικανά για δικαιοπραξία (άρθρα 128, 129 ΑΚ), καθώς και για τα πρόσωπα που κατά το χρόνο δήλωσης της συναίνεσης βρίσκονται σε μια από τις καταστάσεις του άρθρου 131 ΑΚ. Υποστηρίζεται ότι σε αυτές τις περιπτώσεις θα ισχύσει η γενική ικανότητα σύναψης γάμου¹⁶², δηλαδή περιορισμένη δικαιοπρακτική ικανότητα, η οποία εξάλλου συμπίπτει με την ικανότητα για τις δηλώσεις του πατέρα και της μητέρας στην εκούσια αναγνώριση της πατρότητας. Την ικανότητα αυτή δε διαθέτουν τα πρόσωπα που τελούν υπό πλήρη στερητική δικαστική συμπαράσταση ή υπό μερική στερητική συμπαράσταση που περιλαμβάνει τις προαναφερόμενες δικαιοπραξίες. Τα (περιορισμένα ικανά) πρόσωπα που τελούν υπό επικουρική συμπαράσταση έχουν τη σχετική ικανότητα για συναίνεση, αλλά απαιτείται και η συναίνεση του δικαστικού συμπαραστάτη τους. Ως προς τα πρόσωπα που τελούν σε μια από τις καταστάσεις του άρθρου 131 ΑΚ, αυτά είναι ανίκανα να συναινέσουν σε υποβοηθούμενη αναπαραγωγή για όσο χρόνο διαρκεί η κατάσταση αυτή. Τα ανωτέρω επιβάλλει και το συμφέρον του παιδιού που θα γεννιόταν σε μια από αυτές τις συγκυρίες, το οποίο πρέπει σε κάθε περίπτωση να προστατεύεται κατ' επιταγή του νόμου (άρθρο 1§2 ν. 3305/2005). Ως εκ τούτου, η για οποιονδήποτε λόγο αδυναμία συναίνεσης αποκλείει την ιατρική υποβοήθηση. Δικαστική αναπλήρωση αυτής δεν προβλέπεται από το νόμο, ούτε φαίνεται σκόπιμη¹⁶³.

Στο πλαίσιο της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής (όπως άλλωστε και κάθε ιατρικής πράξης) ιδιαίτερη βαρύτητα έχει η προηγούμενη ενημέρωση των προσώπων που προσφεύγουν σε αυτή, ως όρος εγκυρότητας της παρεχόμενης από αυτούς συναίνεσης. Για αυτήν προβλέπει

¹⁶⁰ Φίλιος Παύλος, Οικογενειακό Δίκαιο, τρίτη έκδοση, 2009, σελ. 224.

¹⁶¹ Στην περίπτωση των ανηλίκων, ο ίδιος ο νόμος (άρθρο 7 § 6 ν. 3305/2005) ορίζει τα πρόσωπα που θα πρέπει να δώσουν τη συναίνεσή τους στη θέση του ανηλίκου, ο οποίος δεν έχει την απαιτούμενη δικαιοπρακτική ικανότητα (βλ. ανωτέρω, μέρος τρίτο, κεφ. 2, 2.1 (αρ. 3)).

¹⁶² Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη, Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005, σελ. 33, Παπαχρίστου Θανάσης, Εγχειρίδιο Οικογενειακού Δικαίου, 3^η έκδοση, 2005, σελ. 204, ο οποίος κάνει λόγο για «απαιτούμενη δικαιοπρακτική ικανότητα», Σκορίνη-Παπαρρηγοπούλου Φώνη, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος VII, (Οικογενειακό Δίκαιο), άρθρα 1455-1456, αρ. 96, 2007. Βλ. όμως, Σπυριδάκη Ι.Σ., Η νέα ρύθμιση της τεχνητής γονιμοποίησης και της συγγένειας, 2003, σελ. 17, κατά τον οποίο αρκεί απλώς ικανότητα φυσικής βούλησης.

¹⁶³ Παπαχρίστου Θανάσης, Εγχειρίδιο Οικογενειακού Δικαίου, 3^η έκδοση, 2005, σελ. 205.

ειδικά το άρθρο 5 του ν. 3305/2005. Συγκεκριμένα, η πρώτη παράγραφος αυτού (εδάφιο α) καθορίζει ως βασικό περιεχόμενο της ενημέρωσης την παροχή κάθε πληροφορίας σχετικά «με τη διαδικασία, τις εναλλακτικές λύσεις, τα αναμενόμενα αποτελέσματα και τους πιθανούς κινδύνους από την εφαρμογή των μεθόδων αυτών». Στην ίδια παράγραφο (εδάφιο β), ο νόμος συμπληρώνει το εύρος της πληροφόρησης, προβλέποντας ότι η ενημέρωση καλύπτει επίσης και τις κοινωνικές, ηθικές, νομικές και οικονομικές συνέπειες της εφαρμογής των μεθόδων της τεχνητής γονιμοποίησης. Σχετικά με τον τρόπο παροχής των ανωτέρω πληροφοριών, στην ίδια παράγραφο προβλέπεται ότι τα πρόσωπα πρέπει να ενημερώνονται λεπτομερώς και με τρόπο κατανοητό, δηλαδή με τρόπο ανάλογο του μορφωτικού και πνευματικού τους επιπέδου¹⁶⁴. Επιπλέον, το άρθρο 11§3 του Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας, δίνει ειδικά έμφαση στην ενημέρωση για τις μεθόδους τις υποβοηθούμενης αναπαραγωγής, τις οποίες συγκαταλέγει στις «ειδικές επεμβάσεις», που επιβάλλουν «ιδιαιτέρη προσοχή» κατά την ενημέρωση¹⁶⁵. Ως προς τους αποδέκτες της ενημέρωσης, προκύπτει από το συνδυασμό των δύο πρώτων παραγράφων του άρθρου 11 του Κώδικα ότι είναι τα πρόσωπα που επιθυμούν να προσφύγουν ή να συμμετάσχουν στις μεθόδους υποβοηθούμενης αναπαραγωγής, κάθε φορά που απαιτείται η παροχή της συναίνεσής τους. Η Εισηγητική Έκθεση στο άρθρο 5 του ν. 3305/2005, ορίζει ειδικότερα ότι στους αποδέκτες ενημέρωσης περιλαμβάνονται τα ζεύγη συζύγων ή συντρόφων, οι μόνες γυναίκες χωρίς σύντροφο και στην περίπτωση παρένθετης μητρότητας και η μέλλουσα κυοφόρος. Σε αυτά τα πρόσωπα προσθέτει τους δότες και δότριες γεννητικού υλικού όταν πρόκειται για ετερόλογη τεχνητή σπερματέγχυση ή εξωσωματική γονιμοποίηση. Στη συνέχεια, η παράγραφος 2 του άρθρου 5 αποσαφηνίζει τη σχέση της συναίνεσης με την ενημέρωση: η παροχή των πληροφοριών της προηγούμενης παραγράφου αποτελεί προϋπόθεση για τις έγγραφες συναίνεσεις. Από την παράγραφο αυτή προκύπτει ότι οι συναίνεσεις δεν είναι ισχυρές αν δεν έχει προηγηθεί η αντίστοιχη ενημέρωση¹⁶⁶, κάτι που ισχύει σε κάθε ιατρική πράξη¹⁶⁷. Με άλλα λόγια, η προηγούμενη ενημέρωση των προσώπων που προσφεύγουν σε τεχνητή γονιμοποίηση είναι απαραίτητη για τη νομιμοποίηση αυτής της ιατρικής πράξης μέσω της έγκυρης συναίνεσής τους. Σε περίπτωση, λοιπόν, που παραληφθεί η ενημέρωση, η συναίνεση σε οποιαδήποτε πράξη υποβοηθούμενης αναπαραγωγής που παρέχεται είναι άκυρη, και οι ιατρικές

¹⁶⁴ Σκορίνη-Παπαρρηγοπούλου Φώνη, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος VII, (Οικογενειακό Δίκαιο), άρθρα 1455-1456, αρ. 105, 2007.

¹⁶⁵ Βλ. Φουντεδάκη Κατερίνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 263, η οποία αντλεί από την εν λόγω διάταξη του Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας επιχείρημα υπέρ του ανεπίτρεπτου της παραίτησης από την ενημέρωση στο πεδίο της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής.

¹⁶⁶ Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη, Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005, σελ 27.

¹⁶⁷ Σχετικά με λειτουργία της «νομιμοποιητικής» ενημέρωσης, βλ. ανωτέρω, μέρος 2, κεφ. 4, 4.4.1(αρ 3β).

πράξεις που γίνονται βάσει αυτής είναι παράνομες, με συνέπεια την αστική ευθύνη του γιατρού, όπως θα εκτεθεί κατωτέρω¹⁶⁸. Πάντως, στο σημείο αυτό πρέπει να επισημανθεί ότι είναι υπερβολική και παράλογη η μη ισχύς της συναίνεσης σε περίπτωση που δεν υπάρξει ενημέρωση για τις «κοινωνικές, ηθικές, νομικές και οικονομικές συνέπειες της εφαρμογής των μεθόδων της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής» (άρθρο 5§1 εδ.β του ν. 3305/2005)¹⁶⁹. Για το λόγο αυτό γίνεται δεκτό, παρότι ο νόμος δεν διακρίνει, ότι το κύρος της συναίνεσης δεν συναρτάται και με την ενημέρωση ως προς τις ανωτέρω παραμέτρους, με αποτέλεσμα η παράλειψη αυτής της ενημέρωσης να μην επισύρει την αστική ευθύνη του γιατρού, παρά μόνο όταν συντρέχουν πρόσθετα στοιχεία και περιστάσεις που καθιστούν την παράλειψη συμπεριφορά αυτοτελώς αντίθετη στην καλή πίστη και στα συναλλακτικά ήθη (ΑΚ 288) ή στα χρηστά ήθη (ΑΚ 919)¹⁷⁰.

Η δεύτερη παράγραφος του άρθρου 1456 ΑΚ θεσπίζει ρητά το ελευθέρως ανακλητό της δοθείσας συναίνεσης. Η ανάκληση αυτή πρέπει να περιβληθεί τον τύπο που είχε τηρηθεί και για τη δήλωση της συναίνεσης. Επομένως, απαιτείται ιδιωτικό έγγραφο, αν πρόκειται για συζύγους και συμβολαιογραφικό έγγραφο, αν στην ανάκληση προβαίνει ζεύγος συντρόφων ή μόνη, χωρίς σύντροφο γυναίκα. Ως προς το χρονικό σημείο, μέχρι το οποίο είναι δυνατή και επιτρεπτή η ανάκληση ορίζεται αυτό της μεταφοράς των γαμετών ή των γονιμοποιημένων ωαρίων στο γυναικείο σώμα. Είναι προφανές ότι με την ανάκληση η έννομη σχέση γιατρού και ενδιαφερόμενων προσώπων λύεται. Από τη στιγμή, λοιπόν, που ο γιατρός θα λάβει γνώση της ανάκλησης οφείλει να απόσχει από κάθε ιατρική πράξη. Σε αντίθετη περίπτωση, ενεργεί αυθαίρετα, χωρίς συναίνεση του προσώπου, με αποτέλεσμα να στοιχειοθετείται αστική ευθύνη του γιατρού¹⁷¹. Μάλιστα, αρκεί να ανακληθεί η συναίνεση του ενός από τα ενδιαφερόμενα πρόσωπα για να ματαιωθεί η τεχνητή γονιμοποίηση¹⁷². Περαιτέρω, το δεύτερο εδάφιο της παραγράφου 2 του άρθρου 1456 ΑΚ ορίζει ότι η συναίνεση θεωρείται ότι ανακλήθηκε, αν πριν την μεταφορά των γαμετών ή των γονιμοποιημένων ωαρίων στο γυναικείο σώμα ένα από τα πρόσωπα που είχαν συναινέσει, πέθανε (πλασματική ανάκληση). Επομένως, σε περίπτωση ζεύγους, είτε ο άνδρας πεθάνει, είτε η γυναίκα, επέρχεται ανάκληση της συναίνεσης και η ιατρική υποβοήθηση δε μπορεί να συνεχιστεί με μόνη τη συναίνεση του επιζώντος. Εξαίρεση από τον κανόνα αυτό εισάγεται ρητά αναφορικά με τη συναίνεση για μεταθανάτια τεχνητή γονιμοποίηση, στην οποία ο θάνατος αποτελεί απαραίτητο όρο για να πραγματοποιηθεί η

¹⁶⁸ Βλ μέρος τρίτο, κεφ.2, 2.6.3.

¹⁶⁹ Κουντουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη, Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005, σελ 27.

¹⁷⁰ Φουντεδάκη Κατερίνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 264.

¹⁷¹ Ανδρουλιδάκη-Δημητριάδη Ισμήνη, Ιατρική Υποβοήθηση στην Ανθρώπινη Αναπαραγωγή. Ενημέρωση και Ιατρικό Σφάλμα, Νομική Επιθεώρηση, Έτος ΙΗ΄, Τεύχος 32, 2005, σελ. 19

¹⁷² Παπαχρίστου Θανάσης, Εγχειρίδιο Οικογενειακού Δικαίου, 3^η έκδοση, 2005, σελ. 206.

διαδικασία της υποβοήθησης, και επομένως δεν επιφέρει αυτόματη ανάκληση της δοθείσας υπό τους όρους του άρθρου 1457 ΑΚ συναίνεσης.

Η συναίνεση στην τεχνητή γονιμοποίηση μπορεί να είναι ελαττωματική, δηλαδή άκυρη ή ακυρώσιμη¹⁷³. Η πρώτη περίπτωση της ακυρότητας συντρέχει όταν δεν τηρήθηκε καθόλου τύπος ή τηρήθηκε τύπος διαφορετικός από τον απαιτούμενο, ή όταν συνήνεσε πρόσωπο δικαιοπρακτικά ανίκανο (πλην του ανηλίκου για την κρυοσυντήρηση). Σε αυτές τις περιπτώσεις θεωρείται ότι δεν υπάρχει καθόλου συναίνεση, με αποτέλεσμα να είναι ανεπίτρεπτη η τεχνητή γονιμοποίηση. Η συναίνεση στην υποβολή σε υποβοηθούμενη αναπαραγωγή εκτός από άκυρη μπορεί να είναι και ακυρώσιμη, όταν είναι προϊόν πλάνης, απάτης ή απειλής. Στις περιπτώσεις αυτές, υπάρχει μεν συναίνεση, αλλά δεν έχει διαμορφωθεί ομαλά και ο συναινών (στη συνηθέστερη περίπτωση) πλανάται ή εξαπατάται ως προς την προέλευση του γεννητικού υλικού. Πιστεύει, δηλαδή, ότι θα γίνει χρήση δικών του γαμετών, ενώ στην πραγματικότητα χρησιμοποιείται σπέρμα τρίτου δότη. Η λύση για την αντιμετώπιση της ακυρώσιμης συναίνεσης είναι να γίνει ανάκλησή της, εφόσον δεν έχει παρέλθει το χρονικό όριο που ορίζει η ΑΚ 1456 §2¹⁷⁴. Όταν, όμως, έχει ήδη επιτευχθεί η κυοφορία, τότε είναι λογικό να επιδιωχθεί πρώτα η ακύρωση της συναίνεσης σύμφωνα με τις γενικές διατάξεις των άρθρων 140 επ. ΑΚ και στη συνέχεια να ακολουθήσει προσβολή της τεκμαιρόμενης πατρότητας του τέκνου, σύμφωνα με τα άρθρα 1469-1470 ΑΚ¹⁷⁵.

Στο σημείο αυτό αξίζει να διευκρινισθεί ότι η συναίνεση σε ορισμένη πράξη υποβοήθησης της αναπαραγωγής διακρίνεται από τη δήλωση βούλησης για την κατάρτιση της σύμβασης ιατρικής αγωγής με αντικείμενο την υποβοηθούμενη αναπαραγωγή¹⁷⁶. Το σημαντικό είναι ότι από μόνη την κατάρτιση μιας σύμβασης ιατρικής αγωγής με αντικείμενο την υποβοηθούμενη αναπαραγωγή, δεν τεκμαίρεται και ότι οι ενδιαφερόμενοι συναινούν εκ των προτέρων στη διενέργεια όλων των πράξεων που θα κριθούν αναγκαίες από το γιατρό για την

¹⁷³ Παπαχρίστου Θανάσης, Εγχειρίδιο Οικογενειακού Δικαίου, 3^η έκδοση, 2005, σελ. 206-207, Σκορίνη-Παπαρρηγοπούλου Φώνη, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος VII, (Οικογενειακό Δίκαιο), άρθρα 1455-1456, αρ. 120, 2007.

¹⁷⁴ Παπαχρίστου Θανάσης, Η Τεχνητή Αναπαραγωγή στον Αστικό Κώδικα, Πρόλογος Γ.Α. Κουμάντου, 2003, σελ. 43, Σκορίνη-Παπαρρηγοπούλου Φώνη, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος VII, (Οικογενειακό Δίκαιο), άρθρα 1455-1456, αρ. 129, 2007.

¹⁷⁵ Σκορίνη-Παπαρρηγοπούλου Φώνη, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος VII, (Οικογενειακό Δίκαιο), άρθρα 1455-1456, αρ. 129, 2007. Βλ., όμως, Φουντεδάκη Κατερίνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 241-242, η οποία υποστηρίζει ότι σε περίπτωση πλάνης, απάτης, απειλής η ελαττωματική συναίνεση δε χρειάζεται ακύρωση, αλλά είναι αυτοδικαίως άκυρη, αντλώντας το σχετικό επιχείρημα από το άρθρο 12§2 γ του Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας.

¹⁷⁶ Παπαχρίστου Θανάσης, Η Τεχνητή Αναπαραγωγή στον Αστικό Κώδικα, Πρόλογος Γ.Α. Κουμάντου, 2003, σελ. 43, Φουντεδάκη Κατερίνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 233.

αντιμετώπιση της συγκεκριμένης περίπτωσης. Κάτι τέτοιο θα ερχόταν σε αντίθεση τόσο με το δικαίωμα αυτοκαθορισμού των προσώπων όσο και με ρητές διατάξεις του νόμου (άρθρο 12 § 1 Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας και 1456 ΑΚ, που αναφέρονται σε συγκεκριμένη ιατρική πράξη).

Τέλος, από την ανωτέρω ανάλυση καθίσταται σαφές ότι η γενική έννοια της συναίνεσης του ενημερωμένου ασθενούς ως όρου για τη νομιμότητα κάθε ιατρικής πράξης, δεν εξαντλεί το περιεχόμενο των συναινέσεων του άρθρου 1456 ΑΚ¹⁷⁷. Αυτό συμβαίνει για δύο λόγους. Ο πρώτος είναι ότι ο νόμος, με τη ρύθμιση της συναίνεσης στο ειδικότερο πεδίο της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής, απέβλεψε σε περισσότερους σκοπούς και όχι μόνο στη διασφάλιση της αυτονομίας του προσώπου σε σχέση με το σώμα και την υγεία του, που είναι η γενική ratio της προϋπόθεσης της συναίνεσης του ενημερωμένου ασθενούς¹⁷⁸. Η συναίνεση της ΑΚ 1456 αποσκοπεί επιπλέον και στη διασφάλιση της σοβαρότητας της απόφασης των προσώπων να προσφύγουν στην τεχνητή γονιμοποίηση, καθώς και στη ρύθμιση της συγγένειας του παιδιού που θα γεννηθεί. Ο δεύτερος λόγος είναι ότι οι συναινέσεις της ΑΚ 1456 σε ορισμένες περιπτώσεις δεν είναι συναινέσεις σε ιατρική πράξη στην οποία πρόκειται να υποβληθεί το πρόσωπο που συναινεί. Αυτό για παράδειγμα συμβαίνει στην περίπτωση του συζύγου που συναινεί σε υποβοηθούμενη αναπαραγωγή με σπέρμα τρίτου δότη, χωρίς να πρόκειται ο ίδιος να υποβληθεί σε καμία ιατρική πράξη. Από όλα αυτά καθίσταται σαφές ότι η αντιμετώπιση των συναινέσεων της ΑΚ 1456 μόνο στο πλαίσιο της γενικής θεωρίας της συναίνεσης σε ιατρικές πράξεις δεν επαρκεί για να καλύψει όλες τις διαστάσεις του θέματος, γεγονός που θα καταδειχθεί και κατωτέρω¹⁷⁹.

4.Ιατρική υποβοήθηση μόνο σε ετερόφυλα ζεύγη ή μόνη γυναίκα (άρθρο 1456 §1 ΑΚ):
Από την προσεκτική ανάγνωση του άρθρου 1456 § 1 ΑΚ προκύπτει ότι τα μόνα πρόσωπα που έχουν δικαίωμα να προσφύγουν σε υποβοηθούμενη αναπαραγωγή, εφόσον βέβαια συντρέχουν και οι λοιποί όροι, είναι είτε ζεύγη ετερόφυλων προσώπων, έγγαμα ή άγαμα, είτε μόνες γυναίκες. Ως εκ τούτου, η τεχνητή γονιμοποίηση για την απόκτηση τέκνου δεν είναι επιτρεπτή μέθοδος για ομόφυλα ζεύγη ή μόνους άνδρες.

Συγκεκριμένα, η απόκτηση τέκνου από ζεύγος ανδρών θα ήταν εφικτή μόνο με προσφυγή στην παρένθετη μητρότητα, υπό τις προϋποθέσεις του άρθρου 1458 ΑΚ, το οποίο απαιτεί τη συνδρομή δύο τουλάχιστον γυναικών: μιας για να προσφέρει τα ωάρια της και της άλλης για να το κυοφορήσει. Επιπλέον, απαιτείται δικαστική απόφαση ύστερα από αίτηση της

¹⁷⁷ Φουντεδάκη Κατερίνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 234-235.

¹⁷⁸ Βλ. ανωτέρω, μέρος δεύτερο, κεφ. 4, 4.4.1 (αρ. 3β).

¹⁷⁹ Βλ. μέρος τρίτο, κεφ. 2, 2.6.3

γυναίκας που αδυνατεί, για ιατρικούς λόγους, να κυφορήσει¹⁸⁰. Επομένως, κατά τα παραπάνω καθίσταται σαφές ότι η απόκτηση τέκνου από ζεύγος ανδρών με τεχνητή γονιμοποίηση είναι κατά το ελληνικό δίκαιο αδύνατη. Εξίσου αδύνατη είναι, για τους ίδιους λόγους, η προσφυγή σε υποβοηθούμενη αναπαραγωγή από άγαμο και μόνο άνδρα¹⁸¹. Τέλος, όσον αφορά ζεύγος γυναικών, η προσφυγή σε τεχνητή γονιμοποίηση (με σπέρμα τρίτου δότη) αποκλείεται, αφού το άρθρο 1456 §1 ΑΚ αναγνωρίζει αυτό το δικαίωμα σε άγαμη μόνη γυναίκα ή σε γυναίκα που συμβιώνει σε ελεύθερη ένωση με άνδρα¹⁸².

2.2 Πράξεις ιατρικώς υποβοηθούμενης αναπαραγωγής για τις οποίες απαιτούνται πρόσθετοι-ειδικοί όροι

2.2.1 Μεταθανάτια γονιμοποίηση

Γίνεται δεκτό ότι ως μεταθανάτια γονιμοποίηση κατά την έννοια της ΑΚ 1457 ΑΚ νοείται τόσο η χρησιμοποίηση του κρυοσυντηρημένου σπέρματος του άνδρα μετά το θάνατό του είτε για σπερματέγχυση στη γυναίκα που επιζεί, είτε για εξωσωματική γονιμοποίηση με το ωάριό της και μεταφορά στη συνέχεια του γονιμοποιημένου ωαρίου στη γυναικεία μήτρα (εν στενή έννοια ή κατά κυριολεξία μεταθανάτια γονιμοποίηση), όσο και η μεταθανάτια απλώς μεταφορά (εμφύτευση) στη μήτρα του γονιμοποιημένου ωαρίου, το οποίο γονιμοποιήθηκε εξωσωματικά πριν το θάνατο του άνδρα (εν ευρεία έννοια μεταθανάτια γονιμοποίηση)¹⁸³.

Το επιτρεπτό της μεταθανάτιας γονιμοποίησης έχει προκαλέσει έντονες αμφισβητήσεις που εστιάζονται κυρίως στο ότι η μέθοδος αυτή οδηγεί στην προγραμματισμένη απόκτηση ενός τέκνου χωρίς πατέρα, γεγονός που αντίκειται στο συμφέρον του παιδιού¹⁸⁴. Ο Έλληνας νομοθέτης, όμως, έκρινε ότι το πραγματικό συμφέρον του παιδιού επιβάλλει τη ρύθμιση της μεταθανάτιας τεχνητής γονιμοποίησης με τη θέσπιση αυστηρών όρων για το επιτρεπτό της,

¹⁸⁰ Παπαχρίστου Θανάσης, Εγχειρίδιο Οικογενειακού Δικαίου, 3^η έκδοση, 2005, σελ. 203-204, Σκορίνη-Παπαρρηγοπούλου Φώνη, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος VII, (Οικογενειακό Δίκαιο), άρθρα 1455-1456, αρ. 59, 2007.

¹⁸¹ Σκορίνη-Παπαρρηγοπούλου Φώνη, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος VII, (Οικογενειακό Δίκαιο), άρθρα 1455-1456, αρ. 60, 2007. Βλ., όμως, Σπυριδάκη Ι.Σ., Η νέα ρύθμιση της τεχνητής γονιμοποίησης και της συγγένειας, 2003, σελ. 33, ο οποίος υποστηρίζει τη δυνατότητα αναλογικής εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 1458 ΑΚ και σε άνδρα.

¹⁸² Παπαχρίστου Θανάσης, Εγχειρίδιο Οικογενειακού Δικαίου, 3^η έκδοση, 2005, σελ. 203-204, Σκορίνη-Παπαρρηγοπούλου Φώνη, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος VII, (Οικογενειακό Δίκαιο), άρθρα 1455-1456, αρ. 61, 2007.

¹⁸³ Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη, Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005, σελ 37.

¹⁸⁴ Παπαχρίστου Θανάσης, Εγχειρίδιο Οικογενειακού Δικαίου, 3^η έκδοση, 2005, σελ. 208.

αφού τυχόν απόλυτη απαγόρευση αυτής θα είχε ως αποτέλεσμα τα παιδιά που γεννιούνται στην πράξη με τη μέθοδο αυτή, κατά παράβαση του νόμου, να έχουν ακαθόριστο νομικό status¹⁸⁵.

Οι πρόσθετες, πέρα των γενικών, προϋποθέσεις που θα πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά κατά το άρθρο 1457 ΑΚ, ώστε να είναι επιτρεπτή αυτή η μέθοδος είναι οι ακόλουθες¹⁸⁶:

α) *ασθένεια ή κίνδυνος θανάτου*: Η μεταθανάτια τεχνητή γονιμοποίηση επιτρέπεται εφόσον ο σύζυγος ή ο σύντροφος της γυναίκας έπασχε από ασθένεια που είτε καθεαυτή ενείχε τον κίνδυνο στειρότητας, είτε η θεραπεία της θα μπορούσε να οδηγήσει σε στειρότητα (π.χ καρκίνος των όρχεων). Η μεταθανάτια γονιμοποίηση επιτρέπεται, ακόμη, στην ακραία περίπτωση κατά την οποία υπάρχει κίνδυνος θανάτου του άνδρα (π.χ επίκειται συμμετοχή σε πολεμικές επιχειρήσεις, ή ο άνδρας πάσχει από ανίατη ασθένεια)¹⁸⁷. Οι περιπτώσεις αυτές αναφέρονται στο νόμο περιοριστικά και επομένως δεν είναι επιτρεπτή η μεταθανάτια γονιμοποίηση που γίνεται για άλλους λόγους. Τίθεται εν προκειμένω το ζήτημα, αν και η μεταθανάτια γονιμοποίηση υπόκειται στη γενική προϋπόθεση της ιατρικής αναγκαιότητας του άρθρου 1455 § 1 ΑΚ, αν δηλαδή απαιτείται το ζευγάρι να αντιμετωπίζει πρόβλημα στειρότητας ή υπογονιμότητας. Ουσιαστικά το πρόβλημα τίθεται για την περίπτωση όπου ο σύζυγος ή σύντροφος της γυναίκας αντιμετωπίζει κίνδυνο θανάτου, γιατί στην άλλη περίπτωση, όπου ο σύζυγος έπασχε από ασθένεια που συνδέεται με κίνδυνο στειρότητας, συντρέχει η περίπτωση της ιατρικής αναγκαιότητας. Κρατούσα είναι η άποψη ότι ειδικά η μεταθανάτια γονιμοποίηση που διενεργείται όταν συντρέχει κίνδυνος θανάτου εξαιρείται από τη γενική προϋπόθεση της ιατρικής αναγκαιότητας¹⁸⁸. Κατά την άποψη αυτή, η μεταθανάτια γονιμοποίηση είναι επιτρεπτή, ακόμα και όταν κανένα από τα δύο μέρη του ζευγαριού δεν αντιμετωπίζει πρόβλημα

¹⁸⁵ *Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη*, Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005, σελ 46.

¹⁸⁶ Εκ των πραγμάτων η μεταθανάτια τεχνητή γονιμοποίηση δεν μπορεί να εφαρμοστεί σε μόνη άγαμη γυναίκα, οπότε η εφαρμογή της αφορά ζευγάρι συζύγων ή συντρόφων.

¹⁸⁷ Στην περίπτωση της μεταθανάτιας γονιμοποίησης ισχύει ο γενικός όρος για τα νόμιμα ηλικιακά όρια των προσώπων που προσφεύγουν στην υποβοηθούμενη αναπαραγωγή, οπότε στον «κίνδυνο θανάτου» δεν εμπίπτει η προχωρημένη ηλικία του προσώπου.

¹⁸⁸ *Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη*, Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005, σελ 48, *Παπαχρίστου Θανάσης*, Η Τεχνητή Αναπαραγωγή στον Αστικό Κώδικα, Πρόλογος Γ.Α Κουμάντου, 2003, σελ. 30. Αντίθετα *Φουντεδάκη Κατερίνα*, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 186-187, η οποία υποστηρίζει ότι η κρατούσα άποψη βρίσκεται σε διάσταση με την ΑΚ 1455 § 1, που θέτει την ιατρική αναγκαιότητα ως προϋπόθεση εφαρμογής όλων των μεθόδων υποβοηθούμενης αναπαραγωγής. Κατά την τελευταία άποψη, προκειμένου να είναι νόμιμη η προσφυγή σε μεταθανάτια γονιμοποίηση, θα πρέπει το ζευγάρι να αντιμετωπίζει για οποιοδήποτε λόγο αδυναμία απόκτησης τέκνων με φυσικό τρόπο και επιπρόσθετα ο σύζυγος να αντιμετωπίζει κίνδυνο θανάτου του.

υπογονιμότητας, υπό τον όρο ότι ο άνδρας που στη συνέχεια πέθανε, διέτρεχε γνωστό εκ των προτέρων κίνδυνο ζωής.

β) *συναίνεση ειδικά για τη μεταθανάτια γονιμοποίηση*: Για να επιτραπεί η μεταθανάτια γονιμοποίηση δεν αρκεί η γενική συναίνεση του άρθρου 1456 ΑΚ. Απαιτείται, επιπλέον, ο σύζυγος ή ο σύντροφος της γυναίκας να έχει συναινέσει ειδικά για τη μετά το θάνατό του τεχνητή γονιμοποίηση. Η συναίνεση, μάλιστα, αυτή περιβάλλεται πάντοτε τον τύπο του συμβολαιογραφικού εγγράφου, ώστε να υπάρχει πλήρης διασφάλιση της βούλησης του άνδρα για μια πράξη που θα γίνει όταν αυτός δεν θα υπάρχει πια¹⁸⁹. Υποστηρίζεται, ότι η απαίτηση αυτή του νόμου δεν σημαίνει ότι απαιτείται να δοθούν χωριστά δύο συναινέσεις: μια κατά το άρθρο 1456 ΑΚ και άλλη μια, κατά το άρθρο 1457 ΑΚ. Είναι δυνατόν να παρασχεθεί μια συναίνεση, με συμβολαιογραφικό έγγραφο, η οποία να αφορά και τη μεταθανάτια τεχνητή γονιμοποίηση¹⁹⁰.

γ) *Δικαστική άδεια*: Η μεταθανάτια τεχνητή γονιμοποίηση επιτρέπεται μόνο ύστερα από δικαστική άδεια που χορηγείται κατά τη διαδικασία της εκούσιας δικαιοδοσίας (άρθρο 740 ΚΠολΔ). Το δικαστήριο, μάλιστα, μπορεί να διατάξει να γίνει η συζήτηση κεκλεισμένων των θυρών για λόγους προστασίας της ιδιωτικής ζωής των εμπλεκόμενων προσώπων. Η άδεια ζητείται από τη σύζυγο ή σύντροφο του άνδρα που πέθανε¹⁹¹. Το δικαστήριο ελέγχει μόνο τη συνδρομή των όρων που τάσσει ο νόμος και όχι τη σκοπιμότητα διενέργειας της μεταθανάτιας τεχνητής γονιμοποίησης. Η δικαστική άδεια θα πρέπει να υφίσταται σε κάθε περίπτωση κατά το χρονικό σημείο που γίνεται η τεχνητή σπερματέγχυση ή η εμφύτευση του γονιμοποιημένου ωαρίου στο γυναικείο σώμα. Αυτό ισχύει και για την περίπτωση της εν στενή εννοία μεταθανάτιας γονιμοποίησης, με την έννοια ότι στην περίπτωση που γίνεται η *in vitro* γονιμοποίηση με το κρυοσυντηρημένο σπέρμα του νεκρού συζύγου ή συντρόφου, δεν είναι

¹⁸⁹ Παπαχρίστου Θανάσης, *Η Τεχνητή Αναπαραγωγή στον Αστικό Κώδικα*, Πρόλογος Γ.Α. Κουμάντου, 2003, σελ. 60.

¹⁹⁰ Παπαχρίστου Θανάσης, *Εγχειρίδιο Οικογενειακού Δικαίου*, 3^η έκδοση, 2005, σελ. 209. Αντίθετα Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη, *Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο*, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005, σελ. 48-49.

¹⁹¹ Παπαχρίστου Θανάσης, *Εγχειρίδιο Οικογενειακού Δικαίου*, 3^η έκδοση, 2005, σελ. 209, Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη, *Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο*, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005, σελ. 47, Κουμουτζής Νίκος στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος VII, (Οικογενειακό Δίκαιο), άρθρα 1457-1458, αρ. 30, 2007. Αντίθετα Σπυριδάκης Ι.Σ., *Η νέα ρύθμιση της τεχνητής γονιμοποίησης και της συγγένειας*, 2003, σελ. 68-69, που υποστηρίζει ότι το αίτημα για δικαστική άδεια μπορεί να υποβληθεί και πριν από το θάνατο του άνδρα τόσο από τον ίδιο, όσο και από τη σύζυγο ή σύντρόφό του.

απαραίτητο να υπάρχει ήδη δικαστική άδεια, η οποία απαιτείται όμως για την ολοκλήρωση της διαδικασίας με την εμφύτευση του ωαρίου στη μήτρα¹⁹².

δ) *Διενέργεια εντός ορισμένου χρονικού διαστήματος*: Ο νόμος θέτει, περαιτέρω, ένα χρονικό περιορισμό για τη διενέργεια της μεταθανάτιας τεχνητής γονιμοποίησης. Ορίζει συγκεκριμένα, ότι αυτή θα πρέπει να διενεργείται αφού περάσουν έξι μήνες από το θάνατο του άνδρα, ώστε να εξασφαλίζεται ότι δεν παίρνεται μια βιαστική απόφαση υπό το κράτος της ψυχολογικής διαταραχής της γυναίκας από το θάνατο του άνδρα, αλλά και πριν περάσουν δύο χρόνια από το θάνατό του, ώστε να μη μένουν άλλο σε εκκρεμότητα τα κληρονομικά δικαιώματα των υπόλοιπων συγγενών του νεκρού¹⁹³. Τα χρονικά αυτά όρια αφορούν την εμφύτευση του γονιμοποιημένου ωαρίου στο γυναικείο σώμα (ανεξάρτητα από το αν η γονιμοποίηση αυτή έλαβε χώρα πριν ή μετά το θάνατο του συζύγου ή συντρόφου της γυναίκας) ή την έγχυση του σπέρματος στο γυναικείο σώμα σε περίπτωση *in vivo* γονιμοποίησης¹⁹⁴. Κατά συνέπεια, οι ανωτέρω πράξεις υποβοήθησης (εμφύτευση, έγχυση) δεν επιτρέπεται να γίνουν πριν την πάροδο εξαμήνου από το θάνατο του άντρα και από την άλλη πλευρά δεν αρκεί μέσα στη διετία να έχει απλά εκδοθεί η δικαστική απόφαση που χορηγεί την άδεια. Πρέπει μέσα στο διάστημα αυτό να έχει γίνει και χρήση της. Σε περίπτωση μη τήρησης του χρονικού ορίου της διετίας, η σχετική δικαστική άδεια που έχει παρασχεθεί καθίσταται ανενεργή¹⁹⁵, με αποτέλεσμα η περίπτωση αυτή να εξομοιώνεται από την άποψη των συνεπειών με την περίπτωση της μεταθανάτιας γονιμοποίησης που γίνεται χωρίς την ύπαρξη δικαστικής άδειας.

Αμφιλεγόμενο είναι το ζήτημα αν επιτρεπτή είναι μόνο η ομόλογη μεταθανάτια τεχνητή γονιμοποίηση ή επίσης και η ετερόλογη στην οποία χρησιμοποιείται σπέρμα τρίτου

¹⁹² *Κουμουτζής Νίκος* στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος VII, (Οικογενειακό Δίκαιο), άρθρα 1457-1458, αρ. 34-35, 2007, *Φουντεδάκη Κατερίνα*, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 188-189, οι οποίοι περαιτέρω υποστηρίζουν ότι η μεταθανάτια γονιμοποίηση του ωαρίου με το σπέρμα του θανόντος μπορεί να γίνει και πριν την πάροδο εξαμήνου, αφού στην περίπτωση αυτή δεν απαιτείται δικαστική άδεια για τη γονιμοποίηση του ωαρίου. Αντίθετα *Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη*, Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005, σελ. 47, η οποία υποστηρίζει ότι η δικαστική άδεια θα πρέπει να παρέχεται πριν από την έναρξη της διαδικασίας της μεταθανάτιας γονιμοποίησης, οπότε δεν αρκεί να υπάρχει μόνο κατά την εμφύτευση, αλλά θα πρέπει να υπάρχει ήδη από την γονιμοποίηση του ωαρίου με το σπέρμα του θανόντος.

¹⁹³ *Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη*, Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005, σελ. 50.

¹⁹⁴ *Παπαχρίστου Θανάσης*, Η Τεχνητή Αναπαραγωγή στον Αστικό Κώδικα, Πρόλογος Γ.Α Κουμάντου, 2003, σελ. 63-64, *Φουντεδάκη Κατερίνα*, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 188.

¹⁹⁵ *Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη*, Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005, σελ. 52, *Παπαχρίστου Θανάσης*, Η Τεχνητή Αναπαραγωγή στον Αστικό Κώδικα, Πρόλογος Γ.Α Κουμάντου, 2003, σελ. 81.

δότη. Κατά μια πρώτη –μάλλον κρατούσα άποψη-, επιτρέπεται μόνο η ομολογη τεχνητή γονιμοποίηση¹⁹⁶. Η άποψη αυτή επικαλείται τόσο την Εισηγητική Έκθεση του νόμου 3089/2002 στην οποία επισημαίνεται ότι στην μεταθανάτια τεχνητή γονιμοποίηση μπορούν να προσφύγουν «αποκλειστικά γυναίκες που είχαν σύζυγο ή μόνιμο σύντροφο, του οποίου και το γεννητικό υλικό...επιδιώκουν να χρησιμοποιήσουν», όσο και τη ratio της διάταξης του άρθρου 1457 ΑΚ, που είναι η αναγνώριση από το νόμο ως θεμιτής της επιθυμίας της γυναίκας να «προεκτείνει», μέσω της δημιουργίας εξ αίματος απογόνου, την ύπαρξη του νεκρού συζύγου ή συντρόφου της. Κατά τη δεύτερη διαμετρικά αντίθετη άποψη, επιτρεπτή θεωρείται και η ετερόλογη τεχνητή γονιμοποίηση¹⁹⁷. Κατά μια τρίτη ενδιάμεση άποψη¹⁹⁸, τέλος, επιτρεπτή θεωρείται η μεταθανάτια τεχνητή γονιμοποίηση, αφενός μόνο η ομολογη όταν πρόκειται για τις περιπτώσεις της εν στενή εννοία μεταθανάτιας γονιμοποίησης, αφετέρου επίσης και η ετερόλογη όταν πρόκειται για την περίπτωση της εν ευρεία εννοία μεταθανάτιας γονιμοποίησης, με την προϋπόθεση ότι ο άνδρας είχε συναινέσει ειδικά στην ετερόλογη τεχνητή γονιμοποίηση.

Τέλος, αξίζει να αναφερθεί ότι στην Εισηγητική Έκθεση του νόμου 3089/2002, επισημαίνεται ότι η ρύθμιση του άρθρου 1457 ΑΚ είναι μεν προσανατολισμένη στη συνηθέστερη περίπτωση της επιθυμίας για γονιμοποίηση μετά το θάνατο του άνδρα, μπορεί, όμως, να καλύψει αναλογικά εφαρμοζόμενη και την περίπτωση που πεθάνει η γυναίκα. Βέβαια, στην περίπτωση αυτή για να χρησιμοποιήσει ο άνδρας, μετά το θάνατο της συζύγου ή συντρόφου, τα κρυοσυντηρημένα γονιμοποιημένα ωάρια ή τα κοινά κρυοσυντηρημένα γονιμοποιημένα ωάρια, θα χρειαστεί μια «παρένθετη» κυοφόρο μητέρα. Αυτό σημαίνει ότι πρέπει να εφαρμοστούν αναλογικά τόσο το άρθρο 1457 όσο και το άρθρο 1458, δηλαδή να συντρέξουν οι προϋποθέσεις που θέτουν και οι δύο αυτές διατάξεις.

2.2.2 Παρένθετη μητρότητα

Η παρένθετη μητρότητα αποτέλεσε εξ αρχής ένα ζήτημα εριζόμενο, με την έννοια ότι αμφισβητήθηκε έντονα το επιτρεπτό της, καθώς υποστηρίχθηκε από πολλούς ότι είναι μια ιατρική δυνατότητα που δεν είναι κοινωνικά ανεκτή¹⁹⁹. Παρά ταύτα, ο Έλληνας νομοθέτης

¹⁹⁶ Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη, Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005, σελ. 121-123, Φουντεδάκη Κατερίνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 189-190.

¹⁹⁷ Κουμουτζής Νίκος στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος VII, (Οικογενειακό Δίκαιο), άρθρα 1457-1458, αρ. 4-5, 2007, Σπυριδάκης Ι.Σ, Η νέα ρύθμιση της τεχνητής γονιμοποίησης και της συγγένειας, 2003, σελ. 26.

¹⁹⁸ Παπαχρίστου Θανάσης, Εγχειρίδιο Οικογενειακού Δικαίου, 3^η έκδοση, 2005, σελ. 216.

¹⁹⁹ Βλ. αναλυτικά για το ζήτημα αυτό Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη, Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005, σελ 57-58.

προτίμησε να επιτρέψει την παρένθετη μητρότητα, θέτοντας, όμως, ταυτόχρονα και αυστηρότατους όρους για το επιτρεπτό της.

Ο ορισμός της παρένθετης μητρότητας δίδεται στο άρθρο 3§9 του ν. 3305/2005. Πρόκειται για «την περίπτωση κατά την οποία μια γυναίκα κυοφορεί και γεννά (φέρουσα ή κυοφόρος), ύστερα από εξωσωματική γονιμοποίηση και μεταφορά γονιμοποιημένων ωαρίων, με χρήση ωαρίου ξένου προς την ίδια, για λογαριασμό μιας άλλης γυναίκας, η οποία επιθυμεί να αποκτήσει παιδί αλλά αδυνατεί να κυοφορήσει για ιατρικούς λόγους».

Οι επιπρόσθετες προϋποθέσεις, πέρα των γενικών όρων²⁰⁰ οι οποίοι αναπτύχθηκαν ανωτέρω, που τάσσει ο νόμος για το επιτρεπτό της παρένθετης μητρότητας είναι οι εξής (άρθρο 1458 ΑΚ, άρθρο 8 ν. 3089/2002 και άρθρο 13 ν. 3305/2005):

α) *Ιατρική αδυναμία κυοφορίας*: Ο νόμος στο σημείο αυτό εξειδικεύει τη γενική προϋπόθεση της ιατρικής αδυναμίας για απόκτηση τέκνων με φυσικό τρόπο. Στην περίπτωση της παρένθετης μητρότητας, η αδυναμία αυτή θα πρέπει να αφορά την κυοφορία και όχι τη σύλληψη. Γίνεται, όμως, δεκτό ότι η προσφυγή σε κυοφόρο γυναίκα επιτρέπεται και όταν δεν υπάρχει ιατρική αδυναμία κυοφορίας, αλλά η κυοφορία από τη γυναίκα που επιθυμεί να αποκτήσει τέκνο ενέχει τον κίνδυνο μετάδοσης σε αυτό σοβαρής ασθένειας²⁰¹. Περαιτέρω, στο άρθρο 13§3 του ν. 3305/2005 τονίζεται ειδικά και μάλλον πλεοναστικά ότι ισχύουν και εδώ οι γενικοί κανόνες για τον έλεγχο της υγείας των προσώπων, που επιδιώκουν να τεκνοποιήσουν, οι οποίοι θεσπίζονται στο άρθρο 4 §§ 2 και 3 του ίδιου νόμου. Ως εκ τούτου, η γυναίκα που επιθυμεί την απόκτηση τέκνο θα πρέπει να υποβληθεί τόσο σε ιατρική εξέταση που θα αποδείξει την αδυναμία κυοφορίας της, όσο και σε ελέγχους ιδίως για τον ιό της ανθρώπινης ανοσοανεπάρκειας, για ηπατίτιδα Β και C και για σύφιλη²⁰².

²⁰⁰ Σχετικά με τη γενική προϋπόθεση των νομίμων ορίων ηλικίας των υποβοηθούμενων προσώπων στην ειδικότερη περίπτωση της παρένθετης μητρότητας βλ. *Σκορίνη-Παπαρρηγοπούλου Φώνη*, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος VII (Οικογενειακό δίκαιο), άρθρα 1455-1456, αρ. 29, 2007, η οποία υποστηρίζει ότι «στην περίπτωση της παρένθετης μητρότητας αφορά (σ.σ το όριο ηλικίας), χωρίς αμφιβολία, την επίδοξη μητέρα, αφού αυτή είναι το υποβοηθούμενο πρόσωπο. Ερώτημα, όμως, γεννάται για το αν θα πρέπει να ελέγχεται η ύπαρξή του και ως προς την παρένθετη, τρίτη γυναίκα που θα κυοφορήσει για λογαριασμό της. Δεδομένου ότι η ΑΚ 1458 εδ. β προβλέπει την έκδοση της δικαστικής άδειας για προσφυγή στη μέθοδο αυτή, εφόσον αποδεικνύεται η καταλληλότητα, από πλευράς υγείας, της μέλλουσας κυοφόρου γι' αυτό το σκοπό, ορθό είναι το ζήτημα της κυοφορίας από γυναίκα άνω των 50 ετών, να κρίνεται από το δικαστήριο που εκδίδει την εν λόγω άδεια, μέσα σ' αυτό το πλαίσιο, με λήψη υπόψη και του ότι μητέρα του παιδιού, θα είναι η νεότερη γυναίκα, η οποία θα λάβει τη δικαστική άδεια».

²⁰¹ *Παπαχρίστου Θανάσης*, Η Τεχνητή Αναπαραγωγή στον Αστικό Κώδικα, Πρόλογος Γ.Α Κουμάντου, 2003, σελ. 52, *Κουμουτζής Νίκος* στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος VII, (Οικογενειακό Δίκαιο), άρθρα 1457-1458, αρ. 45, 2007, *Σπυριδάκης Ι.Σ.*, Η νέα ρύθμιση της τεχνητής γονιμοποίησης και της συγγένειας, 2003, σελ. 31-32.

²⁰² *Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη*, Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005, σελ. 60.

β) *Καταλληλότητα προς κυοφορία*: Η γυναίκα που προσφέρεται να κυοφορήσει πρέπει να είναι, ενόψει της κατάστασης της υγείας της, κατάλληλη για κυοφορία. Θα πρέπει, επομένως, να βεβαιώνεται ιατρικώς ότι η υγεία της γυναίκας που προσφέρεται για κυοφορία, δεν συνεπάγεται για αυτήν ή το κυοφορούμενο ορισμένους κινδύνους²⁰³. Περαιτέρω, στο άρθρο 13§2 του νόμου 3305/2005 ορίζεται σχετικά ότι και η κυοφόρος υποβάλλεται στους γενικούς ελέγχους του άρθρου 4 §§ 2 και 3 και επιπλέον σε ενδελεχή ψυχολογική εξέταση. Ο νόμος δεν αναφέρει άλλες περιπτώσεις ακαταλληλότητας προς κυοφορία, πέραν της κατάστασης της υγείας της κυοφόρου, πράγμα που σημαίνει ότι το δικαστήριο δεν το απασχολεί κατ' αρχήν ο τρόπος ζωής της. Εξαιρέση ισχύει για κάποιες ειδικές καταστάσεις, όπως για παράδειγμα εξάρτηση από τοξικές ουσίες ή αλκοόλ, στο μέτρο που αυτές συνδιαμορφώνουν την όλη κλινική εικόνα της κυοφόρου. Σε τέτοιες περιπτώσεις, το δικαστήριο θα πρέπει να κρίνει αν η γυναίκα είναι ή όχι κατάλληλη για κυοφορία, με κριτήριο αν μπορεί να επακολουθήσει στην συγκεκριμένη περίπτωση ομαλή εγκυμοσύνη και φυσιολογικός τοκετός²⁰⁴.

γ) *Συμφωνία*: Τρίτη προϋπόθεση είναι να προσκομίζεται στο δικαστήριο έγγραφη και χωρίς αντάλλαγμα συμφωνία μεταξύ των μερών, δηλαδή των προσώπων που επιθυμούν να αποκτήσουν τέκνο (έγγαμο ζεύγος, ζεύγος που συμβιώνει σε ελεύθερη ένωση, μόνη γυναίκα) και της γυναίκας που θα κυοφορήσει, καθώς και του συζύγου της τελευταίας, αν αυτή είναι έγγαμη. Για το έγκυρο της συμφωνίας αρκεί και το ιδιωτικό έγγραφο. Η τήρηση του έγγραφου τύπου εξασφαλίζει ότι τα μέρη παίρνουν μια ώριμη απόφαση για ένα ζήτημα τόσο σπουδαίο, ενόψει και του άρθρου 1464 ΑΚ για την ίδρυση της μητρότητας του παιδιού, που από τη γέννησή του θα συνδεθεί αυτόματα με τη γυναίκα που θέλησε το παιδί. Από την άλλη πλευρά, η προϋπόθεση να λείπει το οικονομικό αντάλλαγμα εξασφαλίζει μια ηθικά ανεπίληπτη συμφωνία ανάμεσα στα μέρη²⁰⁵. Την προϋπόθεση αυτή επαναλαμβάνει και το άρθρο 13 § 4 του ν. 3305/2005, όπου περαιτέρω επισημαίνεται ότι δε συνιστούν αντάλλαγμα α) η καταβολή των δαπανών που απαιτούνται για την επίτευξη της εγκυμοσύνης, την κυοφορία, τον τοκετό, και τη λοχεία και β) η οποιαδήποτε τυχόν θετική ζημία της κυοφόρου εξαιτίας αποχής της από την εργασία της, καθώς και οι αμοιβές για την εξαρτημένη εργασία, τις οποίες στερήθηκε λόγω απουσίας, με σκοπό την επίτευξη της εγκυμοσύνης, την κυοφορία, τον τοκετό και τη λοχεία. Ζήτημα γεννιέται ως προς τη σχέση της συμφωνίας του άρθρου 1458 ΑΚ με τις γενικές

²⁰³ Παπαχρίστου Θανάσης, *Η Τεχνητή Αναπαραγωγή στον Αστικό Κώδικα*, Πρόλογος Γ.Α Κουμάντου, 2003, σελ. 52.

²⁰⁴ Παπαχρίστου Θανάσης, *Η Τεχνητή Αναπαραγωγή στον Αστικό Κώδικα*, Πρόλογος Γ.Α Κουμάντου, 2003, σελ. 52-53, Κουμουτζής Νίκος στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος VII, (Οικογενειακό Δίκαιο), άρθρα 1457-1458, αρ. 48, 2007.

²⁰⁵ Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη, *Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο*, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005, σελ 61.

συναινέσεις του άρθρου 1456 ΑΚ: η συμφωνία του άρθρου 1458 υποκαθιστά τις γενικές συναινέσεις του άρθρου 1456 ΑΚ; Γίνεται δεκτό ότι μόνο αν πρόκειται για έγγαμο ζεύγος, τότε η έγγραφη συμφωνία του άρθρου 1458 ΑΚ ενσωματώνει και τις απαιτούμενες κατά την 1456 ΑΚ συναινέσεις²⁰⁶. Σε περίπτωση που οι επιθυμούντες το παιδί είναι άγαμοι που ζουν σε ελεύθερη ένωση, τότε χρειάζονται επιπλέον και οι συμβολαιογραφικές συναινέσεις αυτών σύμφωνα με το άρθρο 1456 ΑΚ. Αυτό είναι αναγκαίο, ώστε το παιδί που θα γεννηθεί να είναι από τη γέννησή του εκούσια αναγνωρισμένο από το σύντροφο της μητέρας του σύμφωνα με το άρθρο 1475 § 2 ΑΚ. Προκειμένου για άγαμη μόνη γυναίκα, πάλι χρειάζεται συμβολαιογραφική συναίνεση.

δ) *Ωάριο μη προερχόμενο από την κυοφόρο*: Το άρθρο 1458 ΑΚ ορίζει ρητά ότι τα γονιμοποιημένα ωάρια που εμφυτεύονται στη μήτρα της κυοφόρου δεν πρέπει να ανήκουν στην ίδια. Ο νόμος, λοιπόν, αποκλείει την πλήρη υποκατάσταση της γυναίκας που επιθυμεί να αποκτήσει τέκνο, για το λόγο ότι το να στερηθεί τελικά τη νομική μητρότητα μια γυναίκα που είναι ως προς όλα βιολογική μητέρα είναι πολύ βαρύ για την τελευταία, και επομένως, ως υπερβολικά δεσμευτικό, δεν είναι κοινωνικά ανεκτό²⁰⁷. Ως εκ τούτου, συνάγεται εξ αντιδιαστολής από το νόμο ότι τα ωάρια πρέπει να προέρχονται είτε από τη γυναίκα που επιθυμεί να αποκτήσει τέκνο, είτε από τρίτη γυναίκα (περίπτωση μερικής υποκατάστασης).

ε) *Κατοικία δυο γυναικών στην Ελλάδα*: Μια πρόσθετη προϋπόθεση περιλαμβάνεται στο άρθρο 8 του νόμου 3089/2002. Σύμφωνα με αυτό, η γυναίκα που επιθυμεί το παιδί και η κυοφόρος γυναίκα θα πρέπει να έχουν την κατοικία τους στην Ελλάδα. Η προϋπόθεση, αυτή, που αφορά τόσο τις Ελληνίδες, όσο και τις αλλοδαπές, αφού αποκλειστικό κριτήριο είναι η κατοικία και όχι η ιθαγένεια. Σκοπός της ρύθμισης είναι η αποφυγή φαινομένων «αναπαραγωγικού τουρισμού» στη χώρα μας, δηλαδή η προσέλευση στην Ελλάδα γυναικών από άλλα κράτη προκειμένου, είτε να αποκτήσουν τέκνο με τη βοήθεια κυοφόρου, είτε για να προσφέρουν τις υπηρεσίες τους ως κυοφόρες²⁰⁸.

στ) *Δικαστική άδεια*: Η παρένθετη μητρότητα επιτρέπεται μόνο κατόπιν δικαστικής άδειας, η οποία θα πρέπει να έχει χορηγηθεί πριν τη μεταφορά των γονιμοποιημένων ωαρίων στο σώμα της υποψήφιας κυοφόρου. Η σχετική αίτηση υποβάλλεται αποκλειστικά και μόνο από

²⁰⁶ Παπαχρίστου Θανάσης, Εγχειρίδιο Οικογενειακού Δικαίου, 3^η έκδοση, 2005, σελ. 212, Αγαλλοπούλου Πηνελόπη, Παρένθετη μητρότητα, Digesta 2004, σελ. 8, Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη, Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005, σελ 63-64.

²⁰⁷ Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη, Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005, σελ 64.

²⁰⁸ Παπαχρίστου Θανάσης, Εγχειρίδιο Οικογενειακού Δικαίου, 3^η έκδοση, 2005, σελ. 212, Αγαλλοπούλου Πηνελόπη, Παρένθετη μητρότητα, Digesta 2004, σελ. 10, Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη, Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005, σελ 64.

τη γυναίκα που επιθυμεί να αποκτήσει τέκνο και που αδυνατεί για ιατρικούς λόγους να το κυοφορήσει. Το δικαστήριο παρέχει την άδεια κατά τη διαδικασία της εκούσιας δικαιοδοσίας, ενώ έχει τη δυνατότητα να διατάξει την «κεκλεισμένων των θυρών» συζήτηση, για να διαφυλαχθεί η ιδιωτική ζωή των εμπλεκομένων προσώπων (άρθρο 799 ΚΠολΔ). Το δικαστήριο προκειμένου να δώσει την άδεια ελέγχει την ύπαρξη των νόμιμων όρων και όχι τη σκοπιμότητα απόκτησης τέκνου με αυτό τον τρόπο.

Από τη συνδρομή των ανωτέρω προϋποθέσεων εξαρτάται το ζήτημα της ίδρυσης συγγένειας του παιδιού που γεννιέται με παρένθετη μητρότητα με αυτούς που επιθυμούν την απόκτησή του (κοινωνικοί γονείς), όπως ορίζει το άρθρο 1464 ΑΚ. Επίσης, οι ίδιες προϋποθέσεις είναι κρίσιμες για τη θεμελίωση αστικής ευθύνης του γιατρού που εφαρμόζει την παρένθετη μητρότητα σε συγκεκριμένη περίπτωση, όπως αναλύεται σε επόμενο μέρος της εργασίας.

2.2.3 Κρυοσυντήρηση γεννητικού υλικού

Στην υποβοηθούμενη αναπαραγωγή η τεχνική της κρυοσυντήρησης παίζει πολύ σπουδαίο ρόλο. Γενικότερα, η τεχνική αυτή²⁰⁹ χρησιμοποιείται στις περισσότερες μεθόδους της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής και αφορά κατά κύριο λόγο το σπέρμα και το γονιμοποιημένο ωάριο, ενώ η κρυοσυντήρηση ωαρίου δεν μπορεί σήμερα να εφαρμοστεί με ασφάλεια.

Η επιλογή του νομοθέτη υπέρ του επιτρεπτού της κρυοσυντήρησης βασίστηκε αναγκαία σε μια προηγούμενη επιλογή σχετικά με τη φύση του γεννητικού υλικού. Πρόκειται για το γνωστό ζήτημα αν το γεννητικό υλικό αποτελεί φορέα ανθρώπινης ζωής, αφού σε μια τέτοια περίπτωση η κρυοσυντήρηση δεν θα ήταν επιτρεπτή²¹⁰. Ο νομοθέτης, όπως συνάγεται και από την Εισηγητική Έκθεση του νόμου 3089/2002, συντάχθηκε με την άποψη ότι το γεννητικό υλικό που αποχωρίζεται από το ανθρώπινο σώμα, και μάλιστα όχι μόνο το απλό (σπέρμα και ωάριο), αλλά και το γονιμοποιημένο ωάριο των πρώτων δεκατεσσάρων ημερών, δεν είναι φορέας ανθρώπινης ζωής, αλλά έχει διπλή νομική φύση: αυτή του πράγματος και του στοιχείου της προσωπικότητας του δότη από τον οποίο προέρχεται, στο μέτρο που εκφράζει τη δυνατότητά του για αναπαραγωγή²¹¹. Με την έννοια αυτή το γεννητικό υλικό είναι αντικείμενο και όχι

²⁰⁹ Ο ορισμός της κρυοσυντήρησης δίδεται στο άρθρο 3 αρ. 13 του ν. 3305/2005: «η συντήρηση σε υγροποιημένο άζωτο γεννητικού υλικού, δηλαδή ορχικού ιστού ή ωοθηκικού ιστού, σπέρματος γεννητικών κυττάρων και γονιμοποιημένων ωαρίων».

²¹⁰ Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη, Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005, σελ 38, Φουντεδάκη Κατερίνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 191.

²¹¹ Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη, Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005, σελ 39-40, Φουντεδάκη Κατερίνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και

υποκείμενο δικαίου, με αποτέλεσμα να μπορούν να αποτελούν αντικείμενα δικαιοπραξιών και επομένως και της σύμβασης κρυοσυντήρησης.

Ως προς τις προϋποθέσεις του επιτρεπτού της κρυοσυντήρησης, το άρθρο 7 § 1 του ν. 3305/2005 ορίζει ότι «*Η κρυοσυντήρηση γεννητικού υλικού, ζυγωτών και γονιμοποιημένων ωαρίων εφαρμόζεται για τη διαφύλαξη και τη μελλοντική χρήση του σε μεθόδους ΙΥΑ ή για ερευνητικούς και θεραπευτικούς σκοπούς*». Η διάταξη αυτή δημιουργεί το ερώτημα, αν κάθε πρόσωπο μπορεί να προβεί στην τεχνική της κρυοσυντήρησης του γεννητικού του υλικού ή μόνο τα πρόσωπα στα οποία συντρέχει η γενική προϋπόθεση της ιατρικής αναγκαιότητας του άρθρου 1455 ΑΚ και ως εκ τούτου προσφεύγουν στη διαδικασία της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής. Από το συνδυασμό του άρθρου 7 και 8 του ν. 3305/2005, προκύπτει ότι²¹²: α) τα κρυοσυντηρημένα γονιμοποιημένα ωάρια προέρχονται αποκλειστικά από θεραπευτική αγωγή υποβοηθούμενης αναπαραγωγής σε ζεύγος συζύγων ή συντρόφων, αποτελούν, δηλαδή, πλεονάζον γεννητικό υλικό (άρθρο 7§3 γ, 8§3), β) είναι υποχρεωτική η κρυοσυντήρηση στην απλή διάθεση σπέρματος από τρίτο δότη, δηλαδή από πρόσωπο που δεν αποβλέπει στην απόκτηση δικών του παιδιών (άρθρο 7§3 α, 8§9), γ) είναι δυνατή (όχι υποχρεωτική σε αυτή την περίπτωση) η κρυοσυντήρηση σπέρματος, με σκοπό τη χρησιμοποίησή του για την απόκτηση απογόνων του άνδρα με τη σύζυγο ή σύντροφό του. Είναι φανερό ότι στην πρώτη και την τρίτη περίπτωση απαιτείται να συντρέχει ο όρος της ιατρικής αναγκαιότητας, προκειμένου να είναι επιτρεπτή η διαδικασία της κρυοσυντήρησης. Το αντίθετο ισχύει στη δεύτερη περίπτωση, αφού άλλωστε ο δότης του γεννητικού υλικού δεν αποσκοπεί στην απόκτηση δικών του τέκνων.

Η δεύτερη προϋπόθεση για το επιτρεπτό της κρυοσυντήρησης είναι η συναίνεση των δοτών, που προβλέπεται ειδικά στο άρθρο 7§6 του ν. 3305/2005. Σύμφωνα με τη διάταξη αυτή, η κρυοσυντήρηση πραγματοποιείται κατόπιν έγγραφης συναίνεσης των προσώπων που τα καταθέτουν, σύμφωνα με το άρθρο 1456 ΑΚ. Τονίζεται, δηλαδή, ότι για την κρυοσυντήρηση απαιτείται ειδική συναίνεση των ενδιαφερομένων, κάτι που προκύπτει άλλωστε και από το άρθρο 1456 ΑΚ, που κάνει λόγο για συναίνεση που αφορά «*κάθε ιατρική πράξη που αποβλέπει στην υποβοήθηση της ανθρώπινης αναπαραγωγής*»²¹³.

αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 191. Όμως, Βλ. Παπαχρίστου Θανάσης, «πρόσωπα» και «πράγματα» στο μοντέρνο δίκαιο (Με αφορμή τη νομική φύση του γεννητικού υλικού), Τιμητικός Τόμος Ι. Μανωλεδάκη, 2007, σελ. 915 επ., ο οποίος υποστηρίζει ότι το γεννητικό υλικό είναι μόνο πράγμα. Αναλυτικότερα για τις υποστηριζόμενες απόψεις σχετικά με τη νομική φύση του γεννητικού υλικού βλ. Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη, Σπέρμα, Ωάριο και Γονιμοποιημένο ωάριο που βρίσκονται έξω από το ανθρώπινο σώμα-Η νομική τους φύση και μεταχείριση κατά το αστικό δίκαιο, Αρμ. 1999, σελ 465 επ.

²¹² Φουντεδάκη Κατερίνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 193.

²¹³ Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη, Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005, σελ 41.

Περαιτέρω, το άρθρο 7§3 του ν. 3305/2005 καθορίζει τα ανώτατα χρονικά όρια της κρυοσυντήρησης, για όλα τα είδη γεννητικού υλικού και επομένως στο σημείο αυτό καταργεί το άρθρο 1459 ΑΚ, που όριζε ειδικά για τα γονιμοποιημένα ωάρια ότι διατηρούνται για πέντε έτη μετά τη λήψη ή δημιουργία τους²¹⁴. Σύμφωνα με την §4 του άρθρου 7, μετά την πάροδο των προβλεπόμενων προθεσμιών το γεννητικό υλικό που δεν έχει χρησιμοποιηθεί, είτε διατίθεται για ερευνητικούς και θεραπευτικούς σκοπούς, είτε καταστρέφεται με απόφαση της Αρχής υποβοηθούμενης αναπαραγωγής, ύστερα από αίτηση της τράπεζας κρυοσυντήρησης. Από τη διάταξη αυτή προκύπτει ότι η χρησιμοποίηση του κρυοσυντηρημένου γεννητικού υλικού για απόκτηση απογόνων μετά την πάροδο των προθεσμιών αυτών είναι παράνομη πράξη και μπορεί να θεμελιώσει αστική ευθύνη του ιατρού.

Τέλος, υποστηρίζεται ότι η κρυοσυντήρηση είναι σύμβαση παρακαταθήκης αλλά και έργου, αφού δεν περιλαμβάνει μόνο τη φύλαξη, αλλά και τη διατήρηση του γεννητικού υλικού με εφαρμογή ορισμένης τεχνικής²¹⁵.

2.2.4 Προεμφυτευτική γενετική διάγνωση

Σύμφωνα με το άρθρο 3§15 του ν. 3305/2005, προεμφυτευτική γενετική διάγνωση είναι *«η αφαίρεση επεμβατικά με μικροχειρισμό πολικών σωματίων ή κυττάρων του γονιμοποιημένου ωαρίου προ της μεταφοράς, προκειμένου αυτά να αναλυθούν γενετικά»*. Πρόκειται, με άλλα λόγια, για τη γενετική ανάλυση στοιχείων του in vitro γονιμοποιημένου ωαρίου, πριν τη μεταφορά του στη μήτρα, για να ερευνηθεί η ύπαρξη τυχόν γενετικών ανωμαλιών. Σύμφωνα με το άρθρο 10 του ν. 3305/2005, για το επιτρεπτό της διάγνωσης αυτής απαιτείται συναίνεση των ενδιαφερομένων προσώπων, δηλαδή αυτών που επιθυμούν να αποκτήσουν τέκνο και η άδεια της Αρχής, ώστε να *«διαπιστωθεί ότι η ΜΥΙΑ διαθέτει την αναγκαία τεχνογνωσία και τον απαιτούμενο εξοπλισμό»*. Επιπλέον, στην §2 του ίδιου άρθρου ορίζεται ότι πριν την εφαρμογή της προεμφυτευτικής διάγνωσης είναι υποχρεωτική η παροχή γενετικής συμβουλευτικής στα ενδιαφερόμενα πρόσωπα.

2.3 Απαγορευμένες πράξεις υποβοηθούμενης αναπαραγωγής

Οι εφαρμογές της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής που απαγορεύονται πλήρως από το νόμο είναι η αναπαραγωγική κλωνοποίηση, η δημιουργία υβριδίων και χιμαιρών και η επιλογή φύλου, εκτός αν πρόκειται να αποφευχθεί σοβαρή κληρονομική νόσος που συνδέεται με το

²¹⁴ Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη, Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005, σελ 44.

²¹⁵ Φουντεδάκη Κατερίνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 298-299 και Παπαχρίστου Θανάσης, ΝΟΜΟΣ 4, αφιέρωμα στον Νικόλαο Παπαντωνίου, 1996, σελ. 649.

φύλο. Η απαγόρευση των εφαρμογών αυτών διακηρύσσεται στη Σύμβαση του Οβιέδο (άρθρο 14 για την επιλογή φύλου) και στο πρόσθετο Πρωτόκολλο της 12.1.1998²¹⁶ (για την κλωνοποίηση), καθώς και στην ελληνική νομοθεσία για την υποβοηθούμενη αναπαραγωγή (άρθρο 1455§2 ΑΚ, άρθρο 2§3 του ν. 3305/2005), που εκτός από την απαγόρευση επιλογής φύλου και της αναπαραγωγικής κλωνοποίησης, προσθέτει και την απαγόρευση δημιουργίας υβριδίων και χιμαιρών. Σύμφωνα με την Εισηγητική έκθεση του νόμου 3305/2005, υβρίδια και χίμαιρες είναι τα έμβρυα που προκύπτουν από τη σύντηξη ανθρώπινων κυττάρων με κύτταρα άλλων οργανισμών και κυρίως θηλαστικών.

Η απαγόρευση επιλογής φύλου στο πλαίσιο της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής έχει την έννοια ότι δεν είναι επιτρεπτή οποιαδήποτε τεχνική που έχει ως αποτέλεσμα την επιλογή φύλου, στο μέλλον να μεταφερθεί στη γυναικεία μήτρα γονιμοποιημένο ωάριο. Η εν λόγω απαγόρευση απορρέει από το άρθρο 2§1 του Συντάγματος, που προστατεύει την ανθρώπινη αξία, αφού η επιλογή φύλου αποτελεί απαράδεκτο ετεροκαθορισμό, ο οποίος θα επηρεάσει τη ζωή του μελλοντικού παιδιού και γίνεται σε χρόνο που δεν μπορεί να ερωτηθεί το ίδιο²¹⁷. Εντούτοις, η απαγόρευση αυτή δεν είναι απόλυτη. Κάμπτεται, κατ' εξαίρεση, στην περίπτωση που η επιλογή φύλου επιβάλλεται προκειμένου να αποφευχθεί η μετάδοση στο παιδί από το γονέα κάποιας ασθένειας που συνδέεται με το φύλο. Τέτοιες ασθένειες είναι κυρίως η νόσος του Duchenne, που μεταβιβάζεται από τη μητέρα φορέα στους μισούς γιούς της προκαλώντας σ' αυτούς μυϊκή ατροφία, η αιμοφιλία, και η βαριά νοητική στέρηση, οι οποίες, επίσης, μεταβιβάζονται από τη μητέρα φορέα στα άρρενα τέκνα της αποκλειστικά²¹⁸. Υποστηρίζεται, περαιτέρω, ότι από τον κανόνα της απαγόρευσης επιλογής φύλου θα μπορούσε να συναχθεί ερμηνευτικά απαγόρευση επιλογής και άλλων βιολογικών χαρακτηριστικών (όπως για παράδειγμα το ύψος, το χρώμα των οφθαλμών), αφού και στην περίπτωση αυτή προσβάλλεται η προσωπική αυτονομία του προσώπου²¹⁹.

²¹⁶ Κυρώθηκε από την Ελλάδα με την ΥΑ Φ 0546/1/ΑΣ 723/Μ. 4898/21.10.98. Βλ., όμως, Βλαχόπουλο, Η κλωνοποίηση στην ελληνική έννομη τάξη, 2000, σελ. 32 επ., ο οποίος επισημαίνει το πρόβλημα της μη κύρωσης του Πρωτοκόλλου κατά τρόπο συνταγματικά επιτρεπτό με αποτέλεσμα να μην μπορεί να εφαρμοστεί στην ελληνική έννομη τάξη.

²¹⁷ Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη, Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005, σελ. 18, Σκορίνη-Παπαρρηγοπούλου Φώνη, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος VII, (Οικογενειακό Δίκαιο), άρθρα 1455-1456, αρ.42, 2007.

²¹⁸ Σκορίνη-Παπαρρηγοπούλου Φώνη, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος VII, (Οικογενειακό Δίκαιο), άρθρα 1455-1456, αρ. 43, 2007.

²¹⁹ Παπαχρίστου Θανάσης, Εγχειρίδιο Οικογενειακού Δικαίου, 3^η έκδοση, 2005, σελ. 203, Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη, Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005, σελ. 19.

Ως προς την μέθοδο της κλωνοποίησης, στην Εισηγητική Έκθεση του νόμου 3089/2002 επισημαίνεται ότι η αναπαραγωγική κλωνοποίηση ρητά απαγορεύεται «αφού η επιδίωξη αναπαραγωγής όμοιων ανθρώπων αντιβαίνει στη μοναδικότητα του κάθε ανθρώπου». Η εν λόγω απαγόρευση απορρέει και εδώ από το άρθρο 2§1 του Συντάγματος περί σεβασμού της ανθρώπινης αξιοπρέπειας, αφού η αναπαραγωγική κλωνοποίηση οδηγεί σε ετεροκαθορισμό του ανθρώπινου όντος και αναιρεί τη μοναδικότητα του ατόμου²²⁰. Εκτός, όμως, από την αναπαραγωγική κλωνοποίηση υπάρχει και η θεραπευτική κλωνοποίηση, η οποία έχει ως στόχο τη δημιουργία μεμονωμένων ιστών και οργάνων, ιστοσυμβατών προς συγκεκριμένο αποδέκτη της θεραπείας, τα οποία μπορεί να χρησιμοποιηθούν για αντικατάσταση οργάνων ή για αντιμετώπιση σοβαρών ασθενειών²²¹. Για το λόγο αυτό η θεραπευτική κλωνοποίηση θεωρείται ευεργετική για την ανθρωπότητα. Από τη διατύπωση των δυο διατάξεων του ΑΚ και του ν. 3305/2005 με ρητή αναφορά μόνο στην αναπαραγωγική κλωνοποίηση συνάγεται σαφώς ότι η θεραπευτική κλωνοποίηση δεν απαγορεύεται. Στο συμπέρασμα αυτό οδηγούν και τα άρθρα 1459§1 β ΑΚ και 7§7 του ν. 3305/2005, που ορίζουν ότι το πλεονάζον γεννητικό υλικό μπορεί να διατίθεται και για ερευνητικούς ή θεραπευτικούς σκοπούς, καθώς και το γεγονός ότι αυτό το είδος της κλωνοποίησης δεν έρχεται σε αντίθεση με τις προαναφερόμενες συνταγματικές αξίες²²².

2.4 Πλεονάζον γεννητικό υλικό

Πλεονάζον γεννητικό υλικό είναι το κρυοσυντηρημένο γεννητικό υλικό, είτε στην απλή μορφή του ως σπέρμα ή ωάρια, είτε τα γονιμοποιημένα ωάρια, τα οποία δε χρειάζονται πλέον στα πρόσωπα που προσφεύγουν σε τεχνητή γονιμοποίηση, διότι ευδοκίμησε ο στόχος της τεκνοποίησης ή διότι αυτός ματαιώθηκε οριστικά (π.χ εγκατέλειψαν οριστικά τις προσπάθειές τους ή ανατράπηκε η σχέση τους)²²³.

²²⁰ Παπαχρίστου Θανάσης, Εγχειρίδιο Οικογενειακού Δικαίου, 3^η έκδοση, 2005, σελ. 203.

²²¹ Παπαχρίστου Θανάσης, Εγχειρίδιο Οικογενειακού Δικαίου, 3^η έκδοση, 2005, σελ. 202.

²²² Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη, Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005, σελ 20, Παπαχρίστου Θανάσης, Η Τεχνητή Αναπαραγωγή στον Αστικό Κώδικα, Πρόλογος Γ.Α. Κουμάντου, 2003, σελ. 33, Σπυριδάκης Ι.Σ., Η νέα ρύθμιση της τεχνητής γονιμοποίησης και της συγγένειας, 2003, σελ. 16.

²²³ Βλ. Εισηγητική Έκθεση ν. 3089/2002 στο άρθρο 1459 ΑΚ, Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη, Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005, σελ. 70.

Το πρόβλημα της τύχης του πλεονάζοντος γεννητικού υλικού αντιμετωπίζεται στο άρθρο 1459 ΑΚ, το οποίο επιβάλλει²²⁴ στα πρόσωπα που προσφεύγουν σε τεχνητή γονιμοποίηση να αποφασίσουν σχετικά, πριν την έναρξη της διαδικασίας, με κοινή έγγραφη δήλωσή τους προς τον ιατρό ή τον υπεύθυνο του ιατρικού κέντρου. Στο εν λόγω άρθρο απαριθμούνται τρεις επιλογές: είτε να διατεθεί το γεννητικό υλικό κατά προτεραιότητα χωρίς αντάλλαγμα, είτε να χρησιμοποιηθεί χωρίς αντάλλαγμα για ερευνητικούς ή θεραπευτικούς σκοπούς, είτε να καταστραφεί²²⁵.

Ως προς τη διάθεση του γεννητικού υλικού, επισημαίνεται ότι η δυνατότητα αυτή απαριθμείται πρώτη στην ΑΚ 1459§1 και επιπλέον ορίζεται ρητά ότι επιλέγεται «κατά προτεραιότητα». Οι δύο αυτές λέξεις έχουν το νόημα της προτίμησης της λύσης αυτής από το νομοθέτη και στοχεύουν στο να παροτρύνουν τους ενδιαφερομένους να την ακολουθήσουν, χωρίς να έχουν όμως χαρακτήρα επιτακτικό²²⁶. Όπως είναι φανερό, η γονιμοποίηση που θα ακολουθήσει αυτή τη διάθεση θα είναι ετερόλογη, όπου ξένα μπορούν να είναι είτε το σπέρμα είτε τα γονιμοποιημένα ωάρια. Περαιτέρω, προκειμένου να είναι έγκυρη και να παράγει αποτελέσματα αυτή η επιλογή των ενδιαφερομένων θα πρέπει να συντρέχουν οι ορισμένες προϋποθέσεις που ορίζει ο νόμος. Συγκεκριμένα, η διάθεση αυτή πρέπει να γίνεται χωρίς οικονομικό αντάλλαγμα (άρθρο 1459 § 1 ΑΚ και 8 § 1 του ν. 3305/2005)²²⁷ σε πρόσωπα που θα επιλεγούν από το γιατρό ή από το ιατρικό κέντρο²²⁸. Η έλλειψη οικονομικού ανταλλάγματος στην παραχώρηση γεννητικού υλικού σε τρίτους σημαίνει ότι η παραχώρηση αυτή είναι μια

²²⁴ Παπαχρίστου Θανάσης, Η Τεχνητή Αναπαραγωγή στον Αστικό Κώδικα, Πρόλογος Γ.Α Κουμάντου, 2003, σελ. 47.

²²⁵ Βλ. Σταμπέλου Χριστίνα στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος VII, (Οικογενειακό Δίκαιο), άρθρο 1459, αρ. 23, 2007, η οποία υποστηρίζει ότι ως πρώτη επιλογή των πιο πάνω προσώπων θα μπορούσε να είναι η μελλοντική χρήση του πλεονάζοντος γεννητικού υλικού από τους ίδιους. Κατά τη συγγραφέα, αυτό συνάγεται από τη διατύπωση της ΑΚ 1459: «... τα κρυοσυντηρημένα γονιμοποιημένα ωάρια που δεν θα τους χρειασθούν...», και από το άρθρο 8§3 του ν. 3305/2005: «... και δεν προορίζονται για μελλοντική χρήση από τους ίδιους». Εφόσον, λοιπόν, τα πρόσωπα που προσφεύγουν σε τεχνητή γονιμοποίηση δεν σκοπεύουν να κάνουν χρήση του πλεονάζοντος γεννητικού υλικού τους στο μέλλον, έχουν τις τρεις επιλογές που αναφέρθηκαν.

²²⁶ Παπαχρίστου Θανάσης, Η Τεχνητή Αναπαραγωγή στον Αστικό Κώδικα, Πρόλογος Γ.Α Κουμάντου, 2003, σελ. 48, Σταμπέλου Χριστίνα στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος VII, (Οικογενειακό Δίκαιο), άρθρο 1459, αρ. 24, 2007.

²²⁷ Διευκρινίζεται, πάντως, στο άρθρο 8§5 του ν. 3305/2005, ότι δε συνιστά αντάλλαγμα η καταβολή δαπανών που είναι απαραίτητες για τη λήψη και την κρυοσυντήρηση των γαμετών, καθώς και το περιεχόμενο των δαπανών αυτών.

²²⁸ Επομένως, οι ίδιοι οι δότες δεν έχουν τη δυνατότητα να καθορίσουν τους αποδέκτες του γεννητικού υλικού τους. Η νομοθετική αυτή επιλογή εναρμονίζεται με την αρχή της ανωνυμίας των δοτών γεννητικού υλικού, η οποία καθιερώνεται στο άρθρο 1460 ΑΚ και για την οποία θα γίνει λόγος παρακάτω.

χαριστική πράξη, χωρίς όμως να μπορεί να χαρακτηριστεί ως «δωρεά» με την έννοια του άρθρου 496 ΑΚ, αφού η διάταξη αυτή προϋποθέτει να παραχωρείται «περιουσιακό αντικείμενο». Ορθότερος, λοιπόν, είναι ο χαρακτηρισμός της διάθεσης του γεννητικού υλικού ως «ιδιομόρφης ελευθεριότητας»²²⁹. Η ιδιομορφία αποδίδεται αφενός στο ότι η παραχώρηση γίνεται προς αόριστους αποδέκτες και οριστικοποιείται από το γιατρό ή το ιατρικό κέντρο και αφετέρου στην καθιέρωση της αρχής της ανωνυμίας των δοτών γεννητικού υλικού, για την οποία γίνεται λόγος παρακάτω. Ζητήματα, όμως, ανακύπτουν σε σχέση με την εφαρμογή του άρθρου 8 του νόμου 3305/2005, το οποίο ρυθμίζει γενικά τη διάθεση γεννητικού υλικού για τους σκοπούς της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής. Από τις ρυθμίσεις αυτές μόνο ορισμένες εφαρμόζονται και στην περίπτωση της διάθεσης πλεονάζοντος γεννητικού υλικού, ενώ άλλες εφαρμόζονται μόνο στην περίπτωση απλής δωρεάς σπέρματος ή ωαρίου, η οποία συντρέχει όταν πρόσωπα που εξαρχής δεν αποβλέπουν στην απόκτηση δικών τους απογόνων με ιατρική υποβοήθηση, απλώς διαθέτουν το γεννητικό υλικό τους για την υποβοήθηση αναπαραγωγής άλλων προσώπων^{230, 231}. Συγκεκριμένα, το άρθρο 8§7 του ν. 3305/2005 θεσπίζει ορισμένες προδιαγραφές για τους τρίτους δότες, όπως τη δικαιοπρακτική τους ικανότητα και το ανώτατο και κατώτατο όριο ηλικίας τους. Το τελευταίο είναι η ηλικία των 18 ετών («οι δότες πρέπει να είναι ενήλικες») και το ανώτατο διαφέρει ανάλογα με το φύλο του τρίτου δότη: ο δότης σπέρματος πρέπει να μην έχει συμπληρώσει το 40^ο έτος της ηλικίας του, ενώ η δότρια ωαρίων θα πρέπει να μην έχει συμπληρώσει το 35^ο έτος της ηλικίας της (εδ. 2). Τα όρια αυτά μπορούν να αυξηθούν μέχρι την ηλικία των πενήντα και σαράντα ετών αντίστοιχα σε περίπτωση διάθεσης γονιμοποιημένων ωαρίων, ή όταν συντρέχει σπουδαίος λόγος, ύστερα από απόφαση της αρχής (εδ.3). Υποστηρίζεται ότι η αναφορά του νόμου στα γονιμοποιημένα ωάρια δείχνει ότι αυτή η διάταξη εφαρμόζεται τόσο στην απλή δωρεά γεννητικού υλικού, όσο και στην περίπτωση που τα πρόσωπα που προσέφυγαν σε υποβοηθούμενη αναπαραγωγή επέλεξαν για το πλεονάζον γεννητικό υλικό τους τη διάθεση σε τρίτους²³². Περαιτέρω, το άρθρο 8§2 του ν. 3305/2005

²²⁹ Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη, Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005, σελ. 87.

²³⁰ Φουντεδάκη Κατερίνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 267.

²³¹ Από το άρθρο 8§3 του ν. 3305/2005 προκύπτει ότι το γεννητικό υλικό που προσφέρεται από τρίτους δότες μπορεί να είναι μόνο σπέρμα και ωάριο και όχι γονιμοποιημένο ωάριο, το οποίο μπορεί να διατεθεί μόνο ως πλεονάζον γεννητικό υλικό από πρόσωπα που έχουν προσφύγει στην υποβοηθούμενη αναπαραγωγή

²³² Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη, Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005, σελ. 88-89, Σταμπέλου Χριστίνα στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος VII, (Οικογενειακό Δίκαιο), άρθρο 1459, αρ. 32, 2007. Βλ., όμως, Φουντεδάκη Κατερίνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 279-280, η οποία υποστηρίζει η πλήρης

ορίζει ότι η διάθεση γαμετών και γονιμοποιημένων ωαρίων γίνεται με την έγγραφη συναίνεση των δοτών. Και όταν μεν πρόκειται για διάθεση πλεονάζοντος γεννητικού υλικού που προέκυψε σε δότες οι οποίοι θέλησαν να συμμετάσχουν και οι ίδιοι στη διαδικασία της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής, ως προς τις συναινέσεις τους γι' αυτή την παραχώρηση εφαρμόζονται τα άρθρα 1459 ΑΚ και 7§6 εδ. 7 του ν. 3305/2005, όπως αναλύεται στη συνέχεια. Η ρύθμιση, επομένως, αυτή έχει πρακτική σημασία για τους τρίτους δότες, καθώς δε ρυθμίζεται αλλού η δική τους συναίνεση²³³. Απαιτείται σε αυτή την περίπτωση έγγραφη συναίνεση, όπως υπογραμμίζεται στην Εισηγητική Έκθεση του νόμου και όπως προκύπτει από το άρθρο 8§2 εδ.2, παρόλο που στο νομοθετικό κείμενο (άρθρο 8§2 εδ. 1) προφανώς εκ παραδρομής, δε γίνεται σχετικός λόγος. Επίσης, κατά το άρθρο 8§2 εδ.2 αν ο δότης είναι έγγαμος ή συζεί σε ελεύθερη ένωση, απαιτείται και η έγγραφη συναίνεση του συζύγου ή του μόνιμου συντρόφου. Τέλος, το άρθρο 8§4 του ν. 3305/2005 ρυθμίζει το ζήτημα της ανάκλησης της διάθεσης του γεννητικού υλικού ορίζοντας ότι *«η διάθεση ανακαλείται ελεύθερα πριν τη χρησιμοποίηση των γαμετών ή των γονιμοποιημένων ωαρίων...»*. Γίνεται δεκτό ότι η ρύθμιση αυτή εφαρμόζεται όχι μόνο στην απλή δωρεά γεννητικού υλικού, αλλά και στην διάθεση πλεονάζοντος γεννητικού υλικού, με το επιχείρημα ότι το άρθρο αυτό αναφέρεται και στη διάθεση γονιμοποιημένου ωαρίου, η οποία όπως έχει προαναφερθεί επιτρέπεται μόνο όταν υπάρχουν πλεονάζοντα γονιμοποιημένα ωάρια, τα οποία έχουν δημιουργηθεί στο πλαίσιο αγωγής ενός ζεύγους (άρθρο 8§3 του ν. 3305/2005)²³⁴.

Η δυνατότητα χρησιμοποίησης του γεννητικού υλικού για ερευνητικούς ή θεραπευτικούς σκοπούς, επίσης χωρίς αντάλλαγμα, έχει εξαρθεί για τον ανθρωπιστικό της χαρακτήρα²³⁵. Περαιτέρω, με το άρθρο 11 του ν. 3305/2005 θεσπίστηκαν ορισμένες ειδικότερες προϋποθέσεις, προκειμένου να είναι νόμιμη η διενέργεια έρευνας σε γαμέτες και γονιμοποιημένα ωάρια, που εφόσον συντρέχουν, παρέχεται η σχετική άδεια από την Αρχή Ιατρικώς Υποβοηθούμενης Αναπαραγωγής. Επαναλαμβάνεται (άρθρο 11§3 αρ. β του ν. 3305/2005) ο όρος της έγγραφης συναίνεσης των δοτών, που ήδη βέβαια είχε προβλεφθεί με την ΑΚ 1459. Η δε διενέργεια έρευνας σε γονιμοποιημένα ωάρια γίνεται εντός 14 ημερών από τη δημιουργία τους (άρθρο 11§3 αρ. γ του ν. 3305/2005), ρύθμιση η οποία εκφράζει την αντίληψη του νομοθέτη ότι η ζωή

δικαιοπρακτική ικανότητα των δοτών γεννητικού υλικού, με διορθωτική-διασταλτική ερμηνεία του άρθρου 8§7 του ν. 3305/2005, πρέπει να θεωρηθεί ότι εφαρμόζεται μόνο στην απλή δωρεά σπέρματος ή ωαρίου.

²³³ Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη, Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005, σελ. 89.

²³⁴ Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη, Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005, σελ. 76, Φουντεδάκη Κατερίνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 283.

²³⁵ Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη, Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005, σελ. 72.

αρχίζει μετά τη 14^η ημέρα από τη γονιμοποίηση. Τέλος, το εν λόγω άρθρο είναι εναρμονισμένο με την Σύμβαση του Οβιέδο, η οποία κυρώθηκε με το ν. 2619/1998 και η οποία προβλέπει (άρθρο 18) ότι στις περιπτώσεις που ο νόμος επιτρέπει την έρευνα σε έμβρυα *in vitro*, θα πρέπει να εξασφαλίζεται η επαρκής προστασία του εμβρύου.

Έσχατη²³⁶ τόσο στην απαρίθμηση, όσο και στην αξιολόγηση του νομοθέτη, είναι η καταστροφή γεννητικού υλικού. Η δυνατότητα αυτή αποτελεί την εντονότερη έκφραση της αντίληψης του νομοθέτη ότι στο σπέρμα, στο ωάριο αλλά και στο γονιμοποιημένο ωάριο των πρώτων δεκατεσσάρων ημερών δεν υπάρχει εξατομικευμένη ανθρώπινη ζωή. Η ίδια αντίληψη εκφράζεται και στην §3 του άρθρου 1459 ΑΚ, σύμφωνα με την οποία τα νωπά γονιμοποιημένα ωάρια καταστρέφονται κατά τη συμπλήρωση 14 ημερών από τη γονιμοποίηση, χωρίς να υπολογίζεται ο τυχόν ενδιάμεσος χρόνος κρυοσυντήρησής τους.

Σχετικά με τη δήλωση²³⁷ των προσώπων για την τύχη του πλεονάζοντος γεννητικού υλικού, το άρθρο 1459ΑΚ ορίζει ότι αυτή θα πρέπει να είναι κοινή για τους δύο συζύγους ή συντρόφους. Το νόημα της κοινής δήλωσης αναφέρεται στο περιεχόμενό της, ήτοι οι σύζυγοι ή οι σύντροφοι πρέπει να επιλέξουν κοινή τύχη του γεννητικού υλικού τους²³⁸. Επιπλέον, στο ίδιο άρθρο ορίζεται ότι η δήλωση αυτή θα πρέπει να είναι έγγραφη. Περισσότερες, όμως, λεπτομέρειες για τον τρόπο με τον οποίο οι ενδιαφερόμενοι καθορίζουν την τύχη του γεννητικού τους υλικού περιέχονται στο άρθρο 7§6 εδ. 7 του ν. 3305/2005. Πιο συγκεκριμένα, και αφού στα προηγούμενα εδάφια της παραγράφου 6 του εν λόγω άρθρου έχει οριστεί ότι οι μεν έγγαμοι ενδιαφερόμενοι συναινούν και οι δυο με απλό έγγραφο τόσο για την υποβολή τους στην τεχνητή γονιμοποίηση, όσο και για τη κρυοσυντήρηση του γεννητικού τους υλικού, ενώ οι άγαμοι (ζευγάρια που ζουν σε ελεύθερη ένωση και μόνες άγαμες γυναίκες) συναινούν σ' αυτά τα δυο με συμβολαιογραφικό έγγραφο, στο εδάφιο 7 του άρθρου 7§6 ορίζεται ότι *«με το ίδιο έγγραφο, τα εν λόγω πρόσωπα οφείλουν να δηλώσουν για την τύχη του κρυοσυντηρημένου γεννητικού υλικού, των ζυγωτών και γονιμοποιημένων ωαρίων κατ' εφαρμογή του άρθρου 1459 ΑΚ, εκτός αν πρόκειται για συντρόφους ή άγαμη γυναίκα, οπότε η εν λόγω δήλωση επιλογής γίνεται με ειδικό έγγραφο»*. Κατά το νόμο, λοιπόν, οι μεν έγγαμοι επιλέγουν την τύχη του γεννητικού τους υλικού με το ίδιο έγγραφο με το οποίο συναινούν στην κρυοσυντήρηση, ενώ οι άγαμοι δηλώνουν την

²³⁶ Παπαχρίστου Θανάσης, Η Τεχνητή Αναπαραγωγή στον Αστικό Κώδικα, Πρόλογος Γ.Α Κουμάντου, 2003, σελ. 48.

²³⁷ Βλ. Σταμπέλου Χριστίνα στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος VII, (Οικογενειακό Δίκαιο), άρθρο 1459, αρ. 48, 2007, η οποία υποστηρίζει ότι η δήλωση αυτή μπορεί να χαρακτηριστεί ως δικαιοπραξία (τυπική και απευθυντέα προς το γιατρό που θα επιχειρήσει την τεχνητή γονιμοποίηση), διότι επιφέρει ηθελημένα έννομα αποτελέσματα.

²³⁸ Σταμπέλου Χριστίνα στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος VII, (Οικογενειακό Δίκαιο), άρθρο 1459, αρ. 49, 2007.

επιλογή τους με ξεχωριστό ειδικό έγγραφο. Ορθά υποστηρίζεται²³⁹ ότι το ξεχωριστό αυτό έγγραφο δεν απαιτείται να είναι συμβολαιογραφικό, αλλά αρκεί να είναι απλό. Ούτε το άρθρο 1459 ΑΚ, ούτε το άρθρο 7§6 εδ. 7 αναφέρεται σε συμβολαιογραφικό έγγραφο και δεν προκύπτει και ο νομοθετικός λόγος, για τον οποίο θα έπρεπε να γίνει αυτή η διάκριση μεταξύ εγγάμων και αγάμων. Στη συνέχεια, το άρθρο 1459§2 ΑΚ ορίζει τι γίνεται στην περίπτωση που παραλειφθεί η δήλωση για την τύχη του πλεονάζοντος γεννητικού υλικού: οι γαμέτες και τα γονιμοποιημένα ωάρια διατηρούνται για χρονικό διάστημα πέντε ετών από τη λήψη ή τη δημιουργία τους και στη συνέχεια, είτε χρησιμοποιούνται για ερευνητικούς ή θεραπευτικούς σκοπούς, είτε καταστρέφονται²⁴⁰. Ωστόσο, ερμηνευτικά προβλήματα σε σχέση με το άρθρο 1459 ΑΚ δημιουργεί το άρθρο 7§7 του ν. 3305/2005, το οποίο ορίζει ότι αν δεν υπάρχει η κοινή δήλωση των μερών, καθώς και στις περιπτώσεις της διαφωνίας ως προς τη χρησιμοποίηση του γεννητικού υλικού, του διαζυγίου, της ακύρωσης του γάμου, της διάστασης, της λήξης της ελεύθερης ένωσης ή του θανάτου των δοτών, με την επιφύλαξη του άρθρου 1457 ΑΚ, «*το γεννητικό υλικό, οι ζυγωτές και τα γονιμοποιημένα ωάρια διατηρούνται ή χρησιμοποιούνται για ερευνητικούς ή θεραπευτικούς σκοπούς ή καταστρέφονται, σύμφωνα με τους όρους του άρθρου 1459 ΑΚ, ύστερα από απόφαση της Αρχής, κατόπιν αιτήσεως της Τράπεζας Κρυοσυντήρησης*». Κατά το άρθρο αυτό, επομένως, προβλέπονται διαζευκτικά τρεις δυνατότητες και από αυτές πρόβλημα δημιουργεί η «διατήρηση» του γεννητικού υλικού, από την άποψη της σχέσης της διάταξης με την αντίστοιχη ρύθμιση του άρθρου 1459§2 ΑΚ. Διότι, ενώ στο τελευταίο αυτό άρθρο προβλέπεται ότι το γεννητικό υλικό πρώτα διατηρείται για ορισμένο χρονικό διάστημα και κατόπιν μετά το διάστημα αυτό, είτε χρησιμοποιείται για ερευνητικούς ή θεραπευτικούς σκοπούς, είτε καταστρέφεται, στο άρθρο 7§7 του ν. 3305/2005 δεν γίνεται καθόλου αναφορά στις προθεσμίες του άρθρου 7§3 ως προς το χρόνο διατήρησης του γεννητικού υλικού, μετά από τις οποίες είναι δυνατή είτε η παραχώρηση για έρευνα ή θεραπεία είτε η καταστροφή του. Δημιουργείται, λοιπόν, το ερώτημα αν το άρθρο 7§7 του ν. 3305/2005 τροποποιεί το άρθρο 1459§2 ΑΚ, με αποτέλεσμα τόσο η χρησιμοποίηση του γεννητικού υλικού για έρευνα ή θεραπεία, όσο και η καταστροφή του να μπορούν να γίνουν αμέσως, χωρίς να χρειάζεται να περάσουν πρώτα οι προθεσμίες του άρθρου 7§3 του ν. 3305/2005. Επί του θέματος αυτού έχει υποστηριχθεί τόσο η άποψη ότι το άρθρο 7§7 του ν. 3305/2005 τροποποιεί το άρθρο 1459§2 ΑΚ ως προς την υποχρέωση διατήρησης του γεννητικού υλικού, με αποτέλεσμα να μπορεί αμέσως,

²³⁹ Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη, Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005, σελ. 74.

²⁴⁰ Γίνεται δεκτό ότι η ρύθμιση αυτή ισχύει και για την περίπτωση που υπάρχει μεν δήλωση επιλογής, αλλά αυτή για οποιοδήποτε λόγο είναι άκυρη, πχ λόγω μη τήρησης του εγγραφου τύπου (βλ. Σταμπέλου Χριστίνα στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος VII, (Οικογενειακό Δίκαιο), άρθρο 1459, αρ. 54, 2007).

ύστερα από απόφαση της Αρχής, είτε να καταστραφεί το γεννητικό υλικό είτε να χρησιμοποιηθεί για ερευνητικούς ή θεραπευτικούς σκοπούς²⁴¹, όσο και η άποψη ότι το γεννητικό υλικό πρέπει πρώτα να διατηρείται για το χρονικό διάστημα που ορίζει ο νόμος, με το επιχείρημα ότι το άρθρο 7§7 του ν. 3105/2005 παραπέμπει ευθέως στο άρθρο 1459§2 ΑΚ, γεγονός από το οποίο συνάγεται ότι ο νομοθέτης του ν. 3305/2005 δεν επιθυμεί μια διαφορετική ρύθμιση από αυτήν του ν. 3089/2002²⁴². Κατά την τελευταία, όμως, αυτή άποψη, στις περιπτώσεις διαζυγίου, ακύρωσης του γάμου, διάστασης, λήξης της ελεύθερης ένωσης ή θανάτου κατά τελλολογική συστολή του νόμου θα πρέπει να είναι δυνατή και η άμεση χρήση του γεννητικού υλικού, χωρίς την προηγούμενη τήρηση προθεσμίας φύλαξης αυτού.

2.5 Τήρηση ανωνυμίας δότη γεννητικού υλικού

Η υποβοηθούμενη αναπαραγωγή με χρήση ξένου γεννητικού υλικού (ετερόλογη τεχνητή γονιμοποίηση) συνδέεται με το ζήτημα της ανωνυμίας ή μη των τρίτων δοτών. Συγκεκριμένα, τίθεται το ερώτημα αν η ταυτότητα του τρίτου δότη πρέπει να γίνεται γνωστή στο τέκνο που θα γεννηθεί (και που προέρχεται βιολογικά από αυτόν), καθώς και στα πρόσωπα αποκτούν τέκνο με ετερόλογη τεχνητή γονιμοποίηση και αντίστροφα, αν η ταυτότητα του τέκνου και των γονέων του πρέπει να είναι γνωστή στο δότη²⁴³. Τελικά ο νόμος ακολούθησε τη λύση της ανωνυμίας των τρίτων δοτών γεννητικού υλικού. Έτσι, στο άρθρο 1460§1 εδ. 1 ΑΚ ορίζεται ότι η ταυτότητα των τρίτων, που έχουν προσφέρει τους γαμέτες ή τα γονιμοποιημένα ωάρια, δεν γνωστοποιείται στα πρόσωπα που επιθυμούν να αποκτήσουν τέκνο²⁴⁴. Και αντίστοιχα, στο άρθρο 1460§2 ΑΚ προβλέπεται ότι η ταυτότητα του τέκνου, καθώς και των γονέων του, δεν γνωστοποιείται στους τρίτους δότες γεννητικού υλικού. Μάλιστα, στην Εισηγητική Έκθεση του νόμου 3089/2002, στο άρθρο 1460, επισημαίνεται ότι στο πλαίσιο της σύγχρονης αρχής της κοινωνικοσυναισθηματικής συγγένειας, κατά την οποία η σημασία της βιολογικής αλήθειας και της καταγωγής εκ των πραγμάτων μειώνεται, ενώ αναδεικνύεται αντίθετα ως σημαντικός παράγοντας για την ίδρυση της νομικής συγγένειας η βούληση των μερών, που συνδέει νομικά

²⁴¹ *Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη*, Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005, σελ. 82-83.

²⁴² *Σταμπέλου Χριστίνα* στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος VII, (Οικογενειακό Δίκαιο), άρθρο 1459, αρ. 56, 2007.

²⁴³ Για τα διάφορα επιχειρήματα που έχουν προταθεί τόσο υπέρ, όσο και κατά της ανωνυμίας του δότη βλ. *Σταμπέλου Χριστίνα* στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος VII, (Οικογενειακό Δίκαιο), άρθρο 1460, αρ. 1-16, 2007 και *Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη*, Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005, σελ. 98-99.

²⁴⁴ Συνεπώς προς την ανωνυμία αυτή είναι και η διάταξη του άρθρου 1475§2 ΑΚ, που αποκλείει τη δικαστική αναγνώριση της πατρότητας του τρίτου δότη, σε περίπτωση που η ταυτότητά του γίνει γνωστή.

το παιδί όχι με τους βιολογικούς γονείς του, αλλά με αυτούς που το θέλουν, δηλαδή τους «κοινωνικούς γονείς», «...η ανωνυμία των τρίτων δοτών γεννητικού υλικού είναι επιβεβλημένη, καθώς μάλιστα προφυλάσσει και τα δυο μέρη από δυσάρεστες μελλοντικές ψυχολογικές αλλαγές και αλληλοεπεμβάσεις μεταξύ βιολογικής και κοινωνικής οικογένειας, που αποβούν ασφαλώς σε βάρος του παιδιού». Από την άλλη πλευρά, ο νομοθέτης έχοντας προφανώς επίγνωση της σημασίας της κληρονομικότητας σε ασθένειες και σε άλλα βιολογικά και ιατρικά δεδομένα, θεώρησε απαραίτητο να τηρούνται ιατρικές πληροφορίες που αφορούν τον τρίτο δότη του γεννητικού υλικού. Οι πληροφορίες αυτές καταχωρίζονται σε ειδικό απόρρητο αρχείο, σε κωδικοποιημένη μορφή, χωρίς ένδειξη της ταυτότητας του δότη. Πρόσβαση στο αρχείο αυτό επιτρέπεται μόνο στο τέκνο και μόνο για λόγους σχετικούς με την υγεία του. Αν, βέβαια, το παιδί είναι ανήλικο, η πρόσβαση στο αρχείο επιτρέπεται στους νομίμους αντιπροσώπου του, καταρχήν δηλαδή στους γονείς που ασκούν τη γονική μέριμνα²⁴⁵. Στο θέμα της αρχειοθέτησης των ιατρικών πληροφοριών αναφέρεται και το άρθρο 8§6 του ν. 3305/2005, εξειδικεύοντας το άρθρο 1460 ΑΚ. Συγκεκριμένα, ορίζει ότι οι ιατρικές πληροφορίες που αφορούν τον τρίτο δότη σύμφωνα με το άρθρο 1460 ΑΚ φυλάσσονται με απόλυτη μυστικότητα και σε κωδικοποιημένη μορφή στην τράπεζα κρυοσυντήρησης και στο εθνικό αρχείο δοτών και ληπτών που προβλέπεται στο άρθρο 20§2γ του ν. 3305/2005 και τηρείται στην Αρχή Ιατρικώς Υποβοηθούμενης Αναπαραγωγής.

2.6 Η σημασία της νομοθετικής οριοθέτησης του επιτρεπτού της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής για την αστική ιατρική ευθύνη

2.6.1 Εισαγωγικές παρατηρήσεις

Όπως αναλύθηκε ανωτέρω, ο νόμος περιέχει ειδική και διεξοδική ρύθμιση για τους όρους του επιτρεπτού των μεθόδων και εφαρμογών της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής, γεγονός που συνεπάγεται τη διαφορετική αντιμετώπισή τους από τις υπόλοιπες ιατρικές πράξεις. Έτσι, το αν μια πράξη υποβοηθούμενης αναπαραγωγής είναι νόμιμη ή παράνομη εξαρτάται κατά πρώτο λόγο από την τήρηση των προϋποθέσεων που προβλέπονται στους ν. 3089/2002 και 3305/2005 και μόνο συμπληρωματικά από όσα προβλέπονται από τη γενική θεωρία της ιατρικής πράξης²⁴⁶. Ακόμη και το ζήτημα της συναίνεσης και ενημέρωσης του προσώπου που προσφεύγει σε υποβοηθούμενη αναπαραγωγή δεν ρυθμίζεται εξ ολοκλήρου από τις γενικές

²⁴⁵ Παπαχρίστου Θανάσης, Η Τεχνητή Αναπαραγωγή στον Αστικό Κώδικα, Πρόλογος Γ.Α Κουμάντου, 2003, σελ. 47.

²⁴⁶ Φουντεδάκη Κατερίνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 209.

διατάξεις του Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας, αλλά και από ειδικότερες διατάξεις, θέμα για το οποίο έγινε λόγος ανωτέρω.

Από την άλλη πλευρά η ειδική νομοθεσία για την υποβοηθούμενη αναπαραγωγή δεν περιέχει συγκεκριμένη ρύθμιση για την αστική ευθύνη του γιατρού που δρα παραβιάζοντας τους νόμιμους όρους για το επιτρεπτό των ιατρικών πράξεων της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής. Ως προς τα θέματα αυτά, επομένως, εφαρμόζονται όσα ισχύουν γενικά για τις αστικές συνέπειες μιας παράνομης ιατρικής πράξης, ή μιας πράξης που διενεργήθηκε χωρίς την προηγούμενη ενημερωμένη συναίνεση του ασθενούς, όπως αναπτύχθηκαν στο δεύτερο μέρος της παρούσας διπλωματικής, με κάποιες βέβαια διαφοροποιήσεις που θα αναπτυχθούν στη συνέχεια.

Στο σημείο αυτό αξίζει να επισημανθεί ότι για πολλές παραβάσεις των διατάξεων που ρυθμίζουν την υποβοηθούμενη αναπαραγωγή, ο ν. 3305/2005 προβλέπει ποινικές και διοικητικές κυρώσεις (άρθρα 26 και 27). Δεν τιμωρούνται, όμως, με αυτό τον τρόπο όλες οι παραβάσεις των όρων του επιτρεπτού της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής. Αντίθετα, η αστική ευθύνη του γιατρού αποτελεί μια γενική κύρωση, για όλες τις περιπτώσεις που δεν τηρούνται οι όροι του νόμου, εφόσον βέβαια τηρούνται και οι υπόλοιπες προϋποθέσεις της αδικοπρακτικής και ενδοσυμβατικής ευθύνης²⁴⁷. Επιπλέον, υποστηρίζεται ότι την ίδια λειτουργία, ήτοι μιας κύρωσης αστικού δικαίου για την παράβαση των διατάξεων περί υποβοηθούμενης αναπαραγωγής, έχει σε ορισμένες περιπτώσεις και η ακυρότητα της σύμβασης ιατρικής αγωγής με αντικείμενο πράξεις υποβοηθούμενης αναπαραγωγής²⁴⁸.

Από την ανάλυση που προηγήθηκε, καθίσταται σαφές ότι ο νόμος διακρίνει τρεις κατηγορίες πράξεων υποβοηθούμενης αναπαραγωγής: αυτές που απαγορεύονται πλήρως, αυτές που επιτρέπονται εφόσον τηρούνται οι γενικοί όροι προσφυγής σε υποβοηθούμενη αναπαραγωγή και αυτές που προϋποθέτουν τη συνδρομή και πρόσθετων ειδικών προϋποθέσεων. Με τις ρυθμίσεις αυτές, ο νόμος χαράσσει τα όρια νομιμότητας της δράσης του γιατρού στο πεδίο της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής. Αν, επομένως, μια ιατρική πράξη υποβοηθούμενης αναπαραγωγής διενεργείται εντός αυτών των ορίων είναι νόμιμη και δεν επισύρει αστικού δικαίου κυρώσεις για το γιατρό, ενώ το αντίθετο συμβαίνει όταν τα όρια του νόμου παραβιάζονται.

Σχετικά με τις πράξεις που επιτρέπονται, επισημαίνεται ότι εφόσον πληρούνται οι όροι που τάσσει ο νόμος, η πράξη και η συναίνεση του προσώπου σε αυτήν δεν μπορούν να θεωρηθούν ως αντίθετες στα χρηστά ήθη, αφού ο ίδιος ο νομοθέτης αξιολογεί την πράξη αυτή ως θεμιτή υπό κάποιους όρους. Επίσης, η τήρηση των όρων του νόμου αποκλείει το

²⁴⁷ Φουντεδάκη Κατερίνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 209.

²⁴⁸ Φουντεδάκη Κατερίνα, Αστική Ιατρική Ευθύνη, 2003, σελ. 317.

χαρακτηρισμό ορισμένης πράξης ως ιατρικού σφάλματος, χωρίς, ωστόσο, να απαλλάσσεται ο γιατρός από τις γενικές υποχρεώσεις επιμέλειάς του²⁴⁹.

Σε σχέση με τις **απαγορευμένες και άρα παράνομες ιατρικές πράξεις, επισημαίνεται ότι εδώ υπάγονται τόσο οι πράξεις που απαγορεύονται πλήρως από το νόμο, όπως η αναπαραγωγική κλωνοποίηση, όσο και οι υπόλοιπες πράξεις που υποβοηθούμενης αναπαραγωγής, όταν δεν συντρέχουν οι όροι νομιμότητας που τάσσει ο νόμος.** Έτσι, για παράδειγμα είναι παράνομη ως απαγορευμένη η πράξη υποβοήθησης στην ανθρώπινη αναπαραγωγή όταν διενεργείται για λόγους άσχετους με την ιατρική αναγκαιότητα των προσώπων που προσφεύγουν σε αυτή (άρθρο 1455 ΑΚ) ή όταν διενεργείται χωρίς την προηγούμενη συναίνεση των προσώπων.

Πάντως, στο σημείο αυτό αξίζει να επισημανθεί ότι σε πολλές διατάξεις του ν. 3305/2005 υποδεικνύονται συγκεκριμένες υποχρεώσεις του γιατρού αναφορικά με τις πράξεις υποβοηθούμενης αναπαραγωγής, οι οποίες αναφέρονται στο καθαρά ιατρικό σκέλος της²⁵⁰. Για παράδειγμα, τέτοιες είναι οι διατάξεις που αναφέρονται στον υποχρεωτικό έλεγχο των προσώπων που μετέχουν σε υποβοηθούμενη αναπαραγωγή για τους ιούς της ανθρώπινης ανοσοεπάρκειας, καθώς και για ηπατίτιδα και σύφιλη (άρθρο 4§2 ν. 3305/2005), στον αριθμό των μεταφερόμενων ωαρίων και γονιμοποιημένων ωαρίων (άρθρο 6 ν. 3305/2005), κ.α. Οι διατάξεις αυτές δεν εισάγουν γενικές ή ειδικές προϋποθέσεις του επιτρεπτού της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής, αλλά ιδρύουν συγκεκριμένες νομικές υποχρεώσεις του γιατρού αναφορικά με τον τρόπο άσκησης της ιατρικής στο πεδίο της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής. Πρόκειται, ουσιαστικά, για εξειδίκευση των υποχρεώσεων επιμέλειας του γιατρού στο πλαίσιο της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής, των οποίων η παράβαση συνιστά παρανομία με την έννοια του άρθρου 914 ΑΚ και εφόσον συντρέχουν και οι υπόλοιπες προϋποθέσεις στοιχειοθετείται ευθύνη του γιατρού για αποζημίωση λόγω ιατρικού σφάλματος.

2.6.2 Η απαγορευμένη ιατρική πράξη υποβοήθησης στην ανθρώπινη αναπαραγωγή ως νόμιμος λόγος ενδοσυμβατικής και αδικοπρακτικής ευθύνης του γιατρού

α) *Αντισυμβατική-Παράνομη και υπαίτια συμπεριφορά του γιατρού:* Η κατά τα ανωτέρω απαγορευμένη ιατρική πράξη υποβοηθούμενης αναπαραγωγής συνιστά τόσο παράβαση της σύμβασης ιατρικής αγωγής με αντικείμενο πράξεις υποβοηθούμενης αναπαραγωγής, όσο και παρανομία με την έννοια της ΑΚ 914. Για τη στοιχειοθέτηση, όμως, της αστικής ευθύνης του γιατρού απαιτείται να συντρέχουν και οι λοιποί όροι της συμβατικής και αδικοπρακτικής ευθύνης που ορίζει ο νόμος.

²⁴⁹ Φουντεδάκη Κατερίνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 210.

²⁵⁰ Φουντεδάκη Κατερίνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 174.

Ειδικότερα, η διενέργεια ιατρικών πράξεων υποβοηθούμενης αναπαραγωγής που απαγορεύονται από το νόμο, με την έννοια που αναφέρθηκε ανωτέρω, πρέπει να θεωρηθεί παράβαση της σύμβασης ιατρικής αγωγής (πλημμελής εκπλήρωση παροχής) με αντικείμενο την υποβοηθούμενη αναπαραγωγή, αφού περιεχόμενο της σύμβασης είναι η διενέργεια νομίμων πράξεων, όπως προκύπτει από το άρθρο 288 ΑΚ²⁵¹. Εξάλλου στο άρθρο 2§2 του Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας αναφέρεται η αυτονόητη υποχρέωση του γιατρού, που είναι και περιεχόμενο της τυχόν σύμβασης ιατρικής αγωγής, να τηρεί την ισχύουσα νομοθεσία. Διαφορετική, όμως, είναι η περίπτωση όπου η σύμβαση ιατρικής αγωγής καταρτίζεται από τα μέρη εξ αρχής με αντικείμενο την απαγορευμένη πράξη. Εν προκειμένω, τίθεται το ζήτημα, αν θα εφαρμοστεί η ΑΚ 174, η οποία καταλαμβάνει περιπτώσεις όπου ο νόμος απαγορεύει την ίδια τη σύναψη της υποσχετικής σύμβασης, οπότε η παρά το νόμο κατάρτισή της επιφέρει την ακυρότητά της, ή η ΑΚ 365, η οποία καταλαμβάνει περιπτώσεις όπου ο νόμος απαγορεύει μόνο την εκπλήρωση της παροχής, η οποία έτσι καθίσταται αδύνατη (νομική αδυναμία), ενώ κατά τα λοιπά η υποσχετική σύμβαση παραμένει έγκυρη, με αποτέλεσμα ο υπαίτιος οφειλέτης να ευθύνεται κατά την ΑΚ 362 σε αποζημίωση για μη εκπλήρωση της σύμβασης (θετικό διαφέρον)²⁵². Το αν τελικά ορισμένη περίπτωση υπάγεται στην ΑΚ 174 ή στην ΑΚ 365 αποτελεί ζήτημα ερμηνείας της απαγορευτικής διάταξης του νόμου βάσει του σκοπού της²⁵³. Από την ερμηνεία της, δηλαδή, θα συναχθεί αν απαγορεύει μόνο την παροχή την οποία υποσχέθηκε ο οφειλέτης ή αν απαγορεύει και τη σύναψη της υποσχετικής σύμβασης. Στην περίπτωση της σύμβασης ιατρικής αγωγής με αντικείμενο απαγορευμένες πράξεις υποβοηθούμενης αναπαραγωγής, ορθότερο είναι να δεχτούμε ότι πρόκειται για απαγορευμένη και επομένως άκυρη δικαιοπραξία, κατ' εφαρμογή του άρθρου 174 ΑΚ²⁵⁴. Σε τέτοιες περιπτώσεις, πρέπει να θεωρηθεί ότι ο νόμος αποδοκιμάζει όχι μόνο την ίδια την ιατρική πράξη, αλλά και τη σύμβαση με την οποία αναλαμβάνεται υποχρέωση διενέργειάς της. Εξάλλου, γίνεται δεκτό ότι σε αμφισβητούμενες περιπτώσεις, η ερμηνεία κλίνει υπέρ της εφαρμογής της ΑΚ 174 και όχι της

²⁵¹ Φουντεδάκη Κατερίνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 214-215.

²⁵² Γεωργιάδης Απόστολος, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, Τρίτη έκδοση, 2002, σελ. 461. Βλ. επίσης για το ζήτημα της έκτασης εφαρμογής της ΑΚ 365 σε Παπαδοπούλου-Κλαμαρή Δήμητρα, Σύμβαση με απαγορευμένη παροχή, Συμβολή στην ερμηνεία των ΑΚ 365, 174, 1992, σελ. 85 επ.

²⁵³ Σταθόπουλος Μιχάλης, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σελ. 1060.

²⁵⁴ Ανδρουλιδάκη-Δημητριάδη Ισμήνη, Αστική ευθύνη του γιατρού από την τεχνητή ανθρώπινη αναπαραγωγή, Digesta 2004 (τεύχος Δ), 441, Φουντεδάκη Κατερίνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 214, η οποία στην υποσ. 157 επισημαίνει ότι «η αντίθετη εκδοχή, ότι δηλαδή εδώ πρόκειται για έγκυρη υπόσχεση απαγορευμένης παροχής (ΑΚ 365), οπότε ο γιατρός υποχρεούται σε ανόρθωση της ζημίας του ασθενούς βάσει των άρθρων 362-363 ΑΚ, δεν οδηγεί σε ικανοποιητικά αποτελέσματα».

AK 365²⁵⁵. Περαιτέρω, σχετικά με τις συνέπειες που επέρχονται σε περίπτωση ακυρότητας της σύμβασης βάσει του άρθρου 174 ΑΚ, σημειώνονται τα εξής: αποσβήνεται κάθε πρωτογενής ή δευτερογενής υποχρέωση από τη σύμβαση και υπάρχει δυνατότητα εφαρμογής μόνο των διατάξεων περί αδικαιολόγητου πλουτισμού, παραλλήλως δε ενδεχόμενη υποχρέωση καταβολής του αρνητικού διαφέροντος εάν συντρέχει νόμιμος λόγος ευθύνης, ιδίως ευθύνη από τις διαπραγματεύσεις (ΑΚ 197-198) και φυσικά ο αποδέκτης της υπόσχεσης έχει υποστεί ζημία²⁵⁶.

Από την άλλη πλευρά, η διενέργεια της απαγορευμένης ιατρικής πράξης συνιστά και παράνομη συμπεριφορά κατά το άρθρο 914 ΑΚ, αφού αντίκειται σε ρητές διατάξεις νόμου. Η προϋπόθεση της υπαιτιότητας, σε σχέση και με τα δύο είδη ευθύνης, πρέπει να θεωρηθεί ότι συντρέχει κατά κανόνα, με την έννοια ότι η παράνομη συμπεριφορά του γιατρού θα οφείλεται είτε σε δόλο του, ήτοι εκ προθέσεως παραβίαση του νόμου, είτε σε αμέλεια, όπως στην περίπτωση που ο γιατρός αγνοεί τις διατάξεις του νόμου, ενώ όφειλε και μπορούσε να τις γνωρίζει, όπως ο μέσος συνετός ιατρός της ειδικότητάς του²⁵⁷.

Στο σημείο αυτό επισημαίνεται ότι η απαγορευμένη ιατρική πράξη είναι παράνομη ανεξάρτητα από την ύπαρξη ιατρικού σφάλματος. Δηλαδή, ακόμα και αν ο γιατρός κατά τη διενέργεια της απαγορευμένης ιατρικής πράξης έχει τηρήσει όλους τους κανόνες της επιστήμης του και έχει επιδείξει την απαιτούμενη επιμέλεια (de lege artis εκτέλεση της πράξης), η πράξη είναι και παραμένει παράνομη στοιχειοθετώντας την αστική ευθύνη του²⁵⁸.

Τέλος, σχετικά με την εφαρμογή του άρθρου 8 του ν. 2251/1994 στην περίπτωση των απαγορευμένων πράξεων υποβοηθούμενης αναπαραγωγής, η απάντηση θα δοθεί ανάλογα με την άποψη που θα υποστηριχθεί στο ζήτημα της εφαρμογής του άρθρου αυτού σε περιπτώσεις παράνομων ιατρικών πράξεων που, όμως, δεν συνιστούν ιατρικό σφάλμα²⁵⁹.

β) Ζημία: Η πράξη υποβοηθούμενης αναπαραγωγής που διενεργείται παρά το νόμο είναι δυνατόν να προκαλέσει αιτιωδώς ζημία σε ορισμένο πρόσωπο και ειδικότερα βλάβη του σώματος ή της υγείας του, ή ακόμα και θάνατο. Αυτό συμβαίνει για παράδειγμα στην περίπτωση όπου ο γιατρός κατά παράβαση των ορίων ηλικίας των προσώπων που συμμετέχουν σε υποβοηθούμενη αναπαραγωγή (ΑΚ 1455), εφαρμόσει τεχνητή γονιμοποίηση σε γυναίκα 60

²⁵⁵ Γεωργιάδης Απόστολος, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, Τρίτη έκδοση, 2002, σελ. 462, Σταθόπουλος Μιχάλης, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σελ. 1060-1061, ο οποίος υποστηρίζει ότι η ρύθμιση του άρθρου 365 ΑΚ δεν ήταν αναγκαία.

²⁵⁶ Παπαδοπούλου-Κλαμαρή Δήμητρα, Σύμβαση με απαγορευμένη παροχή, Συμβολή στην ερμηνεία των ΑΚ 365, 174, 1992, σελ. 87-91.

²⁵⁷ Φουντεδάκη Κατερίνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 215.

²⁵⁸ Για τη διάκριση αυθαίρετης-ανομιμοποίητης ιατρικής πράξης και ιατρικού σφάλματος βλ. Φουντεδάκη Κατερίνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 30 επ.

²⁵⁹ Για το ζήτημα αυτό βλ. ανωτέρω μέρος δεύτερο, κεφ. 6.

ετών και λόγω της προχωρημένης ηλικίας της παρουσιαστούν επιπλοκές κατά την κυοφορία με αποτέλεσμα να επέλθει σοβαρή βλάβη της υγείας της.

Ιδιαίτερη περίπτωση ζημίας αποτελεί η γέννηση ενός παιδιού με προβλήματα υγείας, ζήτημα το οποίο εξετάζεται κατωτέρω στο τρίτο κεφάλαιο.

γ) *Αιτιώδης σύνδεσμος*: Προϋπόθεση για να στοιχειοθετηθεί ευθύνη του γιατρού προς αποκατάσταση κάθε ζημίας που υφίσταται ένα πρόσωπο από την μη επιτρεπτή χρήση μεθόδων της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής είναι η συνδρομή αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ του νόμιμου λόγου ευθύνης και της ζημίας που προκαλείται στο πρόσωπο.

Όπως είναι γνωστό, κρατούσα στην ελληνική νομολογία είναι η θεωρία της πρόσφορης αιτίας. Το ερώτημα που τίθεται βάσει αυτής της θεωρίας για την κατάφαση του αιτιώδους συνδέσμου είναι αν η παράνομη-αντισυμβατική και υπαίτια συμπεριφορά του γιατρού που διενεργεί μια απαγορευμένη ιατρική πράξη είναι και πρόσφορη αιτία για τη ζημία που προκλήθηκε σε ορισμένο πρόσωπο. Με άλλα λόγια, τίθεται το ζήτημα αν αυτή η συμπεριφορά του γιατρού έχει γενικά την τάση κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων να επιφέρει ένα τέτοιο ζημιογόνο αποτέλεσμα, ή αν αντίθετα η ζημία αυτή που προκλήθηκε αποτελεί μια εξαιρετική και απρόβλεπτη εξέλιξη των πραγμάτων²⁶⁰. Υποστηρίζεται ότι στις εξεταζόμενες περιπτώσεις η προϋπόθεση του αιτιώδους συνδέσμου θα συντρέχει, αφού η επέμβαση στο σώμα και την υγεία θεωρείται γενικά πρόσφορη αιτία για την πρόκληση σωματικής βλάβης ή θανάτου²⁶¹.

Από την άλλη πλευρά, ο γιατρός, προκειμένου να αποκλείσει την ευθύνη του, μπορεί να αντιτάξει τον ισχυρισμό ότι ακόμη και αν είχαν τηρηθεί όλες οι νόμιμες προϋποθέσεις, η ζημία δεν θα είχε αποφευχθεί. Μπορεί, δηλαδή, να προβάλλει τον ισχυρισμό περί «νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς», ισχυρισμός με τον οποίο αμφισβητείται η απαιτούμενη αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της παράνομης συμπεριφοράς και της ζημίας.

Ενδιαφέρον παρουσιάζει και η εξέταση του ζητήματος του αιτιώδους συνδέσμου από την οπτική γωνία της θεωρίας του σκοπού του κανόνα δικαίου. Σύμφωνα με αυτή τη θεωρία, κρίσιμο στοιχείο είναι ο σκοπός στον οποίο αποβλέπει ο κανόνας δικαίου που θεμελιώνει την ευθύνη. Με την εξέταση αυτή θα βρεθεί αν τα αγαθά που προσβλήθηκαν εμπίπτουν σε εκείνα που είχε σκοπό να προστατεύσει ο νόμος που παραβιάστηκε και αν επομένως η παράβασή του δημιουργεί ευθύνη για τη ζημία από την προσβολή αυτή²⁶². Στο πεδίο της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής, συγκεκριμένα, οι περισσότερες διατάξεις που τη ρυθμίζουν αποσκοπούν κατά

²⁶⁰ Σταθόπουλος Μιχάλης, *Επιτομή Γενικού Ενοχικού Δικαίου*, 2004, σελ. 178-179.

²⁶¹ Φουντεδάκη Κατερίνα, *Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη*, 2007, σελ. 218 και 250 υποσ. 51.

²⁶² Σταθόπουλος Μιχάλης, *Επιτομή Γενικού Ενοχικού Δικαίου*, 2004, σελ. 181. Ο ίδιος στη σελ. 186 επισημαίνει ότι η θεωρία της πρόσφορης αιτίας και του σκοπού του κανόνα δικαίου δεν αλληλοαποκλείονται, αλλά τις η επίλυση του προβλήματος μπορεί να προκύψει από το συνδυασμό τους.

κύριο λόγο στην προστασία της υγείας και της προσωπικότητας των προσώπων που εμπλέκονται στη διαδικασία αυτή. Στο πλαίσιο αυτό, ζήτημα γεννάται με τις διατάξεις που απαγορεύουν τη διενέργεια πράξεων υποβοηθούμενης αναπαραγωγής με οικονομικό αντάλλαγμα (ΑΚ 1458, άρθρο 13§4, 8§1 του ν. 3305/2005). Τι γίνεται δηλαδή στην περίπτωση της παρένθετης μητρότητας που παρά το νόμο η συμφωνία γίνεται με οικονομικό αντάλλαγμα εν γνώσει του γιατρού και επέρχεται εν τέλει θάνατος της κυοφόρου; Θα ευθύνεται ο γιατρός για αποκατάσταση κάθε ζημίας, αν υποτεθεί ότι δε τον βαρύνει κανένα σφάλμα κατά το ιατρικό σκέλος της πράξης; Δεν μπορεί να αμφισβητηθεί ότι η απαγόρευση οικονομικού ανταλλάγματος δεν αποσκοπεί στην αποτροπή βλαβών στο σώμα και την υγεία, αλλά στην αποφυγή της εμπορευματοποίησης στοιχείων της προσωπικότητας²⁶³. Επομένως, θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι η αποκατάσταση των ζημιών από το θάνατο της κυοφόρου δεν εμπίπτει στο προστατευτικό πεδίο του κανόνα δικαίου που απαγορεύει το αντάλλαγμα. Πάντως, η αξιοποίηση της θεωρίας του σκοπού του κανόνα δικαίου δεν πρέπει να οδηγήσει στον υπέρμετρο περιορισμό της αστικής ευθύνης του γιατρού, που διενεργεί μια απαγορευμένη πράξη υποβοήθησης της αναπαραγωγής. Ως κανόνας, δηλαδή, παραμένει η αστική ευθύνη του γιατρού για κάθε βλάβη που προκλήθηκε σε περίπτωση απαγορευμένης ιατρικής πράξης²⁶⁴.

δ) *Έκταση και περιεχόμενο της αποζημίωσης*: Εφόσον συντρέχουν οι προαναφερόμενες προϋποθέσεις της συμβατικής και αδικοπρακτικής ευθύνης, ο γιατρός υποχρεούται να αποκαταστήσει κάθε ζημία, όπως συμβαίνει, άλλωστε, σε κάθε παράνομη ιατρική πράξη. Ιδιαίτερα στο πεδίο της αδικοπρακτικής ευθύνης η υποχρέωση αποζημίωσης που βαρύνει το γιατρό καλύπτει το σύνολο της περιουσιακής ζημίας που προκλήθηκε από το θάνατο ή από τη βλάβη του σώματος ή της υγείας ορισμένου προσώπου, σύμφωνα με τα άρθρα 928 και 929 ΑΚ, καθώς και την χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης ή ψυχικής οδύνης (ΑΚ 932).

2.6.3 Ειδικότερα η αστική ευθύνη του γιατρού σε περίπτωση έλλειψης προηγούμενης ενημερωμένης συναίνεσης του προσώπου που προσφεύγει σε υποβοηθούμενη αναπαραγωγή.

Ιδιαίτερη αναφορά πρέπει να γίνει στο ζήτημα της αστικής ευθύνης του γιατρού σε περίπτωση που η παρανομία της ιατρικής πράξης συνίσταται στην έλλειψη της προηγούμενης ενημερωμένης συναίνεσης του ασθενούς. Στην περίπτωση αυτή δημιουργούνται ειδικά ζητήματα ευθύνης και αποζημίωσης.

²⁶³ Φουντεδάκη Κατερίνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 221.

²⁶⁴ Φουντεδάκη Κατερίνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 220.

Η έλλειψη ή το ελάττωμα της συναίνεσης καθιστούν την ιατρική πράξη υποβοηθούμενης αναπαραγωγής παράνομη ιατρική πράξη με την έννοια της ΑΚ 914²⁶⁵, αφού όπως αναφέρεται ανωτέρω²⁶⁶, η ύπαρξη όλων των απαιτούμενων συναινέσεων είναι όρος που τάσσει ο νόμος (ΑΚ 1456) για το επιτρεπτό κάθε πράξης υποβοηθούμενης αναπαραγωγής. Η παρανομία αυτή συνάγεται, όμως, και από την πρόβλεψη στο νόμο ποινικών κυρώσεων σε περίπτωση παράλειψης των αναγκαίων συναινέσεων (άρθρο 26§5 του ν. 3305/2005). Επιπλέον, η διενέργεια πράξεων υποβοηθούμενης αναπαραγωγής για τις οποίες τελικά δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις που τάσσει ο νόμος συνιστά και παράβαση της τυχόν σύμβασης ιατρικής αγωγής, όπως προεκτέθηκε²⁶⁷. Μάλιστα, υποστηρίζεται ότι η έλλειψη οποιασδήποτε συναίνεσης και όχι μόνο αυτής του προσώπου που υποβλήθηκε στη ζημιόγono πράξη υποβοηθούμενης αναπαραγωγής, καθιστά παράνομη συνολικά την αγωγή υποβοηθούμενης αναπαραγωγής. Διότι, ο σκοπός του νόμου είναι, αν λείπει ορισμένη συναίνεση, να μη λάβει χώρα η υποβοηθούμενη αναπαραγωγή και όχι μόνο να αποκλειστούν οι άλλες συνέπειες της συναίνεσης, δηλαδή η ρύθμιση της συγγένειας²⁶⁸.

Από τα παραπάνω συνάγεται ότι εφόσον λείπει ή είναι ελαττωματική οποιαδήποτε συναίνεση που απαιτεί ο νόμος, απαγορεύεται η διενέργεια πράξεων υποβοηθούμενης αναπαραγωγής ως ιατρική αγωγή και ως επέμβαση στο σώμα και την υγεία, με αποτέλεσμα να αποκαθίσταται και κάθε ζημία που προκαλείται σε προσωπικά έννομα αγαθά. Από τη στιγμή, μάλιστα, που μια τέτοια παράνομη πράξη συνιστά και επέμβαση στο σώμα και την υγεία, η συνδρομή της προϋπόθεσης του αιτιώδους συνδέσμου δεν αμφισβητείται, αν εφαρμοστεί η θεωρία της πρόσφορης αιτίας. Στο ίδιο αποτέλεσμα καταλήγει και η θεωρία του σκοπού του κανόνα δικαίου, αφού, όπως προαναφέρθηκε, σκοπός του νόμου είναι, αν λείπει οποιαδήποτε συναίνεση να μη λάβει χώρα οποιαδήποτε επέμβαση στο σώμα και την υγεία που αποβλέπει σε υποβοηθούμενη αναπαραγωγή. Επομένως, κάθε ζημία που προκαλείται από τέτοιες ιατρικές πράξεις πρέπει, κατά το σκοπό του νόμου, να αποκαθίσταται από το γιατρό²⁶⁹.

Επιπλέον, πέρα από την αστική ευθύνη του γιατρού για τυχόν βλάβες στο σώμα και την υγεία του προσώπου, δημιουργούνται και άλλες αξιώσεις εναντίον του²⁷⁰. Για παράδειγμα, η διενέργεια υποβοηθούμενης αναπαραγωγής χωρίς τη συναίνεση του προσώπου που υποβάλλεται

²⁶⁵ Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη, Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005, σελ. 33, Φουντεδάκη Κατερίνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 248.

²⁶⁶ Βλ. μέρος τρίτο, κεφ 2, 2.1 (αρ. 3).

²⁶⁷ Βλ. μέρος τρίτο, κεφ. 2, 2.6.2

²⁶⁸ Φουντεδάκη Κατερίνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 249.

²⁶⁹ Φουντεδάκη Κατερίνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 249-250.

²⁷⁰ Βλ. αναλυτικά Φουντεδάκη Κατερίνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 255-258.

σε αυτή ή του συζύγου του συνιστά παράνομη προσβολή της προσωπικότητας αυτών των προσώπων, με αποτέλεσμα να επέρχονται οι συνέπειες των άρθρων 57,59, 914 ΑΚ, εφόσον συντρέχουν και οι άλλοι όροι που τάσσει ο νόμος, ανεξάρτητα από το αν έχει προκληθεί βλάβη στο σώμα ή την υγεία. Στις περιπτώσεις αυτές, ο γιατρός, δρώντας χωρίς τη συναίνεση των προσώπων, προσβάλλει το δικαίωμά τους να αποφασίσουν αν θα αποκτήσουν ή όχι παιδί και με ποια μέθοδο, αφού τους καθιστά κατά το νόμο γονείς χωρίς τη σχετική βούλησή τους. Ειδικά στην περίπτωση της γυναίκας, προσβάλλει και το δικαίωμα της να αυτοκαθορίζεται σε σχέση με το σώμα και την υγεία της. Κατ' εφαρμογή των ανωτέρω, αν ο γιατρός προβεί σε γονιμοποίηση της γυναίκας χωρίς τη συναίνεση του συζύγου της, προβαίνει σε παράνομη προσβολή της προσωπικότητας του τελευταίου, καθιστώντας τον κατά το νόμο (ΑΚ 1465§1) πατέρα ενός παιδιού χωρίς τη βούλησή του, οπότε ο σύζυγος έχει αξίωση για χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης (ΑΚ 59). Αν η γονιμοποίηση είναι ομόλογη (λ.χ ο σύζυγος πείθεται να δώσει το σπέρμα του, πιστεύοντας απλώς ότι θα το εξετάσουν, ενώ αυτό χρησιμοποιείται για την γονιμοποίηση της συζύγου του²⁷¹), τότε ο σύζυγος ως βιολογικός πατέρας δεν θα μπορεί να προσβάλλει την πατρότητα του παιδιού, με αποτέλεσμα να μπορεί να στραφεί κατά του γιατρού και σύμφωνα με όσα ισχύουν για την «ανεπιθύμητη γέννηση»²⁷². Αν η γονιμοποίηση είναι ετερόλογη, από το γιατρό μπορεί, εκτός της ηθικής βλάβης, να αξιωθεί και η αποκατάσταση των εξόδων της δίκης για την προσβολή της πατρότητας του παιδιού²⁷³. Από την άλλη πλευρά, η

²⁷¹ Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη, Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005, σελ. 30-31.

²⁷² Για το ζήτημα της ευθύνης του γιατρού για τη γέννηση ανεπιθύμητου παιδιού βλ. *Ανδρουλιδάκη-Δημητριάδη Ισμήνη*, Η υποχρέωση ενημέρωσης του ασθενούς, Συμβολή στη διακρίβωση της αστικής ιατρικής ευθύνης, 1993, σελ. 415-417 και *Γεωργιάδη Απόστολο*, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος IV, (Ειδικό Ενοχικό), άρθρο 929, αρ. 8, 1982, οι οποίοι υποστηρίζουν ότι η ζημία των γονέων δεν περιλαμβάνει και την οικονομική επιβάρυνση που υφίστανται από την παρουσία του παιδιού στη ζωή τους, διότι το τέκνο δεν είναι ζημιόγono αντικείμενο αλλά άνθρωπος και το συνυπολογιστέο όφελος των γονέων από την ύπαρξη του τέκνου έχει μεγαλύτερη αξία από τα έξοδα διατροφής. (Βλ. επίσης, την υπ' αρ. 4764/2004 απόφαση του Τριμελούς Διοικητικού Πρωτοδικείου Αθηνών, δημοσιευμένη στην Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών του ΔΣΑ, όπου το Δικαστήριο δέχθηκε ηθική ζημία της μητέρας, οφειλόμενη στη ματαίωση της προσωπικής της επιλογής να μη γεννηθεί το παιδί, αρνήθηκε, όμως, να επιδικάσει αποζημίωση για τα έξοδα διατροφής του). Βλ., όμως, και Παπαχρίστου Θανάση, Η ζωή ως ζημία, Οφείλεται αποζημίωση για ανεπιθύμητα ή προβληματικά παιδιά;, “Αφιέρωμα” στο Βήμα Ιδεών-Τεύχος 1/6/2007, δημοσιευμένο στην ιστοσελίδα: www.vimaideon.gr, ο οποίος ναι μεν υποστηρίζει ότι η αποκατάσταση της ζημίας από τη γέννηση ανεπιθύμητου παιδιού προκαλεί ηθικούς προβληματισμούς, αλλά από την άλλη θέτει τα εξής ερωτήματα: «γιατί να μην αποκαθίσταται μια ζημία που προκλήθηκε από παράβαση συμβατικών υποχρεώσεων του γιατρού; Γιατί να μένουν απροστάτευτοι οι γονείς και κατ' επέκταση και το παιδί από την ανατροφή του οικογενειακού τους προγραμματισμού; Άλλωστε, ζημία δεν αποτελεί η ίδια η ζωή του παιδιού, αλλά η μη προγραμματισμένη οικονομική επιβάρυνση των γονέων του».

²⁷³ Φουντεδάκη Κατερίνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 257.

χρήση σπέρματος από το γιατρό χωρίς τη συναίνεση των ενδιαφερομένων έχει διαφορετικές κάπως έννομες συνέπειες στη περίπτωση του ζεύγους συντρόφων, καθώς η συγγένεια του άνδρα με το παιδί δεν ιδρύεται αυτόματα, αλλά συνδέεται με την ύπαρξη και το κύρος της συναίνεσής του (άρθρο 1475§2 ΑΚ). Αν, επομένως, ελλείπει αυτή η συναίνεση η πατρότητα του συντρόφου κατ' αρχήν δεν θεμελιώνεται. Αν, όμως, το παιδί προέρχεται από σπέρμα του ίδιου του συντρόφου μπορεί να ασκηθεί εναντίον του αγωγή δικαστικής αναγνώρισης της πατρότητας, τουλάχιστον, από το παιδί που θα γεννηθεί. Σε μια τέτοια περίπτωση, ο σύντροφος κινδυνεύει να αποκτήσει την ιδιότητα του πατέρα χωρίς τη βούλησή του, οπότε σχετικά με τις αξιώσεις του εναντίον του γιατρού ισχύουν όσα αναφέρθηκαν στην περίπτωση του συζύγου.

Τέλος, σε περίπτωση έλλειψης της ενημέρωσης που απαιτεί ο νόμος (άρθρο 5 ν. 3305/2005), η συναίνεση σε οποιαδήποτε πράξη που διενεργείται στη συνέχεια είναι άκυρη, όπως έχει επισημανθεί ανωτέρω, με συνέπεια, η αστική ευθύνη του γιατρού να διαμορφώνεται σύμφωνα με όσα προαναφέρονται για τις συνέπειες έλλειψης συναίνεσης.

3. ΙΔΙΑΙΤΕΡΗ ΠΕΡΙΠΤΩΣΗ ΖΗΜΙΑΣ: ΓΕΝΝΗΣΗ ΤΕΚΝΟΥ ΜΕ ΣΟΒΑΡΗ ΑΣΘΕΝΕΙΑ Ή ΑΝΑΠΗΡΙΑ

Μπορούμε να διακρίνουμε δύο κατηγορίες περιπτώσεων όπου είναι δυνατή η γέννηση ενός τέκνου με σοβαρή ασθένεια ή αναπηρία²⁷⁴. Στην πρώτη κατηγορία εμπίπτουν οι περιπτώσεις που ο γιατρός με ενέργειες ή παραλείψεις του πριν την κύηση ή κατά τη διάρκειά της προκαλεί το πρόβλημα υγείας του παιδιού. Για παράδειγμα, ο γιατρός βλάπτει το γονιμοποιημένο ωάριο πριν την εμφύτευσή του ή από απρόσεχτο χειρισμό τραυματίζει το έμβρυο, με συνέπεια να γεννηθεί ένα άτομο με αναπηρία (περιπτώσεις ιατρικού σφάλματος). Σε αυτές τις περιπτώσεις είναι φανερό ότι αν δεν είχαν μεσολαβήσει οι ενέργειες του γιατρού, το παιδί θα είχε γεννηθεί υγιές. Επιπλέον, στην κατηγορία αυτή εμπίπτουν και οι περιπτώσεις στις οποίες η γέννηση ενός παιδιού με προβλήματα υγείας ανάγεται στη χρήση απαγορευμένης-ανομιμοποίητης, με την έννοια που έχει προαναφερθεί²⁷⁵, εφαρμογής υποβοηθούμενης αναπαραγωγής (αυθαίρετη ιατρική πράξη), ανεξάρτητα από την ύπαρξη ιατρικού σφάλματος. Χαρακτηριστικό παράδειγμα: ο γιατρός κατά παράβαση του άρθρου 1455 ΑΚ εφαρμόζει τεχνητή γονιμοποίηση σε γυναίκα 60 ετών και εξαιτίας αυτής της προχωρημένης ηλικίας

²⁷⁴ Φουντεδάκη Κατερίνα, Θέματα Αστικής Ιατρικής Ευθύνης σε περίπτωση γέννησης ατόμου με σοβαρή ασθένεια ή αναπηρία (wrongful life), *Digesta* 2004, σελ. 471. Στο σημείο αυτό επισημαίνεται ότι τα ζητήματα που αναπτύσσονται στο παρόν κεφάλαιο δεν αφορούν αποκλειστικά τη γέννηση τέκνου με μεθόδους υποβοηθούμενης αναπαραγωγής, αλλά μπορούν να ανακύψουν και στην περίπτωση της γέννησης τέκνου με φυσική αναπαραγωγή.

²⁷⁵ Βλ. ανωτέρω, μέρος τρίτο, κεφ. 2, 2.6.1.

παρουσιάζονται επιπλοκές κατά την κυοφορία, με αποτέλεσμα τη γέννηση τέκνου με σοβαρά προβλήματα υγείας.

Στη δεύτερη κατηγορία ανήκουν οι περιπτώσεις που διεθνώς χαρακτηρίζονται ως *wrongful life*²⁷⁶ και στις οποίες η γέννηση ενός παιδιού με προβλήματα υγείας δεν είναι άμεση συνέπεια μιας ιατρικής πράξης, αλλά της μη έγκαιρης διάγνωσης του προβλήματος. Δηλαδή, ο γιατρός παρέλειψε, ενώ όφειλε, να χρησιμοποιήσει ή χρησιμοποίησε εσφαλμένα τα διαγνωστικά μέσα προγεννητικού ελέγχου ή δεν ενημέρωσε σχετικά τους γονείς, με αποτέλεσμα αυτοί να αποφασίσουν την πραγματοποίηση της εμφύτευσης του γονιμοποιημένου ωαρίου, την οποία δεν θα ήθελαν αν γνώριζαν την ελαττωματικότητά του. Στις περιπτώσεις αυτές, αυτό που προσάπτεται στο γιατρό είναι ότι εξαιτίας της δικής του παράλειψης σε σχέση με τη διάγνωση ή την ενημέρωση, η κύηση πραγματοποιήθηκε επειδή λ.χ η ελαττωματικότητα δεν διαγνώστηκε με έλεγχο του γονιμοποιημένου ωαρίου πριν την εμφύτευσή του στη μήτρα της γυναίκας, με αποτέλεσμα τη γέννηση ενός βαριά άρρωστου παιδιού. Κοινό σημείο αυτών των περιπτώσεων *wrongful life* είναι ότι το πρόβλημα υγείας του παιδιού δεν προκαλείται με ενέργεια ή παράλειψη του γιατρού, αλλά οφείλεται σε γενετικές ανωμαλίες, τις οποίες ο γιατρός ως εκ της αμελούς εκτέλεσης των καθηκόντων του, απέτυχε να εντοπίσει εγκαίρως, ήτοι πριν την εμφύτευση του γονιμοποιημένου ωαρίου, όταν ακόμη οι γονείς είχαν τη δυνατότητα να αποφασίσουν τη μη πραγματοποίηση της εμφύτευσης²⁷⁷. Αυτό ενδεχομένως που θα είχε αποφευχθεί αν δεν είχε μεσολαβήσει η ιατρική πράξη ή παράλειψη, είναι η ίδια η γέννηση του παιδιού, αφού η κύησή του θα είχε ματαιωθεί με απόφαση των γονέων.

3.1 Πρόκληση προβλήματος υγείας παιδιού με ιατρικές πράξεις ή παραλείψεις

Όταν η ασθένεια ή η αναπηρία του παιδιού οφείλεται αιτιωδώς σε σφάλμα του γιατρού, δηλαδή πρόκειται για την πρώτη κατηγορία περιπτώσεων που αναφέρθηκαν ανωτέρω, η ευθύνη του γιατρού έναντι του τέκνου και των γονέων του δεν παρουσιάζει ιδιαίτερα προβλήματα.

Ως προς την αδικοπρακτική ευθύνη του γιατρού θα εφαρμοστούν τα άρθρα 929, 931 και 932 ΑΚ. Κατά την κρατούσα άποψη, η αξίωση αποζημίωσης του παιδιού προϋποθέτει εφαρμογή του άρθρου 36 ΑΚ για τον κυοφορούμενο²⁷⁸, ενώ θα μπορούσε να υποστηριχθεί και ότι η προσφυγή στο άρθρο αυτό δεν είναι αναγκαία επειδή η ζημία ως προϋπόθεση της

²⁷⁶ Κατ' ακριβολογία, ο όρος αντιστοιχεί στις περιπτώσεις που την αποζημίωση ζητεί το ίδιο το άρρωστο ή ανάπηρο παιδί, ενώ όταν τη ζητούν οι γονείς του χρησιμοποιείται ο όρος *wrongful birth*

²⁷⁷ Κιτσαράς Λάμπρος, *Wrongful birth*: Αξίωση των γονέων έναντι του γιατρού για χρηματική ικανοποίηση λόγω απώλειας της «ευκαιρίας» διακοπής της κύησης; (Με αφορμή τις ΕφΛαρ 544/2007, ΠΠρΠειρ και ΠΠρΧαν 226/2003), ΧρΙΔ ΙΑ/2011, τεύχος 3, σελ. 167.

²⁷⁸ Γεωργιάδης Απόστολος, *Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου*, Τρίτη έκδοση, 2002, σελ. 116, *Καρακατσάνης Ιωάννης* στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος Ι, (Γενικές Αρχές), άρθρο 36 αρ. 7-8, 1978.

αδικοπρακτικής ευθύνης ανακύπτει μόνο αφότου το πρόσωπο υπάρξει, δηλαδή γεννηθεί ζωντανό και απλώς το ζημιογόνο γεγονός τοποθετείται σε χρόνο προγενέστερο²⁷⁹. Από την άλλη πλευρά, οι γονείς του παιδιού- αφού βρισκόμαστε στο πλαίσιο του άρθρου 929 ΑΚ-, θα αποζημιωθούν για στέρηση υπηρεσιών κατά το εδάφιο 2 του άρθρου αυτού. Περαιτέρω, στην ελληνική θεωρία κρατεί η άποψη ότι οι γονείς, εφόσον καλύψουν ως υπόχρεοι διατροφής του τέκνου τη θετική περιουσιακή ζημία που αυτό υπέστη εξαιτίας της βλάβης της υγείας του (λ.χ νοσήλια, φάρμακα), δικαιούνται να αναζητήσουν από το δράστη-γιατρό τα ποσά που κατέβαλλαν (βλ. άρθρο 933§3 ΑΚ)²⁸⁰. Αντίθετη, όμως, είναι η ελληνική νομολογία, όπου κρατούσα είναι η άποψη ότι σε περίπτωση βλάβης του σώματος ή της υγείας προσώπου, δικαιούχος της αποζημίωσης εκ αδικοπραξίας είναι αποκλειστικά και μόνο το πρόσωπο αυτό²⁸¹. Το ίδιο ισχύει ακόμα και στην περίπτωση που τρίτο πρόσωπο κατέβαλλε τις δαπάνες για αποκατάσταση ή βελτίωση της βλάβης του σώματος ή της υγείας σε εκπλήρωση υποχρέωσης επιβαλλόμενης σε αυτό από το νόμο, όπως οι γονείς του ανηλίκου που καλύπτουν τις σχετικές δαπάνες στο πλαίσιο της βαρύνουσας αυτούς υποχρέωσης διατροφής του ανηλίκου. Διότι, σε αυτή την περίπτωση οι τρίτοι, εν προκειμένω οι γονείς, που κατέβαλλαν είναι έμμεσα ζημιωθέντες και υποχρέωση αποκατάστασης της έμμεσης ζημίας ο νόμος αναγνωρίζει μόνο στις εξαιρετικές περιπτώσεις των άρθρων 928 εδ. 2 και 929 εδ. 2 του ΑΚ, στις οποίες δεν εμπίπτουν οι δαπάνες στις οποίες υποβάλλεται ο υπόχρεος σε διατροφή για την αποκατάσταση ή τη βελτίωση της βλάβης του σώματος ή της υγείας του παθόντος. Ως προς το αν οι γονείς του τέκνου που γεννήθηκε φέροντας βλάβη στο σώμα ή την υγεία του εξαιτίας ιατρικού σφάλματος δικαιούνται να αξιώσουν αποκατάσταση της ηθικής τους βλάβης από το γιατρό βάσει του άρθρου 932 ΑΚ, η απάντηση είναι αρνητική κατά την κρατούσα τόσο στη θεωρία²⁸² όσο και στη

²⁷⁹ Φουντεδάκη Κατερίνα, Θέματα Αστικής Ιατρικής Ευθύνης σε περίπτωση γέννησης ατόμου με σοβαρή ασθένεια ή αναπηρία (wrongful life), *Digesta* 2004, σελ. 474.

²⁸⁰ Βλ. αναλυτικά για το ζήτημα αυτό *Κορνηλάκη Πάνο*, Ειδικό Ενοχικό Δίκαιο Ι, 2002, σελ. 640-645, *Γεωργιάδη Απόστολο* στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος IV, (Ενοχικό δίκαιο), άρθρο 930 αρ. 29-31, 1982, *Σταθόπουλο Μιχάλη* στον ΑΚ Γεωργιάδη-Σταθόπουλου, τόμος II, (Γενικό Ενοχικό), άρθρα 297-298, αρ. 101 επ, 1979, οι οποίοι υποστηρίζουν με διάφορες κατασκευές (νόμιμη υποκατάσταση τρίτου στην αξίωση του ζημιωθέντος κατά του δράστη, εκχώρηση από τον ζημιωθέντα στον τρίτο της αξίωσής του κατά του δράστη, οφειλή εις ολόκληρον μεταξύ δράστη και τρίτου οπότε ο τρίτος έχει εναντίον του δράστη δικαίωμα αναγωγής για το ποσό που κατέβαλλε) ότι ο τρίτος που κατέβαλλε την παροχή στο θύμα δικαιούται να την αναζητήσει από το δράστη, ώστε τελικά αυτός να επωμιστεί τη ζημία που προκάλεσε στον ζημιωθέντα.

²⁸¹ Βλ. ενδεικτικά τις: ΕφΛαρ 3/2009, ΠΠρΑθ. 4865/2006 και ΕφΑθ 5152/2002 (δημοσιευμένες στην Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών του ΔΣΑ).

²⁸² *Γεωργιάδης Απόστολος* στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος IV, (Ειδικό Ενοχικό), άρθρο 932 αρ. 11, 1982, *Κιτσαράς Λάμπρος*, Wrongful birth: Αξίωση των γονέων έναντι του γιατρού για χρηματική ικανοποίηση λόγω απώλειας της «ευκαιρίας» διακοπής της κύησης; (Με αφορμή τις ΕφΛαρ 544/2007, ΠΠρΠειρ και ΠΠρΧαν

νομολογία²⁸³ άποψη. Επιχείρημα αυτής της άποψης είναι ότι από το άρθρο 932 εδ. α και β ΑΚ προκύπτει σαφώς πως δικαιούχος της χρηματικής ικανοποίησης λόγω ηθικής βλάβης είναι μόνο το πρόσωπο που υπέστη τη βλάβη του σώματος ή της υγείας του, ήτοι το τέκνο. Οι γονείς, παρόλο που υφίστανται ψυχικό πόνο από την αδικοπραξία που στρέφεται κατά του τέκνου τους, θεωρούνται τρίτοι και δεν δικαιούνται κατά το νόμο χρηματική ικανοποίηση, διότι η ηθική βλάβη τους είναι έμμεση. Το ελληνικό δίκαιο χορηγεί αξίωση αποκατάστασης της ηθικής βλάβης (ψυχικής οδύνης) που προκαλείται σε τρίτους, μη άμεσα προσβληθέντες από την αδικοπρακτική συμπεριφορά, μόνο όταν συντρέχει περίπτωση θανατώσεως προσώπου (άρθρο 932 εδ. 3 ΑΚ) και όχι περίπτωση βλάβης σώματος ή υγείας.

Όσον αφορά τη θεμελίωση συμβατικών αξιώσεων σε περίπτωση βλάβης της υγείας του παιδιού από ιατρικό σφάλμα, ανακύπτει το ζήτημα ποιος είναι δικαιούχος αυτών. Η απάντηση θα δοθεί σε συνάρτηση με τα όσα έγιναν δεκτά ανωτέρω²⁸⁴ για τον αντισυμβαλλόμενο του γιατρού που διενεργεί πράξεις υποβοηθούμενης αναπαραγωγής. Ως εκ τούτου, στην περίπτωση που στην ιατρική υποβοήθηση προσφεύγει μόνη άγαμη γυναίκα, είναι αυτονόητο ότι η τελευταία είναι δικαιούχος των συμβατικών αξιώσεων κατά του γιατρού, ενώ στην περίπτωση του ζεύγους συζύγων ή συντρόφων δικαιούχοι αποζημίωσης είναι και οι δυο²⁸⁵. Βέβαια σε κάθε περίπτωση πρέπει να γίνει δεκτό ότι η υποψήφια μόνη άγαμη μητέρα ή οι υποψήφιοι γονείς στην περίπτωση του ζεύγους συζύγων ή συντρόφων συνάπτουν με το γιατρό μια σύμβαση ατομική για τον εαυτό τους και παράλληλα μια γνήσια σύμβαση υπέρ τρίτου, του παιδιού που πρόκειται να γεννηθεί²⁸⁶. Οπότε, σύμφωνα με αυτή την προσέγγιση, τόσο το παιδί κατά το άρθρο 411 ΑΚ, ήτοι ως δέκτης της υπόσχεσης στη σύμβαση υπέρ τρίτου, όσο και οι υποψήφιοι γονείς ως αντισυμβαλλόμενοι του γιατρού μπορούν να ζητήσουν αποζημίωση από αυτόν²⁸⁷. Σύμφωνα με άλλη προσέγγιση, η σύμβαση των υποψήφιων γονέων με το γιατρό, ακόμα και αν δε θεωρηθεί

226/2003), ΧρΙΔ ΙΑ/2011, τεύχος 3, σελ. 167, Τρούλη Εμμανουέλα, Ιατρική ευθύνη για ζημιογόνο ζωή και ζημιογόνο τεκνοποίηση, *Digesta* 2008, 403.

²⁸³ Βλ. ενδεικτικά τις: ΠΠρΘεσ 2839/2008, ΑΠ 648/2002, ΕφΑθ 5152/2002 (δημοσιευμένες στην Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών του ΔΣΑ).

²⁸⁴ Βλ. μέρος τρίτο, κεφάλαιο 1, 1.2.

²⁸⁵ Αντίθετα, στην περίπτωση της φυσικής αναπαραγωγής υποστηρίζεται ότι μόνο η έγκυος και όχι ο σύζυγος ή σύντροφος συνάπτει με το γυναικολόγο σύμβαση ατομική για τον εαυτό της και παράλληλα μια γνήσια σύμβαση υπέρ τρίτου, του παιδιού που πρόκειται να γεννηθεί (*Φουντεδάκη Κατερίνα*, Θέματα Αστικής Ιατρικής Ευθύνης σε περίπτωση γέννησης ατόμου με σοβαρή ασθένεια ή αναπηρία (wrongful life), *Digesta* 2004, σελ. 475 και *Κιτσαράς Λάμπρος*, Wrongful birth: Αξίωση των γονέων έναντι του γιατρού για χρηματική ικανοποίηση λόγω απώλειας της «ευκαιρίας» διακοπής της κύησης; (Με αφορμή τις ΕφΛαρ 544/2007, ΠΠρΠειρ και ΠΠρΧαν 226/2003), ΧρΙΔ ΙΑ/2011, τεύχος 3, σελ. 170).

²⁸⁶ *Φουντεδάκη Κατερίνα*, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 311-312.

²⁸⁷ Βλ και *Φουντεδάκη Κατερίνα*, Αστική Ιατρική Ευθύνη, 2003, σελ. 272 και υποσ. 37 στην ίδια σελίδα.

σύμβαση υπέρ τρίτου, παράγει προστατευτική ενέργεια και υπέρ του παιδιού, οπότε το παιδί έχει δική του συμβατική αξίωση αποζημίωσης κατά του γιατρού²⁸⁸. Πάντως, και με τις δύο αυτές εκδοχές, συμβατικές αξιώσεις εναντίον του γιατρού έχει και το ίδιο το παιδί που υπέστη ζημία από ιατρική πράξη υποβοήθησης της αναπαραγωγής²⁸⁹.

3.2 Τα ιδιαίτερα ζητήματα που ανακύπτουν στις περιπτώσεις wrongful life

Αντίθετα με τις ανωτέρω κλασσικές περιπτώσεις ιατρικού σφάλματος, οι περιπτώσεις wrongful life εμφανίζουν κάποιες ιδιαιτερότητες και δυσχέρειες ως προς τη συνδρομή των προϋποθέσεων της ευθύνης του γιατρού προς αποζημίωση. Αντικείμενο, λοιπόν, του κεφαλαίου αυτού είναι το αμφισβητούμενο ζήτημα της δυνατότητας θεμελίωσης αξιώσεων των γονέων και ιδίως του ίδιου του παιδιού κατά του γιατρού, π.χ για κάλυψη της δαπάνης διατροφής που προκαλείται από την αναπηρία του παιδιού. Η διεθνής τάση είναι να γίνονται δεκτές οι αξιώσεις των γονέων, όχι όμως και του παιδιού για τους λόγους που αναλύονται στη συνέχεια.

Κατά πρώτο λόγο, επισημαίνεται ότι η έννοια και η λειτουργία του *ιατρικού σφάλματος* δεν αλλάζει στις περιπτώσεις wrongful life, αφού και η ουσία των νόμιμων και συμβατικών υποχρεώσεων του γιατρού δεν αλλάζει στις περιπτώσεις που ένας γιατρός αναλαμβάνει τον προγεννητικό έλεγχο. Και εδώ πρόκειται για «υποχρέωση παροχής μέσων» και όχι «επίτευξης ορισμένου αποτελέσματος», δηλαδή ο γιατρός οφείλει μόνο να επιδείξει ορισμένη συμπεριφορά, να τηρήσει ένα ορισμένο πρότυπο επιμέλειας και όχι να επιτύχει ορισμένο αποτέλεσμα, ήτοι να προβεί σε ορθή διάγνωση²⁹⁰.

²⁸⁸ Πουλιάδης Θανάσης στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος VIII (Οικογενειακό Δίκαιο), άρθρο 1518 αρ. 119, 1993. Αναλυτικά για το θεσμό της σύμβασης με προστατευτική ενέργεια υπέρ τρίτου βλ. Γεωργιάδης Απόστολος στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος II (Γενικό Ενοχικό), Εισαγωγικές Παρατηρήσεις στα άρθρα 410-415 αρ. 19, 1979, ο οποίος επισημαίνει ότι η διαφορά της σύμβασης αυτής από τη σύμβαση υπέρ τρίτου είναι ότι στη σύμβαση με προστατευτική ενέργεια υπέρ τρίτου, ο οφειλέτης οφείλει την κύρια παροχή αποκλειστικά και μόνο στον αντισυμβαλλόμενο δανειστή και η υπέρ τρίτου ενέργεια της συμβάσεως συνίσταται στο ότι ορισμένες παρεπόμενες υποχρεώσεις πρόνοιας επεκτείνονται και σε ορισμένα τρίτα πρόσωπα συνδεόμενα με το δανειστή με τέτοια σχέση, ώστε η διακινδύνευσή τους από τις πράξεις εκπληρώσεως του οφειλέτη να είναι σε αυτόν ευκρινής ή τουλάχιστον διαγνωστή.

²⁸⁹ Φουντεδάκη Κατερίνα, Αστική Ιατρική Ευθύνη, 2003, σελ. 272, υποσ. 37.

²⁹⁰ Φουντεδάκη Κατερίνα, Θέματα Αστικής Ιατρικής Ευθύνης σε περίπτωση γέννησης ατόμου με σοβαρή ασθένεια ή αναπηρία (wrongful life), Digesta 2004, σελ. 477. Βλ. και την υπ' αρ 2839/2008 απόφαση του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Θεσσαλονίκης (δημοσιευμένη στην Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών ΔΣΑ): «Οι υποχρεώσεις επιμέλειας του γιατρού, ανεξάρτητα από το αν θεμελιώνονται στο γενικό καθήκον πρόνοιας και ασφάλειας ή (και) στη σύμβαση ιατρικής αγωγής, έχουν το ίδιο περιεχόμενο και στο ειδικότερο πεδίο της διάγνωσης. Ο γιατρός δεν υπόσχεται ότι θα καταλήξει σε ορθή διάγνωση, αλλά ότι θα επιδείξει και κατά το στάδιο της διάγνωσης, όπως και σε όλα τα υπόλοιπα, την επιβαλλόμενη επιμέλεια».

Στο σημείο αυτό κρίνεται σκόπιμη η αναφορά και η διαφοροποίηση των εννοιών προγεννητική διάγνωση και προεμφυτευτική διάγνωση²⁹¹. Με τον όρο «προγεννητική διάγνωση» (προγεννητικός έλεγχος) εννοούμε τον έλεγχο του εμβρύου *in vivo*, με τη βοήθεια ορισμένων μεθόδων (π.χ υπερηχογράφημα, αμνιοκέντηση), προκειμένου να εντοπισθούν εγκαίρως πιθανές ανωμαλίες ή παθήσεις. Με τον όρο «προεμφυτευτική διάγνωση» εννοούμε τον έλεγχο εμβρύου *in vitro*, που έχει δημιουργηθεί εξωσωματικά, με σκοπό την υποβοηθούμενη αναπαραγωγή, προκειμένου να ανιχνευτούν τυχόν σοβαρές γενετικές ανωμαλίες στο γονιμοποιημένο ωάριο και τελικά να εμφυτευτούν στη μήτρα υγιή γονιμοποιημένα ωάρια. Μάλιστα, όπως έχει αναφερθεί σε άλλο σημείο της παρούσας εργασίας²⁹², η προεμφυτευτική διάγνωση προβλέπεται ρητά στο άρθρο 10 του ν. 3305/2205, όπου και καθορίζονται ειδικές προϋποθέσεις νομιμότητάς της (συναίνεση των ενδιαφερομένων προσώπων, άδεια της Αρχής Υποβοηθούμενης Αναπαραγωγής, υποχρεωτική παροχή γενετικής συμβουλευτικής)²⁹³. Το μεγάλο πρακτικό και ηθικό πλεονέκτημα της τεχνικής αυτής, το οποίο επισημαίνει και ο νομοθέτης στην Εισηγητική Έκθεση του ν. 3305/2005, είναι ότι οδηγεί στην αποφυγή ενδεχόμενης διακοπής της κύησης σε περίπτωση που η διαδικασία ανίχνευσης ανωμαλιών αποβεί θετική με τις συνήθεις μεθόδους προγεννητικού ελέγχου, αφού μετά τη διάγνωση είναι δυνατόν να μεταφερθούν στη μήτρα μόνο τα μη προσβεβλημένα γονιμοποιημένα ωάρια.

Κατά τα παραπάνω, στην περίπτωση της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής το ιατρικό σφάλμα, ήτοι ο νόμιμος λόγος ευθύνης, έγκειται είτε στο γεγονός ότι ο γιατρός απέτυχε από αμέλειά του κατά τον προεμφυτευτικό έλεγχο να διαγνώσει τη γενετική ανωμαλία του γονιμοποιημένου ωαρίου, είτε στο γεγονός ότι παρέλειψε να ενημερώσει ή να ενημερώσει σωστά τους γονείς για την προσδοκώμενη κατάσταση του τέκνου που θα γεννηθεί^{294,295}.

²⁹¹ Βλ. για τη διάκριση αυτή τη γνώμη της Εθνικής Επιτροπής Βιοηθικής «για την προγεννητική και προεμφυτευτική διάγνωση και τη μεταχείριση του εμβρύου», καθώς και την έκθεση της άνω επιτροπής «για τις προγεννητικές και προεμφυτευτικές εξετάσεις και το ζήτημα της επιλογής εμβρύου», οι οποίες είναι δημοσιευμένες στην ιστοσελίδα: www.bioethics.gr. Και στα δυο αυτά κείμενα εξετάζεται και το ηθικό ζήτημα αν δικαιούμαστε να προλάβουμε τη γέννηση παιδιών με σοβαρές παθήσεις, διακόπτοντας μια εγκυμοσύνη ή αποκλείοντας τη μεταφορά εμβρύων στη μήτρα στην περίπτωση της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής.

²⁹² Βλ. ανωτέρω μέρος τρίτο, κεφάλαιο 2, 2.2.4.

²⁹³ Βλ. *Φουντεδάκη Κατερίνα*, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σελ. 197-199, η οποία υποστηρίζει ότι η υποβολή της προεμφυτευτικής διάγνωσης σε περισσότερες και αυστηρότερες προϋποθέσεις σε σχέση με την άμβλωση λόγω ύπαρξης σοβαρού προβλήματος υγείας στο κυοφορούμενο (άρθρο 304§4 στοιχ. Β ΠΚ) δεν είναι δικαιολογημένη.

²⁹⁴ *Ανδρουλιδάκη-Δημητριάδη Ισμήνη*, Η υποχρέωση ενημέρωσης του ασθενούς, Συμβολή στη διακρίβωση της αστικής ιατρικής ευθύνης, 1993, σελ. 425. Κατ' ακριβολογία, όπως έχει προαναφερθεί, σε περίπτωση που η παρανομία του γιατρού συνίσταται στην παράβαση της υποχρέωσης ενημέρωσης θα πρόκειται για «αυθαίρετη» ιατρική πράξη και όχι για ιατρικό σφάλμα.

Επισημαίνεται ότι στην περίπτωση που ο γιατρός διενεργήσει την προεμφυτευτική γενετική διάγνωση χωρίς να συντρέχουν οι όροι που τάσσει το άρθρο 10 του ν. 3305/2005, θα πρόκειται για μια παράνομη - ως απαγορευμένη από το νόμο- ιατρική πράξη, η οποία επισύρει την αστική του ευθύνη ανεξάρτητα από την ύπαρξη ιατρικού σφάλματος, ζήτημα που έχει ήδη αναλυθεί σε προηγούμενο μέρος της παρούσας εργασίας²⁹⁶.

Όσον αφορά το ζήτημα του *αιτιώδους συνδέσμου*, υποστηρίζεται στην ελληνική θεωρία²⁹⁷ ότι η αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της παράνομης και υπαίτιας συμπεριφοράς του γιατρού και της γέννησης του ασθενούς παιδιού είναι έμμεση, με την έννοια ότι, αν ο γιατρός είχε ενεργήσει σύννομα, οι γονείς θα είχαν γνωρίσει εγκαίρως το πρόβλημα και θα είχαν αποτρέψει τη γέννηση του παιδιού επιλέγοντας στην περίπτωση της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής τη μη πραγματοποίηση της συγκεκριμένης κύησης (ή τη διακοπή της κύησης στην περίπτωση της φυσικής αναπαραγωγής). Έτσι, η πλήρωση του αιτιώδους συνδέσμου προϋποθέτει ότι οι γονείς θα είχαν όντως προβεί στη μη πραγματοποίηση της σύλληψης, ήτοι επί τεχνητής γονιμοποίησης στη μη εμφύτευση του γονιμοποιημένου ωαρίου στο οποίο έχει διαγνωσθεί σοβαρό πρόβλημα (ή επί φυσικής αναπαραγωγής στη διακοπή της κύησης, και στην τελευταία περίπτωση ότι η διακοπή της κύησης θα ήταν επιτρεπτή)²⁹⁸. Σε κάθε περίπτωση, για να καταδικασθεί ο γιατρός σε αποζημίωση πρέπει οι γονείς να αποδείξουν ότι αν γνώριζαν το πρόβλημα θα είχαν αποφασίσει τη μη πραγματοποίηση της κύησης. Από την άλλη πλευρά, ο γιατρός μπορεί να απαλλαγεί από την ευθύνη του αποδεικνύοντας ότι οι υποψήφιοι γονείς, ακόμα και αν γνώριζαν το πρόβλημα, δε θα είχαν επιλέξει τη ματαίωση της γέννησης του παιδιού²⁹⁹. Στο πλαίσιο της ελληνικής νομολογίας επικρατεί πάγια η άποψη ότι στις περιπτώσεις

²⁹⁵ Βλ. *Φουντεδάκη Κατερίνα*, Θέματα Αστικής Ιατρικής Ευθύνης σε περίπτωση γέννησης ατόμου με σοβαρή ασθένεια ή αναπηρία (wrongful life), *Digesta* 2004, σελ. 477, η οποία υποστηρίζει ότι στην περίπτωση που ο γιατρός έκρινε ως μη αναγκαία ορισμένη διαγνωστική εξέταση και παρέλειψε να ενημερώσει τον ασθενή για τη σχετική δυνατότητα, η οποία ενδείκνυτο στη συγκεκριμένη περίπτωση σύμφωνα με τα ιατρικά standards, το σφάλμα του γιατρού εντοπίζεται όχι στη μη ενημέρωση, αλλά στη διάγνωση.

²⁹⁶ Βλ. μέρος τρίτο, κεφ. 2, 2.6.

²⁹⁷ *Φουντεδάκη Κατερίνα*, Θέματα Αστικής Ιατρικής Ευθύνης σε περίπτωση γέννησης ατόμου με σοβαρή ασθένεια ή αναπηρία (wrongful life), *Digesta* 2004, σελ. 478 και *Τρούλη Εμμανουέλα*, Ιατρική ευθύνη για ζημιολόγο ζώη και ζημιολόγο τεκνοποίηση, *Digesta* 2008, 427, *Βλάχου Ελίνα*, Wrongful life-wrongful birth: Η διεθνής νομολογία και η επίδρασή της στην ελληνική, *Digesta* 2008, 455.

²⁹⁸ *Φουντεδάκη Κατερίνα*, Θέματα Αστικής Ιατρικής Ευθύνης σε περίπτωση γέννησης ατόμου με σοβαρή ασθένεια ή αναπηρία (wrongful life), *Digesta* 2004, σελ. 478 και *Τρούλη Εμμανουέλα*, Ιατρική ευθύνη για ζημιολόγο ζώη και ζημιολόγο τεκνοποίηση, *Digesta* 2008, 427.

²⁹⁹ *Τρούλη Εμμανουέλα*, Ιατρική ευθύνη για ζημιολόγο ζώη και ζημιολόγο τεκνοποίηση, *Digesta* 2008, 428, η οποία επισημαίνει ότι πρόκειται για ένα ισχυρισμό περί «νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς», ο οποίος έχει την έννοια

wrongful life-birth, απουσιάζει ο αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ του νόμιμου λόγου ευθύνης και της γέννησης παιδιού με σοβαρές γενετικές ανωμαλίες, με αποτέλεσμα να απορρίπτονται οι εγειρόμενες αξιώσεις αποζημίωσης ή αποκατάστασης της ηθικής βλάβης³⁰⁰.

Στο σημείο αυτό αξίζει να γίνει αναφορά στην περίφημη υπόθεση *Perruche*³⁰¹ του Γαλλικού Ακυρωτικού, η οποία κρίνει αξίωση αποζημίωσης των γονέων και του παιδιού που γεννήθηκε με σοβαρές αναπηρίες από εσφαλμένη ιατρική διάγνωση. Η εν λόγω υπόθεση, αν και αφορά περίπτωση wrongful life στο πεδίο της φυσικής αναπαραγωγής, παρουσιάζει γενικότερο ενδιαφέρον σχετικά με τις απόψεις που εμπεριέχει για το ζήτημα του αιτιώδους συνδέσμου και για το λόγο αυτό κρίνεται σκόπιμη η αναφορά της. Συγκεκριμένα, τα πραγματικά περιστατικά έχουν ως εξής: η μητέρα όταν έμεινε έγκυος στο δεύτερο παιδί της, φοβήθηκε μήπως έχει προσβληθεί από την μεταδοτική ασθένεια της ερυθράς από την οποία ήταν προσβεβλημένη την περίοδο εκείνη η μικρή της κόρη. Γνωρίζοντας ότι η ερυθρά μπορεί να προκαλέσει ανεπανόρθωτη ζημία στο έμβρυο, αποφάσισε να κάνει ιατρικές εξετάσεις και γνωστοποίησε στους γιατρούς την πρόθεσή της να προβεί σε άμβλωση εάν η διάγνωση της ερυθράς ήταν θετική. Ύστερα από σειρά ιατρικών εξετάσεων οι γιατροί την καθησύχασαν, λέγοντάς της ότι η ίδια είναι ανοσοποιημένη στην ασθένεια αυτή. Τελικά, όμως, το παιδί γεννήθηκε με σοβαρά νευρολογικά προβλήματα, καρδιοπάθεια, κωφότητα και μερική τύφλωση, συμπτώματα τα οποία οι ειδικοί απέδωσαν σε ερυθρά από την οποία είχε προσβληθεί η μητέρα την περίοδο της κύησης. Στην εν λόγω υπόθεση διατυπώθηκαν αντιτιθέμενες απόψεις για το ζήτημα του αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ του ιατρικού σφάλματος και της ζημίας. Συγκεκριμένα, ο Αντεισαγγελέας του Δικαστηρίου υποστήριξε τη μη ύπαρξη αιτιώδους συνδέσμου, με το επιχείρημα ότι η αναπηρία είναι το αποτέλεσμα της παθολογικής κληρονομικής ασθένειας από την οποία προσβλήθηκε το παιδί από την αρχή της κύησης και τα ιατρικά σφάλματα, χρονολογικά μεταγενέστερα της πάθησης του παιδιού, δε συνέβαλαν καθόλου σε αυτήν. Το Δικαστήριο, όμως, σε πλήρη αντίθεση με την επιχειρηματολογία του Αντεισαγγελέα, δέχθηκε

ότι η παρανομία της πράξης είναι αδιάφορη για την επέλευση της ζημίας και επομένως δεν συντρέχει η προϋπόθεση του αιτιώδους συνδέσμου.

³⁰⁰ Βλ. ΑΠ 154/2011 (Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών ΔΣΑ), ΠΠρΘεσ 2839/2008 (Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών ΔΣΑ), ΠΠρΑθ 2487/2004 (Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών ΔΣΑ), ΕφΘεσ 2384/2005 (Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών ΝΟΜΟΣ), οι οποίες επισημαίνουν την έλλειψη του αιτιώδους συνδέσμου με την αιτιολογία ότι η πάθηση του τέκνου δεν έχει γενεσιουργό αιτία ενέργεια ή παράλειψη των γιατρών. Στο σημείο αυτό πρέπει να επισημανθεί ότι οι ανωτέρω αποφάσεις αφορούν περιπτώσεις λανθασμένου προγεννητικού ελέγχου, ήτοι περιπτώσεις φυσικής αναπαραγωγής, αλλά κρίνεται σκόπιμη η αναφορά τους, καθώς δείχνουν την τάση της ελληνικής νομολογίας στο ζήτημα του αιτιώδους συνδέσμου στις περιπτώσεις wrongful life, ανεξαρτήτως του αν το πάσχον τέκνο έχει προέλθει από φυσική ή υποβοηθούμενη αναπαραγωγή.

³⁰¹ Cour de Cassation, Assemblée plénière, Arrêt No 457/17-11-2000, Bull. Civ. N 9.

τελικά ότι υπάρχει αιτιώδης σύνδεσμος ακριβώς επειδή ήταν βέβαιο ότι αν οι γονείς είχαν ενημερωθεί σωστά θα είχαν προχωρήσει σε άμβλωση, αφού είχαν προβεί σε αυτή την κατηγορηματική δήλωση προς τους γιατρούς από την πρώτη στιγμή. Και στη χώρα, όμως, εκφράστηκαν αντιτιθέμενες απόψεις σχετικά με τη συνδρομή του αιτιώδους συνδέσμου στην ανωτέρω υπόθεση. Συγκεκριμένα, έχει υποστηριχθεί η άποψη ότι «ούτε ο γιατρός, ούτε το εργαστήριο, που έκανε τις εξετάσεις, είναι η αιτία της αναπηρίας του παιδιού. Αντίθετα αυτή οφείλεται στην ασθένεια (ερυθρά), η οποία του μεταδόθηκε από τη μητέρα του και η οποία είναι προγενέστερη της εσφαλμένης διάγνωσης. Συνεπώς δεν υπάρχει αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ της πράξης και της ζημίας και άρα, αντίθετα από τα όσα το δικαστήριο αποφάσισε, δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις της ευθύνης»³⁰². Από την άλλη πλευρά, οι υπέρμαχοι της απόφασης του Γαλλικού Ακυρωτικού υποστηρίζουν την κατάφαση του αιτιώδους συνδέσμου με το επιχείρημα ότι τα ιατρικά σφάλματα και μόνο δεν επέτρεψαν στη μητέρα να προβεί σε διακοπή της κύησης, καθόσον εξαιτίας αυτών είχε δημιουργηθεί σε εκείνη η ασφαλής πεποίθηση ότι ήταν ανοσοποιημένη έναντι της ερυθράς και ότι δεν υπήρχε κανένας κίνδυνος για το έμβρυο³⁰³.

Το κρισιμότερο, ωστόσο, πρόβλημα στις περιπτώσεις wrongful life, για το οποίο έχει υπάρξει ποικίλη και ενδιαφέρουσα επιχειρηματολογία, ανακύπτει σε σχέση με την αποκαταστατέα ζημία. Τίθεται, δηλαδή, το ηθικό πρόβλημα αν η γέννηση και η ύπαρξη του συγκεκριμένου παιδιού που πάσχει από την ασθένεια μπορεί να αντιμετωπιστεί ως ζημία και αντίστοιχα αν η αναγνώριση αξίωσης αποζημίωσης σε αυτές τις περιπτώσεις προσκρούει στην προστασία της αξίας του ανθρώπου. Διάκριση γίνεται μεταξύ της αξίωσης των γονέων και αυτής του παιδιού.

Σχετικά με την αξίωση των γονέων, επικρατεί διεθνώς η τάση να γίνεται δεκτή η δική τους αξίωση προς αποζημίωση εξαιτίας της γέννησης του ασθενούς παιδιού. Στο πλαίσιο του ελληνικού δικαίου, όμως, τίθενται εμπόδια, όταν η αξίωση αυτή των γονέων στηρίζεται στις διατάξεις περί αδικοπραξιών (ΑΚ 914 επ), εφόσον, όπως έχει προαναφερθεί, η έμμεση ζημία και η έμμεση ηθική βλάβη κατ' αρχήν δεν αποκαθίστανται³⁰⁴. Αυτή είναι και η πάγια θέση της

³⁰² Μάλλιος Ενώγγελος, Οι προγεννητικές εξετάσεις και ο κίνδυνος ευγονικής. Σχόλιο στην υπόθεση *Perruche*, Το Σύνταγμα 2001, Τεύχος 3, σελ. 579 επ.

³⁰³ Τσίρος Διονύσιος, Ιατρική Ευθύνη: Αποζημίωση παιδιού που γεννήθηκε ανάπηρο λόγω ιατρικού σφάλματος που εμπόδισε τη μητέρα να διακόψει την κύηση-Υπό το πρίσμα της απόφασης *Perruche* (17 Νοεμβρίου 2000, Bull. Civ., no 9) της Ολομέλειας του Γαλλικού Αρείου Πάγου, ΕλλΔνη 45 (2004), σελ. 68.

³⁰⁴ Βλάχου Ελίνα, Wrongful life-wrongful birth: Η διεθνής νομολογία και η επίδρασή της στην ελληνική, *Digesta* 2008, 459 και Κανελλοπούλου-Μπότη Μαρία, Η υποχρέωση παροχής γενετικής πληροφορίας κατά τον προγεννητικό έλεγχο. Ειδικά η θέση του φερόμενου πατέρα, *Digesta* 2008, 367, υποσ. 12. Το ίδιο γίνεται δεκτό και από την ελληνική νομολογία όπως φαίνεται από αποφάσεις που ασχολούνται με το ζήτημα της αξίωσης αποζημίωσης των γονέων σε περιπτώσεις wrongful birth: Βλ. χαρακτηριστικά τις ΠΠρΘες 2839/2008, ΠΠρΑθ

ελληνικής νομολογίας, η οποία απορρίπτει αιτήματα των γονέων για αποκατάσταση της περιουσιακής ζημίας τους και της ηθικής τους βλάβης, όταν αυτά έχουν ως νομική βάση τις διατάξεις περί αδικοπραξίας. Αντίθετα, γίνονται δεκτά αιτήματα των γονέων για χρηματική ικανοποίηση της δικής τους ηθικής βλάβης, τα οποία στηρίζονται στην κατά το άρθρο 59 ΑΚ προσβολή της προσωπικότητάς τους, υπό την ειδικότερη εκδοχή της επιλογής να μην τεκνοποιήσουν³⁰⁵.

Ομοίως, στο πλαίσιο της ελληνικής θεωρίας, έχει υποστηριχθεί ³⁰⁶ ότι η αξίωση των γονέων στηρίζεται στη ματαίωση του οικογενειακού τους σχεδιασμού λόγω του ιατρικού σφάλματος, δηλαδή της απόφασής τους να μη θέλουν να αποκτήσουν ανάπηρο τέκνο, απόφαση κατ' αρχήν θεμιτή ως έκφραση του δικαιώματός τους για ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας (άρθρο 5 Συντάγματος). Κατά την ίδια άποψη, η ματαίωση του οικογενειακού σχεδιασμού δε σημαίνει ότι δεν πρέπει να γίνεται σεβαστή από τους γονείς η νέα ζωή. Σημαίνει, μόνο, ότι η επιπλέον δαπάνη των γονέων από τη διατροφή του παιδιού συνιστά μια ζημία. Αυτή η μη προγραμματισμένη οικονομική επιβάρυνση των γονέων και όχι το ίδιο το παιδί είναι η ζημία³⁰⁷. Ανήθικο και απάνθρωπο θα ήταν να απαιτήσουν οι γονείς αυτούσια αποκατάσταση, αφού αυτή δε μπορεί να σημαίνει παρά τη θανάτωση το τέκνου. Για αυτό στην εν λόγω περίπτωση, μπορεί να έχει εφαρμογή μόνο η χρηματική αποζημίωση³⁰⁸. Βάσει, όμως, αυτής της

4865/2006, ΠΠρΑθ 2487/2004, ΕφΑθ 5152/2002 (δημοσιευμένες στην Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών του ΔΣΑ).

³⁰⁵ ΠΠρΧαν 226/2009 (ΧρΙΔ 2011, 182), ΠΠρΠειρ 4591/2009, ΕφΛαρ 544/2007, ΠΠρΑθ 4865/2006 (δημοσιευμένες στην Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών του ΔΣΑ). Οι αποφάσεις αυτές αναφέρονται σε περιπτώσεις λανθασμένου προγεννητικού ελέγχου, δηλαδή αφορούν φυσική αναπαραγωγή και επισημαίνουν ότι για να στοιχειοθετηθεί προσβολή της προσωπικότητας των γονέων θα πρέπει να στοιχειοθετούνται όλες οι προϋποθέσεις επιτρεπτής διακοπής της κύησης κατά το άρθρο 304§4 περ. β του ΠΚ και κυρίως να διαπιστωθεί ένδειξη σοβαρής ανωμαλίας του εμβρύου. Αυτονόητο είναι ότι στο πεδίο της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής, σε περίπτωση που εμφιλοχώρησε λάθος κατά τον προεμφυτευτικό έλεγχο και τελικά γεννήθηκε τέκνο με σοβαρή ασθένεια ή αναπηρία, στοιχειοθετείται προσβολή της προσωπικότητας των γονέων από μόνο το γεγονός ότι ματαιώθηκε το δικαίωμά τους να επιλέξουν να μην αποκτήσουν πάσχον τέκνο, χωρίς να απαιτείται να συντρέχει άλλη προϋπόθεση.

³⁰⁶ Σταθόπουλος Μιχάλης, Αποζημίωση και προστασία της προσωπικότητας ανάπηρου παιδιού, ΧρΙΔ Θ/2009, σελ.99.

³⁰⁷ Βλ και Ανδρουλιδάκη-Δημητριάδη Ισμήνη, Η υποχρέωση ενημέρωσης του ασθενούς, Συμβολή στη διακρίβωση της αστικής ιατρικής ευθύνης, 1993, σελ. 425, η οποία υποστηρίζει ότι ζημία δεν είναι ο ίδιος ο άνθρωπος, ως προσωπικότητα, παρά τις γενετικές ανωμαλίες του, αλλά οι οικονομικές θυσίες και ο ψυχικός πόνος που υφίστανται οι γονείς.

³⁰⁸ Σταθόπουλος Μιχάλης, Αποζημίωση και προστασία της προσωπικότητας ανάπηρου παιδιού, ΧρΙΔ Θ/2009, σελ. 101-102, ο οποίος περαιτέρω επισημαίνει αφενός ότι η χρηματική αποζημίωση υπόκειται ως προς το ύψος της στη θεωρία της διαφοράς και αφετέρου ότι το ζήτημα αν στην αποκαταστατέα ζημία ανήκει μόνο η επιπλέον δαπάνη για

άποψης, αναγνωρίζεται στους γονείς το δικαίωμα να αξιώσουν την αποκατάσταση όχι μόνο της ηθικής τους βλάβης, αλλά και της περιουσιακής τους ζημίας, ήτοι των δαπανών συντήρησης, ανατροφής και εν γένει διατροφής του παιδιού, αξίωση που δεν αναγνωρίζεται από την ελληνική νομολογία κατά τα προεκτεθέντα.

Διαφορετικά έχουν τα πράγματα με την αξίωση του ίδιου του ασθενούς παιδιού. Ζήτημα δημιουργείται επειδή, όπως προαναφέρθηκε, η αξίωση αποζημίωσης θεμελιώνεται στον ισχυρισμό ότι χωρίς το ιατρικό σφάλμα το παιδί δεν θα είχε γεννηθεί καθόλου, αφού οι γονείς του θα αποφάσιζαν να ματαιώσουν τη γέννησή του, ήτοι στην περίπτωση της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής να μη γίνει η εμφύτευση του γονιμοποιημένου ωαρίου. Επομένως, όταν το ίδιο το άτομο που γεννήθηκε με προβλήματα ζητεί αποκατάσταση κάθε ζημίας που προκλήθηκε από ιατρικές πράξεις ή παραλείψεις, ουσιαστικά επικαλείται ως ζημία την ίδια του την ύπαρξη, δηλαδή το γεγονός ότι γεννήθηκε. Υποστηρίζεται στη θεωρία ότι η αναγνώριση της σχετικής αξίωσης αποζημίωσης προσκρούει σε σοβαρούς ηθικούς ενδοιασμούς, αφού σημαίνει όχι μόνο ότι η ζωή ενός ανθρώπου με σοβαρή ασθένεια συνιστά ζημία, αλλά και ότι η μη ζωή αυτού του ανθρώπου, η ανυπαρξία του, θα ήταν για τον ίδιο προτιμότερη, κάτι που προσκρούει στη συνταγματική προστασία της ανθρώπινης αξίας (άρθρο 2 Συντάγματος) και στην αναγνώριση υποχρέωσης του κράτους να προστατεύει ιδιαίτερα τέτοια άτομα (άρθρο 21§2 Συντάγματος)³⁰⁹. Επιπροσθέτως, η ίδια η αξίωση αποζημίωσης προσκρούει και σε δογματικά εμπόδια, αφού η εφαρμογή της θεωρίας της διαφοράς εν προκειμένω είναι αδύνατη³¹⁰. Συγκεκριμένα, κατά τη θεωρία της διαφοράς, ο σκοπός της αποζημίωσης είναι να επαναφέρει το πρόσωπο στην περιουσιακή κατάσταση στην οποία αυτό θα βρισκόταν, αν δεν είχε μεσολαβήσει το ζημιογόνο γεγονός. Στη συγκεκριμένη περίπτωση, ωστόσο, αν δεν είχε μεσολαβήσει το ιατρικό σφάλμα, το παιδί δεν θα είχε αποφύγει κάποια μείωση της περιουσίας του, αλλά δεν θα υπήρχε καθόλου, για να έχει οποιαδήποτε περιουσία. Οδηγούμαστε, λοιπόν, σε ένα άτοπο αποτέλεσμα, αφού μια

την αναπηρία του παιδιού ή το σύνολο της διατροφής του θα επιλυθεί με βάση τα κριτήρια του δικαίου της αποζημίωσης (αιτιώδης συνάφεια, συνυπολογισμός κέρδους-ζημίας κλπ).

³⁰⁹ Φουντεδάκη Κατερίνα, Θέματα Αστικής Ιατρικής Ευθύνης σε περίπτωση γέννησης ατόμου με σοβαρή ασθένεια ή αναπηρία (wrongful life), Digesta 2004, σελ. 481. Βλ. και Μάλλιο Ευάγγελο, Οι προγεννητικές εξετάσεις και ο κίνδυνος ευγονικής. Σχόλιο στην υπόθεση *Perruche*, Το Σύνταγμα 2001, Τεύχος 3, σελ. 579 επ, ο οποίος υποστηρίζει ότι είναι αντισυνταγματική οποιαδήποτε αντίληψη ότι υπάρχουν ζωές που δεν αξίζει κάποιος να τις ζει, καθώς και ότι αν αναγνωριστούν αξιώσεις αποζημίωσης στο πάσχον τέκνο, υπάρχει ο κίνδυνος επικράτησης ευγονικών αντιλήψεων και εδραίωσης άνισης και διακριτικής μεταχείρισης μεταξύ των πολιτών ανάλογα με την κατάσταση της υγείας τους.

³¹⁰ Φουντεδάκη Κατερίνα, Θέματα Αστικής Ιατρικής Ευθύνης σε περίπτωση γέννησης ατόμου με σοβαρή ασθένεια ή αναπηρία (wrongful life), Digesta 2004, σελ.481 και Σταθόπουλος Μιχάλης, Αποζημίωση και προστασία της προσωπικότητας ανάπηρου παιδιού, ΧρΙΔ Θ/2009, σελ. 102.

τέτοια αξίωση θα σήμαινε ότι ο υποτιθέμενος δικαιούχος αξιώνει αυτό που θα είχε αν δεν υπήρχε. Ανάλογος προβληματισμός ισχύει αναφορικά με την αξίωση του πάσχοντος παιδιού για χρηματική ικανοποίηση λόγω της ηθικής βλάβης του³¹¹. Όπως είναι γνωστό, η χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης αποσκοπεί στην ανακούφιση του αδικηθέντος από τη λύπη, τη στεναχώρια ή τον πόνο που του προκάλεσε η προσβολή ενός εννόμου αγαθού. Είναι, βέβαια, προφανές ότι στις περιπτώσεις *wrongful life* η ύπαρξη ενός προσώπου δεν μπορεί να θεωρηθεί προσβολή σε βάρος αυτού του ίδιου του προσώπου. Επιπλέον, δεν είναι δυνατόν το πάσχον πρόσωπο να ζητεί χρηματική ικανοποίηση της ηθικής του βλάβης, αφού αυτό στην πραγματικότητα δε θα συνιστούσε παρά ένα αίτημα ανακούφισης της ψυχικής ταλαιπωρίας που υφίσταται από το γεγονός της ύπαρξής του³¹².

Ο αντίλογος, όμως, στα προηγούμενα επιχειρήματα είναι σοβαρός. Συγκεκριμένα, έχει υποστηριχθεί στη θεωρία η άποψη³¹³ ότι η αποδοχή της αξίας του ανθρώπινου όντος και ο σεβασμός για τα πάσχοντα πρόσωπα αξιώνουν ακριβώς την προστασία τους μέσω της αναγνώρισης αξιώσεων που αμβλύνουν τα πάθη και τον πόνο τους. Αξιώσεις για αυτά τα παιδιά απορρέουν από ανθρωπιστικές εκτιμήσεις και υπηρετούν καλύτερα την ανθρώπινη αξία, παρά η άρνηση αυτών των αξιώσεων³¹⁴. Ερωτάται, λοιπόν, αν μπορούν να αναγνωρισθούν άλλα έννομα βοηθήματα στο παιδί, που δεν θα αποβλέπουν στη δημιουργία κατάστασης η οποία (όπως στην

³¹¹ Φουντεδάκη Κατερίνα, Θέματα Αστικής Ιατρικής Ευθύνης σε περίπτωση γέννησης ατόμου με σοβαρή ασθένεια ή αναπηρία (*wrongful life*), *Digesta* 2004, σελ.481-482.

³¹² Από την άποψη της ελληνικής νομολογίας, χαρακτηριστικές είναι η υπ' αρ. ΠΠρΑθ 2487/2004 και η ΠΠρΘεσ 2839/2008 (Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών του ΔΣΑ), οι οποίες αποφαινόμενες ότι το ανήλικο τέκνο, το οποίο και στις δύο υποθέσεις παρουσίαζε ανατομική ανωμαλία, δεν δικαιούται χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης, διότι η γέννηση και η διατήρηση του τέκνου στη ζωή, έστω με την αναπηρία, έχει μεγαλύτερη αξία και υπερτερεί, ως έννομο αγαθό, από το αποτέλεσμα που θα συνεπαγόταν, η έστω και επιτρεπτή διακοπή της κύησης, αφού η αξία του ανθρώπου (άρθρο 2 Συντάγματος) και η προστασία της ζωής αποτελεί συνταγματικά υπέρτερη αξία.

³¹³ Σταθόπουλος Μιχάλης, Αποζημίωση και προστασία της προσωπικότητας ανάπηρου παιδιού, ΧρΙΔ Θ/2009, σελ. 102-106.

³¹⁴ Στο πλαίσιο αυτό κινήθηκε και η επιχειρηματολογία του εισηγητή της απόφασης του Γαλλικού Ακυρωτικού στην υπόθεση *Perruche*, με την οποία συντελείται μεταστροφή της έως τότε γαλλικής νομολογίας, αφού για πρώτη φορά έγινε δεκτή η αξίωση αποζημίωσης όχι μόνο των γονέων αλλά και του ίδιου του ανάπηρου παιδιού: «Σε τι έγκειται ο πραγματικός σεβασμός της ανθρώπινης αξίας; Στην αφηρημένη άρνηση κάθε αποζημίωσης ή αντίθετα, στην αποδοχή της, που θα επιτρέπει σε κάθε παιδί να ζει σε συνθήκες σύμφωνες με την αξία του ανθρώπου, τουλάχιστον από υλική άποψη, χωρίς να το αφήνουμε στην αβεβαιότητα της βοήθειας εκ μέρους της οικογένειάς ή του ιδιωτικού ή του δημοσίου τομέα». Στο σημείο αυτό αξίζει να επισημανθεί ότι η αποδοχή από το Γαλλικό Ακυρωτικό Δικαστήριο μιας τέτοιας αξίωσης αποζημίωσης για περιουσιακή ζημία του ίδιου του άρρωστου ατόμου, προκάλεσε τεράστιο θόρυβο και αντίλογο στο νομικό κόσμο και στην κοινωνία και οδήγησε το γάλλο νομοθέτη σε ειδική ρύθμιση, σύμφωνα με την οποία «κανένας δεν μπορεί να ζητεί αποζημίωση επικαλούμενος μόνο το γεγονός της γέννησής του» (Ν. 2002-303, άρθρο 1).

αξίωση αποζημίωσης) θα υπήρχε χωρίς το ζημιογόνο γεγονός. Το ζήτημα της αναγνώρισης αξιώσεων του παιδιού αποκτά κυρίως ιδιαίτερη σημασία σε περίπτωση θανάτου των γονέων του-δικαιούχων αποζημίωσης, οπότε και θα ανέκυπτε ο κίνδυνος να μείνει το παιδί τελείως αβοήθητο.

Μια πρώτη δυνατότητα, κατά την άποψη αυτή, υφίσταται, αν ζητείται ικανοποίηση για μη περιουσιακή ζημία (ηθική βλάβη), αφού τότε η μέθοδος της διαφοράς και η αποκαταστατική αρχή δεν βρίσκουν έδαφος εφαρμογής. Στη χρηματική ικανοποίηση για ηθική βλάβη κρίσιμο κριτήριο δεν είναι η αποκατάσταση της ζημίας, αλλά η παροχή στον ζημιωθέντα ενός χρηματικού βοηθήματος για ψυχική ανακούφιση και ηθική παρηγοριά. Έτσι, κατά την άποψη αυτή, η εν λόγω αξίωση ανήκει στο ανάπηρο παιδί και όχι στους γονείς του, εφόσον βέβαια συντρέχουν οι προϋποθέσεις των άρθρων 59 και 932 ΑΚ και ύστερα από αξιολόγηση της συγκεκριμένης περίπτωσης (βαρύτητα της προσβολής, ύπαρξη και βαθμός πταίσματος κλπ). Όσον, αφορά τη δυνατότητα να αναγνωρισθεί στο ανάπηρο παιδί και αξίωση για την περιουσιακή ζημία (δαπάνη διατροφής κλπ), επαρκές νομοθετικό έρεισμα αποτελεί, κατά την ίδια άποψη, η προστασία της προσωπικότητας. Στις περιπτώσεις wrongful life υπάρχει προσβολή της προσωπικότητας (του σώματος, της υγείας κλπ) του ανάπηρου παιδιού. Για τη διαπίστωση αυτή αρκεί η σύγκριση με την κατάσταση του υγιούς ανθρώπου και όχι με μια προηγούμενη κατάσταση. Υπεύθυνος για την προσβολή της προσωπικότητας είναι ο γιατρός, ο οποίος έχει προκαλέσει με την παράβαση των υποχρεώσεών του τη διαρκή παθολογική κατάσταση του ανάπηρου παιδιού. Πρέπει να φέρει ευθύνη για αυτό και να αναγνωρισθούν οι εναντίον του αξιώσεις που προβλέπει το δίκαιο της προσωπικότητας, μεταξύ άλλων και η αξίωση άρσης της προσβολής. Επειδή, όμως, είναι αδύνατη η αυτούσια, πραγματική και πλήρης άρση (αφού οι βλάβες της υγείας είναι αθεράπευτες), ανταποκρίνεται στη ratio της ρύθμισης, να δημιουργήσει ο υπεύθυνος για την άρση προσβολέας μια εναλλακτική κατάσταση, που δεν θα είναι πλήρης, αυτούσια άρση, αλλά θα έχει όμοια λειτουργία και σκοπό. Θα είναι ένα υποκατάστατο της αδύνατης αυτούσιας άρσης. Θα είναι, δηλαδή, «αναπληρωματική άρση». Στην περίπτωση του ανάπηρου παιδιού, αυτή η αναπληρωματική άρση δεν θα ήταν τίποτε άλλο παρά η αναγνώριση της υποχρέωσης του προσβολέα για τις δαπάνες που προκαλεί η αναπηρία. Τέλος, κατά την άποψη αυτή, σε σχέση με την έκταση της ευθύνης του γιατρού θα εφαρμοστεί η αρχή της αναλογικότητας και κρίσιμη θα είναι η εκτίμηση όλων των περιστάσεων της συγκεκριμένης περίπτωσης, ιδίως της έντασης της προσβολής και του βαθμού υπαιτιότητας.

Σε παρόμοιο πλαίσιο κινείται και η υποστηριζόμενη στην ελληνική θεωρία άποψη³¹⁵, κατά την οποία, θα μπορούσε να αναγνωρισθεί αξίωση του τέκνου εναντίον του γιατρού για προσβολή της προσωπικότητάς του, καθώς η μη πληροφόρηση των γονέων του, είτε για τη

³¹⁵ Τρούλη Εμμανουέλα, Ιατρική ευθύνη για ζημιογόνο ζωή και ζημιογόνο τεκνοποίηση, Digesta 2008, 420-421.

πιθανότητα σύλληψης ενός άρρωστου τέκνου, είτε για την κυοφορία ενός τέτοιου, του στέρησε τη δυνατότητα να ασκήσουν οι γονείς του προς όφελός του τη γονική μέριμνα και να αποφασίσουν για το καλό του, ανεξαρτήτως ποιο θα ήταν το αποτέλεσμα των πράξεών τους στη συνέχεια, δηλαδή να προχωρήσουν στη σύλληψη ή κύηση του τέκνου ή όχι. Με αυτό τον τρόπο, αποδοκιμάζεται η παράνομη και αμελής πράξη του γιατρού, η οποία επέδρασε με τόσο καθοριστικό τρόπο στη ζωή ενός ανθρώπου και η οποία διαφορετικά θα έμενε αδικαιολόγητα χωρίς συνέπειες για το γιατρό³¹⁶. Επιπλέον, μέσα από αυτή τη λύση της αναγνώρισης αξιώσεων βάσει της προσβολής προσωπικότητας του τέκνου αντιμετωπίζονται τα προβλήματα της ζημίας και του αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ της παράνομης και υπαίτιας πράξης και της ζημίας. Κατά την άποψη, όμως, αυτή και σε αντίθεση με την άποψη που αναλύθηκε παραπάνω, η αναγνωριζόμενη αξίωση δεν αποζημιώνει το τέκνο για το αυξημένο κόστος διαβίωσής του, αλλά μόνο για την ηθική του βλάβη εκ της προσβολής της προσωπικότητάς του από το γεγονός ότι ήρθε στο κόσμο με συγκεκριμένα προβλήματα υγείας, χωρίς οι γονείς του να έχουν αποφασίσει για τη γέννησή του υπό αυτές τις συνθήκες.

³¹⁶ Στο επιχείρημα αντιπαράτίθεται η θέση ότι με τη μη αποδοχή της αξίωσης αποζημίωσης του ίδιου του παιδιού, το ιατρικό σφάλμα δεν μένει χωρίς κύρωση, αφού γίνεται δεκτή η αξίωση αποζημίωσης των γονέων του παιδιού και ότι σε κάθε περίπτωση η προστασία των ατόμων με σοβαρή αναπηρία θα έπρεπε να επιτευχθεί μέσω του Κράτους Πρόνοιας και όχι μέσω της ανεπίτρεπτης διεύρυνσης της αστικής ευθύνης του ιατρού (Φουντεδάκη Κατερίνα, Θέματα Αστικής Ιατρικής Ευθύνης σε περίπτωση γέννησης ατόμου με σοβαρή ασθένεια ή αναπηρία (wrongful life), Digesta 2004, σελ. 482).

ΕΠΙΛΟΓΟΣ

Η αστική ιατρική ευθύνη στο ελληνικό δίκαιο δεν υπόκειται σε ειδικούς κανόνες δικαίου, αλλά διέπεται από ένα πλαίσιο κανόνων που κατά βάση διαμορφώνεται με την κατάλληλη ερμηνεία και προσαρμογή των γενικών κανόνων της αστικής ευθύνης στις ιδιαιτερότητες της αστικής ευθύνης του γιατρού. Κατά συνέπεια, οι λύσεις για την ιατρική ευθύνη αναζητούνται σε όσα γενικά ισχύουν για την αστική ευθύνη από αθέτηση της σύμβασης, ή από αδικοπραξία. Έτσι, η ξεχωριστή, ιδιαίτερη εξέταση της αστικής ευθύνης του γιατρού αναφορικά με μια συγκεκριμένη κατηγορία ιατρικών πράξεων μπορεί να δικαιολογηθεί, μόνο αν εμφανίζει σημαντικές ιδιαιτερότητες και προβλήματα που δεν εμφανίζονται στη γενική ιατρική πράξη. Τέτοια χαρακτηριστικά είναι εμφανή στα ζητήματα ιατρικής ευθύνης που σχετίζονται με την υποβοηθούμενη αναπαραγωγή, στην οποία τίθενται νομικά ζητήματα που δεν ανακύπτουν σε σχέση με καμία άλλη κατηγορία ιατρικών υπηρεσιών.

Κατά πρώτο λόγο, για τις ιατρικές πράξεις της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής έχει θεσπιστεί ειδική νομοθεσία (ν. 3089/2002 και 3305/2005), η οποία χαράσσει το πλαίσιο εντός του οποίου πρέπει να κινείται ο γιατρός προκειμένου να ενεργεί σύννομα. Οποιαδήποτε πράξη του γιατρού που διενεργείται κατά παράβαση του νομοθετικού αυτού πλαισίου, αυτόματα είναι παράνομη ως απαγορευμένη από το νόμο. Για παράδειγμα, τα πρόσωπα που ορίζει ο νόμος μπορούν να προσφύγουν σε μεθόδους υποβοηθούμενης αναπαραγωγής μόνο για λόγους ιατρικής αναγκαιότητας (ΑΚ 1455). Η αναγκαιότητα, ωστόσο, αυτή συνδέεται κατά κύριο λόγο με την αδυναμία απόκτησης τέκνων με φυσικό τρόπο και μόνο συγκυριακά με άλλα προβλήματα υγείας. Από κει και πέρα, οι πιθανότητες να ανακύψει θέμα ιατρικής ευθύνης στην υποβοηθούμενη αναπαραγωγή πολλαπλασιάζεται³¹⁷, επειδή εκ των πραγμάτων η εμπλοκή του γιατρού περιλαμβάνει περίπλοκες και εκλεπτυσμένες μεθόδους και υπόκειται σε σειρά προϋποθέσεων, που απορρέουν τόσο από τους κανόνες της ιατρικής και τα ακολουθούμενα standards, όσο και από ειδικούς κανόνες, ύστερα από τη θέσπιση ειδικού νομοθετικού πλαισίου για την υποβοηθούμενη αναπαραγωγή (ν. 3089/2002 και 3305/2005). Εξάλλου, και άλλα χαρακτηριστικά της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής αυξάνουν τις πιθανότητες για στοιχειοθέτηση αστικής ιατρικής ευθύνης: σε αντίθεση με τη φυσική αναπαραγωγή, αποδέκτης της ιατρικής υπηρεσίας μπορεί να είναι και ο σύζυγος ή σύντροφος της γυναίκας, εάν σε αυτόν αντιμετωπίζεται το πρόβλημα υπογονιμότητας. Επίσης, τρίτοι είναι δυνατόν να παρέχουν το γεννητικό υλικό τους ή τη μήτρα τους, με σκοπό την ιατρική υποβοήθηση της αναπαραγωγής άλλων προσώπων. Όλα αυτά τα πρόσωπα υποβάλλονται σε ιατρικές πράξεις μικρότερης ή μεγαλύτερης βαρύτητας. Άλλο ένα στοιχείο που εντείνει τη σύνδεση της υποβοηθούμενης

³¹⁷ Βλ. Φουντεδάκη Κατερίνα, *Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη*, 2007, σελ. 6-7.

αναπαγωγής με την αστική ιατρική ευθύνη είναι πως συχνά δημιουργείται η εντύπωση ότι στη συγκεκριμένη περίπτωση παροχής υπηρεσιών ο γιατρός υπόσχεται, οφείλει και εγγυάται ένα αποτέλεσμα, δηλαδή την απόκτηση υγιούς παιδιού.

Όλες αυτές οι ιδιομορφίες που προαναφέρθηκαν, στάθηκαν αρκετές στις Η.Π.Α για να οδηγήσουν την ειδικότητα της μαιευτικής-γυναικολογίας σε ένα πραγματικό αδιέξοδο ως προς την ιατρική ευθύνη, αφού το υπέρογκο ύψος των επιδικαζόμενων αποζημιώσεων και κατ' ακολουθία των ασφαλιστρών έχει θέσει τη συγκεκριμένη ειδικότητα εκτός των δυνατοτήτων της ασφάλισης αστικής ευθύνης. Για τους ίδιους λόγους, η γυναικολογία είναι η ιατρική ειδικότητα στην οποία κατ' εξοχήν εκδηλώθηκε το αρνητικό φαινόμενο της «αμυντικής ιατρικής», δηλαδή της τάσης των γιατρών να ενεργούν με πρωταρχικό κριτήριο όχι το συμφέρον του ασθενούς, αλλά την αποφυγή της δημιουργίας των προϋποθέσεων αστικής και ποινικής ευθύνης. Ως αποτέλεσμα αυτής της τακτικής, ο γιατρός παραγγέλλει περισσότερες διαγνωστικές εξετάσεις, εκτελεί περισσότερες ιατρικές πράξεις, συνταγογραφεί περισσότερα από τα επιβαλλόμενα φάρμακα στον ασθενή, με συνέπεια την τεράστια αύξηση του κόστους των υπηρεσιών υγείας. Και στη χώρα μας, όμως, παρατηρείται τα τελευταία χρόνια μια συνεχής αύξηση των μηνύσεων και αγωγών εναντίον των γιατρών. Παρατηρείται, επίσης και το φαινόμενο να επιδικάζονται τελευταία υπέρογκες αποζημιώσεις εναντίον των γιατρών, με αποτέλεσμα να εκφράζονται φόβοι ότι σε λίγα χρόνια η αμυντική ιατρική θα αποτελεί γεγονός και στην Ελλάδα³¹⁸.

³¹⁸ Πολίτης Χάρης, Σύγχρονες Παραδοχές για την ιατρικής ευθύνη. Οδεύουμε προς αμυντική ιατρική; Ανάπτυπο, Περ. 'ΎΚλινικά Χρονικά'', Τόμος 27, Συμπληρωματικό Τεύχος 1, Μάιος 2004, σελ. 61-70 και Βούλτσος Π., Ψαρούλης Κ., Ψαρούλης Δ., Η αμυντική άσκηση της ιατρικής και το νομικό σύστημα του ιατρικού σφάλματος, Ειδικό άρθρο, Ιατρικό Βήμα, τεύχος 124- Αύγουστος- Σεπτέμβριος 2010, σελ. 55-58 (δημοσιευμένο στην ιστοσελίδα www.iatrikionline.gr).

ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ

- Αγαλλοπούλου Πηνελόπη, Παρένθετη μητρότητα, Digesta 2004, 1.
- Ανδρουλιδάκη-Δημητριάδη Ισμήνη, Αστική ευθύνη του γιατρού από την τεχνητή ανθρώπινη αναπαραγωγή, Digesta 2004 (τεύχος Δ), 434.
- Ανδρουλιδάκη-Δημητριάδη Ισμήνη, Η υποχρέωση ενημέρωσης του ασθενούς, Συμβολή στη διακρίβωση της αστικής ιατρικής ευθύνης, 1993.
- Ανδρουλιδάκη-Δημητριάδη Ισμήνη, Ιατρική Υποβοήθηση στην Ανθρώπινη Αναπαραγωγή. Ενημέρωση και Ιατρικό Σφάλμα, Νομική Επιθεώρηση, Έτος ΙΗ (2005), Τεύχος 32, 15.
- Βλαχόπουλος Σπυρίδων, Η κλωνοποίηση στην ελληνική έννομη τάξη, 2000.
- Βλάχου Ελίνα, Wrongful life-wrongful birth: Η διεθνής νομολογία και η επίδρασή της στην ελληνική, Digesta 2008, 442 επ.
- Γεωργιάδης Απόστολος στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος IV(Ειδικό Ενοχικό), άρθρα 914, 929, 930 και 932, 1982.
- Γεωργιάδης Απόστολος στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος II (Γενικό Ενοχικό), Εισαγωγικές Παρατηρήσεις στα άρθρα 410-415, 1979.
- Γεωργιάδης Απόστολος, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, Τρίτη έκδοση, 2002.
- Γεωργιάδης Απόστολος, Ενοχικό Δίκαιο, Ειδικό μέρος, Τόμος II, 2007.
- Γεωργιάδης Αστ., Ενοχικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος II, Γ' έκδοση, 2000.
- Δαηλάτου Αγγελική –Τσούμας Βασίλης, Η Αποζημίωση, Ειδικά Θέματα του Δικαίου 4, 2009.
- Κανελλοπούλου-Μπότη Μαρία, Η υποχρέωση παροχής γενετικής πληροφορίας κατά τον προγεννητικό έλεγχο. Ειδικά η θέση του φερόμενου πατέρα, Digesta 2008, 363.
- Κανελλοπούλου-Μπότη Μαρία, Ιατρική ευθύνη για μη ενημέρωση ή πλημμελή ενημέρωση του ασθενούς κατά το ελληνικό και αγγλοσαξονικό δίκαιο, 1999.
- Καρακατσάνης Ιωάννης στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος I, (Γενικές Αρχές), άρθρο 36, 1978.
- Καρακώστας Ιωάννης, Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτή, Ερμηνεία, Νομολογία, Πρακτική Εφαρμογή, 2008.
- Καρακώστας Ιωάννης, Ιατρική Ευθύνη, Χαρακτηριστικά Γνωρίσματα και Νομική Διάσταση Κανόνων Ιατρικής Δεοντολογίας, 2008.
- Κιτσαράς Λάμπρος, Wrongful birth: Αξίωση των γονέων έναντι του γιατρού για χρηματική ικανοποίηση λόγω απώλειας της «ευκαιρίας» διακοπής της κύησης; (Με αφορμή τις ΕφΛαρ 544/2007, ΠΠρΠειρ και ΠΠρΧαν 226/2003), ΧρΙΔ ΙΑ/201, τεύχος 3, 166.

- Κορνηλάκης Πάνος, Ειδικό Ενοχικό Δίκαιο Ι, 2002,
- Κουμουτζής Νίκος στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος VII (Οικογενειακό Δίκαιο), άρθρα 1457-1458, 2007.
- Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη, Ο νέος ν. 3305/2005 για την «εφαρμογή της ιατρικώς υποβοηθούμενης αναπαραγωγής» : Ζητήματα από το συσχετισμό των διατάξεών του μεταξύ τους και με τις ρυθμίσεις του ν. 3089/2002, Αρμενόπουλος 2005, 5, 669.
- Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη, Σπέρμα, Ωάριο και Γονιμοποιημένο ωάριο που βρίσκονται έξω από το ανθρώπινο σώμα-Η νομική τους φύση και μεταχείριση κατά το αστικό δίκαιο, Αρμ. 1999, 465.
- Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Έφη, Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο, Η ειδική ελληνική νομοθεσία: Νόμοι 3089/2002 και 3305/2005, Β έκδοση, 2005.
- Μάλλιος Ευάγγελος, Οι προγεννητικές εξετάσεις και ο κίνδυνος ευγονικής. Σχόλιο στην υπόθεση Perruche, Το Σύνταγμα 2001, Τεύχος 3, 579.
- Ομπέση Φιλομήλα, Η νομική φύση της ιατρικής ευθύνης στο αστικό δίκαιο: επισημάνσεις συγκριτικού δικαίου, Αρμ. 1993, 402.
- Παπαδοπούλου-Κλαμαρή Δήμητρα, «Εκούσια αναγνώριση εκτός γάμου τέκνου στην υποβοηθούμενη αναπαραγωγή, κατά τον ν. 3089/2002», ΚριτΕ 2/2002, 159.
- Παπαδοπούλου-Κλαμαρή Δήμητρα, Σύμβαση με απαγορευμένη παροχή, Συμβολή στην ερμηνεία των ΑΚ 365, 174, 1992.
- Παπαχρίστου Θανάσης στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος VII (Οικογενειακό Δίκαιο), Εισαγωγικές παρατηρήσεις στα άρθρα 1455-1460, 2007.
- Παπαχρίστου Θανάσης, «πρόσωπα» και «πράγματα» στο μοντέρνο δίκαιο (Με αφορμή τη νομική φύση του γεννητικού υλικού), Τιμητικός Τόμος Ι. Μανωλεδάκη, 2007, σελ. 915 επ.,
- Παπαχρίστου Θανάσης, Εγχειρίδιο Οικογενειακού Δικαίου, 3^η έκδοση, 2005.
- Παπαχρίστου Θανάσης, Η ζωή ως ζημία, Οφείλεται αποζημίωση για ανεπιθύμητα ή προβληματικά παιδιά;, ‘‘Αφιέρωμα’’ στο Βήμα Ιδεών-Τεύχος 1/6/2007.
- Παπαχρίστου Θανάσης, Η τεχνητή αναπαραγωγή στον Αστικό Κώδικα, Πρόλογος Γ.Α Κουμάντου, 2003.
- Παπαχρίστου Θανάσης, ΝΟΜΟΣ 4, Αφιέρωμα στον Νικόλαο Παπαντωνίου, 1996.
- Πελλένη-Παπαγεωργίου Ανθή, Ο Κώδικας Ιατρικής Δεοντολογίας από Νομική Σκοπιά, ΝοΒ 2007, 2311.
- Πολίτης Χάρης, Σύγχρονες Παραδοχές για την ιατρικής ευθύνη. Οδεύουμε προς αμυντική ιατρική; Ανάτυπο, Περ. ‘‘Κλινικά Χρονικά’’, Τόμος 27, Συμπληρωματικό Τεύχος 1, Μάιος 2004, σελ. 61-70.

- Πουλιάδης Θανάσης στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος VIII (Οικογενειακό Δίκαιο), άρθρο 1518, 1993.
- Ρεθυμνιωτάκη Ελένη, Ρύθμιση ή αυτορρύθμιση; Το παράδειγμα της ιατρικώς υποβοηθούμενης αναπαραγωγής, 2003.
- Σκορίνη-Παπαρρηγοπούλου Φώνη στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος VII (Οικογενειακό Δίκαιο), άρθρα 1455-1456, 2007.
- Σπυριδάκης Ι.Σ., Η νέα ρύθμιση της τεχνητής γονιμοποίησης και της συγγένειας, 2003.
- Σταθόπουλος Μιχάλης στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος II (Γενικό Ενοχικό), άρθρα 297-298, 1979.
- Σταθόπουλος Μιχάλης, Αποζημίωση και προστασία της προσωπικότητας ανάπηρου παιδιού, ΧρΙΔ Θ/2009, 97.
- Σταθόπουλος Μιχάλης, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004.
- Σταθόπουλος Μιχάλης, Επιτομή Γενικού Ενοχικού Δικαίου, 2004.
- Σταμπέλου Χριστίνα στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος VII (Οικογενειακό Δίκαιο), άρθρα 1459-1460, 2007.
- Τρόκανας Θεόδωρος, Το ιατρικό σφάλμα και η ευθύνη για αλλότριες πράξεις στο χώρο του ιατρικού δικαίου μέσα από τη δημοσιευμένη ελληνική νομολογία των πολιτικών δικαστηρίων της τελευταίας δεκαετίας, σε Ιατρική Ευθύνη στην πράξη, Νομολογιακές τάσεις της τελευταίας δεκαετίας, επιμέλεια: Γώγος, Καϊάφα-Γκμπάντι, Παπαδοπούλου, Φουντεδάκη, 2010.
- Τρούλη Εμμανουέλα, Ιατρική ευθύνη για ζημιογόνο ζωή και ζημιογόνο τεκνοποίηση, Digesta 2008, 384.
- Τσίρος Διονύσιος, Ιατρική Ευθύνη: Αποζημίωση παιδιού που γεννήθηκε ανάπηρο λόγω ιατρικού σφάλματος που εμπόδισε τη μητέρα να διακόψει την κύηση-Υπό το πρίσμα της απόφασης Perruche (17 Νοεμβρίου 2000, Bull. Civ., no 9) της Ολομέλειας του Γαλλικού Αρείου Πάγου, ΕλλΔνη 45 (2004), 61.
- Φίλιος Παύλος, Οικογενειακό Δίκαιο, τρίτη έκδοση, 2009.
- Φουντεδάκη Κατερίνα σε Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτή (επιμέλεια Ελ. Αλεξανδρίδου), 2008.
- Φουντεδάκη Κατερίνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007.
- Φουντεδάκη Κατερίνα, Αστική Ιατρική Ευθύνη, 2003.
- Φουντεδάκη Κατερίνα, Η αστική ιατρική ευθύνη μετά το ν. 2251/1994, ΚριτΕ 1996/2, 179.
- Φουντεδάκη Κατερίνα, Θέματα Αστικής Ιατρικής Ευθύνης σε περίπτωση γέννησης ατόμου με σοβαρή ασθένεια ή αναπηρία (wrongful life), Digesta 2004, 471.

- Φουντεδάκη Κατερίνα, Το πρόβλημα του αιτιώδους συνδέσμου στην ιατρική ευθύνη, ΕλλΔνη 35 (1994), 1226.

ΔΙΑΔΙΚΤΥΑΚΟΙ ΤΟΠΟΙ

- lawdb.intrasoftnet.com (Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών “ΝΟΜΟΣ”)
- www.bioethics.gr (Εθνική Επιτροπή Βιοηθικής)
- www.dsanet.gr (Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών ΔΣΑ)
- www.iatrikionline.gr (Ιατρικό Βήμα)
- www.iya.gr (Εθνική Αρχή Ιατρικώς Υποβοηθούμενης Αναπαραγωγής)
- www.vimaideon.gr (Βήμα Ιδεών).