



ΔΣΚ

ΙΟΝΙΟΣ
ΕΠΙΘΕΩΡΗΣΗ
ΤΟΥ
ΔΙΚΑΙΟΥ



ΕΤΗΣΙΑ ΕΚΔΟΣΗ
ΔΙΚΗΓΟΡΙΚΟΥ ΣΥΛΛΟΓΟΥ
ΚΕΡΚΥΡΑΣ

ΔΕΚΕΜΒΡΙΟΣ 2005 - ΤΕΥΧΟΣ 5

ISSN 1109-3323



11509



ΝΟΜΙΚΗ
ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ

ΕΙΔΙΚΑ ΠΡΑΚΤΙΚΑ ΘΕΜΑΤΑ

I. Αξίωση αποζημίωσης για πλημμελή παροχή γενετικής πληροφορίας και γέννηση παιδιού με γενετική ασθένεια - Το ερώτημα του αγώγιμου της αξίωσης

Μαρία Κανελλοπούλου-Μπότη,
Λέκτορας, Ιόνιο Πανεπιστήμιο

Αποζημίωση στο ελληνικό δίκαιο χορηγείται για προσβολή δικαιώματος ή εννόμου συμφέροντος, κατά τρόπο ώστε να έχει αιτιωδώς προκληθεί ζημία αναγνωρίσιμη από το δίκαιο. Ειδικά ως προς την αστική ευθύνη του ιατρού, ιατρός έχει υποχρέωση να τηρήσει τους κανόνες της ιατρικής επιστήμης, κανόνες για τους οποίους δεν μπορεί να γεννηθεί αμφισβήτηση.

Ένα από τα ερωτήματα που έχουν απασχολήσει τελευταία την ελληνική νομολογία είναι κατά πόσο ο ιατρός που δεν διέγνωσε, υπερηχογραφικώς, ή κατά άλλους τρόπους προγεννητικού ελέγχου, ότι ένα έμβρυο πάσχει από γενετική ασθένεια είναι δυνατό να ευθύνεται νομικά για την αποζημίωση ή την ικανοποίηση των γονέων του, οι οποίοι ισχυρίζονται ότι πλημμελώς, δεν κατάφεραν να επιλέξουν την άμβλωση κατά το άρ. 304ΠΚ.

Εκτός των γεγονότων ότι: 1. η απόδειξη της ιατρικής αμέλειας στη συγκεκριμένη περίπτωση είναι ιδιαίτερα δυσχερής, 2. μέχρι σήμερα τα ελληνικά διαστήρια αρνούνται ότι υπάρχει αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της μη διάγνωσης (έστω εσφαλμένης) και της γέννησης τέκνου (με γενετική βλάβη) και 3. προκρίνεται ούτως ή άλλως το συνταγματικό δικαίωμα του παιδιού στη ζωή, αφού γεννήθηκε, έστω με κάποιες βλάβες ή ιδιαιτερότητες, ερωτάται εάν υπάρχει στη συγκεκριμένη περίπτωση αγώγιμη αξίωση, σε ό,τι ειδικά αφορά την προσβολή (δικαιώματος/εννόμου συμφέροντος).

Έστω ότι προσβλήθηκε αμελώς το «δικαίωμα» στην επιλογή της άμβλωσης -όμως τι «δικαίωμα» είναι αυτό; Ενώ ευρέως χρησιμοποιείται ο όρος «δικαίωμα» στην άμβλωση, αυτό ίσως μας έχει προκύψει από το αμερικανικό δίκαιο, όπου όντως, η απόφαση του Ανωτάτου Δικαστηρίου των ΗΠΑ *Roe v. Wade* (410 US 113, 1973) αναγνώρισε συνταγματικό δικαίωμα στην ιδιωτική ζωή (της εγκυμονούσας-right to privacy) τέτοιο, ώστε να εμπεριέχει τις αποφάσεις για την αναπαραγωγή, όπως η άμβλωση, ακόμη κι εάν κάτι τέτοιο δεν βρίσκεται γραπτό στο αμερικανικό Σύνταγμα.

Στο ελληνικό όμως δίκαιο, η δυνατότητα της άμβλωσης δεν στηρίζεται σε παρόμοια συνταγματικής μάλλιστα φύσης θεμέλια. Ενώ βέβαια το ελληνικό Σύνταγμα φυσικά προστατεύει το ατομικό δικαίωμα στην ιδιωτική ζωή (Σ 9), η μόνη *ad hoc* πρόβλεψη είναι η αποποινικοποίηση της άμβλωσης, εφόσον (εκτός άλλων) έχει γίνει διάγνωση παθολογικού νεογνού. Ο ελληνικός νόμος πουθενά δεν αναφέρεται σε δικαίωμα στην άμβλωση- μόνο προβλέπει το μη τιμωρητό της πράξης, κάτω από τις προϋποθέσεις του ΠΚ 304 παρ. δ.

Η ερμηνεία της διάταξης αυτής, εφόσον άπτεται τόσο θεμελιωδών ζητημάτων όπως του συνταγματικού δικαιώματος του κυοφορούμενου στη ζωή, πρέπει να είναι στενή. Κατάλογος διαμαρτιών οι οποίες θεωρούνται νόμιμες ενδείξεις άμβλωσης φυσικά δεν υπάρχει, άλλωστε είναι ιδιαίτερα δύσκολο να αποδειχθεί και ο αρμόδιος για τη σύνταξή του (μόνο ιατροί; κ.λπ.). Συνήθως άμβλωση θεωρείται ότι δεν τιμωρείται ποινικά όταν τελείται μετά από επαρκείς ιατρικές ενδείξεις για βαρείες συγγενείς ή χρωσωσμικές ανωμαλίες ασύμβατες με τη ζωή (ανεγκεφαλία, τρισωμία 18, Tay Sachs κ.λπ.). Σε περίπτωση όμως αμφιβολίας για τη νομιμότητα ή μη μιας προτεινόμενης διακοπής εγκυμοσύνης (αμφιβολία για τις ιατρικές ενδείξεις της πάθησης του εμβρύου κ.λπ.), επιβάλλεται η ερμηνεία υπέρ του μη επιτρεπτού αυτής.

Ειδικά ως προς το αγώγιμο της αξίωσης όμως, η διάταξη δεν μπορεί να ερμηνευθεί ως χορηγούσα δικαίωμα διακοπής εγκυμοσύνης με τη στενή έννοια του όρου, καθώς παρόμοια ευρύτατη ερμηνεία θα υπερακόντιζε τον αληθινό σκοπό της¹: τη μη τιμωρία (και μάλιστα με βαρύτερες ποινές) εγκύου που προέβη σε διακοπή εγκυμοσύνης για έναν από τους αναφερόμενους σε αυτή τη διάταξη λόγους (π.χ. παθολογικό νεογνό).

Το δικαίωμα άλλωστε στο ελληνικό δίκαιο είναι εξουσία που απονέμεται από το δίκαιο να ικανοποι-

1. *Ανδρουλάκης*, Ποινικό Δίκαιο, 1974.

ήσει τα νόμιμα συμφέροντά του, ακόμη και με τη βοήθεια της αρχής. Ερωτάται λοιπόν, εάν μια έγκυος επιθυμεί τη νόμιμη κατά τα παραπάνω διακοπή της εγκυμοσύνης της, αλλιώς έστω ότι δεν βρίσκει ιατρό ο οποίος δέχεται να εκτελέσει τη διακοπή αυτή, έχει τη δυνατότητα να εξαναγκάσει άλλο πρόσωπο στην ικανοποίηση του «δικαιώματός» της π.χ. αιτούμενη τη βοήθεια της αρχής; Ήδη έχει κριθεί δικαστικά ότι η άρνηση για λόγους θρησκευτικής συνείδησης ιατρού να συμπράξει σε άμβλωση δεν συνιστά το αδίκημα της παράβασης καθήκοντος (Τριμπλημμ Φλώρινας, 452/1993).

Το ελληνικό δίκαιο απονέμει, κατά τα παραπάνω, στα πρόσωπα ποικίλες δυνατότητες, εξουσίες ή ελευθερίες, οι οποίες δεν αποτελούν όμως δικαιώματα με τη στενή έννοια του όρου.² Υπόδειγμα δικαιώματος είναι το δικαίωμα της κυριότητας- σημασία την οποία προσδίνει ο ορισμός του δικαιώματος στην «εξουσία» που απονέμεται στο πρόσωπο, μαρτυρεί ότι ο ορισμός αυτός διαμορφώθηκε με πρότυπο τα εξουσιαστικά δικαιώματα και κυρίως το δικαίωμα της κυριότητας.³

Ειδικά ως προς την άμβλωση υποστηρίζεται⁴ ότι πρόκειται για μια νομική δυνατότητα, μια λύση ανάγκης. Εγγύτερα προς την ιατρική ευθύνη, εάν έστω η περίπτωση ενός ασθενούς ήταν τέτοια ώστε κατά τον νόμο, η ευθανασία του θα παρέμενε ποινικά ατιμώρητη, θα σήμαινε αυτό ταυτοχρόνως και ότι, εάν τελικά ο ιατρός δεν προέβαινε στη χορήγηση της θανατηφόρας δόσης και δεν απήλλασσε τον ασθενή από τον βάσανο της ζωής του, του οφείλει αποζημίωση, επειδή συνεχίζει να ζει; Και η ευθανασία, όταν νομιμοποιείται, πάλι μια λύση ανάγκης είναι, μια νομική δυνατότητα, ώστε να μην υφίστανται τρίτοι την απειλή μιας ποινικής δίωξης στη συγκεκριμένη περίπτωση.

Παρόμοιες νομικές δυνατότητες προβλέπονται σε άλλες περιπτώσεις π.χ. καταστάσεως ανάγκης, όπου και εκεί αίρεται το καταρχήν άδικο μιας συμπεριφοράς. Παρόμοια άρση αδικού όμως δεν συνεπάγεται και την αυτόματη χορήγηση αξίωσης αποζημίωσης, εάν τελικά, δεν προβεί κανείς στη συγκεκριμένη πράξη, η οποία καταρχήν είναι παράνομη.

Πρέπει να γίνει αντιληπτό επίσης το εξής: ότι ο προγεννητικός έλεγχος δεν έχει ως πρωταρχικό σκοπό την εξασφάλιση μιας διακοπής, εάν υπάρχουν ενδείξεις παθολογικότητας. Ο προγεννητικός έλεγχος στοχεύει: α. στη διάγνωση, έτσι ώστε να γίνουν όσα απαιτούνται ιατρικώς για ένα νεογνό με κάποιο πρόβλημα (π.χ. επέμβαση όσο είναι εντός μήτρας, χορήγηση φαρμάκων), β. στην προετοιμασία ενός ασφαλούς τοκετού, εφόσον απαιτείται να γίνει αυτός π.χ. σε ένα μεγάλο νοσοκομείο, όπου να ληφθούν άμεσα τα απαιτούμενα μέτρα και γ.

στην ψυχολογική προετοιμασία των γονέων να υποδεχθούν τη γέννηση του παιδιού τους με τα συγκεκριμένα χαρακτηριστικά. Μόνο περιθωριακά και κατ' εξαίρεση ο προγεννητικός έλεγχος έχει ως σκοπό την ενεργοποίηση της νομικής δυνατότητας της διακοπής εγκυμοσύνης και σε πάρα πολλές περιπτώσεις πολύ σοβαρής παθολογίας, ασύμβατης με τη ζωή.

Οι υποθέσεις αυτές είναι φανερό ότι κείνται στα όρια του δικαίου -στα όρια μεταξύ της νόμιμης και της παράνομης συμπεριφοράς. Είναι επίσης άλλος ένας δείκτης όπου γίνεται εμφανές πως, όπου εμπλέκεται το ιατρικό δίκαιο, οι λύσεις και οι εφαρμογές που ταιριάζουν σε άλλου είδους διαφορές, είναι απλά ανεφάρμοστες.⁵

Ένα άλλο στοιχείο που συχνά «χάνεται» μέσα στις σχετικές αναλύσεις είναι ότι οι υποψήφιοι γονείς, εκκινώντας τη διαδικασία γέννησης ενός παιδιού, δεν μπορεί παρά να αναλαμβάνουν κι εκείνοι κάποιους κινδύνους. Ο πλέον προφανής κίνδυνος είναι εκείνος της γέννησης ενός παιδιού με ειδικές ανάγκες. Ειδικά για τις γενετικές ασθένειες, αυτές είναι πάνω από 4.500. Είναι αμφίβολο κατά πόσο ο νομοθέτης έχει την αρμοδιότητα εδώ να καταλείψει ορθολογικά τον συγκεκριμένο κίνδυνο και να ορίσει, για παράδειγμα, ότι, εάν ο ιατρός αμελώς παραλείψει την πρόβλεψη γέννησης ενός παθολογικού παιδιού, εντός του νομίμου χρονικού ορίου της άμβλωσης, τότε ο κίνδυνος από τη γέννηση αυτή επιρρίπτεται αποκλειστικά σε αυτόν.

Το αποτέλεσμα αυτό για τα ελληνικά δεδομένα, όπου η νομολογία μέχρι σήμερα έχει έτσι κι αλλιώς, όπως αναφέρθηκε, απορρίψει τον αιτιώδη σύνδεσμο μεταξύ της αμελούς προγεννητικής διάγνωσης και της γέννησης ενός νεογνού με γενετική ασθένεια, είναι οπωσδήποτε επισφαλές. Παράλληλα όμως, ο συγκεκριμένος κίνδυνος, σε ξένες έννομες τάξεις έχει (όχι ομοιόμορφα) οδηγήσει στην κάλυψη υπέρογκων ποσών αποζημίωσης και χρηματικής ικανοποίησης για ηθική βλάβη. Ένας κίνδυνος ίδιος με τον κίνδυνο αποζημίωσης, όταν ο ιατρός προξενεί θετικά σωματική βλάβη

2. Γεωργιάδης Α., Γενικές Αρχές, 2002, σ. 225. «Δικαίωμα με τη στενή έννοια υπάρχει όταν το δίκαιο απονέμει στο πρόσωπο συγκεκριμένη εξουσία, η οποία ανήκει σε αυτό, ασκείται από αυτό και προστατεύεται από το δίκαιο κατά την άσκησή της...».

3. Παπαντωνίου, Γενικές Αρχές, 1982, σ. 188.

4. Συμεωνίδου-Κατανίδου Ε., Η άμβλωση ως πρόβλημα του ποινικού δικαίου, 1983.

5. Πρβλ. προς τις δυσχέρειες ένταξης της συναίνεσης του ασθενούς στην έννοια της δικαιοπραξίας, τις δυσχέρειες της νομιμοποίησης της ιατρικής επέμβασης μέσω της συναίνεσης του ασθενούς και άλλων τρόπων (κοινωνικής προσφορότητας κ.λπ.) κ.ά.

σε ένα έμβρυο, τη στιγμή που όμως, ο ιατρός εδώ φυσικά καμία γενετική βλάβη δεν προξένωσε. Ένας κίνδυνος επίσης η κατανομή του οποίου αποκλειστικά στους ιατρούς δεν μπορεί παρά να σηματοδοτεί ταυτόχρονα και τη θέση της έννομης τάξης έναντι του συνταγματικού δικαιώματος στη ζωή ενός εμβρύου, έστω, με ειδικές ανάγκες - μια θέση που ταυτόχρονα αντανακλά τη θέση της ίδιας της κοινωνίας απέναντι στα άτομα με ειδικές ανάγκες (θέση που συνίσταται στο εξής: «η γέννησή σας ήταν ανεπιθύμητη, εσφαλμένη, κακώς δεν αποτράπηκε και γι' αυτό, χορηγούμε αποζημίωση για τη ζημιά που προκάλεσε»).

Είναι σκόπιμο, για λόγους πολιτικής του δικαίου, να αφήσουμε εδώ, τελικά, τους ιατρούς χωρίς καμία ευθύνη για έναν π.χ. αμελή προγεννητικό έλεγχο; Αυτό δεν θα δημιουργούσε αδόκητα δύο κατηγορίες ιατρών -εκείνων που ευθύνονται για τις αμελείς πράξεις τους και εκείνων που δεν ευθύνονται καθόλου (π.χ. μη νόμιμες, κατά τα παραπάνω, οι αγωγές των ιατρών), μια διαίρεση που θα έθιγε προφανέστατα το συνταγματικό δικαίωμα της δεύτερης κατηγορίας ιατρών σε ισότιμη μεταχείριση από το δίκαιο; Παρ' όλα αυτά, ίσως έπρεπε να αναρωτηθούμε καταρχήν εάν η εν δυνάμει αμέλεια των ιατρών έχει πραγματικά την ίδια φύση - εάν θίγει π.χ. τα ίδια έννομα συμφέροντα ή εάν, αντίθετα, η έστω αμελής παράλειψη διάγνωσης ότι ένα έμβρυο παρουσιάζει μια γενετική ανωμαλία (με αποτέλεσμα, κατά κάποιον τρόπο, τη γέννησή του) είναι διαφορετική από μια αμελή διάγνωση, η οποία συνδέεται, αντίθετα, ως αίτιο με αιτιατό με μια σωματική βλάβη ή και ανθρωποκτονία (η κλασική περίπτωση ιατρικής ευθύνης). Πιθανόν, η πραγματικά διαφορετική φύση της αμέλειας στις δύο περιπτώσεις και των συνεπειών της να αποτελεί επαρκή θεμελίωση για τη διαφορετική νομική τους αντιμετώπιση.

Αλλά εάν κι αυτό δεν συμβαίνει, ίσως έχοντας να διαλέξουμε μεταξύ δυο κακών, είμαστε αναγκασμένοι να επιλέξουμε το λιγότερο κακό (προσβολή της ισότητας έναντι προσβολής δικαιώματος στη ζωή των κυοφορούμενων). Επίσης, όμως, πρέπει να σημειώσουμε ότι στο ελληνικό δίκαιο, η αποζημίωση δεν έχει ως στόχο την πρόληψη μεταγενέστερης αμελοῦς συμπεριφοράς (στόχος κλασικός στο αγγλοσαξωνικό δίκαιο των αδικπραξιών), παρά μόνο την αποκατάσταση των ζημιών που προκλήθηκαν από αμέλεια. Η βασική αυτή αρχή δεν μπορεί παρά να επηρεάζει την κρίση μας ως προς την παραπάνω διάκριση των ιατρών σε κατηγορίες.

Συμπερασματικά, ίσως παρασύρεται κανείς από τη συνεχή αναφορά του «δικαιώματος» στην άμβλωση και το εξισώνει με ένα δικαίωμα, όπως το δικαίωμα στην κυριότητα του κτήματός του ή στο απόρρητο της αλληλογραφίας του. Προσπάθησα να δείξω τη διαφορά μεταξύ των δύο νομικών κατασκευών στο ελληνικό δίκαιο, μια διαφορά στην οποία μέχρι τώρα η ελληνική νομολογία δεν φαίνεται να έχει δείξει την απαιτούμενη σημασία. Οπωσδήποτε, αγωγή λόγω προσβολής του δικαιώματος στην άμβλωση δεν έχει γίνει δεκτή στην Ελλάδα, από δευτεροβάθμιο, τουλάχιστον, δικαστήριο (υπάρχει μια δικαστική απόφαση Πρωτοδικείου Θεσσαλονίκης, η οποία εξαφανίστηκε από το Εφετείο, το 2005). Αλλά σημασία μπορεί να μην έχει πάντοτε μόνο το αποτέλεσμα (οι Έλληνες δικαστές επέλεξαν να εστιάσουν το μη νόμιμο της αγωγής είτε στο έμμεσο της ζημίας των γονέων, είτε στην έλλειψη αιτιώδους συναφείας κ.λπ.), αλλά και η νομική θεμελίωση. Πιθανότατα, για λόγους πολιτικής του δικαίου αλλά και για την ορθή ερμηνεία της διάταξης του 304 ΠΚ, θα έπρεπε απλά να προταθεί στη νομολογία η έλλειψη προσβολής δικαιώματος.

* * * * *