

Νίκος Κουμουτζής

Κενά στη ρύθμιση της μεταθανάτιας τεχνητής αναπαραγωγής

μελέτη δημοσιευμένη στον τόμο:

Ιατρική υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή: 10 χρόνια εφαρμογής του Ν. 3089/2002. Συνέδριο προς τιμήν της Καθηγήτριας Ε. Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη – 26-27 Απριλίου 2012

εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2013, σ. 139-153

Nikos Koumoutzis

Gaps in the legal framework of post mortem artificial reproduction

paper published in the volume:

Medical assistance to human reproduction: 10 years of application of law no 3089/2002. Proceedings of the conference held in Thessaloniki, 26-27 April 2012, in honor of professor E. Kounougeri-Manoledaki

ed. Sakkoulas, Athens-Thessaloniki, 2013, pp. 139-153

(in Greek)

Κενά στη ρύθμιση της μεταθανάτιας τεχνητής αναπαραγωγής

Νίκος Π. Κουμουτζής

Δ.Ν. - Δικηγόρος

[Η μελέτη δημοσιεύεται στον τόμο *Ιατρική υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή: 10 χρόνια εφαρμογής του Ν. 3089/2002. Συνέδριο προς τιμήν της Καθηγήτριας Ε. Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη - 26-27 Απριλίου 2012*, εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2013, σ. 139-153]

Α. Εισαγωγή

Ο ν. 3089/2002 βρίσκεται στο μέσον μιας σύγκρουσης, που υπονοείται στο άρθρ. 5 § 1 Σ. Αυτό καθιερώνει το δικαίωμα ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας, στο οποίο, σύμφωνα με την κρατούσα γνώμη¹, εμπίπτει και το δικαίωμα στην αναπαραγωγή, φυσική όσο και τεχνητή. Ταυτόχρονα, όμως, θεσπίζει πολύπλευρο περιορισμό, αφού το δικαίωμα πρέπει «[να μην] προσβάλλει τα δικαιώματα των άλλων», «[να μην] παραβιάζει το Σύνταγμα», «[να μην] παραβιάζει τα χρηστά ήθη». Έτσι, ο ν. 3089/2002 καλείται να λάβει υπόψη επιταγές που πηγάζουν και από τα δύο επίπεδα. Αφενός να δώσει πρόσβαση στην ιατρική υποβοήθηση στην αναπαραγωγή, για να προστατεύσει το δικαίωμα του άρθρ. 5. Αφετέρου να ορίσει προϋποθέσεις για την πρόσβαση στην ιατρική υποβοήθηση στην αναπαραγωγή, για να προστατεύσει τα αντίρροπα αγαθά του άρθρ. 5. *Ο γνώμονας δράσης εντοπίζεται στη συνταγματική στάθμιση όπως αποκρυσταλλώνεται κάθε φορά ανάλογα με τις περιστάσεις.*

Το ιδανικό είναι οι προϋποθέσεις που τίθενται να είναι όσες ακριβώς αρμόζουν σύμφωνα με τη συνταγματική στάθμιση. Τότε, το δικαίωμα αναπαραγωγής και τα αντίρροπα αγαθά εξισορροπούνται με τον καλύτερο

¹ Βλ. αντί πολλών *Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη*, *ΟικογΔ* II⁵, σ. 3 επ. και *Παπαχρίστου*, *ΕγγΟικογΔ*³, σ. 215.

δυνατό τρόπο. Συμβαίνουν, όμως, και αστοχίες προς τη μία ή την άλλη κατεύθυνση. Αν οι προϋποθέσεις του νόμου είναι περισσότερες από όσες θα έπρεπε, τότε διαπιστώνεται *έλλειμμα επιτρεπτού*, εξ αιτίας του οποίου προσβάλλεται το υπέρτερο δικαίωμα στην αναπαραγωγή. Αν οι προϋποθέσεις του νόμου είναι λιγότερες από όσες θα έπρεπε, τότε διαπιστώνεται *πλεόνασμα επιτρεπτού*, εξ αιτίας του οποίου προσβάλλονται τα υπέρτερα αντίρροπα αγαθά.

Τα φαινόμενα αυτά υποδηλώνουν δύο ειδών κενά στον ν. 3089/2002. Το έλλειμμα επιτρεπτού υποδηλώνει *εμφανές κενό*. Τέτοιο κενό έχουμε όταν η βιοτική ύλη δεν υπόκειται σε ρύθμιση (εδώ σε ρύθμιση του επιτρεπτού) στην οποία ορθό είναι να υπόκειται. Η ελλείπουσα ρύθμιση θα προστεθεί με αναλογία του ν. 3089/2002². Το πλεόνασμα επιτρεπτού υποδηλώνει *συγκαλυμμένο κενό*. Τέτοιο κενό έχουμε όταν η βιοτική ύλη υπόκειται σε ρύθμιση (εδώ σε ρύθμιση του επιτρεπτού) στην οποία δεν είναι ορθό να υπόκειται. Η πλεονάζουσα ρύθμιση θα εξαιρεθεί με συστολή του ν. 3089/2002³. Στο μέτρο που οι διαπλάσεις αυτές αποσοβούν τριβές του ν. 3089/2002 με το άρθρ. 5 § 1 Σ, μιλάμε για εναρμονισμένες με το Σ αναλογία και συστολή⁴.

Στη συνέχεια η ανάλυση αυτή προσαρμόζεται στη ρύθμιση της μεταθανάτιας αναπαραγωγής και πιο συγκεκριμένα στις προϋποθέσεις του άρθρ. 1457 § 1 στοιχ. α' ΑΚ: «*Ο σύζυγος ή ο μόνιμος σύντροφος της γυναίκας να έπασχε από ασθένεια που συνδέεται με πιθανό κίνδυνο στειρότητας ή να υπήρχε κίνδυνος θανάτου του*». Στην εν λόγω διάταξη εύκολα γίνεται ο διαχωρισμός των αντικειμενικών και των υποκειμενικών προϋποθέσεων. Από

² Για τα εμφανή κενά και την πλήρωσή τους βλ. Παπανικολάου, Μεθοδολογία ΙδΔ, αρ. 348, 363 επ.· Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³, σ. 198 επ., 202 επ.

³ Για τα συγκαλυμμένα κενά και την πλήρωσή τους βλ. Παπανικολάου, Μεθοδολογία ΙδΔ, σ. 349 επ., 375 επ.· Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³, σ. 198 επ., 210 επ.

⁴ Βλ. προπάντων Canaris, Die verfassungskonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, σε Privatrecht und Methode. Festschrift für Ernst A. Kramer, σ. 155 επ. (verfassungskonforme Analogie) και 157 επ. (verfassungskonforme Reduktion).

τη μία πλευρά βρίσκεται η «ασθένεια που συνδέεται με πιθανό κίνδυνο στειρότητας» και ο «κίνδυνος θανάτου» του νεκρού. Από την άλλη πλευρά βρίσκεται η περιγραφή του νεκρού: αυτός είναι «ο σύζυγος ή ο μόνιμος σύντροφος της γυναίκας».

B. Οι αντικειμενικές προϋποθέσεις του άρθρ. 1457 § 1 στοιχ. α' ΑΚ

Με τις προϋποθέσεις αυτές ο νομοθέτης επιχειρεί να διατηρήσει τη μεταθανάτια αναπαραγωγή «μέσα σε όρια που διαφυλάγουν την κοινωνική υπέρ αυτής συναίνεση»⁵. Το κέντρο βάρους τοποθετείται στα χρηστά ήθη, τα οποία δεν ανέχονται να προσφεύγει κάποιος στη μεταθανάτια ιατρική υποβοήθηση μόνο και μόνο διότι απορρίπτει την αναπαραγωγή εν ζωή, φερ' ειπείν για να αποφύγει δεσμεύσεις που θα είχαν επιπτώσεις στην επαγγελματική του σταδιοδρομία, την οικονομική του κατάσταση, τον ελεύθερο χρόνο του, ή για να ικανοποιήσει απλώς την ιδιορρυθμία του. Τέτοιου είδους κίνητρα δεν αρκούν. *Η μεταθανάτια ιατρική υποβοήθηση επιτρέπεται μόνο στη βάση κάποιου σπουδαίου λόγου που εμποδίζει την αναπαραγωγή εν ζωή.*

1. Ο «κίνδυνος θανάτου»

Η προϋπόθεση «να υπήρχε κίνδυνος θανάτου», π.χ. λόγω προσβολής από ασθένεια όπως καρκίνο του εγκεφάλου / του πνεύμονα / του ήπατος..., aids, κ.λπ. ή λόγω συμμετοχής σε πολεμικές επιχειρήσεις⁶, παραπέμπει σε μια ακραία κατάσταση στην οποία η αναπαραγωγή εν ζωή συναντά πράγματι ανυπέρβλητο εμπόδιο. Το εμπόδιο αυτό είναι ήδη *ψυχολογικό*, όταν, στην προοπτική του θανάτου, η προσπάθεια για εν ζωή αναπαραγωγή

⁵ Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη, ΟικογΔ ΙΙ⁵, σ. 40.

⁶ Βλ. Κουμουτζή, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου², άρθρ. 1457-1458 αρ. 17, με παραπομπές.

αποθαρρύνεται⁷, ή είναι εν τέλει βιολογικό, όταν, με την επέλευση του θανάτου, η προσπάθεια για εν ζωή αναπαραγωγή διακόπτεται.

1.1. Συστολή του κανόνα;

Ο «κίνδυνος θανάτου» μπορεί να αναφαίνεται μετά την ηλικία φυσικής ικανότητας αναπαραγωγής, εδώ μάλιστα και εξαιτίας της φυσιολογικής ανθρώπινης φθοράς που έχει να κάνει με την πρόκληση ανωμαλιών από τις οποίες κλονίζεται σοβαρά η υγεία, ή απλώς με το γεγονός ότι κάποιος προσεγγίζει ή ξεπερνά το προσδόκιμο επιβίωσης. Από την άλλη πλευρά, η μεταθανάτια ιατρική υποβοήθηση της αναπαραγωγής σε ένα τόσο όψιμο στάδιο αποδοκιμάζεται από τα χρηστά ήθη. Η εντύπωση που ίσως δημιουργείται στο σημείο αυτό είναι ότι επιβάλλεται η συστολή του άρθρ. 1457 § 1 στοιχ. α' ΑΚ, διότι αλλιώς η μεταθανάτια υποβοήθηση της αναπαραγωγής σε ένα τόσο όψιμο στάδιο αφήνεται ανεξέλεγκτη⁸. Όμως, σε εγγύτερη προσέγγιση τέτοιο θέμα δεν ανακύπτει. Το επιτρεπτό καθορίζεται από το άρθρ. 1457 § 1 στοιχ. α' ΑΚ (που θέτει ως ειδική προϋπόθεση της post mortem υποβοήθησης να υπάρχει κίνδυνος θανάτου) και από το άρθρ. 1455 § 1 εδ. β' ΑΚ (που θέτει ως γενική προϋπόθεση της εν ζωή και της post mortem υποβοήθησης να υπάρχει ηλικία φυσικής ικανότητας αναπαραγωγής) σωρευτικά. Επομένως, στην υπό συζήτηση περίπτωση (κίνδυνος θανάτου χωρίς ηλικία φυσικής ικανότητας αναπαραγωγής) η *συνολική προϋπόθεση* του νόμου για την υποβοήθηση δεν ικανοποιείται⁹.

⁷ Βλ. *Κουμουτζή*, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου², άρθρ. 1457-1458 αρ. 23.

⁸ Βλ. *Κουμουτζή*, σε *Ιατρικό Δίκαιο & Βιοηθική* τεύχ. 17/2012, 1.

⁹ Βλ. στην κατεύθυνση της συστηματικής ερμηνείας *Κουμουτζή*, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου², άρθρ. 1457-1458 αρ. 18, όπου επίσης προτείνεται ότι το αίτημα δικαστικής άδειας για την post mortem υποβοήθηση δεν θα είναι αβάσιμο *αν ο κίνδυνος θανάτου απειλούσε το πρόσωπο ενώ αυτό βρισκόταν ακόμα σε ηλικία φυσικής ικανότητας αναπαραγωγής*. Η εξήγηση είναι ότι το ψυχολογικό εμπόδιο αναπαραγωγής εν ζωή (βλ. πιο πάνω υπό 1) καταδικάζει σε απραξία, με αποτέλεσμα η ηλικία φυσικής ικανότητας αναπαραγωγής να εξαντλείται από ανώτερη βία. Η στάση αυτή έχει την κατανόηση του

1.2. Αναλογική εφαρμογή του κανόνα

Ο νόμος απαιτεί για τη μεταθανάτια αναπαραγωγή «να υπήρχε κίνδυνος θανάτου». Έτσι δεν προνοεί για όσους ήταν σε *συγγνωστή πλάνη* ότι αυτό συνέβαινε, χαρακτηριστικά διότι το πιστοποιούσε συγκεκριμένη ιατρική διάγνωση η οποία αποδείχθηκε εσφαλμένη, π.χ. κατά τη νεκροψία που διενεργήθηκε για να διευκρινισθούν τα ακριβή αίτια θανάτου από ατύχημα, εγκληματική ενέργεια... Η ουσία είναι ότι, μέχρι τον χρόνο του θανάτου, οι επίδοξοι γονείς που απλώς νομίζουν ότι διατρέχουν κίνδυνο βιώνουν ψυχολογικό εμπόδιο για αναπαραγωγή εν ζωή (βλ. πιο πάνω υπό 1) και δεν παρακάμπτουν το στάδιο αυτό στο όνομα της ελευθερίας της βούλησης. Η στέρηση από αυτούς του δικαιώματος για μεταθανάτια αναπαραγωγή είναι χωρίς αντίκρισμα στα χρηστά ήθη. Η υπέρ τους αναλογική εφαρμογή του άρθρ. 1457 § 1 στοιχ. α' ΑΚ ενδείκνυται¹⁰.

2. Η «ασθένεια που συνδέεται με πιθανό κίνδυνο στειρότητας»

Η άλλη προϋπόθεση για τη μεταθανάτια αναπαραγωγή είναι ο άνδρας «να έπασχε από ασθένεια που συνδέεται με πιθανό κίνδυνο στειρότητας». Παράδειγμα: ο καρκίνος των όρχεων, που καθιστά επιτακτική τη ραδιοθεραπεία¹¹.

2.1. Συστολή του κανόνα

Στην πιο πάνω περίπτωση δεν χωρεί αμφιβολία ότι, αν ακολουθήσει η θεραπεία και η καταστροφή του γεννητικού υλικού, ο άνδρας χρειάζεται μια άμεση ιατρική υποβοήθηση: ακριβώς τη λήψη και την κρυοσυντήρηση του

μέσου κοινωνικού ανθρώπου. Το άρθρ. 1455 § 1 εδ. β' ΑΚ δεν θα ισχύσει εν προκειμένω (με συστολή).

¹⁰ Βλ. Κουμουτζή, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου², άρθρ. 1457-1458 αρ. 22.

¹¹ Βλ. Κουμουτζή, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου², άρθρ. 1457-1458 αρ. 13, με παραπομπές.

γεννητικού υλικού ώστε αυτό να χρησιμοποιηθεί σε περαιτέρω ιατρική υποβοήθηση στο μέλλον. Τη σχετική δυνατότητα προσφέρει το άρθρ. 1455 § 1 εδ. α' ΑΚ. Από κει και πέρα απαραίτητες είναι ορισμένες διακρίσεις:

Κατ' αρχάς, ενδεχόμενο είναι το πρόσωπο που έχει βρεθεί σε κίνδυνο στειρότητας να βρεθεί στη συνέχεια και σε κίνδυνο θανάτου, εξαιτίας δυσμενούς τροπής της αρχικής ασθένειας (μετάσταση του καρκίνου των όρχεων σε ζωτικό όργανο), εξαιτίας εμφάνισης νέας-άσχετης ασθένειας (μετάδοση aids), εξαιτίας συμμετοχής σε πολεμικές επιχειρήσεις. Σε όλες αυτές τις υποθέσεις η post mortem εμφύτευση του γεννητικού υλικού καλύπτεται από το ειδικό πραγματικό για τον «κίνδυνο στειρότητας» και το ειδικό πραγματικό για τον «κίνδυνο θανάτου», ως προς το οποίο ισχύουν τα προαναφερθέντα υπό 1.

Αλλά και με δεδομένο μόνο τον κίνδυνο στειρότητας ο δρόμος της μεταθανάτιας αναπαραγωγής είναι ανοικτός κατά την εξέλιξη ενός *αιφνίδιου θανάτου* του άνδρα. Πρέπει να σημειωθεί ότι η προοπτική του αιφνίδιου θανάτου –αντίθετα απ' ό,τι του προβλέψιμου θανάτου– δεν συνιστά ψυχολογικό εμπόδιο της εν ζωή αναπαραγωγής· με την έννοια αυτή δεν δικαιολογείται προγραμματισμός για μη τεκνοποίηση εν ζωή και για τεκνοποίηση μόνο post mortem. Σίγουρα, η έκτακτη εξέλιξη μπορεί να εκληφθεί ως βιολογικό εμπόδιο της εν ζωή αναπαραγωγής· με την έννοια αυτή δικαιολογείται ο αρχικός προγραμματισμός για απόκτηση απογόνου εν ζωή και, με παρεμβολή της έκτακτης εξέλιξης, ο επαναπρογραμματισμός για απόκτηση απογόνου post mortem. Ωστόσο, η διαφοροποίηση δεν αποτυπώνεται στο άρθρ. 1457 § 1 στοιχ. α' ΑΚ: τούτο έχει σπεύσει να αναγνωρίσει δικαίωμα μεταθανάτιας αναπαραγωγής σε ενδιαφερομένους οι οποίοι δικαιολογούν «ασθένεια που συνδέεται με πιθανό κίνδυνο στειρότητας», ανεξάρτητα αν κάνουν τη μία ή την άλλη επιλογή. Η ατυχής ρύθμιση διορθώνεται αν, με την κατάλληλη συστολή, το δικαίωμα

μεταθανάτιας αναπαραγωγής αποκοπεί από την πρώτη και απομείνει στη δεύτερη κατηγορία¹².

2.2. Αναλογική εφαρμογή του κανόνα

Από τις πιο πάνω σκέψεις φαίνεται καθαρά ότι ο κρίσιμος όρος για να συμβαδίζει με τα χρηστά ήθη η –χωρίς κίνδυνο θανάτου– post mortem υποβοήθηση στην αναπαραγωγή είναι αυτή να λειτουργεί ως δικλείδα ασφαλείας για την περίπτωση που το σχέδιο για αναπαραγωγή εν ζωή ανατρέπεται λόγω απρόβλεπτου θανάτου –ενώ δεν είναι σημαντικό το αν, επιπλέον, «ο άνδρας έπασχε από ασθένεια που συνδέεται με πιθανό κίνδυνο στειρότητας». Ας τονισθεί ότι η λήψη του ανδρικού ή/και του γυναικείου γεννητικού υλικού, η ένωσή τους, η κρυσυντήρησή τους, επιτρέπονται από το ουδέτερα διατυπωμένο άρθρ. 1455 § 1 εδ. α' ΑΚ και σε εκείνους που επιζητούν προστασία από το κακό όχι της επικείμενης στειρότητας αλλά του απρόβλεπτου θανάτου. Με τις ιατρικές αυτές πράξεις και εδώ «αντιμετωπίζεται η αδυναμία απόκτησης τέκνων με φυσικό τρόπο». Τελικά, όμως, μπλοκάρεται η post mortem εμφύτευση, η οποία φέρεται εις πέρας με δικαστική άδεια υπό την απαρέγκλιτη προϋπόθεση της επικείμενης στειρότητας (άρθρ. 1457 § 1 στοιχ. α' ΑΚ). Η παρατήρηση καταδεικνύει την ανάγκη να εισαχθεί η συμπληρωματική προϋπόθεση του απρόβλεπτου θανάτου με αναλογία νόμου¹³.

2.3. Η απόδειξη της πρόθεσης για αναπαραγωγή εν ζωή

Με την υπό 2.1 συστολή αφενός και την υπό 2.2 αναλογία αφετέρου είναι αλήθεια ότι το τοπίο της μεταθανάτιας αναπαραγωγής, όπως αυτό χαρτογραφήθηκε από τους συντάκτες του ν. 3089/2002, καθίσταται κάπως πιο σύνθετο, και η δικαστική άδεια του άρθρ. 1457 ΑΚ –όποτε δεν «υπήρχε κίνδυνος θανάτου»– συναρτάται με την *απόδειξη της πρόθεσης για αναπαραγωγή εν ζωή*. Αυτή θα είναι έμμεση-διά τεκμηρίων απόδειξη (άρθρ.

¹² Βλ. Κουμουτζή, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου², άρθρ. 1457-1458 αρ. 14.

¹³ Βλ. Κουμουτζή, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου², άρθρ. 1457-1458 αρ. 15.

336 § 3 ΚΠολΔ), που θα συνάγεται π.χ. από μια αποβολή της γυναίκας, καταγεγραμμένη στο αρχείο του μαιευτηρίου, ή από αλυσιτελείς απόπειρες τεχνητής γονιμοποίησης, καταγεγραμμένες στα αρχεία της Μονάδας ΙΥΑ και της Αρχής ΙΥΑ (βλ. τα άρθρ. 16 § 6 και 20 §§ 2 στοιχ. β', 3 εδ. β' ν. 3305/2005)¹⁴.

Γ. Οι υποκειμενικές προϋποθέσεις του άρθρ. 1457 § 1 στοιχ. α' ΑΚ

Ως έναν βαθμό, την κοινωνική συναίνεση στη μεταθανάτια αναπαραγωγή εγγυάται το άρθρ. 1457 § 1 στοιχ. α' ΑΚ¹⁵ και με τις υποκειμενικές προϋποθέσεις που εμπεριέχει. Στο πλαίσιο αυτό έχει αποκλεισθεί η αναπαραγωγή μόνου προσώπου μετά τον θάνατό του, καθώς και η αναπαραγωγή ζεύγους μετά τον θάνατο και των δύο μελών του. Μια τέτοια αναπαραγωγή δεν οδηγεί στην ίδρυση οικογένειας γονέα-παιδιού, αλλά προορίζεται να εξυπηρετήσει ψυχρά το μέλημα της συνέχισης του ονόματος και της κληρονομικής διαδοχής. Πρέπει λοιπόν να πρόκειται για ζεύγος του οποίου το ένα μέλος πεθαίνει και το άλλο μέλος επιζεί και προωθεί το κοινό σχέδιο τεκνοποιίας¹⁶. Όμως, σε αυτό το σχήμα προστίθενται και άλλα γνωρίσματα, με συνέπεια ο κύκλος των υποψηφίων για τη μεταθανάτια αναπαραγωγή να στενεύει ακόμα περισσότερο: το ζεύγος πρέπει να είναι πρώτον ετερόφυλο, δεύτερον σε γάμο ή σε ελεύθερη ένωση (όχι σε περιστασιακή σχέση), και τρίτον να είναι η γυναίκα το μέλος του που πεθαίνει και ο άνδρας το μέλος του που επιζεί. Στον τελευταίο περιορισμό εστιάζουν οι πιο κάτω γραμμές.

1. Η παράλειψη ρύθμισης της αναπαραγωγής μετά τον θάνατο της γυναίκας – Το ζήτημα του κενού

¹⁴ Βλ. Κουμουτζή, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου², άρθρ. 1457-1458 αρ. 16.

¹⁵ Βλ. και το εδ. α' της § 1.

¹⁶ Βλ. Κουμουτζή, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου², άρθρ. 1457-1458 αρ. 9.

Η παράλειψη ρύθμισης της αναπαραγωγής μετά τον θάνατο της γυναίκας γεννά τον προβληματισμό αν στο σημείο αυτό υπάρχει κενό στον ν. 3089/2002. Σχετικά έχουν διατυπωθεί τρεις απόψεις:

2. Η άποψη υπέρ της ύπαρξης κενού στον ν. 3089/2002¹⁷

2.1. Διάγνωση του κενού

Η παράλειψη ρύθμισης της αναπαραγωγής μετά τον θάνατο της γυναίκας αντίκειται στο άρθρ. 5 § 1 Σ. Τούτο υπαγορεύει στον κοινό νομοθέτη την κατοχύρωση του δικαιώματος τεχνητής αναπαραγωγής, από τη στιγμή που η απόλαυσή του δεν προσκρούει ούτε στο Σ, ούτε στα δικαιώματα των άλλων, ούτε στα χρηστά ήθη. Και αφού γίνεται δεκτό ότι, με το όλο –υπόλοιπο– πλέγμα των προϋποθέσεων (με την όποια *praeter legem* βελτίωσή του) κατευνάζονται όσες αντιρρήσεις θα μπορούσε να εκφρασθούν και στα τρία αυτά μέτωπα εναντίον της αναπαραγωγής μετά τον θάνατο του άνδρα, είναι εύλογο ότι το πλέγμα αυτό επιτελεί ίδια λειτουργία εφόσον ισχύσει στην περίπτωση της αναπαραγωγής μετά τον θάνατο της γυναίκας¹⁸!

2.2. Πλήρωση του κενού

Η πλήρωση του κενού πραγματοποιείται με την αναλογική εφαρμογή δύο, κυρίως, κανόνων:

- *Άρθρ. 1457 ΑΚ.* Με την αναλογική εφαρμογή του άρθρ. 1457 ΑΚ επιτυγχάνεται ο πρώτος και βασικός στόχος: η άδεια για την *post mortem* αναπαραγωγή επεκτείνεται πέρα από την αναπαραγωγή που γίνεται με τη

¹⁷ Βλ. Εισηγ. Έκθ. ν. 3089/2002, ΧρΙΔ 2002, 765· Σπυριδάκη, Η νέα ρύθμιση της τεχνητής γονιμοποίησης και της συγγένειας σ. (24-)25· Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη, ΟικογΔ ΙΙ⁵, σ. 43· Παπαχρίστου, Η τεχνητή αναπαραγωγή στον αστικό κώδικα, 56, (59-)60· Φίλιο, ΟικογΔ³, σ. 228· Τροκάνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή. Η ιδιωτική αυτονομία και τα όριά της, σ. 395· Κουμουτζή, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου², άρθρ. 1457-1458 αρ. 78 επ. Επίσης (σε *obiter dicta*) τις ΜΠρΑθ 2827/2008 ΧρΙΔ 2009, 817 και ΜΠρΘεσ 13707/2009 ΧρΙΔ 2011, 267.

¹⁸ Βλ. Κουμουτζή, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου², άρθρ. 1457-1458 αρ. 78.

φροντίδα της συζύγου ή της συντρόφου του νεκρού άνδρα και στην αναπαραγωγή που γίνεται με τη φροντίδα του συζύγου ή του συντρόφου της νεκρής γυναίκας.

- *Άρθρ. 1458 ΑΚ.* Στην αναπαραγωγή μετά τον θάνατο της γυναίκας η κυοφορία και η γέννηση του παιδιού αναλαμβάνονται εξ ορισμού από «παρένθετη μητέρα», οπότε απαραίτητη είναι και η κατά το άρθρ. 1458 ΑΚ άδεια για δανεισμό μήτρας. Το άρθρ. αυτό αναφέρεται σε «αίτηση της γυναίκας που επιθυμεί να αποκτήσει τέκνο». Ορατά είναι δύο ενδεχόμενα¹⁹: Τα πράγματα μοιάζουν απλά εκεί όπου η άδεια του άρθρ. 1458 ΑΚ έχει χορηγηθεί με αίτηση της ίδιας της γυναίκας, η οποία δεν είχε πεθάνει τουλάχιστον μέχρι και την ολοκλήρωση της συζήτησης. Σε αυτήν την περίπτωση ο επιζών άνδρας θα χρησιμοποιήσει την έτοιμη άδεια. Αν, όμως, έτοιμη άδεια δεν υπάρχει, τότε πρέπει να την εξασφαλίσει ο επιζών άνδρας με δική του αίτηση. Εδώ θα χρειασθεί η αναλογική εφαρμογή του άρθρ. 1458 ΑΚ²⁰.

3. Η άποψη κατά της ύπαρξης κενού στον ν. 3089/2002²¹

¹⁹ Βλ. και *Κουμουτζή*, σε *Ιατρικό Δίκαιο & Βιοηθική* τεύχ. 17/2012, 2.

²⁰ Βλ. *Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη*, *ΟικογΔ ΙΙ*⁵, σ. 43· *Παπαχρίστου*, *Η τεχνητή αναπαραγωγή στον αστικό κώδικα*, 60· *Τροκάνα*, *Ανθρώπινη αναπαραγωγή. Η ιδιωτική αυτονομία και τα όριά της*, σ. 395· *Κουμουτζή*, στον *ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου*², άρθρ. 1457-1458 αρ. 80. Επίσης (σε obiter dicta) τις ΜΠρΑθ 2827/2008 ΧρΙΔ 2009, 817 και ΜΠρΘεσ 13707/2009 ΧρΙΔ 2011, 267.

²¹ Βλ. *Παντελίδου*, Παρατηρήσεις στο Σχέδιο Νόμου για την ιατρική υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή, ΧρΙΔ 2002, 589 επ.· *την ίδια*, Ίση μεταχείριση και ιατρική υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή, ΕφΑΔ 2011, 248 επ.· *Βάρκα-Αδάμη*, Ο Ν. 3089/2002 για την «ιατρική υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή». Μια πρώτη προσέγγιση, *ΕλλΔνη* 2003, 1515· *Καράση*, Το νέο σχέδιο νόμου για την «εφαρμογή των μεθόδων της ιατρικώς υποβοηθούμενης αναπαραγωγής» (Προβλήματα συνταγματικότητας και προτάσεις), *Αρμ* 2005, 832 και 836, ο οποίος μάλιστα εισηγείται de lege ferenda κανόνα με τον οποίον θα αποσαφηνίζεται ότι: «Η μεταθανάτια γονιμοποίηση απαγορεύεται: [...] 2. Σε περίπτωση θανάτου της συζύγου.» (836)· *Κοτζάμπαση*, Το δικαίωμα στην αναπαραγωγή,

3.1. Παρουσίαση

Υποστηρίζεται²² ότι είναι άλλο η «υποβοήθηση» στην διαδικασία απόκτησης τέκνων» και άλλο η «αντικατάσταση των λειτουργιών της φύσης». Στην περίπτωση που απασχολεί ο άνδρας, από την ίδια την ανατομική του κατασκευή, δεν μπορεί να κυοφορήσει και να γεννήσει· επομένως, αν επιτρεπόταν η χρησιμοποίηση από αυτόν «παρένθετης μητέρας» θα επιτρεπόταν όχι η «υποβοήθηση» αλλά η «αντικατάσταση». Αυτομάτως, τα χρηστά ήθη θα θίγονταν, καθώς οι αντοχές τους εξαντλούνται στην ήπια-πρώτη / δεν φθάνουν ως την ακραία-δεύτερη μορφή ιατρικής παρέμβασης. Από την άποψη αυτή η παράλειψη του ν. 3089/2002 πρέπει να επικροτηθεί.

3.2. Κριτική

Το πιο πάνω επιχείρημα βάλλεται σε δύο σημεία:

Κατ' αρχάς, ακόμα και με αφετηρία την άποψη ότι τίθεται θέμα από την αναπαραγωγή που συνοφαινείται με «αντικατάσταση των λειτουργιών της φύσης», το φαινόμενο δεν παρουσιάζεται εν προκειμένω εφόσον η αναπαραγωγή ιδωθεί από τη σκοπιά (και) εκείνου που πεθαίνει και επιδιώκει να αποκτήσει απογόνους *post mortem*²³. Αυτός είναι ο άμεσος δέκτης της υποβοήθησης: Στην αναπαραγωγή μετά τον θάνατο του άνδρα προορισμός π.χ.

σε Γενέθλιον Απ. Γεωργιάδη τ. Ι, σ. 416· την ίδια, Ισότητα των φύλων και Ιδιωτική Αυτονομία στις οικογενειακές σχέσεις, σ. 144 επ., 156 επ., 196.

²² Βλ. Παπαδοπούλου-Κλαμαρή, Η συγγένεια. Θεμελίωση - Καταχώριση - Προστασία, σ. 220· πρβλ. και Κοτζάμπαση, Ισότητα των φύλων και Ιδιωτική Αυτονομία στις οικογενειακές σχέσεις, σ. 144, 145.

²³ Βλ. Κουμουτζή, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου², άρθρ. 1457-1458 αρ. 24 και ιδίως υποσ. 35. Αυτή η *post mortem* «επέκταση» χαρακτηρίζει το δικαίωμα αναπαραγωγής όπως ακριβώς και το δικαίωμα διαθήκης. Ίδια δομή έχει, άλλωστε, και το πρωτογενές-υπερνομοθετικό δικαίωμα ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας (άρθρ. 5 § 1 Σ), συγκεκριμενοποιήσεις του οποίου αποτελούν το ένα και το άλλο δικαίωμα του ΑΚ. – Βλ. όμως σκεπτική τη Φουντεδάκη, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, σ. (184-)185.

της μεταθανάτιας έγχυσης σπέρματος είναι η ανάταξη της (λόγω του επελθόντος θανάτου) αδυναμίας του άνδρα και όχι της γυναίκας. Στην αναπαραγωγή μετά τον θάνατο της γυναίκας προορισμός του μεταθανάτιου δανεισμού μήτρας είναι η ανάταξη της (λόγω του επελθόντος θανάτου) αδυναμίας της γυναίκας και όχι του άνδρα. Πουθενά δεν ανακινείται ζήτημα εκτροπής της «φυσικής τάξης», αφού η χρήση του σπέρματος στην πρώτη περίπτωση αποκαθιστά μια λειτουργία εγγενή στη φύση του άνδρα ως παραγωγού του υλικού, η χρήση της μήτρας στη δεύτερη περίπτωση αποκαθιστά μια λειτουργία εγγενή στη φύση της γυναίκας ως κατόχου του οργάνου. Η υποβοήθηση αυτή αφορά, βέβαια, και τους επιζώντες, γυναίκα ή άνδρα, αντίστοιχα, καταπολεμώντας και τη δική τους αδυναμία. Πρόκειται, όμως, τώρα, για την αδυναμία τεκνοποίησης από κοινού με εκείνον που αυτοί επέλεξαν για σύζυγο ή σύντροφο και δεν είναι πλέον εν ζωή²⁴.

Εξάλλου, αυτή καθεαυτή η άποψη ότι τίθεται θέμα από την αναπαραγωγή που συνυφαίνεται με «αντικατάσταση των λειτουργιών της φύσης» δεν ευσταθεί. Στο πόρισμα καταλήγει κανείς και με αφορμή τη ρυθμισμένη στο άρθρ. 1457 § 1 στοιχ. α' ΑΚ μεταθανάτια υποβοήθηση, εφόσον αυτή παρέχεται μόνο στην επιζώσα γυναίκα (βλ. όμως αμέσως πιο πάνω), και με αφορμή τη ρυθμισμένη στο άρθρ. 1456 § 1 εδ. β' ΑΚ υποβοήθηση, η οποία παρέχεται στην άγαμη μόνη γυναίκα. Και στις δύο περιπτώσεις η γυναίκα θα αναπαραχθεί με τη βοήθεια ανδρικού σπέρματος (παρότι δεν είναι η ίδια παραγωγός σπέρματος), κάτι που σημαίνει «αντικατάσταση των λειτουργιών της φύσης». Η συγκεκριμένη μορφή αποδεικνύεται λοιπόν οικεία στον ν. 3089/2002 αλλά και στη μέση κοινωνική ηθική όπως αυτή μπορεί να ερμηνεύεται εδώ μέσα σε αποδεκτά όρια διακριτικής ευχέρειας. Γι' αυτό δεν δικαιολογεί δισταγμό η διεύρυνση του επιτρεπού έτσι ώστε και ο επιζών

²⁴ Βλ. παρόμοια στην εν ζωή υποβοήθηση του ζεύγους, με την εμπλοκή και του υγιούς μέλους σε ιατρικές πράξεις προσανατολισμένες στην άρση της μειονεξίας του υπογόνιμου μέλους, Φουντεδάκη, Αστική ιατρική ευθύνη, σ. 251· την ίδια, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, σ. 165 επ· Τροκάνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή. Η ιδιωτική αυτονομία και τα όριά της, σ. 168.

άνδρας ή ο άγαμος μόνος άνδρας να αναπαραχθεί με τη βοήθεια γυναικείας μήτρας (παρότι δεν είναι ο ίδιος κάτοχος μήτρας)²⁵.

4. Μια ενδιάμεση άποψη²⁶

4.1. Παρουσίαση

Επισημάνθηκε προηγουμένως (υπό 2.2) ότι η δικαστική άδεια για τον δανεισμό μήτρας στην αναπαραγωγή μετά τον θάνατο της γυναίκας είναι νοητό να προκύψει με δύο τρόπους: μετά από αίτηση της γυναίκας, η οποία στο μεταξύ αποβίωσε όσο η απόφαση αναμενόταν ή αφού η απόφαση είχε εκδοθεί, ή μετά από αίτηση του άνδρα. Για την άποψη που εξετάζεται εδώ η διάκριση των δύο περιπτώσεων είναι καθοριστική, καθώς επηρεάζει την αξιολόγηση της παράλειψης του ν. 3089/2002 να ρυθμίσει την αναπαραγωγή μετά τον θάνατο της γυναίκας. Η παράλειψη συνιστά κενό μόνο στην πρώτη περίπτωση, άρα υπάρχει έδαφος για συνδυασμένη αναλογική εφαρμογή του άρθρ. 1457 ΑΚ και

²⁵ Υπέρ του δικαιώματος αναπαραγωγής του άγαμου μόνου άνδρα βλ. τις ρηξικέλευθες ΜΠρΑθ 2787/2008 ΧρΙΔ 2009, 817 επ. και ΜΠρΘεσ 13707/2009 ΧρΙΔ 2011, 267 επ. (αντίθετα όμως η ΕφΑθ 3357/2010 ΝοΒ 2012, 1439) και από τη θεωρία Παπαχρίστου, Παρατηρήσεις στη ΜΠρΑθ 2787/2008 ΧρΙΔ 2009, 818· τον ίδιο, Το δικαίωμα στην απόκτηση απογόνων και οι περιορισμοί του (υπό δημοσίευση)· Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη, ΟικογΔ ΙΙ⁵, σ. 57· Σπυριδάκη, Η νέα ρύθμιση της τεχνητής γονιμοποίησης και της συγγένειας σ. 29, 33· Τροκάνα, Ανθρώπινη αναπαραγωγή. Η ιδιωτική αυτονομία και τα όριά της, σ. 222· Κουμουτζή, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου², άρθρ. 1457-1458 αρ. 78 επ.· τον ίδιο, Η τεχνητή αναπαραγωγή του άγαμου μόνου άνδρα, ΧρΙΔ 2011, 316 επ. (αντίθετα όμως οι Βιδάλης, Το πρόταγμα της οικογένειας: η συνταγματικότητα του νόμου για την «ιατρική υποβοήθηση στην αναπαραγωγή», ΝοΒ 2003, 839 επ.· Κοτζάμπαση, Το δικαίωμα στην αναπαραγωγή, σε Γενέθλιον Απ. Γεωργιάδη τ. Ι, σ. 416· η ίδια, Ισότητα των φύλων και Ιδιωτική Αυτονομία στις οικογενειακές σχέσεις, σ. 144 επ., 156 επ., 196· Παπαδοπούλου-Κλαμαρή, Η συγγένεια. Θεμελίωση - Καταχώριση - Προστασία, σ. 223 επ.· Παντελίδου, Ίση μεταχείριση και ιατρική υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή, ΕφΑΔ 2011, 245 επ.· Καράσης, Η τελολογική ερμηνεία του δικαίου, ΝοΒ 2012, 486 στην υποσ. 27· Νικολόπουλος, Παρατηρήσεις στην ΕφΑθ 3357/2010 ΝοΒ 2012, 1440 επ.).

²⁶ Βλ. Παπαδοπούλου-Κλαμαρή, Η συγγένεια. Θεμελίωση - Καταχώριση - Προστασία, σ. 218 επ., 220.

ευθεία εφαρμογή του άρθρ. 1458 ΑΚ / δεν συνιστά κενό και στη δεύτερη περίπτωση, άρα δεν υπάρχει έδαφος για συνδυασμένη αναλογική εφαρμογή τόσο του άρθρ. 1457 ΑΚ όσο και του άρθρ. 1458 ΑΚ. Πώς θεμελιώνεται η τομή αυτή; Με πρόταξη του όρου που τάσσει για τον δανεισμό μήτρας το εδ. β' του άρθρ. 1458 ΑΚ, σύμφωνα με το οποίο η γυναίκα πρέπει να «αποδεικνύεται ότι [...] είναι ιατρικώς αδύνατο να κυοφορήσει». Αν η άδεια δοθεί με ευθεία εφαρμογή του κανόνα, τότε ο όρος ισχύει και επιτρέπεται ο *post mortem* δανεισμός με ιατρική αναγκαιότητα για την εκλιπούσα. Αν η άδεια δοθεί με αναλογική εφαρμογή του κανόνα, τότε ο όρος εκπίπτει και επιτρέπεται ο *post mortem* δανεισμός χωρίς ιατρική αναγκαιότητα για την εκλιπούσα. Η παραδοχή που θα μπορούσε εδώ να συνηγορεί υπέρ της διαφορετικής μεταχείρισης των δύο πράξεων υποβοήθησης είναι ότι η πρώτη εντάσσεται ομαλά ενώ η δεύτερη προκαλεί αναταράξεις στο πεδίο της μέσης κοινωνικής ηθικής...

4.2. Κριτική

Η παραδοχή ότι η αντίσταση των χρηστών ηθών στην *post mortem* υποβοήθηση δεν κάμπτεται με μόνη την κορυφαία συνθήκη του κινδύνου θανάτου αλλά με τη συνέργεια και κάποιας επιπλέον ανωμαλίας που εμφανίζεται στο σύστημα αναπαραγωγής του αναξιοπαθούντος απηχεί μια ιδιαίτερα σκληρή αντίληψη των χρηστών ηθών, η οποία μάλλον δεν ανταποκρίνεται στην πραγματικότητα. Την υπερβολή αυτή δεν τη συμμερίζεται –ορθά– η κρατούσα γνώμη ούτε σε ό,τι αφορά την ευθεία εφαρμογή του άρθρ. 1457 ΑΚ (στον θάνατο του άνδρα), οπότε δεν απασχολεί αν συνέτρεχε και υπογονιμότητα του άνδρα, ώστε να είναι και ιατρικά αναγκαία π.χ. η μεταθανάτια έγχυση του σπέρματος, ούτε σε ό,τι αφορά την αναλογική εφαρμογή των άρθρ. 1457 ΑΚ και 1458 ΑΚ (στον θάνατο της γυναίκας), οπότε δεν απασχολεί αν συνέτρεχε και νεφρική ανεπάρκεια, καρδιολογική πάθηση, απουσία μήτρας ή δυσλειτουργία της μήτρας της γυναίκας, ώστε να είναι και ιατρικά αναγκαίος ο μεταθανάτιος δανεισμός

μήτρας. Σε κάθε περίπτωση ο κίνδυνος θανάτου αρκεί²⁷. Σημειωτέον εν παρόδω ότι αυτό δεν ισοδυναμεί με *μη* εφαρμογή του άρθρ. 1455 § 1 εδ. α' ΑΚ. Η «αδυναμία απόκτησης τέκνων με φυσικό τρόπο» δεν αναφέρεται οπωσδήποτε στην ιατρική αδυναμία, αλλά καταλαμβάνει κάλλιστα και την ψυχολογική ή τη βιολογική αδυναμία των υποκειμένων της *post mortem* αναπαραγωγής (βλ. και πιο πάνω υπό 1 και υπό 3.2).

²⁷ Βλ. ως προς την ευθεία εφαρμογή του άρθρ. 1457 ΑΚ κυρίως *Παπαχρίστου*, ΕγγΟικογΔ³, σ. 201· *τον ίδιο*, Η τεχνητή αναπαραγωγή στον αστικό κώδικα, σ. 29, 30 επ.· *Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη*, ΟικογΔ ΙΙ⁵, σ. 39 στην υποσ. 28· έτσι και *Παπαδοπούλου-Κλαμαρή*, Η συγγένεια. Θεμελίωση - Καταχώριση - Προστασία, σ. 217 (: «χωρίς να υπάρχει λόγος υποβοήθησης, ο νομοθέτης ανάγει αυτοτελώς ως δικαιολογητικό λόγο της τεχνητής γονιμοποίησης τον κίνδυνο θανάτου του άνδρα»). Βλ. όμως αντίθετα *Φουντεδάκη*, Αστική ιατρική ευθύνη, σ. 253· *την ίδια*, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, σ. 186 επ.