



ΔΙΑΤΜΗΜΑΤΙΚΟ
ΠΡΟΓΡΑΜΜΑ
ΜΕΤΑΠΤΥΧΙΑΚΩΝ
ΣΠΟΥΔΩΝ

ΤΜΗΜΑ ΙΑΤΡΙΚΗΣ
&
ΤΜΗΜΑ ΝΟΣΗΛΕΥΤΙΚΗΣ
ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟ ΘΕΣΣΑΛΙΑΣ



Μεταπτυχιακή Διπλωματική Εργασία

**" Η ΣΥΝΑΙΝΕΣΗ ΤΟΥ ΑΣΘΕΝΟΥΣ ΣΤΗΝ ΙΑΤΡΙΚΗ ΠΡΑΞΗ
ΝΟΜΙΚΑ ΚΑΙ ΔΕΟΝΤΟΛΟΓΙΚΑ ΖΗΤΗΜΑΤΑ "**

υπό

ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΑΛ. ΚΑΥΚΑ

Ειδική Νοσηλεύτρια ΤΕ

**Υπεβλήθη για την εκπλήρωση μέρους των
απαιτήσεων για την απόκτηση του
Διπλώματος Μεταπτυχιακών Σπουδών
«Δεοντολογία και Ηθική στις Βιοϊατρικές Επιστήμες»**

Λάρισα, 2024

Επιβλέπουσα:

Άννα Μαυροφόρου, Καθηγήτρια Δεοντολογίας και Βιοηθικής, Τμήμα Ιατρικής, Πανεπιστήμιο Θεσσαλίας.

Τριμελής Εξεταστική Επιτροπή:

- 1. Άννα Μαυροφόρου, Καθηγήτρια Δεοντολογίας και Βιοηθικής, Τμήμα Ιατρικής, Πανεπιστήμιο Θεσσαλίας. (επιβλέπουσα)*
- 2. Αθανάσιος Γιαννούκας, Καθηγητής Αγγειοχειρουργικής, Τμήμα Ιατρικής, Πανεπιστήμιο Θεσσαλίας.*
- 3. Γεώργιος Κούβελος, Καθηγητής Αγγειοχειρουργικής-Ενδοαγγειακής Χειρουργικής, Τμήμα Ιατρικής, Πανεπιστήμιο Θεσσαλίας.*

Τίτλος εργασίας στα αγγλικά:

The patient's acquiescence to the medical procedure - Legal and ethically issues.

ΠΕΡΙΛΗΨΗ

Η παρακάτω διπλωματική μελέτη αφορά στον εκσυγχρονισμό του ιατρικού δικαίου και την απαίτηση της χορήγησης ενημερωμένης συναίνεσης για την υποβολή σε ιατρική πράξη. Αρχικά επιχειρείται ο νομοθετικός και ορολογικός καθορισμός του περιεχομένου της συναίνεσης και των εκφάνσεών της τόσο στο κοινό αστικό και ποινικό δίκαιο όσο και στο ιατρικό δίκαιο. Στη συνέχεια, εξετάζονται ειδικότεροι προβληματισμοί για την χορήγηση της συναίνεσης σε πρόσωπα με ιδιαίτερα χαρακτηριστικά που χρήζουν ειδικής αντιμετώπισης. Αναπτύσσονται δε ζητήματα στάθμισης συνταγματικά κατοχυρωμένων δικαιωμάτων, τα οποία επηρεάζονται από την πιθανότητα παράκαμψης της απαιτούμενης συναίνεσης. Τέλος, εντοπίζονται ειδικότερα μειονεκτήματα στο υπάρχον νομικό καθεστώς και την ιατρική πρακτική και παρατίθενται προτάσεις προς βελτίωσή του.

ABSTRACT

The following postgraduate thesis refers to the updated medical law and the required informed consent for any submission to medical procedures. Firstly, it is attempted a legislative and terminological determination of the content of the required consent and its manifestation in public, punitive and medical law. Furthermore, the thesis examines special concerns of the granted consent that require special confrontation. Besides, it discusses concerns of computation of constitutional rights that can be affected by the coverage of the required consent. In conclusion, it detects disadvantages of the current legal framework and offers suggestions and solutions to its improvement.

Περιεχόμενα

ΠΕΡΙΛΗΨΗ.....	2
ABSTRACT.....	2
ΕΙΣΑΓΩΓΗ.....	4
1. Η συναίνεση ως νομοθετική απαίτηση.....	5
1.1. Οι προϋποθέσεις έγκυρης χορήγησης της συναίνεσης	5
1.2. Ορολογική οριοθέτηση της συναίνεσης.....	8
1.3. Το δικαίωμα ενημέρωσης	11
1.4. Η ευθύνη του ιατρού.....	14
2. Η συναίνεση στην ιατρική πρακτική.....	16
2.1. Έντυπα συναίνεσης.....	16
2.2. Αδυναμία συναίνεσης ασθενούς και δικαστική συμπαράσταση	17
2.3. Η συναίνεση σε επείγουσες περιστάσεις.....	19
3. Ειδικές κατηγορίες ασθενών	20
3.1. Ανήλικοι ασθενείς	20
3.2. Η διακοπή της κύησης και η ανήλικη έγκυος	23
3.3. Ασθενείς με ψυχιατρική νόσο.	24
3.4. Η ιατρική υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή	26
3.5. Η συναίνεση στις μεταμοσχεύσεις - δωρεά οργάνων.....	28
4. Ιδιαιτερότητες στην παροχή συναίνεσης	32
4.1. Μάρτυρες του Ιεχωβά.....	32
4.2. Άρνηση ενημέρωσης και συναίνεσης	33
4.3. Συναίνεση προσώπου που αποπειράται αυτοκτονία	34
4.4. Ο κρατούμενος - απεργός πείνας.....	35
5. Συμπεράσματα	36
ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ.....	38

ΕΙΣΑΓΩΓΗ

Στο παρελθόν υφίστατο ένα πατερναλιστικό πρότυπο άσκησης της ιατρικής. Οι γιατροί θεωρούσαν ότι κατείχαν την υψηλή γνώση, την αυθεντία και την αποκλειστική αρμοδιότητα στο να λαμβάνουν αποφάσεις για την υγεία και την περίθαλψη των ασθενών τους, χωρίς να τους εμπλέκουν ενεργά στη διαδικασία λήψης αυτών των αποφάσεων. Το κύρος που συνόδευε το ιατρικό επάγγελμα, προσέδιδε στους εκφραστές του μια θέση ισχύος, η οποία τους εξωθούσε στο να λαμβάνουν τις αποφάσεις τους σχεδόν μονομερώς.

Από την άλλη πλευρά, οι ασθενείς υπάκουαν και εφάρμοζαν τις εντολές των ιατρών τους αδιαμαρτύρητα, χωρίς να τους ασκούν οποιαδήποτε κριτική, χωρίς να προβάλλουν την παραμικρή αντίσταση ή αντίρρηση στις εντολές τους, πολύ περισσότερο χωρίς να τους ενάγουν στα αρμόδια δικαστήρια προκειμένου να τους αποσπάσουν αποζημίωση ή να απαιτήσουν την καταδίκη τους. Για κάποιους αυτή η κατάσταση της «θεοποίησης» των εκπροσώπων του ιατρικού επαγγέλματος, έμοιαζε απολύτως λογική, δεδομένου των ισχνών τεχνολογικών μέσων που είχαν στην διάθεση τους οι ιατροί και των περιορισμένων δυνατοτήτων της ιατρικής επιστήμης, τα οποία αναδείκνυαν τη συμβολή του ιατρού στην ίαση του ασθενούς ως ιδιαίτερος σημαντική.

Η κατοχύρωση όλο και περισσότερων δικαιωμάτων στον ασθενή από την έννομη τάξη αποδυνάμωσαν σταδιακά τον ρόλο του ιατρού και μετέτρεψαν το σύστημα περίθαλψης του ασθενούς σε ασθενοκεντρικό από ιατροκεντρικό, που ήταν στο παρελθόν. Η ουσιαστική διαμόρφωση και η ενίσχυση των δικαιωμάτων του ασθενούς από την Παγκόσμια Ιατρική Ένωση, πραγματοποιήθηκε με τη διακήρυξη της Λισσαβόνας του 1981. Στο πλαίσιο αυτής της διακήρυξης, αναγνωρίστηκε στον ασθενή, μεταξύ άλλων δικαιωμάτων, και το δικαίωμα της ενημερωμένης συναίνεσης στην ιατρική πράξη. Στους κώδικες ιατρικής δεοντολογίας που ακολούθησαν φαίνεται ξεκάθαρα η ριζική αλλαγή του τρόπου αντιμετώπισης των ασθενών από τους γιατρούς με βάση το δικαίωμα αυτό.

Σήμερα για να θεωρηθεί σύννομη η τέλεση μιας ιατρικής πράξης θα πρέπει να προϋπάρχει σε όλα τα στάδια της περίθαλψης του ασθενούς, η συναίνεση του, η εκπεφρασμένη

δηλαδή προφορικά ή γραπτά βούλησή του. Ακόμα δηλαδή και όταν ο γιατρός υποβάλλει τον ασθενή σε ιατρικές πράξεις που δεν ενέχουν σοβαρούς ιατρικούς κινδύνους για την υγεία του, η διάθεση του σώματος του ασθενούς και η διείσδυση από την πλευρά του ιατρού στη σφαίρα του απόλυτου προσωπικού βίου του, απαιτούν την ελεύθερη συναίνεση του ασθενούς. Τα τελευταία χρόνια η συναίνεση του ασθενούς, περιγράφεται σε μια σειρά νομοθετικών κειμένων μεταξύ των οποίων είναι και η Ευρωπαϊκή Σύμβαση για τα Ανθρώπινα Δικαιώματα και τη Βιοϊατρική. Η εν λόγω σύμβαση που σε πολλούς είναι γνωστή και ως σύμβαση του Οβιέδο, επικυρώθηκε στην Ελλάδα και υπερισχύει του κοινού της δικαίου.

1. Η συναίνεση ως νομοθετική απαίτηση

1.1. Οι προϋποθέσεις έγκυρης χορήγησης της συναίνεσης

Ερευνώντας τις προϋποθέσεις χορήγησης της συναινέσεως, θα ήταν θεμιτό να εξεταστεί αρχικά το γράμμα του νόμου, όπως αποτυπώνεται στο άρθρο 12 του ΚΙΔ. Καίρια σε ένα πρώτο στάδιο είναι η σαφής, πλήρης¹ και κατανοητή ενημέρωση του ασθενούς², ώστε να καθίσταται δυνατό να διαμορφώσει ο τελευταίος την βούληση του χωρίς ελαττώματα. Η ενημέρωση αυτή αποτελεί τόσο υποχρέωση³ των ιατρών⁴ όσο και δικαίωμα του ασθενούς και ορίζεται στον Ν. 2071/1992⁵. Η υπό δ' περίπτωση της παρ. 2 του ίδιου άρθρου, αφορούσα στην έκταση της συναίνεσης, θα λέγαμε ότι υποδεικνύει και τα όρια της πληροφόρησης,

¹ βλ. ΠΠρΑθ 1449/2007 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

² Η συναίνεση αποτέλεσε ένα αγαθό το οποίο βαθμιαία απέκτησε την αξία του. Κορυφώθηκε και κατοχυρώθηκε πλέον με την Σύμβαση του Οβιέδο, ενώ είχε παρουσιαστεί και παλαιότερα σε διατάξεις κωδίκων σχετικά με κλινικές δοκιμές, όπου έπρεπε να οριοθετηθεί σαφώς η θέση των εθελοντών που υποβάλλονταν στις δοκιμές.

³ Η υποχρέωση αυτή έχει το νομικό της έρεισμα κυρίως σε διατάξεις του Αστικού Κώδικα, κυρίως δε αυτές του δικαιώματος προσωπικότητας (ΑΚ 57 επ), της καλής πίστης (ΑΚ 288) ακόμα και την Συνταγματική διάταξη του άρθρου 5 και 2 για την προσωπικότητα και την αξία του ανθρώπου. Συμπληρωματικά βλ. Σκουτέλη, «Κλινικές Δοκιμές Φαρμάκων: Ενημέρωση και Συναίνεση, Ισχύον δικαίο, Κανονισμός ΕΕ 536/2014», εκδ. 2015.

⁴ βλ. Συμεωνίδου-Καστανίδου, Η κατοχύρωση της αυτονομίας του ασθενούς στο ποινικό δίκαιο, bio-jurica, τόμος 3, τεύχος 1 (2021).

⁵ Συγκεκριμένα δε στο άρθρο 47 παρ 4. του ανωτέρω νόμου αναφέρεται ότι η ενημέρωση του ασθενούς θα πρέπει να είναι τέτοιας εκτάσεως ώστε να μπορεί να <<σχηματίσει πλήρη εικόνα των ιατρικών, κοινωνικών και οικονομικών παραμέτρων της καταστάσεώς του και να λαμβάνει αποφάσεις ο ίδιος ή να μετέχει στη λήψη αποφάσεων, που είναι δυνατό να προδικάσουν τη μετέπειτα ζωή του».

δηλώνοντας ότι η τελευταία θα πρέπει να περιλαμβάνει πληροφορίες για την πλήρη έκταση της ιατρικής πράξης.

Η πλήρης ενημέρωση περιλαμβάνει τόσο τη διενέργεια της πράξης όσο και το χρόνο πριν και μετά από αυτή, δηλαδή τις απαραίτητες προπαρασκευαστικές πράξεις για την υποβολή σε αυτή και μετά το πέρας της, την αποθεραπεία, τους κινδύνους που ελλοχεύουν αλλά και κάθε άλλο στοιχείο που θα διευκολύνει τον ασθενή στην διαμόρφωση της βούλησης του και τη χορήγηση της συναίνεσης του. Εκτός από το ιατρικό σκέλος της όμως, η ενημέρωση θα πρέπει να είναι και οικονομική, να περιλαμβάνει δηλαδή έστω κατά προσέγγιση το κόστος της ίδια της πράξης αλλά και των συμπαραομαρτούντων, όπως τη νοσηλεία, τα απαιτούμενα φάρμακα κ.ο.κ. Τούτο δε, διότι θα πρέπει να δοθεί στον ασθενή η δυνατότητα να εξετάσει και την οικονομική του δυνατότητα, η οποία σαφώς θα τον επιβαρύνει⁶. Το ζήτημα αυτό θα αναλυθεί περαιτέρω σε οικείο κεφάλαιο.

Ως δεύτερη προϋπόθεση εκ του νόμου, τίθεται η ικανότητα του ασθενούς να συναινέσει⁷. Ως τρίτη προϋπόθεση τίθεται η έλλειψη ελαττωμάτων της βούλησης, τα οποία συνίστανται σε πλάνη, απάτη ή απειλή. Και οι δύο προϋποθέσεις αφορούν στην εγκυρότητα της συναίνεσης, ιδωμένη από την φύση αυτής ως δικαιοπραξίας. Για να μπορεί να συναινέσει ο ασθενής θα πρέπει να είναι ικανός προς δικαιοπραξία, όπως προβλέπουν τα ΑΚ 127 επ. Σύμφωνα με αυτά, ο ασθενής θα πρέπει να είναι ενήλικος και υπό την αρνητική έποψη της ικανότητας προς δικαιοπραξία, να μην υπάγεται στις περιπτώσεις της ανικανότητας ή της περιορισμένης ικανότητας προς δικαιοπραξία⁸.

Σχετικά με την γνησιότητα της βουλήσεως απαλλαγμένης από ελαττώματα και αντίθεσης στα χρηστά ήθη, αυτή θα πρέπει να λαμβάνεται υπόψιν ως εξής: η πλάνη συνίσταται στη διάσταση μεταξύ της αντίληψης που έχει ο ασθενής ως προς την ιατρική πράξη και την ίδια την πραγματικότητα ως προς την πραγματική πράξη. Η απάτη συνίσταται επίσης σε πλάνη, την οποία όμως δημιουργεί δολίως ο αντισυμβαλλόμενος ή τρίτος. Ως αντισυμβαλλόμενος εδώ θα μπορούσε να νοηθεί τόσο ο θεράπων ιατρός όσο και κάθε τρίτος, η πράξη του οποίου όμως θα ενεργοποιεί την ευθύνη του ιατρού εάν εκείνος γνώριζε την

⁶ Τ.Βιδάλης, σε Τ.Βιδάλη, Θ.Παπαχρίστου, Ιατρική Δεοντολογία, εκδόσεις Π.Ν. Σάκκουλας 2013, σελ 102 επ.

⁷ Ισμήνη Ανδρουλιδάκη –Δημητριάδη, Η υποχρέωση ενημέρωσης του ασθενούς, Συμβολή στη διακρίβωση της αστικής ιατρικής ευθύνης, 1993, σελ. 201 επ.

⁸ Υποστηρίζεται ωστόσο και η άποψη ότι η ικανότητα συναίνεσης δεν θα πρέπει να ταυτίζεται απόλυτα ούτε με την ικανότητα προς δικαιοπραξία αλλά με την γενικότερη ωριμότητα και αντίληψη του προσώπου, η οποία θα λέγαμε ότι προσομοιάζει, αλλά δεν ταυτίζεται με την ικανότητα προς καταλογισμό, βλ. Καραγεώργος Κωνσταντίνος, Η ποινική εκτίμηση των ιατροχειρουργικών επεμβάσεων, 1996, σελ. 47.

απάτη. Τέλος, η απειλή αποτελεί την εξαγγελία ενός κακού, η οποία δημιουργεί την εντύπωση ότι είναι αντικειμενικά πραγματοποιήσιμη από τον απειλούντα. Ο φόβος που δημιουργεί αυτή, οδηγεί σε διαμόρφωση της βούλησης του ασθενούς μάλλον ελαττωματικής⁹. Από την άλλη τα χρηστά ήθη αποτελούν μια αόριστη νομική αξιολογική έννοια, η οποία αφορά στην ανηθικότητα ή άλλως στην κοινωνική απαξία της πράξης, η οποία όμως δεν αγγίζει τα όρια του παρανόμου.

Η προϋπόθεση εντείνει τον προβληματισμό ως προς τη φύση της συναίνεσης ως δικαιοπραξίας ή οιονεί δικαιοπραξίας. Και τούτο διότι, εάν ο νομοθέτης θεωρούσε δεδομένο ότι πρόκειται για δικαιοπραξία, δεν θα θεωρούσε απαραίτητο να προβεί σε ρητή ρύθμιση περί συναίνεσως απαλλαγμένης από ελαττώματα της βούλησης, διότι η εφαρμογή των διατάξεων ΑΚ 140 επ. θα ήταν δεδομένη. Η αρνητική αυτή προϋπόθεση συνηγορεί στο γεγονός ότι η χορήγηση της συναίνεσης αποτελεί οιονεί δικαιοπραξία και ως εκ τούτου θα γίνεται αναλογική εφαρμογή των διατάξεων για τις δικαιοπραξίες.

Η έννοια της διάταξης αυτής ωστόσο θα μπορούσε να εκλαμβάνεται και από την άποψη της βέβαιης και αυθόρμητης βούλησης, δηλαδή της μη βεβιασμένης με οποιονδήποτε τρόπο. Θα πρέπει δηλαδή το αποτέλεσμα, ως χορήγηση της συναίνεσης να προέρχεται από προσωπική διεργασία και αληθινή βούληση του ασθενούς, καθώς και μετά από ώριμη σκέψη.

Η τέταρτη και τελευταία προϋπόθεση χορήγησης της συναίνεσης αφορά στο περιεχόμενο αυτής. Ο νόμος απαιτεί η συναίνεση να καλύπτει σε έκταση το σύνολο της ιατρικής πράξης με όλες τις προεκτάσεις αυτής, όπως αναφέρθηκαν παραπάνω. Η ανάγκη αυτή είναι συναφής με τα προαναφερθέντα, διότι ο ασθενής μπορεί να συναινέσει μόνο στο σύνολο της ιατρικής πράξης, καθώς αυτή θα πρέπει να εκλαμβάνεται ως ενιαία και όχι τμηματική ώστε να δικαιολογεί τυχόν μερική συναίνεση.

Ως ερμηνευτικά συναγόμενη προϋπόθεση, ή προέκταση της ανωτέρω, θα μπορούσαμε να πούμε ότι αποτελεί και ο χρόνος κατά τον οποίο δίνεται η συναίνεση. Η συναίνεση θα πρέπει να δίνεται έγκαιρα, δηλαδή σε χρόνο πριν την τέλεση της ιατρικής πράξης και αφότου λάβει χώρα η ενημέρωση του ασθενούς¹⁰. Μετά την ιατρική πράξη, η ανωτέρω αναφερθείσα συναίνεση λειτουργεί ως λόγος άρσης του αδίκου για την περίπτωση της σωματικής βλάβης

⁹ Ενδιαφέρον θα είχε εν προκειμένω να εξετάσουμε εάν η απειλή θα πρέπει να προκαλεί φόβο στον συγκεκριμένο ασθενή, όπως και αρκεί στο ποινικό δίκαιο ή στον μέσο εκπρόσωπο του κοινωνικού κύκλου του απειλούμενου, όπως γίνεται δεκτό στην περίπτωση της απειλής στο αστικό δίκαιο. Κατά την γράφουσα, ορθότερη φαίνεται η πρώτη εκδοχή, λόγω της σοβαρότητας της πράξης για την οποία χορηγείται η συναίνεση. Στην αποδοχή τη θέσης αυτής συνηγορεί και το επιχείρημα ότι πλην την αστικής ευθύνης, η μη εγκριθείσα ιατρική πράξη αποτελεί έγκλημα και συνεπιφέρει ποινικές ευθύνες του ιατρού.

¹⁰ Γεωργιάδης, Αναζητώντας το Δίκαιο, Μελέτες και Άρθρα, Αθήνα 2017, σελ. 643

ως ποινικού αδικήματος. Η κάθε μια δε επιτελεί ξεχωριστή λειτουργία και ως εκ τούτου η ύπαρξη της μιας δεν αποκλείει την ενέργεια της άλλης.

1.2. Ορολογική οριοθέτηση της συναίνεσης

Η έννοια της συναίνεσης στην περίπτωση του ιατρικού δικαίου αλλά και της ιατρικής πρακτικής πρέπει να ερμηνεύεται ρητώς, τόσο υπό την έποψη της ως δικαιοπραξίας ή οιονεί δικαιοπραξίας του αστικού δικαίου όσο και ως λόγος άρσης του αδίκου από την πλευρά του ποινικού δικαίου. Εκ πρώτης όψεως, ο όρος αυτός φαίνεται να συγγέεται με αυτόν της συγκατάθεσης. Για τον λόγο αυτό θα πρέπει να γίνει οριοθέτηση και των δύο εννοιών και σύγκριση τους.

Εξετάζοντας την έννοια αυτή από την πλευρά του αστικού δικαίου, όπως εντοπίζεται στα άρθρα 236 επ, αυτή αποτελεί έλασσον έννοια της συγκατάθεσεως, και ορίζεται ως η δήλωση βουλήσεως ενός προσώπου προς ένα άλλο, με την οποία συγκατατίθεται στην τέλεση μιας δικαιοπραξίας. Έχει μονομερή χαρακτήρα και είναι απευθυντέα¹¹. Μπορεί μάλιστα να κατατείνει τόσο στην τέλεση μιας δικαιοπραξίας όσο και στην τέλεση μιας υλικής πράξης όπως η καταβολή. Εν προκειμένω, εξυπηρετεί τη σύμβαση ιατρικής αγωγής που έχει συναφθεί μεταξύ του ιατρού και του ασθενή.

Αμφισβητείται ωστόσο η νομική της φύση¹², καθώς υποστηρίζεται τόσο η άποψη ότι πρόκειται για δικαιοπραξία όσο και η άποψη ότι πρόκειται για οιονεί δικαιοπραξία, με αναλογική εφαρμογή των διατάξεων περί δικαιοπραξιών. Ωστόσο, για λόγους ασφάλειας δικαίου και προστασίας του ασθενή, θα πρέπει να θεωρήσουμε ότι είναι αναγκαία η αναλογική εφαρμογή των διατάξεων περί δικαιοπραξιών, ειδικότερα δε εκείνων που αφορούν στον τρόπο ερμηνείας της δήλωσης αλλά και στις διατάξεις περί ακυρωσίας λόγω πλάνης, απάτης ή απειλής (ελαττώματα της βούλησης). Ήδη όμως, το άρθρο 12 παρ. 2β ΚΙΔ κάνει λόγο για ικανότητα δήλωσης της συναίνεσης, η οποία σε μεγάλο βαθμό προσομοιάζει με την ικανότητα προς δικαιοπραξία και ο δεσμός τους θα πρέπει να είναι αδιαμφισβήτητος.

Από την άλλη, αδιαμφισβήτητη είναι και η σημασία της εξ'επόμεως ποινικού δικαίου¹³. Εάν η συναίνεση εκλείπει σε κάθε περίπτωση επέμβασης ενός προσώπου στην σφαίρα της

¹¹ Κ.Δ.Παντελίδου, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη, εκδ. 2016, σελ 594 επ.

¹² Medizinrecht, Arzthaftungsrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht, 1999, αρ. 105

¹³ Καρακώστας, Χαρακτηριστικά γνωρίσματα και νομική διάσταση κανόνων ιατρικής δεοντολογίας, εκδ. 2008 σελ. 30

σωματικής υπόστασης ενός άλλου, τότε αυτή θεωρείται ότι ενέχει απαξία και κατ' επέκταση τυποποιείται ως ποινικό αδίκημα¹⁴, υπό το κεφάλαιο «Εγκλήματα κατά της σωματικής ακεραιότητας». Ειδικότερα, το ΠΚ 308 το οποίο τυποποιεί την σωματική βλάβη στην απλή μορφή της, συμπεριλαμβάνει κάθε πράξη η οποία γίνεται χωρίς την βούληση του παθόντος και προκαλεί βλάβη της υγείας του. Στην παρ. 3 του ίδιου άρθρου γίνεται αναφορά στην έννοια της συναίνεσης, η οποία αίρει τον άδικο χαρακτήρα του εγκλήματος, διότι καταλύει τον άγραφο όρο της, περί της αντίθετης βουλήσεως του παθόντος για την πράξη του δράστη.

Ωστόσο για την πλήρωση της αντικειμενικής υπόστασης του ανωτέρω εγκλήματος απαιτείται και η πλήρωση του στοιχείου της βλάβης. Ο όρος αυτός είναι αντίθετος ως προς την έννοια και τον σκοπό της ιατρικής πράξης¹⁵. Ο ουσιαστικός προβληματισμός είναι το εάν μπορεί να θεωρηθεί έγκλημα μια πράξη η οποία σε καμία περίπτωση δεν συνιστά βλάβη αλλά οδηγεί σε βελτίωση της υγείας και της κατάστασης του ασθενούς σε σχέση με την πρότερη κατάσταση του. Το προστατευόμενο έννομο αγαθό εδώ το οποίο είναι η σωματική ακεραιότητα δεν βλάπτεται, αλλά προστατεύεται και βελτιώνεται. Είναι έτσι σχεδόν δεδομένο ότι με την τέλεση μιας ιατρικής πράξης η υγεία του ασθενούς βελτιώνεται και σε ορισμένες περιπτώσεις λυτρώνεται και από κίνδυνο ζωής. Συνεπώς, αμφισβητείται το εάν μπορεί να στοιχειοθετηθεί το καταρχήν άδικο σε αυτή την περίπτωση.

Ορθότερο θα ήταν να ερμηνεύσουμε τη διάταξη αυτή λαμβάνοντας υπόψιν μας και τους κανόνες για την κατάφαση της αδικοπραξίας. Σε αυτή την περίπτωση μπορεί να μην υπάρχει αιτιώδης πρόκληση της ζημίας, αλλά το παράνομο ως προϋπόθεση του ΑΚ 914 έγκειται στο γεγονός της παράβασης του ΚΙΔ, ο οποίος απαιτεί ρητά την συναίνεση του ασθενούς. Η ιατρική πράξη που τελείται δηλαδή δίχως συναίνεση είναι παράνομη, ακόμα και αν τηρήθηκαν απόλυτα οι κανόνες για την πραγματοποίηση της από διαδικαστικής πλευράς. Ακόμα και αν ο ιατρός δηλαδή δεν έχει τελέσει κανένα αντικειμενικό σφάλμα ως προς την περάτωση της πράξης, η απουσία συναίνεσης είναι αρκετή για να προσδώσει σε αυτή παρανομία¹⁶.

Υποστηρίζεται μάλιστα ότι η πράξη είναι αδιαμφισβήτητα παράνομη, καθώς το επιλήψιμο του ιατρού παρά τη μη ύπαρξη της ζημίας έγκειται στο εγχείρημα της ανάληψης της τέλεσης της ιατρικής πράξης. Στο χρονικό αυτό σημείο, η έκβαση της πράξης είναι άγνωστη και ενδεχομένως απρόβλεπτη. Ως εκ τούτου, εάν οδηγούσε η πράξη αυτή σε ζημία,

¹⁴ Βιργινία Δ. Σακελλαροπούλου, Η ποινική αντιμετώπιση του Ιατρικού Σφάλματος και η συναίνεση του ασθενούς στην ιατρική πράξη, Β' έκδοση, σελ 28 επ.

¹⁵ Φουντεδάκη, Αστική ιατρική ευθύνη, έκδ.2003, σελ 200 επ.

¹⁶ Χελιδόνης, Το βάρος απόδειξης στην υποχρέωση ενημέρωσης του ασθενούς, Εφαρμογές Αστικού Δικαίου και Αστικού Δικονομικού Δικαίου, έτος 2016, τ. 3-4, σελ. 210 επ.

τότε θα αποτελούσε το αντικειμενικό σφάλμα της εξωτερικής αμέλειας για την τέλεση σωματική βλάβης εξ αμελείας. Σε αυτή την περίπτωση, το βάρος απόδειξης φέρει ο πράττων ιατρός, ο οποίος προκειμένου να απαλλαγεί θα πρέπει να αποδείξει την νόμιμη εναλλακτική συμπεριφορά, δηλαδή να αποδείξει ότι δεν θα ελάμβανε χώρα ματαίωση της πράξης, ακόμα και με την συναίνεση του ασθενούς.

Δεύτερη και κρατούσα άποψη ωστόσο είναι αυτή του αυτοκαθορισμού του ασθενή, ο οποίος προσβάλλεται με την άνευ συναινέσεως παρεμβολή του ιατρού και την τέλεση της ιατρικής πράξης στον ασθενή. Εν προκειμένω όμως, ο ασθενής θα έχει αξίωση ικανοποίησης μόνο της ηθικής του βλάβης και όχι πλήρη αξίωση αποζημίωσης και ως προς την περιουσιακή του βλάβη. Γενικά από τη νομολογία, γίνεται δεκτό ότι η παρανομία της ιατρικής πράξης δεν εξαρτάται από την τέλεση ιατρικού σφάλματος κατά την πραγματοποίηση της ιατρικής πράξης αλλά το καθ' εαυτό σφάλμα που οδηγεί στο παράνομο και είναι ακριβώς η έλλειψη της συναίνεσης του ασθενούς. Εδώ το βάρος απόδειξης της συναίνεσης φέρει μεν ο ιατρός¹⁷, ο ασθενής δε οφείλει να αποδείξει τυχόν ελλιπή ενημέρωση προκειμένου να διαμορφωθεί ορθά η συναίνεση του¹⁸

Θα λέγαμε λοιπόν, ότι στο ιατρικό δίκαιο επικρατεί μια καίρια διχογνωμία σχετικά με το παράνομο της σωματικής βλάβης και την επιρροή αυτού στην ευθύνη του ιατρού. Κατά την πρώτη άποψη που αναφέρθηκε πάνω περί παρανομίας κάθε επιχειρηθείσας πράξης άνευ συναίνεσης, αυτή οδηγεί σε επέκταση της ευθύνης του γιατρού και για τα τυχηρά. Αυτό που έχει ιδιαίτερη σημασία όμως, είναι ότι η πράξη είναι *per se* παράνομη και δεν προϋποθέτει πταίσμα του ιατρού, δηλαδή παράβαση του καθήκοντος έστω από αμέλεια. Κατά την δεύτερη άποψη, δεν έχουμε παράνομη πράξη αλλά προσβολή της προσωπικότητας. Η άποψη αυτή επιδρά άμεσα στην αποζημίωση που οφείλεται, διότι ο παθών μπορεί να ζητήσει μόνο ηθική βλάβη και όχι περιουσιακή ζημιά. Η τελευταία μπορεί όμως να ζητηθεί σε περίπτωση που από την παρανόμως επιχειρηθείσα πράξη προκλήθηκε ζημιά λόγω ιατρικού σφάλματος.

Τέλος, για την ερμηνεία της συναίνεσης *in concreto* θα πρέπει να λαμβάνουμε υπόψιν και τη νομοθετική της κατοχύρωση, η οποία σε επίπεδο ουσιαστικού νόμου βρίσκεται στο άρθρο 12 του ΚΙΔ αλλά και σε άλλα νομοθετήματα που εξειδικεύουν το είδος των ασθενών, όπως ο ν.2776/1999 για την ανάγκη χορήγησης συναίνεσης από κρατούμενους. Καθοριστικό δε, αποτελεί το γεγονός ότι η προηγούμενη ενημερωμένη συναίνεση διασφαλίζεται και με την εισαγωγή της στο άρθρο 3 παρ. 2. του ΧΘΔΕΕ, στην Παγκόσμια Διακήρυξη της UNESCO

¹⁷ ΠΠρΘεσ. 27115/2010 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

¹⁸ ΑΠ 424/2012 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

αλλά και συνταγματικά στο άρθρο 5 Σ, στο προστατευτικό πλαίσιο της ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας.

1.3. Το δικαίωμα ενημέρωσης

Ορθώς, η ενημέρωση του ασθενούς αποτελεί την καίρια προϋπόθεση για την συναίνεση του ασθενούς. Τούτο δε είναι αυτονόητο, καθώς η ενημέρωση αποτελεί το μέσον που θα δια φωτίσει την πλήρη έκταση των όρων για τα οποία απαιτείται η συναίνεση. Σε ανώτερο κεφάλαιο αναφερθήκαμε στη διάκριση της ενημέρωσης σε ιατρική και οικονομική ώστε να δια φωτίζονται και οι μη αμιγώς ιατρικοί παράγοντες της πράξης. Εν προκειμένω, θα πρέπει να διακρίνουμε περαιτέρω τρεις επιμέρους κατηγορίες.

Η πρώτη πηγάζει από το καθήκον αληθείας που διέπει τον ιατρό κατά το άρθρο 11 ΚΙΔ και ονομάζεται «γενική ενημέρωση», αφορά δε στη γενική κατάσταση της υγείας του ασθενούς πριν και κατά την διάρκεια της τέλεσης της ιατρικής πράξης. Η δεύτερη ονομάζεται θεραπευτική ενημέρωση και αφορά στην αποκατάσταση του ασθενούς από την ιατρική πράξη αλλά και για πιθανές παρενέργειες που ενδέχεται να αγνοεί¹⁹. Τέλος, από την κατοχυρωμένη πλέον ενημερωμένη συναίνεση που πρέπει να χορηγείται από τον ασθενή, πηγάζει η νομιμοποιητική ενημέρωση²⁰.

Στόχος είναι η επίτευξη μιας γενικής και εμπειριστατωμένης ενημέρωσης, γεγονός το οποίο διαφέρει ανά τον κόσμο, με τη χώρα μας να ανήκει στην κατηγορία της μη επαρκούς παροχής ενημέρωσης. Το αποτέλεσμα αυτό δεν αφορά τόσο τους ασθενείς αλλά και το ίδιο το νοσηλευτικό προσωπικό, το οποίο αποτελεί καίριο όργανο για την πραγμάτωση του δικαιώματος ενημέρωσης του ασθενούς. Και τούτο διότι το δικαίωμα ενημέρωσης επεκτάθηκε και σε μη νοσηλευόμενους ασθενείς. Έγινε λοιπόν μια προσπάθεια “μοιρασμένης” προσέγγισης, ώστε να ισχυροποιηθεί η συμμετοχή του ασθενούς στην προσπάθεια της θεραπείας του ώστε η διαδικασία της ενημέρωσης και της αγωγής να είναι προσαρμοσμένη στις δικές του ανάγκες και επιθυμίες.

¹⁹ Strahlenurteil-BGHST 29, 176, απόφαση του γερμανικού ακυρωτικού με την οποία κρίθηκε ότι ο ιατρός είχε ευθύνη για την πρόκληση βλάβης στο ουροποιητικό σύστημα της ασθενούς κατόπιν θεραπείας για την ύπαρξη όγκου στον τράχηλο της μήτρας, καθώς δεν είχε ενημερώσει την ασθενή για την σχετική πιθανότητα.

²⁰ Δημήτριος Ψαρούλης, Πολυχρόνης Βούλτσος, Η ενημέρωση του ασθενή, Ιατρικό Δίκαιο, Στοιχεία Βιοηθικής, σελ.203

Θα πρέπει ωστόσο να προσδιοριστούν και τα κριτήρια με τα οποία θα κριθεί το επαρκές της ενημέρωσης. Την απάντηση εδώ έδωσαν η θεωρία και η νομολογία, δημιουργώντας το κριτήριο του μέσου συνετού ασθενούς. Το κριτήριο αυτό αποτελεί έκφανση της γενικότερης αντίληψης στο αστικό δίκαιο ότι οι σχετικές με την βούληση προσεγγίσεις και τα ελαττώματα θα κρίνονται με βάση τον μέσο εκπρόσωπο του κοινωνικού κύκλου του προσώπου, δηλαδή μη δίνοντας ιδιαίτερη σημασία στις ιδιαιτερότητες και τα χαρακτηριστικά του συγκεκριμένου ασθενή. Επομένως, η ενημέρωση θα πρέπει να περιέχει όλα τα απαραίτητα στοιχεία που θα ικανοποιούσαν τον μέσο εχέφρονα ασθενή.

Εντόνως υποστηρίζεται και η αντίθετη άποψη, η οποία αντλεί το έρεισμα της από ανθρωποκεντρική και προσωποπαγή σκοπιά. Κατά την άποψη αυτή, η συναίνεση θα πρέπει να παρέχεται με τον τρόπο που να ικανοποιεί και να κατατοπίζει τον συγκεκριμένο ασθενή. Θα πρέπει δηλαδή να παρέχονται στοιχεία για τα οποία ο μέσος άνθρωπος θα αδιαφορούσε αλλά και με τον τρόπο που θα κρίνεται κατάλληλος για τον συγκεκριμένο ασθενή. Αυτό σημαίνει ότι θα πρέπει να ερμηνεύονται τεχνικοί ιατρικοί όροι ώστε να καταστεί σαφές το περιεχόμενο τους.

Ήδη την τελευταία δεκαετία, παρατηρήθηκαν ορισμένες παθογένειες της ιατρικής πρακτικής, οι οποίες καθιστούν ελαττωματική την συναίνεση²¹. Μεταξύ αυτών εντοπίζονται καταρχάς η αδυναμία το ιατρικού προσωπικού να διαχειριστεί τους ασθενείς με μια ανθρωπιστική ματιά και κατά δεύτερον η άγνοια των τελευταίων ως προς τα δικαιώματά τους και τις δυνατότητές τους εν γένει. Το ζήτημα όμως εντοπίζεται κυρίως στον χρόνο, ο οποίος σε αρκετές περιπτώσεις δεν επαρκεί για την πλήρη ενημέρωση του ασθενούς, κυρίως σε επείγοντα περιστατικά.

Η ύπαρξη του απαραίτητου χρόνου είναι σημαντική ιδιαιτέρως στην παροχή της κατάλληλης ενημέρωσης η οποία ενίοτε μπορεί να γίνεται και κατά στάδια, ανάλογα με την κατάσταση στην οποία μπορεί να βρίσκεται ο ασθενής. Κατά συνέπεια, η κατάλληλη ενημέρωση πρέπει να γίνεται τόσο με τον χρόνο όσο και τον τρόπο που χρειάζεται ο κάθε ασθενής, να είναι δηλαδή εξατομικευμένη. Έχει παρατηρηθεί ωστόσο, ότι σε ορισμένες περιπτώσεις αποκρύπτονται στοιχεία προκειμένου να μην διαταραχθεί ψυχολογικά ο ασθενής. Η πρακτική αυτή, παρά το γεγονός της αλήθειας που μπορεί να κρύβει, υποσκάπτει την ορθή θεμελίωση της συναίνεσης. Ορθότερο κρίνεται η τακτική αυτή να μην γίνεται επανειλημμένα

²¹ “Συναίνεση στην σχέση ιατρού-ασθενούς”, Εθνική Επιτροπή Βιοηθικής, 2010, σελ 15 επ, διαθέσιμο σε : https://bioethics.gr/api/files/download/1478/informed_consent_opinion_report_gr.pdf?attachment=fals_e

και σε μεγάλη έκταση αλλά κατόπιν συνεννόησης με τα οικεία πρόσωπα του ασθενή ώστε να διαφυλάσσεται τόσο η ψυχική κατάσταση του ασθενούς όσο και η ορθή ενημέρωση του.

Στον αντίποδα της παραπάνω προβληματικής βρίσκεται η αντιμετώπιση της πληροφόρησης ως τυπικής διαδικασίας, που έχει ως στόχο τη διασφάλιση της θέσης του ιατρού και όχι τον διαφωτισμό του ασθενούς. Η κατάσταση αυτή χρήζει διττής αντιμετώπισης. Αφενός θα πρέπει να υπάρχει κατάλληλη εκπαίδευση των ανερχόμενων ιατρών ώστε να αναπτύσσουν διαπροσωπικές σχέσεις με τους ασθενείς και να αντιλαμβάνονται τα συναισθήματα τους και τις αγωνίες τους. Οι ασθενείς χρήζουν φροντίδας και ενσυναίσθησης και δεν μπορούν να αντιμετωπίζονται ψυχρά και διεκπεραιωτικά. Αυτό θα πρέπει να περιλαμβάνει και την ορολογική εξομάλυνση της ενημέρωσης, καθώς οι ασθενείς δεν είναι γνώστες της ιατρικής ορολογίας. Αφετέρου δε, θα πρέπει να γίνει προσπάθεια διαμόρφωσης ενός εχέφρονος πολίτη, ο οποίος θα γνωρίζει τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις του και θα μπορεί να κινηθεί εντός του ιατρικού πλαισίου αποτελεσματικότερα, ώστε να αποφορτίζει παράλληλα και τον ρόλο του θεράποντος ιατρού του.

Ο τύπος της ενημέρωσης όμως διαφέρει από αυτόν της συναίνεσης, καθώς ο νόμος για τη χορήγηση της συναίνεσης απαιτεί έγγραφο, απλό ιδιωτικό με υπογραφή του ασθενούς σε ειδικές ιατρικές επεμβάσεις ενώ στην καθημερινή πρακτική μπορεί αυτή να δίνεται και προφορικά ή και σιωπηρώς, εφόσον η παράλειψη ρητής συναίνεσης μπορεί ασφαλώς να εκληφθεί ως αποδοχή και δεν καταλείπει περιθώρια άρνησης. Εξ' ου και η δυνατότητα της ύστερης συναίνεσης, κατόπιν της τέλεσης της ιατρικής πράξης, η οποία όμως δεν θα πρέπει να λαμβάνει μεγάλη έκταση, καθώς είναι ιδιαίτερος επικίνδυνος η πλασματική αποδοχή της συναίνεσης εκ των υστέρων και κυρίως μη αναστρέψιμη.

Ειδικότερα, όταν η ιατρική πράξη συνιστάται σε επέμβαση, η ενημέρωση και η συναίνεση βαίνουν παράλληλα σε τρία στάδια, το προεγχειρητικό, το διεγχειρητικό και το μετεγχειρητικό. Στο πρώτο στάδιο θα πρέπει να καταστεί σαφής η διαδικασία στο σύνολο της, με την αναφορά σε κάθε εξέταση που πρέπει να λάβει χώρα και κάθε επιμέρους πράξη μέχρι την τελική. Το μετεγχειρητικό στάδιο αφορά την αποθεραπεία και την αποκατάσταση του προσώπου, την πλήρη ενημέρωση του για την επαναφορά του στην κανονικότητα. Όσον αφορά το μεσαίο στάδιο, αυτό θα αφορά στην ενδελεχή ενημέρωση σχετικά με την ίδια την πράξη της επέμβασης. Θα πρέπει να υπάρχει ενημέρωση για το είδος της, τα αποτελέσματα και τους κινδύνους που μπορεί να προκύψουν κατά τη διάρκεια της τέλεσης της, στατιστικά στοιχεία επιτυχίας της ή παρενεργειών της, την επαρκή εξειδίκευση του ιατρού κ.ο.κ.²².

²² Κ.Κρεμαλης, Δίκαιο της Υγείας, τόμος 1ος, 2011, σελ 110επ.

Δεν μπορούμε ωστόσο να αφαιρέσουμε απολύτως το βάρος από τον ιατρό να σταθμίσει την κατάσταση του ασθενούς ώστε να μην διακινδυνεύσει την υγεία του. Η ποινική αξιολόγηση της συμπεριφοράς του θα γίνει με βάση τις επιλογές του στην στάθμιση αυτή. Ειδικότερα δε, σε περιπτώσεις κατά τις οποίες τίθεται το ενδεχόμενο επιδείνωσης της κατάστασης του ασθενούς από τη λήψη της γνώσης για την κατάσταση του. Η πλήρης παράλειψη της ενημέρωσης δεν μπορεί να γίνει δεκτή. Η κατάσταση αυτή θα επιλυθεί ως προς τον τρόπο της ενημέρωσης και όχι την ποσότητα ή την ποιότητα της. Ο ιατρός όμως μπορεί να κρίνει ότι θα ήταν επωφελέστερο να ενημερωθούν και οι οικείοι του ασθενούς ώστε να συμβάλλουν στην ψυχολογική του προετοιμασία. Στάθμιση ενδεχομένως να μπορεί να γίνει δεκτή εν προκειμένω, λαμβάνοντας υπόψη και το δικαίωμα σε μερική άρνηση της ενημέρωσης, ώστε να επιλέξει ο ασθενής να ακούσει κάποιες γενικές πληροφορίες της κατάστασης του χωρίς ειδικότερες λεπτομέρειες. Κατόπιν δε, θα πρέπει να παρέχεται ο απαραίτητος χρόνος και χώρος για τον ασθενή ώστε να διαχειριστεί τις πληροφορίες που θα λάβει, κατανόηση από το ιατρικό προσωπικό και προσπάθεια επικοινωνίας με τον ασθενή ώστε να γίνει αντιληπτή η αντίδραση και η θέση του επί της νέας κατάστασης.

Τέλος πρέπει να αναφερθεί ότι υπάρχουν περιπτώσεις στις οποίες αποκλείεται η παραίτηση του ασθενούς από την ενημέρωση. Οι περιπτώσεις αυτές πηγάζουν κυρίως από την ανάγκη προστασίας του κοινωνικού συνόλου, λαμβάνοντας υπόψη και εξωτερικούς παράγοντες. Έτσι για παράδειγμα στην περίπτωση της Ι.Υ.Α η ενημέρωση κρίνεται αναγκαία καθώς θα αφορά και στο τέκνο που θα προκύψει από αυτή και τους κινδύνους που μπορεί να ενέχει η διαδικασία και σε αυτό. Εκ του νόμου δε, κατοχυρώνεται η περίπτωση που η μητέρα είναι φορέας του AIDS και κινδυνεύει να το μεταφέρει στο τέκνο της, γεγονός που αποκτά διάσταση δημοσίου συμφέροντος και προστασίας της δημόσιας υγείας. Ακόμα λοιπόν, και αν ο ασθενής εμμένει στην άρνηση της ενημέρωσης του, ο ιατρός θα πρέπει να απευθύνεται σε οικεία πρόσωπα του τελευταίου ώστε να διασφαλίσει την προστασία των συμφερόντων εκατέρωθεν.

1.4. Η ευθύνη του ιατρού

Με την ανάληψη της φροντίδας ενός ασθενούς γεννάται μεταξύ αυτών η έννομη σχέση της σύμβασης ιατρικής αγωγής. Η παροχή της απαραίτητης θεραπείας και η ενημέρωση του ασθενούς προκειμένου να συναινέσει σε αυτήν αποτελούν κύριες και όχι παρεπόμενες υποχρεώσεις παροχής του ιατρού. Ελλείψει αυτών, υφίσταται παραβίαση των όρων της

σύμβασης και άρα σε πλημμελή εκπλήρωση της, ενεργοποιώντας τις σχετικές διατάξεις των ΑΚ 335 επ. με κυριότερη την αξίωση αποζημίωσης για τη βλάβη που προκλήθηκε. Το βάρος απόδειξης της ζημίας αλλά και της μη ορθής ή ελλείπουσας ενημέρωσης φέρει ο επικαλούμενος τη ζημία, αποδεικνύοντας παράλληλα και τους λοιπούς όρους του ιατρικού σφάλματος²³. Η ζημία που μπορεί να αποκατασταθεί από την ευθύνη εκ συμβάσεως είναι αποκλειστικά η υλική ζημία, είτε θετική είτε αποθετική (διαφυγόντα κέρδη). Από την νομολογία μας όμως διαφαίνεται ότι το βάρος της κρίσης έχει η τέλεση της πράξης καθ' αυτής ως δυνάμενης να προκαλέσει τη ζημία, ενώ μειωμένη σημασία έχει η έλλειψη της ενημέρωσης ή της συναίνεσης.

Από την άλλη, όπως αναφέρθηκε και παραπάνω, η ευθύνη του ιατρού, εφόσον η πράξη του πλήττει το απόλυτο δικαίωμα της υγείας, δεν μπορεί παρά να είναι και αδικοπρακτική (ΑΚ 914 επ). Η ανυπαρξία συναίνεσης εδώ όμως έχει κεντρικό ρόλο διότι είναι αυτή που δίνει υπόσταση στο στοιχείο του παρανόμου, εκ του αποτελέσματος, ανεξαρτήτως εάν είχε τελεστεί και ιατρικό σφάλμα. Καθώς όμως για την κατάφαση της αδικοπραξίας θα πρέπει να πληρούται και ο όρος της αιτιώδους συνάφειας, με κρατούσα την θεωρία της πρόσφορης αιτιότητας, αυτή είναι δύσκολο να νοηθεί. Και τούτο διότι η έλλειψη ενημερωμένης συναίνεσης²⁴ δεν δύναται να οδηγήσει στο αποτέλεσμα της σωματικής βλάβης. Αυτό όμως αποτελεί ζήτημα απόδειξης και ισχυρισμών, τα οποία δεν μπορούν να κριθούν ex ante.

Επιπλέον, η ευθύνη του ιατρού θα είναι τόσο ποινική, με την προσβολή της υγείας ή της ζωής κατά τα ΠΚ 299 και 308 αλλά και με πληθώρα άλλων διατάξεων που αφορούν την ανθρώπινη ζωή και την υγεία, με κοινό στοιχείο την συναπαξιολόγηση της παράνομης βίας του ΠΚ 330. Έχει υποστηριχθεί ότι ο άδικος χαρακτήρας της ιατρικής πράξης που τελέστηκε άνευ συναίνεσης μπορεί να αρθεί με βάση την θεωρία της κινδυνώδους δράσης. Σύμφωνα με αυτή, εάν ο γιατρός έχει εκπληρώσει το καθήκον του προς ενημέρωση, η ιατρική πράξη είναι η πλέον κατάλληλη και έχει τελεστεί με την τήρηση όλων των προβλεπόμενων κανόνων, τότε μπορεί η πράξη να μην θεωρηθεί άδικη.

Καθώς όμως η συναίνεση αποτελεί προϋπόθεση αναφερόμενη και στον κώδικα δεοντολογίας, τότε θα είναι και πειθαρχική, λόγω παράβασης των διατάξεων του ΚΙΔ.

²³ Κανελλοπούλου-Μπότη Μαρία, Ιατρική ευθύνη για μη ενημέρωση ή μη πλημμελή ενημέρωση του ασθενούς κατά το ελληνικό και το αγγλοσαξονικό δίκαιο, 1999, σελ. 21 επ.

²⁴ ΠΠρΧαν 226/2009 στην οποία το παράνομο στοιχείο ιοθετήθηκε στην προσβολή της προσωπικότητας, διότι με την παράλειψη ενημέρωσης της εγκύου σχετικά με γενετική ανωμαλία του εμβρύου της στέρησε το δικαίωμα επιλογής σχετικά με τυχόν διακοπή της κύησης ή μη.

Κατά μια άποψη δε, εφόσον ο ιατρός νοείται ως πάροχος υπηρεσιών, προστασία του ασθενή χωρεί και με τις διατάξεις του ν.2251/1994 και συγκεκριμένα με το άρθρο 8 αυτού, το οποίο προβλέπει αποκατάσταση τόσο της υλικής όσο και της ηθικής βλάβης του ασθενούς από την έποψη του ως καταναλωτή²⁵.

2. Η συναίνεση στην ιατρική πρακτική

2.1. Έντυπα συναίνεσης

Όπως αναφέρθηκε ήδη παραπάνω, ως προς τη χορήγηση της συναίνεσης δεν προβλέπεται υποχρεωτικά η τήρηση τύπου, καθώς αυτή μπορεί να δοθεί τόσο προφορικά όσο και σιωπηρά, υπό την προϋπόθεση ότι θα συνάγεται ως ασφαλώς θετική η σιωπή. Ορισμένες εξαιρέσεις είναι αυτές της ιατρικής υποβοήθησης στην ανθρώπινη αναπαραγωγή, των ιατρικών δοκιμών φαρμάκων, των μεταμοσχεύσεων αλλά και των αφαιρέσεως ιστών και οργάνων κ.τ.ό.. Η συναίνεση εκτός από δεκτική παραίτησης, πρέπει να προσθέσουμε και ότι είναι δεκτική ανακλήσεως αφότου δοθεί και σε χρονικό σημείο πρότερο της τέλεσης της ιατρικής πράξης. Αυτή δε, μπορεί να είναι και προφορική αλλά και τυπική.

Στις περιπτώσεις που το νοσοκομείο ή η κλινική επιθυμεί την τήρηση του τύπου, κυρίως για λόγους αποδεικτικής κατοχυρώσεως της χορήγησης συναίνεσης, διανέμεται στους ασθενείς το Έντυπο Συγκατάθεσης Κατόπιν Ενημέρωσης. Τα έντυπα αυτά περιλαμβάνουν σε ένα ενιαίο κείμενο τόσο τις απαραίτητες πληροφορίες για την ιατρική πράξη όσο και το πλαίσιο για τη χορήγηση της συναίνεσης γραπτώς και με υπογραφή του ασθενούς. Συγκεκριμένα, αναφέρεται το είδος και η διαδικασία της επέμβασης, το ονοματεπώνυμο του ιατρού και του αναισθησιολόγου εάν πρόκειται για επέμβαση, οι πιθανοί κίνδυνοι, η διάγνωση του ασθενούς κ.α.

Η τυποποίηση αυτή όμως είναι αμφίβολη ως προς την προστασία των δικαιωμάτων του ασθενούς²⁶. Και τούτου διότι στην πλειοψηφία τους περιλαμβάνουν ρήτρες περί λήψης γνώσης, χωρίς αυτές όμως να ανταποκρίνονται με ασφάλεια στην πραγματικότητα. Αποδεικτικά λοιπόν τα έντυπα αυτά εισάγουν τεκμήριο γνώσης του ασθενούς. Η εγκυρότητα

²⁵ Καράκωστας Ιωάννης, Η Αστική Ευθύνη του Ιατρού στο Κοινοτικό Δίκαιο, Αρμ.48/1994,σελ.15.

²⁶ Απ. 11330/2002 του Συνηγόρου του Πολίτη, ΠοινΔ/νη τεύχος 2004, σελ.173

τους επομένως είναι αμφίβολη²⁷. Ωστόσο, η ύπαρξη αυτών δεν θεωρείται καθαυτή παραβίαση των δικαιωμάτων τους ασθενούς. Αντιθέτως, για την εγκυρότητα τους ή μη θα πρέπει να κρίνεται κατά περίπτωση η ουσιαστική ενημέρωση του ασθενούς και η ενασχόληση του θεράποντος ιατρού για την επίτευξη αυτής²⁸.

Στην πράξη, το ζήτημα αυτό αντιμετωπίστηκε από τον Συνήγορο του Πολίτη ²⁹ σε περιστατικό κατά το οποίο ο ασθενής αρνούνταν να δώσει τη συναίνεση του επί του εντύπου αυτού διότι με αυτόν τον τρόπο θα θεωρούνταν ότι χορηγεί γενική συναίνεση στην τέλεση απροσδιορίστων τότε πράξεων. Έτσι, διατάχθηκε για την συγκεκριμένη περίπτωση απόσυρση των εντύπων αυτών.

Σε συμπλήρωση των παραπάνω και για λόγους αποτελεσματικότερης προστασίας, συστήθηκε σε ορισμένους νοσοκομειακούς φορείς η Επιτροπή Ελέγχου Προστασίας των Δικαιωμάτων των Ληπτών Υπηρεσιών Υγείας και του Γραφείου Προστασίας Δικαιωμάτων Ληπτών Υπηρεσιών Υγείας. Τα όργανα αυτά είναι αρμόδια για την αντιμετώπιση των παραπόνων των ασθενών, εξασφαλίζουν την ενημέρωσή τους κ.ο.κ.

Στην κατηγορία των εντύπων συναίνεσης θα πρέπει να συμπεριληφθούν και οι διαθήκες εν ζωή (living wills) και των advance directives. Και τα δύο αυτά έντυπα αφορούν σε μια πρότερη ρύθμιση από ένα πρόσωπο της βούλησης του σχετικά με την αντιμετώπιση που θέλει να τύχει εάν βρεθεί σε κατάσταση κώματος ή γενικότερα αδυναμίας αντίληψης και επικοινωνίας³⁰. Τα έγγραφα αυτά έχουν προδιατυπωμένο περιεχόμενο, βεβαιώνουν ότι κατά την σύνταξη ο υπογράφων είχε πλήρη πνευματική διαύγεια και δικαίωμα ανάκλησης οποτεδήποτε. Το έντυπο υπογράφουν και μάρτυρες. Με τις advance directives δε, δίνεται η δυνατότητα να οριστεί και πληρεξούσιος δικηγόρος ο οποίος θα είναι ικανός να συναινέσει εκ μέρους του ασθενούς αν αυτός αδυνατεί.

2.2. Αδυναμία συναίνεσης ασθενούς και δικαστική συμπαράσταση

²⁷ Η γενικές ρήτρες συναίνεσης ομοιάζουν με τους Γ.Ο.Σ, βλ. ενδεικτικά Καλαμπούκα- Γιαννοπούλου, Η Προστασία του Ασθενούς ως Καταναλωτή, Εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη 2011, σελ. 102.

²⁸ Καρακώστας Ι., Δίκαιο προστασίας του καταναλωτή, 2008, σελ. 760επ.

²⁹ πόρισμα υπ' αριθμ. 11330.2/00/30.10.2002, ΠοινΔικ 2/2004, σελ 173

³⁰ Αφροδίτη Χαρίση, Living wills in Greece: Bioethical dilemmas and legal parameters, 2014.

Ο προβληματισμός της χορήγησης της συναίνεσης από πρόσωπα που τελούν σε δικαστική συμπαράσταση πηγάζει εκ νέου από το γεγονός ότι τα ίδια δεν έχουν ικανότητα δικαίου. Συνήθως δε λόγω της αδυναμίας διακρίσεως και ορθής λήψης αποφάσεων, τυγχάνουν στέρησης της ικανότητας αυτής και τοποθέτησης ενός προσώπου που είναι ικανό να κρίνει για το συμφέρον του. Σύμφωνα με τα ΑΚ 1680 επ. λοιπόν, το πρόσωπο αυτό ονομάζεται δικαστικός συμπαραστάτης και μπορεί έγκυρα να συναινέσει εκ μέρους του συμπαραστατούμενου ασθενούς. Στην συγκεκριμένη περίπτωση όμως, λόγω της φύσεως της πράξης που πρέπει να επιτευχθεί, ο ΚΙΔ δεν αρκείται στη δυνατότητα συναίνεσης του συμπαραστάτη αλλά δίνει τη δυνατότητα συναίνεσης και στους οικείους του συμπαραστατούμενου.³¹

Το ζήτημα που γεννάται εν προκειμένω είναι το τι θα συμβεί εάν ενώ συντρέχουν όλες οι περιστάσεις για την ανάγκη διορισμού δικαστικού συμπαραστάτη, ο διορισμός αυτός δε, δεν έχει λάβει χώρα ακόμα από το δικαστήριο. Αν μη τι άλλο, ο ασθενής δεν μπορεί να θεωρηθεί ανίκανος προς δικαιοπραξία και κατ' επέκταση προς χορήγηση της συναίνεσης του. Μπορεί λοιπόν να συναινεί αυτοπροσώπως για τον εαυτό του. Εξάιρεση από την ανάγκη συναίνεσης υπάρχει στην περίπτωση που η τέλεση της ιατρικής πράξης κρίνεται επείγουσα και δεν υπάρχει το απαραίτητο χρονικό περιθώριο για τον διορισμό συμπαραστάτη, ο δε ασθενής παρόλο που τυπικά μπορεί να συναινέσει για τον εαυτό του, τελεί σε πνευματική διαταραχή και αδυναμία διάκρισης. Ο ιατρός λοιπόν σε αυτή την περίπτωση μπορεί να προβεί στην τέλεση της ιατρικής πράξης χωρίς τη συναίνεση του ασθενούς, χωρίς αυτό να ενεργοποιεί την ποινική του ευθύνη.

Η κατάσταση του ασθενή μπορεί να είναι τέτοια που καταρχάς να μην του επιτρέπει εκ των πραγμάτων τη συναίνεση. Αυτό μπορεί να συμβαίνει κυρίως στις περιπτώσεις που ο ασθενής είναι αναισθητός, τελεί υπό την επήρεια ισχυρών φαρμάκων ή γενικά σε άλλη κατάσταση που δεν του επιτρέπει να αντιληφθεί την πραγματικότητα και να συναινέσει σε αυτή. Το ζήτημα εδώ έλυσε το άρθρο 12 ΚΙΔ, το οποίο επιτρέπει στον ιατρό να τελεί τις ιατρικές πράξεις χωρίς την έγκυρη συναίνεση του ασθενή όταν αυτές κατά την κρίση του είναι αναγκαίες και επείγουσες για την υγεία του. Πριν την ρύθμιση του ζητήματος από τον ΚΙΔ, η

³¹ Η έννοια των οικείων αντιμετωπίζεται τόσο ποινικά όσο και σε επίπεδο αστικού δικαίου. Στη μεν πρώτη περίπτωση φαίνεται να εμπíπτουν κατα το άρθρο 13 ΠΚ περ. β', όσοι τελούν σε συγγένεια με τον ασθενή σε ευθεία γραμμή, οι γονείς, οι σύζυγοι/σύντροφοι, επίτροποι, επιμελητές, οι αδελφοί κ.α. Η έννοια των οικείων στο αστικό δίκαιο συναντάται κυρίως στην περίπτωση της αξίωσης της ψυχικής οδύνης αυτών, από αδικοπραξία που είχε ως αποτέλεσμα τον θάνατο προσώπου. Η ερμηνεία θα λέγαμε είναι παρόμοια, μόνο που εδώ είναι στενότερη, αφορά την εγγύτερη οικογένεια με την οποία το θύμα είχε στενούς δεσμούς και διατηρούσε καλές σχέσεις.

περίσταση αυτή αντιμετωπιζόταν με βάση το πλαίσιο της διοίκησης αλλότριων. Εάν η πράξη μπορεί να αναβληθεί, τότε κρίνεται σκόπιμο να γίνει έως ότου να μπορεί ο ασθενής να αντιληφθεί την πράξη για να συναινέσει.

Στην περίπτωση που η αδυναμία είναι μόνιμη ή πρόκειται για μακροχρόνια ασθένεια, καθώς ο ασθενής είναι σε κώμα, σε αυτή την περίπτωση απαιτείται η συναίνεση των οικείων του ή του δικαστικού συμπαραστάτη που θα διοριστεί για τον λόγο αυτό. Εάν αυτό δεν ήταν αναγκαίο, η εξουσία του ιατρού θα διευρύνονταν χρονικά και ποιοτικά κατά τρόπο αόριστο και ενδεχομένως να έθιγε τα δικαιώματα του ασθενή.

2.3. Η συναίνεση σε επείγουσες περιστάσεις

Καθώς η ανθρώπινη υγεία αποτελεί έννομο αγαθό το οποίο δύναται να επιδεινωθεί αιφνιδίως και με ταχύτητα, σε ορισμένες περιπτώσεις η τυπολατρική απαίτηση της συναίνεσης μπορεί να αποβεί μοιραία για τον ασθενή. Δίνεται λοιπόν η δυνατότητα στον θεράποντα ιατρό να προβεί εγκαίρως στην τέλεση της ιατρικής πράξης χωρίς να απαιτείται η χορήγηση της συναίνεσης του ασθενούς. Επειδή συνεπώς η κρίση αυτή εναπόκειται στον ιατρό, ονομάζεται από κάποιους και αυτόγνομος επέμβαση.

Βασική προϋπόθεση εν προκειμένω είναι ακριβώς η ανάγκη ταχείας επέμβασης του ιατρού, χωρίς την παραμικρή καθυστέρηση. Η συνδρομή της προϋπόθεσης αυτής ωστόσο δεν λειτουργεί άνευ ετέρου, αλλά απαιτεί η κατάσταση του ασθενούς να είναι τέτοια ώστε εκείνος να μην μπορεί να συναινέσει εγκαίρως και εγκύρως³². Από την καθυστέρηση δε, θα πρέπει να προκύπτει άμεσος κίνδυνος της σωματικής ακεραιότητας, της υγείας ή της ζωής του ασθενούς που μπορεί να προκαλέσει βαριά βλάβη έως και θάνατο. Η συνθήκη αυτή εναπόκειται στην κρίση του ιατρού και θα πρέπει να εξετάζεται η νομιμότητα της ως προς τα άκρα όρια της διάθεσης από τον ιατρό του εννόμου αγαθού της υγείας του ασθενούς του³³.

Στα πλαίσια μια γκρίζας ζώνης θα λέγαμε ότι βρίσκεται η περίπτωση της ανάγκης της συμπληρωματικής επέμβασης, η οποία προκύπτει στο πλαίσιο και κατά τη διάρκεια μιας χειρουργικής επέμβασης για την οποία όμως δόθηκε η συναίνεση κατόπιν νόμιμης πληροφόρησης. Το κριτήριο κρίσης της νομιμότητας της πράξης του γιατρού εν προκειμένω

³² Ειδική κατηγορία επείγοντος έχει κριθεί από την νομολογία και η ύπαρξη κρατούμενου ο οποίος τελεί σε απεργία πείνας ή έχει τελέσει αυτοκτονία

³³ ΠΠρΘεσσ 12941/2014 με την οποία κρίθηκε ότι η πράξη αφαίρεσης στην οποία προέβη ο ιατρός δεν ήταν αναγκαία, καθώς η ύπαρξη του μορφώματος στο σημείο αυτό δεν θα προκαλούσε κίνδυνο ζωής ή βαριά σωματική βλάβη. Η αφαίρεση αυτή κρίθηκε αυθαίρετη και επιδικάστηκε αποζημίωση.

θα πρέπει να αποτελεί η δυνατότητα του να διακόψει την εγκριθείσα επέμβαση προκειμένου να ενημερώσει τον ασθενή για την ανάγκη τέλεσης της επιπρόσθετης. Αυτό βέβαια, δεν είναι πάντα δυνατό, διότι η διακοπή μπορεί να μην είναι δυνατή και να θέτει σε κίνδυνο την υγεία του ασθενούς. Εν προκειμένω λοιπόν, θα λέγαμε ότι είναι δυνατόν ο ιατρός να συνεχίσει τη συμπληρωματική και αναγκαία επέμβαση. Ωστόσο, η δυνατότητα αυτή θα πρέπει να αποκλείεται, ή άλλως η επέμβαση να θεωρείται παράνομη, όταν ήταν αντικειμενικά δυνατό από τον ιατρό να προβλέψει την ανάγκη τέλεσης της ως ενδεχόμενο και να ενημερώσει τον ασθενή ώστε να συναίνεσει πριν την τέλεση της αρχικής επέμβασης.

Ως περίπτωση αδυναμίας συναίνεσης υπό νομοτεχνικής επόψεως, αποτελεί και η περίπτωση που δεν έχει συσταθεί εγκύτως σύμβαση ιατρικής περίθαλψης μεταξύ του ιατρού και του ασθενούς. Το ζήτημα που ανακύπτει εδώ αφορά στο εάν μπορεί να δημιουργηθεί μια εν τοις πράγμασι συμβατική σχέση που να νομιμοποιεί τον ιατρό προς παρέμβαση. Αυτό θα λέγαμε ότι είναι δυνατό, καθώς υπάρχει ιδιαίτερη νομική υποχρέωση του ιατρού εκ του νόμου να παρέμβει σε περιπτώσεις ανάγκης ενώπιον του(ανάλυση σελ 65 επ).

Σε κάθε περίπτωση, ο ιατρός πρέπει να προβεί σε στάθμιση του καθήκοντος του να παρέχει ιατρική βοήθεια προκειμένου να σώσει τον ασθενή και του δικαιώματος αυτοκαθορισμού του τελευταίου. Κατά τη γράφουσα, ο προβληματισμός αυτός θα πρέπει να αντιμετωπίζεται διαφορετικά στις περιπτώσεις κατά τις οποίες στην αδυναμία αυτή περιήλθε ο ασθενής από τυχαία πράξη από την οποία κατά πάσα πιθανότητα θα θέλει να θεραπευτεί και σε περιπτώσεις που ο ίδιος έφερε τον εαυτό του σε κρίσιμη κατάσταση π.χ. αυτοκτονία, απεργία πείνας κ.α. Στην πρώτη περίπτωση θα λέγαμε ότι είναι ασφαλέστερο να θεωρήσουμε ότι αν ο ασθενής είχε την δυνατότητα επικοινωνίας, θα επιζητούσε την θεραπεία. Η δεύτερη όμως παρουσιάζει δυσκολίες που έχουν εκτεθεί σε οικεία κεφάλαια.

3. Ειδικές κατηγορίες ασθενών

3.1. Ανήλικοι ασθενείς

Με δεδομένο ότι η χορήγηση της συναίνεσης μπορεί να αποτελεί τουλάχιστον οιονεί δικαιοπραξία, είναι αυτονόητο ότι πρέπει να συντρέχουν οι προϋποθέσεις για την εγκυρότητα αυτής και κυρίως να υπάρχει ικανότητα δικαίου. Κατά τα ΑΚ 129 επ, πλήρη ικανότητα δικαίου

έχουν οι ενήλικοι, ενώ ως προς την περιορισμένη ικανότητα δικαίου στους ανηλίκους, αυτή θα λέγαμε ότι αφορά σε ορισμένες και κατά κύριο λόγο περιουσιακού δικαίου δικαιопραξίες. Η συναίνεση λοιπόν σε περιπτώσεις που ο ανήλικος είναι ο ασθενής θα πρέπει να δίνεται από τους τελούντες τη γονική μέριμνα αυτού³⁴ ενώ εάν πρόκειται για συνηθισμένες ιατρικές πράξεις και εξετάσεις στις οποίες υποβάλλεται τακτικά ο ανήλικος ή επείγουσες περιστάσεις, από τον ασκούντα την επιμέλεια³⁵ κατά το ΑΚ 1516 παρ. 1. Θα ήταν επικίνδυνο να θεωρήσουμε ότι ο ανήλικος έχει τη δυνατότητα διάθεσης της υγείας του, διότι δεν έχει αγγίξει το απαραίτητο στάδιο πνευματικής ωριμότητας ώστε να λαμβάνει τις σωστές αποφάσεις λαμβάνοντας υπόψιν και το άρθρο 12 ΚΙΔ.

Ωστόσο, η πρόβλεψη αυτή δεν είναι απαλλαγμένη προβληματισμών, διότι εύλογα γεννάται το ερώτημα του ποιος θα χορηγήσει τη συναίνεση όταν οι γονείς βρίσκονται σε διάσταση και δεν έχει περατωθεί η διαδικασία για τη λήψη του διαζυγίου ώστε να έχει αποδοθεί σε κάποιον η επιμέλεια ή έτι περαιτέρω να έχει αποφασιστεί η συνεπιμέλεια. Καθώς όμως η ιατρική επέμβαση εκ φύσεως είναι υψηλής σημασίας για τη διαμόρφωση και τη διαβίωση του τέκνου, η πράξη αυτή θα πρέπει να θεωρείται ότι στον πυρήνα της διαμόρφωσης της προσωπικότητας του και ως εκ τούτου, βάσει της θεωρίας του πυρήνα να απαιτεί την σύμπραξη των γονέων για τη χορήγηση της συναίνεσης, ασχέτως του εάν η επιμέλεια ή η γονική μέριμνα έχει δοθεί στον έναν εκ των δύο. Από τον έναν γονέα μπορεί να δικαιολογηθεί η χορήγηση της συναίνεσης στην περίπτωση που εμφανίζεται η πράξη ως επείγουσα για την υγεία του ανηλίκου και η απαίτηση της σύμπραξης του άλλου γονέα θα οδηγούσε σε επιζήμια καθυστέρηση. Σε κάθε περίπτωση συναπόφαση των γονέων απαιτείται στην περίπτωση που η ιατρική επέμβαση είναι ιδιαίτερης σοβαρότητας, όπως για παράδειγμα η μεταμόσχευση.

Η συμμετοχή του ανηλίκου ωστόσο μπορεί να νοηθεί υπό τη μορφή της έκφρασης της απόψεως του επί του ζητήματος που το αφορά. Σε αυτή την περίπτωση, θα πρέπει να λαμβάνονται υπόψιν κριτήρια όπως η ωριμότητα του είτε πνευματική είτε συναισθηματική, η ηλικία του που συνάδει συνήθως με την ωριμότητα και η ικανότητα του να αντιληφθεί τη σοβαρότητα της ιατρικής πράξης και τα αποτελέσματα αυτής. Σε καμία περίπτωση η άποψη

³⁴ ΕφΑθ 5152/2002, ΕλλΔ/νη 2007, στην οποία αναφέρεται ότι παρα το πρόσωπο που τυπικά παρέχει την συναίνεση, ο ιατρός έχει ιδιαίτερη νομική υποχρέωση απέναντι στον ίδιο τον ανήλικο και όχι στον νόμιμο αντιπρόσωπο του. Αυτό βέβαια δεν αποκλείει την ευθεία ζημία των αντιπροσώπων, ειδικά στις περιπτώσεις που από σφάλμα του ιατρού θα αναγκαστούν σε καταβολή αυξημένων ιατρικών δαπανών. Υφιστάμενοι της περιουσιακής ζημίας εδώ είναι οι ίδιοι.

³⁵ βλ. υπ' αριθ. 92/2011 διάταξη του Εισαγγελέα Εφετών Λάρισας, με την οποία αναφέρεται ότι η συναίνεση αρκεί να δίνεται από τον γονέα που έχει την επιμέλεια. Δεδομένης της αλλαγής του οικογενειακού δικαίου και της απο κοινού επιμέλειας, οι περιπτώσεις αυτές θα απαιτούν συμφωνία και των δύο γονέων ενώ τυχούσα διαφωνία τους θα αντιμετωπίζεται όπως αναφέρεται παρακάτω.

αυτή δεν μπορεί να έχει δικαιοπρακτικό περιεχόμενο, πάρα συμπληρωματικό στην απόφαση των εχόντων τη γονική μέριμνα. Ωστόσο, κάτι τέτοιο είναι ιδιαίτερα προβληματικό διότι είναι αρκετά δυσχερές να τεθούν όρια ως προς την πραγματική βούληση του τέκνου και την ορθή έκφραση της, καθώς και το ποσοστό που θα επηρεάσει αυτή τους νόμιμους αντιπροσώπους του.

Επίσης, η πνευματική του ωριμότητα δεν καθιστά τον ανήλικο ικανό και προς δικαιοπραξία αρά κατ' επέκταση εξακολουθεί να θεωρείται ανίκανος για την συντέλεση σύμβασης μεταξύ αυτού και του ιατρού. Αυτό συνεπάγεται και ότι ο ανήλικος δεν οφείλεται για καταβολή δαπανών στον ιατρό. Σε επίπεδο συναίνεσης, η άρνηση του είναι δεσμευτική εάν κάνουμε λόγο για περιορισμένα ικανό ανήλικο, κατά τα άρθρα ΑΚ 134 επ. Παρά το γεγονός όμως ότι ο ΑΚ επιλύει το συγκεκριμένο ζήτημα, αυτό δεν είναι αυτονόητο και στην περίπτωση του ΚΙΔ, διότι εκεί γίνεται λόγος μόνο για την πνευματική ωριμότητα του ανηλίκου. Θα υπάρχουν επομένως περιπτώσεις όπου ο περιορισμένα ικανός για δικαιοπραξία ανήλικος δεν θα μπορεί να συναινεί έγκυρα σε ορισμένες ιατρικής πράξεις ή και σε καμία ιατρική πράξη εάν παρά την ηλικία του δεν μπορεί να θεωρηθεί επαρκώς ώριμος. Εδώ θα πρέπει να περιλαμβάνονται οι ιδιαίτερες σοβαρές ιατρικές πράξεις όπως οι μεταμοσχεύσεις, η αλλαγή φύλου ³⁶κ.ο.κ.

Εάν οι γονείς αρνούνται την χορήγηση της συναίνεσης, η στάση τους αυτή δεν αποκλείει την επίτευξη της από άλλες οδούς. Μια τέτοια περίπτωση είναι αυτή κατά την οποία ο ιατρός μπορεί να προσφύγει στον εισαγγελέα πρωτοδικών κατά το άρθρο ΑΚ 1534 και 152 ώστε να αποφασιστεί η τύχη του ασθενούς κρίνοντας τη συμπεριφοράς τους είτε ως διαφωνία ως προς την άσκησης της γονικής μέριμνας είτε ως κατάχρησή της. Δεν έλειψαν όμως και εδώ οι αντιδράσεις τόσο της νομολογίας όσο και της θεωρίας, οι οποίες στηρίχθηκαν στο άρθρο 1516 περί πράξεων που μπορεί να επιχειρεί μόνος ο ένας γονέας. Κατά τις απόψεις που ακούστηκαν, το δικαστήριο δεν θα πρέπει να επεμβαίνει σε «ασήμαντα» οικογενειακά ζητήματα, οι αγωγές δε θα πρέπει να κρίνονται ως νόμω αβάσιμες³⁷. Η θέση αυτή αφορά στο γεγονός ότι συνήθως οι δίκες είναι χρονοβόρες και είτε εντείνουν την διαφωνία των γονέων είτε την επιλύουν σε πρότερο χρονικό στάδιο της έκδοσης της απόφασης. Επομένως, θα πρέπει η λύση να δίνεται από το ανωτέρω άρθρο σε στάδιο εξωδικαστικό και να κρίνεται έπειτα η ορθή ή κακή χρήση της γονικής μέριμνας.

³⁶ Φουντεδάκη, ό.π.π.

³⁷ Κουνουγέρη- Μανωλεδάκη Έφη «Οικογενειακό Δίκαιο II», 2012 σελ.292.

3.2. Η διακοπή της κύησης και η ανήλικη έγκυος

Στην περίπτωση που η ασθενής είναι ανήλικη έγκυος, θα πρέπει να εξετασθεί το εάν μπορεί να προβαίνει σε συναίνεση ιατρικών πράξεων σχετικές με την κύηση και σε ορισμένες περιπτώσεις και με τη διακοπή της. Γίνεται δεκτό ότι η διακοπή ή η συνέχιση της κύησης και η λήψη αποφάσεων σχετικά με το έμβρυο ανήκει αποκλειστικά στην γυναίκα, ασχέτως της ηλικίας αυτής, λόγω της άμεσης επιρροής που ασκεί αυτή στο σώμα της³⁸.

Στον ΚΙΔ δεν γίνεται λόγος για την αντιμετώπιση της περίπτωσης αυτής αλλά θα λέγαμε ότι υπάγεται στους γενικότερους κανόνες περί ανηλίκων, επομένως επιζητείται η συναίνεση των γονέων της. Ειδικότερη πρόβλεψη υπάρχει από τον ΠΚ στο άρθρο 304 περί της διακοπής της κύησης, όπου ρητώς αναφέρεται ότι απαιτείται η συναίνεση ενός εκ των δύο γονέων της. Μπορεί ωστόσο να υποστηριχθεί και διαφορετική άποψη,³⁹ η οποία βασίζεται στο γεγονός ότι για την περίπτωση της διακοπής της κύησης υπάρχει περίπτωση κατ' επείγοντος, διότι ο χρόνος που η άμβλωση είναι δυνατή είναι περιορισμένος. Επομένως δεν συμπράττουν οι γονείς, ο ιατρός μπορεί να ζητήσει την παρεμβολή του δικαστηρίου ώστε να παράσχει εκείνο την συναίνεση.

Αντίθετη άποψη έχει εκφραστεί και στην νομολογία⁴⁰, η οποία στηρίζει την ικανότητα για συναίνεση στην ικανότητα αντίληψης της πραγματικότητας και των συνεπειών αυτής. Η ικανότητα αυτή θα πρέπει να είναι ανεξάρτητη από τη βιολογική ηλικία. Με βάση την άποψη αυτή θα πρέπει να θεωρήσουμε ότι η ανήλικη μπορεί να συναινέσει στην τέλεση της άμβλωσης χωρίς την συναίνεση των γονέων της. Εάν ακολουθούσαμε πιστά την αντίθετη άποψη και η βούληση της εγκύου δεν συνέπιπτε με αυτή των γονέων της τότε θα μπορούσαμε να είχαμε είτε την συνέχιση μιας εγκυμοσύνης παρά την αντίθετη θέληση της μητέρας είτε την αναγκαστική άμβλωση, με ό,τι επιπτώσεις μπορεί να έχει το κάθε ένα στην ψυχική και σωματική υγεία της ανήλικης. Κάτι τέτοιο θα πρέπει να θεωρείται προσβολή της προσωπικότητας της⁴¹.

³⁸ Ανδρουλιδάκη- Δημητριάδη, Η υποχρέωση ενημέρωσης του ασθενούς, Συμβολή στη διακρίβωση της αστικής Ιατρικής ευθύνης Εκδ. 1993, σελ. 205

³⁹ Βλάχου, Ο ρόλος των οικείων στην αναπλήρωση της συναίνεσης του ασθενούς, *Digesta* 2009, σελ. 379,

⁴⁰ Πλ.Αθ. 3481/1996

⁴¹ 226/2009 ΠΠΡ Χαν, ΧρΙΔ 2011, σελ. 182

Σε παρόμοιο πλαίσιο βρίσκεται και η ρητώς ρυθμισμένη στο ΠΚ 304 διακοπή της κύησης χωρίς τη συναίνεση τις εγκύου. Το έγκλημα αυτό είναι κοινό, μπορεί δηλαδή να τελεστεί από οποιονδήποτε άνθρωπο χωρίς να φέρει αυτός συγκεκριμένες ιδιότητες στο πρόσωπο του. Όμως, δράστης της πράξης αυτής δεν μπορεί να είναι η ίδια η έγκυος⁴². Προστατευτέο με την εν λόγω διάταξη είναι το έμβρυο, το οποίο όμως θα πρέπει να είναι βιώσιμο, να έχει δηλαδή την βάσιμη πιθανότητα εξέλιξης σε άνθρωπο. Η πράξη του ΠΚ 304 όμως για την παρούσα μελέτη, μας ενδιαφέρει για την περίπτωση που την τελεί ιατρός χωρίς τη συναίνεση της εγκύου. Ως προς την φύση της πράξης, το έγκλημα μπορεί να εμφανίζεται είτε ως έγκλημα πράξης, κατά το οποίο ο ιατρός με πράξη του προβαίνει σε θανάτωση του εμβρύου είτε με παράλειψη, οπότε ο ιατρός δεν θα προβαίνει στην αναγκαία ενέργεια ώστε να σώσει το έμβρυο από κίνδυνο ζωής⁴³. Στην τελευταία περίπτωση όμως, λόγω της ιδιαίτερης νομικής υποχρέωσης του ιατρού να παρέχει τις υπηρεσίες του, το έγκλημα θεωρείται δια παραλείψεως τελούμενο, επομένως θα τιμωρηθεί για αυτό σαν να το είχε τελέσει με πράξη του κατά τα ΠΚ 299 και 15.

Η βούληση της εγκύου για συνέχιση της εγκυμοσύνης της δεν χρειάζεται να διατυπώνεται ρητά, αλλά θα συνάγεται, εφόσον ρητά δεν εκφράζει την βούληση της για τη διακοπή. Η ικανότητα της να εκφράζει τη βούληση της δεσμευτικά εδώ μας είναι αδιάφορο, διότι ακόμα και αν είναι δικαιοπρακτικώς ανίκανη, η βούληση της για συνέχιση της κύησης θα πρέπει να αποκρούει οποιαδήποτε αντίθετη ιατρική ενέργεια⁴⁴.

3.3. Ασθενείς με ψυχιατρική νόσο.

Η περίπτωση των ψυχικά ασθενών παρουσιάζει σοβαρές ιδιαιτερότητες, διότι η νόσος από την οποία μπορεί να πάσχει ο υπό κρίση ασθενής δεν οδηγεί αναγκαία και σε δικαστική συμπαράσταση. Αντιθέτως, ο ασθενής μπορεί σε ορισμένες περιπτώσεις να είναι απολύτως λειτουργικός και σε ένα μεγάλο μέρος να αντιλαμβάνεται την πραγματικότητα. Το εάν μπορεί ή δεν μπορεί να αντιληφθεί και να συναινέσει εγκύτως, όπως και το γεγονός της εύρεσης του σε φωτεινό διάλειμμα μπορεί να κριθεί μόνο κατά περίπτωση και από εξειδικευμένους προς τούτο ιατρούς⁴⁵.

⁴² Συμεωνίδου-Καστανίδου, Εγκλήματα κατά των προσωπικών αγαθών, 2020, σελ 78 επ.

⁴³ Πλημ.Μεσ. 11/2006, Ποινική Δικαιοσύνη τεύχος 2007, σελ 955.

⁴⁴ Μανωλεδάκης, Ποινικό δίκαιο-Γενική θεωρία, 2004, σελ 853.

⁴⁵ Ανδρούλιδάκη-Δημητριάδη, Η υποχρέωση ενημέρωσης του ασθενούς – Συμβολή στη διακρίβωση της αστικής ιατρικής ευθύνης, 1993 σελ.216επ.

Δόκιμο θα ήταν να υπάρχει μια διάκριση μεταξύ των ψυχιατρικών νόσων ανάλογα με την διαβάθμιση τους σε ηπιότερες και βαρύτερες. Εάν ο ασθενής νοσεί από μια ήπια ψυχιατρική ασθένεια, τότε κατά κανόνα μπορεί να φροντίσει τον εαυτό του και ως εκ τούτου να ενημερώνεται και να συναινεί αυτοπροσώπως και για λογαριασμό του ιδίου. Σε αυτή την κατηγορία θα μπορούσαμε να εντάξουμε ψυχικές νόσους όπως η μελαγχολία ή η κατάθλιψη σε αρχικό στάδιο. Από την άλλη, εάν η ψυχική νόσος είναι βαριά, όπως για παράδειγμα η μανιοκατάθλιψη ή η διπολική διαταραχή, θα ήταν θεμιτό να έχει διοριστεί δικαστικός συμπαραστάτης ενώ εάν αυτό δεν συμβαίνει, υπεύθυνοι θα είναι οι οικείοι του ασθενούς.

Όπως είναι φανερό, το ζήτημα αυτό αποτελεί αντικείμενο κρίσης και στάθμισης από τον θεράποντα ιατρό και θα πρέπει να κρίνεται κατά περίπτωση. Αυτή η κρίση όμως θα λαμβάνει χώρα αφού γίνει ενημέρωση του ασθενή όπως κάθε άλλου και κατόπιν αυτής διαπιστωθεί ότι δεν έγινε κατανοητή⁴⁶.

Η συναίνεση εν προκειμένω όμως θα πρέπει να κρίνεται και σε ένα δεύτερο στάδιο, αυτό της νοσηλείας του ψυχικά ασθενούς, ο οποίος μπορεί να αποτελεί κίνδυνο για τον ίδιο ή για τους συνανθρώπους του εάν δεν λάβει την απαραίτητη θεραπευτική αγωγή. Γίνεται δεκτό εδώ ότι τόσο η νοσηλεία του ασθενούς όσο και η κατά τη διάρκεια αυτής χορηγούμενη θεραπεία θα είναι ακούσια και δεν θα απαιτείται η συναίνεση του. Η κατάσταση αυτή ρυθμίστηκε ρητώς με τον ν.2071/1992, στο άρθρο 95 του οποίου τίθενται οι εξής προϋποθέσεις⁴⁷: για να λάβει χώρα ακούσια νοσηλεία θα πρέπει να πρόκειται για ασθενή που πάσχει από ψυχική διαταραχή, να μην δύναται να αντιληφθεί το συμφέρον της υγείας του, η απουσία νοσηλείας να οδηγεί σε χειροτέρευση της κατάστασης του και η νοσηλεία αυτή να κρίνεται ως αναγκαία για την αποτροπή πράξεων βίας⁴⁸ κατά εαυτού και τρίτων.

Η ρύθμιση αυτή δεν πρέπει να μας προκαλεί εντύπωση, καθώς η ακούσια νοσηλεία ψυχικά ασθενούς αποτελεί και ένα εκ των μέτρων ασφαλείας που επιβάλλεται αντί ποινής σε ακαταλόγιστο (ΠΚ 64Α). Η ακούσια νοσηλεία γενικά μπορεί να λάβει χώρα και μετά από αίτηση των οικείων ή των νομίμων αντιπροσώπων του ψυχικά ασθενούς ή εντολή του Εισαγγελέα, ελλείψει των προηγούμενων προσώπων. Η αίτηση θα πρέπει να είναι επαρκώς αιτιολογημένη ως προς τους λόγους που κρίνεται απαραίτητη η νοσηλεία και αν αυτή κριθεί βάσιμη τότε το πρόσωπο μεταφέρεται σε ειδικό κέντρο Ψυχικής Υγείας. Λόγω της σημαντικής

⁴⁶ Βιργινία Δ. Σακελλαροπούλου «Η ποινική αντιμετώπιση του Ιατρικού Σφάλματος και η συναίνεση του ασθενούς στην ιατρική πράξη Β' έκδοση, σελ.58

⁴⁷ Σουλή Στεφανία, Προϋποθέσεις και διαδικασία της ακούσιας νοσηλείας, διαθέσιμο στο : <https://www.mononews.gr/top-stories/news-politiki-proipothesis-ke-diadikasia-tis-akousias-nosilias>

⁴⁸ Λυδία Ζωγοπούλου. Ακούσια Νοσηλεία, διαθέσιμο στο <http://efotopoulou.gr/akousia-nosilia/>

παρεμβολής στην ελευθερία του προσώπου όμως, η νοσηλεία αυτή έχει χρονικό περιορισμό που δεν μπορεί να ξεπερνά τους 6 μήνες, κατά τη διάρκεια των οποίων υπάρχει επανεξέταση του ασθενούς ώστε να περατωθεί η διαμονή του εάν παρουσιάζεται σημαντική βελτίωση της υγείας του σε μικρότερο χρονικό διάστημα. Παράταση της διαμονής μπορεί να γίνει για ακόμη έξι μήνες.

3.4. Η ιατρική υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή

Η αδυναμία αναπαραγωγής αποτελεί διαχρονικά ένα πρόβλημα υψίστης σημασίας στην άμβλυνση των προβλημάτων της οποίας συνέβαλε η ανάπτυξη της τεχνολογίας⁴⁹. Και τούτο με την δυνατότητα επιλογής της κατάλληλης μεθόδου από τα ενδιαφερόμενα πρόσωπα. Όπως αναφέρεται ρητά και στο άρθρο 1455 ΑΚ, για να υπάρχει δυνατότητα υποβολής ενός ζευγαριού ή άγαμης μητέρας σε οποιαδήποτε διαδικασία Ι.Υ.Α είναι η αδυναμία φυσικής τεκνοποίησης⁵⁰. Ακόμη, οι ενδιαφερόμενοι δεν θα πρέπει να ξεπερνούν το 50ο έτος της ηλικίας τους και να είναι υγιείς ώστε να υποβληθούν χωρίς κίνδυνο των ιδίων ή των τέκνων τους στην απαιτούμενη ιατρική πράξη.

Η Ι.Υ.Α αποτελεί μια ιδιαίτερης σοβαρότητας διαδικασία η οποία απαιτεί αυξημένα εχέγγυα συναίνεσης και ορθής ενημέρωσης. Για τον λόγο αυτό υπάρχει και αυτοτελές νομοθέτημα το οποίο ονομάζεται Κώδικας Δεοντολογίας Ιατρικώς Υποβοηθούμενης αναπαραγωγής. Επειδή η διαδικασία αυτή κατατείνει στην δημιουργία μιας νέας ανθρώπινης ζωής θα πρέπει η επιθυμία αυτή των γονέων να εκφράζεται ρητά ώστε να μην καταλείπεται αμφιβολία ως προς τη συναίνεσή τους.

Ως προς τα υποκείμενα που φέρουν την υποχρέωση για σύμπραξη και παροχή συναίνεσης, αυτά καταρχάς προβλέπονται στο άρθρο ΑΚ 1456, όπου γίνεται λόγος για την ανάγκη χορήγησης της συναίνεσης όλων των προσώπων που εμπλέκονται στην εν λόγω διαδικασία. Ειδικότερες ρυθμίσεις ευρίσκονται και στον ν.3418/2005 οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση των Μονάδων Ιατρικώς Υποβοηθούμενης Αναπαραγωγής να ενημερώνει κατάλληλα τους ενδιαφερόμενους.

Στην περίπτωση που το ζευγάρι έχει τελέσει γάμο τότε δεν τίθεται θέμα ως προς την αναγνώριση του τέκνου, σε κάθε περίπτωση όμως απαιτείται η συναίνεση και των δύο,

⁴⁹ Μούζουλας Γεώργιος, “Τεχνητή γονιμοποίηση – οι εξελίξεις στη γενετική ως επιταγή εκσυγχρονισμού του οικογενειακού δικαίου”, ΝοΒ 39/1991, σελ. 994.

⁵⁰ Παπαχρίστου Θανάσης, Η τεχνητή αναπαραγωγή στον Αστικό Κώδικα, 2003, σελ. 29 επ.

ακριβώς λόγω της ύπαρξης του τεκμηρίου. Αυτό σημαίνει ότι, επειδή το τέκνο θα θεωρείται τέκνο της μητέρας από την γέννηση αλλά και τέκνο του πατέρα εφόσον η γέννηση γίνει εντός του γάμου, θα πρέπει για τον λόγο αυτός να συναινεί ρητά στην απόκτηση του.

Από την άλλη, εάν πρόκειται για άγαμο πρόσωπο που προσφεύγει μονομερώς στην Ι.Υ.Α, επίσης θα πρέπει να υπάρχει γραπτή συναίνεση και μάλιστα συμβολαιογραφικό έγγραφο⁵¹. Το ίδιο και για την περίπτωση που τα ενδιαφερόμενα πρόσωπα τελούν σε ελεύθερη ένωση ή συμφωνείται μεταθανάτια γονιμοποίηση⁵²⁵³. Διχογνωμία υπάρχει για την περίπτωση της υπαγωγής στην διαδικασία της Ι.Υ.Α. των ανίκανων προς δικαιοπραξία. Η κρατούσα άποψη φαίνεται να διαχωρίζει την βιολογική κατάσταση ενός προσώπου, δηλαδή την ανικανότητα που αφορά σε δικαστική συμπαράσταση λόγω σωματικής αναπηρίας και την ανικανότητα που αφορά σε λόγους πνευματικής ανωριμότητας. Η πρώτη περίπτωση είναι εύλογο να μην αποκλείεται από την ιατρική υποβοήθηση και η παροχή της συναίνεσης να μπορεί να γίνει εγκύτως μέσω των αντιπροσώπων των ενδιαφερομένων. Από την άλλη, στην δεύτερη περίπτωση δεν φαίνεται να θεωρείται δυνατό.

Μια ακόμη ενδιαφέρουσα πτυχή του ζητήματος αυτού είναι η διαδικασία της κρυσυντήρησης. Στην περίπτωση αυτή η συναίνεση πρέπει να δίνεται με βάση τις διατάξεις του ν.3305/2005. Εάν η κρυσυντήρηση γίνεται με δότη ανήλικο λόγω επικείμενου κινδύνου να οδηγηθεί σε ανικανότητα γονιμοποίησης, τότε θα πρέπει σε αυτή να συναινεί και ο ίδιος και οι γονείς του και αυτός να είναι τουλάχιστον 15 ετών. Εάν γίνει χρήση του υλικού και υπάρχει περισσεύον ή αν αυτό δεν χρησιμοποιηθεί ποτέ τότε θα πρέπει να υπάρχει από τα εμπλεκόμενα πρόσωπα ειδική μνεία σε ανεξάρτητο χρόνο ως προς την χορήγηση της. Για την διασφάλιση της νομιμότητας σε μια τόσο περίπλοκη διαδικασία υπάρχει η Μονάδα Ιατρικώς Υποβοηθούμενης Αναπαραγωγής.

Ο ρυθμίζων το σχετικό ζήτημα νόμος 3305/2005 σχετικά με την Ι.Υ.Α. προέβη σε τυποποίηση της ιατρικής πράξης ως ποινικά κολάσιμης σε περίπτωση παράβασης των σχετικών ρυθμίσεων. Καίριο στοιχείο για την πλήρωση της αντικειμενικής υπόστασης της εν λόγω διάταξης είναι η έλλειψη συναίνεσης. Εννοείται ότι η παροχή της συναίνεσης σε χρόνο μεταγενέστερο της αξιοποίησης του γενετικού υλικού χωρίς συναίνεση δεν μπορεί να άρει τον άδικο χαρακτήρα της πράξης.

⁵¹ Ε.Κουνουγέρη- Μανωλεδάκη, Τεχνητή γονιμοποίηση, σελ 25.

⁵² Ειδικότερα σε αυτή την περίπτωση γίνεται εξαιρετικά δεκτό ότι μπορεί να δοθεί η συναίνεση και με διαθήκη, βλ. ενδεικτικά Κίγκας, Ιατρικώς Υποβοηθούμενη Αναπαραγωγή και άγαμα μοναχικά άτομα, Νοέμβριος 2015, σελ. 52.

⁵³ ΜΠρΑθ 4146/2007 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

Ειδικότερα ως προς τις πράξεις κρυσυντήρησης απαιτείται έγγραφος τύπος για την χορήγηση της συναίνεσης και από τους δύο εν δυνάμει γονείς. Αν ο δότης του υλικού είναι ανήλικος, γεγονός που επιτρέπεται εάν υπάρχει κίνδυνος στειρότητας του στο μέλλον και η κρυσυντήρηση λαμβάνει χώρα προληπτικά, η συναίνεση πρέπει να χορηγείται και από τους δύο γονείς, καθώς πρόκειται για ζήτημα το οποίο εμπίπτει στην άσκηση της γονικής μέριμνας και όχι της επιμέλειας. Ελλείψει γονέων, η συναίνεση δίνεται από τον επίτροπο κατόπιν αδείας του εποπτικού συμβουλίου. Και εδώ απαιτείται πλήρης και ειδική ενημέρωση και συμφωνία ως προς την τύχη του υλικού σε περίπτωση μη αξιοποίησης του. Εάν πρόκειται για άγαμη γυναίκα ή ζευγάρι το οποίο τελεί σε ελεύθερη ένωση, η συναίνεση δίνεται σε αυτοτελές δεύτερο έγγραφο.

Ακόμη, σχετικά με την φύση της συναίνεσης επί της συγκεκριμένης διαδικασίας, αυτή κατά την κρατούσα άποψη αποτελεί δικαιοπραξία, με επιχείρημα ότι γεννά έννομες συνέπειες, όπως π.χ. το γεγονός ότι θεμελιώνεται η πατρότητα⁵⁴ μεταξύ του συζύγου της συμμετέχουσας γυναίκας και του τέκνου που θα γεννηθεί μετά την βοηθητική διαδικασία⁵⁵. Ως αντεπιχείρημα προβάλλεται εδώ ότι τα εν λόγω αποτελέσματα προβλέπονται από τον νόμο και όχι από την ίδια τη δήλωση βουλήσεως, επομένως θα πρέπει αυτή να θεωρείται οιονεί δικαιοπραξία⁵⁶.

3.5. Η συναίνεση στις μεταμοσχεύσεις - δωρεά οργάνων.

Το ζήτημα των μεταμοσχεύσεων είναι ιδιαίτερα κρίσιμο ακόμα και στο επίπεδο εξέτασης της χορήγησης της συναίνεσης, καθώς θέτει πολλά ηθικά και κοινωνικά ζητήματα⁵⁷. Ως μεταμόσχευση ορίζεται η ιατρική πράξη που συνίσταται σε μεταμόσχευση οργάνου ή ιστού

⁵⁴ ΑΠ 823/2013 κατά την οποία αναφέρεται ότι η συναίνεση του συζύγου στην υποβολή της συζύγου του σε Ι.Υ.Α αποκλείει το δικαίωμα του να προσβάλλει την πατρότητα του τέκνου.

⁵⁵ Παπαδοπούλου –Κλαμαρή Δήμητρα, “Η συγκατάθεση του τεκμαιρόμενου πατέρα στην τεχνητή γονιμοποίηση”, ΚριτΕ 2/1994 σελ 118.

⁵⁶ Η άποψη αυτή υποστηρίζεται και από τον Φίλιο Παύλο, Οικογενειακό Δίκαιο, 2009, σελ. 224.

⁵⁷ Ως προς την ιστορία της μεταμόσχευσης, βλ. ενδεικτικά Κουσελίνης, Α. Σ. Βασικές Αρχές Βιοηθικής Ιατρικής Δεοντολογίας και Ιατρικής Ευθύνης, 1999, σελ 21-23, Cooper, D.K., 2017. The First Transplant Surgeon: The Flawed Genius of Nobel Prize Winner, Alexis Carrel, by David Hamilton, World Scientific, London, 2017, 561-563

ενός προσώπου σε ένα άλλο⁵⁸, υπό την προϋπόθεση αυτό να είναι συμβατό⁵⁹. Γίνεται έτσι φανερό ότι η συναίνεση σε αυτή την περίπτωση είναι διπλή, καθώς πρέπει να δίνεται και από τον ασθενή ο οποίος θα προβεί σε δωρεά του οργάνου του (δότης) όσο και από τον ασθενή που θα λάβει το μόσχευμα (λήπτης)⁶⁰. Το είδος του δότη μπορεί να ποικίλλει. Κάνουμε έτσι λόγο για πτωματική μεταμόσχευση όταν έχουμε νεκρό δότη ενώ ο δότης μπορεί να είναι και ζωντανός και εάν τελεί σε συγγενική ή γαμική σχέση με τον ασθενή ονομάζεται «συναίσθηματικός» δότης. Λόγω της σοβαρότητας των αποτελεσμάτων της διαδικασίας, κατά κανόνα προτίμηση δίνεται στους νεκρούς δότες⁶¹.

Συνεπώς, τόσο ο δότης όσο και ο λήπτης πρέπει να ενημερώνονται πλήρως για την διαδικασία και τους κινδύνους της. Ειδικότερα δε ο δότης θα πρέπει να ενημερωθεί ως προς τις άμεσες αλλά και τις έμμεσες συνέπειες της ιατρικής πράξης, τυχόν μελλοντικές παρενέργειες, την περίοδο αποκατάστασης που θα χρειαστεί ο ίδιος από την επέμβαση κ.ο.κ.

Σε ένα πρώτο σημείο θα ήταν ενδιαφέρον να εξετάσουμε την επιρροή της θρησκείας ως προς την ηθική εξέταση της μεταμόσχευσης. Σχετικά με τον Χριστιανισμό, είναι καταρχάς θεμιτή κάθε δωρεά οργάνου καθότι αποτελεί μια από τις ύψιστες πράξεις εκδήλωσης της αγάπης που διδάσκει η θρησκεία αυτή, ωστόσο αυτή δεν μπορεί να δημιουργεί κίνδυνο ζωής στον δότη διότι τότε θα κάναμε λόγο για απαγορευμένη αυτοκτονία. Η θρησκεία λοιπόν εδώ περιορίζει τη συναίνεση διότι θεωρεί ότι το αγαθό της ζωής ανήκει στον Θεό και δεν μπορεί να διατίθεται ελεύθερα. Από την άλλη ο Ιουδαϊσμός δίνει πολύ μεγάλη αξία στην ανθρώπινη ζωή σε σημείο που θα λέγαμε ότι από τα διδάγματά του επιβάλλει την προσφορά του μοσχεύματος από τον δότη εάν κινδυνεύει άλλη ανθρώπινη ζωή⁶². Ομοίως θα λέγαμε ότι

⁵⁸ Ο ορισμός αυτός δεν είναι πλήρης καθώς θα πρέπει να συμπεριλάβουμε για την συμπλήρωση του τις διακρίσεις της μεταμόσχευσης σε ορθοτοπική, ετεροτοπική, αυτόλογη, αλλογενή και ντόμινο, βλ. σχετικά Ellis, L., Lehet, K., Ku, S., Azabdaftari, G., & Pili, R. Generation of a syngeneic orthotopic transplant model of prostate cancer metastasis. *Oncoscience*, 2014, 1(10), 609.

⁵⁹ Καιάφα- Γκμπάντι, «Μεταμοσχεύσεις: Παρόν και μέλλον του νομικού πλαισίου σε: Μεταμοσχεύσεις, Δημοσιεύματα Ιατρικού Δικαίου και Βιοηθικής», 2008, σελ.29

⁶⁰ Βιργινία Δ.Σακαλλαρπούλου, Η ποινική αντιμετώπιση του ιατρικού σφάλματος και η συναίνεση του ασθενούς στην ιατρική πράξη, σελ 39επ.

⁶¹ αρ.10 ν, 2737/1999, στην περίπτωση των μεταμοσχεύσεων μυελού των οστών ωστόσο το κρίσιμο είναι η υγεία του λήπτη επομένως δεν υπάρχει επιλογή ή προτεραιότητα μεταξύ νεκρού ή ζωντανού δότη.

⁶² Η διαφορά αυτή από την χριστιανική θρησκεία είναι εύλογη, καθώς ο ιουδαϊσμός υπερασπίζεται και την υλική υπόσταση του προσώπου, ενώ ο χριστιανισμός επικεντρώνεται στο πνεύμα και όχι στην σάρκα, βλ. ενδεικτικά Jotkowitz, A. B., Agbaria, R., & Glick, S. M. "Medical ethics in Israel—bridging religious and secular values." *The Lancet* 389, 10088, 2017, 2584-2586.

κινείται και η διδασκαλία του Βουδισμού⁶³ αλλά και στον Ισλαμισμό, με τον τελευταίο όμως να δικαιολογεί την πράξη της μεταμόσχευσης μόνο σε εξαιρετικά σοβαρές περιπτώσεις, λόγω της ιερότητας του ανθρωπίνου σώματος και την ασέβεια που μπορεί να καταδεικνύει η αφαίρεση μερών του και σε καμία περίπτωση για την αισθητική επέμβαση στον ασθενή⁶⁴. Ωστόσο, ως προς την θρησκεία του Ισλάμ το ζήτημα της συναίνεσης εντοπίζεται και σε ένα γενικότερο πλαίσιο, καθώς λόγω της πεποίθησης τους ότι ο θεός επιλέγει το τι θα συμβεί στον άνθρωπο, αρνούνται να δεχθούν την μεταμόσχευση ή και άλλη ιατρική πράξη διότι πιστεύουν ότι αυτή δεν προέρχεται από τον θεό αλλά από ανθρώπινο χέρι⁶⁵. Έτσι, ως προς τους μουσουλμάνους ασθενείς, η χορήγηση της συναίνεσης εντοπίζεται σε μια αυστηρότερη βάση, καθώς θα πρέπει να συντρέχει κίνδυνος ζωής του ασθενούς χωρίς καμία εναλλακτική δυνατότητα θεραπείας και ο δότης να είναι κατά κανόνα νεκρός⁶⁶.

Όπως λοιπόν αναφέρεται ήδη παραπάνω, ο δότης δεν είναι απαραίτητα άλλος ζωντανός άνθρωπος αλλά μπορεί να είναι και νεκρός⁶⁷. Είναι γεγονός ότι η δυνατότητα λήψης οργάνων από νεκρό άνθρωπο αποτέλεσε ένα σκοτεινό ζήτημα στην επιστήμη της εγκληματολογίας, διότι δεν ήταν λίγες οι περιπτώσεις ανθρωποκτονιών με σκοπό την απόκτηση μοσχευμάτων, καθώς η ορθή και νόμιμη διαδικασία ήταν αργή και πολλές φορές ατελέσφορη έως και αδύνατη.

Σε επίπεδο συναίνεσης όμως, η λήψη μοσχεύματος από νεκρό δότη φέρει στο προσκήνιο μια εκτεταμένη ήδη συζήτηση και διαφωνία της επιστήμης σχετικά με τον χρόνο επέλευσης του θανάτου. Ο καθορισμός του δε είναι καίριος, καθώς πριν και μετά την επέλευση του διαφέρουν τόσο ο τρόπος όσο και οι δικαιούχοι χορήγησης της συναίνεσης. Εάν λοιπόν είναι ακόμα κλινικά ζωντανός, τότε θα εφαρμόζονται όσα έχουν αναφερθεί ήδη παραπάνω ως προς τις ιδιαιτερότητες χορήγησης της συναίνεσης. Το χρονικό σημείο επέλευσης του θανάτου κατά κρατούσα άποψη πλέον είναι αυτός κατά τον οποίο επέρχεται η παύση της λειτουργίας

⁶³ 42 Ganeri, J. "Buddhism & Bioethics." *Life, Body, Person and Self: A Reconsideration of Core Concepts in Bioethics from an Intercultural Perspective*, 2017, 176.

⁶⁴ Alias, F., Muhammad, M., & Kassim, P. N. J. "The Legality of Euthanasia from the Malaysian and Islamic Perspectives: An Overview." *Med. & L.* 34, 2015, 509

⁶⁵ Rassool, G. H. *The crescent and Islam: healing, nursing and the spiritual dimension. Some considerations towards an understanding of the Islamic perspectives on caring.* *Journal of advanced nursing*, 2000, 32(6), 1476-1484.

⁶⁶ Sajoo, A. B. *Muslim ethics: Emerging vistas.* IB Tauris, 2008, Padela AI, Zaganjor H. Relationships between Islamic religiosity and attitude toward deceased organ donation among American Muslims: a pilot study. *Transplantation*. 2014, 27;97(12):1292-9.

⁶⁷ Λαμβάνοντας υπόψιν μάλιστα ότι η έυρεση μοσχευμάτων είναι εξαιρετικά δυσχερής και μπορεί να οδηγήσει σε αθέμιτες μεθόδους για την απόκτηση αυτών, βλ. Cecka, M. Trends in kidney transplantation based on registry data.

του εγκεφάλου⁶⁸. Η θεωρία αυτή μάλιστα επικράτησε, διότι ο θάνατος αυτός θεωρείται μη αναστρέψιμος, σε αντίθεση με την παύση της λειτουργίας της καρδιάς όπου μπορεί να γίνει παρέμβαση των ιατρών και να ανακτηθεί ο χτύπος της.

Σχετικά με το εάν μπορεί να είναι έγκυρη η λήψη των οργάνων ενός προσώπου που έχει πεθάνει, η απάντηση βρίσκεται στο άρθρο 9 του ν. 3984/2011 το οποίο ερμηνεύει την βούληση του θανόντος αρνητικά⁶⁹. Σύμφωνα με αυτό, θεωρείται ότι υπήρχε συναίνεση του προσώπου να δωρίσει τα όργανα του εφόσον όσο ήταν ζωντανός δεν είχε εκδηλώσει ρητά την αντίθεση του προς τούτο ενώ παράλληλα θα πρέπει να υπάρχει και ρητή συναίνεση των οικείων του. Η παλαιότερη στάση του νομοθέτη έδειχνε μεγαλύτερη αυστηρότητα και επεξέτεινε την προστασία του στον εν δυνάμει λόγω θανάτου δότη, και απαιτούσε να έχει δοθεί η συναίνεση πριν την επέλευση του θανάτου. Όμως η έλλειψη οργάνων για μεταμόσχευση ήταν έντονη και επιτακτική, με πολλούς ασθενείς να βρίσκονται σε ατέρμονες λίστες αναμονής με κίνδυνο να πεθάνουν πριν λάβουν το αναγκαίο μόσχευμα. Έτσι ο νομοθέτης αποφάσισε να αλλάξει πορεία και να καταστήσει όλους τους θανόντες ως δότες, προκειμένου να διασώσει τις ζωές ασθενών που βρίσκονται σε κρίσιμη κατάσταση. Η συναίνεση εδώ, με μόνο το γεγονός ότι δεν έχει υπάρξει εν ζωή αντίθετη εκπεφρασμένη βούληση, θεωρείται ότι τεκμαίρεται. Το τεκμήριο αυτό όμως δεν είναι απεριόριστο, διότι πλέον, με τον ν.4075/2012 μπορεί η συναίνεση να αποδεικνύεται δια τεκμηρίου, απαιτείται όμως επιπλέον και η δήλωση της βούλησης της οικογένειας του θανόντος.

Σε ό,τι αφορά τον ζωντανό δότη, η συναίνεση κρίνεται με όσα έχουν αναφερθεί παραπάνω, διότι και αυτός αντιμετωπίζεται ως ασθενής. Για το αδιάβλητο και έγκυρο της συναίνεσης του όμως θα πρέπει να εξασφαλίζεται και ότι η δωρεά του οργάνου δεν γίνεται προς κερδοσκοπία⁷⁰, δηλαδή δεν έχει συμφωνηθεί αντίτιμο. Στην προκειμένη περίπτωση θα ετέθετο υπό αμφισβήτηση η αληθινή βούληση του δότη ενώ η συναίνεση του θα μπορούσε να θεωρηθεί και αντίθετη προς τα χρηστά ήθη. Το αντάλλαγμα είναι θεμιτό όταν γίνεται προς αποκατάσταση των εξόδων της διαδικασίας και όχι ως αντάλλαγμα για την παροχή του οργάνου.

Ως προς τα διαδικαστικά στοιχεία της χορήγησης της συναίνεσης απαιτείται τύπος. Σύμφωνα με το άρθρο 10 του ν.2737/1999 θα πρέπει να υπάρχει συμβολαιογραφικό έγγραφο ή έγγραφο θεωρημένο από αστυνομική αρχή ή προφορική δήλωση που καταχωρείται σε ειδικό

⁶⁸ Aslan A, Tan B, Ulger F, Öztürk ÇE, Kucuk MP. Factors Affecting Diagnosis of Brain Death and Process of Organ Donation in a University Hospital in Turkey. Transplantation. 2017.

⁶⁹ Βάρκα - Αδάμη, Το δίκαιο των μεταμοσχεύσεων, εκδ. 1993, σελ. 65.

⁷⁰ ΦΕΚ 150 Α'Ν.3984/2011

βιβλίο του νοσηλευτικού ιδρύματος και σε κάθε περίπτωση με παρουσία δύο μαρτύρων. Η τήρηση τύπου γενικά αλλά και σε κάθε άλλη απαίτηση νόμιμου τύπου γίνεται προς παραχώρηση χρόνου στον δότη να αναλογιστεί τις συνέπειες της πράξης του.

4. Ιδιαιτερότητες στην παροχή συναίνεσης

4.1. Μάρτυρες του Ιεχωβά

Οι Μάρτυρες του Ιεχωβά αποτελούν μια ιδιαίτερη κατηγορία ασθενών, λόγω των θρησκευτικών κωλυμάτων τους επί ορισμένων ιατρικών πράξεων. Εγείρονται έτσι ζητήματα τα οποία καλύπτουν τις ανωτέρω θεματικές ως προς το δικαίωμα μη συναίνεσης για ίδια ιατρική θεραπεία, μη χορήγηση συναίνεσης για οικείο πρόσωπο ως νόμιμος αντιπρόσωπος και δημιουργία εμποδίων κατά την ενημέρωση και επικοινωνία με τον ασθενή.

Η άρνηση των ανωτέρω προκύπτει από την θρησκευτική τους πεποίθηση περί του απαραβίαστου της σωματικής ακεραιότητας, η οποία δεν μπορεί να αλλοιώνεται μέσω μεταγίσεων ή μεταμοσχεύσεων. Σε κάθε περίπτωση, όταν ο ασθενής είναι ψυχικά και πνευματικά υγιής και μπορεί να συναινεί για τον εαυτό του, διαθέτει και το αντίθετο δικαίωμα της άρνησης συναίνεσης, με τους προβληματισμούς που έχουν εκτεθεί γενικά σχετικά με το δικαίωμα και τα όρια του αυτοκαθορισμού και της διαθέσεως. Ο κάθε ένας όμως αναλαμβάνει τον κίνδυνο για εαυτόν, επομένως οι αντιρρήσεις κάμπτονται χωρίς ιδιαίτερη δυσκολία.

Η ιδιότητα όμως αυτή καθίσταται κρίσιμη όταν το πρόσωπο αυτό δρα ως νόμιμος αντιπρόσωπος ή οικείο πρόσωπο του ασθενούς, επιφορτισμένο με την ευθύνη χορήγησης η μη της συναίνεσης. Ο ίδιος ο ασθενής δε, είτε θα στερείται την ικανότητα συναίνεσης εν γένει είτε θα βρίσκεται σε κατάσταση κόματος η αναισθησίας. Εδώ η άρνηση χορήγησης της συναίνεσης θα πρέπει να κριθεί ως προς την κατάχρηση της και αν η περίπτωση είναι επείγουσα να επιλύεται με απόφαση του ιατρού, όπως αναλύεται στο οικείο κεφάλαιο περί επείγουσών περιστατικών. Τούτο δε, προς κατοχύρωση της ευθύνης του ιατρού. Η ευθύνη του νόμιμου αντιπροσώπου θα κρίνεται εκ του αποτελέσματος.

Σε επίπεδο ποινικού δικαίου, η επιλογή άρνησης της συναίνεσης για τον αντιπροσωπευόμενο εξετάζεται κυρίως στο στάδιο του καταλογισμού, υπό την προβολή του ισχυρισμού της σύγκρουσης καθηκόντων. Όμως σε ένα τέτοιο δίλημμα, δεκτή από την

νομολογία γίνεται η πρόταξη του νομικού καθήκοντος, το οποίο πηγάζει από την σχέση της αντιπροσώπευσης, λαμβανομένης υπόψιν και τις καλυπτόμενης σχέσης, κυρίως της γονεϊκής. Η συνεκτίμηση κατά πιθανολόγηση της βούλησης του μη δυνάμενου να συναινέσει θα ήταν ιδιαίτερος επικίνδυνη. Και τούτο διότι εξίσου σθεναρά θα μπορούσε να υποστηριχθεί και πως ο ασθενής εάν είχε επαφή θα επιζητούσε την μη τέλεση της πράξης και τον σεβασμό των θρησκευτικών του πεποιθήσεων αλλά και ότι ενόψει του φόβου του θανάτου .θα μπορούσε να είχε αλλάξει γνώμη.

Σε κάθε περίπτωση ο νόμος δίνει επαρκείς ασφαλιστικές δικλείδες, τόσο με τη δυνατότητα παρεμβολής του εισαγγελέα όσο και με την δυνατότητα του ιατρού να προβεί στην πράξη χωρίς συναίνεση λόγω επείγοντος χαρακτήρα του περιστατικού.

4.2. Άρνηση ενημέρωσης και συναίνεσης.

Εκ πρώτης άποψης οι δύο αυτές έννοιες φαίνεται να διαδέχονται η μια την άλλη, υπό την έννοια ότι η άρνηση ενημέρωσης θα συνεπάγεται και άρνηση της υποβολής στην ιατρική πράξη. Αυτό όμως δεν είναι δεδομένο. Η άρνηση της ενημέρωσης δεν στερεί από τον ασθενή την εγκυρότητα της συναίνεσης του στην ιατρική πράξη. Το άρθρο 10 της Σύμβασης του Οβιέδο κάνει λόγο για δικαίωμα «άγνοιας», το αντίκρυ ανάλογο δικαίωμα με αυτό της ενημέρωσης του. Το δικαίωμα πληροφόρησης λοιπόν είναι δεκτικό διαθέσεως και χωρεί ως προς αυτό παραίτηση. Ωστόσο, ο ασθενής εάν το επιθυμεί μπορεί να ζητήσει η ενημέρωση να γίνει σε πρόσωπο ,το οποίο θα υποδείξει ο ίδιος. Εύλογα θα λέγαμε ότι για να είναι άνευ ελαττωμάτων η δήλωση βούλησης της παραίτησης, θα πρέπει να έχει δημιουργηθεί στον ασθενή μια ικανοποιητική εικόνα της κατάστασής του, προκειμένου να γνωρίζει τις συνέπειες της παραίτησης του.

Ωστόσο το δικαίωμα άγνοιας σχετίζεται άμεσα με το δικαίωμα άρνησης και της συναίνεσης κατ' επέκταση, γεγονός που δημιουργεί σημαντικά ερωτήματα . Εάν θεωρήσουμε ότι η συναίνεση είναι δεκτική διαθέσεως, θα πρέπει να δεχτούμε κατά συνέπεια και ότι το έννομο αγαθό της ζωής είναι δεκτικό διαθέσεως με την άρνηση υποβολής σε κρίσιμη για την συνέχιση της ζωής ιατρική πράξη; Κάτι τέτοιο θα ερχόταν σε ευθεία αντίθεση με τις συνταγματικές επιταγές περί μη παραίτησεως από το δικαίωμα της ζωής.

Διαφορετικό είναι το ζήτημα στην περίπτωση που το δικαίωμα συναίνεσης έχουν τρίτα πρόσωπα που εκ του νόμου η de facto εκπροσωπούν τον ασθενή. Όταν ο ασθενής είναι ανήλικος, η άρνηση συναίνεσης μπορεί να επιλυθεί όπως αναφέρθηκε ήδη, είτε με επέμβαση

του ιατρού λόγω επείγοντος, είτε με αίτημα του τελευταίου να διορίσει το δικαστήριο επίτροπο που θα εξετάσει την χορήγηση ή μη της συναίνεσης.

Όταν όμως ο ασθενής δεν είναι ανήλικος, η άρνηση της συναίνεσης των αντιπροσώπων συνιστά μια πράξη *per se* καταχρηστική. Η νομολογία μάλιστα δεν έκανε δεκτή ούτε την συνδρομή θρησκευτικών λόγων που να περιορίζουν ηθικά την ιατρική παρέμβαση και έδωσε κατ' επέκταση το δικαίωμα στον ιατρό να παρεμβαίνει νομίμως για λόγους κατ' επείγοντος.

4.3. Συναίνεση προσώπου που αποπειράται αυτοκτονία

Ένα εξίσου ενδιαφέρον ζήτημα είναι αυτό της παρέμβασης προς παροχή ιατρικής βοήθειας σε πρόσωπο που τελέσει απόπειρα αυτοκτονίας. Η συναίνεση εδώ θα μπορούσε να θεωρηθεί οξύμωρη, καθώς ο τελών απόπειρα αυτοκτονίας δηλώνει την βούληση του να παραιτηθεί από το έννομο αγαθό της ζωής του, ακόμη και αν νομικά θεωρείται ότι το δικαίωμα αυτό δεν είναι δεκτικό παραίτησης. Με δεδομένο όμως το τελευταίο, ο ιατρός υποχρεούται να παρέμβει προκειμένου να λυτρώσει τον αυτόχειρα, άρα ακόμα και αν βρίσκεται σε κατάσταση αδυναμίας ανταπόκρισης και αντίληψης, η ιατρική πράξη θα πρέπει να θεωρείται νόμιμη.

Σε ένα δεύτερο επίπεδο θα πρέπει να κριθεί εάν η πράξη της αυτοκτονίας αποτέλεσε προϊόν ψυχικής ασθένειας του αυτόχειρα. Εάν ο ασθενής βρίσκεται σε ψυχική διαταραχή, αμφισβητείται το εάν μπορεί να κρίνει ορθά και να προβάλει την βούληση του για άρνηση λήψης ιατρικής βοήθειας. (Υποσημείωση 170).

Η κρίση εδώ αφορά στην στάθμιση μεταξύ δύο μεγεθών, αφενός αυτό της αυτοδιάθεσης του αυτόχειρα ο οποίος υπό άλλες συνθήκες επίσης θα μπορούσε έγκυρα να αρνηθεί την περίθαλψη, αφετέρου δε της ζωής αυτού. Ο ιατρός φαινομενικά θα λέγαμε ότι βρίσκεται σε τραγικό ηθικό δίλημμα, το οποίο θα κριθεί με βάση τις διατάξεις του ΠΚ. Σύμφωνα με το οικείο άρθρο (άρθρο ΠΚ) το κρινόμενο πρόσωπο θα πρέπει να επιλέξει μεταξύ δύο καθηκόντων του ή θεμελιωδών δικαιωμάτων, προτασσόμενου δε του νομικού καθήκοντος. Δικαίωμα παραίτησης από το έννομο αγαθό της ζωής όπως προελέχθη δεν υφίσταται, επομένως προτάσσεται το νομικό καθήκον του ιατρού να παρέμβει και να παράσχει τις υπηρεσίες του.

4.4. Ο κρατούμενος - απεργός πείνας.

Ιδιαίτερο ενδιαφέρον παρουσιάζει η περίπτωση του απεργού πείνας όταν αυτός είναι κρατούμενος σε σωφρονιστικό κατάστημα κράτησης. Σύμφωνα με το άρθρο 31 του ν.2776/1999 η σίτιση του κρατούμενου είναι υποχρέωση του αρμόδιου ιδρύματος ώστε κατά την κράτηση του να μην προκαλείται κίνδυνος ζωής. Θεμελιώνεται λοιπόν εκ του άρθρου αυτού ιδιαίτερη νομική υποχρέωση των οργάνων να εξασφαλίζουν την επαρκή σίτισή του. Η υποχρέωση αυτή εκφράζεται από την αντίθετη πλευρά ως δικαίωμα του κρατούμενου που απεργεί να εξετάζεται από ιατρό της επιλογής του προκειμένου να ελέγχεται η κατάσταση της ψυχικής και σωματικής του υγείας. Η παρακολούθηση αυτή πρέπει να γίνεται υπό ειδικές συνθήκες και σε συνεννόηση με τον διευθυντή των φυλακών.

Εάν κατά το διάστημα της απεργίας παρουσιαστεί κίνδυνος της υγείας και της ζωής του κρατούμενου, η επέμβαση του ιατρού θα είναι αναγκαία. Κρίνοντας όμως τον σκοπό της απεργίας, εάν υπάρχει άρνηση συναίνεσης στην ιατρική πράξη, ενεργοποιείται η υποχρέωση των αρμόδιων οργάνων προς παροχή βοήθειας. Η διάταξη της παροχής ιατρικής βοήθειας εδώ θα γίνει από δικαστικό λειτουργό με την μορφή των αναγκαίων μέτρων. Το περιεχόμενο των μέτρων αυτών δεν καθορίζεται ρητώς στον νομό. Επαφίεται στην κρίση του δικαστικού λειτουργού να αποφασίσει την χορήγηση ιατρικής βοήθειας οποιαδήποτε μορφής ακόμα και της υποχρεωτικής σίτισης του κρατούμενου.

Πρωτοβουλία δράσης καταλείπεται και στον ιατρό των φυλακών ο οποίος μπορεί κατά την κρίση του να ζητήσει και μεταγωγή του κρατούμενου σε νοσηλευτικό ίδρυμα, ώστε να του χορηγηθεί η αναγκαία θεραπεία.

Πρόσφατα μάλιστα, επανήλθε στο προσκήνιο το ζήτημα της υποχρεωτικής σίτισης των κρατουμένων όταν η κατάστασή τους δημιουργεί κίνδυνο ζωής⁷¹. Υποστηρικτές της άποψης, ότι η παροχή σίτισης μπορεί και πρέπει να καταστεί υποχρεωτική, στηρίζουν τις θέσεις τους σε διατάξεις του ΠΚ, ιδίως δε στις διατάξεις 300,301 ΠΚ, χαρακτηρίζοντας την αδράνεια της πολιτείας ως συμμετοχή σε αυτοκτονία η ευθανασία. Ωστόσο η προσφυγή στις διατάξεις αυτές κρίνεται αναγκαία μόνο σε ύπαρξη κενού της νομοθεσίας, το οποίο εν προκειμένω δεν υφίσταται, διότι τυγχάνουν εφαρμογής τα άρθρα 29 και 31 του Σωφρονιστικού Κώδικα. Έτσι, η υποχρεωτική σίτιση μπορεί να αποτελέσει μέτρο επιβολής, το οποίο θα κρίνει το αρμόδιο

⁷¹ Γ. Κατρούγκαλος. Το δικαίωμα στη ζωή και στο θάνατο, 1993, σελ. 77 επ.

όργανο λαμβάνοντας υπόψιν την προσωπικότητα του κρατούμενου, τα κριτήρια με τα οποία έλαβε την απόφαση του κ.τ.ό.

Ο σεβασμός στο δικαίωμα του κρατούμενου να απεργεί μπορεί να γίνει ανεκτός μόνο εφόσον δεν ανακύπτει περίπτωση κινδύνου της ζωής του. Εντούτοις, η αναγκαστική σίτιση θα στερούσε από το δικαίωμα αυτό τον “μοχλό πίεσης” του, καθώς θα ήταν ουσιαστικά ατελέσφορη η προσπάθειά του και θα μπορούσε να νοηθεί η αναγκαστική του σίτιση ως μέσον καταστολής. Ορθότερο λοιπόν είναι η ανωτέρω επιλογή να παραμείνει στην ευχέρεια του εισαγγελικού λειτουργού και να διατάσσεται κατόπιν εξέτασης κατά περίπτωση και όχι υποχρεωτικά με μόνη την συνδρομή του κινδύνου ζωής⁷². Κυρίως δε, γιατί η πρακτική αυτή μπορεί να προκαλέσει σύγκρουση καθηκόντων των νοσηλευτικών υπαλλήλων, καθώς ο ιατρός που δέχεται την εντολή προς αναγκαστική σίτιση θα πρέπει να παραβεί το άρθρο 12 του ΚΙΔ. Ισχυρά εκφράζεται η άποψη ότι η αναγκαστική σίτιση μπορεί να θεωρηθεί και βασανιστήριο για τον απεργό και φέρει τους ιατρούς αντιμέτωπους με ηθικές και δεοντολογικές αναστολές.

Τυπολατρικές διέξοδοι έχουν υποστηριχθεί και σε αυτή την περίπτωση. Προτάθηκε μάλιστα ένα στάδιο αναμονής μέχρι την επιδείνωση της υγείας του κρατούμενου σε σημείο απώλειας της συνείδησης του, ώστε κατόπιν λόγω αυτής να δικαιολογείται η παρέμβαση του ιατρού χωρίς να είναι αναγκαία η συναίνεσή του. Αυτό όμως μπορεί να οδηγήσει σε μια οδυνηρή παράταση της κατάστασης του προσώπου, χωρίς να επέρχεται όμως η απώλεια συνείδησης του.

Η περίπτωση αυτή πρέπει να αντιμετωπίζεται ως σύγκρουση μεν, θεμελιωδών ατομικών δικαιωμάτων δε, και όχι καθηκόντων. Και τούτο διότι στην απεργία πείνας συγκρούεται αφενός το δικαίωμα του κάθε ανθρώπου να απεργεί προς υπεράσπιση των καθηκόντων του, αφετέρου δε, το δικαίωμα στην ζωή το οποίο διακινδυνεύει. Το ελληνικό νομικό πλαίσιο κρίνεται ανεπαρκές να δώσει σαφείς απαντήσεις. Στο σημείο όμως που η ανθρώπινη ζωή μπορεί να σωθεί με εισαγγελική παρέμβαση και αναγκαστική φροντίδα, ακόμα και με τη μορφή της σίτισης, η ύπαρξη της δυνατότητας αυτής θα πρέπει να θεωρείται θεμιτή.

5. Συμπεράσματα

Έχει καταστεί σαφές ότι η απαίτηση ενημερωμένης συναίνεσης για την υποβολή σε ιατρικές πράξεις εγείρει νομοθετικά αλλά και υπερνομοθετικά ζητήματα, τα οποία χρήζουν

⁷² Ι. Κουτσούκος. Αναγκαστική σίτιση κρατούμενου απεργού πείνας, διαθέσιμο στο: <https://www.syntagmawatch.gr/trending-issues/anagkastiki-sitisi-kratoumenou-apergou-peinas>

άμεσης παρέμβασης. Για να συμβεί αυτό, απαιτείται συντονισμός δυνάμεων τόσο της πολιτείας όσο και των υπαλλήλων των νοσηλευτικών ιδρυμάτων και των ιατρικών συλλόγων. Απαιτείται αρχικά ο εκσυγχρονισμός του ΚΙΔ ώστε να μπορεί να ανταπεξέρχεται σε νέες κοινωνικές απαιτήσεις με μεγαλύτερη σαφήνεια, να προβλέπει αυστηρότερο έλεγχο για τις παραβάσεις των κανόνων ενημέρωσης, αλλά να θεσπίσει και μια ευκρινή διαδικασία με στάδια ενημέρωσης, ώστε να εξασφαλίζεται αυτή αποτελεσματικά.

Ως προς τον ρόλο του ιατρικού προσωπικού και των ιατρικών συλλόγων, αυτός θα πρέπει να λειτουργεί ως δίοδος για την επικοινωνία μεταξύ ιατρών και ασθενών, ώστε να ικανοποιείται στο μέγιστο δυνατό η εξατομικευμένη παροχή υπηρεσιών, προσαρμοσμένη στις ανάγκες του κάθε ασθενή. Προτείνεται η δημιουργία εντύπων ενημέρωσης για το πλέγμα των δικαιωμάτων των ασθενών, η δημιουργία ειδικών σημείων παροχής πληροφοριών και η απλοποίηση του μηχανισμού επικοινωνίας με τα νοσοκομεία.

Εν κατακλείδι, η συναίνεση αποτελεί έννοια εξελισσόμενη με στοιχεία αοριστίας. Η αοριστία αυτή όμως θα πρέπει πάντα να χρησιμοποιείται προς όφελος των εμπλεκόμενων μερών και την υπαγωγή των αναγκαίων περιπτώσεων σε αυτή. Καθώς όμως το σύστημα υγείας μπορεί να νοηθεί και σε ευρωπαϊκό και παγκόσμιο επίπεδο, ιδιαιτέρως επωφελής θα ήταν και η παρέμβαση του ευρωπαϊκού νομοθέτη, προκειμένου να δεσμεύσει τα κράτη-μέλη προς κοινή κατεύθυνση.

BIBΛIOΓPAΦIA

1. Ανδρουλιδάκη- Δημητριάδη, Η υποχρέωση ενημέρωσης του ασθενούς, Συμβολή στη διακρίβωση της αστικής Ιατρικής ευθύνης Εκδ. 1993, σελ. 205
2. Alias, F., Muhammad, M., & Kassim, P. N. J. "The Legality of Euthanasia from the Malaysian and Islamic Perspectives: An Overview." *Med. & L.* 34, 2015, 509
3. Aslan A, Tan B, Ulger F, Öztürk ÇE, Kucuk MP. Factors Affecting Diagnosis of Brain Death and Process of Organ Donation in a University Hospital in Turkey. *Transplantation.* 2017.
4. Βάρκα - Αδάμη, Το δίκαιο των μεταμοσχεύσεων, εκδ. 1993, σελ. 65
5. Βιργινία Δ. Σακελλαροπούλου, Η ποινική αντιμετώπιση του Ιατρικού Σφάλματος και η συναίνεση του ασθενούς στην ιατρική πράξη, Β' έκδοση, σελ 28 επ.
6. Βλάχου, Ο ρόλος των οικείων στην αναπλήρωση της συναίνεσης του ασθενούς, *Digesta* 2009, σελ. 379.
7. Γεωργιάδης, Αναζητώντας το Δίκαιο, Μελέτες και Άρθρα , Αθήνα 2017, σελ. 643
8. Γ. Κατρούγκαλος. Το δικαίωμα στη ζωή και στο θάνατο, 1993, σελ. 77 επ.
9. Ganeri, J. "Buddhism & Bioethics." *Life, Body, Person and Self: A Reconsideration of Core Concepts in Bioethics from an Intercultural Perspective*, 2017, 176.
10. Cooper, D.K., 2017. *The First Transplant Surgeon: The Flawed Genius of Nobel Prize Winner, Alexis Carrel*, by David Hamilton, World Scientific, London, 2017, 561-563
11. Δημήτριος Ψαρούλης ,Πολυχρόνης Βούλτσος, Η ενημέρωση του ασθενή, Ιατρικό Δίκαιο, Στοιχεία Βιοηθικής, σελ. 203
12. Ellis, L., Lehet, K., Ku, S., Azabdaftari, G., & Pili, R. Generation of a syngeneic orthotopic transplant model of prostate cancer metastasis. *Oncoscience*, 2014, 1(10), 609.
13. Ισμήνη Ανδρουλιδάκη –Δημητριάδη, Η υποχρέωση ενημέρωσης του ασθενούς, Συμβολή στη διακρίβωση της αστικής ιατρικής ευθύνης, 1993, σελ. 201 επ.
14. Jotkowitz, A. B., Agbaria, R., & Glick, S. M. "Medical ethics in Israel—bridging religious and secular values." *The Lancet* 389, 10088, 2017, 2584-2586.
15. Καλαμπούκα- Γιαννοπούλου, Η Προστασία του Ασθενούς ως Καταναλωτή, Εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη 2011, σελ. 102.
16. Κανελλοπούλου-Μπότη Μαρία, Ιατρική ευθύνη για μη ενημέρωση ή μη πλημμελή ενημέρωση του ασθενούς κατά το ελληνικό και το αγγλοσαξονικό δίκαιο, 1999, σελ. 21 επ.
17. Καιάφα- Γκμπάντι, «Μεταμοσχεύσεις: Παρόν και μέλλον του νομικού πλαισίου σε: Μεταμοσχεύσεις, Δημοσιεύματα Ιατρικού Δικαίου και Βιοηθικής», Σάκκουλα Αθήνα- Θεσσαλονίκη, 2008, σελ. 29
18. Θεσσαλονίκη, 2008, σελ. 29
19. Καρακώστας , Η Αστική Ευθύνη του Ιατρού στο Κοινοτικό Δίκαιο, Αρμ. 48/1994, σελ. 15
20. Καρακώστας, Χαρακτηριστικά γνωρίσματα και νομική διάσταση κανόνων ιατρικής δεοντολογίας, εκδ. 2008 σελ. 30
21. Κ.Δ. Παντελίδου, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα- Θεσσαλονίκη, εκδ. 2016, σελ 594 επ.
22. Κίγκας, Ιατρικώς Υποβοηθούμενη Αναπαραγωγή και άγαμα μοναχικά άτομα, Νοέμβριος 2015, σελ. 52.
23. Κ.Κρεμαλής, Δίκαιο της Υγείας, τόμος 1ος, 2011, σελ 110 επ
24. Κουνουγέρη- Μανωλεδάκη Έφη «Οικογενειακό Δίκαιο II», 2012 σελ. 292
25. Κουνουγέρη- Μανωλεδάκη, Τεχνητή γονιμοποίηση, σελ 25.

26. Κουτσελίνης, Α. Σ. Βασικές Αρχές Βιοηθικής Ιατρικής Δεοντολογίας και Ιατρικής Ευθύνης. Αθήνα : Μαρία Γρ. Παρισιάνου, 1999, σελ 21-23,
27. Κουτσούκος. Αναγκαστική σίτιση κρατούμενου απεργού πείνας, διαθέσιμο στο: <https://www.syntagmawatch.gr/trending-issues/anagkastiki-sitisi-kratoumenou-apergou-peinas>
28. Λυδία Ζωγοπούλου. Ακούσια Νοσηλεία, διαθέσιμο στο <http://efotopoulou.gr/akousia-nosilia/>
29. Μανωλεδάκης, Ποινικό δίκαιο-Γενική θεωρία, 2004, σελ 853.
30. Μούζουλας Γεώργιος, “Τεχνητή γονιμοποίηση – οι εξελίξεις στη γενετική ως επιταγή εκσυγχρονισμού του οικογενειακού δικαίου”, ΝοΒ 39/1991, σελ. 994.
31. Παπαδοπούλου –Κλαμαρή Δήμητρα, “Η συγκατάθεση του τεκμαιρόμενου πατέρα στην τεχνητή γονιμοποίηση”,ΚριτΕ 2/1994 σελ 118.
32. Παπαχρίστου Θανάσης, Η τεχνητή αναπαραγωγή στον Αστικό Κώδικα, 2003, σελ. 29 επ.
33. Rassool, G. H. The crescent and Islam: healing, nursing and the spiritual dimension. Some considerations towards an understanding of the Islamic perspectives on caring. Journal of advanced nursing, 2000, 32(6), 1476-1484.
34. Σουλή Στεφάνια, Προϋποθέσεις και διαδικασία της ακούσιας νοσηλείας, διαθέσιμο στο <https://www.mononews.gr/top-stories/news-politiki-proipotesis-ke-diadikasia-tis-akousias-nosilias>
35. Συμεωνίδου-Καστανίδου, Η κατοχύρωση της αυτονομίας του ασθενούς στο ποινικό δίκαιο, bio-juria, τόμος 3, τεύχος 1 (2021)
36. Συμεωνίδου-Καστανίδου, Εγκλήματα κατά των προσωπικών αγαθών, 2020, σελ 78 επ
37. Sajoo, A. B. Muslim ethics: Emerging vistas. IB Tauris, 2008, Padelá AI, Zaganjor H. Relationships between Islamic religiosity and attitude toward deceased organ donation among American Muslims: a pilot study. Transplantation. 2014, 27;97(12):1292-9.
38. Τ.Βιδάλης, σε Τ.Βιδάλη, Θ.Παπαχρίστου, Ιατρική Δεοντολογία, εκδόσεις Π.Ν. Σάκκουλας 2013, σελ 102 επ.
39. Φουντεδάκη, Αστική ιατρική ευθύνη, έκδ.2003,σελ 200 επ
40. Φίλιο Παύλο, Οικογενειακό Δίκαιο, 2009, σελ. 224.
41. Χελιδόνης,Το βάρος απόδειξης στην υποχρέωση ενημέρωσης του ασθενούς, Εφαρμογές Αστικού Δικαίου και Αστικού Δικονομικού Δικαίου,έτος 2016, τ. 3-4, σελ. 210 επ