

Νίκος Κουμουτζής

*Η ανατροπή της δικαστικής άδειας για την τεχνητή αναπαραγωγή. Με
αφορμή την ΕφΑθ 3357/2010*

Χρονικά Ιδιωτικού Δικαίου 2013, σ. 552-553

Nikos Koumoutzis

*The overturning of the judicial authorization for medically assisted
reproduction. On the occasion of the decision of the Court of Appeal of
Athens no 3357/2010*

Chronicles of Private Law 2013, pp. 552-553

(in Greek)

Η ανατροπή της δικαστικής άδειας για την τεχνητή αναπαραγωγή Με αφορμή την ΕφΑθ 3357/2010*

ΝΙΚΟΥ Π. ΚΟΥΜΟΥΤΖΗ
Δ.Ν. – Δικηγόρου

Με την ΕφΑθ 3357/2010 εξαφανίσθηκε η ΜΠρΑθ 2827/2008, η οποία έδωσε άδεια τεχνητής αναπαραγωγής σε άγαμο μόνο άνδρα. Στη μελέτη αυτή τονίζονται δύο σημεία: το ένα είναι ότι η απόφαση του Εφετείου δεν έχει πειστικό σκεπτικό-το άλλο είναι ότι η απόφαση του Εφετείου δεν έχει επίδραση στη συγγένεια του παιδιού –που στο μεταξύ γεννήθηκε– με τον άγαμο μόνο άνδρα.

I. Ο Αστικός Κώδικας καθιερώνει το δικαίωμα τεχνητής αναπαραγωγής της άγαμης μόνης γυναίκας, όχι όμως και του άγαμου μόνου άνδρα. Υποστηρίχθηκε ότι γίνεται εδώ άνιση μεταχείριση των φύλων που, για να διορθωθεί, η ρύθμιση για τη γυναίκα πρέπει να εφαρμοσθεί αναλογικά και στον άνδρα¹. Με τη θέση αυτή συντάχθηκαν δύο δικαστικές αποφάσεις, η ΜΠρΑθ 2827/2008² και η ΜΠρΘεσ 13707/2009³. Αυτές έκαναν δεκτά αιτήματα άγαμων μόνων ανδρών για άδεια δανεισμού μήτρας. Ήδη, όμως, η πρώτη εξαφανίσθηκε μετά από έφεση του Εισαγγελέα Πρωτοδικών Αθηνών που ευδοκίμησε⁴.

II. Το ζήτημα που απασχολεί είναι αν η διάκριση γυναίκας-άνδρα εδραιώνεται σε ορισμένη αξιολογικά ουσιώδη διαφορά μεταξύ τους.

Σε μια πρώτη προσέγγιση η διαφορά αυτή εντοπίζεται στο γεγονός ότι ο δανεισμός μήτρας δεν καλύπτει ίδιας τάξης ανάγκη της γυναίκας και του άνδρα. Η μεν γυναίκα χρειάζεται τον δανεισμό διότι αδυνατεί να κυφορήσει λόγω βλάβης –π.χ. δεν έχει μήτρα, ενώ φυσιολογικά θα είχε, ή η μήτρα της είναι δυσλειτουργική, ενώ φυσιολογικά δεν θα ήταν. Ο δε άνδρας χρειάζεται τον δανεισμό διότι αδυνατεί να κυφορήσει λόγω της κατασκευής του –ανατομικά η φύση δεν τον έχει προικίσει με μήτρα. Πάνω σε αυτό το υπόβαθρο η γυναίκα αποκτά/ο άνδρας δεν αποκτά πρόσβαση στον δανεισμό, καθώς ο νόμος ακολουθεί μια «γενική αρχή»: ότι με την ιατρική υποβοήθηση στην αναπαραγωγή δίνεται στους ενδιαφερομένους η ευκαιρία να αναπληρώσουν μόνο και όχι να υπερβούν τις γεννητικές δυνάμεις του φύλου τους⁵.

Όμως, η παραδοχή για τη «γενική αρχή» δεν ανταποκρίνεται στην αλήθεια. Στον επιθυμητό στόχο της τεκνοποιίας κανένα φύλο δεν φθάνει αυτοδύναμο, χωρίς υπέρβαση των ορίων του ανθρώπινου σώματος με συνδρομή από το αντίθετο φύλο. Για να τεκνοποιήσει η γυναίκα χρειάζεται, πέρα από τα όρια του φύλου της, το ανδρικό σπέρμα. Για να τεκνοποιήσει ο άνδρας χρειάζεται, πέρα από τα όρια του φύλου του, τα γυναικεία ωάρια και τη γυναικεία μήτρα. Ο νόμος για την ιατρική υποβοήθηση στην αναπαραγωγή ικανοποιεί τη γυναίκα, αναγνωρίζοντας σε αυτήν το δικαίωμα για δωρεά σπέρματος, ενώ δεν ικανοποιεί τον άνδρα, μη αναγνωρίζοντας σε αυτόν

το δικαίωμα για δωρεά ωαρίων και για δανεισμό μήτρας. Δύο μέτρα και δύο σταθμα⁶!

Στο σκεπτικό της η απόφαση του Εφετείου τοποθετείται υπέρ της μίας πλευράς: «Τη διαφορά στη νομοθετική ρύθμιση ως προς τα δύο φύλα τη δημιουργεί η διαφορετική φύση τους [...] Μόνο η γυναίκα κυφορεί και γεννά και άρα αυτή μόνο μπορεί να έχει σχετική ιατρική αδυναμία, ώστε να επιτρέπεται να προσφεύγει στην παρένθετη μητέρα. Αυτός είναι [...] ο λόγος που ο νόμος δεν προβλέπει γενικά τη δυνατότητα της υποβοηθούμενης αναπαραγωγής για τους άγαμους και μοναχικούς άνδρες [...] Το ότι δηλαδή για να αποκτήσουν αυτοί παιδί, θα χρειαζόταν ακριβώς η προσφυγή στην παρένθετη μητρότητα που όμως σημαίνει κάλυψη μιας ιατρικής αδυναμίας που δεν είναι δική τους.» Με αυτόν τον τρόπο επαναλαμβάνει ένα τραυτό επιχείρημα και αποφεύγει τον κρίσιμο προβληματισμό: «Μήπως και όταν ο νόμος επιτρέπει στην άγαμη μοναχική γυναίκα να χρησιμοποιεί σπέρμα ξένου άνδρα, δεν καλύπτει μια ιατρική αδυναμία που δεν είναι δική της, αφού η γυναίκα ζητά να χρησιμοποιήσει κάτι που από τη φύση δεν διαθέτει η ίδια;»⁷

III. Ωστόσο, με δεδομένη την ΕφΑθ 3357/2010 τίθεται ένα περαιτέρω ερώτημα. Όπως έχει εξηγηθεί⁸, στην εξεταζόμενη περίπτωση το παιδί αποκτά πατέρα (τον άγαμο μόνο άνδρα), δεν αποκτά μητέρα (την κυφορό γυναίκα). Σημαντικό αναδεικνύεται το άρθρ. 1464 § 1 ΑΚ, που ισχύει στην περίπτωση άδειας δανεισμού μήτρας. Ευθέως εφαρμοζόμενο αυτό επιτάσσει ότι «μητέρα του τέκνου τεκμαίρεται η γυναίκα στην οποία δόθηκε η [κατά το άρθρο 1458] δικαστική άδεια». Αναλογικά εφαρμοζόμενο αυτό επιτάσσει ότι «πατέρας του τέκνου τεκμαίρεται ο άνδρας στον οποίο δόθηκε η [κατά το άρθρο 1458] δικαστική άδεια». Όμοια είναι, εξάλλου, η κατάσταση στο πεδίο της post mortem γονιμοποίησης, σύμφωνα με το άρθρ. 1465 § 2 ΑΚ. Διότι και εδώ ο νεκρός γίνεται πατέρας «εφόσον υπάρχει η απαιτούμενη κατά το άρθρο 1457 δικαστική άδεια». Πρόδηλο είναι ότι οι πιο πάνω κανόνες περιλαμβάνουν την εκάστοτε δικαστική άδεια, επομένως όταν η τελευταία εξαφανίζεται χάνεται αυτομάτως στοιχείο του πραγματικού τους. Αίρεται, άραγε, έτσι, η έννομη συνέπεια τους, που έγκειται στη συγγένεια παιδιού-γονέα;

* Δημοσ. στο παρόν τεύχος σ. 508.

1. Βλ. Σπυριδάκη, Η νέα ρύθμιση της τεχνητής γονιμοποίησης και της συγγένειας, σ. 29, 33· Κουμουτζή, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου², άρθρ. 1457-1458 αρ. 79-80.

2. Δημοσ. σε ΧρΙΔ 2009, 817 επ., με παρατ. Παπαχρίστου, καθώς επίσης σε Ιατρικό Δίκαιο και Βιοηθική, τεύχ. 9 –Ιανουάριος-Φεβρουάριος-Μάρτιος 2010, 2 επ., στην ηλ. δ/ση <http://www.medlaw-bioethics.gr>, με παρατ. Κουμουτζή-Μανωλεδάκη.

3. Δημοσ. σε ΧρΙΔ 2011, 267 επ.

4. Βλ. την ΕφΑθ 3357/2010 ό.π. = ΝοΒ 2012, 1439 επ., με παρατ. Νικολάου/ΝοΒ 2013, 739 επ.

5. Βλ. Βιδάλη, Το πρόταγμα της οικογένειας: η συνταγματικότητα του νόμου για την «ιατρική υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή», ΝοΒ 2003, 839 επ.: Παπαχρίστου, Η τεχνητή αναπαραγωγή στον Αστικό Κώδικα, σ. 55 επ.: τον ίδιο, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου², Εισαγ. άρθρ. 1455-1460 αρ. 29.

6. Βλ. Κουμουτζή, ό.π. (υποσ. 1), άρθρ. 1457-1458 αρ. 79· τον ίδιο, Η τεχνητή αναπαραγωγή του άγαμου μόνου άνδρα, ΧρΙΔ 2011, 316 επ.

7. Κουμουτζή-Μανωλεδάκη, στον τόμο Ιατρική υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή: 10 χρόνια εφαρμογής του Ν. 3089/2002, σ. 47.

8. Βλ. Κουμουτζή, Η τεχνητή αναπαραγωγή του άγαμου μόνου άνδρα, ΧρΙΔ 2011, 317 επ., όπου η σχετική συζήτηση και ακόμα (318) η κατάσταση ήλυσ με την οποία αφήνεται περιθώριο στην κυφορό γυναίκα να γίνει μητέρα, αν επιπλέον αυτή εισέφερε δικό της γεννητικό υλικό (βλ. §§ 2 και 3 του άρθρ. 1464 ΑΚ) –οπότε, αν έχει συνάψει γάμο ή σύμφωνο συμβίωσης, ενεργείται το «τεκμήριο» πατρότητας του συζύγου της (άρθρ. 1465 ΑΚ) ή του συντρόφου της (άρθρ. 8 ν. 3719/2008), σε βάρος της πατρότητας του άγαμου μόνου άνδρα.

IV. As επισημανθεί ότι οι προϋποθέσεις για το ερώτημα αυτό δεν θα ανέκλυταν αν η δικαστική άδεια είχε συναρτηθεί τουλάχιστον με την έκδοση σχετικής *τελεσιδίκης* (αν όχι αμετάκλητης) δικαστικής απόφασης. Τότε, οι κανόνες συγγένειας θα πληρούσαν το πρώτον είτε μετά την παρέλευση άπρακτης της προθεσμίας για την άσκηση έφεσης είτε μετά την απόρριψη της έφεσης εναντίον της δικαστικής απόφασης. Η επίλογη αυτή θα είχε προωθηθεί με την εισαγωγή ειδικής πρόβλεψης στον ΑΚ (στα άρθρ. 1457 και 1458). Η έλλειψη τέτοιας πρόβλεψης συνεπάγεται, όμως, την εφαρμογή και εδώ της γενικής ρύθμισης του άρθρ. 763 ΚΠολΔ. Στο πλαίσιο αυτό η απόφαση της εκούσιας δικαιοδοσίας αποκτά ισχύ αμέσως με την έκδοσή της (§ 1), έκτος αν διαταχθεί διαφορετικά (§§ 2, 3)⁹.

V. Στο ερώτημα ποια θα είναι, μετά την εξαφάνιση της δικαστικής άδειας, η τύχη της συγγένειας που προκύπτει χάρη στην ύπαρξη της δικαστικής άδειας δεν δίνεται ομόφωνη απάντηση. Σύμφωνα με μια άποψη¹⁰ η εξαφάνιση της άδειας αφήνει ανέπαφη τη συγγένεια. Σύμφωνα με άλλη άποψη¹¹ η εξαφάνιση της άδειας συμπαρασύρει τη συγγένεια. Στη συνέχεια οι απόψεις αυτές υποβάλλονται σε εγγύτερο έλεγχο.

VI. Για την προώθηση της συγγένειας μετά την εξαφάνιση της δικαστικής απόφασης των άρθρ. 1458 ΑΚ και 1457 ΑΚ καταβλήθηκε προσπάθεια να αξιοποιηθεί η διατύπωση των άρθρ. 1464 § 1 ΑΚ και 1465 § 2 ΑΚ¹²: Όταν απαιτείται η άδεια να «δόθηκε» (στο πρώτο άρθρ.) ή να «υπάρχει» (στο δεύτερο άρθρ.), ως σημείο αναφοράς εκλαμβάνεται η μεταφορά του γεννητικού υλικού στο γυναικείο σώμα. Επομένως, αρκεί η άδεια να «δόθηκε» ή να «υπάρχει» πριν από τη μεταφορά. Το στάδιο μετά τη μεταφορά δεν λαμβάνεται υπόψη. Στη ερμηνεία αυτή αντιτάχθηκε¹³ ότι η εξαφάνιση της δικαστικής απόφασης ενεργεί αναδρομικά. Υπό το πρίσμα αυτό τα ίχνη της δικαστικής απόφασης σβήνουν κατά πλήρως, οπότε η άδεια είναι σαν να μην «δόθηκε» ή σαν να μην «υπάρχει» κατά τη μεταφορά. Ο όρος των άρθρ. 1464 § 1 ΑΚ και 1465 § 2 ΑΚ τελικά δεν πληρούται. Η επισήμανση είναι εύστοχη. Από κει και πέρα δεν είναι αυτονόητο πώς θα εκληφθεί αυτή η σιωπή του νόμου, αν δηλαδή από την απουσία ενός κανόνα διατήρησης της συγγένειας συνάγεται μη ρύθμιση που πρέπει να μείνει ως έχει ή αντίθετα κενό στη ρύθμιση που πρέπει να πληρωθεί¹⁴.

VII. Η βασική κριτική στην οποία είναι εκτεθειμένη η εκδοχή για τη μη ρύθμιση προέρχεται από τη σκοπιά του παιδιού. Αν η εξαφάνιση της δικαστικής άδειας έχει αντίκτυπο στον δεσμό του με τον πατέρα του και τη μητέρα του, τότε το δικαίω-

μα οικογενειακής ζωής του, που καθιερώνει τόσο το άρθρ. 9 § 1 εδ. β' Σ όσο και το 8 § 1 ΕΣΔΑ, υφίσταται επέμβαση. Τούτη δε χρειάζεται ειδική δικαιολόγηση. Εδώ ανακύπτει πρόβλημα. Διότι πολύ δύσκολα εντοπίζονται έννομα αγαθά που επιβάλλουν να θυσιασθεί η ιδρυμένη πατρότητα και μητρότητα.

VIII. Στο σημείο αυτό βοήθεια προσφέρει το άρθρ. 779 ΚΠολΔ: «*Αν ανακληθεί ή μεταρρυθμιστεί ή εξαφανιστεί ή ανασταλεί η ισχύς μίας απόφασης, είναι ισχυρές οι καταβολές που έγιναν καλόπιστα από τον υπόχρεο ή τρίτο και δεν θίγονται τα δικαιώματα τα οποία απέκτησαν, καθώς και οι δικαιοπραξίες τις οποίες ενήργησαν τρίτοι καλόπιστα με βάση την απόφαση, ώσπου να ισχύσει η απόφαση που ανακαλεί, μεταρρυθμίζει, εξαφανίζει ή αναστέλλει την ισχύ της προηγούμενης.*». Αν και οι περιπτώσεις των άρθρ. 1457 ΑΚ και 1458 ΑΚ διέπονται από τη διαδικασία της εκούσιας δικαιοδοσίας (βλ. άρθρ. 121 ΕισΝΑΚ και 799 ΚΠολΔ), δεν υπάγονται στο άρθρ. 779 ΚΠολΔ, καθώς κάτι τέτοιο αποκλείεται από το γράμμα του. Πρώτον, από αντικειμενική άποψη, η συγγένεια δεν είναι «καταβολή που γίνεται», «δικαιοπραξία που ενεργείται», «δικαίωμα που αποκτάται»: πρόκειται για έννομη σχέση που ιδρύεται/συνίσταται/θεμελιώνεται. Δεύτερον, από υποκειμενική άποψη, το παιδί, αλλά και αν θεωρηθεί «τρίτος» ως προς τη δίκη για την παροχή της άδειας, στην οποία δεν συμμετείχε, αγνοεί το ελάττωμα της άδειας και εντάσσεται στη συγγένεια όχι με «καλή πίστη» αλλά χωρίς καμία απολύτως συνείδηση. Παρ' όλα αυτά η συγγένεια «είναι ισχυρή» ή «δεν θίγεται», με αναλογία του άρθρ. 779 ΚΠολΔ¹⁵.

Ίσως παρατηρήσει κανείς ότι στην ανάλυση αυτή δεν υποδεικνύεται *η βάση αναλογίας* μεταξύ της προβλεπόμενης στο άρθρ. 779 ΚΠολΔ περίπτωσης εξαφάνισης δικαστικής απόφασης και της μη προβλεπόμενης περίπτωσης εξαφάνισης της δικαστικής απόφασης που χορηγεί άδεια τεχνητής αναπαραγωγής. Τούτο συμβαίνει καθώς το κενό δεν φωτίζεται μέσα από τη σύγκριση των περιπτώσεων αυτών και τη σκέψη ότι, με αφετηρία τη «νομοθετική τελολογία» ή τον «νομοθετικό σχεδιασμό», η αξιολόγηση που αρμόζει για τη μία ευσταθεί επίσης για την άλλη. Η κατάλληλη αποτύπωση της ratio legis είναι ενδοχομώμενος εφικτή. Πάντως βέβαιο είναι ότι παρέλκει. Καθοριστικό ρόλο εδώ παίζει η απευθείας αναγωγή στο υπερνομοθετικό πλαίσιο, σύμφωνα με το οποίο η παράλειψη προστασίας της συγγένειας δεν είναι ανεκτή (βλ. πιο πάνω υπό VII). Μιλάμε έτσι για ένα «κενό εν ευρεία εννοία» ή «κενό δικαίου» (Rechtslücke)¹⁶. Τώρα, η εύρεση του ζητούμενου κανόνα προστασίας επιτυγχάνεται μέσα από δύο εναλλακτικούς δρόμους. Ο ένας είναι με διάπληση κανόνα ab ovo. Ο άλλος είναι με επέκταση του ήδη έτοιμου-διαθέσιμου στο σύστημα μηχανισμού του κανόνα του άρθρ. 779 ΚΠολΔ. Απλούστερο φαίνεται το δεύτερο¹⁷.

9. Βλ. *Κουμουτζή*, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου², άρθρ. 1457-1458 αρ. 82-83· *Περάκη*, σε Γεωργιάδη ΣΕΑΚ II, άρθρ. 1457 αρ. 16, άρθρ. 1458 αρ. 23.

10. Βλ. *Κουμουτζή*, Η ίδρυση της συγγένειας με τον πατέρα μετά τον ν. 3089/2002, ΧρΙΔ 2003, 503 (στο πλαίσιο του άρθρ. 1465 § 2 ΑΚ): *Περάκη*, σε Γεωργιάδη ΣΕΑΚ II, άρθρ. 1457 αρ. 19 (στο πλαίσιο του άρθρ. 1465 § 2 ΑΚ) και άρθρ. 1458 αρ. 25 (στο πλαίσιο του άρθρ. 1464 § 2 ΑΚ). Έτσι και η Γνωμοδότηση του ΝΣΚ 261/2010 ΕφΑΔ 2010, 1212, 1214.

11. Βλ. στο πλαίσιο του άρθρ. 1465 § 2 ΑΚ *Παναχρίστου*, Εγχειρίδιο Οικογενειακού Δικαίου³, σ. 273 επ.· *Φουντεδάκη*, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου², άρθρ. 1465 αρ. 62· *την ίδια*, Το τεκμήριο πατρότητας του συζύγου στην περίπτωση της μεταθανάτιας (post mortem) τεχνητής γονιμοποίησης, σε τιμ. τόμ. Ι. Μανωλεδάκη III, σ. (971-)-972· *Πουρνάρα*, σε Γεωργιάδη ΣΕΑΚ II, άρθρ. 1465 αρ. 23 in fine.

12. Βλ. *Κουμουτζή*, ό.π. (υποσ. 10)· πρβλ. *Περάκη*, ό.π. (υποσ. 10).

13. Βλ. *Παναχρίστου*, ό.π. (υποσ. 11)· *Φουντεδάκη*, ό.π. (υποσ. 11)· *Πουρνάρα*, ό.π. (υποσ. 11).

14. Βλ. *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, σ. 50 επ.· *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft², σ. 247.

15. Βλ. στην κατεύθυνση αυτή *Παναδοπούλου-Κλαμαρή*, Ανατροπή ή εξαφάνιση της αποφάσεως εκούσιας δικαιοδοσίας με την οποία παρέχεται άδεια για χρησιμοποίηση παρένθετης μητέρας, ιδίως όταν η ως άνω άδεια παρέχεται σε μοναχικό άνδρα. Μία πρώτη προσέγγιση (Με αφορμή την ΕφΑθ 3357/2010), δημοσ. στο παρόν τεύχος σ. 549. Πρβλ. *Περάκη*, ό.π. (υποσ. 10), άρθρ. 1457 αρ. 19.

16. Βλ. σε αντιδιαστολή με το «κενό εν στενή εννοία» ή «κενό του νόμου» (Gesetzeslücke) *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, σ. 35 επ.· *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³, σ. 196 επ. (ιδίως 198), 245 επ. (ιδίως 246)· *Δωρή*, Σκέψεις για τη διαπίστωση και πλήρωση των κενών στο δίκαιο, ΧρΙΔ 2003, 594 επ.

17. Πρβλ. την ανάλυση του *Δωρή*, ό.π. (υποσ. 16), 596 επ., 600, 602.