

**Η ΑΣΤΙΚΗ ΕΥΘΥΝΗ ΤΟΥ ΓΙΑΤΡΟΥ
ΑΠΟ ΤΗΝ ΤΕΧΝΗΤΗ ΑΝΘΡΩΠΙΝΗ ΑΝΑΠΑΡΑΓΩΓΗ***

*Ισμήνη Ανδρουλιδάκη - Δημητριάδη
Ομότιμη Καθηγήτρια Νομικής του Παν/μίου Αθηνών*

A. Ο νομικός σύνδεσμος γιατρού και ασθενούς από την άποψη του Αστικού Δικαίου

Η επαγγελματοποίηση της ιατρικής, που συνέβη ήδη από τις αρχές του προηγούμενου αιώνα, δημιούργησε νομικό δεσμό μεταξύ γιατρού και ασθενούς στο χώρο του ποινικού αλλά και του αστικού δικαίου. Προηγήθηκε η ποινική αντιμετώπιση των ιατρικών σφαλμάτων και αρκετά αργότερα συνειδητοποιήθηκε ο σύνδεσμος γιατρού και ασθενούς με διάσταση αστικής ευθύνης¹.

Έτσι, παρά την εμμονή του ιατρικού όρκου στις ηθικές παρακαταθήκες του Ιπποκράτη και τη δημιουργία γραπτών κανόνων ιατρικής δεοντολογίας σε εθνικό και παγκόσμιο επίπεδο, ο γιατρός, προσφέροντας τις ιατρικές υπηρεσίες του στον ασθενή, συνδέεται μαζί του επαγγελματικά, ως εργαζόμενος ή έχοντας αναλάβει την εκπλήρωση συγκεκριμένου επιστημονικού έργου. Μετακυλήθηκε δηλαδή η ιατρική ως επάγγελμα στον συμβατικό χώρο της σχέσης εργασίας ή έργου, όπως τη γνωρίζει το αστικό δίκαιο. Προηγουμένως είχαν ήδη προκύψει ερωτήματα αδικοπρακτικής ευθύνης του γιατρού, όπως για κάθε ανθρώπινη δραστηριότητα που θίγει έννομα αγαθά ενός άλλου ανθρώπου. Σήμερα χρησιμοποιείται όλο το πεδίο της αστικής ευθύνης για να επιλυθεί το ζήτημα της ευθύνης των γιατρών, με ιδιαίτερο ερώτημα την υπαγωγή της ευθύνης αυτής στην ευθύνη του παρέχοντος υπηρεσίες και την ευθύνη του κατασκευαστή για την εμπλοκή της νεότερης τεχνολογίας στην ιατρική επιστήμη².

Όμως η σχέση μεταξύ γιατρού και ασθενούς δεν είναι μόνο συμβατική, ούτε μόνο αδικοπρακτική και δεν εξαντλείται μόνο στην παροχή ιατρικών υπηρεσιών ή στην εκτέλεση ιατρικού έργου. Ο σύνδεσμος γιατρού και ασθενούς εξακολουθεί και σήμερα να παραμένει σχέση ηθικονομική και διαπροσωπική, με αυξημένες υποχρεώσεις και δικαιώματα από τα δύο μέρη. Για τον ασθενή ο γιατρός είναι το πρόσωπο στο οποίο εμπιστεύεται την υγεία και τη ζωή του. Για το γιατρό ο ασθενής είναι ο αποδέκτης του λειτουργήματός του, ως επαγγελματία αλλά και ως συνανθρώπου. Ανάμεσα στα δύο πρόσωπα αυτά, γιατρό και ασθενή, αναπτύσσεται και λει-

* Εισήγηση στην διημερίδα της Ένωσης Αστικολόγων και του Δικηγορικού Συλλόγου Άρτας στις 14 και 15 Μαΐου 2004

1. *Ανδρουλιδάκη*, Η υποχρέωση Ενημέρωσης του Ασθενούς, § 1 I σελ. 14 επ., *Κότσιανου*, Ιατρική Ευθύνη, σ. 4 επ., *Κ. Φουντεδάκη*, Αστική Ιατρική Ευθύνη, σελ. 3 επ.

2. *Φουντεδάκη*, ΑσΙατρΕυθ, σελ. 138 επ.

τουργεί *σύνδεσμος αμοιβαίας εμπιστοσύνης*³ με συνέπεια την εννοιολογική αλλοίωση της νομικής σχέσης που τους συνδέει. Για το λόγο αυτό η συμβατική τους σχέση δεν είναι απλά «σύμβαση ιατρικής αγωγής», αλλά πολύ περισσότερο «σύμβαση ιατρικής αρωγής»⁴.

Τα χαρακτηριστικά αυτά της σχέσης γιατρού και ασθενούς είναι ιδιαίτερα έντονα στην ιατρική υποβοήθηση για την ανθρώπινη αναπαραγωγή. Εδώ ο γιατρός έχει να λειτουργήσει ως μεσολαβητής νέας ζωής, που δεν έρχεται από την φυσιολογική διαδικασία της αναπαραγωγής αλλά από την υποβοήθηση της μέσω της νεότερης ιατρικής τεχνολογίας⁵.

Στο ν. 3089/2002 για την ιατρική υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή εμπλέκεται για πρώτη φορά η ιατρική αγωγή με τη συγγενική σχέση που καθορίζει τη θέση του νέου ανθρώπου στο οικογενειακό περιβάλλον και στα κληρονομικά του δικαιώματα απέναντι στους συγγενείς του. Για πρώτη φορά το ελληνικό δίκαιο βρέθηκε στην ανάγκη να προσδιορίσει «ιατρικές υποχρεώσεις» και να τις καθορίσει ως αναφαίρετο περιεχόμενο της συμφωνίας στην οποία στηρίζεται η ιατρική υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή.

Ας δούμε όμως τα πράγματα με τη σειρά τους.

B. Είδη και κατηγορίες ιατρικής υποβοήθησης στην ανθρώπινη αναπαραγωγή

Η ιατρική υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή με τη διαδικασία της τεχνητής γονιμοποίησης είναι σχετικά νέα ιατρική πράξη, εξαρτημένη από τις επιστημονικές ανακαλύψεις στη γενετική βιολογία, στην τεχνογνωσία της κρυοσυντήρησης και στη μαιευτική.

Επιδιώκει τη δημιουργία νέου ανθρώπου με φυσικοτεχνικά μέσα, χρησιμοποιώντας βιολογικά στοιχεία του ίδιου του ανθρώπου (ωάριο - σπερματοζωάριο) και μέσα εμφύτευσής τους στη μήτρα της γυναίκας για κύηση και εξέλιξη του εμβρύου. Από την επιστήμη η διαδικασία αυτή διαιρείται στην ομόλογη και στην ετερολογη γονιμοποίηση.

Στην *ομόλογη τεχνητή γονιμοποίηση* χρησιμοποιούνται τα γενετικά κύτταρα των μελλοντικών γονέων, αλλά η γονιμοποίηση γίνεται συνήθως εκτός μήτρας μέσα σε μηχανήμα. Το γεγονός όμως της μεσολάβησης μηχανήματος αυξάνει τους κινδύνους απόκλισης από τη φυσιολογική κύηση και την εμφύτευση φυσιολογικού εμβρύου που θα εξελιχθεί σε φυσιολογικό άνθρωπο. Ιδιαίτερα μάλιστα όταν μεσολαβήσει κρυοσυντήρηση του γονιμοποιημένου εμβρύου, οι κίνδυνοι για το μελλοντικό άνθρωπο είναι ιδιαίτερα αυξημένοι.

Στην *ετερολόγη τεχνητή γονιμοποίηση* χρησιμοποιούνται και γενετικά κύτταρα

3. Ανδρουλιδάκη, Υποχρεώσεις Συναλλακτικής Πίστωσης, 1972.

4. Ανδρουλιδάκη, ΥποχρΕνημΑσθ, σελ. 106 επ.

5. Ανδρουλιδάκη, ΥποχρΕνημΑσθ, § 20, σελ. 400 επ., Φουντεδάκη, ΑστΙατρΕυθ, σ. 250 επ.

που δεν ανήκουν στους μελλοντικούς γονείς. Χρησιμοποιείται ακόμα και ξένο μητρικό σώμα για να δεχθεί το έμβρυο μόνο για κύηση.

Οι διαδικασίες αυτές δεν είναι ούτε χωρίς ηθικούς ενδοιασμούς, ούτε χωρίς επιπρόσθετους βιολογικούς, ιατρικούς και συναισθηματικούς κινδύνους.

Το ελληνικό δίκαιο με το ν.3089/2002 έθεσε υπό έλεγχο κυρίως τα είδη της ετερόλογης τεχνητής αναπαραγωγής, θέτοντας τεχνικές και ουσιαστικές προϋποθέσεις που αφορούν την ηλικία των μελλοντικών γονέων (άρθρο 1455 ΑΚ), τον τύπο της συναίνεσής τους (άρθρο 1456 ΑΚ), την δυνατότητα ανάκλησης της συναίνεσης αυτής (άρθρο 1456 παρ. 2 ΑΚ), τα χρονικά περιθώρια της μεταθανάτιας γονιμοποίησης (άρθρο 1457 ΑΚ), τους πρόσθετους όρους για την προσφορά ξένου μητρικού σώματος κύησης (άρθρο 1457 ΑΚ) και τέλος την τύχη των εμβρύων που πλεονάζουν (άρθρο 1459 ΑΚ)⁶.

Η ομολογη τεχνητή γονιμοποίηση δεν τίγεται άμεσα από αυτόν το νόμο, τίθενται όμως έμμεσα οι βασικές προϋποθέσεις της ιατρικής συνδρομής και για αυτή τη διαδικασία.

Γ. Η νομική σημασία της ιατρικής υποβοήθησης στην ανθρώπινη αναπαραγωγή

Και στις δύο περιπτώσεις ιατρικής υποβοήθησης στην ανθρώπινη αναπαραγωγή δημιουργείται μεταξύ γιατρού και ασθενούς έννομη σχέση ιατρικής αγωγής που για μεν τους ιδιώτες γιατρούς πρέπει να χαρακτηρίζεται «σύμβαση ιατρικής αγωγής» για δε την περίπτωση διεξαγωγής της ιατρικής υποβοήθησης στην ανθρώπινη αναπαραγωγή σε δημόσιο νοσοκομείο πρέπει να υπάγεται στις προσφερόμενες από το Κράτος «υπηρεσίες παροχικής διοίκησης», που για την περίπτωση της προσφοράς ιατρικών υπηρεσιών εξομοιώνονται ως προς την αναμενόμενη από το γιατρό συμπεριφορά προς εκείνες της συμβατικής σχέσης⁷.

Στο όλο ζήτημα πρέπει να προστεθεί η έντονη ηθικοκοινωνική πλευρά της ιατρικής υποβοήθησης στην ανθρώπινη αναπαραγωγή, αλλά και η έντονη αμφισβήτηση της ευθύνης για τη βιωσιμότητα και την υγεία των νέων ανθρώπων που παράγονται από τις τεχνικές αυτές. Δεν είναι περίεργο ούτε ανεξήγητο γιατί η παγκόσμια βιβλιογραφία στα θέματα αυτά έχει διαστάσεις αυτόνομης μεγάλης βιβλιοθήκης και γιατί εμπλέκονται στα ζητήματα αυτά ιστορικοί, βιολόγοι, παράγοντες της εκκλησίας, φιλόσοφοι, γιατροί και νομικοί. Οι νομικοί οφείλουν να εξετάζουν το θέμα από τις νομικές του συνέπειες, προστρέχοντας σε ηθικοσυναισθηματικούς προβληματισμούς μόνο όταν κινδυνεύει η ανθρώπινη αξιοπρέπεια και η οικογενειακή τάξη.

6. Βλ. Κουνουγέρη, Τεχνητή γονιμοποίηση και Αστικό Δίκαιο, σελ. 7 επ., Παπαχρήστου, Η Τεχνητή Αναπαραγωγή στον Αστικό Κώδικα, σελ 29 επ.

7. Για το πολύπλοκο αυτό ζήτημα βλ. αντί πολλών Φουντεδάκη, ΑστΙατρΕυθ, σελ. 110 επ.

Δ. Οι γενικές υποχρεώσεις του γιατρού

Πριν από κάθε προσέγγιση στις ιδιαιτερότητες της ιατρικής υποβοήθησης στην ανθρώπινη αναπαραγωγή, πρέπει να τεθούν οι βάσεις οι οποίες διέπουν την έννομη σχέση που δημιουργείται μεταξύ γιατρού και ασθενούς.

Μπορούμε να χαρακτηρίσουμε «ασθενείς» τα πρόσωπα στα οποία αφορά η ιατρική υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή, όταν «πάσχουν» από πρόβλημα φυσιολογικής συμμετοχής στην διαδικασία της ανθρώπινης αναπαραγωγής⁸.

Ο ν. 3089/2003 επιτρέπει την ιατρική υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή μόνον όταν πρόκειται για «θεραπευτική της ανικανότητας πράξη»⁹. Αν οι ιατρικές πράξεις για υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή γίνονται χωρίς να υπάρχει θεραπευτική ανάγκη της ανικανότητας για τεκνοποίηση τουλάχιστον στο ένα από τα εμπλεκόμενα πρόσωπα, είναι ιατρικές πράξεις παράνομες και δεν καθίστανται νόμιμες ούτε με τη συναίνεση των προσώπων που συμμετέχουν σ' αυτές, δεδομένου ότι η συναίνεση σ' αυτές εφόσον απαγορεύεται από το νόμο, είναι νομικά ασήμαντη, σαν να μη δόθηκε ποτέ¹⁰.

Ζήτημα γεννάται αν για τη γυναίκα που είναι φυσιολογικά ικανή για τεκνοποιία και δέχεται την τεχνητή σπερματέγχυση, επειδή «πάσχει» ο σύζυγός της ή ο σύντροφός της, ή επειδή θα λειτουργήσει ως «παρένθετη» μητέρα, μπορεί να χαρακτηριστεί η ιατρική πράξη υποβοήθησης στην ανθρώπινη αναπαραγωγή «θεραπευτική».

Ο νόμος αποβλέπει στο συνταγματικά κατοχυρωμένο δικαίωμα του ανθρώπου¹¹ να αποκτήσει παιδιά βιολογικά ή «κοινωνικά» δικά του. Το δικαίωμα αυτό υπήρχε πάντα, αφού το δίκαιο αναγνώριζε το δικαίωμα της υιοθεσίας, ως τρόπο απόκτησης παιδιών¹². Αφότου η ιατρική επιστήμη και η βιοτεχνολογία πρόσφεραν στον άνθρωπο την τεχνητή γονιμοποίηση, οι πιο πολλές μέθοδοι της έγιναν αποδεκτές από τη δικαιοσύνη¹³. Το πρόβλημα όμως είναι ότι για να επιτευχθεί η τεχνητή γονιμοποίηση χρειάζεται η «συνδρομή» και άλλου προσώπου, το οποίο ως εκ της φύσεως του πράγματος δεν «πάσχει» από ανικανότητα αναπαραγωγής, συνδέεται όμως με οικογενειακό ή συναισθηματικό δεσμό, με το πρόσωπο με το οποίο θέλει να αποκτήσει βιολογικά ή «κοινωνικά» παιδιά ή επιθυμεί να βοηθήσει με τις βιολογικές του ικανότητες το άτομο που επιθυμεί να τεκνοποιήσει. Όλα αυτά τα πρόσωπα δεν «πάσχουν». Έχουν όμως ανάγκη ιατρικής αγωγής (ακόμα και ο άγνωστος δότης

8. Δεν συμφωνούμε με τον όρο «ανθρώπινη αναπαραγωγή», αλλά για λόγους συντονισμού με το ν. 3089/2002 τον χρησιμοποιούμε.

9. Φουντεδάκη, ΑσΙατρΕυθ, σελ. 251.

10. Φουντεδάκη, ο.π.

11. Στο Σύνταγμά μας άρθρο 5

12. Βλ. Πετρόπουλο, Ιστορία και Εισηγήσεις του Ρωμαϊκού Δικαίου, 1944, § 134, σελ. 1137 επ.

13. Ανδρουλιδάκη, ΥποχρΕνημΑσθ, σελ. 432 επ.

σπέρματος), ώστε να προσφέρουν τη βιολογική συνδρομή τους στην ιατρική πράξη της τεχνητής γονιμοποίησης.

Το άλλο αυτό πρόσωπο (άνδρας σύζυγος ή σύντροφος, τρίτος άγνωστος δότης ή παρένθετη μητέρα) συμμετέχει νόμιμα στη ιατρική πράξη της αναπαραγωγής, αφού με τη θέλησή του αποδέχεται την τεχνητή γονιμοποίηση ως μοναδικό τρόπο να αποκτήσει παιδιά με τον σύζυγο ή σύντροφό του ή να βοηθήσει συγκεκριμένο ζευγάρι να τεκνοποιήσει. Άλλωστε η σύμπραξη του άλλου προσώπου επιτελείται επίσης μέσω ιατρικής πράξης (επέμβασης στο σώμα του), η οποία είναι νόμιμη ιατρική επέμβαση, εφόσον υπάρχουν οι απαιτούμενες από το νόμο συναινέσεις.

Το συμπέρασμα στο οποίο καταλήγουν οι παραπάνω σκέψεις είναι ότι στην τεχνητή γονιμοποίηση το κριτήριο του «πάσχοντος ασθενούς» είναι σχετικά μόνο ενεργό, και μόνο από την άποψη της διαπίστωσης της ανικανότητας του ενός συζύγου ή συντρόφου για απόκτηση τέκνων¹⁴.

Ε. Τα στάδια της έννομης σχέσης

Η έννομη σχέση μεταξύ γιατρού και ασθενούς δημιουργείται όταν ο ασθενής προσεγγίζει το γιατρό και εκδηλώνει την πρόθεση του να διαγνωστεί το πρόβλημα της υγείας του. Το στάδιο αυτό δεν ανήκει σε προσυμβατικές σχέσεις, διότι δεν έχει μόνο διαπραγματευτικό αντικείμενο¹⁵. Η συμφωνία διάγνωσης προηγείται νοηματικά από κάθε ιατρική πράξη. Είναι όμως ανεξάρτητη από την ιατρική που πρέπει να ακολουθηθεί για να επέλθει το θεραπευτικό αποτέλεσμα.

Στην περίπτωση της τεχνητής γονιμοποίησης, όπως και σε κάθε προσέγγιση ιατρικής αγωγής πρόκειται για μια έννομη σχέση μεταξύ γιατρού και του ενδιαφερομένου προσώπου, τις περισσότερες φορές για μια σύμβαση, με αντικείμενο τη διάγνωση της ανικανότητας για φυσιολογική αναπαραγωγή, από την οποία θα εξαρτηθεί αν συντρέχουν οι προϋποθέσεις διεξαγωγής της διαδικασίας υποβοήθησης. Πρόκειται για έννομη σχέση αυτοτελή, με όλες τις συνέπειες της ιατρικής ευθύνης.

Η διάγνωση περιλαμβάνει υποχρεώσεις και από τα δύο μέρη.

Ι. Υποχρεώσεις του ασθενούς

Ι. Υποχρέωση αποκάλυψης του ιατρικού ιστορικού

Ο ασθενής οφείλει να εκθέσει επακριβώς στο γιατρό όλα τα στοιχεία του ιατρικού ιστορικού του, που αφορούν άμεσα ή έμμεσα την ιατρική αγωγή στην οποία θέλει να υποβληθεί. Από την ακριβή όμως εκπλήρωση αυτής της υποχρέωσης δεν εξαρτάται η απαλλαγή του γιατρού από άλλο πρόβλημα υγείας του ασθενούς, διότι

14. Ανδρουλιδάκη, ΥποχρΕνημΑσθ, 435.

15. Δεν πρόκειται για περιπτώσεις εφαρμογής των διατάξεων των άρθρων 197-198 ΑΚ, αλλά για «σύμβαση προαπαιτούμενο» της σύμβασης ιατρικής αγωγής.

ο γιατρός είναι σε κάθε περίπτωση υποχρεωμένος να ελέγξει και ο ίδιος, τουλάχιστον όλα τα ιστορικά στοιχεία που προκύπτουν από παλαιά έγγραφα ή είναι εμφανή στο σώμα του ασθενούς.

2. Ο ασθενής έχει υποχρέωση αλήθειας

Η παράλειψη της υποχρέωσης αυτής συνυπολογίζεται στην επιμέτρηση του διαγνωστικού σφάλματος του γιατρού. Στην υποχρέωση του ασθενούς να αναφέρει τα στοιχεία που τον αφορούν συγκαταλέγεται και η υποχρέωση αποκάλυψης της ηλικίας του. Σύμφωνα με το άρθρο 1455 ΑΚ (ν. 3089/2002) η ιατρική υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή δεν επιτρέπεται μετά την πάροδο της ηλικίας της φυσικής ικανότητας αναπαραγωγής του υποβοηθούμενου προσώπου.

Ο κανόνας αυτός πρέπει να θεωρηθεί ότι ισχύει για κάθε περίπτωση ιατρικής υποβοήθησης στην ανθρώπινη αναπαραγωγή.

II. Υποχρεώσεις του γιατρού

Η διάγνωση είναι υποχρεωτική ιατρική διαδικασία και αποτελεί βασική υποχρέωση του γιατρού. Τα περισσότερα ιατρικά σφάλματα οφείλονται στην πλημμελή διάγνωση.

Ο γιατρός πρέπει να χρησιμοποιήσει όλα τα πρόσφορα ιατρικά μέσα για να επιτύχει ασφαλή διάγνωση. Στη διαδικασία διάγνωσης της συνδρομής των προϋποθέσεων της ιατρικής υποβοήθησης στην ανθρώπινη αναπαραγωγή η υποχρέωση διάγνωσης περιλαμβάνει επιπροσθέτως:

α. Διάγνωση της αδυναμίας φυσιολογικής αναπαραγωγής

Στην διαδικασία της ιατρικής υποβοήθησης στην ανθρώπινη αναπαραγωγή, είτε πρόκειται για ομόλογη είτε για ετερόλογη τεχνητή γονιμοποίηση, ο γιατρός οφείλει να διαγνώσει την αδυναμία απόκτησης τέκνων με φυσικό τρόπο ή τον κίνδυνο μετάδοσης στο τέκνο σοβαρής ασθένειας σε περίπτωσης φυσιολογικής σύλληψης του εμβρύου.

Η διαγνωστική αυτή υποχρέωση του γιατρού φαίνεται να υποστηρίζεται από το ν. 3089/2002, άρθρο 1455 ΑΚ κυρίως για την περίπτωση ετερόλογης εξωσωματικής γονιμοποίησης, αλλά αυτό δεν αληθεύει. Η υποχρέωση αυτή βαρύνει το γιατρό σε οποιαδήποτε διερεύνηση των προϋποθέσεων της εξωσωματικής γονιμοποίησης.

β. Διάγνωση της σωματικής ικανότητας του ασθενούς

Υποχρέωση του ασθενούς για πληροφόρηση του γιατρού αλλά και υποχρέωση διάγνωσης εκ μέρους του γιατρού αποτελεί η διακρίβωση της ηλικίας του προσώπου που θα δεχθεί την ιατρική συνδρομή για τεχνητή γονιμοποίηση.

Η πραγματική ηλικία του σώματος είναι ουσιαστική προϋπόθεση για τη νομι-

μότητα της επιδιωκόμενης ιατρικής πράξης. Είναι καθήκον του γιατρού να διαγνώσει την αντοχή του ασθενούς στη διαδικασία ιατρικής υποβοήθησης στην ανθρώπινη αναπαραγωγή, όχι μόνο από την άποψη της υγείας του ίδιου του ασθενούς, αλλά και του τέκνου που πρόκειται να γεννηθεί με την τεχνική της εξωσωματικής γονιμοποίησης. Εσφαλμένη διάγνωση του γιατρού ως προς τη σωματική αντοχή των προσώπων που θα συμμετάσχουν στην τεχνητή γονιμοποίηση στοιχειοθετεί ιατρικό σφάλμα με όλες τις νομικές του συνέπειες.

Αν ως συνέπεια σφάλματος του γιατρού γεννηθεί παιδί με νοητικές ή σωματικές ανικανότητες, τόσο οι γονείς (wrongfull birth), όσο και το ίδιο το τέκνο (wrongfull life) έχουν αξιώσεις αποζημίωσης και αποκατάστασης της ηθικής βλάβης από το γιατρό, διότι στην περίπτωση αυτή για τα διανοητικά ή τα βιολογικά προβλήματα του παιδιού δεν ευθύνεται η φύση αλλά η μέσω του γιατρού παρέμβαση της τεχνολογίας¹⁶.

Πιστεύουμε ότι στην υποχρέωση διάγνωσης των προϋποθέσεων που αναφέρει το άρθρο 1455 ΑΚ συμπεριλαμβάνεται και η υποχρέωση διάγνωσης της ψυχικής υγείας των συμμετεχόντων στη διαδικασία της αναπαραγωγής.

γ. Υποχρέωση ενημέρωσης του ασθενούς

Η υποχρέωση ενημέρωσης του ασθενούς είναι βασικό στοιχείο της πληρότητας της έννομης σχέσης του γιατρού με τον ασθενή τόσο στο στάδιο της διαγνωστικής διαδικασίας όσο και κατά τη λειτουργία της βασικής ιατρικής αγωγής¹⁷.

Στην ιατρική υποβοήθηση για ανθρώπινη αναπαραγωγή, ο γιατρός οφείλει μετά τη διάγνωση να καταστήσει γνωστά στον ασθενή όλα τα στοιχεία που συνέλεξε κατά τη διαγνωστική διαδικασία. Τόσο εκείνα που αφορούν την ικανότητά του να αποκτήσει τέκνα με φυσιολογικό τοκετό, όσο και άλλα στοιχεία της υγείας και της φυσιολογικής κατάστασης του ασθενούς, έστω και άσχετα προς την συγκεκριμένη ιατρική πράξη στην οποία αποσκοπούσε η διαγνωστική έρευνα. Η υποχρέωση αυτή προκύπτει από την ηθικονομική βάση της ιατρικής αγωγής και τη γενικότερη υποχρέωση μέριμνας για την υγεία του ασθενούς. Η υποχρέωση αυτή πηγάζει και από το «σύνδεσμο εμπιστοσύνης» που συνδέει τον ασθενή με το γιατρό σε οποιαδήποτε ιατρική προσέγγιση, είτε υφίσταται συμβατική σχέση είτε πρόκειται για «προσφορά ιατρικών υπηρεσιών» από δημόσιο ιατρικό φορέα.

Η παράλειψη της ενημέρωσης του ασθενούς είναι βαρύ ιατρικό σφάλμα, πράγμα που σημαίνει ανατροπή των κανόνων του βάρους της απόδειξης σε βάρος του γιατρού ακόμα και στην αδικοπρακτική ευθύνη.

Η έννομη σχέση της διάγνωσης τερματίζεται με την ενημέρωση του ασθενούς.

16. Ανδρουλιδάκη, ΥποχρΕνημ, σελ. 435.

17. Ο.π. σελ. 436 επ.

Αν δεν ακολουθήσει περαιτέρω ιατρική αγωγή, ο γιατρός δικαιούται την αμοιβή του και ο ασθενής όλα τα έγγραφα που εκδόθηκαν για τη διάγνωση της περίπτωσης του, είτε πρόκειται για ιδιώτη γιατρό είτε πρόκειται για δημόσιο νοσοκομείο.

Όλη η διαδικασία της διάγνωσης δεν έχει καμία σχέση με τις απαγορεύσεις και τις τυπικότητες του ν. 3089/2002. Γίνεται και άτυπα, όπως κάθε άλλη ιατρική πράξη χωρίς κανένα ιδιαίτερο τύπο είτε στο νοσοκομείο είτε σε οποιαδήποτε ιδιωτική κλινική. Το πρόβλημα αν έγινε ορθή διάγνωση ή όχι είναι γενικό ζήτημα ιατρικής ευθύνης και δεν εμπίπτει στις απαγορεύσεις του ν. 3089/2002.

ΣΤ. Η κύρια διαδικασία της ιατρικής υποβοήθησης στην ανθρώπινη αναπαραγωγή

Η κύρια διαδικασία της εξωσωματικής γονιμοποίησης αποτελεί ξεχωριστή από τη διάγνωση ιατρική πράξη και διέπεται από τις διατάξεις του ν. 3089/2002 όπως αυτές διαμορφώθηκαν σε άρθρα του ΑΚ.

Εδώ πρόκειται πια για ιατρική αγωγή με περιορισμένα αποδεκτό από την ελληνική έννομη τάξη περιεχόμενο. Με τις απαγορεύσεις που θέτει ο ΑΚ τίθενται τα ηθικονομικά πλαίσια, μέσα στα οποία επιτρέπεται και στον ενδιαφερόμενο μελλοντικό γονέα, αλλά και στο γιατρό δημιουργία ανθρώπου με τεχνητή γονιμοποίηση.

I. Οι απαγορευτικές διατάξεις

Ο γιατρός, εκτός από την επιστημονική συμμετοχή του στην τεχνητή γονιμοποίηση επιβαρύνθηκε από το ν. 3089/2002 με την τήρηση απαγορευτικών διατάξεων, η παράβαση των οποίων επιφέρει ακυρότητα σύμφωνα με το άρθρο 174 (180, 181, 182) ΑΚ.

Συγκεκριμένα *απαγορεύεται* στο γιατρό (αλλά και στο υποβοηθούμενο πρόσωπο):

α. να υποσχεθεί και να διεξάγει ιατρική υποβοήθηση τεχνητής γονιμοποίησης σε άτομα (άνδρες ή γυναίκες) που έχουν υπερβεί την ηλικία φυσικής ικανότητας αναπαραγωγής (ΑΚ Άρθρο 1455),

β. να υποσχεθεί και να διεξάγει τεχνητή γονιμοποίηση σε άτομα που δεν έχουν αδυναμία απόκτησης τέκνων ή σε περίπτωση που δεν υπάρχει κίνδυνος μετάδοσης σοβαρής ασθένειας (ΑΚ Άρθρο 1455),

γ. να υποσχεθεί και να διεξάγει μεταθανάτια τεχνητή γονιμοποίηση αν δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις του άρθρου 1457 ΑΚ,

δ. να υποσχεθεί και να διεξάγει ανθρώπινη αναπαραγωγή με τη μέθοδο της κλωνοποίησης (ΑΚ 1455),

ε. να υποσχεθεί και να διεξάγει επιλογή του φύλου, εκτός από τις περιπτώσεις του άρθρου 1455 παρ. 2 ΑΚ,

στ. να υποσχεθεί και να διεξάγει τη διενέργεια τεχνητής γονιμοποίησης χωρίς έγγραφη ή συμβολαιογραφική συναίνεση κατά τους όρους του άρθρου 1456 ΑΚ,

ζ. να υποσχεθεί και να διεξάγει τεχνητή γονιμοποίηση με χρήση ξένου μητρικού σώματος, χωρίς δικαστική απόφαση που παρέχει τη σχετική άδεια (Άρθρο 1458 ΑΚ).

Οι ίδιες απαγορεύσεις (με τις ίδιες συνέπειες ακυρότητας) τίθενται και για τα ενδιαφερόμενα για εξωσωματική γονιμοποίηση πρόσωπα.

Όλες οι παραπάνω απαγορεύσεις αφορούν τη σύμβαση ιατρικής αγωγής και γενικότερα τη συμφωνία διεξαγωγής της ιατρικής υποβοήθησης σε τεχνητή γονιμοποίηση με ιδιωτικό γιατρό, ιδιωτική κλινική ή δημόσιο νοσηλευτικό ίδρυμα. Η συμφωνία είναι άκυρη και η ιατρική πράξη είναι παράνομη. Η απαγόρευση που πηγάζει από την ΑΚ 1455 δεν υπάγεται στην ΑΚ 178. Ο νομοθέτης θέσπισε τις απαγορεύσεις της ΑΚ 1455 για λόγους ασφάλειας του δικαίου και όχι λόγω αντίθεσης στα χρηστά ήθη. Μόνο στο ζήτημα της κλωνοποίησης θα μπορούσε να γίνει δεκτό ότι η απαγόρευση της ΑΚ 1455 εδ.2 αποσκοπούσε στο ρητό αποκλεισμό αυτής της τεχνικής μεθόδου αναπαραγωγής ανθρώπων λόγω της αντίθεσής της στα χρηστά ήθη.

Περαισσότερο αμφισβητούμενο είναι το ζήτημα της απαγόρευσης της αλλαγής του φύλου του εμβρύου (ΑΚ 1455 παρ. 2). Η απαγόρευση αυτή πιθανόν να αντιβαίνει στην έκφραση της εξουσιαστικής δύναμης του ανθρώπου να αποκτά παιδιά ή όχι. Εφόσον ο νόμος επιτρέπει την ετερόλογη εξωσωματική γονιμοποίηση και την τεκνοποιία μέσω παρένθετης μητέρας, για ποιο λόγο να αποκλειστεί η επιλογή του φύλου, που τελικά μπορεί να εξισορροπήσει τον σχηματισμό οικογένειας στα πρότυπα που επιθυμεί το ζευγάρι που αποκτά περισσότερα από ένα παιδιά. Και αν θέλει κανείς να εκφράσει ελεύθερα την απορία του, θα έπρεπε να παρατηρήσει ότι ο νόμος 3089/2002 επιτρέπει το μείζον και απαγορεύει το έλασσον. Μείζον η παρένθετη μητέρα, έλασσον η επιλογή του φύλου.

Οι απαγορεύσεις και οι προϋποθέσεις εγκυρότητας της συμφωνίας για ιατρική υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή επηρεάζουν κατά κανόνα και την ίδρυση συγγένειας των «γονέων» με τα παιδιά που θα γεννηθούν, χωρίς να έχουν τηρηθεί οι τυπικές και οι ουσιαστικές προϋποθέσεις των απαγορεύσεων.

Οι επιπτώσεις της ακυρότητας εμφανίζονται κυρίως στην περίπτωση του δανεισμού ξένου σπέρματος χωρίς προηγούμενη συναίνεση του συζύγου ή του συμβίου (άρθρο 1471 παρ. 2), μεταθανάτιας γονιμοποίησης (άρθρο 1457) και «παρένθετης μητρότητας» (άρθρο 1458). Αν δεν έχουν τηρηθεί οι προϋποθέσεις του νόμου τα παιδιά αυτά δεν συνδέονται οικογενειακά με τον πατέρα τους και στην περίπτωση της παρένθετης μητέρας με τη βιολογική μητέρα τους.

Αντίστοιχα είναι άκυρη η πρόταση των ενδιαφερομένων για την διεξαγωγή τεχνητής γονιμοποίησης προς το γιατρό. Έτσι, δεν συνάπτεται καμία νόμιμη σχέση με το γιατρό και τους ενδιαφερομένους¹⁸.

18. Η έννομη σχέση του ασθενούς με το δημόσιο νοσοκομείο ή ν.π.δ.δ. μπορεί να χαρακτηριστεί και ως «συμφωνία προσφοράς ιατρικών υπηρεσιών», αφού παρά το γεγονός ότι παρέχονται υπηρεσίες από το δημόσιο, αυτές νομιμοποιούνται μόνο με τη συναίνεση του ασθενούς.

II. Από τις παραπάνω ακυρότητες προκύπτει:

- ότι δεν οφείλεται αμοιβή στο γιατρό
- ότι ο γιατρός δεν μπορεί να υποχρεωθεί να διενεργήσει την τεχνητή γονιμοποίηση.

Αν όμως, παρόλα αυτά, η διαδικασία έχει αρχίσει, ο γιατρός οφείλει να υπακούσει στους κανόνες της ιατρικής επιστήμης και να σταματήσει ή να προχωρήσει τη διαδικασία τεχνητής γονιμοποίησης κατά τέτοιο τρόπο, ώστε να μην προκύψει σωματική βλάβη ή προσβολή της προσωπικότητας των προσώπων που εμπλέκονται στη διαδικασία αυτή. Σε καμία όμως περίπτωση δεν δικαιούται ο γιατρός χωρίς τις από το νόμο επιτρεπόμενες προϋποθέσεις να προβεί σε διακοπή της κύησης ή της καταστροφής του κρυοσυντηρούμενου εμβρύου.

Z. Η συναίνεση των ενδιαφερομένων

Βασικό προαπαιτούμενο της νομιμότητας κάθε ιατρικής αγωγής είναι η συναίνεση του ασθενούς.

Ο ν. 3089/2003 όπως εντάχθηκε στον ΑΚ καθορίζει τον τρόπο και τον τύπο της συναίνεσης των συμμετεχόντων στην τεχνητή γονιμοποίηση προσώπων. Το ζήτημα όμως της συναίνεσης σε ιατρική πράξη δεν τελειώνει εδώ. Ο ν. 3089/2002 αναφέρεται στην τυπική έκφραση της συναίνεσης για να διασφαλίσει τους όρους και τις προϋποθέσεις υπό τις οποίες επιτρέπεται να διεξαχθεί τεχνητή γονιμοποίηση.

Η τυπική αυτή συναίνεση για να είναι δεσμευτική για τους συμμετέχοντες στην ιατρική αυτή πράξη πρέπει να είναι προϊόν ουσιαστικής ενημέρωσης τους από το γιατρό. Έτσι συναίνεση με την ιατρική έννοια που έχει ο όρος στον ν. 3089/2003 δεν σημαίνει και συγκατάθεση των ενδιαφερομένων στις ιατρικές διαδικασίες που είναι απαραίτητες για την τεχνητή γονιμοποίηση του είδους που έχει αποφασιστεί.

Η συναίνεση των συμμετεχόντων στη διαδικασία της τεχνητής γονιμοποίησης δεν έχει σχέση με τη διαδικασία της διάγνωσης. Η διάγνωση προηγείται ως διερευνητική διαδικασία και η συναίνεση στην διεξαγωγή της τεχνητής γονιμοποίησης έπεται. Δεν χρειάζεται δηλαδή να τηρηθεί ο τύπος που απαιτεί ο νόμος για τη διάγνωση των ιατρικής φύσεως προϋποθέσεων μίας διαδικασίας τεχνητής γονιμοποίησης. Αν μετά τη διάγνωση δειχθεί ότι συντρέχουν οι προϋποθέσεις που καθορίζονται από τη φύση, τότε χρειάζεται έγγραφη ή συμβολαιογραφική κατά περίπτωση συναίνεση για την τυπική διεξαγωγή της.

Η συναίνεση δεν είναι δικαιοπραξία. Απαιτεί όμως δυνατότητα κατανόησης των γεγονότων για τα οποία συναινεί το πρόσωπο που την εκδηλώνει. Στην περίπτωση της τεχνητής γονιμοποίησης δεν απαιτείται από το νόμο δικαιοπρακτική ικανότητα για τη συναίνεση, απαιτείται όμως δικαιοπρακτική ικανότητα για τη σύναψη της έννομης σχέσης που συνδέει γιατρό και ασθενή. Όπως για κάθε ιατρική πράξη οι στερούμενοι δικαιοπρακτικής ικανότητας δεν συνάπτουν έγκυρη έννομη

σχέση ιατρικής αγωγής με το γιατρό ή με το νοσοκομείο. Στις περιπτώσεις κάθε άλλης ιατρικής αγωγής, η έλλειψη δικαιοπρακτικής ικανότητας θεραπεύεται με τη μεσολάβηση των προσώπων που ορίζει ο ΑΚ. Όμως η τεχνητή γονιμοποίηση είναι διαδικασία αλλοίωσης δεδομένων απόλυτα προσωπικού χαρακτήρα. Εμπίπτει σε βασικά στοιχεία της προσωπικότητας του ανθρώπου, δηλ. στο δικαίωμα αναπαραγωγής και δεν επιτρέπει δήλωση βουλήσεως μέσω νομίμου εκπροσώπου. Έτσι αποκλείεται η τεχνητή γονιμοποίηση από ανικάνους είτε λόγω ηλικίας είτε λόγω πνευματικής αναπηρίας. Άτομα όμως που έχουν τεθεί σε δικαστική συμπαράσταση μόνο λόγω σωματικής αναπηρίας έχουν την ικανότητα να συνάψουν σύμβαση ιατρικής αγωγής με περιεχόμενο την τεχνητή γονιμοποίηση.

Η. Προστασία του γενετικού υλικού

Ιδιαίτερο πρόβλημα δημιουργείται σχετικά με την τύχη του γενετικού υλικού που περισσεύει από κάθε τεχνητή γονιμοποίηση. Ο νόμος στο άρθρο 1459 ΑΚ απαιτεί έγγραφη κοινή δήλωση των προσώπων που προσφεύγουν στη τεχνητή γονιμοποίηση σχετική με την τύχη του γενετικού υλικού. Η δήλωση αυτή είναι ανεξάρτητη από την σύμβαση ιατρικής αγωγής και από τις συναινέσεις. Παρά δε το γράμμα του νόμου ότι γίνεται πριν από την έναρξη της διαδικασίας της τεχνητής γονιμοποίησης, τίποτε δεν αποκλείει την δήλωση αυτή και σε αργότερο χρόνο, εφόσον έχει προηγηθεί κρυσυντήρηση ή πριν την 14 ημέρα επί προ-εμβρύων που δεν έχουν τεθεί σε κρυσυντήρηση.

Παράβαση της διάταξης αυτής εκ μέρους του γιατρού στοιχειοθετεί ευθύνη για αποκατάσταση της ηθικής βλάβης των προσώπων από τα οποία προήλθε το γενετικό υλικό¹⁹.

Πολλά και σοβαρά ζητήματα δεν μπόρεσαν να θιγούν στη σημερινή παρουσίαση. Στο μέλλον θα δοθεί ευκαιρία διερεύνησής τους.

19. Από την ήδη πλούσια ελληνική βιβλιογραφία βλ.: Παπαχρίστου Θ., Η τεχνητή αναπαραγωγή στον αστικό κώδικα, 2003. Φίλιου Π., Οικογενειακό Δίκαιο, Τόμ. 2ος, § 72 επ., σελ. 41 επ. Androulidakis - Dimitriadis Ism., Family and Succession Law, Ch 4, § 5 p. 91 ff, Kluwer Law Int., 2003. Σπυριδάκης Ι., Η νέα ρύθμιση της τεχνητής γονιμοποίησης και της συγγένειας, 2003. Φουντεδάκη, Αστική Ιατρική Ευθύνη, 2003. Βελλή, Ζητήματα από το ν. 3089/2002 για την ιατρική υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή, ΧρΙΔ 2003, 495 επ. Βιδάλη, Ζωή χωρίς πρόσωπο. Το Σύνταγμα και η χρήση του ανθρώπινου γενετικού υλικού, εκδ. β', 2003. Του ίδιου, Το πρόσταγμα της οικογένειας. Η συνταγματικότητα του νόμου για την «ιατρική βοήθεια στην ανθρώπινη αναπαραγωγή» ΝοΒ ΝΑ' 832 επ. Κουμουτζή, Η ίδρυση της συγγένειας με τον πατέρα μετά το ν. 3089/2002 ΧρΙΔ 2003, 498. Κουνουγέρη - Μανωλεδάκη, Τεχνητή γονιμοποίηση και οικογενειακό δίκαιο, 2003. Φουντεδάκη, Η πληροφόρηση του παιδιού που γεννήθηκε με ετερόλογη γονιμοποίηση για την καταγωγή του, ΕΝΟΒΕ 48, 134 επ. Τσιρου, Dion.