



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ  
**Εθνικόν και Καποδιστριακόν**  
**Πανεπιστήμιον Αθηνών**  
— ΙΔΡΥΘΕΝ ΤΟ 1837 —

**ΝΟΜΙΚΗ ΣΧΟΛΗ**

---

ΤΟΜΕΑΣ Α΄ ΙΔΙΩΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ  
ΠΡΟΓΡΑΜΜΑ ΜΕΤΑΠΤΥΧΙΑΚΩΝ ΣΠΟΥΔΩΝ ΑΣΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ  
ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΑΚΟ ΕΤΟΣ: 2014-2015

**ΔΙΠΛΩΜΑΤΙΚΗ ΕΡΓΑΣΙΑ**  
της **Μαριάννα Β. Λιούλια**  
**Α.Μ.: 1315**

**Δικαιοθεωρητικά ζητήματα αναφορικά με το ιδιωτικό δίκαιο των  
μεταμοσχεύσεων.**

**Επιβλέποντες:**

Κωνσταντίνος Χριστοδούλου  
Δήμητρα Παπαδοπούλου-Κλαμαρή  
Ανθή Πελλένη-Παπαγεωργίου

Αθήνα, 2018

Copyright © [Λιούλια Μαριάννα 2018]

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.

## Περίληψη

Η παρούσα εργασία ερευνά δικαιοθεωρητικά ζητήματα που ήδη ανακύπτουν ή ενδέχεται να ανακύψουν αναφορικά με το χωρικό πεδίο του ιδιωτικού δικαίου των μεταμοσχεύσεων, καθώς και αναφορικά με την αλληλεπίδραση του με το χώρο του δημοσίου δικαίου. Η έρευνα ξεκινά με τα συνταγματικά δικαιώματα που καθορίζουν τη διαδικασία των μεταμοσχεύσεων, ως βάση και σημείο εκκίνησης της έρευνας, και τις γενικές αρχές που διέπουν τις μεταμοσχεύσεις, όπως έχουν θεσπιστεί από τον κοινό νομοθέτη. Δεδομένου ότι δημιουργούν εστίες διαφορετικών νομικών προβλημάτων, γίνεται διαχωρισμός ανάμεσα σε στην *in vivo* και στην *post mortem* μεταμόσχευση, με κριτήριο το αν ο δότης βρίσκεται ή όχι εν ζωή. Αναφορικά με την πρώτη περίπτωση, γίνεται προσπάθεια νομικής προσέγγισης της “ενημερωμένης” συναίνεσης σε δωρεά οργάνων, ακριβέστερα της έννοιας της συναίνεσης του ασθενούς εν γένει σε συσχέτιση με τη συναίνεση του δότη ειδικότερα. Επίσης, γίνεται μνεία του τρόπου και περιεχομένου της ενημέρωσης ως βασικής προϋπόθεσης μιας έγκυρης συναίνεσης αφενός και ως κριτηρίου ερμηνείας της δήλωσης βουλήσεως της συναίνεσης αφετέρου.

Περαιτέρω, η προβληματική εστιάζει στο πρόσωπο του δότη στην *post mortem* μεταμόσχευση και δη στη γενική κατάσταση συμφερόντων που διέπει το ζήτημα της συναίνεσης του δότη ως σχέση του δημοσίου με το ιδιωτικό δίκαιο. Η τριγωνική σχέση συμφερόντων που διέπει την *post mortem* μεταμόσχευση περιλαμβάνει πρώτον τη βούληση του νεκρού, το δημόσιο συμφέρον και την οικογένεια. Ύστερα από μια κριτική προσέγγιση του άρθρου 55 παρ.4 του ν. 4055/2012, που εγείρει αυτή την προβληματική, εξετάζεται το ζήτημα της ερμηνείας της συναίνεσης στην *in vivo* και *post mortem* μεταμόσχευση (ενώπιον του λήπτη, του ιατρού, του ΕΟΜ) κατά τις διατάξεις περί δικαιοπραξιών, καθώς και το ρόλο του νόμου περί προστασίας καταναλωτή στην ερμηνεία. Τέλος, γίνεται ανάπτυξη ορισμένων τελικών προβληματισμών της γράφουσας και *de lege ferenda* ρυθμίσεων σχετικά με τα προρρηθέντα ζητήματα που αναπτύχθηκαν, καθώς και μια φιλοσοφική θεώρηση της βιοηθικής διάστασης που ενέχει η έρευνα.

Θεματική περιοχή: Μεταμοσχεύσεις

Λέξεις κλειδιά: συναίνεση, δωρεά, δότης, λήπτης, ιατρός

## Summary

This work is doing a research in the theoretical issues which already supervene or may supervene in private law of transplants, as well as its interaction with the public law area. The research begins with the constitutional rights which determinate procedure of transplants and basic principles.

Given the fact that they create different legal problems, a distinction is made between in vivo and post mortem transplantation, considering that the donor is alive or not. In the first case, an attempt is made to approach the "informed" consent on organ donation, more precisely the concept of patient's consent in general in relation to the donor's consent in particular. Also, the manner and content of the information is mentioned as a basic condition for a valid consent on the one hand and as a criterion for interpreting the declaration of will of consensus on the other. Furthermore, the problem focuses on the donor's face in post mortem transplantation and, in particular, on the general state of interest governing the issue of donor consent as a relationship between public and private law. The triangular relationship of post mortem transplantation involves first the will of the dead, the public interest and donor's family. Following a critical approach to Article 55 (4) of Law 4055/2012, which raises this issue, research is done in the interpretation of consent on in vivo and post mortem transplantation (in front of the recipient, the doctor, the EOM) in proportion to legal transaction and the role of consumer protection law in interpretation. Finally, some of the final reflections of the writer and *de lege ferenda* on the issues raised have been developed, as well as a philosophical view of the bioethical dimension of research.

Thematic area: Transplants

Keywords: consent, donation, donor, recipient, doctor

## **ΜΕΡΟΣ Ι**

### **Το συνταγματικό πλαίσιο που διέπει το ιδιωτικό δίκαιο των μεταμοσχεύσεων**

|                                                                                       |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. Η αρχή της αξίας του ανθρώπου (άρθρο 2 παρ.1 Σ) .....                              | 11 |
| 2. Η αξία του ανθρώπου και η ανθρώπινη ζωή ως έννομο αγαθό .....                      | 14 |
| 3. Το δικαίωμα αυτοπροσδιορισμού του ανθρώπου (άρθρο 5 παρ. 1 Σ) .....                | 15 |
| 4. Το δικαίωμα στη ζωή, την υγεία και τη σωματική ακεραιότητα (άρθρο 5 παρ. 2 Σ)..... | 15 |
| 5. Ειδικότερα το ατομικό δικαίωμα στην υγεία (άρθρο 5 παρ. 5 Σ) .....                 | 16 |
| 6. Το κοινωνικό δικαίωμα στην υγεία (άρθρο 21 παρ.3 Σ.) .....                         | 17 |
| 7. Η αρχή της αναλογικότητας (άρθρο 25 παρ.1 εδ.γ) .....                              | 19 |
| 8. Η έμμεση τριτενέργεια των συνταγματικών αρχών στο ιδιωτικό δίκαιο .....            | 20 |

## **ΜΕΡΟΣ ΙΙ**

### **Οι γενικές αρχές που διέπουν το δίκαιο των μεταμοσχεύσεων ..... 20**

|                                                                                                             |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. Η αρχή του θεραπευτικού σκοπού .....                                                                     | 21 |
| 2. Η αρχή της ασφαλούς διεξαγωγής της επέμβασης.....                                                        | 23 |
| 3. Η αρχή της απαγόρευσης ανταλλάγματος.....                                                                | 24 |
| 4. Η αρχή της επικουρικότητας σε σχέση με την αφαίρεση από θανόντα δότη και σε σχέση με άλλη θεραπεία ..... | 25 |

## **ΜΕΡΟΣ ΙΙΙ**

### **Η νομική προσέγγιση της “ενημερωμένης” συναίνεσης σε δωρεά οργάνων**

#### **1. Γενικά ζητήματα ως προς το de lege lata καθεστώς της συναίνεσης του δότη**

|                                                                                                                                  |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| α. Η έννοια της συναίνεσης του ασθενούς σε συσχέτιση με τη συναίνεση του δότη.....                                               | 26 |
| β. Πηγές του δικαίου μεταμοσχεύσεων.....                                                                                         | 28 |
| γ. Ο δότης ως επίκεντρο της όλης προβληματικής .....                                                                             | 29 |
| δ. Το πρόσωπο που νομιμοποιείται να είναι δότης στην in vivo μεταμόσχευση .....                                                  | 31 |
| ε. Η γενική κατάσταση συμφερόντων που διέπει το ζήτημα της συναίνεσης του δότη ως σχέση του δημοσίου με το ιδιωτικό δίκαιο ..... | 33 |
| στ. Η σχέση του μοσχεύματος με το δίκαιο των συναλλαγών και του εμπορίου .....                                                   | 35 |

## **2. Η “ενημερωμένη” συναίνεση στην in vivo μεταμόσχευση**

### **α) Η ενημέρωση ως προϋπόθεση της συναίνεσης**

|                                                                            |    |
|----------------------------------------------------------------------------|----|
| αα) Εξουσιαστική φύση και πατερναλιστική θεώρηση της ιατρικής σχέσης ..... | 37 |
| ββ) Γενικά: Η ενημέρωση του ασθενούς .....                                 | 37 |
| γγ) Ειδικά: Η ενημέρωση του δότη .....                                     | 39 |
| ααα) Νομοθετικό πλαίσιο .....                                              | 39 |
| βββ) Ο τύπος της ενημέρωσης .....                                          | 42 |
| γγγ) Έκταση και περιεχόμενο της ενημέρωσης .....                           | 43 |

### **β. Η ύπαρξη της συναίνεσης στην in vivo μεταμόσχευση**

|                                                                                    |    |
|------------------------------------------------------------------------------------|----|
| αα) Γενικά: Νομικός χαρακτηρισμός της συναίνεσης του ασθενούς .....                | 48 |
| ββ) Ειδικά: Νομικός χαρακτηρισμός της συναίνεσης του δότη ενώπιον του ιατρού ..... | 50 |
| γγ) Νομικός χαρακτηρισμός της άτυπης δικαιοπραξίας μεταξύ δότη και λήπτη .....     | 52 |
| δδ) Κύρος της συναίνεσης ενώπιον του ιατρού και του λήπτη .....                    | 53 |

### **γ. Η απουσία της συναίνεσης**

|                                                                       |    |
|-----------------------------------------------------------------------|----|
| αα) Η εξέταση της δυνατότητας υποκατάστασης της συναίνεσης .....      | 55 |
| ββ) Γενικά: Η υποκατάσταση της συναίνεσης του ανηλίκου ασθενούς ..... | 56 |
| γγ) Ειδικά: Η υποκατάσταση της συναίνεσης του ανηλίκου δότη .....     | 57 |

## **3. Η συναίνεση στην post mortem μεταμόσχευση**

|                                                                                                                                   |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| α) Ο νομικός χαρακτηρισμός της δωρεάς οργάνου από νεκρό δότη .....                                                                | 59 |
| β) Ισχύον νομοθετικό πλαίσιο (άρθρο 9 παρ. 2 ν.3984/2011 σε συνάρτηση με την τροποποίηση του άρθρου 55 παρ.4 ν.4075/2012 .....    | 60 |
| γ) Η τριγωνική σχέση συμφερόντων που διέπει την post mortem μεταμόσχευση .....                                                    | 63 |
| αα) Η βούληση του νεκρού: Το μειονέκτημα του συστήματος της ρητής συναίνεσης για την σκοπιμότητα αύξησης των μεταμοσχεύσεων ..... | 63 |
| ββ) Δημόσιο συμφέρον: Το πρόβλημα της “απαλλοτρίωσης” του σώματος του νεκρού .....                                                | 65 |
| γγ) Η οικογένεια: Κριτική προσέγγιση του άρθρου 55 παρ.4 του ν. 4055/2012 .....                                                   | 67 |

## ΜΕΡΟΣ IV:

### **Η προβληματική της ερμηνείας της συναίνεσης στη μεταμόσχευση (ενώπιον του λήπτη, του ιατρού, του EOM) κατά τις διατάξεις περί δικαιοπραξιών**

#### **1. Ο σκοπός της ερμηνείας**

- α. Ο ρόλος της ερμηνευτικής προβληματικής στη συναίνεση του δότη.....70
- β. Ειδικότερα η διαδικασία της ερμηνείας υπό το πρίσμα της κατάστασης συμφερόντων (δότης ενώπιον λήπτη, ιατρού, EOM) .....75
- γ. Η αρχή της ιδιωτικής αυτονομίας στη συναίνεση του δότη.....80

#### **2. Η απλή εξηγητική ερμηνεία**

- α. Η εφαρμογή του άρθρου 173 ΑΚ στη συναίνεση του δότη.....82
- β. Η εφαρμογή του άρθρου 200 στη συναίνεση του δότη .....84
  - αα) Το διπολικό σύστημα της ερμηνείας (ο συνδυασμός του άρθρου 173 με το άρθρο 200 ΑΚ) .....84
  - ββ) Το κινητό σύστημα του Wilburg .....86
    - ααα) Η συγκεκριμενοποίηση της καλής πίστης.....86
    - βββ) Τα συγκεκριμένα .....87
    - γγγ) Καταλογισμός της γνώσης των συγκεκριμένων.....88

#### **3. Η συμπληρωτική ερμηνεία**

- α) Έχει σημασία η ανεύρεση της υποθετικής βούλησης του δότη; .....89
- β. Το κινητό σύστημα του Wilburg στη συμπληρωτική ερμηνεία .....90
- γ. Η ύπαρξη κενού στη δήλωση συναίνεσης που χρήζει ερμηνείας .....91
- δ. Όρια της συμπληρωτικής ερμηνείας .....92

#### **4. Η διαπλαστική ερμηνεία: Η προσφυγή σε κανόνες ενδοτικού δικαίου .....93**

#### **5. Η ιδιοτυπία ερμηνείας της συναίνεσης ενώπιον του ιατρού που παρέχει υπηρεσίες και της σύμβασης προσχωρήσεως με την κλινική ή το δημόσιο νοσοκομείο κατά τον ν.**

|                                                               |           |
|---------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>2251/1994.....</b>                                         | <b>93</b> |
| α) Θεμελίωση υπό το πρίσμα της ανισότητας των μερών .....     | 94        |
| β)Στάδια της ερμηνείας .....                                  | 99        |
| γ) Οι γενικά αναγνωρισμένοι ερμηνευτικοί κανόνες των ΓΟΣ..... | 99        |

## **ΜΕΡΟΣ V.**

### **Προβληματισμοί και de lege ferenda ρυθμίσεις σχετικά με το ιδιωτικό δίκαιο των μεταμοσχεύσεων**

|                                                                                                         |            |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>1. Η νεωτεριστική ρύθμιση της έννοιας του συναισθηματικού δότη στο άρθρο 8 του ν.3984/2011 .....</b> | <b>102</b> |
| <b>2. De lege ferenda τοποθέτηση του μελλοθάνατου ως προς τη δωρεά των οργάνων του .....</b>            | <b>104</b> |
| <b>3.Ο τροποποιημένος ν.3984/2011 σε συσχέτισμό με τον ν. 2737/1999. Μια προτεινόμενη λύση .....</b>    | <b>106</b> |
| α) Σύστημα της τεκμαιρόμενης “πεφωτισμένης” συναίνεσης .....                                            | 107        |
| β) Η θεμελίωση της μεταθανάτιας προστασίας της προσωπικότητας στο ιδιωτικό δίκαιο .....                 | 112        |
| γ) Ο περιορισμός της παροχής δήλωσης βουλήσεως από την οικογένεια .....                                 | 116        |
| δ)Ενιαία νομοθετική ρύθμιση του ρόλου των συγγενών σε θέματα επεμβάσεων .....                           | 119        |
| <b>4. Η βιοηθική διάσταση (ηθική, φιλοσοφική και θρησκευτική θεώρηση) της μεταμόσχευσης.....</b>        | <b>119</b> |
| <b>Συμπεράσματα .....</b>                                                                               | <b>124</b> |
| <b>ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ- ΑΡΘΡΟΓΡΑΦΙΑ .....</b>                                                                  | <b>126</b> |

## Εισαγωγή

Το ζήτημα της μεταμόσχευσης<sup>1</sup>, δηλαδή της δωρεάς οργάνου από έναν άνθρωπο σε άλλον, γέννησε προβλήματα ιατρικής δεοντολογίας και ηθικής μέχρι πρότινος άγνωστα. Για περισσότερο από 2.000 χρόνια οι γιατροί κατέφευγαν στην Ιπποκρατική ηθική για κατευθύνσεις σχετικές με τα κλινικά και ηθικά προβλήματα.<sup>2</sup> Σύμφωνα με αυτήν τα πράγματα είναι απλά: ο ιατρός οφείλει να κάνει το μέγιστο προς όφελος και ποτέ σε βάρος του ασθενούς του, σύμφωνα με την ικανότητα και την κρίση του. Η μεταμόσχευση όμως καθιστά σαφές ότι ο ατομοκεντρικός χαρακτήρας της Ιπποκρατικής ηθικής δεν είναι αρκετός αφού για πρώτη φορά στην ιατρική επιστήμη η ζωή ενός ανθρώπου εξαρτάται απευθείας από το θάνατο ή τη βούληση για προσφορά ενός άλλου. Ο “μονιστικός” χαρακτήρας της Ιπποκρατικής ηθικής δεν επαρκεί για να καλύψει τα νέα δεδομένα της τριγωνικής σχέσης δότη-ιατρού-λήπτη. Η υγεία δύο ανθρώπων βρίσκεται σε αλληλοσυσχέτιση και από αυτή την αφετηρία ξεκινά η ιδιοτυπία του όλου ζητήματος.

Η πολυπλοκότητα επεκτείνεται και σε άλλα σημεία: Η οξύαιχμη, φιλοσοφικά και νομικά ερειζόμενη ιατρική πράξη της μεταμόσχευσης υπερβαίνει τη στενά εννοούμενη τεχνικονομική διάσταση της δικαιοπραξίας του αστικού δικαίου. Αντιθέτως, εμπλέκεται με ένα συνονθύλευμα ηθικών και κοινωνικών αξιών και κυρίως συνταγματικών δικαιωμάτων. Η ιδιαίτερη φύση της πολιτικής των μεταμοσχεύσεων που κινείται στις σφαίρες της βιοηθικής εκθέτει στην επιφάνεια διλήμματα και κατά συνέπεια αμφιταλαντεύσεις στις λύσεις που πρέπει να δώσει η νομική επιστήμη οι οποίες δεν μπορεί να είναι επακριβώς ίδιες με αυτές επί δικαιοπραξιών.

Η ιδιαιτερότητα αυτή, επειδή ο νομοθέτης δεν έχει αποφανθεί με ειδική πρόβλεψη, επηρεάζει το ζήτημα του νομικού χαρακτηρισμού της “ενημερωμένης” συναίνεσης του εν ευρεία εννοία ασθενούς<sup>3</sup>, ακριβέστερα του αποδέκτη των ιατρικών υπηρεσιών όπως είναι ο δότης, όταν απευθύνεται στον ιατρό, τον λήπτη και τον ΕΟΜ, καθώς και το ζήτημα της δυνατότητας υποκατάστασής της από άλλα πρόσωπα.

Επίσης, η ανίχνευση του κανονιστικού νοήματος της συναίνεσης μέσω της ερμηνείας είναι

---

<sup>1</sup>Μεταμόσχευση είναι η με χειρουργική επέμβαση αφαίρεση τμήματος ανθρώπινου ιστού ή ολόκληρου οργάνου από τη φυσική θέση του στο σώμα ζωντανού ή πεθαμένου ανθρώπου και η τοποθέτησή του σε άλλο σημείο του ίδιου ανθρώπου ή στο αντίστοιχο σημείο του σώματος άλλου ανθρώπου (ομόλογη και ετερόλογη μεταμόσχευση αντίστοιχα).

<sup>2</sup> Τακούδας Δ. Τ, Μεταμοσχεύσεις Οργάνων: Από το μύθο στην πραγματικότητα, Μεταμοσχεύσεις, σε Δημοσιεύματα Ιατρικού Δικαίου και Βιοηθικής, Διεύθυνση: Καϊάφα Γκμπάντι Μ, Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Ε, Συμεωνίδου Καντανίδου Ε, 2008, σελ.6

<sup>3</sup>Η λέξη ασθενής κατά την ετυμολογία του όρου, αποτελείται από α στερητικό και τη λέξη σθένος. Προφανώς ο δότης, ως υγιής άνθρωπος δεν εντάσσεται κατ' ακριβολογία στην παραδοσιακή αυτή έννοια, αλλά μπορεί να ενταχθεί στα πλαίσια της μη στατικότητας της γλώσσας, που εξελίσσεται ανεξαρτήτως της αρχικής ετυμολογίας των λέξεων.

ιδιαιτέρως σημαντική, αν λάβουμε ως δεδομένο τις συνταγματικές αξίες που αλληλοσυμπλέκονται, τις αρχές του κοινού νομοθέτη που επίσης βρίσκονται σε διαλεκτική σχέση αλληλοσυμπλήρωσης και το γεγονός ότι η συναίνεση του δότη σε αντιδιαστολή με μια απλή δικαιοπραξία του αστικού δικαίου πρέπει να είναι ηθελημένη ύστερα από ενημέρωση από τον ιατρό. Η εν λόγω ενημέρωση προϋποθέτει επικοινωνία και αλληλεπίδραση μεταξύ τουλάχιστον δύο ατόμων που μέσω της ερμηνείας μπορεί να διαλευκανθεί σε περιπτώσεις παρανοήσεων, κενών και αμφιβολιών. Ακόμη κι αν αποφανθεί κανείς ότι η συναίνεση είναι άκυρη λόγω αντίθεσης στα χρηστά ήθη ή για άλλους λόγους, μπορεί να υποστηριχθεί πως για να καταλήξει σε αυτό το συμπέρασμα πρέπει να διέλθει πρώτα ως ένα βαθμό από το στάδιο της ερμηνείας. Δηλαδή σε ορισμένες περιπτώσεις η ερμηνεία μπορεί να προηγηθεί του κύρους και να καθορίζει την ύπαρξη ή την ανυπαρξία του.

Οι σύγχρονες εξελίξεις στις μεταμοσχεύσεις, παρόλο που είναι πολλά υποσχόμενες, έρχονται αντιμέτωπες με πολύπλοκες και αντιτιθέμενες μεταξύ τους παραμέτρους και συμφέροντα, όπως την προστασία των δικαιωμάτων του δότη και του λήπτη, των συγγενών του δότη, του κοινωνικού συνόλου. Ερωτήματα συνωθούνται στο ζήτημα των μεταμοσχεύσεων λόγω της συσχέτισής τους με βαθιά ριζωμένες αντιλήψεις, ηθικοφιλοσοφικές και θρησκευτικές, για οριακά ζητήματα της ανθρώπινης ύπαρξης. Αυτό πολλές φορές δεν ευνοεί την αποδοχή μιας τεκμηριωμένης επιστημονικής θέσης και της δικαιοπολιτικής ορθότητας των επιλογών του νομοθέτη. Ας μην παροράται ωστόσο, παρά τη δυσχέρεια να βρεθούν κοινώς αποδεκτές λύσεις, ότι φαντάζει ιδιαίτερα συναρπαστικό το ότι η νομική επιστήμη επικοινωνεί τόσο βαθιά με την ιατρική, τη φιλοσοφία, την κοινωνιολογία, τη θεολογία.

Η παρούσα εργασία επικεντρώνεται στα ζητήματα που διέπουν τον δότη και τη συναίνεσή του στη δωρεά οργάνου ενώπιον του ιατρού, του λήπτη και του ΕΟΜ, στο νομικό χαρακτηρισμό της συναίνεσης, αν δηλαδή στην κάθε περίπτωση της αποδίδεται δικαιοπρακτικός χαρακτήρας ή όχι, στην εγκυρότητά της και, εφόσον έχει χαρακτηριστικά δικαιοπραξίας, στην ερμηνεία της ως προϋπόθεση για να αποσαφηνιστεί κάθε ευθύνη των υποκειμένων που εμπλέκονται σε αυτήν. Περαιτέρω, σε κάθε στάδιο, ερευνώνται οι κανόνες αναγκαστικού δικαίου που διέπουν τη συναίνεση του δότη. Τέλος, η όλη προβληματική γίνεται υπό το πρίσμα των δικαιωμάτων ή συμφερόντων που φαίνεται να συγκρούονται σε συνταγματικό επίπεδο αλλά και σε επίπεδο προβληματισμών βιοηθικής σε αλληλεπίδραση με το αστικό δίκαιο.

## ΜΕΡΟΣ Ι

### Το συνταγματικό πλαίσιο που διέπει το ιδιωτικό δίκαιο των μεταμοσχεύσεων

#### 1. Η αρχή της αξίας του ανθρώπου (άρθρο 2 παρ.1 Σ)

Κατά το άρθρο 2 παρ.1 η πολιτεία έχει πρωταρχική υποχρέωση να σέβεται και να προστατεύει την αξία του ανθρώπου. Η αξία του ανθρώπου είναι η βάση για τον κοινωνικό του ρόλο ως αυτοσκοπού και στην απόκλιση του ενδεχομένου να υποβιβαστεί σε αντικείμενο ή αναλώσιμο εργαλείο των κρατικών μηχανισμών. Συνίσταται στο ότι ο άνθρωπος "ως ον πνευματικό και ηθικό αποβλέπει εκ φύσεως στο να καθορίζει τον εαυτό του εν αυτοσυνειδησία και εν ελευθερία, να τον διαμορφώνει και να ενεργεί επί του περιβάλλοντος".<sup>4</sup> Επομένως στον πυρήνα της έννοιας της ανθρώπινης αξίας εντάσσεται και ο σωματικός αυτοπροσδιορισμός του γιατί σε αντίθεση με τα ζώα είναι ένα ον που εκτός από το ένστικτο λειτουργεί με την εγγενή συνειδητή βούληση και την έλλογη σκέψη. Το πρόσωπο αυτοκαθορίζεται γιατί είναι έλλογο και συνειδητό όν, ηθική και κοινωνικοπολιτική οντότητα.

Η συνταγματική προστασία της αξίας του ανθρώπου θωρακίζει το status του φυσικού προσώπου ως υποκείμενο δικαίου, ως φορέα δηλαδή δικαιωμάτων και υποχρεώσεων, το οποίο αναγνωρίζεται από το άρθρο 34 ΑΚ και δεν μπορεί να αφαιρεθεί από τον άνθρωπο πριν από το θάνατό του.<sup>5</sup> Όπως χαρακτηριστικά αναφέρει ο Α.Μανιτάκης<sup>6</sup>, "ως πρόσωπα, όλοι ο άνθρωποι έχουν, χωρίς εξαίρεση και χωρίς διάκριση, με τη γέννησή τους δικαιοκτητική ικανότητα και είναι φορείς ελευθερίας, αφηρημένης, δηλαδή ικανότητας ή δυνατότητας αυτοκαθορισμού και συνειδητής απόφασης".

Στο χώρο του ιδιωτικού δικαίου ο Κ. Σούρλας<sup>7</sup>, αναφερόμενος στην προσωπικότητα ως αυτοτελές αντικείμενο προστασίας από τα άρθρα 57-60 ΑΚ, συμπεραίνει ότι "η προσωπικότητα υπό την τελευταίαν έννοιαν δεν απετέλεσε πάντοτε αντικείμενον ιδιαιτέρας αναγνωρίσεως του δικαίου. Η αναγνώρισις προϋπέθετεν αν μη αναγωγήν του ανθρώπου εις σκοπόν καθ' εαυτόν, τουλάχιστον επαρκή χειραφέτησιν αυτού από της κοινωνικής ομάδος, προς ην ήτο προσκεκολλημένος και ήτις επί πολύν χρόνον τον απερρόφα είτε ως οικογένεια, είτε ως φυλή είτε ως άστυ. Εις την σχολήν του φυσικού δικαίου ανήκει η τιμή, ότι έδωκεν εις τον άνθρωπον την θέσιν ελεύθερου και λογικού όντος". Από τη διατύπωση αυτή ανακύπτει μια ενδιαφέρουσα παράμετρος που θα μας απασχολήσει στη δήλωση βουλήσεως στην post mortem μεταμόσχευση:

<sup>4</sup>Παπαδοπούλου Α. και Παντελής Α., Ζητήματα Συνταγματικών Επιφυλάξεων, 1984, σελ. 262

<sup>5</sup>Τασόπουλος Γ.Α., Δημοσιεύματα Συνταγματικού Δικαίου, Το ηθικοπολιτικό θεμέλιο του Συντάγματος, 2001, σελ. 204 επ.

<sup>6</sup>Τασόπουλος Γ.Α., ο.π.

<sup>7</sup>Τασόπουλος Γ. Α., ο.π.

Ο άνθρωπος είναι αυτοτελές σημείο αναφοράς ανεξάρτητα από την οικογένεια, τη φυλή, την πόλη όπου ανήκει. Κανένα κοινωνικό μόρφωμα δεν τον απορροφά. Επομένως, ο άνθρωπος είναι αυτόνομο ον και όχι προέκταση της οικογένειάς του.

Υποστηρίζεται ότι το άρθρο 2 παρ. 1 Σ αποτελεί απλώς μια κατευθυντήρια γραμμή αλλά ορθότερο φαίνεται να αποδίδεται άμεση νομική ισχύ στη διάταξη λόγω της σημαντικότητάς της. Η αρχή αυτή είναι η μόνη συνταγματική αρχή που δεν επιδέχεται περιορισμούς, γι' αυτό και “επιβιώνει” μετά το θάνατο του ατόμου. Η ανθρώπινη αξιοπρέπεια δεν είναι κατά την ορθότερη άποψη έννομο αγαθό, ωστόσο η βαρύτητά της στο ιατρικό δίκαιο είναι αδιαμφισβήτητη. Η ελληνική νομική θεωρία<sup>8</sup> και η γερμανική νομολογία προσέδωσε καθοριστικό ρόλο στον παράγοντα ανθρώπινη αξιοπρέπεια σε ζητήματα βιοηθικής όπως η ευθανασία και η υποβοηθούμενη αναπαραγωγή. Υποστηρίζεται πως η αρχή της ανθρώπινης αξιοπρέπειας παράγει συνέπειες τόσο πριν τη γέννηση του ανθρώπου (προενέργεια) όσο και μετά (μετενέργεια) όπως στην περίπτωση των μεταμοσχεύσεων.<sup>9</sup>

Στην εννοιολογική προσέγγιση της αξίας του ανθρώπου διακρίνονται τα στοιχεία του αυτοκαθορισμού: η βούληση και ο λόγος. Η βούληση συνδέει την πράξη με ένα πρόσωπο ως φορέα και δημιουργό της, ως ενεργό υποκείμενο δράσης. Ο λόγος συνδέεται με τα “αίτια” της πράξης, με τον σκοπό και το νόημά της, με την αξιολόγησή της ως αυθαίρετης, δικαιολογημένης, πεπλανημένης, εσφαλμένης, δικαιολογημένης, ορθής, εύλογης κτλ. Το πρόσωπο ενεργεί με βάση συγκεκριμένους λόγους που υποκινούν τη βούλησή του.<sup>10</sup>

Η αξία του ανθρώπου δεν είναι μονοσήμαντη και δεν απορρέει μονομερώς ούτε από την βούληση ούτε από τον λόγο. Τα στοιχεία του αυτοκαθορισμού θεωρούνται ισοδύναμα και ισόρροπα και η ανθρώπινη αξία ενυπάρχει στην ανοιχτή τροπή μεταξύ βούλησης και λόγου. Το άρθρο 2 παρ. 1 του Συντάγματος δεν προκαταλαμβάνει την κατάληξη που θα έχει η σχέση μεταξύ βούλησης και λόγου, αλλά αναγνωρίζει και προστατεύει το πεδίο συνειδησιακής ελευθερίας και ευθύνης του προσώπου, τον χώρο της ηθικοπολιτικής έντασης και δοκιμασίας μεταξύ της βούλησης και του λόγου<sup>11</sup>.

Με το ζήτημα αυτό συνδέεται και το συναφές άρθρο 5 παρ.1 το οποίο προστατεύει την απρόσκοπτη, ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας, αρκεί να μην προσβάλλονται τα δικαιώματα των άλλων το Σύνταγμα και τα χρηστά ήθη. Το δικαίωμα αυτό είναι ατομικό με αμυντικό χαρακτήρα και διασφαλίζει στο άτομο μια ιδιωτική σφαίρα αυτόνομης ανάπτυξης προσωπικότητας στην οποία ούτε το κράτος ούτε ο ιδιώτης, κατά την τριτενεργή δράση των

<sup>8</sup> Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε., Εγκλήματα κατά της ζωής, 2001, σελ. 143-144

<sup>9</sup> Ψαρούλης Δ. και Βούλτσιος Π., Ιατρικό Δίκαιο, Στοιχεία Βιοηθικής, 2010, σελ. 414 παρ.54

<sup>10</sup> Στο αστικό δίκαιο χρησιμοποιούνται οι όροι βούληση και δήλωση (που αντιστοιχεί στον “λόγο” του συνταγματικού δικαίου), έννοιες που κατευθύνουν τη διαπίστωση του κύρους και την ερμηνεία των δικαιοπραξιών (αν η δήλωση δεν αντιστοιχεί στη βούληση, αν η δήλωση πρέπει να ισχύει ανεξάρτητα από την αληθινή βούληση).

<sup>11</sup> Τασόπουλος Γ.Α, ο.π., σελ. 207

συνταγματικών δικαιωμάτων, δεν επιτρέπεται κατ' αρχήν να εισέλθει. Δηλαδή διασφαλίζει την ακεραιότητα μιας σφαίρας που το άτομο αυτοπροσδιορίζει κατά βούληση.<sup>12</sup>

Ωστόσο, σε αντίθεση με το δικαίωμα του άρθρου 5 παρ.1 Σ, η ανθρώπινη αξιοπρέπεια είναι το μόνο συνταγματικό δικαίωμα που προστατεύεται απεριόριστα, είναι απόλυτο και ανεπιφύλακτο και εξαιρείται του πεδίου εφαρμογής του άρθρου 25 παρ.1 δ' Σ. Η αρχή αυτή θωρακίζει από την πιθανότητα ετεροπροσδιορισμού του δότη και της αντικατάστασης της βούλησής του από αντικειμενικές αλλά ξένες προς τον ίδιο σταθμίσεις και τριτενεργεί μέσω των γενικών ρητρών του ΑΚ ιδίως των άρθρων 200, 281, 288<sup>13</sup> στην περίπτωση των εννόμων σχέσεων που διέπουν τις μεταμοσχεύσεις.

Περαιτέρω, η αξία του ανθρώπου μπορεί να θίγεται χωρίς συγχρόνως να προσβάλλεται το δικαίωμα στην ανάπτυξη της προσωπικότητας, μάλιστα χωρίς να προσβάλλεται κανένα από τα ειδικότερα ατομικά δικαιώματα που προβλέπονται στο Σύνταγμα. Αυτό συμβαίνει στην περίπτωση της εκούσιας διάθεσης ανθρωπίνων ιστών και οργάνων με σκοπό τη μεταμόσχευση και σε άλλα ζητήματα βιοηθικής, όπως η παρένθετη μητρότητα και η συναίνεση στις βιοϊατρικές παρεμβάσεις.<sup>14</sup>

Από την αρχή αυτή και από τη συσχέτιση με το άρθρο 5 παρ. 1 Σ, μπορεί να συνάγει κανείς την εξής ενδιαφέρουσα διαπίστωση: Ας υποθέσουμε πως ένας άνθρωπος ή βρίσκεται σε κωματώδη κατάσταση (φυτό) με λειτουργία του εγκεφαλικού στελέχους του χωρίς να είναι εγκεφαλικά νεκρός. Υπό το ισχύον opt out καθεστώς του ισχύοντος ν. 3984/2011, δεν έχει εκφράσει αντίρρηση επί αφαίρεσης οργάνων, άρα η σιωπή του έχει ως συνέπεια ότι αν πεθάνει μπορεί να γίνει μεταμόσχευση. Η τελική απόφαση εναπόκειται στους συγγενείς και αν αυτοί δώσουν συναίνεση και έχει επέλθει ο θάνατος, μπορεί να γίνει αφαίρεση νομίμως, κατά το opt in σύστημα της συναίνεσης των συγγενών του κατά την τροποποίηση του άρθρου 55 του ν.4075/2012. Όμως, ακόμη κι αν οι συγγενείς το θέλουν, ακόμη κι αν ο ασθενής το ήθελε όσο είχε τις αισθήσεις του, ακόμη κι αν άλλοι χρειάζονται επείγοντως μόσχευμα, δεν μπορεί να γίνει αφαίρεση ακόμη κι αν ο ασθενής σε κόμμα-υποψήφιος δότης δεν έχει καμία ελπίδα στη ζωή. Η αξία του ανθρώπου είναι αυτή που θα επικρατήσει χωρίς να γίνει σταθμιστεί πόσο αξίζει η ζωή του, γιατί δεν χωρεί κανένα κριτήριο και κανένα “ζύγισμα”, αν είναι υγιής, άρρωστος ή ετοιμοθάνατος, αν το ήθελε ή όχι. Αντίστοιχα και όταν κάποιος εν ζωή που πάσχει από ανίατη ή τελευταίου σταδίου ασθένεια, επιθυμεί να δωρήσει ζωτικά όργανα σε κάποιον άλλον συγγενή ή προσφιλές πρόσωπο γιατί ο ίδιος δεν θα έχει ελπίδα να ζήσει για πολύ, δεν δύναται να

<sup>12</sup>Κριάρη-Κατράνη Ι., Βιοϊατρικές Εξελίξεις και Συνταγματικό Δίκαιο, 1994, σελ.68 και Σακελλαροπούλου Ε., Η ποινική αντιμετώπιση του ιατρικού σφάλματος και η συναίνεση του ασθενούς στην ιατρική πράξη, 2011, σελ.28

<sup>13</sup>Παπανικολάου Π, Μεθοδολογία του Ιδιωτικού Δικαίου και Ερμηνεία των δικαιοπραξιών, 2000, σελ 188, κατά τον οποίο αναγνωρίζεται ότι οι συνταγματικής τάξεως αρχές συγκροτούν τελεολογικό-αξιολογικό σύστημα που εκπέμπει ακτινοβολία σε όλο το κοινό δίκαιο, επομένως και στο πεδίο του ιδιωτικού δικαίου.

<sup>14</sup>Δαγτόγλου Π. Δ., Ατομικά Δικαιώματα, 2010, 1451

υπερκεράσει τους αναγκαστικού δικαίου κανόνες που διέπουν το δίκαιο των μεταμοσχεύσεων. Η προστασία της προσωπικότητας, η ελευθερία βουλήσεως του άρθρου 5 παρ. 1 υποχωρεί κατά την πρόβλεψη του άρθρου 25 παρ. 1 δ' Σ έναντι του άρθρου 2.1 Σ που δεν επιδέχεται περιορισμούς. Ο περιορισμός του άρθρου 5 παρ. 1, κατά τη διάταξη του άρθρου 25 παρ. 1 δ' Σ γίνεται απευθείας από το ίδιο το Σύνταγμα.

## **2. Η αξία του ανθρώπου και η ανθρώπινη ζωή ως έννομο αγαθό**

Η απολυτότητα της προστασίας της ανθρώπινης ζωής ως εννόμου αγαθού<sup>15</sup> έγκειται στην μη προσβολή της γιατί δεν υπάρχει ζωή χωρίς αξία και γιατί η αξία της ζωής δεν εξαρτάται από την αξία που αποδίδει ο ίδιος ο άνθρωπος στη ζωή του ή από την εκτίμηση του κοινωνικού συνόλου γι' αυτήν.

Είναι όμως η ανθρώπινη ζωή υπέρτατος σκοπός που δικαιολογεί το οποιοδήποτε τίμημα; Η απάντηση είναι αρνητική, και πάλι μέσω του άρθρου 2 παρ.1, γιατί δεν πρόκειται για έννομο αγαθό που για την προστασία του μπορεί να δικαιολογηθεί το οτιδήποτε. Ζήτημα σχετικοποίησης της προστασίας της ανθρώπινης ζωής αναφύεται στην σχέση της ζωής του X με προσωποπαγή αγαθά του Ψ όταν η προάσπισή της ζωής του X θίγει το δικαίωμα αυτοπροσδιορισμού και την αξιοπρέπεια του ατόμου<sup>16</sup>(Ψ). Το παράδειγμα που μνημονεύεται συνήθως για την ανάπτυξη της σχετικής προβληματικής αφορά την αιμοδοσία. Είναι εκείνο του ιατρού, ο οποίος με τη βία παίρνει αίμα από ανυποψίαστο διαβάτη προκειμένου να σώσει τη ζωή ενός τραυματία που δεν μπορούσε να σωθεί διαφορετικά. Αντίστοιχα, δεν μπορεί να αφαιρέσει ένα όργανο από έναν άνθρωπο που δεν το επιθυμεί για να σώσει τη ζωή κάποιου άλλου; Αν δεχόμασταν ότι η ανθρώπινη ζωή είναι απολύτως προστατευόμενο έννομο αγαθό, θα έπρεπε να καταλήξουμε στο συμπέρασμα ότι οποιαδήποτε προσβολή της υγείας, της σωματικής ακεραιότητας ή της ελευθερίας άλλου, προκειμένου να σωθεί η ζωή, θεωρείται δικαιολογημένη. Επιχείρημα προς αυτή την παραπλανητική, εσφαλμένη κατεύθυνση προσφέρει και το άρθρο 25 ΠΚ (άρση του αδίκου λόγω κατάστασης ανάγκης), εφόσον μπορεί να πει κανείς ότι υπάρχει στη συγκεκριμένη περίπτωση άμεσος και διαφορετικά αναπότρεπτος κίνδυνος που απειλεί ένα έννομο αγαθό σημαντικά υπέρτερο στην αφηρημένη του όψη από εκείνο το οποίο θίγεται.

Τα πράγματα όμως δεν είναι έτσι όπως προκύπτουν με την ανωτέρω απλοποιημένη, επιδερμική προσέγγιση. Ακόμα και ο ύψιστος σκοπός δεν μπορεί να αγιάσει τα μέσα. Η υποχρέωση

---

<sup>15</sup>Ως προς τη σύνδεση των εννόμων αγαθών με τις συνταγματικές αξίες: Ο Σπινέλλης υποστηρίζει πως τα έννομα αγαθά τα οποία προστατεύονται από τις διατάξεις του ποινικού δικαίου αποτελούν λειτουργικές ενότητες που συνδέουν ορισμένες καταστάσεις με τον άνθρωπο ή την ανθρώπινη κοινότητα και ανταποκρίνονται σε αξίες, οι οποίες άμεσα ή έμμεσα σχετίζονται με τις βασικές συνταγματικές αξίες. Σπινέλλης Δ., Το έννομο αγαθόν και η σημασία του εις την σύγχρονον διδασκαλίαν του ποινικού δικαίου, ΠοινΧρον, 1971, σελ. 721 επ.

<sup>16</sup>Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε., Εγκλήματα κατά της ζωής, 2001, σελ 143-144

σεβασμού της αξιοπρέπειας που κατοχυρώνεται συνταγματικά, αποκλείει τη δικαιολόγηση της χρήσης του ατόμου ως απλού αντικειμένου, ως μέσου για την επίτευξη οποιουδήποτε σκοπού και η υγεία δεν μπορεί να θεωρηθεί σημαντικά κατώτερο αγαθό από την υγεία σε επίπεδο ποινικού δικαίου. Για το λόγο αυτό δεν μπορεί να θεωρείται δικαιολογημένη μια επέμβαση που υποβιβάζει τον άνθρωπο σε “απλή κονσέρβα αίματος ή αποθήκη συντήρησης οργάνων” έστω κι αν διενεργείται με σκοπό να σωθεί μια ανθρώπινη ζωή. Συμπερασματικά, αυτό που έχει πρακτική σημασία στο δίκαιο των μεταμοσχεύσεων είναι ότι η συνταγματικά κατοχυρωμένη αξίωση για σεβασμό της ανθρώπινης αξιοπρέπειας του ενός δεν περιορίζεται για την προστασία της ζωής του άλλου<sup>17</sup>.

### **3. Το δικαίωμα αυτοπροσδιορισμού του ανθρώπου (άρθρο 5 παρ. 1 Σ)**

Στο σύστημα της αρχής της νομιμότητας και του κράτους δικαίου ο άνθρωπος διατηρεί το θεμελιώδες δικαίωμα να αυτοπροσδιορίζεται οριοθετώντας μεταξύ άλλων τα όρια επεμβάσεων στο σώμα του (άρθρο 5 παρ.1Σ).<sup>18</sup> Αυτό αφορά τη διενέργεια γενικότερων ιατρικών πράξεων μεταξύ των οποίων και την αφαίρεση οργάνων και μάλιστα περιλαμβάνει το πλήρες περιεχόμενο της διαδικασίας (τόπος, τρόπος, χρόνος).

Το δικαίωμα του άρθρου 5 παρ.1 τελεί υπό τριπλό περιορισμό από τον ίδιο τον συνταγματικό νομοθέτη: Αυτός που το ασκεί δεν πρέπει "να προσβάλλει τα δικαιώματα των άλλων και δεν παραβιάζει το Σύνταγμα και τα χρηστά ήθη". Οι περιορισμοί αυτοί που υιοθετήθηκαν κατά μεγάλη προσέγγιση από το γερμανικό Σύνταγμα δικαιολογούν την επιφύλαξη στο δικαίωμα αυτονομίας του δότη όταν ματαιώνει ή περικόπτει ατομικά δικαιώματα του λήπτη ή ενέχει ανηθικότητα (πρόθεση ανταλλάγματος έναντι της δωρεάς). Άλλα παραδείγματα περιορισμού του δικαιώματος αυτού επί μεταμοσχεύσεων αναλύθηκαν ανωτέρω, στο ζήτημα της προστασίας της αξίας του ανθρώπου.

### **4. Το δικαίωμα στη ζωή, την υγεία και τη σωματική ακεραιότητα (άρθρο 5 παρ. 2 Σ)**

Σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ.2 εδ.α Σ “Όλοι όσοι βρίσκονται στην ελληνική επικράτεια απολαμβάνουν την απόλυτη προστασία της ζωής, της τιμής και της ελευθερίας τους, χωρίς διάκριση εθνικότητας, φυλής, γλώσσας και θρησκευτικών ή πολιτικών πεποιθήσεων”. Το δικαίωμα στη σωματική ακεραιότητα δεν κατοχυρώνεται ρητά στο ελληνικό Σύνταγμα, πλην της

<sup>17</sup> Με την αναγωγή των αγαθών σε έννομα το κράτος προσδιορίζει κατά λογική αναγκαιότητα τα όρια της προστασίας τους. Η ζωή ως έννομο αγαθό δεν πρέπει να συγχέεται με το φυσικό δικαίωμα κάθε προσώπου στη ζωή του. Βλ. *Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε.*, ο.π., σελ. 143 επ.

<sup>18</sup> *Παπαδοπούλου Α.*, Προγενέστερες Οδηγίες για το Τέλος της Ζωής, Βιοηθική και Συνταγματική Αξιολόγηση, σε *Βιοηθικοί Προβληματισμοί*, 2014, σελ.235 επ.

ειδικότερης μορφής της απαγόρευσης των βασανιστηρίων στο άρθρο 7 παρ.2 Σ, στην οποία αντιστοιχεί δικαίωμα σωματικής και ψυχικής ακεραιότητας του προσώπου.<sup>19</sup> Κατά κανόνα κάθε ιατρική πράξη αποτελεί επέμβαση στη σωματική ακεραιότητα του ατόμου, όμως όλα τα συνταγματικά δικαιώματα με εξαίρεση την ανθρώπινη αξιοπρέπεια του άρθρου 2 παρ 1.Σ υπόκεινται σε περιορισμό όπως προειπώθηκε μέσω της αρχής της αναλογικότητας. Εν προκειμένω το δικαίωμα αυτό σε αντιδιαστολή με το άρθρο 21 παρ. 3 που αφορά τον λήπτη είναι ατομικό και αξιώνει παράλειψη, ακριβέστερα αποχή από επεμβατική ενέργεια, και αφορά τον δότη.

### **5. Ειδικότερα το ατομικό δικαίωμα στην υγεία (άρθρο 5 παρ. 5 Σ)**

Το δικαίωμα για προστασία της υγείας διέπεται από ένα θετικό πρόσημο, ώστε δηλαδή η πολιτεία να προβαίνει σε θετικές ενέργειες και αναγκαία μέτρα προάσπισης της υγείας (status positivus), αλλά και υπό ένα αρνητικό (status negativus), δηλαδή να αποφεύγεται κάθε δραστηριότητα δυνάμενη να υπονομεύσει την υγεία και τέλος υπό ένα εξισωτικό περιεχόμενο, η υγειονομική προστασία να διασφαλίζεται αδιακρίτως.

Το αρνητικό πρόσημο έγκειται στην αμυντική φύση των ατομικών δικαιωμάτων, που απαγορεύουν την προσβολή στα προστατευόμενα αγαθά τους και σε διάσπαρτες διατάξεις της κοινής νομοθεσίας με τυπική ισχύ. Το ατομικό αυτό δικαίωμα αποκτά σημαίνοντα ρόλο στο εκούσιο της επέμβασης του δότη και στις ποινικές διατάξεις για σωματικές βλάβες που προκαλούνται από ιατρικά λάθη. Κατά τον Δαγτόγλου “έγκειται στην απαγόρευση κάθε σωματικής κάκωσης που μπορεί να προκληθεί με κάθε αναγκαστική ή άλλη χωρίς τη συναίνεση του θιγομένου ιατρική επέμβαση, καθώς και κάθε άλλη βίαιη επέμβαση στη σωματική ακεραιότητα και λειτουργία του ανθρώπου. Τέτοια είναι και η αναγκαστική ή άλλη χωρίς τη συναίνεση του θιγομένου αφαίρεση προς μεταμόσχευση ιστών και οργάνων ή στείρωση ή ο αναγκαστικός ευνουχισμός, αλλά και κάθε σοβαρή προσβολή της γενετήσιας αξιοπρέπειας”.<sup>20</sup>

Στη μεταμόσχευση ένα χαρακτηριστικό παράδειγμα είναι οι θεμελιώδεις αρχές του δικαίου των μεταμοσχεύσεων που αναλύονται κατωτέρω και αποσκοπούν στην προστασία της υγείας του δότη από αυθαίρετες αφαιρετικές επεμβάσεις, όπως ο επικουρικός ρόλος της μεταμόσχευσης εν ζωή, η μεταμόσχευση από ζώντα δότη ως *ultimum refugium* ελλείψει άλλης θεραπείας κτλ.

Η ίδια διάταξη που καθιερώνει το ατομικό δικαίωμα στην υγεία, δηλαδή το άρθρο 5 παρ.5 Σ συγκεκριμενοποιεί περιπτωσιολογικά την αρνητική φύση του δικαιώματος για προστασία της υγείας, διότι υποδεικνύει ρητώς και ευθαρσώς στον κοινό νομοθέτη να καθορίσει τα σχετικά με την προστασία κάθε προσώπου έναντι των βιοϊατρικών επεμβάσεων. Η πρόβλεψη καταλείπει

---

<sup>19</sup> Παπαδοπούλου Α., ο.π., παρομοίως και Δαγτόγλου Π.Δ., Ατομικά Δικαιώματα, 2010, 334

<sup>20</sup> Δαγτόγλου Π. Δ., ο.π., 337α.

την εντύπωση της έντονης αγωνίας του συνταγματικού νομοθέτη για τις ανατροπές που μπορεί να επιφέρει η βιοτεχνολογία και η βιοϊατρική. Το Σύνταγμα λειτουργεί ως τρόπος να “φιλτράρονται” οι επιλογές του κοινού νομοθέτη σε τόσο ρευστές καταστάσεις που αφορούν τον άνθρωπο.

Περαιτέρω, να προστεθεί πως στο δίκαιο των μεταμοσχεύσεων, το παρόν δικαίωμα βρίσκεται σε αξιολογική γειτνίαση με το δικαίωμα στην προσωπικότητα και την αξία του ανθρώπου. Η μεταστοιχείωση του εν λόγω ατομικού δικαιώματος έγινε για πρώτη φορά με το Σύνταγμα του 1975. Με την θέσπιση αυτή επιχειρείται επιπροσθέτως η αναθεώρηση της ξεπερασμένης αντίληψης ότι η προστασία της υγείας αφορά αποκλειστικά τους Έλληνες, όπως ατυχώς ορίζει ακόμη το άρθρο 21 παρ.3 Σ. Ως προς την αμυντική του διάσταση τουλάχιστον το ατομικό δικαίωμα στην υγεία καταλαμβάνει όλο τον πληθυσμό και όχι μόνο το λαό.<sup>21</sup>

Τέλος, είναι σημαντικό να υπογραμμιστεί ως πολύ χρήσιμο στο ιδιωτικό δίκαιο των μεταμοσχεύσεων, πως το ατομικό αυτό δικαίωμα δεν θεσπίστηκε μόνο με τη σκοπιμότητα να στρέφεται κατά του κράτους, αλλά εξυπηρετεί και την θεμελίωση των απαιτήσεων παράλειψης έναντι κάθε προσβολής του ατομικού αγαθού της υγείας, η οποία προέρχεται από δημόσιο ή ιδιωτικό φορέα, ενδεικτικά από τον ιατρό ή την ιδιωτική κλινική, σύμφωνα με την τριτενέργεια των ατομικών δικαιωμάτων.<sup>22</sup>

## **6. Το κοινωνικό δικαίωμα στην υγεία (άρθρο 21 παρ.3 Σ.)**

Το συμφέρον του λήπτη για θεραπεία κατοχυρώνεται συνταγματικά μέσω του κοινωνικού δικαιώματος του άρθρου 21 παρ. 3 Σ όπου προβλέπεται η υποχρέωση του κράτους να μεριμνά για την υγεία των πολιτών. Το κοινωνικό δικαίωμα έχει την έννοια του δικαιώματος των Ελλήνων πολιτών για θετική ενέργεια του κράτους το οποίο υποχρεούται να δραστηριοποιείται ώστε να φροντίσει την υγεία τους χωρίς όμως οι τελευταίοι να μπορούν να προβάλλουν αξίωση γι' αυτό (status positivus). Οφείλει δηλαδή να προβαίνει όχι μόνο σε παραλείψεις αλλά και σε πράξεις-θετικές ενέργειες λαμβάνοντας μέτρα και πρωτοβουλίες προς τον σκοπό αυτό<sup>23</sup>. Σε αυτές ανήκουν και οι ιατρικές επεμβάσεις δωρεάς οργάνων και η δραστηριοποίηση του ΕΟΜ. Όπως γίνεται κοινώς δεκτό από τη νομολογία του συνταγματικού δικαίου<sup>24</sup>, ένα “κοινωνικό” δικαίωμα συνιστά εξειδίκευση του κοινωνικού κράτους δικαίου, αλλά δεν θεμελιώνει υποκειμενικά (και πολύ λιγότερο αγωγή) δικαιώματα υπέρ των πολιτών. Υπό την ευμενέστερη

<sup>21</sup>Κρεμαλής Κ., Δίκαιο της Υγείας, Γενικές Αρχές των Κοινωνικών Υπηρεσιών Υγείας, 2011, Τόμος Ι, σελ 92-92

<sup>22</sup> Ηλιοπούλου Στράγγα Τ., Η “τριτενέργεια” των ατομικών και κοινωνικών δικαιωμάτων του Συντάγματος του 1975, 1990, σελ 27 επ. Και 29 επ., Κασιμάτης Γ., Το ζήτημα της τριτενέργειας των ατομικών και κοινωνικών δικαιωμάτων, 1981, αρ.1 επ.

<sup>23</sup>Δαγτόγλου Π.Δ., Ατομικά Δικαιώματα, 2010, 341

<sup>24</sup>Κρεμαλής Κ.,ο.π., σελ.90

εκδοχή που μπορεί να δοθεί, εμπεριέχει μια θεσμική εγγύηση που ο κοινός νομοθέτης δεν μπορεί να θίξει στον πυρήνα της. Εύλογα αναφέρεται το ερώτημα για το ποια ακριβώς δεσμευτικότητα μπορεί να έχει η εντολή του άρθρου 21 παρ.3 προς τον κοινό νομοθέτη, ώστε ερμηνευτικά να μπορεί να γίνει λόγος για δικαίωμα στην υγεία.

Κατά μια άποψη, που επικρατούσε κατά τη θέσπιση του Εθνικού Συστήματος Υγείας (ΕΣΥ), οι κρατικές υποχρεώσεις δεν είναι αρκετά εξειδικευμένες, ώστε να αντιστοιχούν σε δικαιώματα πολιτών. Συναφείς αντιλήψεις υποστήριζαν ότι αν δεν συντρέχει η αναγκαία προϋπόθεση ότι το κράτος έχει στη διάθεσή του τα αγαθά που αποτελούν αντικείμενο αξιώσεων των πολιτών, δεν υπάρχει δεσμευτικότητα για την παροχή τους<sup>25</sup>. Κατά την ορθότερη γνώμη, το κοινωνικό δικαίωμα στη υγεία δεν επιδέχεται ανεξάρτητης ερμηνείας από την λοιπή έννομη τάξη, αλλά βρίσκεται σε αλληλοσυσχέτιση με αυτήν, καθώς και με τις ισχύουσες κοινωνικοπολιτικές και οικονομικές συνθήκες. Η αναγνώριση ενός κοινωνικού δικαιώματος για την υγεία δεν συνεπάγεται απαραίτητως πως το κράτος θα παράγει και θα διαθέσει τα αγαθά για να είναι οι πολίτες υγιείς, αλλά αναλαμβάνει δεσμευτικά να διασφαλίσει όσα μέσα ρεαλιστικά προσφέρονται για την προσήκουσα και αποτελεσματική προαγωγή της υγείας του πληθυσμού.<sup>26</sup> Εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι ο λήπτης δεν μπορεί να εγείρει αξίωση γενικά επί της μεταμοσχευτικής ενέργειας γιατί αυτή αφορά κοινωνικό και όχι ατομικό δικαίωμα, εφόσον οι υπάρχουσες συνθήκες μπορεί να μην επιτρέπουν την απαιτούμενη διαθεσιμότητα σε όργανα. Ωστόσο το κράτος οφείλει να προβαίνει σε όλα τα δυνατά μέτρα για να κάνει δυνατή και διαδεδομένη τη διαδικασία των μεταμοσχεύσεων. Αυτό επιτυγχάνεται μέσω παροχής της απαιτούμενης ενημέρωσης στους πολίτες και διαμόρφωσης του κατάλληλου κλίματος, ώστε να άρει φόβους και αμφιβολίες και η προσφορά οργάνων να γίνεται εντός των ορίων του κράτους δικαίου και της αξιοπρέπειας. Στο πλαίσιο του κοινωνικού δικαιώματος της υγείας εμπίπτει χαρακτηριστικά το μέτρο του opt out συστήματος συναίνεσης στην post mortem μεταμόσχευση (προϋπόθεση η μη ύπαρξη διαφωνίας) που κατοχυρώθηκε με τον ν. ν.3984/2011, ώστε να διασφαλιστεί διαθεσιμότητα οργάνων περισσότερη, από ότι αν προβλεπόταν ένα opt in σύστημα συναίνεσης (προϋπόθεση η συμφωνία).

Το Συμβούλιο της Επικρατείας στη νομολογία του για το Εθνικό Σύστημα Υγείας (ΕΣΥ) δέχεται ότι το άρθρο 21 παρ. 3 “ιδρύει ευθεία εκ του Συντάγματος υποχρέωση του κράτους για τη λήψη θετικών μέτρων προς προστασία της υγείας των πολιτών, στους οποίους δίνει το δικαίωμα να

---

<sup>25</sup> *Μαυριάς Κ.*, Τα κοινωνικά δικαιώματα στο Σύνταγμα του 1975, δημοσιευμένο σε Α' Συνέδριο της Ένωσης Ελλήνων Συνταγματολόγων, 1986, σελ.197

<sup>26</sup> Πιο συγκεκριμένα υποστηρίχθηκε ότι με τη σαφή ρύθμιση της κρατικής ευθύνης κατά την παροχή υπηρεσιών υγείας και την εξασφάλιση των μέσων υγειονομικής προστασίας (άρθρο 1 παρ.1, άρθρο 5 παρ.7 και 8, άρθρο 11 παρ.1 και το άρθρο 24 του ν.1397/1983) επιτεύχθηκε ο αναγκαίος βαθμός εξειδίκευσης των κρατικών υποχρεώσεων. Βλ. *Κρεμαλής Κ.*, ο.π., σελ 90-91, όπου αναπτύσσεται ενδελεχώς το ζήτημα.

απαιτήσουν από την πολιτεία την πραγμάτωση της αντίστοιχης υποχρέωσής της.” Δεν εξηγεί όμως σε τι έγκειται το νομικό περιεχόμενο αυτής της απαίτησης και πως θα μπορούσε να εξαναγκαστεί νομικά η πραγμάτωση της υποχρέωσης του κράτους.<sup>27</sup>

Συμπεραίνεται λοιπόν, ότι η αδυναμία του πολίτη να απαιτήσει συγκεκριμένες υπηρεσίες υγείας δεν αναιρεί τη στοιχειοθέτηση του κοινωνικού δικαιώματος προστασίας της υγείας. Άλλωστε, όπως συνάγεται από τη γενική θεωρία του δικαίου, αφενός τα δικαιώματα συνιστούν έννοιες ευρύτερες από τις αξιώσεις και αφετέρου δεν είναι αγωγήσιμες όλες οι αξιώσεις.

## **7. Η αρχή της αναλογικότητας (άρθρο 25 παρ.1 εδ.γ)**

Δεδομένου ότι σε μια μεταμοσχευτική δικαιοπραξία οι ενδιαφερόμενοι είναι ιδιώτες ή εμπλέκονται σε ιδιωτικού δικαίου έννομες σχέσεις (γιατρός, κλινική, ΕΟΜ, λήπτης) δημιουργείται ένα πεδίο εφαρμογής της τριτενέργειας ή οριζοντίου αποτελέσματος των θεμελιωδών δικαιωμάτων στην ιδιωτική σφαίρα. Τα θεμελιώδη δικαιώματα που θα εξετάσουμε στη νομική φύση, στη θεώρηση και στην ερμηνεία της συναίνεσης δεν έχουν απόλυτο πεδίο εφαρμογής και όχι σπάνια τυγχάνουν να συγκρούονται. Στο συνταγματικό δίκαιο η στάθμιση των δικαιωμάτων γίνεται μέσω της πρακτικής εναρμόνισης και της αρχής της αναλογικότητας. Η πρακτική εναρμόνιση έχει την έννοια ότι οι συνταγματικές διατάξεις είναι ισότιμες μεταξύ τους και πρέπει να εφαρμόζονται έτσι ώστε να μην θίγεται ο πυρήνας των δικαιωμάτων.

Η αρχή της αναλογικότητας προβλέπεται ρητά στο Σύνταγμα στο άρθρο 25 παρ.1 εδ.γ και συνιστά οριοθέτηση στον περιορισμό των θεμελιωδών δικαιωμάτων, είναι στην ουσία ένας περιορισμός στον περιορισμό τους. Η αρχή της αναλογικότητας η οποία εμφανίζεται ως πολύ σημαντική και στο πεδίο της ερμηνείας αλλά και εξειδικεύεται στις σχετικές διατάξεις περί μεταμοσχεύσεων (λχ στην αρχή της επικουρικότητας ή του θεραπευτικού σκοπού) αναλύεται εννοιολογικά στην αναγκαιότητα, την προσφορότητα και την *stricto sensu* αναλογικότητα (αναλογία μέσων και σκοπού). Η αναγκαιότητα επικεντρώνεται στο μέσο, συνιστά την έλλειψη ηπιότερης λύσης - μέσου με το ίδιο αποτέλεσμα, όπως για παράδειγμα όταν δεν υπάρχει επιλογή μοσχεύματος από θανόντα δότη ως πρώτη λύση τότε κρίνεται αναγκαία η λήψη μοσχεύματος από ζώντα δότη που συναινεί, όπως οριζόταν στο άρθρο 10 ν.2737/99 και πλέον ορίζεται στο άρθρο 5 παρ.5 του ν.3984/2011. Η προσφορότητα επικεντρώνεται στο σκοπό, αφορά την ενδελέχεια, τη λυσιτέλεια, το τελέσφορο αποτέλεσμα, όπως για παράδειγμα η αρχή του θεραπευτικού και όχι του ερευνητικού σκοπού της μεταμόσχευσης, κυρίως διότι η έρευνα δεν θεωρείται τέτοιας εμβέλειας σκοπός που να δικαιολογεί το μέσον. Η *stricto sensu* αναλογικότητα αναφέρεται στη σχέση αυτών των δύο, του μέσου και του σκοπού, ώστε ο κίνδυνος και η σωματική βλάβη του δότη να μη έρχονται σε δυσαναλογία με τη θεραπεία του λήπτη.

---

<sup>27</sup> ΣτΕ 400/1986 (Ολ) Το Σ., 1986, 433. Παραπέμπει στην απόφαση αυτή και ο *Δαγτόγλου Δ.Π.*, ο.π., 341α

Ενδεικτικά, το πνεύμα της αρχής της *stricto sensu* αναλογικότητας απηχεί το προϊσχύσαν άρθρο 10 παρ.1 του ν.2737/99 που μεταφέρθηκε πλέον στο άρθρο 4 παρ.2 του ν.3984/2011 επιτρέπει την αφαίρεση εφόσον αυτή δεν συνεπάγεται προφανή κίνδυνο για τη ζωή και την υγεία του δότη.

## **8. Η έμμεση τριτενέργεια των συνταγματικών αρχών στο ιδιωτικό δίκαιο**

Η συνταγματική αναθεώρηση του 2001 προσέθεσε στο άρθρο 25 παρ.1 ένα επιπλέον εδάφιο κατά το οποίο τα δικαιώματα του ανθρώπου “ισχύουν και στις σχέσεις μεταξύ ιδιωτών στις οποίες προσιδιάζουν”. Με τη διάταξη αυτή κατά κρατούσα άποψη κατοχυρώνεται η έμμεση τριτενέργεια των συνταγματικών δικαιωμάτων.<sup>28</sup> Συγκεκριμένα, όσον αφορά τη συζήτηση γύρω από την προβληματική της τριτενέργειας

Οι συνταγματικές αρχές που ενδιαφέρουν την παρούσα έρευνα (αρχή του σεβασμού της αξίας του ανθρώπου, της ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας, της προστασίας της οικογένειας και της θρησκευτικής ελευθερίας) αξιοποιούνται μεθοδολογικά ως αξιολογικά κριτήρια στο πεδίο της ερμηνείας και εξειδίκευσης των γενικών ρητρών του ιδιωτικού δικαίου, όπως η καλή πίστη στο άρθρο 200 ή των χρηστών ηθών στο άρθρο 288 ΑΚ. Από την ιεραρχικά ανώτερη θέση, την οποία κατέχουν στο συνολικό σύστημα της έννομης τάξης οι αρχές αυτές προκύπτει ότι κατά τη κατά τη συγκεκριμενοποίηση αυτών είτε από τον κοινό νομοθέτη, στον οποίο ανήκει κατά το Σύνταγμα το σχετικό προβάδισμα, είτε από τη νομολογία στο πλαίσιο ιδίως της εφαρμογής των γενικών ρητρών, πρέπει όχι μόνο τα διατηρείται αλώβητο αλλά και να πραγματώνεται όσο γίνεται πληρέστερα το αξιολογικό τους περιεχόμενο.<sup>29</sup> Έτσι προβάλλεται και η αρχή ότι ο κοινός νομοθέτης και ο δικαστής οφείλουν να συμμορφώνονται με τον συνταγματικό νομοθέτη. Στη μεταμόσχευση η τριτενέργεια των ατομικών δικαιωμάτων έχει ιδιαίτερη πρακτική σημασία στον σεβασμό που οφείλει να επιδεικνύει, πέρα από το κράτος, και ο ιατρός, η κλινική και οι λοιποί ιδιωτικοί φορείς στην υγεία και την αξιοπρέπεια του δότη και του λήπτη όταν εμπλέκονται με τους τελευταίους και τους βοηθούν να λάβουν αποφάσεις.

## **ΜΕΡΟΣ II**

### **Οι γενικές αρχές που διέπουν το δίκαιο των μεταμοσχεύσεων**

Οι γενικές αρχές κοινής νομοθετικής ισχύος που διέπουν τις μεταμοσχεύσεις συνιστούν αναγκαστικού δικαίου κανόνες που εκτοπίζουν τη λογική του ενδοτικού δικαίου, την αρχή της ιδιωτικής αυτονομίας και τον αυτοπροσδιορισμό των μερών.

Ως προς τα δικαιώματα και τα συμφέροντα που διέπουν τις μεταμοσχεύσεις φαίνεται ότι

---

<sup>28</sup> Δαγτόγλου Π.Δ., ο.π., 177 επ.

<sup>29</sup> Παπανικολάου Π., Μεθοδολογία του Ιδιωτικού Δικαίου και Ερμηνεία των δικαιοπραξιών, 2000, 259

πρωταγωνιστούν δύο πόλοι αλληλοεπηρεαζόμενοι, που εκ πρώτης όψεως φαίνεται να απωθούνται και να αποκρούονται: από τη μία ο πολίτης και από την άλλη η πολιτεία. Οι αρχές που διέπουν τις μεταμοσχεύσεις υφίστανται με βάση το Σύνταγμα και την αρχή του κράτους δικαίου και θέτουν τα ακραία όρια που δεν μπορεί να υπερβεί κανείς ώστε και οι δύο πόλοι να μην ακυρώνονται.

Η αρχή του θεραπευτικού σκοπού και η αρχή της απαγόρευσης οποιουδήποτε ανταλλάγματος θεμελιώνονταν στα άρθρα 1 και 2 του ν.2737/1999 και πλέον στο άρθρο 4 παρ.1 και 5 του ν.3984/2011 αντίστοιχα. Παρομοίως περιέρχονται στα άρθρα 19 και 20 της Σύμβασης του Οβιέδο αλλά και σε πρόσθετο πρωτόκολλο αυτής το 2002 (άρθρα 2, 9 και 21) που επικεντρώνεται ειδικά στις μεταμοσχεύσεις. Περαιτέρω, διέπουν τις σχετικές προβλέψεις του Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας κατά τις οποίες ο ιατρός οφείλει να ενθαρρύνει τις μεταμοσχεύσεις ιστών και οργάνων για λόγους θεραπευτικούς αλλά και παράλληλα να αποτρέπει τη διεκπεραίωσή τους όταν ελλοχεύει η περίπτωση να υποκρύπτεται αντάλλαγμα. Η αρχή της ασφαλούς επέμβασης και της επικουρικότητας σε σχέση με τη μεταμόσχευση από θανόντα δότη αλλά και σε σχέση με άλλο τρόπο θεραπείας, λιγότερο επαχθή προβλέπονται στο άρθρο 5 παρ.2 του ν.3984/2011.

## **1. Η αρχή του θεραπευτικού σκοπού**

Σύμφωνα με το άρθρο 1 παρ.1 ν.2737/1997 που μεταφέρθηκε αυτούσιο στο άρθρο 4 ν.3984/2011 η αφαίρεση ιστών ή οργάνων από άνθρωπο, ζώντα ή νεκρό, με προορισμό σε άλλον άνθρωπο γίνεται μόνο για θεραπευτικούς σκοπούς<sup>30</sup>. Με άλλη διατύπωση η αφαίρεση ιστών και οργάνων συντελείται μόνο εάν υπάρχει βάσιμη πιθανολόγηση, επιστημονικά αποδεδειγμένη ότι είναι πρόσφορη για την αποκατάσταση της υγείας ή τη διατήρηση της ζωής κάποιου άλλου ανθρώπου. Αυτή η προσφορότητα θεραπείας του άλλου ανθρώπου, ως σκοπός του όλου εγχειρήματος είναι το αντιστάθμισμα απέναντι στη βλάβη της υγείας του λήπτη που, ανεξάρτητα από τη σοβαρότητά ή το επουσιώδες της, εξ ορισμού είναι αναπόφευκτη. Καμία αμφισβήτηση δεν εμφολωρεί ως προς το ότι βλάβη της υγείας και της σωματικής ακεραιότητας θα λάβει χώρα ούτως ή άλλως ακόμη κι αν αυτή είναι ασήμαντη.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Αντίστοιχα και το άρθρο 19 της Σύμβασης του Οβιέδο που ορίζει ότι “η η αφαίρεση οργάνων ή ιστών από ζώντα πρόσωπα με σκοπό τη μεταμόσχευση δύναται να διενεργείται αποκλειστικά προς το θεραπευτικό όφελος του λήπτη και στις περιπτώσεις που δεν διατίθενται κατάλληλα όργανα ή ιστοί από αποβιώσαντα πρόσωπα και δεν υφίσταται καμία άλλη θεραπευτική μέθοδος ανάλογης αποτελεσματικότητας”. Παρομοίως και το άρθρο 2 του Πρόσθετου Πρωτοκόλλου αυτής, αλλά και το άρθρο 32 Κωδ.ΙατρΔ.

<sup>31</sup> *Βάρκα Αδάμη Α.*, Κριτική Θεώρηση του ν. 2737/1999 “για τις μεταμοσχεύσεις ανθρώπινων ιστών και οργάνων, ΚριτΕ, 2/2000, 118 επ. Θεωρεί ότι ο όρος θεραπευτικός σκοπός είναι ατυχής και αδόκιμος λεκτικά. Το θεραπευτικό όφελος για τον λήπτη είναι αυτονόητο ενώ για τον δότη η αφαίρεση οργάνου συνιστά σωματική βλάβη που

Αντιστάθμισμα δεν θα μπορούσε να είναι ο ερευνητικός σκοπός γιατί ανεξάρτητα από την ωφέλεια στην επιστήμη καθιστά τον άνθρωπο αντικείμενο πειραματισμών, δηλαδή μέσο, οπότε υποσκάπτει τον πυρήνα του άρθρου 2 παρ 1. Σ. Ο θεραπευτικός σκοπός είναι επιταγή του νόμου που ισχύει ανεξάρτητα από την προέλευση του οργάνου από ζωντανό ή νεκρό δότη, διαφορετικά θα υποβίβαζε το υπόλειμμα της προσωπικότητας του νεκρού που ανατρέχει αναδρομικά στην περίοδο που ζούσε. Σε συνάρτηση με τις λοιπές αρχές των μεταμοσχεύσεων που θα εξεταστούν παρακάτω, είναι η αναγκαία και η πλέον πρόσφορη λύση<sup>32</sup> που δικαιολογεί τον περιορισμό στην αξία της υγείας του δότη μέσω της αρχής της αναλογικότητας (άρθρο 25 παρ.1 Σ). Η αξία που θυσιάζεται (συμβολική βλάβη της υγείας του δότη και απλός περαιτέρω κίνδυνος), εκτός από αναγκαία και πρόσφορη, τελεί σε εύλογη σχέση<sup>33</sup> με την επιτακτική αξία-στόχο (υγεία και ζωή του λήπτη). Με άλλα λόγια η στάθμιση κόστους και οφέλους είναι δικαιολογημένη και δεν οδηγεί σε ασυμμετρία. Εξ αντιδιαστολής με τα ανωτέρω, ο ερευνητικός σκοπός δεν είναι ικανό αντιστάθμισμα που πληροί τις επιταγές της αναλογικότητας αφού εδώ η στάθμιση δεν είναι εξίσου δικαιολογημένη<sup>34</sup>.

Το θεραπευτικό όφελος για το λήπτη του μοσχεύματος δεν είναι μόνο ακρογωνιαίος λίθος για την δικαιολόγηση και την πραγμάτωση της μεταμόσχευσης, αλλά και ταυτόχρονα σημαντική για την ερμηνεία της δήλωσης βουλήσεως του δότη. Συγκεκριμένα που υποδηλώνουν τη βούληση του δότη για τη θεραπεία του λήπτη μέσω του συναισθηματικού τους δεσμού, της οικογενειακής κατάστασης ή γενικότερα του αλτρουιστικού πνεύματος πρέπει να λαμβάνονται υπόψη σε περίπτωση κενών ή αμφισημίας (συμπληρωτική ερμηνεία). Η αρχή του θεραπευτικού σκοπού μπορεί να σκιαγραφηθεί και να αποκτήσει ακτινοβολία μέσω των δικαιωθικών αρχών των άρθρων 173, 200, 288 και 281 ΑΚ που καλύπτουν τα θολά ή αρρύθμιστα σημεία της δικαιοπραξίας όχι *in abstracto* αλλά με *ad hoc* εξειδίκευση της περίπτωσης. Σαφέστερα μέσω της συγκεκριμενοποίησης της καλής πίστης ή των χρηστών ηθών θα χρησιμοποιηθούν αξίες εγγενείς στη συγκεκριμένη δικαιοπρακτική ρύθμιση όπως η αρχή του θεραπευτικού σκοπού που είναι εδώ

---

συνεπάγεται μια πληθώρα κινδύνων. Είναι όμως ορθότερο να πει κανείς ότι όταν στο νόμο γίνεται λόγος για θεραπευτικό σκοπό εννοείται σκοπός τέτοιος που αντισταθμίζει τον κίνδυνο κατά την αρχή της *stricto sensu* αναλογικότητας, δηλαδή την αναλογία μέσου (δωρεά) και σκοπού (θεραπεία).

<sup>32</sup>Η αναγκαιότητα και η προσφορότητα είναι προαπαιτούμενα της αναλογικότητας και γίνονται αντιληπτές μέσω των αρχών της επικουρικότητας της μεταμόσχευσης που εξετάζεται εν συνεχεία.

<sup>33</sup>Εύλογη σχέση είναι η *stricto sensu* αναλογία μέσων και σκοπού που να δικαιολογεί τον περιορισμό. Το μέσον της μεταμόσχευσης πρέπει να συνεπάγεται κατ' ένταση και διάρκεια τα λιγότερα δυνατά μειονεκτήματα που δεν υπερσκελίζουν τα πλεονεκτήματα. Η εκτίμηση για το όφελος ή το κόστος της μεταμόσχευσης πρέπει να είναι νοητή από μεθοδολογική άποψη και να βασίζεται σε πραγματολογικά δεδομένα που εκτιμούν την έλλειψη υπερβολής και δυσαναλογίας στη σκοπιμότητα.

<sup>34</sup>Αντίθετη γνώμη φαίνεται να έχει ο Κούρτης στην *post mortem* μεταμόσχευση. Η δυσαναλογία αμβλύνεται αν χαρακτηρίσουμε το πτώμα ως πράγμα και όχι ως υπόλειμμα προσωπικότητας, επομένως μπορεί να χρησιμοποιηθεί και για ερευνητικούς σκοπούς. Βλ. Κούρτης Μ. Αστικό Δίκαιο των Μεταμοσχεύσεων, 2002, σελ 111 επ.

καθοριστικά σημαντική, αφού αυτό επιτάσσει η όλη οικονομία και σκοπιμότητα της δικαιοπραξίας και η συγκεκριμένη ιδιότυπη κατάσταση συμφερόντων. Συγκεκριμένα, ενεργώντας διαμέσου των ανωτέρω δικαιοηθικών αρχών μπορεί για παράδειγμα να καθορίσει το ερμηνευτικό αποτέλεσμα της δήλωσης βουλήσεως του συναισθηματικού δότη. Εκεί η σημασία του θεραπευτικού σκοπού, η ιδανική εφαρμογή της αναλογικότητας (ο μειωμένος κίνδυνος του δότη, το αυξημένο όφελος του λήπτη) σε συνάρτηση με την αληθινή βούληση του δότη ισοσταθμίζουν την έλλειψη συγγενικού δεσμού και ο δικαστής οφείλει να δώσει κανονιστικό νόημα στη δήλωση.

Η επιλογή αυτή γίνεται κατανοητή γιατί η δεδομένη σε κάθε περίπτωση σωματική βλάβη του ζωντανού δότη, μικρή ή μεγάλη, αλλά και η επέμβαση στο σώμα του νεκρού δότη μόνο έτσι μπορούν να δικαιολογηθούν σε ένα στέρεο κράτος δικαίου. Μόνο τότε υπηρετεί ένα υπέρτερο ή ισάξιο τουλάχιστον έννομο αγαθό<sup>35</sup> που καθιστά ανεκτή την προσβολή του ισάξιου ή κατώτερου εννόμου αγαθού. Αλλά και από τη μεριά του λήπτη, οι μεταμοσχεύσεις συνιστούν ιατρικές πράξεις αυτονόητα συνδεόμενες με κινδύνους για την υγεία τους, όπως κάθε επέμβαση. Η ανάληψη των κινδύνων αυτών έχει νόημα μόνο στο μέτρο που η υγεία τους μπορεί να βελτιωθεί και όχι λόγω χάρη για πειραματικούς ή ερευνητικούς εν γένει σκοπούς που εκτός των άλλων θα στερούσαν τη θεραπεία από ανθρώπους που τη χρειάζονται.

## **2. Η αρχή της ασφαλούς διεξαγωγής της επέμβασης**

Το άρθρο 10 παρ.1 του ν. 2737/99 που μεταφέρθηκε πλέον στο άρθρο 4 παρ.2 του ν.3984/2011 επιτρέπει την αφαίρεση εφόσον αυτή δεν συνεπάγεται προφανή κίνδυνο για τη ζωή και την υγεία του δότη. Η διάταξη δημιουργεί προβληματισμό γιατί εξ ορισμού και αυτονόητα η αφαίρεση ιστού ή οργάνου βλάπτει την υγεία του δότη, παραδοχή που θα οδηγούσε το νόμο σε αχρησία. Για την εύρεση διεξόδου θα πρέπει είτε να καταφύγουμε σε συστατική ερμηνεία της έννοιας του κινδύνου της υγείας και ζωής είτε μέσω του σκοπού του νομοθέτη να καταστήσει εφικτή τη μεταμόσχευση σε τελεολογική συστολή εξαιρώντας από το πραγματικό του κανόνα δικαίου τον απλό ή ασήμαντο κίνδυνο. Ούτως ή άλλως καταλήγουμε ότι ο νομοθέτης από τη νομοτεχνική λογική της διάταξης προφανώς δεν εννοεί τον απλό αόριστο κίνδυνο αλλά αυτόν που διακρίνεται από προφάνεια και σοβαρότητα. Προφανής κίνδυνος είναι ο πρόδηλος, ολοφάνερος και αναμφισβήτητος, ενώ σοβαρός είναι ο σημαντικός ως προς την πιθανότητα επέλευσης<sup>36</sup>. Προφανής και σοβαρός κίνδυνος ζωής είναι η φανερή, αδιαμφισβήτητη και σημαντική πιθανότητα θανάτου του δότη υπό τα πορίσματα της ιατρικής επιστήμης. Κίνδυνος υγείας πρέπει

---

<sup>35</sup>Καϊάφα-Γκμπάντι Μ., Μεταμοσχεύσεις: Παρόν και μέλλον του νομικού πλαισίου, σε Δημοσιεύματα Ιατρικού Δικαίου και Βιοηθικής, Μεταμοσχεύσεις, 2008, σελ.33-34

<sup>36</sup>Σημεωνίδου-Καστανίδου Ε., Εγλήματα κατά προσωπικών αγαθών, 2006, σελ.141

να θεωρείται ο κίνδυνος σοβαρής βλάβης της υγείας που υπερσκελίζει τα όρια της επικίνδυνης σωματικής βλάβης του άρθρου 309 ΠΚ διότι επικίνδυνη σωματική βλάβη είναι δεδομένη και αναπόφευκτη. Ενώ για την πλήρωση της αντικειμενικής υπόστασης του άρθρου 309 ΠΚ απαιτείται η σωματική βλάβη να τελείται με τρόπο που μπορεί να επιφέρει κίνδυνο ζωής ή βαριά σωματική βλάβη εδώ απαιτείται ένα στάδιο παραπάνω, η σοβαρότητα και προφάνεια του κινδύνου.

Η αρχή της ασφαλούς διεξαγωγής της επέμβασης συνδέεται άμεσα με την συνταγματική αξία του άρθρου 2 παρ1 Σ που τριτενεργεί μέσω των διατάξεων των άρθρων 288 και 281 ΑΚ. Και αυτή η αρχή λειτουργεί ως ασφαλιστική δίκλειδα στο ενδεχόμενο της χρησιμοποίησης του ανθρώπου ως μέσο με τη θυσία του στο βωμό άλλου σκοπού και θα μπορούσε να θεωρηθεί ειδική έκφανση της αρχής της *stricto sensu* αναλογικότητας γιατί προϋποθέτει την εύλογη σχέση του κινδύνου του δότη με τον θεραπευτικό σκοπό του λήπτη.

### **3. Η αρχή της απαγόρευσης ανταλλάγματος**

Η αφαίρεση ιστών και οργάνων για μεταμόσχευση ορίζεται αυστηρά ως πράξη που δεν μπορεί να σχετίζεται με οποιοδήποτε οικονομικό ή άλλης φύσεως αντάλλαγμα (άρθρο 5 του ν. 3984/2011, προΐσχυσαν άρθρο 2 παρ.1 ν.2737/1999, άρθρο 13 Οδ. 2010/53 ΕΕ). Η λήψη οποιουδήποτε οικονομικού ανταλλάγματος απαγορεύεται και από τη γενική κατά τα άλλα διάταξη του άρθρου 21 του ν.2619/1998 που κύρωσε τη Σύμβαση του Οβιέδο. Η τελευταία ορίζει ότι το ανθρώπινο σώμα και τα τμήματά του δεν αποτελούν πηγή οικονομικού οφέλους. Έτσι ο νομοθέτης υπογραμμίζει τον επιβαλλόμενο αλτρουιστικό χαρακτήρα της βούλησης του δότη που είναι ασύμβατος με κάθε ανταποδοτική λογική. Η απαγόρευση ανταλλάγματος καθιστά τα μοσχεύματα με την αφαίρεσή τους από το ανθρώπινο σώμα πράγματα απαγορευμένης συναλλαγής<sup>37</sup> στο μέτρο που πρόκειται για αγαθά μη εκτιμήσιμης, μη μετρήσιμης αξίας. Αν εμπλακούν στο πεδίο της συναλλαγής μπορεί, λόγω της πίεσης των οικονομικών συμφερόντων, να προξενήσουν κινδύνους κερδοσκοπικής αυθαιρεσίας και εκβιαστικών κινήτρων τόσο για τους δότες όσο και για τους λήπτες. Για να κατανοηθεί όμως ενδελεχώς η ανωτέρω θέση θα πρέπει να μελετηθεί η νομική προσέγγιση των ανθρωπίνων οργάνων, όπως γίνεται στα παρακάτω κεφάλαια.

Ο Κωδ.Ιατρ.Δ με ειδική διάταξη στο άρθρο 32 συνδέει ρητά τη δράση των γιατρών στο πεδίο των μεταμοσχεύσεων με την επιδίωξη του θεραπευτικού σκοπού και την έλλειψη ανταλλάγματος αφού αυτοί είναι τα παρόντα εμπλεκόμενα πρόσωπα που μπορούν να διασφαλίσουν τη τήρηση των αρχών στην πράξη. Σε κάθε περίπτωση όμως η δήλωση βουλήσεως του δότη με κίνητρο

---

<sup>37</sup>Καϊάφα-Γκμπάντι Μ., Μεταμοσχεύσεις: Παρόν και Μέλλον του νομικού πλαισίου – Αναζητώντας τη Χρυσή Τομή, δημοσιευμένο σε Όμιλος Μελέτης Ιατρικού Δικαίου και Βιοηθικής, Μεταμοσχεύσεις, 2008, σελ.35

κάποιο αντάλλαγμα θεωρείται άκυρη ως ανήθικη από τις γενικές διατάξεις του αστικού κώδικα (άρθρο 178).

Ζήτημα ωστόσο ανακύπτει στο τι μπορεί να θεωρηθεί αντάλλαγμα. Στην ανθρώπινη συνείδηση αντάλλαγμα μπορεί να είναι και η ακόμη και η εφ' όρου ζωής ηθική υποχρέωση του λήπτη, κάτι που μέσα του θα λειτουργεί μέσα του σαν αιώνια δέσμευση από ευγνωμοσύνη. Αν ελλοχεύει έστω η υποψία έστω και κάποιας ηθικής φύσεως ανταλλάγματος στην αποδοχή του δότη την οποία υπάρχει ισχυρή πιθανολόγηση ότι ο δότης γνωρίζει ή φαντάζεται (πράγμα εύκολο αφού κατά τεκμήριο έχει στενή σχέση με το δότη) ποιο θα είναι το ερμηνευτικό αποτέλεσμα; Αν υπάρχει αμφιβολία επί της ύπαρξης ανταλλάγματος αυτή θα επιλυθεί υπέρ της διατήρησης της δικαιοπραξίας ή της νομιμοποιητικής πράξης για να σωθεί μια ζωή και ο ιατρός θα υποχρεωθεί να την προβεί στη μεταμόσχευση ή υπέρ της ακύρωσης λόγω ανηθικότητας αυτής; Εν πάση περιπτώσει, η έννοια αντάλλαγμα θα πρέπει να ερμηνεύεται συσταλτικά ή διασταλτικά; Θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι κάποια ηθική υποχρέωση εκ μέρους του λήπτη σχεδόν πάντα θα υπάρχει χωρίς αυτό να σημαίνει ότι είναι ανήθικο και ότι ακυρώνει τη δικαιοπραξία κατά το άρθρο 178 ΑΚ.

Κατά τη γνώμη της παρούσας, ένα βασικό κριτήριο για να προσδιορίσουμε το αντάλλαγμα είναι το “δέλεαρ” του υποψηφίου δότη, παρόλο που ο νομοθέτης δεν το προσδιορίζει περαιτέρω. Για παράδειγμα, αν κάποιας μορφής δωρεά δίδεται μετά τη μεταμόσχευση, χωρίς να έχει προσυμφωνηθεί, ως αποτέλεσμα αυτόνομης και ανεξάρτητης πράξης του λήπτη του μοσχεύματος, δεν πρόκειται για παράνομο αντάλλαγμα αλλά για γνήσια και νόμιμη ανταποδοτική δωρεά. Τούτο ευσταθεί λογικά εφόσον έχει διακοπεί ο αιτιώδης σύνδεσμος ανάμεσα στο “αντάλλαγμα” και στη δωρεά οργάνου, ώστε το πρώτο δεν κινητοποιεί το δεύτερο, σαφέστερα, αν υπολείπεται το πρώτο δε θα συνυπολείπεται αναγκαστικά το δεύτερο.

#### **4. Η αρχή της επικουρικότητας σε σχέση με την αφαίρεση από θανόντα δότη και σε σχέση με άλλη θεραπεία**

Όπως οριζόταν στο άρθρο 10 ν.2737/99 και πλέον στο άρθρο 5 παρ.5 του ν.3984/2011, η αφαίρεση ιστών και οργάνων από ζώντα δότη με σκοπό τη μεταμόσχευση διενεργείται εφόσον δεν διατίθενται ιστοί και όργανα, μέχρι τη στιγμή της λήψης από αποβιώσαντα πρόσωπα και εφόσον δεν υφίσταται άλλη εναλλακτική μέθοδος θεραπείας ανάλογης αποτελεσματικότητας. Πρόκειται δηλαδή για ένα *ultimum refugium* που καταδηλοί την επιφυλακτική στάση του νομοθέτη ως προς την *in vivo* μεταμόσχευση. Είναι άλλη μια εξειδικευμένη έκφανση της αρχής της αναλογικότητας γιατί επιφυλάσσει το κατά το δυνατόν ηπιότερο μέσο για τον κατά το δυνατόν υψηλότερο σκοπό. Πιο στοχευμένα, αποτελεί έκφανση της αρχής της αναγκαιότητας, γιατί σε πρώτο επίπεδο η μεταμόσχευση γενικά ως θεραπεία και σε δεύτερο επίπεδο η

μεταμόσχευση από ζωντανό δότη δικαιολογείται μόνο λόγω της απουσίας ηπιότερου, λιγότερο επιβλαβούς σκοπού που να οδηγεί σε ισοδύναμο αποτέλεσμα.

Η διάταξη αυτή, όπως και προαναφερθείσες, εναρμονίζεται με το άρθρο 19 παρ.1 ν.2619/98 που κύρωσε την Ευρωπαϊκή Σύμβαση για τα Ανθρώπινα Δικαιώματα και τη Βιοϊατρική. Πρόκειται για *ius cogens* προβλέψεις που περιορίζουν το εύρος των εννόμων αποτελεσμάτων της συναίνεσης, αποβλέποντας στην ασφαλιστική δικλείδα προστασίας του ανθρώπου κατά το άρθρο 2 παρ. 1 Σ

### **ΜΕΡΟΣ ΙΙΙ**

## **Η νομική προσέγγιση της “ενημερωμένης” συναίνεσης σε δωρεά οργάνων**

### **1. Γενικά ζητήματα ως προς το *de lege lata* καθεστώς της συναίνεσης του δότη**

#### **α. Η έννοια της συναίνεσης του ασθενούς σε συσχέτιση με τη συναίνεση του δότη**

Πριν εξετάσουμε τη στενή σφαίρα του δότη θα πρέπει να διερευνήσουμε την ευρύτερη σφαίρα του ασθενούς. Η συναίνεση του ενημερωμένου ασθενούς προβλέπεται στο άρθρο 12 Κωδ.ΙατρΔ, στην Ευρωπαϊκή Σύμβαση για τα Ανθρώπινα Δικαιώματα και τη Βιοϊατρική (Σύμβαση του Οβιέδο 1997 που κυρώθηκε στη χώρα μας με τον ν.2619/1998). Η Σύμβαση εκτός των άλλων επικεντρώνεται ιδιαίτερα στη συναίνεση του ασθενούς προκειμένου να διενεργηθεί ιατρική επέμβαση. Κατά το άρθρο 5 παρ.1 ιατρική επέμβαση μπορεί να λάβει χώρα υπό την προϋπόθεση της ελεύθερης συναίνεσης του ασθενούς κατόπιν προηγούμενης σχετικής ενημέρωσης η οποία κατά την παρ.3 μπορεί ελεύθερα να ανακληθεί.

Η ιατρική πράξη ορίζεται στο άρθρο 1 του Κωδ.ΙατρΔ ως εν γένει η μέσω της επιστήμης διάγνωση, θεραπεία και αποκατάσταση της υγείας του ανθρώπου. Υποστηρίζεται η άποψη ότι ο ορισμός του άρθρου 1 περιορίζει την έννοια της ιατρικής πράξης στις ενέργειες αυτές που έχουν αποκλειστικά θεραπευτικό χαρακτήρα.<sup>38</sup> Ωστόσο ορθά διευκρινίζεται, υπό μια πιο συγκροτημένη οπτική, ότι η ιατρική πράξη κατά τον Κωδ.ΙατρΔ “δεν έχει αυτόνομο εννοιολογικό περιεχόμενο και προσδιορίζεται σε συνάρτηση με τη τυπική έννοια του ιατρού και την άσκηση της ιατρικής (άρθρο 1. παρ. 5)”<sup>39</sup>.

Περαιτέρω, κατά το άρθρο 47 παρ.3 του ν.2071/1992 “ο ασθενής έχει δικαίωμα να συγκατατεθεί

<sup>38</sup> Κανελλοπούλου – Μπότη Μ. σε Ερμηνεία Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας (ν.3418/2005) κατά επιμέλεια Λασκαρίδη Εμ., 2013, άρθρο 1 παρ. 4

<sup>39</sup> Πελένη-Παπαγεωργίου Α., Πραγματείες Αστικού Δικαίου, Ιατρική Αστική Ευθύνη και Συναίνεση του Ασθενούς, 2016, ο.π., σελ 14, όπου παραπέμπει περαιτέρω σε Ράβδα Π., Ιατρική Δεοντολογία, 2013, άρθρο 1 απ.3

ή να αρνηθεί κάθε διαγνωστική ή θεραπευτική πράξη που πρόκειται να διενεργηθεί σε αυτόν”. Το άρθρο 3 του Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης προβλέπει ότι στο πεδίο της ιατρικής και της βιολογίας πρέπει να τηρείται η ελεύθερη και εν επιγνώσει συναίνεση του ενδιαφερομένου κατά τις παράλληλες επιταγές του νόμου.

Ο δότης είναι αποδέκτης ιατρικών υπηρεσιών και μπορεί να χαρακτηριστεί ως ασθενής. Μέσω της συστηματικής ερμηνείας<sup>40</sup> του άρθρου 1 του ΚωδΙατρΔ, όπως αυτή συσχετίζεται δομικά με τους συναφείς διατάξεις του νομοθετήματος αυτού, μπορεί να συναχθεί ότι ο ασθενής εκλαμβάνεται υπό ευρεία έννοια και δεν αφορά αποκλειστικά τον νοσούντα αλλά και εν γένει τον χρήστη υπηρεσιών υγείας, επομένως περιλαμβάνει και τον δότη οργάνων. Αυτό θα γίνει αν ληφθεί υπόψη η εσωτερική συστηματική ενότητα των συναφών διατάξεων του ίδιου νόμου, όπως λ.χ. του άρθρου 32 για τις μεταμοσχεύσεις ή του άρθρου 33 για την αιμοδοσία. Η εν λόγω συστηματική ερμηνεία ως προς την έννοια του ασθενούς συνεπάγεται και την ευρύτητα στην εννοιολογική προσέγγιση της ιατρικής πράξης. Έτσι ο ΚωδΙατρΔ μπορεί να εφαρμοστεί και σε μη θεραπευτικές νόμιμες ιατρικές πράξεις, όπως η δωρεά οργάνων ή η πλαστική επέμβαση για αισθητικούς σκοπούς, εξάλλου σε κάθε περίπτωση η ιατρική πράξη είναι τόσο σύνθετη<sup>41</sup> και πολύπλοκη, ένα συνονθύλευμα θεραπευτικών και μη πράξεων. που είναι δύσκολο να την ορίσει κανείς.

Ακόμη όμως κι αν διαφωνήσει κανείς με αυτή τη γνώμη και δεχτεί ότι ο ασθενής δεν ταυτίζεται με τον χρήστη υπηρεσιών υγείας αλλά αποκλειστικά με τον νοσούντα, η συναίνεση του ασθενούς δεν παύει να ενδιαφέρει την έρευνα για τον δότη οργάνου και να τον αφορά. Το εν λόγω νομοθετικό πλαίσιο που αφορά τη συναίνεση του ασθενούς μπορεί να χρησιμεύσει στην ερμηνεία των διατάξεων για τη συναίνεση του δότη και στην περίπτωση νομοθετικού κενού και αξιολογικής ομοιότητας στις ρυθμίσεις για τις μεταμοσχεύσεις, να γίνει αναλογική εφαρμογή τους και στη συναίνεση του δότη. Πρόκειται για την *prater legem* ερμηνεία<sup>42</sup>, κατά τη γνώμη της παρούσας, μέσω της συλλογιστικής εκ του ελάσσονος στο μείζον. Αν δηλαδή χρειάζεται η συναίνεση του ασθενούς για τις ιατρικές επεμβάσεις, πολλώ δε μάλλον θα χρειάζεται η συναίνεση του μη ασθενούς δότη που δεν έχει να κερδίσει τίποτα από την επέμβαση παρά μόνο να χάσει, μάλιστα έχοντας τη θέση του εν δυνάμει ασθενούς. Επομένως, μέσω διαφορετικής συλλογιστικής καταλήγουμε στο ίδιο ακριβώς αποτέλεσμα. Είτε εντάξουμε τον δότη στους ασθενείς, που είναι και η ορθότερη άποψη, είτε κάνουμε αναλογική εφαρμογή με επιχείρημα εκ του ελάσσονος στο μείζον συνάγεται πως οι διατάξεις για την συναίνεση του ασθενούς ισχύουν και για τη συναίνεση του δότη, καταλήγοντας στην ουσία στο ίδιο αποτέλεσμα.

---

<sup>40</sup> Παπανικολάου Π., ο.π., σελ 151 επ., όπου αναλύει τη συστηματική ερμηνεία στα πλαίσια της *secundum legem* ερμηνείας.

<sup>41</sup> Πελλένη-Παπαγεωργίου Α., ο.π., σελ. 15

<sup>42</sup> Παπανικολάου Π., Μεθοδολογία του Ιδιωτικού Δικαίου και Ερμηνεία των Δικαιοπραξιών, 2000, 325 επ.

Η εισαγωγή της αρχής της “συναίνεσης του ενημερωμένου ασθενή” στα αλληλοσυνδεόμενα άρθρα 11 και 12 του Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας (ν.3418/2005) συνιστούν τον πυρήνα του νόμου σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του νόμου<sup>43</sup> γιατί εκφράζει το σεβασμό της ελευθερίας του ατόμου. Το πρότυπο δεοντολογίας μεταξύ ιατρού και ασθενούς-αποδέκτη των ιατρικών υπηρεσιών που εκφράζεται με την αρχή αυτή είναι ευρέως γνωστό με τον αγγλοσαξωνικό όρο “informed consent” και αντιδιαστέλλεται από το πατερναλιστικό πρότυπο, όπου ο ιατρός αποφασίζει για τη θεραπεία για να προασπίσει το συμφέρον της υγείας. Στο ισχύον πρότυπο, ο ασθενής αναλαμβάνει ενεργό ρόλο στην ιατρική σχέση, διότι η προηγούμενη συναίνεσή του είναι απαραίτητη για να διενεργηθεί ιατρική πράξη, με εξαίρεση τις περιπτώσεις που η συναίνεση εκ των πραγμάτων δεν μπορεί να δοθεί. Το δικαίωμα αυτοδιάθεσης και αυτοκαθορισμού του ασθενούς βασίζεται πέρα από άρθρο 2 παρ.1 και στο άρθρο 5 παρ. 5 του Συντάγματος που προβλέπει ειδικότερα το ατομικό δικαίωμα προστασίας της υγείας δηλαδή την αμυντική πλευρά του δικαιώματος. Η εν λόγω διάταξη αποτελεί εξειδίκευση της προσωπικής ελευθερίας γιατί κατοχυρώνει την ελευθερία ελέγχου των ιατρικών πράξεων και απαγορεύει τόσο τις σκόπιμα βλαπτικές της υγείας του ατόμου ενέργειες τρίτων, όσο και την ιατρική επέμβαση ή περίθαλψη χωρίς τη συναίνεση του ασθενούς.<sup>44</sup>

## **β. Πηγές του δικαίου μεταμοσχεύσεων**

Η μεταμόσχευση ανθρωπίνων ιστών και οργάνων αποτελεί μια ιδιότυπη *suī generis* ιατρική πράξη. Στον τομέα των μεταμοσχεύσεων η νομολογία σε εθνικό επίπεδο είναι ανύπαρκτη και σε γενικότερα ζητήματα βιοηθικής ελάχιστη. Προς το παρόν μόνο θετικοποιείται νομοθετικά από διατάξεις που ρυθμίζουν εν γένει τις ιατρικές πράξεις και ζητήματα βιοηθικής αλλά και διατάξεις που επικεντρώνονται και εστιάζουν στα αίτια και τη σκοπιμότητα των μεταμοσχεύσεων. Τέτοιες είναι η Ευρωπαϊκή Σύμβαση για τα Ανθρώπινα Δικαιώματα και τη Βιοϊατρική του Συμβουλίου Ευρώπης, η οποία καταρτίστηκε στο Οβιέδο το 1997, κυρώθηκε από το ελληνικό κοινοβούλιο με τον ν.2919/1998 και υπερτερεί σε τυπική ισχύ κατά το άρθρο 28 του Συντάγματος και το Πρόσθετο Πρωτόκολλο αυτής σχετικά με τις Μεταμοσχεύσεις Ιστών και Οργάνων. Η σύμβαση έχει ευρύτατη έκταση, δεν αναφέρεται μόνο στις μεταμοσχεύσεις αλλά περιέχει διατάξεις που εφαρμόζονται σε κάθε ιατρική επέμβαση ή έρευνα σχετικά με τη βιολογία και την ιατρική. Στο άρθρο 1 παρ.1 κατοχυρώνεται η προστασία της ταυτότητας και της αξιοπρέπειας κάθε ανθρώπινου όντος. Το ατομικό συμφέρον, όπως τονίζεται στο άρθρο 2 της Σύμβασης, υπερτερεί

---

<sup>43</sup>Βλ την Αιτιολογική Έκθεση του νόμου σε ΚΝοΒ 2005, σελ.2055. Βλ και *Πελένη-Παπαγεωργίου Α.* Πραγματείες Αστικού Δικαίου, Ιατρική Αστική Ευθύνη και Συναίνεση του Ασθενούς, 2016, Εισαγωγή, σελ.1 επ.

<sup>44</sup>*Χρυσόγονος Χ.*, Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, 2006, σελ.227

από το συμφέρον της επιστήμης και της κοινωνίας.<sup>45</sup>

Περαιτέρω, ειδικά στο ζήτημα των μεταμοσχεύσεων αναφέρεται ο Κώδικας Ιατρικής Δεοντολογίας (εφεξής ΚωδΙατρΔ) που ολοκληρώθηκε με τον ν.3418/2005 και επικεντρώνεται εν γένει στη σχέση ιατρού και ασθενούς. Σημαντικό σημείο αναφοράς είναι ο ν.3984/2011 για “τη δωρεά και μεταμόσχευση οργάνων και άλλες διατάξεις” ο οποίος αντικατέστησε τον ν.2737/1999 και υπήρξε αποτέλεσμα εναρμόνισης της Οδηγίας 2010/53. Η θέσπιση του ν.3984/2011 εκκινήθηκε από την ανάγκη εναρμόνισης της ελληνικής νομοθεσίας με την Οδηγία 2010/53 “για τα πρότυπα ποιότητας και ασφάλειας των ανθρωπίνων οργάνων που προορίζονται για μεταμόσχευση”. Στο επίκεντρο του σκοπού της νομοθετικής πρωτοβουλίας πρωταγωνιστεί η εξασφάλιση επαρκούς αριθμητικής ποσότητας μοσχευμάτων, μέσω του συστήματος της μη αντίρρησης στο άρθρο 9 παρ.2, προς χάριν του ωφελισμού και της ευημερίας της κοινωνίας, όπως της ποιότητας και του προσδόκιμο ζωής. Και αυτός ο νόμος δέχτηκε τροποποίηση από τον ν.127/2012, το άρθρο 55 παρ.4 του ν.4075/2012 και τον ν.4272/2014 που υπήρξε προϊόν εναρμόνισης του εσωτερικού δικαίου με την Οδηγία 2012/25. Παρά τις αλληλοδιαδόχες, αλυσιδωτές τροποποιήσεις και την συνεπαγόμενη ρευστότητα στο δικαιοθετικό πεδίο των μεταμοσχεύσεων πολλές διατάξεις από τον ν.2737/1999 δεν έχουν μεταβληθεί. Τέλος, τα άρθρα 2 παρ.1, 5 και 21 του Συντάγματος περιστρέφονται γύρω από τον άνθρωπο και συνιστούν κεντρικά σημεία αναφοράς για τη δωρεά οργάνων

### **γ. Ο δότης ως επίκεντρο της όλης προβληματικής**

Ο δότης είναι ο καθοριστικός παράγοντας στην προσφορά οργάνου γιατί μόνο μέσα από την ερεϊδόμενη είτε στην αληθινή θέληση είτε σε τεκμήριο συναίνεσή του, εκκινείται και αποκτά νόημα η όλη διαδικασία και οι έννομες σχέσεις και συνέπειες που δημιουργούνται στη μεταμόσχευση. Μπορεί να είναι είτε ζωντανός είτε νεκρός με τις εκατέρωθεν προϋποθέσεις του νόμου να διαφέρουν ριζικά. Ο ζωντανός δότης προβαίνει σε κίνηση αλτρουισμού απευθυντέα σε πρόσωπο με το οποίο συνδέεται με θεσμοθετημένη (οικογενειακοί δεσμοί) ή αυτοδημιούργητη (de facto) συναισθηματική σχέση. Η κεντρική πρωτοτυπία αυτής της ιατρικής πράξης έγκειται στο ότι είναι η μόνη ιατρική επέμβαση που διενεργείται με σκοπό τη θεραπεία προσώπου που δεν συμπίπτει με αυτό που χειρουργείται. Ο νεκρός δότης προκαλεί εξίσου έντονους προβληματισμούς, κυρίως υπό το πρίσμα της παρούσας νομοθεσίας γιατί δίδει τη συναίνεση εν ζωή, όχι με φραστική αμεσότητα αλλά κατά τεκμήριο, όταν δεν εκφράζει αντίρρηση ενώπιον του Εθνικού Οργανισμού Μεταμοσχεύσεων, εφεξής ΕΟΜ<sup>46</sup>. Η τεκμαιρόμενη συναίνεσή του,

---

<sup>45</sup> Δάλλα-Βοργιά Π., Σύμβαση για την προστασία ανθρωπίνων δικαιωμάτων και της αξιοπρέπειας του ανθρώπου σε σχέση με τις εφαρμογές της βιολογίας και της ιατρικής, ΝοΒ, 1999, 873επ.

<sup>46</sup> Αυτό προβλέπεται στο άρθρο 7 παρ. 4 του ν.3984/2011. Εθνικός φορέας διαχείρισης του συστήματος των

που στην ουσία είναι η έλλειψη αντίρρησης, επειδή εξάγεται από ένα τεκμήριο, από ένα πλασματικό συμπέρασμα, έχει μειωμένη βαρύτητα από τον ίδιο το νομοθέτη, γι' αυτό ισχυροποιείται από τη συγκατάθεση της οικογένειας. Η εμπλοκή της οικογένειας αναδύει νέα ερωτήματα για το δικαίωμά της στη λήψη αποφάσεων για το σώμα του νεκρού.

Η συναίνεση του δότη αποκτά ενδιαφέρον όχι μόνο γιατί είναι εργαλείο αυτοπροσδιορισμού και αυτοοευθύνης του αλλά και γιατί όπως κάθε τέτοιο δικαίωμα μπορεί να προσκρούει στο νόμο ή στο Σύνταγμα, να ασκηθεί κατ' απόκλιση από το σκοπό του και να υποσκάψει δικαιώματα άλλων. Γι' αυτό, το περιεχόμενο της δήλωσης βούλησής του δότη πέρα από έλεγχο εγκυρότητας υπόκειται σε ερμηνεία από το δικαστή. Ο σκοπός είναι αφενός να ανιχνευτεί το κανονιστικό νόημα της αληθινής του βούλησης και αν αυτή τηρήθηκε πραγματικά από αυτόν που έπρεπε να την εφαρμόσει, δηλαδή τον ιατρό, όταν απευθύνεται σ' αυτόν και αφετέρου σε συνάρτηση με την δικαιολογημένη εμπιστοσύνη του λήπτη, όταν ο τελευταίος είναι ο αποδέκτης της σχετικής δήλωσης. Είναι σημαντικό επίσης να εξεταστεί το συνταγματικό υπόβαθρο πίσω από τις εμπλεκόμενες δικαιοηθικές αρχές του αστικού δικαίου και το φαινόμενο της τριτενέργειας στο ευρύτατο ερμηνευτικό πεδίο αυτών.

Στο κυρίως ερμηνευτικό προσκήνιο αναδεικνύονται η αρχή της ιδιωτικής αυτονομίας του άρθρου 173 ΑΚ, συνδεδεμένη εμμέσως με την συνταγματική ελευθερία ανάπτυξης της προσωπικότητας και της θρησκευτικής συνείδησης και η αρχή της καλής πίστης και των συναλλακτικών ηθών του άρθρου 200 ΑΚ, περιβάλλουσα της αξίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του λήπτη, όσο ο δότης διατηρεί τη συναίνεσή του σε ισχύ και δεν την ανακαλεί. Στα πλαίσια αυτά εμπλέκονται και άλλες αρχές του συντάγματος που μέσω της καλής πίστης τριτενεργούν, ώστε να διοχετεύεται η ακτινοβολία τους και στο ιδιωτικό δίκαιο, όπως αυτή του κοινωνικού δικαιώματος προστασίας της ζωής και της υγείας του λήπτη, της αξίας των οικογενειακών δεσμών του δότη, καθώς και κοινωνικές αξίες, όπως οι ηθικές αντιλήψεις για την τύχη των οργάνων του νεκρού κτλ. Περαιτέρω, γεννά ενδιαφέρον η σχέση μεταξύ του δότη και εκείνου που προσφέρει ιατρικές υπηρεσίες. Το επιστημονικό ή επαγγελματικό προβάδισμα του τελευταίου μπορεί να υποσκάψει την αυτονομία βούλησης του πρώτου και τη δυνατότητά του να καθορίζει την έννομη σχέση και έτσι εκτός των άλλων κανόνων ερμηνείας να ενεργοποιηθεί η εφαρμογή του ν.2251/1994.

Επομένως, χρήζει ενδιαφέροντος η εξέταση της συναίνεσης του δότη, είτε αυτή έχει δικαιοπρακτικό χαρακτήρα είτε όχι, και η εύρεση του κανονιστικού της νοήματος υπό το πρίσμα

---

μεταμοσχεύσεων είναι ο Εθνικός Οργανισμός Μεταμοσχεύσεων που λειτουργεί ως νομικό πρόσωπο ιδιωτικού δικαίου υπό την εποπτεία του Υπουργείου Υγείας και αναπτύσσει στρατηγική πάνω σε τέσσερις άξονες: την έγκαιρη δήλωση των εγκεφαλικά νεκρών από τις Μονάδες Εντατικής Θεραπείας των νοσοκομείων στις υπηρεσίες του, την ευαισθητοποίηση και πληροφόρηση του κοινού για τις μεταμοσχεύσεις, την ενημέρωση του ιατρικού και νοσηλευτικού προσωπικού για τα θέματα αυτά και την επιδίωξη της αξιοποίησης και δίκαιης κατανομής των μοσχευμάτων κατά την αρχή της εξισωτικής δικαιοσύνης (άρθρο 4 Σ).

του συντάγματος και της τριτενέργειας των αρχών του, του αστικού και ιατρικού δικαίου μέσω της ερμηνείας. Η συναίνεση του δότη αντιμετωπίζεται ως προϋπόθεση και αφετηριακή βάση κάθε διαδικασίας μεταμόσχευσης και ταυτόχρονα εξετάζεται ως χαρακτηριστική έκφανση του δικαιώματος αυτοπροσδιορισμού του ανθρώπου. Περαιτέρω αναλύονται ζητήματα που άπτονται των ηθικών πεποιθήσεων και της νομικής επιστήμης στο πλαίσιο της συνεχούς τους αλληλοσυσχέτισης, όπως η μεταθανάτια προστασία της προσωπικότητας και η δυνατότητα υποκατάστασης της βούλησης του πλέον θανόντος στην προσφορά οργάνων, από την οικογένειά του.

#### **δ. Το πρόσωπο που νομιμοποιείται να είναι δότης στην in vivo μεταμόσχευση**

Έχοντας ως στοχευμένη κοινωνική σκοπιμότητα την ευχέρεια εύρεσης μοσχευμάτων ο ν.3984/2011 προέβη στη διεύρυνση του κύκλου των προσώπων που νομιμοποιούνται ενεργητικά να είναι δότες εν ζωή<sup>47</sup>. Σύμφωνα με το άρθρο 8 παρ.1 δότες μπορούν να είναι καταρχάς οι σύζυγοι. Η συζυγική σχέση αρκεί να μην είναι ανυπόστατη ενώ νομικά αδιάφορη είναι η ακυρότητα, η ακυρωσία, η διάσταση ή η εκκρεμής αγωγή διαζυγίου.

Περαιτέρω νομιμοποιείται ο σύντροφος που συνδέεται με τον λήπτη με σύμφωνο συμβίωσης τουλάχιστον τριών ετών. Το minimum των τριών χρόνων έχει δικαιολογητική βάση την αποφυγή καταστρατήγησης του δικαίου των μεταμοσχεύσεων μέσω της εικονικότητας (άρθρο 138 ΑΚ) γιατί τεκμαίρει την γνήσια, αληθινή διαπροσωπική σχέση για να γίνει μεταμόσχευση<sup>48</sup>. Σε κάθε περίπτωση οι θεσμοθετημένες σχέσεις συμβίωσης, ακόμη και ο γάμος χρήζουν προσεκτικής στάθμισης του ανιδιοτελούς χαρακτήρα τους και ενδεχόμενης αντίθεσης στα χρηστά ήθη σε σχέση με τις λοιπές συγγενικές σχέσεις, λόγω της εύκολης με τα σημερινά δεδομένα δημιουργίας και διάλυσής τους. Αξίζει να αναφερθεί μια σχετική ρύθμιση της γαλλικής νομοθεσίας<sup>49</sup> όπου ο σύζυγος δεν μπορεί να καταστεί δότης παρά μόνο σε περίπτωση επείγουσας ανάγκης. Μια τέτοια ρύθμιση που θέτει εξαίρεση στη συζυγική σχέση δεν φαντάζει οικεία στο δικαίκο περιβάλλον της δικής μας κοινωνικής ηθικής αξιολόγησης των θεσμών, μπορεί όμως να αποτελέσει αφορμή σκεπτικιστικής προσέγγισης σε περίπτωση εικονικών γάμων ή συμφώνων, όπου ευδοκιμούν κίνητρα εκβιασμού ή εκδικητικότητας.

Επιπροσθέτως, νομιμοποιούνται οι συγγενείς που συνδέονται με τον λήπτη με συγγένεια εξ

---

<sup>47</sup> Αιτιολογική έκθεση του ν.3984/2011, Κεφάλαιο Α' αναφορικά με το άρθρο 1, Βλ και Σακελλαροπούλου Β., Λάλα Δ., Σακελλαρόπουλος Θ., Ο νέος νόμος για τη δωρεά και την μεταμόσχευση οργάνων (ν.3984/2011) συγκριτικά με τον προηγούμενο (ν.2737/1999), Ποιν. Χρ. 2012, 91 επ. και Αρμ 2012, 860 επ.

<sup>48</sup> Βάρκα Αδάμη Α., Αδάμης Σ., Η ενημέρωση και συναίνεση του ασθενούς, Η περίπτωση του υποψηφίου δότη και λήπτη ιστών και οργάνων για μεταμόσχευση, 2007. Δημοσιευμένο στην ιστοσελίδα [synefros.gr](http://synefros.gr)

<sup>49</sup> C.S.P.άρθρο L-617-3 al.2. Βλ. και Σακελλαροπούλου Β., Λάλα Δ., Σακελλαρόπουλος Θ., ο.π., Ποιν. Χρ. 2012, 91 επ. και Αρμ 2012, 860 επ.

αίματος μέχρι και τον τέταρτο βαθμό σε ευθεία η πλάγια γραμμή και εξ αγγιστείας μέχρι τον δεύτερο βαθμό. Ως προς την πατρική γονική σχέση είναι αδιάφορο αν αυτή θεμελιώνεται στο γάμο, σε εκούσια ή σε δικαστική αναγνώριση λόγω της νομοθετικής εξομοίωσης των περιπτώσεων αυτών. Αντίστοιχο νομικό καθεστώς πλήρους εξομοίωσης περιλαμβάνει και την γονική σχέση από υιοθεσία παρά τις στατιστικά μειωμένες πιθανότητες ιστοσυμβατότητας, δηλαδή την πρακτική ωφελιμότητα ενός τέτοιου εγχειρήματος. Τίθεται όμως ζήτημα κινήτρου σε ψευδείς αναγνωρίσεις και υιοθεσίες με μόνο σκοπό την νομιμοποίηση μιας κατά τα άλλα ανεπίτρεπτης μεταμοσχευτικής *in vivo* επέμβασης (καταστρατήγηση δικαίου, δηλαδή αλλαγή των πραγματικών περιστατικών ώστε να προσαρμοστούν στο πραγματικό του νόμου). Σε τέτοιες περιπτώσεις από την διερεύνηση του περιεχομένου της δικαιοπραξίας θα πρέπει να ερευνάται, ανεξάρτητα από άλλους παράγοντες, το κίνητρο προσφοράς.

Τέλος, συνιστά νέο βήμα το ότι νομιμοποιείται πρόσωπο το οποίο συνδέεται συναισθηματικά και έχει προσωπική σχέση με το λήπτη. Στην περίπτωση αυτή ο νόμος απαιτεί να δίδεται άδεια με δικαστική απόφαση που εκδίδεται με τη διαδικασία της εκούσιας δικαιοδοσίας ύστερα από ερευνητικό έλεγχο όλων των ασφαλιστικών δικλείδων του νόμου περί αφαίρεσης οργάνου από ζωντανό πρόσωπο, της ψυχικής υγείας του δότη, της προσωπικής σχέσης και του συναισθηματικού δεσμού με τον λήπτη και της ανιδιοτέλειας της προσφοράς.<sup>50</sup>

Μέσω της άμεσης διαμεσολάβησης της δικαστικής έρευνας, η διασφάλιση της αυθεντικότητας στη συναίνεση του δότη είναι ιδιαιτέρως σημαντική. Οι λόγοι είναι οι εξής: Πρώτον επειδή η οικογενειακή σχέση απουσιάζει, η ερμηνεία της δήλωσης μέσω της αληθινής βούλησης είναι απαραίτητη από το δικαστήριο για να αποδειχθεί η πρόθεση ανιδιοτέλειας “εκ του μηδενός” αφού *a priori* δεν τεκμαίρεται μέσα από μια νομικώς αναγνωρισμένη, θεσμοθετημένη σχέση. Αφού απουσιάζει το τεκμήριο του αλτρουισμού και της εγγύτητας που ενυπάρχει στις οικογενειακές σχέσεις, μόνο η ανίχνευση της βούλησης του δότη είναι ικανή να το αναπληρώσει και να αποδείξει τα υψηλά κίνητρα της δωρεάς. Από την ερμηνεία της βουλήσεως πρέπει να προκύπτει διασφάλιση της αρχής της έλλειψης ανταλλάγματος. Ο δικαστής αναλύει τα εσωτερικά κίνητρα του δότη, όπως αυτά εξωτερικεύονται και συνάγονται από τις περιστάσεις και πρέπει να καταλήξει στην απουσία πρόθεσης οικονομικής συναλλαγής.

Επειδή όμως είναι πρακτικά πολύ δύσκολο να σταθμίσει ο δικαστής την ανιδιοτέλεια της προσφοράς ανακύπτει το ερώτημα για το τι θα γίνει σε περίπτωση αμφιβολίας. Αν δεν είμαστε σίγουροι για την ανιδιοτέλεια της προσφοράς η πλάστιγγα θα γείρει προς την αυτονομία της βούλησης και στην ωφελμιστική λογική της μεταμόσχευσης ή προς την αρχή της έλλειψης ανταλλάγματος του ν.3984/2011 που είναι διάταξη αναγκαστικού δικαίου; Θα δοθεί κανονιστικό νόημα στη δικαιοπραξία βάσει της βούλησης και βάσει του σκοπού της θεραπείας του λήπτη ή

---

<sup>50</sup> Σακελλαροπούλου Β., Λάλα Α., Σακελλαρόπουλος Θ., Ο νέος νόμος για τη δωρεά και μεταμόσχευση οργάνων (ν.3984/2011) συγκριτικά και με τον προηγούμενο (ν.2737/1999), Ποιν. Χρ. 2012, 91 επ. και Αρμ 2012, 860 επ.

αυτή θα κριθεί άκυρη ως ανήθικη;

Δεύτερον αυτή ακριβώς η ελευθερία της εκ του μηδενός ανιδιοτέλειας, δηλαδή χωρίς συγγενική σχέση ή γάμο είναι ο σκοπός της ρυζικέλευθης καινοτομίας του νόμου αυτού και δεν εξυπηρετείται παρά μέσω της ερμηνείας της βούλησης. Η τελεολογική βάση της διάταξης του συναισθηματικού δότη επιβάλλει σε περίπτωση αμφιβολίας για τη συναισθηματική σχέση των δύο μερών να διαφυλάσσεται κατά το δυνατόν η βούληση του δότη γιατί η πρόθεση της προσφοράς σε συνθήκες ελευθερίας συνιστά αντανάκλαση και επισφράγισμα της συναισθηματικής σχέσης.

Αφορμή προβληματισμού σε συνδυασμό με τα ανωτέρω για τον συναισθηματικό δότη συνιστούν οι θέσεις της Εθνικής Επιτροπής Βιοηθικής. Σε εισήγησή της<sup>51</sup> για το νομοσχέδιο περί μεταμοσχεύσεων που όταν ψηφίστηκε τροποποίησε τον ν.2737/1999 εξέφρασε αντίθεση αναφορικά με τη διεύρυνση του κύκλου των δυνητικών δοτών και σε πρόσωπα που συνδέονται με μη θεσμοθετημένη προσωπική σχέση με τον λήπτη. Η αιτιολογία επικεντρώνεται στο ότι όσο απομακρύνεται κανείς από τη σφαίρα των στενών συγγενών τόσο αυξάνεται η πιθανότητα εκμετάλλευσης ή ηθικού εκβιασμού του δυνητικού δότη αφού το αλτρουιστικό κίνητρο είναι αδύναμο και δυσχερώς αποδείξιμο.

Όμως δεν αποκλείεται να λειτουργεί και στη συγγένεια ηθικός εκβιασμός και μάλιστα συνηθέστερος λόγω της εκ φύσεως στενότερης τριβής. Η Επιτροπή δέχτηκε ότι το αλτρουιστικό κίνητρο δεν είναι δεδομένο στους στενούς συγγενείς απλά τεκμαίρεται οτί υπάρχει. Γι' αυτό η έρευνα της αληθινής βούλησης του δότη και σε αυτές τις περιπτώσεις δεν υπολείπεται σημασίας. Η όποια όμως δυσχέρεια απόδειξης του αγνού κινήτρου δεν πρέπει να παρακωλύει τον θεσμό του συναισθηματικού δότη.

Επομένως, για την άρτια κατάληξη της δικαστικής απόφασης προηγείται η διασάφηση της δήλωσης βουλήσεως του δότη για το τι ήθελε όταν αυτό συνάγεται και τι υποθετικά θα ήθελε σε περίπτωση κενού, αφενός για να αποδείξει τα υψηλά κίνητρα και αφετέρου για να στηρίξει το σκοπό του νόμου. Αυτή τη βούληση θα ερευνήσει ο δικαστής χωρίς προσήλωση στις λέξεις από την πραγματική βούληση σε συνδυασμό με την κατάσταση συμφερόντων δότη και λήπτη που διαφαίνεται από την επίκτητη σχέση τους. Η τελευταία μπορεί να εξειδικευτεί μέσω της καλής πίστης του άρθρου 200 ΑΚ.

#### **ε. Η γενική κατάσταση συμφερόντων που διέπει το ζήτημα της συναίνεσης του δότη ως σχέση του δημοσίου με το ιδιωτικό δίκαιο**

Στο πλαίσιο της συμφεροντοκεντρικής βιοηθικής, στο πεδίο των μεταμοσχεύσεων εμπλέκονται

---

<sup>51</sup>Εθνική Επιτροπή Βιοηθικής για τη νομοθετική αντιμετώπιση των μεταμοσχεύσεων. Ανάρτηση στη ιστοσελίδα [www.bioethics.gr](http://www.bioethics.gr).

τα αντικρουόμενα συμφέροντα πολλών προσώπων, κυρίως του δότη, του λήπτη, των συγγενών, των ιατρικών φορέων και του κοινωνικού συνόλου εν γένει. Η σχέση των συμφερόντων αυτών διέπεται από λεπτές και εύθραυστες ισορροπίες. Γι' αυτό απαιτεί μεγάλη επιστημονική ωριμότητα από τον νομοθέτη και βαθιά αντίληψη του δικαίου στην εναρμόνισή τους. Ακόμη και στο ίδιο πρόσωπο μπορεί να εντοπιστούν συμφέροντα που αντιστοιχούν σε δικαιώματα και βρίσκονται σε ένταση μεταξύ τους.

Γύρω από τον δότη συνωθούνται οι αξίες της αυτονομίας και της αξιοπρέπειάς του, της μη υπονόμευσής του σε μέσον για άλλο σκοπό. Το κύριο συμφέρον του έγκειται στο να αποφασίζει ο ίδιος να επιθυμεί να προβεί στη δωρεά ή όχι ή να την ανακαλέσει όποτε και για όποιους λόγους θέλει (άρθρο 8 ν.3984/2011). Ωστόσο ο αυτοπροσδιορισμός του δέχεται περιορισμούς από κανόνες δημοσίας τάξης, όταν ενδέχεται να υπονομευτούν άλλα συμφέροντά του. Κατ' αρχάς να σημειωθεί πως αυτά τα συμφέροντα του δότη κατοχυρώνονται πολύ περισσότερο στις δημοσίου δικαίου διατάξεις του νόμου για τις μεταμοσχεύσεις και λιγότερο στο ιδιωτικό δίκαιο όπου η μετουσίωσή τους ενώπιον ιατρού, κλινικής, λήπτη κτλ γίνεται μέσω της τριτενέργειας των συνταγματικών δικαιωμάτων του ανθρώπου (άρθρο 25 παρ. 1 εδ.1 Σ)<sup>52</sup>, χωρίς να υπάρχουν ειδικές διατάξεις. Οι διατάξεις που στρέφονται γύρω από το πρόσωπο του δότη, έχουν ως κύριο έρεισμα το άρθρο 5 παρ. 1 Σ για την προστασία της προσωπικότητας, την παρ.2 του ίδιου άρθρου για την προστασία της ζωής όλων των ανθρώπων (ατομικό δικαίωμα προστασίας της υγείας) και το 2 παρ.1 Σ (θεμελιώδες καθήκον της πολιτείας η προστασία της αξίας του ανθρώπου).

Ως προς τις διατάξεις του κοινού δικαίου, ο λόγος που είναι πρωτίστως δημοσίου και αναγκαστικού δικαίου είναι γιατί φέρνουν το δότη ενώπιον της προστατευτικής πολιτικής του Κράτους ανεξάρτητα από τη δική του βούληση και την διάθεση συναίνεσής του (πατερναλιστική θεώρηση, αρχή του μη βλάπτειν)<sup>53</sup> Στη κατεύθυνση αυτή συνηγορούν οι αρχές που διαγορεύουν την βιοηθική αρχή του μη βλάπτειν και προβλέπονται στο άρθρο 4 του ν. 3984/2011 και τις συναφείς διατάξεις του Κωδ.ΙατρΔ, όπως η αρχή της επικουρικότητας της μεταμόσχευσης, κατ' εξαίρεση από ζωντανό δότη και οι εγγυήσεις για καταλλήλως ενημερωμένη συναίνεση. Γενικά τα συμφέροντα του δότη υπό πατερναλιστική σκοπιά κατοχυρώνονται κυρίως στις δημοσίου δικαίου διατάξεις για τις μεταμοσχεύσεις<sup>54</sup> που αναφέρθηκαν και έχουν αναγκαστικό χαρακτήρα

---

<sup>52</sup> Δαγτόγλου Π.Δ., Συνταγματικό Δίκαιο, Ατομικά Δικαιώματα, 2010, 177 επ., Παπανικολάου, ο.π., 258 επ.

<sup>53</sup> Ψαρούλης Δ. και Πολυχρόνης Β., Ιατρικό Δίκαιο και Στοιχεία Βιοηθικής, 2010, σελ. 412

<sup>54</sup> Από την πατερναλιστική θεώρηση της ιατρικής σχέσης εν γένει οικοδομείται η θεωρία της ωφελιμότητας που περιορίζει τη δικαιοπρακτική ελευθερία στη σχέση γιατρού και ασθενούς με γνώμονα το συμφέρον του τελευταίου. Η αρχή του ιατρικού πατερναλισμού διαφαίνεται ως θεμελιώδης στα ιπποκράτεια κείμενα που στηρίζονται στη βασική αρχή της προστασίας του ασθενούς. Ο όρος ιατρικός πατερναλισμός συναντάται σε όλες τις φιλοσοφικές και κοινωνικές μελέτες για την ιατρική σχέση, βελτιωμένος με την αντικατάσταση της λατινικής ρίζας *pater* με τη λέξη *parent*. Αναπλιώτη-Βαζαίου Ει., Γενικές Αρχές Ιατρικού Δικαίου, 1993, 19 επ.

(θεραπευτικός σκοπός, έλλειψη ανταλλάγματος, έλλειψη σοβαρού κινδύνου, αρχή επικουρικότητας κτλ). Το κεντρικό ζήτημα αυτής της προβληματικής είναι το άτομο να προστατεύεται από τον ίδιο του τον εαυτό, ενδεχομένως τις αυθαίρετες αποφάσεις του από την πολιτεία για το δικό του συμφέρον, “για το καλό του”. Ο δότης δεν μπορεί να υποβιβάζεται σε αντικείμενο ή αναλώσιμο όργανο εξυπηρέτησης άλλων σκοπών, ακόμη και αν το επιθυμεί. Από την άλλη πλευρά, ο λήπτης έχει συμφέρον για κοινωνική θεραπεία από το άρθρο 21 παρ.3 όπου επιτάσσεται ως κατευθυντήρια γραμμή η μέριμνα του κράτους για την υγεία των πολιτών και όχι ως υποχρέωση όπως στην κατοχύρωση των ατομικών δικαιωμάτων.

Η βιοηθική διάσταση του προβλήματος καταδεικνύεται και στα *post mortem* συμφέροντα χωρίς να υπολείπεται ενδιαφέροντος νομικού, φιλοσοφικού και κοινωνιολογικού. Η αξιοπρέπεια του νεκρού είναι έννοια που στοιχειοθετείται είτε αναδρομικά για όσο ζούσε είτε ως μετενέργεια είτε ως συμφέρον των συγγενών να τη διαφυλάξουν. Οι συγγενείς του νεκρού δότη, εκτός από αντιπρόσωποί του και φορείς της εικαζόμενης συναίνεσής του είναι και φορείς δικών τους αυτοτελών συμφερόντων που αφορούν το νεκρό που προκύπτει από το πένθος τους και τη σύνδεσή τους με αυτόν. Το κράτος έχει συμφέρον ως προς τα κριτήρια της κατανομής των μοσχευμάτων, έχει κίνητρα ωφελισμού για την υγεία των μελών της που μπορεί να οδηγήσει ακόμη και στην υποστήριξη της, προς τη λογική της απαλλοτρίωσης, κοινωνικοποίησης του πτώματος, πτυχή του ζητήματος που αναφύει προβληματισμούς δημοσίου δικαίου. Η συνολική επισκόπηση αυτής της προβληματικής καταλήγει πως είναι επικίνδυνο να δοθούν μονοσήμαντες και ακλόνητες απαντήσεις ή αποκρυσταλλωμένες λύσεις σε ένα τόσο πολύπλοκο ζήτημα.

Κατά τούτο το συνονθύλευμα αντίρροπων τάσεων, η θεώρηση της δήλωσης βουλήσεως του δότη δεν πρέπει να διενεργείται ποτέ μονοδιάστατα, αλλά πάντοτε υπό την ενδελεχή και σφαιρική επισκόπηση όλων αυτών των αλληλοσυνδεόμενων ζητημάτων δημοσίου και ιδιωτικού δικαίου. Η ανωτέρω διατύπωση έχει βάση στο ότι η συναίνεση του δότη, και γενικότερα η αυτόνομη επιλογή κάθε ανθρώπου, βρίσκει δικαιολογητική βάση στο άρθρο 5 παρ.1 του Συντάγματος για την ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας η οποία μπορεί να περιορίζεται από τα δικαιώματα άλλων, το Σύνταγμα και τα χρηστά ήθη.

#### **στ. Η σχέση του μοσχεύματος με το δίκαιο των συναλλαγών και του εμπορίου**

Έχει τεθεί έντονη αμφισβήτηση για τον ορισμό του οργάνου ως πράγμα εκτός συναλλαγής<sup>55</sup> με ενδεικτικό επιχείρημα το άρθρο 1128 του γαλλικού αστικού κώδικα. Σύμφωνα με αυτό δεν υπάρχουν άλλα πράγματα που μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο συμβάσεων κατά το αστικό δίκαιο παρά μόνο τα πράγματα εντός συναλλαγής. Κατά τη γνώμη αυτή, το νομικό καθεστώς που αφορά τα πράγματα εκτός συναλλαγών είναι ιδιαίτερα περιοριστικό γιατί συνεπάγεται την

---

<sup>55</sup>Κούρτης Μ., ο.π., σελ. 95

απόλυτη απαγόρευση μεταβίβασης ή διάθεσης. Χαρακτηρίζοντας τα ανθρώπινα όργανα ως πράγματα εκτός των συναλλαγών, καταφεύγουμε στο αδιέξοδο αποτέλεσμα ότι δεν απαγορεύονται μονάχα οι επαχθείς συμβάσεις αλλά και οι κάθε μορφής χαριστικές, κατ' εφαρμογή του αξιώματος του ρωμαϊκού δικαίου *ubi lex non distinguit*. Επομένως φτάνουμε στο άτοπο αποτέλεσμα ότι και αντάλλαγμα να μην υπάρχει η δικαιοπραξία είναι παράνομη γιατί σύμβαση και ανθρώπινα όργανα δεν συμβαδίζουν. Το αδιέξοδο προτείνεται να επιλυθεί από τον Κούρτη<sup>56</sup> με το να θεωρήσουμε τα όργανα πράγματα ανθρώπινης προέλευσης, εντός των συναλλαγών αλλά εκτός του εμπορίου. Με τον τρόπο αυτό θα αποκλείονται οι πράξεις αγοραπωλησίας οργάνων ενώ ταυτόχρονα δικαιολογείται η χαριστική δωρεά τους.

Το ανωτέρω συμπέρασμα φαίνεται να πάσχει, κατά τη γνώμη της παρούσας, γιατί συγχέει το εμπόριο γενικά με τις συναλλαγές. Η εμπορική πράξη δεν ταυτίζεται πάντα με την αγοραπωλησία,<sup>57</sup> με άλλα λόγια το “εκτός εμπορίου” δεν συνεπάγεται την έλλειψη ανταλλάγματος. Μια σύμβαση με αντάλλαγμα δεν είναι πάντα εμπορική πράξη (λ.χ. μια αγοραπωλησία ενός σπιτιού του αστικού δικαίου) και μια εμπορική πράξη δεν είναι πάντοτε σύμβαση με αντάλλαγμα (λ.χ. μια εξ αντικειμένου παράγωγη εμπορική πράξη). Πρόκειται, κατά το συμπέρασμα στο οποίο μπορεί να καταλήξει κανείς, για έννοιες που έχουν τη συσχέτιση τεμνόμενων κύκλων γιατί κατά ένα μέρος συμπίπτουν και κατά ένα μέρος αποκλίνουν. Έτσι προκύπτει ότι ο ορισμός των οργάνων ως εκτός του εμπορίου πράγματα δεν εμποδίζει τον μη ανταλλακτικό χαρακτήρα αυτών και είναι ασύμβατος με τη σχετική νομοθεσία (άρθρο 5 ν.3984/2011, άρθρο 32 ΚωδΙατρΔ). Επίσης ούτως ή άλλως οι δικαιοπραξίες περί μεταμόσχευσης δεν έχουν τον χαρακτήρα δωρεάς του αστικού δικαίου<sup>58</sup> Συνοπτικά, το ορθότερο είναι κατ' εμέ να δεχτούμε ότι τα ανθρώπινα όργανα είναι πράγματα εκτός συναλλαγής αλλά η μεταμόσχευση από ζώντα ή θανόντα δότη σε λήπτη δεν είναι καν συναλλαγή στα στενά όρια του αστικού δικαίου αλλά μια ηθική, με ιδιότυπο δικαιοπρακτικό χαρακτήρα πράξη ελευθεριότητας, επομένως επιτρέπεται η διάθεσή τους. Άλλωστε και ο γάμος θα μπορούσε να θεωρηθεί, μια πράξη με ιδιότυπο δικαιοπρακτικό χαρακτήρα, μια οιονεί δικαιοπραξία, χωρίς ταυτόχρονα να είναι συναλλαγή εν στενή εννοία.<sup>59</sup>

Αν δεχτούμε ότι το πτώμα είναι υπόλειμμα της προσωπικότητας του θανόντος το αφαιρεθέν

---

<sup>56</sup>Κούρτης Μ., ο.π., σελ.95 επ. , όπου μελετά την αστική φύση του ανθρώπινου σώματος και τη σχέση του με τις πράξεις ιδιωτικού δικαίου.

<sup>57</sup> Περράκης Ευ., Γενικό Μέρος του Εμπορικού Δικαίου, 2011, 167 επ. για τον ορισμό των εμπορικών πράξεων

<sup>58</sup>Η αυστηρή διατύπωση του άρθρου 496 ΑΚ για τη δωρεά αναφέρεται υποχρεωτικά σε παροχή περιουσιακού αντικειμένου και επιπλέον η δωρεά δεν μπορεί να ανακληθεί ελεύθερα σε αντίθεση με την *in vivo* μεταμόσχευση.

<sup>59</sup>Προς αυτή την κατεύθυνση φαίνεται να στρέφεται και η Μαραγκάκη Ε., Δωρεά και μεταμόσχευση οργάνων (ν.3984/2011), Αναγκαιότητα - Νέες Ρυθμίσεις, ΣΥΝ, 2011, Τεύχος 86, σελ. 40. Αναφέρει χαρακτηριστικά ότι “Το ανθρώπινο σώμα δεν είναι αντικείμενο συναλλαγής. Το πτώμα και τα όργανα αυτού δεν συνιστούν πράγματα κατά το αστικό δίκαιο.”

μόσχευμα από ζώντα δότη θα πρέπει να αντιμετωπίζεται και αυτό ως στοιχείο της προσωπικότητας του ζώντος για λόγους λογικής συνέπειας του συλλογισμού (*argumentum a minori ad maius*). Εάν δεχτεί κανείς ότι το μόσχευμα που προέρχεται από μη υφιστάμενο πλέον πρόσωπο χαρακτηρίζεται ως υπόλειμμα της προσωπικότητάς του, τότε κατά μείζονα λόγο το όργανο που προσφέρεται από πρόσωπο εν ζωή θα πρέπει να αποτελεί όχι υπόλειμμα αλλά ενεργό στοιχείο της προσωπικότητάς του. Γι' αυτό ο χαρακτηρισμός του ως πράγμα εκτός συναλλαγής είναι δόκιμος χωρίς να εμποδίζει τη διάθεσή του, δεδομένου ότι δεν είναι πράγμα, με την κλασική έννοια, του όρου για να χαρίζεται, όπως σε μια σύμβαση δωρεάς του αστικού δικαίου αλλά ενός στοιχείο της προσωπικότητας του δότη συνδεδεμένο με τον στενό πυρήνα της ύπαρξής του.

## **2. Η “ενημερωμένη” συναίνεση στην in vivo μεταμόσχευση**

### **α) Η ενημέρωση ως προϋπόθεση της συναίνεσης**

#### **αα) Εξουσιαστική φύση και πατερναλιστική θεώρηση της ιατρικής σχέσης**

Η ιατρική σχέση έχει εκ φύσεως και εξ ορισμού μια ιδιόμορφη εξουσιαστική μορφή στο πρόσωπο του ασθενούς. Τούτο συνάγεται από την εγγενή ανισομέρεια που δημιουργείται, σαφέστερα από το ότι στο πρόσωπο του ασθενούς συντρέχουν όλα τα χαρακτηριστικά της ανάγκης, της κουφότητας και της απειρίας που προβλέπονται από το άρθρο 179 ΑΚ και θα μπορούσαν να καταστήσουν την ιατρική σχέση άκυρη ή ως σύμβαση αντικείμενη στα χρηστά ήθη.

Ο αποδέκτης των ιατρικών υπηρεσιών τεκμαίρεται, με την έννοια της σοβαρής και ισχυρής πιθανολόγησης, ότι δεν μπορεί να αξιολογήσει με ακρίβεια τα δεδομένα της σχέσης. Έτσι είναι δυνατόν να βρίσκεται σε υπέρμετρη δέσμευση της ελευθερίας του, δηλαδή σε πρόσφορο έδαφος για εκμετάλλευση της αδυναμίας του ευχερέστερα από άλλες περιπτώσεις. Ο ιατρός ή η κλινική μπορεί να χρησιμοποιήσουν την ανάγκη, την κουφότητα και την απειρία του δότη αλλά και του λήπτη με σκοπό περιουσιακά ωφέληματα τα οποία κατά τις περιστάσεις τελούν σε προφανή δυσαναλογία προς την παροχή ή να τον παρασύρουν σε μια επιλογή που τον επιβαρύνει, μόνο και μόνο για να αποποιηθούν των ευθυνών τους.

Από τα παραπάνω συνάγεται πως η ιατρική πράξη θα μπορούσε να θεωρηθεί ως δικαιοπραξία με την οποία περιορίζεται υπέρμετρα η ελευθερία του προσώπου αν εφαρμοστούν αποκλειστικά οι κανόνες των άρθρων 173 και 200 ΑΚ που είναι λειτουργικά τελέσφοροι σε μια ισότιμη δικαιοπρακτική σχέση και εδώ δεν αρκούν. Η ερμηνεία της ιατρικής σχέσης με γνώμονα την προστασία του καταναλωτή, η υποχρέωση ενημέρωσης κτλ συνιστούν μέτρα για την αντιμετώπιση αυτής ακριβώς της εξουσιαστικής σχέσης και την προστασία του ασθενούς, ειδικά

του δότη.

## **ββ) Γενικά: Η ενημέρωση του ασθενούς**

Με τον Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας έγινε για πρώτη φορά στο ελληνικό δίκαιο ο διαχωρισμός της ενημέρωσης και της συναίνεσης του ασθενούς σε ιατρική πράξη σε δύο διαφορετικά άρθρα (11 και 12). Ο κατακερματισμός επιφύλασσε ενώ υπάρχει αυτονόητα στενή αλληλεξάρτηση μεταξύ τους προφανώς για λόγους σαφήνειας και δομής. Για τους ίδιους λόγους το άρθρο 11 για την ενημέρωση προηγείται του άρθρου 12 για τη συναίνεση. Ο παλαιότερος Κωδ.Ιατρ.Δ του 1955 δεν προέβλεπε τίποτε απολύτως<sup>60</sup> για την ενημέρωση των ασθενών, ωστόσο στον άρθρο 8 στόχευε στη διασφάλιση ότι μη ενδεδειγμένες χειρουργικές επεμβάσεις που θα μπορούσαν να θίξουν το αίσθημα της προσωπικής ελευθερίας και την ελεύθερη βούληση των ασθενών δεν θα λάμβαναν χώρα. Συγκεκριμένη αναφορά σε δικαίωμα ενημέρωσης ασθενούς γίνεται στην ελληνική νομοθεσία για πρώτη φορά με τον ν.2071/1992 (άρθρο 47 παρ.4), όπου νοσοκομειακός ειδικά ασθενής δικαιούται να λαμβάνει κάθε πληροφορία που αφορά την κατάστασή του.

Η υποχρέωση ενημέρωσης του ιατρού συμπεριλαμβάνεται τόσο στις ιατρικές του υποχρεώσεις, όσο και στην αδικοπρακτικής φύσεως υποχρέωση του μη βλάπτειν (άρθρο 914 ΑΚ). Ακόμη όμως κι αν δεν υπήρχε ρητή διατύπωση στον Κωδ.Ιατρ.Δ θα στοιχειοθετείτο ενδοσυμβατική παρεπόμενη υποχρέωση ενημέρωσης με βάση την καλή πίστη (άρθρο 288 ΑΚ). Υπό τα ισχύοντα δεδομένα η σπουδαιότητά της αποτελεί κύρια υποχρέωση του ιατρού κατά κρατούσα,<sup>61</sup> αλλά όχι δίχως αμφισβήτηση<sup>62</sup> άποψη. Γενικότερα, η υποχρέωση ενημέρωσης πηγάζει και από το δικαίωμα του ασθενούς στην προστασία της προσωπικότητάς του και ειδικότερα της έκφρασης αυτής που αφορά την ελευθερία επιλογών και αποφάσεων σχετικά με την υγεία και τη ζωή του. Τούτο την καθιστά κύριο πρωτεύον στοιχείο της σύμβασης ιατρικής αγωγής<sup>63</sup> με επιπλέον επιχείρημα ότι συνάδει συστηματικά αλλά και τελεολογικά με το πνεύμα του νόμου περί προστασίας του καταναλωτή (ν.2251/1994).<sup>64</sup>

---

<sup>60</sup>Κανελλοπούλου- Μπότη Μ., σε Ερμηνεία Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας (ν.3418/2005), επιμέλεια Λασκαρίδη Εμ., 2013, σελ.151

<sup>61</sup>Ανδρουλιδάκη-Δημητριάδη Ι., Η υποχρέωση ενημέρωσης του ασθενούς, Συμβολή στη διακρίβωση της αστικής ευθύνης 1993, σελ.130 επ.

<sup>62</sup>Φουντεδάκη Αι., Αστική Ιατρική Ευθύνη, 2003, σελ.174 και Ψαρούλης Δ., Βούλτσος Π., Ιατρικό Δίκαιο, 2010, σελ.196 οι οποίοι υποστηρίζουν ότι η ενημέρωση ασθενούς αποτελεί παρεπόμενη υποχρέωση. Βλ και Σταθόπουλος Μ.Π., Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 1998, σελ. 234

<sup>63</sup>Αναλύεται αλλού στην παρούσα εργασία πως κατά μία άποψη είναι σύμβαση ιατρικής αγωγής η δήλωση βουλήσεως επί δωρεάς ενώπιον του ιατρού.

<sup>64</sup>Φουντεδάκη Αι., Η Αστική Ιατρική Ευθύνη μετά τον ν.2251/1994, Κρ.Ε., 1996/2, σελ.196 επ.

Στο τελευταίο συμπέρασμα (σύνδεση του Κωδ.Ιατρ.Δ με τον ν.2251 περί κύριας υποχρέωσης) μας οδηγεί προσθετικά και το εξής: Όπως χαρακτηριστικά αναφέρεται στην εισηγητική έκθεση του ν.3481/2005 η ενημέρωση του ασθενούς αποτελεί το αντίβαρο μεταξύ του ιατρού που ξέρει και του ασθενούς που δεν ξέρει, για να έχουμε ίσα μέρη στην ιατρική σύμβαση. Είναι αντιστάθμισμα, εξισορρόπηση και επιδίωξη συμβατικής δικαιοσύνης. Το συμφέρον του ασθενούς είναι καθοριστικό και η εξυπηρέτησή του εξαρτάται από την πληρότητα και την ακρίβεια των πληροφοριών που του δίνονται. Η υποχρέωση έγκυρης και έγκαιρης ενημέρωσης των προσώπων που θα υποστούν οποιαδήποτε επέμβαση, θεραπευτική και μη, και αντίστοιχα οι αστικές αξιώσεις σε περίπτωση παράβασής της εξισορροπούν και αντισταθμίζουν το εκ προοιμίου γνωστικό και δικαιοπρακτικό προβάδισμα του ιατρού ή της κλινικής. Γι' αυτό, ως υποχρέωση, πέραν των ανωτέρω διατάξεων, θεμελιώνεται και στο άρθρο 8 του ν.2251/1994 για την προστασία του καταναλωτή, που καθορίζουν γενικά την ευθύνη του παρέχοντος υπηρεσίες. Η υποχρέωση ενημέρωσης του ιατρού κατά το άρθρο 11 του Κωδ.Ιατρ.Δ πέρα από το ιδεολογικό υπόβαθρο άσκησης του ιατρικού επαγγέλματος έχει και κανονιστική φύση. Δηλαδή δεν πρόκειται μόνο για μια ηθική υποχρέωση στο πλαίσιο του λειτουργήματος με κοινωνική προσφορά για την προστασία της υγείας αλλά έχει και την πρακτική σημασία της γνήσιας νομικής υποχρέωσης που γεννά αστική ευθύνη σε συμβατικό και αδικοπρακτικό επίπεδο.<sup>65</sup>

### **γγ) Ειδικά: Η ενημέρωση του δότη**

#### **ααα) Νομοθετικό πλαίσιο**

Η απόφαση της *in vivo* δωρεάς οργάνου γίνεται με εξατομικευμένο αποδέκτη, τον ιατρό και τον λήπτη και με εξαίρεση τους δημόσιας τάξης κανόνες που περιορίζουν την αυτονομία της βουλήσεως σε καθεστώς ελευθεριότητας. Η ελευθεριότητα αυτή, που συνιστά νόμιμη αιτία για την εγκυρότητα της συναίνεσης, διασαφηνίζεται και νοηματοδοτείται από την πλήρη γνώση και τη διεξοδική ενημέρωση για τις συνέπειες της μεταμόσχευσης. Κατά μια γνώμη η συναίνεση του δότη ενώπιον του ιατρού είναι απλή νομιμοποιητική πράξη και δεν έχει δικαιοπρακτικό χαρακτήρα<sup>66</sup>. Επομένως, κατά την προσέγγιση αυτή, η ενημέρωση δεν συνιστά ούτε πρόταση, ούτε πρόσκληση για την υποβολή προτάσεως από τον ιατρό προς τον δότη, αλλά βασική προϋπόθεση του κύρους της νομιμοποιητικής πράξης. Αν αντιθέτως η συναίνεση ενώπιον του ιατρού θεωρηθεί δικαιοπραξία, η έλλειψη ενημέρωσης μπορεί να συνιστά λόγο ακυρωσίας λόγω

<sup>65</sup> Πελένη-Παπαγεωργίου Α., Πραγματείες Αστικού Δικαίου, Ιατρική Αστική Ευθύνη και Συναίνεση του Ασθενούς, 2016, Εισαγωγή, σελ.9 επ., και ΚΝοΒ 2005, σελ.2053 όπου η Αιτιολογική Έκθεση του 3418/2005 διευκρινίζει την ηθική αλλά και την νομική φύση των υποχρεώσεων του ιατρού που προβλέπει αυτός ο νόμος.

<sup>66</sup> Ανδρουλιδάκη Δημητριάδη Ι, Η υποχρέωση ενημέρωσης του ασθενούς, Συμβολή στη διακρίβωση της αστικής ευθύνης, 1993, σελ.382

πλάνης. Δικαιοπραξία είναι κατά κρατούσα γνώμη η πρόταση προσφοράς οργάνου από το δότη και η αποδοχή της από τον λήπτη. Για να προβεί ο δότης στη μεταμόσχευση θα πρέπει να διαφωτιστεί για όλα τα περιστατικά που περιβάλλουν την πράξη του.

Το άρθρο 7 του ν.3984/2011 περιλαμβάνει ενδελεχείς και εναργώς διατυπωμένες διατάξεις για την προηγηθείσα της επέμβασης υποχρέωση ενημέρωσης του ζώντος δότη, καθώς και των ασκούντων τη γονική μέριμνα θανόντος ανηλίκου για δωρεά οργάνων. Η αυστηρή και εξαντλητική ρύθμιση σχετικά με την υποχρέωση ενημέρωσης επιβάλλεται ενόψει της διεύρυνσης του κύκλου των ζώντων δυνητικών δοτών οργάνων, αλλά και της καθιέρωσης του κανόνα της μη εναντίωσης στη μετά θάνατον δωρεά οργάνων.<sup>67</sup> Οι διατάξεις αυτές<sup>68</sup> εξειδικεύονται στην αναγκαία χειρουργική επέμβαση της αφαίρεσης του προς μεταμόσχευση οργάνου και συμπληρώνουν τις γενικές διατάξεις του Κωδ.Ιατρ.Δ και της Σύμβασης του Οβιέδο (άρθρο 5 ν. 2919/1998).

Συγκεκριμένα, στο άρθρο 7 του ν. 3984/2011 προβλέπεται η υποχρέωση ενημέρωσης του ζώντος δότη (παρ.1) των ασκούντων τη γονική μέριμνα του ανηλίκου θανόντος δότη (παρ. 2) και όσων πολιτών επιθυμούν να πληροφορηθούν για τη διαδικασία των μεταμοσχεύσεων (παρ.3). Η ενημέρωση τελεί σε αλληλοσυσχέτιση με την έκφραση της αληθινής βούλησης, η οποία χωρίς την ενημέρωση δεν μπορεί να στοιχειοθετηθεί.<sup>69</sup>

Κατά την παράγραφο 1 οι ιατροί και οι ειδικά καταρτισμένοι υπάλληλοι του ΕΟΜ οφείλουν να ενημερώσουν τον ζώντα δότη για τη φύση της αφαιρετικής επέμβασης, την αναγκαία προετοιμασία, το χρόνο και τη διαδικασία αποκατάστασης, τους κινδύνους για τη ζωή και την υγεία του αλλά και τα οφέλη για τον λήπτη. Με τον τρόπο αυτό ο δότης, στα πλαίσια της ελευθεριότητας και της αυτοευθύνης, του θα επωμιστεί το βάρος της αξιολόγησης της "θυσίας" του. Η δικαιοσύνη στη δωρεά οργάνων δεν "φιλτράρεται" μόνο από αναγκαστικού δικαίου κανόνες, όπως ο θεραπευτικός σκοπός, η ασφαλής διεξαγωγή της επέμβασης κτλ που εξειδικεύουν από τον κοινό νομοθέτη την αρχή της αναλογικότητας του Συντάγματος, της προσφορότητας, αναγκαιότητας και της αναλογίας θυσίας και οφέλους. "Φιλτράρεται" επίσης και από τον πεφωτισμένο τρόπο που δίδεται μέσω της διεξοδικής ενημέρωσης, ώστε ο δυνητικός δότης να σταθμίσει μόνος του αν ο σκοπός της θεραπείας είναι ισχυρό αντιστάθμισμα στην ταλαιπωρία του. Εξίσου σημαντική είναι η ενημέρωση γενικευμένα για τις ιατρικές πράξεις (άρθρα 11 και 12 Κωδ.Ιατρ.Δ)<sup>70</sup>.

<sup>67</sup> Σακελλαροπούλου Β., Λάλα Α., Σακελλαρόπουλος Θ., Ο νέος νόμος για τη δωρεά και μεταμόσχευση οργάνων (ν.3984/2011) συγκριτικά και με τον προηγούμενο (ν.2737/1999), Αρμ., 2012, σελ.867 και Ποιν. Χρ. 2012, 91 επ.

<sup>68</sup> Βάρκα-Αδάμη Α., ο.π., σελ.293

<sup>69</sup> Μαργακάκη Ε., Δωρεά και μεταμόσχευση οργάνων (ν.3984/2011), Αναγκαιότητα - Νέες Ρυθμίσεις, ΣΥΝ, 2011, Τεύχος 86, σελ. 42

<sup>70</sup> Κατά την παράγραφο 3 του άρθρου 11 Κωδ.Ιατρ.Δ τονίζεται ειδικώς από τον νομοθέτη ότι η ενημέρωση στις μεταμοσχεύσεις πρέπει να τυγχάνει ιδιαίτερης προσοχής.

Προφανώς το ίδιο ισχύει και για τον λήπτη, διότι πέρα από τη φύση και τον κίνδυνο της δικής του επέμβασης, θα πρέπει να του δοθούν οι απαραίτητες πληροφορίες για τις συνέπειες της επέμβασης του δότη ώστε να σταθμίσει και εκείνος τα δεδομένα, τις αρνητικές και θετικές πλευρές του ζητήματος. Τούτο είναι σημαντικό και για τους δύο γιατί η σχέση τους είναι στενή εκ του νόμου και εκ των πραγμάτων και η διττή απόφαση πρέπει να είναι απόρροια υπέρβασης διλημμάτων και ώριμης συνειδητότητας.

Κατά το άρθρο 5 της Σύμβασης του Οβιέδο και το άρθρο 12 του πρόσθετου Πρωτοκόλλου αυτή η ενημέρωση με απεύθυνση στο δότη οργάνου πρέπει να αναφέρεται και στα επακόλουθα της επέμβασης (διευρυμένη υποχρέωση σε σχέση με το άρθρο 10 παρ.4 του.2737/1999). Κατά το άρθρο του Πρωτοκόλλου προβλέπεται δικαίωμα του ζώντα δότη να ενημερώνεται για τις προβλεπόμενες από το νόμο εγγυήσεις προστασίας του και για το δικαίωμά του να έχει πρόσβαση σε ανεξάρτητη ιατρική συμβουλή σε σχέση με τους κινδύνους της αφαίρεσης του οργάνου του από επαγγελματία που δεν εμπλέκεται στην ομάδα αφαίρεσης ή μεταμόσχευσης. Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 11 παρ.3 του ΚωδΙατρΔ (ν.3418/2005) από τον ιατρό που διενεργεί την ενημέρωση απαιτείται ειδική αναφορά και στις ενδεχόμενες επιπλοκές αλλά και στον πιθανό χρόνο αποκατάστασης.

Θα πρέπει να σταθεί κανείς στο ότι ο νομοθέτης στο άρθρο 11 παρ.3 ΚωδΙατρΔ δίνει ιδιαίτερη έμφαση στην υποχρέωση ιατρικής ενημέρωσης όταν συντελείται μεταμόσχευση και τη διαχωρίζει από τις λοιπές περιπτώσεις. Τούτο είναι εύλογο, διότι ο δότης δεν είναι ασθενής και η επικείμενη ιατρική επέμβαση δεν είναι θεραπευτική. Η ειδοποιός διαφορά της περίπτωσης έγκειται στην εν δυνάμει αντίστροφη πορεία των πραγμάτων. Εκτός αυτού υπάρχει άλλος ένας λόγος που δίδεται έμφαση στην προκείμενη ενημέρωση, λόγος που εμφιλοχωρεί στον δικαιοπολιτικό σκοπό της σχετικής με το ζήτημα νομοθεσίας. Ο ζών υγιής δότης, μέσω της αφαίρεσης μη αναπλαστικού οργάνου, μεταβάλλεται σε δυνητικά υποψήφιο ασθενή, λόγω απρόβλεπτων μελλοντικών παραγόντων, άμεσων και έμμεσων. Η ιδιοτυπία της εύθραυστης και επίπλαστης συναισθηματικής θέσης του δότη στη μεταμόσχευση του προσδίδει, πέρα από την επιστημονική άγνοια που έχει, επιπρόσθετο μειονέκτημα και επιτάσσει στο έπακρο την ενημέρωση κατά τη συστηματική δομή των συναφών διατάξεων του ΚωδΙατρΔ σε συνδυασμό με τον ν.2251/1994.

Περαιτέρω η υποχρέωση ενημέρωσης συμβάλλει στην εμπέδωση της ταυτότητας της σύμβασης ως σχέσης εμπιστοσύνης με γνώμονα την οποία γίνεται και η αντίστοιχη ερμηνεία σχετικής γνήσιας ή οιονεί δικαιοπραξίας. Αφού σχέση εμπιστοσύνης πρέπει να υπάρχει σε κάθε σύμβαση ιατρικής αγωγής, πόσο μάλλον σε μια σύμβαση που αφορά το λεπτό ζήτημα της μεταμόσχευσης, όπως προκύπτει εμμέσως και από το άρθρο 11 παρ. 3 του ΚωδΙατρΔ<sup>71</sup>. Υπεύθυνος για την

---

<sup>71</sup>Η υποχρέωση προκύπτει σε αντιστοιχία με την ιατρική ειδικότητα. Λ.χ. ο παθολόγος που εξέτασε τον δυνητικό δότη πριν την μεταμόσχευση τον παραπέμπει σε χειρουργό για χειρουργείο. Ο χειρουργός οφείλει να ενημερώσει

ενημέρωση είναι ο ιατρός που ανέλαβε τον ασθενή και οφείλει να γνωρίζει έστω και στοιχειωδώς την προσωπικότητα και την ψυχολογία του ασθενούς που τον ωθεί να συμφωνήσει στη μεταμόσχευση. Η απαίτηση να ενημερώνεται ο κάθε υποψήφιος δότης με γνώμονα τις επιθυμίες, τις ανάγκες του και τον βαθμό που το έχει προαποφασίσει ή αμφιταλαντεύεται προστατεύει ισχυρότερα τη σφαίρα αυτοκαθορισμού του.

Για την αρμονική αλληλεξάρτηση ενημέρωσης, δηλώσεως και βουλήσεως τον βασικό καταλήτη αποτελεί ο κατάλληλος, εύλογος, σε συνάρτηση με την άμεση αναγκαιότητα της επέμβασης, χρόνος για περίσκεψη. Ο δυνητικός δότης πρέπει να ενημερώνεται σε χρόνο κατάλληλο πριν από την εκτέλεση της ιατρικής πράξης χωρίς να αιφνιδιαστεί, ώστε να μπορεί να αφομοιώσει τις λαμβάνουσες ιατρικές πληροφορίες, να κατανοήσει όλες τις παραμέτρους και να σκεφτεί εναλλακτικές λύσεις, άλλη ιατρική βοήθεια κτλ. Η καταλληλότητα του χρόνου της ενημέρωσης κρίνεται *ad hoc* και θα κριθεί με βάση την αρχή της καλής πίστης (άρθρο 288). Το αν η υπογραφή του εντύπου, περί συγκατάθεσης σε μεταμόσχευση γίνεται σε χρόνο ακατάλληλο κρίνεται σύμφωνα με την επιστάμενη στάθμιση των συνθηκών. Για παράδειγμα, κρίθηκε ότι μετά την έναρξη χημειοθεραπείας ως προπαρασκευαστική της μεταμόσχευσης ιατρικής πράξης, δεν υπήρχε προσήκουσα ενημέρωση και συναίνεση στη μεταμόσχευση αυτή<sup>72</sup>. Πάντως, μέσω της *ad hoc* συλλογιστικής προσέγγισης, ο χρόνος ενημέρωσης στη μεταμόσχευση έχει άλλη πρακτική συνέπεια στο κύρος και στην ερμηνεία της δήλωσης του δότη, ο οποίος οικειοθελώς εμφανίζεται και συναινεί, επομένως συνάγεται ότι ο χρόνος περίσκεψης έχει προηγηθεί.

### **βββ) Ο τύπος της ενημέρωσης**

Η ενημέρωση του ασθενούς εν γένει γίνεται κατά κανόνα προφορικά και δεν υποβάλλεται σε τύπο. Παρ'όλο που δεν προβλέπεται συγκεκριμένος τύπος της ενημέρωσης, προς χάριν της ασφάλειας δικαίου και της δέουσας σοβαρότητας κρίνεται θεμιτό να έχει πάντοτε γραπτή και ενυπόγραφη μορφή. Ο τύπος σε καμία περίπτωση δεν θα συμβάλλει στην εξ ολοκλήρου άρση του που έχει η ρευστού περιεχομένου και στην αντιμετώπιση της δυσχέρειας προσδιορισμού των ορίων της ενημέρωσης. Ωστόσο, τονώνει την εμπιστοσύνη του συναινούντα ασθενούς σε μια επέμβαση, οικοδομεί πλαίσιο ασφάλειας δικαίου και αποτελεί κρίσιμο στοιχείο απόδειξης σε ανώμαλη εξέλιξη των γεννηθέντων εννόμων σχέσεων.

Η ενημέρωση του δότη στην εν ζωή μεταμόσχευση αποδεικνύεται με προδιατυπωμένο έγγραφο

---

για τον τρόπο της εγχείρησης, τις επιπλοκές, τις συνέπειες κτλ. Επιβάλλεται μάλιστα δεύτερος χειρουργός να διασφαλίσει ότι έχει γίνει πράγματι ενημέρωση για το επικείμενο χειρουργείο (να ελέγξει την υπογραφή στα έγγραφα συναίνεσης, να ενημερωθεί από τον ίδιο τον δότη αν πράγματι γνωρίζει όσα πρέπει να γνωρίζει κτλ). Κανελλοπούλου – Μπότη Μ., σε Ερμηνεία Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας (ν.3418/2005) κατά επιμέλεια Λασκαρίδη Εμ., 2013, σελ.131 2013, σελ.127.

<sup>72</sup> ΣτΠ 11330/2002, ΠοινΔικ 2004, σελ 173

το οποίο υπογράφεται από το δότη και τον ιατρό ή τους ιατρούς που την παρέχουν και αντίγραφο του οποίου παραμένει στον ιατρικό του φάκελο. Το έντυπο αυτό διατυπώνεται από τον Εθνικό Οργανισμό Μεταμοσχεύσεων και διανέμεται σε όλα τα νοσηλευτικά ιδρύματα της χώρας και ιδίως στους οργανισμούς αφαίρεσης (άρθρο 7 παρ.1 γ ν.3984/2011).

Προφανώς η διάταξη κάνει λόγο για προδιατυπωμένο έγγραφο για να διασφαλίσει την αξιοπιστία του. Εάν απλώς ένα έγγραφο ανέφερε ότι ο δότης έλαβε γνώση των κινδύνων (χωρίς να προσδιορίζει ποιοι είναι οι κίνδυνοι) και συναινεί, δεν θα έχει καμία αποδεικτική αξία γιατί προδίδει πλασματική εν λευκώ συναίνεση. Η υπογραφή εντύπου όχι μόνο είναι ανίσχυρη όπου προκύπτει συναίνεση σε ακαθόριστες ιατρικές πράξεις, αλλά γενικά τα έντυπα ενημέρωσης δεν αντικαθιστούν την προφορική ενημέρωση από τον ιατρό στο πλαίσιο της εξ ορισμού υφιστάμενης σχέσης εμπιστοσύνης. Ο έγγραφος τύπος ενημέρωσης και συγκατάθεσης δεν πρέπει να μετατραπεί σταδιακά σε προαποφασισμένες φόρμες συγκατάθεσης που προσομοιάζουν σε Γενικούς Όρους Συναλλαγών με “κοπιρισμένη” και απρόσωπη μορφή.<sup>73</sup>

Σε κάθε περίπτωση όμως δεν πρέπει να αγνοείται η ανάγκη του ιατρού να προστατευτεί νομικά και επαγγελματικά και να μπορεί να αποδείξει ότι πραγματικά ενημέρωσε ορθά, πλήρως και κατανοητά. Τα προδιατυπωμένα έντυπα ενημέρωσης, τα οποία έχουν τις απαραίτητες πληροφορίες, με κατανοητό τρόπο, που παραδόθηκαν σε εύλογο χρόνο πριν από την ιατρική πράξη και περιλαμβάνουν υπογραφή αποτελούν αποδεικτικό μέσο ότι τουλάχιστον έγινε το *minimum* προσπάθειας ενημέρωσης σύμφωνα με το νόμο<sup>74</sup>. Κατά άλλη αποκλίνουσα από τα ανωτέρω προσέγγιση<sup>75</sup>, ο γραπτός τύπος αποδεικνύει ότι η ενημέρωση έγινε εξ ολοκλήρου και κατοχυρώνει τον ιατρό. Το ότι στην ειδική περίπτωση της μεταμόσχευσης η ειδική διάταξη του ν.3984/2011 ορίζει συγκεκριμένο τύπο, δεν θα έπρεπε να αποδίδει στο έντυπο πλήρη αποδεικτική αξία, αλλά μόνο ότι έγινε σοβαρή προσπάθεια ενημέρωσης γιατί μπορεί να ελλείπει η προφορική ενημέρωση ή ο δότης να αντιμετωπίζει δυσκολίες στην ανάγνωση ή στη γλώσσα ή να υπογράψει μηχανικά. Τούτο ενόψει του εκ του ελάσσονος στο μείζον επιχειρήματος που εξάγεται σε συνδυασμό και με την διατύπωση του άρθρου 11 παρ.3 Κωδ.ΙατρΔ. Αν η γραπτή ενημέρωση δεν μπορεί να αντικαταστήσει την προφορική σε άλλη ιατρική επέμβαση πόσο μάλλον στην επέμβαση αφαίρεσης οργάνου. Ας μην λησμονά κανείς το σημαντικότερο: Η κάθε περίπτωση επέμβασης είναι διαφορετική και απαιτεί διαφορετική ενημέρωση που πρέπει να στοιχειοθετηθεί προφορικά με την επικοινωνία.

---

<sup>73</sup> Κανελλοπούλου – Μπότη Μ., σε Ερμηνεία Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας (ν.3418/2005) κατά επιμέλεια Λασκαρίδη Εμ., 2013, σελ.134. Ο έγγραφος τύπος συγκατάθεσης και ενημέρωσης δεν μπορεί να μετατραπεί σταδιακά σε προαποφασισμένες “φόρμες συγκατάθεσης”. Αναφέρεται εν γένει στις ιατρικές πράξεις με άξονα τον Κωδ.ΙατρΔ, ωστόσο πολλώ δε μάλλον η σκέψη αυτή χρησιμεύει και στην υπό συζήτηση περίπτωση.

<sup>74</sup> Κανελλοπούλου – Μπότη Μ., ο.π., σελ.134

<sup>75</sup> Ψαρούλης Δ.-Βούλτσος Π., Ιατρικό Δίκαιο, Στοιχεία Βιοηθικής, 2010, σελ 197

### γγγ) Έκταση και περιεχόμενο της ενημέρωσης

Η αρχή της "πεφωτισμένης" συναίνεσης είναι επιβεβλημένη από την αρχή της αυτονομίας<sup>76</sup> της βουλήσεως (άρθρο 5 της Σύμβασης του Οβιέδο και 11-12 του Κωδ.ΙατρΔ). Στο πλαίσιο παροχής συναίνεσης του ζώντα δότη η παρέμβαση του ιατρού αποτελεί καταλυτικό παράγοντα για τον καθορισμό του περιεχομένου της, γιατί μπορεί να καταστεί τόσο σημαντική, ώστε να μπορεί να την αποτρέψει ή να την κατευθύνει. Περαιτέρω, αν υπάρχει το *minimum* της ενημέρωσης ώστε η δικαιοπραξία να είναι έγκυρη, η όποια ατέλειά της μπορεί να δημιουργήσει ζητήματα συμπληρωτικής ερμηνείας μέσα από κενά και αμφισημίες και, αφού επηρεάσει το καθοριστικό νόημα της εν λόγω έννομης σχέσης, να κατευθύνει την ερμηνευτική της προσέγγιση.

Η αδιαφορία, αποστασιοποίηση, απρόσωπη στάση και τυπική πληροφόρηση από τον ιατρό μπορεί να επιφέρει πληθώρα νομικών ευθυνών. Συγκεκριμένα, η παράλειψη του ιατρού να παράσχει πλήρη και ουσιαστική ενημέρωση στο δότη αλλά και στον λήπτη των οργάνων της μεταμόσχευσης μπορεί να οδηγήσει σε ακυρότητα της συναίνεσής τους, η οποία θα εμποδίσει την άρση του άδικου χαρακτήρα της ιατρικής πράξης και θα θέτει ζήτημα αστικής, πειθαρχικής και ποινικής ευθύνης του ιατρού. Αντίστοιχα αν σε επίπεδο ερμηνείας δοθεί διαφορετικό κανονιστικό νόημα στη σύμβαση ιατρικής αγωγής που του καταλογίζεται θα βαρύνεται με την ανάλογη ενδοσυμβατική ευθύνη σε συρροή με αδικοπρακτική του άρθρου 914 ΑΚ.<sup>77</sup>

Γι' αυτό αποκτά ιδιαίτερο βάρος το καθήκον διαφώτισης του ασθενούς<sup>78</sup> το οποίο είχε ήδη θεσμοθετηθεί πριν από τον ν.3984/2011 από τον ν. 2737/99 και από τον ν. 2071/92 για τον εκσυγχρονισμό και τη οργάνωσης της Υγείας<sup>79</sup>. Η ενημέρωση αναλύεται ως εξής: Ο χειρουργός αρχικά οφείλει να εξηγήσει με σαφήνεια τις συνέπειες και τις μετεγχειρητικές επιπλοκές, τόσο στο άμεσο μέλλον όσο και μακροπρόθεσμα. Για αποφευχθεί κίνδυνος παρανοήσεως και να διασφαλιστεί βεβαιότητα κατανόησης από τον υποψήφιο δότη, κρίνεται σκόπιμο να παρατίθεται με βάση στατιστικά στοιχεία ο ενδεχόμενος κίνδυνος βαριάς σωματικής βλάβης ή

---

<sup>76</sup> Παπαδοπούλου Α, Προγενέστερες Οδηγίες για το Τέλος της Ζωής, Βιοηθική και συνταγματική αξιολόγηση, Μέρος Β1, Η συναίνεση ως έκφραση της αυτονομίας του ασθενή, Φύση και νομική σημασία της συναίνεσης, 2013, Διαδικτυακά σε pdf : <https://www.constitutionalism.gr>

<sup>77</sup> Ενδεχόμενη έλλειψη ενημέρωσης (βλ Πολ.Πρωτ.Αθ. 1449/2007 Αρμ. 2009, 1006) για κίνδυνο λ.χ. μικρής πιθανότητας θανάτου πρέπει να αποδειχθεί ότι συνεπάγεται την εικαζόμενη άρνηση του ασθενούς εάν το γνώριζε (βλ ΑΠ 424/2012 Νoμος, ΧΡΙΑ 2012/587). Πρέπει δηλαδή να αποδειχτεί αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ πλημμελούς ενημέρωσης και συναίνεσης στην επέμβαση, ώστε αν υπολειπόταν το πρώτο θα συνευπολειπόταν και το δεύτερο .

<sup>78</sup> Νομολογιακά θεωρείται πως για να αποδειχθεί ο αιτιώδης σύνδεσμος που θεμελιώνει αδικοπραξία αρκεί να συνδεθεί το επιβλαβές αποτέλεσμα με την ανάδειξη των ενεργειών του ιατρού ως πιθανής αιτίας, ο αποκλεισμός άλλων πιθανών αιτιών, η χρονική ταύτιση των πράξεων του ιατρού, σε συνδυασμό με την παράλειψη ενημέρωσης του ασθενούς για τις πιθανές επιπλοκές των ενεργούμενων ιατρικών πράξεων. Διοικ.Εφ.Θεσς 1786/2005, Αρμ 2007 Τόμος Β., σελ. 1203 επ. Η απόφαση αναφέρεται στον ασθενή με τη στενή έννοια του όρου και όχι στο δότη.

<sup>79</sup> Κούρτης Μ., ο.π., σελ 76 επ.

θανάτου με αριθμητική ή κλασματική μορφή (λ.χ. 1/1000). Έτσι η εικόνα θα είναι παραστατικότερη στη συνείδηση του μέσου ανθρώπου ώστε η απόφασή του να εκκινείται από δεδομένα που αντικατοπτρίζουν την πραγματικότητα.

Στη συνέχεια ο ιατρός μπορεί να εξηγήσει τη σημασία ή το βαθμό αναγκαιότητας της επέμβασης για τον λήπτη, καθώς και τις προσδοκώμενες πιθανότητες διατήρησης του μοσχεύματος από τον οργανισμό του τελευταίου. Μέσω της διαδικασίας αυτής παρέχεται με προσφορότητα η βάση στο μέσο υποψήφιο δότη να υπολογίσει και ο ίδιος την αναλογία κινδύνου και ωφέλειας και να αξιολογήσει το τελέσφορο ή όχι της δωρεάς. Δεν πρέπει να παραληφθεί η αναφορά στην περίοδο ανάρρωσης από την χειρουργική επέμβαση καθώς και στις ενδεχόμενες συνέπειες που θα προκύψουν στην προσωπική αλλά και στην επαγγελματική ζωή του δότη (λ.χ. ανάγκη άδειας από την εργασία, παρενέργειες, άλγος, δυσκολία στην σωματική ή πνευματική απόδοση κτλ<sup>80</sup>).

Ιδιαίτερο ενδιαφέρον για την ιατρική σχέση έχει η νομολογία για την ενημερωμένη συναίνεση, κυρίως στο Ηνωμένο Βασίλειο, όπου λειτούργησε ως αρχή δικαίου. Κατά τη νομολογία αυτή, για να είναι ισχυρή η ενημερωμένη συναίνεση, θα πρέπει ο ιατρός να αναφέρει στον ασθενή του τη γενική φύση της συγκεκριμένης προτεινόμενης ιατρικής αγωγής, όσον αφορά τους πιθανούς κινδύνους από επιπλοκές. Ωστόσο δεν επιτρέπεται να αναφέρει στον ασθενή τους μη πιθανούς κινδύνους που ενδέχεται να ανακύψουν, προκαλώντας του επιβλαβή αγωνία, ώστε να μην μπορεί να κρίνει με νηφαλιότητα και να συσκοτιστεί η νηφάλια κρίση του. Αυτό γίνεται δεκτό από τη νομολογία ακόμη και στην περίπτωση που ο ασθενής αποδεικνύει ότι αν οι μη πιθανοί κίνδυνοι του γίνονταν γνωστοί δεν θα προέβαινε στη συγκατάθεση. Μάλιστα έχει γίνει δεκτό<sup>81</sup> ότι ο ιατρός πληροφορεί για τους ενδεχόμενους κινδύνους κατά την κρίση του, που διαμορφώνεται ανάλογα με τον κάθε ασθενή, με απώτερη σκοπιμότητα την ωφέλεια του τελευταίου.

Ως προς την οριοθέτηση της ενημέρωσης, σκοπός είναι η αρχή της ασφάλειας δικαίου, κυρίως ως προς την επαγγελματική δραστηριότητα του ιατρού. Ναι μεν η ενημέρωση πρέπει να προσαρμόζεται σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση, ωστόσο είναι ανάγκη να ληφθεί υπόψη ότι η εφαρμογή του υποκειμενικού κριτηρίου ενημέρωσης επιβαρύνει υπέρμετρα και δυσανάλογα τη

---

<sup>80</sup>Τέτοιες περιπτώσεις μπορεί να είναι η μη ενδελεχής ενημέρωση περί κάποιου κινδύνου σημαντικού σε έναν συγκεκριμένο τρόπο εγχείρησης Α ενώ υπήρχε δυνατότητα διαφορεικού τρόπου Β και αν το γνώριζε ο δότης θα συναινούσε για τον τρόπο αφαίρεσης Β και θα απέρριπτε τον τρόπο Α, η μη επαρκής ενημέρωση για τις σοβαρές και επαρκείς πιθανότητες επιβίωσης του ασθενούς-δυνητικού λήπτη που αυξάνονται αν το μόσχευμα δοθεί γρήγορα και άμεσα και ο δότης έδωσε καταφατική δήλωση αλλά άφησε κενό στον χρόνο που θα γινόταν η εγχείρηση. Μπορεί να κριθεί ότι αν είχε ενημερωθεί για την ωφέλεια της έγκαιρης εγχείρησης η βούλησή του θα ήταν καταφατική για μια έγκαιρη και όχι χρονικά μεταγενέστερη εγχείρηση η οποία του προκάλεσε κάποια υπέρμετρη επιβάρυνση ή επάχθεια.

<sup>81</sup>*Αναπλιώτη-Βαζαίου Ελ.*, ο.π., σελ.40-41, όπου παραθέτει την απόφαση 22.2.1985 της πενταμελούς σύνθεσης της Βουλής των Λόρδων στην υπόθεση *Sudaway v. The Board of Governors of the Benthlem Royal Hospital and the Maudesley Hospital and the Others*.

θέση του ιατρού, ο οποίος δεν δύναται να γνωρίζει με βεβαιότητα ποια είναι τα γεγονότα που θα μπορούσαν να επηρεάσουν τον ασθενή (στην περίπτωση μας δότη) ή να προβεί σε μια εκ βαθέων ανάλυση του χαρακτήρα του. Προφανώς η γνώμη αυτή έχει βάση διότι ο ιατρός δεν είναι ψυχολόγος, δεν υποχρεούται να ανιχνεύει βαθιά κίνητρα και σκέψεις που προδήλως ξεπερνούν την αρμοδιότητά του. Ωστόσο, στην υποχρέωση υποκειμενικής ενημέρωσης υπάρχουν διαβαθμίσεις και μπορούμε να πούμε ότι την οφείλει στο μέτρο του μέσου συνετού επαγγελματία της κατηγορίας του, χωρίς να μπορεί να του καταλογιστεί το ότι δεν “έκανε το κάτι παραπάνω” κατά την καλή πίστη του άρθρου 200 ΑΚ ή κατά την ευθύνη του παρέχοντος υπηρεσίες κατά το άρθρο 8 του ν.2251/1994. Δηλαδή, δεν είναι υποχρεωμένος να κάνει ενδελεχή ενδοσκόπηση στην ψυχολογία του ασθενούς ή δότη, να “φαντάζεται” ή να “μαντεύει” και προδήλως δεν μπορεί να του καταλογιστεί τέτοιο δυσανάλογο βάρος. Σε κάθε περίπτωση πρέπει να λαμβάνονται υπόψη σφαιρικά όλοι οι παράγοντες (όπως το άρθρο 11παρ. 3 ΚωδΙατρΔ) με επιστάμενη στάθμιση των εκάστοτε δεδομένων και είναι επικίνδυνο να δοθεί μια μονοσήμαντη απάντηση.<sup>82</sup>

Ως προς το καθήκον του ιατρού στην ενθάρρυνση των μεταμοσχεύσεων μπορούν να ειπωθούν τα εξής: Το άρθρο 32 παρ.1 ΚωδΙατρΔ αναθέτει στον ιατρό το καθήκον να ενθαρρύνει τις μεταμοσχεύσεις, παράλληλα με την προσφορά προσήκουσας ενημέρωσης στον λήπτη και στον δότη της μεταμόσχευσης. Οι δύο αυτές υποχρεώσεις μπορεί να θεωρηθούν συγκρουόμενες λόγω των αντιτιθέμενων ροπών, από τη μια του ωφελιμισμού του λήπτη και από την άλλη του συμφέροντος αυτοπροσδιορισμού του δότη. Μια εκτεταμένη και λεπτομερής απαρίθμηση εκ μέρους του ιατρού των κινδύνων της αφαίρεσης του οργάνου από τον υποψήφιο δότη, ακόμη και σε ισχνή κλίμακα πιθανοτήτων, μπορεί να τον αποθαρρύνει να συναινέσει.

Ο περιορισμός πληροφόρησης από την πλευρά του ιατρού στα απολύτως αναγκαία θέματα θα μπορούσε να συμβάλλει στην ορθή στάθμιση των πραγμάτων και κατ' επέκταση ορθή απόφαση από ανθρώπους που επηρεάζονται εύκολα. Τούτο διότι η αναλυτική και λεπτομερής ενημέρωση για κάθε είδους παρενέργεια θα γιγάντωνε το άγχος και την ανησυχία δυσανάλογα με τον πραγματικό κίνδυνο συμβάλλοντας αποτρεπτικά σε μια καθαρή απόφαση. Η αντίθετη λύση φαίνεται ωστόσο λυσιτελής στην κατεύθυνση μιας απόσπασης θετικής δήλωσης βουλήσεως και κατά συνέπεια στον κατευνασμό του φόβου και στην αύξηση των μεταμοσχεύσεων.

Εντούτοις τα μειονεκτήματα φαίνεται να υπερिशύουν των πλεονεκτημάτων. Κατ' αρχάς, αυτό φαίνεται να οδηγεί σε μια επικίνδυνη γραμμή “εκπτώσεων” σκοπιμότητας που έγκειται στη λογική “για να αυξηθούν οι μεταμοσχεύσεις” με αυτόματο παραμερισμό του άρθρου 2.παρ.1 Σ<sup>83</sup>.

---

<sup>82</sup>Κανελλοπούλου – Μπότη Μ., ο.π., σελ. 131 επ.

<sup>83</sup>Η θεωρία της αυτονομίας στην προσέγγιση της βιοηθικής βρίσκεται στον αντίποδα της θεωρίας της ωφελιμότητας και από αυτήν πηγάζει η αρχή της ενημερωμένης συναίνεσης στην ιατρική σχέση. Βλ. Αναπλιώτη-Βαζαίου Ει., Γενικές Αρχές Ιατρικού Δικαίου, 1993, σελ.37

Άλλωστε η διέξοδος αυτή φαίνεται να οδηγεί σε καταχρηστικότητα της ιατρικής υπερεξουσίας και σε υποτίμηση της κρίσης του μέσου ανθρώπου. Θα μπορούσε επομένως να επιδιωχθεί μια συμβιβαστική προσέγγιση, όπως να κριθεί προσήκουσα αυτή η μορφή ενημέρωσης σε περιπτώσεις ελάχιστου στατιστικά κινδύνου με σχεδόν μηδενικές πιθανότητες εμφάνισης. Ζήτημα αντίστοιχης προβληματικής επίσης ανακύπτει στο εάν ο ιατρός μπορεί να τονίσει τον κίνδυνο στην υγεία και τη ζωή του λήπτη ώστε έτσι να ασκήσει ηθική πίεση στο δότη και αυτός να καταφύγει σε καταφατική δήλωση.

Στην αντίπερα όχθη από την ενθάρρυνση των μεταμοσχεύσεων η γερμανική νομολογία στήριξε την άποψη ότι στο πλαίσιο της ενημέρωσης ο ιατρός οφείλει να κάνει επίμονη προσπάθεια για να πεισθεί ο ασθενής για τους κινδύνους της μεταμόσχευσης.<sup>84</sup>

Κατά τα ανωτέρω, η στάση του ιατρού πρέπει κατά τη στάθμιση της υφιστάμενης περίπτωσης να προλειαίνει τον συμβιβασμό των αντιτιθέμενων ροών με κεφαλαιώδη κατεύθυνση τη χρυσή τομή, τη διατήρηση μιας λεπτής ισορροπίας. Ο ιατρός αφενός οφείλει να παρέχει πλήρη και ουσιαστική ενημέρωση στον δότη, χωρίς να αποσιωπά δυσάρεστες πλευρές του ζητήματος, και αφετέρου να μην υπερβάλλει αδικαιολόγητα ως προς την έκταση των κινδύνων αυτών<sup>85</sup>. Διαφορετικά, σε περίπτωση οποιασδήποτε έντασης μεταξύ των δύο αυτών υποχρεώσεων, ορθότερο είναι να προηγείται η πλήρης και ουσιαστική ενημέρωση του δότη σε βάρος της ωφέλειας του λήπτη για να μην υπονομευτούν τα δικαιώματά του κατ' εφαρμογή του άρθρου 2. παρ.1 Σ.

Τέλος, η ενθάρρυνση των μεταμοσχεύσεων δεν μπορεί να δρα σε βάρος της ανεξαρτησίας της εκάστοτε επιστημονικής άποψης του ιατρού, που θα πρέπει να παραμένει αναλλοίωτη από εξωτερικούς παράγοντες στον τρόπο που υποστηρίζεται και τεκμηριώνεται. Ο ιατρός δεν ευθύνεται για την μη επιδίωξη του απώτερου σκοπού του νομοθέτη (αύξηση των μεταμοσχεύσεων) παρακάμπτοντας τα επιστημονικά του πορίσματα.

De lege ferenda, δογματικά και ορθολογικά ορθότερο θα ήταν το άρθρο 32 παρ.1 Κωδ.Ιατρ.Δ να μην αναφέρεται σε υποχρέωση του ιατρού να ενθαρρύνει τη μεταμόσχευση από ζωντανό δότη ως θεραπευτική πράξη η οποία άλλοτε μπορεί να συστήνεται κατά τα ιατρικώς επιστημονικά πορίσματα για τον υφιστάμενο κίνδυνο αλλά μπορεί και όχι. Τουλάχιστον θα πρέπει η εν λόγω διάταξη να ερμηνεύεται προσεκτικά σε συνάρτηση με συνονθύλευμα άλλων διατάξεων και εναρμονισμένη με αυτές. Τούτο γιατί διακρίνεται από σχετικοποίηση και υποκειμενικότητα και πολλά ρευστά κριτήρια την διέπουν. Αντιθέτως, η διάταξη, τη δέουσα σημασία που της αρμόζει, με πολύ πιο αποφασιστικό πρόσημο πρέπει να αποκτά στη δωρεά οργάνων νεκρού δότη, όπου δεν υπάρχει θυσιαζόμενο έννομο αγαθό υγείας.

Μεταβλητές αόριστες έννοιες, όπως το εύρος, η έκταση και η πληρότητα της ενημέρωσης δεν

---

<sup>84</sup>Βλ. Ψαρούλης Δ- Βούλτσος Π., Ιατρικό Δίκαιο, Στοιχεία Βιοηθικής, 2010, σελ.425, υποσημ. 78

<sup>85</sup>Κανελλοπούλου – Μπότη Μ., ο.π., σελ.400

είναι εύκολο να καθοριστούν. Είναι δυνατόν να μην υπάρχουν υποκειμενικά στοιχεία στην ενημέρωση αλλά μόνο αντικειμενικά προσδιορίσιμα; Αν ναι, πως θα τα ορίσουμε;

Ας παρατεθεί η ακόλουθη σκέψη του σύγχρονου συγγραφέα Hawkins: “Ένας κυνικός θα μπορούσε να πει ότι η ενημερωμένη συναίνεση είναι μια μορφή τελετουργικής απάτης, γιατί ποτέ δεν είναι δυνατόν να υπάρξει στην πράξη, με εξαίρεση όταν ο ασθενής είναι γιατρός. Τούτο γιατί η ενημερωμένη συναίνεση στην πρακτική μορφή της αποτελεί μια ιερογλυφική ιδέα που περιλαμβάνει όλες τις τυπικές απαραίτητες πληροφορίες για να καταστήσουν ικανό τον ασθενή να δώσει την συγκατάθεσή του. Στην πραγματικότητα, σχεδόν πάντα δεν είναι δυνατόν ή είναι ανεπίτρεπτο να λεχθούν όλα στον ασθενή, έτσι ώστε η ενημερωμένη συναίνεση να είναι σχετικό θέμα”.<sup>86</sup> Αυτό θα μπορούσε να είναι μια απάντηση στο τελευταίο ερώτημα που τέθηκε.

Ο ιατρός θα πρέπει, κατά τη γνώμη της παρούσας, ιδιαίτερα όταν ερωτηθεί, να ενθαρρύνει πρόσωπα εν ζωή και κυρίως ασθενείς του που βρίσκονται σε αναπότρεπτη πορεία προς το τέλος της ζωής, στο να συναινέσουν εγγράφως στην περίπτωση θανάτου τους σε δωρεά οργάνων (λαμβάνεται ως δεδομένο ότι αυτό είναι δυνατόν κατά την πρόβλεψη του νομοθέτη για να εξυπηρετηθεί η συλλογιστική, παρά το ισχύον νομοθετικό κενό που θα εξεταστεί στη συνέχεια). Σε κάθε περίπτωση, ενόψει του πνεύματος του ν.3984/2011, οφείλει να τους συμβουλεύει να μην εκφράσουν αντίθεση κατά τη διάρκεια της ζωής τους ή να διαβιβάσουν στην οικογένειά τους τη θετική τους στάση. Σε περίπτωση που δεν υπάρχει καμία θέση του δότη, ο ιατρός οφείλει να προσεγγίσει την οικογένεια και με λεπτό τρόπο και σεβασμό να ενθαρρύνει και να εκμαιεύσει κατά το δυνατό τη θετική δήλωσή τους, ταυτοχρόνως χωρίς προσπάθεια χειραγώγησης, παραπλάνησης ή επιτακτικού αιτήματος. Τούτο αποκτά ιδιαίτερη σημασία στην περίπτωση του εγκεφαλικά νεκρού δυνητικού δότη, όπου η σύγχυση και η αμφιταλάντευση των συγγενών για την κλινική κατάσταση του οικείου προσώπου τους είναι αναμενόμενη, όπως η άρνησή τους στην προσφορά οργάνων γιατί ενδέχεται να πιστεύουν πως ο δικός τους άνθρωπος δεν πέθανε ακόμη .

## **β. Η ύπαρξη της συναίνεσης στην in vivo μεταμόσχευση**

### **αα) Γενικά: Νομικός χαρακτηρισμός της συναίνεσης του ασθενούς**

Επειδή η συναίνεση του δότη που δεν είναι ασθενής σε ιατρική επέμβαση είναι η εξαίρεση ως εξετάσουμε αρχικά τον κανόνα, το συνήθως συμβαίνον, δηλαδή την συναίνεση του ασθενούς. Σύμφωνα με μια άποψη<sup>87</sup> η συναίνεση του ασθενούς συνιστά τη δήλωση βουλήσεως επί δικαιοπραξίας για να διενεργηθεί η ιατρική πράξη.

Ωστόσο, ως προς την άποψη αυτή αναφύεται προβληματισμός. Η έλλειψη ή η ακυρότητα της

---

<sup>86</sup>Η διατύπωση αυτή αναφέρεται στο βιβλίο του Ατυχία ή Κακή Πρακτική – Mishap or Malpractice, 1985, σελ.187

<sup>87</sup>Παπαχρίστου Θ.Κ., σε Ιατρική Δεοντολογία, 2013, Επιμέλεια Βιτάλης Τ.Κ., άρθρο 12 αρ.4

συναίνεσης επιφέρει διαφορετικές έννομες συνέπειες σε σχέση με ότι ισχύει στην δικαιοπραξία. Η ακυρότητα της συναίνεσης δεν έχει αναδρομικό χαρακτήρα όταν η επέμβαση έχει ήδη διενεργηθεί, επομένως είναι αναπότρεπτη. Περαιτέρω, σύμφωνα με τον ΚωδΙατρΔ (άρθρο 12 παρ2 περ.γ) εάν η συναίνεση είναι αποτέλεσμα πλάνης, απάτης ή απειλής, τότε είναι άκυρη και όχι ακυρώσιμη, σε αντιδιαστολή με τις ρυθμίσεις του ΑΚ για τις δικαιοπραξίες. Τέλος, η επερχόμενη με τη συναίνεση του ασθενούς επέμβαση στο σώμα του δεν αρκεί να είναι ηθελημένη, όπως συνεπάγεται από την αρχή της ιδιωτικής αυτονομίας, αλλά πρέπει να έχει προηγηθεί ενημέρωση. Είναι άλλωστε σημαντικό πως η ίδια η αιτιολογική έκθεση του ΚωδΙατρΔ εμμέσως αντιδιαστέλλει την συναίνεση σε ιατρική πράξη από τη δικαιοπραξία γιατί διευκρινίζει ότι “η συγκατάθεση στην ιατρική πράξη από μόνη της δεν μπορεί να νομιμοποιήσει την ιατρική πράξη”.<sup>88</sup>

Υπό το πρίσμα της σφοδρής κριτικής του χαρακτηρισμού της συναίνεσης του ασθενούς ως δικαιοπραξίας, η κρατούσα γνώμη υπαγορεύει ότι η κατά το άρθρο 12 ΚωδΙατρΔ συναίνεση του ασθενούς δεν έχει δικαιοπρακτικό χαρακτήρα, πράγμα που συνεπάγεται ότι δεν μπορεί να θεωρηθεί δήλωση βουλήσεως<sup>89</sup> και επικεντρώνεται αποκλειστικά στην εκδήλωση της αυτονομίας του τελευταίου. Επομένως κατά την άποψη αυτή, η συναίνεση του ενημερωμένου ασθενούς είναι απλή νομιμοποίηση του ιατρού να προβεί στην ιατρική πράξη και τίποτα παραπάνω. Απλώς αίρει τον παράνομο χαρακτήρα της ιατρικής πράξης η οποία αλλιώς προσβάλλει την προσωπικότητα και τον αυτοκαθορισμό.<sup>90</sup> Η συναίνεση του ασθενούς συνιστά νομιμοποιητικό παράγοντα για τη διενέργεια ιατρικών πράξεων, ανεξάρτητα από την ύπαρξη σύμβασης ιατρικής αγωγής μεταξύ του ιατρού και του αποδέκτη των υπηρεσιών του.<sup>91</sup>

Ευρέως διαδεδομένη και κατ' εμέ ορθότερη είναι η άποψη ότι η συναίνεση συνιστά οιονεί δικαιοπραξία<sup>92</sup>. Τούτο διότι έχει ως αποτέλεσμα την επέλευση εννόμων συνεπειών από το νόμο

---

<sup>88</sup>Πελένη-Παπαγεωργίου Α., Πραγματείες Αστικού Δικαίου, Ιατρική Αστική Ευθύνη και Συναίνεση του Ασθενούς, 2016, σελ 34, όπου αναπτύσσεται η κριτική στην άποψη του Παπαχρίστου (βλ ανωτέρω). Βλ. και σελ 100, όπου αναφέρεται εν γένει στον νομικό χαρακτηρισμό της συναίνεσης του ασθενούς. Αντίστοιχα και Κούρτης. Μ., Αστικό Δίκαιο των Μεταμοσχεύσεων, 2002, σελ.. 83 όπου η αναφορά είναι στοχευμένη συγκεκριμένα στον νομικό χαρακτηρισμό της συναίνεσης του δότη.

<sup>89</sup>Πελένη-Παπαγεωργίου Α., ο.π., Εισαγωγή, σελ.11 επ.

<sup>90</sup>Κούρτης Μ., Αστικό Δίκαιο των Μεταμοσχεύσεων, 2002 σελ. 83

<sup>91</sup>Το ίδιο φαίνεται να υποστηρίζουν και οι ποινικολόγοι. Βλ. Χαραλαμπίδης Α., Διάγραμμα Ποινικού Δικαίου, Γενικό Μέρος, 2003, σελ. 152 επ. Κατά τον τελευταίο δεν υπάρχει *stricto sensu* συμβατικός δεσμός αλλά “εκούσια ανάληψη προστατευτικών καθηκόντων” ανεξάρτητα από την ύπαρξη σύμβασης κατά το αστικό δίκαιο.

<sup>92</sup>Πελένη-Παπαγεωργίου Α, ο.π., σελ 35 όπου αναλύει διεξοδικώς την έννοια της συναίνεσης του ασθενούς ως οιονεί δικαιοπραξίας. Περαιτέρω διευκρινίζει ότι “συνεπές με την άποψη ότι η συναίνεση αποτελεί οιονεί δικαιοπραξία είναι ότι η ικανότητα για συναίνεση του άρθρου 12 ΚωδΙατρΔ δεν ταυτίζεται με την αστική δικαιοπρακτική ικανότητα. Ωστόσο οι κανόνες των άρθρων 127 επ. του ΑΚ αποτελούν απλά κατευθυντήριες γραμμές και για τον νομοθέτη του ΚωδΙατρΔ”. Αναλύει τους λόγους παρακάτω (σελ.103 επ.), όπως λ.χ. ότι η

όταν εξωτερικεύεται μια βούληση για να επέλθει στο μέλλον ένα πραγματικό γεγονός (να κάνει την εγχείρηση) και όχι ένα έννομο αποτέλεσμα, όπως στη δικαιοπραξία.<sup>93</sup> Η έννομη συνέπεια επέρχεται αυτομάτως με μόνη την εξωτερίκευση της βουλήσεως ανεξάρτητα από το αν ο πράττων την ήθελε. Η παραδοχή αυτή συνεπάγεται ότι οι διατάξεις περί δικαιοπραξιών εφαρμόζονται αναλογικά για την εκτίμηση της συναίνεσης ως συνειδητής πράξης. Λόγου χάρη η συναίνεση θα είναι άκυρη, αν έχει περιεχόμενο που αντίκειται στο νόμο ή στα χρηστά ήθη ή αν δεσμεύει υπέρμετρα την ελευθερία του συναινούντα, όπως συμβαίνει στις καταπλεονεκτικές δικαιοπραξίες (άρθρα 174, 178, 179 ΑΚ).

Στα πλαίσια της ανάλογης εφαρμογής των διατάξεων για τις δικαιοπραξίες συνωθούνται ερωτήματα όπως το εξής: Είναι δυνατή η εκ των υστέρων επιβεβαίωση μιας άκυρης συναίνεσης, εάν κατά την ύστερη χρονική στιγμή της επιβεβαίωσης εκλείπει ο λόγος της ακυρότητας και πλέον διασφαλίζεται η ελεύθερη και συνειδητή απόφαση του ασθενούς (ανάλογη εφαρμογή του άρθρου 238 ΑΚ);

Ορθότερο είναι να θεωρήσουμε ότι η εν λόγω ανάλογη εφαρμογή προσκρούει αφενός στο γράμμα του άρθρου 12 του Κωδ. Ιατρ. Δ. που απαιτεί προηγούμενη συναίνεση αλλά και στο σκοπό της διάταξης αυτής αλλά και του ν.3984/2011 για τη συναίνεση του δότη που είναι η διαφύλαξη της αυτονομίας του ατόμου. Το παράδειγμα αυτό οδηγεί στο συμπέρασμα πως η αναλογική εφαρμογή των διατάξεων για τις δικαιοπραξίες δεν μπορεί να γίνει αυτομάτως, καθολικά και αδιάκριτα αλλά μόνο με την επιστάμενη στάθμιση της κάθε περίπτωσης και της ομοιότητας που υπάρχει με μια δικαιοπραξία. Πράγματι, οι διατάξεις για τις δικαιοπραξίες εφαρμόζονται ανάλογα και στις οιονεί δικαιοπραξίες, αφού ληφθούν υπόψη, ο σκοπός της οικείας διάταξης, η ιδιορρυθμία της περίπτωσης και τα συμφέροντα των εμπλεκόμενων μερών.<sup>94</sup> Αντίστοιχα το ίδιο μπορεί να γίνει και με την εφαρμογή των άρθρων 173 και 200 ΑΚ για την ερμηνεία των δικαιοπραξιών, μπορούν να εφαρμοστούν αναλογικά κατά το ποσοστό που προσαρμόζονται στο θέμα που μας αφορά.

Τέλος, κατά μια άλλη άποψη, η συναίνεση του ενδιαφερομένου είναι μη αυτοτελής μονομερής δήλωση βουλήσεως, που περιέχει διαπλαστικό δικαίωμα, διότι οι συνέπειες από την ύπαρξη και το κύρος της προέρχονται από το νόμο. Κατά αυτήν την προσέγγιση φαίνεται να προσδίδεται δικαιοπρακτικός χαρακτήρας στη συναίνεση διότι προϋποτίθεται ικανότητα για δικαιοπραξία.<sup>95</sup>

---

ικανότητα για συναίνεση απαιτεί φυσική ικανότητα κατανόησης και κρίσης και κρίνεται *in concreto* σε αντίθεση με την ικανότητα για δικαιοπραξία.

<sup>93</sup> Τριάντος Ν., Δικαιοπραξίες, δημοσιευμένο στη σειρά Η Δικηγορία στην Πράξη, 1998, 9 επ., όπου αναλύει την ανακοίνωση βουλήσεως ως μορφή οιονεί δικαιοπραξίας.

<sup>94</sup> Τριάντος Ν., ο.π., 12. Διευκρινίζει ότι τις οιονεί δικαιοπραξίες ισχύει η αρχή του ατύπου, εκτός κι αν ορίζεται αλλιώς, αλλά και η απαίτηση για τη μη αντίθεση στο νόμο ή τα χρηστά ήθη (ΑΚ 174 και 178).

<sup>95</sup> Παπαζήση Θ., Συναίνεση ως προϋπόθεση σύννομης παροχής υπηρεσιών υγείας, *Digesta* 2004 και Ζητήματα Βιοηθικής στη Σύμβαση του Οβιέδο σε σχέση με τον ν.3089/2002, Χρ.ΙΔ 2006, σελ.389 επ. όπου αναλύει τη νομική

## **ββ) Ειδικά: Νομικός χαρακτηρισμός της συναίνεσης του δότη ενώπιον του ιατρού**

Ο νομοθέτης παραλείπει να αποφανθεί για την νομική περιένδυση της συναίνεσης στις χειρουργικές μεταμοσχευτικές επεμβάσεις και των σχέσεων των εμπλεκόμενων προσώπων. Ίσως αυτή η αποστασιοποίηση του νομοθέτη να στηρίζεται στη λογική του ότι ζητήματα όπως η δωρεά οργάνου αντιμετωπίζονται αποτελεσματικότερα από τους ιατρικούς φορείς σε επίπεδο διαπροσωπικών σχέσεων, όπου θα δίδεται ο προσήκων σεβασμός στα ατομικά δικαιώματα και στις λοιπές συνταγματικές αξίες. Ωστόσο θα ήταν ορθότερο να πούμε ότι σε λεπτά ζητήματα ανθρώπινης ζωής, αξιοπρέπειας και προσωπικότητας η ξεκάθαρη θέση της έννομης τάξης είναι καθοριστική και επιβάλλεται. Αν υπάρχει σύγχυση σε επίπεδο χαρακτηρισμού των εννόμων σχέσεων η σύγχυση αυτή ακολουθεί και το κύρος, την ερμηνεία τους, τις υποχρεώσεις των μερών και την ευθύνη παραβίασής τους.

Η συναίνεση στην ιατρική επέμβαση της μεταμόσχευσης δεν πρέπει να συγχέεται με την συγκατάθεση στην άτυπη χαριστική δικαιοπραξία δωρεάς οργάνων εν ζωή μεταξύ δότη και λήπτη η οποία θα εξεταστεί παρακάτω<sup>96</sup>. Ο νομικός χαρακτηρισμός της συναίνεσης του δότη μπορεί να αναζητηθεί με τα ίδια κριτήρια που τέθηκαν στη συναίνεση του ασθενούς σε κάθε ιατρική επέμβαση. Η μελέτη που έγινε για τη νομική φύση της συναίνεσης του ασθενούς ισχύει και για τον δότη που και αυτός εμπίπτει στην έννοια του ασθενούς κατά τη συστηματική ερμηνεία των διατάξεων του Κωδ.Ιατρ.Δ. Επομένως, κατά την ορθότερη προσέγγιση η συναίνεση του δότη αποτελεί οιονεί δικαιοπραξία<sup>97</sup>, δηλαδή ανακοίνωση βουλήσεως<sup>98</sup>, εφόσον πρώτον έχει ως αποτέλεσμα την επέλευση και συνεπειών εκπορευόμενων εκ του νόμου ανεξάρτητα από την επιδίωξη και βούληση του υποψηφίου δότη (ευθύνη του ιατρού, ρυθμίσεις αναγκαστικού δικαίου κτλ) και δεύτερον συνιστά ανακοίνωση βουλήσεως για την επέλευση πραγματικού γεγονότος (προσφορά οργάνου, θεραπεία του λήπτη) και όχι έννομου αποτελέσματος (μιας έγκυρης σύμβασης).

Κατά μια δεύτερη προσέγγιση θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι με τη συναίνεση καταρτίζεται απλή σύμβαση ιατρικής αγωγής, άρα δεν τίθεται αμφιβολία για τον δικαιοπρακτικό χαρακτήρα της. Τέλος, κατά την κρατούσα άποψη<sup>99</sup> η συναίνεση του ασθενούς συνιστά μια απλή νομιμοποίηση επέμβασης στο ανθρώπινο σώμα, που αίρει ή αποκλείει τον παράνομο χαρακτήρα

---

φύση της συναίνεσης στις περιπτώσεις ιατρικής υποβοήθησης στην ανθρώπινη αναπαραγωγή. Στις ανωτέρω έρευνες παραπέμπει και η *Πελένη-Παπαγεωργίου Α.*, ο.π., σελ. 37, όπου παραθέτει και την ανωτέρω άποψη

<sup>96</sup> *Κούρτης Μ.*, Αστικό Δίκαιο των Μεταμοσχεύσεων, 2002, σελ.83, όπου αν αφέρει και τις απόψεις της νομικής θεωρίας για τον νομικό χαρακτηρισμό.

<sup>97</sup> *Βάρκα Αδάμη Α.*, Το δίκαιο των μεταμοσχεύσεων, 1993, σελ.48-49

<sup>98</sup> *Τριάντος Ν.*, ο.π., σελ. 8

<sup>99</sup> *Κούρτης Μ.*, ο.π., σελ. 83, *Χαραλαμπίκης Α.*, ο.π., σελ. 153

της ιατρικής πράξης. Όπως και στην αντίστοιχη άποψη για τη συναίνεση του εν γένει ασθενούς, και εδώ συνιστά νομιμοποιητικό παράγοντα για τη διενέργεια ιατρικών πράξεων, ανεξάρτητα από την ύπαρξη σύμβασης ιατρικής αγωγής. Με άλλα λόγια αίρει το άδικο της υλικής επεμβατικής ενέργειας του ιατρού στα προστατευόμενα από το ποινικό δίκαιο έννομα αγαθά της σωματικής ακεραιότητας και της υγείας λόγω της εκπλήρωσης καθήκοντος ή ενάσκησης δικαιώματος (άρθρο 20 ΠΚ), παρόλο που υπάρχει αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ βλάβης<sup>100</sup> και αφαίρεσης οργάνου, άρα καταρχήν άδικο.

Το άδικο δεν αίρεται λόγω κατάστασης ανάγκης του άρθρου 25 ΠΚ, γιατί το θυσιαζόμενο έννομο αγαθό (υγεία του δότη) δεν είναι σημαντικά κατώτερο από αυτό που κινδυνεύει (υγεία του λήπτη), ούτε λόγω κατάστασης ανάγκης του άρθρου 32 ΠΚ γιατί δεν αποσκοπεί στη διάσωση οικείου.

Αντίστοιχα υπάρχει διαφοροποίηση στην περίπτωση της αυθαίρετης, “αυτογνώμονος”<sup>101</sup> ιατρικής πράξης, αυτής όπου υπολείπεται η “ενημερωμένη συναίνεση” για την ποινική ευθύνη. Κατά μια άποψη η αυθαίρετη ιατρική πράξη θεωρείται σωματική βλάβη του άρθρου 308 ΠΚ και κατά μια δεύτερη άποψη προσβολή της αυτοδιάθεσης του ατόμου (άρθρο 57 ΑΚ) και όχι της σωματικής ακεραιότητας. Κατά την πρώτη άποψη η συναίνεση είναι λόγος άρσης του παράνομου χαρακτήρα της ιατρικής πράξης λόγω συναίνεσης του παθόντος στην απλή σωματική βλάβη (άρθρο 308. παρ. 2 ΠΚ) ή εθιμικός λόγος άρσης του αδίκου στη βαριά σωματική βλάβη (με κριτήριο το κοινωνικά πρόσφορο της πράξης). Κατά τη δεύτερη άποψη η συναίνεση εκλαμβάνεται ως λόγος προστασίας της προσωπικότητας του αποδέκτη ιατρικών υπηρεσιών<sup>102</sup>.

Οι ανωτέρω προσεγγίσεις αναπτύσσουν πρακτική σημασία πέρα από το χώρο της ποινικής, και στο χώρο της αστικής ευθύνης. Εάν το προσβαλλόμενο αγαθό είναι η σωματική ακεραιότητα, πληρείται η νομοτυπική μορφή του άρθρου 929 ΑΚ και γεννάται αξίωση αποζημίωσης από αδικοπραξία κατά το άρθρο 914 ΑΚ. Αν είναι η προσωπική ελευθερία πληρείται το πραγματικό του άρθρου 57 ΑΚ. Αν θεωρήσουμε ότι η συναίνεση του δότη είναι απλή νομιμοποιητική πράξη, υφίσταται ακριβώς γι' αυτό, για να παρακωλύει την υπαγωγή των πραγματικών περιστατικών στις διατάξεις αυτές.

Τέλος, πέρα από τη συναίνεση στη μεταμόσχευση αυτή καθαυτή, ενδέχεται να καταρτίζεται παράλληλα και ένα είδος σύμβασης προσχωρήσεως ιατρικής αγωγής μεταξύ του ασθενούς και του δημοσίου νοσοκομείου, όταν υπάρχει σχέση εξάρτησης μεταξύ του ιατρού και του

---

<sup>100</sup> *Αναστασόπουλος Δ.*, Ο Αιτιώδης Σύνδεσμος στην Ποινική Ιατρική Ευθύνη, Εισαγωγή, δημοσιευμένο σε Ιατρική Ευθύνη και Βιοηθική, 2014.

<sup>101</sup> *Πελλένη-Παπαγεωργίου Α.*, ο.π., σελ 22 επ.

<sup>102</sup> Δεν αποκλείεται η αυθαίρετη ιατρική πράξη να υπαχθεί στο πραγματικό της παράνομης βίας (άρθρο 330) όταν ο ιατρός με χρήση σωματικής βίας, όπως με νάρκωση, προβαίνει σε αυτήν. Βλ. *Πελλένη-Παπαγεωργίου Α.*, ο.π., σελ

### γγ) Νομικός χαρακτηρισμός της άτυπης δικαιοπραξίας μεταξύ δότη και λήπτη

Δότης και λήπτης αποτελούν κατά μια έννοια ένα κατά προσέγγιση είδος “δανειστή και οφειλέτη” μιας άτυπης χαριστικής δικαιοπραξίας από ελευθεριότητα. Η έννοια της χαριστικής δικαιοπραξίας αποτελεί εξ ορισμού έννοια ευρύτερη της δωρεάς. Η αλήθεια είναι πως πρόκειται για δικαιοπραξία που προσομοιάζει στη λογική της δωρεάς γιατί για να τεθεί σε ισχύ η άτυπη δικαιοπραξία της δωρεάς οργάνων χρειάζεται οπωσδήποτε η απουσία αντίρρησης του λήπτη, όπως και στη δωρεά κατά συστηματική ερμηνεία των άρθρων 496-502 ΑΚ. Παρ’όλο που για την περιγραφή της πράξης προσφοράς οργάνου συχνά χρησιμοποιείται ο όρος δωρεά στα λεκτικά πλαίσια της καθομιλουμένης, νομικά δεν ενδείκνυται τέτοιος χαρακτηρισμός. Οι νομικές προϋποθέσεις της δωρεάς διατυπώνονται στο άρθρο 496 ΑΚ όπου υποχρεωτικά απαιτείται παροχή περιουσιακού αντικειμένου. Τέτοιο σε καμία περίπτωση δεν είναι το ανθρώπινο σώμα και τα μέρη του<sup>104</sup>. Επιπλέον το άρθρο 496 ΑΚ απαιτεί δεσμευτικότητα ενώ η υπό εξέταση δικαιοπραξία μπορεί να ανακληθεί από τον δότη σε οποιονδήποτε χρόνο (άρθρο 8 παρ.5 ν.3984/2011).

Η χαριστική δικαιοπραξία της μεταμόσχευσης καταρτίζεται τη στιγμή της αποδοχής από τον λήπτη της προσφοράς του δότη και συνήθως προηγείται χρονικά της συναίνεσης ενώπιον του ιατρού. Σε αυτή την περίπτωση η συναίνεση ενώπιον του ιατρού μπορεί να χαρακτηριστεί ως όρος του ενεργού της άτυπης χαριστικής δικαιοπραξίας<sup>105</sup>. Φυσικά να σημειωθεί πως, σε περίπτωση κενών και παρανοήσεων, η μια συναίνεση ενώπιον του λήπτη μπορεί να χρησιμεύσει για την ερμηνεία της συναίνεσης ενώπιον του ιατρού ή ακριβώς το αντίστροφο, ειδικά σε περίπτωση αντιμετώπισης κενών και παρανοήσεων, όπως θα εξεταστεί και στη συνέχεια.

### δδ) Κύρος της συναίνεσης ενώπιον του ιατρού και του λήπτη

<sup>103</sup> Φουντεδάκη Κ., Η αστική ιατρική ευθύνη μετά τον ν.2251/1994, Κριτ.Ε.,1996/2, σελ.200-202

<sup>104</sup> Σύμφωνα με την Κοινοτική Οδηγία 2004/23 (άρθρο 3 περ. ε) “όργανο” θεωρείται ένα διαφοροποιημένο ζωτικό τμήμα του ανθρώπινου σώματος που σχηματίζεται από διάφορους ιστούς και διατηρεί τη δομή του, την αγγείωσή του και τη δυνατότητά του να αναπτύσσει φυσιολογικές λειτουργίες με σημαντικό επίπεδο αυτονομίας. Τα όργανα όταν χωριστούν από το υπόλοιπο σώμα θεωρούνται πράγματα χωρίς τούτο να σημαίνει ότι ο δότης που δηλώνει τη δωρεά τους για μεταμόσχευση προβαίνει σε οποιαδήποτε μορφή περιουσιακής διάθεσης. Τα όργανα έχουν ιδιότυπη νομική φύση και παρ’όλο που μπορεί να θεωρηθούν πράγματα δεν μπορούν να χαρακτηριστούν περιουσία.

<sup>105</sup> Κούρτης Μ., ο.π., σελ.83

Η συναίνεση του δότη ως μονομερής απευθυντέα δήλωση βουλήσεως που απευθύνεται στον ιατρό αλλά και η συναίνεση που απευθύνεται στο λήπτη είναι ελεύθερα ανακλητές ανά πάσα στιγμή μέχρι την πραγμάτωση των εννόμων συνεπειών της δικαιοπραξίας, δηλαδή μέχρι την έναρξη της διαδικασίας της αφαίρεσης. Η δεύτερη είναι άτυπη δικαιοπραξία ενώ η πρώτη παρέχεται σύμφωνα με τον προβλεπόμενο τύπο (άρθρο 8 παρ.4 του ν.3984/2011, πρώην άρθρο 10 παρ 5 του ν.2937/1999). Ως προς τον τύπο της συναίνεσης ενώπιον του ιατρού απλώς επαναλαμβάνεται συνεχώς το άρθρο 5 παρ1 περ.δ του προϊσχύοντος 1383/83 όπου η δήλωση δίνεται είτε με συμβολαιογραφικό έγγραφο είτε με έγγραφο στο οποίο βεβαιώνεται από την αστυνομία η γνησιότητα της υπογραφής του δότη είτε με απλή προφορική δήλωση με παρουσία δύο μαρτύρων που καταχωρίζεται σε ειδικό βιβλίο το οποίο τηρείται στο νοσηλευτικό ίδρυμα όπου θα γίνει η μεταμόσχευση. Στο ν.2737/1999 (άρθρο 10 παρ. 5) προβλεπόταν και τρίτος τρόπος χορήγησης της συναίνεσης, ήτοι με προφορική δήλωση που καταχωρείται σε ειδικό βιβλίο, το οποίο τηρείται στο νοσηλευτικό ίδρυμα, όπου θα γίνει η μεταμόσχευση. Για τη δήλωση αυτή παρίστανται δύο μάρτυρες, οι οποίοι και συνυπογράφουν με το δότη τη σχετική καταχώρηση της συναίνεσης στο ειδικό βιβλίο. Προφανώς η ασφάλεια δικαίου υπήρξε η ratio legis της νέας διάταξης που δεν περιλαμβάνει πλέον την προφορική δήλωση.<sup>106</sup>

Τα στοιχεία που αφορούν τη συναίνεση μεταμόσχευσης συνιστούν προσωπικά δεδομένα κατά τον ν.2472/97 και διαβιβάζονται σε ειδικά αρχεία του ΕΟΜ. Η διαζευκτική αναφορά των τρόπων συναίνεσης είναι περιοριστική, πράγμα που συνεπάγεται την ακυρότητα οποιουδήποτε άλλου τύπου. Η τυπική δικαιοπραξία συντελείται μόνο αφού ο υποψήφιος δότης ενημερωθεί ενδελεχώς για το σκοπό, τη φύση, και τους ενδεχόμενους κινδύνους της επέμβασης. Ο σκοπός πρέπει να είναι θεραπευτικός και η φύση της επέμβασης να μην προκαλεί σοβαρό και προφανή κίνδυνο για τη ζωή ή την υγεία του δότη.

Η συναίνεση ενώπιον του ιατρού και του λήπτη πρέπει να είναι ελεύθερη και σοβαρή, όχι αποτέλεσμα ψυχικής πίεσης, έντονης συναισθηματικής φόρτισης ή θολώματος επί ηθικής υποχρέωσης σωτηρίας κάποιου συγγενικού προσώπου. Η παθογένεια στο κύρος ή στην ερμηνεία της συναίνεσης έχει δυσμενέστατες επιπτώσεις γιατί υποσκάπτει συνταγματικές αξίες (κυρίως κατά άρθρο 2.1 Σ). Αν η συναίνεση πάσχει, ο άνθρωπος και η αξία του σταματούν να είναι αυτοσκοπός αλλά καταλήγουν μέσο για την επίτευξη άλλου σκοπού, ακόμη κι αν ο σκοπός αυτός είναι η ζωή άλλου ανθρώπου.

Ζήτημα ανακύπτει ως προς το κύρος όταν ο δότης είναι πρόσωπο που στερείται δικαιοπρακτικής ικανότητας είτε λόγω ανηλικότητας είτε ελλείψει ελεύθερης και ώριμης συνειδήσεως (ευρισκόμενοι σε δικαστική συμπαράσταση, μη έχοντες συνείδηση των πραττομένων, σε ψυχική

---

<sup>106</sup> Σακελλαροπούλου Β., Λάλα Α., Σακελλαρόπουλος Θ., Ο νέος νόμος για τη δωρεά και μεταμόσχευση οργάνων (ν.3984/2011) συγκριτικά και με τον προηγούμενο (ν.2737/1999), Αρμ., 2012, σελ.868

ή συναισθηματική διαταραχή).

Στο ελληνικό δίκαιο υποστηρίζεται πως η δήλωση συναίνεσης για τη διενέργεια ιατρικών πράξεων αφορά ένα προσωποπαγές δικαίωμα, γι'αυτό άλλωστε σε επίπεδο κύρους δεν απαιτείται ικανότητα για δικαιοπραξία αλλά ικανότητα προς συναίνεση.<sup>107</sup> Αυτό συμβαίνει γιατί η δικαιοπρακτική ικανότητα ως κριτήριο για την ικανότητα συναίνεσης σε ιατρικές πράξεις στενεύει τα περιθώρια αυτοβουλίας και αποδυναμώνει την προστασία της προσωπικότητας, ιδίως των ανηλίκων. Η ικανότητα για συναίνεση απαιτεί την φυσική ικανότητα κατανόησης και κρίσης του συναινούντα ως προς το είδος, την ανάγκη, τη σημασία, τις συνέπειες και τους κινδύνους της ιατρικής πράξης μέσω ενός *minimum* πνευματικής και ψυχολογικής ωριμότητας που κρίνεται *ad hoc* και *in concreto*, όχι μέσω προκαθορισμένων ορίων ηλικίας (άρθρο 12 ΚωδΙατρΔ).

Άλλωστε, κατά την ορθότερη άποψη, όπως εξετάζεται σε άλλο σημείο, ο νομικός χαρακτηρισμός που δίδεται για τη συναίνεση του ασθενούς, αλλά και του δότη είναι η οιονεί δικαιοπραξία (ανακοίνωση βουλήσεως) όπου εφαρμόζονται κατά αναλογία δικαίου οι διατάξεις για τις δικαιοπραξίες (προαπαιτούμενα εγκυρότητας, όπως σοβαρότητα, μη αντίθεση στα χρηστά ήθη κτλ, αλλά και η μέσω του ΑΚ αλλά και του ν.2251/1994 μεθοδολογία ερμηνείας των δικαιοπραξιών. Η επερχόμενη συνέπεια είναι να τυγχάνουν εφαρμογής μόνο αναλογικά οι διατάξεις περί δικαιοπραξιών σε περιπτώσεις που η ομοιότητα είναι επαρκής και όχι σε άλλες.

Ωστόσο *de lege lata*, η δικαιοπρακτική ικανότητα είναι προϋπόθεση του κύρους της συναίνεσης σε μεταμόσχευση κατά το άρθρο 8 παρ.2 και 3 του ν.3984/2011, ώστε μόνο ενήλικοι και πρόσωπα που δεν τελούν υπό δικαστική συμπαράσταση να μπορούν να συναινούν. Επομένως, στη συγκεκριμένη περίπτωση η ικανότητα προς συναίνεση αντί για την ικανότητα προς δικαιοπραξία μόνο *de lege ferenda* θα μπορούσε να υποστηριχθεί πέρα από τις ιατρικές πράξεις και στις μεταμοσχεύσεις, και μάλλον όχι ιδιαίτερα πειστικά, λόγω της βλάβης που οι τελευταίες θα προκαλούν σε άτομα που δεν μπορούν να σταθμίσουν τις πράξεις τους.

### **γ. Η απουσία της συναίνεσης**

#### **αα) Η εξέταση της δυνατότητας υποκατάστασης της συναίνεσης.**

Ειδικότερα, κατά το άρθρο 12 παρ.1 ΚωδΙατρΔ ο ιατρός δεν δύναται να “προβεί στην εκτέλεση οποιασδήποτε ιατρικής πράξης χωρίς την προηγούμενη συναίνεση του ασθενή”<sup>108</sup> και ορίζει

<sup>107</sup> Πελένη-Παπαγεωργίου Α., ο.π., σελ 103 επ.

<sup>108</sup> Αυτό επιτάσσεται και από την ελληνική νομολογία. Το καθήκον *lege artis* παροχής ιατρικών υπηρεσιών συνεπάγεται ότι ο ιατρός οφείλει να λαμβάνει υπόψη τη συναίνεση του ασθενούς για κάθε επέμβαση που θα διενεργήσει. Για την δικονομικά επαρκή απόδειξη του αιτιώδους συνδέσμου για την θεμελίωση αδικοπραξίας αρκεί το επιβλαβές αποτέλεσμα να συνδέεται με την παράλειψη λήψης συναίνεσης του ασθενούς. Βλ. ΔιοικΕφΘεσ

εξαιρέσεις στον κανόνα. Όμως ο ν.3984/2011 (άρθρο 8 παρ.2 και 3) περί μεταμοσχεύσεων απαιτεί πάντα τη συναίνεση του ίδιου του δότη χωρίς εξαιρέσεις και υπερισχύει ως ειδικότερος, απαιτώντας μάλιστα δικαιοπρακτική ικανότητα και όχι ικανότητα προς συναίνεση, όπως ο ΚωδΙατρΔ στο άρθρο 12 παρ.2 β. Θέτει στην ουσία εξαίρεση της εξαίρεσης που επιστρέφει στον προαναφερθέντα κανόνα της παραγράφου 1 του ΚωδΙατρΔ που απαιτεί τη συναίνεση του ενδιαφερομένου προσώπου κατά κανόνα. Αυτό συνάγεται και εξ αντιδιαστολής από τη διατύπωση του άρθρου 7 περ.2 του ν. 3984/2011.

Η καθοριστική σημασία της συναίνεσης για τη διενέργεια της αφαιρετικής επέμβασης υπογραμμίζει τον διαμεσολαβητικό ρόλο των ιατρών στη διαδικασία λήψης απόφασης και πραγματώνει το δικαίωμα αυτοπροσδιορισμού και αυτοευθύνης του ασθενούς που λαμβάνει την κρίσιμη απόφαση. Έτσι εξοβελίζει παρωχημένα στοιχεία ιατρικού πατερναλισμού βασισμένου σε επιχειρήματα επιστημονικής υπεροχής των ιατρών έναντι του απλού κόσμου. Η παραδοχή αυτή έχει και άλλες προεκτάσεις, όπως ότι η έννοια της συναίνεσης ενώπιον του ιατρού πάντοτε πρέπει να ερμηνεύεται σύμφωνα με τη βούληση του ασθενούς και να μην δίνει περιθώρια στη διακριτική ευχέρεια του ιατρού ακόμη κι αν αυτός ως επιστήμονας και ως ειδήμων της υγείας έχει διαφορετικές ηθικές και θρησκευτικές πεποιθήσεις και η ίδια η συναίνεση έρχεται σε αντίθεση με τη δική του ελευθερία συνείδησης.

Η δυσπιστία του νομοθέτη στη δυνατότητα υποκατάστασης της συναίνεσης του δότη φαινόταν και στις προϊσχύσαντες διατάξεις. Στην παρ 4 αρ 10 του 2737/1999 οριζόταν επίσης ότι μοναδικός τρόπος αφαίρεσης ιστών ή οργάνων από ζωντανό δότη είναι η εκ μέρους του ελεύθερη συναίνεση χωρίς ο νομοθέτης να αφήνει καμία επιφύλαξη ή περιθώριο εξαιρέσεων για άλλο τρόπο αφαίρεσης.

### **ββ) Γενικά: Η υποκατάσταση της συναίνεσης του ανηλίκου ασθενούς**

Η υποκατάσταση της συναίνεσης του άμεσου ενδιαφερόμενου από τρίτα πρόσωπα και τους οικείους για ιατρική πράξη εν γένει προβλέπεται στο άρθρο 12 παρ.1 β ΚωδΙατρΔ στην περίπτωση ανικανότητας.

Ο νομοθέτης εν προκειμένω προτάσσει συνειδητά και σκόπιμα την αρχή της επικουρικότητας στην υποκατάσταση. Το ανίκανο προς συναίνεση πρόσωπο δικαιούται να ενημερώνεται προσηκόντως και να συμμετάσχει, εκφράζοντας τη γνώμη του, σε συνάρτηση πάντα με την κατάσταση της υγείας του και την ωριμότητά του, στην λήψη αποφάσεων που επηρεάζουν την υγεία του. Ο νομοθέτης μεταθέτει στο ιατρό την ευθύνη να εξασφαλίσει κατά το δυνατόν την εκούσια συμμετοχή, σύμπραξη και συνεργασία του ανίκανου όταν ο τελευταίος έχει τη στοιχειώδη αντίληψη. Με άλλα λόγια οφείλει να εξαντλήσει τα περιθώρια πριν προλειάνει το

έδαφος για την διαδραστική εμπλοκή άλλων προσώπων. Τούτο γιατί, όπως έχει προειπωθεί σε άλλο σημείο, άλλο πράγμα είναι η ικανότητα προς συναίνεση του ασθενούς και άλλο η ικανότητα προς δικαιοπραξία.

Ειδικότερα, στις θεραπευτικές επεμβάσεις ανηλίκου είναι απαραίτητο να ενημερωθούν τα πρόσωπα που ασκούν τη γονική μέριμνα του ανηλίκου (άρθρα 1532 επ. ΑΚ) καθώς απαιτείται η ρητή συναίνεσή τους (άρθρο 12 παρ.3 περ.γ Κωδ.Ιατρ.Δ).<sup>109</sup> Ωστόσο η ανηλικότητα δεν εξοβελίζει τη δυνατότητα γνώμης του ανηλίκου, η οποία αξιολογείται με βάση την πνευματική και συναισθηματική ωριμότητα κατά περίπτωση (άρθρο 12 παρ.2 περ.β υποπερ.ββ). Ορθό κρίνεται πράγματι να συναινεί ο ανήλικος ανεξάρτητα από την ηλικία του όποτε είναι αυτό δυνατόν και με βάση την ωριμότητα να σταθμίσει το κόστος των επεμβάσεων και τη θεραπεία<sup>110</sup>.

Αν ο άμεσα ενδιαφερόμενος δεν έχει την ικανότητα για συναίνεση, αναφύεται το ερώτημα αν τα τρίτα πρόσωπα, στα οποία ο νόμος έχει εμπιστευτεί την αναπλήρωση της συναίνεσής του έχουν την ίδια ευχέρεια αυτονομίας με αυτόν στο να αποφασίσουν κάτι εμφανώς αντικείμενο στο συμφέρον του<sup>111</sup>. Ένας ασθενής για παράδειγμα μπορεί να επιτρέψει ή να αποτρέψει τη διενέργεια μιας ιατρικής πράξης, να αρνηθεί τη θεραπεία κτλ ακόμη κι αν αυτό βαίνει σε βάρος του γιατί αυτό είναι πτυχή της αυτεξουσιότητάς του. Ωστόσο δεν συμβαίνει το ίδιο με την άρνηση τρίτων προσώπων να θεραπευτεί, όπως γονέων του ανήλικου ασθενούς-συμπαραστάτη-οικείων όταν ο άμεσα ενδιαφερόμενος δεν δύναται να αποφασίσει. Το δικαίωμα των τρίτων, ως ειδική έκφανση του δικαιώματος επιμέλειας του προσώπου του ασθενούς, δεν έχει ως κοινωνικό σκοπό (άρθρο 281 ΑΚ) την ωφέλεια του φορέα του δικαιώματος και δεν ασκείται κατά το δοκούν. Αντιθέτως, ανήκει στην κατηγορία των λειτουργικών δικαιωμάτων (είναι ταυτόχρονα και δικαίωμα και υποχρέωση) και υπάρχει προς όφελος του προστατευομένου, μη ικανού προς συναίνεση προσώπου και σε κάθε περίπτωση πρέπει να εναρμονίζεται με το αντικειμενικό συμφέρον του. Η άρνηση του τρίτου στη διενέργεια ιατρικής πράξης, η οποία επιβάλλεται από το αντικειμενικό συμφέρον του ανίκανου προς συναίνεση ασθενούς αποτελεί καταχρηστική άσκηση δικαιώματος.<sup>112</sup> Τούτη η πρακτική εμφιλοχωρεί ιδίως όταν οι αιτιακοί παράγοντες της άρνησης δεν αφορούν αμφιβολίες για την προσφορότητα της επέμβασης, τον κίνδυνο, την αξιοπιστία των ιατρικών πορισμάτων ή συνδέονται με θρησκευτικές και άλλες άσχετες πεποιθήσεις του τρίτου. Συχνά αντανακλούν αποτέλεσμα γνωσιακής αλαζονείας. Γι' αυτό είναι

<sup>109</sup> Κουνουγέρη Μανωλεδάκη Δ., Οικογενειακό Δίκαιο, Τόμος 2, 2012, σελ.202 επ., όπου αναλύει τις σχέσεις γονέων και τέκνων

<sup>110</sup> Ψαρούλης Δ- Βούλτσος Π., Ιατρικό Δίκαιο, Στοιχεία Βιοηθικής, 2010, σελ.426, υποσημ.80

<sup>111</sup> Κανελλοπούλου – Μπότη Μ., ο.π., σελ.151

<sup>112</sup> Κανελλοπούλου – Μπότη Μ., ο.π., σελ.151 επ. Εδώ η αναφορά γίνεται καθαρά σε θεραπευτικές ιατρικές επεμβάσεις και στην υποκατάσταση της συναίνεσης του ασθενούς. Θα μπορούσε να γίνει μια συγκριτική επισκόπηση με τις μεταμοσχευτικές επεμβάσεις και την υποκατάσταση της συναίνεσης του δότη.

αδόκιμο να καθορίζουν την τύχη του ανίκανου προς συναίνεση, στο μέτρο που δεν μπορεί να επαληθευτεί ότι πρόκειται για δική του επιλογή.

Ο νομοθέτης απαντά μέσω του άρθρου 12 περ.3 γ Κωδ.Ιατρ.Δ, ορίζοντας πως κατ' εξαίρεση δεν απαιτείται συναίνεση στην περίπτωση που οι γονείς ανήλικου ασθενή που δεν μπορεί για οποιονδήποτε λόγο να συναινέσει ή άλλοι τρίτοι, που έχουν εξουσία συναίνεσης για τον ασθενή (δικαστικός συμπαράστατης), αρνούνται να δώσουν την αναγκαία συναίνεση και υπάρχει ανάγκη άμεσης παρέμβασης, προκειμένου να αποτραπεί ο κίνδυνος για τη ζωή ή την υγεία του ασθενή.

### **γγ) Ειδικά: Η υποκατάσταση της συναίνεσης του ανηλίκου δότη**

Η ισχύουσα νομοθεσία στη χώρα μας αποκλείει την όποια υποκατάσταση της συναίνεσης ζώντα δότη επί μεταμόσχευσης, οριοθετώντας ένα στενότερο πεδίο από ότι στην ικανότητα επί μιας γνήσιας δικαιοπραξίας αλλά και επί συναίνεσης του ασθενούς σε θεραπευτική επέμβαση, προφανώς διότι η δόση οργάνου δεν αποβλέπει στο συμφέρον ή στη βελτίωση της υγείας του υποκειμένου της, γενικά είναι αποκλειστική εκδήλωση αυτονομίας βούλησεως χωρίς λοιπές ευνοϊκές παρά μόνο επιβλαβείς προεκτάσεις. Κεντρικό σημείο αναφοράς είναι ότι η διάθεση στοιχείων της προσωπικότητας του δότη δεν μπορεί να αντικατασταθεί από τη βούληση άλλου ανθρώπου, κάτι που γεννά αντίστοιχα εύλογα ερωτήματα αντιστοιχίας της συλλογιστικής και για την μετενέργεια της αξιοπρέπειας και της προσωπικότητας του νεκρού δότη, για την υποκατάσταση της βούλησής του από το συγγενικό περιβάλλον ή για την επικράτηση του δικού τους δικαιώματος προσωπικότητας, όπως θα εξεταστεί παρακάτω.

Κατ' αρχάς για να υποβάλλει συναίνεση ο δότης θα πρέπει να είναι ενήλικος και να μην τελεί υπό πλήρη δικαστική συμπαράσταση γιατί δεν αρκεί η ικανότητα προς συναίνεση, είναι επιβεβλημένη και η πλήρης ικανότητα για δικαιοπραξία που προϋποθέτει την ενηλικότητα, κατά διάταξη αναγκαστικού δικαίου (άρθρο 8 παρ.2 και 3 ν.3984/2011). Οι ασκούντες τη γονική μέριμνα δεν μπορούν να δώσουν συναίνεση για λογαριασμό του, όπως συνάγεται εξ αντιδιαστολής (*argumentum a contrario*) από τη διατύπωση του άρθρου 7 περ.2 του ν. 3984/2011.

Για την προμήθεια μυελού των οστών, που αποτελεί ρευστό ιστό, ο οποίος απαλλάσσεται, δεν εφαρμόζονται οι διατάξεις του άρθρου 8 παρ. 1 και 2 του ν.3984/2011, ήτοι οι περιορισμοί σχετικά με τον κύκλο των ζώντων δοτών και σχετικά με την ενηλικότητα του δότη (άρθρο 49 παρ.2 ν.3984/2011). Σχετικά με την προμήθεια μυελού των οστών, η αφαίρεση επιτρέπεται και από ανήλικο δότη, όταν πρόκειται για μεταμόσχευση σε αδερφό αυτού, εφόσον υπάρχει ιστοσυμβατότητα μεταξύ τους (αυτονόητη προϋπόθεση που συνιστά εξειδίκευση της αρχής της προσφορότητας), η αφαίρεση είναι αναγκαία για τη ζωή του λήπτη, (εξειδίκευση της αρχής της

αναγκαιότητας), και δεν υπάρχει άλλος διαθέσιμος ιστοσυμβατός δότης, δικαιοπρακτικά ικανός να παράσχει έγκυρη συναίνεση (αρχή της επικουρικότητας ως προς την έλλειψη δικαιοπρακτικής ικανότητας). Απαιτείται ωστόσο η συναίνεση και των δύο γονέων.<sup>113</sup>

Τι θα γίνει όμως αν οι γονείς αρνούνται αδικαιολόγητα ή λόγω προσωπικών πεποιθήσεων (ηθικών θρησκευτικών κτλ) τη συναίνεσή τους; Μπορεί να προβεί ο ιατρός αυτοβούλως στη μεταμόσχευση με μόνη τη συναίνεση του ανηλίκου; Πρόκειται για μια ασυνήθιστη σύμπτωση πραγματικών περιστατικών όπου ο νόμος δεν δίδει εξαίρεση για να είναι δυνατή η μεταμόσχευση και η αναλογική εφαρμογή του άρθρου 12 περ.3 γ Κωδ.ΙατρΔ δεν είναι δυνατή (ανομοιότητα περιπτώσεων και εκούσιο κενό του νομοθέτη που συνειδητά και ρητά τοποθετείται επί του θέματος). Δεν είναι όμως κοινωνικά αφόρητο το αποτέλεσμα της πλήρους ανυπαρξίας εξαίρεσης; Ειδικά από τη στιγμή που υπάρχει πληθώρα διατάξεων αναγκαστικού δικαίου στο ν.3984/2011 (αρχή επικουρικότητας, ασφαλούς επέμβασης, θεραπευτικού σκοπού), που δίδουν προστασία στον ανήλικο συναινούντα και η αφαίρεση συνεπάγεται ελάχιστο κίνδυνο και ελάχιστη επιβάρυνση, θα μπορούσε κανείς να προβληματιστεί ως προς την αυστηρότητα της νομοθετικής πρόβλεψης σε αυτό το ζήτημα.<sup>114</sup>

Σε συνάρτηση με τα παραπάνω, το έννομο αγαθό της ζωής και της υγείας διατηρεί ενιαία και αδιαβάθμητη ποιότητα. Αταλάντευτη είναι η αξιολογική στάθμη του άρθρου 2 παρ.1 του Συντάγματος, όπως τονίζεται επανειλημμένως.

### **3. Η συναίνεση στην post mortem μεταμόσχευση**

#### **α) Ο νομικός χαρακτηρισμός της δωρεάς οργάνου από νεκρό δότη**

Ούτε στο νόμο 2737/99 ούτε στις πρόσφατες διατάξεις που τον αντικατέστησαν δεν προσεγγίζεται νομικά ο χαρακτηρισμός της δωρεάς από νεκρό δότη, δηλαδή του προσώπου που τοποθετείται για την μετά θάνατον τύχη των οργάνων του όσο ακόμη είναι εν ζωή. Μπορεί να δοθεί νομικός ορισμός Η τελευταία μπορεί να χαρακτηριστεί νομικά με συλλογιστικό πόρισμα που εξάγεται από την λεπτομερή εξέταση του ατελέσφορου άλλων νομικών σχημάτων τα οποία θα εξετάσουμε παρακάτω, αφού δηλαδή αποκλειστούν νομικοί χαρακτηρισμοί που εκ πρώτης

---

<sup>113</sup> Αυτή είναι η μόνη εξαίρεση που προβλέπει ο νόμος για τη δυνατότητα in vivo μεταμόσχευσης από ανήλικο δότη και, όπως φαίνεται, υπό αυστηρότατες προϋποθέσεις. Σακελλαροπούλου Β., Λάλα Δ., Σακελλαρόπουλος Θ., Ο νέος νόμος για τη δωρεά και μεταμόσχευση οργάνων (ν.3984/2011) συγκριτικά και με τον προηγούμενο (ν.2737/1999), Αρμ., 2012, σελ.868

<sup>114</sup> Προφανώς ο προβληματισμός αφορά επιτακτική ανάγκη μεταμόσχευσης με την έννοια ότι η ζωή ή η υγεία του λήπτη βρίσκεται σε κίνδυνο την στιγμή που επιχειρείται η αφαίρεση οργάνου για μεταμόσχευση σε συνδυασμό με ασήμαντο κίνδυνο του δότη. Δεν αρκεί ενδεχόμενος μελλοντικός κίνδυνος. Έτσι σταθμίζεται επιτυχώς η διακινδύνευση της υγείας του δότη με την βάσιμα αναμενόμενη ωφέλεια του λήπτη που τελούν σε μια υποφώσκουσα σχέση ευθείας αναλογίας.

όψεως φαίνεται να ταιριάζουν. Το επιχείρημα έγκειται στο ότι η προτεινόμενη λύση επαληθεύεται ως ορθή με τον αποκλεισμό κάθε άλλης λύσης ως άτοπης (argumentum ad absurdum).

Κατ' αρχάς δεν θα μπορούσαμε να χαρακτηρίσουμε τη δωρεά νεκρού δότη ως δωρεά αιτία θανάτου (υποτιθέσθω ότι είναι δυνατή και η καταφατική δήλωση του ζώντος, όχι μόνο η άρνηση). Η όλη δομική λειτουργία της δωρεάς αιτία θανάτου έχει ως συστατικό πυρήνα την αναβλητική αίρεση προαποβίωσης του δωρητή ή ταυτόχρονου θανάτου και των δύο συμβαλλομένων, οπότε η δωρεά αφορά τους κληρονόμους του δωρεοδόχου που πάντοτε είναι ορισμένος. Στην post mortem μεταμόσχευση ο δυνητικός δωρητής οργάνων προαποβιώνει σε κάθε περίπτωση, επομένως δεν πληρείται το προαπαιτούμενο του αβέβαιου γεγονότος της αναβλητικής αίρεσης σε συνδυασμό με το ότι λόγω της νομοθεσίας περί αναμονής και προτεραιότητας των ληπτών, ο λήπτης ποτέ δεν μπορεί να είναι ορισμένος (άρθρο 4 και 5 ν.3984/2011).

Επιπλέον, δημιουργείται ζήτημα αν πρόκειται για σύμβαση υπέρ τρίτου (άρθρο 411 ΑΚ) όπου δότης είναι ο υποσχών ο ιατρικός φορέας ο υποσχεθείς και τρίτος ο λήπτης. Μπορεί πράγματι εδώ να υπάρχει μια άτυπη τριμερής, τριγωνική σχέση αλλά η φύση της παροχής δεν είναι περιουσιακού χαρακτήρα όπως απαιτείται στη σύμβαση υπέρ τρίτου.<sup>115</sup> Ούτε κληροδοσία του 1714 ΑΚ μπορεί να είναι γιατί αφενός το ανθρώπινο σώμα είναι εκτός κληρονομιάς, δεν αφορά περιουσιακή ωφέλεια και αφετέρου, κατά την ορθότερη άποψη, δεν συνιστά *res* (πράγμα) αλλά υπόλειμμα προσωπικότητας<sup>116</sup>. Το ανθρώπινο σώμα, παρόλο που επιδέχεται ανθρώπινη εξουσίαση, δεν είναι πράγμα ούτε αντικείμενο συναλλαγών κατά το εμπράγματο δίκαιο και αυτό είναι απαραίτητη προϋπόθεση για τους ανωτέρω νομικούς χαρακτηρισμούς.

Η δήλωση κατά μια γνώμη δεν είναι πουθενά απευθυντέα<sup>117</sup>, είναι απλώς μια εκδήλωση ελευθεριότητας ηθικής μορφής με αποδέκτες τα αρμόδια ιατρικά κέντρα και τους οργανωμένους για μεταμοσχεύσεις ιατρικούς φορείς, κατά άλλη γνώμη είναι απευθυντέα στον ΕΟΜ,<sup>118</sup> μονομερής, τυπική, χαριστική και, ελεύθερα ανακλητή δήλωση βουλήσεως για τον δότη στα πλαίσια του προϋπάρχοντος νομικού καθεστώτος, για τους συγγενείς στα πλαίσια του ισχύοντος ν.3984/2011. Από την άλλη, σχετικά με τον απαιτούμενο τύπο υποστηρίζεται και αντίθετη άποψη, ότι η δικαιοπραξία δεν είναι τυπική, αρκεί να συνάγεται ρητά και αβίαστα η ακριβής βούληση του προσώπου.<sup>119</sup> Ορθότερο είναι, κατά τη γνώμη της παρούσας, για λόγους

---

<sup>115</sup>Κούρτης Μ., ο.π., σελ 117 επ.

<sup>116</sup>Κούρτης Μ., ο.π., σελ.120 επ.

<sup>117</sup>Ανδρουλιδάκη-Δημητριάδη Ι., ο.π., σελ.389

<sup>118</sup>Κούρτης Μ., ο.π., σελ 117 επ.

<sup>119</sup>Σακελλαροπούλου Β., Λάλα Δ., Σακελλαρόπουλος Θ., Ο νέος νόμος για τη δωρεά και μεταμόσχευση οργάνων (ν.3984/2011) συγκριτικά και με τον προηγούμενο (ν.2737/1999), Αρμ., 2012, σελ.868

νομιμότητας και ασφάλειας δικαίου να γίνεται δεκτή η πρώτη άποψη.<sup>120</sup>

Πρόκειται για αιτιώδη δικαιοπραξία γιατί το κύρος της εξαρτάται από την ύπαρξη και το κύρος κάποιας νόμιμης αιτίας αλλιώς έμμεσο νομικού σκοπού. Αυτή η νόμιμη αιτία (causa) είναι η ελευθεριότητα.<sup>121</sup> Προφανώς από τον έμμεσο σκοπό διαφοροποιείται ο εξωδικαιοπρακτικός σκοπός, ο οποίος αναφέρεται στα παραγωγικά αίτια της βουλήσεως του δικαιοπρακτούντος (αίσθημα κοινωνικής προσφοράς, η θρησκευτική συνείδηση, προσωπικά βιώματα κτλ) και είναι νομικά αδιάφορος. Προφανώς η εν λόγω δήλωση βουλήσεως είναι δεσμευτική στα έννομα αποτελέσματά της από τον ΕΟΜ και την ιατρική κοινότητα, εφόσον η δήλωση βουλήσεως συμπορεύεται με το νόμο.

### **β) Ισχύον νομοθετικό πλαίσιο (άρθρο 9 παρ. 2 ν.3984/2011 σε συνάρτηση με την τροποποίηση του άρθρου 55 παρ.4 ν.4075/2012**

Η ηθικοδεοντολογική θεώρηση των μεταμοσχεύσεων καθιστά ξεκάθαρη την ανάγκη διασφάλισης όσο το δυνατόν περισσότερων μοσχευμάτων λόγω της δυσαναλογίας μεταξύ προσφοράς και ζήτησης οργάνων. Σύμφωνα με το προϊσχύον άρθρο 12 παρ.2 του ν.2737/99 “η αφαίρεση από νεκρό δότη διενεργείται εφόσον ο δυνητικός δότης είχε εγγράφως συναινέσει σε αυτήν. Η αφαίρεση αποκλείεται αν είχε εγγράφως εκφράσει την άρνησή του”. Στην ενδιάμεση περίπτωση που ο θανών δεν είχε δηλώσει τίποτε, δεν είχε εκφράσει ούτε συναίνεση ούτε αντίρρηση εμπλεκόταν η οικογένεια. Η αφαίρεση ήταν επιτρεπτή μόνο εφόσον η οικογένεια δεν εξέφραζε αντίθεση σε αυτήν.<sup>122</sup> Ο νόμος 3984/11 εισήγαγε ένα αμιγές σύστημα τεκμαιρόμενης συναίνεσης του θανόντος δότη μέσω του άρθρου 9 παρ. 2 εξοβελίζοντας την προϋπόθεση της μη αντίρρησης της οικογένειας για να διενεργηθεί η μεταμόσχευση.

Προκειμένου να υπάρξει ένα μεσοδιάστημα προσαρμογής και διεξοδικής ενημέρωσης των πολιτών μέσω εφαρμογής ενημερωτικής εκστρατείας προβλέφθηκε ότι η συγκεκριμένη διάταξη θα ίσχυε όχι αμέσως αλλά δύο χρόνια αργότερα, από τη 1.6.2013<sup>123</sup>. Ωστόσο, ένα χρόνο

<sup>120</sup> Σκοπός του δικαίου των μεταμοσχεύσεων η αδιαβλητότητα και διαφάνεια του συστήματος γενικότερα. Βλ. *Μαραγκάκη Ε.*, Δωρεά και μεταμόσχευση οργάνων (ν.3984/2011), Αναγκαιότητα - Νέες Ρυθμίσεις, ΣΥΝ, 2011, Τεύχος 86, σελ. 40

<sup>121</sup> Τριάντος Ν., ο.π., σελ. 13, όπου αναλύει τις αιτιώδεις δικαιοπραξίες

<sup>122</sup> *Σακελλαροπούλου Β., Λάλα Δ., Σακελλαρόπουλος Θ.*, Ο νέος νόμος για τη δωρεά και μεταμόσχευση οργάνων (ν.3984/2011) συγκριτικά και με τον προηγούμενο (ν.2737/1999), Αρμ., 2012, σελ.867

<sup>123</sup> Μεγάλος προβληματισμός δημιουργήθηκε με τον νέο νόμο περί μεταμοσχεύσεων, ν. 3984/2011. Κατά το άρθρο 9 παρ.2 «*Η αφαίρεση ενός ή περισσότερων οργάνων από ενήλικο θανόν πρόσωπο πραγματοποιείται εφόσον, όσο ζούσε, δεν είχε εκφράσει την αντίθεσή του, σύμφωνα με την παράγραφο 3. Η έναρξη ισχύος της παρούσας παραγράφου αρχίζει από 1.6.13 προκειμένου στο διάστημα αυτό να υπάρξει πλήρως ενημέρωση των πολιτών μέσω της εφαρμογής συγκεκριμένης ενημερωτικής εκστρατείας. Με απόφαση του Υπουργού Υγείας και Πρόνοιας και Κοινωνικής αλληλεγγύης καθορίζεται ο τρόπος και κάθε τεχνική λεπτομέρεια σχετικά με την εκδήλωση θετικής ή αρνητικής*

αργότερα η διάταξη τροποποιήθηκε. Το άρθρο 55 παρ.4 του ν.4075/2012 αντικατέστησε το άρθρο 9 παρ.2 του ν.3984/2011 διατηρώντας μεν την εικαζόμενη συναίνεση (opt out σύστημα μη αντίρρησης) αλλά προσθέτοντας ως προαπαιτούμενο τη συναίνεση της οικογένειας (opt in). Έτσι όχι μόνο αποκαταστάθηκε το οικογενειοκρατικό σύστημα που ίσχυε στον ν.2737/1999 αλλά ισχυροποιήθηκε κιόλας γιατί ο τελευταίος απαιτούσε την μη αντίρρηση της οικογένειας (opt out) ενώ η τροποποίηση του άρθρου 55 παρ.4 του ν.4075/12 απαιτεί ένα στάδιο παραπάνω, τη ρητή δήλωση βουλήσεως (opt in). Ο νομοθέτης δυστυχώς υπαναχώρησε βιαστικά και βεβιασμένα, όχι για λόγους νομοτεχνικής αρτιότητας και συμφιλίωσης με το Σύνταγμα αλλά λόγω έντονων αντιδράσεων των Μέσων Μαζικής Ενημέρωσης και της Ιεράς Συνόδου της Εκκλησίας της Ελλάδος για την εικαζόμενη συναίνεση<sup>124</sup>. Πράγματι αφενός το σύστημα της εικαζόμενης συναίνεσης δεν είχε εδραιωθεί στη συνείδηση της ελληνικής κοινωνίας για να μπορέσει να γίνει αποδεκτό και αφετέρου διατυπώθηκε ότι δεν συνάδει με τη νομική επιστήμη. Η Εκκλησία καταρχάς αντιμετωπίζει συστηματικά με δυσπιστία τον σκεπτικισμό και την ηθική συνειδητότητα του ανθρώπου στο να οριοθετεί τον υπαρξιακό του προορισμό και να αναπλάθει τα δεδομένα στη βιοηθική, ώστε ζητήματα της τελευταίας να αποτελούν αφορμή πολλών ηθικών συζητήσεων από κοινωνιολόγους, νομικούς, θεολόγους, φιλοσόφους, βιολόγους, ιατρούς που πέρα από εποικοδομητικό πλουραλισμό και ποικιλομορφία αντιλήψεων οδηγεί δυστυχώς σε συγκεχυμένα συμπεράσματα.

Από την άλλη, στη νομική επιστήμη είχε εκφραστεί έντονη κριτική για το κατά πόσο το συγκεκριμένο ισχύον σύστημα συναίνεσης opt out είναι συμβατό με τα άρθρα 2.1 και 5.1 του

---

*δήλωσης του κάθε ατόμου και ο τρόπος συγκέντρωσης αυτών από τον ΕΟΜ».*

<sup>124</sup> Η Εκκλησία της Ελλάδος δεν δέχεται όσον αφορά τις μεταμοσχεύσεις το σύστημα της αμιγούς τεκμαιρόμενης συναίνεσης του δότη. Το ενδιαφέρον της Εκκλησίας δεν επικεντρώνεται τόσο στην ανεύρεση μοσχευμάτων που θα βελτιώσουν ή θα παρατείνουν βιολογικά μια ζωή, αλλά στη φιλαλληλία του δότη ο οποίος προσφέρει κυρίως ψυχικά. Στις προσπάθειες για την παράταση της ζωής δεν δίδεται έμφαση γιατί αυτές θεωρούνται εμβολοματικές δεδομένου ότι όσο και να παρατείνουμε τη ζωή, το τέλος της κάποτε θα επέλθει. Στις 28.9.2013 στον επίσημο διαδικτυακό ιστοχώρο της η Δ.Ι.Σ. (Διαρκής Ιερά Σύνοδος της Εκκλησίας της Ελλάδος) ανήρτησε ένα κείμενο με τίτλο: «Περί του ζητήματος της εικαζόμενης συναίνεσης συμφώνως τοις Ν. 3984/2011 και 4075/2012» με αριθ. Πρωτοκόλλου 4035 και αριθ. Διεκπ. 1778.292. Στο κείμενό της η Δ.Ι.Σ. χαιρετίζει την τροπολογία και την εισαγωγή της συναίνεσης της οικογένειας διότι, όπως υποστηρίζει, καταργεί κατ' ουσίαν την εικαζόμενη συναίνεση και υπερέχει του παλαιότερου νόμου 2737/1999, διότι εκεί αρκούσε η σιωπή των στενών συγγενών, ενώ τώρα απαιτείται οπωσδήποτε η συναίνεσή τους. Το κείμενο καταλήγει λέγοντας ότι η αντίληψη ότι από 1.6.2013 όλοι είμαστε εν δυνάμει δότες, αποδεικνύεται πασιφανώς εσφαλμένη.

Η Εκκλησία φαίνεται να προσπερνά το ενδεχόμενο ο νεκρός να μην έχει καμία οικογένεια, είτε επειδή την έχει χάσει, είτε επειδή είναι μετανάστης, είτε επειδή προέκυψε στην πορεία ως επιλογή του. Στην ουσία στην θρησκευτική ηθική εδραιώνεται μια άνιση μεταχείριση των ανθρώπων αλλοιώνοντας την καθαρότητα της κοινωνικής ηθικής αφού είναι ένας από τους παράγοντας που την καθορίζουν.

Συντάγματος.<sup>125</sup> Πρώτον γιατί ο σκοπός του νομοθέτη ήταν η εξασφάλιση περισσότερων μοσχευμάτων και αυτό υποβιβάζει τον άνθρωπο σε μέσο της κρατικής δράσης και δεύτερον γιατί υποσκάπτει τον αυτοπροσδιορισμό με τη δημιουργία εικαζόμενης και άρα πλασματικής συναίνεσης. Γίνεται ένα είδος ερμηνείας εκ του νόμου διότι ο νομοθέτης στην ουσία δίνει ερμηνευτική αξία στη σιωπή, την χρησιμοποιεί ως κριτήριο ερμηνείας για την παραδοχή της καταφατικής βούλησης δωρεάς. Η ερμηνεία όμως γίνεται με αυθαίρετο τρόπο γιατί η σιωπή από μόνη της δεν μπορεί να σημαίνει κάτι. Η δήλωση βουλήσεως επί συναίνεσης διάθεσης οργάνων μετά θάνατον είναι ένα πολύ σοβαρό και λεπτό ζήτημα για να προσδιορίζεται τόσο εύκολα από αδύναμα νομοθετικά τεκμήρια. Η ενημέρωση των πολιτών θα μπορούσε να μετριάσει την προβληματικότητα, ωστόσο κατά τα δεδομένα της κοινωνικής πραγματικότητας δεν φαίνεται να γίνεται αποτελεσματικά. Υπό καθεστώς άγνοιας η σιωπή δεν μπορεί να είναι τεκμήριο συναίνεσης. Εάν ένας πολίτης δεν είναι ενημερωμένος σχετικά με τις συνέπειες της μη έκφρασης αντίρρησης δεν έχει πάρει στην ουσία καμία θέση. Επομένως, η μετά θάνατον αφαίρεση των οργάνων του ισοδυναμεί με ένα είδος αναγκαστικής τους απαλλοτρίωσης για λόγους δημόσιας ωφέλειας.

Όμως η παρορμητική κίνηση του νομοθέτη να "μαζέψει τα ασυμμάζευτα" με απερίσκεπτη σπασμωδικότητα οδήγησε στην τροποποίηση του άρθρου 55 παρ. 4 ν.4075/2012, σε μια διάταξη πρόχειρη, προβληματική και, θα μπορούσε να ειπωθεί πειστικά, αντισυνταγματική. Δεν μπορεί να αντιτίθεται κανείς στο σύστημα τεκμαιρόμενης συναίνεσης επικαλούμενος παραβίαση της αυτονομίας του θανόντος δότη και να προσπαθεί να καλύψει αυτό το έλλειμμα αυτονομίας με την παρέμβαση της οικογένειας. Η γνώμη των οικείων δεν λαμβάνει χώρα μόνο όταν ο υποψήφιος δότης ήθελε να δηλώσει και δεν πρόλαβε αλλά σε κάθε περίπτωση που ο πλέον θανών δεν αρνήθηκε ρητώς. Η αφαίρεση κάθε δυνατότητας θετικής δήλωσης βουλήσεως για δωρεά από νομοθετική διάταξη και η εικαζόμενη συναίνεση σε συνδυασμό με την θετικού πρόσημου απόφαση της οικογένειας καταλύουν και αντιστρατεύονται στον πυρήνα του το αυτεξούσιο του ανθρώπου.

### **γ) Η τριγωνική σχέση συμφερόντων που διέπει την post mortem μεταμόσχευση**

Στην εν ζωή μεταμόσχευση διαδραστικό ρόλο τελούν ο αυτοπροσδιορισμός του δότη που βοηθά συγκεκριμένο πρόσωπο και το κοινωνικό δικαίωμα του λήπτη στη ζωή σε συνάρτηση με τον Κωδ.Ιατρ.Δ και την Ιπποκρατική ηθική. Από την άλλη στη μετά θάνατον μεταμόσχευση ο λήπτης δεν είναι συγκεκριμένος. Οι πόλοι αντίθεσης που βρίσκονται σε ανταγωνιστική διάδραση είναι πρώτον η μεταθανάτια προστασία της προσωπικότητας του νεκρού, πράγμα που αμφισβητείται στη νομική θεωρία, όπως θα ειπωθεί παρακάτω, δεύτερον το δημόσιο συμφέρον, η εύρεση

---

<sup>125</sup> <https://www.pemptousia.gr/2015/12/metamoschefsisis-ikazomeni-sinenesi-nomothesia-ke-ekklisia>

περισσότερων μοσχευμάτων, δηλαδή η διάσωση κατά το δυνατόν περισσότερων ζώων και τρίτον η ηθικοσυναισθηματική τοποθέτηση των στενών συγγενών επί της τύχης του οικείου προσώπου.

#### **αα) Η βούληση του νεκρού: Το μειονέκτημα του συστήματος της ρητής συναίνεσης για την σκοπιμότητα αύξησης των μεταμοσχεύσεων**

Το σύστημα της ρητής συναίνεσης του δότη (opt in) όσο αυτός βρίσκεται εν ζωή, έχει το πλεονέκτημα ότι εξυπηρετεί τόσο το δίκαιο της προσωπικότητας, όσο και ειδικότερα την αυτοδιάθεση και τον αυτοκαθορισμό, τη βουλευτική αυτονομία και το δικαίωμα επιλογών, όμως από την άλλη δεν προωθεί τον κοινωνικό ωφελιμισμό της αύξησης των μεταμοσχεύσεων.<sup>126</sup>

Ειδικότερα, το opt in σύστημα ρητής συναίνεσης αποτελεί τροχοπέδη για την ανάπτυξη της επιβεβλημένης από το Σύνταγμα κοινωνικής πολιτικής για την προστασία της υγείας (άρθρο 21 παρ.3 Σ σε συνδυασμό με άρθρο 5 παρ.5)<sup>127</sup>. Σε περίπλοκο, προσχηματικό ηθικό δίλημμα παραπέμπει το κοινωνικό γεγονός ότι πληθώρα πολιτών αναμένουν απέλπιδα σε λίστες αναμονής ενώ η εξέλιξη της ιατρικής επιστήμης παρέχει την δυνατότητα ίασης και ποιότητας ζωής.<sup>128</sup> Πρόκειται, για τουλάχιστον σε πρώτο επίπεδο, οξύμωρη κατανομή προτεραιοτήτων σε βάρος του κοινωνικού ευδαιμονισμού και ωφελιμισμού. Ο αριθμός των μοσχευμάτων που προέρχονται από ρητές συγκαταθέσεις δεν συμπλέει με το μέγεθος των πραγματικών αναγκών κυρίως γιατί οι άνθρωποι είναι κατά κανόνα αρνητικοί απέναντι στο θάνατο. Για τους ίδιους λόγους φόβους του θανάτου, εγωκεντρισμού ή απλά ουδετερότητας που ωθούν πολλούς στο να μην συντάσσουν διαθήκη, ωθούνται εξίσου στο να απέχουν από θετική δήλωση για δωρεά οργάνων.

Κατά μια οπτική (το αν είναι εύστοχή ή άστοχη είναι ζήτημα προβληματισμού), το σύστημα της τεκμαιρόμενης συναίνεσης ή της ρητής αντίρρησης, εάν πρόκειται για πεφωτισμένη δήλωση βουλήσεως, είναι κατά την ουσία η άλλη όψη του ίδιου νομίσματος, η άλλη πλευρά του συστήματος της ρητής, με θετική δήλωση συναίνεσης<sup>129</sup>. Αν υπάρχει η γνώση των εκ του νόμου αποτελεσμάτων αυτής της αποχής, ως αυτονόητη προέκταση της αυτεξουσιότητας, δεν

<sup>126</sup> Σακελλαροπούλου Β., Λάλα Α., Σακελλαρόπουλος Θ., Ο νέος νόμος για τη δωρεά και μεταμόσχευση οργάνων (ν.3984/2011) συγκριτικά και με τον προηγούμενο (ν.2737/1999), Αρμ., 2012, σελ.866

<sup>127</sup> Βάρκα-Αδάμη Α., Καινοτομίες του ν.3984/2011 για τη δωρεά οργάνων και μεταγενέστερες παλινδρομήσεις. Σε Βιοηθικοί Προβληματισμοί, Επιμέλεια: Κανελλοπούλου Μπότη Μ. Και Παναγοπούλου Κουντατζή Φ., 2014, σελ.280

<sup>128</sup> Αιτολογική Έκθεση του ν.3984/2011, βλ. συνοπτική αναφορά σε Μαραγκάκη Ε., Δωρεά και μεταμόσχευση οργάνων (ν.3984/2011), Αναγκαιότητα - Νέες Ρυθμίσεις, ΣΥΝ, 2011, Τεύχος 86, σελ. 40

<sup>129</sup> Βάρκα-Αδάμη Α., Καινοτομίες του ν.3984/2011 για τη δωρεά οργάνων και μεταγενέστερες παλινδρομήσεις. Σε Βιοηθικοί Προβληματισμοί, 2014, σελ.281 επ. Η συγγραφέας του άρθρου θεωρεί ότι το σύστημα της ρητής αντίρρησης, όπως το ονομάζει, την μόνη ενδεδειγμένη λύση για την αύξηση των δωρητών.

υφίστανται λειτουργικές και αξιολογικές αποκλίσεις.

Κατά την κατεύθυνση αυτή, το σύστημα της μη αντίρρησης δεν έρχεται σε αντίθεση με την Οδηγία 2010/53/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και Συμβουλίου της 7.7.2010 με την οποία εναρμονίστηκε ο ν.3984/2011, επειδή η Οδηγία αυτή υπενθυμίζει στα κράτη να διασφαλίζουν την εθελοντική δωρεά οργάνων. Στην αιτιολογική σκέψη 21 της ανωτέρω Οδηγίας αναφέρεται ότι “Στην Ένωση συνυπάρχουν πολλά διαφορετικά πρότυπα όσον αφορά τη συγκατάθεση στη δωρεά περιλαμβανομένων των συστημάτων στα οποία η δωρεά μπορεί να γίνει αν δεν υπάρχει ένδειξη αντίρρησης”. Η παρούσα Οδηγία δεν επηρεάζει τα ποικίλα συστήματα συναίνεσης που ήδη υπάρχουν στα ευρωπαϊκά κράτη”. Από την ανωτέρω αιτιολογική σκέψη συνάγεται το αυτονόητο, ότι ο εθελοντικός χαρακτήρας της δωρεάς οργάνων συνυπάρχει και στα συστήματα συναίνεσης και στα συστήματα αντίρρησης.

Τα παραγωγικά αίτια της βουλήσεως του μη υποβάλλοντος αντίρρηση μπορεί να ποικίλλουν ανάλογα με αυτά του μη θετικώς συναινούντος, όπως και του μη συντάσσοντος διαθήκη (συναίνεση, αδιαφορία, εγωκεντρισμός, φοβία επί του θανάτου κτλ). Τα παραγωγικά αίτια της βουλήσεως, ωστόσο, κατά κανόνα δεν ενδιαφέρουν το δίκαιο. Ούτε και στη διαθήκη είναι δεδομένο ότι ο αδιάθετος θανών συναινεί να περιέλθει η περιουσία του στους κληρονόμους κατά την εξ αδιαθέτου διαδοχή. Το τελευταίο γίνεται ωστόσο αναμφισβήτητα αποδεκτό για να δοθεί μια λύση από τον νομοθέτη. Μπορεί να υποστηριχθεί πως η ειδοποιός διαφορά των ομοταγών αυτών περιπτώσεων είναι ότι τα όργανα του σώματος συνδέονται πιο βαθιά και αναπόσπαστα με την ανθρώπινη προσωπικότητα, γι’ αυτό πρέπει να αντιμετωπίζονται αλλιώς. Αντίστοιχα όμως η κοινωνική ωφέλεια ισοσταθμίζει την ήπια προσβολή κατά την αρχή της *stricto sensu* αναλογικότητας (περιορισμός του δικαιώματος κατά το άρθρο 25 παρ. 1 Σ), χωρίς να προσβάλλεται ο πυρήνας του αυτοπροσδιορισμού του ανθρώπου. Γιατί όσο αναπόσπαστο στοιχείο της προσωπικότητας του ανθρώπου είναι το σώμα του σε σχέση με την περιουσία-ιδιοκτησία, άλλο τόσο σημαντική είναι η ωφέλεια της προσφοράς των οργάνων σε σχέση με την προσφορά της περιουσίας. Αυτή η συλλογιστική μέθοδος δεν μπορεί να λάβει χώρα στην υποστήριξη της “κυριότητας” του πτώματος από το κράτος, διότι σε μια τέτοια περίπτωση, εν αντιθέσει με την προηγούμενη, προσβάλλεται ο πυρήνας του αυτοπροσδιορισμού του ανθρώπου.

### **ββ) Δημόσιο συμφέρον: Το πρόβλημα της “απαλλοτρίωσης” του σώματος του νεκρού**

Ο σεβασμός στο σώμα του νεκρού προστατεύεται ως έννομο αγαθό της πολιτείας με το άρθρο 201 ΠΚ και συσχετίζεται σε αναγόμενους σε πανανθρώπινες και διαχρονικές αξίες συμβολικούς λόγους τιμής των νεκρών.

Το ζήτημα της εκμεταλλεύσεως του ανθρώπινου σώματος βρίσκεται σήμερα στον πυρήνα της ηθικής και επιστημονικής προσοχής περισσότερο από ποτέ λόγω της ανάπτυξης της ιατρικής

επιστήμης και της δυνατότητας αφαίρεσης οργάνων από εγκεφαλικά νεκρούς ανθρώπους. Η προβληματική εστιάζει στην συγκεχυμένη ύπαρξη διαχωριστικής γραμμής ανάμεσα στα όρια ανεκτικότητας και αυθαιρεσίας επέμβασης στο ανθρώπινο σώμα. Στο πλαίσιο των αναδυόμενων διλημμάτων βιοηθικής είναι δυσχερές να βρεθεί ένα κριτήριο για το που σταματά ο σκοπός ανεύρεσης μοσχευμάτων και που αρχίζει η κατάχρηση.

Χαρακτηριστικό παράδειγμα<sup>130</sup> που θα ενέπιπτε στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 288 αλλά και του 281 ΑΚ είναι η υπόθεση που απασχόλησε τη γαλλική πόλη Amiens και παρεκτεταμένα την κοινωνία της χώρας στις αρχές της δεκαετίας του 1990. Ένας νέος 18 ετών ύστερα από τροχαίο δυστύχημα βρέθηκε σε κατάσταση διαπιστωμένου εγκεφαλικού θανάτου. Οι γονείς, εκπαιδευτικοί στο επάγγελμα και ευαισθητοποιημένοι στην αξία και την ιδέα προσφοράς οργάνων, συναίνεσαν στην αφαίρεση καρδιάς, ήπατος και νεφρών. Όμως λόγω ενός διαδικαστικού σφάλματος του νοσοκομείου κλήθηκαν στη θέση των ληπτών να πληρώσουν όλα τα έξοδα των πολλαπλών μεταμοσχεύσεων. Εν τέλει διαπίστωσαν ότι είχαν γίνει πάνω από οκτώ χειρουργικές επεμβάσεις, μεταξύ των οποίων και αφαίρεση οφθαλμών (όχι μόνο κερατοειδούς). Το αποτέλεσμα ήταν η σωρός να έχει υποστεί σοκαριστική παραμόρφωση, γεγονός που ίσως αντιστρατεύεται μια εκ φύσεως διαφορετική ασυνείδητη αίσθηση του ανθρώπινου είδους για την εικόνα των νεκρών και την ευσέβεια που τους αναλογεί. Τελικά η υπόθεση πήρε το δρόμο της ποινικής δικαιοσύνης με την κατάθεση μηνυτήριας αναφοράς κατά των ιατρικών φορέων του νοσοκομείου για περιύβριση νεκρού.

Εδώ τίθεται ένα εύλογο ερώτημα: Θα μπορούσε να παραλληλιστεί το δικαίωμα του ανθρώπου στο σώμα του με την ιδιοκτησία; Η έννοια της ιδιοκτησίας θεωρείται από μελετητές της πολιτικής θεωρίας και του δικαίου ένα αυτονόητο και απαραβίαστο ανθρώπινο δικαίωμα που απορρέει από το φυσικό δίκαιο, επομένως διατηρεί αμετάβλητη και αναλλοίωτη μορφή στο χρόνο. Υποστηρικτές της θέσης είναι ο Locke και ο Grotius, ιδρυτές της σχολής του φυσικού δικαίου<sup>131</sup>. Από τον Γερμανό φιλόσοφο Hegel θεωρήθηκε προέκταση, εξωτερική σφαίρα της προσωπικότητας.<sup>132</sup> Το Γερμανικό Συνταγματικό Δικαστήριο αντιλαμβάνεται την ιδιοκτησία ως σφαίρα ελευθερίας στον οικονομικό χώρο, σε προφανώς αναπόφευκτη αλληλεπίδραση και αλληλουχία με την ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας του άρθρου 5 του Συντάγματος, κάτι που μετουσιώνεται μετά θάνατον στη διαθήκη. Το καθεστώς της τεκμαιρόμενης συναίνεσης του δότη για την μετά θάνατον μεταμόσχευση, χωρίς a priori ενημέρωση για τις συνέπειες, προσομοιάζει με τον κρατικό παρεμβατισμό σε περίπτωση απαλλοτρίωσης της ιδιοκτησίας για “το κοινό καλό”. Άλλωστε, ας μην λησμονά κανείς πως η κοινωνική αναγκαιότητα του

---

<sup>130</sup>Κούρτης Μ., σελ. 148

<sup>131</sup>Τάχος Α.Ι., Διοικητικό Οικονομικό Δίκαιο, 1992, σελ.247.

<sup>132</sup>Χρυσόγονος Κ., Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, 2006, σελ. 361.

περιορισμού της ιδιοκτησίας υπό όρους καθίσταται απαραίτητη εξαιτίας της διάσωσης του πολιτιστικού περιβάλλοντος και της ποιότητα ζωής ή την θωράκιση της δημόσιας ασφάλειας σε έκτακτες ανάγκες, σκοποί που θίγονται στο Σύνταγμα (άρθρα 21 παρ.3, 24, 117).

Ωστόσο, οι ανωτέρω σκέψεις ενδέχεται να οδηγήσουν σε μια λογική σκοπιμότητας, επικίνδυνη σε νομιμοκρατούμενη κοινωνία. Επομένως, υπό το πρίσμα της αρχής της νομιμότητας, πρέπει να προάγονται λυσιτελώς οι ασφαλιστικές δικλίδες οριοθέτησης τούτης της πολύ σημαντικής μορφής κρατικού παρεμβατισμού. Ισχυρό πρόχωμα στον κρατικό παρεμβατισμό αποτελεί η αρχή της αναλογικότητας και η έννοια του κράτους δικαίου, ώστε να είναι αναγκαίος και δικαιολογημένος. Το άτομο στο κράτος δικαίου δεν είναι αντικείμενο εξουσίας αλλά υποκείμενο δικαίου, δεν μπορεί να μετουσιωθεί σε απλή ποσόστωση του κοινωνικού συνόλου, κάτι που εφόσον ισχύει για το ατομικό δικαίωμα επί της ιδιοκτησίας επί πραγμάτων, πόσο μάλλον πρέπει να ισχύει για τον αυτοκαθορισμό του ίδιου του σώματος.

Τέλος, ας σημειωθεί πως το υποκρυπτόμενο οικονομικό συμφέρον του κράτους και των ασφαλιστικών ταμείων για τη στήριξη των μεταμοσχεύσεων δεδομένης της εξάλειψης ή της περικοπής των εξόδων των υπό μεταμόσχευση ασθενών είναι ευνόητο πως δεν δύναται να υπονομεύσει τον σεβασμό της προσωπικότητας, της ζωής και της υγείας των κοινωνιών, εν προκειμένω των υποψηφίων δοτών<sup>133</sup>. Αυτό υποδηλώνει και η αρχή της επικουρικότητας στην *in vivo* μεταμόσχευση όπου η αφαίρεση οργάνου είναι *ultimum refugium* όταν δεν υπάρχει άλλη δυνατότητα θεραπείας. Διαφορετικά, αν υπάρχει, προτιμάται η άλλη θεραπεία ακόμη κι αν είναι οικονομικά πιο απαιτητική.

#### **γγ)Η οικογένεια: Κριτική προσέγγιση του άρθρου 55 παρ.4 του ν. 4055/2012**

Με την τροπολογία του άρθρου 55 παρ.4 του ν. 4055/2012 ο νομοθέτης προσφεύγει στη λύση της οικογενειακής συναίνεσης παλινδρομώντας στο πρόσφατο και απώτερο νομοθετικό παρελθόν. Το παράδοξο είναι ότι με τη ρύθμιση αυτή ούτε η αύξηση των μοσχευμάτων επιτυγχάνεται (γιατί η οικογένεια δυσκολεύεται να δώσει θετική συναίνεση<sup>134</sup>), ούτε η προστασία της βουλήσεως του θανόντος προστατεύεται (αφού υπάρχει και νομοθετικό κενό ως προς τη δυνατότητα θετικής δήλωσης βουλήσεως ενώπιον του ΕΟΜ). Συνωθούνται όμως ερωτήματα για το ποια οικογένεια εννοεί ο νόμος και αν ταυτίζεται με την οικογένεια που ορίζεται στο άρθρο 8 του ν.3984/2011 περί του κύκλου των δυνητικών δοτών. Η νομική έννοια της οικογένειας ενέχει αόριστη αξιολογική αποτίμηση, όταν ο νομοθέτης σιωπά ως προς αυτήν

<sup>133</sup> *Καϊάφα-Γκμπάντι Μ.*, Μεταμοσχεύσεις: Παρόν και μέλλον του νομικού πλαισίου, Δημοσιεύματα Ιατρικού Δικαίου και Βιοηθικής, Μεταμοσχεύσεις, 2008, σελ.28

<sup>134</sup> Πράγματι, οι περιπτώσεις μη συνεργασίας της οικογένειας σε δωρεά οργάνων του νεκρού είναι αρκετές. Βλ. *Μαραγκάκη Ε.*, Δωρεά και μεταμόσχευση οργάνων (ν.3984/2011), Αναγκαιότητα - Νέες Ρυθμίσεις, ΣΥΝ, 2011, Τεύχος 86, σελ. 40

και εξειδικεύεται από τον ερμηνευτή του δικαίου με βάση τις εκάστοτε ισχύουσες κοινωνικές αντιλήψεις. Άξια αναφοράς είναι η πρωτοποριακή, ιδίως για την εποχή της απόφαση υπ' αριθμόν 153/1976 του Πρωτοδικείου Καρδίτσας που επιδίκασε με σοβαρά νομικά επιχειρήματα χρηματική ικανοποίηση για ηθική βλάβη (ψυχική οδύνη) από τον θάνατο ανδρός κατά το άρθρο 932 παρ.3 ΑΚ στην γυναίκα με την οποία συζούσε σε ελεύθερη ένωση. Το δικαστήριο προφανώς θεώρησε, είτε με διαστολή της έννοιας στην γραμματική ερμηνεία του όρου είτε με τελεολογική ερμηνεία, ότι στην έννοια οικογένεια περιλαμβάνονται “πάντα τα πρόσωπα τα συνδεόμενα διά συγγενείας και αγάπης και ουχί μόνον η νόμιμος σύζυγος, οι γνήσιοι ή με αυτούς εξομοιούμενοι κατιόντες, οι αδερφοί, οι αγχιστείς πρώτου βαθμού, οι ανεψιοί, πρώτοι εξάδερφοι, ή οι μνηστοί”. Μέσω της ρηξικέλευθης αυτής ερμηνείας διατάραξε πρώτη αυτή τα θεμέλια της κρατούσας γνώμης σε θεωρία και νομολογία για την οικογένεια. Η νομολογιακή αυτή πορεία ανετράπη από την υπ' αριθμόν 434/2005 ΑΠ με αντίθετα επιχειρήματα, κυρίως ότι θίγεται ο συνταγματικά κατοχυρωμένος θεσμός του γάμου. Τότε δεν είχαν ακόμη εισαχθεί τα δύο νομοθετήματα για το σύμφωνο συμβίωσης, όπου ο ίδιος ο νόμος με σταδιακές πλέον στο χρόνο μεταστοιχειώσεις έδωσε νέα κριτήρια στην ερμηνεία της αόριστης αυτής έννοιας.

Ως προς το ζήτημα συνάγεται ότι δεν μπορεί να δοθεί απάντηση σχηματικά και δογματικά εκ προοιμίου. Μετά την παλινδρόμηση του ν.4055/2012 είναι σαφές πως ο κύκλος των δικαιούμενων σε συγκατάθεση για αφαίρεση οργάνων από νεκρό προσώπων διευρύνεται. Ο προηγούμενος ν.2737/1999 επέτρεπε την αφαίρεση οργάνων από νεκρό δότη, ο οποίος δεν είχε εκφράσει εν ζωή ούτε τη συναίνεση ούτε την αντίρρησή του, υπό την προϋπόθεση ότι δεν αντιτίθενται ο σύζυγος, τα ενήλικα τέκνα, οι γονείς ή τα αδέρφια (άρθρο 12 παρ. 4). Πρόκειται για διευρυμένη επαναφορά των διατάξεων του προϊσχύοντος νόμου, εφόσον οποιοσδήποτε, που κατά την κρίση του ιατρού θεωρείται μέλος της οικογένειας, μπορεί να αποτρέψει την αφαίρεση. Καλείται λοιπόν ο ιατρός να γίνει ερμηνευτής του νόμου.

Ερωτάται επίσης πως δικαιολογείται το δικαίωμα των συγγενών να αποφαινούνται και κατά μια άποψη να δικαιοπράκτουν για λογαριασμό του θανόντα. Κατά την πιο δόκιμη άποψη, τα μέλη της οικογένειας του νεκρού εικάζουν τη γνώμη του προσφιλούς προσώπου, που δεν εξέφρασε ο ίδιος εν ζωή. Αν όμως δεχτούμε ότι σημαντικό παραγωγικό αίτιο βουλήσεως που οδηγεί κάποιον εν ζωή στην μη αντίρρηση είναι ο αρνητισμός επί του θανάτου, είναι εξίσου πιθανό να μην έχει συζητήσει κάτι τέτοιο ούτε με την οικογένειά του. Κατά άλλη άποψη<sup>135</sup> είχε εν ζωή δώσει στα μέλη της οικογένειάς του μεταθανάτια πληρεξουσιότητα (*mandatum post mortem*) εμμέσως συναγόμενη, στο να επιτρέψουν ή να εμποδίσουν την αφαίρεση των οργάνων από το νεκρό

---

<sup>135</sup> Βάρκα-Αδάμη Α., Καινοτομίες του ν.3984/2011 για τη δωρεά οργάνων και μεταγενέστερες παλινδρομήσεις. Σε Βιοηθικοί Προβληματισμοί, Επιμέλεια: Κανελλοπούλου Μπότη Μ. Και Παναγοπούλου Κουτνατζή Φ., 2014, σελ285 όπου επικαλείται τη γνώμη του Τσέλιου Χ., Μεταμόσχευση οργάνων και *mandatum post mortem*, <http://www.iatronet.gr>.

σώμα κατά τη δική τους αυτοτελή κρίση.

Τέλος, έχει υποστηριχθεί<sup>136</sup> ότι η ακεραιότητα του νεκρού σώματος μέχρι την ταφή του έχει συναισθηματική αξία για τα προσφιλή πρόσωπα που συνδέθηκαν μαζί του και ο ακρωτηριασμός ή η αλλοίωσή του επηρεάζει τη δική τους προσωπικότητα. Ωστόσο, σε περίπτωση ασυμφωνίας αναφύεται το άτομο να δεχόμαστε ότι ο νεκρός έχει ήσσονα συναισθηματική αξία για εκείνους που συναινούν στην αφαίρεση οργάνων, έναντι αυτών που αντιτίθενται. Έτσι προσδίδεται ηθική απαξία στους πρώτους που θεωρούν ότι η δωρεά οργάνων από τον προσφιλή νεκρό τους είναι προσφορά προς το συνάνθρωπο και όχι μόνο δεν προσβάλλει το νεκρό, αλλά του προσδίδει αξία και αξιοπρέπεια. Πέρα από το ότι θίγεται η προσωπικότητα των ανθρώπων που κάνουν αυτή την επιλογή, και η ίδια η επιλογή απαξιώνεται χρωματισμένη με υποβόσκον αρνητικό πρόσημο.

Κατά την Βάρκου-Αδάμη<sup>137</sup> καμία από αυτές τις απόψεις δεν συμπλέει με το συνταγματικό και το αστικό δίκαιο. Για να υπογραμμίσει την καταστρατήγηση του άρθρου 5 Σ επικαλείται την διατύπωση του αείμνηστου καθηγητή Ν.Παπαντωνίου ότι “θεωρείται ως υπεύθυνη για τον καθένα υπόθεση, που προϋποθέτει τόσο την θετική εξουσία να σκέπτεται ελεύθερα, να αποφασίζει μόνος του για θέματα που τον αφορούν, είτε εν ζωή είτε μετά θάνατον, να επιχειρεί ή να παραλείπει δραστηριότητες, όσο και αντίστοιχα την αρνητική εξουσία να αποτρέπει παρακώλυση ή επηρεασμό της δραστηριότητάς του”.<sup>138</sup> Κάθε άνθρωπος δικαιούται να προσδιορίσει τη θέση του για θέματα που τον αφορούν, ακόμα και με τη σιωπή του, αφήνοντας εν γνώσει του τα πράγματα να εξελιχθούν στη φυσική τους πορεία. Όπως ο άνθρωπος δικαιούται να αδιαφορήσει για την τύχη της περιουσίας του μετά το θάνατό του, αν τον ενοχλεί η ιδέα να συντάξει διαθήκη, παρά του ότι τα συναισθήματά του προς συγκεκριμένους εξ αδιαθέτου κληρονόμους είναι δυσανάλογα του ποσοστού της κληρονομιάς που ορίζει ο νόμος, έτσι μπορεί να αποστασιοποιηθεί από το ζήτημα της μεταμόσχευσης αφήνοντας την κρατική νομοθεσία να αποφασίσει χωρίς την εμπλοκή των συγγενών.

Από την πλευρά του αστικού δικαίου, κατά κρατούσα γνώμη, η απόφαση για διάθεση οργάνων δεν είναι κληρονομητή και λόγω της μη σύγκλισης του σώματος με τα στοιχεία ιδιοκτησίας και λόγω του αυστηρώς προσωποπαγούς χαρακτήρα του. Ούτε στο άρθρο 57 παρ.1 εδ.β δεν ερείδεται το δικαίωμα της οικογενειακής συναίνεσης στην αφαίρεση οργάνων. Με το άρθρο 57 παρ.1 εδ.β ΑΚ δίνεται στον σύζυγο (μετά τον ν.3719/2008 και στον σύντροφο επί συμφώνου συμβίωσης), στους κατιόντες ή ανιόντες, στους αδερφούς και στους κληρονόμους από διαθήκη

---

<sup>136</sup>Βιδάλης Τ, Η εικαζόμενη συναίνεση, σε Επιθεώρηση Βιοηθικής, 2008, σελ.109

<sup>137</sup>Βάρκα-Αδάμη Α., Καινοτομίες του ν.3984/2011 για τη δωρεά οργάνων και μεταγενέστερες παλινδρομήσεις. Σε Βιοηθικοί Προβληματισμοί, Επιμέλεια: Κανελλοπούλου Μπότη Μ. Και Παναγοπούλου Κουτνατζή Φ., 2014, ο.π., σελ.287

<sup>138</sup>Στη νομική θεωρία ασκήθηκε σφοδρή κριτική στη δυνατότητα της οικογένειας να λαμβάνει τόσο καθοριστική απόφαση. Βλ. Επιπλέον και Μαραγκάκη Ε., Δωρεά και μεταμόσχευση οργάνων (ν.3984/2011), Αναγκαιότητα - Νέες Ρυθμίσεις, ΣΥΝ, 2011, Τεύχος 86, σελ. 41

δικαίωμα προστασίας της μνήμης του νεκρού, όχι υποκατάστασης στις ειδικότερες εκδηλώσεις της προσωπικότητάς του, λόγω του σκληρού και αδιάρρηκτου πυρήνα του αυτοπροσδιορισμού του ανθρώπου. Περαιτέρω, η πλήρωση του πραγματικού της διάταξης για την παράνομη προσβολή της μνήμης του νεκρού δεν θα πρέπει να υφίσταται γιατί το δικαίωμα υποβολής αντίρρησης αίρει την στοιχειοθέτηση τέτοιας προσβολής. Αν γίνει αφαίρεση οργάνων χωρίς την εν ζωή συναίνεση ή την μη ρητά εκφρασθείσα αντίρρηση του νεκρού, τότε μόνο υφίσταται παράνομη προσβολή της μνήμης του νεκρού (καθώς και πλήρωση της αντικειμενικής υπόστασης του άρθρου 201 ΠΚ).

Είναι βαθιά ανθρώπινο, οι συγγενείς να αποφασίζουν με βάση τις δικές του βιοθεωρητικές πεποιθήσεις, τη συναισθηματική φόρτιση της στιγμής ή με άλλα κίνητρα χωρίς να εκπροσωπούν το νεκρό. Συνεπώς ακόμη και η κατά τα άλλα νομοτεχνικά εύστοχη έννοια της μαρτυρίας, ενώ θεωρητικά αποτελεί λύση, στην πράξη ταυτίζεται ουσιαστικά με την προσωπική σφαίρα των συγγενών που δίδουν τη συναίνεση και μένει σε ιδεατό επίπεδο εφόσον δεν υπάρχει χειροπιαστός τρόπος απόδειξης, ούτε πρακτικοί τρόποι διασταύρωσης της αληθούς βούλησης του νεκρού. Επιπλέον η τροποποίηση του ν.4075/2012 δεν καθορίζει επακριβώς την έννοια της «οικογενείας του». Είναι ο πρώτος, ο δεύτερος ή ο τρίτος βαθμός συγγένειας που έχει το δικαίωμα να αποφασίζει; Πώς αποδεικνύεται η οικογένεια; Σε περίπτωση διαφωνίας, η ιατρική κοινότητα δεν υποχρεούται αλλά ούτε και δικαιούται να επιλύει οικογενειακές διαμάχες. Τι θα γίνει, όταν δεν υπάρχει οικογένεια ή όταν δεν ενημερωθεί ή δεν εμφανισθεί; Τότε θα εφαρμοσθεί η εικαζόμενη συναίνεση, χωρίς τη συναίνεση της οικογένειας;

#### **ΜΕΡΟΣ IV:**

### **Η προβληματική της ερμηνείας της συναίνεσης στη μεταμόσχευση (ενώπιον του λήπτη, του ιατρού, του ΕΟΜ) κατά τις διατάξεις περί δικαιοπραξιών**

#### **1. Ο σκοπός της ερμηνείας**

##### **α. Ο ρόλος της ερμηνευτικής προβληματικής στη συναίνεση του δότη**

Η δικαιοπραξία ως πραγματικό που περιέχει δήλωση βουλήσεως, με την οποία επιδιώκεται η παραγωγή εννόμων αποτελεσμάτων, είναι μια κανονιστικής φύσεως νοηματοφόρα πράξη, υποκείμενη εξ αυτού του λόγου σε νομική ερμηνεία.<sup>139</sup> Όπως αναλύθηκε, η συναίνεση του δότη, όταν απευθύνεται ενώπιον του λήπτη και του ΕΟΜ είναι κι αυτή μια κανονιστικής φύσεως νοηματοφόρα πράξη που εμπίπτει στον ορισμό της δικαιοπραξίας, επομένως υπόκειται και αυτή

<sup>139</sup> Παπανικολάου Π, Μεθοδολογία του Ιδιωτικού Δικαίου και Ερμηνεία των δικαιοπραξιών, 2000, 449 επ.

σε νομική ερμηνεία χωρίς να τίθεται αμφισβήτηση. Όμως από την άλλη αμφισβητείται το αν η συναίνεση του δότη ενώπιον του ιατρού συνιστά δικαιοπρακτική δήλωση βουλήσεως και αν εντάσσεται στα πλαίσια της σύμβασης ιατρικής αγωγής. Άλλωστε, ακόμη και η νομική φύση της τελευταίας αμφισβητείται γιατί άλλοτε χαρακτηρίζεται ως σύμβαση παροχής ανεξάρτητων υπηρεσιών και άλλοτε ως σύμβαση έργου.<sup>140</sup> Το ζήτημα είναι αν κι αυτή χρήζει ερμηνείας αφού κι αυτή είναι, όπως και οι δικαιοπραξίες, φέρει κάποιο νόημα στο νομικό κόσμο, το οποίο μπορεί να είναι αμφισβητούμενο.

Το ερώτημα θα μπορούσε να απαντηθεί με τη λογική ότι, ακόμη κι αν η συναίνεση ενώπιον του ιατρού χαρακτηριστεί ως οιονεί δικαιοπραξία,<sup>141</sup> ευθέως εμπίπτει στο πλαίσιο των ερμηνευτικών κανόνων που αφορούν τις δικαιοπραξίες<sup>142</sup> ή σε κάθε περίπτωση μπορεί να εμφοιλοχωρήσει αναλογική εφαρμογή των κανόνων της ερμηνείας των δικαιοπραξιών<sup>143</sup>. Ακόμη κι να θεωρηθεί απλή νομιμοποιητική πράξη που αίρει το άδικο, η κατάφαση της ως τέτοια εξαρτάται από το νόημα που φέρει η διατύπωση της συναίνεσης, το οποίο μπορεί να είναι αμφισβητούμενο, επομένως και πάλι χρειάζεται ερμηνεία. Τούτο συμβαίνει από τη στιγμή που υπάρχει παρόμοια ανάγκη για ερμηνεία και κατ' εφαρμογή των διατάξεων περί δικαιοπραξιών (άρθρα 173 και 200 ΑΚ) που προσαρμόζονται και κρίνονται κατάλληλες για την ιδιάζουσα κατάσταση συμφερόντων της συναίνεσης στη δωρεά οργάνων, είτε αυτή εκφράζεται ενώπιον του δότη, είτε ενώπιον του λήπτη είτε αφορά τη μετά θάνατον μεταμόσχευση.

Ο απώτερος σκοπός είναι να βρεθεί το νομικά κρίσιμο περιεχόμενο, το πραγματικά ηθελημένο αλλά και το κανονιστικό νόημα της συναίνεσης ως έκφανση της αυτονομίας του ατόμου και της αρχής της καλής πίστης. Είναι εύλογο πως για να χωρίσει ερμηνεία της δήλωσης βουλήσεως πρέπει οι δικαιοπρακτούντες να διαφωνούν για το νόημα αυτής.<sup>144</sup>

Περαιτέρω, μέσω της ερμηνείας αυτής μπορούν να ανιχνευτούν και οι ευθύνες που ανακύπτουν όταν τα πράγματα δεν εξελίσσονται όπως θα έπρεπε κατά το νομικά κρίσιμο περιεχόμενο της συναίνεσης. Οι ιατρικοί φορείς όταν ο δότης είναι εν ζωή και ο ΕΟΜ όταν αυτός έχει πεθάνει είναι υποχρεωμένοι από το νόμο να εφαρμόσουν το υποτιθέσθω έγκυρο και σύμφωνο με τους αναγκαστικού δικαίου κανόνες νομικά σημαντικό νόημα του περιεχομένου της όπως αυτό προκύπτει από την ερμηνεία. Η πρακτική σημασία της ερμηνείας της συναίνεσης του δότη ενώπιον των ιατρών και των υπευθύνων του ΕΟΜ έχει το νόημα ότι αν υπάρχει απόκλιση από το κανονιστικό της νόημα και αυτό που εφάρμοσαν εν τέλει στην πράξη, κατά την προσφορά

---

<sup>140</sup> Γεωργιάδης Α.Π., Ενοχικό Δίκαιο, Ειδικό Μέρος, 2007, σελ. 180 επ. περί σύμβασης ιατρικής αγωγής

<sup>141</sup> Σχετικά με τις απόψεις περί νομικού χαρακτηρισμού βλ. Κούρτης, ο.π., σελ.83.

<sup>142</sup> Ο Γεωργιάδης προσανατολίζεται σε αυτήν την προσέγγιση εξετάζοντας την ερμηνεία της οιονεί δικαιοπραξίας της όχλησης. Βλ. Γεωργιάδης Α., Αστικός Κώδικας, Γενικές Αρχές, Πρακτικά Θέματα με Λύσεις, 2005, σελ.237, πρακτικό 138.

<sup>143</sup> Τριάντος Ν., ο.π., σελ.8

<sup>144</sup> Καρακώστας Ι.Κ., Αστικός Κώδικας, Ερμηνεία-Σχόλια-Νομολογία, 2005, 868.

των υπηρεσιών τους, θα επιβαρύνονται νομίμων ποινικών, διοικητικών και κυρίως αστικών ευθυνών<sup>145</sup>, όπως αδικοπρακτική ευθύνη και ενδεχόμενη ενδοσυμβατική (λχ όταν ο ιατρός ενεργεί διαφορετικά από το περιεχόμενο της σύμβασης ιατρικής αγωγής όταν χαρακτηρίζεται νομικά ως τέτοια, αν ο ιατρός πληροί την ποινική υπόσταση εγκλημάτων κατά της υγείας και ζωής, η θεμελίωση του παρανόμου για αδικοπρακτική ευθύνη, όταν δίδονται τα όργανα του νεκρού ενώ οι συγγενείς δεν έδωσαν συναίνεση κτλ). Γι' αυτό είναι σημαντικό να ερμηνεύεται η δήλωση, να επαληθεύεται το νομικά επιδιωκόμενο νόημά της και να ελέγχεται αν η συναίνεση επί μεταμόσχευσης στους αρμόδιους φορείς τηρήθηκε στην πράξη με σεβασμό στο περιεχόμενό της.

Μάλιστα, είναι σημαντικό να τονιστεί πως η ερμηνεία συνιστά αποφασιστικής σημασίας διαδικασία, γιατί, κατά έναν άρτιο και ορθό λογικό συλλογισμό, προηγείται αλλά και έπεται του κύρους της (κατά κανόνα) δικαιοπραξίας. Δημιουργεί έτσι έναν ιδιόμορφο και ιδιαίτερα ενδιαφέροντα συλλογιστικό κύκλο. Δηλαδή πρώτα θα γίνει ερμηνεία και ύστερα θα αποφανθεί κανείς για το ζήτημα της τυχόν αντιθέσεως του περιεχομένου της δικαιοπραξίας και εν προκειμένω της συναίνεσης του δότη προς το νόμο ή τα χρηστά ήθη (άρθρα 174, 178, 179 ΑΚ) καθώς και για την ακύρωση λόγω πλάνης (άρθρο 140 ΑΚ).<sup>146</sup> Γι' αυτό η ερμηνεία συσχετίζεται άμεσα και με ζητήματα που αφορούν το κύρος της δικαιοπραξίας και κατά συνέπεια και της συναίνεσης του δότη όπως με την ενημέρωση του δότη από τον ιατρό. Αλλά και όταν διαπιστωθεί η εγκυρότητα θα πρέπει ύστερα μέσω της ερμηνείας να ανιχνευτεί το κανονιστικό νόημα της έγκυρης δικαιοπρακτικής δήλωσης βουλήσεως, εδώ της έγκυρης συναίνεσης του δότη, αναλόγως σε ποιόν αυτή απευθύνεται.

Επίσης, εκτός των παραπάνω, αντικείμενο της ερμηνείας, που προηγείται από την αναζήτηση του νομικά αποφασιστικού νοήματος της δικαιοπρακτικής δήλωσης βουλήσεως, μπορεί να είναι ακριβώς η απάντηση στο ερώτημα του αν πρόκειται όντως για δικαιοπρακτική δήλωση βουλήσεως ή για μια απλή αόριστη υπόσχεση χωρίς έννομες συνέπειες.<sup>147</sup> Ιδίως στην άτυπη δικαιοπρακτική δήλωση βουλήσεως του δότη που απευθύνεται στον λήπτη τα όρια είναι δυσδιάκριτα και μπορεί να εμφιλοχωρήσει η σύγχυση τέτοιας μορφής, ακριβώς λόγω της έλλειψης υποχρεωτικού τύπου. Για να αποφανθεί ο δικαστής ότι πρόκειται όντως για δικαιοπρακτική δήλωση βουλήσεως και όχι για μια απλή υπόσχεση χωρίς νομική περιένδυση πρέπει να διέλθει αναπόφευκτα από τη λογική διεργασία της ερμηνείας.

Η ερμηνεία χρειάζεται κάποια δεδομένα για να λάβει χώρα. Γι' αυτό λαμβάνει χώρα αφού πρώτα διαγνωστεί σε οντολογικό επίπεδο η δικαιοπραξία ή η εν γένει έννομη σχέση (και εν προκειμένω

<sup>145</sup> Γεωργιάδης Α.Σ., Ενοχικό Δίκαιο, Είδικό Μέρος, 2007, σελ.181 επ.

<sup>146</sup> Παπανικολάου, ο.π., αρ. 450.

<sup>147</sup> Λ.χ. αν η τράπεζα στο πλαίσιο “συμφωνίας κυρίων” υποσχέθηκε εγγράφως στον πελάτη της να εξακολουθήσει τη χρηματοδοτική του υποστήριξη, μπορεί να γεννηθεί ζήτημα ερμηνείας για το αν η δήλωση βουλήσεως της τράπεζας αποσκοπούσε σε νομική δέσμευση ή όχι.

η συναίνεση του δότη στις τρεις μορφές που λαμβάνει), ως εμπειρικά διαπιστώσιμο ψυχοφυσικό φαινόμενο, ως εκούσια εξωτερική πράξη, συγκείμενη από τα εκφραστικά μέσα που χρησιμοποιήθηκαν *in concreto* (προφορικός ή γραπτός λόγος, άμεσος ή έμμεσος τρόπος εκφοράς του, όπως λ.χ. η έμμεση διαπίστωση της εικαζόμενης συναίνεση στην *post mortem* μεταμόσχευση) σε συνδυασμό με τις ειδικές συνθήκες που την απαρτίζουν (τόπος, χρόνος, γλωσσικές συνήθειες κτλ<sup>148</sup>). Στη διαδικασία της ερμηνείας καταφεύγει ο ερμηνευτής και εφαρμοστής του δικαίου, δηλαδή ο δικαστής, αφού πρώτα αποδειχτούν όλα τα παραπάνω. Πρώτα δηλαδή πρέπει να έχει διαγνωσθεί σε οντολογικό επίπεδο το αν, πως και υπό ποιές συνθήκες εκφράστηκε ο δηλών, ώστε να γίνει κατανοητή η εκάστοτε κατάσταση συμφερόντων και μετά, σε αξιολογικό επίπεδο, πάνω σε αυτή τη βάση θα λάβει χώρα η αναζήτηση του νομικά κρίσιμου νοήματος της δήλωσης μέσω της ερμηνείας. Κριτήριο για την υπό του δικαστηρίου επιχειρούμενη ερμηνεία αποτελούν οι κανόνες της λογικής και της ανθρώπινης εμπειρίας<sup>149</sup>, κυρίως αναφορικά την υπάρχουσα οικονομία των συναλλαγών. Το συνήθως συμβαίνουν στην πραγματικότητα των μεταμοσχεύσεων μέχρι σήμερα είναι πολύ σημαντικό, σε συνδυασμό με την εφαρμογή του Συντάγματος και του κοινού νόμου, για να προσδιοριστούν αόριστες έννοιες, όπως καλή πίστη, χρηστά ήθη κτλ και να εξαχθεί ένα ασφαλές ερμηνευτικό συμπέρασμα.

Επειδή η συναίνεση του δότη πάντα απευθύνεται σε κάποιον, είτε σε ιατρικό φορέα, είτε στον λήπτη, είτε στον ΕΟΜ, και μάλιστα πρέπει να έχει προηγηθεί ενημέρωση, όπως προβλέπει ο νόμος, προλειαίνεται το έδαφος για μια επικοινωνία αμφίδρομη, για την ύπαρξη ενός πομπού και ενός δέκτη, και καθιστά φυσιολογική την ύπαρξη παρανοήσεων και αμφιβολιών ως προς το νόημα της συναίνεσης που καλείται να επιλύσει η ερμηνεία. Βέβαια, ορθότερο είναι να θεωρήσουμε, όπως θα αναλυθεί παρακάτω, ότι ερμηνεία υπάρχει πάντα, ακόμη κι όταν δεν υφίστανται παρανοήσεις, ακόμη κι όταν είναι σαφές το γλωσσικό νόημα μιας πρότασης, από τη στιγμή που την αμφισβητούν τα μέρη που εμπλέκονται<sup>150</sup>. Απλώς στην περίπτωση αμφιβολιών και παρανοήσεων είναι πιο αισθητή η επιτακτική αναγκαιότητα αλλά και η πολυπλοκότητα της ερμηνείας.

Στον τρόπο ερμηνείας εν γένει των δικαιопραξιών ισχύει το ότι, από πλευράς μορφολογίας της δήλωσης βουλήσεως ως αντικείμενου της ερμηνείας, θεωρείται προφανές πως τα καίρια και δυσχερή ζητήματα ερμηνείας ανακύπτουν περισσότερο αναφορικά με τις απευθυντέες δηλώσεις βουλήσεως, όπου η προοπτική να κατανοήσει ο αποδέκτης τη δήλωση βουλήσεως διαφορετικά από ό,τι την εννόησε ο δηλώσας αναδύει την αναγκαιότητα να καταλογιστεί ενδεχομένως σε κάποιον από τους δύο ένα νόημα που δεν το ήθελε ο άλλος. Έτσι, η διπολικότητα που έρχεται στο προσκήνιο αφορά τον αναπόφευκτο ανταγωνισμό (ή ορθότερα την αλληλοσυμπλήρωση) της

<sup>148</sup>Βλ. παρακάτω τη θεωρία του Wilburg.

<sup>149</sup>Αυτό αποτυπώνεται νομολογιακά. Βλ. ΕφΘεσσ 2474/99 Αρμ 54, 945.

<sup>150</sup>Ερίδα ως προς το ζήτημα αυτό μεταξύ της νομικής θεωρίας και της δικαστικής πρακτικής.

αρχής της ιδιωτικής αυτονομίας του δηλούντος και των συμφερόντων, ιδίως της αρχής της εμπιστοσύνης του αποδέκτη.<sup>151</sup>

Στην άτυπη δικαιοπραξία μεταξύ δότη και λήπτη, η ανάγκη προστασίας της εμπιστοσύνης του αποδέκτη της δήλωσης αποκτά βαρύνουσα σημασία λόγω της προάσπισης της υγείας του λήπτη που έχει την ανάγκη του οργάνου και στηρίζεται σε αυτή την υπόσχεση, βασίζοντας ίσως ελπίδες επιβίωσης σε αυτήν. Αλλά σημαντική είναι και η προστασία της ιδιωτικής αυτονομίας του δότη που καθορίζει ο ίδιος ελεύθερα τι θα κάνει με το σώμα του, στο βαθμό βέβαια που δεν υπονομεύεται υπέρμετρα η υγεία του και κατά τους περιορισμούς του νόμου (αρχή της μη ύπαρξης σοβαρού κινδύνου κτλ). Η στάθμιση και επικοινωνία των συμφερόντων που αντιπαλεύονται, επιτυγχάνεται μέσω των ερμηνευτικών μεθόδων.

Περαιτέρω, το αν εφαρμόστηκαν όντως κάποιες αρχές, συνταγματικές και μη, που ο νομοθέτης επέλεξε ως ασφαλιστικές δικλίδες για τη συναίνεση στη δωρεά οργάνου, όπως η αρχή της έλλειψης ανταλλάγματος, μπορεί να υποστηριχθεί, κατά τη γνώμη της παρούσας, πως είναι πρώτον αποτέλεσμα απόδειξης και δεύτερον αποτέλεσμα κάποιας λογικής διεργασίας, επομένως ερμηνείας. Αλλά και οι ίδιες οι αρχές αυτές, που έχουν τις ρίζες τους στο Σύνταγμα, μπορούν να είναι χρήσιμες στην ερμηνεία γιατί συγκεκριμενοποιούν τη δικαιοπραξία και το σκοπό της και, κατά την προσέγγιση της έμμεσης τριτενέργειας των συνταγματικών δικαιωμάτων, εκπέμπουν την ακτινοβολία τους μέσα από τις αόριστες έννοιες των σχετικών διατάξεων του ΑΚ (λ.χ. μέσω της αρχής της καλής πίστης).<sup>152</sup>

Στη συναίνεση του δότη ενώπιον του ιατρού ή του νοσοκομείου, ειδικά αν αυτή χαρακτηριστεί νομικά ως σύμβαση ιατρικής αγωγής (αλλά και αλλιώς με αναλογική συλλογιστική πάλι στο ίδιο αποτέλεσμα μπορεί να καταλήξει κανείς) ή αν συναφθεί σύμβαση προσχωρήσεως με την κλινική ή το δημόσιο νοσοκομείο, η κατάσταση συμφερόντων επιτάσσει την προστασία του πρώτου, ως αποδέκτη ιατρικών υπηρεσιών. Κατά τον ν.2251/94 είναι εξ ορισμού σε πιο αδύναμη θέση και χρήζει προστασίας κατά την ερμηνευτική διαδικασία και κατά την ευθύνη του παρέχοντος υπηρεσίες (άρθρο 2 και 8 αντίστοιχα).

Τούτο φαίνεται νομικά και δικαιοπολιτικά θεμελιώδες αν παρατηρήσει κανείς ότι συχνά η ιατρική κοινότητα με την αίσθηση της επιστημονικής και γνωστικής υπεροχής ενεργεί κατά διακριτική ευχέρεια σε κρίσιμης φύσεως ζητήματα παράκαμπτοντας τη βούληση του απλού πολίτη, καταπατώντας το δικαίωμα του στην αυτονομία και στον αυτοπροσδιορισμό του σώματός του ή ενεργεί απερίσκεπτα, παρακάμπτοντας το αίσθημα ευθύνης του.

Πάνω σε αυτό να σημειωθεί άλλωστε πως ο ιατρικός πατερναλισμός βρίσκει το κύριο έρεισμά

---

<sup>151</sup> Σπυριδάκης Ι.Σ., Εισηγήσεις Αστικού Δικαίου, 2015, αρ.108.3, όπου παραθέτει και την αντίθετη μειοψηφούσα άποψη ότι δεν χρειάζεται ο συνδυασμός των δύο διατάξεων αλλά η μονομερής εφαρμογή της μιας. Το ποια θα είναι αυτή θα εξαρτηθεί από τον νομικό χαρακτηρισμό της δικαιοπραξίας.

<sup>152</sup> Το δικαστήριο λαμβάνει υπόψη του τον δικαιοπρακτικό σκοπό, τα συμφέροντα των μερών. ΕφΘεσσ 2474/99 Αρμ, 2000, 54, 945

του στον ίδιο τον Ιπποκράτειο Όρκο όπου ορίζεται “Διαιτήμασι τε χρήσομαι επ' ωφελείη καμνόντων κατ' δύναμιν και κρίσιν εμίν...”. Καμία άμεση ή έμμεση αναφορά στην αρχή της ενημερωμένης συναίνεσης του ασθενούς δεν απαντάται στην ιπποκράτεια διδασκαλία ως δεοντολογική αρχή.<sup>153</sup> Η προβληματική της ενημερωμένης συναίνεσης εισήλθε στη σύγχρονη ιατρονομική πραγματικότητα εφόσον οι ιατροί του παρελθόντος στάθμιζαν μόνοι τους την ωφέλεια ή τη βλάβη μιας επέμβασης και αποφάσιζαν με τα δικά τους δεδομένα, μια τάση παρωχημένη, που φαίνεται να μπορεί διορθωθεί με την ερμηνεία της εκάστοτε δήλωσης του ασθενούς και ειδικά του δότη.

Αντιθέτως, στις μη απευθυντές δηλώσεις βουλήσεως, όπως η διαθήκη, η κατάσταση συμφερόντων είναι διαφορετική, το συμφέρον της εμπιστοσύνης του αποδέκτη ελλείπει και το νομικά κρίσιμο περιεχόμενο μονοπωλείται από την ιδιωτική αυτονομία του δηλούντος και από την ανάγκη πραγμάτωσης της αληθινής του βούλησης (άρθρο 173 ΑΚ), χωρίς να χρειάζεται να προστατευτούν μέσα από την ερμηνεία τα συμφέροντα κάποιας άλλης πλευράς. Η μονομερής δικαιοπραξία της δήλωσης του δότη για την τύχη των οργάνων του αφού αποβιώσει, γίνεται γραπτώς αλλά αυτό δεν εμποδίζει την ερμηνεία της<sup>154</sup>. Επίσης φαίνεται να εμφανίζει εκπληκτικές ομοιότητες με τη διαθήκη (σαν να πρόκειται για “κληρονομιά οργάνων” και “κληρονομούμενος” να είναι ο δότης). Πράγματι, η αντίρρηση ενώπιον του ΕΟΜ (δεν προβλέπεται θετική δήλωση κατά το γράμμα του ισχύοντα ν.3984/2011, όπως μεταβλήθηκε με τον ν.4075/2012) εμφανίζει στοιχεία και συμφέροντα που προσομοιάζουν, τουλάχιστον εκ πρώτης όψεως, στη λογική της διαθήκης<sup>155</sup>. Ωστόσο, όπως θα εξεταστεί στη συνέχεια, πρόκειται για διαφορετικές περιπτώσεις, όπου η κατάσταση συμφερόντων είναι διαφορετική, επομένως διαφορετική είναι και η ερμηνεία.

Τέλος, αξίζει να σημειωθεί πως σε ερμηνεία πρέπει να υπόκειται κάθε δικαιοπρακτική δήλωση βουλήσεως<sup>156</sup> και σύμφωνα με τις σκέψεις που προηγήθηκαν, κάθε συναίνεση ακόμα και αν το

---

<sup>153</sup> *Αναπλιώτη-Βαζαίου Ελ.*, ο.π., σελ. 35 όπου αναλύει τις ιπποκράτειες αρχές που συσχετίζονται με την βιοηθική.

<sup>154</sup> Ερμηνεία επιδέχονται και οι δικαιοπραξίες που υποβάλλονται σε έγγραφο συστατικό τύπο, τείνοντας στη διασάφηση της έννοιας του εγγράφου. ΕφΘεσσ 1286/93 Αρμ, 1994, 48, 412.

<sup>155</sup> Πρόκειται για μονομερείς δικαιοπραξίες που ωστόσο εμφανίζουν σοβαρές διαφορές. Η διαθήκη είναι μη απευθυντέα δήλωση ενώ η δήλωση για μετά θάνατον μεταμόσχευση απευθύνεται στον ΕΟΜ. Το άρθρο 200 δεν λαμβάνεται υπόψη για την ερμηνεία της διαθήκης γιατί δεν εμπλέκονται άλλα συμφέροντα πέραν του διαθέτη ενώ δεν ισχύει το ίδιο στις απευθυντές δικαιοπραξίες σαν αυτή της post mortem μεταμόσχευσης η οποία αφορά όλο το κοινωνικό σύνολο και όχι μόνο τον δηλούντα. Αλλά και ούτως ή άλλως και στις μη απευθυντές δηλώσεις λαμβάνονται υπόψη και τα συμφέροντα τρίτων, όταν η δήλωση τα επηρεάζει, καθιστώντας τη διαθήκη μια εξαιρετική περίπτωση. Αναλυτικά για την ερμηνεία των διαθηκών βλ. *Καράκωστας*, ο.π. 872-874 αλλά και *Παπανικολάου*, ο.π., 489 επ. Και η ίδια η νομολογία δεν δέχεται την εφαρμογή του άρθρου 200 στην ιδιότυπη δικαιοπραξία της διαθήκης σε συμπίρευση με τη νομική επιστήμη. ΕφΑθ5548/2001 Αρμ 2002, 880.

<sup>156</sup> Όλες οι δικαιοπραξίες επιδέχονται ερμηνεία. Ο Σπυριδάκης κάνει μια αντιδιαστολή μεταξύ της προσέγγισης που δίνει η νομολογία και την αντίστοιχη της νομικής θεωρίας. Αναφέρει πως στη νομολογία γίνεται δεκτό πως η

νόημά της φαίνεται σαφές και αδιαμφισβήτητο. Το ρωμαϊκής καταβολής “in claris non fit interpretatio” ή αλλιώς “Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio” το οποίο διακηρύσσει πως επί μονοσήμαντης διατυπώσεως δεν χωρεί ερμηνεία φαίνεται αναχρονιστικό και δεν ανταποκρίνεται στα διδάγματα της σύγχρονης νομικής ερμηνευτικής, παρόλο που έχει υιοθετηθεί κατά καιρούς από τη νομολογία του ΑΠ<sup>157</sup> για να αποφύγει κατά βάση τον έλεγχο της εφαρμογής των ερμηνευτικών κανόνων 173 και 200 ΑΚ.<sup>158</sup> Η ανωτέρω παραδοχή με το επιχείρημα ότι το γράμμα της δικαιοπραξίας είναι τόσο σαφές ώστε να είναι πλεονασμός η ερμηνευτική αναζήτηση του αληθινού της νοήματος αφού αυτό είναι πρόδηλο και προκύπτει αβίαστα κρίνεται λογικά ανορθόδοξη γιατί εμπεριέχει λογικό άλμα. Ακόμη κι αν πούμε πως μια πρόταση είναι σαφής, για να το πούμε χρησιμοποιήσαμε κάποιον λογικό συλλογισμό που παραπέμπει στην προβληματική της ερμηνείας ως πρώτου βήματος, διαφορετικά εξάγουμε συμπέρασμα υπερκεράζοντας ένα βήμα στο συλλογισμό αυτό. Τούτο ισχυροποιείται και από το ότι δεν χωρούν μονοσήμαντα νοήματα σε τόσο πολυσχιδή ζητήματα βιοηθικής, όπως η συναίνεση στη μεταμόσχευση.

### **β. Ειδικότερα η διαδικασία της ερμηνείας υπό το πρίσμα της κατάστασης συμφερόντων (δότης ενώπιον λήπτη, ιατρού, ΕΟΜ)**

Όπως προειπώθηκε, τα αξιολογικά νοήματα της συναίνεσης επί δωρεάς οργάνων χρήζουν ανίχνευσης και διαλεύκανσης ερμηνευτικά. Η υπόσχεση του δότη για δωρεά οργάνου ενώπιον του λήπτη σε κάθε περίπτωση, εντάσσεται στο πλαίσιο της έννομης αντιμετώπισης των αστικού δικαίου δικαιοπραξιών, όπου η δήλωση βουλήσεως του ενός μέρους είναι δεσμευτική με σκοπό την ασφάλεια των συναλλαγών και τη δικαιολογημένη εμπιστοσύνη του άλλου μέρους, μέχρι φυσικά ο δότης να ανακαλέσει και αν φυσικά το κάνει. Η ελευθερία ανάκλησης της δήλωσης βουλήσεως οποιαδήποτε στιγμή ανασύρει μια μονοδιάστατη ελευθεριότητα του ενός μέρους, που όμως δεν επηρεάζει το κανονιστικό νόημα της δικαιοπραξίας μέχρι να γίνει η ανάκληση.

Η σχέση ιδιωτικής αυτονομίας του δότη και δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του λήπτη στην υπόσχεση επί δωρεάς, όπου και τα δύο συμφέροντα συνδέονται άρρηκτα και αναπόσπαστα με την υγεία και τη ζωή είναι βασική και θεμελιώδης ιδιοτυπία της εν λόγω έννομης κατασκευής που χρήζει ερμηνείας, ιδιοτυπία που επιτάσσει συγκεκριμένη αντιμετώπιση και πρέπει να λαμβάνεται υπόψη στην εξειδίκευση της καλής πίστης του άρθρο 200 ΑΚ.

Η ερμηνεία έχει κυρίως λειτουργική διαδραστικότητα αφενός όταν η εξωτερική λεκτική, δηλαδή

---

ερμηνεία απαιτείται όταν η δήλωση βουλήσεως είναι ασαφής ή υπάρχουν αμφιβολίες ως προς το νόημά της, ενώ στη θεωρία, αντιθέτως, επικρατεί η γνώμη πως αυτό δεν χρειάζεται. Βλ. *Σπυριδάκης Ι.Σ.*, Εισηγήσεις Αστικού Δικαίου, 2015, σελ 114.

<sup>157</sup> ΑΠ 1219/2014. Ομοίως και ΑΠ 175/2013. [http://www.areiospagos.gr/nomologia/apofaseis\\_](http://www.areiospagos.gr/nomologia/apofaseis_).

<sup>158</sup> *Γεωργιάδης*, ο.π. Γενικές Αρχές, 2007, παρ.41 αρ.3 και *Παπανικολάου*, ο.π., αρ.456.

γλωσσική παράσταση της βούλησης δεν συμπίπτει επακριβώς με την ίδια τη βούληση, όχι μόνο ως ενδιάθετη κατάσταση αλλά ως με άλλο τρόπο εξωτερικευμένο φαινόμενο. Αυτό συνιστά την απλή εξηγητική ερμηνεία, τον αυτόνομο καθορισμό του περιεχομένου της δικαιοπραξίας όπου αναζητείται η αληθινή βούληση στα πλαίσια του νόμου, μέσα από τα υπάρχοντα δεδομένα. Αφετέρου, είναι σημαντική και σε διαπλαστικό επίπεδο, όταν αντιμετωπίζει κενά, αντιφάσεις και αμφισημίες που δεν καταλογίζονται σε κανένα από τα δύο μέρη (λ.χ. αμφισημία μπορεί να υφίσταται ως προς την συγκεκριμενοποίηση του οργάνου, τον τρόπο εγχείρησης, τον χρόνο, τον ρόλο του ιατρού, την διαδικασία δωρεάς στην *in vivo* μεταμόσχευση). Οι αοριστίες αυτές επιλύονται μέσω της συμπληρωτικής ερμηνείας, όπου λαμβάνονται υπόψη τα ήδη υπάρχοντα στη δικαιοπραξία και αναζητούνται και άλλα έξωθεν για να της προσδοθεί ένα δίκαιο νόημα και στο επόμενο στάδιο του ετερόνομου καθορισμού της δικαιοπραξίας από τον ερμηνευτή. Στην συμπληρωτική ερμηνεία, μέσω υποκειμενικότητας της αναζήτησης της εικαζόμενης βούλησης καθώς και μέσω της αντικειμενικότητας των δικαιοηθικών αξιών του αστικού κώδικα, κυρίως μέσω της συγκεκριμενοποίησης της καλής πίστης θα πρέπει το κενό να καλυφθεί και η αμφισημία να αρθεί με την πλάστιγγα να γέρνει προς ένα νόημα που θα είναι το εν τέλει νομικά σημαντικό.

Αντίστοιχα, και οι κανόνες δικαίου μπορεί να έχουν συνήθως μια κοινή δομή αλλά δεν ερμηνεύονται όλοι με τον ίδιο τρόπο<sup>159</sup>. Η χορηγηθείσα συναίνεση του δότη ενώπιον του ιατρού αντιδιαστέλλεται έναντι των συνήθων διμερών δικαιοπραξιών (συμβάσεων), όπου τα προβλήματα της απλής εξηγητικής ερμηνείας αφορούν κυρίως τη σύγκρουση αντίρροπων τάσεων (ή ακριβέστερα τον εναρμονισμό) μεταξύ της ιδιωτικής αυτονομίας και της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης των συμβαλλομένων, στο πλαίσιο ενός προσκηνίου δράσης και αντίδρασης και της επιδίωξης μιας δίκαιης λύσης. Αυτό γιατί ο δότης είναι πιο αδύναμος από τον ιατρό σε γνωστικό και συναλλακτικό επίπεδο, οπότε δεν μπορούν αυτοί οι δύο να αντιμετωπίζονται ως ισότιμα μέρη μιας δικαιοπραξίας και ο ιατρός του προσφέρει γραπτή ενημέρωση μέσω μιας φόρμας που ενδέχεται να είναι κοινή σε πολλούς δυνητικούς δότες (προδιατυπωμένο έγγραφο το οποίο υπογράφεται από το δότη και τον ιατρό ή τους ιατρούς που την παρέχουν κα αντίγραφο του οποίου παραμένει στον ιατρικό του φάκελο. Το έντυπο αυτό διατυπώνεται από τον Εθνικό Οργανισμό Μεταμοσχεύσεων και διανέμεται σε όλα τα νοσηλευτικά ιδρύματα της χώρας και ιδίως στους οργανισμούς αφαίρεσης (άρθρο 7 παρ.1 γ ν.3984/2011).

Η δίκαιη λύση δεν μπορεί να δοθεί δια της ίδιας οδού. Βέβαια, ο δότης μπορεί να διερευνήσει το

---

<sup>159</sup>Καταλήγει κανείς σε αυτές τις διαπιστώσεις τις ύστερα από την συνδυαστική και συγκριτική εξέταση των όσων έχουν διατυπωθεί από τη νομική θεωρία για τη συναίνεση του δότη ενώπιον του κάθε αποδέκτη της (Κούρτης Μ, ο.π., σελ.83 επ.) και όσων έχουν διατυπωθεί γενικότερα για την ερμηνεία των δικαιοπραξιών (Παπανικολάου Π., ο.π., αρ. 450 επ., Σπυριδάκης, ο.π., αρ. 107 επ., Καράκωστας, ο.π., αρ.864 επ. κτλ.

ζήτημα, να ανακαλέσει, να αλλάξει γνώμη όσες φορές θέλει, να αναδιαμορφώσει τη συναίνεση ή και να την αποσύρει τελείως, ωστόσο αφενός διατηρεί κατά κανόνα άγνοια για τα επιμέρους ζητήματα της συναίνεσης και την ιατρική επιστήμη και αφετέρου αυτό είναι δύσκολο να γίνει στην πράξη στο πλαίσιο των κατεπειγουσών συνθηκών μιας μεταμόσχευσης. Από τη άλλη πλευρά αντιδιαστέλλεται έναντι των μονομερών δικαιιοπραξιών (κληροδοσίες, διαθήκες), όπου επειδή δεν δρούν άλλα έννομα συμφέροντα το βάρος μονοπωλείται από την ιδιωτική αυτονομία. Εδώ δεν υπάρχει μόνο το συμφέρον του δηλούντα. Πρέπει να προστατευτεί και το συμφέρον των ιατρικών φορέων από την αυθαίρετη απόδοση ευθυνών. Γι' αυτό μπορεί να χρήζει αντιμετώπισης μέσω του ν.2251/1994 (άρθρο 2 για την ερμηνεία των συμβάσεων προσχωρήσεως και άρθρο 8 για την ευθύνη του παρέχοντος υπηρεσίες). Παράλληλα, εάν στην προκειμένη περίπτωση καταρτίζεται παράλληλα και σύμβαση προσχώρησης ιατρικής αγωγής μεταξύ του ασθενούς και του δημοσίου ή του νοσοκομείου, και όχι του ιατρού εάν ο τελευταίος τελεί σε εξαρτημένη σχέση με τους φορείς αυτούς, χρήζει εφαρμογής ο ίδιος νόμος.<sup>160</sup>

Η ερμηνεία στη συναίνεση στο πλαίσιο της άτυπης δικαιιοπρακτικής σχέσης μεταξύ δότη και λήπτη η οποία είναι και πιο κοντά στο κλασικό μοντέλο ερμηνείας, αποσκοπεί στην ανεύρεση ενός νοήματος που πέρα από την ιδιωτική αυτονομία, δηλαδή την αληθινή βούληση του δότη οργάνων προσεγγίζεται κανονιστικά βάσει νομικών κριτηρίων. Τούτο διότι άπτεται και άλλων συμφερόντων, όπως είναι η ζωή και η υγεία του λήπτη, αλλά και η δικαιολογημένη εμπιστοσύνη του στην περίπτωση παρανοήσεων ή δήλωσης του λήπτη που υπεκφεύγει από τον ορίζοντα κατανόησής του. Αυτό μπορεί να έχει ως αποτέλεσμα τον καταλογισμό στο δότη ενός νοήματος που δεν θέλησε, λχ ως προς το χρόνο ή τον τόπο της μεταμόσχευσης. Η ένταση αυτών των συμφερόντων είναι η κύρια αιτία και συνάμα ο σκοπός για την κανονιστική ερμηνεία της άτυπης δικαιιοπρακτικής ρυθμίσεως μεταξύ δότη και λήπτη (όπως υποστηρίζεται σε επίπεδο νομικού χαρακτηρισμού της σχέσης αυτής). Αυτό εδώ θα επιτευχθεί μέσω αξιολογικών κριτηρίων που βρίσκουν έρεισμα στις θεμελιώδεις δικαιοηθικές αρχές του αστικού δικαίου (ιδιωτική αυτονομία στο άρθρο 173, καλή πίστη στο 200 ΑΚ) ώστε να προστατευτεί και ο αυτοπροσδιορισμός του ενός ως προς το ίδιο του το σώμα αλλά και η δικαιολογημένη εμπιστοσύνη του άλλου στη θεραπεία της ασθένειάς του, την οποία προσδοκά και στην οποία δικαιολογημένα βασίζεται.

Θα μπορούσε να πει κανείς βέβαια ότι ο δότης βρίσκεται σε ακόμη πιο αδύναμη θέση από τον κοινό ασθενή, δηλαδή τον λήπτη, γιατί ο τελευταίος αποβλέπει σε θεραπευτική επέμβαση, σε κάτι καλύτερο για τον εαυτό του, ενώ ο πρώτος μόνο να χάσει έχει από την όλη διαδικασία. Στο επιχείρημα αυτό μπορεί να αντιταχθεί το ότι ο δότης δεν είναι σε πιο αδύναμη θέση από τον άρρωστο στην έννομη σχέση που καταρτίζεται, ακριβώς γιατί δεν είναι άρρωστος και δεν χρήζει θεραπείας. Μέσα από αυτές τις σκέψεις καταλαβαίνει κανείς ότι το ζήτημα των συμφερόντων

---

<sup>160</sup> Φουντεδάκη Κ., Η αστική ιατρική ευθύνη μετά το νόμο 2251/1994, Κριτ. Ε., 1996, σελ 201 επ.

που εμπλέκονται είναι δυσχερές και έχει πολλές πτυχές, γι' αυτό δεν λύεται με μονομερή αντιμετώπιση αλλά μόνο με προσαρμοσμένες στην περίπτωση ερμηνευτικές σταθμίσεις.

Εντούτοις, η συναίνεση του δότη και στις τρεις μορφές της, πέρα από αστικό χαρακτήρα έχει ευρύτερη διάσταση, αφορά τον άνθρωπο άμεσα ως ψυχοσωματική οντότητα και τις πιο ευαίσθητες πλευρές της ύπαρξής του. Γι' αυτό μέσω των παραπάνω αρχών του αστικού δικαίου ερμηνεύεται και με βάση θεμελιώδεις συνταγματικές αξίες που τριτενεργούν. Οι εν λόγω αρχές του αστικού δικαίου να μεν έχουν δημιουργηθεί από τον κοινό νομοθέτη αλλά έχουν και μια θεμελιώδη βάση, μια εγγενή αιτία σε ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα κατοχυρωμένα στο Σύνταγμα.

Οι συνταγματικής τάξεως αξίες δεν αποτελούν απλά ένα τμήμα του θετικού δικαίου, αλλά συγκροτούν ένα τελεολογικό-αξιολογικό σύστημα, μια αξιολογική τάξη κατά τη γνωστή έκφραση του Ομοσπονδιακού Συνταγματικού Δικαστηρίου της Γερμανίας, η οποία εκπέμπει ακτινοβολία σε όλο το δίκαιο. Η μετουσίωση της ακτινοβολίας του αξιολογικού περιεχομένου των συνταγματικών αρχών σε άμεσα εφαρμόσιμους κανόνες του ιδιωτικού δικαίου με την απαιτούμενη για εφαρμογή μορφική ποιότητα, επιτυγχάνεται κατά κανόνα μέσω των γενικών ρητρών του ΑΚ (ιδίως των άρθρων 178, 200, 281, 288, 919) και με τα δογματικά μέσα του ιδιωτικού δικαίου. Μέσα από αυτή τη μέθοδο, οι συνταγματικές αρχές συγκεκριμενοποιούνται και εφαρμόζονται με την υπαγωγή πραγματικών περιστατικών στο πραγματικό κοινών κανόνων δικαίου τυπικής ισχύος. Το φαινόμενο αυτό συνιστά την έμμεση τριτενέργεια των θεμελιωδών συνταγματικά κατοχυρωμένων αρχών<sup>161</sup>, όπως προειπώθηκε και στη συνταγματική προσέγγιση του δικαίου των μεταμοσχεύσεων.

Αφού σε μια κατά κανόνα δικαιοπραξία οι συνταγματικές αρχές λαμβάνουν θεμελιώδη ρόλο στην ερμηνεία μέσω της έμμεσης τριτενέργειας, ακόμη περισσότερο, κατά μείζονα λόγο, εξαιτίας της *sui generis* φύσης της συναίνεσης επί μεταμόσχευσης που έχει να κάνει με τον άνθρωπο οι συνταγματικού βεληνεκούς αρχές αναπτύσσουν ακόμη πιο ουσιώδη έκφραση στην ερμηνεία και αναδύονται στην επιφάνεια μέσω της εξειδίκευσης των γενικών δικαιωθικών αρχών του αστικού δικαίου, κυρίως μέσω της καλής πίστης και των χρηστών ηθών. Τέτοιες είναι η αρχή του σεβασμού της ανθρώπινης αξιοπρέπειας (άρθρο 2 Σ), το δικαίωμα στην προσωπικότητα (άρθρο 5 Σ) που τριτενεργεί μέσω του άρθρου 173 ΑΚ, το κοινωνικό δικαίωμα στη ζωή και στην υγεία (άρθρο 21 Σ, η θρησκευτική ελευθερία (άρθρο 13 Σ)).<sup>162</sup> Στην κατάσταση

---

<sup>161</sup> Δαγτόγλου, ο.π., 120 επ.

<sup>162</sup> Η “έμμεση τριτενέργεια” των συνταγματικών αρχών που επονομάζεται *Drittwirkung* στη γερμανική θεωρία έγκειται στο ότι οι υπέρτερης τυπικής ισχύος συνταγματικοί κανόνες βρίσκουν φως μέσω άλλων κανόνων. Για τα ανωτέρω βλ. Παπανικολάου Π, Μεθοδολογία του Ιδιωτικού Δικαίου και Ερμηνεία των δικαιοπραξιών, 2000, 259 επ. Αυτό είναι αναγκαίο πολύ περισσότερο εδώ, που η δήλωση βουλήσεως για μεταμόσχευση έχει να κάνει με συνταγματικές αξίες που όχι μόνο τριτενεργούν αλλά ακτινοβολούν και άμεσα. Μέσω του συλλογισμού εκ του μείζονος στο έλασσον θα μπορούσε επιπλέον να πει κανείς ότι αναδύεται η ανάγκη να παραμείνει αυθεντικό το

συμφερόντων που υπάρχει εδώ αυτές οι αρχές βρίσκονται είτε σε αλληλοϋποστήριξη είτε σε ανταγωνισμό και πρέπει να εξισορροπηθούν, ώστε να μην θίγεται ο πυρήνας τους, όπως θα εξεταστεί παρακάτω.

Με βάση όσα παραπάνω αναλύθηκαν, υπό την συγκεκριμένη κατάσταση συμφερόντων, σκοπός της ερμηνείας της συναίνεσης του δότη είναι το ερμηνευτικό αποτέλεσμα να μην απέχει από την πραγματική βούληση του συναινούντα αλλά και ταυτόχρονα, επειδή η ιδιωτική αυτονομία συνεπάγεται αυτοευθύνη, να τελεί σε αλληλοσυσχέτιση με τη δικαιολογημένη εμπιστοσύνη του αποδέκτη στο πλαίσιο της ασφάλειας δικαίου. Όλα αυτά σε συνδυασμό με τη διασφάλιση εφαρμογής των συνταγματικών αρχών και των αναγκαστικού δικαίου κανόνων που αφορούν τη μεταμόσχευση. Αυτό είναι ένα ζήτημα που μόνο *in concreto* μπορεί να διαγνωστεί, υπό το πρίσμα μιας διεξοδικής στάθμισης των συμφερόντων που φαίνεται να συγκρούονται και με γνώμονα τις ειδικές συνθήκες που συναπαρτίζουν την κρινόμενη ατομική περίπτωση.

Συνοψίζοντας, αυτές οι συμπερασματικές διαπιστώσεις γίνονται σε πρώτο επίπεδο σχετικά με την ξεχωριστή ερμηνευτική αντιμετώπιση της συναίνεσης του δότη σε σχέση με άλλες δικαιοπραξίες και σε δεύτερο επίπεδο την επίσης ξεχωριστή ερμηνευτική αντιμετώπιση της κάθε μιάς από τις τρεις αυτοτελείς μορφές συναίνεσης. Κάθε περίπτωση είναι διαφορετική και μάλιστα δεν πρέπει να περιοριστεί κανείς ούτε σε αυτό το δεύτερο επίπεδο ερμηνευτικής αντιμετώπισης προβαίνοντας σε μια *in abstracto* ερμηνευτική πρακτική, λχ αντιμετωπίζοντας με έναν ενιαίο τρόπο όλες τις περιπτώσεις συμφωνίας δωρεάς μεταξύ δότη και λήπτη. Αντιθέτως, ο ερμηνευτής πρέπει να προχωρήσει και σε ένα τρίτο επίπεδο εξετάζοντας την κάθε περίπτωση από τις τρεις μορφές συναίνεσης ξεχωριστά, ανάλογα με το πως η κατάσταση συμφερόντων ξεδιπλώνεται σε κάθε συναίνεση που δίδεται σε μεταμόσχευση, αφού αυτή κάθε φορά θα περιβάλλεται από ένα διαφορετικό πλαίσιο πραγματικών περιστατικών. Σε αυτό συνηγορεί και η ερμηνεία κατά το κινητό σύστημα του Wilburg.<sup>163</sup>

### **γ. Η αρχή της ιδιωτικής αυτονομίας στη συναίνεση του δότη**

Η ιδιωτική αυτονομία, που έγκειται στην ελευθερία κατάρτισης μιας δικαιοπραξίας και διαμόρφωσης του περιεχομένου της, κατέχει θεμελιώδη λειτουργικό ρόλο στην ερμηνεία της συναίνεσης περί προσφοράς οργάνου, σε όποιον κι αν απευθύνεται και όπως κι αν χαρακτηρίζεται νομικά. Το πως θα διαθέσει ένας άνθρωπος το σώμα του είναι θέμα ελεύθερης προσωπικής απόφασης, αυτοπροσδιορισμού, αυτευθύνης και μάλιστα με ανάγκη μείζονος ευαισθησίας έκφραση των αντίστοιχων συνταγματικών αρχών.

---

περιεχόμενο των σχετικών συνταγματικών αξιών μέσω της τριτενέργειας.

<sup>163</sup>Βλ. Wilburg Walter, *Entwicklung eines beweglichen Systems im burgerlichen Recht*, 1950, και *Zusammenspiel der Krafte im Aufbau des Schldrechts*, AcP 163 (1964), 346 επ.

Εξ αυτού συνάγεται ένα σημαντικό συμπέρασμα: Όταν η δήλωση που έγινε σε μια δικαιοπραξία δεν συμπίπτει απόλυτα με τη βούληση του δηλούντα πρέπει να δοθεί μια λύση για το τι θα επικρατήσει, δήλωση ή βούληση. Αναφύεται ένταση μεταξύ της δήλωσης που εξωτερικεύτηκε με τον απαιτούμενο τύπο και δημιούργησε μια εντύπωση στον αποδέκτη και της πραγματικής βούλησης του δηλούντος, δηλαδή της ψυχοφυσικής του ενδιάθετης κατάστασης που εξωτερικεύτηκε με κάποιον άλλο “εναλλακτικό” τρόπο. Η ελευθερία της βουλήσεως, που βρίσκει και υπερνομοθετική θεμελίωση και στο άρθρο 5 του Συντάγματος, είναι ιδιαίτερα σημαντική σε έννομες σχέσεις που ενέχουν ζητήματα βιοηθικής, όπως όταν κάποιος αποφασίζει τη δωρεά των ίδιων του των οργάνων<sup>164</sup>.

Περαιτέρω, δεν μπορεί να δοθεί μια γενική εκ των προτέρων λύση χωρίς να γίνει διάκριση μεταξύ συναίνεσης ζωντανού δότη και συναίνεσης νεκρού δότη που έδωσε (ή τεκμαίρεται ότι έδωσε) όταν ήταν ζωντανός. Στην περίπτωση του ζώντος δότη η βούλησή του αφενός είναι εκδήλωση πτυχής της προσωπικότητάς του και διάθεσης ή άρνησης προσφοράς σε εξατομικευμένο στενό πρόσωπο. Ωστόσο, αφετέρου η βούληση έχει άμεσο αντίκτυπο στη ζωή και στην υγεία του ίδιου και ο πυρήνας τους δεν μπορεί να διακυβευτεί για χάρη της ζωής κάποιου άλλου. Για την διασφάλιση αυτή (της ζωής και της υγείας του δότη) υπάρχουν αναγκαστικού δικαίου κανόνες τους οποίους δεν μπορεί να παρακάμψει, ούτε με τη βούλησή του<sup>165</sup>.

Συνάγεται επομένως το συμπέρασμα, ότι η κατάσταση συμφερόντων και των κρίσιμων κριτηρίων που καθορίζουν προς ποια πλευρά γέρνει η πλάστιγγα, που δίδεται το βάρος, στον δότη ή στον λήπτη, η έκταση και ένταση της αρχής της ιδιωτικής αυτονομίας παραλάσσουν στην *in vivo* και *post mortem* μεταμόσχευση.

Τέλος, τονίζεται πως η έκταση της ιδιωτικής αυτονομίας υποχωρεί έναντι των κανόνων αναγκαστικού δικαίου, εδώ συγκεκριμένα του ιατρικού δικαίου και ακόμη πιο συγκεκριμένα της νομοθεσίας περί μεταμοσχεύσεων. Στις δικαιοπραξίες εν γένει επικρατεί κατά κανόνα το στοιχείο της ελευθερίας και της παντοδυναμίας της απόφασης κατάρτισης αυτών, που βρίσκει νομικό έρεισμα κυρίως στο άρθρο 361 ΑΚ. Το δίκαιο αποτέλεσμα της ερμηνείας μιας δικαιοπραξίας έγκειται στην διακρίβωση της αληθινής βούλησης των μερών που συμμετέχουν σε αυτήν. Δίκαιη είναι η ελεύθερη δικαιοπρακτική ρύθμιση, αυτή που καθορίζεται αυτόνομα και ανεξάρτητα από έξωθεν αντικειμενικούς παράγοντες, όπως την επέμβαση της προσωπικής θέσης του ερμηνευτή, το τι πιστεύει ο μέσος συναλλασσόμενος κτλ (αυτονομία της δικαιοπραξίας).

---

<sup>164</sup>Σύμφωνα με όλα τα διεθνή και εγχώρια κείμενα η συναίνεση του ατόμου αποτελεί την κύρια νομιμοποιητική βάση για την υποβολή του σε κάθε ιατρική πράξη. Βλ. Γούλας Δ., Δωρεά Βιολογικού Υλικού Ανθρώπινης Προέλευσης για ερευνητικούς σκοπούς, σε Βιοηθικοί Προβληματισμοί, 2014 σελ.323 επ.

<sup>165</sup>Βλ σχετικά με την κατάσταση συμφερόντων όπου εμπλέκεται και το κοινωνικό σύνολο Γούλας Δ., ο.π., σελ.336 περί σταθμίσεως ατομικών και συλλογικών δικαιωμάτων και συμφερόντων. Και διαδικτυακά, presentations-doxakis\_goulas.pdf.

Ωστόσο στο χώρο των μεταμοσχεύσεων ανακύπτουν ζητήματα που περιορίζουν την ελευθερία της λήψης απόφασης από τον δότη με σκοπό την προστασία άλλων συμφερόντων. Αν θεωρήσουμε τη συναίνεση δωρεάς ενώπιον του ιατρού ως δήλωση βουλήσεως στα πλαίσια σύμβασης ιατρικής αγωγής, δεν μπορεί να καταρτιστεί με την ίδια ευχέρεια σύμβαση δωρεάς οργάνου, όπως μια άλλη σύμβαση όσο κι αν το θέλουν και τα δύο μέρη, λόγω της πληθώρας κανόνων δημόσιας τάξης του ιατρικού δικαίου<sup>166</sup>. Αλλά και αν θεωρηθεί οιονεί δικαιοπραξία (ανακοίνωση βουλήσεως) ή απλή νομιμοποιητική πράξη, η συναίνεση του δότη δεν μπορεί να οδηγεί πάντοτε σε αποτέλεσμα σύμφωνο με τη βούλησή του. Ενδεικτικά, ένας άνθρωπος ζωντανός με ανίατη ή θανατηφόρα ασθένεια δεν μπορεί να δωρίσει τα όργανά του χωρίς τις απαιτούμενες προϋποθέσεις (ως προς την προσωπική σχέση του με το δότη, το βαθμό επιβάρυνσης της υγείας του, την αρχή της επικουρικότητας κτλ) ακόμη και αν το θέλει και αυτός και ο λήπτης. Οι ασφαλιστικές δικλίδες για την προστασία της αξίας του ανθρώπου που θέτει ο νομοθέτης στη δωρεά οργάνων δεν σταματούν να ισχύουν εδώ. Όσο κι αν στην αντίληψη κάποιων ο λήπτης αξίζει περισσότερο το όργανο από τον ανιάτως νοσούντα ή σε φυτική κατάσταση ασθενή κτλ η ανθρώπινη αξία δεν σχετικοποιείται, έτσι και στις περιπτώσεις αυτές υφίστανται εξίσου οι περιορισμοί στην αυτονομία της βουλήσεως του δότη.

Στην περίπτωση όμως του νεκρού δότη η ζωή και η υγεία του δεν υφίστανται ως δικαιώματα<sup>167</sup>, αυτό που είναι άξιο προστασίας είναι η προσωπικότητά του που ανατρέχει αναδρομικά στο χρόνο που ζούσε ή διαφορετικά το υπόλειμμά της ή η προσωπικότητα των συγγενών και ο τρόπος που θέλουν να αντιμετωπίσουν τον νεκρό (ανάλογα με το ποια άποψη δέχεται κανείς, όπως θα εξεταστεί εν συνεχεία). Γι' αυτό εδώ, πέρα από το σεβασμό του νεκρού, πρέπει η ερμηνευτική προσέγγιση να αποβλέπει στο συμφέρον του λήπτη που βρίσκεται στη ζωή και έχει ελπίδα που ο νεκρός δεν έχει, και εκτός από ελπίδα έχει και ανάγκη, άμεση και επιτακτική. Γι' αυτό εξυπακούεται πως στην μετά θάνατον μεταμόσχευση απουσιάζουν αρχές – ασφαλιστικές δικλίδες που έχει θεσπίσει ο νομοθέτης στην εν ζωή δωρεά οργάνων (άρθρα 4, 5 του ν.3984/2011 κατά τη μεταφορά του άρθρου 13 της Οδηγίας 2010/53), για να προστατεύσει τον δότη και την υγεία του. Η κατάσταση συμφερόντων και η νομική αντιμετώπιση διαφέρουν αφού

---

<sup>166</sup>Κατά ΑΠ 175/2013 σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 361 ΑΚ που ορίζει ότι για τη σύσταση ή αλλοίωση ενοχής με δικαιοπραξία, εφόσον ο νόμος δεν ορίζει διαφορετικά, απαιτείται σύμβαση, καθιερώνεται στο ενοχικό και κατ' ακολουθίαν στο εργατικό δίκαιο, ως απόρροια του δόγματος της αυτονομίας της βουλήσεως, η αρχή της ελευθερίας των συμβάσεων δυνάμει της οποίας οι συμβαλλόμενοι έχουν πλήρη ελευθερία προς κατάρτιση οποιασδήποτε δικαιοπραξίας με οποιαδήποτε μορφή και με οποιοδήποτε περιεχόμενο, αρκεί τούτο να μην αντιβαίνει στα χρηστά ήθη ή σε κανόνες δημοσίας τάξεως. Στη δωρεά οργάνων, τέτοιοι κανόνες δημοσίας τάξης συνιστούν η αρχή του θεραπευτικού σκοπού της επικουρικότητας, απουσίας σοβαρού κινδύνου και της έλλειψης ανταλλάγματος που προβλέπονται στα άρθρα 4 και 5 του ν. 3984/2011.

<sup>167</sup>Γεωργιάδης Α. Σ., Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, 2007, σελ71 επ.περί του ανθρώπου ως υποκείμενο δικαίου

ο νεκρός δεν υφίσταται ως φυσικό πρόσωπο που έχει την ικανότητα δικαίου<sup>168</sup>.

Η δήλωση για μετά θάνατον μεταμόσχευση θυμίζει τη διαθήκη λόγω και του πρωταγωνιστικού ρόλου που επιτελεί η αρχή της ιδιωτικής αυτονομίας. Κυρίαρχος ρόλος της ιδιωτικής αυτονομίας υπάρχει πράγματι κατ' εξαίρεση στις μη απευθυντέες δηλώσεις βουλήσεως, όπου η κατάσταση συμφερόντων προσομοιάζει προς εκείνη της διαθήκης.<sup>169</sup>

Στην περίπτωση της συναίνεσης για μεταμόσχευση μετά θάνατον, παρόλο που αυτή είναι απευθυντέα, όπως και η εν ζωή συναίνεση, οι ομοιότητες με τη διαθήκη ως προς την κατάσταση συμφερόντων είναι ισχυρές. Και οι δύο είναι αιτία θανάτου, ο λήπτης δεν είναι ορισμένος επομένως ούτε σε εξαιρετικές περιπτώσεις, όπως και στη διαθήκη δεν υπάρχει συμφέρον εμπιστοσύνης που πρέπει να προστατευτεί, επομένως και στις δύο περιπτώσεις δεν φαίνεται να εφαρμόζεται ο ερμηνευτικός κανόνας του άρθρου 200 ΑΚ. Μια βασική ομοιότητα και των δύο περιπτώσεων συναίνεσης με την διαθήκη είναι το ελευθέρως ανακλητό όλων αυτών των πράξεων. Ωστόσο, αυτό είναι μια επιδερμική προσέγγιση γιατί θεμελιώδεις διαφορές ως προς την κατάσταση συμφερόντων της συναίνεσης του δότη μετά θάνατον και της δήλωσης βουλήσεως επί διαθήκης γιατί στην πρώτη εμπλέκονται και τα συμφέροντα των συγγενών που τοποθετούνται και αυτοί αλλά και τα συμφέροντα του κοινωνικού συνόλου.

## **2. Η απλή εξηγητική ερμηνεία**

### **α. Η εφαρμογή του άρθρου 173 ΑΚ στη συναίνεση του δότη**

Η διάταξη του άρθρου 173 ΑΚ καταδεικνύει το υποκειμενικό στοιχείο της ερμηνείας μέσα από την αναζήτηση της αληθινής βουλήσεως του αποφασίζοντος τη μεταμόσχευση προσώπου. Αναζητώντας την, ο ερμηνευτής εν γένει της δικαιοπραξίας πρέπει να απεγκλωβίζεται από την προσκόλληση στις λέξεις<sup>170</sup>. Στην ουσία το άρθρο 173 καταδεικνύει δύο βασικές κατευθύνσεις στην ερμηνεία: Αφενός ότι σε επίπεδο αρχής νομικά αποφασιστικότερο κριτήριο ερμηνείας είναι

---

<sup>168</sup> Αυτό εκτοπίζει την εφαρμογή του ατομικού δικαιώματος στην υγεία και ζωή (άρθρο 5 Σ) και κατά συνέπεια, κατά τη νομική θεωρία, μιας σειράς διατάξεων δημόσιας τάξης κοινής νομοθετικής ισχύος (λ.χ. αρχή θεραπευτικού σκοπού) γιατί φέρνει στην επιφάνεια άλλα συμφέροντα. *Κούρτης Μ.*, ο.π., 28-30, ο οποίος σημειώνει ότι θα πρέπει να υπάρχει διαχωρισμός του σκοπού όταν η μεταμόσχευση γίνεται από ζώντα ή νεκρό δότη. Στην πρώτη περίπτωση η αποκλειστικότητα του θεραπευτικού σκοπού δεν μπορεί να αμφισβητηθεί. Στη δεύτερη περίπτωση προτείνεται ένας διευρυμένος σκοπός αφαίρεσης, ο οποίος εκτός από θεραπευτικό μπορεί να έχει και ερευνητικό, επιστημονικό ή διαγνωστικό χαρακτήρα, ανάλογα με την τοποθέτηση του θανόντα και των συγγενών του. Έτσι, κατά τον συγγραφέα, στην περίπτωση που, κατά τη διάρκεια μεταμοσχευτικής προσπάθειας το μόσχευμα καταστεί για κάποιο λόγο ακατάλληλο, μπορεί να χρησιμοποιηθεί για μετέπειτα επιστημονική έρευνα (αρχή της επικουρικότητας του επιστημονικού σκοπού).

<sup>169</sup> *Ψαρούλης Δ. και Βούλτσος Π.*, ο.π., σελ.411

<sup>170</sup> *Παπανικολάου Π.*, ο.π., σελ. 315 αλλά και 133 όπου αναφέρεται στη γραμματική ερμηνεία του νόμου.

η αληθινή, δηλαδή η εμπειρικά διαπιστούμενη, πραγματική βούληση του δικαιοπρακτούντος, ανεξάρτητα από αντικειμενικούς παράγοντες που διαμορφώνουν τις ιδιωτικές έννομες σχέσεις του προσώπου.

Ωστόσο, επειδή εν προκειμένω πρόκειται για μια οιονεί δικαιοπραξία<sup>171</sup> κατά κρατούσα γνώμη, όπως αναλύθηκε ανωτέρω<sup>172</sup>, όταν η μεταμόσχευση είναι εν ζωή και δηλώνεται ενώπιον του ιατρού, και μονομερής δικαιοπραξία όταν είναι μετά θάνατον, από την τελεολογία των διατάξεων που επιβάλλουν τον συγκεκριμένο τύπο (ΚωδΙατρΔ, ν.3984/2011 κτλ), από τη ανάγκη ασφάλειας δικαίου, την τόνωση της εμπιστοσύνης των ασθενών και ιατρικών φορέων στις έννομες σχέσεις που καταρτίζουν μεταξύ τους, προκύπτει αναπόφευκτα η ανάγκη, το πραγματικά βουληθέν από τον δηλούντα να έχει οπωσδήποτε εξωτερικευτεί με τον επίσημο πανηγυρικό τρόπο που απαιτεί ο τύπος. Πράγματι, σύμφωνα με το άρθρο 8 παρ.4 του ν.3984/2011 η συναίνεση σε ιατρικό φορέα παρέχεται είτε με συμβολαιογραφικό έγγραφο είτε με έγγραφο στο οποίο βεβαιώνεται η γνησιότητα της υπογραφής του δότη.

Αποτέλεσμα της ανάγκης αυτής αποτελεί η λεγόμενη θεωρία της υποδηλώσεως (γνωστή με τον όρο αυτό στη γερμανική θεωρία - Andeutungstheorie) ή αλλιώς θεωρία του ερείσματος. Η θεωρία αυτή έχει το νόημα περιορισμού του υποκειμενικού στοιχείου της ερμηνείας. ότι το πραγματικό νόημα δεν λαμβάνεται υπόψη, δεν περιβάλλεται εγκυρότητας όταν δεν υποδηλώνεται τυπικά, όταν δεν υπάρχει έστω μια βάση του νοήματος στον τύπο για να αναζητηθεί το νόημα έξω από αυτόν.<sup>173</sup> Πρέπει να υπάρχει η δυνατότητα συσχετισμού του ερμηνευτικού πορίσματος με τον ίδιο τον τύπο.

Αντιθέτως αυτή η προϋπόθεση της ύπαρξης ερείσματος δεν συντρέχει στην άτυπη σύμβαση δωρεά οργάνου που γίνεται με τη συναίνεση του δότη όταν απευθύνεται στον λήπτη, λόγω της απουσίας τύπου. Τα αξιολογικά συμφέροντα του δότη και λήπτη οργάνου εξυπηρετούνται και είναι τόσο σημαντικά που φαίνεται αδόκιμο να είναι ανασταλτικός παράγοντας η θεωρία του ερείσματος, χωρίς αυτό βέβαια να σημαίνει ότι ο ερμηνευτής, θα αυτοσχεδιάσει με αόριστα συγκεκριμένα από τη συνολική συμπεριφορά του δότη για να καταλήξει αυθαίρετα και με εξωνομικά κριτήρια στη βούλησή του. Ωστόσο η συναίνεση που δόθηκε στον γιατρό για την ίδια ακριβώς δωρεά και περιβλήθηκε του τύπου κατά το άρθρο 8 ν.3984/2011 μπορεί να χρησιμεύσει ως κριτήριο ερμηνείας της δικαιοπραξίας αυτής που, παρόλο που είναι αυτοτελής, σχετίζεται στενώς. Σαφέστερα, η μία συναίνεση μπορεί να χρησιμεύσει για την ερμηνεία της άλλης.

Με τη θεωρία του ερείσματος συνδέεται η διατύπωση της νομικής θεωρίας ότι μέσω της

---

<sup>171</sup> Δεν πρόκειται για σύμβαση όπου ισχύει η αρχή *falsa demonstratio non nocet*. Στις μονομερείς δικαιοπραξίες πρέπει να υπάρχει μια ασφαλιστική δικλείδα έκφρασης της βούλησης αφού δεν υπάρχει άλλο συμβαλλόμενο μέρος.

<sup>172</sup> Κούρτης Μ., ο.π., σελ.80 επ.

<sup>173</sup> Η θεωρία του ερείσματος είναι διαδεδομένη κυρίως στις διαθήκες. Βλ. Μπαλής Γ., Κληρονομικό δίκαιο, 1972, παρ. 80 όπου "η ερμηνεία είναι ανάπτυξη της ατελούς εκφράσεως και όχι αναπλήρωση της εντελώς ανύπαρκτου".

διάταξης του άρθρου 173 ΑΚ αναζητείται η “αληθής βούληση” του δικαιοπρακτούντος, όταν όμως αυτή προκύπτει από τη δήλωση, ακριβέστερα η “αληθής δηλωθείσα βούληση”.<sup>174</sup> Σκιαγραφεί ακριβέστερα και το νόημα του άρθρου 173 που δεν προάγει την ενδόμυχη βούληση του δικαιοπρακτούντος<sup>175</sup>, αλλά την αληθινά δηλωθείσα βούλησή του η οποία ή έχει εξωτερικευτεί (γραφτή δήλωση του δότη όταν απευθύνεται στον ιατρό) ή, αν αυτό δεν απαιτείται, συνάγεται από τις περιστάσεις (λ.χ. ανάληψη πρωτοβουλιών για τη χειρουργική επέμβαση όταν η υπόσχεση απεύθунεται στον λήπτη). Σε γενικές γραμμές η βούληση πρέπει να εκφράζεται με τρόπο αντικειμενικά αντιληπτό.

Ως προς τη δήλωση βουλήσεως μετά θάνατον προσφοράς οργάνου έχει ήδη ειπωθεί, στην εξέταση του νομικού χαρακτηρισμού της, ότι αμφισβητείται η προϋπόθεση του τύπου στη νομική θεωρία. Ωστόσο, κατά την ορθότερη άποψη, αυτή επιβάλλεται και για τους λόγους που αναπτύχθηκαν στο παρόν κεφάλαιο.

## **β. Η εφαρμογή του άρθρου 200 στη συναίνεση του δότη**

### **αα) Το διπολικό σύστημα της ερμηνείας (ο συνδυασμός του άρθρου 173 με το άρθρο 200 ΑΚ)**

Το άρθρο 200ΑΚ εισάγει την δικαιολογημένη εμπιστοσύνη του αποδέκτη της δήλωσης, ως οριοθέτηση της ιδιωτικής αυτονομίας και έκφανση της καλής πίστης. Για την επίτευξη της πλήρους ερμηνείας των δικαιοπραξιών, επιδιώκεται ο συνδυασμός των διατάξεων 173 και 200 ΑΚ. Μέσα από τον επιτυχή συνδυασμό των δύο διατάξεων, που θα κριθεί με βάση τις εκάστοτε συνθήκες, ο ερμηνευτής θα κατευθυνθεί επιτυχώς προς το εν τέλει νομικά αποφασιστικό νόημα της δικαιοπραξίας.

Σε μια μονομερή δικαιοπραξία, όπως στη διαθήκη όπου δεν εμπλέκεται άμεσα η δήλωση βουλήσεως κάποιου άλλου φαίνεται, σύμφωνα με τον κανόνα του άρθρου 173 να ερμηνεύεται με αποκλειστικό κριτήριο την αληθινή βούληση του δηλούντος. Όμως η καλή πίστη του άρθρου 200 θα πρέπει να λαμβάνεται υπόψη στη μονομερή δικαιοπραξία της δηλώσεως βουλήσεως post mortem μεταμόσχευσης, η οποία άπτεται συμφερόντων και δικαιωμάτων τρίτων, συγκεκριμένα όταν η αυτονομία του ζωντανου ή πλέον νεκρού δότη άπτεται του δικαιώματος ενός τρίτου ανθρώπου στη ζωή και στην υγεία. Από τους δύο άξονες στους οποίους κινείται η ερμηνεία συνεπάγεται ότι η αναζήτηση της αληθινής βουλήσεως είναι αφετηρία και όχι αποτέλεσμα της ερμηνευτικής προσπάθειας.

<sup>174</sup> Σπυριδάκης Ι.Σ., Εισηγήσεις Αστικού Δικαίου, 2015, σελ 114

<sup>175</sup> Καρακώστας Ι.Κ., Αστικός Κώδικας, Ερμηνεία-Σχόλια-Νομολογία, 2005, 864 επ.

Υποστηρίζεται<sup>176</sup> πως από το συνδυασμό του γράμματος των διατάξεων 173 και 200 ΑΚ προκύπτει ότι το άρθρο 200 (αντικειμενική ερμηνεία) χρησιμοποιείται στις συμβάσεις, ενώ το άρθρο 173 (υποκειμενική ερμηνεία) στις μονομερείς δικαιοπραξίες. Υπό αυτή την προσέγγιση, στη συμφωνία δωρεάς μεταξύ δότη και λήπτη που είναι σύμβαση, θα εφαρμοστεί αποκλειστικά το άρθρο 200 ενώ η δήλωση επί post mortem μεταμόσχευσης, η οποία είναι μονομερής δικαιοπραξία θα διεκδικήσει, όπως και η διαθήκη, την εφαρμογή του άρθρου 173.

Ωστόσο η άποψη αυτή δε φαίνεται ορθολογικά σωστή. Αφενός και η σύμβαση αποτελείται από δηλώσεις βουλήσεως στην ερμηνεία των οποίων αναφέρεται το άρθρο 173<sup>177</sup> και αφετέρου οι αρχές της καλής πίστεως και των συναλλακτικών ηθών δεν έχουν περιπτωσιολογική εφαρμογή αλλά διέπουν ολόκληρη την έννομη τάξη, γι' αυτό θα πρέπει να ληφθούν υπόψη και κατά την ερμηνεία των μονομερών δικαιοπραξιών.

Κατά άλλο ένα επιχείρημα της μη περιοριστικής εφαρμογής των ερμηνευτικών κανόνων<sup>178</sup>, το άρθρο 200, εφόσον συνιστά αναγκαστικού δικαίου διάταξη και παρά τη διατύπωσή της, εφαρμόζεται και σε μονομερείς δικαιοπραξίες, όταν από αυτές δημιουργούνται ή θίγονται συμφέροντα τρίτων, οπότε γεννιέται και θέμα ερμηνείας τους. Υπό αυτή την οπτική, η μονομερής δικαιοπραξία της δωρεάν μετά θάνατον χρήζει ερμηνείας γιατί, όπως αναλύεται και σε άλλο σημείο, επηρεάζει άμεσα τα συμφέροντα των συγγενών και (θα μπορούσε να πει κανείς) και του ωφέλους του κοινωνικού συνόλου από πρωτοβολίες του κράτους, ενόψει του άρθρου 21 Σ. Αυτό δεν συμβαίνει στη μονομερή δικαιοπραξία της διαθήκης, γι' αυτό η πρώτη ερμηνεύεται, λόγω του καταλυτικού ρόλου του άρθρου 200, διαφορετικά από τη δεύτερη, μολονότι και οι δύο είναι μονομερείς δικαιοπραξίες.

Υπό αυτά τα δεδομένα, δικαιοπολιτικά ορθή είναι η κρατούσα γνώμη<sup>179</sup> που υπαγορεύει πως κατά την ερμηνεία των δικαιοπραξιών θα πρέπει να γίνεται συνδυασμός των δύο διατάξεων, ώστε να συμπληρώνουν η μία την άλλη. Σε μια συμφωνία επί μεταμόσχευσης, με τόσα συμφέροντα που εμπλέκονται και λεπτά ζητήματα ηθικής φύσεως, επί των οποίων πρέπει να επιτυγχάνεται συγκερασμός, η εφαρμογή ενός μόνο ερμηνευτικού κανόνα θα οδηγούσε σε παράλογα, ίσως και αρκετά άδικα αποτελέσματα. Ο συνδυασμός αυτός οδηγεί στην ακόλουθη σχηματοποίηση: Κατά την ερμηνεία των δικαιοπραξιών αναζητείται η αληθής βούληση του ή των δικαιοπρακτούντων, όπως αυτή προκύπτει από τη δήλωση, υπό το ερμηνευτικό πρίσμα των αρχών της καλής πίστεως και των συναλλακτικών ηθών. Γι' αυτό δικαίως η ελληνική νομολογία χρησιμοποιεί χωρίς διάκριση τις δύο διατάξεις και το ίδιο πρέπει να συμβαίνει και σε έννομες

---

<sup>176</sup> Σπυριδάκης Ι. Σ., ο.π., σελ. 115

<sup>177</sup> Παρότι το άρθρο 173 αναφέρεται κατά το γράμμα του στις δηλώσεις βουλήσεως, γίνεται δεκτό ότι αφορά κάθε είδους δικαιοπραξία, επομένως και τις συμβάσεις. Βλ. *Καράκωστας Ι.Σ.*, ο.π., 865.

<sup>178</sup> *Καράκωστας Ι.Κ.*, ο.π., 865

<sup>179</sup> Σπυριδάκης Ι.Σ., ο.π., σελ. 115

σχέσεις που αφορούν τη μεταμόσχευση.<sup>180</sup>

Η καθεμία από τις ερμηνευτικές διατάξεις χρησιμοποιεί διαφορετικό κριτήριο για την απόδοση του νομικά ηθελημένου νοήματος στη δικαιοπραξία, ωστόσο για τον άνωθεν σκοπό τα κριτήρια αυτά τελούν σε λειτουργική συσχέτιση και αλληλοσυμπλήρωση. Υπάρχει ο κίνδυνος να τίθεται το ζήτημα καταστρατήγησης και υπονόμησης των συμφερόντων του δότη αλλά η αληθινή βούληση του δυνητικού δότη δεν μπορεί να είναι πάντα η στερούμενη αντίθετων συνεπειών τελική νομοθετική αξιολόγηση.

Η περίπτωση της δικαιοπραξίας μεταξύ δότη και λήπτη καταδεικνύει χαρακτηριστικά την πρακτική σημασία του διπολικού συστήματος της ερμηνείας γιατί καταστέλλει την πρόσδοση στην αυτονομία του δότη μιας αξίωσης αποκλειστικής ισχύος. Η ιδιωτική αυτονομία του δότη δεν είναι αξιολογικό μέγεθος επαρκές όταν στην απευθυντέα στον λήπτη δήλωση βουλήσεως υπήρξε παρανόηση, δηλαδή δότης και λήπτης δεν αντελήφθησαν με τον ίδιο τρόπο το περιεχόμενο της δήλωσης βουλήσεως. Τούτο διότι αν γίνει δεκτό ως κανονιστικό νόημα της επίμαχης δήλωσης βουλήσεως το πραγματικά ηθελημένο από τον δότη νόημα ακόμη και όταν αυτό δεν είναι διόλου πρόσφορο για τη σκοπιμότητα της σύμβασης (θεραπεία του λήπτη), ακόμη κι αν αυτό δεν εξωτερικεύτηκε με τη δέουσα συνέπεια, αλλά εκφράστηκε σπασμωδικά, πρόχειρα και εντελώς άστοχα (φαινομενική σοβαρότητα δήλωσης και ύστερα αλλεπάλληλες ανακλήσεις από υπαιτιότητα-δόλο ή αμέλεια) περιτέμνεται η ασφάλεια του δικαίου, ειδικά σε μια τόσο ουσιώδη έννομη σχέση σαν και αυτή, όπου η ασφάλεια του δικαίου είναι πιο σημαντική από ποτέ. Κατά μια παρόμοια συλλογιστική, η καλή πίστη μπορεί να δικαιολογηθεί μέσω της κατάχρησης του δικαιώματος της αυτονομίας του δότη, δεδομένου ότι κατάχρηση σημαίνει αντίθεση στην καλή πίστη, στα χρηστά ήθη και στον κοινωνικό σκοπό του δικαιώματος που εδώ είναι η σοβαρότητα για τη ζωή, την υγεία, τη σωματική ακεραιότητα και τον αυτοπροσδιορισμό. Όταν η αυτονομία εκφεύγει από αυτόν τον κοινωνικό σκοπό και διολισθαίνει σε επίπεδα συνειδητής επιπολαιότητας είναι καταχρηστική. Υπείσλευση της εφαρμογής του άρθρου 200 μπορεί να λάβει χώρα ιδίως όταν συντρέχει υπαίτια υπονόμηση της θεραπείας του λήπτη μέσω της διάψευσης των προσδοκιών του.

## **ββ) Το κινητό σύστημα του Wilburg**

### **ααα) Η συγκεκριμενοποίηση της καλής πίστης**

Επειδή η καλή πίστη είναι γενική ρήτρα, μια έννοια εξ υπαρχής αόριστη δεν χρήζει in abstracto αξιολόγησης αλλά ad hoc εξειδίκευσης. Επομένως, η καλή πίστη επιβάλλει κατά την

---

<sup>180</sup> ΑΠ46/2003, ΕλλΔ 2003, 1280, ΑΠ ενδεικτικά, για την κοινή αντιμετώπιση των δύο διατάξεων ως προς τους λόγους αναίρεσης. Συμφωνεί και η νομική θεωρία. Καράκωστας Ι.Κ., ο.π., 865

ερμηνευτική διαδικασία να ληφθούν υπόψη όλες οι υφιστάμενες κατά το χρόνο οριστικής συντέλεσης της σχετικής δήλωσης βουλήσεως ειδικές συνθήκες που συνοδεύουν τη συγκεκριμένη περίπτωση (τα συγκείμενα της δικαιοπρακτικής δήλωσης βουλήσεως) και αναφέρονται είτε στο πρόσωπο ή τον τόπο του δηλούντος (λ.χ. γλωσσικές συνήθειες, επάγγελμα, σφαίρα επιρροής κτλ) είτε στο πρόσωπο ή τον τόπο αποδέκτη της δηλώσεως είτε και στους δύο (λ.χ. διαπραγματεύσεις, σχέδια συμβάσεως, προηγούμενη συναλλακτική πρακτική, συμβατικές σχέσεις με τρίτους, ο σκοπός της δικαιοπραξίας, η ειδικότερη φύση της, η κατάσταση συμφερόντων των μερών).<sup>181</sup> Η συστηματική και αξιολογική εναρμόνιση των συμφερόντων που φαίνεται να συγκρούονται στη μεταμόσχευση δεν συνιστά σταθερό αλλά μεταβλητό στοιχείο εξαρτώμενο από την εκάστοτε πραγματικότητα. Αυτό επιβεβαιώνεται και από το κινητό σύστημα του Wilburg.<sup>182</sup>

Αυτό που πρέπει λοιπόν να λαμβάνεται πάντοτε υπόψη είναι όλα τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά της δικαιοπραξίας, ήτοι της δωρεάς οργάνου. Αυτά τα χαρακτηριστικά που εμφανίζονται κάθε φορά σε παραλάσσουσα ένταση μπορεί να είναι η σοβαρότητα και η επικινδυνότητα της επέμβασης, η σχέση δηλούντα και αποδέκτη, συγκεκριμένα η σχέση δότη και λήπτη όταν έχουν οικογενειακή σχέση, η σχέση τους όταν δεν υφίσταται οικογενειακή σύνδεση, υπό την καινοτόμο ρύθμιση του “συναισθηματικού δότη”, το προσδόκιμο θεραπείας του λήπτη, η ενδεχόμενη κακοβουλία του δότη να ανακαλέσει τη δήλωση δωρεάς την τελευταία στιγμή, προξενώντας ζημία στον λήπτη μέσω καταχρηστικής άσκησης του δικαιώματος που του δίδει το άρθρο 8 παρ.5 του ν 3984/2011, ο τόπος, ο χρόνος της δικαιοπραξίας, το οικονομικό κόστος των επεμβάσεων. Ως προς την απεύθυνση του δότη στον ιατρό πέραν των ανωτέρω, σημαντικοί παράγοντες που μπορούν να εξειδικεύσουν την καλή πίστη είναι η επικοινωνιακή τους σχέση, ο βαθμός ωριμότητας του δότη, το μορφωτικό του επίπεδο, η κοινωνικοοικονομική του κατάσταση, η ενημέρωση που του δόθηκε σε συνάρτηση με το επείγον του χαρακτήρα της επέμβασης κ.α.

### **βββ)Τα συγκείμενα**

Είτε τίθεται ζήτημα έριδας ή παρανοήσεως (εξηγητική ερμηνεία) είτε κενού στη δικαιοπραξία (συμπληρωτική ερμηνεία) ο ερμηνευτής οφείλει να ερμηνεύσει τον εριζόμενο όρο (τόπος,

---

<sup>181</sup>[http://www.freelaw.gr/sites/default/files/2\\_nezeriti.pdf](http://www.freelaw.gr/sites/default/files/2_nezeriti.pdf)

<sup>182</sup>Τα κριτήρια που αφορούν τα εκατέρωθεν συμφέροντα είναι όχι μόνο δεκτικά διαφορετικού κάθε φορά βαθμού πληρώσεως αλλά και στοιχεία που μπορούν να δρουν από κοινού, συνήθως μεν αλληλοσυμπληρούμενα, κάποτε όμως και δυνάμενα ενδεχομένως να εναλλάσσονται αμοιβαίως. Wilburg Walter, Entwicklung eines beweglichen Systems im burgerlichen Recht, 1950, και Zusammenspiel der Krafte im Aufbau des Schldrechts, AcP 163 (1964), 346 επ. Βλ την ανάλυση της τυπολογικής μορφής σκέψεως του νομοθέτη σε συνδυασμό με την χρήση του κινητού συστήματος από τον ερμηνευτή σε Παπανικολάου Π., ο.π., αρ.135 επ.

χρόνος, διαδικασία της δωρεάς) με βάση της συνθήκες της συγκεκριμένης σύμβασης και των συγκεκριμένων προσώπων<sup>183</sup>. Όπως γίνεται δεκτό από την ελληνική νομολογία, το δικαστήριο οφείλει να λάβει υπόψη τη διατύπωση της δήλωσης και το γλωσσικό ιδίωμα του δηλώσαντος τις κρατούσες τοπικές συνήθειες, τις προηγούμενες διαπραγματεύσεις, τον δικαιοπρακτικό σκοπό, τις συνθήκες κατά τις οποίες καταρτίστηκε, τα συμφέροντα των μερών που εμπλέκονται. Η καλή πίστη κατευθύνεται στην αξιολόγηση των "συγκειμένων" της δικαιοπρακτικής δήλωσης βουλήσεως, δηλαδή κατ' αρχάς στη φύση και στο σκοπό της σύμβασης. Σε αυτό το σημείο εμφολίζουν οι συνταγματικές αξίες που σκιαγραφούνται στη φύση και το σκοπό της δωρεάς οργάνων και τριτενεργούν μέσω της καλής πίστεως. Περαιτέρω, άλλα "συγκείμενα" που μπορούν να περιληφθούν στην έννοια της καλής πίστης είναι ζητήματα της ταυτότητας και της σφαίρας δράσης των μερών που σχετίζονται με την ικανότητά τους να εκφράζουν και να κατανοούν τα νοήματα της δικαιοπραξίας επί της δωρεάς οργάνου. Επειδή αξιολογικά η καλή πίστη δεν είναι παρά μια *ad hoc* εξειδικεύσιμη γενική ρήτρα, τα "συγκείμενα" δεν έχουν βαρύτητα *a priori* προσδιορίσιμη. Αντιθέτως, άλλοτε είναι σημαντικά και άλλοτε ασήμαντα, εκδηλώνουν τη σημασία τους σε κυμαινόμενη μορφή, σε παραλλάσσουσα κάθε φορά ένταση<sup>184</sup>, πάντοτε αναφορικά με τη φυσιολογία της συγκεκριμένης περίπτωσης, όπως άλλωστε επιτάσσει η όλη λογική του κινητού συστήματος.

### **γγγ) Καταλογισμός της γνώσης των συγκειμένων**

Η ερμηνευτική αξιοποίηση των συγκειμένων κατά την καλή πίστη του άρθρου 200 ΑΚ είναι δυνατή στην έκταση που το κάθε εμπλεκόμενο μέρος μπορούσε και όφειλε να τα γνωρίζει. Για παράδειγμα, στη δικαιοπραξία μεταξύ δότη και λήπτη η σοβαρότητα του χρόνου της δωρεάς για την υγεία του λήπτη είναι ένα στοιχείο που μπορεί να χαρακτηριστεί ως συγκείμενο. Δεν μπορεί όμως να καταλογιστούν στον δότη δεδομένα, όπως χρόνος εγχείρησης, συνθήκες εγχείρησης, χρόνος ανάρρωσης μετά την επέμβαση, χρόνος εξετάσεων πριν την επέμβαση όταν αυτός ούτε μπορούσε με βάση τις συνθήκες και τον δικό του ορίζοντα κατανόησης, ούτε όφειλε κατά καλή πίστη να γνωρίζει. Αν δηλαδή είχε λάβει λανθασμένη ενημέρωση από τον ιατρό για το πόσο σημαντικό είναι να γίνει η μεταμόσχευση έγκαιρα (λ.χ. εντός δύο ημερών) και ούτε ο λήπτης του ανέφερε κάτι, ούτε μπορούσε να το φανταστεί αλλιώς, θα ήταν παράλογο να του καταλογιστεί το επείγον της περίπτωσης και να δεχθεί αποζημιωτικές κυρώσεις λόγω αθέτησης εάν δεν πρόλαβε σύμφωνα με το άρθρο 8 παρ.5 του ν.3984/2011 να ανακαλέσει τη συναίνεσή του. Με άλλα λόγια, συνθήκες που ανήκουν αποκλειστικά στη σφαίρα του αποδέκτη-λήπτη και δεν

<sup>183</sup>Ενδεικτικά ΑΠ 265/89 ΕΛΔ 31,769. Βλ. συγκεντρωτική παράθεση δικαστικών αποφάσεων σε *Καράκωστας Ι.Κ.*, ο.π., Νομολογία 173 και 200 ΑΚ.

<sup>184</sup>*Παπανικολάου Π.*, σελ.332 παρ495

μπορούν να διαγνωστούν κατά τρόπο αναμενόμενο και αξιόσιμο κατά καλή πίστη από τον δότη είναι φυσικό να μην μπορούν να του καταλογιστούν κι έτσι να μην τον φέρουν ενώπιον δευτερογενών υποχρεώσεων (αποζημίωση) από τη σύμβαση.

### **3. Η συμπληρωτική ερμηνεία**

#### **α) Έχει σημασία η ανεύρεση της υποθετικής βούλησης του δότη;**

Απαραίτητη προϋπόθεση ασφαλούς προσφυγής στην συμπληρωτική ερμηνεία είναι το να εμφανίζει η συγκεκριμένη δικαιοπραξία κάποια ατυπικά στοιχεία που να μπορούν να τεθούν στο προσκήνιο ως ερείσματα, δηλαδή κάτι σαν “ικανά στοιχεία” ή ενδείκτες για την αναζήτηση της υποθετικής βούλησης, ώστε έτσι να παρίσταται θεμιτή και η επιχειρηματολογία με βάση την ιδιωτική αυτονομία των μερών. Αυτή η πληθώρα μη τυπικών στοιχείων φαίνεται να λαμβάνει χώρα σε ευρεία έκταση στην άτυπη δικαιοπρακτική βούληση του δότη ενώπιον του λήπτη, όπου λόγω της έλλειψης τύπου, η βούληση μπορεί να αναζητηθεί με κάποια μεγαλύτερη ελευθερία στο πλαίσιο μιας συνολικής στάσης και συμπεριφοράς. Αντιθέτως, είναι δυσχερέστερο να συμβεί σε περιπτώσεις όπως η συναίνεση του δότη ενώπιον του ιατρού, η οποία, όπως επιτάσσει ο ισχύον ν.3984/2011 (άρθρο 7), περιβάλλεται ενός τύπου, ενός με σαφήνεια οριοθετημένου πλαισίου που δεν δίνει πολλά περιθώρια για υποθετικούς συλλογισμούς του δικαστή.

Η υποθετική βούληση του δικαιοπρακτούντος συνάγεται από τη συνολική στάση του και τις ειδικές συνθήκες της ατομικής περίπτωσης (λ.χ. για τον δότη θα μπορούσε να είναι η εθελοντική προσφορά σε σύλλογο υποστήριξης μεταμοσχεύσεων ή το ότι έδωσε ήδη συναίνεση σε ιατρό με συμβολαιογραφικό έγγραφο κατά το άρθρο 8 παρ. 4 χωρίς να την έχει στο μεταξύ ανακαλέσει). Η υποθετική ή εικαζόμενη βούληση του δότη δεν είναι ένα εμπειρικό διαπιστώσιμο μέγεθος αλλά ένα κριτήριο αξιολογικό, που αποτελεί συνέπεια λογικών επιχειρημάτων και της δημιουργικής σκέψης του δικαστή που προσανατολίζεται ατομικά στην κατάσταση συμφερόντων που εμφανίζει η συγκεκριμένη δικαιοπρακτική ρύθμιση.<sup>185</sup> Ο δικαστής που θα ερμηνεύσει τη δήλωση βουλήσεως θα πρέπει να αναπτύξει τις αξιολογήσεις που τα ίδια τα ενδιαφερόμενα μέρη (ο δότης, ο γιατρός, ο λήπτης, οι συγγενείς) και όχι ένας εξωτερικός αντικειμενικός κριτής όπως ένας τρίτος εχέφρων άνθρωπος έθεσαν στα δεδομένα της εξατομικευμένης δικαιοπραξίας. Δηλαδή η συμπληρωτική ερμηνεία έχει υποκειμενική και όχι αντικειμενική χροιά. λ.χ. οι συγγενείς είχαν την εναργώς διατυπωμένη βούληση να διαθέσουν τα όργανα του νεκρού αιτία θανάτου και το δήλωσαν ρητά αλλά άφησαν κενό - αρρήθμιστο σημείο στη δήλωση, λ.χ. δεν εκφράστηκαν ως προς ποια όργανα συμφωνούν να διαθέσουν. Αυτό μας οδηγεί στο να αναρωτηθούμε για το τι υποθετικά θα έκαναν. Η ερμηνεία εδώ έχει το ρόλο της

---

<sup>185</sup> Παπανικολάου Π., ο.π., σελ.349

ετερόλογης αξιολογήσεως του κανονιστικού νοήματος, όχι όμως με τρόπο διαφορετικό από αυτόν που υποθετικά θα ήθελαν τα μέρη.

Νομικά σημαντική στην συμπληρωτική ερμηνεία μπορεί να είναι ακόμη και η αληθινή ψυχολογική βούληση των μερών ως ενδιάθετη κατάσταση που έχει εκφραστεί στο εξωτερικό περιβάλλον ακόμη και με τρόπο μη νομικά αναγνωρίσιμο (λ.χ. ο δότης είχε στο πολύ πρόσφατο παρελθόν καταρτίσει άκυρη δικαιοπραξία παραχώρησης των οργάνων του στον ίδιο λήπτη αλλά δεν είχε αποτέλεσμα γιατί ήταν ανήλικος). Αυτή η δικαιοπραξία έστω και άκυρη θα πρέπει ενδεχομένως να λειτουργήσει ως έρεισμα για την ανεύρεση της υποθετικής βούλησης του δότη και η βούληση αυτή θα αποκλείει τον σχηματισμό μιας αντίθετης προς αυτήν υποθετικής βουλήσεως. Στο εν λόγω παράδειγμα και υπό αυτά τα δεδομένα, δεν μπορεί να βγει πόρισμα εικαζόμενης αρνητικής βουλήσεως δωρεάς γιατί αποδομείται όλη η λογική του σκοπού αυτής της οιονεί δικαιοπραξίας. Αντίστοιχα, ως έρεισμα μπορεί να λειτουργήσει στη δικαιοπραξία μεταξύ δότη και λήπτη και στη συναίνεση ενώπιον ιατρικού φορέα, η μια για την άλλη, λόγω της στενής αλληλεξάρτησης και αιτιακής σύνδεσης των δύο εννόμων σχέσεων.

Σε κάθε περίπτωση συνοψίζοντας, σκοπιμότητα της κατά το άρθρο 200 ΑΚ συμπληρωτικής ερμηνείας είναι η ολοκλήρωση, προώθηση και ανάδειξη των αξιολογήσεων που τα ίδια τα ενδιαφερόμενα μέρη έθεσαν με τη συγκεκριμένη ρύθμιση και όχι η διόρθωση της γενόμενης με αυτήν κατανομής των συμβατικών βαρών και πλεονεκτημάτων. Η “δικαιοσύνη” που αποδίδεται στην δικαιοπραξία δεν πρέπει να υπεβαίνει ό, τι διέπλασαν τα μέρη, το πνεύμα και την ξεχωριστή της σκοπιμότητα.

## **β. Το κινητό σύστημα του Wilburg στη συμπληρωτική ερμηνεία**

Η εξειδίκευση της καλής πίστης κατά το κινητό σύστημα του Wilburg έχει σημασία και στο επίπεδο της συμπληρωτικής ερμηνείας. Η κρίση επί αυτής δεν ενδείκνυται να γίνεται με γενικά και αφηρημένα κριτήρια. Δεν υπάρχει γενική φόρμα αμιγώς αντικειμενικών αξιολογήσεων που τίθενται εκ των προτέρων. Αντιθέτως η αναζήτηση επικεντρώνεται στο πλαίσιο εξατομικευμένου προσανατολισμού στην κατάσταση συμφερόντων της συγκεκριμένης δικαιοπρακτικής ρυθμίσεως, εν προκειμένω στις ιδιοτυπίες της μεταμόσχευσης. Για παράδειγμα, θα πρέπει να λαμβάνεται υπόψη στοιχεία όπως η συγγενική ή συναισθηματική σχέση μεταξύ δότη και λήπτη, η φύση, η διάρκεια της σχέσης, η ασθένεια και ο κίνδυνος ζωής του λήπτη, η υγεία του δότη, το επείγον της κατάστασης, η οικονομική δυνατότητα των μερών να χειρουργηθούν σε ακριβή ιατρική κλινική κτλ. Η εξατομικευμένη φύση της έννομης σχέσης δότη και λήπτη θα δείξει αν θα ληφθούν υπόψη όλα αυτά, κανένα από αυτά ή κάποιο στοιχείο θα αναδειχθεί κρίσιμος αποφασιστικός παράγοντας που θα επικαλύψει τα υπόλοιπα. Αυτή είναι η έκφανση του κινητού συστήματος, όπου κάθε στοιχείο έχει διαφορετική σημασία κάθε φορά, άλλοτε σημαντικό και

άλλοτε ασήμαντο με μεταβλητό χαρακτήρα, εμφανιζόμενο σε παραλλάσσουσα ένταση και διακύμανση της βαρύτητάς του.

### γ. Η ύπαρξη κενού στη δήλωση συναίνεσης που χρήζει ερμηνείας

Η ύπαρξη κενού στην άτυπη δικαιοπραξία μεταξύ δότη και λήπτη μπορεί να συμβαίνει γιατί ο δότης παρέλειψε να περιλάβει το σημείο αυτό στη δήλωσή του περί προσφοράς οργάνου ή στην προφορική υπόσχεσή του στον λήπτη. Μπορεί για παράδειγμα να μην θεώρησε σημαντικό ή να μην ανέφερε εκ παραδρομής σημαντικά στοιχεία όπως λ.χ. αν οι εγχειρήσεις αφαίρεσης και μεταμόσχευσης επιθυμεί να γίνουν στο τοπικό νοσοκομείο ή σε νοσοκομείο άλλης κεντρικής πόλης ή σε ιδιωτική κλινική. Επίσης, το κενό μπορεί να μην προϋπάρχει κατά την κατάρτιση της δικαιοπραξίας αλλά να προκύψει εκ των υστέρων λόγω απρόβλεπτης μεταβολής των συνθηκών. Λχ μπορεί ο ιατρικός φορέας ή το νοσοκομείο να συμφωνήθηκε αλλά να προέκυψε ύστερα κενό λόγω λ.χ. αδυναμίας του συμφωνημένου ιατρικού φορέα ή του νοσοκομείου να προσφέρει τις υπηρεσίες.<sup>186</sup> Σε τέτοια περίπτωση θα πρέπει να κριθεί με βάση το τι θα ήθελαν τα μέρη αλλά και με βάση την καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη αν λ.χ. ο δότης μπορεί να ζητήσει αποζημίωση λόγω απώλειας χρόνου μετακίνησης σε ένα άλλο μακρινό γι' αυτόν νοσοκομείο<sup>187</sup>. Κάτι τέτοιο θα μπορούσε επίσης να συμβεί σε περίπτωση που η υγεία του δότη επιδεινωθεί ύστερα από τη δήλωση, όχι σε σημείο που να πλήττεται η αρχή της ασφαλούς διεξαγωγής της επέμβασης αλλά σε σημείο που να επηρεάζει την έννομη σχέση γιατί ο λήπτης δεν θα δεχόταν τη δωρεά υπό τις νέες συνθήκες που ανέκυψαν.<sup>188</sup>

Κάτι τέτοιο επίσης μπορεί να συμβεί σε περίπτωση διάλυσης της σχέσης στην περίπτωση διάλυσης της θεσμοθετημένης σχέσης κατά το άρθρο 8 παρ.1 ν.3984/2011 (λχ διάλυση συμφώνου συμβίωσης) αφού πρώτα έχει συντελεστεί η υποσχετική δικαιοπραξία και γενικότερων συνθηκών που ανατρέπουν τα δεδομένα και απαιτούν επαναπροσδιορισμό της έννομης σχέσης όπως θα εξεταστεί παρακάτω. Στην περίπτωση που υπάρχει συνειδητή παράλειψη του δότη εννοώντας λ.χ. οποιαδήποτε κλινική, οποιοσδήποτε χρόνος εγχείρησης κτλ χωρίς να το προσδιορίζει δεν συντρέχει κενό γιατί η βούληση του δότη έχει εξωτερικευτεί και είναι η συμφωνία του σε μια ευρύτητα εκδοχών. Αν όμως αφέθηκαν ζητήματα ανοιχτά σκοπίμως με την προσδοκία ότι θα προσδιορίζονταν στο μέλλον αλλά δεν προσδιορίστηκαν τότε πρόκειται για κενό (λ.χ. ο δότης, όταν προέβη σε δήλωση βουλήσεως ενώπιον του λήπτη, άφησε ανοιχτό το θέμα επιλογής του ιατρού της εγχείρησης αφήνοντας να εννοηθεί ότι θέλει να βρει έναν

<sup>186</sup> Γεωργιάδης Α. Σ., Αστικός Κώδικας, Γενικές Αρχές, Πρακτικά Θέματα με Λύσεις, 2013, σελ.242, πρακτικό 141.

<sup>187</sup> Γεωργιάδης Α. Σ., ο.π., σελ.242, πρακτικό 141

<sup>188</sup> Παπαδημητρόπουλος Α., Η συμπληρωτική ερμηνεία των δικαιοπραξιών, 2009, αρ.211. Η συμπληρωτική ερμηνεία είναι δυνατή εάν τα μέρη αργότερα τροποποίησαν τη δικαιοπραξία αλλά η εν λόγω τροποποίηση δεν έχει αναδρομική ενέργεια.

έμπιστο διακεκριμένο ιατρό με συγκεκριμένες σπουδές που ο λήπτης οφείλει να πληρώσει).

Βέβαια, ας μην λησμονούμε πως ο δότης μπορεί ανά πάσα στιγμή να ανακαλέσει αν μεταβληθούν οι συνθήκες ή αν τα πράγματα δεν είναι όπως τα υπολόγισε γιατί του δίνεται αυτή η δυνατότητα από το άρθρο 14 του ν.4075/2012. Υπάρχει όμως η πιθανότητα να μην προλάβει ή να μην το θελήσει και να πρέπει να ερμηνευτεί η έννομη σχέση ως έχει. Για την κάλυψη του κενού επιστρατεύεται η ίδια η άτυπη δικαιοπρακτική ρύθμιση για να καλύψει το αναφερόμενο κατά τη λειτουργία της ζήτημα.

Ας σημειωθεί πως στη δικαιοπραξία μεταξύ δότη κα λήπτη, η συνειδητοποίηση του κενού στη δικαιοπρακτική ρύθμιση συνεπάγεται και την αναγκαιότητα να καλυφθεί η ατέλεια, ώστε να γίνει επιτευκτός ο επιδιωκόμενος σκοπός της δικαιοπραξίας, που εν προκειμένω είναι η θεραπεία του λήπτη. Θα μπορούσε να χρησιμοποιηθεί για την συμπλήρωση του κενού η συναίνεση που δόθηκε στον γιατρό, ενδεδυμένη με τύπο, για το ίδιο ζήτημα, για την ίδια επέμβαση μεταμοσχεύσεως, ώστε να ανιχνευτεί η υποθετική βούληση του δότη, αφού άλλωστε πρόκειται μεν για δύο αυτοτελείς έννομες σχέσεις, που όμως αποβλέπουν στον ίδιο συγκεκριμένο σκοπό.

Σε κάθε περίπτωση, αυτό που είναι σημαντικό να τονιστεί είναι ότι σε πρώτο επίπεδο δίδεται βάρος στην εικαζόμενη βούληση και σε δεύτερο επίπεδο στην καλή πίστη και στα συναλλακτικά ήθη, ώστε ο επικουρικός ρόλος του δεύτερου κριτηρίου να διαφυλάττει την εξέταση του πρώτου<sup>189</sup>.

#### **δ. Όρια της συμπληρωτικής ερμηνείας**

Η συμπληρωτική ερμηνεία δεν μπορεί να υπερβαίνει τα όρια που θέτει η ιδιωτική αυτονομία γιατί η δικαιοπραξία ως νομική εφεύρεση είναι από τη φύση της αυτόνομος μηχανισμός ρύθμισης των εννόμων σχέσεων. Τα όρια τίθενται από το σκοπό αλλά και από το περιεχόμενο της δικαιοπραξίας, εν προκειμένω τα προστατευόμενα έννομα αγαθά που επιδιώκεται να προασπιστούν. Δεν μπορεί να πληρωθεί το κενό με τέτοιο τρόπο ώστε να ματαιώνεται ή να αλλοιώνεται ο σκοπός της δικαιοπραξίας (λ.χ. δεν μπορεί να μην ληφθεί υπόψη η βούληση δωρεάς που είναι νομότυπη). Αντιθέτως η πλήρωση του κενού πρέπει να βαδίζει στην ίδια κατεύθυνση με τον επιδιωκόμενο στη δικαιοπραξία σκοπό και να διευκολύνει την εκπλήρωσή του. Περαιτέρω όπως προαναφέρθηκε, ο ερμηνευτής οφείλει να χρησιμοποιεί ως κατευθυντήρια γραμμή κάποια ερείσματα στη δικαιοπραξία προκειμένου να αναζητήσει την εικαζόμενη βούληση και όχι τι θα έκαναν οι περισσότεροι.

#### **4. Η διαπλαστική ερμηνεία: Η προσφυγή σε κανόνες ενδοτικού δικαίου**

---

<sup>189</sup> Παπαδημητρόπουλος Α., ο.π., αρ.214

Σε περίπτωση που το κενό στη δικαιοπραξία αναφύεται λόγω επιγενόμενης, απρόβλεπτης μεταβολής των συνθηκών, υπό τις οποίες αυτή καταρτίστηκε, τίθεται το ζήτημα εφαρμογής του άρθρου 388,<sup>190</sup> ως *ultimum refugium*, εφόσον το προηγούμενο στάδιο ερμηνείας θεωρείται αλυσιτελές (λ.χ. διάλυση του γάμου, του συμφώνου συμβίωσης της συγγενικής σχέσης). Η εν λόγω διάταξη αφορά αμφοτεροβαρείς συμβάσεις και προϋποθέτει υπέρμετρη επάχθεια τουλάχιστον του ενός μέρους στην εκπλήρωση. Αυτό θα μπορούσε να συμβαίνει στη συναίνεση ενώπιον του ιατρού, εάν αυτή χαρακτηριστεί ως σύμβαση ιατρικής αγωγής, αλλά και στην άτυπη δικαιοπραξία μεταξύ δότη και λήπτη. Τούτο δεν αναιρεί τον κεντρικό ετερόνομο προσανατολισμό της διατάξεως.<sup>191</sup>

## **5. Η ιδιοτυπία ερμηνείας της συναίνεσης ενώπιον του ιατρού που παρέχει υπηρεσίες και της σύμβασης προσχωρήσεως με την κλινική ή το δημόσιο νοσοκομείο κατά τον ν.2251/1994**

Υποστηρίζεται ότι πέρα από την ίδια τη συναίνεση στη μεταμόσχευση ενώπιον του ιατρού, ενδέχεται να καταρτίζεται παράλληλα και ένα είδος σύμβασης προσχωρήσεως ιατρικής αγωγής μεταξύ του ασθενούς και του δημοσίου νοσοκομείου, όταν υπάρχει σχέση εξάρτησης μεταξύ του ιατρού και του νοσοκομείου.<sup>192</sup>

Η διάκριση πρέπει να γίνεται με βάση το είδος της σύμβασης ιατρικής αγωγής που συνδέει τον ασθενή με τον ιατρό με το νοσοκομείο, ανάλογα με την ερμηνεία που της δίνεται. Αν ο ασθενής συμβάλλεται προσωπικά με ορισμένο γιατρό, ο οποίος είναι εξωτερικός μόνο συνεργάτης σε νοσοκομείο, να χειρουργηθεί από αυτόν στο νοσοκομείο, τότε κατά πάσα πιθανότητα η έννομη σχέση που αφορά την επέμβαση καταρτίζεται αποκλειστικά μεταξύ του ασθενούς και του ιατρού, και μόνο ο τελευταίος επωμίζεται την ευθύνη του παρέχοντος υπηρεσίες και την ερμηνεία των ΓΟΣ κατά τα άρθρα 2 και 8 του ν.2251/1994<sup>193</sup>.

Από την άλλη, ενδέχεται να μην συμβάλλεται ατομικά ο ασθενής με ορισμένο ιατρό, αλλά

---

<sup>190</sup>Μέσω του άρθρου 388 ΑΚ ο δικαστής δύναται να επέμβει διορθωτικά για να αποτρέψει το κοινωνικά αφορητό αποτέλεσμα και την υπέρμετρη επάχθεια της παροχής και να αναπροσαρμόσει τη σύμβαση με άξονα την κοινωνική δικαιοσύνη, το προσήκον μέτρο, την “υποκειμενική ισοδυναμία” των ανταλλασσόμενων παροχών με την κατά το δυνατόν διαφύλαξη της ιδιωτικής αυτονομίας, την αποκατάσταση της αρχικής αυτόνομης οικονομίας της συμβάσεως.

<sup>191</sup>Σχετικά με τη διαπλαστική ερμηνεία βλ. *Σπυριδάκης Ι.Σ.*, ο.π., σελ.115 αλλά και Παπανικολάου, ο.π. αρ.510 σε συνδυασμό με αρ.526 όπου αναλύει ξεχωριστά τη σχέση της εξηγητικής και της συμπληρωτικής ερμηνείας με τους κανόνες ενδοτικού δικαίου.

<sup>192</sup>*Φουντεδάκη Κ.*, Η αστική ιατρική ευθύνη μετά τον ν.2251/1994, Κριτ.Ε.,1996/2, σελ.200-202

<sup>193</sup>Βλ. σχετικά ΑΠ 424/2012 Nomos, ΧΡΙΑ 2012/587

απευθείας με το δημόσιο νοσοκομείο. Στην περίπτωση αυτή θεωρείται ότι το νοσοκομείο αναλαμβάνει την ιατρική αγωγή στο σύνολό της (σύμβαση ενιαίας ή συνολικής νοσοκομειακής περίθαλψης), με συνέπεια να εφαρμόζονται τα άρθρα 334 και 922 ΑΚ<sup>194</sup>.

Τέλος, αν ο ασθενής έχει, βάσει της σύμβασής του με το νοσοκομείο, την ευχέρεια να επιλέξει τον γιατρό του, τότε με την επιλογή και την αποδοχή της από τον ιατρό δημιουργούνται δύο έννομες σχέσεις, μία μεταξύ του ασθενούς και του νοσοκομείου και μία συμβατική σχέση μεταξύ του ασθενούς και του ιατρού ατομικά.<sup>195</sup>

Το ζήτημα φαίνεται αρκετά συγκεχυμένο, αλλά η προβληματική δεν διαφοροποιείται αν ο παρέχων υπηρεσίες είναι ο γιατρός ή το νοσοκομείο στην ερμηνεία της σύμβασης. Πρέπει επίσης να σημειωθεί πως δεν έχει πρακτική διαφορά το ότι πρόκειται για δημόσιο νοσοκομείο<sup>196</sup>. Σε κάθε περίπτωση η αστική ιατρική ευθύνη είναι σχέση ιδιωτικού δικαίου.

Η εισαγωγή του ρόλου των Γενικών Όρων Συναλλαγών στη συναίνεση του δότη αποκτά ιδιαίτερη πρακτική σημασία υπό τα δεδομένα ότι η ενημέρωση του δότη στην εν ζωή μεταμόσχευση αποδεικνύεται με προδιατυπωμένο έγγραφο. Το τελευταίο υπογράφεται από το δότη και τον ιατρό ή τους ιατρούς που την παρέχουν και αντίγραφό του παραμένει στον ιατρικό του φάκελο. Το έντυπο αυτό διατυπώνεται από τον Εθνικό Οργανισμό Μεταμοσχεύσεων και διανέμεται σε όλα τα νοσηλευτικά ιδρύματα της χώρας και ιδίως στους οργανισμούς αφαίρεσης (άρθρο 7 παρ.1 γ ν.3984/2011).

#### **α) Θεμελίωση υπό το πρίσμα της ανισότητας των μερών**

Οι ιατροί και όσοι γενικότερα εμπίπτουν στη κατηγορία της παροχής υπηρεσιών υπάγονται υπό προϋποθέσεις στη ρύθμιση του άρθρου 8 του ν.2252/1994 που φέρει τον τίτλο "ευθύνη του παρέχοντος υπηρεσίες". Η ευθύνη του παρέχοντος υπηρεσίες δεν απαιτεί υποχρεωτικά την ύπαρξη συμβατικής σχέσης μεταξύ του παρέχοντος υπηρεσίες και του αποδέκτη των υπηρεσιών. Επομένως η ερμηνεία της συναίνεσης δότη ενώπιον του ιατρού με τα κριτήρια των ΓΟΣ θα πρέπει να λαμβάνει χώρα είτε τη θεωρήσουμε σύμβαση ιατρικής αγωγής είτε οιονεί δικαιοπραξία είτε απλή νομιμοποιητική πράξη. Αντίστοιχα, ο δότης ή ο λήπτης εμπίπτει στην κατηγορία του τελικού αποδέκτη των υπηρεσιών κατά το άρθρο 2 του ν.2251/94 κατέχοντας τη

---

<sup>194</sup>Βλ. ΤριμΕφΛάρ. 298/2015, ΝοΒ, 2016, Τόμος 64, σελ. 520 επ, Πολ.ΠρωτΛαρ 191/2012, Δικογρ, 2013 σελ. 137 επ., περί ευθυνών ιατρικών φορέων επί εν γένει ιατρικών επεμβάσεων με κριτήριο την ύπαρξη ή την ανυπαρξία της σχέσης πρόσκτησης

<sup>195</sup>Φουντεδάκη Κ., Η αστική ιατρική ευθύνη μετά τον ν.2251/1994, Κριτ.Ε.,1996/2, σελ.200-202

<sup>196</sup>Ο ν.3984/2011 διατηρεί τη ρύθμιση ότι οι μεταμοσχεύσεις οργάνων πραγματοποιούνται σε δημόσια νοσοκομεία (άρθρο 15, όπου επιτρέπει και τη δράση Ν.Π.ΙΔ. που έχουν κοινωφελή, μη κερδοσκοπικό χαρακτήρα). Μαραγκάκη Ε., Δωρεά και μεταμόσχευση οργάνων (ν.3984/2011), Αναγκαιότητα - Νέες Ρυθμίσεις, ΣΥΝ, 2011, Τεύχος 86, σελ.

θέση του “καταναλωτή”<sup>197</sup>.

Η ερμηνεία των Γενικών Όρων Συναλλαγών (εφεξής ΓΟΣ) δεν αντικαθιστά την εφαρμογή των γενικών ερμηνευτικών κανόνων που διέπουν την αναζήτηση του κανονιστικού νοήματος κάθε δικαιοπρακτικής ρυθμίσεως. Έτσι το δίπολο των άρθρων 173 και 200 ΑΚ κρατεί και εδώ πρωταγωνιστικό ρόλο, ωστόσο εν προκειμένω η εφαρμογή τους είναι αναποτελεσματική και στο προσκήνιο τίθενται διαφορετικές συγκρουσιακές καταστάσεις που χρήζουν διαφορετικής μεταχείρισης. Η απόκλιση έγκειται στο ότι στις ΓΟΣ η συμβατική ρύθμιση διαμορφώνεται μονοπωλιακά από το ένα συμβαλλόμενο μέρος το οποίο είναι οργανωτικά, διαπραγματευτικά, διανοητικά και εμπειρικά ανώτερο από το άλλο μέρος<sup>198</sup>. Στη συγκεκριμένη σύμβαση μεταξύ ιατρού ή νοσοκομείου και δότη<sup>199</sup> οι πρώτοι θεωρείται πως υπερέχουν γνωστικά, εμπειρικά και επιστημονικά και μάλιστα εμπλέκονται κατ’ επάγγελμα σε τέτοιες συμβάσεις που δεν εξατομικεύονται εξ αρχής στη συγκεκριμένη σχέση με το δότη αλλά λειτουργούν με ομοιομορφία.

Περαιτέρω, εστιάζοντας στα ιδιαίτερα στοιχεία της περίπτωσης στη μεταμόσχευση ο κάθε ιατρικός φορέας υπερέχει και υπό μια άλλη οπτική: Έναντι του συμβαλλόμενου δότη έχει το πλεονέκτημα της ψυχραιμίας, της έλλειψης υποκειμενικής φόρτισης και συναισθηματισμού, της νοητικής αντικειμενικής καθαρότητας. Η σχέση δεν τον αφορά τόσο όσο αφορά τον δότη και αυτή η αποστασιοποίηση από μόνη της του δίνει πλεονεκτική θέση να μπορεί να σταθμίζει την κατάσταση. Ο δότης από την άλλη από τη φύση των πραγμάτων τεκμαίρεται πως βρίσκεται σε σύγχυση και σε εσωτερική αναταραχή αφού πρόκειται να εμπλακεί σε μια πολύ λεπτή έννομη σχέση που θα επηρεάσει και τον ίδιο και το στενό πρόσωπο που θέλει να βοηθήσει. Η τεκμαιρόμενη αυτή κατάσταση κατά το συνήθως συμβαίνον δύναται να θολώσει την κρίση του και την ικανότητα να σταθμίσει ορθά και αντικειμενικά τις έννομες συνέπειες της δήλωσής του. Γενικά οι ΓΟΣ είναι συμβατικοί όροι που εντοπίζονται μεν στην δικαιοπρακτική απόφαση του αδύναμου μέρους από τυπική σκοπιά αλλά η απόφαση αυτή δεν λαμβάνεται σε καθεστώς ελευθερίας υπό ουσιαστική σκοπιά<sup>200</sup>. Στην εξεταζόμενη περίπτωση, με την χρησιμοποίηση των

---

<sup>197</sup> Μεντής Γ., Γενικοί Όροι Συναλλαγών σε καταναλωτικές και εμπορικές συμβάσεις, 2000, σελ.9 επ. Αναλυτικά για την έννοια του καταναλωτή.

<sup>198</sup> Γαζέτα Κ.Ν., Γενικοί Όροι των Συναλλαγών και Καταναλωτής, Δικαστική Προστασία, 1999, 43 επ.

<sup>199</sup> Η εξέταση της ανισομέρειας στη συγκεκριμένη περίπτωση είναι σημαντική γιατί κατά κανόνα οι ΓΟΣ επιβάλλονται σε βάρος του καταναλωτή υποχρεώσεις περιουσιακού χαρακτήρα, ενώ εν προκειμένω μια τέτοια πρακτική θα στόχευε ίσως και στην απεμπόληση ευθυνών των ιατρικών φορέων.

<sup>200</sup> Δωρή Φ., Δικαστικός έλεγχος Γενικών Όρων Ασφαλιστηρίων για την κάλυψη της Αστικής Ευθύνης από αυτοκινητιστικά ατυχήματα, ΝοΒ, 1982, σελ. 897 επ. Το πρόβλημα με τους ΓΟΣ είναι “ η διαπραγματευτική υπεροπλία του συμβαλλομένου που είναι σε θέση και έχει τη δύναμη να επιβάλλει τους όρους που θέλει στο ευρύ κοινό με το οποίο συναλλάσσεται”. Επίσης επισημαίνει τη σημασία της καλής πίστης και της υπέρβασης του οικονομικού και κοινωνικού σκοπού του δικαιώματος (κατάχρηση του άρθρου 281 ΑΚ) στις σχέσεις αυτές, οι οποίες καλύπτονται πλέον από τον ν.2251/94.

ΓΟΣ στην κατάρτιση της σύμβασης επιχειρείται η διασφάλιση της ορθολογικής λειτουργίας της έννομης σχέσης και η ασφάλεια δικαίου μέσω της τυποποίησης κάποιων όρων της δικαιοπραξίας με ομοιόμορφο τρόπο.

Αυτό μπορεί να φαίνεται απολύτως θεμιτό εκ πρώτης όψεως, όμως αν το δούμε λίγο βαθύτερα υποκρύπτει την σκοπιμότητα της μετακύλησης των κινδύνων της εγχείρησης και της ευθύνης από τον ιατρό στον δότη-αποδέκτη των υπηρεσιών που βρίσκεται σε μειονεκτική θέση. Σε σχέση με μια άλλη σύμβαση ιατρικής αγωγής τούτο συμβαίνει σε μείζονα βαθμό στη συναίνεση επί επέμβασης αφαίρεσης οργάνου. Εδώ δεν πρόκειται για μια θεραπευτική επέμβαση.

Η επερχόμενη σωματική βλάβη είναι δεδομένη και ο κίνδυνος περαιτέρω βλάβης είναι επίσης αυτονόητος. Από τη στιγμή που η έκταση αυτοπροσδιορισμού και αυτοευθύνης του δότη είναι μεγιστοποιημένη μεγιστοποιείται και η ανάγκη ανάδυσης ενός προστατευτικού μηχανισμού (μέσω της δικαστικής προστασίας) από τον προφανή κίνδυνο καταχρήσεων που ενυπάρχει στη σύναψη μιας τέτοιας σύμβασης. Προφανώς αυτό θα γίνει πρακτικά μέσω της δικαστικής προστασίας σε επίπεδο αστικής ιατρικής ευθύνης όταν η σύμβαση δεν εκπληρώθηκε με τον τρόπο που όριζε το κανονιστικό νόημά της το οποίο προκύπτει από την ερμηνεία της σύμβασης. Παραπάνω αναφέρθηκε η διαπραγματευτική μειονεξία του δότη και οι βασικοί λόγοι που την προκαλούν. Η τελευταία ισχυροποιείται ακόμη περισσότερο εφόσον οι ΓΟΣ στην ουσία έχουν άμεσα διατυπωθεί από τον ιατρό αλλά έμμεσα έχουν τεθεί από μια οργανωμένη ιδιωτική κλινική ή ένα δημόσιο νοσοκομείο με ακόμη μεγαλύτερη διανοητική και οργανωτική ανωτερότητα. Ο "αδύναμος" δότης στην ουσία έχει λιγότερες πιθανότητες να επιτύχει μια πραγματικά δίκαιη διαμόρφωση του περιεχομένου της σκοπούμενης σύμβασης χωρίς η πλάστιγγα να γέρνει στην αντίθετη πλευρά από τα συμφέροντά του. Σαφέστερα, η ιδιωτική κλινική ή το δημόσιο νοσοκομείο έχει το προνόμιο να προδιατυπώνει μονομερώς τους ΓΟΣ, να σταθμίζει με προσοχή κάθε παράμετρο και κάθε λεπτομερή διατύπωση στο περιεχόμενο με τη βοήθεια νομικών συμβούλων, με αποφάσεις του διοικητικού συμβουλίου κτλ. Το τελικό αποτέλεσμα είναι η δημιουργία ΓΟΣ που προορίζονται σκόπιμα και σχεδιασμένα στη μετακύληση όσο το δυνατόν περισσότερων ευθυνών στον εν γένει αποδέκτη (ασθενή ή δότη) και έχουν σε πολλές περιπτώσεις σκόπιμα τέτοιο πολύπλοκο περιεχόμενο ορολογίας, ώστε να μην μπορούν να διαβάζονται εύκολα.

Εδώ έγκειται η κύρια δικαιολογητική βάση της επιείκειας που οφείλει να δείχνει η έννομη τάξη στην κατανόηση του περιεχομένου των ΓΟΣ. Το "δυνατό" μέρος έχει προδιαμορφώσει τη θέση του με περίσκεψη ενώ από την άλλη ο εμπλεκόμενος δότης έχει το μειονέκτημα του αιφνιδιασμού αφού είναι απροετοίμαστος. Η κοινωνικοτυπική αδυναμία του μεμονωμένου πολίτη-αποδέκτη των ιατρικών υπηρεσιών δεν ισοδυναμεί απαραίτητως με την προσωπική εξατομικευμένη αδυναμία του συγκεκριμένου δότη να αντιληφθεί το περιεχόμενο των ΓΟΣ αλλά βασίζεται σε ένα γενικό τεκμήριο από την κοινωνική διαπίστωση και το συνήθως συμβαίνον.

Προφανώς ο κάθε άνθρωπος είναι διαφορετικός, έχει διαφορετικό επίπεδο αντίληψης, μορφωτική και επαγγελματική στάθμη, ευφυΐα, συναλλακτική εμπειρία. Αυτό όμως δεν ενδιαφέρει εδώ. Ωστόσο πάντοτε και αδιακρίτως ο αποδέκτης υπηρεσιών θεωρείται διαπραγματευτικά κατώτερος από αυτόν που θέτει τους ΓΟΣ, ακόμη κι αν η οξυδερκής στάση του είναι η εξαίρεση που επιβεβαιώνει τον κανόνα της “διανοητικής” κατωτερότητας. Μπορεί απλώς να ειπωθεί πως η βάση της προστασίας απευθύνεται στη δυνατότητα γνώσης των συναλλασσομένων αξιολογώντας γενικά το μέσο όρο.<sup>201</sup>

Θα πρέπει να τονιστεί πως σε αυτό το σημείο μια βασική αντίθεση: Σε επίπεδο ερμηνείας των δικαιιοπραξιών δεν υπάρχει μια σταθερή δομική φύση της επίλυσης των ζητημάτων ως σημείο αναφοράς. Από την άλλη, την παραπάνω προστασία του αποδέκτη υπηρεσιών σε έννομες σχέσεις που εμπεριέχουν ΓΟΣ τη δίνει ο ίδιος ο νόμος όπως θα εξεταστεί παρακάτω (άρθρο 2 και 8 ν.2251/1994). Επειδή ο νόμος έχει γενικό και αφηρημένο χαρακτήρα είναι φυσικό να περιλαμβάνει στο πραγματικό του, συγκεκριμένα στην έννοια του διαπραγματευτικά κατώτερου (εδώ του δότη) κάθε ενδιαφερόμενο που υποβάλλεται στη ρύθμιση των ΓΟΣ, ανεξάρτητα από τη μόρφωση, το πόσο έχει εντρυφήσει γνωστικά στην ιατρική επιστήμη ή στις μεταμοσχευτικές επεμβάσεις, τις προσωπικές ιδιότητες, την πείρα λόγω κάποιου σχετικού επαγγέλματος κτλ.

Θα μπορούσε να αξιωθεί από τον ενδιαφερόμενο δότη να απευθυνθεί σε άλλο νοσοκομείο ή άλλη κλινική, απ’όπου θα δεχόταν τις ιατρικές υπηρεσίες αφαιρετικής επέμβασης με άλλους ευμενέστερους όρους, καλύτερες υπηρεσίες, επαρκέστερη νοσηλευτική φροντίδα κτλ ώστε κατά κάποιο τρόπο αυτός να καθορίζει σε ενεργητικό ρόλο το περιεχόμενο της έννομης σχέσης χωρίς να αμφιταλαντεύεται ανάμεσα στην ολική αποδοχή ή στην ολική άρνηση. Παρόλο που θεωρητικά μπορεί να το κάνει, αυτό δεν σημαίνει ότι υπάρχει στην πραγματικότητα ελεύθερη συμβατική επιλογή.<sup>202</sup>

Κοινωνικοτυπικά δεν μπορεί να αξιωθεί από τον μέσο αποδέκτη υπηρεσιών-δότη να συλλέξει, να επεξεργαστεί και να αποκωδικοποιήσει εκτεταμένες και πολύπλοκες πληροφορίες αναφορικά με τους ισχύοντες στον κλάδο των νοσοκομείων και της υγείας ΓΟΣ. Στο ίδιο αποτέλεσμα θα καταλήγαμε και σε επίπεδο εξειδίκευσης της καλής πίστης του άρθρου 200 ΑΚ, όπου θα λέγαμε ότι η έλλειψη ενδελεχούς αναζήτησης δεν του καταλογίζεται σε συμβατικό επίπεδο γιατί αντικειμενικά ο μέσος έμφρων άνθρωπος σε αυτήν την κατάσταση δεν θα το έκανε. Η διασταύρωση πληροφοριών σχετικά με τους ισχύοντες ΓΟΣ είναι υπέρμετρα δυσανάλογο φορτίο,

---

<sup>201</sup> Παπανικολάου Π., 565. Αναφέρει χαρακτηριστικά ότι αποτελούν συνήθως ασήμαντη μειοψηφία αυτοί που θα ήθελαν να "σκαλίσουν" λίγο περισσότερο το περιεχόμενο των όρων και εν ανάγκη να το πολεμήσουν. Θα μπορούσε να προστεθεί ότι πολλοί αποδέκτες των υπηρεσιών αποφεύγουν την υπερανάλυση, την αμφισβήτηση και τις αλλεπάλληλες ερωτήσεις στον προσφέροντα τις υπηρεσίες για να μην είναι κουραστικοί, αγενείς και γενικά για λόγους κοινωνικής αβροφροσύνης.

<sup>202</sup> Χριστοφορίδης Χ., ΕΕΝ, Συμβάσεις ΓΟΣ, 1975, 249 επ. Προσανατολισμένος στις εταιρίες και τις οικονομικές επιχειρήσεις παράθετει αυτή τη συλλογιστική.

προφανώς επαχθές για τις δυνάμεις του μέσου καταναλωτή-δότη, ειδικά υπό τις ιδιότυπες περιστάσεις, τον συναισθηματικά φορτισμένο και πάνω απ' όλα επείγοντα χαρακτήρα της δωρεάς οργάνου. Άλλωστε δυσαναλογία φαίνεται να υπάρχει ανάμεσα στο όποιο όφελος και στο κόστος της αναζήτησης (χρόνος και ενέργεια που πρέπει να καταναλωθεί). Η ελευθερία έχει πλασματικό χαρακτήρα και όχι ουσιαστικό αντίκρισμα στην πράξη. Τούτο λόγω της επιτακτικής σπουδαιότητας, του κατεπείγοντος, της ανάγκης έγκαιρης κινητοποίησης των ιατρικών υπηρεσιών. Η έννομη τάξη δεν μπορεί να αξιώσει από τον καταναλωτή-δότη να παραιτηθεί ολοκληρωτικά από την έννομη σχέση, να αναζητά ιατρούς και νοσοκομεία, να “ζυγίζει” συμβατικούς όρους μέσα στην πίεση του χρόνου. Εκ των ανωτέρω συνάγεται το συμπέρασμα ότι το σύστημα take it or leave it και η ανελεύθερη συμβατική επιλογή δεν αποδυναμώνεται από το επιχείρημα της θεωρητικά δυνατής αναζήτησης και άλλων εναλλακτικών.

Η αναγκαιότητα προσήκουσας εξειδικευμένης προστασίας του υποβαλλόμενου στους ΓΟΣ καταναλωτή υπάρχει ανεξάρτητα από το αν πρόκειται για μια μικρή κλινική, έναν ιδιώτη ιατρό ή ένα μεγάλο νοσοκομείο. Θα υπήρχε είτε η ικανοποιητέα επιθυμία του δότη είναι είτε μια νεφροεκτομή είτε η προσφορά μυελού των οστών.<sup>203</sup>

Και σε αυτή την περίπτωση, όπως και στο θέμα της γνωστικής αντίληψης του καταναλωτή, η προστασία του άρθρου 2 παρ. 4 ν.2251/1994 έχει γενικό και αφηρημένο χαρακτήρα. Η τεκμαιρόμενη ανισότητα των μερών στην έννομη σχέση που εμπεριέχει ΓΟΣ και η έννομη δικαστική προστασία για την αποκατάστασή της είναι σταθερά μεγέθη που δεν αυξομειώνονται από τους εκάστοτε προσδιοριστικούς παράγοντες της δικαιοπραξίας. Η βασική τελεολογία και συνάμα ratio legis του νομοθετήματος επικεντρώνεται σε ένα καθεστώς ασφάλειας δικαίου το οποίο αναπόδραστα θα υπέσκαπτε η υπερβολή της εξονυχιστικής μελέτης της κάθε περίπτωσης. Άλλωστε, η όποια μεμονωμένη περίπτωση δεν ακυρώνει τον κίνδυνο καταχρήσεων που ενέχει η χρησιμοποίηση των ΓΟΣ, αυτή υπάρχει πάντα και είναι προδήλως αυτονόητη. Όλοι οι ερμηνευτικοί κανόνες που έχουν διαπλαστεί νομολογιακά ή έχουν θεσπιστεί νομοθετικά αντανακλούν ακριβώς την προσπάθεια να ληφθεί επακριβώς υπόψη η γενική προβληματική της εισαγόμενης με τους ΓΟΣ συμβατικής ρυθμίσεως και η ερειδόμενη σε αυτήν ανάγκη προστασίας του αδύναμου καταναλωτή.<sup>204</sup> Από αυτούς τους θεσμοθετημένους κανόνες στο θετικό μας δίκαιο ερμηνευτική κατεύθυνση απευθείας από τον ίδιο το νομοθέτη ενέχει αποκλειστικά το άρθρο 2 παρ 4 του ν.2251/1994 (που αντικατέστησε το άρθρο 24 του ν1961/1991 και ύστερα τροποποιήθηκε με το άρθρο 24 του ν.2741/1999-ΦΕΚ 199 Α' 28.9 1999) όπου σε περίπτωση αμφιβολίας οι ΓΟΣ ερμηνεύονται υπέρ του καταναλωτή.

<sup>203</sup> Μεντής Γ., ο.π., σελ. 51 επ. Η διατύπωση και χρήση των ΓΟΣ για απερίοριστο αριθμό συμβάσεων οδήγησε την ελληνική και αλλοδαπή θεωρία και νομολογία στην άποψη ότι οι ΓΟΣ ερμηνεύονται κατ' αρχήν αντικειμενικά, χωρίς δηλαδή να λαμβάνονται υπόψη οι ιδιομορφίες της εκάστοτε συμβατικής σχέσης, οι ιδιαίτερες γνώσεις του ενδιαφερομένου, το ιστορικό, η βούληση κτλ

<sup>204</sup> Παπανικολάου Π., ο.π., αρ.569

Υπό την ύπαρξη των ΓΟΣ, με βάση την αρχή της καλής πίστεως του άρθρου 200 (δηλαδή μέσω του κλασικού συστήματος ερμηνείας των τυπικών δικαιωπραξιών) μπορεί να στηριχθεί δικαιοθετικά μια τέτοια ερμηνεία με τη στάθμιση της συγκεκριμένη περίπτωσης και μέσω αποδείξεων, ακόμη κι αν υποτεθεί απουσία της ειδικής ερμηνευτικής προσέγγισης των ΓΟΣ κατά το άρθρο 2 παρ.4 του ν.2251/94. Τούτο όμως θα είναι δυσχερώς αποδείξιμο και ρευστό λόγω δυσδιάκριτων περιστατικών υποκειμενισμού στη δικαστική πρακτική και εδώ έγκειται η *ratio legis* της διάταξης. Γι' αυτό ο ν.2251/94 παραδειγματισμένος από το γερμανικό δίκαιο περιέλαβε στις παραγράφους 4 και 5 του άρθρου 2 δύο συσχετιζόμενους ερμηνευτικούς κανόνες που αμβλύνουν την επί μη ίσοις όροις σύγκρουση συμφερόντων στις συμβάσεις προσχωρήσεως.

### **β)Στάδια της ερμηνείας**

Ο μηχανισμός αυτός λειτουργεί μέσω του ελέγχου διασφάλισης της συμβατικής δικαιοσύνης ο οποίος χωρίζεται σε τρία αυτόνομα και οριοθετημένα στάδια. Η αυστηρή διάκρισή τους εξυπηρετεί την ορθή εφαρμογή των κριτηρίων, επί τη βάση των οποίων συντελείται σε κάθε ένα από τα επιμέρους αυτά στάδια ο δικαστικός έλεγχος.<sup>205</sup> Κατά πρώτο στάδιο πρέπει να επαληθευτεί ότι οι ΓΟΣ είναι λειτουργικά ενταγμένοι στο περιεχόμενο της σύμβασης και την καθορίζουν αποφασιστικά. Στην υπό εξέταση σύμβαση κατά τη συστηματική δομή του Κωδ.Ιατρ.Δ και το άρθρο 2 παρ.4 του ν.3984/2011 ο δότης δεν αποκλείεται να πρέπει να υπογράψει σε μια κοινή φόρμα εντύπου όπου παρατίθενται οι κίνδυνοι και η ευθύνη του, εμπεριέχει όρους που έχουν τεθεί εκ των προτέρων και όχι εξατομικευμένα, είναι ταιριαστό και απευθύνεται σε αόριστο αριθμό δοτών-συναλλασομένων. Επομένως φαίνεται να πληρείται η προϋπόθεση της ένταξης των ΓΟΣ στην εν λόγω σύμβαση για να γίνει μετάβαση στο επόμενο κλιμακούμενο επίπεδο. Κατά δεύτερο στάδιο συντελείται η ερμηνεία κατά το άρθρο 173 και 200<sup>206</sup> προσαρμοσμένη στις παρούσες ιδιότυπες ανάγκες όπως θα εξεταστεί παρακάτω. Τέλος, κατά τρίτο στάδιο γίνεται ο έλεγχος της εναρμόνισης των ΓΟΣ με την αρχή της εξισωτικής συμβατικής δικαιοσύνης ώστε να αμβλύνεται κατά το δυνατόν η προεξετασθείσα άνιση θέση των μερών. Στο τρίτο στάδιο εμφιλοχωρεί και η σκοπιμότητα των προηγούμενων σταδίων, ώστε όλα μαζί σε αλληλεπίδραση και αλληλεξάρτηση να οδηγούν στην αποτελεσματικότερη προστασία του ασθενέστερου μέρους, δηλαδή του δότη ή εν γένει του αποδέκτη ιατρικών υπηρεσιών.

---

<sup>205</sup> Παπανικολάου Π., ο.π. αρ.563

<sup>206</sup> Γεωργιάδης Α. Σ., Αστικός Κώδικας, Γενικές Αρχές, Πρακτικά Θέματα με Λύσεις, 2013, σελ248, πρακτικό 144. Όταν η εφαρμογή των άρθρων 173 και 200 δεν οδηγεί σε ασφαλή συμπεράσματα ώστε να διαφυλαχθεί η αυθεντικότητα της σύμβασης, τότε κατεφεύγει κανείς στους γενικούς ερμηνευτικούς κανόνες των ΓΟΣ.

### γ) Οι γενικά αναγνωρισμένοι ερμηνευτικοί κανόνες των ΓΟΣ

Μια γενική αρχή που αφορά τους ΓΟΣ και συμπορεύεται με την ειδική νομοθετική ρύθμιση του ν.2251/1994 είναι η αντικειμενική ερμηνεία των ΓΟΣ, θεμελιωμένη σε ένα υπερατομικό, κανονιστικό, γενικό και συγκεντρωτικό πρότυπο αποδέκτη. Έχει προαναφερθεί πως η στοιχειοθέτηση των ΓΟΣ και της συμβατικής ανισοτιμίας είναι ανεξάρτητη από υποκειμενικά διαγνωστικά κριτήρια, ωστόσο βλέπουμε ότι η γενική γραμμή τυπικότητας δεν περιορίζεται μόνο στην παραδοχή αλλά επεκτείνεται και στην ερμηνεία τους. Το σημείο αναφοράς της αρχής είναι η ικανότητα αντίληψης του μέσου αποδέκτη υπηρεσιών με μια ομοιόμορφη ομαδοποιημένη προσέγγιση και όχι η ικανότητα που εξειδικεύεται στον ορίζοντα κατανόησης ενός συγκεκριμένου ανθρώπου.

Πρόκειται για μια καθαρά αντικειμενική ερμηνεία που λαμβάνει υπόψη τα στοιχεία των ΓΟΣ που γίνονται αντιληπτά από τον μέσο καταναλωτή για να φτάσει στο ακραιφνώς κανονιστικό και νομικά επιδιωκόμενο νόημά τους. Τίποτα περισσότερο και τίποτα λιγότερο από το μέσο καταναλωτή δεν μας αφορά, λ.χ. αν ο δότης καταναλωτής είναι αλλοδαπός που δεν γνωρίζει τη γλώσσα στην οποία είναι συντεταγμένοι οι ΓΟΣ για την ερμηνεία θα αξιολογηθούν στοιχεία τα οποία είναι κατανοήσιμα από έναν μέσο ημεδαπό καταναλωτή. Οι προσωπικές συνθήκες και κάθε τι τυχαίο στην κρινόμενη ατομική περίπτωση είναι αδιάφορα στην εξαγωγή του νομικού ερμηνευτικού πορίσματος. Εντούτοις, τα συγκεκριμένα συμφέροντα, οι παραστάσεις και ο ορίζοντας κατανόησης του εκάστοτε καταναλωτή μπορεί να βρουν πρόσφορο έδαφος και κανονιστική εφαρμογή μέσω της καλής πίστης του άρθρου 200 ΑΚ αφού το κλασικό δίπολο ερμηνείας των διατάξεων 173 και 200 στις συμβάσεις προσχωρήσεως δεν μένει ανεφάρμοστο<sup>207</sup>. Νομολογιακά παγιωμένη και ενσωματωμένη πλέον στο τελεολογικό νόημα της ειδικής νομοθετικής ρυθμίσεως είναι η αρχή της συσταλτικής ερμηνείας (*interpretatio restrictiva*). Η συσταλτική ερμηνεία των ΓΟΣ θέτει στενά όρια στο γλωσσικά δυνατό νόημα της ερμηνευμένης εκφράσεως. Μεταξύ των πλειόνων εναλλακτικών σημασιών επιλέγεται εκείνη που βρίσκεται πιο κοντά στον πυρήνα της έννοιας με αποτέλεσμα να συρρικνώνεται το πεδίο εφαρμογής των ΓΟΣ. Αφού η κεντρική λειτουργία των ΓΟΣ είναι η μετακύληση συμβατικών κινδύνων στον καταναλωτή κυρίως με τη μορφή απαλλακτικών ρητρών, η συσταλτική-στενή ερμηνεία των ΓΟΣ θα περιορίζει αυτό τον επωμισμό ευθυνών διότι θα λαμβάνει υπόψη μόνο τον πυρήνα και θα απορρίπτει την περιφέρεια κρίσιμων και επίμαχων εννοιών για τη σύμβαση. Η αρχή έχει το νόημα του ότι όποιος θέλει να μεταφέρει κίνδυνο ή ευθύνη στον αντισυμβαλλόμενο του με αόριστες έννοιες είναι σαν να τις χρησιμοποιεί ύπουλα, οπότε επιβαρύνεται την αμφισημία ή την πολυσημία τους. λ.χ. το νοσοκομείο χρησιμοποιεί στους ΓΟΣ μια πολυσήμαντη γλωσσική

---

<sup>207</sup> Παπαδημητρώπουλος Α., ο.π., αρ. 663 επ., όπου τονίζεται ότι οι προδιατυπωμένοι κανόνες ΓΟΣ δεν εμποδίζουν τη συμπληρωτική ερμηνεία. Αντίστοιχα και Παπανικολάου Π., ο.π. αρ.563 για την απλή εξηγητική.

έκφραση σε απαλλακτική ρήτρα, όπως το “έκτακτο περιστατικό” ή οι “επιπλοκές”, τα “σημαντικά προβλήματα”, η “πιθανολόγηση κινδύνου” οι “πρόσθετες εξασφαλίσεις”.<sup>208</sup>

Άλλη μια νομολογιακά παγιωμένη αρχή συνιστά η αρχή της ερμηνείας *contra proferentem*, δηλαδή ότι η ερμηνεία των ΓΟΣ σε περίπτωση αμφιβολίας πρέπει να διενεργείται πάντοτε σε βάρος των συμφερόντων του ισχυρού που προσφέρει τις υπηρεσίες και προς όφελος του αποδέκτη<sup>209</sup>. Η αρχή αυτή έχει πλέον μετουσιωθεί σε τυποποιημένη μορφή στο άρθρο 2 παρ.4 ν.2251. Θα πρέπει το ερμηνευτέο στοιχείο να προδιαθέτει προς την πρόκληση διαταράξεως στην αυτονομία και στην ελεύθερη βούληση του άλλου μέρους αλλά από μόνη της η μονομερής εκ μέρους του ενός συμβαλλομένου προδιατύπωση των όρων ενός συμβατικού κειμένου δεν αρκεί για να δικαιολογήσει το εις βάρος του τεκμήριο αν δεν υπάρχουν ΓΟΣ. Επιβάλλεται πέρα από τη μονομερή διατύπωση το στοιχείο του ψυχαναγκαστικού ενστερνισμού των προδιατυπωμένων όρων από τον ασθενέστερο συμβαλλόμενο επειδή η μόνη άλλη εναλλακτική που έχει είναι να αρνηθεί τη δικαιοπραξία. Από τη στιγμή που δεν έχει περιθώριο επιλογής και δυνατότητα διαπραγμάτευσης περιορίζεται η αυτονομία του και ασκείται καταχρηστικά η αυτονομία του ισχυρού μέρους.<sup>210</sup>

Περαιτέρω, ένας σημαντικός ερμηνευτικός κανόνας είναι η αρχή της επικουρικότητας της ισχύος των ΓΟΣ όταν δεν αποκλείονται από όρους που τέθηκαν σε καθεστώς ατομικής συμφωνίας και ατομικής διαπραγμάτευσης<sup>211</sup>. Με άλλα λόγια η ατομική συμφωνία έχει πάντοτε προτεραιότητα ως μεγαλύτερη εγγύηση και ασφαλιστική δικλείδα της ιδιωτικής αυτονομίας<sup>212</sup>. Τουλάχιστον σε τυπικό επίπεδο δημιουργεί την ισχυρή πιθανολόγηση δίκαιης εξίσωσης, εναρμόνισης και συγκερασμού των συμφερόντων, προσφέρει "εχέγγυο ορθότητας του περιεχομένου της σύμβασης". Για παράδειγμα αν ο ασθενής συμφωνήσει με τον ιατρό την επεμβατική διαδικασία και τη νοσηλευτική πολιτική η συμφωνία τους υπερκαλύπτει και εκτοπίζει τις αντίστοιχες ρυθμίσεις των ΓΟΣ. Η εφαρμογή του εν λόγω κανόνα επικουρικότητας των ΓΟΣ απαιτεί έγκυρη συμφωνία με προσδιορισμένο περιεχόμενο, χωρίς να ενδιαφέρει αν αυτή καταρτίστηκε εγγράφως ή προφορικά, ρητά ή σιωπηλά, πριν, κατά ή μετά τη σύναψη της κύριας σύμβασης που εμπεριέχει τους ΓΟΣ και αποτελεί σημείο αναφοράς<sup>213</sup>. Ωστόσο για να εφαρμοστεί ο

---

<sup>208</sup> Γεωργιάδης Α. Σ., Αστικός Κώδικας, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, Πρακτικά Θέματα με Λύσεις, 2005, σελ. 250, πρακτικό 144.

<sup>209</sup> Γεωργιάδης Α.Σ., ο.π., σελ. 250, πρακτικό 144. Σε κάθε περίπτωση ισχύει ο γενικός κανόνας ότι ασάφειες ή αμφιβολίες ερμηνεύονται σε βάρος του προσώπου που διατύπωσε τη δήλωση εφόσον αυτό μπορούσε να εκφραστεί με μεγαλύτερη σαφήνεια.

<sup>210</sup> Μεντής Γ., ο.π., σελ.55-56

<sup>211</sup> Παπαδημιτρόπουλος Α., ο.π., Η ερμηνεία λαμβάνει χώρα όταν υφίσταται συμφωνία υπό συνθήκες διαπραγματευτικής ισοτιμίας για να διασφαλιστεί η ιδιωτική αυτονομία.

<sup>212</sup> Μεντής Γ., ο.π., σελ.53 όπου γίνεται δεκτό ότι οι ειδικοί όροι υπερτερούν των ΓΟΣ.

<sup>213</sup> Παπανικολάου Π., ο.π., αρ.578

κανόνας της επικρατήσεως της ατομικής συμφωνίας του 2.4 θα πρέπει να έχουν ερμηνευτεί και οι ΓΟΣ και η ατομική συμφωνία, ώστε νοηματικά να προκύψει αντίφαση που πρέπει να αρθεί. στο ν. 2251/1994 το προβάδισμα της ατομικής συμφωνίας δεν απαιτεί αναπόδραστα να είναι αυτή πιο ευνοϊκή ως προς τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις του καταναλωτή. Αν είναι δυσμενέστερη, τότε η προάσπιση των συμφερόντων του δικαιοπρακτικώς αδύναμου καθίσταται ατελέσφορη, όμως αυτό κρίνεται δικαιολογημένο από την ελεύθερη επιλογή του στην ατομική συμφωνία. Τέτοια επιφύλαξη υπήρχε στο άρθρο 24 παρ.3 του προϊσχύοντος νόμου 1961/1991 χωρίς να μεταφερθεί εκ νέου, γεγονός που γεννά το ερώτημα αν ήταν ή όχι συνειδητή επιλογή του νομοθέτη. Από τη μία μπορεί να παρέλειψε την επιφύλαξη ως αυτονόητη, συναγόμενη από τον τίτλο, την όλη την τελεολογία του ν.2251 και από τη συστηματική δομή των διατάξεών του. Από την άλλη, μπορεί να άφησε ανεπιφύλακτη την υπεροχή της ατομικής συμφωνίας, ανεξάρτητα από τα συμφέροντα που υπηρετεί. Η τελευταία εκδοχή εναρμονίζεται προδήλως με την αρχή της ιδιωτικής αυτονομίας και εφόσον αυτή υπάρχει, τεκμαίρεται και ύπαρξη συμβατικής δικαιοσύνης, άρα περιττεύει ο λόγος προστασίας.

Σε κάθε περίπτωση φαίνεται παράδοξο να επιδιώξει το δυνατό μέρος, δηλαδή ο ιατρικός φορέας τη διενέργεια διαπραγμάτευσης και στην μη ενδεικνυόμενη για τα συμφέροντά του σύναψη ειδικής συμφωνίας. Σε περίπτωση που η ατομική συμφωνία είναι πράγματι πιστή αντανakλώμενη εικόνα της ελεύθερης δικαιοπρακτικής αποφάσεως και του καταναλωτή φαίνεται ορθό να προκρίνεται ανεξάρτητα από το αν προασπίζει ή όχι τα συμφέροντά του. Η αντίθετη παραδοχή οδηγεί σε υπερβολική πατερναλιστική λογική και σε ξεχειλωμένους προστατευτικούς μηχανισμούς που υποσκάπτει την ιδιωτική αυτονομία ως υπέρτατο δομικό στοιχείο του αστικού δικαίου και συνταγματική αξία. Άλλωστε, ο κύριος ρυθμιστικός σκοπός της ερμηνείας των συμβάσεων αλλά και της συναίνεσης του δότη ενώπιον ιατρικών φορέων, υπό τους περιορισμούς του νόμου, δεν είναι τόσο η εξισωτική δικαιοσύνη αλλά πολύ περισσότερο η δικαιοσύνη από την ελευθερία της βουλήσεως, η πραγμάτωση της ιδιωτικής αυτονομίας. Σε αντίθεση με την ερμηνεία ενός κανόνα δικαίου, ο σκοπός στις δικαιοπραξίες έχει σε πρώτο επίπεδο την πλήρωση των συμφωνηθέντων και σε επίπεδο διορθωτικό την εξισορρόπηση των συμφερόντων όλως των εμπλεκόμενων προσώπων.<sup>214</sup>

## **ΜΕΡΟΣ V.**

### **Προβληματισμοί και de lege ferenda ρυθμίσεις σχετικά με το ιδιωτικό δίκαιο των μεταμοσχεύσεων**

#### **1. Η νεωτεριστική ρύθμιση της έννοιας του συναισθηματικού δότη στο άρθρο 8 του**

---

<sup>214</sup>Παπανικολάου Π., ο.π., αρ. 510 επ. όπου προβαίνει σε μια συγκρητική θεώρηση του ρυθμιστικού σκοπού της ερμηνείας ενός κανόνα δικαίου και του ρυθμιστικού σκοπού της ερμηνείας των δικαιοπραξιών.

Η έννοια του συναισθηματικού δότη δίνει εναλλακτικό και αυθεντικό νόημα στην αληθινή αξία της οικογένειας και σχέσεων πέρα από αυτή γιατί καλύπτει πρόσωπα που συνδέονται με μνηστεία, ζευγάρια που ζουν σε ελεύθερη ένωση, ακόμα και στενούς φίλους. Ο συναισθηματικός δότης συμβάλει στην παραδοχή ότι η συναισθηματική επιθυμία προσφοράς οργάνου εκφεύγει από τη σύνδεση με νομικά θεσμοθετημένες σχέσεις. Η συναισθηματική ανάγκη προσφοράς ζωής από το δότη δεν θεμελιώνεται μόνο σε αυτές ούτε αποδεικνύεται μόνο από αυτές.<sup>215</sup>

Η υπεισέλευση του συναισθηματικού δότη είναι εύστοχη επειδή κάνει σεβαστό το στοιχείο της συναίνεσης στην ουσιαστική του διάσταση ενώ οι προϋφιστάμενες σχέσεις που απαιτούσε ο νομοθέτης ανάμεσα στον δότη και τον λήπτη αναδείκνυαν υπέρμετρο συντηρητισμό και μια πατερναλιστική αντίληψη που είχε δεχθεί επίκριση από τη νομική θεωρία.<sup>216</sup> Υπέρ της επιλογής αυτής συνηγορεί το γεγονός ότι υπάρχουν περιπτώσεις, στις οποίες πληρείται η θεμελιώδης ratio legis που ακολουθείται και για το άνοιγμα της δυνατότητας αφαίρεσης οργάνων από ζώντα δότη σε περιπτώσεις ύπαρξης στενών διαπροσωπικών σχέσεων, δηλαδή η μη δημιουργία αδικαιολόγητης πίεσης σε κάποιον για την προσφορά οργάνων και ο μη ανταλλακτικός χαρακτήρας αυτής της προσφοράς. Η ύπαρξη περιπτώσεων που εμφανίζουν τέτοια χαρακτηριστικά, όπως λ.χ. όταν ένα πρόσωπο κινείται από ιδεολογικά κίνητρα να προβεί σε μια παρόμοια προσφορά, επειδή έχασε δικό του πρόσωπο για το οποίο δεν βρέθηκε μόσχευμα κ.ο.κ. δικαιολογεί να διευρυνθούν οι δυνατότητες προσφοράς οργάνων από ζώντες δότες και σε αυτές. Στο πλαίσιο της ελληνικής νομοθεσίας, το 2005 είχε κατατεθεί στη Βουλή πρόταση νόμου για την τροποποίηση και τη συμπλήρωση του ν.2737/1999, ως απόρροια του πορίσματος ότι οι μεταμοσχεύσεις υστερούν και με σκοπό την ποσοτική τους ενίσχυση<sup>217</sup>. Προέβλεπε τη διεύρυνση του κύκλου των ζώντων δοτών μέχρι και τον τέταρτο βαθμό συγγένειας και την υπαγωγή στον κύκλο αυτό και προσώπων που συνδέονται συναισθηματικά με τον ασθενή μετά από έγκριση της Επιτροπής Δεοντολογίας του ΕΟΜ. Η Εθνική Επιτροπή Βιοηθικής<sup>218</sup> έκρινε τη διεύρυνση αυτή επικίνδυνη και πρόσφορη για την εμπορευματοποίηση του ανθρώπου. Πράγματι, η εμπορευματοποίηση αυτή υφίσταται. Από τα παγκόσμια στατιστικά δεδομένα των χωρών προκύπτει ότι το ποσοστό των μεταμοσχεύσεων από ζωντανό δότη τελεί σε αντίστροφη αναλογία με την οικονομική του κατάσταση. Όσο χαμηλό είναι το εισόδημα και το βιοτικό

<sup>215</sup> *Βάρκα Αδάμη Α.*, Οι καινοτομίες του ν3984/2011 για τη δωρεά και μεταμόσχευση οργάνων, ΕλλΔνη, 2011, 964

<sup>216</sup> *Καϊάφα-Γκμπάντι Μ.*, Καϊάφα-Γκμπάντι Μ., Μεταμοσχεύσεις: Παρόν και μέλλον του νομικού πλαισίου, Δημοσιεύματα Ιατρικού Δικαίου και Βιοηθικής, Μεταμοσχεύσεις, 2008, σελ.61 και 67

<sup>217</sup> *Ψαρούλη Α. και Πολυχρόνη Β.*, Ιατρικό Δίκαιο και Στοιχεία Βιοηθικής, 2010, σελ. 440

<sup>218</sup> Εθνική Επιτροπή Βιοηθικής για τη νομοθετική αντιμετώπιση των μεταμοσχεύσεων. Ανάρτηση στη ιστοσελίδα [www.bioethics.gr](http://www.bioethics.gr).

επίπεδο τόσο περισσότερες οι μεταμοσχεύσεις. Δεν είναι τυχαίο το γεγονός ότι στη Γαλλία οι *in vivo* μεταμοσχεύσεις ανέρχονται στο 5-10% των συνολικών μεταμοσχεύσεων ενώ στην αναπτυσσόμενη Βραζιλία στο 90%<sup>219</sup>.

Ωστόσο ο κίνδυνος αγοραπωλησίας οργάνων δεν είναι ικανό επιχείρημα για να αντισταθμίσει ή να εξουδετερώσει το πλεονέκτημα της ωφελιμότητας περί αύξησης των μεταμοσχεύσεων. Ο περιορισμός της εκμετάλλευσης είναι ζήτημα διαπίστωσης και ελέγχου, ορθής πολιτικής κυρώσεων και διαφάνειας σε ένα σύστημα κράτους δικαίου<sup>220</sup>. Για τον λόγο αυτό, κατά τη γνώμη της παρούσας, θεωρείται επιβεβλημένη η διεύρυνση.

## **2. De lege ferenda τοποθέτηση του μελλοθάνατου ως προς τη δωρεά των οργάνων του**

Κατά το άρθρο 29 παρ. 2 του Κωδ.Ιατρ.Δ. “Ο ιατρός λαμβάνει υπόψη τις επιθυμίες που είχε εκφράσει ο ασθενής ακόμη κι αν στο χρόνο της επέμβασης ο τελευταίος δεν είναι σε θέση να επαναλάβει”. Οι “προγενέστερες οδηγίες για το τέλος της ζωής”<sup>221</sup> αποτελούν εργαλείο προγραμματισμού ώστε ένας ικανός προς συναίνεση ενήλικας να μπορεί *a priori* να ορίσει τις πιθανές ιατρικές πράξεις που αποδέχεται ή απορρίπτει για την περίπτωση που δεν θα είναι πλέον *de facto* ικανός την κρίσιμη στιγμή να αντιληφθεί τις συνθήκες και να εκφράσει τη βούλησή του. Ωστόσο δεν υπερβαίνει το νομοθετικό πλαίσιο ρύθμισης του φαινομένου του θανάτου και την έκταση αυτοπροσδιορισμού του ατόμου στο πλαίσιο αυτό.

De lege ferenda θα μπορούσε να υποστηριχθεί πως όταν ο ασθενής συναινεί στη διακοπή της θεραπείας του και έτσι στην επίσπευση ενός βέβαιου θανάτου κατά το άρθρο 29 παρ. 2 του Κωδ.Ιατρ.Δ, θα μπορούσε ταυτόχρονα να τοποθετείται επί της μεταμοσχεύσεως των οργάνων του εάν το επιθυμεί. Ο παρών ισχύων νόμος δεν δίδει ρητά δυνατότητα τέτοιας ρητής τοποθέτησης. Και οι δύο δηλώσεις βουλήσεως κινούνται με πυρήνα τη διαφύλαξη της ελευθερίας βουλήσεως του ασθενούς και η βαρύτητά τους είναι συγκλίνουσα και πολλές φορές αλληλοσυσχετιζόμενη. Επομένως, δεν διαφαίνεται εμπόδιο στο να συνοδεύουν η μία την άλλη και να έχουν ανάλογη νομική αντιμετώπιση.

---

<sup>219</sup>Κωστάκης Α., Μεταμοσχεύσεις Ιστών και Οργάνων, Δώρο Ζωής, σε Επιστημονικές δημοσιεύσεις παρισιάνου ΑΕ, 2004, σελ. 40 και Τσουτσούλη Αντωνία, Διπλωματική Εργασία, Πμς Κοινωνιολογίας Δικαίου, Νομική Σχολή Θεσσαλονίκης, 2010, σελ. 84, όπου γίνεται εκτενής αναφορά στην πώληση οργάνων.

<sup>220</sup>Στα άρθρα 35 επ. ν.3984/2011 προβλέπονται αυστηρότατες κυρώσεις ως προς τη διενέργεια ή τη διευκόλυνση εμπορίας οργάνων. Βλ.Σακελλαροπούλου Β., Λάλα Α., Σακελλαρόπουλος Θ., Ο νέος νόμος για τη δωρεά και μεταμόσχευση οργάνων (ν.3984/2011) συγκριτικά και με τον προηγούμενο (ν.2737/1999), Αρμ., 2012, σελ.866 επ. Βλ και Μαργακάκη Ε., Δωρεά και μεταμόσχευση οργάνων (ν.3984/2011), Αναγκαιότητα - Νέες Ρυθμίσεις, ΣΥΝ, 2011, Τεύχος 86, σελ. 42

<sup>221</sup>Παπαδοπούλου Α., Προγενέστερες Οδηγίες για το Τέλος της Ζωής, Βιοηθική και Συνταγματική Θεώρηση, σε Διεπιστημονικό Συνέδριο, Ιατρική Ευθύνη και Βιοηθική-Σύγχρονες Προσεγγίσεις και Προοπτικές του Μέλλοντος, Ιόνιο Πανεπιστήμιο, Αθήνα 1-2/03/2013, 2014, σελ 248 επ.αλλά και δημοσιευμένο στο διαδίκτυο.

Συγκεκριμένα, η αυτόνομη εκδήλωση της ελευθερίας της βουλήσεως του ασθενούς στο να οριοθετεί τη διενέργεια της όποιας ιατρικής πράξης και στις δύο περιπτώσεις πρέπει να μην υποκαθίσταται όσο το δυνατόν από τη βούληση τρίτων, ιδίως των οικείων που είναι θολωμένοι από το ψυχικό και συναισθηματικό βάρος της απόφασης. Επομένως υπάρχει συνάφεια στην επιδίωξη μιας αυθεντικής συναίνεσης, ένας κοινός δικαιιοπολιτικός σκοπός. Ας εξετάσουμε λοιπόν τη συναίνεση επί της νόμιμης "παθητικής" ευθανασίας, ώστε να ανιχνεύσουμε την αναλογία με το εξεταζόμενο ζήτημα. Στις οριακές περιπτώσεις που ο ασθενής καθίσταται *de facto* ανίκανος να συναινέσει για το λεπτό ζήτημα του τέλους της ζωής του προτείνονται νομικές κατασκευές<sup>222</sup> που επιτρέπουν τη νόμιμη υποκατάσταση της ρητής δήλωσης βουλήσεως με σαφείς και επανειλημμένες ενδείξεις, έστω και μη λεκτικές ή την εικαζόμενη-τεκμαιρόμενη βούληση ή με την προγενέστερη αποτύπωση ορισμένης δήλωσης. Οι τελευταίες είναι κατά τη λογική εν δυνάμει νομικές κατασκευές που εξομοιώνονται και υποκαθιστούν την ρητή τοποθέτηση, ώστε να έχουν προτεραιότητα και να εκτοπίζουν το να τοποθετούνται οι οικείοι ή η ιατρική ομάδα. Η σοβαρότητα της απόφασης επιτάσσει την ίδια αντιμετώπιση και στην αφαίρεση των οργάνων. Τέλος, και στις δύο περιπτώσεις σημείο αναφοράς είναι η διάχυση ερωτημάτων και ενός ποικιλόμορφου και πολυδιάστατου προβληματισμού για το αποτρεπτό ενδεχόμενο να γίνεται ο ασθενής αντικείμενο δικαίου.

Άλλη μια ομοιότητα των δύο ζητημάτων (δήλωση βουλήσεως στη μεταμόσχευση - δήλωση βουλήσεως στην μη καθυστέρηση του θανάτου) έγκειται στο εξής: Κατά των προγενέστερων οδηγιών για το τέλος της ζωής εγείρεται συχνά το επιχείρημα<sup>223</sup> ότι παραγνωρίζουν την προσωπικότητα και τις επιθυμίες των συγγενών, οι οποίοι είναι επιφορτισμένοι να διαχειριστούν την κατάσταση ακόμη και ενάντια στη θέλησή τους και να εκτελέσουν δύσκολες και συναισθηματικά επιβαρυντικές αποφάσεις, όταν ο τελευταίος βρίσκεται σε κωματώδη κατάσταση. Ο προβληματισμός αναφύεται στο αν από το άρθρο 21 παρ.Σ, που εμπεριέχει ένα ατομικό και κοινωνικό δικαίωμα καθώς και μια θεσμική εγγύηση, μπορεί να σταθεί ένα τέτοιο αντεπιχείρημα. Κατά το άρθρο 21 παρ.1 Σ "Η οικογένεια, ως θεμέλιο της συντήρησης και προαγωγής του Έθνους, καθώς και ο γάμος, η μητρότητα και η παιδική ηλικία τελούν υπό την προστασία του Κράτους". Δεν μπορεί όμως η προστασία της οικογένειας να φτάνει σε τέτοιο σημείο ώστε η βούληση των συγγενών να χαίρει προτεραιότητας έναντι της ρητής, έστω εκ των προτέρων διατυπωμένης, ή ακόμη και της βασίμως τεκμαιρόμενης βούλησης του ιδίου του ασθενή, την οποία βεβαίως είναι και πάλι οι συγγενείς που την διερμηνεύουν. Λόγω του κοινού δικαιιοπολιτικού σκοπού, τη διαφύλαξη της αυτονομίας βουλήσεως, η εμπλοκή των συγγενών πρέπει να οριοθετείται έναντι της αυτεξουσιότητας του ατόμου αντίστοιχα και στην μετά θάνατον μεταμόσχευση, όπως κατά κόρον υποστηρίζεται και προτείνεται στην παρούσα εργασία. Η σοβαρότητα της απόφασης είναι τέτοια, που επιβάλλει κάθε δυνατότητα αυθεντικής

<sup>222</sup> Παπαδοπούλου Α., *οπ.*, σελ 233 επ.

<sup>223</sup> Παπαδοπούλου Α., *ο.π.*, 258

αδιαμεσολάβητης έκφρασης με οποιονδήποτε τρόπο του ίδιου του ενδιαφερομένου, ώστε αυτή να τελεί κύριο ρόλο και η μεσολάβηση των συγγενών επικουρικό ρόλο. Γι' αυτό το λόγο η δήλωση για το τέλος της ζωής του άρθρου 29 του Κωδ.Ιατρ.Δ θα πρέπει να μπορεί να συνοδεύεται και από τη συναίνεση για δωρεά οργάνου μετά θάνατον, γιατί προέρχεται από τον ίδιο τον δυνητικό δότη. Ο τρόπος αντιμετώπισης της ανωτέρω διάταξης συνιστά άλλο ένα επιχείρημα *de lege ferenda* αντιμετώπισης του ρόλου του δυνητικού δότη και της οικογένειάς του στην *post mortem* μεταμόσχευση.

Ο προβληματισμός μπορεί να επεκταθεί και στη δωρεά οργάνων εν ζωή σε περιπτώσεις που παραπέμπουν σε ηθικά διλήμματα. Όταν κάποιος βρίσκεται σε μια αναπότρεπτη πορεία προς το θάνατο και επιθυμεί να δωρίσει όργανα υπό το καθεστώς της εν ζωή μεταμόσχευσης, ποιο το νόημα των τόσων ασφαλιστικών δικλείδων που θέτει ο νόμος (έλλειψη σοβαρού κινδύνου στην εγχείρηση, ρήτρα επικουρικότητας); Θα μπορούσε ίσως με τη βούλησή του να επισπευτεί ο θάνατός του και να είναι ωφέλιμος για ένα προσφιλές πρόσωπο (σε μια υποθετική ακραία αλλά δυνατή περίπτωση όπως δύο αδέρφια που έχουν μαζί ένα τροχαίο δυστύχημα – ο ένας μελλοθάνατος ο άλλος χρειάζεται επείγοντως αντικατάσταση οργάνου του που του διαλύθηκε και μπορεί να πάρει από τον μελλοθάνατο αδερφό του).

Μια τέτοια προσέγγιση όμως θα οδηγούσε στην αβίαστη κατοχύρωση δηλαδή ενός αυθεντικού δικαιώματος στο θάνατο. Σύμφωνα με τη νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΔΔΑ)<sup>224</sup> το κατοχυρωμένο στην αντίστοιχη Σύμβαση (ΕΣΔΑ) δικαίωμα στη ζωή δεν εμπεριέχει, ως αρνητική του όψη και το δικαίωμα στο θάνατο. Κανένας γιατρός δεν μπορεί να αφαιρέσει όργανο επιφέροντας το θάνατο του ασθενούς ακόμη κι αν αυτός το επιθυμεί. Τέτοια δικαιοπραξία θανάτου με θετική ενέργεια δεν μπορεί να συσταθεί παρόλο που στην κοινή μας αντίληψη έχει μια “φύσει δικαιοσύνη” για αυτόν που έχει ελπίδα να ζήσει γιατί οδηγεί στην αντισυνταγματική σχετικοποίηση της ανθρώπινης ζωής. Επίσης, σύμφωνα με την χαρακτηριστική διατύπωση του Ιωάννη Μανωλεδάκη<sup>225</sup>, το δίκαιο δεν μπορεί ούτε πρέπει να τα ρυθμίζει όλα, ούτε δικαιούται να θέλει να καλύψει εξ ολοκλήρου όλες τις βιοτικές σχέσεις και να εκνομικεύσει όλες τις βιοτικές ανάγκες και περιστάσεις, αντίθετα οφείλει να αφήνει κάποια πεδία της ανθρώπινης ζωής αρρύθμιστα, ιδίως όσα διαφεύγουν της κανονικότητας και κινούνται στα όρια της ύπαρξης. Κατά λογική ακολουθία, ο θάνατος είναι ένα φυσικό γεγονός και φιλοσοφικό ζήτημα γιατί πέρα από ένα σημείο δεν μπορεί να εξεταστεί με τη μεθοδολογία των υπαρχόντων επιστημών. Ακριβώς για να αποφευχθεί η επικινδυνότητα τέτοιων επισφαλών ρυθμίσεων, πρέπει να παραμένει σε ένα ελεύθερο από το δίκαιο, τις δικαιοπραξίες, και τις συμφωνίες θανάτου χώρο.

---

<sup>224</sup> Παπαδοπούλου Α., *οπ*, σελ 248 επ.

<sup>225</sup> Μανωλεδάκης Ι., *Υπάρχει δικαίωμα στο θάνατο;*, ΠοινΧρ, 2004, 577 επ.

### 3.Ο τροποποιημένος ν.3984/2011 σε συσχετισμό με τον ν. 2737/1999. Μια προτεινόμενη λύση.

#### α) Σύστημα της τεκμαιρόμενης “πεφωτισμένης” συναίνεσης

Ο ν.2737/1999 είχε επιλέξει ένα ενδιάμεσο, συμβιβαστικό σύστημα που ακροβατούσε μεταξύ των δύο συστημάτων: από τη μια του συστήματος της ρητής συναίνεσης και από την άλλη της κρατικής “απαλλοτρίωσης” του σώματος του νεκρού. Η τελευταία τελούσε επικουρικό, υποκαταστατικό ρόλο στην περίπτωση της απουσίας ρητής συναίνεσης ή αντίρρησης του θανόντος, δηλαδή της απουσίας ξεκάθαρης τοποθέτησης του τελευταίου. Η έλλειψη ρητής θέσης του θανόντος στο ζήτημα δεν ερμηνεύεται αυτόματα θετικά υπέρ της αφαίρεσης αλλά εξαρτάται και από τη μη αντίρρηση των συγγενών διατηρώντας ένα είδος διπλού opt out συστήματος με δύο στάδια “φιλτραρίσματος” μέχρι το επιτρεπτό της αφαίρεσης.<sup>226</sup> Το πρώτο στάδιο έγκειτο στην μη αντίρρηση του θανόντος και δεύτερον στην μη αντίρρηση των συγγενών. Μπορεί αυτό να λειτουργεί περιοριστικά για την εξεύρεση μοσχευμάτων σε σχέση με ένα σύστημα που διαχειρίζεται την έλλειψη ρητής θέσης ως επιτρεπτική για την αφαίρεση (αμιγές σύστημα τεκμαιρόμενης συναίνεσης χωρίς τον επικουρικό ρόλο της οικογένειας) όμως φαίνεται να την διευκολύνει πολύ περισσότερο από την στο παρόν ισχύουσα νομοθετική ρύθμιση. Αυτό γιατί ο ν.2737/1999 αρκούσαν στην μη αντίθεση των συγγενών για τη λήψη οργάνων από τον θανόντα, δηλαδή παράλειψη, ενώ η τροποποίηση του άρθρου 55 παρ. 4 του ν.4075/2012 νόμος απαιτεί πλέον ρητή προσυπογραφή δήλωσης βουλήσεως από τους συγγενείς, άρα θετική ενέργεια, κάτι που πιθανολογικά είναι πολύ πιο δυσχερές να συμβεί, λόγω της κατά κανόνα δυσπιστίας του μέσου ανθρώπου να μπει σε αυτή τη διαδικασία<sup>227</sup>. Κατά τα δεδομένα αυτά, ο ν.2737/1999 καταλείπει την εντύπωση μεγαλύτερης ευστοχίας και δικαιοπολιτικής ορθότητας, αλλά με την απουσία μιας σημαντικής παραμέτρου: της ενημέρωσης.

Για να αποφευχθεί η υπέρμετρη εμπλοκή των συγγενών σε μια επιλογή τόσο στενά συνυφασμένη με το πρόσωπο και να προστατευτεί το έννομο αγαθό της προσωπικότητας του ατόμου, θα πρέπει να εκθειαστεί, όπως και για την εν ζωή μεταμόσχευση, η σημασία της ενδελεχούς και διεξοδικής ενημέρωσης που θα οδηγήσει σε συνειδητή επιλογή. Θα πρέπει να προσεχθεί η ενημέρωση να είναι ειδική και ουσιαστική, να δίνει δηλαδή στον πολίτη την πραγματική και όχι την όποια προσχηματική ή εντελώς τυπική δυνατότητα επίλυσης αποριών καθώς και τον χρόνο για μια απόφαση ύστερα από ρεαλιστική στάθμιση των επιλογών. Ο

<sup>226</sup>Σακελλαροπούλου Β., Λάλα Δ., Σακελλαρόπουλος Θ., Ο νέος νόμος για τη δωρεά και μεταμόσχευση οργάνων (ν.3984/2011) συγκριτικά και με τον προηγούμενο (ν.2737/1999), Αρμ., 2012, σελ.866 επ.

<sup>227</sup>Σακελλαροπούλου Β., Λάλα Δ., Σακελλαρόπουλος Θ., Ο νέος νόμος για τη δωρεά και μεταμόσχευση οργάνων (ν.3984/2011) συγκριτικά και με τον προηγούμενο (ν.2737/1999), Αρμ., 2012, σελ.868

θανών κατά τη διάρκεια της ζωής του θα πρέπει να έχει ουσιαστική ευκαιρία να εκφραστεί στο ζήτημα ύστερα από ολοκληρωμένη παράθεση του περιεχομένου της δωρεάς και των συνθηκών που διέπουν τη διενέργειά της. Πράγματι, αν καλείται να εξωτερικεύσει κάποια θέση, ακόμα και την αδυναμία του να αποφασίσει, και παράλληλα του επισημαίνεται ότι η έλλειψη σχετικής δήλωσης θα έχει ένα μονοσήμαντο αποτέλεσμα, τότε και με την έλλειψη συναίνεσης μπορεί να εκφράζεται η συναίνεσή του με τρόπο πραγματικό και όχι πλασματικό και μην υποκαθίσταται από τρίτα πρόσωπα, παρά μόνο επικουρικά, όταν ο θανών δεν πρόλαβε να αποφασίσει. Με τον τρόπο αυτό μπορεί να συγκαλυφθεί με μεγαλύτερη νομική εγκυρότητα το κενό που εμφανίζει η απουσία εξεφρασμένης θέσης, διότι η ενημέρωση ότι η σιωπή θα έχει κανονιστικό περιεχόμενο και ερμηνευτικό νόημα θα δίδει στη σιωπή του αποδέκτη της αυθεντική σημασία, με άλλα λόγια θα υπάρχει μεγαλύτερη πιθανολόγηση η σιωπή του που κατά το νόμο ισοδυναμεί με θετική δήλωση να συμπίπτει με τη βούλησή του.

Η έλλειψη δήλωσης, η σιωπή ισοδυναμεί με δήλωση κατά πλάσμα δικαίου, μέσα από ένα κατασκευάσμα του νόμου. Ο μέσος έμφρων λογικός άνθρωπος κατά την καλή πίστη δεν μπορεί να αναμένει ότι η σιωπή του θα έχει κάποια ερμηνευτική σημασία ή κάποιο αποφασιστικό δικαιοπρακτικό περιεχόμενο. Δεν μπορούσε και δεν όφειλε να το γνωρίζει αφού (τουλάχιστον κατά τα δεδομένα της κοινωνικής πραγματικότητας) δεν ενημερώθηκε γι' αυτό, επομένως δεν μπορεί αυτή η σιωπή να του "καταλογιστεί" με την επέλευση εννόμων συνεπειών κατά τη συνέπεια στο πνεύμα της ερμηνείας των δικαιοπραξιών και της καλής πίστης του άρθρου 200 ΑΚ. Από τη στιγμή που δεν υπάρχει συστηματική και οργανωμένη ενημέρωση από την Πολιτεία η άγνοιά του είναι συγγνωστή, επομένως είναι δικαιοπολιτικά αυθαίρετο να αποδίδεται κάποιο περιεχόμενο στη σιωπή του.

Εάν ο εν ζωή δυνητικός δότης ενημερωθεί προσηκόντως αλλά παρόλα αυτά αδυνατεί να αποφασίσει, τότε η σιωπή του μπορεί έχει έννομες συνέπειες χωρίς να προσβάλλει την δικαιολογημένη εμπιστοσύνη και τη λογική του αιφνιδιασμού των πολιτών. Τούτο και γιατί ακόμη και στο ενδεχόμενο της ανυπαρξίας δήλωσης ο νομοθέτης είναι υποχρεωμένος να ορίσει μια λύση, όσο το δυνατόν πλησιέστερη στα κελεύσματα της κοινωνικής δικαιοσύνης. Εν γένει η ωφελιμότητα της αύξησης της δωρεάς οργάνων, ως παράμετρος του δημοσίου συμφέροντος, αποτελεί κίνητρο του νομοθέτη στην καθιέρωση της τεκμαιρόμενης συναίνεσης μετά θάνατον αν ληφθεί υπόψη και ότι οι δότες στις περιπτώσεις των πτωματικών μεταμοσχεύσεων συχνά έχουν το φόβο και τη δυσπιστία για ένα συμφέρον αφαίρεσης των οργάνων τους και πριν την επέλευση του θανάτου<sup>228</sup>. Πέρα από την πλεονεκτηματική αυτή δράση για την αύξηση των μεταμοσχεύσεων και το γενικό κοινωνικό όφελος, η μη αντίρρηση ύστερα από ενημέρωση καθιστά την παρέμβαση των συγγενών, περιορισμένη και μόνο με επικουρική εμβέλεια. Το

---

<sup>228</sup> *Καϊάφα-Γκμπάντι Μ.*, Μεταμοσχεύσεις: Παρόν και μέλλον του νομικού πλαισίου, Δημοσιεύματα Ιατρικού Δικαίου και Βιοηθικής, Μεταμοσχεύσεις, 2008, σελ.28

σύστημα προσπάθειας ανίχνευσης και προσδιορισμού της θέσης του θανόντος μέσω της ενημέρωσής του όσο ζούσε θα ήταν λογικά αντιφατικό να αναιρείται υπέρ μιας αποκλίνουσας σχετικής θέσης των συγγενών. Το δικαίωμα αυτοπροσδιορισμού των συγγενών για το πως θα αποχαιρετήσουν το προσφιλέ τους πρόσωπο είναι συμφέρον προφανώς όχι ισότιμο με τον αυτοπροσδιορισμό του ίδιου του νεκρού. Αυτό γιατί έχει έμμεση αντανάκλαση σε αντίθεση με την άμεση αντανάκλαση που το αντίστοιχο έχει στον θανόντα, αφού στο κάτω κάτω αφορά τον ίδιο.

Νόημα στη δήλωση βουλήσεως των συγγενών μπορεί να υπάρξει στην περίπτωση που ο θανών είχε κάνει δήλωση εν ζωή ότι δεν μπορεί να αποφασίσει σχετικά ή πέθανε χωρίς να έχουν παρέλθει οι προθεσμίες άρνησης σε ένα *de lege ferenda* επίπεδο ή δήλωσης της αδυναμίας του για λήψη απόφασης ή που για λόγους ανωτέρας βίας δεν πρόλαβε να κάνει χρήση τους πριν από το θάνατό του, όταν ο θανών είχε εκφράσει ρητά στους συγγενείς τη θέση του, χωρίς να προλάβει να κοινοποιήσει την απόφαση του στις αρμόδιες αρχές (EOM). Σε αυτές τις περιπτώσεις όπου δεν υπάρχει αποτυπωμένη κάποια αποχρώσα ένδειξη που να κατευθύνει προς τη θέση του θανόντος όσο ζούσε, δικαιολογημένα μπορεί να εισαχθεί επικουρικά στο προσκήνιο το δικό τους δικαίωμα αυτοπροσδιορισμού για να υποκαταστήσει το υπολείπον. Αυτή η υποκατάσταση είναι σαφώς προτιμότερη από μια αποστασιοποιημένη και ουδέτερη κρατική παρέμβαση πάνω στο ζήτημα.

Κατευθυνόμενη προς την παραπάνω συλλογιστική, η Καϊάφα-Γκμπάντι<sup>229</sup> επισημαίνει πως όσο η συναίνεση στη δωρεά οργάνου μετά θάνατον δεν ορίστηκε από το ίδιο το ενδιαφερόμενο άτομο, η προσπάθεια εξεύρεσης μιας θέσης του σε ένα τόσο λεπτό προσωπικό ζήτημα μέσα από την ερμηνευτική προσέγγιση των συγγενών είναι άστοχη, αφού δεν υπάρχει κανένα ασφαλές κριτήριο που να μπορεί να εγγυηθεί το σεβασμό του δικαιώματος της προσωπικότητας που επιδιώκεται να προστατευθεί μέσω της παρεμβολής του ρόλου των συγγενών.

Ο Κούρτης εν προκειμένω επισημαίνει πως οι συγγενείς εκφράζουν, ακόμη και καλόπιστα τις προσωπικές τους αντιλήψεις, με αποτέλεσμα, εξαιτίας της δυσχέρειας απόδειξης των πραγματικών περιστατικών, η λύση της “απλής μαρτυρίας των συγγενών” να ταυτίζεται με τη λύση της “συναίνεσης των συγγενών”.<sup>230</sup> Μολονότι όμως πρακτικά οι δυσκολίες απόδειξης της ανταπόκρισης τέτοιων περιπτώσεων στην αλήθεια είναι σχεδόν ακατόρθωτες, θεωρείται σκόπιμο να επιτρέψει κανείς να λειτουργήσουν οι αμφιβολίες που καταδεικνύονται, όταν δεν μπορεί να συναχθεί ασφαλές συμπέρασμα στην ουσία υπέρ του δικαιώματος προσωπικότητας και αυτοκαθορισμού του προσώπου που πέθανε με το να δοθεί επικουρικά λόγος στους συγγενείς του. Σαφέστερα, είναι σκόπιμο να αποδεχθεί κανείς μια λειτουργία της σχετικής δήλωσης των συγγενών κατά τρόπο θετικό ή αποτρεπτικό για την αφαίρεση οργάνων του

<sup>229</sup> Καϊάφα-Γκμπάντι Μ., ο.π., σελ.28

<sup>230</sup> Κούρτης Μ., ο.π., σελ 164

θανόντος, όταν ο τελευταίος προβάλλει μια τέτοια ρητά εκπεφρασμένη δήλωσή του σε αυτούς όσο ζούσε, την οποία δεν πρόλαβε να κοινοποιήσει στον αρμόδιο φορέα.<sup>231</sup>

Το σύστημα της μη αντίρρησης θεωρεί συμβατό με το δικαίωμα στην προσωπικότητα όταν συνοδεύεται από ενημέρωση και η Βάρκα Αδάμη η οποία εκτιμά ως ατελέσφορη της συναίνεση των συγγενών γιατί δεν βασίζεται ούτε στο άρθρο 57 β ΑΚ ούτε στο άρθρο 201 ΠΚ.<sup>232</sup> Συγκεκριμένα τασσόταν από το μακρινό παρελθόν, πριν ακόμη βρεθούν στο προσκήνιο τα ζητήματα αυτά, υπέρ της εισαγωγής του αμιγούς συστήματος μη αντίρρησης του θανόντος αμιγώς αλλά κατά της προσφυγής στην τεκμαιρόμενη υποθετική βούληση του νεκρού μέσω της οικογένειάς του.<sup>233</sup>

Όπως και στον ζώντα δότη έτσι και εδώ, η ενημέρωση αποτελεί αναγκαίο προαπαιτούμενο αυτοπροσδιορισμού του ατόμου, προϋπόθεση της ηθελημένης, συνειδητής τοποθέτησής του επί του θέματος ακόμη και μέσω της σιωπής, γενικότερα μέσω της αποστασιοποίησης. Πράγματι, δεν είναι απαραίτητο το πρόσωπο να εκφράζεται ρητά για τη συναίνεση προσφοράς οργάνων μετά θάνατον για να διασφαλιστεί το δικαίωμα αυτοπροσδιορισμού του. Το ζήτημα είναι να γνωρίζει ότι η έλλειψη σχετικής δήλωσης θα έχει ένα μονοσήμαντο αποτέλεσμα. Μόνο τότε η μη τοποθέτηση θα πρέπει να εκλαμβάνεται στην ουσία ως τοποθέτηση στην πραγματικότητα και όχι πλασματικά.

Άλλη πιο πρόσφορη και αποφασιστική οδός περιορισμού του πεδίου δράσης των συγγενών συνιστά αναμφίβολα η δυνατότητα θετικής δήλωσης βουλήσεως εν ζωή ή ρητής αρνητικής, κατά το δυνατόν συγκεντρωτικά από τον μεγαλύτερο αριθμό του πληθυσμού. Ικανοποιητική λύση στο πρόβλημα θα μπορούσε να επιτευχθεί κατά μαζικό τρόπο με την υποχρεωτική δήλωση των δυνητικών δοτών σε δημόσιο έγγραφο, όπως η ταυτότητα ή το δίπλωμα οδήγησης και η καταχώρησή της σε ηλεκτρονικό κέντρο εγγραφής, εύκολα προσπελάσιμο, ώστε ο καθένας να μπορεί να αλλάξει γνώμη όποτε το επιθυμεί.<sup>234</sup> Ο ν.2737/1999 μάλιστα, είχε θέσει ένα τέτοιο μέτρο για να διευκολύνει την παροχή συναίνεσης προβλέποντας (άρθρο 12 παρ.3) ότι στη γενική απογραφή πληθυσμού κάθε ενήλικος απογραφόμενος καλείται να δηλώσει σε ειδικό έντυπο που διαβιβάζεται στον ΕΟΜ αν συμφωνεί ή όχι στην αφαίρεση ιστών και οργάνων του για μεταμόσχευση μετά το θάνατό του και αν παρόμοια δήλωση δεν έχει γίνει, αναθέτει τη σχετική φροντίδα στους δήμους και στα ασφαλιστικά ταμεία. Έτσι δεν θα χρειάζεται να εικάζουμε τη βούληση ή να θέτουμε νεφελώδη τεκμήρια γι' αυτήν αντικαθιστώντας πλασματικά μια

<sup>231</sup> Καϊάφα-Γκμπάντι Μ., ο.π., σελ 46-47

<sup>232</sup> Βούλτσος Π και Ψαρούλης Δ., ο.π., σελ. 443

<sup>233</sup> Βάρκα-Αδάμη Α., Το δίκαιο των μεταμοσχεύσεων, 1993, σελ.79-96. Βλ.αντίστοιχα και Έκθεση στο σχέδιο νόμου “Μεταμοσχεύσεις ανθρώπινων ιστών και οργάνων και άλλες διατάξεις” (ν.2737/1999) της Διεύθυνσης Επστημονικών Μελετών της Βουλής των Ελλήνων, σχόλιο στο άρθρο 13 σχεδίου νόμου, διαθέσιμο στην ιστοσελίδα της Βουλής.

<sup>234</sup> Ο Τακούδας Δ. κάνει μια τέτοια πρόταση, ο.π., σελ.13

ανύπαρκτη δήλωση.

Εντούτοις, σε μια τέτοια πρόταση μπορεί να τεθεί ο εξής πειστικός αντίλογος: Το δικαίωμα στην ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας περιλαμβάνει μεταξύ άλλων και ένα δικαίωμα πληροφοριακού αυτοκαθορισμού, σύμφωνα με το οποίο το άτομο έχει όχι μόνο δικαίωμα γνώσης των πληροφοριών που το αφορούν, αλλά περαιτέρω ένα ιδιαίτερο, αντίστροφο δικαίωμα άγνοιας πληροφοριών. Οι πληροφορίες ακόμη κι αν το αφορούν μπορεί να μην του είναι ευχάριστες, να του δημιουργούν σύγχυση και μεταφυσική αγωνία ή για άλλους λόγους δικής του ιδιοσυγκρασιακής ταυτότητας δεν επιθυμεί να του γίνουν γνωστές. Τούτη η αρνητική έκφραση του δικαιώματος πληροφοριακού αυτοκαθορισμού στην περίπτωση των μεταμοσχεύσεων δίδει στο άτομο τη δυνατότητα να αποφύγει την εμπλοκή με το φορτισμένο ζήτημα είτε ως παθητικός δέκτης ενημέρωσης είτε με ενεργητικό τρόπο παίρνοντας θέση επί του θέματος, και έτσι γνωστικά και συναισθηματικά να αποστασιοποιηθεί. Υπό αυτή την έννοια η επιτακτική απόσπαση της βούλησής του με αυτό τον τρόπο συνιστά περιορισμό του αρνητικού δικαιώματος πληροφοριακού αυτοκαθορισμού.<sup>235</sup> Το ίδιο μπορεί να λεχθεί και για το ισχύον σύστημα της μη αντίρρησης που επιτάσσει οι πολίτες που διαφωνούν να σπεύσουν και να δηλώσουν στους αρμόδιους φορείς τη διαφωνία τους στην μετά θάνατον δωρεά.

Ωστόσο από την άλλη δεν πρέπει να λησμονείται ότι πρόκειται για έναν περιορισμό που δεν καταλύει τον πυρήνα του συνταγματικού δικαιώματος της προσωπικότητας και δικαιολογείται με άξονα την αρχή της αναλογικότητας: Είναι μια λύση πρόσφορη για να σωθούν ζωές αλλά και για την εύρεση της αληθινής βούλησης σε κάθε περίπτωση μέσω του περιορισμού της εμπλοκής των συγγενών, είναι αναγκαία αφού δεν υπάρχει άλλη ηπιότερη λύση με το ίδιο αποτέλεσμα και βρίσκεται σε εύλογη σχέση με το σκοπό της εύρεσης περισσότερων μοσχευμάτων. Επομένως, δεν κρίνεται δόκιμο να σταθούμε αβίαστα σε έναν τέτοιο αντίλογο.<sup>236</sup>

Κατά την Καϊάφα-Γκμπάντι<sup>237</sup> η τοποθέτηση των συγγενών φαίνεται να έχει νόημα σε δύο εξαιρετικές περιπτώσεις: Αρχικά αναπτύσσει πρακτική σημασία στην περίπτωση εκείνη όπου το πρόσωπο απεβίωσε χωρίς να έχουν παρέλθει οι προθεσμίες άρνησης (προφανώς σε ένα υποθετικό *de lege ferenda* επίπεδο που θα προβλέπονται προθεσμίες) ή δήλωση αδυναμίας για λήψη απόφασης ή από λόγους ανωτέρας βίας δεν πρόλαβε να κάνει χρήση τους πριν το θάνατό του, χωρίς να έχει ενημερώσει σχετικά για τυχόν θέση του τους στενούς συγγενείς του. Περαιτέρω, μπορεί να θεωρηθεί δόκιμη όταν ο θανών είχε κάνει κατά τη διάρκεια της ζωής του δήλωση ότι δεν ήταν σε θέση να αποφασίσει σχετικά, ότι δεν είναι σίγουρος, ότι αμφιταλαντεύεται κτλ (πάλι σε ένα υποθετικό *de lege ferenda* πλαίσιο γιατί η ισχύουσα

<sup>235</sup>Κυριακού Τ., Ο ν.3984/2011 και η Καθιέρωση του Συστήματος της Τεκμαιρόμενης Συναινέσης του Νεκρού Δότη, Μια Κριτική Προσέγγιση, δημοσιευμένο σε Βιοηθικοί Προβληματισμοί, 2014, σελ 283

<sup>236</sup>Μαραγκάκη Ε., Δωρεά και μεταμόσχευση οργάνων (ν.3984/2011), Αναγκαιότητα - Νέες Ρυθμίσεις, ΣΥΝ, 2011, Τεύχος 86, σελ. 42

<sup>237</sup>Καϊάφα-Γκμπάντι Μ., ο.π., σελ.51

νομοθεσία του ν.3984/2011 δεν προβλέπει τη δυνατότητα τέτοιας δήλωσης).

Αξίζει να σημειωθεί πως η Καϊάφα-Γκμπάντι διατύπωσε αυτά τα επιχειρήματα το 2008, με άξονα τις προβλέψεις του ν.2737/1999 για το opt out σύστημα της μη αντίρρησης των συγγενών, επιχειρήματα που έχουν βαρύτητα κατά μείζονα λόγο υπό το σημερινό opt in ισχύον σύστημα της θετικής έκφρασης συναίνεσης των συγγενών, όπου ο ρόλος των τελευταίων είναι ακόμα πιο ενεργός και η παρεμβολή τους λειτουργικά ουσιαστικότερη. Η θέση αυτή έχει πολλά πλεονεκτήματα γιατί διαφυλάττει και τον αυτοπροσδιορισμό του θανόντος και τον σεβασμό της τιμής των συγγενών και την κοινωνική ωφελιμότητα της αύξησης των μεταμοσχεύσεων μέσα από το σύστημα της ενημερωμένης τεκμαιρόμενης συναίνεσης του αποβιώσαντος.

Κατά τις ανωτέρω σκέψεις, αυτό που προτείνεται είναι ένα διπλό opt out σύστημα σαν το προϊσχύον του 2937/1997 κατόπιν ενημέρωσης των πολιτών για τις συνέπειες της παράλειψης ρητής τοποθέτησής τους στο ζήτημα. Στο τρίπτυχο μεταξύ δημοσίου συμφέροντος-θανόντος-συγγενών του θα πρέπει κατά τη γνώμη της παρούσας να επικρατεί ο θανών, ο οποίος δικαιούται να αποφασίζει θετικά ή αρνητικά κατά τη διάρκεια της ζωής του ύστερα από ενημέρωση, και αν σιωπά, να εκφράζουν την εναντίωσή τους οι συγγενείς αν διαφωνούν, ως έμμεσοι εκφραστές της υποθετικής βούλησης του θανόντος. Με το σύστημα της τεκμαιρόμενης “πεφωτισμένης” συναίνεσης του θανόντος<sup>238</sup> θα εξυπηρετείται, πέρα από την αδιάρρηκτη σύνδεση του προσώπου με την απόφαση, και η παράμετρος του δημοσίου συμφέροντος, ο δικαιοπολιτικός σκοπός της ωφελιμότητας με την αύξηση των μεταμοσχεύσεων.

## **β) Η θεμελίωση της μεταθανάτιας προστασίας της προσωπικότητας στο ιδιωτικό δίκαιο**

Η προτεραιότητα που πρέπει να δίδεται στον θανόντα σε σχέση με τους άλλους δύο φορείς εννόμων συμφερόντων, του δημόσιου συμφέροντος και της οικογένειας του θανόντος, που σε ένα διπλό opt out σύστημα θα έχουν επικουρικό ρόλο, κατόπιν “ενημερωμένης” σιωπής του πρώτου είναι καθοριστική σε ένα κράτος δικαίου. Έχει ως δικαιοπολιτικό σκοπό την προστασία της μεταθανάτιας προσωπικότητας του νεκρού που, πέρα από το Σύνταγμα, επιβεβαιώνεται από

---

<sup>238</sup> Στην ουσία προτείνεται υπό προϋποθέσεις το σύστημα του ν.3984/2011. Η πρόταση νόμου για την ειαγωγή των διατάξεων του ν.3984/2011 εισήγαγε αμιγώς την υιοθέτηση της εικαζόμενης βούλησης - μη αντίρρησης (σύστημα opt out), χωρίς επιφυλάξεις και εξαιρέσεις που επικρίθηκε από την Εθνική Επιτροπή Βιοηθικής. Η τελευταία διέκρινε πως η εικαζόμενη ή τεκμαιρόμενη συναίνεση θα “υποκαταστήσει την κοινωνική αίγλη της δωρεάς ως ανιδιοτελούς πράξης με την ψυχρή και απρόσωπη κρατική επιταγή για αφαίρεση ιστών και οργάνων”. [www.bioethics.gr](http://www.bioethics.gr). Ωστόσο από τη νομική θεωρία (Καϊάφα-Γκμπάντι) έχει υποστηριχθεί πως αυτές οι προτάσεις που εν τέλει ενσαρκώθηκαν με τον νόμο 3984/2011 είναι ορθολογικά θεμιτές υπό προϋποθέσεις, με κύρια ασφαλιστική δικλείδα για την τεκμαιρόμενη συναίνεση την ουσιαστική, ειδική και προσωπική ενημέρωση των πολιτών. Καϊάφα-Γκμπάντι Μ., Μεταμοσχεύσεις, Παρόν και Μέλλον του νομικού πλαισίου, σε Δημοσιεύματα Ιατρικού Δικαίου και Βιοηθικής, 2008, σελ.50

τη συστηματική ερμηνεία του ιδιωτικού δικαίου, από τον συνδεδετικό ιστό των δικαιιοηθικών αρχών που το απαρτίζουν.

Κατ'αρχάς, για να θεμελιωθεί δογματικά η "πεφωτισμένη δήλωση βουλήσεως" του πλέον θανόντος θα πρέπει να κατανοήσει κανείς τι είναι το πτώμα κατά το αστικό δίκαιο και αν όντως συνδέεται με την προσωπικότητα του τελευταίου ή αν αυτή δεν υπάρχει πια.

Να σημειωθεί πως πτώμα είναι και ο εγκεφαλικά νεκρός άνθρωπος, όπου παρά την ανεπανόρθωτη διάλυση του εγκεφαλικού στελέχους του, η κυκλοφορία του αίματος και η λειτουργία της καρδιάς συνεχίζουν με μηχανική υποστήριξη, επομένως κατά κύριο λόγο τότε μπορεί να γίνει μεταμόσχευση.<sup>239</sup>

Μια προσέγγιση δέχεται το πτώμα του ανθρώπου ως πράγμα<sup>240</sup>. Ο χαρακτηρισμός αυτός εκμαιεύεται από την εις άτοπον απαγωγή, με την αφαιρετική μέθοδο του αποκλεισμού. Πρόκειται για πράγμα αφού δεν είναι πρόσωπο και δεν υπάρχει κάτι άλλο για να είναι, πέρα από πρόσωπο ή πράγμα. Το νεκρό σώμα ποτέ δεν μπορεί να ταυτίζεται με το πρόσωπο από τη φύση των πραγμάτων και δεν μπορεί να είναι υποκείμενο οποιασδήποτε μορφής περιουσιακών ή προσωπικών δικαιωμάτων. Το τέλος της προσωπικότητας συνδέεται αιτιακά με το φυσικό και αναπόφευκτο γεγονός του θανάτου. Ανατρέχοντας στα στοιχεία της έννοιας του πράγματος σύμφωνα με την ερμηνεία του άρθρου 947 ΑΚ, διαπιστώνεται ότι τα κριτήρια ανταποκρίνονται στο πτώμα. Είναι απρόσωπο, αυθύπαρκτο, ενσώματο και δεκτικό ανθρώπινης εξουσίσεως. Η εμπράγματη φύση του πτώματος δεν αντιτίθεται στο δικαίωμα των συγγενών να αποφασίζουν για την τύχη των οργάνων αφού τα αφαιρεθέντα όργανα είναι πράγματα που συνδέονται με την προσωπικότητα των στενών συγγενών του εκλιπόντος, ο νεκρός δεν έχει προσωπικότητα, ούτε υπόλειμμα αυτής.

Ως αφορμή για σκέψη και υποστήριξη των ανωτέρω αναφέρεται πως ο Πρόεδρος του Πρωτοδικείου της Λίλης απεφάνθη με βούλευμά του το 1996 πως "το νεκρό ανθρώπινο σώμα αποτελεί αντικείμενο δικαίωματος μιας οικογενειακής, απαραβίαστης και ιερής συγκυριότητας." Η απόφαση του Πρωτοδικείου της Λίλης στη Γαλλία που έκανε λόγο το 1996 για οικογενειακή συγκυριότητα. Αυτή η παραδοχή του αλλοδαπού δικαστηρίου φέρεται ως δικαιολογητική βάση που νομιμοποιεί τους συγγενείς να προσφεύγουν στην ποινική δικαιοσύνη όταν πρόκειται για κλοπή ή περιύβριση νεκρού (άρθρο 201 ΠΚ), άρα αναλογικά τους νομιμοποιεί και στο να καθορίζουν την πτωματική μεταμόσχευση. Ενδεικτικά, στο άρθρο 365 ΠΚ για την προσβολή μνήμης νεκρού το έννομο αγαθό που προστατεύεται είναι η τιμή, όχι βέβαια του νεκρού αλλά των συγγενών του. Περαιτέρω, αναφέρεται ως παράδειγμα ότι η ερευνητική νεκροτομή προϋποθέτει τη συναίνεση των συγγενών (όχι όμως και η δικαστική).<sup>241</sup> Υπό μια τέτοια βάση

<sup>239</sup>Μαργαρίτης Α., Σωματικές Βλάβες, 2000, σελ. 77, Ανδρουλάκης Ν., Ποινικόν Δίκαιον, 1974, παρ. 24,

<sup>240</sup>Κούρτης Μ., ο.π., σελ. 110 επ.

<sup>241</sup>Βούλτσος Π. και Ψαρούλης Δ., ο.π., Ιατρικό Δίκαιο και Στοιχεία Βιοηθικής, 2010, σελ 431 παραπομπή 90

όμως, αν γίνει αβίαστα δεκτή μια τέτοια νομική προσέγγιση μέσω της εξειδίκευσης των χρηστών ηθών στην Ελλάδα η συστηματική δομή των συναφών ρυθμίσεων καταρρέει. Η θεσμοθέτηση του συστήματος της τεκμαιρόμενης συναίνεσης-μη αντίρρησης καθίσταται εκ των πραγμάτων παράλογη και ασύμβατη με τα παραπάνω. Η ρητή αντίρρηση ή η σιωπή του αποθανόντος δεν μπορεί να έχει καμία έννομη συνέπεια αφού η οικογένεια οικειοποιείται και μονοπωλεί το υποτιθέμενο δικαίωμα συγκυριότητας επί του πτώματος. Με άλλα λόγια ο άνθρωπος δεν έχει κανένα λόγο στην τύχη του σώματός του μετά θάνατον. Αφού δεν υπάρχει ούτε σωματική βλάβη, ούτε προσβολή της μεταθανάτιας προσωπικότητας η αφαίρεση οργάνων απογυμνώνεται στην ασυδοσία του κοινωνικού ωφελιμισμού και δεν συναντά κανένα δικαιολογητικό κώλυμα πέρα από την οικογένεια. Κάτι τέτοιο όμως οδηγεί σε αξιολογική αντινομία σε σχέση με την ίδια τη φιλοσοφική δομή του αστικού δικαίου και των ειδικών νόμων που ρυθμίζουν επιμέρους πλευρές του.

Η ελληνική νομολογία<sup>242</sup> έχει καταλήξει στο συμπέρασμα ότι το ανθρώπινο σώμα και τα κόκαλα, για όσο υπάρχει σύνδεσή τους με τη μνήμη συγκεκριμένου ανθρώπου, αποτελούν πράγμα “extra commercium”, δεν αποτελούν πράγμα κατά την έννοια του νόμου, δεν αποτελούν αντικείμενο κυριότητας και διεκδικήσεως, ενδεχομένως όμως μπορούν να εφαρμοστούν οι διατάξεις περί προστατευτικής κατοχής των άρθρων 974.2 και 997ΑΚ. Αξιοσημείωτο είναι ότι δεν αναγνωρίζει μόνο το πτώμα αλλά και τον σκελετό, όταν υπάρχει συνειρμική σύνδεση με τον άνθρωπο που υπήρξε σε παρελθόντα χρόνο ως αδιάρρηκτη ηθική έκφανση σεβασμού στον άνθρωπο που υπήρξε.

Το υπόλειμμα προσωπικότητας του νεκρού που προστατεύεται από τις συνταγματικές διατάξεις για την ανθρώπινη αξιοπρέπεια συνηγορούν στην παραδοχή ότι η “συναίνεση” των μελών της οικογένειας του δότη δεν καλύπτει την έλλειψη γνώμης του και δεν μπορεί να την υποκαταστήσει. Είναι σημαντικό να τονιστεί ότι αυτή η θέση εκφράστηκε πριν τη νέα τροποποίηση του 3984/2011 για τη ρητή συγκατάθεση των συγγενών, όταν ακόμη ήταν σε ισχύ το σύστημα της μη αντίρρησης των συγγενών του ν.2737/1999.<sup>243</sup> Η κριτική αυτή, παρά τα χρόνια που έχουν περάσει και την εν στω μεταξύ μεταβολή της νομοθεσίας, παραμένει σύγχρονη και στοχευμένη.

Ο Κούρτης αναφέρει ότι ο χαρακτηρισμός του υπολείμματος της προσωπικότητας δεν διευκολύνει την νομοθετική επιλογή της συναίνεσης των συγγενών. Φαίνεται να χρησιμοποιεί τη συνέπεια του χαρακτηρισμού αυτού στην αμφισβήτηση του ρόλου της οικογένειας ως μειονέκτημα, ως επιχείρημα<sup>244</sup> για να αντικρούσει τη θεωρία του υπολείμματος της

<sup>242</sup>ΕφΑθ 5316/1990 Δνη 1991,1043.

<sup>243</sup>Ανδρουλιδάκη-Δημητριάδη Ι., Η υποχρέωση ενημέρωσης του ασθενούς, 1993, σελ.391-392 και Βάρκα-Αδάμη Α., Το δίκαιο των μεταμοσχεύσεων, 1993, σελ.79-96.

<sup>244</sup>Κούρτης Μ., ο.π. , σελ. 110-111 “Η αποδοχή της θεωρίας του υπολείμματος της προσωπικότητας του νεκρού επιφέρει άραγε και συνέπειες επί της ουσίας; Στο βασικότερο ζήτημα που ανακύπτει, δηλαδή τη νομιμοποίηση των

προσωπικότητας με την οποία φαίνεται να μην συμφωνεί. Αναγνωρίζει το ασυμβίβαστο μεταξύ υπολείμματος προσωπικότητας και εμπλοκής των συγγενών και χρησιμοποιεί το δεύτερο στοιχείο για να καταρρίψει το πρώτο. Ωστόσο είναι ορθότερο να πούμε πως η κάμψη της οικογενειοκρατίας είναι αποτέλεσμα στο οποίο καταλήγουμε από όλα αυτά που έχουν αναλυθεί (Σύνταγμα, ακληρονόμητο προσωπικότητας του άρθρου 57, μεταθανάτια προστασία προσωπικότητας-υπόλειμμα), όχι σημείο εκκίνησης για να καταλήξουμε στη μη παραδοχή του υπολείμματος γιατί η εμπλοκή των συγγενών από μόνη της είναι προβληματική, δεν ενδείκνυται για επιχείρημα γιατί αυτό θα οδηγούσε σε κυκλικό συλλογισμό.

Μια εκ διαμέτρου αντίθετη εκδοχή του ζητήματος δίνει η Ανδρουλιδάκη-Δημητριάδη Ι.<sup>245</sup> Κατά τη συγγραφέα πρέπει να γίνει δεκτό ότι ο άνθρωπος διατηρεί και μετά το θάνατό του την αξίωση σεβασμού του σώματός του και δεν μπορεί ούτε τότε να μεταβάλλεται σε αντικείμενο που μπορεί να χρησιμοποιηθεί χωρίς τη θέλησή του για οποιουσδήποτε ξένους λόγους εκτός από τους καθιερωμένους και προβλεπόμενους (ταφή στη χώρα μας). Επομένως, αφαίρεση οργάνων από νεκρό σώμα χωρίς κάποια δήλωση βουλήσεως είναι παράνομη πράξη, διότι αποτελεί προσβολή της προσωπικότητας νεκρού, στοιχειοθετούμενη στο άρθρο 57ΑΚ.

Σε αυτή την κατεύθυνση στρέφεται ο Ψαρούλης Δ. και ο Βούλτσος Π.<sup>246</sup>, οι οποίοι υποστηρίζουν ότι, ανεξάρτητα από την εμπλοκή ή μη των συγγενών, ως υποκείμενα δήλωσης βουλήσεως σε δωρεά οργάνων οικείου, δια της απρεπούς μεταχείρισης του πτώματος μπορεί να προσβάλλεται αναδρομικά η προσωπικότητα που είχε ο νεκρός όσο ζούσε.

Η Μαραγκάκη Ε. επιστρατεύεται ως επιχείρημα, για να απορρίψει τον ορισμό του πτώματος ως πράγμα, το ότι εάν αφαιρέσει κάποιος πτώμα ή μέλος του δεν τιμωρείται για κλοπή αλλά για περιύβριση νεκρού. Τα δικαιώματα που απορρέουν από την προσωπικότητα του ανθρώπου συμπεριλαμβάνουν και το δικαίωμα να εξουσιάζει το σώμα του και μετά θάνατον.<sup>247</sup>

Κατά τη γνώμη της παρούσας, η μεταθανάτια προστασία της προσωπικότητας θεμελιώνεται από το πνεύμα και σύστημα των διατάξεων του αστικού δικαίου και διαχέεται στις δικαιοηθικές αρχές που το συνθέτουν. Ενδεικτικά, από το νόμο περί πνευματικής ιδιοκτησίας (άρθρο 29 παρ. 1 2121/1993) αυτή προστατεύεται και μετά το θάνατο του δημιουργού γιατί διαρκεί όσο η ζωή

---

στενών συγγενών στη λήψη απόφασης για πιθανή δωρεά οργάνων από το σώμα του αποθανόντος, η ανάμειξή τους θεωρείται κατ' αρχήν λανθασμένη. Τα δικαιώματα που απορρέουν άμεσα από την προσωπικότητα του ατόμου είναι ακληρονόμητα. Αξίζει δε να αναφερθεί ότι η προστασία και μόνο της προσωπικότητας (και όχι πάντως του υπολείμματος) ατόμου που έχει πεθάνει, μέσω προσφυγής συγγενικών προσώπων στη δικαιοσύνη κατά το άρθρο 57 περ.β' δεν δικαιολογεί τη δωρεά οργάνων. Γίνεται λοιπόν αντιληπτό ότι ο εν λόγω χαρακτηρισμός δεν διευκολύνει την κλασική νομοθετική επιλογή συναίνεσης των συγγενών”.

<sup>245</sup> Ανδρουλιδάκη-Δημητριάδη Ι., ο.π., σελ 387.

<sup>246</sup> Ψαρούλης Δ. και Βούλτσος Π., Ιατρικό Δίκαιο και Στοιχεία Βιοηθικής, 2010, σελ. 420.Βλ.και υποσημείωση 65 του ίδιου βιβλίου.

<sup>247</sup> Μαραγκάκη Ε., Δωρεά και μεταμόσχευση οργάνων (ν.3984/2011), Αναγκαιότητα - Νέες Ρυθμίσεις, ΣΥΝ, 2011, Τεύχος 86, σελ. 42

του δημιουργού και 70 χρόνια μετά το θάνατό του. Αφού προστατεύονται τα έργα του νεκρού ως εκφάνσεις της προϋπάρχουσας προσωπικότητάς του, σύμφωνα με την προϋπάρχουσα βούλησή του, πολλώ δε μάλλον δεν πρέπει να προστατεύεται το σώμα του που υπήρξε όχι απλώς έκφανση αλλά κύριο σημείο αναφοράς της προσωπικότητάς τους; Μια αντίθετη παραδοχή φαίνεται άτοπη από την εκ του ελάχιστον στο μείζον θεώρηση.<sup>248</sup>

Ένα ακόμη επιχείρημα για την προστασία της προσωπικότητας μετά θάνατον θα μπορούσε να συνιστά και το ότι σύμφωνα με το άρθρο 36 ΑΚ ο κυοφορούμενος θεωρείται ζωντανός ως προς τα δικαιώματά του με την αίρεση της γέννησής του κατά πλάσμα δικαίου<sup>249</sup>. Αφού λοιπόν υπάρχει μια προενέργεια για την ανθρώπινη προσωπικότητα γιατί να μην υπάρχει αναλόγως και μετενέργεια; Η προενέργεια αυτή αναφύει τη επιτακτική λογική της αναλογίας για την όμοια στοιχειοθέτηση και της μετενέργειας της ανθρώπινης αξιοπρέπειας, επίσης κατά πλάσμα δικαίου. Υπό το πρίσμα της έννοιας της ιδιοκτησίας στο αστικό δίκαιο, η παραδοχή ότι ο άνθρωπος δεν έχει ιδιοκτησιακή σχέση με το σώμα του αλλά απλώς ασκεί ένα είδος κηδεμονίας - επιμέλειάς του έχει ως άτοπο αποτέλεσμα να του αναγνωρίζεται κάτι λιγότερο από την ιδιοκτησία του επί πραγμάτων (που μπορεί να ορίσει την τύχη τους με διαθήκη). Λογικά, για το σώμα του, ένα αναπόσπαστο στοιχείο του εαυτού του, όσο ήταν εν ζωή, θα έπρεπε να συμβαίνει το αντίστροφο (εκ του ελάχιστον στο μείζον).

### **γ) Ο περιορισμός της παροχής δήλωσης βουλήσεως από την οικογένεια**

Στην προβληματική αυτή είναι, μεταξύ άλλων και μια ποινική διάταξη (άρθρο 201 ΠΚ) που ξεδιπλώνει ζητήματα ιδιωτικού δικαίου (914 και 932 ΑΚ). Κατά το άρθρο 201 ΠΚ *“όποιος αφαιρεί αυθαίρετα νεκρό ή τα μέλη του ή την τέφρα του, από εκείνους που έχουν δικαίωμα να τα φυλάζουν ή ενεργεί πράξεις υβριστικά ανάρμοστες σχετικά με αυτά ή με τάφο τιμωρείται με φυλάκιση μέχρι δύο ετών”*. Η νομολογία του ΑΠ<sup>250</sup> είχε αποφανθεί σχετικά πως οι συγγενείς του νεκρού είναι άμεσα ζημιωθέντες από την αξιόποινη αυτή πράξη, η οποία αποβλέπει στην προστασία της ευλάβειας στη μνήμη των νεκρών, το οποίο εύλογα υπάρχει με ζοηρότητα σε αυτά τα πρόσωπα. Το ακυρωτικό δικαστήριο ως “αυτά τα πρόσωπα” εννοεί τους στενούς συγγενείς του συγκεκριμένου νεκρού, αφού από την αξιόποινη αυτή πράξη θίγονται και αυτά ευθέως, θίγεται αυτοτελώς το αίσθημά τους για την προστασία της μνήμης του στενού συγγενούς. Αυτό το αυτοτελές αίσθημα ανάγεται στον εσωτερικό τους κόσμο και συνεπώς βλάπτονται ηθικά άμεσα και παρανόμως, κατά τα άρθρα 914 και 932 ΑΚ. Το ερώτημα που θα μπορούσε να τεθεί είναι το αν η προσβολή των συγγενών από την ανωτέρω ποινική διάταξη και η δυνατότητά τους να εγείρουν αστικές αξιώσεις μπορεί να σταθεί ως επιχείρημα για τη δήλωση

<sup>248</sup>Ο νόμος 76-1181 του 1976 προέβλεπε τη δυνατότητα κληροδοσίας σώματος. Βλ. Κούρτης Μ., σελ.112

<sup>249</sup>Βούλτσος Π. και Ψαρούλης Δ., Ιατρικό Δίκαιο, Στοιχεία Βιοηθικής, 2010, σελ 417, υποσημ. 60

<sup>250</sup>ΑΠ 1652/2009 η οποία μνημονεύεται στη σχετική απόφαση ΑΠ 222/2016, ΝοΒ, Τόμος 64, 2016, σελ.1648 επ.

βουλήσεως των συγγενών σε μεταμοσχευτικές ενέργειες στο σώμα του νεκρού. Ωστόσο, προσφάτως έχει γίνει δεκτό ότι από τη διάπραξη της προβλεπόμενης από το άρθρο 201 ΠΚ αξιόποινης πράξης, δεν θίγονται άμεσα οι συγγενείς του νεκρού, γιατί υφίστανται εμμέσως και εξ αντανάκλασής της προσβολή.<sup>251</sup>

Ακόμη κι αν δεχτεί κανείς το αυτοτελές δικαίωμα αυτοπροσδιορισμού των συγγενών για το σώμα του συγγενή τους, τον τρόπο που θα τον τιμήσουν, την ευλάβεια στο πρόσωπό του κτλ, στο ιδιωτικό δίκαιο των μεταμοσχεύσεων καταλείπεται η εντύπωση άτοπης ιεράρχησης συμφερόντων, να υπερισχύει το δικαίωμα αυτοπροσδιορισμού των συγγενών από την αυτονομία του ανθρώπου για την μετά θάνατον τύχη του σώματός του.

Από την έννοια της μεταθανάτιας προστασίας της προσωπικότητας του νεκρού συνάγεται πως ό,τι αφορά την προσωπικότητα είναι ακληρονόμητο και αν έχει μείνει υπόλειμμά της αυτό είναι μη μεταβιβάσιμο στους ζωντανούς γιατί καμία μορφή και εκδοχή της προσωπικότητας δεν μεταβιβάζεται. Η προστασία της προσωπικότητας μέσω προσφυγής συγγενικού προσώπου στη δικαιοσύνη κατά το άρθρο 57 περ.β Α.Κ. δεν συνεπάγεται το θεμιτό της απόφασης του συγγενούς σε αυστηρά προσωποπαγή ζητήματα όπως η δωρεά οργάνων. Επιπροσθέτως, ούτε από το άρθρο 932 εδ.γ συνάγεται αυτό, γιατί αφορά την ψυχική οδύνη του συγγενούς, άρα την προσβολή των δικών του εννόμων συμφερόντων και όχι “έναν καλό αγωγό” των εννόμων συμφερόντων του νεκρού. Η ανωτέρω παραδοχή επιβεβαιώνει τη δογματική ασυνέπεια και τον δικαιοπολιτικά ανορθόδοξο χαρακτήρα της ρύθμισης του νομοθέτη περί οικογενειακής παρέμβασης στη μεταμόσχευση.

Η οικογένεια παρ’όλο που προστατεύεται πολλαπλώς από την έννομη τάξη και ιδίως από το Σύνταγμα ως ζωογονητικός δομικός θεσμός της κοινωνίας δεν συνιστά αδιαμφισβήτητη και απόλυτη αυταξία. Όχι σπάνια η οικογένεια δίνει πρόσφορο έδαφος για ανταγωνισμό, χειραγωγή και εξυπηρέτηση πρακτικών ή ψυχικών συμφερόντων. Είναι δυνατόν για κάποιον άνθρωπο που δεν έχει καθόλου ή έχει αρνητική σύνδεση με την οικογένειά του το να παρέμβει αυτή στη διάθεσή του σώματός του να του προκαλεί αφόρητο αρνητισμό. Αυτό, σε συνδυασμό με την απουσία δυνατότητας θετικής δήλωσης βουλήσεως κατά το ισχύον νομοθετικό πλαίσιο συνιστά προσβολή της προσωπικότητάς του. Είναι εγωιστικό να μην λαμβάνουμε υπόψη το ενδεχόμενο αυτό με τη διαστρεβλωμένη οπτική ότι η οικογένεια πάντοτε έχει αλτρουιστική διάθεση και είναι ο καθρέφτης μας ή η αντανάκλαση του εαυτού μας.

Ο νέος νόμος για τη συναίνεση της οικογένειας προκαλεί ερωτηματικά για το αν η ερμηνεία της δήλωσης βουλήσεως θα γίνεται με βάση την ανεύρεση της εικαζόμενης βούλησης του πλέον θανόντος ή θα αντανάκλα την αυτοτελή βούληση των συγγενών. Ορθότερο είναι να υποστηριχθεί πως η ερμηνεία της βουλήσεώς τους θα πρέπει να γίνει με γνώμονα την εικαζόμενη βούληση του θανόντα γιατί στην ουσία τη βούλησή του εκπροσωπούν οι συγγενείς

---

<sup>251</sup> ΑΠ 222/2016, ΝοΒ, Τόμος 64, 2016, σελ.1648 επ., όπως αναφέρει τη διατύπωση που έδωσε η Εφετειακή απόφαση.

και δεν εκφράζουν αυτοτελώς τη βούλησή τους. Πρόκειται για μια δράση αντανakλαστική. Σε κάθε περίπτωση η παρέμβαση των συγγενών δεν πρέπει να υποκαθιστά την προσωπική επιλογή του θανόντος αλλά να παρέχει μαρτυρία για την ίδια τη βούληση αυτού.

Επειδή η διάταξη του άρθρου 55 παρ. 4 του ν.4075/2012 θεσπίστηκε βιαστικά και κάτω από κοινωνική πίεση θα ήταν ορθότερο να γίνεται τελεολογική συστολή εισάγοντας την εξαίρεση της μη ισχύος της εμπλοκής της οικογένειας όταν είναι κατάφωρη η αντίθεση της βούλησής της με τη βούληση του θανόντα.

Επιπλέον, με αυτή τη λογική, κατά τη γνώμη της παρούσας, οι συγγενείς θα δικαιούνται να παρέμβουν μόνο αν η χειρουργική επέμβαση γινόταν κατά τρόπο ανάρμοστο που θα αλλοίωνε την εικόνα του σώματός του και όχι στην περίπτωση αφαίρεσης οργάνων του νεκρού. Η αφαίρεση οργάνων δεν φαίνεται να συνδέεται, ούτε να προσβάλει με κάποιο τρόπο τη μνήμη του. Άλλωστε, αν υποθετικά δεχόμασταν μια τέτοια έκταση της μνήμης και του ρόλου των συγγενών, αυτό θα μας οδηγούσε στο παράδοξο και άδικο αποτέλεσμα κάποιος που δεν έχει συγγενείς συγκυριακά, να έχει χειρότερη μεταχείριση μόνο λόγω αυτής της συγκυρίας, αφού δεν θα προστατεύεται η μνήμη του. Κάποιοι νεκροί θα είναι τιμημένοι και άξιοι σεβασμού και κάποιοι άλλοι όχι χωρίς να είναι αυθύπαρκτη η αυταξία της μεταθανάτιας προσωπικότητάς τους. Τα όργανά των μη “ευνοημένων” θα δίνονται κατά το δοκούν και αφού η μη προσφορά σημαίνει προστασία της μνήμης εξ αντιθέτου η μη προσφορά θα συνεπάγεται κάποιο στίγμα και όχι τιμή και έκφραση κοινωνικής αλληλεγγύης.<sup>252</sup>

Την αρχή της ελευθερίας της βουλήσεως θίγει και υπό την αντίθετη οπτική του δικαιώματος, που είναι η αποστασιοποίηση από το ζήτημα, η σιωπή. Πάντως, παρά τη μη ρητή ρύθμιση θα έπρεπε να γίνει δεκτό ότι η αφαίρεση υλικού εκ του πτώματος δεν πρέπει να λάβει χώρα όχι μόνο όταν υπάρχει δεδηλωμένη εν ζωή αντίθετη θέληση του αποβιώσαντος αλλά και όταν αυτή η αντίρρηση τεκμαίρεται επί τη βάση των θρησκευτικών ή φιλοσοφικών πεποιθήσεων του προσώπου, αν αυτές μπορούν με κάποιον ασφαλή τρόπο να διαπιστωθούν<sup>253</sup>. Με άλλα λόγια η αντίρρηση, εφόσον μπορεί να είναι τεκμαιρόμενη και όχι μόνο ρητή, θα πρέπει να εξαλείφει το κενό (αμφιβολία) της δήλωσης βουλήσεως του νεκρού, άρα θα εμποδίζει τους συγγενείς να λάβουν την οποιαδήποτε απόφαση σε σχέση με την τύχη του σώματός του.<sup>254</sup>

Κατά τη γνώμη της παρούσας, μια τέτοια προσέγγιση, παρόλο που εδράζεται σε επισφαλή

---

<sup>252</sup>Κυριακού Τ., Ο ν.3984/2011 και η Καθιέρωση του Συστήματος της Τεκμαιρόμενης Συναινέσης του Νεκρού Δότη, Μια Κριτική Προσέγγιση, δημοσιευμένο σε Βιοηθικοί Προβληματισμοί, 2014, σελ.280 επ.

<sup>253</sup>Τακούδας Δ., Μεταμοσχεύσεις Ιστών και Οργάνων, Από το μύθο στην πραγματικότητα, σε Δημοσιεύματα: Ιατρικό Δίκαιο και Βιοηθική, 2008, σελ 12

<sup>254</sup>Ο ν. 2737/1999 και οι προγενέστεροι νόμοι αναγνώριζαν τη “εικαζόμενη ή τεκμαιρόμενη” επιθυμία του θανόντος, βάσει των θρησκευτικών και φιλοσοφικών του πεποιθήσεων, την οποία συνήγαγαν από τις μαρτυρίες των συγγενών. Μαργακάκη Ε., Δωρεά και μεταμόσχευση οργάνων (ν.3984/2011), Αναγκαιότητα - Νέες Ρυθμίσεις, ΣΥΝ, 2011, Τεύχος 86, σελ. 42

υποκειμενικά κριτήρια, κρίνεται θεμιτή από τη στιγμή που όσο ρευστή και να είναι θα είναι λιγότερο ρευστή και επικίνδυνη από το πεδίο αρμοδιότητας της οικογένειας, το οποίο πρέπει να περιοριστεί.<sup>255</sup>

#### **δ)Ενιαία νομοθετική ρύθμιση του ρόλου των συγγενών σε θέματα επεμβάσεων**

Η υποκατάσταση της συναίνεσης του άμεσου ενδιαφερόμενου από τρίτα πρόσωπα και τους οικείους για κάθε ιατρική πράξη εν γένει προβλέπεται στο άρθρο 12 παρ.1 β Κωδ.Ιατρ.Δ στην περίπτωση ανικανότητας. Ο νομοθέτης εν προκειμένω προτάσσει συνειδητά και σκόπιμα την αρχή της επικουρικότητας στην υποκατάσταση. Τούτο φαίνεται ιδιαίτερα ενδιαφέρον για το επιτρεπτό επίπεδο της εμπλοκής της οικογένειας στις πράξεις των ιατρών εν γένει σε ζητήματα ενιαία και αδιάρρηκτα συνδεδεμένα με τη προσωπικότητα και το αυτεξούσιο γιατί είναι κρίσημα (δότηση μοσχεύματος στον ασθενή, θεραπευτικές επεμβάσεις με πιθανότητες κινδύνου της ζωής, προγενέστερες οδηγίες για το τέλος της ζωής, η post mortem αφαίρεση οργάνων που κυρίως ενδιαφέρει). Μήπως θα έπρεπε να ρυθμίζεται ενιαία; Ο ρόλος των συγγενών σε ότι αφορά τη ζωή και το θάνατο μπορεί να ρυθμίζεται με ομοιόμορφο τρόπο με την αρχή της επικουρικότητας και την κατά το δυνατόν επιδίωξη γνώμης του ενδιαφερομένου κυρίως στην τελευταία περίπτωση. Εξαιρείται βέβαια η συναίνεση του ζώντα δότη που δεν πρέπει να υποκαθίσταται σε καμία περίπτωση.

#### **4. Η βιοηθική διάσταση (ηθική, φιλοσοφική και θρησκευτική θεώρηση) της μεταμόσχευσης**

---

<sup>255</sup> Πρέπει ωστόσο να σημειωθεί ότι πολλές χώρες αναγνωρίζουν καθοριστική συμμετοχή στους συγγενείς του νεκρού. Από την αγγλοσαξονική θεωρία έχει υποστηριχθεί ότι ανεξάρτητα από τις τυπικές επιταγές της κάθε νομοθετικής ρύθμισης, η οριστική απόφαση πρακτικά αναμένεται πάντοτε από την οικογένεια. Στην Ισπανία όπου εφαρμόζεται το σύστημα opt out (τεκμαιρόμενη συναίνεση του δότη αν δεν έχει εκφράσει ρητή αντίθεση, όπως ακριβώς και στην Ελλάδα) πριν από κάθε επέμβαση εθιμικά επικρατεί να προσυπογράφει η οικογένεια. Στο Βέλγιο όπου ισχύει ανάλογο σύστημα, η μεταμοσχευτική ομάδα δεν υποχρεούται να αναζητά την συναίνεση των συγγενών, ωστόσο αν έστω και ένας συγγενής πρώτου βαθμού κοινοποιήσει με ιδία πρωτοβουλία την προσωπική του αντίθεση, δεν επιτρέπεται να προχωρήσει η μεταμόσχευση. Στην άλλη πλευρά του Ατλαντικού ο ΑΚ του Κεμπέκ περιορίζει δραστικά το ρόλο της οικογένειας: Για την αφαίρεση του οργάνου αρκεί η συγκατάθεση του προσώπου που θα συναινέσει σε επεμβάσεις για τη θεραπεία του ασθενούς, ενώ αν είναι αδύνατο να ληφθεί η συναίνεση αυτή σε εύλογο χρόνο και υπάρχουν σοβαρές και επαρκείς ελπίδες διάσωσης, η μεταμόσχευση πρέπει να διενεργείται με ανεξάρτητη απόφαση του ιατρού. Η γαλλική νομολογία διαχωρίζει την περίπτωση που οι συγγενείς δεν δίνουν τη συναίνεσή τους αλλά τη μαρτυρία τους για την υποθετική βούληση του νεκρού. Τούτο μόνο σε θεωρητικό επίπεδο γιατί πρακτικά πρόκειται για συναίνεση των συγγενών. Η συναίνεση αυτή πέρα από το ότι δεν μπορεί εύκολα να αποδειχθεί, από συνταγματικής πλευράς δύσκολα μπορεί να θεωρηθεί ότι υποκαθιστά την πραγματική συναίνεση του νεκρού που ελλείπει, γιατί αυτή έχει έντονο και αδιάρρηκτο προσωπικό χαρακτήρα. Βλ. *Ψαρούλης Δ- Βούλτσος Π.*, *Ιατρικό Δίκαιο, Στοιχεία Βιοηθικής*, 2010, σελ.430, υποσημ.89 και 90

Η βιοηθική επιστήμη συνιστά έναν σύγχρονο κλάδο της φιλοσοφίας και της νομικής όπου η προσέγγιση των εννοιών και των συλλογισμών τελεί σε αλληλεξάρτηση αφενός με την προβληματική της κοινωνικοοικονομικής πραγματικότητας στην υγεία και αφετέρου με τη νομική επιστήμη. Η βιοηθική ή σαφέστερα η βιοϊατρική ηθική αποτελεί σήμερα το θεμέλιο της ιατρικής δεοντολογίας, των κανόνων άσκησης του ιατρικού επαγγέλματος και γενικότερα το φιλοσοφικό θεμέλιο του ιατρικού δικαίου. Πρόκειται για την επιστήμη που ασχολείται με τη φιλοσοφική μελέτη των ηθών και των εθίμων στα θέματα που άπτονται της υγείας και την ανθρώπινης ύπαρξης και κυρίως με την κατανόηση της φύσης της ηθικής κρίσης και των νομικών λύσεων που μπορούν να δοθούν.

Οι κύριες θεωρίες που διέπουν τη βιοηθική είναι η θεωρία της αυτονομίας και η θεωρία της ωφελιμότητας. Η πρώτη θεωρία αποτελεί την αρχή της ενημερωμένης συγκατάθεσης, ενώ ο πατερναλισμός αποτελεί επακόλουθη αρχή της θεωρίας της ωφελιμότητας. Κατά το σύνθημα σε πολιτικοκοινωνικό επίπεδο, τα φιλελεύθερα συστήματα υγείας έχουν τη θεωρητική του βάση στην αρχή της ιδιωτικής αυτονομίας ενώ τα στηριζόμενα στον παρεμβατισμό του κράτους κινούνται γύρω από την αρχή της κοινωνικής ωφελιμότητας<sup>256</sup>.

Η τελευταία όμως, στενά συνυφασμένη με την αρχή της σκοπιμότητας δεν φαίνεται να είναι ούτε λυσιτελής ούτε ορθολογική στο πλαίσιο ενός κράτους δικαίου. Γι' αυτό ίσως ο έλληνας νομοθέτης επέλεξε να θέσει προϋποθέσεις αναγκαστικού δικαίου, όπως την έλλειψη σοβαρού κινδύνου, την απαγόρευση ανταλλάγματος κτλ, χωρίς τις οποίες ο δότης δεν μπορεί να προβεί στη δωρεά, ακόμη κι αν το έχει επιλέξει. Η τελευταία αυτή προσέγγιση που δεν υπακούει ούτε στη θεωρία της ιδιωτικής αυτονομίας, ούτε στη θεωρία της κοινωνικής ωφελιμότητας, έρχεται να υπηρετήσει μιαν άλλη αρχή, αυτήν της ατομικής ωφελιμότητας.

Η αρχή της ιδιωτικής αυτονομίας στη βιοηθική διαμορφώθηκε σε μεγάλη έκταση από τη μεταφυσική θεωρία του Immanuel Kant, κατά την οποία η αυτονομία του καθενός όσο και ο σεβασμός για την αυτονομία των άλλων είναι απαραίτητα προεξέχοντα χαρακτηριστικά κάθε λογικού υποκειμένου, δηλαδή ανθρώπου. Στο βασικό του έργο περί μεταφυσικής και ηθικής “Groundwork of Metaphysics and Morals”<sup>257</sup> ο Καντ αντιπαραθέτει την αυτονομία στην ετερονομία, τον αυτοπροσδιορισμό στον ετεροπροσδιορισμό. Κατά τον διανοητή η βούληση είναι ένα είδος αιτιότητας που ανήκει στα ζώντα όντα, καθ' όσον είναι λογικά. Η ελευθερία είναι η ιδιότητα αυτής της αιτιότητας που καθιστά κάποιον ικανό να εργαστεί σύμφωνα με προκαθορισμένες λογικές αιτίες, να σκέφτεται, να επιθυμεί και να πράττει.

Στον αντίποδα της αρχής της ιδιωτικής αυτονομίας θα μπορούσαμε να συνδέσουμε την προοπτική της προσπάθειας αύξησης των μεταμοσχεύσεων και της “απαλλοτρίωσης του

---

<sup>256</sup> *Αναπλιώτη-Βαζαίου Ει.*, Γενικές Αρχές Ιατρικού Δικαίου, 1993, σελ. 33 επ.

<sup>257</sup> *Αναπλιώτη-Βαζαίου Ει.*, ο.π., σελ. 38

ανθρώπινου σώματος” με τη φιλοσοφία του ωφελιμισμού του Μπένθαμ. Ο Μπένθαμ, ένας Άγγλος ηθικός φιλόσοφος θεμελίωσε την διαισθητικά ελκυστική θεωρία του ωφελιμισμού.<sup>258</sup> Η κύρια ιδέα της είναι ότι ύψιστη αρχή της ηθικής είναι το να μεγιστοποιεί κανείς τη γενική στάθμη της ευτυχίας σε σχέση με την οδύνη. Με τον όρο ωφελιμότητα εννοεί οτιδήποτε παράγει ηδονή και ευτυχία και οτιδήποτε αποτρέπει τον πόνο ή τα βάσανα. Όμως η πιο κραυγαλέα αδυναμία του ωφελιμισμού είναι ότι δεν σέβεται τα ατομικά δικαιώματα και οδηγεί στην αρχή της σκοπιμότητας, πολιτική των αστυνομικών κρατών σε αντιδιαστολή με τη δομή του κράτους δικαίου.<sup>259</sup>

Περαιτέρω, σε επίπεδο φιλοσοφίας δικαίου, ας εξετάσουμε και την αριστοτελική σύλληψη περί διορθωτικής δικαιοσύνης και την χρησιμότητα στο δίκαιο των μεταμοσχεύσεων. Η συμφωνία μεταξύ του δότη και λήπτη ή δότη και ιατρού για μεταμόσχευση φαίνεται να συγκροτεί αλλά και να υπερβαίνει τη λογική της αριστοτελικής έννοιας της διορθωτικής δικαιοσύνης<sup>260</sup>, την κανονιστική πρωτοκαθεδρία της οποίας δέχεται η κρατούσα πλέον σήμερα φιλοσοφική διδασκαλία για το ιδιωτικό δίκαιο. Το διορθωτικό δίκαιο είναι το δίκαιο που διορθώνει τις αδυναμίες, τις πλημμέλειες, τα κενά που παρατηρούνται στις συναλλακτικές σχέσεις (συλλογιστική που μπορεί να οικοδομήσει τη βάση της ερμηνείας των δικαιοπραξιών, όπως θα αναλύθηκε ανωτέρω).

Η εν λόγω λειτουργία του δικαίου κατά τον Αριστοτέλη απευθύνεται σε δύο είδη αδικημάτων: στα ακούσια και στα εκούσια. Ενώ τα ακούσια αδικήματα αφορούν κατά κόρον το ποινικό δίκαιο, τα εκούσια είναι αυτά που διαπράττονται σε συναλλακτικές πράξεις με την ελεύθερη βούληση των μερών. Το “αδίκημα” διαπράττεται όταν η αρχική συμφωνία παραβιάζεται και καταλήγει σε αδικία σε βάρος του άλλου, όπως για παράδειγμα όταν ο γιατρός ενεργεί κατά το δοκούν αντίθετα με τη βούληση του ασθενούς ή όταν δεν ενημερώνει τον τελευταίο κατά τον προσήκοντα τρόπο εκμεταλλευόμενος την άγνοιά του. Για να διορθωθεί αυτή η αδικία χρειάζεται η καταλυτική παρέμβαση του δικαστή με σκοπό την επανόρθωση της ζημίας και την αποκατάσταση της δικαιοσύνης.

Το διορθωτικό δίκαιο λειτουργεί σύμφωνα με την αριθμητική αναλογία. Κριτήριό της δεν είναι η αξία, αλλά το κέρδος και η ζημία, ώστε να επιτευχθεί η μεσότητα και να αποφευχθεί η υπερβολή και η έλλειψη. Επομένως, στη διορθωτική δικαιοσύνη, αυτό που ενδιαφέρει σαν σκοπός είναι το “άριστον” της μεσότητας όταν φαίνεται να συγκρούονται τα εκατέρωθεν συμφέροντα. Αυτό στο συνταγματικό δίκαιο συνιστά την “αρχή της πρακτικής αρμονίας”, στο ιδιωτικό δίκαιο την αρχή της καλής πίστης, της μη κατάχρησης δικαιώματος κτλ, επιδρά θεμελιωδώς στο ιδιωτικό δίκαιο των μεταμοσχεύσεων (όπως στην υπαγωγή της ιατρικής σχέσης στις διατάξεις της προστασίας

---

<sup>258</sup> Sandel J., Δικαιοσύνη, Τι είναι το σωστό, Μετάφραση Αλέξανδρος Κιουπκόλης, 2011, σελ 54

<sup>259</sup> Τάχος, Α.Ι., Διοικητικό Δίκαιο, 2005, σελ.68

<sup>260</sup> Αριστοτέλης, Ηθικά Νικομάχεια, 1131α1 “εν τω συναλλάγματι διορθωτικών”

του καταναλωτή, στις προβλέψεις των άρθρων 288, 388 ΑΚ) και εν γένει στο πλέγμα της νομικής επιστήμης.

Ο Σούρλας συμπληρώνει σχετικά ότι η διορθωτική δικαιοσύνη εφαρμόζεται σε διμερείς σχέσεις, προσωποπαγείς, δηλαδή το κάθε πρόσωπο που μετέχει σε αυτές λαμβάνεται υπόψη εξατομικευμένα ως φορέας βασικών δικαιωμάτων<sup>261</sup>, όπως στην παρούσα φάση, μεταξύ των προσώπων που εμπλέκονται σε μια μεταμόσχευση.

Ωστόσο, το δίκαιο των μεταμοσχεύσεων, φέρει στο προσκήνιο σύνθετους προβληματισμούς, εμπλέκει το δημόσιο, το ιδιωτικό δίκαιο, την βιοηθική, την κοινωνιολογία κτλ. Όπως ειπώθηκε στο εισαγωγικό κείμενο της εργασίας, υπερβαίνει τη λογική της δικαιοπραξίας του αστικού δικαίου. Γι' αυτό δεν μπορεί να επιλυθεί σαν ζήτημα, μόνο με την αριστοτελική συλλογιστική της διορθωτικής δικαιοσύνης στις συναλλαγές.

Για να το θέσουμε πιο απλά, η ακριβοδίκαιη θεώρηση στις συναλλαγές των μεταμοσχεύσεων εν ζωή, που επικεντρώνεται κατά κόρον στην προσφορά οργάνων μεταξύ συγγενών, δεν παύει να οδηγεί σε δυσμενέστερη θέση αυτούς που χρειάζονται όργανα και δεν έχουν οικογένεια, σε σχέση με αυτούς που έχουν. Κατά τη γνώμη της παρούσας, ο νομοθέτης με το να εκφράζει δυσπιστία στις δωρεές οργάνων εκτός οικογένειας είναι σαν να καταδικάζει αυτούς που δεν έχουν οικογένεια σε μια δυσχερέστερη αναζήτηση για όργανα και θεραπεία. Εδώ έρχεται στο προσκήνιο η αριστοτελική έννοια της διανεμητικής δικαιοσύνης, που επιβάλλεται από την οργανωμένη κοινωνία, από το κράτος, και αφορά όλους τους πολίτες και όχι μόνο τα μεμονωμένα άτομα που προβαίνουν σε μια “συναλλαγή”.<sup>262</sup>

Αυτό φαίνεται να επιβεβαιώνεται και από την αρχή της διανεμητικής δικαιοσύνης. Ως ένας από τους επιφανέστερους σύγχρονους υποστηρικτές της εξάρτησης της διορθωτικής δικαιοσύνης από την διανεμητική εμφανίζεται ο Τζων Ρωλς. Στο έργο του “Η Θεωρία της Δικαιοσύνης”<sup>263</sup>, αναφέρει πως το σύστημα κανόνων ακριβοδίκαιων συναλλαγών είναι ακατάλληλο να οδηγήσει από μόνο του στη δίκαιη διαμόρφωση της βασικής κοινωνικής δομής. Τούτο γιατί ακόμη κι αν οι προθέσεις του νομοθέτη του ιδιωτικού δικαίου και των συναλλασσομένων είναι απολύτως αγαθές θα μπορούσε να προσθέσει κανείς ότι ελλοχεύει ο κίνδυνος μεγάλων κοινωνικών ανισοτήτων που είναι ικανές να ανατρέψουν τη θέση των συμβαλλομένων ως ελεύθερων και ίσων. Η διόρθωση των ζητημάτων αυτών πρέπει επομένως να είναι έργο ενός ξεχωριστού συστήματος κανόνων, που να ρυθμίζει τα της βασικής κοινωνικής δομής, κάτι που είναι αδύνατον να επιτευχθεί αποκλειστικά από το δίκαιο των ιδιωτικών συμβάσεων.

Άλλο ένα ζήτημα δεκτικό φιλοσοφικού, κοινωνιολογικού και ταυτοχρόνως νομικού

---

<sup>261</sup> Σούρλας Π., Δικαιοσύνη και Δίκαιο, 2015, σελ.428-429

<sup>262</sup> Αριστοτέλης, Ηθικά Νικομάχεια, 1130b 31-32 και Περί Αρετών και Κακών, 1250 α 12

<sup>263</sup> Σούρλας Π., ο.π., σελ. 436 όπου αναφέρεται αναλυτικά στις θέσεις του Ρωλς.

προβληματισμού<sup>264</sup> είναι η λόγω της ιατρικής έννοιας του εγκεφαλικού θανάτου σύγχυση στον ορίζοντα κατανόησης των ανθρώπων για το τι είναι ο θάνατος και πως συμπλέκεται με ανεπίλυτα λεπτά ζητήματα της ανθρώπινης ύπαρξης. Ήδη κατά το άρθρο 7 παρ. 4 και το άρθρο 5 του ν.1383/83 που επαναλήφθηκε με το άρθρο 12 του ν.2737/99 “με την επέλευση του θανάτου η αφαίρεση ιστών και οργάνων μπορεί να γίνει και όταν και όταν οι λειτουργίες ορισμένων οργάνων, εκτός από τον εγκέφαλο, διατηρούνται με τεχνητά μέσα στη ζωή (εγκεφαλικός θάνατος). Ο νομοθέτης στηρίχθηκε στη θέση του Μαργαρίτη και του Ανδρουλάκη κατά τους οποίους ο άνθρωπος παύει να υπάρχει όταν σταματά αμετάκλητα η αυτοδύναμη λειτουργία της αναπνοής και της κυκλοφορίας του αίματος ή (διαζευκτικά) όταν παύει αμετάκλητα η λειτουργία του εγκεφάλου και οι ανωτέρω λειτουργίες διατηρούνται τεχνητά<sup>265</sup>. Η ολοκληρωτική νέκρωση του εγκεφάλου, ως χρόνος επέλευσης του θανάτου, υιοθετείται επίσης ρητώς στο ισπανικό, φινλανδικό, νορβηγικό, σουηδικό δίκαιο<sup>266</sup>.

Σε γενικό επίπεδο υπάρχει σύγχυση μεταξύ του εγκεφαλικού θανάτου και της χρόνιας φυτικής κατάστασης λόγω της ανεπαρκέστατης κοινωνικής ενημέρωσης. Άλλωστε υπάρχει σύγχυση και στην ίδια την επιστήμη.<sup>267</sup> Ο απλός άνθρωπος συχνά δεν γνωρίζει τι είναι εγκεφαλικός θάνατος, αγνοεί τα πορίσματα της ιατρικής επιστήμης και πλανάται ότι ο συγγενής του ζει γιατί η καρδιά του χτυπά και το αίμα του κυκλοφορεί. Αυτό ισχυροποιείται από το ότι η συναισθηματική

---

<sup>264</sup> Έχει υποστηριχθεί, όχι πειστικά, πως εξαιτίας των μοντέρνων μεθόδων επαναφοράς του ανθρώπου στη ζωή, τα όρια μεταξύ ζωής και θανάτου δεν μπορούν να προσδιοριστούν αντικειμενικά. Προκειμένου να διευκολυνθεί η διεξαγωγή των μεταμοσχεύσεων το κριτήριο για το θάνατο πρέπει να εντοπιστεί στην απόφαση του ιατρού. Εντούτοις η άποψη αυτή εναποθέτει τη ζωή του ασθενούς στην κρίση του ιατρού δίδει πρόσφορο έδαφος για την εμπορευματοποίηση του θανάτου σε περιπτώσεις δωρεάς οργάνων, όταν συγκρούονται τα συμφέροντα του δότη με τα συμφέροντα ενός τρίτου προσώπου όταν είναι κατ' εξοχήν απαραίτητη η ύπαρξη ασφάλειας δικαίου ως προς το χρόνο επέλευσης του θανάτου. Ο χρόνος αυτός δεν τελεί μονάχα σε συνάρτηση με τη δυνατότητα διεξαγωγής μεταμόσχευσης αλλά κυρίως καθορίζει το τέλος της προστασίας της ζωής του ανθρώπου, ως έννομο αγαθό στο ποινικό δίκαιο, ως ατομικό δικαίωμα στο συνταγματικό δίκαιο, ως υπόσταση του φυσικού προσώπου στο αστικό δίκαιο. Γι' αυτό θα ήταν επικίνδυνα επισφαλές να προσδιορίζεται με υποκειμενικά κριτήρια. R. Schoning, Zur Feststellung des Todeszeitpunktes, NJW 1968, 189 επ., όπως παραπέμπει η Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε, ο.π., σελ 119

<sup>265</sup> Μαργαρίτης Α., Σωματικές Βλάβες, 2000, σελ. 77, Ανδρουλάκης Ν., Ποινικών Δίκαιον, Ειδικό μέρος, 1974, παρ. 24, Συμεωνίδου-Καστανίδου, ο.π., σελ 123 επ.

<sup>266</sup> Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε., Εγκλήματα κατά της ζωής, 2001, ο.π., σελ 129

<sup>267</sup> Χατζηκόστας Κ., Ο ν.2737/1999 και οι post mortem μεταμοσχεύσεις - Μια κριτική προσέγγιση, Ποιν. Χρ., 2005, 3επ., όπου θέτει σκληρή αμφισβήτηση για τον εγκεφαλικό θάνατο ταυτίζοντάς τον με ένα τέχνασμα για να συσκοτίζεται στην κοινή γνώμη το αναπόφευκτο αντίβαρο που έχει η κατ' αρχήν επωφελής δωρεά ζωτικών οργάνων. Αυτό το αντίβαρο είναι η συντόμευση της ζωής του δότη που μέσω του εγκεφαλικού θανάτου παρακάμπτει αξεπέραστα διλήμματα και σοβαρούς ηθικούς προβληματισμούς και αποτελεί την επιλογή ενός ανώδυνου, στην πραγματικότητα όμως επικίνδυνου συμβιβασμού με σκοπό την εύρεση μοσχευμάτων. Η βάση της θέσης είναι ότι η λειτουργία του εγκεφάλου δεν είναι απαραίτητη για την ύπαρξη της ενότητας του ανθρώπινου οργανισμού ως ενιαίου συνόλου. Ακόμη κι αν ο εγκέφαλος δεν λειτουργεί υπάρχει ενότητα αλλά αποδεκατισμένη χωρίς όμως να προτάσσει πειστικά επιχειρήματα για το πως μπορεί να στοιχειοθετηθεί αυτή η ενότητα.

ένταση δεν τον αφήνει να πιστέψει ότι ο συγγενής του πέθανε και συνιστά ίσως αποτρεπτικό παράγοντα στο να παράσχει θετική δήλωση βουλήσεως περί δωρεάς μετά θάνατον.<sup>268</sup>

## Συμπεράσματα

Κατά την δυναμική όψη του δικαίου, οι ηθικές βιοθεωρητικές διαστάσεις περί μεταμόσχευσης που αποκτούν έδαφος σε κοινωνικό επίπεδο αλληλεπιδρούν με τη διάπλαση νομικών κανόνων που συνεχώς αλλάζουν. Όταν εξελίσσονται σε εναρμόνιση με την τεχνολογική και την επιστημονική ανάπτυξη των καιρών την ενθαρρύνουν ενώ όταν μένουν σε στασιμότητα δυστυχώς θέτουν προσκόμματα σε νεωτεριστικές νομικές λύσεις. Δεν είναι όμως μόνο το θετικό δίκαιο που συγκαθορίζεται από τις κοινωνικές πραξιακές υποστάσεις, αλλά και αυτό αναδρά, από πλευράς του, διαπλαστικά επί του βίου της κοινωνίας. Σε γενικευμένη έκταση, αλλά και πολύ περισσότερο σε βιοηθικά ζητήματα όπως αυτό, η ηθική και το δίκαιο πρέπει να τελούν σε αμφίδρομη αντανάκλαση και αμοιβαία ώθηση στην επίλυση νεοεμφανιζόμενων αναγκών<sup>269</sup>. Γι’

---

<sup>268</sup>Ένα περιστατικό που απασχόλησε τα δικαστήρια των ΗΠΑ καταδηλοί πόσο προβληματικός ήταν ο παλαιός ορισμός υπό τις παρούσες συνθήκες: Ο οικοδόμος Α εισήχθη στη χειρουργική κλινική με συντετριμένο το κρανίο μετά από ατύχημα. Ο χειρουργός Β τον συνέδεσε με μηχανήμα τεχνητής αναπνοής και μόλις διαπίστωσε την πλήρη νέκρωση του εγκεφάλου, αφαίρεσε την καρδιά και τη μεταμόσχευσε σε άλλον άνθρωπο. Εφόσον όμως δεν είχε σταματήσει ούτε η αναπνοή ούτε η κυκλοφορία του αίματος, ο άνθρωπος από τον οποίο αφαιρέθηκε η καρδιά ήταν ζωντανός σύμφωνα με τον παραδοσιακό ορισμό που έδιδε η ιατρική επιστήμη. Όμως αν η μεταμόσχευση έπρεπε να γίνει μετά την παύση της τεχνητής αναπνοής, τούτο θα σήμαινε τη νέκρωση οργάνων που ενώ δεν μπορούσαν να βοηθήσουν στην παράταση της ζωής εκείνου στον οποίο ανήκουν, μπορούν εντούτοις να επιτρέψουν σε κάποιον άλλον να συνεχίσει να ζει.

Δεν ήταν όμως μόνο οι ανάγκες της επιστήμης και τα κοινωνικά συμφέροντα για ανάπτυξη της χειρουργικής των μεταμοσχεύσεων που πίεζαν για μια νέα προσέγγιση της έννοιας του θανάτου. Η πρώτη μεταμόσχευση καρδιάς, τον Δεκέμβριο του 1967, αποσταθεροποίησε τα θεμέλια του παλαιού ορισμού. Μέχρι τότε η καρδιά θεωρούνταν το όργανο που ταυτιζόταν με την ίδια την ανθρώπινη υπόσταση. Αλλά από εκείνο το σημείο και έπειτα αποδείχθηκε ότι και αυτή είναι ένα απλό όργανο του σώματος όπως και τα άλλα, που μπορεί να αντικατασταθεί και να συνεχίσει να ζει με τον θάνατο του ανθρώπου, μέσα σε άλλον άνθρωπο. Ταυτόχρονα ξεκαθαρίστηκε ότι είναι σημαντικό για τη νομική επιστήμη το γεγονός ότι ο θάνατος δεν είναι πράγματι ένα στιγμιαίο συμβάν όπως η παύση της αναπνοής ή της κυκλοφορίας του αίματος αλλά μια ολόκληρη διαδικασία σταδιακής νέκρωσης των οργάνων του σώματος. Η θέση ότι ο θάνατος του ανθρώπου επέρχεται σε μια στιγμή έχει πλασματικό περιεχόμενο, δεν αποτελεί παρά μια επιλογή ενός σημείου από το συνολικό γεγονός του θανάτου. Το σημείο αυτό πρέπει να εδράζεται σε συγκεκριμένα πειστικά επιστημονικά πορίσματα τα οποία ορίζουν με αξιοπιστία πότε υπάρχει τέτοια ποιοτική μεταβολή στην κατάσταση του ανθρώπου ώστε να δικαιολογείται η άρση της προστασίας της ζωής. *Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε.*, ο.π., σελ 117

<sup>269</sup>*Zippelius Reinhold*, Θεμελιώδεις έννοιες της Κοινωνιολογίας του Δικαίου και της Πολιτείας, Μετάφραση *Ιωάννης Στράγγας, Αντώνης Χάνος*, 2008, σελ 76. Οι κανόνες δικαίου χρησιμοποιούνται για την επίτευξη κοινωνικοπολιτικών σκοπών. Προφανώς ο συγγραφέας εννοεί ότι το δίκαιο έχει τη δυναμική να διαμορφώσει

αυτό όταν αποστασιοποιούνται ή συγκρούονται, όταν ας πούμε ο νομοθέτης πρωτοπορεί σε θέματα που η κοινωνία δεν είναι έτοιμη να ενστερνιστεί (λ.χ. με την καθιέρωση αμιγούς συστήματος εικαζόμενης συναίνεσης στον ν.3984/2011) οι ισορροπίες κινδυνεύουν να ανατραπούν σε περιβάλλον αιφνιδιασμού, πρόχειρης λύσης και βεβιασμένων νομοθετικών κινήσεων.

Η ηθική θολότητα που δημιουργείται από αυτή την απόκλιση στην ατομικιστική Ιπποκρατική ηθική προβλέπεται να είναι μια από τις μεγαλύτερες προκλήσεις του καιρού όχι μόνο στην ιατρική επιστήμη αλλά και από νομικής, κοινωνικής και φιλοσοφικής πλευράς.<sup>270</sup> Ένας σημαντικός στόχος που πρέπει να επιτευχθεί είναι η στο μέγιστο συμπίεση του όποιου νομοθετικού καθεστώτος με ώριμες και παγιωμένες πεποιθήσεις στην κοινωνική συνείδηση που επίσης θα διαπνέονται από αίσθημα δικαιοσύνης.

Ο Κούρτης<sup>271</sup> επισημαίνει ως σημαντικές αιτίες της δυσκολίας ανεύρεσης οργάνων την καχυποψία των πολιτών απέναντι στην Πολιτεία στον τομέα των μεταμοσχεύσεων, τη δυσπιστία στον ιατρικό κλάδο και την άρνηση της ιδέας του θανάτου. Η μη επιθυμητή αποτελεσματικότητα στις μεταμοσχεύσεις οφείλεται σε ένα καθεστώς απαιδευσίας και “κοινωνικού σκοταδισμού” που επηρεάζει δυστυχώς και τις επιλογές του νομοθέτη. Γίνεται φανερό πως η επιτυχία της νομοθετικής πρωτοβουλίας στο καίριο κοινωνικό αυτό πρόβλημα θα πρέπει να εξεταστεί υπό το πρίσμα του σεβασμού των αντιτιθέμενων παραμέτρων και συμφερόντων, αλλά και της αναθεώρησης των εδραιωμένων πεποιθήσεων και των προκαταλήψεων και κατά συνέπεια τη συστηματική διαφώτιση των κοινωνιών<sup>272</sup>. Στο σημείο τούτο έγκειται η παιδευτική αποστολή του νομοθέτη και η δυναμική του δικαίου που αλληλοσυσχετίζεται με τις ηθικοφιλοσοφικές βάσεις της κοινωνίας.

---

συνειδήσεις. Αυτή η λειτουργία του δικαίου μπορεί να οριστεί ως κοινωνική μηχανική ή κοινωνική μεταβολή του δικαίου ιδίως κατά τον Ehrlich όπου "στην ευθύνη του νομικού εμπιστεύεται κανείς ένα μερίδιο της διεύθυνσης της κοινωνίας" Από την άλλη το δίκαιο εξαρτάται από ανθρωπολογικά δεδομένα (σελ.110). Κατά τον Ehrlich (σελ.116) το κέντρο βάρους της δικαιοσύνης εξελίχθηκε και στη δική μας εποχή, όπως και σε όλες τις εποχές, δεν έγκειται ούτε στη νομοθέτηση, ούτε στη νομική επιστήμη ή την απονομή της δικαιοσύνης, αλλά στην ίδια την κοινωνία.

<sup>270</sup>Το ζήτημα των μεταμοσχεύσεων αγγίζει αναμφίβολα τις δοξασίες που εκτρέφονται στο συλλογικό ασυνείδητο, από τα βάθη των αιώνων σχετικά με το θάνατο. *Μαραγκάκη Ε.*, Δωρεά και μεταμόσχευση οργάνων (ν.3984/2011), Αναγκαιότητα - Νέες Ρυθμίσεις, ΣΥΝ, 2011, Τεύχος 86, σελ. 41

<sup>271</sup>Κούρτης Μ., ο.π., σελ.233 επ.

<sup>272</sup>Καϊάφα-Γκμπάντι Μ., Μεταμοσχεύσεις: Παρόν και μέλλον του νομικού πλαισίου, Δημοσιεύματα Ιατρικού Δικαίου και Βιοηθικής, Μεταμοσχεύσεις, 2008, σελ.28

## ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ- ΑΡΘΡΟΓΡΑΦΙΑ

- 10 Sandel J., Δικαιοσύνη, Τι είναι το σωστό, Μετάφραση Αλέξανδρος Κιουπκόλης, 2011
- 10 Zippelius Reinhold, Θεμελιώδεις έννοιες της Κοινωνιολογίας του Δικαίου και της Πολιτείας, Μετάφραση Ιωάννης Στράγγας, Αντώνης Χάνος, 2008
- 10 Αναπλιώτη - Βαζαίου, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, 1993
- 10 Αναστασόπουλος Δ., Ο Αιτιώδης Σύνδεσμος στην Ποινική Ιατρική Ευθύνη, Εισαγωγή, δημοσιευμένο σε Ιατρική Ευθύνη και Βιοηθική, 2015.
- 10 Ανδρουλάκης Ν., Ποινικόν Δίκαιον, 1974
- 10 Ανδρουλιδάκη Δημητριάδη Ι, Η υποχρέωση ενημέρωσης του ασθενούς, Συμβολή στη διακρίβωση της αστικής ευθύνης, 1993
- 10 Αριστοτέλης, Ηθικά Νικομάχεια
- 10 Βάρκα Αδάμη Α., Αδάμης Σ., Η ενημέρωση και συναίνεση του ασθενούς, Η περίπτωση του υποψηφίου δότη και λήπτη ιστών και οργάνων για μεταμόσχευση, 2007. Δημοσιευμένο στην ιστοσελίδα [synefros.gr](http://synefros.gr)
- 10 Βάρκα Αδάμη Α., Κριτική Θεώρηση του ν. 2737/1999 “για τις μεταμοσχεύσεις ανθρώπινων ιστών και οργάνων, ΚριτΕ, 2/2000,
- 10 Βάρκα Αδάμη Α., Οι καινοτομίες του ν3984/2011 για τη δωρεά και μεταμόσχευση οργάνων, ΕλλΔνη, 2011
- 10 Βάρκα Αδάμη Α., Το δίκαιο των μεταμοσχεύσεων, 1993
- 10 Βάρκα-Αδάμη Α., Καινοτομίες του ν.3984/2011 για τη δωρεά οργάνων και μεταγενέστερες παλινδρομήσεις. Σε Βιοηθικοί Προβληματισμοί, Επιμέλεια: Κανελλοπούλου Μπότη Μ. και Παναγοπούλου Κουτνατζή Φ., 2014
- 10 Βιδάλης Τ, Η εικαζόμενη συναίνεση, σε Επιθεώρηση Βιοηθικής, 2008
- 10 Γαζέτα Κ.Ν., Γενικοί Όροι των Συναλλαγών και Καταναλωτής, Δικαστική Προστασία, 1999
- 10 Γεωργιάδης Α., Αστικός Κώδικας, Γενικές Αρχές, Πρακτικά Θέματα με Λύσεις, 2005
- 10 Γεωργιάδης Α., Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, 2007
- 10 Γεωργιάδης Α., Ενοχικό Δίκαιο, Ειδικό Μέρος, Τόμος II, 2007
- 10 Γούλας Δ., Δωρεά Βιολογικού Υλικού Ανθρώπινης Προέλευσης για ερευνητικούς σκοπούς, σε Βιοηθικοί Προβληματισμοί , 2014 σελ.323 επ.
- 10 Δ.Ι.Σ. (Διαρκής Ιερά Σύνοδος της Εκκλησίας της Ελλάδος), κείμενο με τίτλο: «Περί του ζητήματος της

- εικαζόμενης συναίνεσης συμφώνως τοις Ν. 3984/2011 και 4075/2012» με αριθ. Πρωτοκόλλου 4035 και αριθ. Διεκπ. 1778.292
- 10 Δαγτόγλου Π.Δ., Συνταγματικό Δίκαιο, Ατομικά Δικαιώματα, 2010
  - 10 Δάλλα-Βοργιά Π., Σύμβαση για την προστασία ανθρωπίνων δικαιωμάτων και της αξιοπρέπειας του ανθρώπου σε σχέση με τις εφαρμογές της βιολογίας και της ιατρικής, ΝοΒ, 1999, 873επ.
  - 10 Δημόπουλου Χ, Η διαφθορά, 2005
  - 10 Δωρή Φ., Δικαστικός έλεγχος Γενικών Όρων Ασφαλιστηρίων για την κάλυψη της Αστικής Ευθύνης από αυτοκινητιστικά ατυχήματα, ΝοΒ, 1982
  - 10 Εθνική Επιτροπή Βιοηθικής για τη νομοθετική αντιμετώπιση των μεταμοσχεύσεων.Ανάρτηση στη ιστοσελίδα [www.bioethics.gr](http://www.bioethics.gr).
  - 10 Ηλιοπούλου Στράγγα Τ., Η “τρίτενέργεια” των ατομικών και κοινωνικών δικαιωμάτων του Συντάγματος του 1975, 1990
  - 10 Καϊάφα-Γκμπάντι Μ., Μεταμοσχεύσεις: Παρόν και μέλλον του νομικού πλαισίου, σε Δημοσιεύματα Ιατρικού Δικαίου και Βιοηθικής, Μεταμοσχεύσεις, 2008,
  - 10 Κανελλοπούλου- Μπότη Μ., σε Ερμηνεία Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας (ν.3418/2005), επιμέλεια Λασκαρίδη Εμ., 2013, σελ.151
  - 10 Καρακώστας Ι.Κ., Αστικός Κώδικας, Ερμηνεία-Σχόλια-Νομολογία, 2005
  - 10 Κασιμάτης Γ., Το ζήτημα της τρίτενέργειας των ατομικών και κοινωνικών δικαιωμάτων, 1981, αρ.1 ε
  - 10 Κουνουγέρη Μανωλεδάκη Δ., Οικογενειακό Δίκαιο, Τόμος 2, 2012
  - 10 Κούρτης Μ. Αστικό Δίκαιο των Μεταμοσχεύσεων, 2002
  - 10 Κρεμαλής Κ., Δίκαιο της Υγείας, Γενικές Αρχές των Κοινωνικών Υπηρεσιών Υγείας, 2011, Τόμος Ι,
  - 10 Κρεμαλής, Δίκαιο της Υγείας, Νομοθεσία-Νομολογία- Εγκύκλιοι- Υποδείγματα, Τόμος 2, 2012
  - 10 Κριάρη-Κατράνη Ι., Βιοϊατρικές Εξελίξεις και Συνταγματικό Δίκαιο, 1994
  - 10 Κυριακού Τ, Ο ν.3984/2011 και η Καθιέρωση του Συστήματος της Τεκμαιρόμενης Συναίνεσης του Νεκρού Δότη, Μια Κριτική Προσέγγιση, στη συλλογή Ιατρική Ευθύνη και Βιοηθική, 2015
  - 10 Κυριακού Τ., Ο ν.3984/2011 και η Καθιέρωση του Συστήματος της Τεκμαιρόμενης Συναίνεσης του Νεκρού Δότη, Μια Κριτική Προσέγγιση, δημοσιευμένο σε Βιοηθικοί Προβληματισμοί, 2014
  - 10 Κωστάκης Α., Μεταμοσχεύσεις Ιστών και Οργάνων, Δώρο Ζωής, σε Επιστημονικές δημοσιεύσεις Παρισιάνου ΑΕ, 2004
  - 10 Μανωλεδάκης Ι., Υπάρχει δικαίωμα στο θάνατο;, ΠοινΧρ, 2004
  - 10 Μαραγκάκη Ε., Δωρεά και μεταμόσχευση οργάνων (ν.3984/2011), Αναγκαιότητα - Νέες Ρυθμίσεις, ΣΥΝ, 2011, Τεύχος 86
  - 10 Μαργαρίτης Α., Σωματικές Βλάβες, 2000, σελ. 77,
  - 10 Μαυριάς Κ., Τα κοινωνικά δικαιώματα στο Σύνταγμα του 1975, δημοσιευμένο σε Α' Συνέδριο της Ένωσης Ελλήνων Συνταγματολόγων, 1986,
  - 10 Μεντής Γ., Γενικοί Όροι Συναλλαγών σε καταναλωτικές και εμπορικές συμβάσεις, 2000
  - 10 Μπαλής Γ., Κληρονομικό δίκαιο, 1972
  - 10 Παπαδημητρώπουλος Α., Η συμπληρωτική ερμηνεία των δικαιιοπραξιών, 2009
  - 10 Παπαδοπούλου Α, Προγενέστερες Οδηγίες για το Τέλος της Ζωής, Βιοηθική και Συνταγματική Αξιολόγηση, στη συλλογή Ιατρική Ευθύνη και Βιοηθική, 2015
  - 10 Παπαδοπούλου Α. και Παντελής Α., Ζητήματα Συνταγματικών Επιφυλάξεων, 1984
  - 10 Παπαζήση Θ., Ζητήματα Βιοηθικής στη Σύμβαση του Οβιέδο σε σχέση με τον ν.3089/2002, ΧρΙΔ 2006
  - 10 Παπαζήση Θ., Συναίνεση ως προϋπόθεση σύννομης παροχής υπηρεσιών υγείας, Digesta 2004
  - 10 Παπανικολάου Π., Μεθοδολογία του Ιδιωτικού Δικαίου και Ερμηνεία των δικαιιοπραξιών, 2000

- 10 Παπαχρίστου Θ.Κ., σε Ιατρική Δεοντολογία, 2013, Επιμέλεια Βιτάλης Τ.Κ
- 10 Πελλένη- Παπαγεωργίου Α., Ο Κώδικας Ιατρικής Δεοντολογίας από Νομική Σκοπιά, Νομικό Βήμα, Τόμος Β, 2007
- 10 Πελλένη-Παπαγεωργίου Α., Πραγματείες Αστικού Δικαίου, Ιατρική Αστική Ευθύνη και Συναίνεση του Ασθενούς, 2016
- 10 Περάκης Ευ., Γενικό Μέρος του Εμπορικού Δικαίου, 2011,
- 10 Ρηγάτος Α., Ηθικά και Δεοντολογικά Προβλήματα για το Τέλος της Ζωής, στη συλλογή Ιατρική Ευθύνη και Βιοηθική, 2015
- 10 Σακελλαροπούλου Β., Λάλα Δ., Σακελλαρόπουλος Θ., Ο νέος νόμος για τη δωρεά και μεταμόσχευση οργάνων (ν.3984/2011) συγκριτικά και με τον προηγούμενο (ν.2737/1999), Ποιν. Χρ. 2012, 91 επ. και Αρμ 2012, 860 επ.
- 10 Σακελλαροπούλου Ε., Η ποινική αντιμετώπιση του ιατρικού σφάλματος και η συναίνεση του ασθενούς στην ιατρική πράξη, 2011
- 10 Σημεωνίδου-Καστανίδου Ε., Εγκλήματα κατά προσωπικών αγαθών, 2006
- 10 Σούρλας Π., Δικαιοσύνη και Δίκαιο, 2015
- 10 Σπινέλλης Δ., Το έννομον αγαθόν και η σημασία του εις την σύγχρονον διδασκαλίαν του ποινικού δικαίου, ΠοινΧρον, 1971,
- 10 Σπυριδάκης Ι.Σ., Εισηγήσεις Αστικού Δικαίου, 2015
- 10 Σταθόπουλος Μ.Π., Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 1998
- 10 Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε., Εγκλήματα κατά της ζωής, 2001
- 10 Τακούδας Δημήτριος Τ, Μεταμοσχεύσεις Οργάνων:Από το μύθο στην πραγματικότητα, περιλαμβάνεται σε Μεταμοσχεύσεις, Δημοσιεύματα Ιατρικού Δικαίου και Βιοηθικής, Διεύθυνση: Καϊάφα Γκμπάντι Μ, Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Ε, Συμεωνίδου Καντανίδου Ε, 2008
- 10 Τασόπουλος Γ.Α., Δημοσιεύματα Συνταγματικού Δικαίου, Το ηθικοπολιτικό θεμέλιο του Συντάγματος, 2001
- 10 Τάχος Α.Ι., Διοικητικό Οικονομικό Δίκαιο, 1992
- 10 Τριάντος Ν., Δικαιοπραξίες, δημοσιευμένο στη σειρά Η Δικηγορία στην Πράξη, 1998
- 10 Τσουτσούλη Αντωνία, Διπλωματική Εργασία, Πμς Κοινωνιολογίας Δικαίου, Νομική Σχολή Θεσσαλονίκης, 2010
- 10 Φουντεδάκη Αι., Αστική Ιατρική Ευθύνη, 2003
- 10 Φουντεδάκη Αι., Η Αστική Ιατρική Ευθύνη μετά τον ν.2251/1994, Κρ.Ε., 1996/2
- 10 Χαραλαμπίδης Α., Διάγραμμα Ποινικού Δικαίου, Γενικό Μέρος, 2003,
- 10 Χατζηκώστας Κ., Ο ν.2737/1999 και οι post mortem μεταμοσχεύσεις - Μια κριτική προσέγγιση, Ποιν. Χρ., 2005,
- 10 Χρυσόγονος Χ., Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, 2006
- 10 Ψαρούλης Δ και Πολυχρόνης Β, Ιατρικό Δίκαιο, Στοιχεία Βιοηθικής, 2010

#### **ΧΡΗΣΙΜΕΣ ΔΙΚΑΣΤΙΚΕΣ ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ**

- 10 ΑΠ 222/2016, ΝοΒ, Τόμος 64, 2016
- 10 ΑΠ 424/2012 Νομος, ΧΡΙΔ 2012/587
- 10 ΑΠ46/2003, ΕλλΔ 2003, 1280
- 10 ΔιοικΕφΘεσ 1786/2005, Αρμ 2007 Β, σελ. 1781
- 10 ΕφΑθ 5316/1990 Δνη 1991,1043
- 10 ΕφΑθ 5316/1990 Δνη 1991,1043.
- 10 ΕφΑθ5548/2001 Αρμ 2002, 880

- ⑩ ΕφΘεσ 1286/93 Αρμ , 1994, 48, 412
- ⑩ ΕφΘεσσ 2474/99 Αρμ, 2000, 54, 945
- ⑩ Πολ.ΠρωτΛαρ 191/2012, Δικογρ, 2013
- ⑩ ΠολΠρωτΑθ. 1449/2007 Αρμ. 2009, 1006
- ⑩ ΣτΕ 400/1986 (Ολ) Το Σ., 1986, 433.
- ⑩ ΤριμΕφΛάρ. 298/2015, ΝοΒ, 2016, Τόμος 64, σελ. 520 επ,