Πάντειο Πανεπιστήμιο

Γενικό Τμήμα Δικαίου - Π.Μ.Σ. «Δίκαιο και Ευρωπαϊκή Ενοποίηση»

Κατεύθυνση: «Ποινικό Δίκαιο και Θεωρία του Δικαίου»

Διπλωματική Εργασία

Θέμα: «Νομικά ζητήματα από την εφαρμογή των Μεθόδων Ιατρικώς Υποβοηθούμενης Αναπαραγωγής».

της Αμαρυλλίδος Σ. Πλάκα

Επιβλέπων καθηγητής: Αντώνης Χάνος

Αθήνα, Δεκέμβριος 2010

Νομικά ζητήματα από την εφαρμογή των Μεθόδων

Ιατρικώς Υποβοηθούμενης Αναπαραγωγής

1. Εισαγωγικά

1.1. Οι μέθοδοι της τεχνητής αναπαραγωγής.

2. Οι βασικές ρυθμίσεις των Ν. 3089/2002 και Ν. 3305/2005.

2.1. Οι γενικοί όροι για την προσφυγή στην τεχνητή γονιμοποίηση.

2.1.1. Η αδυναμία φυσικής αναπαραγωγής και η αποφυγή μετάδοσης στο τέκνο σοβαρής ασθένειας (1455 παρ. 1 εδ.α)

2.1.2. Η ηλικία φυσικής αναπαραγωγικής ικανότητας (ΑΚ 1455 παρ. 1 εδ.β')

2.1.3. Οι απαγορεύσεις. (1455 παρ. 1 εδ.γ' και 1455 παρ. 2).

2.1.4. Τα δικαιούμενα πρόσωπα

2.1.5. Οι συναινέσεις των εμπλεκόμενων μερών

2.2. Η μεταθανάτια τεχνητή γονιμοποίηση (Α.Κ. 1457)

2.2.1. Εισαγωγικά

2.2.2. Η έννοια της μεταθανάτιας τεχνητής αναπαραγωγής

2.2.3. Οι ειδικές προϋποθέσεις για τη διενέργειά της.

2.2.3.1. Ασθένεια ή κίνδυνος θανάτου.

2.2.3.2. Η ειδική συναίνεση.

2.2.3.3. Η δικαστική άδεια

2.2.3.4. Ο χρονικός περιορισμός

2.2.4. Το κληρονομητό του γεννητικού υλικού

2.2.5. Ειδικά ζητήματα

2.2.6. Οι συνέπειες ως προς την κληρονομική διαδοχή.

2.2.6.1. Η ρύθμιση των διατάξεων ΑΚ 1711 και ΑΚ 1924

2.2.6.2. Η ρύθμιση της Α.Κ. 1786 επ.

2.2.6.3. Συμπερασματικές παρατηρήσεις.

3. Ειδικά νομικά ζητήματα

3.1. Η τύχη του πλεονάζοντος γεννητικού υλικού

3.1.2. Η νομική φύση του γεννητικού υλικού-Οι απόψεις της θεωρίας.

3.1.2.1. Η νομική φύση των γαμετών (σπέρμα και ωάριο)

3.1.2.2. Η νομική φύση του γονιμοποιημένου ωαρίου.

3.1.3. Η διάκριση ανθρώπινης ζωής και προσώπου.

3.1.4. Η θέση του νόμου για το πλεονάζον γεννητικό υλικό.

3.2. Η ετερόλογη τεχνητή γονιμοποίηση

3.2.1. Η σύμβαση παραχώρησης του γεννητικού υλικού

3.2.2. Η ανωνυμία του δότη του γεννητικού υλικού

3.3. Το δικαίωμα στην αναπαραγωγή

3.3.1. Η θεμελίωση του δικαιώματος της αναπαραγωγής στο Σύνταγμα.

3.3.2. Οι φορείς του δικαιώματός στην υποβοηθούμενη αναπαραγωγή.

3.3.3. Οι περιορισμοί του δικαιώματος.

3.3.4. Το δικαίωμα στην αναπαραγωγή και η νομολογία του ΕΔΔΑ

3.3.5. Συμπερασματικές παρατηρήσεις

4. Επίλογος.

Νομικά ζητήματα από την εφαρμογή των Μεθόδων Ιατρικώς Υποβοηθούμενης Αναπαραγωγής

1. Εισαγωγικά

Η ιατρικώς υποβοηθούμενη αναπαραγωγή, στο εξής Ι.Υ.Α., ορίζεται ως το σύνολο των ιατρικών μεθόδων οι οποίες στόχο έχουν να αποκαταστήσουν την αδυναμία των ανθρώπων να τεκνοποιήσουν με φυσικό τρόπο. Η αποκατάσταση επιτυγχάνεται με την διενέργεια κάποιων από τα αναπαραγωγικά στάδια στο εργαστήριο και αν αυτό απαιτείται, με τη χρήση γεννητικού υλικού το οποίο δεν προέρχεται από τον υποψήφιο γονέα.[1] Κατά κανόνα λοιπόν, η υποβοηθούμενη αναπαραγωγή περιλαμβάνει όλες τις μεθόδους, με τις οποίες επιτυγχάνεται η σύλληψη και η κυοφορία του εμβρύου χωρίς σεξουαλική επαφή, αλλά με ιατρική παρέμβαση.[2]

Η αδυναμία αναπαραγωγής αποτελεί σοβαρό πρόβλημα για τον άνθρωπο που έρχεται αντιμέτωπος με αυτήν τόσο σε προσωπικό, ψυχολογικό επίπεδο όσο και σε κοινωνικό. Ως υπογονιμότητα ορίζεται ιατρικά η αδυναμία απόκτησης απογόνων μετά τουλάχιστον ενός έτους άκαρπων προσπαθειών εκ μέρους του ζευγαριού να τεκνοποιήσει με φυσικό τρόπο.[3] Σύμφωνα με τα στοιχεία που μας παρέχει η Εισηγητική έκθεση του Ν. 3305/2005, ο Παγκόσμιος Οργανισμός Υγείας εκτιμά ότι το μέσο ποσοστό υπογόνιμων ζευγαριών ανέρχεται παγκοσμίως περίπου σε 15% του συνόλου των ζευγαριών αναπαραγωγικής ηλικίας. Η υπογονιμότητα είναι δυνατόν να αφορά τόσο τον άνδρα όσο και τη γυναίκα και να εμφανίζεται είτε ως αδυναμία σύλληψης είτε ως αδυναμία κυοφορίας.

Η Ι.Υ.Α. ανήκει στην κατηγορία των βιοϊατρικών πρακτικών. Ο όρος αποδίδει ένα σύνολο θεραπευτικών πρακτικών, οι οποίες αποτελούν συνδυασμένη εφαρμογή βιολογίας και ιατρικής, όπως είναι οι μεταμοσχεύσεις, οι γονιδιακές

[1] Ε. Ρεθυμιωτάκη, «Ρύθμιση ή αυτορρύθμιση; Το παράδειγμα της Ι.Υ.Α.», Εκδόσεις Αντ. Σάκκουλα Αθήνα Κομοτηνή 2003, σελ. 10.
[2] Ι. Κριάρη Κατράνη, «Βιοϊατρικές εξελίξεις και Συνταγματικό Δίκαιο», Εκδ. Σάκκουλα 1994, σελ. 19.
[3] Εισηγητική έκθεση Ν. 3305/2005, Γενικές παρατηρήσεις.

θεραπείες κτλ. Κοινό χαρακτηριστικό τους είναι η χρήση οργάνων ή προϊόντων του ανθρωπίνου σώματος ως μέσο θεραπείας σοβαρών δυσλειτουργιών άλλων ανθρώπων με σκοπό την αποκατάσταση τους. [4]

Η υποβοηθούμενη αναπαραγωγή ως ανθρωπολογικό φαινόμενο απαντάται σε όλες τις κοινωνίες υπό διάφορες μορφές. Στην Ελλάδα ο θεσμός της σύγκριας (σύγκρια= συν + κυρία) προέβλεπε την τεκνοποίηση μέσω τρίτου προσώπου[5]. Ο θεσμός αυτός ήταν γνωστός κυρίως στη Μάνη και απέβλεπε στην απόκτηση άρρενων απογόνων. Όταν η σύζυγος δεν αποκτούσε αγόρι, ο σύζυγος μπορούσε να συνάψει δεύτερο γάμο παράλληλο με τον πρώτο, παρά την απαγόρευση της διγαμίας. Η δεύτερη σύζυγος, η «συν-κυρία», υποκαθιστούσε την πρώτη στην αναπαραγωγική διαδικασία, προκειμένου να αποκτηθεί ο αναγκαίος κοινωνικά απόγονος. Στη Ρώμη ήταν διαδεδομένος ο δανεισμός μήτρας, η «locatio uteri». Χάρις στη μέθοδο αυτή οι πατρικίες είχαν την ευχέρεια να αποκτήσουν παιδί διαμέσου άλλης γυναίκας χωρίς να υποβληθούν στη διαδικασία της εγκυμοσύνης και του τοκετού.[6]

Οι σύγχρονες μέθοδοι βασίζονται στην εντυπωσιακή επιστημονική και τεχνολογική πρόοδο στο χώρο της ιατρικής και της βιολογίας και παρέχουν πολλαπλές δυνατότητες οι οποίες τίθενται στην υπηρεσία του ανθρώπου και δίνουν νέα όψη στο δικαίωμα στην αναπαραγωγή.

Σήμερα η υποβοηθούμενη αναπαραγωγή είναι σε θέση να προσφέρει λύση όχι μόνο σε υπογόνιμα ζευγάρια αλλά και σε μια μερίδα ανθρώπων που εκούσια δεν επιλέγει τη φυσική αναπαραγωγή για λόγους κοινωνικούς. Οι άγαμες μοναχικές γυναίκες ή τα άτομα που οι προσωπικές τους επιλογές δεν τους επιτρέπουν να ακολουθήσουν τη φυσική αναπαραγωγή.[7]

Η δυνατότητα των προγεννητικών εξετάσεων προσφέρει επίσης την ευκαιρία σε ζευγάρια να προλάβουν την γέννηση παιδιών με γενετικές ανωμαλίες, προσφεύγοντας σε μεθόδους ετερόλογης τεχνητής γονιμοποίησης, με χρησιμοποίηση δηλαδή ξένου υγιούς γεννητικού υλικού.

Η νέα γενετική τεχνολογία προκάλεσε κλυδωνισμούς στο θεσμό της οικογένειας, δημιουργώντας νέα δεδομένα κοινωνικά και νομικά. Η οικογένεια

---

[4] Ελένη Ρεθυμιωτάκη, ό.π.

[5] Βλ. Θ. Κ. Παπαχρίστου, «Η τεχνητή αναπαραγωγή στον Α. Κ.», Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα Θεσσαλονίκη 2003, σελ. 20-21.

[6] Θ. Κ. Παπαχρίστου, «Η τεχνητή αναπαραγωγή στον Α. Κ.», Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα Θεσσαλονίκη 2003, σελ. 21.

[7] Γεωργία Γαβρίδου σε «Δημόσιο Δίκαιο και πολιτικές στη βιοϊατρική», σελ. 93.

δεν ταυτίζεται απαραίτητα με ένα σχήμα το οποίο περιλαμβάνει και τους δύο γονείς ή περιλαμβάνει τους βιολογικούς γονείς. Η καταγωγή αποδεσμεύεται πλήρως από το βιολογικό κριτήριο και εισάγεται στο δίκαιο η έννοια της «κοινωνικοσυναισθηματικής» συγγένειας.

Έχουν διατυπωθεί ποικίλες ενστάσεις και ερωτήματα, ηθικής και νομικής φύσης, για τους κινδύνους που ελλοχεύουν από τη χρήση της νέας γενετικής τεχνολογίας τα περισσότερα από τα οποία αφορούν την προστασία της ανθρώπινης αξιοπρέπειας και προσωπικότητας. Η ετερόλογη τεχνητή γονιμοποίηση, η γονιμοποίηση με σπέρμα αποθανόντος συζύγου, η παρένθετη μητρότητα γέννησαν σοβαρά ζητήματα προς επίλυση από τους νομικούς, τα οποία αφορούν το είδος της «σύμβασης» απόκτησης ξένου γεννητικού υλικού, τη γέννηση ενός παιδιού χωρίς πατέρα αλλά και τη γέννηση ενός παιδιού με δύο βιολογικές μητέρες.

Στην παρούσα εργασία θα επιχειρήσουμε να προσεγγίσουμε κάποια από αυτά τα νομικά ζητήματα τόσο από τη σκοπιά του ιδιωτικού δικαίου, σε συνάρτηση με τις διατάξεις του νόμου, όσο και από την άποψη των συνταγματικών δικαιωμάτων.

1.1. Οι μέθοδοι της τεχνητής αναπαραγωγής.

Στα άρθρα 2 και 3 του Ν. 3305/2005 ορίζονται οι μέθοδοι της Ι.Υ.Α. και οι συναφείς τεχνικές, όπως αυτές έχουν καθιερωθεί και εφαρμόζονται σήμερα διεθνώς. Στην παράγραφο 1 του άρθρου 2 ορίζονται οι δύο κύριες μέθοδοι, η τεχνητή σπερματέγχυση και η εξωσωματική γονιμοποίηση[8].

Η τεχνητή σπερματέγχυση ή ενδοσωματική σπερματέγχυση (in vivo) είναι η απλούστερη τεχνική Υ. Α. Συνίσταται στην εισαγωγή σπερματοζωαρίων στο γυναικείο γεννητικό σύστημα. Το σπέρμα μπορεί να προέρχεται είτε από το σύζυγο ή σύντροφο μιας γυναίκας, οπότε γίνεται λόγος για ομόλογη τεχνητή σπερματέγχυση είτε από τρίτο δότη (ετερόλογη τεχνητή σπερματέγχυση). Το σπέρμα που χρησιμοποιείται είναι νωπό ή κρυοσυντηρημένο. Πρόκειται για

[8] Σχετικά με τις μεθόδους της ιατρικής υποβοήθησης βλ. Β. Ταρλατζή (Αν. Καθηγητή Μαιευτικής Γυναικολογίας και Ανθρώπινης Αναπαραγωγής Α.Π.Θ.) σε Εταιρία Νομικών Βορείου Ελλάδος, «Τεχνητή Γονιμοποίηση και Γενετική Τεχνολογία: Η ηθικονομική διάσταση», σελ 18 επ. και Παπαχρίστου, «Η τεχνητή αναπαραγωγή στον Α.Κ.», Σάκκουλας, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2003, σελ. 13 επ.

απλή ιατρική μέθοδο ακίνδυνη για τη γυναίκα, χωρίς να αλλοιώνεται η ποιότητα του σπέρματος και χωρίς επιπτώσεις στο παιδί που θα γεννηθεί.

Η εξωσωματική γονιμοποίηση (in vitro) είναι η πλέον διαδεδομένη μέθοδος. Συνίσταται στη συνένωση των γαμετών (σπερματοζωαρίου και ωαρίου) εκτός του σώματος, σε δοκιμαστικό σωλήνα. Το γονιμοποιημένο ωάριο μεταφέρεται στο σώμα της γυναίκας και κυοφορείται κανονικά από αυτήν. Η εξωσωματική γονιμοποίηση μπορεί να συνδυαστεί με τη μεταφορά του γονιμοποιημένου ωαρίου όχι στη γυναίκα από την οποία προέρχεται το ωάριο και επιθυμεί να αποκτήσει παιδί, αλλά σε άλλη γυναίκα, η οποία προσφέρεται να κυοφορήσει και να γεννήσει το παιδί για λογαριασμό της (παρένθετη μητρότητα). Δεν αποκλείεται μάλιστα αυτό το ωάριο να προέρχεται από τρίτη γυναίκα ή ακόμη και από εκείνη που κυοφορεί, οπότε η υποκατάσταση στη διαδικασία αναπαραγωγής από αυτήν είναι πλήρης. Αντίστοιχα και το σπέρμα μπορεί να είναι είτε του συζύγου ή συντρόφου της γυναίκας που αδυνατεί να κυοφορήσει είτε και τρίτου, δότη. Η δυνατότητα εξάλλου κρυοσυντήρησης τόσο του σπέρματος όσο και του γονιμοποιημένου ωαρίου, καθιστά δυνατή τόσο τη μεταθανάτια γονιμοποίηση, όσο και τη μεταθανάτια μεταφορά γονιμοποιημένου ωαρίου στο σώμα της συζύγου ή συντρόφου του άνδρα που πέθανε (τεχνητή γονιμοποίηση post mortem).

Πέρα από το ζήτημα της χρήσης γεννητικού υλικού τρίτου δότη το οποίο ανακύπτει γενικά στην υποβοηθούμενη αναπαραγωγή στην εξωσωματική γονιμοποίηση ανακύπτουν ειδικότερα τα εξής ζητήματα:

α. Αν επιτρέπεται εφαρμογή της μεθόδου με όλους τους πιθανούς συνδυασμούς, ανεξάρτητα από την ύπαρξη στειρότητας ή όχι. Αν μπορούν να εμπλακούν για παράδειγμα τρεις γυναίκες, αυτή που θα προσφέρει το ωάριο της, μια δεύτερη που θα το κυοφορήσει και η τρίτη τελικώς που θα το αναθρέψει και χάριν της οποίας έγινε η κυοφορία. Η δυνατότητα απομονώσεως της συλλήψεως από την ύπαρξη οποιασδήποτε διαπροσωπικής σχέσεως και κυρίως η δυνατότητα διαχωρισμού της διαδικασίας της σύλληψης από τη διαδικασία της κυοφορίας προκαλεί πληθώρα νομικών προβλημάτων τόσο ως προς το καταρχήν επιτρεπτό της μεθόδου, τις προϋποθέσεις και τον κύκλο των

ατόμων που είναι θεμιτό να εμπλακούν όσο και ως προς τις ρυθμίσεις θεμάτων του οικογενειακού δικαίου και ειδικότερα αυτού της συγγένειας.[9]

β. Εάν μπορούν ελεύθερα οι υποψήφιοι γονείς ή η κλινική η οποία ανέλαβε να πραγματοποιήσει την θεραπεία υποβοηθούμενης αναπαραγωγής να αποφασίσει για την τύχη του πλεονάζοντος γεννητικού υλικού, των γαμετών οι οποίοι δεν αξιοποιήθηκαν τελικώς προς όφελος του ενδιαφερόμενου ζεύγους.

Εκτός όμως από απλό γεννητικό υλικό δημιουργούνται όπως είδαμε και πλεονάζοντα έμβρυα δεδομένου ότι δεν είναι δυνατόν να εμφυτευθούν όλα στη μήτρα της γυναίκας, η οποία υποβάλλεται σε θεραπεία, λόγω του κινδύνου πολυδύμου κυήσεως, η οποία είναι επικίνδυνη τόσο για την υγεία της ίδιας της γυναίκας όσο και για τα ίδια τα έμβρυα τα οποία κινδυνεύουν να μην ολοκληρώσουν την εννεάμηνη κύηση. Για τα πλεονάζοντα έμβρυα υπάρχουν οι εξής προοπτικές: I. να καταψυχθούν, έτσι ώστε να μπορούν να χρησιμοποιηθούν από το ίδιο ζευγάρι σε περίπτωση ανεπιτυχούς κατάληξης της πρώτης προσπάθειας είτε γιατί δεν επετεύχθη εγκυμοσύνη είτε γιατί αυτή οδήγησε στη γέννηση ενός παιδιού συνεπεία αποβολής. Η φύλαξη των γονιμοποιημένων ωαρίων επιτυγχάνεται με την κρυοσυντήρησή τους, την διατήρησή τους δηλαδή σε υγρό άζωτο στους -196ο C. Η λύση αυτή όμως είναι προσωρινή δεδομένου ότι οι ενδιαφερόμενοι, είναι αναμενόμενο να μην επιθυμούν τη συνέχιση των προσπαθειών επ' άπειρον, II. η θανάτωσή τους, III. η αξιοποίησή τους στην επιστημονική έρευνα και IV. η παραχώρησή τους σε τρίτο ζεύγος.

Και στις τρεις αυτές εναλλακτικές το κρίσιμο ζήτημα που πρέπει να απαντηθεί αφορά τη νομική φύση του εμβρύου, αν δηλαδή το έμβρυο πριν να εμφυτευθεί στη μήτρα θεωρείται άνθρωπος και άρα προστατεύεται από το δίκαιο, όπως προστατεύεται γενικά η ανθρώπινη ζωή.

Μία τρίτη μέθοδος υποβοήθησης είναι η μεταφορά γαμετών στις σάλπιγγες (G.I.F.T.=Gamete intrafallopian transfert)[10]. Η μέθοδος αυτή συνίσταται στην εισαγωγή στις σάλπιγγες δια λαπαροσκοπήσεως γαμετών, ωαρίων και σπερματοζωαρίων. Η γονιμοποίηση στη μέθοδο αυτή λαμβάνει χώρα μέσα στο

[9] Ι. Κριάρη Κατράνη, «Βιοϊατρικές εξελίξεις και Συνταγματικό Δίκαιο», Εκδ. Σάκκουλα 1994, σελ 22-23.

[10] Ο όρος «intrafallopian» οφείλεται στον Ιταλό χειρούργο και ανατόμο του 16ου αιώνα Gabrielle Fallope, βλ. Παπαχρίστου, «Η τεχνητή αναπαραγωγή στον Α.Κ.», Σάκκουλας Αθήνα Θεσσαλονίκη 2003, σελ. 14.

ανθρώπινο σώμα και έχει υψηλά ποσοστά επιτυχίας. Παραλλαγή αυτής της μεθόδου αποτελεί η εισαγωγή στις σάλπιγγες γονιμοποιημένου ωαρίου, ζυγωτού.

Η τελευταία μέθοδος είναι εκείνη της παρένθετης μητρότητας σύμφωνα με την οποία είναι δυνατή όπως χαρακτηριστικά γράφεται[11] η διάσπαση της βιολογικής μητρότητας, με την έννοια ότι η γυναίκα που κυοφορεί και γεννά το παιδί μπορεί να είναι διαφορετική από αυτήν στην οποία ανήκει το ωάριο που γονιμοποιήθηκε. Το παιδί που γεννιέται έχει δύο βιολογικές μητέρες, καθώς τόσο η κυοφορία όσο και η χορήγηση του γεννητικού υλικού παρέχουν βιολογικό σύνδεσμο προς το παιδί. Στη μέθοδο αυτή προσφεύγουν τα ζευγάρια με υγιές γεννητικό υλικό αλλά αδυναμία κυοφορίας εκ μέρους της γυναίκας. Αυτή η μέθοδος προκάλεσε έντονες συζητήσεις τόσο σε κοινωνικό όσο και σε νομικό επίπεδο σχετικά με το ποια πρέπει να θεωρείται μητέρα του τέκνου. Σε μια παραλλαγή της μεθόδου αυτής, μπορεί να υποκατασταθεί πλήρως η γυναίκα που επιθυμεί το τέκνο και να γονιμοποιηθεί με τεχνητή σπερματέγχυση το ωάριο της τρίτης γυναίκας, η οποία και θα κυοφορήσει το τέκνο. Στην περίπτωση αυτή δεν υπάρχει κανένας βιολογικός σύνδεσμος με την «κοινωνική» μητέρα.

Κοινό χαρακτηριστικό όλων των μεθόδων είναι ότι η αναπαραγωγική διαδικασία δεν συνδέεται πλέον με τη σεξουαλική πράξη.

Η ιστορία της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής είναι παλιά και ξεκινά τη δεκαετία του 1950, οπότε και έλαβαν χώρα οι πρώτες τεχνητές γονιμοποιήσεις με σπερματέγχυση. Ακολούθησε το 1978, η επαναστατική για τα ιατρικά δεδομένα της εποχής γέννηση του πρώτου παιδιού, του οποίου η σύλληψη έγινε in vitro ενώ το 1984 στην Αυστραλία γεννήθηκε το πρώτο παιδί από κρυοσυντηρημένο γεννητικό υλικό. Όλες οι μέθοδοι σήμερα γνωρίζουν μεγάλη εξάπλωση παγκοσμίως αλλά και στην Ελλάδα, υπολογίζεται ότι λαμβάνουν χώρα κάθε χρόνο περίπου 15.000 εξωσωματικές γονιμοποιήσεις[12].

Ο Έλληνας νομοθέτης δεν μπορούσε λοιπόν παρά να πάρει θέση σε όλα αυτά τα καινοφανή ζητήματα που γέννησε η ιατρική και κυρίως η κοινωνική πραγματικότητα και το έκανε μόλις το έτος 2002 με το Ν. 3089/2002, τον οποίο

[11] Βλ. Κουνουγέρη Μανωλεδάκη, «Τεχνητή γονιμοποίηση και οικογενειακό δίκαιο», Σάκκουλας Αθήνα Θεσσαλονίκη, σελ. 55.

[12] Βλ. Παπαχρίστου «Η τεχνητή αναπαραγωγή στον Α.Κ.» Σάκκουλας, Αθήνα Θεσσαλονίκη 2003, σελ. 15.

συμπλήρωσε και εξειδίκευσε, όπου χρειαζόταν, με το Ν. 3305/2005. Στα κεφάλαια που ακολουθούν θα επιχειρήσουμε να παρουσιάσουμε τις βασικές νομοθετικές επιλογές, αλλά κυρίως κάποιους νομικούς προβληματισμούς που διατυπώθηκαν πριν και μετά τη θέσπιση του επίμαχου νομοθετικού πλαισίου.

2. Οι βασικές ρυθμίσεις των Ν. 3089/2002 και Ν. 3305/2005.

Ο νομοθέτης βρέθηκε από τα πράγματα σε μια κρίσιμη συγκυρία. Έπρεπε να επιλέξει ανάμεσα σε μιαν αυστηρή, απαγορευτικού χαρακτήρα, αντιμετώπιση, προβλέποντας πλήθος κυρώσεων και απαγορεύσεων ή σε μια διαλλακτικότερη στάση, και να υποδεχθεί στο χώρο του δικαίου την ιατρική εξέλιξη, παραμερίζοντας τους ηθικούς του φόβους.
Ο νομοθέτης μας φαίνεται πως θέλησε, να ισορροπήσει ανάμεσα σ' αυτές τις δύο τάσεις, αποδεχόμενος υπό αυστηρούς όρους όλες τις ιατρικές μεθόδους, πραγματοποιώντας ταυτόχρονα ένα σαφές «άνοιγμα» στη νέα γενετική τεχνολογία.

2.1. Οι γενικοί όροι για την προσφυγή στην τεχνητή γονιμοποίηση.

Σύμφωνα με την Α.Κ. 1455: «Η ιατρική υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή (τεχνητή γονιμοποίηση) επιτρέπεται μόνο για να αντιμετωπίζεται η αδυναμία απόκτησης τέκνων με φυσικό τρόπο ή για να αποφεύγεται η μετάδοση στο τέκνο σοβαρής ασθένειας. Η υποβοήθηση αυτή επιτρέπεται μέχρι την ηλικία φυσικής αναπαραγωγικής ικανότητας του υποβοηθούμενου προσώπου. Η ανθρώπινη αναπαραγωγή με τη μέθοδο της κλωνοποίησης απαγορεύεται.
Επιλογή του φύλου του τέκνου δεν είναι επιτρεπτή, εκτός αν πρόκειται να αποφευχθεί σοβαρή κληρονομική νόσος που συνδέεται με το φύλο».

2.1.1. Η αδυναμία φυσικής αναπαραγωγής και η αποφυγή μετάδοσης στο τέκνο σοβαρής ασθένειας (1455 παρ. 1 εδ.α)

Ο πρώτος και βασικότερος περιορισμός που τίθεται λοιπόν είναι αυτός της «ιατρικής αναγκαιότητας»[13]. Ο νόμος δεν προσδιορίζει τους λόγους για τους οποίους δεν είναι η δυνατή η φυσική τεκνοποίηση, εννοεί προφανώς τη στειρότητα σε όλες τις πιθανές εκδοχές της, η οποία θα διαπιστώνεται από το θεράποντα ιατρό. Η υποβοηθούμενη αναπαραγωγή επιτρέπεται και προκειμένου να μην μεταδοθεί στους απογόνους από τον σύζυγο σοβαρή κληρονομική νόσος, οπότε και γίνεται χρήση σπέρματος υγιούς τρίτου δότη (ετερόλογη τεχνητή γονιμοποίηση).

Με τη διάταξη αυτή οριοθετείται σαφώς η επιτρεπόμενη υποβοήθηση στα πλαίσια του ιατρικώς αναγκαίου και τίθεται σαφής απαγόρευση σχετικά με την υποβοήθηση σε μοναχικές γυναίκες που θέλουν να αποφύγουν τη σεξουαλική επαφή με άγνωστο άνδρα ή θέλουν να αποφύγουν την κυοφορία για επαγγελματικούς λόγους ή λόγους αισθητικής.

Ο Ν. 3305/2005 ο οποίος ήρθε να συμπληρώσει τον όρο της ιατρικής αναγκαιότητας προέβλεψε στο άρθρο 4 παρ.1 την εφαρμογή της ιατρικώς υποβοηθούμενης αναπαραγωγής και συγκεκριμένα της μεθόδου της κρυοσυντήρησης (άρθρο 7 Ν. 3305/2005) κατ' εξαίρεση και σε ανηλίκους όταν αυτοί πάσχουν από σοβαρό νόσημα που επισύρει κίνδυνο στειρότητας, προκειμένου να εξασφαλιστεί η δυνατότητα τεκνοποίησης του ανηλίκου στο μέλλον[14].

2.1.2. Η ηλικία φυσικής αναπαραγωγικής ικανότητας (ΑΚ 1455 παρ. 1 εδ.β')

Ο περιορισμός αυτός αποσκοπεί στην διασφάλιση των δικαιωμάτων του τέκνου που θα γεννηθεί αφού σύμφωνα με την κοινή, αλλά και τη νομοθετική λογική, δεν είναι προς το συμφέρον του τέκνου να ανατρέφεται από ηλικιωμένους γονείς. Ως στειρότητα λοιπόν δεν εννοεί ο νόμος την αδυναμία λόγω παρέλευσης της φυσικής ηλικίας αναπαραγωγής[15]. Σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 4 παρ. 1 Ν. 3305/2005 « οι μέθοδοι Ι.Υ.Α. εφαρμόζονται σε

[13] Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη, «Τεχνητή γονιμοποίηση και οικογενειακό δίκαιο», Σάκκουλας Αθήνα Θεσσαλονίκη 2005 σελ. 9.
[14] Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη, «Τεχνητή γονιμοποίηση και οικογενειακό δίκαιο», Σάκκουλας Αθήνα Θεσσαλονίκη 2005 σελ.10
[15] Κουνουγέρη Μανωλεδάκη, «Τεχνητή γονιμοποίηση και οικογενειακό δίκαιο», Σάκκουλας Αθήνα Θεσσαλονίκη 2005 σελ.13.

ενήλικα πρόσωπα μέχρι την ηλικία φυσικής αναπαραγωγής του υποβοηθούμενου προσώπου. Σε περίπτωση που το υποβοηθούμενο πρόσωπο είναι γυναίκα, ως ηλικία φυσικής αναπαραγωγής νοείται το πεντηκοστό έτος » .

Οι Μ.Ι.Υ.Α. δύνανται να αφορούν αποκλειστικά άτομα ενήλικα, κατ΄ εξαίρεση ανήλικα και τίθεται πλέον ο περιορισμός του πεντηκοστού έτους της ηλικίας μόνο για τις γυναίκες, διορθώνοντας την αρχική επιλογή του νομοθέτη με το Ν. 3089/2002 να βάλει ηλικιακό ανώτατο όριο τόσο για άνδρες όσο και για γυναίκες το εξηκοστό έτος της ηλικίας.

Η διάκριση αυτή που εισάγει ο Ν. μεταξύ ανδρών και γυναικών είναι απόλυτα δικαιολογημένη και δεν έρχεται σε αντίθεση με το 4 παρ. 2 του Συντάγματος, γιατί συμβαδίζει με το βιολογικό-ιατρικό δεδομένο ότι η φυσική αναπαραγωγική ηλικία της γυναίκας σε αντίθεση με αυτή του άνδρα έχει ορισμένα χρονικά περιθώρια. Αυτός ο περιορισμός γίνεται για να διασφαλίσει την γέννηση ενός υγιούς τέκνου αλλά και την ανατροφή του από μία τουλάχιστον νέα μητέρα. Δεν κρίθηκε απαραίτητο να οριστεί ανώτατο ηλικιακό όριο για τον άνδρα δεδομένου ότι η φυσική του αναπαραγωγική ηλικία δεν έχει κατά κανόνα τέλος και φαίνεται πως το συμφέρον του τέκνου εξυπηρετείται επαρκώς για το δίκαιο με το να έχει αυτό μόνο ένα νέο γονέα.[16] Άλλωστε η σύγχρονη νομοθεσία έχει αναγνωρίσει την μονογονεϊκή οικογένεια σαν ένα αποδεκτό εναλλακτικό οικογενειακό σχήμα και η νομοθεσία για την Υ.Α. στόχο έχει να διευκολύνει τα άτομα να ασκήσουν το δικαίωμα τους στην αναπαραγωγή και όχι να θέσει υπέρμετρους περιορισμούς.

Ο νομοθέτης, παρ' όλα αυτά, παίρνει θέση στο άρθρο 8 παρ. 7 του Ν. 3305/2005 σχετικά με την αναπαραγωγική ηλικία του άνδρα όταν πρόκειται αυτός να γίνει δότης σπέρματος οπότε και δεν πρέπει να υπερβαίνει το 40ο έτος της ηλικίας του, προκειμένου να μειωθούν οι πιθανότητες εμφάνισης χρωμοσωμικών ανωμαλιών ή άλλων βλαβών στο έμβρυο. Για τη γυναίκα δωρήτρια ωαρίων ως όριο τίθεται το 35ο έτος. Ο νομοθέτης αναγνωρίζει λοιπόν τους κινδύνους και τα πιθανά προβλήματα που ανακύπτουν μετά τις ηλικίες αυτές, αλλά αφήνει στους ενδιαφερόμενους να αναλάβουν το βάρος της ευθύνης όπως θα συνέβαινε και στη φυσική αναπαραγωγή. Όταν όμως θα

[16] Κουνουγέρη Μανωλεδάκη, «Τεχνητή Γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο», ό. π. σελ. 13.

απαιτηθεί ξένο γεννητικό υλικό ο νόμος απαιτεί αυτό να είναι το υγιέστερο δυνατό.

Έχει διατυπωθεί η άποψη στη θεωρία[17] ότι θα έπρεπε να θεσπίζεται και για τον άνδρα ανώτατο ηλικιακό όριο προκειμένου να διασφαλίζεται καλύτερα το συμφέρον του τέκνου που θα γεννηθεί, το οποίο βρίσκεται και στο επίκεντρο του ενδιαφέροντος της νομοθεσίας για την τεχνητή γονιμοποίηση. Το συμφέρον του τέκνου λοιπόν επιτάσσει, σύμφωνα με την άποψη αυτή το τέκνο που θα γεννηθεί να έχει νέους γονείς, ικανούς να το φροντίζουν και οι οποίοι δεν θα χρειάζονται οι ίδιοι βοήθεια, αλλά και να γεννηθεί υγιές αφού όπως είδαμε και ο ίδιος ο νομοθέτης αναγνωρίζει τους κινδύνους που συνεπάγεται η χρήση γεννητικού, το οποίο προέρχεται από άτομα προχωρημένης ηλικίας.

Στο Ν. 3305/2005 αποσαφηνίζεται και το ζήτημα που αφορά το κατώτατο όριο ηλικίας και συγκεκριμένα ορίζεται ότι η νομοθεσία για την ιατρική υποβοήθηση απευθύνεται σε ενήλικα άτομα. Η εφαρμογή των μεθόδων αυτών στους ανήλικους εφαρμόζεται κατ' εξαίρεση. Η ρύθμιση αυτή εισήχθη για λόγους κοινωνικούς που έχουν να κάνουν με την πνευματική και ψυχική ωριμότητα των ενδιαφερομένων και φυσικά στην πράξη είναι πολύ περιορισμένο το ενδιαφέρον των ανηλίκων για τεκνοποίηση εκτός ίσως από την εξαίρεση των έγγαμων, οι οποίοι θα πρέπει να περιμένουν την ενηλικίωσή τους εκτός αν πάσχουν από ασθένεια με κίνδυνο στειρότητας. Γι' αυτή και μόνο την περίπτωση ο νομοθέτης επιτρέπει με το άρθρο 4 παρ. 1 Ν. 3305/2005 στον ανήλικο να εξασφαλίσει την αναπαραγωγική του ικανότητα για το μέλλον σε περίπτωση που αυτή βρίσκεται σε άμεσο κίνδυνο εξαιτίας κάποιας ασθένειας.

2.1.3. Οι απαγορεύσεις. (1455 παρ. 1 εδ. γ' και 1455 παρ. 2).

Η πρώτη απαγόρευση που τίθεται αφορά την αναπαραγωγική κλωνοποίηση και τίθεται στη διάταξη της παραγράφου 1 εδ. γ του άρθρου 1455 Α.Κ.

Η κλωνοποίηση συνίσταται στη γονιμοποίηση ωαρίου όχι με σπέρμα, αλλά με τον πυρήνα οποιουδήποτε άλλου κυττάρου. Κατά τη μέθοδο αυτή, που όσον αφορά τον άνθρωπο βρίσκεται σε πειραματικό στάδιο, αφαιρείται από το ωάριο

[17] Κουνουγέρη Μανωλεδάκη, Τεχνητη Γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο, ό.π. σελ 15

ο πυρήνας του και στη θέση του εισάγεται ο πυρήνας ενός άλλου κυττάρου αδιάφορης προέλευσης[18]

Η κλωνοποίηση διακρίνεται σε αναπαραγωγική και θεραπευτική. Με τη θεραπευτική κλωνοποίηση από γονιμοποιημένα ωάρια έως τριών ημερών δημιουργούνται ιστοί και όργανα, που μπορεί να χρησιμοποιηθούν για αντικατάσταση οργάνων ή για αντιμετώπιση σοβαρών ασθενειών. Με την αναπαραγωγική κλωνοποίηση επιδιώκεται η δημιουργία ανθρώπων γενετικά πανομοιότυπων, με τον άνθρωπο από τον οποίο προέρχεται ο πυρήνας του κυττάρου. Η αναπαραγωγική κλωνοποίηση βασίζεται λοιπόν στην τεχνική της πυρηνικής μεταφοράς, δηλαδή στην αντικατάσταση του πυρήνα του ωαρίου από τον πυρήνα ενός ώριμου σωματικού κυττάρου. Όταν η τεχνική αυτή ακολουθείται από εμφύτευση του ωαρίου σε μήτρα προς κυοφορία, τότε μπορούμε να μιλάμε για απόπειρα αναπαραγωγικής κλωνοποίησης.[19]

Η διεθνής επιστημονική κοινότητα εκτιμά ως κατεξοχήν επισφαλή την εφαρμογή της μεθόδου στον άνθρωπο γεγονός που έχει οδηγήσει στην ρητή απαγόρευση της σε εθνικό αλλά και διεθνές επίπεδο. Σύμφωνα με το άρθρο 11 της Οικουμενικής Διακήρυξης της Unesco του 1997 για το ανθρώπινο γονιδίωμα και τα δικαιώματα του ανθρώπου «πρακτικές αντίθετες προς την ανθρώπινη αξιοπρέπεια όπως η κλωνοποίηση ανθρώπων για αναπαραγωγικούς λόγους δεν επιτρέπονται». Ακολούθησε το Πρώτο Πρόσθετο Πρωτόκολλο στη Σύμβαση του Συμβουλίου της Ευρώπης (1998) για τα Ανθρώπινα Δικαιώματα και τη Βιοϊατρική σύμφωνα με το οποίο κάθε παρέμβαση που έχει ως σκοπό τη δημιουργία ενός ανθρώπινου όντος που είναι γενετικώς όμοιο με άλλο ανθρώπινο ον ζωντανό ή νεκρό απαγορεύεται. Αλλά και ο Χάρτης Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ε.Ε. της 7ης Δεκεμβρίου 2000 προβλέπει επίσης στο άρθρο 3 παρ. 2 ρητή απαγόρευση της αναπαραγωγικής κλωνοποίησης.

Στο πνεύμα αυτών των διεθνών και ευρωπαϊκών επιταγών κινήθηκε, ως όφειλε και ο έλληνας νομοθέτης (1455 ΑΚ).

Ο περιορισμός αυτός του δικαιώματος στην αναπαραγωγή τέθηκε λοιπόν για να προστατεύσει, κατά κρατούσα άποψη, την ανθρώπινη αξιοπρέπεια, όπως αυτή ορίζεται από το άρθρο 2 παρ. 1 του Συντάγματος. Η αναπαραγωγική

[18] Έτσι, Παπαχρίστου, «Εγχειρίδιο Οικογενειακού Δικαίου», Εκδόσεις Αντ. Σάκκουλα, 2005.
[19] Βλ και Εθνική Επιτροπή Βιοηθικής,, «Θέσεις για σύγχρονα προβλήματα», σελ. 120.

κλωνοποίηση συνιστά ανεπίτρεπτο ετεροκαθορισμό, που θίγει επιπλέον και την αξία της διαφορετικότητας.

Όπως αναφέρεται και στην Εισηγητική Έκθεση του ν. 3089/2002 «…. η επιδίωξη αναπαραγωγής όμοιων ανθρώπων αντιβαίνει στη μοναδικότητα του κάθε ανθρώπου». Αυτή ακριβώς η μοναδικότητα αποτελεί προϋπόθεση για την πραγμάτωση της προσωπικής αυτονομίας και προστατεύεται τόσο από το Σύνταγμα όσο και από το πρόσθετο πρωτόκολλο της σύμβασης του Οβιέδο, που έχει υιοθετηθεί και από την Ελλάδα. Στο άρθρο 1 αυτού του Πρωτοκόλλου ορίζεται ότι κάθε παρέμβαση, που αποσκοπεί στη δημιουργία ανθρώπινων όντων γενετικά όμοιων με άλλα, ζωντανά ή νεκρά, απαγορεύεται.[20]

Από αυτή τη διατύπωση συνάγουμε ότι απαγορεύεται η αναπαραγωγική και όχι η θεραπευτική κλωνοποίηση. Άλλωστε ο νόμος, όπως θα διαπιστώσουμε κατωτέρω, επιτρέπει την χρήση του πλεονάζοντος γεννητικού υλικού για ερευνητικούς ή θεραπευτικούς σκοπούς.

Ένας ακόμη περιορισμός για την προστασία της ανθρώπινης αξιοπρέπειας είναι η απαγόρευση της επιλογής φύλου. Η επιλογή του φύλου του παιδιού που θα γεννηθεί αποτελεί και αυτή απαράδεκτο ετεροκαθορισμό, ο οποίος θα επηρεάσει τη ζωή του μελλοντικού παιδιού και γίνεται σε χρόνο που δεν μπορεί να ερωτηθεί το ίδιο και να αποφασίσει για τον εαυτό του. Η σύμβαση του Οβιέδο αλλά και ο ελληνικός νόμος δεν επιτρέπουν την επιλογή του φύλου από τους υποψηφίους γονείς παρά μόνο αν πρόκειται να αποφευχθεί σοβαρή κληρονομική νόσος που συνδέεται με το φύλο. Τέτοια αρρώστια είναι η μυοπάθεια Duchenne[21], που μεταβιβάζεται από τη μητέρα φορέα στους μισούς γιους της και προκαλεί σε αυτούς μυϊκή ατροφία από την ηλικία των δύο ετών, η οποία εξελίσσεται σε παράλυση γύρω στα 20 χρόνια.

Πέρα από την επιλογή του φύλου, κάθε εκ των προτέρων καθορισμός χαρακτηριστικών του μέλλοντος να γεννηθεί τέκνου αντιβαίνει στην ελληνική συνταγματική τάξη. Όπως χαρακτηριστικά γράφεται[22] η προεπιλογή ερήμην του τέκνου των φυσικών χαρακτηριστικών του « αίρει το συμφυές με την ανθρώπινη ύπαρξη στοιχείο του τυχαίου, και προκαλεί τη δημιουργία ατόμων κατά παραγγελία», γεγονός που ισοδυναμεί με υποβιβασμό του ανθρώπου σε

[20] Κουνουγέρη Μανωλεδάκη, «Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό δίκαιο», ό. π. σελ 20.
[21] Βλ. και Εισηγητική Έκθεση Ν. 3089/2002.
[22] Ι. Κριάρη Κατράνη, «Βιοϊατρικές εξελίξεις και Συνταγματικό δίκαιο», σελ. 106.

αντικείμενο[23] και παραβιάζει, όπως είδαμε την θεμελιώδη αρχή της αξίας του ανθρώπου. Με τη μέθοδο της προεπιλογής του φύλου δεν επέρχονται αλλοιώσεις πάνω στον άνθρωπο αλλά ο ίδιος είναι αποτέλεσμα επεμβάσεων στις συνθήκες δημιουργίας του, επεμβάσεων καθοριστικών για τη ζωή του.

Πέραν της αντιθέσεως προς την αρχή της ανθρώπινης αξιοπρέπειας, η δυνατότητα επιλογής φύλου εισάγει και αθέμιτη διάκριση με βάση το 4παρ.1. Σ, καθώς μόνο όσοι χρησιμοποιούν τις Μ.Ι.Υ.Α. μπορούν να επωφεληθούν αυτού του προνομίου.[24]

Η καταστρατήγηση των περιορισμών στους οποίους αναφερθήκαμε δεν είναι άμοιρη συνεπειών καθώς με το Ν.3305/2005 προβλέφθηκαν τόσο διοικητικές όσο και ποινικές κυρώσεις για τους παραβάτες[25]. Ειδικότερα ως προς τα όρια ηλικίας στο άρθρο 26 παρ. 6 Ν. 3305/2005 ορίζεται ότι όποιος προβαίνει σε εφαρμογή Μ.Ι.Υ.Α. κατά παράβαση των ορίων ηλικίας τιμωρείται με φυλάκιση μέχρι ενός έτους. Επιπλέον στο 27 παρ. 7 ορίζεται ότι η ίδια παράβαση τιμωρείται και με πρόστιμο ποσού 10 έως 20 χιλιάδων ευρώ ενώ επιβάλλεται και προσωρινή ανάκληση της άδειας λειτουργίας της μονάδας, η οποία επιχείρησε την παράνομη υποβοήθηση. Αν η παράβαση ξανατελεστεί τότε η άδεια ανακαλείται οριστικά. Ως προς την απαγόρευση της επιλογής φύλου και της αναπαραγωγικής κλωνοποίησης, το άρθρο 26 παρ.1 Ν. 3305/2005 προβλέπει σε περίπτωση παραβίασης κάθειρξη μέχρι 15 ετών και το άρθρο 27 παρ. 1 πρόστιμο 50 έως 100 χιλιάδες ευρώ και ανάκληση της άδειας ασκήσεως επαγγέλματος για δύο τουλάχιστον έτη. Αν η παράβαση ξανατελεστεί το πρόστιμο μπορεί να προσεγγίσει κατ' ανώτατο όριο τις 400 χιλιάδες ευρώ και η ανάκληση της άδειας είναι οριστική.

Η γέννηση ενός παιδιού κατά παράβαση των όρων του νόμου δεν εμποδίζει τη δημιουργία συγγένειας με τους γονείς του, το παιδί θα συνδεθεί νομικά με τους γονείς του, όπως ακριβώς θα συνέβαινε και μετά από εφαρμογή επιτρεπόμενης υποβοηθούμενης αναπαραγωγής.

2.1.4. Τα δικαιούμενα πρόσωπα

[23] Βλ ενδεικτικά για 2 παρ. 1 Σ σε Κ. Χρυσόγονου «Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα» σελ. 109 επ. αλλά και Κριάρη Κατράνη η οποία ορίζει την ανθρώπινη αξιοπρέπεια ως την ικανότητα αυτοκαθορισμού του ανθρώπου, γενική αρχή με πρωταρχικό αποδέκτη το κράτος.

[24] Ισμήνη Κριάρη Κατράνη, «Βιοϊατρικές εξελίξεις και Συνταγματικό δίκαιο», σελ. 107.

[25] Βλ Κουνουγέρη Μανωλεδάκη, «Τεχνητή Γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο», σελ. 21 επ.

Τα πρόσωπα στα οποία επιτρέπει ο νομοθέτης να προσφύγουν στην τεχνητή αναπαραγωγή είναι τα ετερόφυλα ζεύγη και οι μοναχικές γυναίκες. (Α.Κ. 1458 και Α.Κ. 1456)

Παραδοσιακά η απόκτηση τέκνου συνδέεται με την ύπαρξη ζεύγους συζύγων, το οποίο επιθυμεί τεκνοποιία. Παρ' όλα αυτά σήμερα η ανάγκη αυτή υπάρχει και σε ζευγάρια που ζουν σε ελεύθερη, εξώγαμη συμβίωση αλλά και σε μοναχικά άτομα τα οποία δεν επιθυμούν τη σταθερή ένωση με άλλο πρόσωπο. Στην Ελλάδα, ο νομοθέτης επέλεξε να αναγνωρίσει το δικαίωμα στην ιατρική υποβοήθηση σε ετερόφυλα ζεύγη που συμβιώνουν ελεύθερα αλλά και σε μοναχικές γυναίκες, αποκλείοντας ταυτόχρονα ζευγάρια του ίδιου φύλου και μοναχικούς άνδρες. Η ρύθμιση αυτή εναρμονίζεται, κατά την κρατούσα άποψη[26], με την σύγχρονη κοινωνική πραγματικότητα όπου τα εναλλακτικά οικογενειακά σχήματα πολλαπλασιάζονται και δεν θα μπορούσε το δίκαιο παρά να περιλάβει στους κόλπους του τα παιδιά που προκύπτουν από αυτά.

Ο νομοθέτης απέκλεισε και αυτή τη φορά τα ομόφυλα ζευγάρια από τις ρυθμίσεις του σύγχρονου οικογενειακού δικαίου. Το δίκαιο δεν έχει ακόμη αποφασίσει να επιτρέψει στα ομόφυλα ζεύγη να διαμορφώνουν γονική σχέση είτε με υιοθεσία είτε με τεχνητή γονιμοποίηση. Είναι γεγονός ότι σε πολλές ευρωπαϊκές χώρες η ομοφυλική συμβίωση αναγνωρίζεται, είτε ως μόρφωμα παράλληλο του γάμου (Γαλλία, Γερμανία, Σκανδιναβικές Χώρες), είτε ως γάμος (Ολλανδία, Βέλγιο)[27]. Ωστόσο οι περισσότερες νομοθεσίες από αυτές που αναγνωρίζουν τις ενώσεις των ομόφυλων δεν τους επιτρέπουν την υιοθεσία ή την υποβοηθούμενη αναπαραγωγή, με εξαίρεση την Ολλανδία που επιτρέπει την υιοθεσία και τις Σκανδιναβικές χώρες που επιτρέπουν την υιοθεσία του τέκνου του άλλου συντρόφου.

Εκτός από τον αποκλεισμό των ομόφυλων ζευγών από την τεχνητή αναπαραγωγή, αντίστοιχη απαγόρευση υπάρχει και για τους άγαμους και μόνους άνδρες οι οποίοι θα έπρεπε να εξασφαλίσουν τόσο ωάριο όσο και κυοφόρο γυναίκα, κάτι που ο νόμος το επιτρέπει μόνο σε γυναίκες, με

[26] Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη, «Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο», Παπαχρίστου, «Η τεχνητή αναπαραγωγή στον Α.Κ., Σπυριδάκης, «Η νέα ρύθμιση της τεχνητής γονιμοποίησης και της συγγένειας», Φίλιος, «Οικογενειακό Δίκαιο». Αντίθετος ο Καράσης, «Το νέο σχέδιο νόμου για την εφαρμογή των Μ.Ι.Υ.Α.», Αρμενόπουλος 2005.

[27] Παπαχρίστου, «Η τεχνητή αναπαραγωγή στον Α.Κ.» σελ 35.

αυστηρούς όρους και με δικαστική άδεια σύμφωνα με το θεσμό, της παρένθετης μητρότητας, που θα εξεταστεί κατωτέρω.

Η αναγνώριση της δυνατότητας στις μοναχικές γυναίκες να προσφεύγουν στις Μ.Ι.Υ.Α. προκάλεσε έντονες αμφισβητήσεις. Η βασική αντίρρηση είναι ότι επιλέγεται συνειδητά να γεννηθεί και να ανατραφεί ένα παιδί από ένα μόνο γονέα, τη μητέρα του. Το γεγονός ότι αυτό το παιδί θα στερηθεί τον πατέρα του αντίκειται, σύμφωνα με την άποψη αυτή, στο συμφέρον του παιδιού, όπως αυτό προστατεύεται από το Σύνταγμα και την παγκόσμια Σύμβαση του ΟΗΕ για τα δικαιώματα του παιδιού. Η Σύμβαση αυτή, στο άρθρο 3, ανάγει το συμφέρον του παιδιού σε θεμελιώδη αρχή και ερμηνευτικό κριτήριο, ενώ την εξειδικεύει εν μέρει με το άρθρο 7 σύμφωνα με το οποίο το παιδί έχει δικαίωμα να γνωρίζει «εφόσον αυτό είναι δυνατό τους γονείς του και να ανατρέφεται από αυτούς». Από τον συνδυασμό των διατάξεων αυτών συνάγεται κατά μία άποψη[28] υποχρέωση του κράτους να εξασφαλίζει και μέσω της νομοθεσίας την ύπαρξη δύο γονέων (φυσικών ή κοινωνικών) στο παιδί εφόσον αυτό είναι (αντικειμενικά) δυνατό. Ήδη πριν από τη θέσπιση του νόμου για την υποβοηθούμενη αναπαραγωγή, είχε διατυπωθεί και η γνώμη[29] ότι η γέννηση παιδιών, με προσφυγή στην ιατρικώς υποβοηθούμενη αναπαραγωγή από έναν μόνο άνδρα ή μία μόνη γυναίκα συνιστά παραβίαση του άρθρου 8 παρ. 1 ΕΣΔΑ, όπως αυτό έχει ερμηνευτεί από τη νομολογία του ΕΔΔΑ για το λόγο ότι επιλέγεται εκ των προτέρων να συνδεθούν αυτά νομικά με ένα μόνο γονέα, πατέρα ή μητέρα. Το ΕΔΔΑ με δύο αποφάσεις το 1979 (Marckx) και το 1986 (Johnston) ερμηνεύοντας το άρθρο 8 ΕΣΔΑ έκρινε ότι ο σεβασμός στην οικογενειακή ζωή δημιουργεί την θετική υποχρέωση στο εθνικό δίκαιο να καθιστά δυνατή, από τη στιγμή της γέννησης του, την ενσωμάτωση του παιδιού στην οικογένεια του, εννοώντας τη σύναψη εννόμων σχέσεων τόσο με την μητρική όσο και με την πατρική πλευρά.

Άλλες αντιρρήσεις σχετικά με την υποβοήθηση σε άγαμους ή μοναχικές γυναίκες έχουν διατυπωθεί και με το επιχείρημα[30] ότι η μόνη νόμιμη είναι η συζυγική οικογένεια, η οποία ιδρύεται με γάμο μεταξύ ενός άνδρα και μιας

[28] Ι. Κριάρη Κατράνη, «Βιοϊατρικές εξελίξεις και Συνταγματικό Δίκαιο», σελ 92.
[29] Ι. Κριάρη Κατράνη, «Βιοϊατρικές εξελίξεις και Συνταγματικό Δίκαιο», σελ 91.
[30] Μ. Καράσης, «Το νέο σχέδιο νόμου για την εφαρμογή των μεθόδων Ι.Υ.Α.», Αρμενόπουλος 2005 τεύχ. 6. σελ 829 επ.

γυναίκας και περιλαμβάνει αυτούς και τα ανήλικα τέκνα τους. «Νόμος που θα θεσμοθετούσε οικογένεια με τρεις ή πέντε γονείς ή με ένα γονέα ή με εκ των προτέρων άγνωστο γονέα θα ήταν αντισυνταγματικός». Δομικό στοιχείο της παιδικής ηλικίας είναι, σύμφωνα με την ίδια άποψη, το «φυσικό δικαίωμα του παιδιού να έχει μία μητέρα και έναν πατέρα, που κατ΄αρχήν δεν μπορεί (με εξαίρεση την υιοθεσία) παρά να είναι οι φυσικοί του γονείς». Η γέννηση ενός παιδιού έξω από το γάμο και από μία μόνη γυναίκα προσβάλλει το «φυσικό δικαίωμα του παιδιού να γνωρίζει τους γονείς του και να ανατρέφεται από αυτούς και άρα το θεμελιώδες δικαίωμα του για ανθρώπινη αξιοπρέπεια (2 παρ.1 Σ) και για ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας (άρθρ. 5 παρ. 1 Σ) αφού η γνώση της φυσικής καταγωγής αποτελεί στοιχείο της ανθρώπινης αξιοπρέπειας και καθοριστικό παράγοντα διαμορφώσεως της προσωπικότητας».

Η κοινωνική πραγματικότητα, παρ' όλα αυτά δεν επιτρέπει στο δίκαιο να αγνοήσει τη μονογονεϊκή οικογένεια, γι' αυτό και την έχει ήδη αναγνωρίσει στο πλαίσιο της υιοθεσίας. Άλλωστε η γενική ρήτρα της ιατρικής αναγκαιότητας δεν κάμπτεται, συνεπώς οι γυναίκες που θα κάνουν χρήση της ρύθμισης είναι ελάχιστες. Το δικαίωμα της μοναχικής γυναίκας να γίνει μητέρα δεν προσβάλλει ούτε συνταγματικά κατοχυρωμένα δικαιώματα άλλων ούτε τα χρηστά ήθη εφόσον γίνεται με τους όρους του νόμου και μόνο σε περίπτωση που δεν μπορεί για ιατρικούς λόγους να τεκνοποιήσει με φυσικό πρόσωπο. Η δυνατότητα αυτή προκύπτει από τη διάταξη του άρθρου 1456 παρ. 1. εδ. β Α.Κ., η οποία καθιστά σαφές ότι η συμβίωση με άνδρα δεν συνιστά απαραίτητη προϋπόθεση για να τεκνοποιήσει η άγαμη γυναίκα.

Από τη στιγμή λοιπόν κατά την οποία πληρούνται οι όροι του νόμου, η άγαμη και μόνη γυναίκα μπορεί να προσφύγει σε όλες τις μεθόδους της ιατρικής υποβοήθησης εκτός από τη μεταθανάτια που από τη φύση της χρειάζεται ζεύγος συζύγων ή συντρόφων.

Η άγαμη γυναίκα είτε θα λάβει σπέρμα του συντρόφου με τον οποίο συζεί είτε θα λάβει σπέρμα άγνωστου δότη τηρουμένων όλων των διατυπώσεων και κυρίως της αρχής της μυστικότητας, η οποία τέθηκε για να διασφαλίσει τόσο το συμφέρον του τέκνου που θα γεννηθεί όσο και του δότη ο οποίος δεν επιθυμεί να συνδεθεί νομικά με το παιδί που θα δημιουργηθεί με το γεννητικό του υλικό.

2.1.5. Οι συναινέσεις των εμπλεκόμενων μερών.

Ο νομοθέτης πέρα από την ιατρική αναγκαιότητα έθεσε ακόμη έναν όρο για την εφαρμογή της ιατρικής υποβοήθησης, ο οποίος είναι οι συναινέσεις των ενδιαφερομένων. Σύμφωνα με την Α.Κ. 1456, απαιτείται απλή έγγραφη συναίνεση των προσώπων που επιθυμούν να γίνουν γονείς σε περίπτωση έγγαμου ζεύγους, ενώ στις περιπτώσεις των ζευγαριών που ζουν σε ελεύθερη ένωση ή στις μοναχικές γυναίκες απαιτείται η συναίνεση να περιβληθεί το συμβολαιογραφικό τύπο. Η συναίνεση αυτή ανακαλείται με τον ίδιο τύπο μέχρι την μεταφορά των γαμετών ή του γονιμοποιημένου ωαρίου στο γυναικείο σώμα. Ο έγγραφος τύπος επελέγη για να κατοχυρώσει από τη μια πλευρά το γιατρό και από την άλλη πλευρά το παιδί που θα γεννηθεί, η πατρότητα του οποίου καθίσταται απρόσβλητη από οποιονδήποτε στην περίπτωση που ο σύζυγος είχε συγκατατεθεί στην υποβολή της συζύγου του στην τεχνητή γονιμοποίηση(1471 παρ. 2).[31]

Ο σοβαρότερος τύπος της συμβολαιογραφικής συναίνεσης για τους άγαμους υποψηφίους γονείς επιβάλλεται προκειμένου οι συναινέσεις αυτές να οδηγήσουν στην αυτόματη εκούσια αναγνώριση του παιδιού από τον άνδρα που θα έχει συναινέσει συμβολαιογραφικά και ανεξάρτητα από το αν χρησιμοποιήθηκε δικό του γεννητικό υλικό ή όχι. Η συμβολαιογραφική συναίνεση της μητέρας ισχύει και ως συναίνεση στην αυτόματη εκούσια αναγνώριση εκ μέρους του συντρόφου της. Συμβολαιογραφική πρέπει να είναι και η συναίνεση της άγαμης και μόνης γυναίκας όχι για να χρησιμεύσει στην ίδρυση της πατρότητας αλλά για να εξασφαλίσει τη συνειδητή συμπεριφορά της άγαμης γυναίκας που προχωρεί στην τεκνοποιία[32].

Ο έγγραφος τύπος (ιδιωτικό ή συμβολαιογραφικό έγγραφο) της κατά την ΑΚ συναίνεσης είναι συστατικός, υπό την έννοια ότι από την τήρησή του εξαρτάται η νομιμότητα της ιατρικής υποβοήθησης, που διενεργείται στο πλαίσιο της σύμβασης ιατρικής αρωγής.[33]

[31] Κουνουγέρη Μανωλεδάκη, «Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο», σελ. 25
[32] Κουνουγέρη Μανωλεδάκη, «Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο», σελ. 26
[33] Παπαχρίστου, «Η τεχνητή αναπαραγωγή στον ΑΚ», σελ. 41

Οι συναινέσεις αυτές έχουν δικαιοπρακτικό χαρακτήρα, δηλαδή τα έννομα αποτελέσματά τους είναι ηθελημένα.[34] Αποτελούν έκφραση της ιδιωτικής αυτονομίας και οδηγούν σε μια ηθελημένη ίδρυση συγγένειας. Συγκεκριμένα, πρόκειται για μονομερείς δικαιοπραξίες[35], τυπικές, απευθυντέες προς τον ιατρό ή το ιατρικό κέντρο που θα επιχειρήσει την τεχνητή γονιμοποίηση. Ενόψει του δικαιοπρακτικού αυτού χαρακτήρα απαιτείται ο συναινών να είναι ικανός για δικαιοπραξία και η βούληση του να είναι απαλλαγμένη από ελαττώματα[36]. Σύμφωνα με άλλη άποψη[37] η συναίνεση αυτή αποτελεί οιονεί δικαιοπραξία, με την οποία εκείνος που συναινεί επιτρέπει ή εξουσιοδοτεί τον ιατρό ή το ιατρικό κέντρο να επέμβουν στα έννομα αγαθά του. Η συναίνεση αίρει την παρανομία της επέμβασης ανεξάρτητα από το αν η άρση είναι ή δεν είναι ηθελημένη για εκείνον που συναινεί.

Όσον αφορά την έγκριση κατά μια άποψη[38] αυτή δεν υποκαθιστά την συναίνεση, που έπρεπε να λάβει χώρα πριν την επιχείρηση της υποβοήθησης, αλλά επέχει θέση παραίτησης από τις συνέπειες της παράνομης επέμβασης και δεν καθιστά τη γονιμοποίηση επιτρεπόμενη. Σύμφωνα με αντίθετη άποψη[39] η έγκριση αναπληρώνει την έλλειψη συναινέσεως, άλλωστε σύμφωνα με τις γενικές διατάξεις (ΑΚ 236) η συγκατάθεση μπορεί να εμφανιστεί είτε ως έγκριση είτε ως συναίνεση. Βέβαια ο νομοθέτης επέλεξε τον όρο «συναίνεση» και όχι συγκατάθεση προκειμένου να τονίσει ότι αυτή πρέπει να προϋπάρχει της ιατρικής επέμβασης.

Σχετικά με την δικαιοπρακτική ικανότητα που απαιτείται υποστηρίζεται είτε ότι είναι αυτή των γενικών διατάξεων, δηλαδή πλήρης, γενική δικαιοπρακτική ικανότητα[40] είτε ότι αρκεί η ειδική ικανότητα της σύναψης γάμου (με την εξαίρεση των ανηλίκων) που αναγνωρίζεται ερμηνευτικά ως η ικανότητα η οποία αναφέρεται το άρθρο 1387 παρ. 1 εδ.2.[41], η οποία αρκεί και για την εκούσια αναγνώριση.

---

[34] Κουνουγέρη Μανωλεδάκη, ό. π. σελ 26.
[35] Σπυριδάκης, «Η νέα ρύθμιση της τεχνητής γονιμοποίησης και της συγγένειας» σελ. 18.
[36] Λ.χ. πλάνη, απάτη, απειλή βλ Παπαδοπούλου Κλαμαρή σε «Ιατρική υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστικό δίκαιο», σελ 73.
[37] Π. Χρ. Φίλιος, «Οικογενειακό Δίκαιο», Σάκκουλας Αθήνα Κομοτηνη, 2009, σελ 224.
[38] Βλ. σε Φίλιο, «Οικογενειακό Δίκαιο» και Παπαχρίστου, «Η τεχνητή αναπαραγωγή στον ΑΚ»
[39] Βλ. Σπυριδάκη, «Η νέα ρύθμιση της τεχνητής γονιμοποίησης και της συγγένειας» σελ 19.
[40] Αυτό υποστηρίζουν Φίλιος και Σπυριδάκης.
[41] Έτσι Κουνουγέρη – Μανωλεδάκη.

Της συναινέσεως πρέπει να προηγείται σύμφωνα με το άρθρο 5 Ν. 3305/2005 λεπτομερής ενημέρωση των υποψηφίων γονέων από το επιστημονικό προσωπικό του κέντρου που θα διενεργήσει την υποβοήθηση με τρόπο κατανοητό, σχετικά με τη διαδικασία, τις εναλλακτικές λύσεις, τα αναμενόμενα αποτελέσματα και τους πιθανούς κινδύνους από την εφαρμογή των μεθόδων Ι.Υ.Α. Η ενημέρωση αυτή καλύπτει τις κοινωνικές, ηθικές, νομικές και οικονομικές συνέπειες της εφαρμογής των Μ.Ι.Υ.Α.

Η ενημέρωση αυτή αποτελεί προϋπόθεση για να είναι ισχυρές οι συναινέσεις (άρθρο 5 παρ. 2 Ν. 3305/2005), όχι μόνο για τον ελληνικό νόμο αλλά και για την Ευρωπαϊκή Σύμβαση για τα Δικαιώματα και τη Βιοϊατρική (Οβιέδο, 1997) η οποία κυρώθηκε στην Ελλάδα από το Ν. 2619/1998, σύμφωνα με την οποία οι συναινέσεις πάσχουν ακυρότητα ελλείψει προηγούμενης ενημέρωσης, η οποία ωστόσο δεν έχει τόσο ευρύ αντικείμενο λ.χ δεν περιλαμβάνει και ζητήματα οικονομικής φύσεως.

Οι συναινέσεις ανακαλούνται κατά τον τύπο με τον οποίο συνήφθησαν (1465 παρ. 2). Αρκεί η ανάκληση μόνο από το ένα μέρος για να ματαιωθεί η υποβοήθηση ενώ ο νόμος ορίζει ότι η συναίνεση θεωρείται ότι ανακλήθηκε σε περίπτωση θανάτου του ενός υποψηφίου γονέα εκτός αν συντρέχουν οι προϋποθέσεις για την εφαρμογή της μεταθανάτιας τεχνητής γονιμοποίησης. Είναι αυτονόητο, ότι και χωρίς ρητή ανάκληση, κατά το νόμιμο τύπο δεν είναι δυνατό να υποβληθεί κάποιος σε ιατρική υποβοήθηση, αν δεν το επιθυμεί.[42]

Ο δικαιοπρακτικός χαρακτήρας των συναινέσεων δεν αναιρεί την ιδιότητα τους, στην περίπτωση κατά την οποία συναινούν σύζυγοι, να αποτελούν παράλληλα την κοινή συζυγική απόφαση του άρθρου 1387 Α.Κ. Αν οι σύζυγοι λοιπόν προβούν με κοινή συναίνεση σε ετερόλογη τεχνητή γονιμοποίηση και ο σύζυγος στη συνέχεια προσβάλει την πατρότητα του τέκνου αυτό αποτελεί υπαίτια μη τήρηση κοινής συζυγικής απόφασης και κλονιστικό γεγονός ικανό να οδηγήσει σε λύση του γάμου.[43]

Διαζύγιο λόγω ισχυρού κλονισμού θα μπορούσε να ζητήσει και ο σύζυγος στην περίπτωση που η σύζυγος του υποβληθεί σε συμπαιγνία με το γιατρό σε τεχνητή γονιμοποίηση αφού η μονομερής απόφαση για θέμα του συζυγικού βίου συνιστά παράβαση του κανόνα της συναπόφασης (1387 ΑΚ). Στην

[42] Παπαχρίστου, «Η τεχνητή αναπαραγωγή στον ΑΚ».
[43] Βλ. ενδεικτικά, Κουνουγέρη – Μανωλεδάκη σε «Τεχνητή γονιμοποίηση και οικογενειακό Δίκαιο».

περίπτωση αυτή ο σύζυγος θα μπορεί να προσβάλει την πατρότητα αν πρόκειται για ετερόλογη γονιμοποίηση. Πέρα από τον ισχυρό κλονισμό, η πράξη αυτή της συζύγου συνιστά και προσβολή της προσωπικότητας του συζύγου αφού τον καθιστά εν αγνοία του πατέρα ενός ξένου βιολογικά παιδιού. Προσβολή προσωπικότητας συνιστά και η χρήση του σπέρματος του άνδρα για γονιμοποίηση χωρίς αυτός να το γνωρίζει, όχι μόνο για τη σύντροφό του αλλά και για το γιατρό , ο οποίος έχει την υποχρέωση να ενημερώσει το σύζυγο είτε πρόκειται για ομόλογη είτε για ετερόλογη γονιμοποίηση.

Αποτελεί κλονιστικό γεγονός, όπως είδαμε, η παράβαση εκ μέρους των συζύγων του κανόνα της συναπόφασης σε θέματα που αφορούν το συζυγικό βίο. Συμβαίνει το ίδιο σε περίπτωση άρνησης συγκατάθεσης εκ μέρους του ενός συζύγου και άρα σε αδυναμία λήψης της συζυγικής απόφασης; Με βάση την κρατούσα άποψη στη θεωρία[44], υπάρχει νομική υποχρέωση του συζύγου για τεκνοποιία, με την προϋπόθεση βέβαια η αντίστοιχη αξίωση του άλλου να μην είναι καταχρηστική. Αυτό σημαίνει ότι είναι εύλογη η αξίωση του ενός να επιθυμεί την υποβολή σε ομόλογη τεχνητή γονιμοποίηση, ενώ θα μπορούσε να κριθεί καταχρηστική η αξίωση για υποβολή σε ετερόλογη ή η προσφυγή σε παρένθετη μητέρα.

Ο νόμος δεν φαίνεται να παίρνει θέση στο ζήτημα αν υπάρχει απόλυτη ελευθερία στην ανάκληση των συναινέσεων, ωστόσο διαφαίνεται στη θεωρία η άποψη ότι οι συναινέσεις αυτές είναι ελεύθερα ανακλητές, θεωρούνται δε, ως ανακληθείσες σε περίπτωση θανάτου του ενός συζύγου ή συντρόφου πριν τη μεταφορά του γεννητικού υλικού προς γονιμοποίηση και κυοφορία[45]. Υποστηρίζεται όμως[46] πως αν πρόκειται για συζύγους η ελευθερία αυτή δεν πρέπει να υπερβαίνει τα όρια που θέτουν οι διατάξεις 1387 ΑΚ για τις κοινές συζυγικές αποφάσεις και 1386 ΑΚ για την υποχρέωση για έγγαμη συμβίωση και για τεκνοποιία. Η κοινή συζυγική απόφαση όπως ορίζει το οικογενειακό δίκαιο δεσμεύει στο μέτρο που δεν αλλάζουν οι συνθήκες κάτω από τις οποίες διαμορφώθηκε, ενώ όπως είπαμε υπάρχει αμοιβαία υποχρέωση των συζύγων για τεκνοποιία, η οποία όμως υπόκειται σε έναν αυστηρό έλεγχο καταχρηστικότητας. Πρέπει συνεπώς να σταθμίσουμε και να προκρίνουμε

[44] Βλ. Κουνουγέρη – Μανωλεδάκη, ό. π.
[45] Έτσι Φίλιος «Οικογενειακό Δίκαιο», Παπαχρίστου «Η τεχνητή αναπαραγωγή στον ΑΚ» και Σπυριδάκης «Η νέα ρύθμιση της τεχνητής γονιμοποίησης και της συγγένειας».
[46] Κουνουγέρη Μανωλεδάκη, ό. π.

μεταξύ της ελευθερίας του συζύγου να ανακαλέσει τη συναίνεσή του καθώς και της δικαιολογημένης αξίωσης του άλλου συζύγου να τεκνοποιήσει με τεχνητή γονιμοποίηση. Πρακτική συνέπεια των «παραβάσεων» των ανωτέρω «οικογενειακών» υποχρεώσεων είναι η αγωγή διαζυγίου.

Στην περίπτωση των ζευγαριών που απλά συμβιώνουν η αλλαγή της γνώμης του ενός ή του άλλου συντρόφου δεν επιφέρει καμιά νομική συνέπεια στη σχέση του ζευγαριού και δεν χωρεί αναλογική εφαρμογή των διατάξεων.

Η παράλειψη της δήλωσης των απαιτούμενων συναινέσεων είναι δυνατό να επιφέρει την επιβολή ποινικών και διοικητικών κυρώσεων, πέρα από την αστική ευθύνη του γιατρού. Ειδικότερα, σύμφωνα με το 26 παρ.5 του Ν. 3305/2005 όποιος παρακάμπτει τον όρο της λήψεως των απαιτούμενων συναινέσεων τιμωρείται με φυλάκιση μέχρι ενός έτους ενώ σύμφωνα με το άρθρο 27 αυτό μπορεί να οδηγήσει σε προσωρινή ανάκληση της άδειας λειτουργίας της ιατρική μονάδας η οποία επιχείρησε την μη επιτρεπόμενη ιατρική υποβοήθηση.

2.2. Η μεταθανάτια τεχνητή γονιμοποίηση (Α.Κ. 1457)

2.2.1. Εισαγωγικά

Η προβληματική της γονιμοποίησης με σπέρμα αποθανόντος συζύγου ανέκυψε για πρώτη φορά στη Γαλλία το 1984, με αφορμή την αίτηση μιας χήρας να παραλάβει το σπέρμα που είχε καταθέσει ο άνδρας της στην κρατική Τράπεζα σπέρματος με σκοπό να το χρησιμοποιήσει για να αποκτήσει παιδί[47]. Το γαλλικό δικαστήριο που επιλήφθηκε του θέματος έκρινε ότι πρόκειται για πράγμα εκτός εμπορίου το οποίο περιέχει το «φύτρο» της ζωής και αποσκοπεί στη δημιουργία ανθρώπινου όντος. Εν συνεχεία, έκρινε περί της νομιμότητας του συμβολαίου μεταξύ του θανόντος και της τράπεζας και συνήγαγε από τις διατάξεις του ότι το σπέρμα θα έπρεπε να επιστραφεί σε εκείνη για την οποία προοριζόταν.

Η γαλλική θεωρία με αφορμή την απόφαση αυτή διετύπωσε κάποιες αντιρρήσεις και αναφέρθηκε σε νοσηρούς λόγους που προτρέπουν σ αυτήν την

[47] Βλ. Ι. Κριάρη Κατράνη «Βιοϊατρικές εξελίξεις και Συνταγματικό Δίκαιο».

πρακτική όπως είναι η επιθυμία της χήρας να διατηρήσει τη σχέση της με τον εκλιπόντα ή η επιθυμία αθανασίας εκ μέρους του εκλιπόντα. Επίσης για πρώτη φορά διεφάνησαν προβληματισμοί σχετικοί με τη φύση του γεννητικού υλικού, την αποδοχή ή μη της μονογονεϊκής οικογένεια καθώς και τη νέα όψη του δικαιώματος στην αναπαραγωγή.

Απέναντι στη μεταθανάτια τεχνητή αναπαραγωγή οι ξένες νομοθεσίες είναι ιδιαίτερα επιφυλακτικές. Η μέθοδος απαγορεύεται από τον αυστριακό τον ελβετικό και το γερμανικό νόμο ενώ επιτρέπεται από τον ισπανικό και τον αγγλικό[48]. Στην Γαλλία μετά την απόλυτη απαγόρευση του 1994 επετράπη τελικώς η μέθοδος περιοριστικά στην περίπτωση κατά την οποία υπήρχε ήδη κατά το θάνατο γονιμοποιημένο ωάριο.

Στην ελληνική έννομη τάξη, η post mortem γονιμοποίηση αναγνωρίστηκε, ανεξαρτήτως του πότε έλαβε χώρα η γονιμοποίηση του ωαρίου, με το ν. 3089/2003, υπό αυστηρούς βέβαια όρους και ειδικές προϋποθέσεις, η κρισιμότερη των οποίων είναι η δικαστική άδεια.

2.2.2. Η έννοια της μεταθανάτιας τεχνητής αναπαραγωγής

Η μεταθανάτια τεχνητή γονιμοποίηση, κατά την έννοια της Α.Κ. 1457, συνίσταται στη χρήση κρυοσυντηρημένου γεννητικού υλικού (σπέρματος ή γονιμοποιημένου ωαρίου), μετά το θάνατο του συζύγου ή συντρόφου της γυναίκας. Η διάταξη, δηλαδή, εφαρμόζεται τόσο στη μεταθανάτια τεχνητή σπερματέγχυση, όσο και στη μεταθανάτια μεταφορά γονιμοποιημένου ωαρίου στο σώμα της γυναίκας.

Οι λόγοι που μπορεί να οδηγήσουν στην εφαρμογή της μεταθανάτιας τεχνητής γονιμοποίησης συνδέονται κατά κύριο λόγο με την κατάσταση υγείας του άνδρα είτε αυτήν καθ' εαυτήν είτε με τη θεραπεία της, όταν αυτή είναι ικανή να προκαλέσει στειρότητα. Λιγότερο συχνή είναι η ανάληψη κάποιας αποστολής η οποία μπορεί να έχει ως αποτέλεσμα το θάνατο του άνδρα[49].

Η βασική αντίρρηση γι αυτό το θεσμό είναι ότι επιλέγεται να γεννηθεί ένα παιδί χωρίς πατέρα γεγονός που αντίκειται, όπως υποστηρίζουν κάποιοι στο συμφέρον του τέκνου. Το πρόβλημα αυτό συνυφαίνεται με το γενικότερο

[48] Παπαχρίστου, «Η τεχνητή αναπαραγωγή στον ΑΚ».
[49] Παπαχρίστου, «Εγχειρίδιο Οικογενειακού Δικαίου», Εκδόσεις Αντ. Σάκκουλα, 2005.

ζήτημα των μονογονεϊκών οικογενειών, των οικογενειών δηλαδή χωρίς πατέρα. Ο νομοθέτης του Ν. 3089/2002 έκρινε ότι το συμφέρον του τέκνου εξυπηρετείται καλύτερα αν εντάξει στο ρυθμιστικό του πεδίο την μεταθανάτια γονιμοποίηση επιτρέποντας την, υπό αυστηρές βέβαια προϋποθέσεις, προκειμένου να αποφύγει τη γέννηση παιδιών με ακαθόριστο status.

2.2.3. Οι ειδικές προϋποθέσεις για τη διενέργεια της post mortem γονιμοποίησης

2.2.3.1. Ασθένεια ή κίνδυνος θανάτου.

Σύμφωνα με το άρθρο 1456 ΑΚ, η μεταθανάτια τεχνητή γονιμοποίηση επιτρέπεται μόνο αν ο σύζυγος ή ο σύντροφος της γυναίκας πάσχει από ασθένεια, που είτε η ίδια είτε η θεραπεία της, ενέχουν τον κίνδυνο στειρότητας. Η μεταθανάτια τεχνητή γονιμοποίηση επιτρέπεται ακόμη στην οπωσδήποτε ακραία περίπτωση κατά την οποία υπάρχει κίνδυνος θανάτου του άνδρα π.χ. συμμετοχή σε πολεμικές επιχειρήσεις. Οι περιπτώσεις αυτές αναφέρονται περιοριστικά και δεν μπορεί να δοθεί δικαστική άδεια για μεταθανάτια γονιμοποίηση για επαγγελματικούς ή οικονομικούς λόγους που πιθανόν εμποδίζουν το ζευγάρι να τεκνοποιήσει εκείνη τη στιγμή.
Με τη θέσπιση του όρου αυτού ο νομοθέτης επιδίωξε σύμφωνα με μία άποψη[50] να καταστήσει την επιχειρούμενη υποβοήθηση κοινωνικά αποδεκτή. Περιορίζει δηλαδή την εφαρμογή της στο μέτρο που θεωρεί ότι αυτή εξασφαλίζει μια σχετικώς ευρεία κοινωνική συναίνεση.

2.2.3.2. Η ειδική συναίνεση.

Για να επιτραπεί η μεταθανάτια τεχνητή γονιμοποίηση δεν αρκεί η γενική συναίνεση της ΑΚ 1456. Απαιτείται ο σύζυγος να έχει συναινέσει ειδικά για τη μετά το θάνατο του χρήση του γεννητικού του υλικού. Η συναίνεση αυτή περιβάλλεται πάντα το συμβολαιογραφικό τύπο.

[50] Κουνουγέρη – Μανωλεδάκη, «Τεχνητή Γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο».

Το ερώτημα που τέθηκε από τη θεωρία είναι αν είναι δυνατό να παρασχεθεί μία έγγραφη συναίνεση η οποία να καλύπτει όλες τις δυνατές περιπτώσεις υποβοήθησης. Υποστηρίζεται[51] ότι η απαίτηση για την ειδική συναίνεση δεν σημαίνει ότι χρειάζεται να δοθούν δύο ξεχωριστές συναινέσεις, μια γενική του άρθρου 1456 και μια ειδική αυτή του άρθρου 1457. Το νόημα της διάταξης του άρθρου 1457 στοιχ β. είναι ότι δεν αρκεί γενικώς η συναίνεση για τεχνητή γονιμοποίηση αλλά είναι απαραίτητος ο όρος της συναίνεσης για τεχνητή γονιμοποίηση μετά το θάνατο του άνδρα, η οποία όταν δίνεται ικανοποιεί και την απαίτηση της γενικής συναίνεσης, όπως αυτή οριοθετείται στην ΑΚ 1456[52]. Στο παράδειγμα, λοιπόν, κατά το οποίο κάποιος συναινεί σε μεταθανάτια γονιμοποίηση και στη συνέχεια καθίσταται ανίκανος για τεκνοποιία θεωρείται ότι επιτρέπεται να προχωρήσει σε εν ζωή υποβοήθηση ακόμη κι αν όταν έδωσε τη συμβολαιογραφική συναίνεση για μεταθανάτια γονιμοποίηση μπορούσε να τεκνοποιήσει με φυσικό τρόπο.

Ο όρος του νόμου καλύπτεται σύμφωνα με την κρατούσα άποψη ακόμη κι αν η συναίνεση παρέχεται με δημόσια διαθήκη[53], αφού πρόκειται για συμβολαιογραφικό έγγραφο και κατά συνέπεια θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι καλύπτει την απαίτηση του νόμου. Το γεγονός μάλιστα ότι η συναίνεση αυτή εντάσσεται στις διατάξεις τελευταίας βουλήσεως του άνδρα συνηγορεί για τη διασταλτική αυτή ερμηνεία. Το ίδιο ισχύει άλλωστε και με τη δήλωση εκούσιας αναγνώρισης η οποία μπορεί να ενσωματωθεί σε διαθήκη οποιουδήποτε τύπου. Πρόβλημα θα μπορούσε να δημιουργηθεί σε περίπτωση ανάκλησης της συναίνεσης με μεταγενέστερη διαθήκη η οποία ανακαλύπτεται αργότερα, πρόβλημα βέβαια που αφορά την κάθε μορφής ανάκληση της συναίνεσης.

Αν δόθηκε η άδεια και στη συνέχεια προέκυψε η ανάκληση τότε θα πρέπει να ανατραπεί με την άσκηση ενδίκων μέσων η δικαστική απόφαση που χορήγησε την άδεια, εφόσον φυσικά δεν έχει γίνει μεταφορά του γονιμοποιημένου ωαρίου στο σώμα της γυναίκας οπότε και κανενός είδους ανάκληση δεν μπορεί να αναπτύξει έννομες συνέπειες[54]. Η ανάκληση της συναίνεσης αυτού του είδους επιτρέπεται και πρέπει και αυτή να περιβληθεί το συμβολαιογραφικό τύπο.

---

[51] Παπαχρίστου, «Εγχειρίδιο Οικογενειακού Δικαίου» και «Τεχνητή αναπαραγωγή στον Α.Κ.».
[52] Αντίθετη η Κουνουγέρη – Μανωλεδάκη.
[53] Έτσι, Παπαχρίστου, Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη, Σπυριδάκης.
[54] Παπαχρίστου σε «Εγχειρίδιο Οικογενειακού Δικαίου», σελ 209 αλλά και σε «Τεχνητή αναπαραγωγή στον Α.Κ.».

2.2.3.3. Η δικαστική άδεια

Η βασικότερη προϋπόθεση του επιτρεπτού της μεταθανάτιας τεχνητής γονιμοποίησης είναι η δικαστική άδεια (ΑΚ 1457), η οποία χορηγείται κατά τη διαδικασία της εκούσιας δικαιοδοσίας από το Μονομελές Πρωτοδικείο (ΚΠολΔ 740), του τόπου όπου έχει τη συνήθη διαμονή της η γυναίκα που υποβάλει τη σχετική αίτηση (799 παρ. 1 ΚΠολΔ).[55] Το δικαστήριο μάλιστα μπορεί να διατάξει να γίνει η συζήτηση κεκλεισμένων των θυρών, αν κρίνει ότι η δημοσιότητα πρόκειται να βλάψει τα χρηστά ήθη ή ότι συντρέχουν ειδικοί λόγοι προστασίας της ιδιωτικής ή οικογενειακής ζωής των διαδίκων (ΚΠολΔ 799 παρ. 2). Η άδεια ζητείται από τη γυναίκα και παρέχεται από το δικαστήριο πριν από την έναρξη της διαδικασίας της μεταθανάτιας γονιμοποίησης, ενώ σχετικά με την άδεια είναι και τα χρονικά όρια εντός των οποίων είναι επιτρεπτή η διενέργεια της ιατρικής επέμβασης σύμφωνα με την ΑΚ 1457 .

Σκοπίμως ο νόμος επέλεξε τη γυναίκα να είναι εκείνη η οποία νομιμοποιείται να ζητήσει τη χορήγηση της άδειας αφού έχει αποβιώσει ο σύζυγος ή σύντροφός της κι αυτό γιατί ο άνδρας πρέπει να μπορεί να ανακαλέσει οποιαδήποτε στιγμή την συναίνεση του μέχρι το θάνατό του. Αν είχε εκδοθεί, όσο ζούσε ο σύζυγος, η δικαστική απόφαση περί χορήγησης της άδειας θα χρειαζόταν ανατροπή της δικαστικής απόφασης προκειμένου να ματαιωθεί η υποβοήθηση μετά το θάνατό του.[56]

Προκειμένου να χορηγήσει την άδεια το δικαστήριο ελέγχει την τήρηση των όρων που θέτει ο νόμος και στους οποίους αναφερόμαστε σε αυτό το κεφάλαιο. Αυτοί δεν είναι άλλοι από το αν συντρέχει κίνδυνος στειρότητας ή θανάτου, η ύπαρξη έγκυρης ειδικής συναίνεσης και το χρονικό πλαίσιο εντός του οποίου επιτρέπεται η προσφυγή στη μέθοδο, όπως θα δούμε κατωτέρω.

Είναι αναγκαίο να τονίσουμε ότι το δικαστήριο ελέγχει μόνο τη συνδρομή των νόμιμων όρων και όχι τη σκοπιμότητα της μεταθανάτιας τεχνητής αναπαραγωγής. Δεν μπορεί επομένως να αρνηθεί την άδεια με την αιτιολογία ότι η απόκτηση ενός παιδιού χωρίς πατέρα δεν ανταποκρίνεται είτε γενικώς είτε με βάση τις συγκεκριμένες συνθήκες στο συμφέρον του τέκνου. Ο νόμος

[55] Ενδεικτικά, Κουνουγέρη- Μανωλεδάκη, «Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο».
[56] Παπαχρίστου, «Η τεχνητή αναπαραγωγή στον ΑΚ» σελ. 62, 63.

θεωρεί τη μεταθανάτια γονιμοποίηση σύμφωνη προς το συμφέρον αυτό, κατά συνέπεια δεν μπορεί να απορρίψει την αίτηση επικαλούμενο το συμφέρον του τέκνου.[57]

2.2.3.4. Ο χρονικός περιορισμός

Προκειμένου να αποφευχθούν εσπευσμένες αποφάσεις εκ μέρους της γυναίκας, οι οποίες πιθανόν να ληφθούν υπό το κράτος της ψυχολογικής διαταραχής της γυναίκας από το θάνατο του συζύγου ή συντρόφου της, ο νόμος θεσπίζει προθεσμία περίσκεψης έξι μηνών, που πρέπει να περάσουν από το θάνατο για να διενεργηθεί η επέμβαση της τεχνητής αναπαραγωγής. Θεσπίζεται όμως και απώτατο όριο προκειμένου να μην παραμένουν σε εκκρεμότητα τα κληρονομικά δικαιώματα των συγγενών του αποβιώσαντα τα οποία μπορούν να ανατραπούν μέχρι να συμπληρωθούν δύο έτη από το θάνατό του. Μέσα στο διάστημα των δύο ετών θα πρέπει να έχει ξεκινήσει η διαδικασία της υποβοήθησης και δεν αρκεί η κατάθεση της αίτησης για τη χορήγηση της δικαστικής άδειας, για το λόγο ότι με τον τρόπο αυτό θα καταστρατηγούνταν ο όρος της διετούς προθεσμίας και η εφαρμογή της διαδικασίας τεχνητής αναπαραγωγής θα μπορούσε να λάβει χώρα πολύ μετά τη χορήγηση της άδειας συνεπώς και πολύ μετά την παρέλευση των δύο ετών.
Ερμηνευτικά συνάγεται ότι πρέπει και σ' αυτή τη μέθοδο να γίνονται σεβαστοί οι γενικοί όροι του ορίου ηλικίας και της μη επιλογής φύλου[58].

2.2.4. Το κληρονομητό του γεννητικού υλικού

Γίνεται ομόφωνα δεκτό ότι το γεννητικό υλικό δεν αποτελεί αντικείμενο κληρονομικής διαδοχής επειδή δεν είναι μόνο πράγμα αλλά αποτελεί ταυτόχρονα και στοιχείο της προσωπικότητας του δότη. Η φύση του γεννητικού υλικού ως στοιχείου της προσωπικότητας υπερέχει ως προς το κληρονομητό ή μη αφού όπως χαρακτηριστικά γράφεται «θα ήταν άκομψο να αποφασίζει για το έντονα προσωπικό και υπαρξιακό ζήτημα της «προέκτασης» της

[57] Παπαχρίστου, ό. π.
[58] Έτσι Φίλιος σε «Οικογενειακό Δίκαιο» και Σπυριδάκης σε «Η νέα ρύθμιση της τεχνητής γονιμοποιήσεως και της συγγένειας».

προσωπικότητας του δότη αυτός που θα συνέβαινε να κληρονομήσει την περιουσία του»[59].

Αυτή η διαπίστωση βέβαια γεννά το ερώτημα γιατί να προστατεύσουμε μια προσωπικότητα -ή έστω εν προκειμένω μια ειδικότερη εκδήλωση της προσωπικότητας- που υπήρξε βέβαια κάποτε αλλά δεν υπάρχει σήμερα. Η απάντηση που δίνεται στη θεωρία είναι ότι όπως το δίκαιο στην περίπτωση λ.χ. του κυοφορούμενου κάνει μια προβολή στο μέλλον και μεριμνά για τα δικαιώματα ενός παιδιού που δεν έχει έρθει ακόμη στη ζωή (με την προϋπόθεση βέβαια ότι θα γεννηθεί ζωντανό) έτσι και στην περίπτωση του αποβιώσαντα το δίκαιο ανάγεται στο παρελθόν και προστατεύει μια προσωπικότητα που υπήρξε και για το χρόνο που υπήρξε. Πρόκειται για μεταθανάτια προστασία της εν ζωή προσωπικότητας η οποία δεν προσκρούει στον κανόνα ότι φορείς του δικαιώματος είναι μόνο (φυσικά) πρόσωπα[60].

2.2.5. Ειδικά ζητήματα

Στο πλαίσιο της μεταθανάτιας τεχνητής γονιμοποιήσεως ανακύπτουν και διάφορα ειδικότερα ερωτήματα ορισμένα από τα οποία καταγράφουμε κατωτέρω.

Ένα από αυτά είναι αν χωρεί αναλογική εφαρμογή της ΑΚ 1457 και για την περίπτωση της αφάνειας. Η απάντηση θα μπορούσε να είναι θετική αφού η αφάνεια εξομοιώνεται στο δίκαιο από άποψη εννόμων συνεπειών με το θάνατο, ενώ σαν κρίσιμο χρόνο προκειμένου να υπολογιστεί ο χρονικός περιορισμός θα μπορούσαμε να θεωρήσουμε το αμετάκλητο της δικαστικής απόφασης, η οποία κηρύσσει την αφάνεια.

Θα μπορούσε εγκύρως ο σύζυγος να περιλάβει στη διαθήκη του διάταξη που να υποχρεώνει τον επιβιούντα να προβεί σε μεταθανάτια γονιμοποίηση προκειμένου να εγκατασταθεί κληρονόμος στο σύνολο της περιουσίας ή με την απειλή του περιορισμού στη νόμιμη μοίρα; Υποστηρίζεται[61] ότι ενόψει της θεσμοθέτησης της μεταθανάτιας γονιμοποίησης και της αναγνώρισης της από

[59] Κουνουγέρη Μανωλεδάκη, «Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο».
[60] Κουνουγέρη Μανωλεδάκη, ό. π., σελ 49-50.
[61] Σπυριδάκης, «Οικογενειακό Δίκαιο», Εκδόσεις Αντ. Σάκκουλα, 2006.

το δίκαιο ορθό είναι να γίνει δεκτό πως μια τέτοια διάταξη τελευταίας βουλήσεως δεν είναι αντίθετη προς τα χρηστά ήθη.

Θεωρούμε ορθότερο παρ' όλα αυτά να κριθεί ο όρος αυτός ως μια απαίτηση υπερβαίνουσα το λογικό μέτρο, η οποία προσβάλει το θεμελιώδες κληρονομικό δικαίωμα του συζύγου. Η υποβολή σε μεταθανάτια γονιμοποίηση είναι μια περίπλοκη μορφή υποβοήθησης, η οποία πέρα από το σύνθετο της διαδικασίας που περιλαμβάνει ειδικούς όρους και χορήγηση δικαστικής άδειας, οδηγεί στη δημιουργία μονογονεϊκής οικογένειας. Η ανάληψη της γονεϊκής ευθύνης από μια μόνη γυναίκα παραμένει, ακόμη και σήμερα, ένα δύσκολο εγχείρημα παρά το γεγονός ότι η κοινωνία μας απαλλάσσεται από τις προκαταλήψεις και η χειραφέτηση της γυναίκας την έχει καταστήσει ένα κοινωνικά ολοκληρωμένο και αυτόνομο πρόσωπο. Συνεπώς, θα ήταν μάλλον καταχρηστικό να εξαρτήσουμε το κληρονομικό δικαίωμα κάποιου από την υποβολή του σε μεταθανάτια γονιμοποίηση.

Ένα τρίτο ερώτημα είναι αν είναι επιτρεπτή η τεχνητή μεταθανάτια γονιμοποίηση σε περίπτωση θανάτου και των δύο υποψηφίων γονέων.

Η απάντηση είναι αρνητική και υποστηρίζεται βασικά από δύο επιχειρήματα. Το πρώτο μας το παρέχει η ίδια η διάταξη δια του σκοπού της, ο οποίος δεν είναι άλλος από την τεκνοποιία δηλαδή την δημιουργία οικογένειας, πράγμα αδύνατο στην περίπτωση που τη ζωή της χάνει και η γυναίκα.

Το δεύτερο επιχείρημα το παρέχει η γενική αρχή του οικογενειακού μας δικαίου και της νομοθεσίας για την υποβοήθηση ειδικότερα, η οποία δεν αφορά τίποτε άλλο από το συμφέρον του παιδιού. Δεν φαίνεται λογικό να υποστηριχθεί ούτε έχει υποστηριχθεί μέχρι σήμερα η άποψη ότι είναι προς το συμφέρον του παιδιού να μεγαλώνει έξω από κάθε μορφής οικογένεια. Είναι δυνατόν να προκύψει η περίπτωση της in vitro εξωσωματικής γονιμοποίησης όπου γονιμοποιείται το ωάριο στο εργαστήριο και κατόπιν επισυμβαίνει θάνατος και των δύο υποψηφίων γονέων. Σύμφωνα με την εκδοχή που παρουσιάσαμε το ζυγωτό θα πρέπει να καταστραφεί είτε να αξιοποιηθεί όπως επέλεξε το ζευγάρι όταν συγκατατίθετο στην υποβοήθηση. Θα μπορούσε στην περίπτωση αυτή να ενεργοποιηθεί ο θεσμός της παρένθετης μητρότητας; Η απάντηση σύμφωνα με το γράμμα του νόμου θα ήταν όχι. Ο θεσμός της παρένθετης μητρότητας εφαρμόζεται κάτω από πολύ συγκεκριμένες

προϋποθέσεις, απαιτεί δικαστική άδεια και αναγνωρίστηκε από το νομοθέτη προκειμένου να βοηθήσει στη δημιουργία οικογένειας.

Θετική ωστόσο φαίνεται να είναι η απάντηση της θεωρίας κατά κρατούσα άποψη[62] όσον αφορά το συνδυασμό των μεθόδων της μεταθανάτιας υποβοήθησης και της παρένθετης μητρότητας στην περίπτωση κατά την οποία αποβιώνει η σύζυγος και παραμένει στη ζωή ο σύζυγος ή σύντροφος. Όπως αναφέρεται και στην εισηγητική έκθεση είναι δυνατή η αναλογική εφαρμογή της ΑΚ 1457 στην περίπτωση που πεθαίνει η γυναίκα η οποία έχει συναινέσει στην χρησιμοποίηση του κρυοσυντηρημένου γεννητικού της υλικού (ωαρίου) σε χρόνο μετά το θάνατό της για απόκτηση του τέκνου του συζύγου της με τη βοήθεια παρένθετης μητέρας. Για το επιτρεπτό του ετερόλογου αναφερόμαστε αμέσως κατωτέρω.

Ένα ακόμη ενδιαφέρον ζήτημα είναι αυτό της μεταθανάτιας γονιμοποίησης με τη χρήση ξένου γεννητικού υλικού. Είναι νόμιμη αυτή η πρακτική; Κατά μία πρώτη μάλλον κρατούσα άποψη η απάντηση στο τεθέν ερώτημα είναι αρνητική. Επιτρεπτή post mortem υποβοήθηση θεωρείται μόνο η ομόλογη[63]. Κατά μία δεύτερη αντίθετη άποψη είναι επιτρεπτή και η ετερόλογη[64]. Κατά μία τρίτη ενδιάμεση άποψη[65] επιτρεπτή τεχνητή γονιμοποίηση μετά το θάνατο θεωρείται αφενός μεν μόνο η ομόλογη στην περίπτωση κατά την οποία η γονιμοποίηση του ωαρίου θα λάβει χώρα μετά το θάνατο του άνδρα αφετέρου δε επίσης η ετερόλογη στην περίπτωση όπου υπήρχε ήδη γονιμοποιημένο το ωάριο της γυναίκας από το σπέρμα του τρίτου δότη κατά το θάνατο του συζύγου ή συντρόφου. Είναι αυτονόητο ότι η τελευταία αυτή περίπτωση απαιτεί την προηγούμενη συμβολαιογραφική συναίνεση του άνδρα τόσο για τη χρήση του ξένου σπέρματος όσο και για τη γονιμοποίηση σε χρόνο μετά το θάνατό του. Πρόκειται για την περίπτωση[66] όπου ο σύζυγος είχε συγκατατεθεί σε ετερόλογη γονιμοποίηση, στη συνέχεια έλαβε χώρα η γονιμοποίηση εξωσωματικά και στην πορεία ανακύπτει ο κίνδυνος θανάτου και ο σύζυγος αποφασίζει να συγκατατεθεί εκ νέου στην μεταθανάτια εμφύτευση του ήδη

---

[62] Έτσι Κουνουγέρη ό. π., Παπαχρίστου ό. π., Σπυριδάκης ό. π.
[63] Έτσι Κουνουγέρη Μανωλεδάκη ό. π., Φίλιος ό. π., Φουντεδάκη, «Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη», Σάκκουλας Αθήνα - Θεσσαλονίκη 2007.
[64] Έτσι, Σπυριδάκης.
[65] Βλ. Παπαχρίστου σε «Τεχνητή αναπαραγωγή στον ΑΚ»
[66] Βλ. Κουνουγέρη σε ΧρΙΔ 2005 «Μεταθανάτια τεχνητή γονιμοποίηση και πρόωρη γέννηση».

γονιμοποιημένου ωαρίου. Αυτή μόνο θα μπορούσε να θεωρηθεί ακόμη κι από την κρατούσα άποψη μια κοινωνικά ανεκτή περίπτωση.

Σύμφωνα με την πρώτη και την τρίτη άποψη η προέλευση του σπέρματος από το νεκρό σύζυγο ή σύντροφο έχει αναγορευθεί σε προϋπόθεση της ΑΚ 1457. Αν λοιπόν διατυπωθεί αίτημα για μεταθανάτια γονιμοποίηση με σπέρμα τρίτου αυτό θα πρέπει να κριθεί ως νόμω αβάσιμο. Σύμφωνα με την δεύτερη άποψη το δικαστήριο δεν χρειάζεται να εξετάσει την προέλευση του γεννητικού υλικού προκειμένου να αποφασίσει για το αν θα χορηγήσει την απαιτούμενη άδεια ή όχι.

Ο νόμος, κατ' αρχήν, δεν απαγορεύει, ρητά τουλάχιστον, την ετερόλογη γονιμοποίηση post mortem. Η αναφορά του νόμου σε τεχνητή γονιμοποίηση μετά το θάνατο του συζύγου δεν προδικάζει –πέρα από την ταυτότητα του νεκρού- τίποτε απολύτως σχετικά με την ταυτότητα του σπέρματος.[67]

Αν προσπαθήσουμε όμως να ανεύρουμε το σκοπό της διάταξης κατόπιν μιας συνολικότερης θεώρησης προκύπτει ότι πιο κοντά στην βούληση του νομοθέτη είναι η άποψη που αναγνωρίζει μόνο την ομόλογη γονιμοποίηση. Κι αυτό γιατί μία από τις δύο περιοριστικά αναφερόμενες περιπτώσεις χάριν των οποίων επιτρέπεται η εφαρμογή της μεθόδου είναι η επικείμενη στειρότητα του συζύγου ή συντρόφου. Άλλωστε και στην εισηγητική έκθεση του Ν. 3089 εξηγείται σαφώς ότι επιτρέπεται να προσφύγουν στην μέθοδο γυναίκες που είχαν σύζυγο ή μόνιμο σύντροφο το σπέρμα του οποίου επιδιώκουν να χρησιμοποιήσουν. Σύμφωνα μάλιστα με την κρατούσα αυτή άποψη δεν προβλέπεται καν η δυνατότητα του συζύγου να συναινέσει σε ετερόλογη μεταθανάτια τεχνητή γονιμοποίηση της συζύγου του προκειμένου να χρησιμοποιηθεί αυτή για την αναγνώριση της πατρότητας του τέκνου[68].

Αυτό όμως όπως εύστοχα υποστηρίζεται δεν είναι αναντίρρητο[69]. Το δικαίωμα για τεχνητή γονιμοποίηση θεμελιώνεται όπως θα δούμε και παρακάτω –κατά κρατούσα άποψη[70]- στο άρθρο 5 παρ. 1 Σ το οποίο περιορίζεται στο μέτρο που θίγει τα δικαιώματα των άλλων, το Σύνταγμα ή τα χρηστά ήθη. Η ετερόλογη γονιμοποίηση ή η μεταθανάτια, αυτοτελώς εφαρμοζόμενες, δεν εμπίπτουν σε

[67] Βλ. Κουμουτζή «Μεταθανάτια τεχνητή γονιμοποίηση με χρήση ξένου γεννητικού υλικού» σε ΧρΙΔ Ε/2005.
[68] Κουνουγέρη Μανωλεδάκη, «Τεχνητή γονιμοποίηση και πρόωρη γέννηση» σε ΧρΙΔ Ε/2005.
[69] Κουμουτζής, ό.π.
[70] Βλ., ενδεικτικά, Κριάρη Κατράνη σε «Βιοϊατρικές εξελίξεις και Συνταγματικό Δίκαιο», αντίθετος ο Βιδάλης, «Ζωή χωρίς πρόσωπο».

καμία από τις απαγορεύσεις. Μήπως ο συνδυασμός των δύο στο ίδιο πραγματικό αίρει την κοινωνική συγκατάθεση και προσβάλει τα χρηστά ήθη; Είπαμε πως είναι κοινωνικά αποδεκτό να προσφύγει κανείς στην ετερόλογη γονιμοποίηση όταν ο άνδρας αποδεικνύεται υπογόνιμος ή όταν πάσχει από σοβαρή μεταδοτική νόσο καθώς και στην μεταθανάτια όταν υπάρχει κίνδυνος επικείμενου θανάτου. Γιατί να επιτρέπεται να διευκολύνεται κάποιος στην άσκηση του δικαιώματος του στην αναπαραγωγή όταν συντρέχει το κάθε κώλυμα ξεχωριστά και όχι όταν οι δυσκολίες εμφανίζονται σωρευτικά; Κατά μείζονα λόγο θα έπρεπε ο νομοθέτης να παρέχει συνδρομή σε αυτούς που έχουν να αντιμετωπίσουν πολλαπλά εμπόδια στην προσπάθεια τους να ασκήσουν το συνταγματικά κατοχυρωμένο δικαίωμα τους στην απόκτηση τέκνου. Επιπλέον θα μπορούσε κάποιος να ισχυριστεί ότι παραβιάζεται εκτός από το 5 παρ.1 και η αρχή της ισότητας καθώς εισάγεται δυσμενής διάκριση μεταξύ των υποψηφίων για ομόλογη και ετερόλογη post mortem υποβοήθηση. Μια εναρμονισμένη λοιπόν με το Σύνταγμα ερμηνεία της ΑΚ 1457 θα μας οδηγούσε στο συμπέρασμα ότι είναι επιτρεπτή η ετερόλογη post mortem γονιμοποίηση.

Ένα ακόμη ζήτημα το οποίο έχει απασχολήσει αναφορικά με τη μεταθανάτια τεχνητή γονιμοποίηση είναι η ίδρυση της συγγένειας στην περίπτωση πρόωρης γέννησης του τέκνου[71].Πριν θεσμοθετηθεί η τεχνητή γονιμοποίηση μετά το θάνατο, με το Ν. 3089, είχε γεννηθεί το ερώτημα πώς θα μπορούσε στην υποθετική περίπτωση της γονιμοποίησης μετά το θάνατο να λειτουργήσει το τεκμήριο της ΑΚ 1456§1, το οποίο εξαρτά την ίδρυση της συγγένειας με τον πατέρα, από τη γέννηση του κατά τη διάρκεια του γάμου ή μέσα σε τριακόσιες μέρες από τη λύση του. Πώς θα ιδρύεται η νομική πατρότητα του παιδιού της έγγαμης μητέρας του αφού η σύλληψη του θα λαμβάνει χώρα σε χρόνο μετά το θάνατο του πατέρα; Η απάντηση δινόταν από την τότε § 2 του 1456 ΑΚ η οποία επέρριπτε το βάρος της απόδειξης της πατρότητας σε αυτόν που την επικαλείται προκαλώντας με την άσκηση αναγνωριστικής αγωγής ειδική δίκη. Φυσικά το τεκμήριο λειτουργούσε αν το παιδί γεννιόταν πρόωρα δηλαδή μέσα στις τριακόσιες μέρες από τη θάνατο του συζύγου της μητέρας.

Σήμερα η νέα § 2 του άρθρου 1456 Α.Κ. επιλύει το ζήτημα λέγοντας πως τέκνο γεννημένο σε γάμο θεωρείται και το τέκνο που προέρχεται από μεταθανάτια

[71] Βλ. Κουνουγέρη – Μανωλεδάκη «Μεταθανάτια γονιμοποίηση και πρόωρη γέννηση» σε ΧρΙΔ Ε/2005.

τεχνητή γονιμοποίηση εφόσον υπάρχει η απαιτούμενη δικαστική άδεια δηλαδή η άδεια του Μονομελούς Πρωτοδικείου που ελέγχει αν συντρέχουν οι ουσιαστικές προϋποθέσεις εφαρμογής του 1457 Α.Κ. Αν τελικά λάβει χώρα η μεταθανάτια γονιμοποίηση χωρίς άδεια εφαρμόζεται η νέα τρίτη παράγραφος του 1456. Αρχικά πρόκειται για παιδί γεννημένο χωρίς γάμο, γεγονός το οποίο μπορεί να ανατραπεί σε δίκη που θα ανοιχθεί μετά από αναγνωριστική αγωγή οπότε και το παιδί θα αποκτήσει νομική σύνδεση με την πατρική γραμμή του νεκρού συζύγου της μητέρας του.

Σύμφωνα με μία άποψη[72] , η πιο πάνω ρύθμιση είναι αδικαιολόγητα ευμενής για το τέκνο γιατί δε θέτει ούτε χρονικό ούτε τυπικό περιορισμό σε σχέση με την άσκηση του δικαιώματός του. Αυτό σύμφωνα με την άποψη αυτή δημιουργεί όχι μόνο ανασφάλεια δικαίου αλλά και αξιολογική αντινομία σε σχέση με τη δικαστική αναγνώριση τέκνων χωρίς γάμο. Η ειδική ρύθμιση του 1465 παρ. 3 εδ. 1 Α.Κ., η οποία αφορά την παρατεταμένη κύηση εισάγει δικαιολογημένη παρέκκλιση από τον κανόνα ακριβώς γιατί αφορά ολιγοήμερη παράταση της κυοφορίας η οποία δεν αποκλείεται από την ιατρική επιστήμη. Στην περίπτωση όμως της μεταθανάτιας γονιμοποίησης δεν συντρέχει κανένας λόγος που να δικαιολογεί τέτοια παρέκκλιση.

Ωστόσο, οι νέες ρυθμίσεις του άρθρου 1465 ΑΚ φαίνεται πως επιλύουν οριστικώς το ζήτημα της πατρότητας του τέκνου το οποίο ήρθε στη ζωή χάρις στην μεταθανάτια τεχνητή γονιμοποίηση ακόμη κι όταν ελλείπει η δικαστική άδεια.

Παρ' όλα αυτά η θεωρία[73] διέγνωσε το εξής ερμηνευτικό ζήτημα. Θα ήταν άραγε αδύνατη η εφαρμογή της 1465 § 1 στην περίπτωση της μεταθανάτιας τεχνητής γονιμοποίησης; Αν κάποιο παιδί συλληφθεί προφανώς νωρίτερα από το πέρας του εξαμήνου, άρα και χωρίς δικαστική άδεια και γεννηθεί πρόωρα, δηλαδή μέσα στις τριακόσιες ημέρες από το θάνατο του συζύγου, πώς θα συνδεθεί νομικά με τον πατέρα του; Θα χρειαστεί αναγνωριστική αγωγή και δικαστική αναγνώριση της πατρότητας ή μήπως θα μπορούσε να καλυφθεί από το τεκμήριο της § 1; Σύμφωνα με το γράμμα του νόμου η ορθή απάντηση είναι πως θα πρέπει να ακολουθηθεί η δικαστική οδός αναγνώρισης ακριβώς επειδή καταστρατηγήθηκαν οι προϋποθέσεις που τάσσει ο νόμος για την εφαρμογή της

[72] Π. Χρ. Φίλιος, «Οικογενειακό Δίκαιο», σελ. 230.
[73] Κουνουγέρη – Μανωλεδάκη, «Μεταθανάτια γονιμοποίηση και πρόωρη γέννηση», ΧρΙΔ Ε/2005.

συγκεκριμένης μεθόδου. Αν όμως αξιολογούσαμε ως υπέρτερο της τήρησης των όρων του νόμου το συμφέρον του τέκνου θα έπρεπε για το σκοπό αυτό να προκρίνουμε τη λύση της αυτοδίκαιης σύνδεσης του τέκνου με την πατρική του γραμμή.

Κάποιες περιπτώσεις που θα μας έφερναν μπροστά σε αυτό το δίλημμα θα μπορούσαν να είναι περιπτώσεις όπου η δικαστική άδεια δεν ζητείται καν είτε γιατί δεν συνέτρεχε ο όρος της ανίατης ασθένειας και οι σύζυγοι κρυοσυντήρησαν το σπέρμα γιατί δεν μπορούσαν για λόγους επαγγελματικούς να τεκνοποιήσουν εκείνη τη στιγμή είτε γιατί δεν είχε εξασφαλιστεί η ειδική συναίνεση του συζύγου και για χρήση μετά το θάνατό του ήδη κρυοσυντηρημένου γεννητικού του υλικού. Είναι πιθανό επίσης να πρόκειται για ετερόλογη γονιμοποίηση το επιτρεπτό της οποίας είναι, όπως είδαμε αμφιλεγόμενο. Στην περίπτωση της ετερόλογης υποστηρίζεται[74] ότι είναι αδύνατη σε κάθε περίπτωση η αναγνώριση της πατρότητας στην περίπτωση της ετερόλογης γονιμοποίησης ακόμη και δια της δικαστικής οδού εκτός από την περίπτωση της πρόωρης γέννησης και του τεκμηρίου της 1465 § 1.

Αν το δικαστήριο κρίνει ότι πρέπει να δοθεί η δικαστική άδεια για ετερόλογη μεταθανάτια υποβοήθηση γιατί λ.χ. συνέτρεχε η ειδική συναίνεση και η γονιμοποίηση είχε γίνει ήδη πριν το θάνατο του συζύγου, τότε θα μπορούσαμε να θεωρήσουμε ότι ήδη λόγω της συναίνεσης για την ετερόλογη η πατρότητα του παιδιού καθίσταται απρόσβλητη.

Το ερώτημα όμως παραμένει αν θα προκρίνουμε την πιστή εφαρμογή του νόμου ή θα μπορούσαμε ίσως να την παρακάμψουμε για να ευνοήσουμε το πρόωρο τέκνο. Θεωρώ σκόπιμο να προκρίνουμε τη λύση της εφαρμογής του τεκμηρίου των τριακοσίων ημερών και στην χωρίς άδεια μεταθανάτια γονιμοποίηση για το λόγο ότι οι περιπτώσεις αυτές είναι ελάχιστες στην πράξη και γιατί δυσχεραίνεται υπέρμετρα η θέση του πρόωρου τέκνου, ενώ θα μπορούσε αυτό να ωφεληθεί από την τυχαία πρόωρη γέννησή του. Άλλωστε πριν τη νομοθετική ρύθμιση δεν απαγορευόταν στη μεταθανάτια γονιμοποίηση η χρήση του τεκμηρίου των τριακοσίων ημερών. Δεν είναι βέβαια χωρίς έρεισμα και το επιχείρημα ότι ο νομοθέτης θέλησε να περιορίσει τη μεταθανάτια γονιμοποίηση και να θέσει την εφαρμογή της υπό αυστηρούς

[74] Κουνουγέρη Μανωλεδάκη, «Μεταθανάτια τεχνητή γονιμοποίηση και πρόωρη γέννηση», ό. π.

περιορισμούς ακριβώς λόγω του ότι πρόκειται για μια από τις πιο σύνθετες από κοινωνικής τουλάχιστον απόψεως μέθοδο η οποία προκάλεσε και πολύ σκεπτικισμό σε μερίδα της θεωρίας και της κοινωνίας. Από την άλλη πλευρά η ρύθμιση έγινε για να λύσει ζητήματα που ανέκυπταν στην πράξη λόγω της εξέλιξης της βιοτεχνολογίας και όχι για να περιπλέξει τα πράγματα. Άλλωστε βασικός στόχος ήταν η εξάλειψη κάθε είδους διάκρισης από νομικής απόψεως των τέκνων που προέρχονταν από την υποβοηθούμενη αναπαραγωγή και αυτών που συλλαμβάνονταν με φυσικό τρόπο και όχι η δημιουργία επιπλέον διακρίσεων.

2.2.6. Οι συνέπειες ως προς την κληρονομική διαδοχή.

Όλες οι μέθοδοι της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής αλλά ιδίως η μεταθανάτια επηρεάζουν την κληρονομική διαδοχή, αφού δημιουργείται πρόσωπο, το οποίο έχει κληρονομική ικανότητα, τόσο ενεργητική, ως κληρονόμος όσο και παθητική ως κληρονομούμενος[75].

2.2.6.1. Η ΑΚ 1711 και ΑΚ 1924

Το κληρονομικό δικαίωμα του τέκνου το οποίο προκύπτει από τη μεταθανάτια τεχνητή γονιμοποίηση ρυθμίζεται στα άρθρα 1711 και 1924 § 1 Α.Κ. Σύμφωνα με την ΑΚ 1711 «κληρονόμος μπορεί να γίνει εκείνος που κατά το χρόνο της επαγωγής βρίσκεται στη ζωή ή έχει τουλάχιστον συλληφθεί. Κληρονόμος μπορεί να γίνει και το τέκνο που γεννήθηκε ύστερα από μεταθανάτια τεχνητή γονιμοποίηση. Χρόνος της επαγωγής είναι ο χρόνος θανάτου του κληρονομουμένου». Σύμφωνα με την εισηγητική έκθεση η ρύθμιση έχει σκοπό την κάλυψη του βασικού προβλήματος κληρονομικού δικαίου που δημιουργεί η μεταθανάτια τεχνητή γονιμοποίηση το οποίο δεν είναι άλλο από το πώς θα κληρονομήσει ένα παιδί τον πατέρα του όταν κατά το χρόνο του θανάτου του δεν έχει καν συλληφθεί. Το πρόβλημα λύνεται με την προσθήκη νέου δευτέρου εδαφίου του 1711 σύμφωνα με το οποίο το τέκνο μπορεί να κληρονομήσει τον πατέρα του είτε ο θάνατός του έχει προηγηθεί της μεταφοράς του

[75] Ενδεικτικά, Σπυριδάκης, «Η νέα ρύθμιση της τεχνητής γονιμοποίησης και της συγγένειας».

γονιμοποιημένου ωαρίου στη μήτρα της γυναίκας είτε ο θάνατος προηγείται της συλλήψεως του τέκνου. Η πατρότητα ιδρύεται σύμφωνα με τις διατάξεις που θα δούμε και κατωτέρω δηλαδή είτε κατά το άρθρο 1465 § 2 ή § 3 εδ. β είτε κατά το νέο άρθρο 1475 § 2 είτε κατά τις γενικές διατάξεις για την πατρότητα, αν δεν υπάρχει η συμβολαιογραφική συναίνεση. Με όποιο τρόπο και να ιδρυθεί η πατρότητα είτε ex lege είτε με δικαστική απόφαση το τέκνο είναι κληρονόμος του πατέρα του. Η ρύθμιση αυτή δημιουργεί εκκρεμότητα ως προς τις κληρονομικές σχέσεις που δημιουργούνται ήδη κατά την επαγωγή και οι οποίες ανατρέπονται ακόμη κι αν η γονιμοποίηση λάβει χώρα μετά τα δύο χρόνια που θέτει ο νομοθέτης σαν απώτατο χρονικό όριο.

Σύμφωνα με το άρθρο 1924 § 1 Α.Κ., «με την επιφύλαξη του άρθρου 1711 εδ. β, αν ο διαθέτης εγκατέστησε κληρονόμο πρόσωπο που δεν είχε ακόμη συλληφθεί κατά το θάνατό του, ο εγκατάστατος θεωρείται καταπιστευματοδόχος».

Το κείμενο του νέου άρθρου διαφέρει από το παλιό όσον αφορά την προσθήκη της επιφύλαξης για τη μεταθανάτια γονιμοποίηση, η οποία έχει ως αποτέλεσμα να μην εφαρμόζεται η διάταξη για το καταπίστευμα όταν πρόκειται για τέκνο που προήλθε από μεταθανάτια υποβοηθούμενη αναπαραγωγή, το οποίο είναι κληρονόμος και όχι καταπιστευματοδόχος.

Όπως προκύπτει και από την εισηγητική έκθεση «η προσθήκη του νέου δεύτερου εδαφίου στο άρθρο 1711 καθιστά αναγκαία και την τροποποίηση του 1924 ώστε το τελευταίο να μην εφαρμόζεται όταν πρόκειται για τέκνο προερχόμενο από μεταθανάτια τεχνητή γονιμοποίηση. Το τέκνο αυτό θα είναι αναδρομικά από της επαγωγής κληρονόμος και δεν θα τίθεται θέμα εφαρμογής της Α.Κ. 1935».

Είναι δυνατό ο διαθέτης να όρισε ότι εγκαθιστά το τέκνο του που θα δημιουργηθεί με μεταθανάτια τεχνητή γονιμοποίηση ως καταπιστευματοδόχο.

Στην περίπτωση αυτή, η διάταξη της διαθήκης προσβάλλει τη νόμιμη μοίρα και είναι άκυρη[76] (σχετικά άκυρη, υπέρ του τέκνου) ως προς το ποσοστό της νόμιμης μοίρας. Αυτό σημαίνει ότι το τέκνο που εγκαταστάθηκε καταπιστευματοδόχος για μεν το ποσοστό της νόμιμης μοίρας καθίσταται κληρονόμος, για δε το πέρα από τη νόμιμη μοίρα μερίδιο

[76] Βλ. την εισηγητική έκθεση του Ν. 3089/2002 αλλά και ενδεικτικά, από τη θεωρία, Σπυριδάκη, «Η νέα ρύθμιση της τεχνητής γονιμοποιήσεως και της συγγένειας», Εκδ Αντ Σάκκουλα.

καταπιστευματοδόχος. Αυτό καθίσταται σαφές και από την εισηγητική έκθεση του Ν. 3089 σύμφωνα με την οποία «αν ο διαθέτης δηλώσει στη διαθήκη του ότι επιθυμεί το τέκνο που θα γεννηθεί με μεταθανάτια τεχνητή γονιμοποίηση να γίνει καταπιστευματοδόχος, αυτό θα μπορεί να γίνει μόνο ως προς το ποσοστό που υπερβαίνει τη νόμιμη μοίρα του τέκνου, ενώ ως προς τη νόμιμη μοίρα θα γίνει κατά το άρθρο 1711 εδ. β, κληρονόμος»

2.2.6.2. Οι Α.Κ. 1786 επ.

Σύμφωνα με το άρθρο 1786 εδ. α Α.Κ. «η διαθήκη είναι ακυρώσιμη, αν ο διαθέτης παρέλειψε το μεριδούχο … που γεννήθηκε ή έγινε μεριδούχος μετά τη σύνταξη της», ενώ σύμφωνα με το 1787 εδ. α «την ακύρωση της διάταξης της διαθήκης … μπορεί να ζητήσει μόνο.. ο μεριδούχος που παραλείφθηκε». Το δικαίωμα για ακύρωση διάταξης τελευταίας βούλησης, σύμφωνα με την ΑΚ 1788, πρέπει να ασκηθεί μέσα σε δύο έτη από τη δημοσίευση της διαθήκης.
Ενόψει της ρύθμισης για τη μεταθανάτια γονιμοποίηση θα ήταν σκόπιμο να αποδώσουμε ξανά το περιεχόμενο των διατάξεων αυτών προκειμένου να μπορούν να καλύψουν ερμηνευτικά και τις περιπτώσεις των τέκνων που προκύπτουν από τη μέθοδο αυτή.
Μεριδούχος που γεννήθηκε μετά τη σύνταξη της διαθήκης μπορεί να είναι και το τέκνο που προέκυψε από μεταθανάτια τεχνητή γονιμοποίηση. Πρόβλημα δημιουργείται με τον κατά το άρθρο 1788 χρόνο ενάρξεως της διετούς παραγραφής της αγωγής ακύρωσης της διαθήκης. Σύμφωνα με το γράμμα του νόμου χρόνος έναρξης της παραγραφής είναι η δημοσίευση της διαθήκης. Είναι όμως πολύ πιθανό το τέκνο που συνελήφθη μετά το θάνατο του πατέρα του να μην έχει γεννηθεί μέσα στο χρονικό πλαίσιο που παρέχεται από το νόμο και να μην καταφέρει να ασκήσει το δικαίωμα της ακύρωσης της διαθήκης. Προτείνεται από τη θεωρία[77] να αντιμετωπιστεί το πρόβλημα με κριτήριο το υπέρτερο πάντα συμφέρον του τέκνου εφαρμόζοντας την ΑΚ 255 εδ. α, σύμφωνα με την οποία η παραγραφή αναστέλλεται αν ο δικαιούχος εμποδίστηκε από λόγους ανώτερης βίας, που συνέτρεξαν το τελευταίο εξάμηνο πριν τη λήξη του χρόνου μέσα στον οποία μπορεί να ασκήσει την αξίωσή του.

[77] Βλ. ενδεικτικά, Σπυριδάκη, «Η νέα ρύθμιση της τεχνητής γονιμοποιήσεως και της συγγένειας».

Η μη ύπαρξη του τέκνου θα μπορούσε να θεωρηθεί λόγος ανώτερης βίας αφού δημιουργεί αναμφισβήτητα απόλυτη αδυναμία άσκησης οποιουδήποτε δικαιώματος.

Άλλη λύση που προτείνεται είναι η εφαρμογή της Α.Κ. 258 σύμφωνα με την οποία όταν πρόκειται για ανίκανα πρόσωπα η παραγραφή δεν συμπληρώνεται πριν περάσουν έξι μήνες αφότου απέκτησαν επίτροπο». Η διάταξη μπορεί να εφαρμοστεί αναλογικά (argumentum a minore ad maius) αφού το μη γεννημένο τέκνο έχει ανάγκη μεγαλύτερης προστασίας από το γεννημένο μη έχον επίτροπο.

Τέλος, θα μπορούσε να υποστηριχθεί διορθωτική ερμηνεία της Α.Κ. 1788 προκειμένου στις περιπτώσεις της post mortem γονιμοποίησης η παραγραφή να αρχίζει όχι από την (προγενέστερη) δημοσίευση της διαθήκης αλλά από τη γέννηση του τέκνου, που είναι όπως είδαμε αναγκαίος κληρονόμος του πατέρα του.

2.2.6.3. Συμπερασματικές παρατηρήσεις.

Η βασική αντίρρηση η οποία επεκράτησε αναφορικά με την επίμαχη μέθοδο είναι αυτή της δημιουργίας ενός παιδιού χωρίς πατέρα από επιλογή και το κατά πόσον αυτό συμβιβάζεται με το συμφέρον του τέκνου το οποίο επιθυμεί να προστατεύσει το οικογενειακό μας δίκαιο. Θα ήταν επισφαλές ωστόσο θεωρώ να λάβουμε υπόψη μας το συμφέρον του τέκνου χωρίς τη συναξιολόγηση του δικαιώματος των προσώπων στην απόκτηση τέκνου, δικαίωμα που απονέμεται από το Σύνταγμα (άρθρο 5§1) και την ΕΣΔΑ (άρθρο 8) στα φυσικά πρόσωπα. Φορέας του δικαιώματος στην περίπτωση μας δεν είναι βέβαια ο αποβιώσας, καθώς πρόκειται για ένα δικαίωμα απόλυτα προσωπικό και δεν είναι δυνατόν να ασκείται μετά θάνατον, αλλά η επιβιούσα σύζυγος ή σύντροφος. Η ελληνική έννομη τάξη στάθμισε και αξιολόγησε την μεταθανάτια τεχνητή γονιμοποίηση, η οποία ασκείται σύμφωνα με τους όρος του νόμου, ως ένα θεμιτό μέσο άσκησης του δικαιώματος στην αναπαραγωγή, το οποίο δεν προσβάλλει τα χρηστά ήθη αλλά ούτε και τα δικαιώματα και έννομα συμφέροντα του τέκνου ή

της οικογένειας του αποβιώσαντος συζύγου, δίνοντας μια απάντηση στις αιτιάσεις περί αντισυνταγματικότητας της διάταξης[78].

3. Ειδικά νομικά ζητήματα.

3.1. Η τύχη του πλεονάζοντος γεννητικού υλικού

Ως πλεονάζον γεννητικό υλικό ορίζεται το γεννητικό υλικό, δηλαδή το σπέρμα, το ωάριο ή το γονιμοποιημένο ωάριο (μέχρι τις δεκατέσσερις ημέρες από τη γονιμοποίηση του), το οποίο προέρχεται από πρόσωπα τα οποία προσέφυγαν στις μεθόδους ιατρικής υποβοήθησης και το οποίο δεν θέλουν να αξιοποιήσουν πια είτε γιατί ευοδώθηκαν οι προσπάθειες τους είτε γιατί δεν επιθυμούν πια την απόκτηση τέκνου.
Η απάντηση για την τύχη που θα έχει το πλεονάζον γεννητικό υλικό συναρτάται με το ζήτημα της νομικής φύσης του γεννητικού υλικού και ειδικότερα με το ερώτημα αν οι γαμέτες αποτελούν φορείς ανθρώπινης ζωής, οπότε και απολαμβάνουν της συνταγματικής προστασίας που παρέχει το 2 παρ. 1 του συντάγματος.

3.1.2 Η νομική φύση του γεννητικού υλικού-Οι απόψεις της θεωρίας.

3.1.2.1. Η νομική φύση των γαμετών (σπέρμα και ωάριο)

- Οι γαμέτες ως πράγματα και ως στοιχεία της προσωπικότητας

Κατά μια άποψη το σπέρμα και το ωάριο έχουν διττή νομική φύση. Αποτελούν πράγματα και ταυτόχρονα στοιχεία της προσωπικότητας του δότη.[79]
Με αναλογική εφαρμογή της διάταξης του 1064 ΑΚ για την κτήση των καρπών, υποστηρίζεται ότι το σπέρμα ή το ωάριο αποχωριζόμενο οριστικά από το σώμα καθίσταται πράγμα, το οποίο ανήκει κατά κυριότητα στο πρόσωπο από το οποίο προέρχεται.

[78] Βλ. Καράση σε Αρμενόπουλο, 2005, ό.π. για τις αιτιάσεις περί αντισυνταγματικότητας αλλά και την εισηγητική έκθεση του ν. 3089/2002 σχετικά με την άρση της άποψης αυτής.
[79] Βλ. σχετικά Κουνουγέρη – Μανωλεδάκη, «Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο» αλλά και «Ιατρική Υποβοήθηση στην αναπαραγωγή και Αστικό Δίκαιο» σελ 41, 42.

Οι γαμέτες λοιπόν, πληρούν όλες τις προϋποθέσεις για να προσλάβουν το νομικό χαρακτηρισμό του πράγματος. Ειδικότερα θεωρούνται ενσώματα, ως έχοντα υλική υπόσταση, εφόσον είναι δυνατό να κατατεθούν σε κλινική ή σε βιοτράπεζα και απρόσωπα δεδομένου ότι αποχωριζόμενα οριστικά από το ανθρώπινο σώμα αποσυνδέονται από το πρόσωπο του δότη τους και χάνουν τον προσωπικό τους χαρακτήρα. Το γεγονός ότι ο φυσικός τους προορισμός είναι η δημιουργία ανθρώπινου όντος δεν αρκεί για να δώσει στο «εξωσωματικό» σπέρμα ή ωάριο προσωπικό χαρακτήρα καθώς η προοπτική αυτή είναι μακρινή και αβέβαιη ως εξαρτώμενη από πολλούς παράγοντες.[80]. Είναι αυθύπαρκτο, αφού αποτελεί αυτοτελή ενότητα μέσα στο χώρο, σύμφωνα με τους κανόνες της φυσικής, τις κοινωνικές και τις συναλλακτικές αντιλήψεις και δεκτικό ανθρώπινης εξουσίασης, αφού ο άνθρωπος μπορεί να το περιορίσει και να το θέσει υπό τις δυνάμεις του.

Ως πράγμα με ιδιαίτερο καθεστώς προστασίας φαίνεται να αντιμετωπίζει, κατά μια άποψη το σπέρμα και το ωάριο και η Σύμβαση του Οβιέδο (Ν. 2619/1998).[81] Οι διατάξεις της σύμβασης επιτρέπουν την επέμβαση στο ανθρώπινο γενετικό υλικό για διαγνωστικούς ή θεραπευτικούς σκοπούς, τη χρήση του στις τεχνικές της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής αλλά και την έρευνα υπό όρους σε εξωσωματικά (in vitro) έμβρυα.

Συνεπώς η σύμβαση αντιμετωπίζει αυτές τις προγεννητικές εκφράσεις γενετικού υλικού ως αντικείμενα και όχι ως υποκείμενα δικαίου, προβαίνοντας σε μια «σιωπηρή» διάκριση μεταξύ ανθρωπίνων όντων και «οντοτήτων» ανθρώπινης προέλευσης[82]. Κατά τη σύμβαση, η δυνατότητα χρήσης του ανθρώπινου γεννητικού υλικού δεν είναι απεριόριστη. Η προστασία της βιολογικής ιδιοσυστασίας του αναγνωρίζεται ως ιδιαίτερη αξία και επιβάλλεται με συγκεκριμένες προβλέψεις.

---

[80] Ε. Φραγκουδάκη, «Η νομική μεταχείριση των εφαρμογών της Βιογενετικής», Αντ. Σάκκουλας, 2008.

[81] Βλ. σχετικά Βιδάλη, «Ζωή χωρίς πρόσωπο» Αντ. Σάκκουλας 2003.

[82] Αντίθετη η Ι. Κριάρη Κατράνη, «Το Σύνταγμα και το σχέδιο νόμου της ειδικής νομοπαρασκευαστικής επιτροπής του Υπ. Δικαιοσύνης: ιατρική υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή», ΧρΙΔ Γ 2002 σελ. 682, η οποία υποστηρίζει ότι και επί ανθρώπου γίνονται επεμβάσεις χωρίς αυτό να τους καθιστά πράγματα αλλά βλ και την εύστοχη κριτική Βιδάλη σχετικά με την προϋπόθεση της ελεύθερης συναίνεσης στις ιατρικές επεμβάσεις ως έκφραση της αυτονομίας του ανθρώπου. Το γεννητικό υλικό είναι κομμάτι του ανθρώπου στον οποίο ανήκει και η δική του αυτονομία εκφράζεται μέσα από την χρήση του γεννητικού υλικού. Συνεπώς αυτός θα αποφασίσει για την τύχη του.

Ειδικότερα, α)οι επεμβάσεις στο ανθρώπινο γονιδίωμα δεν είναι επιτρεπτές για άλλους σκοπούς εκτός από την πρόληψη, τη διάγνωση και τη θεραπεία ασθενειών, β) η τεχνητή αναπαραγωγή δεν μπορεί να προσανατολίζεται στην προεπιλογή του φύλου, εκτός αν πρόκειται να αποφευχθεί με τον τρόπο αυτό σοβαρή ασθένεια, γ) πρέπει να εξασφαλίζεται επαρκής προστασία στα έμβρυα που υποβάλλονται σε έρευνα ενώ φυσικά απαγορεύεται η δημιουργία εμβρύων μόνο για αυτό το σκοπό. Τέλος, η Σύμβαση απαγορεύει την εμπορευματοποίηση του ανθρώπινου σώματος και των τμημάτων του άρα και του γενετικού του υλικού.

Οι περιορισμοί αυτοί είναι πλήρως εναρμονισμένοι με την ελληνική έννομη τάξη, η οποία έχει από καιρό προσδώσει ιδιαίτερο καθεστώς προστασίας, παρότι τα χαρακτηρίζει πράγματα, σε συστατικά, ιστούς και όργανα του ανθρωπίνου σώματος, τα οποία έχει θέσει εκτός εμπορίου[83].

Ο λόγος της ιδιαίτερης προστασίας αυτών των πραγμάτων δεν έγκειται στην αναγνώριση μιας ιδιαίτερης αξίας στα πράγματα αυτά καθ' εαυτά αλλά στην αναγνώριση της αξίας του ανθρώπου στον οποίο αυτά ανήκουν, η οποία αποτελεί τελικά και το αντικείμενο της προστασίας.[84]

Περαιτέρω υποστηρίζεται ότι εφόσον το σπέρμα ή το ωάριο εκφράζουν τη δυνατότητα του δότη να αποκτήσει απογόνους, αποτελεί ταυτόχρονα και στοιχείο της προσωπικότητας του, εφόσον σκοπεύει να το χρησιμοποιήσει για την απόκτηση απογόνων. Κατά το διάστημα όμως που αυτό έχει παραχωρηθεί στην κλινική και φυλάσσεται σε αυτήν θεωρείται ότι ανήκει κατά κυριότητα στην κλινική και δεν εκφράζει κανενός το δικαίωμα στην αναπαραγωγή.[85]

Μετά την επιλογή από την κλινική του ζευγαριού που θα αξιοποιήσει το κρυοσυντηρημένο γεννητικό υλικό, την κυριότητά του αποκτούν οι τελευταίοι και η δική τους προσωπικότητα εκφράζεται πλέον μέσα από αυτό.[86]

Ο χαρακτηρισμός του γεννητικού υλικού ως πράγμα είναι αναγκαίος κατ' αρχήν προκειμένου αυτό να κρυοσυντηρηθεί, δηλαδή προκειμένου να αποτελέσει αντικείμενο της σύμβασης κρυοσυντήρησης.[87] Στη σύμβαση αυτή οι δότες συμμετέχουν ως κύριοι του γεννητικού τους υλικού κάνοντας χρήση

[83] Βλ άρθρο 2 Ν. 2737/1999 «Μεταμοσχεύσεις ανθρώπινων ιστών και οργάνων και άλλες διατάξεις», που απαγορεύει την εμπορευματοποίηση.
[84] Βιδάλης «Ζωή χωρίς πρόσωπο», σελ 56.
[85] Ε. Φραγκουδάκη, ό.π. σελ. 241.
[86] Βλ. Κουνουγέρη, Αρμ 53/1999 σελ 469 επ.
[87] Βλ. Κουνουγέρη – Μανωλεδάκη «Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο», σελ 40.

του δικαιώματος για ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητάς τους σε μια ιατρική τεχνική απόλυτα αποδεκτή από τη νομική επιστήμη.
Ο χαρακτήρας του γεννητικού υλικού και ως στοιχείο της προσωπικότητας θεωρείται απαραίτητος, όπως έχουμε ήδη επισημάνει, προκειμένου αυτό να καταστεί ακληρονόμητο.
Αποτέλεσμα των παραπάνω σκέψεων οδηγεί στο συμπέρασμα ότι η σύμβαση για τη μεταβίβαση του γεννητικού υλικού δεν είναι η δωρεά του ΑΚ, καθώς το γεννητικό υλικό δεν μπορεί να αποτιμηθεί σε χρήμα, αλλά πρόκειται για μια σύμβαση ιδιόμορφης ελευθεριότητας[88] για την οποία μπορούν να χρησιμοποιηθούν αναλογικά κάποιες διατάξεις της δωρεάς όπως θα δούμε σε επόμενη παράγραφο, όπως είναι η 499 § 1 για την ευθύνη του δωρητή για δόλο ή βαριά αμέλεια.

- Οι γαμέτες ως πράγματα και υπολείμματα της προσωπικότητας.

Σύμφωνα με άλλη διατύπωση, [89] το σπέρμα και το ωάριο έχουν μικτή νομική φύση για το λόγο ότι νοούνται τόσο ως πράγματα όσο και ως υπολείμματα της προσωπικότητας του δότη. Συνέπεια αυτής της άποψης είναι ότι οι δυνατότητες του δότη-κυρίου έχουν ως όριο τους περιορισμούς που επιβάλλονται από το σεβασμό της ανθρώπινης αξιοπρέπειας. Το γεγονός ότι οι γαμέτες αποχωρίστηκαν από το ανθρώπινο σώμα και κατέστησαν πράγματα δεν σημαίνει αναγκαστικά και ότι οι τυχόν επεμβάσεις επάνω τους δεν αντίκειται στην αξιοπρέπεια άλλων ανθρώπων, ώστε με τον τρόπο αυτό να αποτρέπεται επαρκώς ο κίνδυνος αθέμιτων συναλλαγών.

- Οι γαμέτες ως πράγματα συνδεδεμένα με την αναπαραγωγική βούληση.

Με την πρώτη άποψη ταυτίζεται σχεδόν και η σκέψη ότι το γεννητικό υλικό εν γένει, δηλαδή τόσο οι γαμέτες όσο και το γονιμοποιημένο ωάριο είναι μόνο πράγματα, συνδεδεμένα όμως με την αναπαραγωγική βούληση των προσώπων που προσφεύγουν στην ιατρικώς υποβοηθούμενη αναπαραγωγή και συνεπώς

[88] Κουνουγέρη - Μανωλεδάκη «Ιατρική υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή και Αστικό Δίκαιο».
[89] Βλ. Χριστοδούλου σε «Ιατρική υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή και Αστικό Δίκαιο».

όχι με τη στατική πλευρά της προσωπικότητας αλλά τη δυναμική, δηλαδή με τη βούληση απόκτησης απογόνων, ως έκφραση της ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας. Το γεννητικό υλικό αποτελεί το μέσο για την εκπλήρωση της βούλησης απόκτησης απογόνων με συνέπεια κάθε εξουσία πάνω σ' αυτό να είναι προσωποπαγής και άρα μη κληρονομητή. Οι γαμέτες κατ' αυτήν την άποψη δεν αποτελούν ανθρώπινο ον αλλά χρήζουν ιδιαίτερης προστασίας η οποία επιβάλλεται από την αξία όχι κάποιου συγκεκριμένου ανθρώπου αλλά του ανθρώπου ως γένος.[90]

- Οι γαμέτες ως φορείς εν δυνάμει ανθρώπινης ζωής.

Σύμφωνα με άλλη άποψη οι γαμέτες αποτελούν προϋπόθεση της δημιουργίας ανθρώπινης ζωής, συνεπώς χρήζουν προστασίας αυτοτελώς ως έννομα αγαθά, φορείς της ανθρώπινης ζωής.[91] Υποστηρίζεται ότι εφόσον η επιλογή φύλου γίνεται με επεμβάσεις επί των γαμετών στο προεμφυτευτικό στάδιο, η προστασία της ζωής πρέπει να επεκταθεί και στο στάδιο πριν τη γονιμοποίηση.

- Οι γαμέτες ως στοιχεία της προσωπικότητας

Σύμφωνα με την τελευταία άποψη οι γαμέτες δεν αποτελούν πράγματα κατά την έννοια του εμπραγμάτου δικαίου, ούτε όμως εξομοιώνονται με την ανθρώπινη ζωή. Οι γαμέτες πρέπει να τίθενται υπό την προστασία του Αστικού Δικαίου με βάση τις θεμελιώδεις αρχές για την ανθρώπινη αξιοπρέπεια και την προσωπικότητα. Το ανθρώπινο γεννητικό υλικό προέρχεται από τον άνθρωπο και είναι σε άμεση συνάρτηση με την προσωπικότητά του. Αυτό έχει σαν αποτέλεσμα η σχέση του ανθρώπου με το γεννητικό του υλικό να είναι περισσότερο διαπροσωπική παρά εμπράγματη.[92]
Η θεώρηση του ως πράγμα θα άφηνε περιθώρια, σύμφωνα με την άποψη αυτή για την εμπορευματοποίηση του, η οποία θα οδηγούσε στην αντικειμενικοποίηση του ανθρώπου. Μέλη και στοιχεία του ανθρώπινου σώματος τα οποία έχουν μεν αποσπασθεί από το ανθρώπινο σώμα πλην όμως

[90] Βλ. Παπαχρίστου σε Τιμητικό Τόμο για τον Ι. Μανωλεδάκη ΙΙΙ, σελ. 921 επ.
[91] Βλ. Καράση ΕλλΔνη 42/2001 σελ. 1218.
[92] Ε. Μάλλιος, «Το ανθρώπινο γονιδίωμα» σελ. 133.

βρίσκονται σε λειτουργικό σύνδεσμο με αυτό και μπορούν στο μέλλον να αξιοποιηθούν για την πραγμάτωση μιας σημαντικής λειτουργίας του σώματος όπως είναι η αναπαραγωγή, αποτελούν στοιχεία της προσωπικότητας και τυχόν βλάβη ή καταστροφή τους συνιστά προσβολή της προσωπικότητας του ανθρώπου από τον οποίο προέρχονται.[93] Είναι αναγκαίο να σημειώσουμε ότι ο χαρακτηρισμός τους ως στοιχεία της προσωπικότητας δεν εμποδίζει τη σύναψη συμβάσεων για τη φύλαξη, την ιατρική επέμβαση και την ανάπτυξη τους, δεδομένου ότι αυτές δεν είναι αντίθετες στα χρηστά ήθη.[94]

3.1.2.2. Η νομική φύση του γονιμοποιημένου ωαρίου

Προκειμένου να διατυπώσουμε θέση στο συγκεκριμένο ζήτημα είναι απαραίτητο να προσδιορίσουμε το χρόνο έναρξης της ανθρώπινης ζωής και ειδικότερα το χρόνο έναρξης της ύπαρξης προσώπου. Ανάλογα με αυτά τα κριτήρια διαμορφώνονται και οι διαφορετικές απόψεις επί του θέματος.

- Το γονιμοποιημένο ωάριο ως πρόσωπο

Σύμφωνα με την άποψη αυτή, η οποία υποστηρίζεται τόσο από την Ορθόδοξη, όσο και από τη Ρωμαιοκαθολική Εκκλησία, η έναρξη της ανθρώπινης ύπαρξης ξεκινά από τη σύλληψη. Το γονιμοποιημένο ωάριο είναι τέλειος άνθρωπος, ενώ τα μεταγενέστερα στάδια αποτελούν στάδια ψυχοσωματικής τελειοποίησης.[95]
Το γονιμοποιημένο ωάριο, ως φορέας ανθρώπινης ζωής είναι αυτοτελές έννομο αγαθό άξιο νομικής προστασίας. Υποστηρίζεται ότι φέρει εξ αρχής όλα τα χαρακτηριστικά της ανθρώπινης φύσης, δηλαδή ταυτότητα, αποκλειστικότητα και μη αναστρεψιμότητα. Με την εμφύτευση του στη μήτρα θεωρείται ότι περνά στην επόμενη φάση της εξέλιξής του και η εμφύτευση δεν προσδιορίζει την ανθρώπινη φύση του αλλά την ανθρώπινη κατάστασή του.[96]

---

[93] Κ. Χριστακάκου Φωτιάδη, «Ιατρική υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή και Αστικό Δίκαιο», σελ 228.
[94] Ε. Φραγκουδάκη, «Η νομική μεταχείριση των εφαρμογών της βιογενετικής», σελ 249, όπου και παραπομπή σε Απ. Γεωργιάδη «Γενικές Αρχές αστικού Δικαίου».
[95] Ε. Φραγκουδάκη, ό. π. σελ. 252 όπου και παραπομπή σε π. Νικόλαου Χατζηνικολάου, «Θεολογία της αναπαραγωγής και θεολογία της ανθρώπινης αρχής».
[96] Μ. Καράσης, ΕλλΔνη 42/2001 σελ 1216 επ.

Επιχείρημα για το χαρακτηρισμό του γονιμοποιημένου ωαρίου ως προσώπου αντλείται και από το άρθρο 18 της Σύμβασης του Οβιέδο (ν. 2619/1998). Σύμφωνα με το άρθρο αυτό ο νόμος σε περίπτωση που επιτρέψει την έρευνα σε έμβρυα in vitro θα πρέπει να εξασφαλίσει την επαρκή προστασία τους. Αναγνωρίζεται λοιπόν το γονιμοποιημένο ωάριο ως αντικείμενο αυτοτελούς έννομης προστασίας.

Το γονιμοποιημένο ωάριο θεωρείται ότι έχει προσωπικότητα, η οποία προστατεύεται με αναλογική εφαρμογή της ΑΚ 57 και κληρονομικό δικαίωμα με αναλογική εφαρμογή του πλάσματος της ΑΚ 36. [97]

Συνέπεια αυτής της άποψης είναι η απαγόρευση κάθε ενέργειας η οποία μπορεί να οδηγήσει σε βλάβη ή καταστροφή του, συνεπώς και η κρυοσυντήρηση αλλά και κάθε μορφής έρευνα και παραχώρησή του. Προτείνεται δε η δημιουργία τόσων ωαρίων όσων μπορούν να εμφυτευθούν.

- Το γονιμοποιημένο ωάριο ως κυοφορούμενο

Υποστηρίζεται ότι το εξωσωματικά γονιμοποιημένο ωάριο αποτελεί έναν εν δυνάμει ζωντανό οργανισμό, όπως και το φυσικά γονιμοποιημένο ωάριο, πριν ακόμη από την εμφύτευσή του στη μήτρα της γυναίκας, δηλαδή η κυοφορία ξεκινά από την γονιμοποίηση και όχι από την εμφύτευση στη μήτρα[98]. Συνεπώς το γονιμοποιημένο ωάριο θεωρείται κυοφορούμενο και χωρεί εφαρμογή του πλάσματος της ΑΚ 36[99]. Επιχείρημα αντλείται από το άρθρο 1 της Σύμβασης του Οβιέδο σύμφωνα με την οποία επιβάλλεται ο σεβασμός της αξιοπρέπειας κάθε ανθρώπινου όντος. Στην έννοια του ανθρώπινου όντος λοιπόν κάποιοι περιλαμβάνουν και τη ζωή που υπάρχει πριν τη εμφύτευση στη μήτρα της γυναίκας.[100]

Η εν λόγω άποψη προβαίνει επίσης σε μια διάκριση κυοφορούμενου και προ-κυοφορούμενου. Ο προ-κυοφορούμενος έχει μεν ανθρώπινη αξιοπρέπεια και «γενετική προσωπικότητα» δεδομένου ότι ο γενετικός κώδικας και το φύλο είναι στοιχεία της προσωπικότητας του αλλά διαφέρει ως προς τον κυοφορούμενο στο ότι ο πρώτος είναι μελλοντικό υποκείμενο δικαίου και

[97] Μ. Καράσης, ΕλλΔνη 42/2001 σελ 1217.
[98] Έτσι Χριστοδούλου σε «Ιατρική υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή και Αστικό Δίκαιο»
[99] Ι. Ανδρουλιδάκη Δημητριάδη, ΝοΒ 34/1986.
[100] Απ. Γεωργιάδης, «Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου», § 9 αρ. 18, υποσημείωση 13.

δικαιώματα του δεν ταυτίζονται με αυτά του κυοφορούμενου, ο οποίος είναι ήδη υποκείμενο δικαίου με την αίρεση ότι θα γεννηθεί ζωντανός.

- Το γονιμοποιημένο ωάριο ως πράγμα και ως στοιχείο της προσωπικότητας.

Σύμφωνα με άλλη άποψη το εξωσωματικά γονιμοποιημένο ωάριο κατά τις πρώτες δεκατέσσερις ημέρες από τη γονιμοποίησή του και πριν τη μεταφορά του στη μήτρα είναι πράγμα (απρόσωπο, ενσώματο, αυθύπαρκτο και δεκτικό ανθρώπινης εξουσίασης, αντικείμενο δικαίου) και ταυτόχρονα στοιχείο της προσωπικότητας των δοτών ή αυτών που θα το χρησιμοποιήσουν για να αποκτήσουν απογόνους, οι οποίοι έχουν την κυριότητα του και αποφασίζουν για την τύχη του.[101] Σύμφωνα με την ιατρική επιστήμη, μετά τις δεκατέσσερις ημέρες από τη γονιμοποίηση αρχίζουν να σχηματίζονται οι καταβολές του νευρικού ιστού και να δημιουργείται εξατομικευμένη ανθρώπινη ζωή, αυτό που στο δίκαιο ονομάζουμε κυοφορούμενο. Η λύση αυτή μας επιτρέπει να θεωρήσουμε επιτρεπτή την κρυοσυντήρησή του, την αξιοποίησή του στην ιατρική έρευνα, τη χρήση για θεραπευτικούς σκοπούς ακόμη και την καταστροφή του.

3.1.3. Η διάκριση ανθρώπινης ζωής και προσώπου

Ένα από τα σημαντικότερα ζητήματα που έχει απασχολήσει τη θεωρία τόσο του ιδιωτικού όσο και του δημοσίου δικαίου είναι η έννομη προστασία της ανθρώπινης ζωής και η διαφοροποίησή της στα διάφορα στάδια ανάπτυξης του οργανισμού. Οι γαμέτες εξελίσσονται σε ανθρώπινη ζωή και η ανθρώπινη ζωή σε πρόσωπο. Πόσο ευδιάκριτα είναι όμως αυτά τα στάδια για το δίκαιο; Η νομική θεωρία αναζήτησε με τη βοήθεια και της ιατρικής επιστήμης τα κριτήρια που θα της επέτρεπαν να τοποθετηθεί στο ζήτημα.

Η κρατούσα άποψη στο ιδιωτικό δίκαιο παραδέχεται ότι σύμφωνα με το άρθρο 35 ΑΚ το πρόσωπο αρχίζει να υπάρχει μόλις γεννηθεί ζωντανό.[102] Υποστηρίζεται ορθώς ότι η διάταξη του άρθρου 36 ΑΚ δεν το εξομοιώνει με

[101] Έτσι, Κουνουγέρη – Μανωλεδάκη σε «Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο».
[102] Βλ., ενδεικτικά, Απ Γεωργιάδη, «Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου».

πρόσωπο αλλά του προσδίδει μια υπό αίρεση ικανότητα δικαίου ως προς τα δικαιώματα που του επάγονται κατά το χρονικό διάστημα της κυοφορίας.[103] Ως εκ τούτου δεν μπορούμε να μιλάμε για πρόσωπο πριν τον τοκετό, στο αστικό δίκαιο.

Όσον αφορά την ύπαρξη ανθρώπινης ζωής κρίνεται ορθό να τοποθετείται χρονικά στις δεκατέσσερις ημέρες από τη γονιμοποίηση λόγω του ιατρικού δεδομένου της εξατομίκευσης της ανθρώπινης ζωής μετά την πάροδο των δεκατεσσάρων ημερών οπότε και σχηματίζονται οι καταβολές του νευρικού ιστού και πρόκειται πια για ένα έμβρυο με συγκεκριμένα δικά του χαρακτηριστικά. Την άποψη αυτή ακολούθησε και ο Ν. 3089/2002 όπως θα περιγράψουμε στη συνέχεια.

Από τις διατάξεις του Συντάγματος δεν φαίνεται να προκύπτει ασφαλώς η απάντηση αλλά ούτε και από το 2 § 1 ΕΣΔΑ για τη προστασία της ζωής[104]. Η νομολογία της Επιτροπής που το ερμηνεύει θεωρεί ότι ο όρος πρόσωπο μπορεί να αναφέρεται αδιάκριτα πριν ή μετά τη γέννηση ενός ανθρώπου.[105] Σε πρόσωπο φαίνεται να αναφέρεται εν τέλει και η νέα διάταξη 5 § 5 Σ, ορίζοντας το υποκείμενο του δικαιώματος προστασίας της γενετικής ταυτότητας, χωρίς πάντως άλλες διευκρινήσεις για την σημασία του όρου.

Χρήσιμο μπορεί να αποδειχθεί για την εξαγωγή κάποιου συμπεράσματος σχετικά με τη νομική φύση του γονιμοποιημένου ωαρίου το παράδειγμα της άμβλωσης.

Στο ελληνικό δίκαιο η άμβλωση επιτρέπεται με τη συναίνεση της εγκύου μέχρι τη συμπλήρωση δώδεκα εβδομάδων εγκυμοσύνης. Η διενέργεια της πέρα από αυτό το χρονικό σημείο κολάζεται ποινικά.[106] Ο λόγος είναι τόσο η προστασία του εμβρύου, της ανθρώπινης αυτής ζωής, η οποία έχει ήδη εξατομικευτεί από την δέκατη τέταρτη μέρα από τη γονιμοποίηση, όσο και η προστασία της υγείας της κυοφόρου.

Το ερώτημα που προκύπτει στη συνέχεια είναι αν η προστασία αυτή του εμβρύου θεμελιώνεται στην ύπαρξη κάποιου είδους προσωπικότητας ή απλώς στη βιωσιμότητα του, στην ικανότητά του δηλαδή να επιβιώσει ως αυτοτελής

---

[103] Κουνουγέρη – Μανωλεδάκη, Αρμ 53/1999 σελ. 475

[104] «το δικαίωμα κάθε προσώπου στη ζωή προστατεύεται από το νόμο».

[105] Βλ. Βιδάλη, «Ζωή χωρίς πρόσωπο» με περαιτέρω παραπομπές σε Σαρμά « Η νομολογία του ΕΔΔΑ και της Επιτροπής» αλλά και Κατρούγκαλο «Το δικαίωμα στη ζωή και στο θάνατο» σελ. 48

[106] Βλ 304 Π.Κ.

οργανισμός, έστω και με τη βοήθεια τεχνικών μέσων καθώς και τι είδους είναι τελικά αυτή η συνταγματική προστασία. Το κυοφορούμενο είναι υποκείμενο δικαιώματος ή αντικείμενο προστασίας;

Αν επιλέγαμε η προστασία που παρέχει η συνταγματική τάξη στο έμβρυο των δεκατεσσάρων ημερών να είναι αυτή του προσώπου τότε θα έπρεπε να απαγορεύεται η άμβλωση σε κάθε περίπτωση και να μην λαμβάνονταν από την αρχή υπόψιν τα δικαιώματα της κυοφόρου. Στην περίπτωση που προβαίναμε στην εν λόγω στάθμιση και επιτρέπαμε τελικά την άμβλωση θα σχετικοποιούσαμε ένα δικαίωμα που αποτελεί αυτοσκοπό για την έννομη τάξη μας, θα υποβαθμίζαμε την ίδια την ανθρώπινη αξία, όπως αυτή ορίζεται στο 2 §1 Σ.

Μια ενδιαφέρουσα προσέγγιση για το ζήτημα μας παρέχει η νομολογία της δεκαετίας του 1970 του Supreme Court των Η.Π.Α.[107] και του γερμανικού ομοσπονδιακού συνταγματικού δικαστηρίου της Γερμανίας[108], τα οποία κλήθηκαν να απαντήσουν στο ερώτημα για το χρόνο έναρξης της ζωής με αφορμή υποθέσεις άμβλωσης. Ιδίως από την αμερικανική νομολογία προβλήθηκε ως ιδιαίτερα κρίσιμο το δικαίωμα στην ιδιωτική ζωή της μητέρας[109], η οποία δεν μπορεί να περιοριστεί αν το έμβρυο δεν έχει καταστεί βιώσιμο, δηλαδή αν δεν έχει συμπληρώσει, σύμφωνα με τα πορίσματα της ιατρικής και της βιολογίας το δεύτερο τρίμηνο της κύησης. Η γερμανική νομολογία αντίθετα τοποθέτησε την προστασία νωρίτερα, δηλαδή μετά τις δεκατέσσερις ημέρες από τη γονιμοποίηση οπότε και εξατομικεύεται η ανθρώπινη ζωή.

Από τη σχετική συζήτηση αναδείχθηκαν τρία χρήσιμα εμπειρικά κριτήρια, αυτό της «βιολογικής» αυτονομίας, της βιωσιμότητας καθώς και αυτό της εξατομίκευσης της ανθρώπινης ζωής, τα οποία αντικατοπτρίζουν τις τρεις πιο ενδιαφέρουσες, από νομικής απόψεως, φάσεις στην ανάπτυξη ενός εμβρύου. Η βιολογική αυτονομία κατακτάται μετά τον τοκετό οπότε και το νεογνό παύει να συνδέεται και να τρέφεται από το σώμα της μητέρας του. Από εκείνη τη στιγμή αποκτά μια σχετική βιολογική ανεξαρτησία, χωρίς αυτό βέβαια να σημαίνει ότι δεν εξακολουθεί να εξαρτάται για ικανό ακόμη χρονικό διάστημα από τους

[107] Βλ. θεμελιώδη απόφαση Roe vs Wade ενδεικτικά από Κατρούγκαλο, «Το δικαίωμα στη ζωή και στο θάνατο», Αντ. Σάκκουλας 1993, σελ 53.
[108] Πρόκειται για την απόφαση της 25.2.1975 του BVerfG.
[109] Βλ. Βιδάλη «Ζωή χωρίς πρόσωπο», σελ 62.

γονείς του. Η δεύτερη αποκτάται νωρίτερα και μάλιστα με τη συμπλήρωση του δευτέρου τριμήνου της κυήσεως και συνίσταται στην ικανότητα του εμβρύου να μπορεί έστω και τεχνικά υποστηριζόμενο να διατηρηθεί στη ζωή ως αυτοδύναμος οργανισμός. Η εξατομίκευση της ανθρώπινης ζωής όπως δέχθηκε και η γερμανική νομολογία ξεκινά με τη συμπλήρωση της δέκατης τέταρτης μέρας από τη γονιμοποίηση.

Ορθώς παρατηρείται παρ' όλα αυτά ότι, στο μέτρο που η εξέλιξη αυτή διακρίνεται από μια αδιάλειπτη συνέχεια, η απομόνωση επιμέρους φάσεων προκειμένου να διαφοροποιηθεί η διαφορετική τους αντιμετώπιση από το δίκαιο είναι εξαιρετικά δυσχερής, έτσι ώστε να μην αρκεί η εμπειρική παρατήρηση προκειμένου να συναχθεί ένας κανόνας.[110]

Προκειμένου να ξεπεραστεί το αδιέξοδο προτάθηκε η έννοια της «οντολογικής ενότητας». Η ενότητα αυτή εκφράζει μια «χαρακτηριστική σύμπτωση βιολογικών και διανοητικών ιδιοτήτων», οι οποίες δεν μπορούν να αποδοθούν σε ένα έμβρυο το οποίο εξαρτάται κατά τέτοιο απόλυτο τρόπο από τον οργανισμό της μητέρας του, ώστε να αποτελεί τμήμα του και άρα να συναπαρτίζει την δική της οντολογική ενότητα. Από τη στιγμή της γέννησης το νεογνό πια αποκτά δική του αυτόνομη υπόσταση και παύει πια να αποτελεί μέρος της οντολογικής ενότητας της μητέρας του[111].

Στην ελληνική συνταγματική τάξη, η έννοια του δικαιώματος και της ελευθερίας προϋποθέτει την δυνατότητα αυτοκαθορισμού του φορέα τους και αφορά τον άνθρωπο ως έλλογο και συνειδητό ον.[112] Στήριγμα και φορέας της ελευθερίας όπως κατοχυρώνεται στο Σύνταγμα δεν είναι κατά νομική ακριβολογία ο άνθρωπος στη βιολογική του διάσταση αλλά το νομικό του είδωλο: το πρόσωπο[113]. Μόνο ως πρόσωπα, δηλαδή ως «νομικά

---

[110] Βλ. Βιδάλη, «Ζωή χωρίς πρόσωπο» σελ 71, όπου περαιτέρω παραπομπές σε D. Hume, «A treatise on human nature».

[111] Έτσι Βιδάλης, «Ζωή χωρίς πρόσωπο αντίθετοι όμως Κατρούγκαλος, «Το δικαίωμα στη ζωή και στο θάνατο» Αντ Σάκκουλα Αθήνα Κομοτηνή 1993, Ανδρουλιδάκη Δημητριάδη «Νομικά προβλήματα από την τεχνητή γονιμοποίηση» NoB 34, 1986 και Χριστοδούλου «Γενετική αλήθεια και φαινόμενο δικαίου στη συγγένεια».

[112] Βλ. Κατρούγκαλο ό. π. σελ 62 όπου παραπομπές σε Μάνεση «Συνταγματικά Δικαιώματα», Δαγτόγλου «Ατομικά Δικαιώματα» και Zippelius (Bonner Kommentar), ο οποίος θεωρεί ως προϋπόθεση την δυνατότητα ηθικού αυτοπροσδιορισμού.

[113] Βλ. Μανιτάκη, «Το υποκείμενο των συνταγματικών δικαιωμάτων», Εκδόσεις Αντ. Σάκκουλα Αθήνα Κομοτηνη 1981 σελ 113 με περαιτέρω παραπομπή σε Kelsen στο βιβλίο του Reine Rechtslechre (γαλλική μετάφραση Eisenmann "theorie pure du droit"), ο οποίος θεωρεί ότι η έννοια του ανθρώπου και η νομική έννοια του προσώπου δεν είναι καν συνυφασμένες. Ο άνθρωπος είναι

μορφοποιημένες» ενότητες, οι άνθρωποι θεωρούνται φορείς ατομικών ελευθεριών και κοινωνικών δικαιωμάτων.

Το 2 § 1 και το 5 Σ προστατεύουν πρόσωπα και μια διεύρυνση της έννοιας του υποκειμένου η οποία θα καταλάμβανε το γονιμοποιημένο ωάριο ή το έμβρυο θα αποδυνάμωνε την κανονιστική αξία των διατάξεων και την απόλυτη προστασία που απολαμβάνουν οι φορείς των δικαιωμάτων αυτών. Η συνταγματική τάξη επέλεξε να προσφέρει στα πρόσωπα την προστασία αυτή ακριβώς λόγω της αυτόνομης υπόστασής τους, των βιολογικών και διανοητικών τους χαρακτηριστικών, που τα καθιστούν υποκείμενα αυθύπαρκτα και αυτοπροσδιοριζόμενα σε σχέση με τα άλλα «υποκείμενα» και αυτά αποτελούν ταυτόχρονα και το αντικείμενο της προστασίας του 2 § 1. Αν σχετικοποιήσουμε την έννοια αυτή μεταβάλουμε το κανονιστικό περιεχόμενο της έννοιας της ανθρώπινης αξίας.

Το ότι το έμβρυο δεν είναι φορέας υποκειμενικού συνταγματικού δικαιώματος δεν σημαίνει ότι εξομοιώνεται με απλό όργανο του μητρικού σώματος. Στο άρθρο 5 § 2 καθιερώνεται εκτός από ένα υποκειμενικό ατομικό δικαίωμα και ένας αντικειμενικός κανόνας δικαίου, ο οποίος υποχρεώνει το κράτος να λαμβάνει μέτρα για την προστασία της ζωής σε όλες της τις εκφάνσεις. Πρόκειται κατά μία άποψη για την αντικειμενική διάσταση της ανθρώπινης αξίας.[114] Η ανθρώπινη αξία είναι η μήτρα όλων των δικαιωμάτων, τα οποία χάνουν το νόημα τους αν ο άνθρωπος, όχι μόνο το «πρόσωπο», περιπίπτει σε απλό μέσο για την εξυπηρέτηση κάποιου σκοπού. Υπ' αυτή την έννοια η προστασία της ανθρώπινης αξίας δεν θεμελιώνει μόνο αιτήματα υποκειμενικού συμφέροντος αλλά αποκτά μια αντικειμενική σημασία. Ο νομοθέτης θα επιλέξει τη μορφή της προστασίας η οποία προφανώς θα επαυξάνεται με την πρόοδο της κύησης και την ανάπτυξη του εμβρύου.

Το κριτήριο, το οποίο προτείνεται από την αμερικανική νομολογία προκειμένου να ενεργοποιηθεί η προστασία αυτή του εμβρύου είναι η «βιωσιμότητά» του.[115]

έννοια της βιολογίας και της φυσιολογίας ενώ το πρόσωπο είναι έννοια της νομικής επιστήμης, της νομολογίας και γενικά της νομικής ανάλυσης.

[114] Βλ Μανιτάκη, « Το υποκείμενο των συνταγματικών δικαιωμάτων», 1981

[115] Έτσι Βιδάλης, ό. π. με περαιτέρω παραπομπές σε αμερικανική θεωρία και νομολογία από όπου και τα επιχειρήματα, ενδεικτικά βλ την απόφαση σταθμό Roe v s Wade του Supreme Court (1973), η οποία έθεσε τον προβληματισμό για το νομικό χαρακτηρισμό της ζωής πριν από τη γέννηση αντιπαραθέτοντας τις έννοιες της προσωπικότητας και της βιωσιμότητας αποδίδοντας στην τελευταία την προστασία που παρέχει το δίκαιο στα έμβρυα.

Ως βιωσιμότητα νοείται, όπως έχουμε ήδη αναφέρει η ικανότητα του εμβρύου να μπορεί έστω και με τεχνικά μέσα να επιτελεί τις βασικές του βιολογικές λειτουργίες και να συνεχίζει την ανάπτυξή του, γεγονός που προϋποθέτει την ύπαρξη των απαραίτητων για το σκοπό αυτό ζωτικών οργάνων. Μέχρι το σημείο αυτό η καταστροφή του είναι συνταγματικά επιτρεπτή. Από το σημείο της πάντως δυσχερούς διαπίστωσης του κρίσιμου σημείου της βιωσιμότητας τίθενται σοβαροί περιορισμοί στα δικαιώματα της γυναίκας χωρίς φυσικά να επιτρέπεται να αναιρεθεί οριστικά η απόλαυση θεμελιωδών δικαιωμάτων της εγκύου, να θίγεται δηλαδή ο πυρήνας των δικαιωμάτων αυτών.[116]

Είναι αναγκαίο να διευκρινίσουμε ότι ο νομικός χαρακτηρισμός του γεννητικού υλικού ως πράγματος δεν εννοεί να αφαιρέσει από αυτό την αυξημένη προστασία που ενδεχομένως χρειάζεται. Έτσι είναι εύλογο να τίθενται κάποιες απαγορεύσεις ως προς τη χρήση του όταν η έννομη τάξη κρίνει ότι θίγονται θεμελιώδεις αξίες της, όπως λ.χ. τα χρηστά ήθη ή προσβάλλονται συνταγματικά δικαιώματα τρίτων. Ένα παράδειγμα διακριτικής αντιμετώπισης πράγματος αποτελεί η προστασία του νεκρού, ο οποίος καίτοι αποτελεί για το δίκαιο πράγμα, εν τούτοις, απολαμβάνει ιδιαίτερης προστασίας προκειμένου να προστατευθεί η ιδιωτική ζωή των οικείων του, η οποία περιλαμβάνει και την προστασία των συναισθηματικών τους σχέσεων με συγγενικά και φιλικά πρόσωπα αλλά και τα χρηστά ήθη.

3.1.4. Η ρύθμιση του νόμου

Στο νόμο επικράτησε η αντίληψη ότι το γεννητικό υλικό αποτελεί αφενός μεν πράγμα αφετέρου στοιχείο της προσωπικότητας των δοτών οι οποίοι μπορούν να αποφασίζουν ελεύθερα για την τύχη του.

Στο πλαίσιο λοιπόν της αντίληψης αυτής στο άρθρο 1459 § 1 ΑΚ ορίζεται ότι τα πρόσωπα που προσφεύγουν στην υποβοηθούμενη αναπαραγωγή αποφασίζουν τα ίδια με κοινή έγγραφη δήλωσή τους προς το γιατρό ή τον υπεύθυνο του ιατρικού κέντρου –πριν από την έναρξη της διαδικασίας- σχετικά με το πλεονάζον κρυσυντηρημένο γεννητικό τους υλικό, έχοντας τις τρεις ακόλουθες επιλογές: είτε να διατεθεί το γεννητικό υλικό τους κατά

[116] Βλ. Χρυσόγονο, ό. π. για τους περιορισμούς των περιορισμών των ατομικών δικαιωμάτων.

προτεραιότητα χωρίς αντάλλαγμα σε άλλα πρόσωπα που θα επιλέξει ο ιατρός ή το ιατρικό κέντρο, είτε να χρησιμοποιηθεί χωρίς αντάλλαγμα για ερευνητικούς ή θεραπευτικούς σκοπούς, είτε να καταστραφεί.

Σε ότι αφορά τη διάθεση του γεννητικού υλικού σε τρίτους, αυτή αποτελεί απαραίτητη προϋπόθεση προκειμένου να διενεργηθεί ετερόλογη τεχνητή γονιμοποίηση, η οποία συνιστά την πιο συχνά επιλεγόμενη μέθοδο υποβοήθησης. Είναι σαφές ότι σε κάθε περίπτωση ο νόμος επιλέγει ένα και μόνο είδος συναλλαγής, αυτό της δωρεάν παραχώρησης του γεννητικού υλικού διαχωρίζοντας το από τα «κοινά» πράγματα.

Για την περίπτωση που για κάποιο λόγο οι δότες του γεννητικού υλικού δεν έχουν υπογράψει την κοινή δήλωση για την τύχη του, σύμφωνα με την ΑΚ 1459 § 2, οι κρυοσυντηρημένοι γαμέτες διατηρούνται για χρονικό διάστημα πέντε ετών από τη λήψη ή τη δημιουργία τους και μετά την πάροδο του διαστήματος αυτού είτε χρησιμοποιούνται για θεραπευτικούς, ερευνητικούς σκοπούς είτε καταστρέφονται. Η μη φύλαξη τους πέρα από το χρονικό διάστημα μιας πενταετίας ενδεικνύει κατά μία άποψη[117] το σεβασμό του νομοθέτη απέναντι στη ζωή που έχει ήδη αρχίσει να αναπτύσσεται.

Μετά το ν. 3305/2005 είναι δυνατή η ανάκληση της επιλογής των δοτών να διατεθεί το πλεονάζον γεννητικό υλικό τους σε τρίτους και η ανάκτησή του με σκοπό νέα τεκνοποιία του ζευγαριού, η οποία λαμβάνει χώρα με έγγραφη κοινή δήλωση του ζευγαριού πριν γίνει χρήση του γεννητικού τους υλικού.

Είναι σαφές ότι μετά την πάροδο των δεκατεσσάρων ημερών από τη γονιμοποίηση οπότε και σχηματίζονται οι καταβολές του νευρικού ιστού και εξατομικεύεται η ανθρώπινη ύπαρξη τα γονιμοποιημένα ωάρια καταστρέφονται προκειμένου να μην καταστούν αντικείμενα πειραμάτων ή γενικότερα έρευνας.

3.2. Η ετερόλογη τεχνητή γονιμοποίηση

Ως ετερόλογη τεχνητή γονιμοποίηση ορίζεται εκείνη η μέθοδος κατά την οποία απαιτείται η συμμετοχή τρίτου προσώπου στη διαδικασία αναπαραγωγής. Η συνδρομή αυτή συνίσταται είτε στην παραχώρηση απλή παραχώρηση γαμετών υλικού είτε στην προσφορά δανεικής μήτρας προς κυοφορία. Η διαδικασία

[117] Βλ. Ελλάς Φραγκουδάκη ό.π. σελ 283.

αυτή απαιτεί την υπογραφή σύμβασης από τα μέρη και θεωρείται μαζί με την μεταθανάτια τεχνητή γονιμοποίηση από τις πιο σύνθετες μορφές υποβοήθησης που κλήθηκε να ρυθμίσει ο νομοθέτης, ακριβώς λόγω της πρωτόγνωρης παρεμβολής τρίτου προσώπου στη διαδικασία απόκτησης τέκνου.

3.2.1. Η σύμβαση παραχώρησης του γεννητικού υλικού

Όπως είδαμε μία δυνατότητα επιλογής της τύχης του πλεονάζοντος γεννητικού υλικού είναι η διάθεση του σε άλλα πρόσωπα προκειμένου αυτά να τεκνοποιήσουν (ετερόλογη γονιμοποίηση).

Η διάθεση αυτή του γεννητικού υλικού ορίζεται στο νόμο ότι πρέπει να γίνεται χωρίς αντάλλαγμα.[118] Η πώληση λοιπόν του γεννητικού υλικού όπως θα προέκυπτε από τα άρθρα 178 και 179 ΑΚ θα ήταν ανήθικη έως αισχροκερδής λόγω της εκμετάλλευσης του ανίσχυρου από το ισχυρό μέρος της σύμβασης, δηλαδή από το δότη, ο οποίος διαθέτει απλώς χωρίς καμιά ιδιαίτερη επιβάρυνσή του ένα φυσικό του υλικό και δεν επιτρέπεται να ζητά γι' αυτό οικονομικό αντάλλαγμα από έναν άνθρωπο που επιθυμεί να αποκτήσει παιδιά, δηλαδή να ικανοποιήσει μια εντονότατα υπαρξιακή του ανάγκη. Ενόψει της θέσης ότι το γεννητικό υλικό είναι πράγμα δεν ευσταθεί η άποψη ότι δεν αποτελεί αντικείμενο πώλησης η ανθρώπινη ζωή.[119]

Από την άλλη πλευρά βέβαια δεν είναι τέτοιο οικονομικό αντάλλαγμα που δημιουργεί αισχροκέρδεια οι δαπάνες που απαιτούνται για να υποβληθεί ο δότης στην όλη διαδικασία και που είναι θεμιτό να καταβληθούν από τα πρόσωπα που επιθυμούν να τεκνοποιήσουν.

Η έλλειψη οικονομικού ανταλλάγματος στην παραχώρηση του γεννητικού υλικού σε τρίτους σημαίνει ότι η παραχώρηση αυτή είναι χαριστική πράξη, πλην όμως δεν μπορεί όμως να χαρακτηριστεί δωρεά καθώς δεν παραχωρείται περιουσιακό αντικείμενο. Το γεννητικό υλικό είναι αντικείμενο αλλά χωρίς χρηματική αξία, άρα η διάθεση του θα μπορούσε να χαρακτηριστεί ως ιδιόμορφης ελευθεριότητας.[120] Η ιδιομορφία έγκειται στο ότι η παραχώρηση

[118] Κουνουγέρη Μανωλεδάκη, και Παπαχρίστου ό. π.
[119] Αντίθετος ο Κατρούγκαλος, «Το δικαίωμα στη ζωή και στο θάνατο», σελ 126-130.
[120] Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη, «Η τεχνητή γονιμοποίηση και οικογενειακό δίκαιο», Σάκκουλας 2005.

γίνεται προς αόριστους αποδέκτες και οριστικοποιείται με τη μεσολάβηση του ιατρού ή του ιατρικού κέντρου καθώς και στην ανωνυμία των δοτών.

Αυτός ο χαρακτηρισμός όμως δεν μας εμποδίζει να εφαρμόσουμε αναλογικά διατάξεις για την δωρεά όπως αυτή του άρ. 499 παρ.1 κατά την οποία ο δωρητής ευθύνεται μόνο για δόλο και βαρειά αμέλεια. Η διάταξη αυτή είναι χρήσιμη σε περιπτώσεις ευθύνης του δότη για προβλήματα υγείας του παιδιού που θα γεννιόταν τα οποία θα αποδίδονταν στο γεννητικό υλικό που δωρήθηκε. Διαφορετικό είναι το θέμα ότι ο γιατρός θα ευθύνεται και για ελαφρά αμέλεια σχετικά με την υποχρέωση του να διενεργεί προηγουμένως σχετικούς ελέγχους.

Έχει διατυπωθεί και η άποψη για παράδειγμα στο σουηδικό δίκαιο ότι δε θα έπρεπε ούτε χαριστικά (χωρίς αντάλλαγμα) να παραχωρείται ξένο γεννητικό υλικό.[121] Η ρύθμιση αυτή είναι σήμερα αναχρονιστική στο μέτρο που η ετερόλογη εξωσωματική γονιμοποίηση εξασφαλίζει πια ευρύτατη κοινωνική συναίνεση. Σε ό, τι αφορά το παιδί, ούτε έχουν αναφερθεί σοβαρά ψυχολογικά προβλήματα των παιδιών που γεννήθηκαν με το συγκεκριμένο τρόπο, ούτε υπάρχει αδυναμία του δικαίου να καλύψει το ζήτημα της ιδρύσης της συγγένειας. Εξάλλου με τη μέθοδο αυτή εκτός από το πρόβλημα της στειρότητας λύνεται και το πρόβλημα της περίπτωσης των γενετικών ελαττωμάτων ή κληρονομικών ασθενειών που θα ανέκυπταν σε βάρος του παιδιού και των γονέων του αν χρησιμοποιούνταν σε συγκεκριμένες περιπτώσεις το σπέρμα του συζύγου.

Η ετερόλογη γονιμοποίηση θεωρείται σήμερα ότι δεν εμφανίζει συνταγματικά προβλήματα. Ο λόγος είναι όλοι πρέπει να μπορούν να απολαμβάνουν την ατομική ελευθερία στην αναπαραγωγή. Αν αποκλειόταν οποιαδήποτε δυνατότητα απόκτησης γενετικού υλικού ή γενικότερα γενετικής υποστήριξης από τρίτο πρόσωπο, κάποιοι θα στερούνταν τελικά αυτό το δικαίωμα. Η γενική ρήτρα των χρηστών ηθών δεν θα μπορούσε να ενεργοποιηθεί προκειμένου να προσβάλει τον πυρήνα συνταγματικών ελευθεριών. Άλλωστε η ετερόλογη γονιμοποίηση εξυπηρετεί έναν συνταγματικά αναγνωρισμένο σκοπό την δημιουργία οικογένειας, ο οποίος εξ ορισμού δεν είναι «ανήθικος»[122].

---

[121] Κουνουγέρη Μανωλεδάκη σε «Ιατρική υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστικό δίκαιο».

[122] Βιδάλης, «Ζωή χωρίς πρόσωπο» σελ 166-167.

Στο παρελθόν είχε υποστηριχθεί ότι ήταν αντίθετη με την ανθρώπινη αξιοπρέπεια.[123] Την αντίθετη άποψη υποστήριξε ο Zippelius, ο οποίος υποστήριξε ορθώς ότι δεν υφίσταται πρόσωπο του οποίου η αξιοπρέπεια να προσβάλλεται, διότι η σχετική θεραπεία γίνεται με πρωτοβουλία των συζύγων ή του συμβιούντος ζεύγους, το δε παιδί δεν υφίσταται ακόμη κατά τον χρόνο πραγματοποιήσεώς της.

3.2.2. Η ανωνυμία του δότη του γεννητικού υλικού

Η υποβοηθούμενη αναπαραγωγή με χρήση ξένου γεννητικού υλικού συνδέεται και με το ζήτημα της ανωνυμίας των τρίτων δοτών. Πρέπει να διατηρείται η ανωνυμία τους;

Έχουν υποστηριχθεί και οι δύο απόψεις. Το κύριο επιχείρημα υπέρ της ανωνυμίας των δοτών είναι ότι εξασφαλίζεται η οικογενειακή γαλήνη των γονέων και του παιδιού, αφού δεν υπάρχει περίπτωση να έρθουν εκ των υστέρων οι δότες και να ενοχλούν τους γονείς απαιτώντας να βλέπουν ή και να συνδεθούν αυτοί πια νομικά με το παιδί[124]. Το ότι εκείνος που συνέβαλε στην αναπαραγωγή παραμένει ένας άγνωστος «ξένος», για την ταυτότητα του οποίου δεν θα πληροφορηθεί ποτέ το παιδί, συνιστά αναμφισβήτητα εγγύηση για την ψυχοκοινωνική ισορροπία της νέας οικογένειας. Μια ανάλογη εγγύηση ισχύει άλλωστε και στον θεσμό της υιοθεσίας ανηλίκου.[125] Πρόκειται για την προστασία της ιδιωτικής ζωής κάθε μέλους αυτής της οικογένειας που θα επιβαρυνόταν από το γεγονός της ρευστότητας των συγγενικών δεσμών όχι μόνο ως μελών μιας οικογένειας αλλά και ως μεμονωμένων ατόμων.[126]

Η ανωνυμία βέβαια κατοχυρώνει και τους ίδιους τους δότες από αγωγές πατρότητας που θα μπορούσαν να ασκηθούν εναντίον τους και έτσι ενισχύεται η διάθεση γεννητικού υλικού από υγιείς δότες σε άτομα που το έχουν ανάγκη. Πέρα όμως από τις πιθανές νομικές διαφορές που μπορεί να προκύψουν, η δημοσιοποίηση της συμμετοχής σε μια τέτοια διαδικασία μπορεί να έχει επιπτώσεις στην κοινωνική εικόνα του δότη στο στενό οικογενειακό, φιλικό ή

[123] Πρόκειται για την άποψη του Duerig, βλ Ισμήνη Κριάρη Κατράνη, «Βιοϊατρικές εξελίξεις και συνταγματικό δίκαιο» σελ 99.
[124] Βλ. Κουνουγέρη Μανωλεδάκη, «Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο», σελ 97.
[125] Βλ. ΑΚ 1559 ΑΚ και Παπαχρίστου Εγχειρίδιο Οικογενειακού Δικαίου.
[126] Σύμφωνα με την Κριάρη Κατράνη λόγο περιορισμού του δικαιώματος γνώσης του δότη μας παρέχει και το 9 § 1 Σ για την προστασία της οικογένειας.

επαγγελματικό του περιβάλλον.[127] Παρέχοντας κάποιος γαμέτες συμβάλει στην αναπαραγωγή (κάποιου τρίτου), χωρίς να επιθυμεί την δημιουργία δικής του οικογένειας. Επομένως η τήρηση του απορρήτου των στοιχείων του και της διαδικασίας στην οποία μετείχε τον προστατεύει από μια μελλοντική εμπλοκή του σε σχέσεις οικογενειακής υφής, που δεν έχει επιδιώξει.[128]

Άλλωστε ορθώς υποστηρίζεται ότι οφείλεται μια «εμπιστευτικότητα» στο δότη, με την έννοια ότι υπάρχει και μια δική του αξίωση, η οποία πρέπει να σταθμιστεί, αυτή της προστασίας της ιδιωτικής του ζωής, δεδομένου ότι η αποκάλυψη της ταυτότητάς του είναι ικανή να οδηγήσει σε παραβίαση της προστασίας ευαίσθητων προσωπικών δεδομένων.[129]

Αντίθετα το κύριο επιχείρημα υπέρ των γνωστών δοτών ερείδεται στο δικαίωμα του παιδιού να γνωρίσει τους φυσικούς του γονείς και στη συνέχεια να συνδεθεί νομικά μαζί τους. Υποστηρίζεται ότι η αποκάλυψη της βιολογικής συγγένειας του παιδιού με άλλα φυσικά πρόσωπα μπορεί να συμβάλει καθοριστικά όχι μόνο στην προστασία της υγείας του από κληρονομικές ασθένειες αλλά ιδίως στη διαμόρφωση της ιδιαίτερης του ταυτότητας.[130] Η γνώση της καταγωγής αποτελεί αναμφισβήτητα σημαντικό παράγοντα διαμόρφωσης της προσωπικότητας κάθε ανθρώπου, καθώς κατορθώνει μέσω αυτής να ενταχθεί σε μια κοινότητα σχέσεων και να αποκτήσει ο ίδιος μια ιστορική αναφορά στο παρελθόν.[131] Πρόκειται για το δικαίωμα γνώσης της καταγωγής το οποίο κατοχυρώνεται στο Σύνταγμα, ως μια ειδική έκφανση του δικαιώματος ανάπτυξης της προσωπικότητας της διάταξης 5 § 1 Σ.[132]

Κάθε άνθρωπος λοιπόν έχει το δικαίωμα να γνωρίσει ή να μην γνωρίσει την βιολογική του προέλευση ώστε να διαμορφώσει στο μέτρο που το επιθυμεί μια πλήρη εικόνα για την ταυτότητα του.

---

[127] Πρόκειται για την «κοινωνική» πρόσληψη της προσωπικότητάς του, βλ. Βιδάλη, ό. π.
[128] Βιδάλης, «Ζωή χωρίς πρόσωπο» σελ. 154.
[129] Πρόκειται για δεδομένα σχετικά με τη βιολογική αλήθεια βλ. Βιδάλης, «Ζωή χωρίς πρόσωπο», σελ. 155 υποσημείωση 226.
[130] Βιδάλης, ό. π. σελ 157.
[131] Έτσι και Καράσης, ό. π.
[132] Το δικαίωμα αυτό εμπίπτει και στο ρυθμιστικό πεδίο του άρθρου 8 ΕΣΔΑ, πρόκειται για το δικαίωμα πρόσβασης στα πλήρη στοιχεία της γενετικής ταυτότητας βλ. Γ. Κτιστάκι, «Η ηθική ως περιορισμός της βιοϊατρικής: η νομολογία του Στρασβούργου και του Λουξεμβούργου, σε «Νέες τεχνολογίες και Συνταγματικά δικαιώματα», Σάκκουλας Αθήνα - Θεσσαλονίκη 2004.

Η ύπαρξη του δικαιώματος αυτού αμφισβητείται[133] με το επιχείρημα ότι οι απόψεις σχετικά με το δικαίωμα γνώσης της καταγωγής έχουν επηρεαστεί από ηθικές αντιλήψεις, οι οποίες όμως δεν μπορούν να καθορίζουν από μόνες τους την ανάγκη συνταγματικής κατοχύρωσης ενός δικαιώματος. Υποπίπτουν δε σε σφάλμα προβαίνοντας επιπλέον σε μια ιεράρχηση αξιών, τοποθετώντας τη γνώση της καταγωγής πάνω από το υφιστάμενο οικογενειακό περιβάλλον.

Ωστόσο, ακόμη κι αν υποτεθεί ότι η γνώση της καταγωγής αποτελεί ουσιώδες στοιχείο για την ανάπτυξη της προσωπικότητας τότε αυτή περιορίζεται από τα χρηστά ήθη και τα δικαιώματα των άλλων, τα οποία είναι στην περίπτωση μας η προστασία της ιδιωτικής ζωής των εμπλεκομένων μερών, των γονέων και των δοτών

Από άποψη ιδιωτικού δικαίου, οι απόψεις αυτές αντανακλούν δυο βασικές αντίρροπες αρχές αυτήν της κοινωνικοσυναισθηματικής συγγένειας και αυτήν της βιολογικής αλήθειας. Στο σύγχρονο οικογενειακό δίκαιο επικρατεί η πρώτη, η λεγόμενη αρχή της κοινωνικής συγγένειας αυτή δηλαδή που προκύπτει από την βούληση των γονέων να αναθρέψουν το τέκνο σα να ήταν δικό τους ενώ υποχωρεί η δεύτερη που προτάσσει ως κριτήριο καταγωγής την βιολογική συγγένεια. Η σύγχρονη κοινωνική πραγματικότητα και η εξέλιξη της βιοτεχνολογίας επιβάλλει να θεωρούμε γονέα όχι μόνο τον βιολογικό αλλά και αυτόν που επιλέγει να είναι γονέας ενός τέκνου από ξένο γεννητικό υλικό.

Από την άποψη του συνταγματικού δικαίου, αναδεικνύεται το ζήτημα της σύγκρουσης μεταξύ του δικαιώματος προστασίας της ιδιωτικής ζωής του τρίτου δότη γεννητικού υλικού και του δικαιώματος γνώσης της καταγωγής του τέκνου.

Ο νομοθέτης επιχείρησε την εναρμόνιση των συμφερόντων αυτών με τις διατάξεις για την ανωνυμία του δότη και τις αυστηρές προϋποθέσεις υπό τις οποίες αίρεται το απόρρητο των «βιολογικών» πληροφοριών. Συγκεκριμένα προβλέπεται η δημιουργία (βιο)τραπεζών οι οποίες θα τηρούν αρχείο πληροφοριών μόνο σε σχέση με την υγεία του ατόμου που διαθέτει το γεννητικό του υλικό και στις οποίες θα έχει πρόσβαση μόνο το τέκνο για ιατρικούς λόγους. Συνεπώς το δικαίωμα γνώσης της καταγωγής του τέκνου δεν προσβάλει την ιδιωτική ζωή του τρίτου όταν αυτό αφορά πληροφορίες ιατρικής

[133] Κριάρη Κατράνη, «Βιοϊατρικές εξελίξεις και συνταγματικό δίκαιο» σελ. 145 επ.

φύσεως, οι οποίες είναι εντελώς απαραίτητες στο τέκνο προκειμένου να διαφυλάξει αυτό την δική του υγεία[134]. Κατ' αυτόν τον τρόπο θεωρείται επαρκής τόσο η προστασία που παρέχεται στο τέκνο όσο και αυτή που παρέχεται στο δότη, έτσι ώστε να μην προσβάλλεται ο πυρήνας των δικαιωμάτων και των δύο αντιτιθέμενων πλευρών.

Σκοπός του νομοθέτη είναι να αποκλείσει την ίδρυση νομικής συγγένειας με βάση, αποκλειστικά, την βιολογική αλήθεια. Αυτό θα καθιστούσε πατέρα έναν δότη σπέρματος, ο οποίος σε καμία περίπτωση δεν θέλει να γίνει γονέας, αλλά απλώς και μόνο επιθυμεί να συνδράμει κάποιο, άγνωστο σε εκείνον, υπογόνιμο ζευγάρι.[135]

Δημιουργείται βέβαια το ερώτημα πώς κατοχυρώνεται το δικαίωμα του παιδιού να πληροφορηθεί την αληθινή του καταγωγή δικαίωμα που πηγάζει από το συνταγματικά κατοχυρωμένο δικαίωμα στην προσωπικότητα. Η μόνη περίπτωση να γίνει γνωστή η ταυτότητα του δότη είναι με παράνομο τρόπο από τους κοινωνικούς γονείς ή το γιατρό. Από την άποψη του ιδιωτικού δικαίου, θεωρήθηκε ότι η απαγόρευση στην πρόσβαση στην ταυτότητα του δότη έγινε συνειδητά από το δίκαιο γιατί κρίθηκε ότι είναι μειωμένης σημασίας η γνώση της βιολογικής αλήθειας και ότι είναι πιθανότερο να αποδειχθεί βλαπτική για το τέκνο και τα έννομα συμφέροντά του η αποκάλυψή της. Η υπεροχή λοιπόν της ανωνυμίας και της αρχής της κοινωνικοσυναισθηματικής συγγένειας δεν είναι σε τελική ανάλυση παρά η υπεροχή του συμφέροντος του τέκνου για το λόγο αυτό ο ν. 3305/2005 προβλέπει συγκεκριμένη ποινική κύρωση για την παραβίαση του κανόνα της ανωνυμίας με ποινή τουλάχιστον δύο ετών.

Ιδιαίτερο ενδιαφέρον έχει η νομολογία του ΕΔΔΑ σχετικά με το άρθρο 8 § 1 ΕΣΔΑ, το οποίο κατοχυρώνει την ιδιωτική και οικογενειακή ζωή. Η προστασία των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα, και ιδίως των ιατρικών δεδομένων, έχει μια θεμελιώδη σημασία για την άσκηση του δικαιώματος προστασίας της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής. Σύμφωνα με τη βασική θέση του Δικαστήριου: «Ο σεβασμός του εμπιστευτικού χαρακτήρα των πληροφοριών περί την υγεία συνιστά μια ουσιώδη αρχή του νομικού συστήματος όλων των

[134] Βλ. και άρθρο 10 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων και Βιοϊατρικής όπου αναγνωρίζεται το δικαίωμα κάθε ανθρώπου να γνωρίζει οποιαδήποτε πληροφορία αφορά την υγεία του, αναλυτικά σε Ι. Κριάρη Κατράνη «Η Ευρωπαϊκή Σύμβαση Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων και Βιοϊατρικής» σε ΔτΑ 14/2002 σελ. 350.

[135] Έ. Κουνουγέρη Μανωλέδακη «Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο» Σάκκουλας 2005.

συμβαλλομένων Μερών στη Σύμβαση. Η εσωτερική νομοθεσία πρέπει να προβλέπει τις κατάλληλες εγγυήσεις για να εμποδίζει κάθε κοινοποίηση ή μετάδοση δεδομένων με προσωπικό χαρακτήρα σχετικές με την υγεία».[136] Παράλληλα το Δικαστήριο αναγνώρισε ότι: « Υφίσταται κατά τη Σύμβαση μια κατ' αρχήν υποχρέωση του Κράτους όπως κοινοποιεί στα άτομα πληροφορίες που διατηρούν οι υπηρεσίες σχετικά με αυτά».

Με αφορμή την υπόθεση Gaskin το δικαστήριο ασχολήθηκε με το θέμα της προστασίας της ιδιωτικής ζωής εν σχέσει προς την παρεχόμενη από το κράτος δυνατότητα ενημέρωσης των ιδιωτών για ατομικά τους στοιχεία και αποφάνθηκε ότι τα άτομα έχουν πρωταρχικό συμφέρον να λαμβάνουν τις πληροφορίες που χρειάζονται για να γνωρίσουν και να καταλάβουν την παιδική τους ηλικία και τα έτη της εκπαίδευσής τους. Αυτό προϋποθέτει, σύμφωνα με τη νομολογία του δικαστηρίου, τη σύμφωνη γνώμη του ατόμου το οποίο ενδεχομένως θίγεται από την αποκάλυψη των πληροφοριών. Το κράτος οφείλει να προστατεύσει το φορέα των δεδομένων σε περίπτωση που αυτός δεν επιθυμεί τη γνωστοποίηση του σε τρίτους.

3.3. Το δικαίωμα στην αναπαραγωγή

Όπως είδαμε, η σύγχρονη τεχνολογία εξασφαλίζει νέες δυνατότητες τεκνοποιίας. Οι μέθοδοι της τεχνητής αναπαραγωγής δεν προϋποθέτουν τη σεξουαλική επαφή, ούτε καν την αξιοποίηση γενετικού υλικού από τον άμεσα ενδιαφερόμενο. Ιδίως η μέθοδος της εξωσωματικής γονιμοποίησης οδήγησε ουσιαστικά σε έναν έλεγχο της αναπαραγωγικής διαδικασίας, επιτρέποντας τον κερματισμό των διαφόρων σταδίων της. Έτσι η διαδικασία αυτή έπαψε να επαφίεται στη φύση, έπαψε δηλαδή να ορίζεται από τυχαίους παράγοντες. Αυτή ακριβώς η δυνατότητα της τεχνικής και της ελεύθερης βούλησης των προσώπων να ελέγχουν τη φύση, έδωσε μια νέα διάσταση στο δικαίωμα της αναπαραγωγής.[137]

Η ατομική ελευθερία στην αναπαραγωγή εμφανίζεται κατ' αρχήν με την αρνητική της όψη, ως ελευθερία να μην τεκνοποιήσω. Η θετική όψη της ελευθερίας είναι αυτή που φαίνεται να διαφοροποιείται εξαιτίας της ανάπτυξης

[136] Ι. Σαρμάς, «Η νομολογία του ΕΔΔΑ και της Επιτροπής», εκδόσεις Αντ. Σάκκουλα 1998, σελ 317.
[137] Έτσι Βιδάλης, ό. π. σελ. 93.

της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής. Οι μέθοδοι της τελευταίας αναδεικνύουν κατά μια άποψη, την αυτοτέλεια αυτού του δικαιώματος σε σχέση με την σεξουαλική ελευθερία και την ελευθερία ίδρυσης οικογένειας.[138]

Η σεξουαλική πράξη βέβαια δεν οδηγεί κατ' ανάγκη στην τεκνοποιία ούτε αποβλέπει αποκλειστικά σ' αυτήν ανεξάρτητα από το ότι αποτελεί την συνηθισμένη προϋπόθεσή της. Όπως έχουμε ήδη όμως αναφέρει, με τη συνδρομή της νέας αναπαραγωγικής τεχνολογίας, η αναπαραγωγή αποτελεί διακριτή επιδίωξη κάποιου ανεξάρτητη από την σεξουαλική πράξη, γεγονός που μας επιτρέπει να διακρίνουμε μεταξύ της αναπαραγωγικής και της σεξουαλικής ελευθερίας.

Όσον αφορά την δημιουργία οικογένειας από την άλλη πλευρά, το ερώτημα που τίθεται είναι αν μπορεί κάποιος να ασκήσει το δικαίωμα της αναπαραγωγής χωρίς να εμπλακεί σε σχέσεις οικογενειακής υφής. Αυτό κατ' αρχήν φαίνεται αδύνατο αφού σύμφωνα με το οικογενειακό μας δίκαιο η ιδιότητα του γονέα αποκτάται ταυτόχρονα με την τεκνοποίηση, συνεπώς το δικαίωμα ίδρυσης οικογένειας καλύπτει αυτό της αναπαραγωγής.

Οι μέθοδοι της υποβοήθησης παρ' όλα αυτά, ανατρέπουν την απλή αιτιώδη σχέση μεταξύ αναπαραγωγής και οικογένειας ακριβώς λόγω του κατακερματισμού των αναπαραγωγικών φάσεων και της συμμετοχής τρίτων προσώπων στη διαδικασία. Ο δότης του σπέρματος συμβάλλει αναμφίβολα στην τεκνοποιία χωρίς αυτό να τον καθιστά πατέρα. Το ίδιο ισχύει και για τη δότρια του ωαρίου στην εξωσωματική γονιμοποίηση αλλά και για την παρένθετη μητέρα που δέχεται απλώς να κυοφορήσει ένα ξένο έμβρυο, γεγονός που δεν την καθιστά μητέρα. Η έννοια του γονέα χάνει το βιολογικό της υπόβαθρο και εισάγεται στο οικογενειακό δίκαιο η έννοια της «κοινωνικοσυναισθηματικής» συγγένειας. Ανεξάρτητα όμως από το ποιος θα πρέπει να χαρακτηριστεί ως γονέας, υποστηρίζεται, κατά μία άποψη ότι όλοι οι συμμέτοχοι ασκούν ένα αυτοτελές δικαίωμα στην αναπαραγωγή, το οποίο δεν συνεπάγεται την δημιουργία οικογένειας.

3.3.1. Η θεμελίωση του δικαιώματος της αναπαραγωγής στο Σύνταγμα.

[138] Βλ. Βιδάλη, «Η συνταγματική διάσταση της εξουσίας στον γάμο και την οικογένεια (Ατομικές ελευθερίες και θεσμικοί μετασχηματισμοί)», Αντ. Σάκκουλα Αθήνα Κομοτηνή 1996 σελ 112 επ.

Σύμφωνα με την κρατούσα άποψη, το δικαίωμα αναπαραγωγής θεμελιώνεται στο άρθρο 5 § 1 Σ[139] και αποτελεί μια έκφανση του δικαιώματος στην ανάπτυξη της προσωπικότητας όπως το δικαίωμα σύναψης γάμου, ίδρυσης οικογένειας ή η σεξουαλική ελευθερία. Άλλωστε και η δυνατότητα της γυναίκας να προσφύγει στην άμβλωση γίνεται με την επίκληση του δικαιώματος αναπτύξεως της προσωπικότητας.

Υποστηρίζεται ωστόσο[140] ότι εξαιτίας της αυτοτέλειας του δικαιώματος στην αναπαραγωγή εν σχέσει με το δικαίωμα απόκτησης απογόνων ορθότερη παρίσταται η θεμελίωση του πρώτου στη διάταξη 9 § 1β, με την οποία κατοχυρώνεται το δικαίωμα στην ιδιωτική ζωή. Στην ιδιωτική ζωή του προσώπου θεωρείται ότι ανήκει κατ' εξοχήν ο έλεγχος της βιολογικής ισορροπίας του οργανισμού και των σωματικών λειτουργιών. Ο έλεγχος αυτός βρίσκεται στον πυρήνα της ιδιωτικότητας, αφού αφορά αποκλειστικά την κατάσταση του προσώπου σε απομόνωση από το κοινωνικό περιβάλλον.

Μία τρίτη άποψη[141] θεωρεί ελλιπή την θεμελίωση στο άρθρο 5 παρ. 1 Σ και προτείνει το δικαίωμα στην αναπαραγωγή να ρυθμιστεί και να ασκηθεί μέσα από το πλέγμα των όρων και των προϋποθέσεων που εγγυώνται τον σεβασμό και την προστασία της αξίας του ανθρώπου. Κάτι τέτοιο άλλωστε συνάγεται σύμφωνα με την άποψη αυτή και από το άρθρο 1 της Σύμβασης του Οβιέδο.[142]

Πέρα από το 2 παρ. 1 Σ το δικαίωμα δεν μπορεί να νοηθεί, σύμφωνα με την ίδια άποψη, αποσυνδεδεμένο από το άρθρο 21 παρ.1 Σ και το θεσμό της οικογένειας. Ο λόγος είναι ότι όταν αυτό το δικαίωμα ασκείται τείνει να οδηγήσει κατ' αποτέλεσμα στη δημιουργία οικογένειας. Το δικαίωμα αναπαραγωγής μπορεί αλλά και πρέπει να αντιμετωπιστεί και ως δικαίωμα στη δημιουργία οικογένειας.

3.3.2. Οι φορείς του δικαιώματος στην υποβοηθούμενη αναπαραγωγή.

---

[139] Έτσι Κριάρη Κατράνη, «Βιοϊατρικές εξελίξεις και Συνταγματικό δίκαιο», ό. π., σελ. 70 αλλά και εισηγητική έκθεση Ν. 3089/2002.

[140] Βιδάλης, ό. π. σελ. 101.

[141] Παυλόπουλος, «Συνταγματικές όψεις του δικαιώματος της αναπαραγωγής», ΔτΑ 23/2004 σελ 885-889.

[142] «Τα Συμβαλλόμενα Μέρη θα προστατεύουν την αξιοπρέπεια και την ταυτότητα κάθε ανθρώπινου όντος και θα εγγυώνται τον σεβασμό της ακεραιότητας και των λοιπών θεμελιωδών δικαιωμάτων και ελευθεριών κάθε ανθρώπινου όντος, χωρίς διάκριση σε σχέση με την εφαρμογή της Βιολογίας και της Ιατρικής».

Όπως είδαμε και ανωτέρω ο νομοθέτης επέτρεψε την προσφυγή στην υποβοηθούμενη αναπαραγωγή όχι αδιάκριτα σε όλους αλλά μόνο σε αυτούς που αδυνατούν να τεκνοποιήσουν με φυσικό τρόπο.[143] Όταν δηλαδή παρεμβάλλεται ένα ανυπέρβλητο εμπόδιο στα πρόσωπα να ασκήσουν τα δικαίωμα τους στην απόκτηση τέκνου.

Διατυπώνεται ένσταση στη θεωρία[144] σχετικά με τη συνταγματικότητα αυτής της επιλογής. Συγκεκριμένα, θεωρείται ότι θίγεται το δικαίωμα στην αναπαραγωγή των προσώπων τα οποία είτε για λόγους αισθητικής είτε για λόγους σεξουαλικών προτιμήσεων δεν θέλουν να αυτοπεριοριστούν και να τεκνοποιήσουν με φυσικό τρόπο. Αυτά τα άτομα τελικά αποθαρρύνονται από το να ασκήσουν το δικαίωμα τους στην αναπαραγωγή. Η νομοθεσία φαίνεται να αποδέχεται το παραδοσιακό πρότυπο κοινωνικής συμπεριφοράς, σύμφωνα με το οποίο η μόνη ανεκτή αναπαραγωγή είναι η φυσική και κατ' εξαίρεση η τεχνητή. Το Σύνταγμα όμως δεν μπορεί να περιορίζεται σε κρατούσες κοινωνικές αντιλήψεις αλλά πρέπει να παραμένει ανοικτό προκειμένου να εξασφαλίσει διαχρονικά αποτελεσματικότητα στη ρύθμιση των εννόμων σχέσεων.

Το δικαίωμα της αναπαραγωγής θα πρέπει λοιπόν, σύμφωνα με τα παραπάνω, να λάβει διευρυμένο νόημα και να περιλάβει την υποβοηθούμενη αναπαραγωγή, διότι έτσι εξασφαλίζεται η πλήρης αυτονομία στην άσκηση του δικαιώματος αυτού από τον καθένα και όχι από μια κατηγορία προσώπων. Οι εφαρμογές της γενετικής τεχνολογίας προσφέρουν νέες δυνατότητες πολλαπλασιάζοντας τους τρόπους άσκησης των δικαιωμάτων χωρίς αδικαιολόγητες εξαιρέσεις.

Αντίθετα η κρατούσα άποψη[145] διαχωρίζει το δικαίωμα στην φυσική από το δικαίωμα στην τεχνητή αναπαραγωγή. Το δικαίωμα στην φυσική αναπαραγωγή ανάγεται στην προσωπική ελευθερία και δεν περιορίζεται από την κρατική παρέμβαση ενώ το δεύτερο ανάγεται στο νόμο και διενεργείται μόνο υπό τον όρο της ιατρικής αναγκαιότητας. Ο όρος αυτός επιβάλλει την τελολογική

[143] Βλ., εισηγητική έκθεση Ν. 3089/2002 αλλά και εισήγηση της Εθνικής Επιτροπής Βιοθικής για το σχέδιο νόμου «Ιατρική Υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή».
[144] Έτσι Βιδάλης ό. π.
[145] Έτσι Κουνουγέρη Μανωλεδάκη, «Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό δίκαιο», Κριάρη Κατράνη «Βιοϊατρικές εξελίξεις και Συνταγματικό δίκαιο», Α. Κοτζάμπαση, «Το δικαίωμα στην αναπαραγωγή», ΔτΑ 30/2006 αλλά και εισηγητική έκθεση ν. 3089/2002.

συστολή στην ερμηνεία των διατάξεων της ειδικής νομοθεσίας για την υποβοήθηση και όχι την διεύρυνση του πεδίου εφαρμογής. Η υποβοηθούμενη αναπαραγωγή δημιουργεί σύνθετες έννομες σχέσεις και μεταβάλλει τα κριτήρια της ίδρυσης συγγένειας δημιουργώντας νέα οικογενειακά σχήματα. Ως εκ τούτου άπτεται της δημόσιας σφαίρας και χρήζει περιορισμών από τη νομοθετική παρέμβαση. Ένας από αυτούς τους περιορισμούς είναι και ο όρος της ιατρικής αναγκαιότητας, ο οποίος καθορίζει τον κύκλο των προσώπων που δικαιούνται να προσφύγουν στην υποβοηθούμενη αναπαραγωγή.

3.3.3. Οι περιορισμοί του δικαιώματος.

Το δικαίωμα αναπαραγωγής κατοχυρώνεται υπό τον τριπλό περιορισμό του άρθρου 5 § 1 Σ, περιορίζεται δηλαδή από το Σύνταγμα, τα δικαιώματα των άλλων και τα χρηστά ήθη.

Ο όρος «Σύνταγμα» χρησιμοποιείται με την τυπική έννοια και περιλαμβάνει το συνταγματικό κείμενο του 1975, όπως αυτό έχει διαμορφωθεί και ισχύει σήμερα.

Ως δικαιώματα των άλλων θεωρούνται όλα τα δικαιώματα, τα οποία κατοχυρώνονται ή καλύπτονται συνταγματικά. Η επιφύλαξη των δικαιωμάτων των άλλων δεν μπορεί να θεωρηθεί ως γενική επιφύλαξη του νόμου, συνεπώς ο νομοθέτης δεν μπορεί να κατοχυρώνει απεριόριστα νέα δικαιώματα.

Τα χρηστά ήθη ως ο τρίτος περιορισμός εννοούνται ως οι κάθε φορά γενικά αποδεκτοί ή κρατούντες ηθικοί κανόνες.

Από τον τριπλό αυτό περιορισμό του δικαιώματος συνάγεται ότι κρατικές επεμβάσεις οι οποίες θα περιόριζαν το δικαίωμα αυτό χωρίς επίκληση ενός εκ των τριών αυτών λόγων θα ήταν ανεπίτρεπτες όπως π.χ. ο αναγκαστικός οικογενειακός προγραμματισμός ή ο υποχρεωτικός έλεγχος των γεννήσεων.

Η θεώρηση της ελευθερίας αναπαραγωγής ως έκφραση της προσωπικότητας νομιμοποιεί, όπως είδαμε ανωτέρω τον περιορισμό της χρήσης των πρακτικών της υποβοήθησης μόνο στις περιπτώσεις που δεν μπορεί να δημιουργηθεί οικογένεια με φυσικό τρόπο.

Η διάταξη του άρθρου 9 § 1 Σ, την οποία προκρίνει η μια άποψη, δεν προβλέπει περιορισμούς. Γι' αυτό και όσοι υποστηρίζουν την θεμελίωση του δικαιώματος αναπαραγωγής σε αυτή τη διάταξη, θεωρούν ανεπίτρεπτη επέμβαση του

δικαίου στην ιδιωτική σφαίρα τον όρο της ιατρικής αναγκαιότητας. Αυτό βέβαια δεν σημαίνει ότι η ελευθερία αναπαραγωγής είναι μια απόλυτη ελευθερία. Το δικαίωμα στην αναπαραγωγή περιορίζεται όπως έχουμε ήδη δει από τα συνταγματικά κατοχυρωμένα δικαιώματα των άλλων.

Για παράδειγμα στην περίπτωση της μεταθανάτιας τεχνητής γονιμοποίησης πρέπει να σταθμίσουμε το δικαίωμα της συζύγου να τεκνοποιήσει με τα δικαιώματα, κληρονομικά ή οικογενειακά των συγγενών του νεκρού. Τα δικαιώματα αυτά έχουν ως συνταγματικό έρεισμα τη διάταξη 21 § 1 που προστατεύουν το γάμο και την οικογένεια. Γι αυτό τέθηκε και στο νόμο χρονικός περιορισμός εντός του οποίου πρέπει να διενεργηθεί η μεταθανάτια τεχνητή γονιμοποίηση.

Όταν πρόκειται για την μεταθανάτια αξιοποίηση ήδη γονιμοποιημένων ωαρίων θα πρέπει να γίνει διαφορετική στάθμιση των συμφερόντων καθώς στην περίπτωση αυτή μπορεί να βαρύνει το δικαίωμα του επιζώντος συζύγου ο οποίος ενδεχομένως να μην έχει άλλη ευκαιρία να τεκνοποιήσει, επομένως να προσβάλλεται ο πυρήνας του δικού του δικαιώματος στην αναπαραγωγή.

Η άσκηση του δικαιώματος στην αναπαραγωγή με τη βοήθεια των μεθόδων υποβοηθούμενης αναπαραγωγής πρέπει να σταθμιστεί επίσης με τα συμφέροντα του τέκνου όπως αυτά προστατεύονται από το 21 παρ. 1 Σ. Τα εναλλακτικά οικογενειακά σχήματα όπου συμμετέχει ένας μόνο γονέας είναι αποδεκτά από την έννομη τάξη; Η απάντηση πρέπει να είναι θετική για δύο λόγους. Ο πρώτος είναι η αδυναμία να προσδιοριστούν κριτήρια καταλληλότητας του οικογενειακού περιβάλλοντος στο οποίο θα ανατραφεί ένα παιδί. Το Σύνταγμα δεν διακρίνει ανάμεσα στα διάφορα οικογενειακά μορφώματα αναγνωρίζοντας κάποιου είδους υπεροχή στο παραδοσιακό μοντέλο. Οι ορίζοντες του δεν περιορίζονται στις παραδοσιακές αντιλήψεις οι οποίες αποδυναμώνονται στη σύγχρονη κοινωνία ούτε μπορεί να επιτρέψει στο κράτος να επιβάλλει ένα «κατάλληλο» πρότυπο οικογένειας και ζωής. Η μονογονεϊκή οικογένεια άλλωστε είναι ήδη θεσμοθετημένη στο πλαίσιο της υιοθεσίας. Η αυτονομία της οικογενειακής ζωής προστατεύεται και από το 8 παρ. 1 ΕΣΔΑ.

Σε κάθε περίπτωση, ο σεβασμός του δικαιώματος ανατροφής σε κατάλληλο οικογενειακό περιβάλλον προϋποθέτει ότι το μελλοντικό τέκνο είναι φορέας ενός τέτοιου δικαιώματος. Η προβληματική αυτή συνυφαίνεται και με το

ζήτημα των δικαιωμάτων των εμβρύων και των μελλοντικών γενεών γενικότερα και το κατά πόσο τα δικαιώματα αυτά δημιουργούν αντίστοιχες υποχρεώσεις προστασίας στις παρούσες γενιές. Ορθότερο είναι θεωρώ να δεχθούμε ότι το δικαίωμα ενός μελλοντικού ανθρώπου δεν μπορεί να περιορίσει την αυτονομία και αυτοδιάθεση ενός προσώπου σε τέτοιο βαθμό ώστε να καθορίσει τις επιλογές του σχετικά με το είδος της οικογένειας που επιθυμεί να δημιουργήσει.

3.3.4. Το δικαίωμα στην αναπαραγωγή και η νομολογία του ΕΔΔΑ.

Όπως ήταν επόμενο, το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου ήρθε αντιμέτωπο και με τις σύγχρονες μεθόδους της γενετικής και της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής. Δύο είναι οι βασικές υποθέσεις που απασχόλησαν το ΕΔΔΑ: η υπόθεση Evans και η υπόθεση Dickson[146]. Στην πρώτη κύριο υπό κρίση ζήτημα ήταν η έννοια της συναίνεσης ενώ στη δεύτερη τα πρόσωπα που δικαιούνται να προσφύγουν στις μεθόδους υποβοηθούμενης αναπαραγωγής.

Στην υπόθεση Evans, το δικαστήριο έκρινε την αίτηση μιας γυναίκας η οποία αναγκάστηκε να προσφύγει στην υποβοηθούμενη αναπαραγωγή προκειμένου να αποκτήσει παιδί αφού επρόκειτο να υποβληθεί σε αφαίρεση των ωοθηκών της. Συμφώνησε λοιπόν με το σύντροφο της την δημιουργία και κρυοσυντήρηση γονιμοποιημένων ωαρίων τα οποία θα τους παραδίδονταν μετά την επέμβαση προκειμένου να γίνουν γονείς. Στη συνέχεια όμως το ζευγάρι διέκοψε τη μεταξύ του σχέση και ο σύντροφος της αιτούσας ανακάλεσε τη συναίνεση του και ζήτησε την καταστροφή των γονιμοποιημένων ωαρίων. Έτσι η αιτούσα προσέφυγε παραπονούμενη ότι παραβιάζεται το δικαίωμα της να δημιουργήσει οικογένεια καθώς και το δικαίωμα στη ζωή του εμβρύου.

Το δικαστήριο εστίασε την προσοχή του στο άρθρο 8 ΕΣΔΑ. Σύμφωνα με τη νομολογία του ΕΔΔΑ, η εν λόγω διάταξη καλύπτει την σωματική και ψυχολογική υπόσταση του ανθρώπου, το δικαίωμα ανάπτυξης της προσωπικότητας, το δικαίωμα ανάπτυξης κοινωνικών σχέσεων καθώς και το δικαίωμα προσωπικής αυτονομίας. Επίσης περιλαμβάνει τη σεξουαλική

[146] Βλ. Μάλλιο, «Το Στρασβούργο αντιμέτωπο με τα διλλήματα βιοηθικής», ΔτΑ 44/2009, σελ. 1161-1191,

ελευθερία και το δικαίωμα αναπαραγωγής, με τη θετική και την αρνητική του όψη.

Αντικείμενο της παρούσας κρίσης ήταν η εναρμόνιση του δικαιώματος της προσφεύγουσας να αποκτήσει παιδί από το γεννητικό της υλικό καθώς και του δικαιώματος του πρώην φίλου της να μη γίνει πατέρας. Το δικαστήριο δεν διέγνωσε παραβίαση του 8 ΕΣΔΑ και δεν αναγνώρισε κανένα προβάδισμα στο (θετικό) δικαίωμα της γυναίκας να γίνει μητέρα, αντιθέτως έκρινε την πρόβλεψη της αγγλικής νομοθεσίας για την ανάκληση της συναίνεσης πριν την εμφύτευση απολύτως σύμφωνη με τις αρχές του Δικαστηρίου. Όσον αφορά το έμβρυο, αποφάνθηκε ότι δεν είναι φορέας του δικαιώματος στη ζωή, ελλείψει κοινής ευρωπαϊκής αντίληψης για το πότε αρχίζει η ζωή.

Με την απόφαση Dickson το Δικαστήριο του Στρασβούργου αναγνώρισε ότι η δυνατότητα ενός φυλακισμένου να προσφύγει σε μέθοδο υποβοηθούμενης αναπαραγωγής προστατεύεται ως τμήμα της ιδιωτικής και οικογενειακής του ζωής (άρθρο 8 ΕΣΔΑ).

Η υπόθεση αφορούσε ένα ζευγάρι που γνωρίστηκε και παντρεύτηκε όσο ήταν στην φυλακή. Στη συνέχεια η γυναίκα αποφυλακίστηκε, ενώ ο άνδρας συνέχισε να εκτίει την ποινή κάθειρξης που του είχε επιβληθεί. Το 2002 ζήτησαν να τους επιτραπεί να τεκνοποιήσουν με τη βοήθεια της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής καθώς η ημερομηνία αποφυλάκισης του άνδρα σε συνδυασμό με την ηλικία της γυναίκας δεν θα τους επέτρεπαν να τεκνοποιήσουν με φυσικό τρόπο. Οι αρχές δεν χορήγησαν τη σχετική άδεια θεωρώντας ότι θα ήταν ελλιπής η φροντίδα που θα παρεχόταν στο μελλοντικό τέκνο. Το δικαστήριο δικαίωσε τους προσφεύγοντες εκτιμώντας ότι η απαγόρευση υπερέβαινε τα εύλογα όρια των περιορισμών που μπορεί για λόγους δημοσίου συμφέροντος να επιβάλλει ένα κράτος στην ιδιωτική ζωή του προσώπου.

Με την απόφαση του αυτή το Δικαστήριο επιβεβαίωσε τον θεμελιώδη χαρακτήρα του δικαιώματος στην αναπαραγωγή, το οποίο εντάσσεται στην ιδιωτική και οικογενειακή ζωή, η οποία προστατεύεται από το άρθρο 8 ΕΣΔΑ. Επεσήμανε επίσης ότι τα κράτη μέλη δεν έχουν δικαίωμα να παρακωλύουν την άσκηση του δικαιώματος αυτού με αδικαιολόγητους περιορισμούς. Εντέλει έκρινε ότι η μητέρα αρκούσε για να αναθρέψει το παιδί έως ότου αποφυλακιστεί ο πατέρας, αφού η ύπαρξη και των δύο γονέων δεν αποτελεί αναγκαίο όρο για την άσκηση του δικαιώματος στην απόκτηση τέκνων.

3.3.4. Συμπερασματικές παρατηρήσεις.

Στην αμερικανική θεωρία, το δικαίωμα στην τεχνητή αναπαραγωγή νοείται ως ένα καθαρά ατομοκεντρικό δικαίωμα και ταυτίζεται συνήθως με την ελευθερία της φυσικής αναπαραγωγής. Η θέση αυτή οδηγεί στην απόλυτη ελευθερία της τεχνητής αναπαραγωγής, ενώ ο οποιοσδήποτε περιορισμός τίθεται από τη νομοθεσία προσβάλει την προσωπική αυτονομία. Αντίθετα στις ευρωπαϊκές νομοθεσίες επικράτησε η άποψη ότι ο νομοθέτης μπορεί να περιορίσει την άσκηση του δικαιώματος στην τεχνητή αναπαραγωγή. Η τεχνητή αναπαραγωγή είναι μια σύνθετη διαδικασία η οποία περιλαμβάνει και την συμμετοχή τρίτων προσώπων, οι οποίοι παρέχουν το γεννητικό τους υλικό ή το σώμα τους λ.χ. στην παρένθετη μητρότητα, περιπλέκοντας το ζήτημα της ίδρυσης της συγγένειας του παιδιού με τους γονείς. Το δικαίωμα στην τεχνητή αναπαραγωγή είναι ένα δικαίωμα που στηρίζεται στο δίκαιο και όχι στην προσωπική ελευθερία.

Ο έλληνας νομοθέτης δεν υιοθέτησε τη λογική της απαγόρευσης για τα πιο σύνθετα είδη υποβοήθησης όπως πολλά ευρωπαϊκά κράτη λ.χ. για την περίπτωση της παρένθετης μητρότητας και της μεταθανάτιας γονιμοποίησης, αλλά έθεσε όπως είχαμε την ευκαιρία να δούμε αυστηρούς όρους και προϋποθέσεις. Με βάση το Ν. 3089/2002 δεν θεμελιώνεται ένα γενικό δικαίωμα στην αναπαραγωγή αλλά μόνο ένα δικαίωμα στη χρήση της γενετικής τεχνολογίας σε περίπτωση φυσικής αδυναμίας απόκτησης τέκνων.

Η στάση του έλληνα νομοθέτη διακρίνει ανάμεσα στην ελευθερία στη φυσική αναπαραγωγή που συνδέεται με την προσωπική ελευθερία του ατόμου κατά το 5 § 3 Σ και το δικαίωμα στην τεχνητή αναπαραγωγή που θεμελιώνεται κατά κρατούσα άποψη στο 5 § 1 Σ. Το δικαίωμα στην τεχνητή γονιμοποίηση δεν είναι ένα απεριόριστο δικαίωμα αλλά θεμελιώνεται με βάση τη νομοθεσία στο πλαίσιο της ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας. Η ιατρική αναγκαιότητα ανάγεται από το νόμο σε νομιμοποιητικό λόγο του δικαιώματος στην τεχνητή αναπαραγωγή με βάση το άρθρο 5 § 1 Σ. Ο όρος της ιατρικής αναγκαιότητας παρ' όλα αυτά θα μπορούσε να συνιστά επέμβαση στην ιδιωτική ζωή που προστατεύεται από το 9 § 2 εδ. 1 Σ στην περίπτωση της ομόλογης τεχνητής γονιμοποίησης όπου δεν παρεμβάλλονται τρίτοι αλλά

απλώς μεταφέρεται μέρος της διαδικασίας όπως θα συνέβαινε φυσικά στο εργαστήριο.[147]

4. Επίλογος

Η ανθρώπινη αναπαραγωγή υπήρξε πάντα στο επίκεντρο της προσοχής του νομοθέτη γιατί εξυπηρετεί την διαιώνιση του ανθρώπινου είδους και την δημιουργία οικογένειας, την οποία τόσο η ευρωπαϊκή όσο και η εσωτερική έννομη τάξη κατοχυρώνουν η πρώτη με την ΕΣΔΑ (άρθρο 8) και η δεύτερη με το Σύνταγμα (άρθρο 21).

Με την ανθρώπινη αναπαραγωγή ασχολήθηκε ωστόσο και η ιατρική και η γενετική τεχνολογία, η «τεχνική». Η δεύτερη κατόρθωσε να αλλάξει πλήρως το τοπίο προσφέροντας καινοτόμες λύσεις σε ζευγάρια που δεν μπορούσαν να δημιουργήσουν τη δική τους οικογένεια με φυσικό τρόπο αλλά και σε μοναχικούς ανθρώπους οι οποίοι επιθυμούσαν τη δημιουργία μονογονεϊκής οικογένειας.

Η κατηγορία αυτή των προσώπων, παρ' ότι είχε σύμμαχο την ιατρική επιστήμη και τη βιολογία, είχε δηλαδή την «τεχνική» ικανότητα, αδυνατούσε να επιτύχει τη δημιουργία οικογένειας, όπως την αναγνώριζε το δίκαιο, εξαιτίας του ελλιπούς νομοθετικού πλαισίου. Αυτό όμως δεν εμπόδισε πολλά ζευγάρια ή μοναχικούς ανθρώπους από το να καταφύγουν σε εξειδικευμένα ιατρικά κέντρα τα οποία διενεργούσαν τις νέες μεθόδους υποβοήθησης. Οι επεμβάσεις αυτές διενεργούνταν κατόπιν γραπτής συμφωνίας μεταξύ των ενδιαφερομένων και του ιατρικού κέντρου, η οποία περιελάμβανε, ήδη κατά τη σύναψη, τυποποιημένους όρους[148]. Οι όροι αυτοί δεν ήταν αποτέλεσμα διαπραγματεύσεων ή κάποιας νομοθετικής διάταξης αλλά ανταποκρίνονταν στη δεοντολογία που είχαν διαμορφώσει αυτά τα ειδικά κέντρα. Η έλλειψη κανονιστικού πλαισίου είχε ως συνέπεια, λοιπόν, την αυτορρύθμιση.

Στην πράξη όμως ανέκυπταν ανυπέρβλητα νομικά εμπόδια. Τα δικαστήρια κατάφερναν να επιλύσουν σχετικές υποθέσεις προσφεύγοντας στο θεσμό της υιοθεσίας, την αρχή της κοινωνικής συγγένειας και την γενική αρχή του

---

[147] Έτσι Κοτζάμπαση, «Το δικαίωμα στην αναπαραγωγή», ΔτΑ 30/2006, σελ 445-446.

[148] Βλ. για την de facto διαμόρφωση των σχέσεων μεταξύ ιατρικών κέντρων και ενδιαφερομένων, Ελένη Ρεθυμιωτάκη «Ρύθμιση ή αυτορρύθμιση το παράδειγμα της Ι.Υ.Α.», σελ 76 επ.

συμφέροντος του τέκνου, αποφεύγοντας ωστόσο να θίξουν το κύρος των συμβάσεων με τα ιατρικά κέντρα ή με τα τρίτα πρόσωπα που λάμβαναν μέρος στη διαδικασία[149]. Το πρόβλημα όμως παρέμενε. Οι ιατρικές επεμβάσεις αυτές οδηγούσαν στην δημιουργία παιδιών με αμφίβολη νομική κατάσταση, όσον αφορά την ίδρυση της συγγένειας λ.χ. με τον πατέρα τους αν επρόκειτο για ετερόλογη σπερματέγχυση ή τη μητέρα τους αν επρόκειτο για συνδρομή παρένθετης μητέρας.

Η έννομη σχέση της συγγένειας και οι οικογενειακές σχέσεις υπήρξαν ανέκαθεν στο ρυθμιστικό πεδίο του νομοθέτη, ο οποίος δεν μπόρεσε να προβλέψει και να περιλάβει έγκαιρα τις μορφές της υποβοήθησης στις ειδικές διατάξεις του. Αυτό είχε ως αποτέλεσμα την ανομοιόμορφη και τελικά διακριτική μεταχείριση, εκ μέρους του δικαίου, μεταξύ των παιδιών που προέρχονται από φυσική αναπαραγωγή και των «παιδιών του σωλήνα». Η έννομη τάξη δεν μπορούσε να ανέχεται τη δημιουργία παιδιών δύο ταχυτήτων και αναγνώρισε, έστω και αργά την ανάγκη της διαμόρφωσης κατάλληλων μηχανισμών για την αποτροπή των δυσμενών συνεπειών που προέκυψαν από τις ραγδαίες εξελίξεις της βιοτεχνολογίας.

Η ελληνική νομοθεσία ωστόσο απάντησε πιο εύστοχα στις (βιο)τεχνολογικές προκλήσεις σε σχέση με τις αντίστοιχες ευρωπαϊκές νομοθεσίες. Υποδέχθηκε στους κόλπους της με θάρρος όλες τις μεθόδους υποβοήθησης ακόμη και τις πιο περίπλοκες, όπως είναι η μεταθανάτια γονιμοποίηση και η παρένθετη μητέρα αλλά έθεσε αυστηρούς όρους όπου έκρινε ότι θίγεται ο πυρήνας συνταγματικά κατοχυρωμένων δικαιωμάτων τρίτων προσώπων ή τα χρηστά ήθη. Προέβη στις απαραίτητες σταθμίσεις προκειμένου να εναρμονίσει τα συμφέροντα των εμπλεκομένων μερών έτσι ώστε να αποφεύγονται οι ανισότητες, λαμβάνοντας παράλληλα υπόψη τις κρατούσες κοινωνικές αντιλήψεις.

Το πλέγμα των διατάξεων χαρακτηρίζεται πιο φιλελεύθερο σε σχέση με άλλες ευρωπαϊκές νομοθεσίες ακριβώς γιατί δεν προβαίνει σε ρητές απαγορεύσεις πλην όμως η ελληνική νομοθεσία παρέμεινε πιστή στην ευρωπαϊκή νομική παράδοση του ανθρωπισμού που θέτει ως όριο σε κάθε νεωτερισμό την

[149] Βλ. Ελένη Ρεθυμιωτάκη, ό.π. σελ. 92 επ.

ανθρώπινη αξία.[150] Γι' αυτό το λόγο δεν υιοθέτησε απόψεις που θα δημιουργούσαν τις προϋποθέσεις για την εμπορευματοποίηση του ανθρώπινου γενετικού υλικού, τη δημιουργία κατά παραγγελία ανθρώπων, την κλωνοποίηση, και οι οποίες θα άφηναν ελεύθερο το πεδίο στην ιδιωτική βούληση και την τεχνολογική εξέλιξη.

Από την άλλη πλευρά θα μπορούσε να διαγνώσει κανείς μια υπέρμετρη αν όχι αδικαιολόγητη αυστηρότητα, όσον αφορά την ομόλογη γονιμοποίηση σε συνάρτηση με τον όρο της ιατρικής αναγκαιότητας. Ορθώς, θεωρώ, διατυπώνεται ένσταση στη θεωρία σχετικά με την απαραίτητη συνδρομή του όρου αυτού στην ομόλογη αναπαραγωγή και για εισβολή του νόμου στην απόλυτα ιδιωτική σφαίρα των προσώπων, η οποία προστατεύεται συνταγματικά από το άρθρο 9 Σ.

Η ειδική αυτή νομοθεσία που αποτέλεσε το αντικείμενο της παρούσας εργασίας αποτελεί, όπως είπαμε παράδειγμα, επιτυχούς και καθυστερημένης απάντησης του δικαίου στους τεχνολογικούς κινδύνους. Η καθυστέρηση, ωστόσο αυτή κατέδειξε για μία ακόμη φορά, από τη μία πλευρά, την αδυναμία των φορέων της τεχνολογίας να αυτορρυθμιστούν αποτελεσματικά και από την άλλη πλευρά την ανάγκη να καταστεί το δίκαιο αντίβαρο στην τεχνική, προκειμένου να επέλθει η αναγκαία ισορροπία στα αντικρουόμενα συμφέροντα, να εξαλειφθούν οι ανισότητες και να μην διασαλεύεται η κοινωνική συνοχή.

[150] Έτσι Αθ. Κοτζάμπαση, ό.π.

Νομικά ζητήματα από την εφαρμογή των Μεθόδων
Ιατρικώς Υποβοηθούμενης Αναπαραγωγής

Βιβλιογραφία

1. Τ. Κ. Βιδάλης, «Ζωή χωρίς πρόσωπο, το Σύνταγμα και η χρήση του ανθρώπινου γενετικού υλικού», Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα Αθήνα – Κομοτηνή 2003.

2. Τ. Κ. Βιδάλης, «Η συνταγματική διάσταση της εξουσίας στον γάμο και την οικογένεια (Ατομικές ελευθερίες και θεσμικοί μετασχηματισμοί)», Εκδόσεις Αντ. Σάκκουλα Αθήνα Κομοτηνή 1996

3. Γ. Γαβρίδου, «Η ιατρικώς υποβοηθούμενη αναπαραγωγή ως πεδίο δημοσίου ελέγχου», σε «Δημόσιο Δίκαιο και Πολιτικές στη Βιοϊατρική».

4. Απ. Γεωργιάδης, «Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου», Εκδόσεις Αντ. Σάκκουλας 2007.

5. Ισμ. Ανδρουλιδάκη Δημητριάδη, «Νομικά προβλήματα από την τεχνητή γονιμοποίηση», ΝοΒ 34/1986.

6. Εθνική Επιτροπή Βιοηθικής, «Θέσεις για σύγχρονα προβλήματα - κείμενα 2000-2007», Επιμέλεια: Μαριάννα Δρακοπούλου, Εθνικό Τυπογραφείο 2007.

7. «Ιατρική Υποβοήθηση στην Ανθρώπινη Αναπαραγωγή και Αστικό Δίκαιο», (γράφουν: Π. Αγαλλοπούλου, Ε. Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη, Δ. Παπαδοπούλου-Κλαμαρή, Θ. Παπαζήση, Θ.Κ. Παπαχρίστου, Ν. Σαμαρά, Χρ. Σταμπέλου, Απ. Χελιδόνης, Καλ. Χριστακάκου-Φωτιάδη, Κων. Χριστοδούλου.), Εκδόσεις Αντ. Σάκκουλα, Αθήνα Κομοτηνή 2002.

8. «Νέες τεχνολογίες και συνταγματικά δικαιώματα» σε σειρά «Δίκαιο και κοινωνία στον 21^{ο} αιώνα» (γράφουν: Χ. Σαββάκης, Ευάγγελος Μάλλιος, Γιάννης Κτιστάκης), Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα Θεσσαλονίκη 2004.

9. «Τεχνητή γονιμοποίηση και γενετική τεχνολογία: η ηθικονομική διάσταση», Επιστημονική εκδήλωση της Εταιρίας Νομικών Βορείου Ελλάδος, επιμέλεια: Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη. Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα Θεσσαλονίκη 2003.

10. Μ. Καράσης, «Το νέο σχέδιο νόμου για την εφαρμογή των μεθόδων της ιατρικώς υποβοηθούμενης αναπαραγωγής» σε Αρμενόπουλο τεύχος 6, 2005 σελ 829 επ.

11. Μ. Καράσης σε ΕλλΔνη 42/2001 σελ 1218 επ.

12. Ισμ. Κριάρη-Κατράνη, «Βιοϊατρικες εξελίξεις και Συνταγματικό Δίκαιο», Εκδόσεις Σάκκουλα, Θεσσαλονίκη 1994.

13. Ισμ. Κριάρη Κατράνη, «Το Σύνταγμα και το σχέδιο νόμου της ειδικής νομοπαρασκευαστικής επιτροπής του Υπ. Δικαιοσύνης: Ιατρική Υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή», ΧρΙΔ Γ 2002.

14. Ισμ. Κριάρη-Κατράνη, «Η ευρωπαϊκή σύμβαση ανθρωπίνων δικαιωμάτων και βιοϊατρικής» σε ΔτΑ ν. 14/2002.

15. Γ. Σ. Κατρούγκαλος, «Το δικαίωμα στη ζωή και στο θάνατο», Εκδόσεις Αντ Σάκκουλα Αθήνα Κομοτηνή 1993.

16. Αθ. Κοτζάμπαση, «Το δικαίωμα στην αναπαραγωγή», ΔτΑ ν.30/2006 σελ 421 επ.

17. Ν. Κουμουτζής, «Μεταθανάτια τεχνητή γονιμοποίηση με χρήση ξένου γεννητικού υλικού», Χρ.Ι.Δ. Ε/2005. σελ 668 επ.

18. Ε. Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη, «Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο», Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα Θεσσαλονίκη 2005.

19. Ε. Κουνουγέρη—Μανωλεδάκη, «Μεταθανάτια τεχνητή γονιμοποίηση και πρόωρη γέννηση, η ίδρυση της συγγένειας», Χρ.Ι.Δ. Ε/2005.

20. Ε. Κουνουγέρη – Μανωλεδάκη, Αρμενόπουλος 53/1999 σελ 469 επ.

21. Ε. Μάλλιος, «Το ανθρώπινο γονιδίωμα», Εκδόσεις Αντ. Σάκκουλα Αθήνα Κομοτηνη 2004.

22. Ε. Μάλλιος, «Το Στρασβούργο αντιμέτωπο με τα διλλήματα βιοηθικής» σε ΔτΑ 44/2009 σελ 1161-1191.

23. Αντ. Μανιτάκης, «Το υποκείμενο των συνταγματικών δικαιωμάτων», Εκδόσεις Αντ. Σάκκουλα Αθήνα 1981.

24. Θ. Παπαχρίστου, «Η τεχνητή αναπαραγωγή στον Α.Κ». σε σειρά «Δίκαιο & Κοινωνία στον 21^{ο} αιώνα», Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα Θεσσαλονίκη 2003.

25. Θ. Παπαχρίστου, «Εγχειρίδιο Οικογενειακού Δικαίου», Εκδόσεις Αντ. Σάκκουλα 2005.

26. Πρ. Παυλόπουλος, Συνταγματικές όψεις του δικαιώματος της αναπαραγωγής σε ΔτΑ ν. 23/2004 σελ 885 επ.

27. Ε. Ρεθυμιωτάκη, «Ρύθμιση ή αυτορρύθμιση; Το παράδειγμα της ιατρικά υποβοηθούμενης αναπαραγωγής», Εκδόσεις Αντ. Σάκκουλα 2003.

28. Ι. Σαρμάς, «Η νομολογία του ΕΔΔΑ και της Επιτροπής», εκδόσεις Αντ. Σάκκουλα 1998

29. Ι. Σ. Σπυριδάκης, «Η νέα ρύθμιση της τεχνητής γονιμοποίησης και της συγγένειας», Αντ. Σάκκουλας 2003.

30. Ι. Σ. Σπυριδάκης, «Οικογενειακό Δίκαιο», εκδόσεις Αντ. Σάκκουλα Αθήνα Κομοτηνη 2006.

31. Παύλος Χρ. Φίλιος, «Οικογενειακό Δίκαιο», Εκδόσεις Αντ. Ν Σάκκουλα Αθήνα Κομοτηνη 2009.

32. Κ. Φουντεδάκη, «Ανθρώπινη Αναπαραγωγή και Αστική Ιατρική Ευθύνη» σε «Δημοσιεύματα Ιατρικού Δικαίου και Βιοηθικής», εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα Θεσσαλονίκη 2007.

33. Ε. Φραγκουδάκη, Η νομική μεταχείριση των εφαρμογών της βιογενετικής εκδόσεις Αντ. Σάκκουλα Αθήνα Κομοτηνή 2008.

34. Κ. Χρυσόγονος «Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα», Νομική Βιβλιοθήκη, 2006.