

Νίκος Κουμουτζής

*Η τεχνητή αναπαραγωγή των άγαμων μόνων προσώπων και η  
Ευρωπαϊκή Σύμβαση των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου*

μελέτη δημοσιευμένη στον τόμο:

Υποβοηθούμενη αναπαραγωγή και εναλλακτικά οικογενειακά σχήματα  
εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2014, σ. 25-40

Nikos Koumoutzis

*Medically assisted reproduction for single persons and the European  
Convention on Human Rights*

paper published in the volume:

Medically assisted reproduction and alternative family forms  
ed. Sakkoulas, Athens-Thessaloniki, 2014, pp. 25-40

(in Greek)

## Η τεχνητή αναπαραγωγή των άγαμων μόνων προσώπων και η Ευρωπαϊκή Σύμβαση των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου

Νίκος Π. Κουμουτζής

Δ.Ν. – Δικηγόρος

[Η μελέτη δημοσιεύεται στον τόμο *Υποβοηθούμενη αναπαραγωγή και εναλλακτικά οικογενειακά σχήματα*, εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2014, σ. 25-40]

Το ερώτημα με το οποίο καταπιάνεται η μελέτη αυτή είναι αν η Ευρωπαϊκή Σύμβαση των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΣΔΑ) υπαγορεύει στα κράτη-μέλη την παροχή δικαιώματος τεχνητής αναπαραγωγής σε πρόσωπα πρόθυμα να αποκτήσουν απογόνους μόνα τους-εκτός ζεύγους. Η κρίσιμη ρύθμιση εντοπίζεται στα άρθρ. 8 και 14 της ΕΣΔΑ, που αναλύονται πιο κάτω διαδοχικά.

### **Α. Άρθρ. 8 ΕΣΔΑ – Το δικαίωμα ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής**

#### **1. Η § 1 του άρθρ. 8**

Σύμφωνα με την § 1 του άρθρ. 8 ΕΣΔΑ: «*Παν πρόσωπον δικαιούται εις τον σεβασμόν της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής του [...]»*. Δεν χωρεί αμφιβολία ότι έκφανση της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής είναι και η αναπαραγωγή. Τούτη επιτυγχάνεται αφενός με φυσικά και αφετέρου με τεχνητά μέσα. Και στις δύο περιπτώσεις η κατοχύρωση είναι δεδομένη, στην

πρώτη με ένα δικαίωμα στη φυσική αναπαραγωγή, στη δεύτερη με ένα δικαίωμα στην τεχνητή αναπαραγωγή<sup>1</sup>.

Το δικαίωμα στην αναπαραγωγή (φυσική όσο και τεχνητή) προϋποθέτει συνδυασμό δύο δυνατοτήτων<sup>2</sup>. Η μία είναι η δυνατότητα του προσώπου να δρομολογήσει τη βιολογική αλληλουχία της σύλληψης και της γέννησης, με την κατάλληλη κάθε φορά πράξη: τη σεξουαλική πράξη προκειμένου για τη φυσική αναπαραγωγή, την ιατρική πράξη προκειμένου για την τεχνητή αναπαραγωγή. Η άλλη είναι η δυνατότητα του προσώπου να συνδεθεί με το παιδί νομικά με συγγένεια. Η γυναίκα πρέπει να μπορεί να γίνει νομικά μητέρα του. Ο άνδρας πρέπει να μπορεί να γίνει νομικά πατέρας του. Μόνο τότε ολοκληρώνεται η προσπάθεια για απόκτηση απογόνου.

## **2. Η § 2 του άρθρ. 8**

Παρ' όλα αυτά, το δικαίωμα της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής δεν καθιερώνεται ανεπιφύλακτα. Τούτο προκύπτει από την § 2 του άρθρ. 8 ΕΣΔΑ, η οποία ορίζει στην εισαγωγική της περίοδο: «*Δεν επιτρέπεται να υπάρξει επέμβασις δημοσίας αρχής εν τη ασκήσει του δικαιώματος τούτου [...]»*, για να προσθέσει: «*εκτός εάν η επέμβασις αύτη προβλέπεται υπό του νόμου και αποτελεί μέτρον το οποίον, εις μίαν δημοκρατικήν κοινωνίαν, είναι αναγκαίον διά την εθνικήν ασφάλειαν, την δημοσίαν ασφάλειαν, την οικονομικήν ευημερίαν της χώρας, την προάσπισιν της τάξεως και την πρόληψιν ποινικών παραβάσεων, την προστασίαν της υγείας ή της ηθικής, ή την προστασίαν των*

---

<sup>1</sup> Βλ. χαρακτηριστικά *S.H. and others v. Austria* (2011), § 82: 'The Court considers that the right of a couple to conceive a child and to make use of medically assisted procreation for that purpose is also protected by Article 8, as such a choice is an expression of private and family life.' (σε <http://hudoc.echr.coe.int>). – Η αναφορά στο 'δικαίωμα ζεύγους' ('right of a couple') εξηγείται ενόψει του ιστορικού της υπόθεσης. Ακόμα και στην περίπτωση μελών ζεύγους, αυτά δεν έχουν από κοινού (εξ αδιαίρετου) το δικαίωμα του άρθρ. 8 ΕΣΔΑ, αλλά το καθένα έχει ίδιο-αυτοτελές δικαίωμα του άρθρ. 8 ΕΣΔΑ.

<sup>2</sup> Πρβλ. *Κ. Φουντεδάκη*, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, εκδ. Σάκκουλα (2007), σ. 155.

*δικαιωμάτων και ελευθεριών άλλων.*». Υπό το πρίσμα αυτό θα έλεγε κανείς ότι το δικαίωμα ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής είναι απλώς ένα «εκ πρώτης όψεως» (*prima facie*) δικαίωμα<sup>3</sup>. Ο έλεγχος της § 2 θα δείξει ποια φυσιογνωμία αυτό θα προσλάβει εν τέλει. Δύο ενδεχόμενα υπάρχουν: Είτε το δικαίωμα δεν επιδέχεται περιορισμό· στην περίπτωση αυτή γίνεται λόγος για ένα «οριστικό δικαίωμα» (*definitives Recht*), που πρέπει να πραγματοποιηθεί<sup>4</sup>. Είτε το δικαίωμα επιδέχεται περιορισμό· στην περίπτωση αυτή γίνεται λόγος για ένα «οριστικό μη δικαίωμα» (*definitives Nicht Recht*), που μπορεί να ματαιωθεί<sup>5</sup>. Τι από τα δύο ισχύει ως προς το δικαίωμα τεχνητής αναπαραγωγής των άγαμων μόνων ενδιαφερομένων;

### ***3. Η «ηθική» ως πιθανό έρεισμα για επέμβαση στο δικαίωμα τεχνητής αναπαραγωγής των άγαμων μόνων προσώπων***

Στην § 2 του άρθρ. 8 ΕΣΔΑ, ο κατάλογος των έννομων αγαθών με τα οποία φαίνεται να αντιπαρατίθεται το δικαίωμα τεχνητής αναπαραγωγής είναι μακρύς. Η συζήτηση, πάντως, επικεντρώνεται σε δύο αντιρρήσεις, που θεωρούνται οι σοβαρότερες, μία με ρίζα στα «δικαιώματα άλλων» και μία με ρίζα στην «ηθική»:

Είναι προσφιλής αντίληψη ότι το δικαίωμα τεχνητής αναπαραγωγής ελέγχεται με βάση τα «δικαιώματα άλλων» και πιο συγκεκριμένα τα δικαιώματα του παιδιού που θα προέλθει από τη διαδικασία της τεχνητής αναπαραγωγής. Το συμφέρον του παιδιού προωθείται αν συντρέξουν οι εγγυήσεις ομαλής κοινωνικοποίησης και εξέλιξης. Το ζητούμενο, όμως, διακυβεύεται με την ένταξη του παιδιού σε «ιδιόρρυθμα» οικογενειακά

<sup>3</sup> Βλ. *R. Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp (1994), σ. 87 επ., 249 επ. (σε αντιδιαστολή προς την οριστική έννομη θέση –για την οποία βλ. αμέσως πιο κάτω).

<sup>4</sup> Αντίστοιχα, γίνεται λόγος για «οριστική υποχρέωση» σεβασμού του δικαιώματος από το Κράτος.

<sup>5</sup> Αντίστοιχα, γίνεται λόγος για «οριστική μη υποχρέωση» σεβασμού του δικαιώματος από το Κράτος.

σχήματα. Αυτό θα συμβεί αν το μεγαλώσουν γονείς ομόφυλοι σύντροφοι. Αυτό θα συμβεί αν το μεγαλώσουν γονείς μόνοι. Το αποτέλεσμα προλαμβάνεται αν η επιθυμία των πιο πάνω να τεκνοποιήσουν δεν ικανοποιηθεί.

Όλα αυτά, όμως, δεν ηχούν πειστικά. Ακόμα και αν οι δυσοίωνες προβλέψεις ήταν επαληθεύσιμες, και πάλι ο φραγμός στην τεχνητή αναπαραγωγή δεν μπορεί να εκληφθεί ως «μέτρον [...] αναγκαίον διά [...] την προστασίαν των δικαιωμάτων [...]» «του παιδιού». Ποιου «παιδιού»; Εκείνου που θα είχε υπάρξει, αλλά τελικά δεν θα παρουσιασθεί στον κόσμο; Το λογικό σφάλμα είναι προφανές<sup>6</sup>.

Απεναντίας, παρόμοια εμπλοκή δεν ανακύπτει όταν η τεχνητή αναπαραγωγή βάλλεται στο μέτωπο της ηθικής. Το έναυσμα εδώ δίνεται από τη διαπίστωση ότι οι επίδοξοι γονείς, ομόφυλοι σύντροφοι ή μόνοι, έχουν την ευκαιρία για αναπαραγωγή στο πλαίσιο ετερόφυλου ζεύγους. Την απεμπολούν, όμως, με την προτίμησή τους για μια άλλης μορφής ιδιωτικότητα. Έτσι οι ίδιοι προκαλούν έλλειμμα απαραίτητων γεννητικών δυνάμεων, άλλοτε σπέρματος<sup>7</sup>, άλλοτε ωαρίου και μήτρας<sup>8</sup>, δηλαδή περιέρχονται σε συνθήκη «κοινωνικής στειρότητας» (social infertility). Τη

---

<sup>6</sup> Εδώ έγκειται η διαφορά της τεχνητής αναπαραγωγής αφενός και της υιοθεσίας αφετέρου, ως προς την προσφορότητά τους να υποβληθούν σε κρατική ρύθμιση από τη συγκεκριμένη σκοπιά. Η πρώτη αφορά σε «εν δυνάμει πρόσωπα» (potential persons), χωρίς συμφέρον-δικαίωμα να γεννηθούν ή να μην γεννηθούν. Ανάλογα, το Κράτος δεν μπορεί, στο όνομά τους, να ρυθμίζει την τεχνητή αναπαραγωγή. Η δεύτερη αφορά σε «πραγματικά πρόσωπα» (actual persons), με συμφέρον-δικαίωμα να υιοθετηθούν ή να μην υιοθετηθούν. Ανάλογα, το Κράτος μπορεί, στο όνομά τους, να ρυθμίζει την υιοθεσία. Βλ. *D. Heyd, Are 'wrongful life' claims philosophically valid? A critical analysis of a recent court decision (Zeitsov v. Katz (1986) 40(ii) P.D. 85), Israel Law Review 1986, 579· B. Solberg, Getting beyond the welfare of the child in assisted reproduction, Journal of Medical Ethics 2009, 375, 376.* Πρβλ. *N. Κουμουτζή, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου<sup>2</sup>, Π.Ν. Σάκκουλας (2007), άρθρ. 1457-1458 αρ. 75.*

<sup>7</sup> Αυτό ισχύει για τις γυναίκες συντρόφους και τις μόνες γυναίκες.

<sup>8</sup> Αυτό ισχύει για τους άνδρες συντρόφους και τους μόνους άνδρες.

συνθήκη αυτή οφείλουν να την υπομείνουν στη συνέχεια· το να αξιώνουν από τον νόμο δικαίωμα δωρεάς σπέρματος<sup>9</sup> ή δικαίωμα δωρεάς ωαρίου και δανεισμού μήτρας<sup>10</sup> για να την ανατρέψουν δεν είναι ανεκτό!

#### **4. Το «περιθώριο εκτίμησης» του εθνικού νομοθέτη για επέμβαση στο δικαίωμα τεχνητής αναπαραγωγής των άγαμων μόνων προσώπων**

Οι αμέσως προηγούμενες παρατηρήσεις δεν ξεκαθαρίζουν ακόμα αν η επέμβαση στο δικαίωμα τεχνητής αναπαραγωγής των άγαμων μόνων προσώπων «αποτελεί μέτρον το οποίον, εις μίαν δημοκρατικήν κοινωνίαν, είναι αναγκαίον διά [...] την προστασίαν [...] της ηθικής». Στην πραγματικότητα, στο ζήτημα αυτό δεν αρμόζει μονοσήμαντη απάντηση, καταφατική ή αποφατική. Η επιλογή έχει αφεθεί στην ευχέρεια του κάθε εθνικού νομοθέτη.

Πρέπει να σημειωθεί ότι η ευχέρεια αυτή δεν αναφέρεται ούτε στο *corpus* ούτε στις προπαρασκευαστικές εργασίες της ΕΣΔΑ. Είναι προϊόν των οργάνων της. Για την ακρίβεια, από το 1958 η (τότε) Ευρωπαϊκή Επιτροπή των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου και από το 1978 και το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου μιλούν για ένα «περιθώριο εκτίμησης» (*marge d'appréciation, margin of appreciation*) του εθνικού νομοθέτη κατά την εφαρμογή της ΕΣΔΑ. Με την παραχώρηση αυτή λαμβάνονται υπόψη οι διαφορετικές από τόπο σε τόπο πολιτισμικές, ιστορικές, φιλοσοφικές παραδόσεις οι οποίες συναρτώνται με διαφορετικές από τόπο σε τόπο προσεγγίσεις των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Οι γυναίκες (σύντροφοι ή μόνες).

<sup>10</sup> Οι άνδρες (σύντροφοι ή μόντοι).

<sup>11</sup> Σχετικά με το «περιθώριο εκτίμησης» στην ΕΣΔΑ βλ., από την εξαιρετικά πλούσια βιβλιογραφία, ενδεικτικά: *P. Van Dijk/G.J.H. Van Hoof, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*<sup>3</sup>, Kluwer Law International (1998), σ. 82 επ.· *S. Greer, The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing (2000), *passim*· *Y. Arai-Takahashi, The margin of appreciation doctrine: a theoretical analysis of Strasbourg's variable geometry*, σε Α.

Το «περιθώριο εκτίμησης» στο πεδίο της τεχνητής αναπαραγωγής το ανέδειξε πρόσφατα το Τμήμα Ευρείας Σύνθεσης του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, με την απόφαση *S.H. και άλλοι εναντίον Αυστρίας*. Στην υπόθεση αυτή το Δικαστήριο κλήθηκε να κρίνει την απαγόρευση που θεσπίζει η νομοθεσία της Αυστρίας ως προς τη χρήση ξένου γεννητικού υλικού στην τεχνητή αναπαραγωγή. Η απαγόρευση καταλαμβάνει αφενός τη χρήση ξένου σπέρματος για *in vitro* γονιμοποίηση, αφετέρου τη χρήση ξένου ωαρίου για *in vitro* και *in vivo* γονιμοποίηση. Το Δικαστήριο αποφάνθηκε ότι οι αποκλεισμοί αυτοί συμπλέουν με το άρθρ. 8 § 2 ΕΣΔΑ, στηρίζοντας το συμπέρασμά του –μεταξύ άλλων και– στη σκέψη ότι, «λόγω της άμεσης και συνεχούς τους επαφής με τις ζωτικές δυνάμεις των χωρών τους, οι κρατικές αρχές είναι, κατά κανόνα, σε καλύτερη θέση απ’ ό,τι ο διεθνής δικαστής να εκφράσουν γνώμη, όχι μόνο για το ‘ακριβές περιεχόμενο των απαιτήσεων των ηθών’ στη χώρα τους, αλλά επίσης για την αναγκαιότητα ενός περιορισμού που προορίζεται να τις υπηρετήσει [...]»<sup>12</sup>.

Βέβαια, η σκέψη αυτή δεν έχει απόλυτη αξία. Όπως διευκρινίζεται, το «περιθώριο εκτίμησης» «συνοδεύεται από μια Ευρωπαϊκή εποπτεία»<sup>13</sup>. Μια σπουδαία παράμετρος από την οποία εξαρτάται η τελευταία είναι ο βαθμός συναίνεσης που έχει αποκρυσταλλωθεί ανάμεσα στα συμβαλλόμενα κράτη κατά της επέμβασης στο θεμελιώδες δικαίωμα, δηλαδή *pro libertate*. Όσο περισσότερο αυξάνει ο βαθμός συναίνεσης τόσο περισσότερο εδραιώνεται η «Ευρωπαϊκή εποπτεία» και αντίστροφα τόσο περισσότερο κλονίζεται το «περιθώριο εκτίμησης». Οριακά, η «Ευρωπαϊκή εποπτεία» εκτοπίζει το «περιθώριο εκτίμησης» όταν η φιλελεύθερη τάση φθάνει να υπερισχύει ή,

---

Føllesdal/B. Peters/G. Ulfstein (eds.), *Constituting Europe. The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge University Press (2013), σ. 62 επ.

<sup>12</sup> Βλ. *S.H. and others v. Austria* (2011), § 94 και ήδη *Handyside v. The United Kingdom* (1976), § 48 (και οι δύο σε <http://hudoc.echr.coe.int>).

<sup>13</sup> Βλ. *Handyside v. The United Kingdom* (1976), § 49 (σε <http://hudoc.echr.coe.int>).

έστω, όταν η φιλελεύθερη τάση φθάνει να κυριαρχεί συντριπτικά, οπότε οι αποκλίσεις από αυτή δεν διαφεύγουν τη μομφή του Στρασβούργου<sup>14</sup>.

Ωστόσο, τέτοιο ρεύμα υπέρ της τεχνητής αναπαραγωγής των άγαμων μόνων προσώπων δεν επιβεβαιώνεται –κάθε άλλο μάλιστα! Εδώ ας καταγραφούν π.χ. η θετική ρύθμιση αυτής της αναπαραγωγής από τις νομοθεσίες της Αρμενίας ή της Ρωσίας<sup>15</sup>, η αρνητική ρύθμιση αυτής της αναπαραγωγής από τις νομοθεσίες της Αυστρίας<sup>16</sup>, της Γαλλίας<sup>17</sup>, της Γερμανίας<sup>18</sup>, της Ελβετίας<sup>19</sup>, της Ιταλίας<sup>20</sup>, καθώς επίσης η ενδιάμεση-

---

<sup>14</sup> Βλ. *The Sunday Times v. The United Kingdom* (1979), § 59: ‘The domestic law and practice of the Contracting States reveal a fairly substantial measure of common ground in this area [...]. Accordingly, here a more extensive European supervision corresponds to a less discretionary power of appreciation.’ (σε <http://hudoc.echr.coe.int>). Βλ. ακόμα *P. Van Dijk/G.J.H. Van Hoof*, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*<sup>3</sup>, Kluwer Law International (1998), σ. 87 επ.

<sup>15</sup> Βλ. *K. Svitnev*, *Legal regulation of medically assisted reproduction treatment in the C.I.S. (former USSR) countries and cross-border reproductive care*, in *Abstracts of the 27<sup>th</sup> Annual Meeting of ESHRE*, Stockholm, Sweden, 3 July-6 July, 2011, i149 (σε <http://www.eshre.eu/~media/emagic%20files/Annual%20meeting/Stockholm/ESHRE%20011%20abstract%20book.pdf>).

<sup>16</sup> Βλ. § 2 (1) *Fortpflanzungsmedizingesetz*: ‘Eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung ist nur in einer Ehe oder Lebensgemeinschaft von Personen verschiedenen Geschlechts zulässig.’ (σε <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10003046>).

<sup>17</sup> Βλ. *Art. L2141-2 al. 1 Code de la santé publique*: ‘L’assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l’infertilité d’un couple ou d’éviter la transmission à l’enfant ou à un membre du couple d’une maladie d’une particulière gravité. [...]’ (σε <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665&iidArticle=LEGIARTI000006687419&dateTexte=&categorieLien=cid>).

<sup>18</sup> Το θέμα δεν ρυθμίζεται στον *Embryonenschutzgesetz*: ρυθμίζεται στην § 3.1.1. της (*Muster-)**Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion – Novelle 2006* του *Bundesärztekammer*: ‘Methoden der assistierten Reproduktion sollen unter Beachtung des Kindeswohls grundsätzlich nur bei Ehepaaren angewandt werden. [...] Methoden der



αμφίσημη ρύθμιση, θετική για την περίπτωση τεχνητής αναπαραγωγής άγαμης μόνης γυναίκας και αρνητική για την περίπτωση τεχνητής αναπαραγωγής άγαμου μόνου άνδρα, που απαντά στις νομοθεσίες της Ελλάδας<sup>21</sup> και της Ισπανίας<sup>22</sup>.

Η εικόνα αυτή γέρνει την πλάστιγγα προς το «περιθώριο εκτίμησης» και όχι προς την «Ευρωπαϊκή εποπτεία».

---

assistierten Reproduktion können auch bei einer nicht verheirateten Frau angewandt werden. Dies gilt nur, wenn die behandelnde Ärztin/der behandelnde Arzt zu der Einschätzung gelangt ist, dass

– die Frau mit einem nicht verheirateten Mann in einer festgefügtten Partnerschaft zusammenlebt [...]', Deutsches Ärzteblatt, Jg. 103, Heft 20, 19. Mai 2006, A1395

(σε <http://www.bundesaerztekammer.de/downloads/AssRepro.pdf>). [Βλ. και N. Dethloff/C. Ramser, Tensions between legal, biological and social conceptions of parentage. National report for Germany, σε I. Schwenzer (ed.), Tensions between legal, biological and social conceptions of parentage, Intersentia (2007), σ. 178].

<sup>19</sup> Βλ. Art. 3 al. 2 *Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée*: 'Elle [la procréation médicalement assistée] est réservée aux couples [...]' (σε <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20001938/index.html>).

<sup>20</sup> Βλ. Art. 5. *Legge 19 febbraio 2004, n. 40 'Norme in materia di procreazione medicalmente assistita'*: '1. Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi.' (σε <http://www.camera.it/parlam/leggi/040401.htm>).

<sup>21</sup> Βλ. άρθρ. 1456 § 1 ΑΚ (που αναφέρεται σε συναίνεση γυναίκας μόνο –όχι μόνου άνδρα) και άρθρ. 1458 εδ. β' ΑΚ (που αναφέρεται σε αίτηση γυναίκας μόνο –όχι μόνου άνδρα).

<sup>22</sup> Βλ. Art. 6 *Ley 14/2006, de 26 de mayo 'Sobre técnicas de reproducción humana asistida'*: '1. Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa.

La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual.' (σε <http://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf>).

## **B. Άρθρ. 14 ΕΣΔΑ – Το δικαίωμα ισότητας στην απόλαυση της ιδιωτικής και της οικογενειακής ζωής**

### **1. Η απαγόρευση διάκρισης φύλου**

Το άρθρ. 14 ΕΣΔΑ εισάγει, καθώς φανερώνει και ο παράτιτλός του, «απαγόρευση των διακρίσεων»: «*Η χρήσις των αναγνωριζομένων εν τη παρούση Συμβάσει δικαιωμάτων και ελευθεριών δέον να εξασφαλισθή ασχέτως διακρίσεως φύλου, φυλής, χρώματος, γλώσσης, θρησκείας, πολιτικών ή άλλων πεποιθήσεων, εθνικής ή κοινωνικής προελεύσεως, συμμετοχής εις εθνικήν μειονότητα, περιουσίας, γεννήσεως ή άλλης καταστάσεως.*». Σχετικά με την ιατρική υποβοήθηση της αναπαραγωγής των άγαμων μόνων προσώπων, φάνηκε μόλις ότι αυτήν την προσφέρουν στην άγαμη μόνη γυναίκα (την επίδοξη μητέρα) ενώ την αρνούνται στον άγαμο μόνο άνδρα (τον επίδοξο πατέρα) η Ισπανία και η Ελλάδα. Μένει, λοιπόν, να εξετασθεί αν η Ισπανία και η Ελλάδα προβαίνουν σε «διάκριση φύλου» και έτσι παραλείπουν να συμμορφωθούν με το άρθρ. 14 ΕΣΔΑ.

Ίσως αντέτεινε κανείς ότι η περαιτέρω αναζήτηση δεν έχει νόημα· διότι το γεγονός ότι μια νομοθεσία μεταχειρίζεται ευνοϊκά τη γυναίκα και δυσμενώς τον άνδρα δηλώνει ήδη από μόνο του πρόβλημα.

Συναφώς πρέπει να τονισθεί ότι το άρθρ. 14 ΕΣΔΑ κάνει λόγο, στη μεν γαλλική του εκδοχή για εξασφάλιση της απόλαυσης των δικαιωμάτων της Σύμβασης «χωρίς οποιαδήποτε διάκριση» ('sans distinction aucune'), στη δε αγγλική του εκδοχή για εξασφάλιση της απόλαυσης των δικαιωμάτων της Σύμβασης «χωρίς μεροληπτική διάκριση» ('without discrimination'). Από νωρίς το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου<sup>23</sup> παραμέρισε την ευρεία εκδοχή, αυτήν του γαλλικού κειμένου, και προέταξε τη στενή εκδοχή, αυτήν του αγγλικού κειμένου, διατυπώνοντας παράλληλα σύσταση για ερμηνεία της πρώτης «στο φως» της δεύτερης. Την ερμηνεία

<sup>23</sup> Βλ. *Case 'relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium' v. Belgium* (1968), § 10 (σε <http://hudoc.echr.coe.int>). Βλ. ακόμα *F. Jacobs/R. White/C. Ovey*, *The European Convention on Human Rights*<sup>4</sup>, Oxford University Press (2006), σ. 416 επ.

αυτή επικύρωσε αργότερα το 11<sup>ο</sup> Πρωτόκολλο ΕΣΔΑ, με τον τίτλο που προσέθεσε στο άρθρ. 14 ΕΣΔΑ: για το γαλλικό κείμενο ‘Interdiction de discrimination’, όπως για το αγγλικό κείμενο ‘Prohibition of discrimination’<sup>24</sup>.

Επομένως, το θέμα είναι πώς θα χαρακτηριστεί η διάκριση ανάμεσα στη γυναίκα και τον άνδρα: δεν είναι μεροληπτική αν μπορεί να αποδοθεί σε αξιολογικά ουσιώδη διαφορά τους· είναι μεροληπτική αν πρέπει να αποδοθεί στη γυμνή διαφορά του φύλου τους.

## **2. Η διαφορά άγαμης μόνης γυναίκας-άγαμου μόνου άνδρα**

### *α. Ισπανία*

Αξιοπρόσεκτο είναι ότι στο σύστημα της ισπανικής νομοθεσίας δεν έχει περιληφθεί δικαίωμα τεχνητής αναπαραγωγής με δανεισμό μήτρας<sup>25</sup>. Οι υπηρεσίες κυοφόρου μητέρας αποκλείονται στον άγαμο μόνο άνδρα, την άγαμη μόνη γυναίκα, τα ζεύγη συζύγων ή συντρόφων. Από εδώ, βέβαια, απορρέει πολλαπλή δυσμενής διάκριση κάποιων από αυτούς έναντι των

<sup>24</sup> Βλ. Annexe του Protocole n° 11 à la Convention de Sauvegarde des Droits de l’Homme et des Libertés Fondamentales, portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention (σε <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/155.htm>) και Appendix του Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, restructuring the control machinery established thereby (σε <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/155.htm>). – Η Ελλάδα κύρωσε το 11<sup>ο</sup> Πρωτόκολλο με τον ν. 2400/1996 (ΦΕΚ Α΄ 96/4.6.1996). Ωστόσο, ο νέος τίτλος μεταφράσθηκε (από τα γαλλικά) ατυχώς «Απαγόρευση των διακρίσεων» αντί του ορθού «Απαγόρευση των μεροληπτικών διακρίσεων». Εξ αιτίας αυτού δεν αποτυπώθηκε η διόρθωση που είχε επέλθει στο γαλλικό πρωτότυπο του άρθρ. 14 ΕΣΔΑ.

<sup>25</sup> Βλ. *Art. 10 Ley 14/2006, de 26 de mayo ‘Sobre técnicas de reproducción humana asistida’*: ‘1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.’ (σε <http://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf>).

υπολοίπων: Για όσους η συγκεκριμένη μέθοδος είναι απαραίτητη (και τούτο συμβαίνει για τον άγαμο μόνο άνδρα άνευ ετέρου, καθώς και για εκείνη την άγαμη μόνη γυναίκα και εκείνα τα ζεύγη που αντιμετωπίζουν πρόβλημα κυοφορίας), το σχέδιο της τεχνητής αναπαραγωγής ακυρώνεται. Για όσους η συγκεκριμένη μέθοδος είναι αδιάφορη (και τούτο συμβαίνει για εκείνη την άγαμη μόνη γυναίκα και εκείνα τα ζεύγη που δεν αντιμετωπίζουν πρόβλημα κυοφορίας), το σχέδιο της τεχνητής αναπαραγωγής δεν επηρεάζεται. Εξ ου η δυσμενής διάκριση του άγαμου μόνου άνδρα έναντι της άγαμης μόνης γυναίκας χωρίς πρόβλημα κυοφορίας· του άγαμου μόνου άνδρα έναντι των ζευγών χωρίς πρόβλημα κυοφορίας· της άγαμης μόνης γυναίκας με πρόβλημα κυοφορίας έναντι της άγαμης μόνης γυναίκας χωρίς τέτοιο πρόβλημα· της άγαμης μόνης γυναίκας με πρόβλημα κυοφορίας έναντι των ζευγών χωρίς τέτοιο πρόβλημα· των ζευγών με πρόβλημα κυοφορίας έναντι των ζευγών χωρίς τέτοιο πρόβλημα. Σε κάθε περίπτωση, όμως, πρόκειται για τομές θεμιτές από τη σκοπιά του άρθρ. 14 ΕΣΔΑ. Σημαντικό είναι ότι δεν χαράσσονται αυθαίρετα βάσει «φύλου» ή βάσει «άλλης καταστάσεως», αλλά αντανακλούν την ακολουθούμενη πολιτική ως προς στον δανεισμό μήτρας.

### *β. Ελλάδα*

Στην Ελλάδα, πάλι, ο ν. 3089/2002 κινείται σε άλλο μήκος κύματος, καθώς αποδεικνύεται εχθρικός προς τον δανεισμό μήτρας για χάρη άγαμου μόνου άνδρα και φιλικός προς τον δανεισμό μήτρας για χάρη άγαμης μόνης γυναίκας<sup>26</sup>, με συνέπεια η αξιολογικά ουσιώδης διαφορά άνδρα-γυναίκας να μην βρίσκεται στις πιο πάνω υπό α επισημάνσεις.

Στο σημείο αυτό επιστρατεύεται το δεδομένο ότι ο δανεισμός μήτρας δεν ανταποκρίνεται σε ίδιας τάξης ανάγκη της γυναίκας και του άνδρα. Η γυναίκα χρειάζεται τον δανεισμό διότι αδυνατεί να κυοφορήσει λόγω βλάβης –π.χ. δεν

---

<sup>26</sup> Βλ. άρθρ. 1458 εδ. β' ΑΚ.

έχει μήτρα, ενώ φυσιολογικά θα είχε, ή η μήτρα της είναι δυσλειτουργική, ενώ φυσιολογικά δεν θα ήταν. Ο άνδρας χρειάζεται τον δανεισμό διότι αδυνατεί να κυφορήσει λόγω κατασκευής –ανατομικά η φύση δεν τον έχει προικίσει με μήτρα. Πάνω σε αυτό το υπόβαθρο, η γυναίκα αποκτά/ο άνδρας δεν αποκτά πρόσβαση στην ξένη μήτρα, καθώς ο νόμος υπακούει σε μια «γενική αρχή»: ότι η ιατρική υποβοήθηση στην αναπαραγωγή παριστά για τους ενδιαφερομένους έναν τρόπο να αναπληρώσουν και όχι να υπερβούν τις γεννητικές δυνάμεις του φύλου τους<sup>27</sup>.

Ωστόσο, η παραδοχή για τη «γενική αρχή» δεν ευσταθεί. Παραβλέπεται ότι στον στόχο της τεκνοποιίας κανένα φύλο δεν φθάνει αυτοδύναμο, χωρίς την υπέρβαση των ορίων του ανθρώπινου σώματος με συνδρομή από το αντίθετο φύλο. Για να τεκνοποιήσει η άγαμη μόνη γυναίκα χρειάζεται, πέρα από τα όρια του φύλου της, το ανδρικό σπέρμα. Για να τεκνοποιήσει ο άγαμος μόνος άνδρας χρειάζεται, πέρα από τα όρια του φύλου του, τα γυναικεία ωάρια και τη γυναικεία μήτρα. Από την πλευρά του, ο νόμος απονέμει στη γυναίκα το δικαίωμα για δωρεά σπέρματος, στερεί από τον άνδρα το δικαίωμα για δωρεά ωαρίων και δανεισμό μήτρας: *δύο μέτρα και δύο σταθμά*<sup>28</sup>!

<sup>27</sup> Βλ. *T. Βιδάλη*, Το πρόταγμα της οικογένειας: η συνταγματικότητα του νόμου για την «ιατρική υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή», ΝοΒ 2003, 839 επ.· *Θ. Παπαχρίστου*, Η τεχνητή αναπαραγωγή στον Αστικό Κώδικα, εκδ. Σάκκουλα (2003), σ. 55 επ.· *τον ίδιο*, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου<sup>2</sup>, Π.Ν. Σάκκουλας (2007), Εισαγ. άρθρ. 1455-1460 αρ. 29.

<sup>28</sup> Βλ. *N. Κουμουτζή*, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου<sup>2</sup>, Π.Ν. Σάκκουλας (2007), άρθρ. 1457-1458 αρ. 79· *τον ίδιο*, Η τεχνητή αναπαραγωγή του άγαμου μόνου άνδρα, ΧρΙΔ 2011, 316 επ.· *Ε. Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη*, Οικογενειακό Δίκαιο ΙΙ<sup>5</sup>, εκδ. Σάκκουλα (2012), σ. 57· *την ίδια*, Ιατρικά υποβοηθούμενη αναπαραγωγή: επαναπροσδιορίζοντας την έννοια της οικογένειας, σε Ιατρική υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή: 10 χρόνια εφαρμογής του Ν. 3089/2002, εκδ. Σάκκουλα (2012), σ. 47· *Θ. Παπαχρίστου*, Το δικαίωμα αναπαραγωγής και οι περιορισμοί του, σε Σ. Τσινόρεμα και Κ. Λούη (επιμ.), Θέματα βιοηθικής: η ζωή, η κοινωνία και η φύση μπροστά στις προκλήσεις των βιοεπιστημών, Πανεπιστημιακές εκδόσεις Κρήτης (2013), σ. 289· *Θ. Τροκάνα*, Ανθρώπινη αναπαραγωγή. Η ιδιωτική αυτονομία και τα όριά της, εκδ. Σάκκουλα (2011), σ. 222· *Β. Περάκη*, σε Γεωργιάδη ΣΕΑΚ ΙΙ, Π.Ν. Σάκκουλας (2013), άρθρ. 1458 αρ. 21 και άρθρ. 1455 αρ. 5.

### 3. Το κενό στο ελληνικό δίκαιο

Το συμπέρασμα από τα πιο πάνω είναι ότι το ελληνικό δίκαιο εμφανίζει κενό, στην έκταση που δεν καταστρώνει τη ρύθμιση την οποία οφείλει για το δικαίωμα τεχνητής αναπαραγωγής του άγαμου μόνου άνδρα.

Το κενό αυτό πληρούται με συνολική αναλογία όσων ισχύουν για το δικαίωμα τεχνητής αναπαραγωγής της άγαμης μόνης γυναίκας, δηλαδή αφενός στο σκέλος του επιτρεπτού της ιατρικής υποβοήθησης, αφετέρου στο σκέλος της ίδρυσης της συγγένειας γονέα-παιδιού<sup>29</sup>:

- Το επιτρεπτό της ιατρικής υποβοήθησης για τον άνδρα επιτυγχάνεται με αναλογία των κανόνων που προνοούν για την εισαγωγή του θεσμού της δικαστικής άδειας του δανεισμού μήτρας (άρθρ. 1458 ΑΚ), για τους κατ' ιδίαν όρους της (άρθρ. 1458 ΑΚ και άρθρ. 8 του ν. 3089/2002), για τη διαδικασία της δίκης (άρθρ. 121 ΕισΝΑΚ), για το δικαστήριο που είναι αρμόδιο να δικάσει (καθ' ύλη: άρθρ. 740 § 1 εδ. β' ΚΠολΔ· κατά τόπο: άρθρ. 799 § 1 ΚΠολΔ). Ο μηχανισμός αυτός υποστηρίζει (ως έχει) την έκδοση άδειας όταν η αίτηση υποβάλλεται από γυναίκα και (με προσαρμογή) την έκδοση άδειας όταν η αίτηση υποβάλλεται από άνδρα.

- Η ίδρυση της συγγένειας γονέα-παιδιού για τον άνδρα επιτυγχάνεται με αναλογία του άρθρ. 1464 § 1 ΑΚ. Εν προκειμένω, το «τεκμήριο» μητρότητας της κατόχου της άδειας, όταν αδειοδοτείται ο δανεισμός της γυναίκας, επεκτείνεται σε «τεκμήριο» πατρότητας του κατόχου της άδειας, όταν αδειοδοτείται ο δανεισμός του άνδρα.

Με αυτήν τη μεθόδευση, το ελληνικό δίκαιο ευθυγραμμίζεται με την επιταγή του άρθρ. 14 ΕΣΔΑ για ισότητα των φύλων αναφορικά με το δικαίωμα τεχνητής αναπαραγωγής<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Βλ. για τα επόμενα εκτενώς Ν. Κουμουτζή, Η τεχνητή αναπαραγωγή του άγαμου μόνου άνδρα, ΧρΙΔ 2011, 317.

<sup>30</sup> Εδώ έχουμε μια εναρμονισμένη με την ΕΣΔΑ αναλογία. Πρβλ. C.-W. Canaris, Die verfassungskonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen

#### 4. Οι εξελίξεις στην ελληνική νομολογία

Αντίθετα απ' ό,τι θα φανταζόταν κανείς, η τεχνητή αναπαραγωγή του άγαμου μόνου άνδρα δεν είναι απλή υπόθεση εργασίας, αλλά έχει απασχολήσει τη νομολογία.

*α. Οι αποφάσεις των Μονομελών Πρωτοδικείων Αθηνών υπ' αρ. 2827/2008 και Θεσσαλονίκης υπ' αρ. 13707/2009*

Μέχρι σήμερα δύο άγαμοι μόνου άνδρες υπέβαλαν αιτήματα άδειας για δανεισμό μήτρας, ο ένας στο Μονομελές Πρωτοδικείο Αθηνών, ο άλλος στο Μονομελές Πρωτοδικείο Θεσσαλονίκης. Εκδόθηκαν οι αποφάσεις υπ' αρ. 2827/2008 του Πρωτοδικείου των Αθηνών<sup>31</sup> και υπ' αρ. 13707/2009 του Πρωτοδικείου της Θεσσαλονίκης<sup>32</sup>. Και τα δύο δικαστήρια διέγνωσαν ότι η λύση που προκρίθηκε από τον ν. 3089/2002, οι άγαμες μόνες γυναίκες να έχουν και οι άγαμοι μόνου άνδρες να μην έχουν το δικαίωμα τεχνητής αναπαραγωγής, «δεν δικαιολογείται [...] κατά [το άρθρ.] 4 παρ. 2 του Συντάγματος» (πρβλ. το άρθρ. 14 ΕΣΔΑ), που επιβάλλει την ισονομία των φύλων, δηλαδή όπως φορείς του δικαιώματος είναι οι γυναίκες, έτσι φορείς του δικαιώματος να είναι και οι άνδρες· γι' αυτό προχώρησαν στην ενδεδειγμένη αναλογία δικαίου. Ως εκ τούτου, τα αιτήματα για δανεισμό μήτρας έγιναν δεκτά.

*β. Η απόφαση του Εφετείου Αθηνών υπ' αρ. 3357/2010*

---

Methodenlehre, in *Privatrecht und Methode*. Festschrift für Ernst A. Kramer, Helbing & Lichtenhahn (2004), σ. 155 επ. (: *'verfassungskonforme Analogie'*).

<sup>31</sup> Βλ. ΧρΙΔ 2009, 817 επ., με παρατ. Θ. Παπαχρίστου, καθώς επίσης Ιατρικό Δίκαιο και Βιοηθική, τεύχ. 9 –Ιανουάριος-Φεβρουάριος-Μάρτιος 2010, 2 επ., με παρατ. Έ. Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη (σε <http://www.medlaw-bioethics.gr>).

<sup>32</sup> Βλ. ΧρΙΔ 2011, 267 επ.

Η ρηξικέλευθη αυτή στάση τροφοδότησε αντιδράσεις. Ήδη, η απόφαση ΜΠρΑθ υπ' αρ. 2827/2008 εφεσιβλήθηκε από τον Εισαγγελέα Πρωτοδικών Αθηνών και εξαφανίστηκε με την απόφαση ΕφΑθ υπ' αρ. 3357/2010<sup>33</sup>. Στην αιτιολογία του, το Εφετείο δεν βλέπει διάκριση λόγω φύλου μεταξύ άγαμης μόνης γυναίκας και άγαμου μόνου άνδρα: «Τη διαφορά στη νομοθετική ρύθμιση ως προς τα δύο φύλα τη δημιουργεί η διαφορετική φύση τους [...] Μόνο η γυναίκα κυοφορεί 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 παιδιά, θα χρειαζόταν ακριβώς η προσφυγή στην παρένθετη μητρότητα που όμως σημαίνει κάλυψη μιας ιατρικής αδυναμίας που δεν είναι δική τους.». Έτσι, όμως, το Εφετείο επαναλαμβάνει ένα τρωτό επιχείρημα και εκτίθεται σε κριτική: «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;»<sup>34</sup>

### γ. Προοπτικές

Στο ζήτημα της τεχνητής αναπαραγωγής του άγαμου μόνου άνδρα δεν έχει ακόμα τοποθετηθεί ο Άρειος Πάγος. Τούτο ίσως συμβεί· λαβή για άσκηση αναίρεσης έχει δώσει η πιο πάνω υπόθεση, όπως μπορεί να δώσει άλλη υπόθεση. Σε κάθε περίπτωση, αν το αίτημα του άγαμου μόνου άνδρα απορριφθεί (και) στον τελευταίο βαθμό, τότε θα υπάρχει πλέον έδαφος για

<sup>33</sup> Βλ. ΝοΒ 2012, 1439 επ., με παρατ. Π. Νικολόπουλου· ΧρΙΔ 2013, 508 επ.· ΕλλΔνη 2013, 739 επ.

<sup>34</sup> *Ε. Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη*, Ιατρικά υποβοηθούμενη αναπαραγωγή: Επαναπροσδιορίζοντας την έννοια της οικογένειας, στον τόμο *Ιατρική υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή: 10 χρόνια εφαρμογής του Ν. 3089/2002*, εκδ. Σάκκουλα (2012), σ. 47.



προσφυγή στο Ευρωπαϊκό Δικαστήριο των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, όπου είναι πολύ πιθανό η προσφυγή να ευδοκιμήσει και η Ελλάδα να καταδικασθεί για παραβίαση του άρθρ. 14 ΕΣΔΑ. Ο χρόνος θα δείξει.