



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
Εθνικόν και Καποδιστριακόν
Πανεπιστήμιον Αθηνών
— ΙΔΡΥΘΕΝ ΤΟ 1837 —

ΝΟΜΙΚΗ ΣΧΟΛΗ

Π.Μ.Σ.: ΑΣΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ
ΕΙΔΙΚΕΥΣΗ: ΓΕΝΙΚΟ ΑΣΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ
ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΑΚΟ ΕΤΟΣ: 2023 - 2024

ΔΙΠΛΩΜΑΤΙΚΗ ΕΡΓΑΣΙΑ

του Δημητρίου Νικολάου Παυλόπουλου

A.M.: 7340112301020

Ιατρική Ευθύνη και Απώλεια Θεραπευτικής Ευκαιρίας

Επιβλέποντες:

- α) Θεόδωρος Λύτρας
- β) Αντώνιος Παπαδημητρόπουλος
- γ) Σωτήριος Ιωακειμίδης

Αθήνα, Σεπτέμβριος 2024

Copyright © [Δημήτριος Ν. Παυλόπουλος, 2024]

Με επιφύλαξη παντός δικαιώματος. All rights reserved.

Απαγορεύεται η αντιγραφή, αποθήκευση και διανομή της παρούσας εργασίας, εξ ολοκλήρου ή τμήματος αυτής, για εμπορικό σκοπό. Επιτρέπεται η ανατύπωση, αποθήκευση και διανομή για σκοπό μη κερδοσκοπικό, εκπαιδευτικής ή ερευνητικής φύσης, υπό την προϋπόθεση να αναφέρεται η πηγή προέλευσης και να διατηρείται το παρόν μήνυμα.

Οι απόψεις και θέσεις που περιέχονται σε αυτήν την εργασία εκφράζουν τον συγγραφέα και δεν πρέπει να ερμηνευθεί ότι αντιπροσωπεύουν τις επίσημες θέσεις του Εθνικού και Καποδιστριακού Πανεπιστημίου Αθηνών.

Περιεχόμενα

Περιεχόμενα	3
Εισαγωγή	5
I. Γενικό περίγραμμα της αστικής ιατρικής ευθύνης και πορεία της μελέτης.....	5
II. Απώλεια θεραπευτικής ευκαιρίας: Το νομικά σημαντικό πρόβλημα.....	9
Κεφάλαιο Α. Συνοπτική δικαιοσυγκριτική επισκόπηση της ιατρικής ευθύνης για απώλεια θεραπευτικής ευκαιρίας	12
I. Γαλλικό δίκαιο.....	12
II. Γερμανικό δίκαιο.....	15
III. Αγγλοσαξονικό δίκαιο.....	17
Κεφάλαιο Β. Συνοπτική επισκόπηση της αστικής ευθύνης προς αποζημίωση στην ελληνική έννομη τάξη	21
I. Προϋποθέσεις γέννησης της υποχρέωσης προς αποζημίωση.....	21
1. Ο νόμιμος λόγος ευθύνης.....	21
2. Η ζημία.....	22
3. Ο αιτιώδης σύνδεσμος.....	25
α. Η θεωρία της <i>condicio sine qua non</i> / Ισοδυνάμου των όρων.....	26
β. Η θεωρία της πρόσφορης αιτίας (<i>causa adequata</i>).....	27
γ. Η θεωρία του σκοπού του κανόνα δικαίου.....	28
Κεφάλαιο Γ. Ιατρική ευθύνη και απώλεια θεραπευτικής ευκαιρίας στην ελληνική έννομη τάξη	30
I. Ιατρική ευθύνη.....	30
1. Η αυθαίρετη ιατρική πράξη.....	30
2. Το ιατρικό σφάλμα.....	34
II. Ζητήματα αιτιώδους συνδέσμου και ζημίας στην απώλεια θεραπευτικής ευκαιρίας.....	39
1. Η αρχή «όλα ή τίποτε».....	39

2. Αιτιακή απροσδιοριστία: «το πρόβλημα».....	42
α. Αιτιακή απροσδιοριστία ειδικά στο πεδίο της ιατρικής ευθύνης.....	43
β. Η προβληματική της «νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς».....	44
3. Η λύση της απώλειας θεραπευτικής ευκαιρίας.....	49
α. Πεδίο εφαρμογής.....	50
β. Απώλεια ευκαιρίας και διαφυγόν κέρδος.....	53
γ. Η «ευκαιρία».....	55
δ. Αιτιώδης σύνδεσμος και απώλεια ευκαιρίας.....	57
ε. Ζημία και απώλεια ευκαιρίας.....	59
στ. Τρόπος υπολογισμού της αποζημίωσης.....	63
ζ. Νομοθετικά ερείσματα, πλεονεκτήματα και κριτική.....	65
4. Άλλες προτεινόμενες θεωρίες για την επίλυση της αιτιακής απροσδιοριστίας στις περιπτώσεις νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς.....	71
α. Η αντιστροφή του βάρους απόδειξης και η θεωρία της εκ πρώτης όψεως απόδειξης.....	71
β. Πραγματιστική εξήγηση της αιτιότητας.....	76
γ. Τυποποιημένη αιτιότητα.....	78
δ. Κάμψη της αρχής «όλα ή τίποτε» - ΑΚ 926 εδ. β' / ΑΚ 927, ΑΚ 300, ΑΚ 288.....	80
ε. Πιθανοτική αιτιότητα.....	84
5. Τελικές σκέψεις και κριτικές παρατηρήσεις.....	86
Συμπεράσματα.....	92
Βιβλιογραφία.....	95

Εισαγωγή

I. Γενικό περίγραμμα της αστικής ιατρικής ευθύνης και πορεία της μελέτης

Σημείο τομής της νομικής με την ιατρική επιστήμη συνιστά ο προσδιορισμός και η αποσαφήνιση της έννοιας της ιατρικής ευθύνης¹. Η ιατρική ευθύνη αφορά στις δυσμενείς για τον ιατρό έννομες συνέπειες που δύνανται να προκύψουν κατά την άσκηση της επαγγελματικής του δραστηριότητας². Όσον αφορά ειδικότερα την αστική ιατρική ευθύνη³, αυτή ταυτίζεται συνήθως⁴ με την υποχρέωση αποζημίωσης που υπέχει ο ιατρός, όταν κατά την άσκηση της ιατρικής προξενεί ζημία στον ασθενή ή και σε άλλα πρόσωπα⁵. Η αποζημιωτική ενοχή είναι το δογματικό εκείνο εργαλείο που χρησιμοποιείται παραδοσιακά στις δίκες αστικής ιατρικής ευθύνης.

Προστατευόμενο δικαίωμα στο πεδίο της αστικής ιατρικής ευθύνης είναι το δικαίωμα στην προσωπικότητα (ΑΚ 57) υπό τις ειδικότερες εκφάνσεις της ζωής, της υγείας, της σωματικής ακεραιότητας, του αυτοκαθορισμού ή ακόμα της τιμής και της παρουσίας του προσώπου⁶. Οι δύο άξονες γύρω από τους οποίους στρέφεται το δίκαιο της αστικής ιατρικής ευθύνης και που συνιστούν συνάμα και τους βασικούς λόγους θεμελίωσής της είναι οι εξής: η αυθαίρετη ιατρική πράξη σε περίπτωση έλλειψης της ενημερωμένης συναίνεσης του ασθενούς και το ιατρικό σφάλμα⁷. Αυθαίρετη ιατρική πράξη είναι εκείνη που διενεργήθηκε χωρίς την έγκυρη συναίνεση του ασθενούς, δηλαδή -εκτός των άλλων περιπτώσεων έλλειψης κύρους- χωρίς να έχει ενημερωθεί ο ασθενής σχετικά με την φύση, τον σκοπό και τους κινδύνους της εν λόγω ιατρικής πράξης (άρθρα 11, 12 ΚΙΔ)⁸. Το πρότυπο της ενημερωμένης ενημέρωσης του ασθενούς αποτελεί το πρότυπο του δυτικού ανθρώπου που, ως ελευθέρως σκεπτόμενος άνθρωπος, προϋποτίθεται ότι έχει λάβει την προηγούμενη απαραίτητη γνώση από τον ιατρό προκειμένου να προχωρήσει στην λήψη της απόφασης να συναινέσει ή όχι στην διενέργεια της εκάστοτε ιατρικής πράξης.

Το ιατρικό σφάλμα, από την άλλη, συνιστά την αντικειμενικά εσφαλμένη ενέργεια η οποία δύναται να καταλογιστεί στον ιατρό⁹, άλλως, η συμπεριφορά του ιατρού που αξιολογείται ότι υπολείπεται της επιβαλλόμενης στο ιατρικό επάγγελμα και στην συγκεκριμένη περίπτωση επιμέλειας, επειδή κατά κανόνα ο ιατρός δεν τηρεί το επαγγελματικό standard ή επειδή παραβιάζει τους κανόνες της ιατρικής επιστήμης και τέχνης¹⁰. Για την διαπίστωση του αν η συμπεριφορά του ιατρού ήταν επιμελής ή όχι πρέπει να λαμβάνονται υπόψη οι κανόνες της επιστήμης (βλ. άρθρα 2

¹ Φύτρου, Η αστική ιατρική ευθύνη στο πεδίο της ανθρώπινης αναπαραγωγής, 2022, σ. 1.

² Φουντεδάκη, Αστική Ιατρική Ευθύνη, 2023, σ. 5. Για το ότι το ιατρικό δίκαιο, «ως δίκαιο που διέπει το σύνολο των νομικών προβλημάτων μιας επαγγελματικής τάξης» εξελίσσεται σε σύνθετο κλάδο δικαίου, διότι τα εμφανισθέντα σε αυτό προβλήματα δεν εντάσσονται συνολικά σε έναν κλάδο δικαίου, βλ. αναλυτικά Ανδρουλιδάκη-Δημητριάδη, Η υποχρέωση ενημέρωσης του ασθενούς, 1993, σ. 17 επ.

³ Σχετικά με την έννοια της ενοχικής ευθύνης, βλ. Σταθόπουλο, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2018, σ. 91 επ. Σημειωτέον ότι από εδώ και στο εξής, όπου στην παρούσα μελέτη γίνεται λόγος για ιατρική ευθύνη, εννοείται -πλην αντιθέτου διευκρινίσεως- η αστική ιατρική ευθύνη.

⁴ Βλ. Ζουμπούλη, Η κατανομή του βάρους αποδείξεως στις υποθέσεις αστικής ιατρικής ευθύνης, Αρμ, 11 (2004), 1515, ο οποίος αποδίδει αυτήν την ταύτιση στην ενασχόληση των δικαστηρίων στο πεδίο της αστικής ιατρικής ευθύνης κυρίως με υποθέσεις όπου ανακύπτουν θέματα αποζημίωσης.

⁵ Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 2), σ. 5, με περαιτέρω παραπομπές: Ζουμπούλης, ό.π. (υποσ. 4), 1515· Φράγκος, Ιατρική Ευθύνη, 2018, σ. 6.

⁶ Φράγκος, ό.π. (υποσ. 5), σ. 8.

⁷ Βλ. παρακάτω, Κεφ. Γ. υπό Ι.

⁸ Πελλένη-Παπαγεωργίου, Ιατρική Αστική Ευθύνη και Συναίνεση του Ασθενούς, 2016, σ. 254.

⁹ Πελλένη-Παπαγεωργίου, ό.π. (υποσ. 8), σ. 206.

¹⁰ Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 2), σ. 183.

παρ. 3 και 3 παρ. 3 εδ. α' ΚΙΔ) και τα ιατρικά πρότυπα με αναγωγή στο συγκεκριμένο συμφέρον του ασθενούς (βλ. άρθρο 3 παρ. 2 εδ. α' και β' ΚΙΔ)^{11 12}. Το ιατρικό σφάλμα αποτελεί διεθνώς την πιο συχνά εμφανιζόμενη βάση των αγωγών αστικής ιατρικής ευθύνης, ενώ η ελληνική νομολογία αναφέρεται σχεδόν αποκλειστικά σε ευθύνη από ιατρικό σφάλμα¹³.

Αν και στο ελληνικό δίκαιο δεν υπάρχει ειδική νομοθετική ρύθμιση της ιατρικής ευθύνης, ο Κώδικας Ιατρικής Δεοντολογίας (ν. 3418/2005, στο εξής ΚΙΔ)¹⁴ αποτελεί τυπικό νόμο που καθιερώνει νομικές υποχρεώσεις του ιατρού σε σχέση με την παροχή ιατρικών υπηρεσιών¹⁵. Δεδομένου μάλιστα ότι το πλέγμα των διατάξεων του ΚΙΔ δεν είναι πλήρες αλλά ατελές και αποσπασματικό, οι λύσεις για την αστική ιατρική ευθύνη θα αναζητηθούν σε όσα γενικώς ισχύουν για την αστική ευθύνη από αθέτηση σύμβασης ή από αδικοπραξία¹⁶. Έτσι λοιπόν, η υποχρέωση προς αποζημίωση την οποία υπέχει ο ιατρός μπορεί να στηρίζεται είτε στην σύμβαση ιατρικής αγωγής είτε στις διατάξεις περί αδικοπραξιών¹⁷, ενώ πολύ πιθανόν να συντρέχει συρροή ενδοσυμβατικής και αδικοπρακτικής ευθύνης. Χαρακτηριστικά αναφέρεται ότι «το δικαίκο θεμέλιο της ιατρικής ευθύνης είναι τόσο συμβατικό όσο και αδικοπρακτικό»¹⁸.

Σε συμβατικό επίπεδο, μεταξύ ιατρού και ασθενούς συνάπτεται κατά κανόνα η λεγόμενη σύμβαση ιατρικής αγωγής (*contrat médical, Behandlungsvertrag*)¹⁹. Με την σύμβαση αυτή ο ιατρός αναλαμβάνει την υποχρέωση να παράσχει ιατρική συνδρομή στον ασθενή²⁰ και ο τελευταίος την υποχρέωση να καταβάλει στον ιατρό την συμφωνημένη αμοιβή. Προβληματισμός επικρατεί σχετικά με την φύση αυτής της υποχρέωσης παροχής ιατρικής φροντίδας, αν συνιστά δηλαδή υποχρέωση παροχής μέσων ή αποτελέσματος. Αν και υποστηρίζεται και η άποψη υπέρ της δεύτερης εκδοχής²¹, ορθότερη φαίνεται η άποψη ότι πρόκειται για υποχρέωση παροχής μέσων²², που οδηγεί στον χαρακτηρισμό της σύμβασης ιατρικής αγωγής ως σύμβασης παροχής ανεξάρτητων υπηρεσιών (ΑΚ 648-680) υπό την ειδικότερη μορφή της σύμβασης των «ελευθέρων εμπιστευτικών εργασιών» (βλ. ΑΚ 676)²³. Αρα, ακριβώς λόγω του πεπερασμένου της ανθρώπινης φύσης και του απροβλέπτου του ανθρώπινου οργανισμού, ο ιατρός δεν μπορεί να υποσχεθεί το θεραπευτικό αποτέλεσμα. Με την σύμβαση ιατρικής αγωγής ο ιατρός υπόσχεται δηλαδή να παράσχει στον ασθενή ιατρική φροντίδα τηρώντας τους κανόνες επιμελείας που διέπουν την άσκηση της ιατρικής²⁴. Σε περίπτωση που ο ιατρός είτε υποπέσει σε ιατρικό σφάλμα είτε δεν λάβει

¹¹ Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 2), σ. 223-224· Πελλένη-Παπαγεωργίου, ό.π. (υποσ. 8), σ. 221-222, η οποία προσθέτει στα υποκειμενικά κριτήρια και τις ιδιαίτερες ιδιότητες του εξειδικευμένου ιατρού.

¹² Μετά την κατάργηση του ΑΝ 1565/1939 στο σύνολό του με το άρθρο 341 ν. 4512/2018, άρα και του άρθρου 24 αυτού, «το άρθρο 3 ΚΙΔ αναμένεται να αποτελέσει την μοναδική νομοθετική βάση για τις υποχρεώσεις επιμελείας του ιατρού», έτσι Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 2), σ. 57.

¹³ Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 2), σ. 183-184, όπου και σχετική υποσ. 6· Πελλένη-Παπαγεωργίου, ό.π. (υποσ. 8), 206· Φουντεδάκη, Ανθρώπινη Αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, 2007, σ. 40· Φύτρου, ό.π. (υποσ. 1), σ. 42.

¹⁴ Για μία πλήρη ερμηνευτική προσέγγιση των άρθρων του ΚΙΔ, βλ. Λασκαρίδη (επιμ.), Ερμηνεία Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας (Ν 3418/2005), 2012.

¹⁵ Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 2), σ. 57.

¹⁶ Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 2), σ. 57.

¹⁷ Βλ. Φουντεδάκη, Το πρόβλημα του αιτιώδους συνδέσμου στην ιατρική ευθύνη, ΕλλΔνη 1994, 1227.

¹⁸ Gottfried Baumgärtel, Η ιατρική ευθύνη (ουσιαστικό δίκαιο και κατανομή του βάρους απόδειξης), Αρμ 1993, 6.

¹⁹ Αναλυτικά για την σύμβαση ιατρικής αγωγής, βλ. σε Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 2), σ. 136 επ.

²⁰ Η ακριβέστερα «χρήστη υπηρεσιών υγείας» κατά το άρθρο 1 παρ. 4 στοιχ. α' ΚΙΔ.

²¹ Βλ. ενδεικτικά Κότσιανο, Η ιατρική ευθύνη, Αστική – Ποινική, 1976, σ. 27· ΠΠρΑθ 3319/2010 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

²² Έτσι και η κρατούσα άποψη στο γαλλικό δίκαιο, βλ. ενδεικτικά την απόφαση του γαλλικού Αρείου Πάγου: Cass.civ. 20.5.1936, Mercier, D, 1936,1,1988.

²³ Βλ. Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 2), σ. 164 επ.· Πελλένη-Παπαγεωργίου, ό.π. (υποσ. 8), σ. 50.

²⁴ Βλ. Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 2), σ. 170. Υπάρχουν βέβαια και ειδικές περιπτώσεις, όπου η σύμβαση ιατρικής αγωγής θεωρείται πως συνιστά σύμβαση έργου, καθώς τα μέρη αποβλέπουν στην επίτευξη ορισμένου αποτελέσματος (βλ.

την ενημερωμένη συναίνεση του ασθενούς, τότε θα γεννηθεί υποχρέωσή του προς αποζημίωση λόγω πλημμελούς εκπλήρωσης της σύμβασης ιατρικής αγωγής με βάση τα άρθρα ΑΚ 648, 652 και 676²⁵.

Σε αδικοπρακτικό επίπεδο, αναφορικά με την περίπτωση του ιατρικού σφάλματος, η συμπεριφορά του ιατρού κρίνεται παράνομη κατά το άρθρο 914 ΑΚ όταν αντιβαίνει σε ρητές διατάξεις του νόμου, όπως είναι ο ΚΙΔ, ή όταν εκείνος (ο ιατρός) διενεργεί ιατρικές πράξεις αντίθετα προς τους κανόνες της ιατρικής επιστήμης παραβιάζοντας την γενική υποχρέωση ασφάλειας και πρόνοιας των προσώπων που έχουν ανάγκη ιατρικής συνδρομής²⁶. Επιπλέον, η αυθαίρετη ιατρική πράξη, είτε θεωρηθεί ως παράνομη σωματική βλάβη (εφαρμοστέο το άρθρο ΑΚ 914) -όπως δέχεται η κρατούσα στην χώρα μας άποψη- είτε θεωρηθεί ως παράνομη προσβολή της προσωπικότητας (εφαρμοστέα τα άρθρα ΑΚ 57, 59, 914), συνιστά λόγο ευθύνης του ιατρού κατά τις διατάξεις για τις αδικοπραξίες²⁷. Στην Ελλάδα, σε αντίθεση με άλλα ηπειρωτικά δίκαια, η ευθύνη λόγω αδικοπραξίας αποτελεί την συχνότερη νομική βάση των αγωγών αποζημίωσης ένεκα ιατρικού σφάλματος²⁸. Αυτό οφείλεται αφενός στο ότι με την αδικοπρακτική θεμελίωση ο ζημιωθείς (ή οι οικείοι του κατά περίπτωση) μπορεί να ζητήσει χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης ή ψυχικής οδύνης (ΑΚ 932) ή ακόμα υπό προϋποθέσεις και πρόσθετη χρηματική παροχή λόγω αναπηρίας ή παραμόρφωσης κατά το άρθρο ΑΚ 931²⁹, και αφετέρου στο γεγονός ότι το νομικό μας σύστημα είναι πιο εξοικειωμένο με τους κανόνες και τις αρχές της αδικοπραξίας. Για τον λόγο αυτό κρίνεται αναγκαίο εισαγωγικά να επισημανθεί ότι στην παρούσα εργασία η ιατρική ευθύνη λόγω απώλειας θεραπευτικής ευκαιρίας θα εξεταστεί υπό το πρίσμα της αδικοπρακτικής ευθύνης.

Όταν λοιπόν ο ιατρός υποπέσει στην διάπραξη ιατρικού σφάλματος ή αυθαίρετης ιατρικής πράξεως ζημιώνοντας τον ασθενή, υποχρεούται να τον αποζημιώσει σύμφωνα με την ΑΚ 914. Οι περισσότερες δυσχέρειες που ανακύπτουν στην ιατρική ευθύνη αφορούν στην διαπίστωση της ύπαρξης του αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ της παράνομης και υπαίτιας συμπεριφοράς του ιατρού και της ζημίας του ασθενούς³⁰. Συνήθως δηλαδή, ακόμα και αν έχει διαπιστωθεί η ύπαρξη ιατρικού σφάλματος (άρα πληρούται το παράνομο και το υπαίτιο) και η ζημία, είναι πολύ δύσκολο να διαπιστωθεί η αιτιακή σύνδεση μεταξύ αυτών των δύο μεγεθών. Αυτό οφείλεται στην φύση της ιατρικής δραστηριότητας η οποία είναι εγγενώς επικίνδυνη άπτουσα απόλυτα αγαθά του ασθενούς, αλλά και στην φύση του ανθρώπινου οργανισμού που είναι βιολογικώς απρόβλεπτη³¹. Επισημαίνεται ότι ακόμη και για τους πλέον εξειδικευμένους σε ζητήματα ιατρικής αμέλειας παρίσταται δυσχερής η διάκριση ότι η ζημία επήλθε συννεπεία ιατρικού σφάλματος ή λόγω κάποιας επιπλοκής³². Οι περιπτώσεις ακριβώς στις οποίες υπάρχει αμφιβολία μεταξύ του ιατρικού σφάλματος και της ζημίας του ασθενούς λόγω της αβεβαιότητας εάν η ζημία οφείλεται στην υπαίτια συμπεριφορά του ιατρού ή σε άλλους απρόβλεπτους παράγοντες -π.χ. κληρονομικότητα-

σχετικά την περίπτωση των τεχνικών ιατρικών πράξεων που χρησιμοποιούνται για διαγνωστικούς σκοπούς, έτσι Πελένη-Παπαγεωργίου, ό.π. (υποσ. 8), σ. 55, με περαιτέρω παραπομπές).

²⁵ Βλ. Πελένη-Παπαγεωργίου, ό.π. (υποσ. 8), σ. 240-241, 257-259.

²⁶ Βλ. Πελένη-Παπαγεωργίου, ό.π. (υποσ. 8), σ. 242 επ., όπου και ορθά αναφέρεται πως το ιατρικό σφάλμα ως λόγος παράνομης προσβολής της προσωπικότητας του ασθενούς ενεργοποιεί και την εφαρμογή των άρθρων ΑΚ 57, 59.

²⁷ Βλ. Πελένη-Παπαγεωργίου, ό.π. (υποσ. 8), σ. 28-30.

²⁸ Βλ. Ζουμπούλη, ό.π. (υποσ. 4), 1517· Πελένη-Παπαγεωργίου, ό.π. (υποσ. 8), σ. 241.

²⁹ Βλ. σχετικά Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 2), σ. 188· Πελένη-Παπαγεωργίου, ό.π. (υποσ. 8), σ. 241-242.

³⁰ Βλ. Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 17), 1228.

³¹ Βλ. Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 17), 1228.

³² Πολίτης, Η αποτίμηση της ιατρικής ευθύνης, Ανάτυπο 'Συνήγορος', 2006, 44. Ο συγγραφέας μάλιστα θεωρεί ότι δεν υπάρχει δυσχερέστερη αποτίμηση από εκείνη της ιατρικής ευθύνης είτε στο αστικό είτε στο ποινικό δίκαιο.

χαρακτηρίζονται περιπτώσεις «αβέβαιης αιτιότητας»³³. Και η γαλλικής προελεύσεως κατασκευή της απώλειας θεραπευτικής ευκαιρίας έρχεται ακριβώς να προσφέρει λύση σε αυτές τις περιπτώσεις αβέβαιης αιτιότητας μεταξύ ιατρικού σφάλματος και τελικής ζημίας, δίδοντας λαβή για μια εις βάθος δογματική προσέγγιση του αιτιώδους συνδέσμου αλλά και της ζημίας.

Με την παρούσα εργασία λοιπόν θα εξεταστεί η θεωρία της απώλειας θεραπευτικής ευκαιρίας στα πλαίσια της αστικής ιατρικής ευθύνης υπό το πρίσμα της αδικοπραξίας³⁴. Σκοπός είναι να αναδειχθεί με δογματική καθαρότητα η κατασκευή της απώλειας ευκαιρίας στο πεδίο της ιατρικής ευθύνης και να παρουσιαστεί η δυνατότητα ή μη εφαρμογής της θεωρίας αυτής σε περιστατικά αβέβαιης αιτιότητας. Θα επιχειρηθεί μία σύνδεση της εν λόγω θεωρίας με τις κατηγορίες τόσο του αιτιώδους συνδέσμου όσο και της ζημίας, αλλά τελικώς και του νόμιμου λόγου ευθύνης, προκειμένου να διαπιστωθεί η δυνατότητα εναρμόνισης αυτής με το δογματικό οπλοστάσιο της αστικής ευθύνης στο ελληνικό δίκαιο.

Συγκεκριμένα, η εργασία χωρίζεται σε τρία κεφάλαια. Αφού πρώτα στο δεύτερο κομμάτι των εισαγωγικών επισημάνσεων παρουσιαστεί η θεωρία της απώλειας θεραπευτικής ευκαιρίας και τεθεί το νομικά σημαντικό πρόβλημα στο οποίο αυτή αφορά, εν συνεχεία, το πρώτο κεφάλαιο θα αφιερωθεί σε μία συνοπτική δικαιοσυγκριτική επισκόπηση της ιατρικής ευθύνης για απώλεια θεραπευτικής ευκαιρίας στο γαλλικό, στο γερμανικό και στο αγγλοσαξονικό δίκαιο (από τις χώρες του Common Law θα εξετασθούν κυρίως οι Ηνωμένες Πολιτείες της Αμερικής και η Αγγλία). Η δικαιοσυγκριτική αυτή επισκόπηση στόχο έχει αφενός την διαπίστωση της ιστορικής καταγωγής της υπό εξέταση θεωρίας και αφετέρου την κατανόηση του τρόπου με τον οποίο διαφορετικές έννομες τάξεις αντιμετωπίζουν κοινά προβλήματα³⁵. Έπειτα, θα γίνει μια συνοπτική παρουσίαση της αστικής ευθύνης προς αποζημίωση στην ελληνική έννομη τάξη προκειμένου να προετοιμαστεί το επιστημονικό έδαφος για το τελευταίο και βασικότερο για τους σκοπούς της παρούσας εργασίας κεφάλαιο, το οποίο θα πραγματευθεί την ιατρική ευθύνη για απώλεια θεραπευτικής ευκαιρίας στην ελληνική έννομη τάξη. Ειδικότερα στα πλαίσια του συγκεκριμένου κεφαλαίου, αφού παρουσιαστούν υπό αδικοπρακτική σκοπιά οι δύο άξονες γύρω από τους οποίους στρέφεται η αστική ιατρική ευθύνη, ήτοι η αυθαίρετη ιατρική πράξη και το ιατρικό σφάλμα, και ιδωθούν υπό το πρίσμα της απώλειας θεραπευτικής ευκαιρίας, θα εξετασθεί η θεμελιώδης αρχή «όλα ή τίποτε» που ισχύει στο δίκαιο της αποζημίωσης και το φαινόμενο της αιτιακής αβεβαιότητας (υπό την έποψη της νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς) στο πεδίο της ιατρικής ευθύνης. Με αυτήν την αναγκαία αφηρητή λοιπόν, θα εξετασθεί εν συνεχεία η θεωρία της απώλειας ευκαιρίας με ειδική αναφορά στο ιατρικό πεδίο. Έπειτα, θα παρουσιασθούν συνοπτικά και οι λοιπές λύσεις που έχουν προταθεί προκειμένου να αντιμετωπισθεί το ζήτημα της αιτιακής απροσδιοριστίας. Τέλος, θα παρατεθούν ορισμένες κριτικές σκέψεις και παρατηρήσεις σχετικά με την αποδοχή ή μη της απώλειας θεραπευτικής ευκαιρίας στην ελληνική έννομη τάξη.

³³ Ζερβογιάννη, Εναλλακτική Προσέγγιση των Περιπτώσεων Αβέβαιης Αιτιότητας, *Digesta*, 2006, 347.

³⁴ Βλ. ανωτέρω, σ. 7.

³⁵ Βλ. για την αξία της δικαιοσυγκριτικής θεώρησης σε Παπανικολάου, *Μεθοδολογία του Ιδιωτικού Δικαίου και Ερμηνεία των Δικαιοπραξιών*, 2000, σ. 208-212. Πρβλ. και Δεληγιάννη-Δημητράκου, *Συγκριτικό δίκαιο και νομικός πλουραλισμός*, 2008, σ. 53 επ.

II. Απώλεια θεραπευτικής ευκαιρίας: Το νομικά σημαντικό πρόβλημα

Αρχικά, κατά τα προελεχθέντα, παρίσταται ανάγκη να προσδιορισθεί σε τι ακριβώς συνίσταται η απώλεια θεραπευτικής ευκαιρίας. Γενικά η απώλεια ευκαιρίας ως πρόβλημα συνδέεται με το δίκαιο της αποζημίωσης και αφορά κατά κύριο λόγο στην ύπαρξη ή μη της δυνατότητας «να αποκατασταθεί η απώλεια ορισμένης ευκαιρίας, ήτοι η στέρηση ή ο περιορισμός των πιθανοτήτων που είχε κάποιος να αναμένει ένα ευνοϊκό για αυτόν αποτέλεσμα»³⁶. Το πρόβλημα της απώλειας ευκαιρίας προσεγγίζεται υπό δύο θεωρήσεις³⁷. Είτε η ευκαιρία θεωρείται ως έννομο αγαθό η προσβολή του οποίου θεμελιώνει αντίστοιχη υποχρέωση του δράστη να αποκαταστήσει τις προκύπτουσες από την προσβολή ζημιές. Είτε η απώλεια ευκαιρίας συνιστά τον επιτρεπτικό όρο προκειμένου ο δικαστής να διευκολυνθεί στην διαπίστωση και απόδειξη του αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ του νόμιμου λόγου ευθύνης και της ζημίας («νόθος θεωρία»).

Οι δύο ως άνω προσεγγίσεις της απώλειας ευκαιρίας καθιστούν εναργή την σύνδεση της εν λόγω θεωρίας με τις προϋποθέσεις της ζημίας και του αιτιώδους συνδέσμου στα πλαίσια της αποζημιωτικής ενοχής. Συγκεκριμένα, σε περιστατικά «απώλειας ευκαιρίας» εμφανίζεται το εξής πρόβλημα: αν και υφίσταται ο νόμιμος λόγος ευθύνης (π.χ. το ιατρικό σφάλμα) και έχει επέλθει η τελική ζημία (π.χ. ο θάνατος του ασθενούς), είναι ωστόσο ιδιαίτερα δυσχερής η διαπίστωση και απόδειξη του αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ νόμιμου λόγου ευθύνης και ζημίας (εν προκειμένω μεταξύ του ιατρικού σφάλματος και του θανάτου του ασθενούς)³⁸. Ιδιαίτερα στο πεδίο της ιατρικής ευθύνης, όπου η τελική βλάβη που υπέστη ο ασθενής είναι πιθανόν να είναι προϊόν άλλων αιτιών ανεξάρτητων από την ιατρική αμέλεια, είναι συχνά αδύνατον για τον δικαστή ακόμη και κατόπιν διενέργειας πραγματογνωμοσύνης να σχηματίσει πλήρη δικανική πεποίθηση σχετικά με το αν το ιατρικό σφάλμα απετέλεσε τον αναγκαίο όρο ή όχι για την επέλευση της ζημίας³⁹. Πέρα όμως από το ζήτημα του αιτιώδους συνδέσμου, τίθεται εν προκειμένω και το εξής πρόβλημα: εφόσον κριθεί θεμελιωμένος ο αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ νόμιμου λόγου ευθύνης και ζημίας, ζητούμενο είναι το ύψος της ζημίας που θα αποκατασταθεί και σε περίπτωση που η ευκαιρία αντιμετωπισθεί ως έννομο αγαθό, ζητούμενη είναι ακριβώς η υλική αποτίμηση αυτής⁴⁰.

Η «απώλεια θεραπευτικής ευκαιρίας» -ή αλλιώς ακριβέστερα «απώλεια ευκαιρίας επιβίωσης ή θεραπείας» («perte d'une chance de survie ou de guérison»)- αναφέρεται λοιπόν στο ζήτημα «της ευθύνης του γιατρού όχι επειδή προκάλεσε αιτιωδώς το θάνατο ή τη χειροτέρευση της υγείας του ασθενούς, αλλά επειδή, με ιατρικό λάθος, στέρησε από τον ασθενή κάποιες πιθανότητες που είχε πριν την ιατρική αγωγή να επιζήσει ή να θεραπευθεί»⁴¹. Βέβαια, είναι δυνατόν ο νόμιμος λόγος ευθύνης του ιατρού να συνίσταται στην αυθαίρετη ιατρική πράξη, δηλαδή στην διενέργεια

³⁶ Μάνθος, Η απώλεια ευκαιρίας στο δίκαιο της αποζημίωσης, 2014, σ. 3. Έτσι και Περτσελάκη, Η αποζημίωση λόγω αδικοπραξίας, 2020, σ. 85: «...η απώλεια ευκαιρίας έγκειται στο μείζον ζήτημα αν δύναται να αποκατασταθεί η στέρηση μιας πιθανότητας που έχει κάποιος προς κτήση ενός ευνοϊκού αποτελέσματος».

³⁷ Βλ. Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 5-6.

³⁸ Βλ. Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 7. Βλ. και Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 17), 1228, η οποία ενόψει των προβλημάτων αιτιότητας που ανακύπτουν στην ιατρική ευθύνη διακρίνει δύο κατηγορίες: η πρώτη αφορά σε περιπτώσεις όπου η αιτιοκρατική σχέση μεταξύ ιατρικού σφάλματος και βλάβης του ασθενούς δεν αμφισβητείται και απλώς αυτή εμπλέκεται και με άλλα γεγονότα, ενώ η δεύτερη αφορά σε περιπτώσεις όπου αυτή η ίδια η αιτιοκρατική σχέση δεν είναι δυνατόν να διαπιστωθεί. Η θεωρία της απώλειας ευκαιρίας εμπίπτει στην δεύτερη κατηγορία προβλημάτων.

³⁹ Βλ. Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 17), 1229-1230· Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 2), σ. 390· Πελλένη-Παπαγεωργίου, ό.π. (υποσ. 8), σ. 222.

⁴⁰ Έτσι Μάνθος, ό.π. (υποσ. 36), σ. 8.

⁴¹ Έτσι Φουντεδάκη, Παραδόσεις Αστικής Ιατρικής Ευθύνης - Διάλογος με τη Νομολογία, 2018, σ. 145.

της ιατρικής πράξης χωρίς την έγκυρη συναίνεση του ασθενούς⁴². Επιπλέον, μπορεί η απώλεια ευκαιρίας να συνδέεται με περιπτώσεις όπου το ιατρικό σφάλμα ή η μη λήψη έγκυρης συναίνεσης του ασθενούς -συνήθως λόγω έλλειψης ενημέρωσης ή παροχής αυτής κατά πλημμελή τρόπο- δεν επέτρεψε να διαγνωσθεί εγκαίρως κατά την διάρκεια της κήσεως πρόβλημα υγείας υπάρχον εξαρχής στο παιδί ή σε κάθε περίπτωση μη αναστρέψιμο (περιπτώσεις wrongful life/wrongful birth)⁴³.

Στο σημείο αυτό, παρατίθενται ορισμένα παραδείγματα προς καλύτερη κατανόηση της προβληματικής:

α) Ο ασθενής Α πάσχει από σοβαρή ασθένεια η οποία αν διαγνωσθεί εγκαίρως υπάρχουν 70% πιθανότητες θεραπείας. Ο ιατρός Ι προβαίνει σε διαγνωστικό σφάλμα, δεν διαγιγνώσκει την ασθένεια του Α και του χορηγεί εσφαλμένη φαρμακευτική αγωγή. Όταν μετά από επίσκεψη του Α στον Ι, ο τελευταίος διαγιγνώσκει ορθά την ασθένεια, η πιθανότητα θεραπείας του Α έχει μειωθεί με αποτέλεσμα να έχει πλέον μόνο 20% πιθανότητα θεραπείας.

β) Ο ιατρός Ι δεν διαγιγνώσκει έγκαιρα τον καρκίνο του ασθενούς Α και έτσι καθυστερεί η απαιτούμενη χειρουργική επέμβαση για 5 εβδομάδες. Ο Α αποβιώνει τελικά εξαιτίας του καρκίνου, όμως, εάν είχε προβεί ο Ι σε έγκαιρη διάγνωση, ο ασθενής Α θα είχε 55% πιθανότητες να επιβιώσει.

γ) Ο ασθενής Α πάσχει από μία συγκεκριμένη νόσο, η οποία έχει ποσοστό θεραπείας 30% επί ορθής ιατρικής επεμβάσεως. Ο ιατρός Ι προβαίνει σε χειρουργική επέμβαση του Α για την αντιμετώπιση της νόσου, όμως δεν την διενεργεί *lege artis*. Η επέμβαση αποτυγχάνει. Ο Α αποβιώνει έχοντας χάσει το 30% των πιθανοτήτων που είχε να θεραπευθεί⁴⁴.

δ) Ο ασθενής Α πάσχει από καρκίνο και έχει 49% πιθανότητες να θεραπευθεί. Ο ιατρός Ι λόγω αμελούς συμπεριφοράς, μειώνει τις πιθανότητες ίασης του Α σε 10% και ο τελευταίος τελικά αποβιώνει⁴⁵.

ε) Ο ασθενής Α πάσχει από ασθένεια που επιφέρει αναπηρία. Δεν ενημερώνεται από τον ιατρό Ι για μία νέα εγκεκριμένη θεραπευτική μέθοδο που προσφέρει 30% πιθανότητες θεραπείας και, εν τέλει, μένει παράλυτος.

⁴² Αν και αμφισβητείται εάν στην περίπτωση αυτή μπορεί να εφαρμοστεί το δόγμα της «απώλειας ευκαιρίας». Βλ. αναλυτικά κατωτέρω, Κεφ. Γ. υπό Ι.1.

⁴³ Βλ. Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 41), σ. 156. Λόγω των ειδικότερων προβλημάτων που ανακύπτουν σε αυτές τις περιπτώσεις (π.χ. το ζήτημα εάν η γέννηση παιδιού αποτελεί «ζημία») στην παρούσα εργασία η απώλεια ευκαιρίας δεν θα εξεταστεί υπό το ειδικότερο αυτό πρίσμα. Βλ. την ειδικότερη θέση επί του θέματος σε: Περτσελάκη, ό.π. (υποσ. 36), σ. 353-356, η οποία σε σχέση με τις περιπτώσεις wrongful life/wrongful birth αναφέρει ότι: «Η απώλεια ευκαιρίας ισοδυναμεί με την απώλεια του δικαιώματος επιλογής και η οποία πηγάζει από την παράλειψη ενημέρωσης και διάγνωσης». Βλ. και Ζερβογιάννη, Συρροή αιτίων και αδικοπρακτική ευθύνη, συμβολή στην ανάλυση της προϋπόθεσης της αιτιώδους συνάφειας, 2022, σ. 154 επ. Γενικότερα για την προβληματική wrongful life/wrongful birth, βλ. αναλυτικά μεταξύ άλλων σε: Σταθόπουλος, Αποζημίωση και προστασία της προσωπικότητας ανάπηρου παιδιού, ΧρΙΔ Θ/2009, 97 επ.· Φουντεδάκη, Θέματα αστικής ιατρικής ευθύνης σε περίπτωση γέννησης ατόμου με σοβαρή ασθένεια ή αναπηρία (wrongful life), *Digesta* 2004, 471 επ.· Χελιδόνης, Το ανεπιθύμητο τέκνο ως ζημία, Η συλλογιστική της «wrongful birth», ΕφΑΔ 3/2018, 247 επ.

⁴⁴ Βλ. και σχετικό παράδειγμα σε Καραγιάννη, Κάμψη της αρχής «όλα ή τίποτε» σε περιπτώσεις «νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς», σε Τμ.Τόμ. Μιχ. Σταθόπουλου-Ι (2010), σελ. 857, όπου και παραπομπή σε νομολογία στην υποσ. 27.

⁴⁵ Bottis, M. C. V. (2002). Return to Basics: the Cases of Informed Consent and Lost Chances of Living. *European Journal of Health Law*, 9(4), 291.

στ) Ο Α πάσχει από νόσο, η οποία αντιμετωπίζεται μέσω χειρουργικής επέμβασης το ποσοστό επικινδυνότητας της οποίας ανέρχεται σε ποσοστό 7%. Ο ιατρός Ι παραλείπει να τον ενημερώσει για το ποσοστό αυτό, η επέμβαση διενεργείται και ο Α μένει παράλυτος. Ο Α δηλώνει ότι εάν είχε ενημερωθεί προσηκόντως για το ποσοστό επικινδυνότητας, δεν θα συναινούσε στην διενέργεια της εν λόγω ιατρικής πράξεως με αποτέλεσμα να είχε αποφύγει την ζημία και να μην είχε μείνει παράλυτος⁴⁶.

Τα παραπάνω παραδείγματα αναφέρονται σε μια απωλεσθείσα ευκαιρία του ασθενούς: την ευκαιρία να θεραπευθεί ή να επιβιώσει' να αποφύγει δηλαδή την επέλευση της ζημίας. Αναγκαίο κρίνεται να αναφερθούν οι δύο τύποι απώλειας ευκαιρίας⁴⁷: Ο πρώτος αφορά στην απώλεια κέρδους που συνιστά θετική ζημία και είναι η απώλεια διεκδίκησης της πιθανότητας να επιτευχθεί ορισμένο κέρδος (π.χ. παίχτης τυχερών παιγνίων αποκλείεται παρανόμως από ορισμένο παιχνίδι, ο νικητής του οποίου θα ελάμβανε κάποιο χρηματικό έπαθλο). Ο δεύτερος αφορά στην απώλεια ευκαιρίας αποφυγής ζημίας και είναι η ματαίωση ή ο περιορισμός των πιθανοτήτων να αποφευχθεί η ζημία που τελικά επήλθε σε κάποιον (εδώ το τελικό αποτέλεσμα είναι γνωστό). Η απώλεια θεραπευτικής ευκαιρίας συγκεκριμένα υπάγεται στον δεύτερο τύπο αποτελώντας χαρακτηριστική περίπτωση του⁴⁸.

Σε επίπεδο ορολογίας, σε παλαιά απόφαση του Αρείου Πάγου⁴⁹ που αφορούσε υπόθεση παράνομου αποκλεισμού ίππων από ιπποδρομίες συναντάται ο όρος «τύχη», ο οποίος υποστηρίζεται ορθά ότι θα πρέπει να αποφεύγεται δεδομένου ότι μας οδηγεί στο συμπέρασμα ότι η απώλεια ευκαιρίας αφορά σε κάτι εντελώς τυχαίο μη δεκτικό εκτίμησης και αποτίμησης⁵⁰. Κατά μία γνώμη⁵¹, προτιμότερος είναι ο όρος «πιθανότητα», δεδομένου ότι αναφέρεται σε κάτι που μπορεί λογικά και μαθηματικά να υπολογισθεί. Κατ' άλλη ορθότερη άποψη⁵², ο όρος «ευκαιρία» τον οποίο συνήθως συναντάμε στα ελληνικά νομικά κείμενα⁵³ δεν εκλαμβάνεται αναγκαίως ως κάτι το συγκυριακό αλλά επιτρέπει την σύνδεση του αντικειμενικού προβλήματος με το ίδιο το πρόσωπο υποδηλώνοντας τις εύλογες προσδοκίες του για την επίτευξη ενός ευνοϊκού αποτελέσματος.

⁴⁶ Παραλλαγή του παραδείγματος που αναφέρει ο *Μαθιουδάκης*, Η απώλεια ευκαιρίας στο δίκαιο της κρατικής ευθύνης, ΕφημΔΔ 2009, 703.

⁴⁷ Βλ. *Μάνθος*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 68-70.

⁴⁸ Έτσι *Μάνθος*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 70. Πρβλ. όμως και *Παπαδημητρόπουλο*, Πιθανοτική αιτιότητα και αναλογική αποζημίωση: θεμελίωση και έκταση της ευθύνης, ΕφΑΔ 2011, 137 κατά τον οποίο «η απώλεια μιας πιθανότητας δεν συνιστά αποκαταστατέα ζημία μόνο όταν η πιθανότητα αφορά την αποκόμιση ενός περιουσιακού οφέλους, αλλά και όταν αφορά την αποφυγή μιας θετικής ζημίας, την αποφυγή επιδείνωσης δηλαδή της περιουσιακής ή προσωπικής κατάστασης (ιδίως της ιδιοκτησίας ή της υγείας) του ζημιωθέντος».

⁴⁹ ΑΠ 742/1958 ΝοΒ 1959, 255.

⁵⁰ Βλ. *Κανελλοπούλου-Μπότη*, Η προσβολή της πιθανότητας ως περιουσιακή ζημία ή ως ηθική βλάβη, ΚριτΕ 2003/2, 258-259· *Μάνθος*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 7.

⁵¹ *Κανελλοπούλου-Μπότη*, ό.π. (υποσ. 50), 258-259.

⁵² *Μάνθος*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 7.

⁵³ Πρβλ. τους όρους «perte d'une chance» (Γαλλία), «Verlust einer Chance» (Γερμανία) και «loss of a chance» (αγγλοσαξονικό δίκαιο).

Κεφάλαιο Α. Συνοπτική δικαιοσυγκριτική επισκόπηση της ιατρικής ευθύνης για απώλεια θεραπευτικής ευκαιρίας

Αφού παρουσιάστηκε το νομικά σημαντικό πρόβλημα στο οποίο αφορά η απώλεια θεραπευτικής ευκαιρίας, χρήσιμη είναι η συνοπτική επισκόπηση της αστικής ευθύνης για απώλεια θεραπευτικής ευκαιρίας σε αλλοδαπές έννομες τάξεις. Συγκεκριμένα, θα παρουσιαστούν οι θεωρήσεις ως προς το συγκεκριμένο ζήτημα από την σκοπιά του γαλλικού, του γερμανικού και του αγγλοσαξονικού δικαίου. Σαφώς θα επιχειρηθεί και ο εντοπισμός της θετικής ή αρνητικής στάσης των συγκεκριμένων εννόμων τάξεων απέναντι στην αποδοχή του δόγματος της απώλειας ευκαιρίας επιβίωσης ή θεραπείας. Επικουρικές προς τούτο θα φανούν και διάφορες αποφάσεις αλλοδαπών δικαστηρίων που έχουν πάρει θέση επί του ζητήματος.

Σκοπός μέσα από αυτήν την δικαιοσυγκριτική επισκόπηση είναι να διαφανεί η ιστορική καταγωγή της απώλειας θεραπευτικής ευκαιρίας, ο τρόπος αντιμετώπισης παρόμοιων νομικών προβλημάτων από άλλες έννομες τάξεις και η προετοιμασία για το βασικό τμήμα της μελέτης, δηλαδή την ιατρική ευθύνη για απώλεια θεραπευτικής ευκαιρίας στην ελληνική έννομη τάξη.

I. Γαλλικό δίκαιο

Η θεωρία της «απώλειας ευκαιρίας επιβίωσης ή θεραπείας» αλλά και γενικότερα της «απώλειας ευκαιρίας» φαίνεται πως είναι γαλλικής καταγωγής⁵⁴. Το γαλλικό Ακυρωτικό έκανε για πρώτη φορά δεκτή την αποκατάσταση της απώλειας ευκαιρίας το 1889, όπου η έφεση του εκκαλούντος κρίθηκε άκυρη εξαιτίας λάθους δικαστικού υπαλλήλου και έτσι έχασε την ευκαιρία να ανατρέψει την σε βάρος του δικαστική κρίση⁵⁵. Στο γαλλικό δίκαιο της αστικής ιατρικής ευθύνης εισήχθη η θεωρία της «απώλειας ευκαιρίας» τον περασμένο αιώνα και συγκεκριμένα με δύο αποφάσεις⁵⁶ του γαλλικού Ακυρωτικού (Cour de Cassation) το 1965 και το 1966⁵⁷. Στην πρώτη υπόθεση⁵⁸, ο ιατρός είχε προβεί σε εσφαλμένη διάγνωση του ασθενούς, συγκεκριμένα εσφαλμένα και κατά παράβαση των παραδεδεγμένων κανόνων της ιατρικής διέγνωσε κάταγμα του βραχιόνιου οστού ενώ επρόκειτο για εξάρθρωση αγκώνα που αργότερα οδήγησε σε μερική αναπηρία του ασθενούς. Από την διενεργηθείσα πραγματογνωμοσύνη δεν μπορούσε να διακριβωθεί εάν η μερική αναπηρία προξενήθηκε από την ακατάλληλη αγωγή συνεπεία της εσφαλμένης διάγνωσης ή ήταν ούτως ή άλλως αναπόφευκτη. Στην δεύτερη υπόθεση⁵⁹, ο μαιευτήρας ιατρός αποχώρησε από το νοσοκομείο δύο ώρες μετά τον τοκετό δίχως να προβληματιστεί για την αιμορραγία που παρουσίασε η ασθενής, δίχως να δώσει οδηγίες στην νοσηλεύτρια και χωρίς να φροντίσει για την δυνατότητα ειδοποίησής του σε περίπτωση εμφάνισης κάποιας επιπλοκής. Η αιμορραγία συνεχίστηκε και πολύ αργότερα δύο άλλοι ιατροί που επιλήφθηκαν της ασθενούς διεπίστωσαν λύση ιστών, φαινόμενο ιδιαίτερα σπάνιο, που δεν μπόρεσαν να αντιμετωπίσουν και, έτσι, η ασθενής απεβίωσε. Το συμπέρασμα της

⁵⁴ Βλ. *Thévenoz, Luc* (2002) La perte d'une chance et sa reparation. In: *Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile: actualités et perspectives*. Berne : Stämpfli, 2002. p. 237-276, p. 243.

⁵⁵ Cass. Req. 17 juillet 1889, S. 1891, I, p. 399.

⁵⁶ Cass. Civ. 14.12.1965 και Cass. Civ. 10.3.1966, JCP 1966.II.Jur. 14753.

⁵⁷ Βλ. *Φουντεδάκη*, ό.π. (υποσ. 17), 1234.

⁵⁸ Βλ. *Φουντεδάκη*, ό.π. (υποσ. 17), 1234.

⁵⁹ Βλ. *Φουντεδάκη*, ό.π. (υποσ. 17), 1234.

πραγματογνωμοσύνης ήταν ότι δεν συνέτρεχε αμέλεια του ιατρού ή του νοσοκομείου και ότι ο θάνατος ήταν αποτέλεσμα της απρόβλεπτης και εξαιρετικής επιπλοκής που επήλθε, ενώ το δικαστήριο αφού έλαβε υπόψιν ότι ο θάνατος σε περίπτωση λύσης ιστών δεν μπορεί να αποφευχθεί μόνο στο 20% των περιπτώσεων, κατέληξε στο ότι ο ιατρός δεν επέδειξε την επιμέλεια που επιβαλλόταν κατά τις περιστάσεις.

Σύμφωνα με το Cour de Cassation και στις δύο ως άνω υποθέσεις ενώ συνέτρεχε αμέλεια του ιατρού, που σύμφωνα με πολύ σοβαρές ενδείξεις μπορούσε να είχε προκαλέσει την βλάβη, εντούτοις δεν ήταν δυνατός ο σχηματισμός πλήρους δικανικής πεποίθησης σχετικά με την προϋπόθεση της αιτιώδους συνάφειας και κατά συνέπεια η καταδίκη του εναγομένου ιατρού στην αποκατάσταση της επελθούσας ζημίας⁶⁰ δέχθηκε όμως περαιτέρω το γαλλικό Ακυρωτικό ότι ο ιατρός μπορεί να καταδικαστεί στην αποκατάσταση μέρους της ζημίας, δεδομένου ότι με την αμελή συμπεριφορά του στέρησε από τον ασθενή την ευκαιρία να θεραπευθεί ή να επιβιώσει⁶¹. Μετά από αυτές τις αποφάσεις δημιουργήθηκε πάγια τάση των γαλλικών δικαστηρίων να εφαρμόζουν την θεωρία της απώλειας ευκαιρίας ιδίως σε ιατρικές υποθέσεις ανεξαρτήτως του ποσοστού πιθανοτήτων επιβίωσης ή θεραπείας⁶¹.

Βέβαια πρέπει να επισημανθεί ότι γενικά στο πεδίο της ιατρικής ευθύνης η απώλεια ευκαιρίας είχε ήδη αναγνωρισθεί με απόφαση του Conseil d'État⁶² το 1964, η οποία έκρινε ότι είχαν περιορισθεί οι πιθανότητες αποτροπής ακρωτηριασμού του κάτω άκρου του ασθενούς εξαιτίας παράνομων ενεργειών του νοσηλευτικού προσωπικού (δεν κινητοποίησαν άμεσα τους χειρουργούς) και ακολούθως επεδίκασε πλήρη αποζημίωση στον ασθενή⁶³. Γενικότερα η πρακτική των διοικητικών δικαστηρίων ήταν να αντιμετωπίζουν την «απώλεια ευκαιρίας» ως πρόβλημα του αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ του νόμιμου λόγου ευθύνης και της τελικής ζημίας θεωρώντας την απώλεια ευκαιρίας, όπως διεφάνη και στην ανωτέρω απόφαση, επαρκή προϋπόθεση για την διαπίστωση της αιτιώδους συνάφειας⁶⁴. Εν συνεχεία όμως το Conseil d'État ακολούθησε την γραμμή του Cour de Cassation αναγνωρίζοντας την απωλεσθείσα ευκαιρία ως ανεξάρτητο είδος αποκαταστατέας ζημίας⁶⁵.

Σύμφωνα λοιπόν με την κλασική ερμηνεία -στην γαλλική θεωρία και νομολογία- της απώλειας ευκαιρίας στην ιατρική ευθύνη, η «απώλεια ευκαιρίας επιβίωσης ή θεραπείας» συνιστά ζημία αυτοτελή σε σχέση με την τελική ζημία, ήτοι τον θάνατο ή την βλάβη της υγείας ή του σώματος του ασθενούς, χωρίς η μη δυνατότητα αποκατάστασης της μιας να εμποδίζει την δυνατότητα αποκατάστασης της άλλης⁶⁶. Όταν υπάρχει αμφιβολία ως προς την διαπίστωση του αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ του ιατρικού σφάλματος και της τελικής ζημίας του ασθενούς⁶⁷, ο αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ του ιατρικού σφάλματος και της «ενδιάμεσης» ζημίας (της απώλειας ευκαιρίας) είναι ευκολότερο να διαπιστωθεί και μάλλον θα είναι πάντα βέβαιος⁶⁸. Μάλιστα, η

⁶⁰ Βλ. Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 17), 1234. Βλ. και Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 24.

⁶¹ Βλ. Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 24· Κανελλοπούλου-Μπότη, ό.π. (υποσ. 50), 261.

⁶² CE 24 avril, 1964 Hôpital-hospice de Voiron Rec. p. 259.

⁶³ Βλ. Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 25· Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 2), σ. 389, υποσ. 86, όπου και περαιτέρω νομολογία.

⁶⁴ Βλ. Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 25. Πρβλ. την «νόθο θεωρία» περί απώλειας ευκαιρίας ανωτέρω, Εισαγωγή υπό Π.

⁶⁵ Βλ. Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 25.

⁶⁶ Βλ. Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 17), 1235· Περτσελάκη, ό.π. (υποσ. 36), σ. 87-88· Thévenoz, ό.π. (υποσ. 54), p. 241, όπου και αναφέρεται χαρακτηριστικά: «le fait générateur de la responsabilité ne fait pas perdre l'enjeu, qui est intrinsèquement aléatoire, mais une certaine probabilité d'obtenir cet enjeu».

⁶⁷ Πρβλ. και Thévenoz, ό.π. (υποσ. 54), p. 238: «Là où nos conceptions traditionnelles du dommage et de la causalité sont en peine, la doctrine de la perte d'une chance prend le relais».

⁶⁸ Βλ. Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 17), 1235.

«απώλεια ευκαιρίας επιβίωσης ή θεραπείας» γίνεται δεκτή σε γαλλική θεωρία και πράξη και στην περίπτωση που η επιλήψιμη συμπεριφορά του ιατρού συνίσταται στην μη λήψη έγκυρης συναίνεσης από τον ασθενή λόγω έλλειψης ή πλημμελούς παροχής ενημερώσεως⁶⁹.

Γίνεται δεκτό ότι τα χαρακτηριστικά που πρέπει να συντρέχουν προκειμένου να εφαρμοσθεί η «απώλεια ευκαιρίας» (και η ειδικότερη εκδήλωση αυτής στην ιατρική ευθύνη⁷⁰) είναι τα εξής⁷¹: Πρέπει να έχει επέλθει τελική ζημία στην έννομη σφαίρα του ζημιωθέντος, για παράδειγμα θάνατος του ασθενούς. Η ζημία από την απώλεια ευκαιρίας πρέπει να είναι «βεβαία»⁷² σε συσχετισμό με την επελθούσα τελική ζημία, δηλαδή η ίδια η ευκαιρία να είναι πιθανή και μάλιστα πραγματική και σοβαρή. Πραγματική είναι η ευκαιρία όταν έχει επέλθει η τελική ζημία και σοβαρή όταν η πραγματοποίησή της βασίζεται σε πιθανότητες. Επιπλέον, η αποκατάσταση της απώλειας ευκαιρίας υπολογίζεται με βάση τον νόμο των πιθανοτήτων χωρίς να μπορεί να ισούται ποτέ με το όφελος που θα είχε αποκομίσει ο ζημιωθείς σε περίπτωση πραγματοποίησής της⁷³. Άρα, η κατασκευή της «απώλειας ευκαιρίας επιβίωσης ή θεραπείας» καταλήγει σε μερική αποκατάσταση της συνολικής ζημίας του ασθενούς, αφού η «ενδιάμεση» ζημία του ασθενούς δεν μπορεί παρά να είναι μικρότερη από την τελική ζημία και θα αντικατοπτρίζει ορισμένες πιθανότητες επιβίωσης ή θεραπείας που αρχικά είχε εκείνος⁷⁴.

Βέβαια και παρά την θετική στάση της γαλλικής θεωρίας και νομολογίας απέναντι στο δόγμα της απώλειας ευκαιρίας γενικότερα, δεν έχουν λείψει θεωρητικές φωνές και αποφάσεις που κείνται αρνητικά στην κρατούσα άποψη. Μερίδα της θεωρίας επιχειρηματολογεί δηλαδή, μεταξύ άλλων, ότι το νομικά σημαντικό πρόβλημα δεν έγκειται στην απώλεια κάποιας ευκαιρίας αλλά στην δυσκολία απόδειξης του αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ ιατρικού σφάλματος και ζημίας και σε ιατρικές υποθέσεις δεν μπορεί να γίνει δεκτό ξεχωριστό και αυτοτελές είδος ζημίας από την τελική βλάβη της υγείας του ασθενούς⁷⁵. Ακόμη, το γαλλικό Ακυρωτικό σε απόφασή του το 1982⁷⁶ δεν δέχθηκε ότι συγκεκριμένο περιστατικό εμβολής ασθενούς χωρίς δυνατότητα εξακρίβωσης εάν αυτή οφειλόταν σε ένεση του ιατρού ή σε άλλη αιτία υπαγόταν στο πραγματικό της «απώλειας

⁶⁹ Βλ. *Marie-Hélène Tylman*, 2020-4 -*Médecine Reparation Des Consequences Des Risques Sanitaires (Civ)* [2020 11], p. 18. Cass. Civ. 1re, 7 févr. 1990, no 88-14.797. CE 5 janv. 2000, req. no 181899.

⁷⁰ Για το ότι τα γαλλικά δικαστήρια εφαρμόζουν την απώλεια ευκαιρίας κυρίως στο πεδίο της ιατρικής ευθύνης, βλ. *Mireille Barache, Clémentin Lequillier, Lydia Morlet-Haidara, Sylvie Welsch*. *Faute médicale et perte de chance : quelle place pour l'indemnisation par l'ONIAM ?*. *Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie*, 2023, 17. Hal-04200311, 67.

⁷¹ Βλ. *Μάνθο*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 27-31.

⁷² Πρβλ. και την διαφωτιστική διατύπωση της αποφάσεως του γαλλικού Ακυρωτικού Cass. Crim., 4 décembre 1996 no 96-81.163 σε *Constanty Léo*, *La perte de chance en matière de responsabilité médicale*, Village de la justice, 2023: «l'élément de préjudice constitué par la perte d'une chance présente un caractère *direct et certain* chaque fois qu'est constatée la disparition, par l'effet de l'infraction, de la probabilité d'un événement favorable encore que, par définition, la réalisation d'une chance ne soit jamais certaine» (η υπογράμμιση δική μου).

⁷³ Βλ. σχετικά με τα χαρακτηριστικά της «απώλειας ευκαιρίας» και *Constanty Léo*, ό.π. (υποσ. 72) ο οποίος κάνει λόγο για «élément favorable sérieux perdu». Πρβλ. επίσης και το άρθρο 1238 του προκαταρκτικού σχεδίου μεταρρύθμισης του δικαίου της αστικής ευθύνης, που ορίζει ρητά ότι: «seule constitue une perte de chance reparable la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable. Le préjudice de perte de chance est distinct de l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée».

⁷⁴ Βλ. *Φουντεδάκη*, ό.π. (υποσ. 17), 1234· *Mireille Barache, Clémentin Lequillier, Lydia Morlet-Haidara, Sylvie Welsch*, ό.π. (υποσ. 70), 67· Cass. Civ., 17 février 2011 no 10-17179.

⁷⁵ Βλ. *Penneau*, *La Responsabilité du Médecin*, 1992, p. 31· *Gérard Mémeteau*, *Perte de chance en droit médical français*, (1986) 32 McGill Law Journal *Revue de droit de McGill*, 150, που χαρακτηρίζει στα συμπεράσματά του την απώλεια ευκαιρίας ως ένα «τέχνασμα» που ανακατασκευάζει το μέλλον με βάση το παρελθόν («Reconstruction de l'avenir à partir du passé, prééminence d'une hypothèse triée parmi les autres, pari sur les probabilités, cette théorie n'est qu'un artifice»).

⁷⁶ Cass. Civ. 17.11.1982 DS 1983 IR 380.

ευκαιρίας» λόγω του ότι ο κίνδυνος δεν προϋπήρχε της ιατρικής αγωγής αλλά είχε το πρώτον τεθεί μέσω των ενεργειών του ιατρού⁷⁷.

II. Γερμανικό δίκαιο

Στην γερμανική έννομη τάξη, εν αντιθέσει με την γαλλική, η «απώλεια ευκαιρίας» («Verlorene Chancen») δεν γίνεται από την κρατούσα γνώμη αποδεκτή⁷⁸. Υποστηρίζεται ότι ο γερμανικός Αστικός Κώδικας (BGB) ορίζει κατά τρόπο περιοριστικό τα δικαιώματα και τα εννόμως προστατευόμενα συμφέροντα χωρίς να περιλαμβάνει σε αυτά την απώλεια ευκαιρίας⁷⁹. Ήδη πριν σαράντα περίπου χρόνια το Γερμανικό Ακυρωτικό με απόφασή του⁸⁰ επί υποθέσεως παράνομου αποκλεισμού αρχιτέκτονα από διαγωνισμό, δεν δέχθηκε ότι ο ενάγων αρχιτέκτονας κατάφερε να αποδείξει ότι θα κέρδιζε ένα από τα έπαθλα που είχαν προκηρυχθεί εάν δεν αποκλειόταν παρανόμως από τον διαγωνισμό αυτόν, μη θεωρώντας την ευκαιρία του να κέρδιζε ως προστατευόμενο έννομο αγαθό⁸¹.

Στο γερμανικό δίκαιο λοιπόν το πρόβλημα της απώλειας ευκαιρίας σχετίζεται με την προϋπόθεση του αιτιώδους συνδέσμου και με την αρχή «όλα ή τίποτε»⁸². Η «αρχή όλα ή τίποτε»⁸³ προϋποθέτει βεβαιότητα στην ύπαρξη αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ ζημιόγону γεγονότος και ζημίας. Εάν υπάρχει αβεβαιότητα π.χ. μεταξύ του ιατρικού σφάλματος και της βλάβης της υγείας του ασθενούς, όπως συμβαίνει στην απώλεια θεραπευτικής ευκαιρίας, δεν επιδικάζεται καθόλου αποζημίωση («τίποτε») στον ασθενή. Πώς όμως αντιμετωπίζει η γερμανική έννομη τάξη την ανελαστικότητα που παρουσιάζει η αρχή «όλα ή τίποτε» στο δίκαιο της αστικής ιατρικής ευθύνης, όπου κατεξοχήν υπάρχει συχνά αβεβαιότητα στην αιτιώδη συνάφεια μεταξύ της επιλήψιμης συμπεριφοράς του ιατρού και της ζημίας του ασθενούς;

Πρώτη προσπάθεια αντιμετώπισης του προβλήματος υπήρξαν οι διάφορες αποδεικτικές διευκολύνσεις που άρχισε να παρέχει η γερμανική νομολογία και ιδίως το Γερμανικό Ακυρωτικό προς διευκόλυνση του ασθενούς στο ζήτημα της απόδειξης της αιτιώδους συνάφειας για λόγους αποκατάστασης της «ισότητας των όπλων» των διαδίκων⁸⁴. Η σημαντικότερη αποδεικτική διευκόλυνση του ασθενούς είναι η αντιστροφή του βάρους αποδείξεως. Τον αιτιώδη σύνδεσμο ως προϋπόθεση (και) της αδικοπρακτικής ευθύνης φέρει το βάρος να αποδείξει ο ασθενής. Ωστόσο, γινόταν ήδη από παλιά δεκτή νομολογιακά⁸⁵ η αντιστροφή του βάρους αποδείξεως επί

⁷⁷ Βλ. Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 27.

⁷⁸ Βλ. Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 35.

⁷⁹ Lentz, Controverses autour de la notion de perte d'une chance envisagée en tant que dommage, Travail de fin d'études, Master en droit à finalité spécialisée en droit privée, Année académique 2017-2018, p. 24. Πρβλ. και Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 35, όπου και περαιτέρω παραπομπές. Για το ότι η ευκαιρία δεν αποτελεί έννομο αγαθό, βλ. και Stoll, Hans, Schadensersatz für verlorene Heilungschancen vor englischen Gerichten in rechtsvergleichender Sicht, σε Festschrift Steffen, 1995, 475.

⁸⁰ BGH NJW 1983, 442.

⁸¹ Βλ. Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 36.

⁸² Μάνθος, ό.π. (υποσ. 36), σ. 36.

⁸³ Για την οποία βλ. αναλυτικά κατωτέρω, Κεφ. Γ. υπό II.1.

⁸⁴ Βλ. Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 17), 1231· Marc S. Stauch, Medical Malpractice and Compensation in Germany, 86 CHI.-KENT L. REV. 1139 (2011). Available at: <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol86/iss3/7>, 1154. Βλ. σχετικά και Κιτσαρά, Το πρόβλημα της αποδείξεως της ιατρικής ευθύνης, σε Τιμ. Τόμ. Μιχ. Σταθόπουλου-Ι (2010), σελ. 999 επ.

⁸⁵ Βλ. λ.χ. τις αποφάσεις: BGH 21.12.1955, NJW 1959, 1583, 1584· BGH 11.4.1967, NJW 1967, 1508. Βλ. και την περίληψη και σχολιασμό της απόφασης Bundesgerichtshof, 11 June, VI ZR 116/67, NJW 1968, 2291 σε R. Zimmermann/J. Kleinschmidt in B. Winiger/H. Koziol/B.A. Koch/R. Zimmermann (eds.), Digest of European Tort

βαρέος/σοβαρού ιατρικού σφάλματος. Συγκεκριμένα, την ύπαρξη του σοβαρού ιατρικού σφάλματος, της υπαιτιότητας και της ζημίας φέρει το βάρος να αποδείξει ο ασθενής και, εφόσον αυτά αποδεικνύονται, ο ιατρός και όχι ο ασθενής φέρει το βάρος να αποδείξει την ανυπαρξία αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ του σοβαρού ιατρικού σφάλματος και της βλάβης της υγείας ή του θανάτου του ασθενούς προκειμένου να απαλλαγεί της ευθύνης του⁸⁶. Η δικαιολόγηση της αντιστροφής αυτής του βάρους απόδειξης έγκειτο στις αρχές της επιείκειας, της ουσιαστικής δικαιοσύνης και της θεωρίας των «περιοχών κινδύνου» στην κατανομή του βάρους αποδείξεως⁸⁷. Όσον αφορά τον ορισμό του «σοβαρού» ιατρικού σφάλματος⁸⁸, έχει οριστεί νομολογιακά⁸⁹ ως η πλημμελής συμπεριφορά που «ενόψει του μορφωτικού επιπέδου ενός ιατρού, φαίνεται ανεξήγητη και αδικαιολόγητη, όχι μόνο από υποκειμενική σκοπιά, δηλαδή από λόγους που ανάγονται στο πρόσωπο του ιατρού, αλλά και από αντικειμενική σκοπιά, διότι ένα τέτοιο σφάλμα δεν επιτρέπεται γενικά να συμβεί στον θεράποντα ιατρό».

Η νομολογιακή αυτή αποδεικτική διευκόλυνση (αντιστροφή του βάρους αποδείξεως) επικρίθηκε από σημαντικό μέρος της γερμανικής θεωρίας. Υποστηρίχθηκε εκτός των άλλων πως η επιτυχία της θεραπείας βρίσκεται εκτός της σφαίρας κινδύνου παροχής των ιατρικών υπηρεσιών και άρα δεν είναι δυνατόν η ασάφεια ως προς τα αίτια της μη επέλευσης του επιθυμητού θεραπευτικού αποτελέσματος να αποβεί εις βάρους του ιατρού⁹⁰. Προτάθηκε η εκ πρώτης όψεως απόδειξη, ήτοι η καταρχήν μόνο συναγωγή συμπεράσματος από την ύπαρξη «σοβαρού» ιατρικού σφάλματος για την συνδρομή αιτιώδους συνδέσμου με βάση «θεμελιώδη» διδάγματα της κοινής πείρας και τη συνήθη πορεία των πραγμάτων⁹¹. Εν προκειμένω, αρκεί ο ιατρός να πιθανολογήσει ότι το σφάλμα του δεν προκάλεσε την βλάβη.

Την κρατούσα μέχρι τότε λοιπόν νομολογία, που κατά τα προειρημένα επέτρεπε την αποδεικτική διευκόλυνση του ασθενούς σε σχέση με τον αιτιώδη σύνδεσμο μεταξύ της επιλήψιμης συμπεριφοράς του ιατρού και της βλάβης (εκ πρώτης όψεως απόδειξη μέχρι την αντιστροφή του βάρους απόδειξης⁹²), ακολούθησε ο γερμανικός νόμος για τα δικαιώματα των ασθενών του 2013, ο οποίος και έθεσε στην § 630h γερμΑΚ τον εξής κανόνα: «Αν διαπιστώνεται σοβαρό ιατρικό λάθος, που ήταν γενικά πρόσφορο να επιφέρει βλάβη της ζωής, του σώματος ή της υγείας όμοια με αυτή που πράγματι επήλθε, τεκμαίρεται ότι το ιατρικό λάθος ήταν η αιτία της βλάβης. Αυτό ισχύει και όταν ο γιατρός παρέλειψε να αξιολογήσει ή να επιβεβαιώσει εγκαίρως ένα εύρημα, στο μέτρο που το εύρημα αυτό με επαρκή πιθανότητα θα είχε ως αποτέλεσμα τη λήψη περαιτέρω μέτρων, και εφόσον η παράλειψη τέτοιων μέτρων θα ήταν βαριά αμελής»⁹³.

Ωστόσο, μερίδα της γερμανικής θεωρίας προσπαθεί να αντιμετωπίσει τις περιπτώσεις αβέβαιης αιτιότητας μέσω της *de lege lata* κάμψης της αρχής «όλα ή τίποτε» και της θεμελίωσης

Law, Volume 1: Essential Cases on Natural Causation, 2007, 10/2, p. 548-549. Αργότερα όμως η νομολογία (βλ. λ.χ. BGH NJW 1981.2513) απομακρύνθηκε από τον γενικό κανόνα της αντιστροφής και έκανε αυτήν δεκτή ως την σημαντικότερη αποδεικτική διευκόλυνση που μπορεί να προσφερθεί στον ενάγοντα σε ορισμένες περιπτώσεις μόνον όταν άλλες δεν αρκούν (βλ. σχετικά Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 17), 1232· Gottfried Baumgärtel, ό.π. (υποσ. 18), 12).

⁸⁶ Βλ. Gottfried Baumgärtel, ό.π. (υποσ. 18), 12· Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 17), 1232.

⁸⁷ Βλ. Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 17), 1232.

⁸⁸ Αναλυτικά για την έννοια αυτήν, βλ. Πελένη-Παπαγεωργίου, ό.π. (υποσ. 8), σ. 234-239. Για την ανάπτυξη της έννοιας αυτής στην γαλλική έννομη τάξη, βλ. Ομπέση, Η ευθύνη των νοσηλευτικών ιδρυμάτων λόγω διενέργειας ιατρικών πράξεων (Με αφορμή τις πρόσφατες εξελίξεις στο Γαλλικό ΣτΕ), Αρμ 2001, 1324 επ.

⁸⁹ BGH NJW 1983.2080, 2081.

⁹⁰ Βλ. Gottfried Baumgärtel, ό.π. (υποσ. 18), 12.

⁹¹ Βλ. Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 17), 1232.

⁹² Πρβλ. και Cees van Dam, European Tort Law, 2013, p. 340.

⁹³ Βλ. Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 2), σ. 281-282.

αναλογικής ευθύνης συνοδευόμενης από μερική αποζημίωση⁹⁴. Αρχικά υποστηρίχθηκε η θεμελίωση της αναλογικής ευθύνης του ιατρού στην § 830 I 2 γερμΑΚ, η οποία είναι αντίστοιχη της διάταξης του άρθρου 926 εδ. β' ελλΑΚ⁹⁵, άποψη που απορρίφθηκε από την γερμανική θεωρία που διεπίστωσε ότι η § 830 I 2 γερμΑΚ δεν προβλέπει αποκατάσταση μέρους της ζημίας του ζημιωθέντος⁹⁶. Η άποψη περί «αναλογικής ευθύνης» περαιτέρω προτείνει την θεμελίωση της αναλογικής αποζημίωσης και στην διάταξη που ρυθμίζει το συντρέχον πταίσμα (§ 254 γερμΑΚ)⁹⁷. Προτάθηκε ακόμη η θεμελίωση της αναλογικής ευθύνης (Proportionalhaftung) στην ρύθμιση της § 287 γερμΚΠολΔ, που προβλέπει την δυνατότητα ελεύθερης εκτίμησης του δικαστή επί αμφισβητήσεως σχετικά με την ύπαρξη της ζημίας ή το ύψος της αποζημιώσεως⁹⁸. Τέλος, υποστηρίζεται (με βάση την ένσταση της νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς) ότι ο δράστης απαλλάσσεται κατά το ποσοστό των πιθανοτήτων με βάση τις οποίες πιθανολογείται ότι η ζημία θα επερχόταν ακόμη και επί νομίμου δράσεως του δράστη⁹⁹.

III. Αγγλοσαξονικό δίκαιο

Στις έννομες τάξεις του Common Law η απόδειξη του αιτιώδους συνδέσμου στηρίζεται στην «ισορροπία των πιθανοτήτων» (balance of probabilities), δηλαδή ο ζημιωθείς -που φέρει και το σχετικό βάρος αποδείξεως- αρκεί να πείσει τον δικαστή ότι η πρόκληση της ζημίας από τον δράστη είναι πιθανότερη από την μη πρόκληση της ζημίας από αυτόν (τον δράστη)¹⁰⁰. Το αποδεικτικό μέτρο τίθεται εν προκειμένω στο 50%¹⁰¹, επομένως ο ενάγων ζημιωθείς σε σχέση με τον αιτιώδη σύνδεσμο αρκεί να αποδείξει ότι οι πιθανότητες να έχει προκληθεί η ζημία από την επιλήψιμη συμπεριφορά του δράστη είναι άνω του 50,01% προκειμένου να του επιδικαστεί πλήρης αποζημίωση σύμφωνα με την αρχή «όλα ή τίποτε» (“all or nothing principle”) που ισχύει και στο δίκαιο της Αγγλίας και των ΗΠΑ¹⁰². Η αρχή «όλα ή τίποτε» σε συνδυασμό με «την ισορροπία των πιθανοτήτων» μπορούν όμως να οδηγήσουν σε αδιέξοδο σε περιπτώσεις αβέβαιης αιτιότητας που κατεξοχήν συναντάμε σε υποθέσεις ιατρικής ευθύνης. Χαρακτηριστικά ως παράδειγμα αναφέρεται¹⁰³ η περίπτωση όπου ένας καρκινοπαθής έχει πιθανότητα επιβίωσης 49% και ο ιατρός από αμέλεια μειώνει το ποσοστό αυτό στο 10%. Το Δικαστήριο στην περίπτωση αυτή

⁹⁴ *Stremitzer*, Haftung bei Unsicherheit des hypothetischen Kausalitätsverlaufs-Berechnungsmethoden am Beispiel der Arzthaftung, 208 Archiv für die civilistische Praxis, 2008, 678.

⁹⁵ Βλ. αναλυτικά σε *Bydlinski*, Probleme der Schadensveursachung nach deutschem und österreichischem Recht, 1964.

⁹⁶ *Stremitzer*, ό.π. (υποσ. 94), 680.

⁹⁷ Βλ. *Μάνθο*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 39-40, με περαιτέρω παραπομπές.

⁹⁸ *Wagner*, Proportionalhaftung für ärztliche Behandlungsfehler de lege lata, FS Hirsch, 2008, 453 επ. Βέβαια, γίνεται δεκτό ότι η διάταξη αυτή εφαρμόζεται μόνο στην πληρωτική της ευθύνης αιτιότητα (βλ. σχετικά *Gottfried Baumgärtel*, ό.π. (υποσ. 18), 13), καθώς και ότι αφορά κυρίως σε περιπτώσεις ενδοσυμβατικής ευθύνης (βλ. σχετικά *Stremitzer*, ό.π. (υποσ. 94), 682).

⁹⁹ Βλ. μεταξύ άλλων *Stremitzer*, ό.π. (υποσ. 94), 686.

¹⁰⁰ Βλ. *Μάνθο*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 49· *Hodgson/Lewthwaite* (2007) Tort Law Textbook, Εκδόσεις, Oxford University Press, σ. 52, όπου και αναλυτικά ο δικονομικός κανόνας «preponderance of evidence». Εκτός από αυτόν τον κανόνα, στον αγγλοσαξονικό χώρο σχετικά με την διαπίστωση του αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ επιλήψιμης συμπεριφοράς και ζημίας χρησιμοποιείται το “but-for” test κατ’ αντιστοιχίαν με την θεωρία του *condicio sine qua non* (βλ. *Reece*, Losses of Chances in the Law, (1996) 59 MLR, 188.).

¹⁰¹ Βλ. *Ζερβογιάννη*, Αμφισβητούμενα ζητήματα διαζευκτικής αιτιότητας-Συρροή ενέργειας τρίτου προσώπου με τυχαίο περιστατικό ή ενέργεια ζημιωθέντος, σε Τιμ. Τόμ. Σπυριδάκη, 2014, σελ. 208.

¹⁰² Βλ. *Μάνθο*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 49· *S. Taylor*, «Causalité incertaine et vraisemblance en matière de responsabilité médicale. Rapport anglais» L’indemnisation des victimes d’accidents médicaux en Europe, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 544.

¹⁰³ *Bottis, M. C. V.*, ό.π. (υποσ. 45), 291.

θα πει στον ενάγοντα ασθενή: δεν εκπλήρωσες το απαιτούμενο μέτρο απόδειξης, άρα χάνεις και εάν ήσουν λίγο πιο υγιής, θα είχες κερδίσει. Έτσι, το δίκαιο προστατεύει περισσότερο τους υγιείς ασθενείς από τους αρρώστους, ενώ και οι γιατροί έχουν κίνητρο να επιδεικνύουν επιμελή συμπεριφορά όταν οι πιθανότητες θεραπείας είναι άνω του 50%¹⁰⁴.

Όσον αφορά την αγγλική έννομη τάξη, ο κανόνας της απώλειας ευκαιρίας -“Loss of Chance Doctrine”- θεσπίστηκε με την απόφαση *Chaplin v. Hicks*¹⁰⁵, όπου το Court of Appeal επεδίκασε αναλογική αποζημίωση στην ενάγουσα επειδή είχε παραλειφθεί παράνομα και αντισυμβατικά από έναν διαγωνισμό ομορφιάς λόγω της μη ενημέρωσής της για την συνέντευξη επιλογής των υποψηφίων¹⁰⁶. Ωστόσο, ειδικά όσον αφορά την ιατρική ευθύνη, η θεωρία της απώλειας ευκαιρίας απορρίφθηκε από το House of Lords στην υπόθεση *Hotson v. East Berkshire*¹⁰⁷, όπου ένα παιδί έπεσε από ένα δένδρο, χτύπησε, αλλά δεν διεγνώσθη το κάταγμα που έπαθε, οδηγήθηκε δε σε μερική αναπηρία (όταν χτύπησε οι πιθανότητες να αποφύγει την μερική αναπηρία ήταν μόνο 25% αλλά, όταν έγινε η ορθή διάγνωση 5 μέρες μετά, οι πιθανότητες είχαν εκμηδενισθεί)¹⁰⁸. Το House of Lords συγκεκριμένα ανέτρεψε την προσβαλλόμενη απόφαση που είχε επιδικάσει μερική αποζημίωση με βάση τις πιθανότητες θεραπείας του ασθενούς -25%- (11.500 λίρες Αγγλίας), διατυπώνοντας την γνώμη ότι δεν υπάρχει κάποια αρχή του αγγλικού δικαίου που να προβλέπει την αναλογική αποζημίωση σε περίπτωση μη απόδειξης του αιτιώδους συνδέσμου με βάση το αποδεικτικό μέτρο του 50%, χωρίς όμως να απορρίψει επί της αρχής την ιδέα της «απώλειας ευκαιρίας» αλλά κρίνοντας ότι στην συγκεκριμένη περίπτωση ο ασθενής ήταν εξαρχής καταδικασμένος να πάθει την νέκρωση της επίφυσης στον γοφό του¹⁰⁹. Επίσης, λίγα χρόνια αργότερα, στην απόφαση *Gregg v. Scott*¹¹⁰ το House of Lords (με μειοψηφία δύο μελών) δεν επεδίκασε μερική αποζημίωση αν και λόγω μη ορθής διάγνωσης (διαγνώσθηκε κακοήθης όγκος ως καλοήθης) οι πιθανότητες επιβίωσης του ασθενούς είχαν μειωθεί από 42% σε 25%¹¹¹. Στο πεδίο της ιατρικής ευθύνης λοιπόν, δεν φαίνεται να γίνεται αποδεκτή από το House of Lords η απώλεια ευκαιρίας¹¹².

Στην έννομη τάξη των ΗΠΑ, τα πράγματα παραλλάσσουν. Η ουσιαστική νομολογιακή αφετηρία για την αποδοχή της «απώλειας ευκαιρίας» συντελέστηκε με την απόφαση *Herskowitz v. Group Health Cooperative of Puget Sound*¹¹³ όπου το Ανώτατο Δικαστήριο της Washington

¹⁰⁴ *Bottis, M. C. V.*, ό.π. (υποσ. 45), 291, η οποία μάλιστα αναφέρει σχετικά: “something in the system is very rotten”.

¹⁰⁵ *Chaplin v. Hicks* [1911] 2 KB 786.

¹⁰⁶ Βλ. *Μάνθο*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 52. Η ευκαιρία να εισαχθεί στην τελική 12άδα ήταν περίπου 25% (βλ. *Reece*, ό.π. (υποσ. 100), 189).

¹⁰⁷ *Hotson v. East Berkshire* [1987] 2 All ER 909.

¹⁰⁸ Βλ. *Κανελλοπούλου-Μπότη*, ό.π. (υποσ. 50), 263· *Μάνθο*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 49· *Reece*, ό.π. (υποσ. 100), 189.

¹⁰⁹ Βλ. *Κανελλοπούλου-Μπότη*, ό.π. (υποσ. 50), 263· *Μάνθο*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 49· *Reece*, ό.π. (υποσ. 100), 189.

¹¹⁰ *Gregg v. Scott* [2005] UKHL 2.

¹¹¹ Βλ. *Μάνθο*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 50-51· *Van den Heever*; *The Application of the Doctrine of a Loss of a Chance to Recover in Medical Law*, 2007, 33-35.

¹¹² *Lentz*, ό.π. (υποσ. 79), p. 23. Παρόμοια στάση φαίνεται να κρατούν και τα Ανώτατα Δικαστήρια της Αυστραλίας και του Καναδά. Για παράδειγμα, στην υπόθεση *Tabet* το High Court της Αυστραλίας αρνήθηκε να αναγνωρίσει την απώλεια θεραπευτικής ευκαιρίας ως ζημία (βλ. αναλυτικά σε *Norton J.*, *Treating chance consistently: Recasting the approach to causation and damage in negligence*, *Melbourne University Law Review*, [Vol 42(3):954 2019], 962 και *Arieh Herszberg*, *From Gavalas to Tabet: Loss of Chance in Medical Negligence Cases-A Tale of Influence and Relevance*, *Australian Journal of Clinical Education-Volume 12, Issue 1, 2023*, 112). Επίσης, στην υπόθεση *Laffarriere v. Lawson* το Supreme Court του Καναδά δεν δέχθηκε την εφαρμογή της απώλειας θεραπευτικής ευκαιρίας (βλ. αναλυτικά σε *Van den Heever*, ό.π. (υποσ. 111), 41-43 και *Μάνθο*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 51).

¹¹³ *Herskowitz v. Group Cooperative of Puget Sound* [1983] 664 P 2d 474 (Wash.). Βλ. και την απόφαση *Hicks v. United States* [1966] 368 F 2d 626 (4th Cir.), η οποία χωρίς να εφαρμόζει το δόγμα της «απώλειας ευκαιρίας» άνοιξε τον δρόμο για την εισαγωγή του στην έννομη τάξη των ΗΠΑ (βλ. *Warzecha*, *The Loss of Chance Doctrine in Arkansas and the Door Left Open: Revising Holt ex rel. Holt v. Wagner*, (2010) 63 Ark L Rev, 785.).

επεδίκασε αποζημίωση υπέρ των συγγενών ασθενούς που απεβίωσε από καρκίνο του πνεύμονα ενώ 1,5 χρόνο νωρίτερα ο ιατρός είχε κάνει εσφαλμένη διάγνωση μειώνοντας τις πιθανότητες επιβίωσης κατά 14%¹¹⁴. Το Δικαστήριο διέτύπωσε την γνώμη ότι δεν είναι δυνατόν να απαλλάσσονται οι ιατροί και τα νοσοκομεία από την ευθύνη τους οποτεδήποτε υπήρχε πιθανότητα επιβίωσης μικρότερη του 50% και μάλιστα ανεξαρτήτως της βαρύτητας της ιατρικής αμέλειας¹¹⁵, ενώ όσον αφορά το πρόβλημα υπολογισμού της αποζημίωσης, θεώρησε ότι μπορεί αυτό να επιλυθεί με την επιδίκαση μερικής αποζημίωσης ανάλογης με το ποσοστό της απωλεσθείσης πιθανότητας¹¹⁶. Αξίζει να σημειωθεί ότι το Δικαστήριο εν προκειμένω ακολούθησε την άποψη του καθηγητή King¹¹⁷ ο οποίος υποστήριζε ότι η απώλεια μιας πιθανότητας ακόμη και αν αυτή είναι κάτω του 50% μπορεί να αποκατασταθεί, ασκώντας κριτική στην ανελαστική αρχή του «όλα ή τίποτε», ενώ προέκρινε ως λύση την μερική αποζημίωση ανάλογη με την πιθανότητα που χάθηκε¹¹⁸. Τέσσερα στοιχεία γίνεται δεκτό ότι πρέπει να συντρέχουν προκειμένου να μπορεί να εφαρμοστεί η απώλεια ευκαιρίας στην ιατρική ευθύνη: ο ασθενής να έχει κάποιο πρόβλημα υγείας που να μπορεί να ιαθεί με ιατρική αγωγή (“preexisting condition”), ο ασθενής να έχει συγκεκριμένη πιθανότητα να θεραπευθεί από το πρόβλημα εάν ο ιατρός ενεργήσει με τον ορθό ιατρικό τρόπο (“opportunity to recover”), αυτή η πιθανότητα να έχει μειωθεί ή εξαιρεθεί από την ιατρική αμέλεια, και η απώλεια αυτή να είναι οριστική¹¹⁹.

Ωστόσο, υπάρχουν και δικαστικές αποφάσεις στις ΗΠΑ που έχουν απορρίψει ή αναστείλει την εφαρμογή του “loss of chance doctrine”. Πιο συγκεκριμένα¹²⁰, υπάρχουν τρεις τάσεις στις ΗΠΑ: κάποιες Πολιτείες απορρίπτουν την θεωρία της «απώλειας ευκαιρίας» ως αντίθετη με τις παραδοχές της αιτιότητας στις αδικοπραξίες (“traditional approach”)¹²¹, κάποιες άλλες απορρίπτουν την θεωρία επί της αρχής αλλά αποκαθιστούν την σχετική απώλεια του ευνοϊκού αποτελέσματος μέσω της χαλάρωσης της προϋποθέσεως του αιτιώδους συνδέσμου κατ’ εξαίρεση της παραδοσιακής αιτιότητας (“relaxed causation approach”)¹²², ενώ κάποιες άλλες αποδέχονται

¹¹⁴ Βλ. *Κανελλοπούλου-Μπότη*, ό.π. (υποσ. 50), 262· *Μάνθο*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 53.

¹¹⁵ Πρβλ. το εξής χωρίο από την εν λόγω απόφαση: “We hold that medical testimony of a reduction of chance of survival from 39% to 25% is sufficient evidence to allow the proximate cause issue to go to the jury.”

¹¹⁶ Βλ. *Μάνθο*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 53-54· *Κανελλοπούλου-Μπότη*, ό.π. (υποσ. 50), 263-264.

¹¹⁷ Βλ. *King, Jr.*, Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences, 90 Yale L.J. 1353, 1382 (1981), ο οποίος κάνει λόγο για “proportional approach”.

¹¹⁸ Βλ. *Κανελλοπούλου-Μπότη*, ό.π. (υποσ. 50), 262-263.

¹¹⁹ Βλ. *Polly A. Lord*, Comment, Loss of Chance in Legal Malpractice, 61 Wash. L. Rev. 1479 (1986). Available at: <https://digitalcommons.law.uw.edu/wlr/vol61/iss4/10>, 1491-1493. Για το ότι το δόγμα της «απώλειας ευκαιρίας» χρησιμοποιείται σε περιπτώσεις όπου στατιστικές πιθανότητες είναι δυνατόν να προσδιορίσουν επακριβώς την απωλεσθείσα ευκαιρία θεραπείας, βλ. *Steven R. Koch*, Whose Loss is It Anyway – Effects of the Lost-Chance Doctrine on Civil Litigation and Medical Malpractice Insurance, 88 N.C. L. REV. 595 (2010). Available at: <http://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol88/iss2/5>, 604 note 46, με περαιτέρω παραπομπές.

¹²⁰ Βλ. *Alice Férot*, The Theory of Loss of Chance: Between Reticence and Acceptance, 8 FIU L. Rev. 591 (2013). DOI: <https://dx.doi.org/10.25148/lawrev.8.2.19>, 609 επ., με περαιτέρω παραπομπές. Βλ. σχετικά και *Truckor; Michelle L.* (1999) “The Loss of Chance Doctrine: Legal Recovery for Patients on the Edge of Survival,” *University of Dayton Law Review*: Vol. 24: No. 2, Article 5. Available at: <https://ecommons.udayton.edu/udlr/vol24/iss2/5>, 352-360.

¹²¹ Βλ. για παράδειγμα από το πεδίο της ιατρικής ευθύνης την απόφαση *Kemper v. Gordon*, 272 S.W.3d 146, 152-53 (Ky. 2008).

¹²² Βλ. για παράδειγμα από το πεδίο της ιατρικής ευθύνης την απόφαση *Delaney v. Cade*, 873 P.2d 175, 183 (Kan. 1994).

την θεωρία (“proportional approach”¹²³)¹²⁴, τέλος, ορισμένες πολιτείες δεν έχουν αντιμετωπίσει την εν λόγω θεωρία¹²⁵.

Ανεξάρτητα από την αποδοχή ή όχι του “loss of chance doctrine” ή όχι, γενικότερα στις χώρες του αγγλοσαξονικού δικαίου σε περιπτώσεις ιατρικής ευθύνης ισχύει η θεωρία της «res ipsa loquitur» («το πράγμα μιλάει από μόνο του») κατά την οποία σε ορισμένες περιπτώσεις που το ιατρικό σφάλμα θεωρείται εμφανές¹²⁶- και συντρεχουσών των εξής προϋποθέσεων: α) βλάβη του ασθενούς, β) η βλάβη να υπερβαίνει τον αναμενόμενο κίνδυνο της επεμβάσεως και γ) τα εργαλεία και οτιδήποτε προκάλεσε την ζημία να βρίσκονταν στον έλεγχο του εναγομένου- τεκμαίρεται μαχητώς η ευθύνη του ιατρού¹²⁷. Πρόκειται ακριβώς για μία αποδεικτική διευκόλυνση υπέρ του ασθενούς.

¹²³ Πρβλ. υποσ. 117.

¹²⁴ Βλ. για παράδειγμα από το πεδίο της ιατρικής ευθύνης την απόφαση *Matsuyama v. Birnbaum* [2008] 890 NE 2d 819 (Mass.).

¹²⁵ Για μία καταγραφή των Πολιτειών ανάλογα με την τάση τους ως προς το δόγμα της «απώλειας ευκαιρίας» γενικά, βλ. *Férot*, ό.π. (υποσ. 120), 610-617 και *Steven R. Koch*, ό.π. (υποσ. 119), 606-611.

¹²⁶ Πρβλ. την «prima facie» απόδειξη ανωτέρω, Κεφ. Α. υπό II.

¹²⁷ Βλ. *Ζουμπούλη*, ό.π. (υποσ. 4), 1522-1523.

Κεφάλαιο Β. Συνοπτική επισκόπηση της αστικής ευθύνης προς αποζημίωση στην ελληνική έννομη τάξη

Μετά από την σύντομη συγκριτική επισκόπηση που προηγήθηκε αναφορικά με την αστική ευθύνη για απώλεια θεραπευτικής ευκαιρίας σε επιμέρους έννομες τάξεις, το πλέον ζητούμενο είναι να πραγματευθεί το θέμα σε σχέση με την ελληνική έννομη τάξη. Προκειμένου όμως να διενεργηθεί με τον καλύτερο δυνατό τρόπο το εν λόγω εγχείρημα, κρίνεται σκόπιμη από πλευράς συστηματικής συνοχής η συνοπτική παρουσίαση της αστικής ευθύνης προς αποζημίωση στην ελληνική έννομη τάξη. Πιο συγκεκριμένα, θα παρουσιαστούν σε αδρές γραμμές οι προϋποθέσεις της αστικής ευθύνης προς αποζημίωση στο ελληνικό δίκαιο. Χωρίς να παροράται η σημασία του νόμιμου λόγου ευθύνης, επειδή η απώλεια ευκαιρίας είναι μία θεωρία που έχει συνδεθεί κυρίως με τις άλλες δύο προϋποθέσεις της ευθύνης, περισσότερες γραμμές θα αφιερωθούν στην ζημία και τον αιτιώδη σύνδεσμο.

Οι πόλοι γύρω από τους οποίους κινείται το δίκαιο της αποζημίωσης είναι δύο: ο νόμιμος λόγος ευθύνης και η ζημία¹²⁸. Μεταξύ νόμιμου λόγου ευθύνης και ζημίας όμως πρέπει να υπάρξει αιτιώδης σύνδεσμος, δηλαδή θα πρέπει ο νόμιμος λόγος ευθύνης να αποτελεί αιτία της ζημίας και η τελευταία να αποτελεί αιτιατό του πρώτου¹²⁹. Οι γενικές λοιπόν προϋποθέσεις της αποζημιωτικής ενοχής είναι: ο νόμιμος λόγος ευθύνης, η ζημία και ο αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ τους¹³⁰.

I. Προϋποθέσεις γέννησης της υποχρέωσης προς αποζημίωση

1. Ο νόμιμος λόγος ευθύνης

Η ύπαρξη ζημίας δεν σημαίνει απαραίτητα και υποχρέωση προς αποζημίωση. Απαιτείται περαιτέρω νομοθετική πρόβλεψη, η οποία ανάγει την αιτία πρόκλησης της ζημίας σε λόγο ευθύνης προς αποζημίωση, απαιτείται με άλλα λόγια: νόμιμος λόγος ευθύνης¹³¹. Οι νόμιμοι λόγοι ευθύνης διακρίνονται σε νόμιμους λόγους πρωτογενούς ευθύνης προς αποζημίωση (ανεξάρτητης από οποιαδήποτε άλλη προγενέστερη ενοχή) και σε νόμιμους λόγους δευτερογενούς ευθύνης προς αποζημίωση (συσχετιζομένης με προϋφιστάμενη πρωτογενή ενοχή)¹³².

Περιπτώσεις όπου γεννάται πρωτογενής ευθύνη προς αποζημίωση είναι ενδεικτικά οι εξής: η αδικοπρακτική ευθύνη (όπου νόμιμος λόγος ευθύνης είναι η παράνομη και υπαίτια πράξη, ΑΚ 914), η ευθύνη από διαπραγματεύσεις (όπου νόμιμος λόγος ευθύνης είναι η αντισυναλλακτική υπαίτια συμπεριφορά κατά την διάρκεια των διαπραγματεύσεων προ σύναψης συμβάσεως, ΑΚ 197-198), η ευθύνη λόγω διάψευσης της πίστης ότι κατερτίσθη έγκυρη δικαιοπραξία (όπου νόμιμος λόγος ευθύνης είναι το ότι ένας καλόπιστος συναλλασσόμενος εμπιστεύεται το πρόσωπο με το οποίο συναλλάσσεται πιστεύοντας πως καταρτίζει έγκυρη δικαιοπραξία ενώ αυτή ήταν ή έγινε ανίσχυρη, π.χ. ΑΚ 132, 171 παρ. 2, 145, 225 κ.λπ.), η ευθύνη από διακινδύνευση (όπου

¹²⁸ Σταθόπουλος, ό.π. (υποσ. 3), σ. 485.

¹²⁹ Σταθόπουλος, ό.π. (υποσ. 3), σ. 486.

¹³⁰ Περάκη, σε ΣΕΑΚ Γεωργιάδη, άρθρ. 297, αρ. 5.

¹³¹ Σταθόπουλος, ό.π. (υποσ. 3), σ. 485.

¹³² Βλ. Σπυριδάκη, Ενοχικό Δίκαιο. Γενικό Μέρος, 2018, σ. 244· Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 493.

νόμιμος λόγος ευθύνης είναι το ότι κάποιος πρόσωπο είναι φορέας δραστηριοτήτων ή κάτοχος αντικειμένων που συνιστούν πηγές κινδύνων για τρίτους και άρα κρίνεται νομοθετικά ότι πρέπει και να επωμίζεται ανεξαρτήτως πταισμάτος του τις προκαλούμενες ζημιές), αλλά και άλλες περιπτώσεις εξωδικαιοπρακτικής ευθύνης που ορίζονται σε ειδικές διατάξεις¹³³.

Περιπτώσεις δευτερογενούς ευθύνης προς αποζημίωση είναι οι περιπτώσεις αθέτησης ενοχικής υποχρέωσης απορρέουσας κατά κανόνα από δικαιοπραξία και συνήθως από σύμβαση αλλά ενδεχομένως και από τον νόμο¹³⁴. Επί αθετήσεως προϋφιστάμενης ενοχικής υποχρέωσης λοιπόν (ΑΚ 330, 335 επ., 362 επ., 380 επ., 382 επ. κ.λπ.), ο οφειλέτης οφείλει πλέον, κατά μετατροπή της αρχικής ευθύνης, αποζημίωση ή παραλλήλως προς την αρχική παροχή και αποζημίωση¹³⁵.

Τέλος, αναφέρεται και η υποκατηγορία της πρωτογενούς ευθύνης προς αποζημίωση που δημιουργείται πρωτογενώς με δικαιοπραξία και κατά κανόνα με σύμβαση (ΑΚ 361) 'σε αυτήν την περίπτωση, κάποιος αναλαμβάνει πρωτογενώς την υποχρέωση να αποκαταστήσει την ζημία στην οποία υπόκειται ή θα υποστεί στο μέλλον ο αντισυμβαλλόμενός του ή τρίτος (κλασικό παράδειγμα αποτελεί η ασφαλιστική σύμβαση)¹³⁶.

Εύστοχα επισημαίνεται¹³⁷ ότι τα συνήθη χαρακτηριστικά των νόμιμων λόγων ευθύνης είναι η παρανομία της ζημιόγνου συμπεριφοράς (είτε υπό την έννοια της παραβάσεως νόμου είτε υπό την έννοια της παραβάσεως ενοχικής υποχρεώσεως) και η υπαιτιότητα του ζημιώσαντος. Τα χαρακτηριστικά αυτά συνιστούν τον κανόνα δεδομένων των εξαιρέσεων που υπάρχουν (π.χ. ευθύνη από νόμιμες πράξεις, ευθύνη προς διακινδύνευση).

2. Η ζημία

«Ως ζημία νοείται κάθε βλάβη που προκαλείται στα υλικά ή άυλα αγαθά ενός προσώπου, δηλαδή κάθε δυσμενής μεταβολή τους»¹³⁸. Τα βλαπτόμενα αγαθά λοιπόν μπορεί να είναι περιουσιακής φύσεως ή να συνδέονται με την προσωπικότητα του ατόμου, οπότε γίνεται λόγος για περιουσιακή ζημία στην πρώτη περίπτωση, ενώ στην δεύτερη περίπτωση για μη περιουσιακή ζημία ή αλλιώς για ηθική βλάβη, η οποία αποκαθίσταται σε συγκεκριμένες περιπτώσεις νομοθετικά προβλεπόμενες (βλ. ΑΚ 299, 932, 59)¹³⁹. Για την εξεύρεση ειδικά της περιουσιακής ζημίας εφαρμόζεται από την κρατούσα γνώμη η «θεωρία της διαφοράς», σύμφωνα με την οποία

¹³³ Βλ. αναλυτικά Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 495-498.

¹³⁴ Βλ. αναλυτικά Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 494-495.

¹³⁵ Βλ. Λιτζερόπουλο, ΕρμΑΚ, άρθρ. 297-300, αρ. 25· Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 494.

¹³⁶ Βλ. αναλυτικά Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 498.

¹³⁷ Βλ. Σπυριδάκη, ό.π. (υποσ. 132), σ. 247-248.

¹³⁸ Σταθόπουλος, ό.π. (υποσ. 3), σ. 513. Βλ. και Απ. Γεωργιάδη, Ενοχικό Δίκαιο. Γενικό Μέρος, 2015, σ. 141· Σπυριδάκη, ό.π. (υποσ. 132), σ. 227. Ο ορισμός αυτός φαίνεται να τίθεται ως δεδομένος κατά την προσέγγιση της θεωρίας περί απώλειας θεραπευτικής ευκαιρίας από τα (περισσότερα τουλάχιστον) εγχειρίδια (και) της αστικής ιατρικής ευθύνης της ημεδαπής. Για τον λόγο αυτό η θεωρητική (μέσω της ανασκόπησης και στην σχετική βιβλιογραφία) τεκμηρίωση της προβληματικής που επιχειρείται στα πλαίσια της παρούσας μελέτης ακολουθεί αυτόν τον ορισμό. Βλ. όμως κατωτέρω, Κεφ. Γ. υπό II.5.

¹³⁹ Βλ. Λιτζερόπουλο, ό.π. (υποσ. 135), άρθρ. 297-300, αρ. 14. Βλ. και την παρατήρηση του Σταθόπουλου, ό.π. (υποσ. 3), σ. 521, ότι περιουσιακή ζημία σε τελική ανάλυση είναι κάθε ζημία με αποτιμητές σε χρήμα επιπτώσεις για τον ζημιωθέντα, δεδομένου ότι η προσβολή ηθικών αγαθών μπορεί να έχει συγχρόνως και οικονομικές επιπτώσεις.

περιουσιακή ζημία είναι η διαφορά της περιουσιακής καταστάσεως που θα υπήρχε χωρίς το ζημιογόνο γεγονός και της μετά το ζημιογόνο γεγονός τωρινής περιουσιακής καταστάσεως¹⁴⁰.

Κατά την κρατούσα και ορθότερη γνώμη¹⁴¹, η έννοια της ζημίας προσδιορίζεται ως εξωνομική έννοια πέρα από το θετικό δίκαιο και από αυτήν ευλόγως θεωρείται πως εκκινεί ο νομοθέτης ο οποίος και δύναται να χαράσσει ακριβέστερα τα όρια της ευθύνης και, με αυτόν τον τρόπο, η τελικώς αποκαταστατέα ζημία δεν συμπίπτει με την φυσική έννοια της ζημίας. Ήτοι, το ότι υπάρχουν ζημίες που δεν μπορούν να αποκατασταθούν επειδή δεν συντρέχει κάποιος άλλος όρος της ευθύνης (π.χ. ο νόμιμος λόγος ευθύνης), δεν σημαίνει ότι πρέπει να αποκλεισθούν από την έννοια της ζημίας¹⁴².

Πέρα από την βασική διάκριση της ζημίας σε περιουσιακή και μη περιουσιακή, απαντώνται και άλλες διακρίσεις¹⁴³. Καταρχάς, η ζημία διακρίνεται επίσης σε αυτούσια και λογιστική' στην πρώτη λαμβάνεται υπόψη η πραγματική δυσμενής συνέπεια που είχε το ζημιογόνο γεγονός σε σχέση με τα έννομα αγαθά του ζημιωθέντος (βλάβη της υγείας), ενώ λογιστική ζημία μπορεί να αποκληθεί η διατυπωμένη σε χρηματικό ποσό μείωση της αξίας της περιουσίας του (π.χ. το χρηματικό ποσό των εξόδων νοσηλείας)¹⁴⁴. Κατά την ΑΚ 297 εδ. α' αποκαθίσταται κατά κανόνα η λογιστική ζημία και μόνο κατ' εξαίρεση, κατά το εδ. β' της ίδιας διάταξης, το δικαστήριο μπορεί υπό προϋποθέσεις να διατάξει την *in natura* αποκατάσταση της ζημίας.

Η ζημία επίσης διακρίνεται σε θετική ζημία και σε διαφυγόν κέρδος (αποθετική ζημία)¹⁴⁵, θετική ζημία καλείται η μείωση της περιουσίας του ζημιωθέντος (μείωση του ενεργητικού ή αύξηση του παθητικού), ενώ διαφυγόν κέρδος η μη επαύξηση (ακριβέστερα η αποτροπή επαύξησης) της περιουσίας του¹⁴⁶. Ρητά προβλέπεται το διαφυγόν κέρδος ως ζημία στην ΑΚ 298 εδ. α', το δε εδ. β' ορίζει ότι ως διαφυγόν κέρδος «λογίζεται εκείνο που προσδοκά κανείς με πιθανότητα σύμφωνα την συνηθισμένη πορεία των πραγμάτων ή τις ειδικές περιστάσεις και ιδίως τα προπαρασκευαστικά μέτρα που έχουν ληφθεί». Αναγκαία λοιπόν είναι εν προκειμένω η δυνατότητα εκ των προτέρων (κατά τον χρόνο του ζημιογόνου γεγονότος) πρόβλεψης αυτού του κέρδους από κάποιον μέσο, λογικό άνθρωπο σύμφωνα με αντικειμενικά κριτήρια, ήτοι την συνηθισμένη πορεία των πραγμάτων¹⁴⁷.

Επιπλέον, κρίσιμη είναι η διάκριση της ζημίας σε συγκεκριμένη και αφηρημένη' για αφηρημένη ζημία και αποκατάσταση αυτής γίνεται λόγος αν ληφθεί υπόψη η ζημία που επέρχεται κατά την κανονική πορεία των πραγμάτων, ενώ ληφθείς υπόψιν της πραγματικής δυσμενούς μεταβολής που υπέστη ο ζημιωθείς στην συγκεκριμένη περίπτωση, γίνεται λόγος για συγκεκριμένη ζημία και αποκατάσταση αυτής¹⁴⁸. Κατά κανόνα, σε σχέση με το ερώτημα αν

¹⁴⁰ Βλ. αναλυτικά για την θεωρία της διαφοράς Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 513-516 και Σπυριδάκη, ό.π. (υποσ. 132), σ. 227-228.

¹⁴¹ Βλ. Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 516-517· Σπυριδάκη, ό.π. (υποσ. 132), σ. 228-229, όπου και η αναφορά στην λεγόμενη «δουαδική θεωρία»· Απ. Γεωργιάδη, ό.π. (υποσ. 138), σ. 144. Βλ. και Περάκη, ό.π. (υποσ. 130), άρθρ. 297, αρ. 16.

¹⁴² Έτσι ορθά Σταθόπουλος, ό.π. (υποσ. 3), σ. 517.

¹⁴³ Για μία αναλυτική παρουσίαση όλων των διακρίσεων της ζημίας, βλ. Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 536 επ.

¹⁴⁴ Βλ. Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 536, ο οποίος και ορθά υπογραμμίζει πως στην ηθική βλάβη που συνιστά μη αποτιμητή σε χρήμα ζημία δεν μπορεί να γίνει λόγος για λογιστική ζημία.

¹⁴⁵ Ειδικά για την σχέση του διαφυγόντος κέρδους με την απώλεια (θεραπευτικής) ευκαιρίας, βλ. κατωτέρω, Κεφ. Γ. υπό II.3. β.

¹⁴⁶ Βλ. Κορνηλάκη, Ειδικό ενοχικό δίκαιο, 2023, σ. 1635· Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 543.

¹⁴⁷ Βλ. Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 544.

¹⁴⁸ Βλ. Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 556.

αποκαθίσταται η συγκεκριμένη ή η αφηρημένη ζημία, γίνεται συγκεκριμένος υπολογισμός της ζημίας και τούτο προκύπτει από την αποκαταστατική αρχή και την έννοια της ζημίας¹⁴⁹.

Η ζημία επίσης διακρίνεται σε άμεση και έμμεση. Άμεση είναι αυτή που προκύπτει ευθέως και αμέσως από το ζημιόγνο γεγονός, ενώ έμμεση είναι εκείνη που προκύπτει από την άμεση ζημία και συνδέεται με εκείνη σε σχέση αιτίου προς αιτιατό¹⁵⁰.

Η ζημία διακρίνεται ακόμη σε παρούσα και σε μέλλουσα. Παρούσα είναι η ήδη επελθούσα συνέπεια του ζημιόγνου γεγονότος, ενώ μέλλουσα αυτή που, ως συνέπεια του ζημιόγνου γεγονότος, βασίμως αναμένεται πως θα επέλθει μελλοντικά (περιπτώσεις μέλλουσας ζημίας παρατηρούνται ιδίως στις ΑΚ 920, 928, 929, 931)¹⁵¹. Ειδικά για την μέλλουσα ζημία σε περίπτωση θανάτου ή βλάβης σώματος ή υγείας προσώπου (ΑΚ 928, 929), η ΑΚ 930 παρ. 1 προβλέπει κατ' απόκλιση από την ΑΚ 297 καταβολή της αποζημίωσης κατά κανόνα σε μηνιαίες χρηματικές δόσεις και κατ' εξαίρεση μόνο, εφόσον υπάρχει σπουδαίος λόγος, σε κεφάλαιο εφάπαξ¹⁵².

Στο πλαίσιο της ιατρικής ευθύνης, σημειωτέον ότι καθίσταται πολλές φορές δυνατή η εφαρμογή των διατάξεων ΑΚ 928, 929, 930, 931¹⁵³. Δεδομένου ότι ο ιατρός επενεργεί επί των απολύτων αγαθών της ζωής, της υγείας και της σωματικής ακεραιότητας του ασθενούς, είναι απολύτως εύλογο η ζημία επί ιατρικού σφάλματος να συνιστά είτε την θανάτωση του ασθενούς είτε την βλάβη της υγείας του¹⁵⁴.

Σε σχέση με την θανάτωση προσώπου κάνει λόγο η ΑΚ 928, χαρακτηριστικό γνώρισμα της οποίας είναι η αποκατάσταση της ζημίας των έμμεσα ζημιωθέντων από την αδικοπραξία τρίτων¹⁵⁵. Δικαιούχοι της αποζημίωσης είναι: σε σχέση με τα νοσήλια και τα έξοδα κηδείας όσοι κατά νόμον βαρύνονται με αυτά (συνήθως οι κληρονόμοι του αποβιώσαντος), σε σχέση με την αποζημίωση για την στέρηση διατροφής, όσοι στερήθηκαν εξαιτίας της θανάτωσης προσώπου το δικαίωμα διατροφής που πηγάζει εκ του νόμου και, σε σχέση με την στέρηση υπηρεσιών, όσοι είχαν δικαίωμα εκ του νόμου να απαιτήσουν από τον θανόντα παροχή υπηρεσιών (ΑΚ 1389, 1508)¹⁵⁶. Η ΑΚ 928 εφαρμόζεται επί κάθε αδικοπραξίας που έχει ως συνέπεια τον θάνατο προσώπου, δηλαδή ανεξαρτήτως υποκειμενικής ή αντικειμενικής ευθύνης του δράστη¹⁵⁷.

Η ΑΚ 929¹⁵⁸ προβλέπει (εδ. β') αποκατάσταση της ζημίας των έμμεσα ζημιωθέντων τρίτων, ζημία που αφορά στην στέρηση της παροχής υπηρεσιών από τον παθόντα, ενώ το εδ. α' της ΑΚ 929 ρυθμίζει την αξίωση αποζημίωσης που έχει ο αμέσως ζημιωθείς που προσβάλλεται στην υγεία του ή στο σώμα του¹⁵⁹. Η ΑΚ 929 κατά την ορθότερη άποψη¹⁶⁰ ισχύει παράλληλα με την ΑΚ 914,

¹⁴⁹ Βλ. Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 557.

¹⁵⁰ Βλ. Αστ. Γεωργιάδη, Ενοχικό Δίκαιο, τόμ.1, 5^η έκδ., 2007, σ. 149-150. Αναλυτικά για την συγκεκριμένη διάκριση, την σύνδεσή της με την γερμανική διάκριση της αιτιότητας σε θεμελιωτική και πληρωτική και για το διαφορετικό ζήτημα των έμμεσα ζημιωθέντων τρίτων, βλ. αναλυτικά Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 576 επ. Πρβλ. και κατωτέρω, Κεφ. Γ. υπό Π.4. γ.

¹⁵¹ Βλ. Αστ. Γεωργιάδη, ό.π. (υποσ. 150), σ. 150.

¹⁵² Βλ. Απ. Γεωργιάδη, Εγχειρίδιο Ειδικού Ενοχικού Δικαίου, 2024, σ. 735.

¹⁵³ Βλ. Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 41), σ. 128.

¹⁵⁴ Πρβλ. και την διατύπωση της «απώλειας ευκαιρίας επιβίωσης ή θεραπείας» που ουσιαστικά σημαίνει: είτε απώλεια ευκαιρίας αποφυγής θανάτου είτε απώλεια ευκαιρίας αποφυγής βλάβης της υγείας.

¹⁵⁵ Βλ. Απ. Γεωργιάδη, ό.π. (υποσ. 152), σ. 730.

¹⁵⁶ Βλ. αναλυτικά Απ. Γεωργιάδη, ό.π. (υποσ. 152), σ. 730-735.

¹⁵⁷ Βλ. Κορνηλάκη, ό.π. (υποσ. 146), σ. 1718· Απ. Γεωργιάδη, ό.π. (υποσ. 152), σ. 731.

¹⁵⁸ Αναλυτικά για το άρθρο ΑΚ 929, βλ. Απ. Γεωργιάδη, ό.π. (υποσ. 152), σ. 739-743.

¹⁵⁹ Βλ. Απ. Γεωργιάδη, ό.π. (υποσ. 152), σ. 739.

¹⁶⁰ Βλ. Κορνηλάκη, ό.π. (υποσ. 146), σ. 1729-1730· Απ. Γεωργιάδη, ό.π. (υποσ. 152), σ. 739.

ο λόγος ύπαρξής της δε, είναι κυρίως η άρση τυχόν αμφιβολιών σε σχέση με την αποκατάσταση μελλοντικών ζημιών. Ρητά το εν λόγω εδάφιο ορίζει: «οτιδήποτε ο παθών θα στερηθεί στο μέλλον ή θα ξοδεύει επιπλέον εξαιτίας της αύξησης των δαπανών του»¹⁶¹.

Σύμφωνα με την ΑΚ 931: «Η αναπηρία ή η παραμόρφωση που υπέστη ο παθών λαμβάνεται ιδιαίτερα υπόψη κατά την επιδίκαση της αποζημίωσης αν επιδρά στο μέλλον του». Κατά την κρατούσα πλέον στην νομολογία άποψη¹⁶², η χρηματική παροχή της ΑΚ 931, δίχως να συνδέεται με συγκεκριμένη περιουσιακή ζημία, συνιστά εύλογη αποζημίωση που δίδεται για το γεγονός και μόνο της αναπηρίας ή παραμόρφωσης. Υποστηρίζεται όμως στην θεωρία και η άποψη¹⁶³ ότι η ΑΚ 931 δεν θεμελιώνει αυτοτελή αξίωση για αποζημίωση, αλλά σκοπός της είναι να επιβάλλει στον δικαστή να λαμβάνει ιδιαίτερος υπόψιν του την αναπηρία ή την παραμόρφωση κατά τον καθορισμό του ύψους της κατά την ΑΚ 931 αποζημίωσης του ζημιωθέντος για την μελλοντική ζημία του, ενόψει ιδίως και της αποδεικτικής δυσχέρειας του τελευταίου.

3. Ο αιτιώδης σύνδεσμος

Πρόκειται για την τελευταία προϋπόθεση της ευθύνης προς αποζημίωση. Για να γεννηθεί λοιπόν η τελευταία, απαιτείται η ύπαρξη αιτιώδους συνδέσμου (ή αιτιώδους συνάφειας) μεταξύ νόμιμου λόγου ευθύνης και ζημίας (για παράδειγμα στην ΑΚ 914 μεταξύ της παράνομης και υπαίτιας πράξης και της ζημίας)¹⁶⁴. Από την γραμματική διατύπωση των διατάξεων που ιδρύουν τον εκάστοτε νόμιμο λόγο ευθύνης προκύπτει ως αυτονόητη η αναγκαιότητα ύπαρξης αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ των δύο πρώτων προϋποθέσεων της ευθύνης προς αποζημίωση¹⁶⁵. Για παράδειγμα, από την διατύπωση της ΑΚ 914 και ιδίως από την χρήση του μεταβατικού ρήματος «ζημιώνω» που σημαίνει προξενώ ζημία προκύπτει πέραν πάσης αμφιβολίας πως η ζημία πρέπει να είναι το αποτέλεσμα της παράνομης και υπαίτιας πράξης ή παράλειψης του δράστη¹⁶⁶. Ορθά υποστηρίζεται¹⁶⁷ πως ναι μεν μια συμπεριφορά παράνομη και υπαίτια αποδοκιμάζεται ως τέτοια

¹⁶¹ Μελλοντική στέρηση π.χ. είναι η μείωση της ικανότητας εργασίας λόγω τραυματισμού συνεπεία ιατρικής αμέλειας. Μελλοντική αύξηση δαπανών θα μπορούσε π.χ. να συνιστά η πρόσληψη προσωπικού νοσηλευτή για την καταπράνωση των συνεπειών της βλάβης του ασθενούς συνεπεία ιατρικής αμέλειας.

¹⁶² Βλ. ενδεικτικά ΑΠ 1428/2018, ΑΠ 909/2022 ΤΝΠ ΔΣΑ. Σύμφωνα και ο Σταθόπουλος, ό.π. (υποσ. 3), σ. 549-550). Πρβλ. και Παναγιωτόπουλο, Αστική ευθύνη λόγω αναπηρίας ή παραμόρφωσης, 2020, σ. 139 επ., ο οποίος υποστηρίζει ότι η ΑΚ 931 προβλέπει αυτοτελή εύλογη αποζημίωση για την κάλυψη των μη δυνάμενων να υπολογισθούν από τώρα δυσμενών περιουσιακών επιπτώσεων της αναπηρίας ή παραμόρφωσης στο μέλλον του παθόντος. Βλ. επίσης και Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 236, ο οποίος κάνει λόγο για «ιδιόμορφη εύλογη αποζημίωση», την διακρίνει δε από την απώλεια ευκαιρίας κατά το ότι δεν απαιτεί όπως εκείνη την ύπαρξη πραγματικής και συγκεκριμένης τελικής ζημίας.

¹⁶³ Απ. Γεωργιάδης, ό.π. (υποσ. 152), σ. 742· Κορνηλάκης, ό.π. (υποσ. 146), σ. 1736-1737· Βοσινάκης, στον ΑΚ Γεωργιάδη-Σταθόπουλου, άρθρ. 931 αρ. 1. Για την καταγραφή των επιμέρους ερμηνευτικών προσεγγίσεων του άρθρου ΑΚ 931 σε θεωρία και νομολογία, βλ. αναλυτικά Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 548 επ.

¹⁶⁴ Βλ. Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 574· Απ. Γεωργιάδη, ό.π. (υποσ. 138), σ. 148. Βλ. πάντως και Λιάπη, Η αιτιώδης συνάφεια στην ευθύνη από ενημερωτικό δελτίο, ΔΕΕ 2003, 144, κατά τον οποίο η ζημία δεν απαιτείται να συνδέεται αιτιωδώς με την υπαιτιότητα η οποία είναι μια υποκειμενική κατηγορία που χαρακτηρίζει την συμπεριφορά του ζημιώσαντος. Γράφει χαρακτηριστικά πως: «Η αιτιώδης συνάφεια καλείται αντίθετα να συνδέσει αντικειμενικά μεγέθη και κατηγορίες». Ορθά όμως παρατηρεί ο Σταθόπουλος, ό.π. (υποσ. 3), σ. 574 πως το ζήτημα στερείται πρακτικής σημασίας στην περίπτωση που με την ίδια συμπεριφορά πληρούται και το παράνομο και η υπαιτιότητα (όπως κατεξοχήν συμβαίνει στις περιπτώσεις της ιατρικής ευθύνης).

¹⁶⁵ Βλ. Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 574.

¹⁶⁶ Βλ. Λύτρα, Ζητήματα αιτιότητας επί του αστικού αδικήματος, Τόμος Αιτία, αιτιότης και δίκαιο-Εισηγήσεις ανακοινωθείσες στο Διεπιστημονικό φροντιστήριο 2002-2003, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2003, σ. 349.

¹⁶⁷ Σπερδόκλη, Ο αιτιώδης σύνδεσμος ως προϋπόθεση της αδικοπρακτικής ευθύνης (Διδακτορική διατριβή). Διαθέσιμο από: Εθνικό Αρχείο Διδακτορικών Διατριβών, 2016, σ. 23-24. Βλ. και Λύτρα, ό.π. (υποσ. 166), σ. 351,

από την έννομη τάξη, αλλά, για τους σκοπούς του δικαίου της αποζημίωσης σημασία έχει επιπλέον η συμπεριφορά αυτή να εκδηλώνεται σε συνάρτηση με την έννομη σφαίρα ενός άλλου προσώπου, τα έννομα αγαθά του οποίου προσβάλλει και έτσι του προκαλείται ζημία.

Πώς όμως εξειδικεύεται ακριβώς η έννοια του αιτιώδους συνδέσμου; Πρέπει να γίνει αντιληπτή ως εξωνομική κατηγορία ή παρεισφρύνουν σε αυτήν κανονιστικές παράμετροι¹⁶⁸; Η πρακτική σημασία της απάντησης που θα δοθεί στα ερωτήματα αυτά έγκειται κυρίως στην αναζήτηση κάποιου περιορισμού έτσι ώστε να κινείται σε ανεκτά πλαίσια η ευθύνη προς αποζημίωση και να μην επεκτείνεται και στις πιο απομακρυσμένες συνέπειες¹⁶⁹. Υπ' αυτήν την έννοια αναφέρεται -με νομική ακρίβεια- ότι: «Η αιτιότητα τίθεται στο νομικό πάντοτε ως πρόβλημα καταλογισμού της αστικής ευθύνης σε συγκεκριμένο πρόσωπο, δηλ. τον δράστη που προκάλεσε την ζημία»¹⁷⁰. Κατά την αναζήτηση σχετικών κριτηρίων για την χάραξη του περιορισμού της ευθύνης¹⁷¹ έχουν αναπτυχθεί σχετικές θεωρίες από τις οποίες οι πιο γνωστές στην χώρα μας είναι οι εξής: η θεωρία της *condicio sine qua non*/ισοδυνάμου των όρων, η θεωρία της πρόσφορης αιτίας (*causa adequata*) και η θεωρία του σκοπού του κανόνα δικαίου.

α. Η θεωρία της *condicio sine qua non* / Ισοδυνάμου των όρων

Η εν λόγω θεωρία¹⁷² με την διατύπωση της *sine qua non* αποτελεί εφαρμογή της αιτιότητας κατά την λογική ή φυσική έννοιά της (σχέση αιτίου-αιτιατού)¹⁷³. Δέχεται δηλαδή την ύπαρξη αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ μιας πράξης και ενός αποτελέσματος, όταν η πράξη αποτελεί αναγκαίο όρο (*condicio sine qua non*) για την επέλευση του αποτελέσματος, ήτοι όταν δεν νοείται ότι εκλείπει η πράξη χωρίς κατά λογική αναγκαιότητα να συνεκλείπει και το αποτέλεσμα (με τον τρόπο που επήλθε και στον συγκεκριμένο τόπο και χρόνο)' τέτοιοι όροι όμως ενδέχεται να είναι πολλοί, όλοι τους, δε, είναι ισοδύναμοι εξ' επόψεως αιτιότητας, αφού έστω ένας από αυτούς να λείπει, τούτο αρκεί για την ματαίωση της επέλευσης του αποτελέσματος¹⁷⁴.

υποσ. 5, ο οποίος ορθά δικαιολογεί την σχέση αιτίου-αιτιατού μεταξύ επιλήψιμης συμπεριφοράς του δράστη και ζημίας στην θεμελιώδη δικαϊκή αρχή ότι ο δράστης που με την συμπεριφορά του προκάλεσε σε άλλο πρόσωπο ζημία θα την επωμισθεί, αν θα μπορούσε να την αποφύγει τηρώντας διαφορετική συμπεριφορά. Ο συγγραφέας τονίζει ότι εδώ πρόκειται ουσιαστικά περί νομοθετικής αποτύπωσης της ιδέας της ελευθερίας του προσώπου που ο νόμος καθιστά καταρχήν υπεύθυνο μόνον όταν η ζημία προξενήθηκε από συμπεριφορά που μπορούσε το ίδιο να κατευθύνει.

¹⁶⁸ Βλ. την διττή διάκριση της αιτιώδους συνάφειας σε «καθαρώς λογική (ή φιλοσοφική)» και σε «νομική (ή κοινωνική)» σε *Λιτζερόπουλο*, ό.π. (υποσ. 135), άρθρ. 297-300, αρ. 33.

¹⁶⁹ Βλ. *Σταθόπουλο*, ό.π. (υποσ. 3), σ. 583.

¹⁷⁰ *Λύτρας*, ό.π. (υποσ. 166), σ. 356. Πρβλ. και *Σταθόπουλο*, ό.π. (υποσ. 3), σ. 600, ο οποίος χαρακτηριστικά αναφέρει πως: «Στην ουσία η αποστολή των θεωριών είναι να απαντήσουν στο ερώτημα, ποιες από αυτές τις ζημίες είναι αντικειμενικά καταλογιστές στον δράστη».

¹⁷¹ Βλ. και *Σπυριδάκη*, ό.π. (υποσ. 132), σ. 250: «Με τις θεωρίες αυτές επιδιώκεται να καθορισθεί ποια ζημία και σε ποια έκταση πρέπει να αποκατασταθεί».

¹⁷² Αναπτύχθηκε κυρίως από τον von Buri και προηγήθηκε χρονικά από τις άλλες δύο. Αλλωστε η κάθε μία από αυτές τις θεωρίες αναπτύχθηκε προς κάλυψη των αδυναμιών που εμφάνιζαν οι προηγούμενες.

¹⁷³ Βλ. *Σταθόπουλο*, ό.π. (υποσ. 3), σ. 582-583· *Σπυριδάκη*, ό.π. (υποσ. 132), σ. 250. Πρβλ. και *Λύτρας*, ό.π. (υποσ. 166), σ. 364, ο οποίος τονίζει ότι με την θεωρία αυτή «δεν ανακαλύπτουμε τον «φυσικό», δηλ. τον πραγματικό αιτιώδη σύνδεσμο ανάμεσα στην συμπεριφορά και το αποτέλεσμα (την ζημία), αλλά γνωρίζοντας ήδη από την εμπειρία τον αντίστοιχο φυσικό νόμο, ελέγχουμε τον υποθετικό αιτιώδη σύνδεσμο ανάμεσα στη συγκεκριμένη συμπεριφορά και το ζημιόγνοο αποτέλεσμα».

¹⁷⁴ Βλ. *Σταθόπουλο*, ό.π. (υποσ. 3), σ. 583· *Απ. Γεωργιάδη* ό.π. (υποσ. 138), σ. 149· *Σπυριδάκη*, ό.π. (υποσ. 132), σ. 250-251· *Λύτρας*, ό.π. (υποσ. 166), σ. 363· *Περάκη*, ό.π. (υποσ. 130), άρθρ. 297, αρ. 8.

Βασικό πλεονέκτημα της θεωρίας αυτής είναι η απλότητα, η ευκολία και η μαθηματική σχεδόν ακρίβεια της σχετικής διάγνωσης της αιτιότητας¹⁷⁵. Αντίθετα, βασικό μειονέκτημά της είναι πως οδηγεί σε υπέρμετρη διεύρυνση της ευθύνης, τόσο δεχόμενη την ύπαρξη του αιτιώδους συνδέσμου ακόμη και για τις πιο απομακρυσμένες και τυχαίες συνέπειες, όσο και οδηγώντας σε μεγάλη διεύρυνση του κύκλου των υπευθύνων¹⁷⁶. Για τον λόγο αυτόν η θεωρία αυτή έχει εγκαταλειφθεί στο αστικό δίκαιο σχεδόν πλήρως¹⁷⁷. Δεν τίθεται όμως η αναγκαιότητά της για την ύπαρξη της ευθύνης, διότι εάν η πράξη και η ζημία δεν συνδέονται αιτιωδώς υπό λογική έννοια, δεν τίθεται θέμα ευθύνης¹⁷⁸. Στην ουσία συνιστά το πρώτο στάδιο κατά τον έλεγχο της συνδρομής της αιτιώδους συνάφειας μεταξύ νόμιμου λόγου ευθύνης και ζημίας¹⁷⁹.

β. Η θεωρία της πρόσφορης αιτίας (causa adequata)

Η θεωρία αυτή¹⁸⁰, που είναι και η κρατούσα στην χώρα μας, θέτει από τους όρους της ζημίας ως κρίσιμο εκείνον που μπορεί να θεωρηθεί πρόσφορη αιτία της ζημίας' πρόσφορη δε είναι η αιτία αυτή που δεν προκάλεσε απλώς την ζημία με την έννοια της *condicio sine qua non*, αλλά είχε από την φύση της γενικά την τάση να οδηγήσει σε αυτήν κατά την συνηθισμένη πορεία των πραγμάτων¹⁸¹. Η θεωρία της πρόσφορης αιτίας προσδίδει στην αιτιότητα κανονιστική έννοια¹⁸².

Νομοθετικό έρεισμά της υποστηρίζεται ότι ευρίσκεται στο όλο πνεύμα του δικαίου της αποζημίωσης και, μάλιστα, αφενός στην ΑΚ 298 εδ. β' που ρητά θεμελιώνει το κριτήριο της προσφόρου αιτίας για τα διαφυγόντα κέρδη και αφετέρου στην ΑΚ 300 παρ. 1 εδ. β' όπου προβλέπεται δυνατότητα μη επιδίκασης αποζημίωσης ή μείωσης του ποσού της «όταν εκείνος που ζημιώθηκε παρέλειψε να αποτρέψει ή να περιορίσει τη ζημία ή δεν επέστησε την προσοχή του οφειλέτη στον κίνδυνο ασυνήθιστα μεγάλης ζημίας, τον οποίο ο οφειλέτης ούτε γνώριζε ούτε όφειλε να γνωρίζει»¹⁸³. Όπως ορθά μάλιστα παρατηρείται¹⁸⁴, τα κριτήρια της προσφορότητας και της προβλεψιμότητας που διαλαμβάνει η ΑΚ 298 εδ. β' «είναι σύμφωνο με το πνεύμα της

¹⁷⁵ Βλ. *Λιτζερόπουλο*, ό.π. (υποσ. 135), άρθρ. 297-300, αρ. 35.

¹⁷⁶ Βλ. *Σταθόπουλο*, ό.π. (υποσ. 3), σ. 585-586· *Σπυριδάκη*, ό.π. (υποσ. 132), σ. 252· *Λιτζερόπουλο*, ό.π. (υποσ. 135), άρθρ. 297-300, αρ. 36, ο οποίος κάνει σχετικά λόγο για «άτοπα και ανεπιεική αποτελέσματα». Για «κοινωνικά άτοπα αποτελέσματα» κάνει λόγο και ο *Απ. Γεωργιάδης*, ό.π. (υποσ. 138), σ. 149 και η *Περάκη*, ό.π. (υποσ. 130), άρθρ. 297, αρ. 8 ενώ ο *Σταθόπουλος*, ό.π. (υποσ. 3), σ. 585 μιλά για αντίθεση στο κοινό γλωσσικό συναίσθημα, στην κοινή συνείδηση και στο πνεύμα του νόμου. Ο δε *Λιάπης*, ό.π. (υποσ. 164), 141 κάνει λόγο για τον κίνδυνο παράσυρσης σε «αξιολογικά άστοχες αποζημιωτικές συνέπειες».

¹⁷⁷ Βλ. *Σταθόπουλο*, ό.π. (υποσ. 3), σ. 585.

¹⁷⁸ Βλ. *Σταθόπουλο*, ό.π. (υποσ. 3), σ. 587.

¹⁷⁹ Βλ. *Λιάπης*, ό.π. (υποσ. 164), 141.

¹⁸⁰ Αναπτυχθείσα από τον v. Kries (ιδίως στο έργο του *Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben*, Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie 1888, σ. 179 επ.) και εν συνεχεία αναπτυχθείσα από τους Rümelin (στην μελέτη του *Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf-und Civilrecht*, AcP 90 (1900), 171 επ.) και Traeger (στο έργο του *Der Kausalbegriff im Straf-Und Zivilrecht*, 1904).

¹⁸¹ Βλ. *Σταθόπουλο*, ό.π. (υποσ. 3), σ. 588· *Λιτζερόπουλο*, ό.π. (υποσ. 135), άρθρ. 297-300, αρ. 39. Βλ. και *Φίλιο*, Ενοχικό δίκαιο-Γενικό μέρος, 2011, σ. 342-343, κατά τον οποίο η εν λόγω θεωρία: «Δεν καταλογίζει όμως την ζημία στο αίτιο, αν η ζημία υπήρξε *όλως απίθανη* συνέπιά του». Και ο ΑΠ παγίως δέχεται το κριτήριο της πρόσφορης αιτίας: «Αιτιώδης σύνδεσμος υπάρχει όταν η παράνομη και υπαίτια συμπεριφορά του δράστη ήταν, σύμφωνα με τα διδάγματα της κοινής πείρας, ικανή, κατά τη συνηθισμένη και κανονική πορεία των πραγμάτων, να επιφέρει τη ζημία την οποία και επέφερε στη συγκεκριμένη περίπτωση» (βλ. ενδεικτικά από τον χώρο της ιατρικής ευθύνης: ΑΠ 693/2020, ΑΠ 864/2020, ΑΠ 999/2010 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ).

¹⁸² *Σταθόπουλος*, ό.π. (υποσ. 3), σ. 588· *Λιάπης*, ό.π. (υποσ. 164), 141.

¹⁸³ Βλ. *Λιτζερόπουλο*, ό.π. (υποσ. 135), άρθρ. 297-300, αρ. 43 α.

¹⁸⁴ *Σταθόπουλος*, ό.π. (υποσ. 3), σ. 592, ο οποίος και επισημαίνει ορθά ότι -πέρα από το διαφυγόν κέρδος- τόσο στην επελθούσα θετική ζημία όσο και στην μελλοντική ζημία χρειάζεται επίσης υποθετικός συλλογισμός για την διαπίστωσή τους.

διάταξης αυτής» να εφαρμοσθούν και σε άλλες περιπτώσεις (πλην των διαφυγόντων κερδών) «όπου θα χρειασθεί να εξετασθεί, για τη διαπίστωση της ζημίας ποια θα ήταν η πιθανή (αλλά ακόμη μη γνωστή) εξέλιξη των πραγμάτων κατά τη συνήθη πορεία τους». Για την έννοια της προσφορότητας λοιπόν κρίσιμο κατά βάσιν είναι το κριτήριο της προβλεψιμότητας¹⁸⁵. Κατά την κρατούσα γνώμη¹⁸⁶ κρίσιμη είναι η εκ των προτέρων δυνατότητα πρόγνωσης του μέσου συνετού ανθρώπου¹⁸⁷.

Παρά το γεγονός ότι η θεωρία της πρόσφορης αιτίας χρησιμεύει σε έναν καταρχήν περιορισμό της έκτασης της ζημίας που πρέπει να αποκατασταθεί αξιοποιώντας το στοιχείο της προσφορότητας -αφού αρνείται την ευθύνη για απρόσφορες ζημίες-¹⁸⁸, μειονεκτεί κυρίως ως προς το ότι κάνει ακριβώς χρήση του νόμου των πιθανοτήτων βασιζόμενη στην στατιστική «πιθανότητα» επέλευσης του αποτελέσματος που συνιστά ένα συμπτωματικό και τυχαίο κριτήριο, ενώ η κρίση περί καταλογισμού σε ένα πρόσωπο είναι κρίση αξιολογική¹⁸⁹. Με τον τρόπο αυτό, ευθύνη καταφάσκει για ζημίες που δεν θα έπρεπε να καταλογίζονται στον δράστη, ενώ δεν λείπουν και περιπτώσεις μη κατάφασης της ευθύνης λόγω έλλειψης προσφορότητας όπου ο δράστης θα έπρεπε να ευθύνεται¹⁹⁰.

γ. Η θεωρία του σκοπού του κανόνα δικαίου

Η εν λόγω θεωρία¹⁹¹ -αναπτυχθείσα και τείνουσα να επικρατήσει κυρίως στην Γερμανία και την Αυστρία- θεωρεί ως κρίσιμο τον προστατευτικό σκοπό του κανόνα δικαίου που θεμελιώνει την ευθύνη προς αποζημίωση ώστε, σύμφωνα με αυτήν, ανορθώνονται όλες αλλά και μόνον οι ζημίες από προσβολές εννόμων αγαθών, με την προϋπόθεση ότι τα εν λόγω αγαθά και οι φορείς τους εμπίπτουν στον προστατευτικό σκοπό του κανόνα δικαίου του ιδρυτικού της ευθύνης¹⁹². Η

¹⁸⁵ Σταθόπουλος, ό.π. (υποσ. 3), σ. 589.

¹⁸⁶ Λιτζερόπουλος, ό.π. (υποσ. 135), άρθρ. 297-300, αρ. 44-45· Σταθόπουλος, ό.π. (υποσ. 3), σ. 590· Φίλιος, ό.π. (υποσ. 181), σ. 343-344.

¹⁸⁷ Ο Σταθόπουλος, ό.π. (υποσ. 3), σ. 589 υποστηρίζει ότι η ανάγκη της προβλεψιμότητας θα συνάγεται κατά βάση και από το στοιχείο της υπαιτιότητας (και ειδικότερα της αμέλειας). Έτσι και Σπερδόκλη, ό.π. (υποσ. 167), σ. 272. Βλ. σχετικά και Λιτζερόπουλο, ό.π. (υποσ. 135), άρθρ. 297-300, αρ. 48, 49. Πρβλ. Κορνηλάκη, ό.π. (υποσ. 146), σ. 1638, κατά τον οποίο «υπάρχει κάποια σύγχυση ορίων» μεταξύ παρανομίας, υπαιτιότητας και αιτιώδους συνδέσμου.

¹⁸⁸ Βλ. Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 589. Πρβλ. και Λιτζερόπουλο, ό.π. (υποσ. 135), άρθρ. 297-300, αρ. 43, ο οποίος χαρακτηριστικά αναφέρει πως η θεωρία της πρόσφορης αιτίας επιλέγει την χρυσή μέση οδό περιορίζοντας την ευθύνη στα πλαίσια των κανονικών μόνον συνεπειών της ανθρώπινης δράσης.

¹⁸⁹ Βλ. Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 590-591· Λιτζερόπουλο, ό.π. (υποσ. 135), άρθρ. 297-300, αρ. 53· Σπυριδάκη, ό.π. (υποσ. 132), σ. 257.

¹⁹⁰ Βλ. Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 591-592, όπου και παραδείγματα. Για μία γενικότερη ανάλυση της χρησιμότητας αλλά και των επιμέρους μειονεκτημάτων της θεωρίας της πρόσφορης αιτίας με περαιτέρω παραπομπές, βλ. Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 43), σ. 87-91 και Σπερδόκλη, ό.π. (υποσ. 167), σ. 280-286.

¹⁹¹ Θεμελιωτές της θεωρούνται οι *Rabel* (στην εργασία του *Das Recht des Warenkaufs I*, σ. 474 επ., 495 επ.), ν. *Caemmerer* (στην εργασία του *Das Problem des Kausalzusammenhangs in Privatrecht*, 1956) και *Wilburg* (στην εργασία του *Elemente des Schadensrechts*, 1941, σ. 244 επ.) - Βλ. σχετικά Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 593, υποσ. 197.

¹⁹² Βλ. Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 593-594· Κορνηλάκη, ό.π. (υποσ. 146), σ. 1641. Αν και αμφισβητείται ποίου κανόνα ο σκοπός είναι και ο κρίσιμος -ο σκοπός γενικά του δικαίου της αποζημίωσης, ο σκοπός του κανόνα συμπεριφοράς που παραβιάστηκε ή ο σκοπός του κανόνα που ιδρύει την ευθύνη (η μάλλον κρατούσα άποψη)- ορθά υποστηρίζεται ότι θα γίνει συνεκτίμηση όλων των σχετικών διατάξεων (βλ. σχετικά Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 593, υποσ. 198 με παραπομπή στο έργο του Sourlas, *Adäquanztheorie und Normzwecklehre bei der Begründung der Haftung nach παρ. 823 I BGB*, 1974, σ. 165 επ.· Σπερδόκλη, ό.π. (υποσ. 167), σ. 418-426· Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 43), σ. 92, υποσ. 318).

κατάφαση του αιτιώδους συνδέσμου κατά την εν λόγω θεωρία ανάγεται λοιπόν σε ζήτημα ερμηνείας του κανόνα δικαίου, έχοντας κατά τούτο νομοθετικό έρεισμα¹⁹³.

Η θεωρία του σκοπού αποτελεί ουσιαστικά εφαρμογή της παραβιασθείσας διάταξης στην σωστή της έκταση¹⁹⁴. Η σύνδεση (αλλά όχι ταύτιση) με την έννοια του παρανόμου ως στοιχείου του νόμιμου λόγου ευθύνης είναι εμφανής¹⁹⁵.

Ζήτημα τίθεται σε σχέση με το αν η θεωρία του σκοπού δύναται να εκτοπίσει πλήρως την θεωρία της πρόσφορης αιτίας ή αν ο κατάλληλος περιορισμός της ευθύνης θα επιτευχθεί μέσω της παράλληλης εφαρμογής τους¹⁹⁶. Αναμφιβόλως μεν η θεωρία του σκοπού ανταποκρίνεται πλήρως στην νομοθετική βούληση¹⁹⁷, αλλά δεν πρέπει να παροράται η αβεβαιότητά της σχετικά με τον ακριβή προσδιορισμό του σκοπού του κανόνα δικαίου¹⁹⁸. Κατά τούτο, προκρίνεται η επικουρική της εφαρμογή με την θεωρία της πρόσφορης αιτίας προκειμένου να επέλθει ο κατάλληλος περιορισμός της ευθύνης: η προσφορότητα, υπό την επιφύλαξη ότι δεν προκύπτει νομοθετικά κάτι διαφορετικό στην συγκεκριμένη περίπτωση, συνιστά ένα πρώτο, λιτό και ενιαίο κριτήριο περιορισμού της ευθύνης για όλες τις περιπτώσεις, ενώ το κριτήριο του σκοπού του κανόνα δικαίου -ύστερα από ειδική εξέταση του σκοπού κάθε παραβιαζόμενου κανόνα δικαίου ή κάθε παραβιαζόμενης σύμβασης- περαιτέρω περιορίζει λογικώς την ευθύνη, προσαρμοζόμενο στον συγκεκριμένο νόμιμο λόγο ευθύνης και στις πιθανές ιδιομορφίες αυτού¹⁹⁹.

¹⁹³ Σταθόπουλος, ό.π. (υποσ. 3), σ. 596· Περάκη, ό.π. (υποσ. 130), άρθρ. 297, αρ. 12· Λιτζερόπουλος, ό.π. (υποσ. 135), άρθρ. 297-300, αρ. 51. Ότι για την κρίση περί ένταξης του είδους και της έκτασης των ζημιών στο προστατευτικό πεδίο του κανόνα δικαίου πρέπει να ληφθούν υπόψη γνωστές εκ της εμπειρίας αιτιώδεις διαδρομές, βλ. Λύτρα, ό.π. (υποσ. 166), σ. 370. Σημειωτέον ότι επί ενδοσυμβατικής ευθύνης θα συνεκτιμηθεί και ο σκοπός της συμβάσεως (βλ. σχετικά Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 594· Σπυριδάκη, ό.π. (υποσ. 132), σ. 257· Φίλιο, ό.π. (υποσ. 181), σ. 345).

¹⁹⁴ Σταθόπουλος, ό.π. (υποσ. 3), σ. 596, όπου και παραπομπή σε σχετικές αποφάσεις· Περάκη, ό.π. (υποσ. 130), άρθρ. 297, αρ. 12.

¹⁹⁵ Βλ. αναλυτικά Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 598, 610-612· Λύτρα, ό.π. (υποσ. 166), σ. 370-372· Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 43), σ. 94-95, με περαιτέρω παραπομπές, όπου αναφέρεται ότι όταν η παρανομία αποτελεί προϋπόθεση του νόμιμου λόγου ευθύνης, η εξέταση στη βάση της θεωρίας του σκοπού του κανόνα δικαίου της παρανομίας σε ορισμένη περίπτωση εν σχέσει με συγκεκριμένο ζημιωθέντα «είναι κρίσιμη και λογικά προηγείται της προϋπόθεσης της αιτιώδους συνάφειας», ενώ η ίδια θεωρία στο πλαίσιο της αιτιώδους συνάφειας εφαρμόζεται κατεξοχήν εν σχέσει με την έκταση της οφειλόμενης αποζημίωσης και αφού έχει ήδη διαπιστωθεί η πλήρωση των όρων του νόμιμου λόγου ευθύνης. Βλ. αναλυτικά περαιτέρω και Σπερδόκλη, ό.π. (υποσ. 167), σ. 462-467, όπου και περαιτέρω παραπομπές.

¹⁹⁶ Σταθόπουλος, ό.π. (υποσ. 3), σ. 599. Βλ. τις σχετικές διατυπωθείσες απόψεις σε Σπερδόκλη, ό.π. (υποσ. 167), σ. 471-472.

¹⁹⁷ Έτσι Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 43), σ. 98.

¹⁹⁸ Βλ. Λιτζερόπουλο, ό.π. (υποσ. 135), άρθρ. 297-300, αρ. 52· Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 596, υποσ. 205· Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 43), σ. 99.

¹⁹⁹ Σταθόπουλος, ό.π. (υποσ. 3), σ. 622-623. Βλ. και Λιτζερόπουλο, ό.π. (υποσ. 135), άρθρ. 297-300, αρ. 52· Περάκη, ό.π. (υποσ. 130), άρθρ. 297, αρ. 14· Κορνηλάκη, ό.π. (υποσ. 146), σ. 1643· Σπυριδάκη, ό.π. (υποσ. 132), σ. 258, ο οποίος κάνει λόγο για δικαιότερο καθορισμό της αποκαταστατέας ζημίας μέσω του συνδυασμού και των τριών θεωριών· Σπερδόκλη, ό.π. (υποσ. 167), σ. 472-473, η οποία μάλιστα χαρακτηρίζει το δίλημμα μεταξύ των δύο θεωριών ως «ψευδοδίλημμα», δεδομένης της λιγότερο ή περισσότερο υποκειμενικότητας ή αντίστροφα αντικειμενικότητας της καθεμιάς.

Κεφάλαιο Γ. Ιατρική ευθύνη και απώλεια θεραπευτικής ευκαιρίας στην ελληνική έννομη τάξη

Ύστερα από την προσπάθεια περιεκτικής αλλά κατά το δυνατόν σαφούς αποτυπώσεως των προϋποθέσεων της αστικής ευθύνης προς αποζημίωση στην ελληνική έννομη τάξη, πιστεύεται πως υπάρχουν τα κατάλληλα -από συστηματικής πλευράς- προαπαιτούμενα προκειμένου να παρουσιαστεί εμβριθώς το πλέον κρίσιμο κεφάλαιο της παρούσας μελέτης. Πρόκειται περί της απώλειας ευκαιρίας στο πεδίο της ιατρικής ευθύνης, όπως το ζήτημα αυτό συναντάται στην ελληνική δικαιοταξία.

Αρχικά θα γίνει μία σύντομη παρουσίαση των δύο νόμιμων λόγων της αστικής ιατρικής ευθύνης έτσι ώστε να επιτευχθεί η κατάλληλη σκιαγράφηση της τελευταίας και θα γίνει η απαραίτητη σύνδεσή τους με την απώλεια ευκαιρίας επιβίωσης ή θεραπείας. Όπως έχει τονισθεί, η θεωρία της απώλειας θεραπευτικής ευκαιρίας έχει συσχετισθεί κυρίως με ζητήματα που άπτονται των δογματικών κατηγοριών του αιτιώδους συνδέσμου και της ζημίας. Η θεωρία αυτή έρχεται ακριβώς να προσφέρει μία πρόταση-λύση σε περιστατικά ιατρικής ευθύνης όπου παρουσιάζεται αδυναμία αιτιακής συνδέσεως μεταξύ νόμιμου λόγου ευθύνης και ζημίας. Δεν είναι δυνατόν λοιπόν να εξετασθεί σε βάθος η εν λόγω θεωρία πέρα από το αφετηριακό πλαίσιο της αιτιακής απροσδιοριστίας. Τέλος, προς πληρέστερη προσέγγιση των ζητημάτων που συνθέτουν την θεωρία αυτή, θα γίνει και μία συνοπτική παρουσίαση των λοιπών διαφόρων λύσεων που έχουν προταθεί για την επίλυση του προβλήματος που προκαλούν περιστατικά αβέβαιης αιτιότητας.

I. Ιατρική ευθύνη

Η ιδιαιτερότητα της ιατρικής ευθύνης είναι η κατά την άσκηση της ιατρικής άμεση επαφή του ιατρού με τα απόλυτα αγαθά του ασθενούς (ζωή, υγεία, σωματική ακεραιότητα). Κατά τα προειρημένα εισαγωγικά, δύο είναι οι επιμέρους άξονες και αντίστοιχοι νόμιμοι λόγοι της αστικής ιατρικής ευθύνης: αφενός η αυθαίρετη ιατρική πράξη επί ελλείψεως ενημερωμένης συναίνεσης και αφετέρου το ιατρικό σφάλμα.

1. Η αυθαίρετη ιατρική πράξη

Σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του ΚΙΔ²⁰⁰, τα άρθρα 11 ΚΙΔ (περί υποχρέωσης ενημέρωσης) και 12 ΚΙΔ (περί συναίνεσης του ενημερωμένου ασθενούς) αποτελούν τον «πυρήνα» αυτού του νόμου. Το ελληνικό δίκαιο, λοιπόν, αναγνωρίζει πλήρως το δόγμα της «συναίνεσης του ενημερωμένου ασθενούς» (“informed consent” doctrine)²⁰¹. Τα εν λόγω άρθρα συνδέονται με το δικαίωμα του ασθενούς περί αυτοδιάθεσης απολύτως προσωπικών αγαθών και ουσιαστικά εκφράζουν «τον σεβασμό προς την ελευθερία του ατόμου»²⁰². Το συγκεκριμένο δικαίωμα βρίσκει και συνταγματική κατοχύρωση στο άρθρο 5 παρ. 1 Σ περί ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας, στο άρθρο 2 παρ. 1 Σ περί προστασίας της ανθρώπινης αξίας, στο άρθρο 5

²⁰⁰ ΚΝοΒ 2005, 2055.

²⁰¹ Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 2), σ. 306.

²⁰² Έτσι Πελένη-Παπαγεωργίου, ό.π. (υποσ. 8), σ. 2.

παρ. 5 Σ περί προστασίας της υγείας και στο άρθρο 9 παρ. 1 εδ. β' Σ περί ιδιωτικού βίου, ενώ προστατεύεται ακόμη από το άρθρο 8 ΕΣΔΑ περί προστασίας ιδιωτικής ζωής και από το άρθρο 7 ΧΘΔΕΕ (αν και ο Χάρτης περιλαμβάνει στο άρθρο 3 και σχετική ειδική ρύθμιση για την συναίνεση του ασθενούς)²⁰³.

Η ιατρική πράξη²⁰⁴ λοιπόν που διενεργείται δίχως την έγκυρη συναίνεση του ασθενούς, δηλαδή εκείνη που διενεργείται δίχως να έχει ενημερωθεί πλήρως, σαφώς και κατανοητώς ο ασθενής σε σχέση με την φύση, τον σκοπό και τους κινδύνους της συγκεκριμένης πράξης (άρθρ. 11 παρ. 1 εδ. β' ΚΙΔ σε συνδ. με άρθρ. 12 παρ. 1, 2 περ. α' ΚΙΔ)²⁰⁵, η λεγόμενη «αυθαίρετη»²⁰⁶ ιατρική πράξη, ακόμη και αν διενεργείται de lege artis, είναι παράνομη πράξη²⁰⁷. Έντονος προβληματισμός έχει υπάρξει ως προς τον νομικό χαρακτήρισμό της αυθαίρετης ιατρικής πράξεως με πρακτικό ενδιαφέρον τις διαφορετικές, αναλόγως της υιοθετούμενης απόψεως, έννομες συνέπειες λόγω παράλειψης έγκυρης συναίνεσης.

Κατά την κρατούσα (και) στην χώρα μας και μάλλον ορθή άποψη²⁰⁸, η οποία κατάγεται από το ποινικό δίκαιο²⁰⁹, η ιατρική πράξη (εν προκειμένω επέμβαση υπό στενή εννοία) συνιστά καθ' εαυτήν παράνομη προσβολή του σώματος ή της υγείας (ΑΚ 929), ο παράνομος χαρακτήρας της οποίας αίρεται με την ενημερωμένη συναίνεση του ασθενούς ή σύμφωνα με άλλους με τον συνδυασμό της συναίνεσης με το «κοινωνικό πρόσφορο» της πράξης²¹⁰ με άλλα λόγια η συναίνεση εν προκειμένω λειτουργεί ως λόγος άρσης του παρανόμου της ιατρικής επεμβάσεως²¹⁰. Κατά την εν λόγω άποψη, στην ενημερωμένη συναίνεση του ασθενούς το προστατευόμενο έννομο αγαθό, εκτός από το δικαίωμα της αυτοδιάθεσης που απορρέει από το δικαίωμα της προσωπικότητας, είναι επίσης το δικαίωμα της σωματικής ακεραιότητας. Τρία σημεία χρήζουν επισήμανσης για τα αποτελέσματα που συνεπάγεται η αποδοχή της άποψης αυτής στο πεδίο της αστικής ευθύνης. Πρώτον, η αυθαίρετη ιατρική πράξη θεωρείται βλάβη του σώματος ή της υγείας και, έτσι, καλύπτεται κάθε ζημία του ασθενούς συνδεόμενη αιτιωδώς με την ιατρική πράξη, αφού η

²⁰³ Βλ. Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 2), σ. 306-307· Πελλένη-Παπαγεωργίου, ό.π. (υποσ. 8), σ. 4-5, 7. Βλ. και το άρθρο 5 παρ. 1 του νόμου 2619/1998, με τον οποίο νόμο επικύρωσε η Ελλάδα την Ευρωπαϊκή Σύμβαση για τα Ανθρώπινα Δικαιώματα και τη Βιοϊατρική (Σύμβαση Οβιέδο 1997): «Επέμβαση σε θέματα υγείας μπορεί να υπάρξει μόνο αφού το ενδιαφερόμενο πρόσωπο δώσει την ελεύθερη συναίνεσή του, κατόπιν προηγούμενης σχετικής ενημέρωσής του».

²⁰⁴ Ορίζεται στο άρθρο 1 παρ. 1 ΚΙΔ ως «εκείνη που έχει σκοπό τη με οποιαδήποτε επιστημονική μέθοδο πρόληψη, διάγνωση, θεραπεία και αποκατάσταση της υγείας του ανθρώπου». Αναλυτικά για την ευρεία έννοια της ιατρικής πράξης στον ΚΙΔ και τις διάφορες μορφές της, βλ. Πελλένη-Παπαγεωργίου, ό.π. (υποσ. 8), σ. 13-21.

²⁰⁵ Πελλένη-Παπαγεωργίου, ό.π. (υποσ. 8), σ. 21-22. Συγκεκριμένα, το άρθρο 11 παρ. 1 εδ. β' ΚΙΔ ορίζει ότι ο ιατρός: «Οφείλει να ενημερώνει πλήρως και κατανοητά τον ασθενή για την πραγματική κατάσταση της υγείας του, το περιεχόμενο και τα αποτελέσματα της προτεινόμενης ιατρικής πράξης, τις συνέπειες και τους ενδεχόμενους κινδύνους ή επιπλοκές από την εκτέλεσή της, τις εναλλακτικές προτάσεις, καθώς και για τον πιθανό χρόνο αποκατάστασης, έτσι ώστε ο ασθενής να μπορεί να σχηματίζει πλήρη εικόνα των ιατρικών, κοινωνικών και οικονομικών παραγόντων και συνεπειών της κατάστασής του και να προχωρεί, ανάλογα, στη λήψη αποφάσεων», το άρθρο 12 στην παρ. 1 ορίζει ότι: «Ο ιατρός δεν επιτρέπεται να προβεί στην εκτέλεση οποιασδήποτε ιατρικής πράξης χωρίς την προηγούμενη συναίνεση του ασθενή». Και στην παρ. 2 περ. α' ορίζεται ότι: «Προϋποθέσεις της έγκυρης συναίνεσης του ασθενή είναι οι ακόλουθες: α) Να παρέχεται μετά από πλήρη, σαφή και κατανοητή ενημέρωση, σύμφωνα με το προηγούμενο άρθρο». Ειδικότερα για τα ζητήματα που αφορούν στην συναίνεση (νομική φύση, τύπος, ικανότητα συναίνεσης κ.λπ.) και την ενημέρωση (μορφές, τύπος, υπόχρεα πρόσωπα προς ενημέρωση κ.λπ.), βλ. αναλυτικά Πελλένη-Παπαγεωργίου, ό.π. (υποσ. 8), σ. 14 επ.

²⁰⁶ Βλ. Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 2), σ. 308· Ανδρουλιδάκη-Δημητριάδη, ό.π. (υποσ. 2), σ. 55.

²⁰⁷ Βλ. Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 2), σ. 102· Πελλένη-Παπαγεωργίου, ό.π. (υποσ. 8), σ. 254.

²⁰⁸ Βλ. ενδεικτικά Απ. Γεωργιάδη, ό.π. (υποσ. 138), σ. 664· Κορνηλάκη, ό.π. (υποσ. 146), σ. 1622· Ζέπο, Ενοχικών Δίκαιον, Β' Μέρος Ειδικόν, 1965, σ. 724-725· ΕφΑθ 5512/2003 ΕλλΔνη 2004, 197. Πρβλ. και Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 998.

²⁰⁹ Βλ. ενδεικτικά Λιούρδη, Ιατρικό Ποινικό Δίκαιο-Γενικές έννοιες και ειδικά ζητήματα, 2021, σ. 29 επ., όπου και περαιτέρω παραπομπές.

²¹⁰ Βλ. Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 2), σ. 105-106· Πελλένη-Παπαγεωργίου, ό.π. (υποσ. 8), σ. 23-24.

τελευταία είναι παράνομη και υπαίτια²¹¹ (ΑΚ 914, 929, 932) και πρόσφορη να προκαλέσει οποιαδήποτε άλλη βλάβη του σώματος ή της υγείας²¹². Βέβαια, αν η πράξη υπήρξε επιτυχής, ο ασθενής δικαιούται να ζητήσει μόνον χρηματική ικανοποίηση της ηθικής βλάβης του, ενώ αν υπήρξε ζημία του ασθενούς συνδεόμενη αιτιωδώς με την ιατρική πράξη (λ.χ. χειροτέρευση της υγείας του), ακόμη και αν η πράξη διενεργήθηκε *de lege artis*, αυτή αποκαθίσταται πλήρως²¹³. Δεύτερον, σε δικονομικό επίπεδο, ο ιατρός φέρει το βάρος απόδειξης σχετικά με την ενημερωμένη συναίνεση του ασθενούς²¹⁴. Πρόκειται εν προκειμένω περί ένστασης λόγου άρσεως του παρανόμου, επιρρίπτεται δε με αυτόν τον τρόπο το δικονομικό βάρος της πληρότητας της ενημέρωσης στον ιατρό. Τρίτον, τον ισχυρισμό ότι ο ασθενής θα είχε δώσει την συναίνεσή του για την διενέργεια ορισμένης ιατρικής πράξης, ακόμη και αν είχε ενημερωθεί πλήρως και με επαρκή και κατανοητό τρόπο από τον ιατρό, φέρει το βάρος να αποδείξει ο ιατρός (πρόκειται για την ένσταση της νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς²¹⁵)²¹⁶.

Σύμφωνα με διαφορετική άποψη²¹⁷, η ενδεδειγμένη και *de lege artis* διενεργούμενη ιατρική πράξη δεν αποτελεί παράνομη σωματική βλάβη, αλλά η έλλειψη ενημερωμένης συναίνεσης του ασθενούς την καθιστά παράνομη προσβολή της προσωπικότητας και ειδικότερα του αυτοκαθορισμού του ασθενούς (που αποτελεί και το συναφές προστατευόμενο έννομο αγαθό)²¹⁸. Σε σχέση με τα πρακτικά αποτελέσματα που συνεπάγεται η αποδοχή της συγκεκριμένης άποψης στο πεδίο της αστικής ιατρικής ευθύνης, δέον να επισημανθούν τα εξής: Πρώτον, η αυθαίρετη ιατρική πράξη ενεργοποιεί την εφαρμογή των άρθρων ΑΚ 57, 59, 914 επ.²¹⁹. Ωστόσο, ο ασθενής θα αρκестεί μόνο στην αξίωση για χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης μη δυνάμενος να ζητήσει την αποκατάσταση της ζημίας από βλάβη του σώματος ή της υγείας του και αυτό, διότι δεν μπορεί να στοιχειοθετηθεί ο αιτιώδης σύνδεσμος ελλείψει του στοιχείου της προσφορότητας αλλά και ενόψει του σκοπού του κανόνα δικαίου που επιβάλλει την ενημέρωση και την συναίνεση²²⁰. Δεύτερον, το βάρος απόδειξης της έλλειψης της ενημερωμένης συναίνεσης το έχει ο ασθενής, δεδομένου ότι η έλλειψη της συναίνεσης συνιστά προϋπόθεση για να θεωρηθεί η ιατρική πράξη παράνομη προσβολή της προσωπικότητας του ασθενούς²²¹. Τρίτον, δεδομένης της έλλειψης προσφορότητας αλλά με εφαρμογή της θεωρίας του σκοπού του κανόνα δικαίου ο ισχυρισμός (στα πλαίσια της αναγκαιότητας του όρου και της έμμεσης αιτιώδους συνάφειας

²¹¹ Για το ότι η αυθαίρετη ιατρική πράξη είναι πάντοτε υπαίτια και μάλιστα σκόπιμη, βλ. *Ψαρούδα-Μπενάκη*, Το ιατρικό καθήκον διαφώτισεως του ασθενούς ως προϋπόθεση της συναίνεσής του, ΠoinXp ΚΔ' (1974), 642, υποσ. 2.

²¹² Βλ. *Φουντεδάκη*, ό.π. (υποσ. 2), σ. 107· *Πελλένη-Παπαγεωργίου*, ό.π. (υποσ. 8), σ. 29.

²¹³ Βλ. *Φουντεδάκη*, ό.π. (υποσ. 2), σ. 108.

²¹⁴ Βλ. *Φουντεδάκη*, ό.π. (υποσ. 2), σ. 109.

²¹⁵ Βλ. αναλυτικά κατωτέρω, Κεφ. Γ υπό Π.2. β.

²¹⁶ Βλ. *Φουντεδάκη*, ό.π. (υποσ. 2), σ. 110.

²¹⁷ Βλ. *Ανδρουλάκη*, Ποινικό Δίκαιο Ειδικό Μέρος, 1974, σ. 115· *Ανδρουλιδάκη-Δημητριάδη*, ό.π. (υποσ. 2), σ. 142 επ., 148 επ· *Φουντεδάκη*, Φυσικό πρόσωπο και προσωπικότητα στον Αστικό Κώδικα, 2012, σ. 174· *Δουγαλή*, σε Λασκαρίδη (επιμ.), άρθρο 12 αρ. 34-35· ΕφΘεσσαλ 1954/2017 ΕλλΔνη 2019, 153.

²¹⁸ Βλ. *Φουντεδάκη*, ό.π. (υποσ. 2), σ. 114-115· *Πελλένη-Παπαγεωργίου*, ό.π. (υποσ. 8), σ. 25-26.

²¹⁹ Βλ. *Πελλένη-Παπαγεωργίου*, ό.π. (υποσ. 8), σ. 29-30.

²²⁰ Βλ. *Φουντεδάκη*, ό.π. (υποσ. 2), σ. 116.

²²¹ Βλ. *Φουντεδάκη*, ό.π. (υποσ. 2), σ. 116, όπου και περαιτέρω παραπομπές. Βλ. όμως *Πελλένη-Παπαγεωργίου*, ό.π. (υποσ. 8), σ. 27, κατά την οποία και υπό την περί ης ο λόγος άποψη, ο ιατρός φέρει το βάρος απόδειξης της ενημέρωσης και συναίνεσης του ασθενούς. Η συγγραφέας στηρίζεται στην άποψη ότι κάθε προσβολή της προσωπικότητας (άρα και υπό την έκφραση του αυτοκαθορισμού) είναι αφεαυτής παράνομη δεδομένου του απόλυτου χαρακτήρα του δικαιώματος και άρα η συναίνεση συνιστά λόγο άρσης του παρανόμου της προσβολής της προσωπικότητας στο πλαίσιο της ΑΚ 57.

μεταξύ έλλειψης ενημερωμένης συναίνεσης και τελικής ζημίας) περί υποθετικής εξέλιξης των πραγμάτων σε περίπτωση που είχε δοθεί ισχυρή συναίνεση στερείται ουσιαστικά σημασίας²²².

Πώς ακριβώς συνδέεται όμως η θεωρία της απώλειας θεραπευτικής ευκαιρίας με την αυθαίρετη ιατρική πράξη; Όταν καθίσταται αδύνατον να διαπιστωθεί στο επίπεδο της *condicio sine qua non* ο αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ αυθαίρετης ιατρικής πράξης και ζημίας του ασθενούς, θα μπορούσε ο τελευταίος να επικαλεστεί το δόγμα της απώλειας ευκαιρίας²²³; Υπάρχει διαφορετική απάντηση στο εν λόγω ερώτημα αναλόγως της άποψης που θα γίνει δεκτή περί χαρακτηρισμού της αυθαίρετης ιατρικής πράξης είτε ως παράνομης σωματικής βλάβης είτε ως παράνομης προσβολής της προσωπικότητας; Επισημαίνεται πως σκοπός στο σημείο αυτό της μελέτης είναι να εξετασθεί η δυνατότητα ή μη εφαρμογής της απώλειας ευκαιρίας επί αυθαίρετων ιατρικών πράξεων, υπό την αίρεση της αποδοχής της θεωρίας αυτής γενικότερα στο πεδίο της αστικής ιατρικής ευθύνης.

Όταν ο ιατρός παραβιάζει την υποχρέωση ενημέρωσης του ασθενούς και ο ασθενής ισχυρίζεται ότι εάν είχε ενημερωθεί προσηκόντως από εκείνον δεν θα συναινούσε στην διενέργεια ορισμένης ιατρικής πράξεως και δεν θα επραγματοποιείτο ο κίνδυνος που εν τέλει πραγματώθηκε ή ότι του στέρησε την ευκαιρία να αποφασίσει αν θα συναινούσε ή όχι, γίνεται λόγος για «ψυχική αιτιότητα»²²⁴. Υποστηρίζεται²²⁵ ότι σε αυτές τις περιπτώσεις δεν μπορεί να γίνει λόγος για «απώλεια ευκαιρίας». Πρώτον, διότι ο ως άνω ισχυρισμός του ασθενούς σχετίζεται με το τι θα αποφάσιζε ο ίδιος ο ασθενής. Δεύτερον, διότι δεν υπάρχει ήδη κάποιο «διακυβέυμα»²²⁶ προ της επιλήψιμης συμπεριφοράς του ιατρού - δηλαδή η προσβολή της υγείας του ασθενούς επέρχεται το πρώτον όταν πραγματώνεται ο θεραπευτικός κίνδυνος. Και τρίτον, διότι η αυθαίρετη ιατρική πράξη προσβάλλει κατά κύριο λόγο το δικαίωμα αυτοδιάθεσης του ασθενούς ως προς το σώμα και την υγεία του και άρα δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι προσβάλλει τις πιθανότητες ίασης από κάποια ασθένεια.

Στα ανωτέρω επιχειρήματα είναι δυνατόν ωστόσο να αντιταχθούν επιμέρους αντιρρήσεις. Αρχικά, το ποια απόφαση θα ελάμβανε ο ασθενής επί προσήκουσας συμπεριφοράς του ιατρού, πέρα από τους λογικούς συνειρμούς του ασθενούς στους οποίους υπόκειται, υπαγορεύεται ακόμη και από κατεξοχήν υποκειμενικά στοιχεία που δεν μπορούν να καθορισθούν απόλυτα από τον δικαστή στις περισσότερες των περιπτώσεων. Έτσι, το λεγόμενο ότι οι περιπτώσεις ψυχικής αιτιότητας δεν αφορούν σε αστάθμητους, τυχαίους παράγοντες μάλλον δεν φαίνεται πειστικό. Επιπροσθέτως, τα επιχειρήματα περί μη ύπαρξης διακυβέυματος και περί μη προσβολής των

²²² Βλ. αναλυτικά *Φουντεδάκη*, ό.π. (υποσ. 2), σ. 124 επ., όπου υποστηρίζεται ότι η αυθαίρετη ιατρική πράξη υπό την θεώρησή της ως προσβολής του αυτοκαθορισμού του ασθενούς δεν αποκλείει την αποκατάσταση ζημιών από βλάβες του σώματος ή της υγείας που προκάλεσε η εν λόγω ιατρική πράξη (βλ. σχετικά και τις εξαιρετικά ενδιαφέρουσες αποφάσεις ΑΠ 1344/2021, ΑΠ 687/2013, ΣτΕ 252/2020 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ) με την δικαιολογία ότι οι κανόνες δικαίου που προβλέπουν την ενημερωμένη συναίνεση αποσκοπούν την προστασία του ασθενούς όχι μόνο από την προσβολή της ελευθερίας του να αποφασίζει για το σώμα και την υγεία του αλλά και από τους κινδύνους για την υγεία του, όταν οι τελευταίοι «ενεργοποιούνται» σε περίπτωση παράβασης ή παράκαμψης της βουλήσεώς του' έτσι συνάμα η έλλειψη ενημερωμένης συναίνεσης συνιστά πρόσφορο αίτιο για την πραγμάτωση των κινδύνων αυτών.

²²³ Βλ. τα παραδείγματα ε) και στ) ανωτέρω, Εισαγωγή υπό ΙΙ.

²²⁴ *Μάνθος*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 94, ο οποίος και αναφέρει γενικότερα για την ψυχική αιτιότητα ότι αυτή αφορά στις περιπτώσεις όπου ο ζημιωθείς ισχυρίζεται ότι, αν είχε νομίμως συμπεριφερθεί ο ζημιώσας, θα αποφάσιζε και θα έπραττε κατά διαφορετικό και μη επίζημο τρόπο (βλ. *τον ίδιο*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 89-90).

²²⁵ Βλ. *Μάνθος*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 94-95· *Τσίρο*, Ιατρική ευθύνη: αποζημίωση παιδιού που γεννήθηκε ανάπηρο λόγω του ιατρικού σφάλματος που εμπόδισε τη μητέρα να διακόψει την κύηση, *ΕλλΔνη* 2004, 65.

²²⁶ Αναλυτικά για τις προϋποθέσεις με την συνδρομή των οποίων υποστηρίζεται ότι θα μπορούσε να γίνει δεκτή η απώλεια θεραπευτικής ευκαιρίας στο ελληνικό δίκαιο, βλ. κατωτέρω, Κεφ. Γ. υπό ΙΙ.3.

πιθανοτήτων ίασης του ασθενούς φαίνεται να εκκινούν από την αντίληψη που θεωρεί την αυθαίρετη ιατρική πράξη ως παράνομη προσβολή της προσωπικότητας. Αν όμως τεθεί ως αφετηρία η κρατούσα και μάλλον ορθότερη άποψη που θεωρεί την αυθαίρετη ιατρική πράξη ως παράνομη σωματική βλάβη, τότε τα εν λόγω επιχειρήματα επί της αρχής δεν φαίνεται να ευσταθούν²²⁷. Μάλιστα, υποστηρίζεται σχετικά²²⁸ ότι για τον υπολογισμό του ύψους της αποζημίωσης πολλαπλασιάζεται το ύψος της επελθούσας τελικής ζημίας με την πιθανότητα που θα είχε ο ασθενής να είχε προβεί σε άρνηση της ιατρικής πράξεως. Σχετικά, με χαρακτηριστικό τρόπο ο D. Chauvaux²²⁹ αναφέρει ότι εν προκειμένω ο δικαστής οφείλει να αναρωτηθεί στους 10 ασθενείς που θα τεθούν στην ίδια θέση με τον ασθενή μας, πόσοι θα αρνούνταν την εγχείρηση.

Δέον να επισημανθεί ότι οι υπό εξέταση περιπτώσεις διαφέρουν από εκείνες όπου ο ασθενής δεν ενημερώνεται για μία νέα ιατρική αγωγή με ενδεχόμενα θεραπευτικά αποτελέσματα για τον ασθενή, αν και ο τελευταίος ρητώς είχε εκφράσει την επιθυμία του να δοκιμάσει οποιαδήποτε καινούρια θεραπευτική μέθοδο²³⁰. Επιπλέον²³¹, διαφορετική είναι και η περίπτωση όπου έγκυος γεννά παιδί με αναπηρία αν και ρητώς είχε εκφράσει την επιθυμία της να προβεί σε άμβλωση επί διάγνωσης για ενδεχόμενη αναπηρία του εμβρύου, όπου από την επιλήψιμη συμπεριφορά του ιατρού επήλθε μία και μόνο τελική ζημία, δηλαδή η στέρηση της δυνατότητας της μητέρας να μην γίνει μητέρα παιδιού με σοβαρή αναπηρία. Στην περίπτωση αυτή το διαγνωστικό σφάλμα του γυναικολόγου ιατρού επέφερε πρωτογενώς ζημία.

Φαίνεται λοιπόν ορθότερο να μην υπάρχει διάσταση στην προσέγγιση της θεωρίας της απώλειας θεραπευτικής ευκαιρίας ανάλογα με το εάν ο νόμιμος λόγος ευθύνης είναι η αυθαίρετη ιατρική πράξη ή το ιατρικό σφάλμα. Κρίσιμη παραμένει τώρα η γενικότερη θεώρηση της θεωρίας της απώλειας (και συγκεκριμένα θεραπευτικής) ευκαιρίας ανεξαρτήτως του αν η ευθύνη αυτή στηρίζεται σε αυθαίρετη ιατρική πράξη ή σε ιατρικό σφάλμα, η οποία και θα πραγματοποιηθεί αναλυτικά κατωτέρω²³².

2. Το ιατρικό σφάλμα

Η συναίνεση λειτουργεί στο πρώιμο στάδιο για την καταρχήν διαπίστωση της παρανομίας. Εφόσον αυτή δόθηκε εγκύρως, η νομική έρευνα επικεντρώνεται στον τρόπο διενέργειας της ιατρικής πράξης από τον ιατρό. Οι υποχρεώσεις του ιατρού εμπίπτουν στις «ενοχές μέσωσων»

²²⁷ Υπέρ της εφαρμογής της απώλειας της ευκαιρίας στο πεδίο της ιατρικής ευθύνης και επί αυθαίρετων ιατρικών πράξεων τάσσεται και ο *Μαθιουδάκης*, ό.π. (υποσ. 46), 703. Πρβλ. από την ελληνική νομολογία την απόφαση ΑΠ 687/2013 ΤΝΠ ΔΣΑ, η οποία μοιάζει να αναγνωρίζει ότι ο ασθενής επί μη ενημέρωσης για τις επιπλοκές κρίσιμης ιατρικής επεμβάσεως απώλεσε την ευκαιρία να αποφασίσει αν θα συναινέσει ή όχι σε κρίσιμη ιατρική επέμβαση, χωρίς όμως να ασχοληθεί περαιτέρω με το πρόβλημα της «απώλειας ευκαιρίας» (ελλείπει και σχετικής αίτησης από τους διαδίκους), αφού έκανε δεκτή την ύπαρξη πρόσφορης αιτιώδους συνάφειας μεταξύ παράλειψης ενημέρωσης και προσβολής της υγείας του ασθενούς (βλ. σχετικά *Μάνθος*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 137).

²²⁸ Βλ. *Τσίρο*, ό.π. (υποσ. 225), 282.

²²⁹ Βλ. εισήγηση *D. Chauvaux* στις αποφάσεις του Conseil d'État της 5.1.2000 RFDA 2000, σ. 641.

²³⁰ Έτσι *Μάνθος*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 95, όπου και υποσ. 337 και *Τσίρος*, ό.π. (υποσ. 225), 65, όπου και υποσ. 18, σύμφωνα με τους οποίους σε αυτές τις περιπτώσεις είναι δυνατόν να στοιχειοθετηθεί ευθύνη λόγω απώλειας ευκαιρίας κατά το ποσοστό επιτυχίας αυτής. Επισημαίνουν δε (με παραπομπή σε *M. Fabre-Magnan*, *Avortement et responsabilité médicale*, RTD civ., 2001, 314) ότι οι πιθανότητες ίασης εν προκειμένω είναι υπολογίσιμες αντικειμενικά και εξαρτώνται από την εγνωσμένη αποτελεσματικότητα της θεραπείας και όχι από την υποκειμενική έκφραση οιασδήποτε βουλήσεως.

²³¹ Έτσι *Μάνθος*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 95 και *Μαθιουδάκης*, ό.π. (υποσ. 46), 705.

²³² Κεφ. Γ. υπό Π.3.

(«obligation de moyens») και όχι στις «ενοχές αποτελέσματος» («obligation de résultat»)²³³. Υποχρέωση μέσων σημαίνει ότι ο οφειλέτης οφείλει μόνον να επιδείξει συγκεκριμένη συμπεριφορά, να τηρήσει συγκεκριμένο πρότυπο και μέτρο επιμέλειας, ενώ υποχρέωση αποτελέσματος σημαίνει ότι ο οφειλέτης οφείλει να προσπορίσει στον δανειστή ορισμένο αποτέλεσμα²³⁴. Η παροχή υπηρεσιών από ελεύθεριο επάγγελμα όπως και ιδίως η παροχή ιατρικών υπηρεσιών συνιστά χαρακτηριστικό παράδειγμα υποχρέωσης παροχής μέσων λόγω της ιδιαιτερότητας της ιατρικής πράξεως ως επέμβασης στον ανθρώπινο οργανισμό, οι αντιδράσεις του οποίου είναι απρόβλεπτες και η φύση του πεπερασμένη²³⁵. Δηλαδή, ο ιατρός δεν δύναται να υποσχεθεί - να εγγυηθεί την θεραπεία του ασθενούς, παρά μόνο πως θα ενεργήσει σύμφωνα με το επιβαλλόμενο πρότυπο και μέτρο επιμελείας²³⁶. Το αρνητικό αποτέλεσμα μιας ιατρικής πράξεως δεν επαρκεί για την επίρριψη δυσμενών συνεπειών αποκλειστικώς στον ιατρό και η κατανομή αυτών χωρεί με γνώμονα την αιτιώδη σύνδεσή τους με κάποιο ιατρικό λάθος²³⁷.

Ως προς την έννοια του ιατρικού σφάλματος έχει ήδη εισαγωγικά επισημανθεί²³⁸ ότι συνιστά την συμπεριφορά του ιατρού που αξιολογείται ως υπολειπόμενη της επιβαλλόμενης στο ιατρικό επάγγελμα και στην συγκεκριμένη περίπτωση επιμέλειας, διότι κατά κανόνα ο ιατρός δεν τηρεί το επαγγελματικό standard ή επειδή παραβιάζει τους κανόνες της ιατρικής επιστήμης και τέχνης. Αποφασιστικό κριτήριο για την διαπίστωση του ιατρικού σφάλματος είναι ο μέσος συνετός ιατρός (bonus medicus) που τηρεί τους κανόνες της επιστήμης του (leges artis)²³⁹. Αυτά είναι και τα δύο αντικειμενικά κριτήρια που απαιτούνται προκειμένου να εξειδικευθεί το ιατρικό σφάλμα.

Η διενέργεια των ιατρικών πράξεων σύμφωνα με τους κανόνες της ιατρικής επιστήμης προβλέπεται ειδικότερα: στο άρθρο 3 παρ. 3 εδ. α' ΚΙΔ, κατά το οποίο «ο ιατρός, κατά την άσκηση της ιατρικής, ενεργεί με πλήρη ελευθερία, στο πλαίσιο των γενικά αποδεκτών κανόνων και μεθόδων της ιατρικής επιστήμης, όπως αυτοί διαμορφώνονται με βάση τα αποτελέσματα της εφαρμοσμένης σύγχρονης επιστημονικής έρευνας», στο άρθρο 2 παρ. 3 εδ. α' ΚΙΔ, που ορίζει πως «το ιατρικό λειτούργημα ασκείται σύμφωνα με τους γενικά αποδεκτούς κανόνες της ιατρικής επιστήμης» και στο άρθρο 10 παρ. 1 ΚΙΔ, σύμφωνα με το οποίο «η άσκηση της ιατρικής γίνεται σύμφωνα με τους γενικά παραδεκτούς κανόνες της ιατρικής επιστήμης»²⁴⁰.

²³³ Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 2), σ. 184. Για το ότι αυτή είναι η κρατούσα άποψη στο γαλλικό δίκαιο, βλ. ανωτέρω στην Εισαγωγή υπό Ι., σ. 6, υποσ. 22. Γενικότερα για την διάκριση εξ επόμεως σύμβασης ιατρικής αγωγής, βλ. ανωτέρω στην Εισαγωγή υπό Ι., σ. 6-7. Επισημαίνεται όμως ορθά (βλ. Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 2), σ. 69) ότι «στην ιατρική ευθύνη η ιδέα της ενοχής μέσω υπερβαίνει την ύπαρξη συμβατικού δεσμού». Επίσης, για την σχετική διάκριση και ορολογία στην γαλλική θεωρία, βλ. Demogue, Traité des Obligations en général. τόμ. V, 1925, αρ. 1237 (βλ. σχετικά Πελλένη-Παπαγεωργίου, ό.π. (υποσ. 8), σ. 49, υποσ. 194).

²³⁴ Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 2), σ. 66. Βλ. και Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 116-119.

²³⁵ Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 2), σ. 66-67. Χαρακτηριστικά για τον ανθρώπινο οργανισμό αναφέρεται ότι συνιστά «ένα εξαιρετικά σύνθετο και μοναδικό κατά άτομο σύστημα» (Φύτρου, ό.π. (υποσ. 1), σ. 39).

²³⁶ Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 2), σ. 67-68.

²³⁷ Βλ. Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 2), σ. 184.

²³⁸ Βλ. ανωτέρω, Εισαγωγή υπό Ι., σ. 5-6, όπου και υποσ. 9, 10. Από την νομολογία, χαρακτηριστική είναι σχετικά η διατύπωση της ΑΠ 974/2014 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ: «το ιατρικό σφάλμα εμφανίζεται με τη μορφή εκδήλωσης ορισμένης συμπεριφοράς, χαρακτηριζόμενη ως αποκλίνουσα σε σχέση με αυτή την οποία ο μέσος συνετός ιατρός της αντίστοιχης ειδικότητας επιβάλλεται να επιδείξει υπό τις ίδιες συνθήκες και περιστάσεις, τηρώντας τους αναγνωρισμένους κανόνες της ιατρικής επιστήμης σε σχέση με τους οποίους δεν υφίσταται αμφισβήτηση» (βλ. Πελλένη-Παπαγεωργίου, ό.π. (υποσ. 8), σ. 206-207, όπου και υποσ. 11).

²³⁹ Βλ. Ζέπο, Η ευθύνη του ιατρού, ΝοΒ 1973, 2 επ.· Πελλένη-Παπαγεωργίου, ό.π. (υποσ. 8), σ. 208· Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 2), σ. 206· ΑΠ 1227/2007 ΧρΙΔ 2008, 332· ΑΠ 1009/2013, ΠΠρΑθ 689/2011 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

²⁴⁰ Βλ. Πελλένη-Παπαγεωργίου, ό.π. (υποσ. 8), σ. 209.

Στην σύγχρονη θεωρία της ιατρικής ευθύνης το προαναφερθέν κριτήριο έχει εγκαταλειφθεί σε πολλά δίκαια και έχει επικρατήσει το κριτήριο των “standards” - «ιατρικών προτύπων» του ιατρικού επαγγέλματος²⁴¹. Πρόκειται για αναγνωρισμένα πρότυπα της επιστήμης της ιατρικής που ο ιατρός οφείλει να ακολουθήσει κατά την διενέργεια της ιατρικής πράξεως, προσδιορίζονται δε από τις αντικειμενικές περιστάσεις, από τους κανόνες της ιατρικής επιστήμης, την ιατρική εμπειρία και τις συγκεκριμένες συνθήκες παροχής ιατρικών υπηρεσιών²⁴². Τα «ιατρικά πρότυπα» -εν αντιθέσει με τους «παγιομένους» κανόνες της ιατρικής- εμφανίζουν δυναμικό και ευέλικτο χαρακτήρα αφού προσαρμόζονται στην αδιάλειπτη εξέλιξη της ιατρικής²⁴³. Δέον να επισημανθεί ότι οι προσεγγίσεις των ιατρικών προτύπων και των κανόνων της ιατρικής επιστήμης και τέχνης είναι κοινές²⁴⁴. Τα ιατρικά πρότυπα στην ουσία αποκτούν κανονιστική σημασία στα πλαίσια της ιατρικής ευθύνης μέσω των αναφορών του άρθρου 3 ΚΙΔ λ.χ. σε «κανόνες της τεκμηριωμένης και βασισμένης σε ενδείξεις ιατρικής επιστήμης», «αποτελέσματα της εφαρμοσμένης σύγχρονης επιστημονικής έρευνας» που διαμορφώνουν τους γενικά αποδεκτούς κανόνες και τις γενικά αποδεκτές μεθόδους της ιατρικής επιστήμης (evidence based medicine)²⁴⁵.

Το ιατρικό σφάλμα, όμως, έχει προσεγγιστεί και με ένα άλλο κριτήριο: την επιμέλεια του ιατρού στην συγκεκριμένη περίπτωση, στον συγκεκριμένο ασθενή²⁴⁶. Υποστηρίζεται²⁴⁷ πως έρεισμα του εν λόγω κριτηρίου είναι το άρθρο 3 παρ. 3 εδ. β' ΚΙΔ που αναφέρει ρητά πως ο ιατρός έχει δικαίωμα να επιλέξει εκείνη την μέθοδο θεραπείας που κατά την κρίση του υπερτερεί έναντι άλλων για τον συγκεκριμένο ασθενή. Ωστόσο, ορθά υποστηρίζεται²⁴⁸ πως το ως άνω κριτήριο εκφράζει την θεμελιώδη αρχή της ιατρικής επιστήμης “salus aegroti suprema lex” («ο υπέρτατος νόμος είναι η σωτηρία του ασθενούς»), η διάταξη δε του άρθρου 3 παρ. 3 εδ. β' ΚΙΔ δεν απομακρύνεται από το αντικειμενικό κριτήριο της τήρησης από τον μέσο συνετό ιατρό των κανόνων της ιατρικής επιστήμης. Υποστηρίζεται περαιτέρω ορθά²⁴⁹ πως τα κριτήρια “bonus medicus”, “leges artis”, “standards” πρέπει να συνδυασθούν με το κριτήριο του συμφέροντος του ασθενούς κατά την κρίση για την διαπίστωση της ύπαρξης ή μη του ιατρικού σφάλματος.

Το ιατρικό σφάλμα που προκαλεί αιτιωδώς ζημία σε ένα πρόσωπο ένεκα προσβολής του σώματος ή της υγείας του αναγνωρίζεται παγίως στο ελληνικό δίκαιο ως περίπτωση εφαρμογής

²⁴¹ Βλ. Πελένη-Παπαγεωργίου, ό.π. (υποσ. 8), σ. 217-218, με περαιτέρω παραπομπές· Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 2), σ. 208, με περαιτέρω παραπομπές.

²⁴² Βλ. Πελένη-Παπαγεωργίου, ό.π. (υποσ. 8), σ. 218, με περαιτέρω παραπομπές· Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 2), σ. 209, με περαιτέρω παραπομπές, η οποία και επισημαίνει ότι η καθιέρωση του ιατρικού προτύπου ποιότητας ως κριτηρίου κρίσης για την ύπαρξη ιατρικού σφάλματος και κριτηρίου επιμέλειας του ιατρού σχετίζεται με την θεώρηση της ευθύνης του ως επαγγελματικής ευθύνης.

²⁴³ Βλ. Πελένη-Παπαγεωργίου, ό.π. (υποσ. 8), σ. 219, με περαιτέρω παραπομπές· Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 2), σ. 212-213, με περαιτέρω παραπομπές. Πρβλ. για τα «ιατρικά πρωτόκολλα ιατρικής πράξης» και τις «κατευθυντήριες οδηγίες» (guidelines) που αποκτούν σημασία στα πλαίσια καθορισμού του ιατρικού προτύπου επιμέλειας σε Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 2), σ. 211-212.

²⁴⁴ Βλ. Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 2), σ. 210.

²⁴⁵ Βλ. Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 2), σ. 210, 212.

²⁴⁶ Βλ. Πελένη-Παπαγεωργίου, ό.π. (υποσ. 8), σ. 220· Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 2), σ. 214

²⁴⁷ Τροκάνας, Ιατρικό σφάλμα και ευθύνη για αλλότριες πράξεις, σε Γώγος/ Καϊάφα Γκμπάντι/ Παπαδοπούλου/ Φουντεδάκη (επιμ.), Η ιατρική ευθύνη στην πράξη, 2010, σ. 141.

²⁴⁸ Βλ. Πελένη-Παπαγεωργίου, ό.π. (υποσ. 8), σ. 221. Βλ. και Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 2), σ. 224.

²⁴⁹ Πελένη-Παπαγεωργίου, ό.π. (υποσ. 8), σ. 221· Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 2), σ. 223-224.

της διάταξης του άρθρου ΑΚ 914²⁵⁰. Από την οπτική της άποψης²⁵¹ που συνδέει την παρανομία με το παράνομο αποτέλεσμα, εν προκειμένω την βλάβη της ζωής, της σωματικής ακεραιότητας του ασθενούς, το ιατρικό σφάλμα πρέπει να αντιμετωπιστεί ως στοιχείο της υπαιτιότητας, ήτοι της αμέλειας, ως μη καταβολής της επιμέλειας που απαιτείται στις συναλλαγές (ΑΚ 330) και, άρα, ο ιατρός που με πράξη του προκαλεί βλάβη στον ασθενή δεν ευθύνεται σε αποζημίωση στην περίπτωση που δεν έχει διαπράξει ιατρικό σφάλμα, επειδή δεν είναι υπαίτιος²⁵².

Κατά την άποψη²⁵³ που αντιμετωπίζει την παρανομία από την πλευρά της συμπεριφοράς που πρέπει καθαυτή να αποδοκιμάζεται από το δίκαιο, το ιατρικό σφάλμα ως μη τήρηση των κανόνων που διέπουν την άσκηση της ιατρικής επιστήμης και μη επίδειξη της οφειλόμενης επιμέλειας αποτελεί παράνομη συμπεριφορά²⁵⁴. Το παράνομο με βάση την τελευταία αυτή άποψη λοιπόν²⁵⁵ συνίσταται στο ότι ο ιατρός δεν διενεργεί την ιατρική πράξη *lege artis*, δεν τηρεί τους κανόνες της ιατρικής επιστήμης, όπως οι σχετικές αυτές υποχρεώσεις προσδιορίζονται στις διατάξεις των άρθρων 3 παρ. 3 και 10 παρ. 1 ΚΙΔ' αλλά και οι διατάξεις αυτές να μην υπήρχαν, πάλι ο ιατρός θα παρανομούσε διότι η παρανομία του θα συνδεόταν με την λεγόμενη διευρυμένη έννοια του παρανόμου, την παράβαση δηλαδή των γενικών άγραφων υποχρεώσεων επιμελείας απορρεουσών από το γενικό καθήκον πρόνοιας και ασφάλειας των προσώπων που χρήζουν ιατρικής φροντίδας²⁵⁶. Η εν λόγω θεώρηση του ιατρικού σφάλματος ως απαγορευμένης από το δίκαιο (παράνομης) αμελούς συμπεριφοράς συνδέεται με την αμέλεια ως μορφή υπαιτιότητας (η οποία πρέπει επίσης να συντρέχει για την θεμελίωση της ευθύνης του ιατρού), αφού σπάνια ο ιατρός επιφέρει με δόλο βλάβη του ασθενούς²⁵⁷. Με βάση την ΑΚ 330 και λόγω της επαγγελματικής ευθύνης του ιατρού, το μέτρο της απαιτούμενης επιμέλειας κρίνεται με βάση την επιμέλεια που μπορούσε να επιδείξει ο μέσος συνετός ιατρός της ειδικότητάς του²⁵⁸. Η αμέλεια έτσι συνδέεται τόσο με την παρανομία όσο και με την υπαιτιότητα («διπλή λειτουργία της αμέλειας»²⁵⁹), αφού η ίδια συμπεριφορά (το ιατρικό σφάλμα εν προκειμένω) φαίνεται να πληροί το «πραγματικό» τόσο της παρανομίας όσο και της αμέλειας²⁶⁰.

Όσον αφορά επιπλέον το ζήτημα του ιατρού αυξημένων προσόντων, στην ενδοσυμβατική ευθύνη τα ανώτερα του μέσου όρου προσόντα του ιατρού λαμβάνονται υπόψη ενόψει της ΑΚ 652 παρ. 2 βάσει της οποίας γίνεται δεκτό ότι η μόρφωση, οι ειδικές γνώσεις και ικανότητες του ιατρού

²⁵⁰ Βλ. *Πελένη-Παπαγεωργίου*, ό.π. (υποσ. 8), σ. 241· *Φουντεδάκη*, ό.π. (υποσ. 2), σ. 189· *Κότσιανο*, ό.π. (υποσ. 21), σ. 54-55· *Τσαλαπώρτα*, *Ιατρική αμέλεια και προβληματισμοί αναφορικά με την αντιμετώπιση της αστικής ιατρικής ευθύνης από τα πολιτικά δικαστήρια της Ελλάδος*, σε: *Ιατρική ευθύνη από αμέλεια (αστική-ποινική)*, Ειδικά θέματα Ιατρικού Δικαίου, 2013, σ. 7· *Παπαχρίστου*, *Η αστική ιατρική ευθύνη στην αναίτια καισαρική τομή και τον εν γένει επεμβατικό τοκετό*, 2018, σ. 105.

²⁵¹ *Αστ. Γεωργιάδης*, ό.π. (υποσ. 150), σ. 72· *Φίλιος*, *Ενοχικό Δίκαιο-Ειδικό Μέρος*, τ. ΙΙ, 2011, σ. 300.

²⁵² *Φουντεδάκη*, ό.π. (υποσ. 2), σ. 189-190.

²⁵³ *Σταθόπουλος*, ό.π. (υποσ. 3), σ. 978 επ.· *Απ. Γεωργιάδης*, ό.π. (υποσ. 138), σ. 661-662· *Κορνηλάκης*, ό.π. (υποσ. 146), σ. 1638· ΑΠ 1227/2007, ΑΠ 843/2021 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

²⁵⁴ *Φουντεδάκη*, ό.π. (υποσ. 2), σ. 190.

²⁵⁵ Που υιοθετείται και από την *Φουντεδάκη*, ό.π. (υποσ. 2), σ. 190-191, 193-195 (η οποία ορθά παρατηρεί πως: «*Ανεξάρτητα από το αν αποτελεί παρανομία ή υπαιτιότητα, το ιατρικό σφάλμα κρίνεται με τον ίδιο ακριβώς τρόπο και έχει το ίδιο περιεχόμενο*») και από την *Πελένη-Παπαγεωργίου*, ό.π. (υποσ. 8), σ. 244.

²⁵⁶ Βλ. *Φουντεδάκη*, ό.π. (υποσ. 2), σ. 190-191· *Πελένη-Παπαγεωργίου*, ό.π. (υποσ. 8), σ. 244. Για την «διευρυμένη έννοια του παρανόμου», βλ. αναλυτικά *Σταθόπουλο*, ό.π. (υποσ. 3), σ. 963 επ., όπου και περαιτέρω παραπομπές.

²⁵⁷ *Φουντεδάκη*, ό.π. (υποσ. 2), σ. 197· *Πελένη-Παπαγεωργίου*, ό.π. (υποσ. 8), σ. 210.

²⁵⁸ Βλ. *Πελένη-Παπαγεωργίου*, ό.π. (υποσ. 8), σ. 211-212· *Φουντεδάκη*, ό.π. (υποσ. 2), σ. 190-191· *Σταθόπουλο*, ό.π. (υποσ. 3), σ. 341 επ.

²⁵⁹ Για την οποία βλ. αναλυτικά *Σταθόπουλο*, ό.π. (υποσ. 3), σ. 352 επ., με περαιτέρω παραπομπές.

²⁶⁰ Βλ. *Φουντεδάκη*, ό.π. (υποσ. 2), σ. 190-191· *Πελένη-Παπαγεωργίου*, ό.π. (υποσ. 8), σ. 213-214· ΑΠ 974/2014, 1227/2007, ΠΠρΑθ 689/2011 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

συνεκτιμώνται για τον βαθμό επιμέλειάς του²⁶¹. Στην αδικοπρακτική ευθύνη, όμως, η κρατούσα στην ελληνική θεωρία άποψη θεωρεί ότι οι ιδιαίτερες ικανότητες, η περαιτέρω εξειδίκευση, η εμπειρία, οι ακαδημαϊκοί τίτλοι κ.λπ. δεν είναι κρίσιμα για το πρότυπο της επιμέλειας (προς τα πάνω)²⁶². Αρκεί δηλαδή ο ιατρός να επιδεικνύει την απόδοση του μέσου ιατρού της ειδικότητάς του χωρίς να οφείλει σε κάθε περίπτωση να ανταποκρίνεται στις δικές του ιδιαίτερα αυξημένες ικανότητες. Κατά την αντίθετη άποψη²⁶³ όμως, το πρόσωπο που διαθέτει άνω του μέσου όρου επαγγελματικές ικανότητες και υψηλότερο κοινωνικό κύρος, οφείλει να επιδεικνύει στην επαγγελματική και κοινωνική του συμπεριφορά αντιστοίχως ανώτερο επίπεδο επιμέλειας.

Το κρίσιμο ζήτημα ωστόσο είναι η σύνδεση της απώλειας θεραπευτικής ευκαιρίας με το ιατρικό σφάλμα. Οι περιπτώσεις του ιατρικού σφάλματος συνιστούν τις κατεξοχήν περιπτώσεις όπου θα μπορούσε να υποστηριχθεί η δυνατότητα εφαρμογής της «απώλειας ευκαιρίας»²⁶⁴. Πράγματι, στην θεωρία²⁶⁵ χαρακτηριστικό παράδειγμα όπου υποστηρίζεται πως θα μπορούσε να βρει έδαφος εφαρμογής η θεωρία της απώλειας ευκαιρίας είναι η περίπτωση ασθενούς που δεν υποβάλλεται στην κατάλληλη ιατρική αγωγή από αμέλεια του ιατρού και έτσι χάνει την πιθανότητα να αποφύγει την επιδείνωση της προσωπικής και συνακόλουθα της περιουσιακής του κατάστασης.

Σε κάθε στάδιο της παροχής ιατρικών υπηρεσιών (διαγνωστικό, θεραπευτικό κ.λπ.²⁶⁶) μπορεί να σημειωθεί είτε με ενέργεια είτε με παράλειψη ιατρικό σφάλμα με το οποίο να μπορεί να συσχετιστεί η θεωρία της απώλειας ευκαιρίας επιβίωσης ή θεραπείας²⁶⁷. Μπορεί για παράδειγμα ο ιατρός να μην διαγνώσει ορθά ή εγκαίρως το πρόβλημα υγείας του ασθενούς και εκείνος να απωλέσει τις πιθανότητες που είχε να μην επιδεινωθεί η υγεία του. Είναι δυνατόν πάλι ο ιατρός να παραλείπει να προβεί στην απαιτούμενη χειρουργική επέμβαση ή να την διενεργεί *contra leges artis* και ο ασθενής να αποβιώνει έχοντας οποιαδήποτε πιθανότητα ίασης που είχε εάν δεν συνέβαινε το ιατρικό σφάλμα. Άλλο παράδειγμα είναι όταν ο ιατρός δεν προβαίνει σε έγκαιρη αντιμετώπιση του προβλήματος της υγείας του ασθενούς με απότοκο την στέρηση της δυνατότητας του τελευταίου να τύχει αποτελεσματικής ιατρικής αγωγής²⁶⁸. Η απώλεια ευκαιρίας βέβαια θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι εφαρμόζεται στις συγκεκριμένες περιπτώσεις μόνον υπό την απαραίτητη προϋπόθεση ότι δεν μπορεί να θεμελιωθεί αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ του

²⁶¹ Βλ. *Πελένη-Παπαγεωργίου*, ό.π. (υποσ. 8), σ. 214-215· *Φουντεδάκη*, ό.π. (υποσ. 2), σ. 234· *Ζέπο*, ό.π. (υποσ. 239), σ. 6· *Σταθόπουλο*, ό.π. (υποσ. 3), σ. 343.

²⁶² *Απ. Γεωργιάδης*, ό.π. (υποσ. 138), σ. 259· *Φουντεδάκη*, ό.π. (υποσ. 2), σ. 235· ΑΠ 853/2017 ΤΝΠ QUALEX· ΑΠ 1344/2021 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

²⁶³ Βλ. *Πελένη-Παπαγεωργίου*, ό.π. (υποσ. 8), σ. 214-215, με περαιτέρω παραπομπές, όπου αναφέρεται: «Μια στροφή προς «υποκειμενικοποίηση» της αμέλειας φαίνεται να καταγράφει το άρθρο 3 § 2 εδ. α' και β' Κωδ.ΙατρΔ, που ορίζει, ότι ο ιατρός ενεργεί «με βάση την εκπαίδευση που του έχει παρασχεθεί...» (εδ. α'), «την πείρα και τις δεξιότητες που αποκτά κατά την άσκηση της ιατρικής» (εδ. β')». Βλ. και σε *Σταθόπουλο*, ό.π. (υποσ. 3), σ. 343 την ιδέα περί τελολογικής συστολής του ΑΚ 330 εδ. β' μέσω της οποίας, κατά τον ίδιο, θα μπορούσε να υποστηριχθεί γενικότερη ευθύνη του εξαιρετικώς ικανού ιατρού όταν αυτός υπολείπεται των συνήθων επιδόσεών του.

²⁶⁴ Βλ. και *Μάνθο*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 130. Βλ. σχετικά και τα παραδείγματα α), β), γ) και δ) που αναφέρονται ανωτέρω, Εισαγωγή υπό ΙΙ.

²⁶⁵ Βλ. λ.χ. *Παπαδημητρόπουλο*, ό.π. (υποσ. 48), 138· *Bottis, M. C. V.*, ό.π. (υποσ. 45), 291· *Μάνθο*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 70.

²⁶⁶ Για τις μορφές ιατρικών σφαλμάτων, βλ. αναλυτικά *Πελένη-Παπαγεωργίου*, ό.π. (υποσ. 8), σ. 224 επ.· *Φουντεδάκη*, ό.π. (υποσ. 2), σ. 249 επ. Για μια επισκόπηση της νομολογίας επί διάφορων περιπτώσεων ιατρικών σφαλμάτων ανά ιατρική ειδικότητα, βλ. *Φράγκο*, ό.π. (υποσ. 5), σ. 157 επ.

²⁶⁷ Βλ. *Μάνθο*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 131.

²⁶⁸ Cass. civ. 25.11.1997 Resp civ et assur 1998, comm. 58. Βλ. *Μάνθο*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 130-132 και σχετική υποσ. 450.

εκάστοτε ιατρικού σφάλματος και της τελικής ζημίας του ασθενούς, διαφορετικά θα επιδικασθεί πλήρης αποζημίωση²⁶⁹.

II. Ζητήματα αιτιώδους συνδέσμου και ζημίας στην απώλεια θεραπευτικής ευκαιρίας

Ανωτέρω καταβλήθηκε προσπάθεια να παρουσιαστούν σε λίγες γραμμές τα βασικά χαρακτηριστικά των πηγών της αστικής ιατρικής ευθύνης και να συνδεθούν οι δύο αυτές πηγές (αυθαίρετη ιατρική πράξη και ιατρικό σφάλμα) με την απώλεια θεραπευτικής θεωρίας. Το εν λόγω εγχείρημα κατέστη αναγκαίο όχι μόνο για λόγους δομής και συνοχής της παρούσας μελέτης αλλά και για να δημιουργηθούν οι κατάλληλες νοηματικές συνθήκες προς την πληρέστερη σύζευξη ιατρικής ευθύνης και απώλειας θεραπευτικής ευκαιρίας. Οι δογματικές κατηγορίες που εγγύτερα θα εξετασθούν προκειμένου να κατανοηθεί σε ικανοποιητικό βάθος η εν λόγω θεωρία είναι ο αιτιώδης σύνδεσμος και η ζημία²⁷⁰. Αφετηρία των σχετικών αναλύσεών μας θα αποτελέσει η αρχή «όλα ή τίποτε» της οποίας η παρουσίαση -μαζί με τις νομοθετικές εξαιρέσεις από αυτήν- καθίσταται απαραίτητη βάση για την πληρέστερη κατανόηση της θεωρίας της απώλειας ευκαιρίας.

1. Η αρχή «όλα ή τίποτε»

Θεμελιώδες πρόβλημα της αστικής ευθύνης, όπως αναδείχθηκε από τον καθηγητή Αλέξανδρο Λιτζερόπουλο²⁷¹, είναι το αν η αποζημίωση πρέπει πάντα να ισοφαρίζει πλήρως την επελθούσα ζημία ή αν πρέπει αντίθετα το ποσό της να ποικίλλει ανάλογα με τις περιστάσεις, κυρίως της βαρύτητας του πταίσματος που είχε ο υπαίτιος και της οικονομικής κατάστασης των μερών²⁷².

Το προϊσχύσαν βυζαντινορωμαϊκό δίκαιο επέβαλλε πλήρη ανόρθωση της ζημίας χωρίς να συνεκτιμώνται οι συντρέχουσες περιστάσεις και ο ΑΚ ακολούθησε την παράδοση αυτή (βλ. κυρίως την ΑΚ 298 εδ. α': «Η αποζημίωση περιλαμβάνει τη μείωση της υπάρχουσας περιουσίας του δανειστή (θετική ζημία) καθώς και το διαφυγόν κέρδος»²⁷³). Έτσι λοιπόν ο ΑΚ υιοθέτησε στο δίκαιο της αποζημίωσης την λεγόμενη αρχή «όλα ή τίποτε»: «Υποχρέωση προς αποζημίωση σημαίνει υποχρέωση αποκατάστασης όλης της ζημίας, εννοείται μόνο εκείνης που συνδέεται αιτιωδώς... με τον νόμιμο λόγο ευθύνης»²⁷⁴. Εφόσον δεν προκύπτει κάτι διαφορετικό εκ του νόμου στην συγκεκριμένη περίπτωση, ισχύει ο κανόνας της πλήρους αποζημίωσης, δηλαδή συντρεχουσών όλων των προϋποθέσεων της ευθύνης προς αποζημίωση, η ζημία αποκαθίσταται σε όλη της την έκταση, ενώ, εάν έστω και μία εκ των σχετικών προϋποθέσεων να μην συντρέχει, δεν επιδικάζεται καθόλου αποζημίωση²⁷⁵. Ο ΑΚ δεν προέβλεψε την αντίθετη αρχή του

²⁶⁹ Βλ. και Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 132.

²⁷⁰ Πρβλ. και ανωτέρω, Εισαγωγή υπό Ι., σ. 8.

²⁷¹ Βλ. Λιτζερόπουλο, Τρία θεμελιώδη προβλήματα της Αστικής Ευθύνης εις τα σύγχρονα δίκαια και τον ελληνικόν Αστικόν Κώδικα, ΑΙΔ 1940, 193 επ.

²⁷² Σαϊτάκης, Η αρχή «όλα ή τίποτε» στο δίκαιο της αποζημίωσης. Σκέψεις για τη δυνατότητα περιστολής της αποζημίωσης με βάση τη γενική ρήτρα της καλής πίστης, σε Τιμ. Τόμ. Φιλ. Δωρή-Π (2015), σελ. 1392, όπου και υποσ. 11.

²⁷³ Βλ. Σαϊτάκη, ό.π. (υποσ. 272), σελ. 1392-1393, όπου και την πολύ ενδιαφέρουσα υποσ. 12.

²⁷⁴ Σταθόπουλος, ό.π. (υποσ. 3), σ. 626-627. Βλ. και Λιτζερόπουλο, ό.π. (υποσ. 135), άρθρ. 298, αρ. 1.

²⁷⁵ Βλ. Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 627· Σαϊτάκη, ό.π. (υποσ. 272), σελ. 1393. Παράδειγμα: εφόσον σε ιατρικό περιστατικό προκληθεί από ιατρική αμέλεια βλάβη της υγείας του ασθενούς και διαπιστωθεί και ο απαραίτητος αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ τους, ο ιατρός υπέχει υποχρέωση ανόρθωσης ολόκληρης της ζημίας που υπέστη ο ασθενής.

καθορισμού της αποζημίωσης ανάλογα με τις συντρέχουσες κάθε φορά περιστάσεις και ιδίως την βαρύτητα του πταίσματος του οφειλέτη, η οποία αρχή προβλέφθηκε π.χ. από τον ελβετικό Κώδικα Ενοχών (άρθρα 43, 44, 99 παρ. 3)²⁷⁶.

Η ratio της αρχής «όλα ή τίποτε» εντοπίζεται στην κρατούσα αντίληψη περί του σκοπού της αποζημίωσης²⁷⁷, κατά την οποία κύρια αποστολή αυτής είναι η αποκατάσταση της επελθούσας ζημίας²⁷⁸, σκοπός δηλαδή είναι «η προστασία του ζημιωθέντος, η οποία επιδιώκεται με την παροχή σ' αυτόν ενός αντισταθμίσιμου ικανού να εξισορροπήσει τη ζημία που προκλήθηκε»²⁷⁹. Στις περιπτώσεις δε που η αποτίμηση της ζημίας δεν είναι δυνατή (περιπτώσεις μη περιουσιακής ζημίας) η «αποζημίωση» δεν σκοπεύει στην αποκατάσταση της ζημίας αλλά στην «ικανοποίηση»²⁸⁰ του ζημιωθέντος για την προσβολή την οποία υπέστη, ήτοι στην απόβλυσση με υλικά μέσα και στην ανακούφιση των δυσμενών συνεπειών της προσβολής²⁸¹. Κατά την άποψη αυτή λοιπόν, η αποζημίωση δεν συνιστά κύρωση σε βάρος του ζημιώσαντος, το πρόσωπο του οποίου αφήνεται σε δεύτερη μοίρα και, για τον λόγο αυτό, ενώ κατά κανόνα η ευθύνη προς αποζημίωση προϋποθέτει την ύπαρξη πταίσματος, καταρχήν είναι αδιάφορος γι' αυτήν ο βαθμός του πταίσματος²⁸². Έτσι, αν και καταρχήν κάθε άνθρωπος οφείλει να φέρει ο ίδιος τον κίνδυνο της ζημίας που αυτός υφίσταται στα έννομα αγαθά του (“casum sentit dominus”), κατ' εξαίρεση επί υπαίτιας πρόκλησης από άλλο πρόσωπο ζημίας, η έννομη τάξη επιρρίπτει το βάρος της ζημίας στο πρόσωπο που υπαίτια την προκάλεσε (τουλάχιστον στις συνηθέστερες περιπτώσεις της «υποκειμενικής ευθύνης», στην οποία ανήκει και η αδικοπρακτική ευθύνη προς αποζημίωση)²⁸³ το δίκαιο λοιπόν στις περιπτώσεις αυτές αποβλέπει στο οιοδήποτε πταίσμα του ζημιωθέντος ακολουθώντας την αρχή της υπαιτιότητας χωρίς να υπάρχει ουδεμία διαφοροποίηση ανάλογα με την βαρύτητα του πταίσματος ή τις κατ' ιδίαν περιστάσεις²⁸³.

Υποστηρίζεται ότι στα πλεονεκτήματα της αρχής «όλα ή τίποτε» συγκαταλέγεται η ασφάλεια του δικαίου και η βεβαιότητα του ζημιωθέντος ως προς την προστασία του, διότι με την πλήρη αποζημίωση που οφείλεται επί παράνομης και υπαίτιας πρόκλησης ζημίας σε άλλον εξασφαλίζεται η πλήρης προστασία του ζημιωθέντος και επιπλέον απομειώνεται ο κίνδυνος των δικαστικών αυθαιρεσιών²⁸⁴.

²⁷⁶ Βλ. Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 627, ο οποίος και ορθά επισημαίνει πως η θεωρία της διαφοράς με βάση την οποία διαπιστώνεται το ύψος της ζημίας «δεν αρνείται, σωστά νοούμενη, τις περιοριστικές της ζημίας προϋποθέσεις»: Σαϊτάκη, ό.π. (υποσ. 272), σελ. 1393. Για το ότι οι πλέον σύγχρονες τάσεις κατευθύνονται στην προσαρμογή του ύψους της αποζημίωσης στις ιδιαιτερότητες της κάθε φορά συγκεκριμένης περίπτωσης και γενικότερα για τις σχετικές διακαιουσυγκριτικές παρατηρήσεις, βλ. Σαϊτάκη, ό.π. (υποσ. 272), σελ. 1393-1395.

²⁷⁷ Σταθόπουλος, ό.π. (υποσ. 3), σ. 486-487· Αστ. Γεωργιάδης, ό.π. (υποσ. 150), σ. 120· Φίλιος, ό.π. (υποσ. 181), σ. 308.

²⁷⁸ Σαϊτάκης, ό.π. (υποσ. 272), σελ. 1395.

²⁷⁹ Σταθόπουλος, ό.π. (υποσ. 3), σ. 487.

²⁸⁰ Πρβλ. την διατύπωση των διατάξεων των άρθρων ΑΚ 299, 59, 932.

²⁸¹ Βλ. Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 487. Πρβλ. όμως Φίλιο, ό.π. (υποσ. 181), σ. 308, κατά τον οποίο: «Η ικανοποίηση της ηθικής βλάβης έχει και αυτή κατ' αρχήν αποκαταστατικό σκοπό. Σε εξαιρετικές περιπτώσεις ο σκοπός της είναι καθαρά εξιλεωτικός...». Βέβαια, ο Σταθόπουλος, ό.π. (υποσ. 3), σ. 487 επισημαίνει πως και στην αποκατάσταση της περιουσιακής ζημίας και στην ικανοποίηση της μη περιουσιακής ζημίας «στο επίκεντρο βρίσκεται το πρόσωπο του ζημιωθέντος και η προστασία του ιδιωτικού του συμφέροντος (αποκατάσταση της ζημίας του ή απλώς ικανοποίηση γι' αυτήν)». Πρβλ. και Αστ. Γεωργιάδη, ό.π. (υποσ. 150), σ. 121.

²⁸² Βλ. Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 487, με περαιτέρω παραπομπές. Βλ. και Κορνηλάκη, ό.π. (υποσ. 146), σ. 1591.

²⁸³ Βλ. Σαϊτάκη, ό.π. (υποσ. 272), σελ. 1395-1396, με περαιτέρω παραπομπές. Για τον κανόνα “casum sentit dominus”, βλ. Sourlas, Werungsjurisprudenz im Deliktsrecht, σε Festschrift für Apostolos Georgiades, 2005, σ. 1125 επ. (βλ. Σαϊτάκη, ό.π. (υποσ. 272), σελ. 1395, υποσ. 20).

²⁸⁴ Βλ. Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 628· Σαϊτάκη, ό.π. (υποσ. 272), σελ. 1396. Για την αρχή της ασφάλειας δικαίου που συνιστά αντικειμενικό σκοπό του δικαίου, βλ. Παπανικολάου, ό.π. (υποσ. 35), σ. 4-5, 177-178.

Το σύστημα «όλα ή τίποτε» χαρακτηρίζεται ως «ανελαστικό», διότι εμφανίζει το μειονέκτημα να μην λαμβάνει επαρκώς υπόψη και τα συμφέροντα του ζημιώσαντος²⁸⁵. Για τον λόγο αυτό, η επιλογή του Έλληνα νομοθέτη να υιοθετήσει την σχετική αρχή έχει υποστεί κριτική. Η δικαιολόγηση της κριτικής αυτής παρουσιάζει μεγάλο ενδιαφέρον. Το κρισιμότερο για τις ανάγκες της παρούσας μελέτης μειονέκτημα της αρχής της πλήρους αποζημίωσης είναι ακριβώς το πρακτικό δίλημμα στο οποίο περιέρχεται ο δικαστής αν θα επιδικάσει πλήρη αποζημίωση ή αν θα απορρίψει την αγωγή²⁸⁶. Η κριτική διάκειται επίσης αρνητικά στο λεγόμενο ότι η αποζημίωση δεν έχει κυρωτικούς σκοπούς. Υποστηρίζεται πως το στοιχείο της αποδοκιμασίας, της μομφής του ζημιώσαντος, που συνιστά γνώρισμα κάθε κύρωσης, ενυπάρχει -τουλάχιστον σε έναν βαθμό- στους βασικούς νόμιμους λόγους ευθύνης του ΑΚ (αδικοπρακτική, ενδοσυμβατική, προσυμβατική) όπου ισχύει η αρχή της υπαιτιότητας²⁸⁷. Επιπλέον, υποστηρίζεται σε ευρεία κλίμακα ότι το δίκαιο της αποζημίωσης έχει και γενικοπροληπτική λειτουργία (είτε αυτή συνιστά κύρια επιδίωξη είτε αντανακλαστική επιθυμητή παρενέργεια)²⁸⁸, ότι δηλαδή η γνώση ότι η επαγωγή ζημίας σε άλλον δημιουργεί υποχρέωση αποζημίωσης, παρακινεί κάθε πρόσωπο να εντείνει την προσοχή του για την αποτροπή προσβολής των εννόμων αγαθών²⁸⁹.

Με την αφετηριακή σκέψη πως η αποζημίωση έχει πέρα από αποκαταστατικό και κυρωτικό χαρακτήρα και με το ισχυρό επιχείρημα πως σε οριακές περιπτώσεις παρέχεται μια μέση λύση στον δικαστή με αποτέλεσμα τον επιμερισμό μεταξύ των διαδίκων του κινδύνου εσφαλμένης δικαστικής εκτίμησης, υποστηρίζεται²⁹⁰ πως παρουσιάζεται ευλόγως η ανάγκη προσαρμογής της αποζημίωσης στις κάθε φορά υπάρχουσες συνθήκες «κατά λειτουργική αναλογία προς την επιμέτρηση της ποινής στον χώρο του ποινικού δικαίου» και πως *de lege ferenda* θα ήταν προκριτέο να υιοθετηθεί από τον ΑΚ η αρχή της προσαρμογής της αποζημίωσης στις εκάστοτε περιστάσεις, αρχή που θα εξασφάλιζε ακόμη περισσότερη «ευκαμψία και δικαιοσύνη».

Σε επίπεδο θετού δικαίου δεν λείπουν όμως ορισμένες προβλεπόμενες εξαιρέσεις από την ανελαστικότητα που κατά τα προελεχθέντα εμφανίζει η υιοθετούμενη από τον ΑΚ αρχή «όλα ή τίποτε». Προβλέπονται καταρχάς στο ελληνικό δίκαιο περιπτώσεις περιορισμού της καταβλητέας αποζημίωσης ώστε αυτή να μην καλύπτει την επελθούσα ζημία σε όλη της την έκταση (κάτι λιγότερο από το «όλα»)²⁹¹. Πρόκειται για τις περιπτώσεις όπου νομοθετικά θεσπίζεται αφηρημένος τρόπος υπολογισμού της ζημίας (λ.χ. αφηρημένος υπολογισμός της ζημίας επί

²⁸⁵ Βλ. Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 628.

²⁸⁶ Βλ. Σαϊτάκη, ό.π. (υποσ. 272), σελ. 1397· Λιτζερόπουλο, ό.π. (υποσ. 271), σ. 199.

²⁸⁷ Σαϊτάκης, ό.π. (υποσ. 272), σελ. 1390. Βλ. και Σπυριδάκη, ό.π. (υποσ. 132), σ. 225. Βλ. αναλυτικά ως προς το ζήτημα αυτό σε Δωρή, Ζητήματα αστικής ευθύνης από ιστορικοσυγκριτική και δικαιοσυγκριτική σκοπιά, ΧρΙΔ 7, 674 επ., ο οποίος επισημαίνει πως η γέννηση υποχρέωσης προς αποζημίωση συνιστά τρόπον τινα μια μορφή αστικής κύρωσης με ποσοτικό προς τα άνω όριο την έκταση της ζημίας που επήλθε. Βλ. και Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 490-492· Παναγιωτόπουλο, Ο συνυπολογισμός ζημίας και κέρδους, 2010, σ. 19.

²⁸⁸ Βλ. Λιτζερόπουλο, ό.π. (υποσ. 271), σ. 196· Δωρή, ό.π. (υποσ. 287), σ. 678-679· Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 490-491· Σπυριδάκη, ό.π. (υποσ. 132), σ. 225· Φίλιο, ό.π. (υποσ. 181), σ. 308· Σαϊτάκη, ό.π. (υποσ. 272), σελ. 1390· Κορηλάκη, ό.π. (υποσ. 146), σ. 1590, ο οποίος αναφέρει πως «και η αντικειμενική ευθύνη μπορεί να επιτελέσει προληπτική λειτουργία».

²⁸⁹ Βλ. Σαϊτάκη, ό.π. (υποσ. 272), σελ. 1390.

²⁹⁰ Σαϊτάκης, ό.π. (υποσ. 272), σελ. 1396-1397, ο οποίος μάλιστα επικαλείται στα σχετικά επιχειρήματα και την αρχή της αναλογικότητας, επισημαίνοντας πως από την σκοπιά της αρχής αυτής εμφανίζεται προβληματική η ίση μεταχείριση της ελαφράς αμέλειας με τον δόλο και την βαριά αμέλεια. Βλ. ήδη υπέρ του συστήματος προσαρμογής της αποζημίωσης αναλόγως των περιστάσεων ο Λιτζερόπουλος, ό.π. (υποσ. 271), σ. 158 επ., 193 επ. Βλ. και Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 628, ο οποίος σε επίπεδο θετού δικαίου προκρίνει την ρητή καταρχήν πρόβλεψη της πλήρους αποζημίωσης αλλά και την δυνατότητα του δικαστή να την μειώνει αναλόγως των εκάστοτε περιστάσεων της συγκεκριμένης περιπτώσεως.

²⁹¹ Βλ. Σαϊτάκη, ό.π. (υποσ. 272), σελ. 1398.

υπερημερίας ως προς την απόδοση χρηματικού δανείου - ΑΚ 808) ή τίθεται περιορισμός προς τα άνω στην έκταση της αποκαταστατέας ζημίας (λ.χ. αποκατάσταση μόνο θετικής ζημίας επί υπερημερίας σε χρηματική οφειλή - ΑΚ 345 εδ. β')²⁹². Ακόμη, προβλέπονται περιπτώσεις όπου δεν συντρέχουν μεν όλες οι προϋποθέσεις του οικείου νόμιμου λόγου ευθύνης, αναγνωρίζεται δε για λόγους επιείκειας στον δικαστή η διακριτική ευχέρεια να επιδικάσει «εύλογη», δηλαδή μειωμένη -και πάντως όχι ανώτερη της πραγματικής ζημίας- αποζημίωση (κάτι περισσότερο από το «τίποτε») λαμβάνοντας υπόψη κυρίως την βαρύτητα του τυχόν πταίσματος, την οικονομική κατάσταση των μερών, την έκταση της ζημίας, το αν αυτή μπορεί να καλυφθεί από άλλη πηγή και άλλες ειδικές περιστάσεις²⁹³. Τέτοιες περιπτώσεις προβλέπονται λ.χ. στις διατάξεις των άρθρων ΑΚ 915, 918 και 331 (ζημία από ακαταλόγιστο), ΑΚ 132 και 171 (ζημία ένεκα ακυρότητας δικαιοπραξιών ανικάνου προς δικαιοπραξία), ΑΚ 387 (εύλογη αποζημίωση επί υπαναχώρησης)²⁹⁴. Επιπλέον, προβλέπονται και περιπτώσεις αποζημίωσης με κυρωτικό-ποινικό χαρακτήρα, δηλαδή αποζημίωσης που είναι δυνατόν να υπερβαίνει το ύψος της ζημίας που πράγματι επήλθε (κάτι περισσότερο από το «όλα»), κυρίως με την μορφή νομοθετικού προσδιορισμού κατώτατων ορίων αποζημίωσης και χρηματικής ικανοποίησης ένεκα ηθικής βλάβης (π.χ. άρθρο 65 παρ. 2 ν. 2121/1993 για την πνευματική ιδιοκτησία όπου ορίζεται επί υπαίτιας προσβολής δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας ή συγγενικών δικαιωμάτων ως κατώτατο όριο της επιδικαζόμενης αποζημίωσης το διπλάσιο της αμοιβής που καταβάλλεται συνήθως ή κατά νόμο για το είδος της εκμετάλλευσης στην οποία δίχως άδεια προέβη ο υπόχρεος)²⁹⁵. Τέλος, άλλοι περιορισμοί στην έκταση της αποζημίωσης δυνατόν να προκύψουν επί συνυπολογισμού ζημίας και κέρδους αλλά και επί συντρέχοντος πταίσματος²⁹⁶.

2. Αιτιακή απροσδιοριστία: «το πρόβλημα»

Κατά τα προαναφερθέντα, η «αρχή όλα ή τίποτε» που υιοθετεί ως κανόνα ο Έλληνας νομοθέτης στο δίκαιο της αποζημίωσης χαρακτηρίζεται από ανελαστικότητα. Το χαρακτηριστικό αυτό επισημαίνεται²⁹⁷ ότι «μπορεί σε οριακές περιπτώσεις να οδηγήσει σε άκρως ανεπιχειρήσιμα αποτελέσματα». Μία από τις περιπτώσεις αυτές είναι και αυτή όπου υπάρχει αθεράπευτη απροσδιοριστία κατά την αιτιακή σύνδεση μεταξύ του νόμιμου λόγου ευθύνης και της ζημίας²⁹⁸. Πρόκειται για τις περιπτώσεις της αβέβαιης αιτιότητας, όπου δεν μπορεί να διαπιστωθεί ο απαραίτητος αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ του νόμιμου λόγου ευθύνης και της ζημίας και συνεπώς

²⁹² Βλ. *Λιτζερόπουλο*, ό.π. (υποσ. 135), άρθρ. 298, αρ. 2, 3· *Σαϊτάκη*, ό.π. (υποσ. 272), σελ. 1399· *Σταθόπουλο*, ό.π. (υποσ. 3), σ. 629.

²⁹³ Βλ. *Σταθόπουλο*, ό.π. (υποσ. 3), σ. 629-630· *Σαϊτάκη*, ό.π. (υποσ. 272), σελ. 1398, 1400. Βλ. και *Λιτζερόπουλο*, ό.π. (υποσ. 135), άρθρ. 298, αρ. 4.

²⁹⁴ Βλ. αναλυτικά *Σταθόπουλο*, ό.π. (υποσ. 3), σ. 630, ο οποίος επισημαίνει και την εύλογη χρηματική ικανοποίηση για την ούτως ή άλλως μη μετρήσιμη χρηματικά ηθική βλάβη επί αδικοπραξίας-ΑΚ 932· *Σαϊτάκη*, ό.π. (υποσ. 272), σελ. 1399-1400.

²⁹⁵ Βλ. αναλυτικά *Σταθόπουλο*, ό.π. (υποσ. 3), σ. 631-633, με περαιτέρω παραπομπές· *Σαϊτάκη*, ό.π. (υποσ. 272), σελ. 1400, με περαιτέρω παραπομπές. Για το ζήτημα της συμβατότητας με την ελληνική δημόσια τάξη (ΑΚ 33) ποινικής αποζημίωσης που επεδίκασε αμερικανικό δικαστήριο του οποίου η απόφαση επιχειρείται να εκτελεστεί στην Ελλάδα, βλ. ΟΛΑΠ 17/1999 ΝοΒ 48, 461 και σχετική υποσ. 8 στον *Σταθόπουλο*, ό.π. (υποσ. 3), σ. 632.

²⁹⁶ Βλ. *Σταθόπουλο*, ό.π. (υποσ. 3), σ. 630. Για το ζήτημα του συνυπολογισμού ζημίας και κέρδους, βλ. μεταξύ άλλων *Σταθόπουλο*, ό.π. (υποσ. 3), σ. 662 επ., αλλά και το έργο του *Παναγιωτόπουλου*, ό.π. (υποσ. 287). Για το ζήτημα του συντρέχοντος πταίσματος -του οποίου στην παρούσα μελέτη και για τις ανάγκες αυτής θα αναλυθούν ορισμένες προεκτάσεις του-, βλ. μεταξύ άλλων *Σταθόπουλο*, ό.π. (υποσ. 3), σ. 687 επ.· *Λιτζερόπουλο*, ό.π. (υποσ. 135), άρθρ. 300, αρ. 1 επ., καθώς και το έργο της *Κοντογιάννη*, Η συνυπευθυνότητα του ζημιωθέντος στο αστικό δίκαιο, 2006.

²⁹⁷ *Σαϊτάκης*, ό.π. (υποσ. 272), σελ. 1401.

²⁹⁸ Βλ. *Σαϊτάκη*, ό.π. (υποσ. 272), σελ. 1398.

δεν μπορεί να θεμελιωθεί αξίωση αποζημίωσης. Οι περιπτώσεις αυτές τίθεται ανάγκη να εξετασθούν εγγύτερα στο πλαίσιο της αστικής ιατρικής ευθύνης.

α. Αιτιακή απροσδιοριστία ειδικά στο πεδίο της ιατρικής ευθύνης

Καίριο ζήτημα της αστικής ιατρικής ευθύνης είναι αυτό της «αβέβαιης αιτιότητας»²⁹⁹. «Πρόκειται για περιπτώσεις στις οποίες υπάρχει αμφιβολία ως προς τον αιτιώδη σύνδεσμο μεταξύ του ιατρικού σφάλματος και της ζημίας του ασθενούς, καθώς συχνά δεν είναι δυνατόν να εξακριβωθεί αν η βλάβη του ασθενούς προκλήθηκε από την αμελή συμπεριφορά του γιατρού ή αν οφείλεται σε άλλους παράγοντες, ενδογενείς και αστάθμητους (λ.χ. βεβαρημένο ιστορικό, κληρονομικότητα)»³⁰⁰. Πράγματι, ειδικά στον χώρο της ιατρικής, η δυσχέρεια αναφορικά με τον αιτιώδη σύνδεσμο ανάμεσα στην παράνομη και υπαίτια συμπεριφορά του ιατρού και στην ζημία του ασθενούς καταρχήν εντοπίζεται στην φύση της ιατρικής πράξεως, στην πλειονότητα των παραγόντων που μπορεί να συνέβαλαν στην πρόκληση της ζημίας, στην πολλές φορές πρακτικά επιβαλλόμενη συνεργασία ιατρών διαφορετικών ειδικοτήτων, αλλά και στην ιδιαίτερη φυσιολογία του ανθρώπινου οργανισμού που συνδέεται αναπόφευκτα με εν πολλοίς αστάθμητους και απρόβλεπτους παράγοντες³⁰¹. Χαρακτηριστικά μάλιστα αναφέρεται³⁰² πως το πεδίο όπου πραγματικά εκδηλώνεται η ιδιαιτερότητα των προβλημάτων της ιατρικής ευθύνης εμφανίζεται ακριβώς σε σχέση με την διαπίστωση και την απόδειξη της αιτιοκρατικής σχέσης μεταξύ ιατρικού σφάλματος και επελθούσας βλάβης σε βάρος του ασθενούς επειδή η εν λόγω βλάβη είναι δυνατόν να οφείλεται σε διαφορετικά αίτια προϋπάρχοντα ή εκδηλωθέντα ανεξάρτητα από το ιατρικό σφάλμα.

Το «πρόβλημα»³⁰³ λοιπόν που δημιουργείται είναι το εξής: Η θεμελίωση της αξίωσης αποζημίωσης του ασθενούς με βάση την ΑΚ 914 προσκρούει σε σημαντικές δυσχέρειες³⁰⁴ δεδομένου ότι είναι συχνά αδύνατο για το Δικαστήριο σε υποθέσεις αστικής ιατρικής ευθύνης να σχηματίσει πλήρη δικανική πεποιθήση σχετικά με το αν το ιατρικό σφάλμα (ή η αυθαίρετη ιατρική πράξη) πραγματικά απετέλεσε τον αναγκαίο όρο υπό την έννοια της *condicio sine qua non* για την επέλευση της ζημίας ή αν η τελευταία επήλθε ανεξάρτητα από την επιλήψιμη συμπεριφορά του ιατρού³⁰⁵. Πράγματι, προκειμένου να γεννηθεί αδικοπρακτική ευθύνη του ιατρού προς αποζημίωση πρέπει η παράνομη και υπαίτια συμπεριφορά του να τελεί σε αιτιώδη σχέση -ως βέβαιη σχέση αιτίου και αιτιατού- με την ζημία του ασθενούς³⁰⁶. Νοερά λοιπόν μετατίθεται η νομική σκέψη στην αναζήτηση αιτιοκρατικής σχέσης μεταξύ νόμιμου λόγου ευθύνης και ζημίας, ανεξαρτήτως και πριν την εφαρμογή της θεωρίας της πρόσφορης αιτιότητας ή/και του σκοπού του

²⁹⁹ Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 33), 347.

³⁰⁰ Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 33), 347.

³⁰¹ Βλ. Σπερδόκλη, ό.π. (υποσ. 167), σ. 162. Πρβλ. και Κιτσαρά, ό.π. (υποσ. 84), σελ. 988. Πρβλ. και Πολίτη, ό.π. (υποσ. 32), 45 που τονίζει ότι: «Οι επιπλοκές στη χειρουργική είναι αρκετά συνήθεις».

³⁰² Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 17), 1230, η οποία επισημαίνει περαιτέρω (1230, με παραπομπή και σε δικαστικές αποφάσεις στην υποσ. 38) ότι πολλές φορές «το πραγματικό αίτιο ορισμένης παθολογικής αντίδρασης ή εξέλιξης παραμένει ανεξιχνίαστο και μετά τη διεξαγωγή της πραγματογνωμοσύνης, που κατά κανόνα διατάσσεται».

³⁰³ Το εν λόγω «πρόβλημα» βρίσκεται στην καρδιά της προβληματικής της «απόλειας ευκαιρίας».

³⁰⁴ Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 33), 347.

³⁰⁵ Βλ. Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 17), 1230-1231, η οποία ορθά κάνει λόγο για «εγγενή» δυσχέρεια της ιατρικής δίκης. Πρβλ. την διατύπωση του υπό εξέταση «προβλήματος» και από τον Σαϊτάκη, ό.π. (υποσ. 272), σελ. 1420, κατά τον οποίο το κρίσιμο ερώτημα είναι το «πώς πρέπει να αξιολογηθεί με βάση το ισχύον δίκαιο η απροσδιοριστία στην αιτιακή σύνδεση ζημίας και νόμιμου λόγου ευθύνης, δεδομένου ότι η θεμελίωση ευθύνης για αποζημίωση προϋποθέτει την απόδειξη βέβαιης (και όχι απλώς πιθανής) αιτιότητας».

³⁰⁶ Βλ. για την θεωρία της *condicio sine qua non* ανωτέρω, Κεφ. Β. υπό Ι.3. α.

κανόνα δικαίου. Σε περιπτώσεις λοιπόν επιστημονικής ιατρικής αβεβαιότητας, η προσπάθεια εφαρμογής της θεωρίας της *condicio sine qua non* για την θεμελίωση της αναγκαίας αιτιώδους συνάφειας μεταξύ νόμιμου λόγου ευθύνης του ιατρού και ζημίας του ασθενούς οδηγεί, μέσω της εφαρμογής της αρχής «όλα ή τίποτε» που υιοθετείται από τον ελληνικό ΑΚ, συχνότατα σε ανεπιεική αποτελέσματα³⁰⁷. Συγκεκριμένα, δύο πιθανότητες υπάρχουν σε περίπτωση αμφιβολιών ή αδυναμίας βέβαιης θεμελίωσης αιτιότητας μεταξύ επιλήψιμης συμπεριφοράς του ιατρού και ζημίας: είτε απορρίπτεται λόγω αμφιβολιών συλλήβδην η ευθύνη του δράστη, είτε αποδίδεται σ' αυτόν πλήρης ευθύνη προς αποζημίωση παρά τις διαπιστωμένες αμφιβολίες για την ύπαρξη βέβαιης αιτιότητας νόμιμου λόγου ευθύνης του ιατρού και ζημίας του ασθενούς³⁰⁸.

β. Η προβληματική της «νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς»

Κατά τα προειρημένα, η αιτιακή απροσδιοριστία που συναντάται σε περιστατικά ιατρικής ευθύνης αφορά στο πρώτο επίπεδο διαπίστωσης του αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ νόμιμου λόγου ευθύνης του ιατρού και ζημίας του ασθενούς, ήτοι στο επίπεδο της διαπίστωσης της «φυσικής» αιτιότητας³⁰⁹. Ιδιαίτερη κατηγορία πραγματικών όπου εμφανίζεται η σημασία της θεωρίας του αναγκαίου όρου συνιστούν οι περιπτώσεις της νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς («*rechtmässiges Alternativverhalten*»)³¹⁰. Πρόκειται για περιπτώσεις παράνομων πράξεων που προξενούν ζημία, η οποία ωστόσο δεν θα αποφευγόταν ακόμη και εάν η συμπεριφορά του δράστη ήταν νόμιμη³¹¹. Η ένσταση της νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς συνιστά ένα λογικό

³⁰⁷ Βλ. Πουϊκλή, Η αρχή «ο ρυπαίνων πληρώνει» στο δίκαιο περιβάλλοντος υπό το φως της οδηγίας 2004/35/ΕΚ σχετικά με την περιβαλλοντική ευθύνη, 2017, σ. 222. Πρβλ. και Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 101), σελ. 203, η οποία επισημαίνει πως κατά την κρατούσα σε θεωρία και νομολογία άποψη οι περιπτώσεις διαζευκτικής αιτιότητας αντιμετωπίζονται εντός του πλαισίου της αρχής «όλα ή τίποτε». Ο όρος «διαζευκτική αιτιότητα» που χρησιμοποιεί και διευκρινίζει (σελ. 192) πως αφορά σε «περιπτώσεις στις οποίες ορισμένη ζημία μπορεί να έχει αποδοθεί εξ ολοκλήρου σε περισσότερα γεγονότα, χωρίς να μπορεί να εξακριβωθεί ποιο από τα γεγονότα αυτά οδήγησε στη συγκεκριμένη περίπτωση στην πρόκληση της ζημίας» δεν φαίνεται να διαφέρει από τον όρο «αβέβαιη αιτιότητα». Μάλιστα, η Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 43), σ. 360 θεωρεί συνώνυμο του όρου «διαζευκτική αιτιότητα» τον όρο «πιθανή αιτιότητα». Μάλλον ακριβέστερο όμως θεωρεί ορθά η ίδια, ό.π. (υποσ. 43), σ. 360, υποσ. 1571 τον όρο «αβέβαιη αιτιότητα» που αποδίδει τον διαδεδομένο αγγλικό όρο “uncertain causation”. Στα πλαίσια της παρούσας μελέτης χρησιμοποιείται ο όρος «αβέβαια αιτιότητα» λόγω της ορολογικής ακρίβειας που τον χαρακτηρίζει. Βέβαια, ο όρος «πιθανή αιτιότητα» χρησιμοποιείται με στενότερο περιεχόμενο για τις περιπτώσεις που περισσότερο προκαλούν σε τρίτον ζημία και δεν μπορεί να εξακριβωθεί ποια η πράξη την επέφερε - ΑΚ 926 εδ. β' (για αυτό ακριβώς το στενότερο περιεχόμενο όμως άλλοι συγγραφείς, όπως π.χ. οι Λιτζερόπουλος, ό.π. (υποσ. 135), άρθρ. 297-300, αρ. 70 και Σπυριδάκης, ό.π. (υποσ. 132), σ. 339-340 χρησιμοποιούν τον όρο «διαζευκτική αιτιότητα») από τους Φίλιο, ό.π. (υποσ. 251), σ. 382, Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 1029, όπου και σχετική υποσ. 193 και Κορνηλάκη, ό.π. (υποσ. 146), σ. 1686, οι οποίοι, από την άλλη, χρησιμοποιούν τον όρο «διαζευκτική αιτιότητα» για τις περιπτώσεις διπλής αιτιότητας (βλ. Φίλιο, ό.π. (υποσ. 181), σ. 343-344· Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 1028-1029 («διαζευκτική αιτιότητα») υφίσταται σε περιπτώσεις παράλληλης ευθύνης περισσοτέρων που με την συμπεριφορά τους προκάλεσαν την ίδια ζημία και η πράξη του καθενός μπορούσε από μόνη της να προκαλέσει την ζημία αυτή)· Κορνηλάκη, ό.π. (υποσ. 146), σ. 1687, υποσ. 12). Για το ότι η ορολογία που χρησιμοποιείται για την περιγραφή του εκάστοτε προβληματισμού στο πλαίσιο της εξέτασης της αιτιώδους συνάφειας πυροδοτεί σύγχυση, δεδομένου ότι για την ίδια προβληματική χρησιμοποιούνται ενίοτε διαφορετικοί όροι, σε ορισμένες δε περιπτώσεις ο αυτός όρος χρησιμοποιείται με διαφορετικό περιεχόμενο, βλ. Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 43), σ. 47.

³⁰⁸ Βλ. Πουϊκλή, ό.π. (υποσ. 307), σ. 222. Βλ. και Μαθιουδάκη, ό.π. (υποσ. 46), 700, ο οποίος σε σχέση με την αστική ευθύνη του Δημοσίου αναφέρει ότι: «Δεν είναι λίγες οι φορές που η κρατική ευθύνη «ακροβατεί» μεταξύ της αποδοχής και άρνησης της προϋπόθεσης του αιτιώδους συνδέσμου, του *ομφαλού* των συστημάτων αστικής ευθύνης της κρατικής εξουσίας». Για τις αστικολογικές καταβολές των προϋποθέσεων του «αιτιώδους συνδέσμου» και της «ζημίας» στο δίκαιο της κρατικής ευθύνης, βλ. τον ίδιο, ό.π. (υποσ. 46), 700, υποσ. 2.

³⁰⁹ Πρβλ. ανωτέρω, υποσ. 168.

³¹⁰ Σπερδόκλη, ό.π. (υποσ. 167), σ. 122.

³¹¹ Έτσι Σταθόπουλος, ό.π. (υποσ. 3), σ. 602, ο οποίος εντάσσει την «νόμιμη εναλλακτική συμπεριφορά» στην ευρύτερη κατηγορία των περιπτώσεων της «εναλλακτικής αιτιότητας». Επισημαίνεται ότι εκτός από την

επιχείρημα που αρνείται την ύπαρξη αιτιώδους συνδέσμου και άρα την θεμελίωση αδικοπρακτικής ευθύνης του ιατρού³¹².

Όπως ορθά επισημαίνεται³¹³, η ευθύνη του δράστη στις εν λόγω περιπτώσεις αποκλείεται με βάση την εξής σκέψη: ο αιτιώδης σύνδεσμος απαιτείται να συντρέχει μεταξύ της ζημίας και της παράνομης και υπαίτιας πράξης (και όχι απλώς της πράξης) και άρα, αφού εάν έλειπε η παρανομία (επί νομίμου δηλαδή συμπεριφοράς του δράστη) και πάλι θα επερχόταν η ζημία, τότε η παρανομία δεν συνιστά αναγκαίο όρο της ζημίας, η προϋπόθεση του αιτιώδους συνδέσμου δεν πληρούται και άρα δεν δημιουργείται ευθύνη.

Η προβληματική της νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς συνδέεται αναπόφευκτα με την αρχή «όλα ή τίποτε». Συγκεκριμένα, σε περίπτωση αποδοχής σε συγκεκριμένη περίπτωση του ισχυρισμού της νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς, γίνεται δεκτή η πλήρωση της προϋποθέσεως του αιτιώδους συνδέσμου και η ζημία δεν αποκαθίσταται καθόλου' σε περίπτωση

προβληματική της νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς στο πεδίο της ιατρικής ευθύνης μπορούν να ανακώσουν και άλλα ιδιαίτερα ζητήματα της προϋποθέσεως του αιτιώδους συνδέσμου, η εξέταση των οποίων εκφεύγει των ορίων μελέτης της παρούσας εργασίας λόγω των διαφορετικών προβλημάτων που τίθενται σε αυτά. Προς πληρέστερη όμως οριοθέτηση των εδώ εξεταζόμενων προβλημάτων σε σχέση με την νόμιμη εναλλακτική συμπεριφορά, είναι σκόπιμο να επισημανθούν σχετικώς σε πολύ αδρές γραμμές τα εξής: Στην κοινή πράξη περισσότερων ιατρών που προκάλεσε αιτιώδως ζημία (όλες οι γνωστές μορφές συμμετοχής από το ποινικό δίκαιο χωρίς να απαιτείται κοινός δόλος των συμμετόχων) εφαρμόζεται η ΑΚ 926 εδ. α' περ. 1, όπου απαιτείται βέβαιη αιτιώδης συμβολή της συμπεριφοράς των ιατρών στην πρόκληση της ζημίας με αμφισβητούμενο απλώς το ποσοστό της συμβολής αυτής (βλ. *Φουντεδάκη*, ό.π. (υποσ. 2), σ. 374-375· *Σταθόπουλο*, ό.π. (υποσ. 3), σ. 1027· *Κορνηλάκη*, ό.π. (υποσ. 146), σ. 1681). Υπάρχουν όμως και διαφορετικές προσεγγίσεις ως προς την ΑΚ 926 εδ. α' περ. 1 (βλ. *Καράση*, *Οφειλή εις ολόκληρον*, 1990, σ. 262, 268, 273 επ., κατά τον οποίο η διάταξη αυτή εισάγει ως ειδικό νόμιμο λόγο ευθύνης την ίδια την σύμπραξη ως «ενιαία συλλογική πράξη»· *Νεζερίτη*, *Η αδικοπρακτική συνευθύνη κατά τον Αστικό Κώδικα*, 2021, σ. 74-75, κατά την οποία η εν λόγω διάταξη συνιστά κανόνα συστατικό παθητικής εις ολόκληρον ενοχής, για την εφαρμογή του οποίου κρίσιμη είναι η συλλογική και όχι η ατομική αιτιότητα). Βλ. αναλυτικά για τις προσεγγίσεις αυτές και γενικά για την ερμηνεία της ΑΚ 926 εδ. α' περ. 1 σε *Ζερβογιάννη*, ό.π. (υποσ. 43), σ. 217 επ. Στην «παράλληλη», αυτοτελή ευθύνη περισσότερων ιατρών που με τη συμπεριφορά τους προκάλεσαν την ίδια ζημία εφαρμόζεται η ΑΚ 926 εδ. α' περ. 2, με κοινή με την περ. 1 έννομη συνέπεια: την εις ολόκληρον ενοχή' συγκεκριμένα, εδώ εντάσσονται οι περιπτώσεις της «διαζευκτικής αιτιότητας» (πρβλ. για τις ορολογικές διακυμάνσεις ανωτέρω στην υποσ. 307) αν η πράξη του κάθε ιατρού μπορούσε από μόνη της να επιφέρει την ζημία και της «σωρευτικής αιτιότητας» αν για την ζημία χρειαζόταν η συνδρομή και της πράξης των άλλων συναίτιων ιατρών (βλ. *Σταθόπουλο*, ό.π. (υποσ. 3), σ. 1028-1029). Ωστόσο, κατά την κρατούσα άποψη (*Φουντεδάκη*, ό.π. (υποσ. 2), σ. 376-377· *Απ. Γωργιάδης*, ό.π. (υποσ. 138), σ. 736· ΑΠ 1170/2019, ΑΠ 95/2018 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ) οι περιπτώσεις «παραουτοργίας» εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της ΑΚ 926 εδ. α' περ. 1, χωρίς ωστόσο το ζήτημα να εμφανίζει μεγάλη πρακτική σημασία λόγω της κοινής έννομης συνέπειας και στις δύο περιπτώσεις. Για «διακοπή του αιτιώδους συνδέσμου» τώρα, γίνεται λόγος όταν μεταξύ της επιλήψιμης συμπεριφοράς του ιατρού και της ζημίας παρεμβάλλεται άλλο γεγονός -κατά την νομολογία «εντελώς εξαιρετικό και απρόβλεπτο»-, έτσι ώστε το αρχικό αίτιο δεν προλαβαίνει να παραγάγει την ζημία (βλ. *Σταθόπουλο*, ό.π. (υποσ. 3), σ. 606-608). Εδώ προϋποτίθεται μια αφηρημένη καταρχήν κατάφαση των όρων του αιτιώδους συνδέσμου, με την έννοια ότι π.χ. το ιατρικό σφάλμα ήταν πρόσφορο να προκαλέσει την επελθούσα ζημία, αν δεν είχε μεσολαβήσει ένα άλλο γεγονός που επέφερε το ίδιο την ζημία (βλ. *Φουντεδάκη*, ό.π. (υποσ. 2), σ. 381· *Σπερδόκλη*, ό.π. (υποσ. 167), σ. 206, με περαιτέρω παραπομπές). Όσον αφορά την «υποθετική αιτιότητα», βλ. παρακάτω, υποσ. 317. Το ζήτημα, τέλος, της «πιθανούς αιτιότητας» συνέχεται με την προβληματική της παρούσας μελέτης και θα εξετασθεί στα πλαίσια αυτής (πρβλ. ανωτέρω, υποσ. 307). Γενικά για μια αναλυτική παρουσίαση των ιδιαίτερων ζητημάτων που τίθενται στην ΑΚ 926 εδ. α' περ. 1, 2, στην «διακοπή του αιτιώδους συνδέσμου» και στην υποθετική αιτιότητα ειδικά στα πλαίσια της ιατρικής ευθύνης, βλ. *Φουντεδάκη*, ό.π. (υποσ. 2), σ. 374 επ.

³¹² Βλ. *Σπερδόκλη*, ό.π. (υποσ. 167), σ. 122.

³¹³ *Σταθόπουλος*, ό.π. (υποσ. 3), σ. 603. Βλ. και *Φίλιο*, ό.π. (υποσ. 181), σ. 361-362· *Περάκη*, ό.π. (υποσ. 130), άρθρ. 297, αρ. 9· *Καραγιάννη*, ό.π. (υποσ. 44), σελ. 859. Βλ. όμως *Ζερβογιάννη*, ό.π. (υποσ. 43), σ. 361, 475 επ., η οποία προκρίνει την άποψη να αντιμετωπισθεί η νόμιμη εναλλακτική συμπεριφορά ως πρόβλημα νομικής αιτιότητας θεωρώντας το σχετικό πρόβλημα αξιολογικό και όχι εμπίπτον στο πλαίσιο της φυσικής αιτιότητας, ενώ παράλληλα, με την επιφύλαξη της πρόκλησης ζημίας δια παραλείψεως, υιοθετεί την άποψη ότι ο αιτιώδης σύνδεσμος συνδέει μόνο την πράξη (και όχι την παρανομία) με την ζημία. Για το ότι η κρατούσα άποψη στην Γερμανία εξετάζει το ζήτημα στο πεδίο της νομικής αιτιότητας και συγκεκριμένα θεωρεί κρίσιμο για την αποδοχή ή μη του ισχυρισμού της νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς τον σκοπό του κανόνα δικαίου, βλ. *Σταθόπουλο*, ό.π. (υποσ. 3), σ. 603· *Ζερβογιάννη*, ό.π. (υποσ. 43), σ. 475, υποσ. 2095.

όμως απόρριψη του σχετικού ισχυρισμού, δεν γίνεται δεκτή η πλήρωση της προϋποθέσεως του αιτιώδους συνδέσμου και η ζημία αποκαθίσταται πλήρως³¹⁴. Για παράδειγμα, έστω ιατρικό περιστατικό με δεδομένη την ύπαρξη ιατρικής αμέλειας και της ζημίας του ασθενούς. Εάν ο ιατρός αποδείξει πως σε περίπτωση που δεν είχε διαπράξει το ιατρικό σφάλμα και πάλι θα επερχόταν η ζημία από άλλους παράγοντες, τότε απαλλάσσεται πλήρως της ευθύνης του ελλείπει του απαραίτητου αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ ιατρικού σφάλματος και ζημίας. Ή έστω λ.χ.³¹⁵ περιστατικό όπου ιατρός προβαίνει σε ιατρική πράξη δίχως να έχει ενημερώσει επαρκώς τον ασθενή (έλλειψη έγκυρης συναίνεσης) και ο ασθενής υφίσταται ζημία. Ο ιατρός αποδεικνύει ότι ακόμη και εάν είχε ενημερώσει πλήρως τον ασθενή, εκείνος θα είχε συναινέσει στην συγκεκριμένη ιατρική πράξη και έτσι απαλλάσσεται (ο ιατρός) πλήρως της ευθύνης του.

Συνήθως όμως θα είναι δυσχερές για τον δράστη να αποδείξει ότι σε περίπτωση που θα επεδείκνυε νόμιμη συμπεριφορά και πάλι η ζημία θα επερχόταν, αφού δεν είναι εύκολο να προεξοφληθεί τι θα γινόταν αν είχε τηρηθεί ο παραβιασθείς κανόνας δικαίου, πολλώ δε μάλλον όταν η υποθετική εξέλιξη των πραγμάτων εξαρτάται και από ουδέτερους παράγοντες ή από την συμπεριφορά άλλων προσώπων (του θύματος ή τρίτων)³¹⁶. Το ιατρικό πεδίο -όπου οι τυχαίοι παράγοντες συνδέονται αναπόσπαστα με την απρόβλεπτη φύση του ανθρώπινου οργανισμού, η συγκλίνουσα δράση περισσότερων ιατρών (συνήθως διαφορετικών ειδικοτήτων) σε μια ιατρική πράξη είναι συχνό φαινόμενο και η συμπεριφορά του ασθενούς μπορεί επίσης να ασκήσει ιατρική (και κατ' επέκταση νομική) επιρροή- αποτελεί χαρακτηριστικό παράδειγμα όπου εμφανίζεται η παραπάνω δυσχέρεια.

Έτσι λοιπόν, οι περιπτώσεις της νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς εμπίπτουν στην ευρύτερη προβληματική της αιτιακής απροσδιοριστίας και ως προς το σημείο αυτό δε, ομοιάζουν με τις περιπτώσεις της «υποθετικής αιτιότητας»³¹⁷. Ωστόσο, κατά την ορθότερη άποψη δεν ταυτίζονται οι εκάστοτε περιπτώσεις μεταξύ τους³¹⁸. Η καθοριστική δε διαφορά τους είναι η εξής³¹⁹: στην υποθετική αιτιότητα η λεγόμενη «υποθετική αιτία» έχει υπάρξει στην πραγματικότητα -ανεξάρτητα από τον χρόνο εκδήλωσής της πριν ή μετά την πραγματική αιτία και την επέλευση της ζημίας- είναι δε υποθετική μόνον ως προς την αιτιώδη πρόκληση της ζημίας (δεν πρόκειται δηλαδή για φανταστική αιτία). Ενώ στην νόμιμη εναλλακτική συμπεριφορά η

³¹⁴ Βλ. *Καραγιάννη*, ό.π. (υποσ. 44), σελ. 849.

³¹⁵ Βλ. *Μαργαρίτη*, Ο αιτιώδης σύνδεσμος στο δίκαιο της αποζημίωσης, ΚριτΕ 2000/2, 36.

³¹⁶ *Σταθόπουλος*, ό.π. (υποσ. 3), σ. 604.

³¹⁷ *Σπερδόκλη*, ό.π. (υποσ. 167), σ. 122. Όσον αφορά την «υποθετική αιτιότητα» λεκτέα τα εξής: Πρόκειται για «περιπτώσεις όπου η ζημία θα επερχόταν από άλλη μεταγενέστερη αιτία, έστω και αν δεν είχε συμβεί το ζημιόγONO γεγονός που πράγματι την προκάλεσε...ή και από προγενέστερη αιτία...» (*Σταθόπουλος*, ό.π. (υποσ. 3), σ. 640). Εμφανίζεται στις εξής κατηγορίες περιπτώσεων (βλ. *Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη*, Το πρόβλημα της υποθετικής αιτιότητας στο δίκαιο της αποζημίωσης, 1981, σ. 10 επ.): α) όταν το ζημιόγONO γεγονός που συνιστά το υποθετικό αίτιο συμβαίνει μετά το πραγματικό αίτιο και την επέλευση της πραγματικής ζημίας και β) όταν το υποθετικό αίτιο προηγείται χρονικά του πραγματικού αιτίου και της επέλευσης της πραγματικής ζημίας (βλ. και *Φουντεδάκη*, ό.π. (υποσ. 2), σ. 387). Η κρατούσα άποψη (*Ζέπος*, Ενοχικόν Δίκαιον, τόμ. Ι: Α' μέρος Γενικών, 1955, σ. 276· *Τούσης*, Ενοχικόν Δίκαιον, Α' Μέρος Γενικών, 1973, σ. 158· *Απ. Γωργιάδης*, ό.π. (υποσ. 138), σ. 153-154· ΑΠ 1006/1977, ΝοΒ 1978, 907· ΠΠρΘεσσαλ 12941/2014 Αρμ 2016, 40) δεν αναγνωρίζει επίδραση της υποθετικής αιτίας. Η *Φουντεδάκη*, ό.π. (υποσ. 2), σ. 388 (βλ. επίσης την *ίδια*, ό.π. (υποσ. 17), 1229, που επικαλείται σχετικά τις «αρχές της επιείκειας» και «το περί δικαίου συναίσθημα») επισημαίνει πως η άποψη αυτή ειδικά στην ιατρική ευθύνη πρέπει να γίνει δεκτή με το επιχείρημα ότι διαφορετικά θα απαλλασσόταν ο ιατρός ακόμα και εάν είχε διαπράξει βαρύ ιατρικό σφάλμα σε περιπτώσεις βαριά άρρωστων ασθενών. Για την άποψη που επιλύει το ζήτημα με βάση τον χρόνο υπολογισμού της ζημίας, βλ. ενδεικτικά *Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη*, ό.π. (υποσ. 317), σ. 40 επ· *Σταθόπουλο*, ό.π. (υποσ. 3), σ. 640 επ.

³¹⁸ *Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη*, ό.π. (υποσ. 317), σ. 16 επ· *Σπερδόκλη*, ό.π. (υποσ. 167), σ. 123-124· *Σταθόπουλος*, ό.π. (υποσ. 3), σ. 640-641, υποσ. 22. Αντίθετα όμως ο *Κρητικός*, Αποζημίωση από Αυτοκινητικά Ατυχήματα, τόμ. 1, 2019, σ. 281 θεωρεί την νόμιμη εναλλακτική συμπεριφορά περίπτωση υποθετικής αιτιότητας.

³¹⁹ Βλ. *Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη*, ό.π. (υποσ. 317), σ. 16 επ.

νόμιμη συμπεριφορά του δράστη (που αντιστοιχεί στην «υποθετική αιτία» της υποθετικής αιτιότητας) είναι υποθετική όχι μόνον υπό την έννοια ότι δεν προκάλεσε αιτιώδως την ζημία αλλά και υπό την έννοια ότι δεν υπήρξε καν στην πραγματικότητα (πρόκειται δηλαδή για φανταστική αιτία). Κατωτέρω αναφέρεται ένα παράδειγμα που πιστεύεται ότι φωτίζει επαρκώς την λεπτή διαφορά των δύο κατηγοριών.

Καρκινοπαθής τελικού σταδίου αποβιώνει λόγω ιατρικού λάθους (του χορηγήθηκε από τον ιατρό εσφαλμένη φαρμακευτική αγωγή): πρόκειται για περίπτωση υποθετικής αιτιότητας, αφού η ασθένεια του καρκίνου δεν συνιστά φανταστικό αίτιο. Εν προκειμένω όμως ο αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ πραγματικού αιτίου (ιατρικού σφάλματος) και ζημίας του ασθενούς είναι δεδομένος³²⁰. Στο ίδιο παράδειγμα όμως θα γίνει λόγος για νόμιμη εναλλακτική συμπεριφορά σε περίπτωση που «αμφισβητείται η ίδια η αιτιώδης δυναμικότητα της συμπεριφοράς που συνιστά τον νόμιμο λόγο ευθύνης»³²¹. Δηλαδή, το φανταστικό αίτιο εδώ είναι η (εναλλακτική μη εν προκειμένω επιδειχθείσα) νόμιμη συμπεριφορά του ιατρού, ήτοι η μη διάπραξη του ιατρικού σφάλματος. Το γεγονός ότι ο ασθενής έχει ήδη ασθένεια (καρκίνο) δεν μπορεί να ιδωθεί εδώ υπό το πρίσμα της υποθετικής αιτιότητας, διότι ο αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ πραγματικού αιτίου (ιατρικού σφάλματος) και ζημίας του ασθενούς αμφισβητείται. Με αφορμή αυτές τις σκέψεις ορθά επισημαίνεται³²² ότι η διαφορετική μεταχείριση των περιπτώσεων υποθετικής αιτιότητας από εκείνες της νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς οφείλεται στο ότι στις τελευταίες ο απαιτούμενος αιτιώδης σύνδεσμος με την παράνομη συμπεριφορά δεν υπάρχει, ενώ στις πρώτες υπάρχει.

Στο σημείο αυτό χρήζει διευκρινίσεως το ότι οι περιπτώσεις της νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς διαφέρουν και από τις περιπτώσεις της ΑΚ 926 εδ. α' περ. 1, 2 (κοινή και παράλληλη πράξη), αλλά και από τις περιπτώσεις διακοπής του αιτιώδους συνδέσμου³²³. Στις περιπτώσεις που εμπίπτουν στην ΑΚ 926 εδ. α' περ. 1, 2 υπάρχει βεβαιότητα στην αιτιώδη συμβολή της συμπεριφοράς κάποιου στην πρόκληση της ζημίας³²⁴, σε αντίθεση με τις περιπτώσεις της νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς όπου δεν διαπιστώνεται η ύπαρξη της φυσικής αιτιότητας (αν και στις περισσότερες -αν όχι όλες- περιπτώσεις δεν θα μπορεί να διαπιστωθεί). Στις περιπτώσεις δε της διακοπής του αιτιώδους συνδέσμου, το εξαιρετικώς απρόβλεπτο γεγονός διακόπτει τον πρόσφορο αιτιώδη σύνδεσμο μεταξύ του πρώτου ζημιολόγου γεγονότος και της ζημίας και άρα η διακοπή δύναται να έχει επιρροή μόνον στον χαρακτηρισμό ενός γεγονότος ως πρόσφορης αιτίας της ζημίας και δεν μπορεί να αφορά στην αιτιότητα υπό την έννοια της *condicio sine qua non*³²⁵.

Κατέστη από την έως τώρα ανάλυση αντιληπτό ότι οι περιπτώσεις της νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς αφορούν στην προϋπόθεση του αιτιώδους συνδέσμου, συγκεκριμένα

³²⁰ Σπερδόκλη, ό.π. (υποσ. 167), σ. 211-212.

³²¹ Σπερδόκλη, ό.π. (υποσ. 167), σ. 211.

³²² Σταθόπουλος, ό.π. (υποσ. 3), σ. 640-641, υποσ. 22. Σύμφωνα και ο Μάνθος, ό.π. (υποσ. 36), σ. 220, υποσ. 745. Βλ. επίσης Σπερδόκλη, ό.π. (υποσ. 167), σ. 211, η οποία επισημαίνει ότι στην υποθετική αιτιότητα «το ερώτημα εντοπίζεται στη δυνατότητα επίδρασης ενός άλλου γεγονότος, στην αιτιώδη δυναμικότητα του πραγματικού αιτίου, η οποία όχι μόνο υφίσταται ως μία αιτιώδης ενέργεια που εν δυνάμει μπορεί να εκδηλωθεί, αλλά που πραγματώθηκε στη συγκεκριμένη περίπτωση». Σημειώτεον ότι η προσέγγιση αυτή έχει ως αφετηρία την μάλλον ορθότερη γνώμη που θεωρεί την υποθετική αιτιότητα πρόβλημα όχι αιτιότητας αλλά χρόνου υπολογισμού ζημίας (βλ. σχετικά Σπερδόκλη, ό.π. (υποσ. 167), σ. 211 επ., πρβλ. δε και ανωτέρω, υποσ. 317).

³²³ Βλ. σχετικά ανωτέρω, υποσ. 311.

³²⁴ Βλ. Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 2), σ. 375.

³²⁵ Βλ. Σπερδόκλη, ό.π. (υποσ. 167), σ. 206, όπου και υποσ. 425, με περαιτέρω παραπομπές.

αντιμετωπίζονται στο πλαίσιο της φυσικής αιτιότητας, συνδέονται με την αρχή «όλα ή τίποτε» - που σημαίνει πως επί αποδοχής του σχετικού ισχυρισμού, δεν γεννάται ευθύνη του δράστη ενώ, επί απορρίψεως τούτου, γεννάται ευθύνη του (με την συνδρομή νόμιμου λόγου ευθύνης και ζημίας)- και εντάσσονται στην προβληματική της αιτιακής απροσδιοριστίας. Πράγματι, η διάγνωση και απόδειξη της υποθετικής εξέλιξης των πραγμάτων επί νομίμου συμπεριφοράς του εναγομένου προσκρούει σε σημαντικές δυσχέρειες, αφού εκ των πραγμάτων η νόμιμη αυτή συμπεριφορά ουδέποτε έλαβε χώρα³²⁶. Έτσι λοιπόν, οι περιπτώσεις αβέβαιης αιτιότητας εντάσσονται στην προβληματική της νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς³²⁷.

Δέον τώρα είναι να διαπιστωθεί κατά το δυνατόν σε όλη του την έκταση το «πρόβλημα» στο οποίο καλείται να δώσει λύση η απώλεια θεραπευτικής ευκαιρίας³²⁸. Η σύνδεση της νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς με την αιτιακή απροσδιοριστία μεταξύ του νόμιμου λόγου ευθύνης και ζημίας και ειδικά μάλιστα στο πεδίο της ιατρικής ευθύνης δίδει το έναυσμα για αναδιατύπωση του υπό εξέταση «προβλήματος». Πλέον, χρήσιμο κρίνεται να εξετασθεί το φαινόμενο της νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς με κριτήριο την προέλευση της «εναπομένουσας αιτιότητας», η οποία συνιστά την αιτιότητα που απομένει ώστε να θεωρηθεί ότι προκάλεσε την ζημία, αφαιρουμένης της αιτιότητας που γίνεται δεκτό ότι αποτελεί την νόμιμη εναλλακτική συμπεριφορά³²⁹. Η εναπομένουσα αιτιότητα μπορεί λοιπόν να αφορά είτε σε συμπεριφορά του ίδιου του ζημιωθέντος (του ασθενούς), είτε σε συμπεριφορά γνωστού τρίτου προσώπου, είτε σε ουδέτερους τυχαίους παράγοντες³³⁰. Άρα, το υπό εξέταση «πρόβλημα» αναδιατυπώνεται ως εξής: Δεδομένης της πολυπαραγοντικότητας που ενυάρχει στα πλαίσια της εναπομένουσας αιτιότητας, φαίνεται στις περισσότερες περιπτώσεις να είναι αδύνατη η βεβαιότητα υπό την έννοια της *condicio sine qua non* στην αιτιακή σύνδεση της εναπομένουσας αιτιότητας με την προκληθείσα ζημία, τούτο δε έχει ως συνέπεια να είναι αδύνατη η απάντηση στο υποθετικό ερώτημα που θέτει η νόμιμη εναλλακτική συμπεριφορά, δηλαδή στο ερώτημα αν θα είχε προκληθεί η ζημία και επί επιδείξεως από τον δράστη νομίμου συμπεριφοράς³³¹. Έτσι, δεν μπορεί να υπάρξει βεβαιότητα ως

³²⁶ Βλ. Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 43), σ. 474· Σπερδόκλη, ό.π. (υποσ. 167), σ. 127, με περαιτέρω παραπομπές.

³²⁷ Βλ. Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 640-641· Σπερδόκλη, ό.π. (υποσ. 167), σ. 123 επ., 127, 205· Καραγιάννη, ό.π. (υποσ. 44), σελ. 859 επ.· Σαϊτάκη, ό.π. (υποσ. 272), σελ. 1419 επ. Αντίθετη όμως η Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 43), σ. 361-362, 464-465, 466-467, 475 επ., η οποία θεωρεί ιδιαίτερα ευρεία την συγκεκριμένη έννοια που αποδίδεται στην νόμιμη εναλλακτική συμπεριφορά προκρίνοντας την άποψη ότι το σχετικό πρόβλημα είναι αξιολογικό και δεν εντοπίζεται στο πλαίσιο της φυσικής αιτιότητας (βλ. και ανωτέρω, υποσ. 313). Συγκεκριμένα, επισημαίνει πως στις περιπτώσεις πιθανής αιτιότητας η δυσχέρεια ως προς την θεμελίωση της φυσικής αιτιότητας είναι αποδεικτικής υφής ζήτημα ενώ στις περιπτώσεις εναλλακτικών αιτιών η ίδια η θεωρία του ισοδυνάμου των όρων αμφισβητείται υπό την έννοια ότι η ζημία, ενόψει άλλων παραγόντων, παρουσιάζεται τελικά ως αναπόφευκτη ανεξάρτητα από την παράνομη και υπαίτια πράξη συγκεκριμένου δράστη.

³²⁸ Βλ. ανωτέρω, Κεφ. Γ. υπό Π.2. α.

³²⁹ Καραγιάννης, ό.π. (υποσ. 44), σελ. 851.

³³⁰ Βλ. Καραγιάννη, ό.π. (υποσ. 44), σελ. 851 επ., με αναφορά στην ελληνική νομολογία με βάση την εν λόγω τυποποίηση των περιπτώσεων, όπου και επισημαίνεται ότι στις αποφάσεις των ελληνικών δικαστηρίων η προβληματική της νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς λύεται με εφαρμογή ιδίως της θεωρίας του αναγκαίου όρου και της πρόσφορης αιτιότητας, ενώ δεν αναφέρεται αυτή ρητώς με το όνομά της (βλ. όμως την απόφαση ΠΠΚαρδ 21/2018 (ΤΝΠ ΔΣΑ), που παραπέμπει στην σχετική με την προβληματική βιβλιογραφία).

³³¹ Βλ. Καραγιάννη, ό.π. (υποσ. 44), σελ. 858. Μάλιστα ο ίδιος, (υποσ. 44), σελ. 861 επισημαίνει ότι δεν αποκλείεται να υπάρξουν απλές περιπτώσεις -σπανιότερες βέβαια στην πράξη- όπου θα λειτουργεί πράγματι η θεωρία της *condicio sine qua non* δεδομένου ότι θα είναι διαπιστώσιμο το ότι εάν ο δράστης συμπεριφερόταν νομίμως και πάλι θα επερχόταν η συγκεκριμένη ζημία, με αποτέλεσμα την μη πλήρωση της προϋπόθεσως του αιτιώδους συνδέσμου και την μη θεμελίωση ευθύνης προς αποζημίωση. Περαιτέρω δε, διευκρινίζει ότι: «Στην πράξη οι περιπτώσεις εναλλακτικής νόμιμης συμπεριφοράς εμφανίζουν συχνά *περισσότερο ή λιγότερο*, ως προς την σύνδεση της παρανόμου συμπεριφοράς με την ζημία ή ως προς την έκταση της συνδεόμενης με την παράνομη συμπεριφορά ζημίας, το ζήτημα της απροσδιοριστίας» (η υπογράμμιση δική μου). Βλ. και ανωτέρω, υποσ. 302. Πρβλ. Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 604· Σπερδόκλη, ό.π. (υποσ. 167), σ. 127.

προς την αποδοχή ή μη της νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς και άρα ούτε βεβαιότητα ως προς την μη πλήρωση ή την πλήρωση του αιτιώδους συνδέσμου αντίστοιχα. Άρα, μέσω της εφαρμογής «όλα ή τίποτε», είτε απορρίπτεται λόγω αμφιβολιών συλλήβδην η ευθύνη του δράστη (δηλαδή γίνεται δεκτός ο ισχυρισμός της νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς), είτε αποδίδεται σ' αυτόν πλήρης ευθύνη προς αποζημίωση παρά τις διαπιστωμένες αμφιβολίες για την ύπαρξη βέβαιης αιτιότητας νόμιμου λόγου ευθύνης του ιατρού και ζημίας του ασθενούς (δηλαδή απορρίπτεται ο ισχυρισμός της νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς)³³². Η μη επιδίκαση αποζημίωσης ή η επιδίκαση πλήρους αποζημίωσης («όλα ή τίποτε») θα ενείχαν αναντίρρητα μιαν αδικία είτε για τον ζημιωθέντα στην πρώτη περίπτωση είτε για τον ζημιώσαντα στην δεύτερη περίπτωση³³³.

3. Η λύση της απώλειας θεραπευτικής ευκαιρίας

Ανωτέρω έγινε προσπάθεια να τεθεί το «πρόβλημα»-πυρήνας της προβληματικής της απώλειας (θεραπευτικής) ευκαιρίας υπό τις πραγματικές του διαστάσεις. Η αιτιακή απροσδιοριστία, η προβληματική της νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς και η αρχή «όλα ή τίποτε» φαίνεται από την μέχρι τώρα ανάλυση να συνιστούν το δογματικό τρίπτυχο, στις προκλήσεις του οποίου καλείται να απαντήσει η θεωρία της απώλειας ευκαιρίας.

Για την έναρξη της αναλύσεως που ακολουθεί καθίσταται χρήσιμη η επαναφορά ενός από τα παραδείγματα που τέθηκαν στην αρχή της παρούσας εργασίας³³⁴. Ο ασθενής Α πάσχει από ασθένεια που έχει ποσοστό θεραπείας 30%. Ο ιατρός Ι προβαίνει σε χειρουργική επέμβαση του Α για την αντιμετώπιση της ασθένειας, όμως δεν την διενεργεί *lege artis*. Επέρχεται αποτυχία της επέμβασης και ο Α αποβιώνει έχοντας χάσει το 30% των πιθανοτήτων που είχε για να θεραπευθεί. Ο Ι χρησιμοποιώντας το επιχείρημα της νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς ισχυρίζεται πως ακόμη και εάν είχε διενεργήσει *lege artis* την επέμβαση, ο θάνατος του Α θα είχε επέλθει κατά ποσοστό 70%. Με βάση την θεωρία του ισοδυνάμου των όρων και την αρχή «όλα ή τίποτε» ο δικαστής θα πρέπει να δικαιώσει τον Ι και να απορρίψει την αγωγή του Α, αφού απαιτείται βέβαιη αιτιώδης συνάφεια μεταξύ ιατρικού σφάλματος και ζημίας του ασθενούς. Η λύση αυτή όμως εμφανίζεται ανεπιεικής για τον Α³³⁵. Θα πρέπει άνευ ετέρου να εφαρμοστεί; Ποια λύση προσφέρει η θεωρία της απώλειας θεραπευτικής ευκαιρίας; Η προσφερόμενη αυτή λύση τέμνει κατά τον δικαιότερο δυνατό τρόπο την διαφορά; Και σε κάθε περίπτωση, μας παρέχει το Δίκαιο ήδη τα απαραίτητα δογματικά εργαλεία προκειμένου να εφαρμοστεί η εν λόγω θεωρία σε τέτοιου είδους περιστατικά (εδώ ειδικά ιατρικής ευθύνης);

Καταρχάς είναι κρίσιμο ευθύς εξαρχής να επισημανθεί ότι η θεωρία της απώλειας ευκαιρίας αποδίδεται στην ουσία της μόνον υπό την προσέγγιση της αντιμετώπισης της απωλεσθείσας ευκαιρίας ως εννόμου αγαθού η προσβολή του οποίου θεμελιώνει αντίστοιχη υποχρέωση του δράστη προς αποκατάσταση των ζημιών που προκύπτουν από αυτήν την προσβολή, και όχι υπό την προσέγγιση της χαλάρωσης του μέτρου απόδειξης και θεμελίωσης του αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ του νόμιμου λόγου ευθύνης και της ζημίας³³⁶. Σύμφωνα λοιπόν με την κλασική ερμηνεία

³³² Πρβλ. ανωτέρω, υποσ. 311.

³³³ Σαϊτάκης, ό.π. (υποσ. 272), σελ. 1420.

³³⁴ Βλ. ανωτέρω, Εισαγωγή υπό Π., σ. 10, παράδειγμα γ).

³³⁵ Πρβλ. παρόμοιο παράδειγμα σε Παπαδημητρόπουλο, ό.π. (υποσ. 48), 128.

³³⁶ Έτσι ορθά ο Μάνθος, ό.π. (υποσ. 36), σ. 4-5. Έτσι και οι Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 43), σ. 153, υποσ. 605 και Κορηλάκης, Το πρόβλημα του αιτιώδους συνδέσμου στην περιβαλλοντική ζημία, σε Τιμ.Τόμ. Μιχ. Σταθόπουλου-Ι

της στο πλαίσιο μάλιστα της ιατρικής ευθύνης, η θεωρία της απώλειας ευκαιρίας ή επιβίωσης θεωρεί την σχετική απωλεσθείσα ευκαιρία ως ζημία αυτοτελή σε σχέση με την ζημία που συνιστά η βλάβη του σώματος ή της υγείας ή ο θάνατος του ασθενούς, δημιουργουμένων δύο αυτοτελών αιτιωδών σχέσεων, έτσι ώστε εάν ο αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ του νόμιμου λόγου ευθύνης του ιατρού και της «τελικής ζημίας» (βλάβη της υγείας ή θάνατος) παραμένει εν αμφιβόλω, είναι όμως βέβαιος ο αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ του ίδιου νόμιμου λόγου ευθύνης και της «ενδιάμεσης ζημίας» (απώλεια θεραπευτικής ευκαιρίας)³³⁷. Η υπό εξέταση κατασκευή καταλήγει σε μερική αποκατάσταση της συνολικής ζημίας του ασθενούς, ερειδόμενη στην σκέψη ότι η «ενδιάμεση ζημία» θα είναι μικρότερης έντασης από την τελική και θα προσδιορίζεται ανάλογα με τον βαθμό της πιθανότητας θεραπείας ή επιβίωσης του ασθενούς³³⁸.

α. Πεδίο εφαρμογής

Η θεωρία περί απώλειας ευκαιρίας³³⁹ έχει ορισμένο πεδίο εφαρμογής το οποίο προσδιορίζεται από τα χαρακτηριστικά που την διέπουν. Χρησιμοποιώντας μία περιεκτική μεν, ακριβή δε, διατύπωση, η θεωρία αυτή προϋποθέτει προϋπάρχουσα ευκαιρία του ζημιωθέντος αποφυγής της ζημίας, η οποία χάθηκε λόγω της συμπεριφοράς του ζημιώσαντος³⁴⁰. Τι ακριβώς όμως σημαίνει «ευκαιρία» εν προκειμένω; Σημαίνει «δυνατότητα υλοποίησης ενός συγκεκριμένου αλλά αβέβαιου στόχου»³⁴¹. Ωστόσο, κρίσιμη παρίσταται η έννοια του «διακυβεύματος» δεδομένου ότι η απώλεια ευκαιρίας αποκαθίσταται εφόσον δημιουργήθηκαν εύλογες προσδοκίες στο πρόσωπο του ζημιωθέντος³⁴². Πράγματι, η ύπαρξη ενός διακυβεύματος, που συνδέεται με την προσδοκία ενός συγκεκριμένου ευνοϊκού αλλά αβέβαιου αποτελέσματος (όπως είναι η ίαση από μια σοβαρή νόσο), συνιστά προϋπόθεση για τον μηχανισμό της απώλειας ευκαιρίας³⁴³. Για παράδειγμα, έστω ιατρός χειρουργός που αναλαμβάνει μία αρκετά δύσκολη επέμβαση στο κεφάλι του ασθενούς με στόχο την αποτροπή της αναπηρίας (αρχικές πιθανότητες επιτυχίας: 12%). Έχει εύλογες προσδοκίες ο ασθενής (έστω και αν οι πιθανότητες είναι λίγες) να μην μείνει ανάπηρος³⁴⁴. Τι σημαίνει λοιπόν «απώλεια ευκαιρίας»; Σημαίνει προσβολή της δυνατότητας ενός διακυβεύματος

(2010), σελ. 1148-1149. Πρβλ. και *Φουντεδάκη*, ό.π. (υποσ. 17), 1237, με περαιτέρω παραπομπές. Βλ. τις σχετικές δύο προσεγγίσεις ανωτέρω στην Εισαγωγή υπό Π.

³³⁷ Βλ. *Φουντεδάκη*, ό.π. (υποσ. 17), 1235, με περαιτέρω παραπομπές. Βλ. και *Μάνθος*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 7.

³³⁸ Βλ. *Φουντεδάκη*, ό.π. (υποσ. 17), 1235· *Μάνθος*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 225.

³³⁹ Συχνά γίνεται διάκριση μεταξύ της γενικής θεωρίας απώλειας ευκαιρίας και της απώλειας ευκαιρίας επιβίωσης ή θεραπείας ως ειδικότερης εκδήλωσης αυτής υπό την εξής λειτουργική διαφορά: η μεν πρώτη συνιστά μέθοδο υπολογισμού της έκτασης της ζημίας όταν η άμεση ζημία είναι δεδομένη και αμφισβητείται η έκταση αυτής με βάση τις συνέπειές της στο μέλλον, επέρχεται δε κάμψη της αρχής «όλα ή τίποτε» και επικδικάζεται μερική αποζημίωση ανάλογη με το ποσοστό κατά το οποίο ο ζημιωθείς στερήθηκε τις πιθανότητες αποφυγής της ζημίας λόγω της συμπεριφοράς του ζημιωθέντος' ενώ η δεύτερη χρησιμεύει στην θεμελίωση της ίδιας της ύπαρξης της ζημίας («ενδιάμεση» ζημία) και όχι απλώς στον υπολογισμό του ύψους της ζημίας (βλ. *Σπερδόκλη*, ό.π. (υποσ. 167), σ. 384-385, με περαιτέρω παραπομπές). Ορθά όμως η *Ζερβογιάννη*, ό.π. (υποσ. 43), σ. 152 επισημαίνει ότι η εν λόγω διάκριση έχει απλώς περιγραφική αξία. Έτσι μάλλον και *Μάνθος*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 130 επ. Πρβλ. και ανωτέρω, υποσ. 336.

³⁴⁰ *Ζερβογιάννη*, ό.π. (υποσ. 43), σ. 151-152.

³⁴¹ Έτσι ορθά ο *Μάνθος*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 70, όπου και συναφείς διατυπώσεις. Βλ. και *Μαθιουδάκη*, ό.π. (υποσ. 46), 702, ο οποίος επισημαίνει την αντικειμενική φύση της έννοιας της «ευκαιρίας» και την σύνδεσή της με την δυνατότητα επέλευσης ορισμένης ωφέλειας, η ύπαρξη της οποίας προκύπτει βάσει επιστημονικών δεδομένων. Πρβλ. και *Jansen*, *The idea of a lost chance*, (1999) 19 *OxJLS*, 279.

³⁴² *Μάνθος*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 71, ο οποίος και επισημαίνει ότι μια απλή ευχή ή επιθυμία δεν δύναται να θεωρηθούν ως εμπόλπιτες στην έννοια του «διακυβεύματος».

³⁴³ *Μάνθος*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 71.

³⁴⁴ Πρβλ. *Μάνθος*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 71.

που έχει αβέβαια αποτελέσματα, με άλλα λόγια, λόγος για «απώλεια ευκαιρίας» μπορεί να γίνει όταν, βάσει των πραγματικών συνθηκών κατά τον χρόνο της επιλήψιμης συμπεριφοράς του δράστη, το θύμα ανέμενε ή θα έπρεπε να αναμένει κατ' εύλογη και αντικειμενική κρίση ένα συγκεκριμένο και ευνοϊκό αποτέλεσμα (διακύβευμα) του οποίου η διεκδίκηση -όχι η απόλαυση- εξαιτίας της εν λόγω συμπεριφοράς ματαιώθηκε οριστικώς³⁴⁵.

Συγκεκριμένα στην απώλεια θεραπευτικής ευκαιρίας, όπου το διακύβευμα συνδέεται με την απώλεια ευκαιρίας αποφυγής ζημίας³⁴⁶, συνήθως ο δράστης αποτυγχάνει να προστατεύσει τον παθόντα από μία προϋφιστάμενη ρευστή κατάσταση, ιδίως από έναν εξωτερικό ασταθή κίνδυνο που έχει ξεκινήσει ήδη την επιζήμια δράση του (εν δυνάμει ζημιογόνος κίνδυνος)³⁴⁷. Τα ιατρικά δε περιστατικά συνιστούν χαρακτηριστικές τέτοιες περιπτώσεις, αφού η υγεία ή η ζωή του ασθενούς βρίσκεται ήδη σε κίνδυνο, πριν επιληφθεί του περιστατικού ο ιατρός³⁴⁸. Για παράδειγμα, ασθενής επισκέπτεται τον ιατρό του παραπονούμενος για πόνο στο στήθος και ο τελευταίος από βαριά αμέλεια δεν διαπιστώνει σοβαρή πάθηση, του χορηγεί εσφαλμένη φαρμακευτική αγωγή μειώνοντας τις πιθανότητες θεραπείας του. Ήταν αβέβαιο το αν ο ασθενής θα θεραπευόταν (διακύβευμα) αλλά το ιατρικό σφάλμα μείωσε τις σχετικές πιθανότητες. Στο σημείο αυτό είναι απαραίτητο να διακριθούν οι υπό εξέταση περιπτώσεις από τις συνηθισμένες περιπτώσεις πρόκλησης ζημίας. Η ειδοποιός διαφορά μεταξύ των δύο συνίσταται στο ότι στις μεν πρώτες υφίσταται το περί ης ο λόγος «διακύβευμα», ενώ στις δεύτερες όχι. Για παράδειγμα³⁴⁹, όταν ασθενής εισάγεται στο νοσοκομείο για επέμβαση ρουτίνας και τελικά προσβάλλεται από τον ιό του σταφυλόκοκκου (μόλυνση που συνιστά γενικό κίνδυνο στον οποίο αναγκαστικώς εκτίθενται όλοι οι ασθενείς του νοσοκομείου) δεν μπορεί να γίνει λόγος για «διακύβευμα» αναφορικά με την προστασία της υγείας του Α από τον σταφυλόκοκκο (διαφορετικά θα κρινόταν περιστατικό όπου έπασχε ήδη ο ασθενής από σταφυλόκοκκο και ο ιατρός παρέλειψε από αμέλεια να προβεί στην σχετική διάγνωση). Έτσι, υποστηρίζεται³⁵⁰ η εξής διάκριση ανάμεσα στις περιπτώσεις όπου η επιλήψιμη συμπεριφορά (π.χ. το ιατρικό σφάλμα) εισάγει για πρώτη φορά έναν κίνδυνο για την υγεία ενός προσώπου, άρα δεν υφίσταται κάποια ευκαιρία για να απωλεσθεί, από τις περιπτώσεις εκείνες όπου η επιλήψιμη συμπεριφορά περιορίζει ή εξαλείφει τις πιθανότητες για μια πιο ευνοϊκή εξέλιξη στην υγεία ενός ήδη πάσχοντος προσώπου, οπότε υπάρχει προσβολή του διακυβεύματος και συνεπώς απώλεια ευκαιρίας. Αξίζει όμως να επισημανθούν και οι επιφυλάξεις που διατυπώνονται σχετικώς. Συγκεκριμένα, επισημαίνεται³⁵¹ ότι δεν θα είναι πάντα εύκολο να

³⁴⁵ Μάνθος, ό.π. (υποσ. 36), σ. 71, ο οποίος και αναφέρει ότι «η έννοια της απώλειας ευκαιρίας προϋποθέτει διάψευση των προσδοκιών -ή αλλιώς ορισμένης ελπίδας- και συνδέεται άρα με μία κατάσταση, εξαιτίας της οποίας γεννιούνται οι ως άνω «αμφίβολες» προσδοκίες ή στην οποία διακυβεύονται έννομα συμφέροντα του δικαιούχου». Βλ. και Μαθιουδάκη, ό.π. (υποσ. 46), 702, ο οποίος αναφέρει πως: «Απώλεια ορισμένης ευνοϊκής κατάστασης νοείται στην περίπτωση, που, αφενός, ο διοικούμενος θα έκανε αποδεδειγμένα ή κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας χρήση της συγκεκριμένης ευκαιρίας, πράγμα, που η παράνομη κρατική πράξη ή παράλειψη απέτρεψε». Βλ. σχετικά και Jourdain, Sur la perte d'une chance, RTD Civ 1992, 109, 110 που τονίζει τα χαρακτηριστικά γνωρίσματα της απώλειας ευκαιρίας όπως τα έχει διατυπώσει ο M. Chabas: το διακύβευμα («l'enjeu») και το απρόβλεπτο γεγονός («l'aléa»). Πρβλ. και Jansen, ό.π. (υποσ. 341), 282, όπου και σχετική υποσ. 62.

³⁴⁶ Βλ. για την διάκριση απώλειας ευκαιρίας κέρδους και απώλειας ευκαιρίας αποφυγής ζημίας ανωτέρω στην Εισαγωγή υπό II., όπου και σχετική υποσημείωση 47.

³⁴⁷ Μάνθος, ό.π. (υποσ. 36), σ. 74, ο οποίος προσφυσώς αναφέρει πως: «Το διακύβευμα, εν προκειμένω, συνίσταται στην αναστροφή μίας διαφανόμενης αρνητικής εξέλιξης». Βλ. και King, Jr., ό.π. (υποσ. 117), 1359-1360.

³⁴⁸ Βλ. Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 75.

³⁴⁹ Παράδειγμα από τον Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 76-77.

³⁵⁰ Μάνθος, ό.π. (υποσ. 36), σ. 77. Πρβλ. και Jansen, ό.π. (υποσ. 341), 295.

³⁵¹ Jourdain, ό.π. (υποσ. 345), 110, ο οποίος επισημαίνει τον κίνδυνο αυθαίρετων διαχωρισμών, ενώ θεωρεί ότι και στις δύο περιπτώσεις οι ασθενείς υπήρξαν θύματα ιατρικού σφάλματος. Στο μέτρο που γίνεται δεκτή η θεωρία περί απώλειας ευκαιρίας αποφυγής ζημίας, αυτή εφαρμόζεται είτε υπάρχει αύξηση είτε δημιουργία το πρώτον του

διακρίνονται οι περιπτώσεις όπου θα προϋφίσταται κάποιος κίνδυνος από τις περιπτώσεις όπου δεν θα προϋπάρχει.

Κρίσιμη επιπλέον στο πλαίσιο της κατασκευής της απώλειας ευκαιρίας είναι η διάκριση ανάμεσα σε υποκειμενική και εξ αντικειμένου αβεβαιότητα. Στην απώλεια ευκαιρίας υφίσταται αβεβαιότητα ως προς την υποθετική εξέλιξη των πραγμάτων επειδή η απωλεσθείσα ευκαιρία δεν είναι βέβαιο εκ των πραγμάτων ότι θα επραγματοποιείτο³⁵². Επισημαίνεται ότι η εν λόγω αβεβαιότητα δεν αφορά (τουλάχιστον αποκλειστικώς) στην απόδειξη αυτή καθαυτή των πραγματικών γεγονότων που αποτελούν την αιτιακή αλυσίδα και τις συναφείς αποδεικτικές δυσχέρειες (υποκειμενική αβεβαιότητα), αλλά στην εξ αντικειμένου αβεβαιότητα, δηλαδή την εγγενή αδυναμία για ασφαλές συμπέρασμα για το εάν ορισμένα γεγονότα απετέλεσαν πράγματι την αιτία της τελικής ζημίας του θιγομένου' για παράδειγμα στην απώλεια θεραπευτικής ευκαιρίας δεν υπάρχει ούτε και υπήρξε βέβαιη πεποίθηση ότι ο ασθενής ακόμη και επί νομίμου συμπεριφοράς του ιατρού θα θεραπευόταν³⁵³. Έτσι, ορθά αναφέρεται³⁵⁴ πως η θεωρία περί απώλειας ευκαιρίας δεν εφαρμόζεται, άνευ άλλου τινός, σε όλες τις περιπτώσεις που ο δικαστής έρχεται αντιμέτωπος με δυσχέρειες αναφορικά με την θεμελίωση του αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ της επιλήψιμης συμπεριφοράς και της τελικής ζημίας και, άρα, δεν καθιερώνεται μέσω της υπό εξέταση θεωρίας τεκμήριο μερικής αιτιότητας.

Επιπροσθέτως, η θεωρία της απώλειας ευκαιρίας προϋποθέτει ότι η πραγματοποίηση του ευνοϊκού αποτελέσματος (ευκαιρίας) που ματαιώθηκε, θα πρέπει να μην εξαρτιόταν (τουλάχιστον όχι αποκλειστικώς) από την συμπεριφορά του ζημιωθέντος ούτε του ζημιώσαντος αλλά να στηριζόταν (και) σε ουδέτερους παράγοντες, όπως λ.χ. η ανωτέρα βία, τα τυχηρά ή οι ενδιάθετες

κινδύνου επέλευσης της ζημίας. Βλ. και *Mémeteau*, ό.π. (υποσ. 75), 149, που αναφέρει χαρακτηριστικά: «En réalité, aggraver ou créer un risque est identiquement réduire des chances; chances et risques illustrent les deux faces d'une seule médaille». Βλ. επίσης και *Παπαδημητρόπουλο*, ό.π. (υποσ. 48), 137-138, σύμφωνα με τον οποίο (στα πλαίσια της πρότασης της αναλογικής ευθύνης λόγω πιθανοτικής αιτιότητας) «δεν θα ήταν ορθή τυχόν διαφοροποίηση ανάλογα με το αν η συμπεριφορά του δράστη προκάλεσε (με την έννοια της πιθανοτικής αιτιότητας) την ίδια τη βλάβη ή αν η συμπεριφορά του δράστη δεν απέτρεψε (πάλι με την έννοια της πιθανοτικής αιτιότητας), ως όφειλε, μια βλάβη που καθαυτήν πηγάζει από άλλη αιτία», κάνει δε λόγο για «ίδια κρίσιμη κατάσταση συμφερόντων». Πρβλ. και τον *ίδιο*, ό.π. (υποσ. 48), 143, υποσ. 116. Πρβλ. επίσης και *Ανδρουλιδάκη-Δημητριάδη*, ό.π. (υποσ. 2), σ. 53. Βλ. όμως και *Μάνθο*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 105 επ., κατά τον οποίο η θέση ότι στην απώλεια ευκαιρίας επιβίωσης ή θεραπείας η αύξηση από τον ιατρό ή η δημιουργία από αυτόν ενός ιατρικού κινδύνου είναι πανομοιότυπο με το να μειώσει τις αντίστοιχες πιθανότητες επιβίωσης ή θεραπείας είναι ορθή, εφόσον η επιλήψιμη συμπεριφορά επαυξάνει τους κινδύνους σχετικά με ένα προϋφιστάμενο διακύβευμα, διαφορετικά απουσιάζει η συγκεκριμένη εύλογη προσδοκία του ασθενούς' φέρνει δε ως παράδειγμα την περίπτωση του ασθενούς που βρίσκεται στα πρώτα στάδια του καρκίνου και ο οποίος ασθενής, έστω και αν αγνοεί την νόσο του, βρίσκεται εντούτοις ήδη σε «κινδυνώδη κατάσταση» που δημιουργεί αντίστοιχη ευκαιρία επιβίωσης (διακύβευμα).

³⁵² *Μάνθος*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 78. Πρβλ. και *Μαθιουδάκη*, ό.π. (υποσ. 46), 704.

³⁵³ Βλ. *Σπερδόκλη*, ό.π. (υποσ. 167), σ. 382, όπου και υποσ. 841· *Μάνθο*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 78-79. Πρβλ. και *Καραγιάννη*, ό.π. (υποσ. 44), σελ. 860-861. Για το ότι η εξ αντικειμένου αβεβαιότητα αφορά σε αναιτιοκρατικά γεγονότα, δηλαδή σε γεγονότα όπου επικρατεί μια αντικειμενική πιθανότητα εμφάνισης ενός γεγονότος μη εξαρτώμενη από την ανθρώπινη γνώση ή κρίση, βλ. *Van den Heever*, ό.π. (υποσ. 111), 13-14, που αναφέρει ακόμη πως οι υποθέσεις απώλειας ευκαιρίας είναι οιονεί-ντετερμινιστικές· *Μάνθο*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 81-84. Για την ορθή άποψη ότι η εξ αντικειμένου αβεβαιότητα δυνατόν να υπάρξει και κατά την προσπάθεια θεμελίωσης του αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ ιατρικού σφάλματος και ζημίας του ασθενούς, ιδίως όσες φορές η ιατρική επιστήμη δεν δύναται να παράσχει σχετικώς ασφαλή ιατρικά δεδομένα, βλ. *Μάνθο*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 84 επ., όπου και περαιτέρω παραπομπές, ο οποίος κάνει αναφορά και στην αντίθετη άποψη η οποία θεωρεί ότι επί προσβολής της υγείας του θύματος, οι αιτίες της προσβολής είναι πάντα ορισμένες επειδή η φυσική διαδρομή που αφορά στην ανθρώπινη υγεία είναι κατά κανόνα αιτιοκρατική.

³⁵⁴ *Μάνθος*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 78-79. Βλ. όμως *Φουντεδάκη*, ό.π. (υποσ. 17), 1235· *Σπερδόκλη*, ό.π. (υποσ. 167), σ. 383.

συμπεριφορές τρίτων προσώπων³⁵⁵. Με βάση αυτήν την παραδοχή λοιπόν, καθίσταται αντιληπτό ότι η θεωρία περί απώλειας ευκαιρίας και δη θεραπευτικής έρχεται να δώσει λύση στις περιπτώσεις αιτιακής απροσδιοριστίας που αφορά σε συναιτιότητα με εναπομένονσα αιτιότητα ουδέτερους (τυχαίους) παράγοντες³⁵⁶.

β. Απώλεια ευκαιρίας και διαφυγόν κέρδος

Στο σημείο αυτό, κρίσιμη αναφαίνεται η ανάγκη συσχέτισης των εννοιών της «απώλειας ευκαιρίας» και του «διαφυγόντος κέρδους». Σύμφωνα με την διάταξη του άρθρου ΑΚ 298 εδ. β', διαφυγόν κέρδος «...λογίζεται εκείνο που προσδοκά κανείς με πιθανότητα σύμφωνα με τη συνηθισμένη πορεία των πραγμάτων ή τις ειδικές περιστάσεις και ιδίως τα προπαρασκευαστικά που έχουν ληφθεί»³⁵⁷. Υποστηρίζεται³⁵⁸ πως η απώλεια ευκαιρίας αποτελεί υποπερίπτωση του διαφυγόντος κέρδους, δηλαδή συνιστά μελλοντική αποθετική ζημία που πιθανολογείται κατά προσέγγιση (πιθανή ζημία). Πράγματι, και το διαφυγόν κέρδος και η απώλεια ευκαιρίας στηρίζονται σε υποθετικό συλλογισμό³⁵⁹. Δηλαδή, το διαφυγόν κέρδος αποκαθίσταται εφόσον υπάρχει η «πιθανότητα» της ΑΚ 298 εδ. β' ότι το κέρδος θα αποκομιζόταν αν δεν είχε επέλθει το ζημιόγONO γεγονός, ενώ η απώλεια ευκαιρίας αποτιμάται με την λήψη υπόψη δεδομένων στατιστικών πιθανοτήτων ότι συγκεκριμένο ευνοϊκό αποτέλεσμα θα μπορούσε να επέλθει προτού λάβει χώρα η ζημιόγONος συμπεριφορά³⁶⁰. Ακόμη, βασικό στοιχείο του πραγματικού των δύο εννοιών είναι η πιθανότητα³⁶¹.

Όμως κατ' άλλη μάλλον πειστικότερη άποψη³⁶², οι δύο έννοιες -αν και συγγενείς- διαφέρουν σε κάποια σημεία. Η άποψη αυτή εκκινεί από την εξής παρατήρηση: όταν υπάρχει ένα διακυβέυμα -π.χ. η ίαση από μία ασθένεια-, η δυνατότητα διεκδίκησής του πρέπει να διακρίνεται από την οριστική του πραγματοποίηση, η απώλεια ευκαιρίας δε, αφορά στην διεκδίκηση του διακυβεύματος ενώ το διαφυγόν κέρδος αφορά στην οριστική ματαίωση του διακυβεύματος³⁶³. Η πρώτη διαφορά μεταξύ των δύο μεγεθών που διακρίνει η εν λόγω άποψη έγκειται στην φύση της

³⁵⁵ Έτσι εύστοχα ο Μάνθος, ό.π. (υποσ. 36), σ. 87. Πρβλ. Παπαδημητρόπουλο, ό.π. (υποσ. 48), 142, ο οποίος αναφέρει πως: «...στις περιπτώσεις πιθανοτικής αιτιότητας την αβεβαιότητα δημιουργούν άλλα γεγονότα, η επίδραση των οποίων στη ζημία παραμένει ανεξιχνίαστη, όπως για παράδειγμα η ευαίσθητη κρίση του ασθενούς που υποβάλλεται σε ακατάλληλη θεραπεία».

³⁵⁶ Βλ. την σχετική τυπολογία, όπως και γενικότερα την παρουσίαση της «νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς» ανωτέρω, Κεφ. Γ. υπό ΙΙ.2. β.

³⁵⁷ Βλ. και ανωτέρω, Κεφ. Β. υπό Ι.2.

³⁵⁸ Βλ. Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 552· Μαθιοδάκη, ό.π. (υποσ. 46), 701· Περτσελάκη, ό.π. (υποσ. 36), σ. 87. Έτσι μάλλον και ο Σαϊτάκης, ό.π. (υποσ. 272), σελ. 1416 επ.

³⁵⁹ Βλ. Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 544, ο οποίος αναφέρει σε σχέση με το διαφυγόν κέρδος ότι: «Γίνεται δηλαδή αναγκαία ένας συλλογισμός για την υποθετική εξέλιξη των πραγμάτων». Βλ. σχετικά με το στοιχείο αυτό του διαφυγόντος κέρδους και σε Παπαδοπούλου-Κλαμαρή, Σκέψεις για θέματα «παράνομου» διαφυγόντος κέρδους, Γενέθλιον Γεωργιάδη Ι, 2006, 654· Κανελλοπούλου-Μπότη, ό.π. (υποσ. 50), 294· Σαϊτάκη, ό.π. (υποσ. 272), σελ. 1416-1417· ΑΠ 1364/2013 ΤΝΠ ΔΣΑ.

³⁶⁰ Βλ. Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 112.

³⁶¹ Μάνθος, ό.π. (υποσ. 36), σ. 113. Βλ. και Κανελλοπούλου-Μπότη, ό.π. (υποσ. 50), 295, κατά την οποία η αξίωση ένεκα διαφυγόντος κέρδους είναι ουσιαστικά η αξίωση για αποκατάσταση της πιθανότητας, της ευκαιρίας που θα είχε ο ζημιωθείς να αποκτήσει κάποιο κέρδος, εάν δεν είχε συμβεί η ζημιόγONος συμπεριφορά.

³⁶² Βλ. Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 112 επ. Πρβλ. και Λέων, Η αποζημίωση από την επιδείνωση της υγείας του παθόντος, 2024, σ. 234.

³⁶³ Έτσι Μάνθος, ό.π. (υποσ. 36), σ. 112, ο οποίος -με χρήσιμο τρόπο για τις ανάγκες διάκρισης των δύο εννοιών- αναφέρει για την απωλεσθείσα ευκαιρία πως αυτή βασίζεται σε ποσοστό πιθανοτήτων με βάση τις οποίες θα μπορούσε ενδεχομένως να επέλθει ορισμένο ευνοϊκό αποτέλεσμα (λ.χ. ίαση του ασθενούς) που όμως τελικά ματαιώθηκε οριστικός εξαιτίας της επιλήψιμης συμπεριφοράς του δράστη.

πιθανότητας. Το «πιθανό» αποτέλεσμα κατά την έννοια της ΑΚ 298 εδ. β' πρέπει να είναι εκείνη ανάμεσα στις πολλές δυνατές εξελίξεις που προβλέπεται πως θα επερχόταν κατά την κανονική εξέλιξη των πραγμάτων³⁶⁴. Η πιθανότητα στο διαφυγόν κέρδος αφορά στον τρόπο εκτιμήσεως των αποδείξεων και στον απαιτούμενο βαθμό δικανικής γνώσης για την αλήθεια ή μη του αποδεικτέου ζητήματος³⁶⁵. Επισημαίνεται ότι η διάταξη του άρθρου ΑΚ 298 εδ. β' είναι δικονομικού χαρακτήρα κατά το μέτρο που επιτρέπει στον δικαστή να αρκεστεί στην επάρκεια της πιθανολόγησης με αντικειμενικά κριτήρια³⁶⁶ και κατά τα λοιπά ουσιαστικού περιεχομένου αφού καθορίζει τα στοιχεία στα οποία στηρίζεται η αξίωση αποζημίωσης λόγω διαφυγόντος κέρδους³⁶⁷. Ωστόσο, η στατιστική πιθανότητα στην απώλεια ευκαιρίας συνιστά όχι μέτρο αλλά αντικείμενο αποδείξεως και, άρα, πρέπει να αποδειχθεί με βεβαιότητα ότι υπήρχε πράγματι και απωλέσθηκε οριστικώς η ευκαιρία να επέλθει το ευνοϊκό αποτέλεσμα (η ζημία δεν πιθανολογείται όπως στο διαφυγόν κέρδος)³⁶⁸.

Στο διαφυγόν κέρδος υφίσταται πιθανολόγηση μίας υποθετικής πορείας των πραγμάτων, προορισμένης να παραμείνει άγνωστη αφού το ζημιόγONO γεγονός διέκοψε την εξέλιξή της, ενώ αντιθέτως στην απώλεια ευκαιρίας δεν υφίσταται τέτοια πιθανολόγηση αφού η τελική εξέλιξη (λ.χ. θάνατος, βλάβη της υγείας) έχει επέλθει και είναι γνωστή³⁶⁹. Συνεπώς, στην απώλεια ευκαιρίας, σε αντίθεση με το διαφυγόν κέρδος, «η συνηθισμένη πορεία των πραγμάτων» δεν αποτελεί κριτήριο για τον καθορισμό της (τελικής ζημίας)³⁷⁰.

Επί της αρχής λοιπόν εμφανίζεται η διαφορά μεταξύ των δύο μεγεθών. Στην απώλεια ευκαιρίας (αποφυγής ζημίας) η ευκαιρία έχει αυτοτελή χαρακτήρα και η πιθανότητα χρησιμοποιείται για να θεμελιώσει την ύπαρξη ορισμένης ζημίας - της λεγόμενης «ενδιάμεσης» η απωλεσθείσα δε ευκαιρία συνιστά θετική και όχι αποθετική ζημία, διότι ο θιγόμενος στερήθηκε εν προκειμένω ένα αγαθό με αυτοτελή οικονομική αξία³⁷¹. Στο διαφυγόν κέρδος αποκαθίσταται η οικονομική αξία που έχει το υποθετικό αποτέλεσμα που δεν επετεύχθη, ενώ στην απώλεια ευκαιρίας αποκαθίσταται η οικονομική αξία που έχει η ίδια η απώλεια των πιθανοτήτων επίτευξης ενός

³⁶⁴ Βλ. Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 545, όπου και σχετικές παραπομπές σε αρεοπαγίτικη νομολογία στην υποσ. 117.

³⁶⁵ Βλ. Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 113, με περαιτέρω παραπομπές.

³⁶⁶ Βλ. ΟΛΑΠ 79/1966, ΝοΒ 1966, 805· ΑΠ 869/2013 ΤΝΠ ΔΣΑ· ΑΠ 995/2008 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ. Βλ. και Κουσούλη, Προβλήματα του μέτρου απόδειξης στην πολιτική δίκη, Δ. 1986, 600. Αντίθετα όμως η Παπαδοπούλου-Κλαμαρή, ό.π. (υποσ. 359), 656.

³⁶⁷ Βλ. Κορνηλάκη, ό.π. (υποσ. 146), σ. 1636. Βλ. και Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 546, ο οποίος προσφυσώς αναφέρει: «Η πιθανολόγηση είναι κριτήριο και προϋπόθεση του ουσιαστικού δικαίου, στο οποίο πρέπει να προσαρμοσθεί το δικονομικό δίκαιο, με την έννοια ότι θα τη θεωρήσει από την πλευρά του ως την πληρέστερη δυνατή απόδειξη, κατά διαφοροποίηση από την πιθανολόγηση της ΚΠολΔ 347, πιθανολόγηση δηλαδή μειωμένης αποδεικτικότητας έναντι της (εδώ δυνατής) πλήρους (με την έννοια της πληρέστερης δυνατής) απόδειξης. Από τη στιγμή που ο δικαστής της ουσίας θα δεχθεί ότι υπήρξε η πιθανότητα σύμφωνα με τα κριτήρια της ΑΚ 298 εδ. 2, αυτό το πιθανό (όχι το βέβαιο) διαφυγόν κέρδος θα πρέπει να θεωρηθεί ικανό να επιφέρει τις έννομες συνέπειες του ουσιαστικού δικαίου».

³⁶⁸ Μάνθος, ό.π. (υποσ. 36), σ. 114, ο οποίος και διευκρινίζει ότι είναι διαφορετικό το ζήτημα ότι η δικαστική κρίση θα γίνει αναγκαστικώς αλλά δικαιολογημένα προσεγγιστικά, αφού η βεβαιότητα ως προς τον σοβαρό χαρακτήρα της ευκαιρίας που εκφράζεται μέσα από στατιστική αναλογία εκ των πραγμάτων δεν δύναται να επαληθευθεί στον πραγματικό κόσμο. Για το ότι δεν πρέπει να συγχέεται το ποσοστό δικανικής γνώσης με το ποσοστό πιθανοτήτων υλοποίησης της ευκαιρίας που συνιστά το αντικείμενο αποδείξεως, βλ. τον ίδιο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 263-264.

³⁶⁹ Βλ. Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 114. Βλ. επίσης και Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 17), 1235, όπου και υποσ. 75 που παραπέμπει στην επισήμανση στην οποία προβαίνουν οι Savatier και Penneau.

³⁷⁰ Μάνθος, ό.π. (υποσ. 36), σ. 114. Βλ. όμως Μαθιουδάκη, ό.π. (υποσ. 46), 705, ο οποίος αναφέρει πως για την απώλεια ευκαιρίας (την οποία εκλαμβάνει ως υποπερίπτωση του διαφυγόντος κέρδους) δεν απαιτείται βεβαιότητα αλλά αρκεί πιθανολόγηση υπό την έννοια της ΑΚ 298 εδ. β'.

³⁷¹ Βλ. Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 17), 1235· Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 116.

ευνοϊκού αποτελέσματος³⁷². Άλλωστε, παρατηρείται και η σύνδεση του διαφυγόντος κέρδους με την θεωρία της πρόσφορης αιτίας³⁷³, ενώ στην θεωρία περί απώλειας ευκαιρίας, λόγω της υφιστάμενης αιτιακής απροσδιοριστίας ως προς την αιτιακή σύνδεση υπό την έννοια της *condicio sine qua non* μεταξύ νόμιμου λόγου ευθύνης και (τελικής) ζημίας, θα συνιστούσε λογικό και δογματικό άλμα η «πιθανότητα» να νοηθεί στο επίπεδο της προσφορότητας, τη στιγμή που δεν μπορεί να θεμελιωθεί ήδη στο επίπεδο του αναγκαίου όρου. Και για να καταστεί περισσότερο σαφής η υποστηριζόμενη (λεπτή ομολογουμένως) ανωτέρω διάκριση, έστω θανατηφόρο ιατρικό σφάλμα που αν αποφευγόταν ο ασθενής θα είχε 10% πιθανότητες να σωθεί. Στην προκειμένη περίπτωση υπάρχει αδυναμία θεμελίωσης της φυσικής αιτιότητας μεταξύ του ιατρικού σφάλματος και του θανάτου του ασθενούς³⁷⁴.

γ. Η «ευκαιρία»

Η θεώρηση της θεωρίας της απώλειας ευκαιρίας εκκινεί από μία δογματική αφετηρία, η βασιμότητα της οποίας έχει αμφισβητηθεί³⁷⁵. Πρόκειται για την παρατήρηση πως η «ευκαιρία» στα πλαίσια της εν λόγω θεώρησης θεωρείται ως αυτοτελές έννομο αγαθό, ως αυτοτελές μέγεθος που έχει τη δική του οικονομική αξία³⁷⁶. Στο πεδίο ειδικά της αδικοπρακτικής ευθύνης, η περί ης ο λόγος δογματική παραδοχή διαδραματίζει κρίσιμο ρόλο για την κατάφαση της παρανομίας και άρα σε αυτό το πλαίσιο θα πρέπει να ερευνάται κάθε φορά κατά πόσο ορισμένη πράξη ή παράλειψη παραβιάζει κανόνες δικαίου που στο προστατευτικό τους πεδίο εμπίπτει και η ευκαιρία ως έννομο αγαθό³⁷⁷.

Στα πλαίσια της προπαρατεθείσας παραδοχής, τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά τα οποία πρέπει να έχει η «ευκαιρία» προκειμένου να προστατευθεί ως έννομο αγαθό είναι η αυτοτελεία της και ο σοβαρός χαρακτήρας της. Όσον αφορά το στοιχείο της αυτοτέλειας, σχετικώς επισημαίνεται ότι η πιθανότητα υφίσταται ακόμη και αν αναφέρεται καταρχήν σε κάτι άυλο, μη χειροπιαστό και μη ευχερώς εκτιμητό, όπως στην περίπτωση της απώλειας θεραπευτικής ευκαιρίας³⁷⁸. Εξάλλου, όπως χαρακτηριστικά λέγεται, η πιθανότητα μπορεί να σημαίνει βεβαιότητα σε ορισμένο ποσοστό του συνόλου των πιθανοτήτων³⁷⁹. Έτσι, θεωρείται εν προκειμένω πως η πιθανότητα για μια ευνοϊκή εξέλιξη των πραγμάτων, όπως είναι η αποφυγή της βλάβης της υγείας του ασθενούς, συνιστά αγαθό που χρήζει αυτοτελούς έννομης προστασίας. Θεωρείται συναφώς³⁸⁰, κατά την λεγόμενη «οντολογική θεωρία», πως η ευκαιρία ως ένα σύνολο πιθανοτήτων συνιστά ένα υπαρκτό μέγεθος, ένα *sui generis* έννομο αγαθό μη αντιληπτό στον φυσικό κόσμο με αυτοτελή αξία, που προϋπάρχει της επιλήψιμης συμπεριφοράς και περιέρχεται στην περιουσία του θιγομένου, που έχει επίσης δυναμική φύση αφού είναι προορισμένη να εξαφανισθεί (είτε λόγω ματαίωσης υλοποίησής της είτε λόγω μετατροπής της σε κεκτημένο αγαθό

³⁷² Βλ. Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 115-116.

³⁷³ Βλ. και ανωτέρω, Κεφ. Β. υπό Ι.3. β.

³⁷⁴ Βλ. όμως Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 552.

³⁷⁵ Γενικότερα για την κριτική που έχει ασκηθεί κατά της υπό εξέταση θεωρίας, βλ. κατωτέρω, Κεφ. Γ. υπό ΙΙ.3. ζ.

³⁷⁶ Βλ. Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 159, με περαιτέρω παραπομπές.

³⁷⁷ Βλ. Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 160, 188 επ. Πρβλ. και Jansen, ό.π. (υποσ. 341), 283, ο οποίος υποστηρίζει για την ιδέα της απώλειας ευκαιρίας ότι: "...it is important to realize that the main point of this idea is *normative*: it relates to legal rights (norms), and not to causal issues (facts)".

³⁷⁸ Κανελλοπούλου-Μπότη, ό.π. (υποσ. 50), 302.

³⁷⁹ Μαθιουδάκης, ό.π. (υποσ. 46), 704.

³⁸⁰ Βλ. Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 162, με περαιτέρω παραπομπές.

του φυσικού κόσμου), και που άρα η προσβολή της συνιστά αυτόνομη και συγκεκριμένη πραγματική ζημία που απαιτείται να διακρίνεται από την τελική ζημία και να υπολογίζεται ως κλάσμα αυτής.

Με γνώμονα το γνώρισμα της αυτοτέλειας, θεωρείται ακόμη πως η πιθανότητα να αποφευχθεί η ζημία (π.χ. η πιθανότητα επιβίωσης) συνιστά «...κυριολεκτικά αγαθό και όχι μια αδιάφορη προοπτική, αφού ακριβώς με σκοπό τη διαφύλαξη της πιθανότητας αυτής οι άνθρωποι συνηθίζουν να προβαίνουν σε δαπανηρές ενέργειες ή να υφίστανται άλλου είδους επιβαρύνσεις»³⁸¹. Άλλωστε, ήδη στο ισχύον δίκαιο γίνεται δεκτό ότι είναι δυνατή η αποζημίωση για την απώλεια αγαθών που ενσωματώνουν κάποια πιθανότητα κέρδους, τουλάχιστον εφόσον έχει η πιθανότητα αυτή στον συναλλακτικό βίο την δική της αποτίμηση³⁸². Αυτό, δε, σημαίνει ότι η απώλεια αυτής της πιθανότητας συνεπάγεται απώλεια της αντίστοιχης αξίας και άρα πραγματική ζημία που πρέπει να αποκατασταθεί πληρουμένων και των λοιπών προϋποθέσεων της ευθύνης³⁸³. Ως σχετικά παραδείγματα αναφέρονται³⁸³ η πιθανότητα αποκόμισης κέρδους που ενσωματώνει ένα λαχείο ή η έναντι ανταλλάγματος συμμετοχή σε νόμιμα τυχερά παιχνίδια, η χρηματιστηριακή αποτίμηση της μετοχής στο μέτρο που ενσωματώνει και την εκτίμηση για την μελλοντική πορεία της εταιρείας (πέρα δηλαδή από την αξία της υφιστάμενης εταιρικής περιουσίας) και το δικαίωμα προσδοκίας. Η εν λόγω αξιολογική επιχειρηματολογία φαίνεται να ισχύει και ειδικά για την περίπτωση της απώλειας θεραπευτικής ευκαιρίας ανεξαρτήτως της διάκρισης που έχει προταθεί ανάμεσα στην απώλεια ευκαιρίας αποφυγής ζημίας και απώλεια ευκαιρίας κέρδους.

Η ευκαιρία πρέπει ακόμη να είναι σοβαρή και συγκεκριμένη, προκειμένου να θεωρηθεί αυτοτελώς προστατευόμενο έννομο αγαθό³⁸⁴. Ενόψει των χαρακτηριστικών αυτών, επισημαίνεται ότι η προσδοκία επέλευσης του ευνοϊκού αποτελέσματος πρέπει να βασίζεται σε αξιόπιστα δεδομένα πρόγνωσης και όχι σε απλές εικασίες³⁸⁵. Για παράδειγμα, ο ιατρός θα ευθύνεται εφόσον εκμηδένισε με ιατρικό σφάλμα τις βάσιμες πιθανότητες -βάσει στατιστικών ερευνών- θεραπείας που είχε ο ασθενής να επιβιώσει, ενώ δεν θα ευθύνεται εάν ο ασθενής λόγω της πολύ προχωρημένης κατάστασης της νόσου δεν είχε ουσιαστικά καμία πιθανότητα επιβίωσης και είχε μόνο απλή ελπίδα ή ευχή σε ένα θαύμα³⁸⁵. Όσον αφορά το ύψος που θεωρείται ικανό για να χαρακτηριστεί σοβαρή μια ευκαιρία, πειστικά θεωρείται³⁸⁶ πως είναι αναγκαίο να προσδιορισθεί

³⁸¹ Παπαδημητρόπουλος, ό.π. (υποσ. 48), 138, ο οποίος μάλιστα αναφέρει ως παράδειγμα το γεγονός ότι οι άνθρωποι διατίθενται να πληρώνουν υψηλά ποσά για να θεραπευτούν από κάποια ασθένεια ακόμη και με γνώση τους ότι «εξαγοράζουν (συχνά μόνο μικρές) πιθανότητες να επιτύχουν τον σκοπό τους». Βλ. και David A. Fisher, Tort Recovery for Loss of A Chance, 36 Wake Forest L. Rev. 605 (2001), 617.

³⁸² Βλ. Παπαδημητρόπουλο, ό.π. (υποσ. 48), 136· Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 545-546, υποσ. 118. Βλ. επίσης την πολύ ενδιαφέρουσα, με γλαφυρό τρόπο διατυπωμένη, παρατήρηση στην οποία προβαίνει η Κανελλοπούλου-Μπότη, ό.π. (υποσ. 50), 299: «Τελικά, δεν μπορεί εκείνος που παράνομα αποκλείστηκε από την κλήρωση του λαχείου για ένα αυτοκίνητο να έχει συγκεκριμένα δικαιώματα (έως και επανάλληψης της κλήρωσης), ο εργαζόμενος που παράνομα αποκλείστηκε από τη δοκιμασία της μονιμοποίησης του να έχει επίσης συγκεκριμένα δικαιώματα (έως και απευθείας μονιμοποίησης, άνευ δοκιμασίας), αλλά ο ασθενής που παράνομα αποκλείστηκε από την “κλήρωση” του “λαχείου” της ζωής (όπου δεν υπάρχει βέβαια επανάλληψη της διαδικασίας ούτε απευθείας δικαστική “απονομή” ζωής) απλά να αγνοείται».

³⁸³ Βλ. Παπαδημητρόπουλο, ό.π. (υποσ. 48), 136. Βλ. όμως Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 545, ο οποίος αναφέρει πως πέρα από τα λαχεία, δεν μπορεί να θεωρηθούν διαφυγόν κέρδος και τα κέρδη από τυχερά παίγνια ή από υποδρομίες, κάνοντας σχετικά μνεία και στην πρώτη γνωστή υπόθεση (ΑΠ 742/1958, ΝοΒ 1959, 380 με σύμφωνη αγόρευση του Εισαγγ. ΑΠ Α. Τούση) όπου εμφανίστηκε καθαρά το ζήτημα της αποζημίωσης λόγω προσβολής πιθανότητας (κέρδους εν προκειμένω) -βλ. σχετικά Κανελλοπούλου-Μπότη, ό.π. (υποσ. 50), 264-266-. Βλ. και άλλες περιπτώσεις αποζημίωσης για απώλεια μιας πιθανότητας σε Κανελλοπούλου-Μπότη, ό.π. (υποσ. 50), 264 επ.

³⁸⁴ Μάνθος, ό.π. (υποσ. 36), σ. 164.

³⁸⁵ Μάνθος, ό.π. (υποσ. 36), σ. 164-165. Πρβλ. και Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 545-546.

³⁸⁶ Βλ. Μαθιουδάκη, ό.π. (υποσ. 46), 706· Παπαδημητρόπουλο, ό.π. (υποσ. 48), 144, ο οποίος χαρακτηριστικά αναφέρει πως: «Το ύψος της πιθανότητας επηρεάζει ασφαλώς το ύψος της αποζημίωσης, δεν επηρεάζει όμως

με ασφάλεια η βεβαιότητα ως προς την ύπαρξη ορισμένου ποσοστού του συνόλου των πιθανοτήτων. Πάντως υποστηρίζεται και η γνώμη³⁸⁷ ότι άπτεται της κρίσης του δικαστή να εκτιμήσει τον σοβαρό χαρακτήρα ή μη της ευκαιρίας, συνήθως δε χαμηλά ποσοστά θα ενδεικνύουν τον μη σοβαρό της χαρακτήρα.

Από τα ανωτέρω συνάγεται το συμπέρασμα ότι η αποκατάσταση της απώλειας (θεραπευτικής) ευκαιρίας στηρίζεται στην υπόθεση ότι και η σοβαρή και συγκεκριμένη πιθανότητα ευνοϊκής εξέλιξης -και εδώ συγκεκριμένα αποφυγής βλάβης της ζημίας- αποτελεί αυτοτελώς προστατευόμενο έννομο αγαθό που προσβάλλεται όμως όταν επέλθει η οριστική ματαιώση εκπλήρωσής της³⁸⁸. Επισημαίνεται δε συναφώς³⁸⁹ πως από την στιγμή που προστατεύεται το βασικό έννομο αγαθό (ζωή, υγεία, σωματική ακεραιότητα), θα πρέπει να αναγνωρίζεται προστασία και για την βεβαία, πραγματική, σοβαρή και συγκεκριμένη απώλεια πιθανοτήτων απόλαυσης του εν λόγω εννόμου αγαθού' εν προκειμένω αναδεικνύεται και η στενή αλληλεξάρτηση με το κύριο έννομο αγαθό ακόμη και αν δεν θεμελιώνεται ευθύνη για την προσβολή του τελευταίου στο σύνολό του. Έχει μάλιστα διατυπωθεί και η γνώμη³⁹⁰ ότι η πιθανότητα μπορεί ίσως να θεωρηθεί σαν στοιχείο της προσωπικότητας των ατόμων με την δικαιολογία ότι από την προστασία της τελευταίας θα πρέπει να πηγάζει και η προστασία των σχετικών πιθανοτήτων.

δ. Αιτιώδης σύνδεσμος και απώλεια ευκαιρίας

Κατά τα ειρημένα ήδη στην παρουσίαση της προβληματικής της απώλειας θεραπευτικής ευκαιρίας στην αρχή της παρούσας εργασίας, σε περιστατικά «απώλειας ευκαιρίας» αν και υφίσταται ο νόμιμος λόγος ευθύνης και έχει επέλθει η τελική ζημία, εμφανίζεται η εγγενής αδυναμία διαπίστωσης και απόδειξης του αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ νόμιμου λόγου ευθύνης και ζημίας. Το πεδίο δε της ιατρικής ευθύνης κατεξοχήν εντάσσεται στην προβληματική αυτή. Σε υποθέσεις απώλειας θεραπευτικής ευκαιρίας λοιπόν, ο δικαστής αδυνατεί να σχηματίσει πλήρη δικανική πεποίθηση εν αναφορά με την θεμελίωση της αιτιώδους συνάφειας μεταξύ της επιλήψιμης συμπεριφοράς του ιατρού και της τελικής ζημίας του ασθενούς και η υπό εξέταση θεωρία του προσφέρει μία λύση στο ανυπέρβλητο δίλημμα που αντιμετωπίζει μεταξύ επιδίκασης αποζημίωσης και πλήρους απορρίψεως της αγωγής.

Ωστόσο, όπως έχει ο μηχανισμός της απώλειας ευκαιρίας, δεν λειτουργεί αυτός, σύμφωνα με την ορθότερη άποψη, ως υποκατάστατο του αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ νόμιμου λόγου ευθύνης και τελικής ζημίας, δεν συνιστά δηλαδή αποδεικτικό μέσο αιτιότητας μεταξύ των δύο αυτών μεγεθών³⁹¹. Προϋποτίθεται αντιθέτως πράγματι η θεμελίωση μεταξύ του νόμιμου λόγου ευθύνης και μίας άλλης ζημίας («ενδιάμεσης»), εκείνης που προκύπτει από την απώλεια ευκαιρίας και άρα για την απόδειξη του σχετικού αιτιώδους συνδέσμου απαιτείται ο σχηματισμός πλήρους δικανικής πεποίθησης σύμφωνα με τις καθιερωμένες θεωρίες περί αιτιότητας³⁹². Συνεπώς, στο πλαίσιο της

καταρχήν την υποχρέωση αποζημίωσης καθαυτή, εφόσον βέβαια το ύψος της πιθανότητας μπορεί με κάποιον τρόπο να υπολογιστεί». Βλ. σχετικά και *King, Jr.*, ό.π. (υποσ. 117), 1372-1373, 1381-1387.

³⁸⁷ Βλ. *Μάνθο*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 166.

³⁸⁸ Βλ. *Μάνθο*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 167.

³⁸⁹ Βλ. *Μάνθο*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 167.

³⁹⁰ Βλ. *Κανελλοπούλου-Μπότη*, ό.π. (υποσ. 50), 306-307, υποσ. 159. Πρβλ. και *Μάνθο*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 167-168.

³⁹¹ Βλ. *Μάνθο*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 197. Βλ. ανωτέρω, σ. 49-50 και την σχετική υποσ. 336.

³⁹² Βλ. *Μάνθο*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 197. Για τις θεωρίες περί αιτιότητας, βλ. ανωτέρω, Κεφ. Β. υπό Ι.3.

απώλειας ευκαιρίας επιβίωσης ή θεραπείας δημιουργούνται δύο κρίσιμες νομικά και μάλιστα αυτοτελείς αιτιώδεις σχέσεις: η πρώτη αφορά στον αιτιώδη σύνδεσμο μεταξύ της επιλήψιμης συμπεριφοράς του ιατρού και της βλάβης της υγείας ή του θανάτου του ασθενούς (τελική ζημία), ενώ η δεύτερη στον αιτιώδη σύνδεσμο μεταξύ της επιλήψιμης συμπεριφοράς του ιατρού και της απώλειας θεραπευτικής ευκαιρίας (ενδιάμεση ζημία)³⁹³.

Πρέπει λοιπόν να γίνεται διάκριση μεταξύ των ως άνω αιτιωδών σχέσεων. Όταν ο αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ επιλήψιμης συμπεριφοράς του ιατρού και της βλάβης της υγείας ή του θανάτου του ασθενούς θεμελιώνεται, τότε εφαρμόζεται η αρχή «όλα ή τίποτε» και, πληρουμένων και των λοιπών προϋποθέσεων, θεμελιώνεται η αντίστοιχη ευθύνη του ιατρού προς αποζημίωση του ασθενούς. Και αντιστρόφως, στην περίπτωση ενός εξαρχής καταδικασμένου ασθενούς, δεν μπορεί να γίνει λόγος για πιθανότητες αποτροπής της ζημίας ούτε άρα για απώλεια ευκαιρίας και έτσι η θεωρία της νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς εφαρμόζεται ευθέως και κατ' εφαρμογήν της αρχής όλα ή τίποτε δεν θεμελιώνεται ευθύνη του ιατρού³⁹⁴. Επιπλέον, επισημαίνεται³⁹⁵ πως η εν λόγω διάκριση των δύο αιτιωδών σχέσεων σημαίνει και κάτι ακόμη: ενδέχεται σε κάποιο ιατρικό περιστατικό να θεμελιωθεί ευθύνη λόγω απώλειας ευκαιρίας και να επιδικαστεί κλασματική αποζημίωση βάσει της τελικής ζημίας, να υπάρξει δε και άλλη ζημία πέρα από την απωλεσθείσα ευκαιρία, που εφόσον συνδέεται αιτιωδώς με τον νόμιμο λόγο ευθύνης, αποκαθίσταται στο σύνολό της. Για παράδειγμα³⁹⁶, έστω καρκινοπαθής του οποίου η σχετική ασθένεια από ιατρική αμέλεια δεν διαγιγνώσκεται από τον ιατρό. Ο ασθενής όσο ζει υπόκειται και σε άλλες δαπανηρές εξετάσεις, σε ισχυρότερες χημειοθεραπείες που του προκαλούν σωματική και ψυχική επιβάρυνση, σε απώλεια εισοδημάτων κ.λπ. Αυτές οι ζημιές, εφόσον συνδέονται αιτιωδώς με το διαγνωστικό σφάλμα του ιατρού αποκαθίστανται πλήρως. Ωστόσο, επόμενες εξετάσεις αναδεικνύουν την προχωρημένη (πλέον) μορφή καρκίνου την οποία έχει. Ο ασθενής αποβιώνει και άρα για την απώλεια ευκαιρίας επιβίωσης θα επιδικαστεί κατ' εφαρμογήν της θεωρίας περί απώλειας ευκαιρίας αναλογική αποζημίωση για τον θάνατο του ασθενούς βάσει του ποσοστού των χαμένων πιθανοτήτων, επειδή δεν είναι βέβαιο ότι ο ασθενής θα θεραπευόταν εάν είχε γίνει έγκαιρη διάγνωση της νόσου.

Κατά τα προρρηθέντα, στο μέτρο που υιοθετείται η προσέγγιση της απώλειας (θεραπευτικής) ευκαιρίας, αντικείμενο αποδείξεως δεν είναι πλέον ο αντικειμενικά αβέβαιος αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ του νόμιμου λόγου ευθύνης και της τελικής ζημίας του ζημιωθέντος, αλλά ο μη αμφισβητούμενος αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ του νόμιμου λόγου ευθύνης και της απώλειας ευκαιρίας (επιβίωσης ή θεραπείας) του ζημιωθέντος³⁹⁷. «Οι δυσχέρειες ως προς την απόδειξη της αιτιώδους συνάφειας, συνεπώς, παρακάμπτονται με τον επαναπροσδιορισμό του προβλήματος ως ζητήματος φύσης και έκτασης της ζημίας, δηλαδή με την αναγωγή της ίδιας της απώλειας της ευκαιρίας του ζημιωθέντος σε ζημία»³⁹⁸.

³⁹³ Βλ. Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 17), 1235, η οποία περαιτέρω αναφέρει πως αν ο αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ του ιατρικού σφάλματος και της τελικής ζημίας παραμένει αμφίβολος, ο αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ του ιατρικού σφάλματος και της απώλειας ευκαιρίας όχι μόνο είναι ευκολότερο να διαπιστωθεί αλλά μάλλον είναι πάντα βέβαιος δεδομένου του ότι κάθε ιατρικό σφάλμα λογικά μειώνει τις πιθανότητες ευνοϊκής εξέλιξης της κατάστασης του ασθενούς (βλ. σχετικά και την ίδια, ό.π. (υποσ. 2), σ. 390). Σπερδόκλη, ό.π. (υποσ. 167), σ. 383· Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 197-198.

³⁹⁴ Βλ. σχετικά και Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 201-205.

³⁹⁵ Βλ. Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 205-207.

³⁹⁶ Βλ. Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 205-206.

³⁹⁷ Βλ. Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 43), σ. 152-153.

³⁹⁸ Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 43), σ. 153.

ε. Ζημία και απώλεια ευκαιρίας

Η θεωρία της διαφοράς³⁹⁹ είναι συμβατή με την θεωρία περί απώλειας ευκαιρίας⁴⁰⁰. Στις περιπτώσεις αιτιακής απροσδιοριστίας δεν είναι δυνατόν να διαγνωσθεί με βεβαιότητα ποια θα ήταν η κατάσταση ελλείψει του ζημιογόνου γεγονότος, όμως η σύγκριση των δύο περιουσιακών καταστάσεων (της τωρινής -μετά το ζημιόγono γεγονός- και αυτής που θα υπήρχε χωρίς το ζημιόγono γεγονός) επισημαίνεται⁴⁰¹ πως δεν είναι απολύτως άγνονη, αφού επιτρέπει το βέβαιο συμπέρασμα ότι ο ζημιωθής έχασε, λόγω του ζημιογόνου γεγονότος, την πιθανότητα επίτευξης ενός ευνοϊκού αποτελέσματος' άρα η εφαρμογή της θεωρίας της διαφοράς σε αυτές τις περιπτώσεις αναδεικνύει ότι το ζημιόγono γεγονός οδήγησε τελικώς στην βλάβη ενός αγαθού του ζημιωθέντος. Συγκεκριμένα στην θεωρία απώλειας θεραπευτικής ευκαιρίας, μέτρο σύγκρισης είναι η ίδια η πιθανότητα αποτροπής της ζημίας που συνιστά αγαθό εννόμως προστατευόμενο με αυτοτελή οικονομική αξία. Έτσι, μέσω της αποκατάστασης της απώλειας (θεραπευτικής) ευκαιρίας, επιδιώκεται να βρεθεί ο ζημιωθής στην θέση που θα βρισκόταν εάν είχε απλώς χρησιμοποιήσει την ευκαιρία και όχι εάν την είχε πράγματι υλοποιήσει⁴⁰².

Με βάση τις ανωτέρω παραδοχές, συνάγεται το συμπέρασμα ότι αφενός η θεωρία περί απώλειας ευκαιρίας θέτει τελικά μόνο ζητήματα αποτίμησης της αποκαταστατέας ζημίας και αφετέρου ότι η εφαρμογή της θεωρίας της διαφοράς επικεντρώνεται στην απωλεσθείσα ευκαιρία του ζημιωθέντος και έτσι αίρεται το «πρόβλημα» που δημιουργεί η αιτιακή απροσδιοριστία ανάμεσα στον νόμιμο λόγο ευθύνης και την τελική ζημία⁴⁰³.

Επισημαίνεται⁴⁰⁴ πως η «ενδιάμεση» αυτή ζημία από την απώλεια ευκαιρίας είναι πραγματική, αυτοτελής και «υπό αίρεση». Καταρχάς είναι πραγματική και όχι υποθετική διότι αποκαθίσταται όχι η αξία του ενδεχόμενου στόχου που δεν επετεύχθη, αλλά η ίδια η απώλεια της δυνατότητας του θιγομένου να διεκδικήσει την επίτευξη αυτού του στόχου, απώλεια ορατή και διακριβώσιμη, υπό την προϋπόθεση επέλευσης της τελικής ζημίας' συνεπώς, η αποζημίωση για την απώλεια ευκαιρίας περιλαμβάνει την αποκατάσταση της πραγματικής αξίας της απωλεσθείσας ευκαιρίας⁴⁰⁵. Έτσι, ισχύει εν προκειμένω ο κανόνας του συγκεκριμένου υπολογισμού της ζημίας, λαμβανομένης υπόψη της συγκεκριμένης περί ης ο λόγος «ενδιάμεσης» ζημίας που υπέστη ο ζημιωθής υπό τις συνθήκες της συγκεκριμένης περιπτώσεως.

Επίσης η ζημία -και αυτό είναι ιδιαίτερα κρίσιμο- είναι αυτοτελής (θεωρείται ως ενδιάμεση, αυτόνομη) διακρινόμενη από την τελική ζημία (βλάβη της υγείας ή θάνατος όσον αφορά την

³⁹⁹ Βλ. ανωτέρω, Κεφ. Β. υπό Ι.2.

⁴⁰⁰ Βλ. Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 221, όπου και υποσ. 747.

⁴⁰¹ Παπαδημητρόπουλος, ό.π. (υποσ. 48), 138, όπου και υποσ. 78, ο οποίος συναφώς χρησιμοποιεί ως παράδειγμα την απώλεια ευκαιρίας του ασθενούς που δεν υπεβλήθη στην κατάλληλη θεραπεία να ιαθεί και συνεπώς να αποφύγει την επιδείνωση της προσωπικής και (συνακόλουθα) της περιουσιακής του κατάστασης. Όταν ο ασθενής υποβάλλεται στην εσφαλμένη θεραπεία δεν είναι γνωστό αν θα θεραπευόταν έτσι κι αλλιώς λόγω της γερής του κράσης, όμως εκ των υστέρων, όταν ο ασθενής είναι βέβαιο ότι δεν θεραπεύτηκε, μπορεί πλέον να αποκλειστεί το ενδεχόμενο ο ασθενής να ανήκε στην κατηγορία εκείνη των ανθρώπων που θεραπεύονται παρά την εσφαλμένη θεραπεία λόγω της γερής τους κράσης. Άρα, βέβαιο είναι ότι το ιατρικό σφάλμα οδήγησε στην απώλεια ευκαιρίας του ασθενούς να ιαθεί.

⁴⁰² Έτσι Μάνθος, ό.π. (υποσ. 36), σ. 222, ο οποίος μάλιστα με μαθηματικούς τύπους αποτυπώνει με ακρίβεια τις διαγραφόμενες περιουσιακές καταστάσεις πριν και μετά το ζημιόγono γεγονός.

⁴⁰³ Βλ. και Παπαδημητρόπουλο, ό.π. (υποσ. 48), 137-139.

⁴⁰⁴ Μάνθος, ό.π. (υποσ. 36), σ. 225.

⁴⁰⁵ Βλ. Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 225-226· Μαθιουδάκη, ό.π. (υποσ. 46), 704. Βλ. και Lentz, ό.π. (υποσ. 79), σ. 20-21.

ιατρική ευθύνη) του θύματος⁴⁰⁶. Η θεωρία περί απώλειας ευκαιρίας προϋποθέτει βέβαια δύο ζημιές, αφενός την απώλεια ευκαιρίας και αφετέρου την τελική ζημία που προκλήθηκε με αισθητό τρόπο στην περιουσιακή ή προσωπική σφαίρα του ζημιωθέντος, ζημιές διακριτές μεταξύ τους από την μια, αλλά από την άλλη και αλληλεξαρτώμενες αφού η «ενδιάμεση ζημία» διαθέτει τα ίδια χαρακτηριστικά με την τελική ζημία και μπορεί να είναι υλική, ηθική κ.λπ. δεδομένου ότι και οι δύο ζημιές προέρχονται από την προσβολή του ίδιου διακυβεύματος⁴⁰⁷.

Τρίτο χαρακτηριστικό της ζημίας από την απώλεια ευκαιρίας είναι ότι αυτή προϋποθέτει την επέλευση της τελικής ζημίας, διότι μόνον έτσι μπορεί ουσιαστικά να γίνει λόγος για απώλεια ευκαιρίας⁴⁰⁸. Άρα, για να γεννηθεί η αξίωση αποζημίωσης λόγω απώλειας ευκαιρίας επιβίωσης ή θεραπείας, θα πρέπει να έχει επέλθει η τελική ζημία, ήτοι η σωματική βλάβη ή ο θάνατος. Διότι αν δεν επέλθει η τελική αυτή ζημία, τότε το ευνοϊκό αποτέλεσμα επετεύχθη και άρα η αντίστοιχη ευκαιρία επιτεύχθηκε αυτό δεν μπορεί να έχει χαθεί. Όπως χαρακτηριστικά αναφέρεται⁴⁰⁹: «Η ενδεχόμενη δηλαδή οριστική απώλεια του διακυβεύματος μεταγενέστερα, ως γεγονός μέλλον και αβέβαιο, συνιστά ουσιαστικά όρο του ενεργού, υπό τον οποίο τελεί η γέννηση της αξίωσης αποκατάστασης της απώλειας ευκαιρίας».

Ένα ιδιαίτερα κρίσιμο ζήτημα που ανακύπτει είναι ο περιουσιακός ή μη χαρακτήρας της απωλεσθείσας ευκαιρίας ειδικά μάλιστα στο πεδίο της ιατρικής ευθύνης. Αναφέρεται⁴¹⁰ εν προκειμένω ότι η απωλεσθείσα ευκαιρία γενικά αποτελεί αναμφιβόλως περιουσιακό αγαθό στο μέτρο που αφορούσε στην απόκτηση περιουσιακών οφελών ή στην αποφυγή περιουσιακών ζημιών και μη περιουσιακό αγαθό στο μέτρο που αφορούσε στην απόκτηση προσωπικής φύσεως οφελών ή στην αποφυγή προσωπικής φύσεως επιβαρύνσεων. Πρόκειται ακριβώς για την έκφραση της σχέσεως αλληλεξάρτησης που συνδέει την ενδιάμεση με την τελική ζημία. Η ευκαιρία λοιπόν να αποφύγει κάποιο πρόσωπο την επιδείνωση της υγείας του εκτός από προσωπική σημασία για τον ίδιο και τους οικείους του, έχει και περιουσιακό χαρακτήρα στο μέτρο που αυτή η επιδείνωση συνεπάγεται μείωση ή αποφυγή αύξησης της περιουσίας του ασθενούς⁴¹¹.

Στο πλαίσιο αυτό, αξιομνημόνευτη είναι η εξαιρετικά ενδιαφέρουσα απόφαση ΔΕφΘεσσ 1228/2008⁴¹². Εν προκειμένω οι νεογνολόγοι του τέκνου των εναγόντων από ιατρική αμέλεια δεν

⁴⁰⁶ Βλ. Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 17), 1235· Σπερδόκλη, ό.π. (υποσ. 167), σ. 383· Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 226· Μαθιουδάκη, ό.π. (υποσ. 46), 704· Mémeteau, ό.π. (υποσ. 75), 145 επ.

⁴⁰⁷ Βλ. Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 226.

⁴⁰⁸ Μάνθος, ό.π. (υποσ. 36), σ. 229. Βλ. και Πετσελάκη, ό.π. (υποσ. 36), σ. 88.

⁴⁰⁹ Βλ. Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 230. Βλ. χαρακτηριστικά και Mémeteau, ό.π. (υποσ. 75), 145: «...on ne peut pas indemniser à la fois la mort et le danger de mort».

⁴¹⁰ Έτσι Παπαδημητρόπουλος, ό.π. (υποσ. 48), 138.

⁴¹¹ Παπαδημητρόπουλος, ό.π. (υποσ. 48), 138. Βλ. και Μαθιουδάκη, Μια προσπάθεια διαλόγου με την Γαλλική νομολογία: Θεματικές του διοικητικού δικαίου στην πρόσφατη νομολογία των γαλλικών διοικητικών δικαστηρίων με συγκριτικές αναφορές στο ελληνικό δίκαιο, Αρμ, 8 (2013), 1604, ο οποίος σε σχέση με την αυθαίρετη ιατρική πράξη αναφέρει -με παραπομπές από την γαλλική νομολογία- χαρακτηριστικά πως: «Εφόσον γίνει δεκτή η παρανομία... αποκαθίσταται όχι μόνον η ζημία από την απώλεια ευκαιρίας απόρριψης της επέμβασης αλλά, επιπλέον, η ηθική βλάβη του ασθενούς καθώς και κάθε άλλη αιτιώδως συνδεδεμένη ζημία, όπως τυχόν επιπλοκές στην υγεία του. Ακόμη αποζημιώνεται και η ταλαιπωρία του ενδιαφερομένου από την επέλευση των δυσμενών συνεπειών χωρίς να έχουν ληφθεί τα προσήκοντα προπαρασκευαστικά μέτρα, πράγμα, που θα είχε αποτραπεί, εάν ο ασθενής γνώριζε τους κινδύνους της επέμβασης και τις πιθανότητες αυτή να αποτύχει». Βλ. επίσης και Καλαβρό, Το εύρος της έννοιας της ζημίας στο Αστικό δίκαιο με αφορμή την υπ' αριθμ. 1943/2020 του ΣτΕ, ΕφΑΔΠολΔ 2021, 735, ο οποίος αναφέρει πως: «... η αύξηση της πιθανότητας βλάβης στο περιβάλλον και στη ζωή ή στην υγεία συνιστά πρωτίστως ηθική βλάβη, η οποία όμως μπορεί να προκαλέσει και υλικές απώλειες (όπως δαπάνες για τη λήψη μέτρων αναφορικά με την πρόληψη της περιβαλλοντικής ζημίας και δαπάνες νοσηλείας αντίστοιχα)» οι περιπτώσεις αυτές ομοιάζουν με τις βιοτικές καταστάσεις που καλείται να ρυθμίσει η ΑΚ 931».

⁴¹² Αρμ 2009, 1091.

επιμελήθηκαν κατά την έξοδο του νεογνού από το νοσοκομείο την πραγματοποίηση σε αυτό της προγραμματισμένης από συνάδελφό τους βυθοσκόπησης. Το πρωτοβάθμιο Δικαστήριο με την απόφασή του ΔΠρΘεσσ 3540/2006 δέχθηκε αρχικά ότι δεν απεδείχθη ο αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ της τύφλωσης του δεξιού οφθαλμού του τέκνου και της ως άνω παράλειψης των οργάνων του νοσοκομείου και, εν συνεχεία, ότι η παράνομη παράλειψη των ιατρών στέρησε από το τέκνο την μοναδική ευκαιρία έγκαιρης διαγνώσεως της παθήσεώς του, έστω και αν αυτή η διάγνωση συνιστούσε απλώς ελπίδα βελτίωσης της υγείας του. Εν τέλει, έκρινε ότι η παράνομη παράλειψη των νεογνολόγων ήταν ικανή και πρόσφορη να προκαλέσει βλάβη στην ψυχική υγεία του τέκνου και επεδίκασε χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης. Το Διοικητικό Εφετείο Θεσσαλονίκης δέχθηκε εν προκειμένω ότι υφίσταται παράνομη παράλειψη των οργάνων του νοσοκομείου, συντρέχουν και οι λοιπές προϋποθέσεις της αστικής ευθύνης κατά τα άρθρα 105 και 106 ΕισΝΑΚ και συγκεκριμένα «ζημία, που συνίσταται σε αυτήν την ίδια την απώλεια της ευκαιρίας για ευνοϊκή εξέλιξη της υγείας του ασθενούς και η οποία είναι αυτοτελής σε σχέση με την επελθούσα βλάβη της υγείας και απολύτως βεβαία, καθώς και αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ του ιατρικού σφάλματος και της άνω συγκεκριμένης ζημίας, αφού η παράνομη πράξη ή παράλειψη (ιατρικό σφάλμα) είχε ως αποτέλεσμα την αποστέρηση των όποιων πιθανοτήτων είχε, κατά τους κανόνες της ιατρικής επιστήμης, ο ασθενής για ευνοϊκή εξέλιξη της κατάστασης της υγείας του».

Το Εφετείο στην προκειμένη περίπτωση δέχθηκε ότι δεν υφίσταται πρόσφορος αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ της ως άνω παράλειψης των ιατρών του νοσοκομείου και της τύφλωσης του δεξιού οφθαλμού του πρόωρου νεογνού, επειδή το ποσοστό πιθανοτήτων για την αποσοβήση της εξέλιξης της νόσου και της αρνητικής έκβασής της συγκέντρωνε μόλις το 15%, αλλά, εν συνεχεία, αντί να εφαρμόσει την αρχή «όλα ή τίποτε» και να οδηγηθεί στον αποκλεισμό της ευθύνης του νοσοκομείου, επεδίκασε υπέρ του ασθενούς χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης 20.000 ευρώ⁴¹³.

Το Διοικητικό Εφετείο, επικυρώνοντας την πρωτόδικη απόφαση, φαίνεται να αντιμετωπίζει την απώλεια ευκαιρίας ως προσβολή αγαθού μη συναρτώμενη με την τελική ζημία' επιδικάζοντας δε χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης κάνοντας λόγο για προσβολή της ψυχικής υγείας του τέκνου, φαίνεται να ταυτίζει την προσβολή της ψυχικής υγείας με την ηθική βλάβη του θιγομένου εξ αδικοπραξίας⁴¹⁴. Η χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης προϋποθέτει είτε την ύπαρξη αδικοπραξίας (ΑΚ 932 εδ. α') είτε προσβολή της προσωπικότητας (ΑΚ 59) του θύματος. Το Δικαστήριο δεν αιτιολογεί με πληρότητα και σαφήνεια την επιδίκαση χρηματικής ικανοποίησης ένεκα ηθικής βλάβης⁴¹⁵. Όμως, απορρίπτοντας την ύπαρξη αιτιώδους συνάφειας μεταξύ του ιατρικού σφάλματος των νεογνολόγων και της τύφλωσης του δεξιού οφθαλμού του τέκνου και άρα αρνούμενο την ευθύνη εξ αδικοπραξίας, δεν θα μπορούσε να εφαρμόσει την ΑΚ 932. Η λύση του θα ήταν δογματικά συνεπής αν επιχειρούσε να θεμελιώσει προσβολή προσωπικότητας του θιγομένου λόγω στέρησης της ευκαιρίας ίασης θεωρώντας πως η ίδια η στέρηση ευκαιρίας θεραπείας συνιστά προσβολή της προσωπικότητας και εν συνεχεία να επιδικάσει χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης (ΑΚ 57 παρ. 1 εδ. α', 59). Ωστόσο, στο

⁴¹³ Βλ. *Χρυσικοπούλου*, Αστική ευθύνη του Δημοσίου και των ΝΠΔΔ από ιατρικά σφάλματα. Επισκόπηση της πρόσφατης νομολογίας του Συμβουλίου της Επικρατείας, σε Συλλογικό Έργο, Σὺ καὶ δικαστὴς ἄριστος, 2022, σ. 1861.

⁴¹⁴ Βλ. *Μάνθο*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 168-169, ο οποίος επισημαίνει πως η ψυχική υγεία συνιστά προστατευόμενο έννομο αγαθό βάσει των διατάξεων περί αδικοπραξίας ή προσωπικότητας (ΑΚ 914, 932 εδ. α' και εδ. β', 57 παρ. 1 εδ. α', 59).

⁴¹⁵ *Μάνθος*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 170.

ελληνικό δίκαιο (αν και υπάρχει και αντίθετη άποψη) η ίδια η πιθανότητα επέλευσης ενός ευνοϊκού αποτελέσματος δεν ανάγεται σε αυτοτελώς προστατευόμενη έκφραση του δικαιώματος της προσωπικότητας⁴¹⁶.

Το Δικαστήριο είναι βέβαιο ότι προσπάθησε να ικανοποιήσει το θύμα διαβλέποντας το «πρόβλημα» στο οποίο καλείται να δώσει απάντηση η απώλεια θεραπευτικής ευκαιρίας. Με την απόφασή του καινοτόμησε αναγνωρίζοντας την απώλεια ευκαιρίας ως αυτοτελές μέγεθος ζημίας και προσδιορίζοντας με βάση τις προϋποθέσεις της ηθικής βλάβης το ύψος της αποζημίωσης, συγκεκριμένα επεδίκασε το διπλάσιο -σε σχέση με το πρωτοβάθμιο δικαστήριο- ποσό των 20.000 ευρώ ως αποζημίωση λόγω ηθικής βλάβης (άρθρο 105 ΕισΝΑΚ και ΑΚ 932)⁴¹⁷. Ωστόσο, η ικανοποίηση της απώλειας ευκαιρίας με βάση τους κανόνες περί ηθικής βλάβης ανεξαρτήτως του ύψους της τελικής ζημίας παραβλέπει την σχέση αλληλεξάρτησης που υφίσταται μεταξύ της αυτόνομης ενδιάμεσης και της τελικής ζημίας⁴¹⁸. Άρα, εάν ήθελε το Δικαστήριο να εφαρμόσει ορθά την θεωρία απώλειας θεραπευτικής ευκαιρίας, θα έπρεπε να διαπιστώσει την άρρηκτη σύνδεση της τελικής με την ενδιάμεση ζημία και να επιδικάσει κάθε είδος περιουσιακής και μη

⁴¹⁶ Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 43), σ. 159. Βλ. Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 167, ο οποίος σχετικά αναφέρει πως μόνη η στέρηση της δυνατότητας να επιτύχει ο θιγόμενος το ευνοϊκό γεγονός δεν συνιστά αυτή καθ' εαυτή προσβολή της προσωπικότητας, αλλά απαιτείται να συντρέχουν και άλλα περιστατικά που αυτοτελώς μπορούν να θεμελιώσουν της παραβίαση της ΑΚ 57 παρ. 1 εδ. α' και, εφόσον γίνει κάτι τέτοιο, η αποζημίωση (και ενδεχομένως η χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης) παρέχεται ανεξαρτήτως της ύπαρξης της τελικής ζημίας· ΟΛΑΠ 812/1980 ΤΝΠ ΔΣΑ. Βλ. όμως την αντίθετη γνώμη ανωτέρω, σ. 57, όπου και σχετική υποσ. 390.

⁴¹⁷ Μαθιοδάκης, ό.π. (υποσ. 46), 713, ο οποίος χαρακτηριστικά αναφέρει για την σχετική νομολογιακή απόφαση πως αποτελεί «το πλέον προωθημένο νομολογιακό παράδειγμα αποζημίωσης της απώλειας ευκαιρίας, διότι με βάση την άποψη του «όλα ή τίποτα» έπρεπε να εφαρμοσθεί ο κανόνας της πρόσφορης αιτιότητας σε σχέση με την τελική ζημία, ώστε να μην χωρεί η καταβολή οποιουδήποτε ποσού, αφού οι πιθανότητες αποσόβησης της τελικής ζημίας (15%) υπολείπονταν της συνήθους πορείας των πραγμάτων». Βλ. περαιτέρω και την πολύ ενδιαφέρουσα απόφαση υπ' αριθμ. 21/2018 του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Καρδίτσας (ΤΝΠ ΔΣΑ), όπου ο ιατρός δεν προέβη σε εσφαλμένη διάγνωση και αντιμετώπιση της νόσου του ασθενούς (διαγνώσθηκε χρόνια προστατίτιδα και στένωμα ουρήθρας και του χορηγήθηκε αντίστοιχη φαρμακευτική αγωγή ενώ ο ασθενής είχε ευμέγεθες νεφρικό νεόπλασμα (καρκίνωμα) με αποτέλεσμα ο τελευταίος να υποβληθεί σε ριζική νεφρεκτομή, υποτροπίαση της νόσου του με μετάσταση του καρκινώματος που συνεπαγόταν τακτικές χημειοθεραπείες, αδυναμία εργασίας και κίνδυνο για την ζωή του. Αιτήθηκε ο ενάγων το ποσό των 150.000 ευρώ λόγω ηθικής βλάβης. Κρίθηκε ότι ο ιατρός στέρησε τον ασθενή-ενάγοντα από το στάδιο προληπτικής θεραπείας με αποτέλεσμα να απωλεσθεί καταρχήν η πιθανότητα επέλευσης ενός ευνοϊκού αποτελέσματος. Το Δικαστήριο αντιμετώπιζοντας το πρόβλημα της αιτιακής απροσδιοριστίας φάνηκε λοιπόν να προσφεύγει στην λύση της απώλειας θεραπευτικής ευκαιρίας και επεδίκασε υπέρ του ασθενούς (με βάση το αίτημά του άλλωστε) «αποζημίωση για την ηθική βλάβη» για 70.000 ευρώ (κάνοντας εν μέρει δεκτή την αγωγή). Φαίνεται την ηθική βλάβη να την συνυπολογίζει στην τελική ζημία και να μην προβαίνει σε αναλογική χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης (αν και διαφαίνονται στην απόφαση κάποια στοιχεία ποσοστώσεων). Βλ. ακόμη και την απόφαση ΔΕφΑΘ 15/2015 (Διοικητική Δίκη, 4 (2016)), η οποία έκρινε (όπως είχε κρίνει και η εκκαλούμενη απόφαση ΤρΔΠρΑΘ 9056/2013) πως η μη ενημέρωση του ασθενούς και η μη συνακόλουθη άμεση θεραπευτική αγωγή τελούσε σε αιτιώδη σύνδεσμο με την επιβίωσή του «για χρονικό διάστημα μικρότερο του ιατρικώς προσδόκιμου (δυνατότητα επιβιώσεώς του για μια πενταετία ή, ενδεχομένως, και πέραν αυτής, αντί της επιβιώσεώς του για τρία έτη και τέσσερις περίπου μήνες)». Αναγνώρισε δε υποχρέωση του εκκαλούντος-εφεσιβλήτου Νοσοκομείου να καταβάλει στους αντιδίκους του (μητέρα και κόρη αποβιώσαντος ασθενούς) το ποσό των 50.000 ευρώ στην καθεμία ως εύλογη χρηματική ικανοποίηση λόγω ψυχικής οδύνης -ΑΚ 932 εδ. γ'- (ενόψει του σχετικού αιτήματος των εκκαλουσών-εφεσιβλήτων). Έτσι λοιπόν, το Δικαστήριο φαίνεται πως θεμελίωσε ευθύνη του Νοσοκομείου επί τη βάσει της απώλειας ευκαιρίας επιβιώσεως για μεγαλύτερο χρονικό διάστημα (χωρίς να κάνει ρητή αναφορά στην θεωρία περί απώλειας ευκαιρίας). Και σε αυτήν την απόφαση όμως, μοιάζει το Δικαστήριο να συνυπολογίζει την ψυχική οδύνη στην τελική ζημία και να μην προβαίνει σε αναλογική χρηματική ικανοποίηση λόγω ψυχικής οδύνης (αν και σε αυτήν την απόφαση γίνεται ομοίως αναφορά σε ποσοστά). Σημειωτέον ότι ο εν λόγω ασθενής έπασχε από καρκίνο του δέρματος, η εν λόγω δε απόφαση του Εφετείου έκρινε ότι τα όργανα του νοσοκομείου δεν έδωσαν έντυπο οδηγιών στον ασθενή προς ενημέρωση για τα αποτελέσματα της (πρώτης) ιστολογικής του εξέτασης, ούτε τον αναζήτησαν προκειμένου να τον ενημερώσουν σχετικά και, έτσι, στοιχειοθετήθηκε παράλειψη ενημερώσεως εκ μέρους των οργάνων του Νοσοκομείου (βλ. σχετική σκ. 9, αλλά και σκ. 4 της αποφάσεως).

⁴¹⁸ Βλ. Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 171.

ζημίας που υπολογίζεται σε ποσοστιαία βάση με κριτήριο την τελική ζημία του θιγομένου⁴¹⁹. Έτσι, σχολιάζεται με χαρακτηριστικό τρόπο⁴²⁰ πως «εφόσον η συνολική αποζημίωση της τυφλότητας του νεογνού από τον έναν οφθαλμό αποτιμάτο σε 200,000 ευρώ και απωλέσθηκε υπό τα δεδομένα της απόφασης ποσοστό 15% των πιθανοτήτων ίασης, η αποζημίωση για την απώλεια ευκαιρίας ανέρχεται σε 200,000 ευρώ X 15% = 30,000 ευρώ». Για τον προσδιορισμό συνεπώς της ηθικής βλάβης ή της ψυχικής οδύνης διενεργείται σχετικός μαθηματικός υπολογισμός: πρώτα υπολογίζεται το ποσό της ηθικής βλάβης που θα αντιστοιχούσε στην προσβολή του διακυβεύματος (τελική ζημία) χρησιμοποιούμενων των κριτηρίων που είναι γενικώς παραδεκτά από την νομολογία -βαθμός πταίσματος, συνθήκες τέλεσης της προσβολής κ.λπ.- και έπειτα υπολογίζεται κλασματικώς η αξία της απωλεσθείσας ευκαιρίας να είχε αποφευχθεί η σχετική ηθική βλάβη⁴²¹.

Η υπόθεση έφτασε στο ΣτΕ, το οποίο με την 1943/2020 απόφασή του⁴²² αναίρεσε την απόφαση του Διοικητικού Εφετείου. Συγκεκριμένα, το Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο έκρινε σχετικώς: «...με βάση τα πραγματικά περιστατικά που ανελέγκτως δέχθηκε το διοικητικό εφετείο, η παράλειψη των ιατρών του νοσοκομείου να διενεργήσουν σε πρόωρο νεογνό με χαμηλό βάρος γέννησης την πρώτη οφθαλμολογική εξέταση με βυθοσκόπηση στο κατάλληλο χρονικό σημείο, σύμφωνα με τους κανόνες της ιατρικής επιστήμης και το αυστηρά καθορισμένο πρωτόκολλο, αυτή καθεαυτή αντικειμενικώς λαμβανόμενη και η συνεπεία αυτής μη διάγνωση της αμφιβληστροειδοπάθειας της προωρότητας στα πρώιμα στάδια της νόσου και η μη εφαρμογή σε πρώιμο στάδιο της θεραπείας της νόσου με φωτοπηξία ή κρυοπηξία κατά τη συνηθισμένη και κανονική πορεία των πραγμάτων είναι πρόσφορες να επιφέρουν το επιζήμιο αποτέλεσμα της σοβαρής μείωσης της όρασης ή της ολικής τύφλωσης. Εξάλλου, δεν αποκλείεται ο αιτιώδης σύνδεσμος για το λόγο ότι όπως ανελέγκτως δέχθηκε το δικαστήριο της ουσίας, το ποσοστό επιτυχίας των δύο θεραπευτικών μεθόδων της φωτοπηξίας και της κρυοπηξίας είναι 15%». Όπως ορθά παρατηρείται⁴²³, εν προκειμένω το ΣτΕ επέλυσε την υπόθεση βάσει των κανόνων του δικαίου της αποζημίωσης (ιατρικό σφάλμα, αιτιώδης σύνδεσμος, ζημία), κρίνοντας σε επίπεδο ανααιρετικού ελέγχου πως εξ αντικειμένου υφίσταται αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ της επιλήψιμης συμπεριφοράς των ιατρών και της τελικής ζημίας (τύφλωσης) του τέκνου και δεν ασχολήθηκε με το ζήτημα της «απώλειας θεραπευτικής ευκαιρίας».

στ. Τρόπος υπολογισμού της αποζημίωσης

Στην βάση της παραδοχής ότι η απωλεσθείσα ευκαιρία επιβίωσης ή θεραπείας συνιστά έννομα προστατευόμενο αγαθό, η θεωρία περί απώλειας θεραπευτικής ευκαιρίας δεν εισάγει

⁴¹⁹ Βλ. Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 171. Βλ. όμως Χρυσικοπούλου, ό.π. (υποσ. 413), σ. 1861, που θεωρεί πως το Εφετείο εν προκειμένω επεδίκασε υπέρ του ασθενούς αναλογική χρηματική ικανοποίηση ένεκα ηθικής βλάβης βάσει του ποσοστού των χαμένων πιθανοτήτων της εξέλιξης της υγείας του.

⁴²⁰ Μαθιουδάκης, ό.π. (υποσ. 46), 713.

⁴²¹ Βλ. Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 172. Αναφέρεται μάλιστα από τον Μαθιουδάκη, ό.π. (υποσ. 46), 713 πως: «Με τον ποσοστιαίο καθορισμό, η αποζημίωση προσδιορίζεται σε ικανοποιητικότερο και δικαιότερο για τον ζημιωθέντα ύψος, περιορίζονται τα περιθώρια γενικών υπολογισμών ενώ η ηθική βλάβη διευκρινίζεται κατά το αληθινό μέγεθος και λειτουργία χωρίς να μετατρέπεται σε ένα γενικό υποκατάστατο των ελλειμμάτων δικαστικής προστασίας».

⁴²² ΕλλΔνη 2021, 1502.

⁴²³ Χρυσικοπούλου, ό.π. (υποσ. 413), σ. 1862.

πραγματικά εξαίρεση από την αποζημιωτική αρχή του «όλα ή τίποτε»⁴²⁴: Η ευθύνη αφορά αποκλειστικώς στην απώλεια της πιθανότητας αποφυγής της τελικής ζημίας και η αποζημίωση καλύπτει ολόκληρη την αξία αυτής της πιθανότητας και άρα ολόκληρη την ζημία που οφείλεται στον νόμιμο λόγο ευθύνης του ιατρού. Αντιστοίχως δε, γίνεται αποτίμηση της χαμένης ευκαιρίας που προφανώς δεν ταυτίζεται με την συνολική ζημία από την μη αποφυγή της ζημίας. Ο τρόπος υπολογισμού του ύψους της αποζημίωσης λόγω απώλειας θεραπευτικής ευκαιρίας προκύπτει ήδη από την συσχέτιση της τελικής με την ενδιάμεση ζημία. Ειδικότερα, η σχετική αποζημίωση είναι αναλογική, υπό την έννοια ότι το ύψος της αποκαταστατέας ζημίας προσδιορίζεται αναλογικά προς τον βαθμό της απωλεσθείσας πιθανότητας να είχε επιτευχθεί το προσδοκώμενο ευνοϊκό αποτέλεσμα (εν προκειμένω η αποφυγή της βλάβης της υγείας ή του θανάτου) και πάντοτε σε αναφορά με την επελθούσα τελική ζημία⁴²⁵. Άρα, επαναφέροντας το ερώτημα που διατυπώθηκε ανωτέρω⁴²⁶, πιστεύεται πως ήρθε η στιγμή αυτό να απαντηθεί με βάση την λύση που προσφέρει η θεωρία περί απώλειας θεραπευτικής ευκαιρίας: Αφού με βάση την υπό κρίση βιοτική περίπτωση ο ασθενής απώλεσε 30% πιθανότητα να επιβιώσει και έστω η τελική ζημία ανέρχεται στα 200.000 ευρώ, η αποτίμηση της χαμένης ευκαιρίας γίνεται ως εξής: 200.000 ευρώ x 30% = 60.000 ευρώ. Άρα, θα επιδικαστεί στον ασθενή το ποσό των 60.000 ευρώ⁴²⁷.

Η ζημία από την απώλεια ευκαιρίας πρέπει να προσδιορίζεται με σημείο αναφοράς την τελική ζημία και συγκεκριμένα σε ποσοστιαία συνάρτηση προς αυτήν⁴²⁸. Εξάλλου, σύμφωνα με την νομολογία των γαλλικών πολιτικών και διοικητικών δικαστηρίων, η ζημία λόγω απώλειας ευκαιρίας προσδιορίζεται ως τμήμα της τελικής ζημίας αναλόγως του ποσοστού πιθανοτήτων που ο θιγόμενος στερήθηκε εξαιτίας της επιλήψιμης συμπεριφοράς του δράστη⁴²⁹ οι συλλογισμοί δε που ακολουθούνται είναι οι εξής: πρώτα προσδιορίζεται η τελική ζημία σαν να είχε προκληθεί ολοκληρωτικά από την επιλήψιμη συμπεριφορά του δράστη και, εν συνεχεία, προσδιορίζεται το ποσοστιαίο τμήμα της τελικής ζημίας το οποίο αποδίδεται στην απώλεια ευκαιρίας⁴²⁹.

Καθίσταται αντιληπτό πως η στατιστική μέθοδος είναι ιδιαίτερα κρίσιμη για τον υπολογισμό του ύψους της αποκαταστατέας ζημίας που οφείλεται λόγω απώλειας θεραπευτικής ευκαιρίας. Συγκεκριμένα, προκειμένου να καταστεί βεβαία η απωλεσθείσα ευκαιρία είναι αναγκαίο να προσδιορισθεί με ασφάλεια το ποσοστό των πιθανοτήτων που διέθετε ο ασθενής και το οποίο η επιλήψιμη συμπεριφορά του ιατρού ματαίωσε οριστικώς⁴³⁰. Η «ποιότητα» της απώλειας ευκαιρίας καθορίζεται από την αξιολόγηση της ευκαιρίας η οποία στηρίζεται στην ανάλυση της

⁴²⁴ Βλ. Παπαδημητρόπουλο, ό.π. (υποσ. 48), 143-144, ο οποίος χαρακτηριστικά αναφέρει πως: «Η κάμψη της αρχής «όλα ή τίποτε» είναι λοιπόν μόνο φαινομενική, αφού η κάμψη αυτή δεν αφορά την αξία της πιθανότητας βελτίωσης της υγείας του που στερήθηκε ο ασθενής, αλλά αποκλειστικά την αποκατάσταση του συνόλου της τελικής ζημίας του».

⁴²⁵ Βλ. Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 172. Βλ. Παπαδημητρόπουλο, ό.π. (υποσ. 48), 144· Μαθιουδάκη, ό.π. (υποσ. 46), 713.

⁴²⁶ Βλ. ανωτέρω, σ. 49.

⁴²⁷ Βλ. τους σχετικούς προταθέντες μαθηματικούς τύπους σε Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 238 επ., με περαιτέρω παραπομπές.

⁴²⁸ Βλ. Μαθιουδάκη, ό.π. (υποσ. 46), 705.

⁴²⁹ Βλ. Μαθιουδάκη, ό.π. (υποσ. 46), 707, με παραπομπές σε γαλλική θεωρία και νομολογία. Βλ. περαιτέρω τον ίδιο (708), ο οποίος επί αυθαίρετης ιατρικής πράξης αναφέρει πως η αποζημίωση λόγω απώλειας ευκαιρίας άρνησης υποβολής στην επέμβαση προσδιορίζεται με τον πολλαπλασιασμό της τελικής ζημίας με το ποσοστό πιθανοτήτων να πραγματοποιούνταν οι εγγενείς κίνδυνοι της επέμβασης και όχι με το ποσοστό πιθανοτήτων να αρνιόταν ο ασθενής την σχετική επέμβαση αν γνώριζε τους πραγματικούς της κινδύνους.

⁴³⁰ Βλ. Μαθιουδάκη, ό.π. (υποσ. 46), 704. Βλ. και Παπαδημητρόπουλο, ό.π. (υποσ. 48), 144, ο οποίος τονίζει την απαίτηση να είναι ο υπολογισμός της αποκαταστατέας ζημίας όσο το δυνατόν πιο συγκεκριμένος για τον εκάστοτε ζημιωθέντα.

«πιθανότητας», η οποία με την σειρά της αποτελεί την μονάδα μέτρησης της «ευκαιρίας» ως μεγέθους «τυχηρού»⁴³¹. Έτσι, ο σοβαρός χαρακτήρας της ευκαιρίας συνεπάγεται και την δυνατότητα εκτίμησης και στατιστικής προσέγγισής της, υποστηρίζεται δε συναφώς πως οι στατιστικές μετρήσεις, κυρίως όταν τυγχάνουν επαληθεύσεως από εμπειρογνώμονες, αποτελούν κατάλληλους δείκτες για την εκτίμηση της ευκαιρίας και την ακρίβεια των σχετικών δικαστικών συμπερασμάτων⁴³². Για παράδειγμα⁴³³, μια ιατρική στατιστική μελέτη, προκειμένου να εξαγάγει τους δείκτες της σχετικά με την κατάλληλη θεραπευτική αγωγή που πρέπει να ακολουθήσει ο ασθενής, θα λάβει υπόψιν ποικίλους παράγοντες, όπως την ηλικία του ασθενούς, την πιθανή συνύπαρξη άλλων παθογόνων καταστάσεων, την συγκεκριμένη «κατάσταση» στην οποία βρίσκεται η ασθένεια κ.λπ.

ζ. Νομοθετικά ερείσματα, πλεονεκτήματα και κριτική

Με βάση την προηγηθείσα ανάλυση της θεωρίας περί απώλειας ευκαιρίας με ειδική αναφορά εφαρμογής αυτής στο πεδίο της ιατρικής ευθύνης, υποστηρίζεται λοιπόν πως η εν λόγω θεωρία (γενικότερα και όχι μόνο στο ιατρικό πεδίο) μπορεί να βρει νομοθετικά ερείσματα στην ελληνική έννομη τάξη. Πληρουμένων ορισμένων προϋποθέσεων -ύπαρξη διακυβεύματος, αβεβαιότητα ως προς την αιτιώδη διαδρομή των γεγονότων, αναγνώριση ορισμένης ευκαιρίας ως εννόμως προστατευόμενου αγαθού, διάγνωση του σοβαρού χαρακτήρα της ευκαιρίας, ύπαρξη πραγματικής, αυτοτελούς και «υπό αίρεση» ζημίας, θεμελίωση του αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ νόμιμου λόγου ευθύνης και της απώλειας ευκαιρίας- υποστηρίζεται⁴³⁴ πως μπορεί στα πλαίσια του ελληνικού δικαίου ο ζημιωθείς να λάβει ως αποζημίωση το διαφέρον που πράγματι στερήθηκε λόγω της επιλήψιμης συμπεριφοράς του δράστη.

Συγκεκριμένα, έχει υποστηριχθεί για το ζήτημα της αναγνώρισης αναλογικής αποζημίωσης ότι η τελευταία επιβάλλεται από την γενικότερη τελολογία του δικαίου της ευθύνης, ενώ ως νομοθετικά ερείσματα έχουν προταθεί και οι ΑΚ 300, ΑΚ 926 εδ. β' σε συνδ. με ΑΚ 927. Ακόμη έχει προταθεί ως νομοθετικό έρεισμα και η ΑΚ 288 (κάμψη της αρχής «όλα ή τίποτε»)⁴³⁵. Επίσης, υποστηρίζεται⁴³⁶ ότι η απώλεια ευκαιρίας αποτελεί οριακή κατάσταση, που φθάνει τους γνώριμους κανόνες περί διαφυγόντος κέρδους σε συνδυασμό με την πρόσφορη αιτιότητα στα όριά

⁴³¹ Μάνθος, ό.π. (υποσ. 36), σ. 242, ο οποίος και φθάνει στο συμπέρασμα πως «η απώλεια ευκαιρίας ως ζημία είναι βεβαία, μεταξύ άλλων, όταν η αντίστοιχη ευκαιρία ήταν πιθανή». Έπειτα (σ. 242-243), επισημαίνει πως: «Η πιθανότητα με το παραπάνω περιεχόμενο είναι ορισμένη και πραγματική, όταν στηρίζεται σε διδάγματα της κοινής λογικής ή σε επιστημονικά πορίσματα που αμφότερα στηρίζονται με τη σειρά τους σε στατιστικές ή εμπειρικές μετρήσεις-παρατηρήσεις».

⁴³² Βλ. Μάνθος, ό.π. (υποσ. 36), σ. 242-245.

⁴³³ Βλ. Μάνθος, ό.π. (υποσ. 36), σ. 245, ο οποίος υπογραμμίζει ότι με αυτόν τον τρόπο η στατιστική μελέτη όχι μόνον είναι ακριβής αλλά και προσαρμόζεται στην συγκεκριμένη κατάσταση της υγείας του εκάστοτε ασθενούς. Πρβλ. και Παπαδημητρόπουλο, ό.π. (υποσ. 48), 144, ο οποίος επισημαίνει πως ακόμη κι αν είναι αναπόφευκτη εν τέλει η χρήση στατιστικών στοιχείων, αφηρημένων δηλαδή προσεγγίσεων για την αναμενόμενη πορεία των πραγμάτων, πρέπει το ύψος της αποζημίωσης να ανταποκρίνεται στον μέγιστο δυνατό βαθμό στις συνθήκες του συγκεκριμένου ζημιωθέντος.

⁴³⁴ Βλ. κυρίως Μάνθος, ό.π. (υποσ. 36), σ. 22· Μαθιουδάκη, ό.π. (υποσ. 46), σ. 700, 714· Καλαβρό, ό.π. (υποσ. 411), 735-736. Μάλλον επιδοκιμαστικά και η Κανελλοπούλου-Μπότη, ό.π. (υποσ. 50), 305-306. Ως προς την αναγνώριση της de lege lata αναγνώρισης αναλογικής αποζημίωσης, βλ. Παπαδημητρόπουλο, ό.π. (υποσ. 48), 134 επ.· Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 43), σ. 190 επ.

⁴³⁵ Βλ. αναλυτικά για τις μεθοδολογικές αυτές προτάσεις κατωτέρω, Κεφ. Γ. υπό II.4. δ. και ε.

⁴³⁶ Βλ. Μαθιουδάκη, ό.π. (υποσ. 46), 714.

τους, ενώ παράλληλα αναφέρεται ως επιχείρημα και η εξοικείωση της ελληνικής νομολογίας με την ποσοστιαία μέθοδο υπολογισμού της ζημίας μέσω της εφαρμογής των ΑΚ 300 και ΑΚ 926. Ακόμη, έχει υποστηριχθεί⁴³⁷ ότι η αποζημίωση λόγω απώλειας ευκαιρίας μπορεί να υπολογισθεί είτε με βάση στατιστικά δεδομένα, εφόσον αυτά υπάρχουν, είτε με βάση την ΑΚ 914 σε συνδ. με την αρχή της καλής πίστης (ΑΚ 288).

Ενδιαφέρον παρουσιάζουν σχετικώς και οι εξής σκέψεις⁴³⁸: υπογραμμίζεται η διείσδυση της πιθανότητας στο ελληνικό αστικό δίκαιο με σχετικά παραδείγματα το διαφυγόν κέρδος, την αναγνώριση οικονομικής αξίας σε πιθανότητες κέρδους (π.χ. λαχεία), το δικαίωμα προσδοκίας, την ΑΚ 931³ αλλά επιπλέον αναφέρονται και οι επιδράσεις διατάξεων εκτός ΑΚ και ειδικότερα, το άρθρ. 168 παρ. 1 ΣΛΕΕ και άρθρ. 5 παρ. 2, 5 Σ σχετικά με την αρχή προστασίας της ζωής και της υγείας του ανθρώπου, καθώς και το άρθρ. 191 ΣΛΕΕ και άρθρ. 24 παρ. 1 Σ σχετικά με την αρχή της προφύλαξης και της προληπτικής δράσης. Τονίζεται σχετικά πως από τις εν λόγω θεμελιώδεις αρχές ο ενωσιακός νομοθέτης αντλεί τις κατευθυντήριες γραμμές για την κατάλληλη αντιμετώπιση των εννόμων αγαθών της υγείας και του περιβάλλοντος, ενώ αυτές στηρίζονται στην ιδέα ότι η εκ των προτέρων αποφυγή των προσβολών αυτών των εννόμων αγαθών είναι συνήθως η αποτελεσματικότερη μέθοδος προστασίας και συνεπώς προτιμότερη από την εκ των υστέρων επέμβαση για παύση και ανόρθωση των βλαβών. Υπογραμμίζεται η κανονιστική επενέργεια των εν λόγω αρχών στην διαμόρφωση των ερμηνευτικών κριτηρίων των αόριστων νομικών εννοιών και των γενικών ρητρών του ΑΚ και συμπεραίνεται πως η πιθανολόγηση βλάβης στην ζωή ή την υγεία συνιστά ζημία με την προϋπόθεση ότι αντιστοιχεί σε μια αναγκαία και ικανή συνθήκη να εκδηλωθεί μια συγκεκριμένη βλάβη στην ζωή ή την υγεία⁴³⁹.

Υποστηρίζεται ότι η λύση της απώλειας ευκαιρίας μπορεί να δώσει χρήσιμες λύσεις διαθέτοντας σημαντικά πλεονεκτήματα⁴⁴⁰. Αρχικά, από πρακτική άποψη λέγεται ότι συνιστά λύση επιείκειας την οποία ο δικαστής αισθάνεται ως ορθότερη και η οποία αποτελεί μια εξισορροπητική προσπάθεια που στοχεύει στην αποφυγή αναγκαστικής επιλογής μεταξύ δύο άκρων λύσεων, ήτοι της επίρριψης της ασάφειας του πραγματικού υλικού αποκλειστικά στον ζημιωθέντα ή της επίρριψής της αποκλειστικά στον ιατρό, δεδομένης της αδυναμίας σχηματισμού πλήρους δικανικής πεποιθήσεως ως προς την ύπαρξη αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ νόμιμου λόγου ευθύνης και ζημίας⁴⁴¹. Ακόμη, θεωρείται πως η απώλεια ευκαιρίας διευκολύνει αποδεικτικώς τον

⁴³⁷ Βλ. Κανελλοπούλου-Μπότη, ό.π. (υποσ. 50), 305-306, όπου και υποσ. 159. Πρβλ. και Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 553.

⁴³⁸ Καλαβρός, ό.π. (υποσ. 411), 730 επ.

⁴³⁹ Επί της ουσίας φαίνεται να προτείνεται από τον Καλαβρό, ό.π. (υποσ. 411), 730 επ. η εφαρμογή της αρχής της καλής πίστης για την αναγνώριση της αξίωσης αποζημίωσης λόγω απώλειας θεραπευτικής ευκαιρίας. Αναφέρει χαρακτηριστικά (733-734): «Οι διατάξεις του Αστικού δικαίου δεν περιέχουν ρυθμίσεις αδιαμεσολάβητα. Αποτυπώνουν την εξισορρόπηση πολλών και αντιτιθέμενων συμφερόντων στη βάση αξιών οι οποίες έλκουν την καταγωγή τους από τις ιεραρχικά ανώτερες πηγές του δικαίου. Εν όψει της αρχής της προφύλαξης και της προληπτικής δράσης επιβάλλεται η προστασία των αγαθών του περιβάλλοντος και της ζωής και της υγείας στις ιδιωτικές έννομες σχέσεις να μην περιορίζεται στο στάδιο της καταστολής, αλλά να διαλαμβάνει και την πρόληψη».

⁴⁴⁰ Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 43), σ. 153· Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 17), 1237. Μάλιστα de lege ferenda υπέρ της προσέγγισης της εν λόγω θεωρίας παρουσιάζεται ο Σταθόπουλος, ό.π. (υποσ. 3), σ. 553. Πρβλ. και Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 17), 1238-1239.

⁴⁴¹ Βλ. Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 17), 1236· Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 43), σ. 153-154, η οποία κάνει λόγο για ανταπόκριση της εν λόγω προσέγγισης στις «επιταγές της ουσιαστικής δικαιοσύνης»· Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 11-15. Πρβλ. και Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 33), 350: «Η καταβολή στους ζημιωθέντες – ασθενείς μερικής αποζημίωσης, ανάλογης με την πιθανότητα η πρόκληση της ζημίας τους να οφείλεται σε ιατρικό σφάλμα, εξισορροπεί τα συμφέροντα του γιατρού και του ασθενούς...»· Παπαδημητρόπουλο, ό.π. (υποσ. 48), 129-130, ο οποίος καταδεικνύει

ενάγοντα, καθώς αυτός φέρει το βάρος αποδείξεως μόνον του υπαίτιου σφάλματος και της ζημίας, ενώ ο ιατρός βαρύνεται να αποδείξει ότι δεν υπήρχαν πιθανότητες για να απωλεσθούν, ουσιαστικά ότι ήταν αναπόφευκτη η ζημιογόνος εξέλιξη⁴⁴². Επιπροσθέτως, η εν λόγω προσέγγιση θεωρείται ως ανταποκρινόμενη στον προληπτικό σκοπό της αποζημίωσης αφού παρέχονται αποτελεσματικά κίνητρα και στα δύο μέρη για την λήψη μέτρων πρόληψης της ζημίας⁴⁴³.

Ωστόσο, έχει ασκηθεί κριτική η οποία με δογματικής υφής επιχειρήματα βάλλει κατά της δυνατότητας εφαρμογής της θεωρίας περί απώλειας θεραπευτικής ευκαιρίας (αλλά και γενικότερα και πέραν του πεδίου της ιατρικής ευθύνης). Αφετηριακά, παρατηρείται πως η διάκριση μεταξύ μιας «ενδιάμεσης» ζημίας συνιστάμενης στην απώλεια πιθανοτήτων υλοποίησης ενός ευνοϊκού αποτελέσματος και της επελθούσας «τελικής» ζημίας (βλάβη της υγείας ή θάνατος) μάλλον αποτελεί μια τεχνητή κατασκευή για να υπερκεραστεί η πρακτική δυσχέρεια διακρίβωσης του αιτιώδους συνδέσμου⁴⁴⁴. Τίθενται εν προκειμένω ζητήματα ανακολουθίας της υπό πραγμάτευση θεωρίας με τις δογματικές κατηγορίες του αιτιώδους συνδέσμου και της ζημίας.

Σε σχέση με τον αιτιώδη σύνδεσμο, θα μπορούσε να παρατηρηθεί⁴⁴⁵ πως η κατασκευή της απώλειας ευκαιρίας εμφανίζεται ως ανακόλουθη συνδέοντας αιτιωδώς την «ενδιάμεση» και την «τελική» ζημία προς τον νόμιμο λόγο ευθύνης του ιατρού, αφού μία αιτιώδης σχέση υπάρχει στην πραγματικότητα, αυτή που κατέληξε στην τελική ζημία, και σε αυτήν πρέπει να ενταχθεί ο νόμιμος λόγος ευθύνης του ιατρού. Αλλά δεν είναι δυνατόν αυτή να διαπιστωθεί και άρα η εν λόγω κατασκευή φαίνεται να διαπράττει το εξής σφάλμα: καταλήγει η ίδια να συνιστά μια κατασκευή μερικής ουσιαστικά αιτιότητας συνδέοντας τις πιθανότητες ευνοϊκής εξέλιξης που στερήθηκε ο ασθενής με τις πιθανότητες να προκάλεσε ο νόμιμος λόγος ευθύνης του ιατρού την τελική ζημία του ασθενούς, και αυτές με το ποσοστό της ζημίας που πρέπει να αποκατασταθεί. Η συλλογιστική αυτή πορεία θεωρείται⁴⁴⁶ ότι αποτελεί λογικό σφάλμα και ότι περαιτέρω καταργεί την αρχή του αιτιώδους συνδέσμου υπό την έννοια της αναγκαιότητας του όρου που απαιτεί βέβαιη σύνδεση μεταξύ αιτίου και αιτιατού. Δηλαδή, θεωρείται ότι η προσέγγιση της θεωρίας περί απώλειας

και με μια μακροσκοπική θεώρηση την αδικία που δημιουργείται από την ανελαστική αρχή του «όλα ή τίποτε» σε συνδυασμό με την θεωρία του ισοδυνάμου των όρων σε περιστατικά αιτιακής απροσδιοριστίας.

⁴⁴² Βλ. Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 17), 1236.

⁴⁴³ Βλ. Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 43), σ. 154· Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 15-18. Βλ. και Καλαβρό, ό.π. (υποσ. 411), 736.

⁴⁴⁴ Βλ. Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 17), 1237. Βλ. και ανωτέρω, υποσ. 75.

⁴⁴⁵ Βλ. Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 17), 1235· Σπερδόκλη, ό.π. (υποσ. 167), σ. 385-386. Βλ. επίσης Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 2), σ. 391, όπου και υποσ. 91, όπου αναφέρει πως το σχετικό πρόβλημα αμβλύνεται επί επιδίκασης χρηματικής ικανοποίησης όπου υπάρχει η διακριτική ευχέρεια προσαρμογής του «ευλόγου» στο ποσοστό πιθανοτήτων. Ωστόσο, το επιχείρημα αυτό μοιάζει να παραβλέπει πως για την θεμελίωση αξίωσης χρηματικής ικανοποίησης λόγω ηθικής βλάβης με βάση την ΑΚ 932 απαιτείται η ύπαρξη αδικοπραξίας που προϋποθέτει την κατάφαση του αιτιώδους συνδέσμου. Εάν, δε, γίνει λόγος για ηθική βλάβη βάσει των διατάξεων περί προστασίας της προσωπικότητας (ΑΚ 57, 59) πάλι το συγκεκριμένο επιχείρημα θα μπορούσε να αποκρουστεί μέσω της γενικότερης προσέγγισης που φαίνεται να κρατεί στο ελληνικό δίκαιο ότι η πιθανότητα ενός ευνοϊκού αποτελέσματος δεν συνιστά αυτοτελή έκφραση του δικαιώματος στην προσωπικότητα. Βλ. αναλυτικά ανωτέρω, σ. 61-63, με περαιτέρω παραπομπές.

⁴⁴⁶ Βλ. Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 17), 1235· Σπερδόκλη, ό.π. (υποσ. 167), σ. 385-386. Βλ. και Περτσελάκη, ό.π. (υποσ. 36), σ. 89. Βλ. όμως για την πρόταση περί πιθανοτικής αιτιότητας μέσω *extra legem* αλλά *intra ius* περαιτέρω διαπλάσεως του δικαίου κατωτέρω, Κεφ. Γ. υπό Π.4. ε. Βλ. επίσης και Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 214, ο οποίος σχετικώς αντεπιχειρηματολογεί ότι η θεωρία περί απώλειας ευκαιρίας δεν μεταβάλλει τα γενικώς ισχύοντα για την αιτιώδη συνάφεια μεταξύ νόμιμου λόγου ευθύνης και ζημίας, διότι ο ζημιωθείς μέσω της εφαρμογής αυτής ικανοποιείται πλήρως για μία συγκεκριμένη ζημία, την απωλεσθείσα ευκαιρία, και δεν υπάρχει άρα εξαίρεση από την αρχή «όλα ή τίποτε».

ευκαιρίας υποκαθιστά το στοιχείο του αναγκαίου όρου από αυτό του απλώς πιθανού, προσέγγιση που δεν βρίσκει νομοθετικό έρεισμα.

Σε σχέση με την ζημία, η κριτική⁴⁴⁷ εκκινεί από την παραδοχή ότι η απώλεια ευκαιρίας συνιστά ένα μέρος της τελικής ζημίας. Εν συνεχεία προσάπτει στην υπό πραγμάτευση θεωρία ότι εισάγει μια ξένη προς το ελληνικό δίκαιο θεώρηση αφού προϋποθέτει πως η απλή πιθανότητα κανονικής ή ευνοϊκής εξέλιξης των πραγμάτων συνιστά μια αυτοτελή αξία, ένα «εφόδιο» επιδεκτικό αποτίμησης και αποκατάστασης που είχε ο ζημιωθής αρχικώς. Όμως, παρατηρείται πως οι πιθανότητες ορισμένου ευνοϊκού αποτελέσματος που αρχικά υπήρχαν λειτουργούν, σύμφωνα με την ΑΚ 298, μόνο στον βαθμό που οδηγούν τον δικαστή στην κρίση ότι εξαιτίας της επιλήψιμης συμπεριφοράς του δράστη απωλέσθηκε για τον ζημιωθέντα ένα διαφυγόν κέρδος υπό τους όρους της σχετικής διάταξης. Συναφώς, λοιπόν, λέγεται για την περίπτωση της ιατρικής ευθύνης, πως η υποκατάσταση της θετικής ζημίας (βλάβη της υγείας ή θάνατος) από μία αποθετική (μη επίτευξη της θεραπείας ή της επιβίωσης), έστω και αν το θετικό αποτέλεσμα που δεν επιτεύχθηκε θα μπορούσε να θεωρηθεί διαφυγόν κέρδος υπό την έννοια της ΑΚ 298, καθιστά σαφές ότι η κατασκευή της απώλειας ευκαιρίας είναι άτοπη. Θα μπορούσε ίσως όμως να παρατηρηθεί πως το εν λόγω επιχείρημα δέχεται ότι η απώλεια ευκαιρίας συνιστά περίπτωση διαφυγόντος κέρδους, κάτι όμως που αμφισβητείται δεδομένου ότι η υπό πραγμάτευση θεωρία αφορά στην διεκδίκηση του διακυβεύματος (π.χ. ίαση από την ασθένεια), ενώ το διαφυγόν κέρδος σχετίζεται με την οριστική ματαίωση του διακυβεύματος⁴⁴⁸.

Ένα άλλο κριτικό επιχείρημα είναι ότι η θεώρηση της απώλειας ευκαιρίας ως αυτόνομης ζημίας που προϋποθέτει την βεβαιότητα περί αποφυγής της τελικής ζημίας ενέχει μια ουσιώδη αντίφαση: λαμβάνει το ζητούμενο, ήτοι την επέλευση της τελικής ζημίας που συνεπάγεται την οριστική απώλεια κάθε πιθανότητας ευνοϊκής εξέλιξης, ως δεδομένο⁴⁴⁹. Πρόκειται ουσιαστικά για το λογικό επιχείρημα της λήψεως του ζητουμένου. Ο αντίλογος θα μπορούσε να είναι τεολογικής υφής: ότι δηλαδή η θεώρηση της απώλειας ευκαιρίας καταλήγει σε δικαιότερα αποτελέσματα σε σχέση με αυτά στα οποία θα κατέληγε η ανελαστική αρχή του «όλα ή τίποτε» σε συνδυασμό με την θεωρία της αναγκαιότητας του όρου⁴⁵⁰.

Ακόμη αμφισβητείται έντονα η αυτοτέλεια της ζημίας από την απώλεια ευκαιρίας σε σχέση με την τελική ζημία. Από την μια μεριά υπάρχει μια ζημία υπαρκτή και βέβαιη (βλάβη της υγείας ή θάνατος του ασθενούς) που μπορεί να αποκατασταθεί εφόσον συντρέχουν και οι λοιπές προϋποθέσεις ευθύνης και από την άλλη διαχωρίζεται τεχνιέντως μια προηγούμενη «στιγμή» στην ζημιογόνο εξέλιξη των γεγονότων, όπου ακόμα η τελική ζημία δεν έχει επέλθει, αλλά μόνον έχει απωλεσθεί η πιθανότητα αποφυγής της ζημίας⁴⁵¹, και αν μπορούσε να θεμελιωθεί η ενδιάμεση αυτή ζημία, δεν θα έπρεπε να αντιμετωπίζεται ως αυτόνομη έναντι της τελικής - πραγματικής ζημίας αλλά να θεωρηθεί πως συγχωνεύεται με αυτή⁴⁵¹. Επιπλέον, η ζημία από

⁴⁴⁷ Βλ. σχετικά *Φουντεδάκη*, ό.π. (υποσ. 17), 1237.

⁴⁴⁸ Βλ. αναλυτικά ανωτέρω, Κεφ. Γ. υπό Π.3. β.

⁴⁴⁹ Βλ. *Σπερδόκλη*, ό.π. (υποσ. 167), σ. 386-387. Βλ. και *Φουντεδάκη*, ό.π. (υποσ. 17), 1238, η οποία αναφέρει: «...ο όρος που μείωσε ή εξαφάνισε τις πιθανότητες ευνοϊκής εξέλιξης δεν είναι οπωσδήποτε και ο αναγκαίος όρος παραγωγής της ζημίας, μόνο όμως το τελευταίο στοιχείο ενδιαφέρει για την ίδρυση της αστικής ευθύνης».

⁴⁵⁰ Πρβλ. *Παπαδημητρόπουλο*, ό.π. (υποσ. 48), 129-130 και 146, όπου αναφέρεται: «Με την κατάφαση της αναλογικής ευθύνης δεν λύνεται βέβαια το βασικό πρόβλημα, η αδυναμία διάγνωσης του τι πραγματικά συνέβη στη συγκεκριμένη περίπτωση, ωστόσο θεμελιώνεται ένα αποτέλεσμα που αποτελεί τη μέγιστη δυνατή, όσο επιτρέπει δηλαδή η υφιστάμενη κατάσταση αβεβαιότητας, προσέγγιση μιας δίκαιης λύσης».

⁴⁵¹ Βλ. σχετικά *Φουντεδάκη*, ό.π. (υποσ. 17), 1235.

απώλεια ευκαιρίας αποκαθίσταται όχι σε κάθε περίπτωση αλλά μόνον όταν έχει επέλθει η τελική ζημία (βλάβη της υγείας ή θάνατος)· εάν όμως αποτελούσε ζημία η απώλεια πιθανοτήτων επίτευξης ευνοϊκού αποτελέσματος, θα έπρεπε να αποκαθίσταται γενικά και όχι μόνον όταν δεν υλοποιήθηκε το ευνοϊκό αποτέλεσμα⁴⁵². Κάτι τέτοιο όμως θα συνεπαγόταν την ευθύνη του ιατρού λόγω διακινδύνευσης της υγείας του ασθενούς που προκάλεσε η ενέργειά του, αποτέλεσμα ξένο στο πλαίσιο της αστικής ευθύνης, αφού η διακινδύνευση ως κριτήριο καταλογισμού της ζημίας σε αυτόν που δημιουργεί ορισμένο κίνδυνο σε έννομα αγαθά άλλων έχει ως προϋπόθεση την πραγμάτωση αυτού του κινδύνου υπό την έννοια της επέλευσης της ζημίας που προκαλείται από την εν λόγω πραγμάτωση⁴⁵³. Μάλιστα η ευθύνη από διακινδύνευση συνεπάγεται υποχρέωση για αποζημίωση ανεξαρτήτως υπαιτιότητας, όμως σε περιστατικά απώλειας ευκαιρίας υπάρχει υπαίτια πράξη⁴⁵⁴. Στο πλαίσιο αυτών των σκέψεων, γίνεται λόγος για αδικαιολόγητη διεύρυνση της επαγγελματικής ευθύνης των ιατρών και για ευθεία αντίθεση της θεωρίας περί απώλειας θεραπευτικής ευκαιρίας στην διάκριση μεταξύ ενοχών μέσων και αποτελέσματος⁴⁵⁵.

Σχετικώς αντεπιχειρηματολογείται⁴⁵⁶ ότι η αξίωση αποκατάστασης της απώλειας ευκαιρίας εξ ορισμού προϋποθέτει την επέλευση της τελικής ζημίας και ότι το ελληνικό δίκαιο γνωρίζει περιπτώσεις αιρέσεως δικαίου (λ.χ. ΑΚ 36). Στην ίδια γραμμή αντεπιχειρηματολογίας λέγεται πως σε περίπτωση που η τελική ζημία δεν επέλθει, τότε η αντίστοιχη ευκαιρία δεν μπορεί να έχει χαθεί και η μείωση των πιθανοτήτων που αρχικά υπήρχαν δεν θα έχει πλέον καμία οικονομική αξία· ενώ σε περίπτωση αποκατάστασης της τελικής ζημίας επέρχεται πλήρης ικανοποίηση του θιγομένου και δεν μπορεί αυτός να παραπονείται για απώλεια ευκαιρίας. Έτσι, δεν μπορεί να υποστηριχθεί πως η θεωρία περί απώλειας ευκαιρίας ισοδυναμεί με ευθύνη για απλή διακινδύνευση ενός αγαθού.

⁴⁵² Βλ. *Φουντεδάκη*, ό.π. (υποσ. 17), 1234-1235, 1237, η οποία παρατηρεί πως εάν η αυτονομία της ζημίας από απώλεια ευκαιρίας καταρριφθεί με αυτές τις σκέψεις, τότε τίθεται εκ ποδών και το βασικό «εύρημα» της υπό εξέταση θεωρίας, ήτοι η ύπαρξη δύο ξεχωριστών αιτιωδών σχέσεων, όπου η αμφιβολία ως προς την μια δεν εμποδίζει την κατάφαση της άλλης και καταρρίπτεται ολόκληρο το οικοδόμημα της απώλειας ευκαιρίας. Βλ. επίσης *την ίδια*, ό.π. (υποσ. 2), σ. 391· *Σπερδόκλη*, ό.π. (υποσ. 167), σ. 387· *Χριστοφορίδη*, Αλλοδαπή Νομολογία Γαλλικών Ακυρωτικών, Απόφαση της 24 Μαρτίου 1981. Τμήμα Αστικού Δικαίου, ΕλλΔνη 1981, 717, ο οποίος υπογραμμίζει πως η μείωση της πιθανότητας να ματαιωθεί ορισμένο ζημιόγONO αποτέλεσμα δεν συνιστά ζημία βέβαιη, συγκεκριμένη και αυθύπαρκτη έναντι του αποτελέσματος αυτού και δεν υπάρχει ούτε αδικοπραξία ούτε συμβατική ευθύνη προς αποζημίωση δίχως συγκεκριμένη ζημία. Πρβλ. όμως (για την θεωρία της αναλογικής ευθύνης βάσει πιθανοτικής αιτιότητας) *Παπαδημητρόπουλο*, ό.π. (υποσ. 48), 145, ο οποίος αναφέρει: «Ακόμη όμως κι αν με τη θεωρία της αναλογικής ευθύνης βάσει πιθανοτικής αιτιότητας δεν αποκαθίσταται τελικά κάποια πραγματική ζημία, αν δηλαδή η έννοια της χαμένης πιθανότητας μιας ευνοϊκής για τον ζημιωθέντα εξέλιξης συνιστά νοητική απλώς κατασκευή, αυτό δεν επηρεάζει την ομαλή ένταξη της θεωρίας στο σύστημα του ισχύοντος δικαίου. Διότι, ανεξάρτητα από την επικέντρωση στην απώλεια μιας πιθανότητας, η αναλογική αποζημίωση επιτελεί σε τελική ανάλυση λειτουργία επιμερισμού της συνολικής ζημίας σε δράστη και ζημιωθέντα, πράγμα που συνιστά ένα καθόλα σύμφωνο με το ισχύον δίκαιο αποτέλεσμα...».

⁴⁵³ Βλ. *Φουντεδάκη*, ό.π. (υποσ. 17), 1237-1238· *Κορνηλάκη*, ό.π. (υποσ. 146), σ. 1781.

⁴⁵⁴ Βλ. *Φουντεδάκη*, ό.π. (υποσ. 17), 1238, η οποία καταλήγει ότι οι αρχές της ευθύνης από διακινδύνευση καταδεικνύουν το επισφαλές της απώλειας ευκαιρίας. Βλ. σχετικά και *Χατζηαντωνίου*, Θέματα αστικής ευθύνης ιατρών. Σκέψεις με αφορμή την απόφαση του ΜΠρΚω 824/2011, ΕφΑΔ 2012, 915, η οποία κάνει λόγο για απαράδεκτη μέσω της θεώρησης της απώλειας ευκαιρίας διεύρυνση του πεδίου της ιατρικής ευθύνης, ώστε αυτή να περιλαμβάνει και την ευθύνη από διακινδύνευση, καθώς κάτι τέτοιο παραβλέπει ότι η ιατρική ευθύνη διέπεται από την αρχή της υπαιτιότητας.

⁴⁵⁵ Βλ. *Χριστοφορίδη*, ό.π. (υποσ. 452), 717. Για το ότι (και) στο ελληνικό δίκαιο δεν εγείρει επιφυλάξεις η αποδοχή της ενοχής μέσων για τις υποχρεώσεις του ιατρού, βλ. *Φουντεδάκη*, ό.π. (υποσ. 2), σ. 69, όπου και παραπομπές σε θεωρία και νομολογία στην υποσ. 86. Βλ. για την σχετική διάκριση (ενοχές μέσων και αποτελέσματος) ανωτέρω, Εισαγωγή υπό Ι.

⁴⁵⁶ Βλ. σχετικά *Μάνθο*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 107, 230-233.

Η αντεπιχειρηματολογία όμως βάλλει και κατά της αφετηριακής παραδοχής της κριτικής που ασκείται στην θεωρία της απώλειας ευκαιρίας, η οποία κατά τα προρρηθέντα είναι ότι η απώλεια ευκαιρίας συνιστά μερικότερο τμήμα της τελικής ζημίας⁴⁵⁷. Συγκεκριμένα, λέγεται⁴⁵⁸ ότι διαχωρίζονται ενδιάμεση και τελική ζημία βάσει της σκέψης ότι άλλο συμφέρον προσβάλλεται στην περίπτωση της απώλειας πιθανοτήτων για την υλοποίηση ενός ευνοϊκού αποτελέσματος (διεκδίκηση του διακυβεύματος) και άλλο συμφέρον από την επέλευση της τελικής ζημίας (το ίδιο το διακύβευμα - η ζωή ή η υγεία του ασθενούς) μολονότι και τα δύο διαθέτουν τα αυτά χαρακτηριστικά. Περαιτέρω επισημαίνεται πως η απώλεια ευκαιρίας ως εξαρτώμενη ως προς την φύση της από το υποκείμενο διακύβευμα (τελική ζημία), είναι δυνατόν να συνεπάγεται περιουσιακές ζημίες, αποτιμητές δηλαδή σε χρήμα, ή/και μη περιουσιακές, μη αποτιμητές σε χρήμα⁴⁵⁹. Στο πλαίσιο αυτό περαιτέρω αναφέρεται⁴⁶⁰ πως αφού η προσβολή της υγείας συνεπάγεται κατά κανόνα και περιουσιακές (π.χ. έξοδα νοσηλείας) και μη περιουσιακές ζημίες (π.χ. ηθική βλάβη), άρα, αντιστοίχως η απώλεια της ευκαιρίας θεραπείας περιλαμβάνει, αναλογικά πάντοτε, αφενός περιουσιακές ζημίες στο μέτρο που ο ασθενής έχασε την ευκαιρία να αποφύγει την καταβολή εφεξής μεγαλύτερων δαπανών για την αντιμετώπιση της ασθένειας του κ.λπ., και αφετέρου μη περιουσιακές ζημίες ένεκα της (αναλογικής) ηθικής βλάβης που υφίσταται ο ασθενής που προσεβλήθη στην υγεία του, έστω στην ειδικότερη έκφραση της προσβολής της ευκαιρίας θεραπείας.

Τέλος, η κριτική εστιάζει και σε ένα άλλο σημείο, στην μέθοδο υπολογισμού της ζημίας από απώλεια ευκαιρίας μέσω της χρήσεως στατιστικών εκτιμήσεων. Θεωρείται ότι η εν λόγω μέθοδος είναι δύσκαμπτη και δημιουργεί πρακτικά προβλήματα στον βαθμό που συχνά είναι δύσκολος, αν όχι αδύνατος, ο υπολογισμός της πιθανότητας που περικλείει η απώλεια ευκαιρίας⁴⁶¹. Το ανακύπττον ζήτημα είναι το πώς ακριβώς στο πεδίο της ιατρικής ευθύνης θα ποσοτικοποιηθεί αυτή η απωλεσθείσα ευκαιρία. Την αβεβαιότητα επιτείνει η ανομοειδία των περιπτώσεων που μπορούν να χρησιμοποιηθούν ως βάση της σχετικής στατιστικής μελέτης δεδομένης της ιδιαιτερότητας και μοναδικότητας του κάθε ανθρώπινου οργανισμού. Η σχετική συγκέντρωση των πιθανοτήτων χωρίς όμοιο πεδίο αναφοράς εγκυμονεί κινδύνους αυθαιρεσιών. Η αντεπιχειρηματολογική γραμμή εδώ υποστηρίζει⁴⁶² ότι οι ανακύπτουσες πρακτικές δυσκολίες δεν πρέπει να υπερεκτιμώνται αφού πολλές φορές υφίστανται επαρκή δεδομένα που επιτρέπουν

⁴⁵⁷ Έτσι όμως ο *Μαθιουδάκης*, ό.π. (υποσ. 46), 713.

⁴⁵⁸ Βλ. *Μάνθο*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 226-227.

⁴⁵⁹ Βλ. *Μάνθο*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 227-228. Βλ. για την διάκριση περιουσιακής και μη περιουσιακής ζημίας ανωτέρω, Κεφ. Β. υπό Ι.2.

⁴⁶⁰ Βλ. *Μάνθο*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 228.

⁴⁶¹ Βλ. *Μάνθο*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 243, με σχετικές παραπομπές· *Παπαδημητρόπουλο*, ό.π. (υποσ. 48), 145, ο οποίος δεν παραγνωρίζει αυτά τα πρακτικά προβλήματα της θεωρίας της αναλογικής ευθύνης. Πρβλ. και *Φουντεδάκη*, ό.π. (υποσ. 17), 1235.

⁴⁶² Βλ. *Παπαδημητρόπουλο*, ό.π. (υποσ. 48), 145-146, ο οποίος περαιτέρω αναφέρεται και στην δυνατότητα προσέγγισης της πιθανότητας εντός ενός συγκεκριμένου πλαισίου ανώτατης και κατώτατης τιμής· *Μάνθο*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 244-245, ο οποίος μάλιστα επισημαίνει την ούτως ή άλλως προσφυγή των δικαστών σε «υποθετικές» κρίσεις κατά την εκτίμηση του ποσοστού της αιτιώδους συμβολής του θύματος στην πρόκληση της ζημίας του ενόψει της ΑΚ 300· *Warzecha*, ό.π. (υποσ. 113), 806. Βλ. και ανωτέρω, σ. 65. Βλ. όμως *Λέων*, ό.π. (υποσ. 362), σ. 234-235, ο οποίος αναφέρει πως ο σχετικός υπολογισμός με βάση τα διαθέσιμα στατιστικά στοιχεία είναι εφικτός μόνο στην περίπτωση παράλειψης διενέργειας ή αποτυχίας της ιατρικής επέμβασης, όχι όμως και στην συνήθη περίπτωση «όπου η επέμβαση αποτυγχάνει μεν ως προς το άμεσο αποτέλεσμά της αλλά επέφερε σημαντικές επιπλοκές ή επέφερε μόνο μερική βελτίωση της κατάστασης του ασθενούς και με δεδομένο ότι αμφότερες οι συνέπειες είναι στατιστικά πιθανές, δεν μπορεί να νοηθεί προσδιορισμός της ζημίας υπό την έννοια της απώλειας ευκαιρίας «για την πραγματική ματαίωση μιας ευμενούς πιθανότητας» αφού τελικώς η πιθανότητα αυτή (θεραπεία της υπάρχουσας πριν την επέμβαση βλάβης) δε ματαιώθηκε κατ' ουσίαν».

προσέγγιση της κρίσιμης πιθανότητας με αρκετή ακρίβεια. Μάλιστα, αναφέρεται⁴⁶³ πως στην απώλεια ευκαιρίας οι στατιστικές μετρήσεις είναι το εργαλείο που επικουρεί τον δικαστή στο έργο του όχι να θεμελιώσει τον αιτιώδη σύνδεσμο μεταξύ του νόμιμου λόγου ευθύνης και της ζημίας, αλλά να προσδιορίσει την οικονομική αξία της χαμένης ευκαιρίας.

4. Άλλες προτεινόμενες θεωρίες για την επίλυση της αιτιακής απροσδιοριστίας στις περιπτώσεις νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς

Προς πληρέστερη αποσαφήνιση της λύσεως που προκρίνει η θεωρία της απώλειας ευκαιρίας σε συσχετισμό με το ιατρικό πεδίο καθώς και της δυνατότητας εφαρμογής της στην ελληνική έννομη τάξη, σκόπιμη κρίνεται η συνοπτική παρουσίαση και των λοιπών νομικών κατασκευών-λύσεων των περιπτώσεων αβέβαιης αιτιότητας.

Πώς λοιπόν αξιολογούνται υπό το ισχύον δίκαιο οι περιπτώσεις νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς όπου εμφανίζεται απροσδιοριστία ως προς την αιτιακή σύνδεση του ιατρικού σφάλματος και της εναπομένουσας αιτιότητας με την ζημία του ασθενούς⁴⁶⁴; Για την θεραπεία της εν λόγω (εγγενούς) παθογένειας που χαρακτηρίζει τις περιπτώσεις νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς έχουν στην θεωρία διατυπωθεί -πέρα από την θεωρία της απώλειας ευκαιρίας- διάφορες προτάσεις: α) ο δικονομικός τρόπος αντιμετώπισης του προβλήματος μέσω αντιστροφής του βάρους απόδειξης ή της εκ πρώτης όψεως απόδειξης, β) η πραγματιστική εξήγηση της αιτιότητας, γ) η εφαρμογή της τυποποιημένης αιτιότητας, δ) η εφαρμογή της πιθανοτικής αιτιότητας και ε) η κάμψη της «αρχής όλα ή τίποτε».

α. Η αντιστροφή του βάρους απόδειξης και η θεωρία της εκ πρώτης όψεως απόδειξης

Δεδομένων των εγγενών δυσχερειών αποδείξεως του αιτιώδους συνδέσμου σε περιπτώσεις αιτιακής απροσδιοριστίας/αβέβαιης αιτιότητας, η δικονομική αντιμετώπιση του ζητήματος φαίνεται να αποκτά ιδιαίτερη σημασία, στο πλαίσιο δε αυτό κρίσιμη είναι αφενός η κατανομή του βάρους απόδειξης μεταξύ ιατρού και ασθενούς και ο αφετέρου ο απαιτούμενος βαθμός βεβαιότητας για τον σχηματισμό δικανικής κρίσης⁴⁶⁵.

Σκοπό της αποδεικτικής διαδικασίας συνιστά, κατά την κρατούσα άποψη στην Ελλάδα, η διαπίστωση της ουσιαστικής αλήθειας⁴⁶⁶. Σύμφωνα με την ΚΠολΔ 338 παρ. 1 κάθε διάδικος οφείλει να επικαλεστεί και αποδείξει τα πραγματικά γεγονότα που είναι αναγκαία για την στήριξη της αίτησής του⁴⁶⁷. Εφαρμοζομένου του κανόνα αυτού στο πεδίο της αδικοπρακτικής ευθύνης του ιατρού, ο ασθενής φέρει σε κάθε περίπτωση το αντικειμενικό βάρος αποδείξεως, δηλαδή, ο ασθενής-ενάγων ο οποίος αξιώνει αποζημίωση θα πρέπει να αποδείξει την ζημία, τον νόμιμο λόγο

⁴⁶³ Βλ. Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 267.

⁴⁶⁴ Βλ. Καραγιάννη, ό.π. (υποσ. 44), σελ. 861.

⁴⁶⁵ Βλ. Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 33), 347.

⁴⁶⁶ Βλ. Νικολόπουλο, Δίκαιο αποδείξεως, 2011, σ. 5-6. Πρβλ. και Νίκα, Εγχειρίδιο πολιτικής δικονομίας, 2022, σ. 571, ο οποίος επισημαίνει ότι με την δικονομική απόδειξη «επιδιώκεται να δημιουργηθεί στον δικαστή η αναγκαία δικανική γνώση ως προς την αλήθεια ή αναλήθεια των κρίσιμων για την ένδικη απόφαση πραγματικών περιστατικών». Έτσι και Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 101), σελ. 195.

⁴⁶⁷ Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 101), σελ. 195. Βλ. και Νίκα, ό.π. (υποσ. 466), σ. 591, 600· Ζουμπούλη, ό.π. (υποσ. 4), 1518.

ευθύνης (π.χ. το ιατρικό σφάλμα), καθώς και τον αιτιώδη σύνδεσμο μεταξύ τους⁴⁶⁸. Σύμφωνα δε με την ΚΠολΔ 340, ο δικαστής εκτιμά ελεύθερα τα αποδεικτικά στοιχεία αποφασίζοντας κατά συνείδηση εάν οι ισχυρισμοί αληθεύουν⁴⁶⁹.

Για την απόδειξη ενός πραγματικού ισχυρισμού, όπως είναι ο ισχυρισμός για την ύπαρξη αιτιώδους συνδέσμου, απαιτείται ο σχηματισμός πλήρους δικανικής πεποιθήσεως⁴⁷⁰. Γίνεται δε γενικά δεκτό ότι πλήρης δικανική πεποίθηση έχει σχηματιστεί όταν ο δικαστής έχει διαμορφώσει υψηλό βαθμό αληθοφάνειας, όταν δηλαδή κανένας λογικός και πεπειραμένος άνθρωπος δεν αμφιβάλλει πια σοβαρά για το αποδεικτέο θέμα⁴⁷¹. Επισημαίνεται ότι σε κάθε περίπτωση κρίσιμη αποβαίνει η υποκειμενική πεποίθηση του συγκεκριμένου δικαστή, η αντικειμενικοποίηση της οποίας επέρχεται λόγω του ότι ο δικαστής οφείλει να αιτιολογεί την απόφασή του⁴⁷². Εάν ο διάδικος που φέρει το αντικειμενικό βάρος απόδειξης⁴⁷³ δεν μπορέσει να διαμορφώσει στον δικαστή πλήρη δικανική πεποίθηση για ορισμένο γεγονός, το τελευταίο κρίνεται ως μη αποδεικτέο και συνεπώς ο ισχυρισμός του διαδίκου πρέπει να απορριφθεί⁴⁷⁴.

Ειδικότερα ως προς τον αιτιώδη σύνδεσμο, η απόδειξη στην οποία οφείλει να προβεί ο ενάγων-ασθενής αναφέρεται τόσο στην αναγκαιότητα της συμπεριφοράς του ιατρού να προκαλέσει την ζημία όσο και στην προσφορότητά της να οδηγήσει στο συγκεκριμένο επιζήμιο αποτέλεσμα⁴⁷⁵. Ιδιαίτερα δε αποδεικτικά προβλήματα, όπως έχει καταστεί σαφές από την μέχρι τώρα ανάλυση, τίθενται κυρίως στο πλαίσιο της φυσικής αιτιότητας⁴⁷⁶. Χαρακτηριστικά για το ιατρικό σφάλμα επισημαίνεται⁴⁷⁷ πως «αφενός είναι γνωστό ότι ένα ιατρικό σφάλμα μπορεί να επιφέρει βλάβη στην υγεία του ασθενούς, αφετέρου είναι εξίσου γνωστό ότι η υγεία ενός προσώπου είναι δυνατόν να χειροτερεύσει από ενδογενείς παράγοντες, ανεξάρτητους από οποιαδήποτε ιατρική πράξη». Στο πλαίσιο δε αυτό, ο σχηματισμός πλήρους δικανικής πεποιθήσεως ως προς την αιτιώδη πορεία των γεγονότων καθίσταται εκ των πραγμάτων συχνά αδύνατος⁴⁷⁸.

Έτσι λοιπόν, το πρόβλημα ως προς την απόδειξη της αιτιώδους συνάφειας ειδικά στο πεδίο της αστικής ιατρικής ευθύνης λόγω του υψηλού αποδεικτικού μέτρου που υιοθετείται στο

⁴⁶⁸ Βλ. Ζουμπούλη, ό.π. (υποσ. 4), 1518-1519· Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 101), σελ. 195. Ειδικά όμως για το άρθρο 8 παρ. 3 Ν 2251/1994, βλ. κατωτέρω, σ. 74-75.

⁴⁶⁹ Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 101), σελ. 195. Βλ. αναλυτικά για την αρχή της ελεύθερης εκτίμησης των αποδείξεων, μεταξύ άλλων σε Νίκα, ό.π. (υποσ. 466), σ. 584-587.

⁴⁷⁰ Βλ. Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 18· Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 101), σελ. 195.

⁴⁷¹ Βλ. Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 101), σελ. 195· Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 18, ο οποίος μάλιστα θέτει τον σχετικό «πήχη» σε άνω του 80% πιθανότητα· Γέσιου-Φαλτσή, Δίκαιον αποδείξεως, 1986, σ. 72· ΑΠ 512/2015 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 612/1990 ΕλλΔνη 1991, 773. Βλ. και Νίκα, ό.π. (υποσ. 466), σ. 573, ο οποίος προσφυώς αναφέρει: «Πλήρης δικανική πεποίθηση δεν σημαίνει ασφαλώς απόλυτη και με μαθηματική ακρίβεια βεβαιότητα». Πρβλ. όμως Κουσουλή, ό.π. (υποσ. 366), 598 επ., που υποστηρίζει πως αρκεί η μεγάλη πιθανότητα (άνω του 76%), άποψη που ορθά όμως η Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 101), σελ. 195, υποσ. 15 θεωρεί πως δεν μπορεί να αναχθεί σε κανόνα.

⁴⁷² Βλ. Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 101), σελ. 195, με περαιτέρω παραπομπές.

⁴⁷³ Για το ότι ο κανόνας της ΚΠολΔ 338 παρ. 1 καθιερώνει πέρα από το υποκειμενικό και το αντικειμενικό βάρος αποδείξεως, δηλαδή τον κίνδυνο που φέρει ο διάδικος από την μη απόδειξη των πραγματικών γεγονότων που θεμελιώνουν την αίτηση ή ανταίτησή του, βλ. Νικολόπουλο, ό.π. (υποσ. 466), σ. 100.

⁴⁷⁴ Βλ. Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 101), σελ. 195-196.

⁴⁷⁵ Βλ. Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 43), σ. 122.

⁴⁷⁶ Βλ. Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 43), σ. 122-123.

⁴⁷⁷ Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 101), σελ. 196.

⁴⁷⁸ Βλ. Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 101), σελ. 196. Βλ. και Ζουμπούλη, ό.π. (υποσ. 4), 1519-1520, ο οποίος εύλογα αποδίδει τις ιδιαίτερες αποδεικτικές δυσχέρειες και στην άγνοια των πραγματικών περιστατικών που έχει ο ασθενής λόγω της θέσης του και της έλλειψης από αυτόν ειδικών γνώσεων, στις ιδιαίτερες γνώσεις των ιατρών και στα συναδελφικά αισθήματα που στρέφουν την χρησιμοποίηση των αποδεικτικών μέσων προς όφελος του ιατρού.

ελληνικό δίκαιο έχει ως αποτέλεσμα η κατανομή του βάρους απόδειξης να αποβαίνει καθοριστική για το αποτέλεσμα του δικαστικού αγώνα ή και να το προδικάζει⁴⁷⁹. Με βάση την εφαρμογή «όλα ή τίποτε» σε ιατρικό περιστατικό όπου έχουμε ιατρικό σφάλμα και επελθούσα ζημία αλλά που δεν μπορεί ο ασθενής -που φέρει το σχετικό βάρος αποδείξεως- να αποδείξει τον αιτιώδη σύνδεσμο μεταξύ τους, λόγω της αβεβαιότητας που ενυπάρχει στο εν λόγω περιστατικό, δεν θα υποχρεωθεί ο ιατρός να καταβάλει αποζημίωση⁴⁸⁰. Θα ανέμενε κανείς σε περιπτώσεις αβέβαιης αιτιότητας να υπάρχει πλήθος δικαστικών αποφάσεων που να έχει εκδοθεί κατ' εφαρμογήν του αντικειμενικού βάρους απόδειξης με συνεπαγόμενη την απόρριψη της αγωγής του ζημιωθέντος ασθενούς⁴⁸¹.

Ωστόσο, κατά κανόνα στην νομολογία αποφεύγεται η έκδοση αποφάσεως βάσει του αντικειμενικού βάρους αποδείξεως, διότι κρίνεται ως ανεπιεικής η απόρριψη του αιτήματος του ενάγοντος στην περίπτωση όπου ο δικαστής, παρόλο που δεν έχει πεισθεί για τους ισχυρισμούς του, ωστόσο τείνει προς την κατεύθυνση αυτήν⁴⁸². Παρατηρείται στην ελληνική νομολογία δηλαδή η τάση ο δικαστής, στο πλαίσιο της ελεύθερης εκτίμησης των αποδείξεων, να δηλώνει ότι σχημάτισε πλήρη δικανική πεποίθηση κρίνοντας ότι έχει αποδειχθεί ο αιτιώδης σύνδεσμος, παρόλο που από το ιστορικό της υπόθεσης δεν δικαιολογείται η βεβαιότητά του⁴⁸³. Ο δικαστής εμφορούμενος από ένα αίσθημα επιείκειας και εύνοιας προς τον ασθενέστερο, φαίνεται να μειώνει τις απαιτήσεις του αποδεικτικού μέτρου, αρκούμενος για τον σχηματισμό της δικανικής του πεποίθησης σε πιο χαμηλό βαθμό γνώσης από τον γενικά απαιτούμενο, προκειμένου να οδηγηθεί στην επιδίκαση αποζημίωσης στον ενάγοντα⁴⁸⁴. Οι δικαστές προσπαθούν με αυτόν τον τρόπο να αποφύγουν την άκαμπτη εφαρμογή της αρχής «όλα ή τίποτε» αρκούμενοι σε ένα χαμηλότερο μέτρο απόδειξης⁴⁸⁵. Στο μέτρο δε που η μείωση αυτή του αποδεικτικού μέτρου δεν μπορεί να θεμελιωθεί σε συγκεκριμένη διάταξη του θετικού δικαίου, υποστηρίζεται⁴⁸⁶ πως μια τέτοια

⁴⁷⁹ Βλ. *Ζερβογιάννη*, ό.π. (υποσ. 43), σ. 126.

⁴⁸⁰ Βλ. και *Ζερβογιάννη*, ό.π. (υποσ. 33), 347-348, η οποία μάλιστα αναφέρει ότι εάν γίνει δεκτός ο προληπτικός σκοπός της αποζημίωσης, η μη καταβολή αποζημίωσης από τους ιατρούς ανατόφευκτα θα οδηγήσει σε μείωση του μέτρου επιμέλειας κατά την άσκηση του επαγγέλματός τους.

⁴⁸¹ Βλ. *Ζερβογιάννη*, ό.π. (υποσ. 101), σελ. 196· *Την ίδια*, ό.π. (υποσ. 43), σ. 126. Βλ. και *Κιτσαρά*, ό.π. (υποσ. 84), σελ. 986, ο οποίος επισημαίνει πως: «Στην περίπτωση εξάλλου του non-liquid επιρρίπτεται στον διάδικο που φέρει το βάρος αποδείξεως ο κίνδυνος της αποδείξεως και, κατ' αποτέλεσμα, ο κίνδυνος της ζημίας».

⁴⁸² Βλ. *Ζερβογιάννη*, ό.π. (υποσ. 43), σ. 146-147, με περαιτέρω παραπομπές. Βλ. και *Κιτσαρά*, ό.π. (υποσ. 84), σελ. 987, ο οποίος αναφέρεται σε απροθυμία των δικαστών να λύσουν την διαφορά επί τη βάσει του αντικειμενικού βάρους αποδείξεως.

⁴⁸³ Βλ. *Ζερβογιάννη*, ό.π. (υποσ. 43), σ. 147, με περαιτέρω παραπομπές στην υποσ. 580· *Κιτσαρά*, ό.π. (υποσ. 84), σελ. 987.

⁴⁸⁴ Βλ. *Ζερβογιάννη*, ό.π. (υποσ. 43), σ. 147-148, η οποία εύστοχα επισημαίνει πως εν προκειμένω «η νομολογία φαίνεται να εμφορείται από τα ιδανικά της διανεμητικής δικαιοσύνης»: *Κιτσαρά*, ό.π. (υποσ. 84), σελ. 987-988, ο οποίος ορθά διακρίνει τις περιπτώσεις αυτές από τις περιπτώσεις που νομοθετικά μπορεί το αποδεικτικό μέτρο να είναι ήδη χαμηλό ή και ελαστικό, με κλασικό παράδειγμα την περίπτωση των διαφυγόντων κερδών (ΑΚ 298 εδ. β'). Έτσι και η *Ζερβογιάννη*, ό.π. (υποσ. 43), σ. 148, όπου και υποσ. 585, η οποία όμως ορθά επισημαίνει -με παραπομπή στον *Ρούσσο*, Αιτιώδης συνάφεια και θεμελίωση ευθύνης κατ' ΑΚ 914, 71 ή κατ' ΑΚ 914, 922 (γνμδ.), ΕλλΔνη 1994, 1493- ότι στην ΑΚ 298 εδ. β' «το μειωμένο μέτρο απόδειξης δεν αναφέρεται στο ότι η πράξη του ζημιωσαντος αποτελεί αναγκαίο όρο της ζημίας, αλλά στον χαρακτηρισμό του όρου αυτού ως πρόσφορου για την πρόκλησή της».

⁴⁸⁵ *Μάνθος*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 19, ο οποίος κάνει λόγο για «-έστω κατ' ελάχιστον- μειζονα ή υπέρτερη αληθοφάνεια». Κατά την κρατούσα άποψη (βλ. ενδεικτικά *Νικολόπουλο*, ό.π. (υποσ. 466), σ. 94· *Καργάδο*, Σκέψεις επί των κριτηρίων αποδείξεως της αιτιώδους συναφείας, ΝοΒ 1988, 1559) δεν χωρεί αναίρεση κατά την ΚΠολΔ 559 αρ. 19 όταν η ανεπάρκεια των αιτιολογιών αφορά στην εκτίμηση των αποδεικτικών μέσων. Άρα, ο λόγος αυτός αναίρεσης δεν καλύπτει τις υπό εξέταση περιπτώσεις δικαστικών αποφάσεων με μειωμένο μέτρο αποδείξεως (βλ. *Ζερβογιάννη*, ό.π. (υποσ. 43), σ. 200). Για την πρόταση δυνατότητας αναιρετικού ελέγχου της εν λόγω πρακτικής μέσω διασταλτικής ερμηνείας της ΚΠολΔ 559 αρ. 13, βλ. *Μπέη*, Σκέψεις για το πρόβλημα του αντικειμενικού βάρους της απόδειξης, σε συνδυασμό με το πρόβλημα του μέτρου απόδειξης, Δ 1989, 745. Σύμφωνα η *Ζερβογιάννη*, ό.π. (υποσ. 43), σ. 200-201. Γενικότερα για τον αναιρετικό έλεγχο της κρίσης περί ύπαρξης ή μη αιτιώδους συνδέσμου, βλ. *Ζερβογιάννη*, ό.π. (υποσ. 43), σ. 199 επ.

⁴⁸⁶ *Ζερβογιάννη*, ό.π. (υποσ. 43), σ. 148-149. Βλ. και *την ίδια*, ό.π. (υποσ. 101), σελ. 199.

νομολογιακή πρακτική συνιστά διαπλαστική ερμηνεία του δικαίου, η οποία παρουσιάζεται μάλιστα προβληματική λόγω του ότι ο δικαστής κατά κανόνα δεν αιτιολογεί την συγκεκριμένη υιοθετηθείσα απ' αυτόν προσέγγιση αλλά χωρίς περαιτέρω διευκρινίσεις απλώς ισχυρίζεται ότι έχει σχηματίσει πλήρη δικανική πεποίθηση. Μειώνεται έτσι το αποδεικτικό μέτρο υπό το ένδυμα της ελεύθερης εκτιμήσεως των αποδείξεων και συνεπώς η νομική θεμελίωση των αποφάσεων φαίνεται ανεπαρκής και η ασφάλεια δικαίου διακυβεύεται.

Προκειμένου να αντιμετωπισθούν οι αποδεικτικές δυσχέρειες του ενάγοντος η γερμανική ιδίως νομολογία έχει καταφύγει στην αντιστροφή του βάρους απόδειξης, η οποία συνιστά έκφανση της θεωρίας των σφαιρών επιρροής (αναπτυχθείσας στην Γερμανία) και κατά την οποία κάθε διάδικος οφείλει να φέρει το βάρος αποδείξεως των γεγονότων εκείνων ως προς τα οποία έχει μεγαλύτερη εγγύτητα⁴⁸⁷. Σύμφωνα με την θεωρία αυτή (που ονομάζεται και θεωρία περιοχών κινδύνου), η κατανομή του βάρους αποδείξεως στηρίζεται στο σκεπτικό ότι αυτός που βρίσκεται εγγύτερα στα γεγονότα που πρέπει να αποδειχθούν, εμπίπτουν αυτά δηλαδή ή βρίσκονται εγγύτερα στην σφαίρα επιρροής του, θα πρέπει να φέρει και τις συνέπειες της μη αποδείξεώς τους⁴⁸⁸. Με δεδομένο όμως τον ρητό κανόνα της ΚΠολΔ 338 παρ. 1, δύσκολα μπορεί να μεταφερθεί η ως άνω αποδεικτική διευκόλυνση της αντιστροφής του βάρους απόδειξης στο ελληνικό δίκαιο⁴⁸⁹.

Βέβαια, στο ελληνικό δίκαιο πλέον, το άρθρο 8 Ν 2251/1994 φαίνεται να επιλύει το πρόβλημα των αποδεικτικών δυσχερειών του ασθενούς, καθώς από τον συνδυασμό της παρ. 1 και της παρ. 3 προκύπτει ότι ο ενάγων ασθενής φέρει το βάρος να αποδείξει την παροχή υπηρεσίας, την ζημία και τον αιτιώδη σύνδεσμο μεταξύ της παροχής υπηρεσίας και της ζημίας⁴⁹⁰. Στην ουσία το άρθρο 8 καθιερώνει σε σχέση με τον αιτιώδη σύνδεσμο το τεκμήριο ότι όταν μια υπηρεσία προκαλεί ζημία, αυτή οφείλεται αιτιωδώς σε παράνομη και υπαίτια συμπεριφορά του παρόχου υπηρεσίας - αν λ.χ. μια ιατρική πράξη προξενήσει ζημία στον ασθενή, τεκμαίρεται ότι αυτή η ζημία προκλήθηκε από ιατρικό σφάλμα που και αυτό με βάση το άρθρο 8 τεκμαίρεται⁴⁹¹. Αμφισβητούμενο είναι το πολύ κρίσιμο ζήτημα αν η προβλεπόμενη αποδεικτική διευκόλυνση λειτουργεί και ως τεκμήριο φυσικής αιτιότητας⁴⁹². Το ζήτημα δεν έχει απασχολήσει ακόμη την νομολογία⁴⁹³.

⁴⁸⁷ Βλ. Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 101), σελ. 201-202. Για τις αποδεικτικές διευκολύνσεις που ισχύουν στην γερμανική έννομη τάξη, βλ. ανωτέρω, Κεφ. Α. υπό II. Στο παρόν σημείο της ανάλυσης θα εξετασθεί η δυνατότητα μεταφοράς τους στο ελληνικό δίκαιο.

⁴⁸⁸ Βλ. Ζουμπούλη, ό.π. (υποσ. 4), 1522· Νικολόπουλο, ό.π. (υποσ. 466), σ. 109-111· Νίκα, ό.π. (υποσ. 466), σ. 594.

⁴⁸⁹ Βλ. Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 17), 1233· Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 101), σελ. 202· Νικολόπουλο, ό.π. (υποσ. 466), σ. 111· Νίκα, ό.π. (υποσ. 466), σ. 594, ο οποίος αναφέρει: «Όπου ο νομοθέτης ήθελε την κατανομή του βάρους αποδείξεως σύμφωνα με τις σφαίρες επιρροής το όρισε ρητά, π.χ. ΑΚ 925».

⁴⁹⁰ Βλ. Ζουμπούλη, ό.π. (υποσ. 4), 1524. Σημειώνεται ότι το άρθρο 8 Ν 2251/1994 περικλείει στο πεδίο εφαρμογής του και τις ιατρικές υπηρεσίες, καθώς ο ιατρός παρέχει με τρόπο ανεξάρτητο την ιατρική υπηρεσία στα πλαίσια ασκήσεως της επαγγελματικής του δραστηριότητας - άρθρ. 8 παρ. 1 εδ. β' Ν 2251/1994 (βλ. Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 2), σ. 285). Για μία αναλυτική παρουσίαση αλλά και κριτική του συγκεκριμένου άρθρου ειδικά στα πλαίσια της ιατρικής ευθύνης, βλ. Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 2), σ. 83 επ., 284 επ.

⁴⁹¹ Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 2), σ. 291.

⁴⁹² Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 43), σ. 135.

⁴⁹³ Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 43), σ. 135· Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 2), σ. 292, η οποία επισημαίνει ότι οι δικαστικές αποφάσεις που εφαρμόζουν το άρθρο 8 δεν κάνουν αναφορά ειδικά στο θέμα του αιτιώδους συνδέσμου, παρά μόνο στα γενικά κριτήρια για την προσφορότητα της ιατρικής πράξης να προκαλέσει την επελθούσα ζημία, κάτι που συνήθως δεν θέτει ιδιαίτερα προβλήματα.

Δύο αντίθετες εκδοχές εν προκειμένω προκύπτουν⁴⁹⁴: Σύμφωνα με την πρώτη, ο ζημιωθείς αρκεί να αποδείξει ότι η παροχή της υπηρεσίας είχε γενικά την τάση (ήταν από την φύση της πρόσφορη) να προκαλέσει την ζημία και πράγματι την προκάλεσε με την έννοια ότι επί παραλείψεως της υπηρεσίας, η ζημία δεν θα είχε επέλθει. Φαίνεται με αυτήν την εκδοχή να προκρίνεται κατ' αποτέλεσμα η αντιστροφή του βάρους απόδειξης του αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ του νόμιμου λόγου ευθύνης του ιατρού και της ζημίας. Μάλλον ορθότερη όμως φαίνεται να είναι η δεύτερη εκδοχή, σύμφωνα με την οποία ο ενάγων ασθενής εξακολουθεί να φέρει το βάρος απόδειξης της φυσικής αιτιότητας, δηλαδή οφείλει να αποκλείσει κάθε άλλο «εξωτερικό» αίτιο της ζημίας -πλην της παροχής της υπηρεσίας- που θα μπορούσε να έχει προκαλέσει την ζημία⁴⁹⁵.

Σε κάθε περίπτωση, η λύση της αντιστροφής του βάρους απόδειξης παρουσιάζει την εξής βασική αδυναμία: ειδικώς στις περιπτώσεις της αβέβαιης αιτιότητας, τόσο ο ενάγων όσο και ο εναγόμενος βρίσκονται σε εξίσου δύσκολη θέση σε σχέση με την απόδειξη της αιτιώδους συνάφειας⁴⁹⁶. Δηλαδή εν προκειμένω, επί αντιστροφής του βάρους απόδειξης εκ των πραγμάτων ούτε ο ιατρός θα είναι σε θέση να αποδείξει τον αιτιώδη σύνδεσμο μεταξύ του νόμιμου λόγου ευθύνης και της ζημίας. Συνεπώς, με την αντιστροφή του βάρους απόδειξης, το πρόβλημα της απόδειξης του αιτιώδους συνδέσμου δεν λύνεται αλλά απλώς μετατίθεται από τον ενάγοντα στον εναγόμενο⁴⁹⁷. Ορθά επιπλέον επισημαίνεται⁴⁹⁸ ότι στην πραγματικότητα με τον τρόπο αυτό θεμελιώνεται δίχως νομοθετικό έρεισμα ευθύνη από διακινδύνευση. Ο κίνδυνος που ελλοχεύει είναι ορατός: η υπερβολική αύξηση του μέτρου επιμέλειας των ιατρών και το συναφές φαινόμενο της «αμυντικής ιατρικής», δηλαδή ιατρικής που ασκείται με σκοπό την αποφυγή ή την ελαχιστοποίηση της ευθύνης του ιατρού και όχι με γνώμονα το συμφέρον του ασθενούς, γεγονός που μεταφράζεται σε μετακύλιση του κόστους παροχής ιατρικών υπηρεσιών στον ασθενή είτε άμεσα με την αύξηση της αμοιβής των ιατρών είτε έμμεσα με την αύξηση των ασφαλιστικών εισφορών⁴⁹⁹.

Τέλος, όσον αφορά την εκ πρώτης όψεως απόδειξη, συχνά αυτή προκρίνεται λόγω των ανεπιεικών αποτελεσμάτων στα οποία μπορεί να οδηγήσει η αντιστροφή του βάρους απόδειξης⁵⁰⁰. Υποστηρίζεται⁵⁰¹ πως η εκ πρώτης όψεως απόδειξη εντάσσεται στην έμμεση απόδειξη, άρα δεν τίθεται ζήτημα μη εφαρμογής της⁵⁰². Στο πλαίσιο αυτής, με βάση τα διδάγματα της κοινής πείρας από αποδειχθέντα περιστατικά συνάγονται συμπεράσματα σχετικά με άλλα αποδεικτέα γεγονότα⁵⁰³. Ειδικότερα σε σχέση με την αιτιώδη συνάφεια, εφόσον η συμπεριφορά του

⁴⁹⁴ Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 43), σ. 135· Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 2), σ. 292.

⁴⁹⁵ Έτσι και Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 43), σ. 135. Βλ. και Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 2), σ. 292, η οποία επισημαίνει πως σε ορισμένες περιπτώσεις η απόδειξη του αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ της παροχής υπηρεσίας και της ζημίας παρίσταται δύσκολη χωρίς την επίκληση και απόδειξη ιατρικού σφάλματος, πράγμα που μάλλον ανατρέπει την λογική του άρθρου 8.

⁴⁹⁶ Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 43), σ. 143, με σχετική παραπομπή στην υποσ. 563 στον Καρασή, ό.π. (υποσ. 311), σ. 350-351.

⁴⁹⁷ Βλ. Παπαδημητρίου, ό.π. (υποσ. 48), 129, όπου και σχετικό παράδειγμα από τον χώρο της ιατρικής ευθύνης· Καραγιάννη, ό.π. (υποσ. 44), σελ. 860· Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 33), 348.

⁴⁹⁸ Βλ. Καραγιάννη, ό.π. (υποσ. 44), σελ. 860-861· Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 33), 348-349.

⁴⁹⁹ Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 33), 348-349. Αναλυτικότερα για το φαινόμενο της «αμυντικής ιατρικής», βλ. Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 2), σ. 21 επ.

⁵⁰⁰ Βλ. Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 43), σ. 144, με περαιτέρω παραπομπές.

⁵⁰¹ Νικολόπουλος, ό.π. (υποσ. 466), σ. 150. Η ΚΠολΔ 336 παρ. 3 αναφέρεται στην έμμεση απόδειξη και η ΚΠολΔ 336 παρ. 4 αφορά στην αυτεπάγγελτη λήψη υπόψη από το δικαστήριο των διδαγμάτων της κοινής πείρας.

⁵⁰² Για την διάκριση άμεσης και έμμεσης απόδειξης, βλ. μεταξύ άλλων Νίκα, ό.π. (υποσ. 466), σ. 575-577.

⁵⁰³ Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 43), σ. 144.

εναγόμενου ιατρού κριθεί ότι σύμφωνα με τα διδάγματα της κοινής πείρας οδηγεί κατά κανόνα σε συγκεκριμένο αποτέλεσμα, ο αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ αυτής και της ζημίας θεωρείται καταρχήν αποδεδειγμένος, εκτός εάν ο εναγόμενος ιατρός επικαλεστεί στοιχεία ικανά να δημιουργήσουν σοβαρές αμφιβολίες σε σχέση με την εξέλιξη των πραγμάτων στην συγκεκριμένη εξεταζόμενη περίπτωση, οπότε και εναπόκειται στον ενάγοντα ασθενή να προβεί σε πλήρη απόδειξη του αιτιώδους συνδέσμου⁵⁰⁴. Πρόκειται αναντίρρητα για αποδεικτική διευκόλυνση του ασθενούς⁵⁰⁵. Ωστόσο, σύμφωνα με άλλη άποψη⁵⁰⁶, η εκ πρώτης όψεως απόδειξη αντιδιαστέλλεται από την έμμεση απόδειξη, δεν μπορεί δε η πρώτη προς το παρόν να μεταφερθεί στο ελληνικό δίκαιο δεδομένης της μη αποδοχής και θεωρητικής επεξεργασίας της διάκρισης των διδαγμάτων της κοινής πείρας σε απλά και θεμελιώδη, που κατά την κρατούσα στην Γερμανία γνώμη απετέλεσε το κριτήριο για την αναγωγή της *prima facie* απόδειξης σε ιδιαίτερο είδος απόδειξης.

Πάντως ακόμη και αν γίνει δεκτή η άποψη που αποδέχεται την εφαρμογή της *prima facie* απόδειξης στο ελληνικό δίκαιο, δεν κρίνεται η αποδοχή αυτή ως ενδεδειγμένη λύση στο πρόβλημα της αιτιακής απροσδιοριστίας. Σε περιπτώσεις αβέβαιης αιτιότητας συχνά περισσότερα διδάγματα της κοινής πείρας διεκδικούν εφαρμογή και άρα επίκληση της εκ πρώτης όψεως απόδειξης πρακτικά δεν χωρεί⁵⁰⁷. Αλλά το κρισιμότερο είναι ότι τόσο αυτή όσο και η λύση της αντιστροφής του βάρους απόδειξης, προσφέροντας αποδεικτικές διευκολύνσεις, αποπροσανατολίζουν δεδομένου ότι κρίσιμο δεν είναι το αν θα αποδειχθεί ή πώς θα σχηματισθεί πλήρης δικανική πεποίθηση ως προς το αν θα επερχόταν ή όχι η ζημία σε περίπτωση νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς του ιατρού⁵⁰⁸. Αντιθέτως δεδομένο είναι ότι υπάρχει αδυναμία προσδιορισμού του τι θα συνέβαινε εάν ο ιατρός είχε συμπεριφερθεί νομίμως και κρίσιμο είναι το πώς αξιολογούνται στο ισχύον δίκαιο οι εν λόγω περιπτώσεις⁵⁰⁹. Άλλωστε, κατά την παραδοσιακή και κρατούσα εκδοχή η πολιτική δικονομία προστατεύει και πραγματώνει τα ουσιαστικά δικαιώματα⁵¹⁰. Το δικονομικό δίκαιο τελεί σε εξάρτηση με το ουσιαστικό δίκαιο αλλά σε ένα λογικό επίπεδο δεν μπορεί το πρώτο να δώσει δογματικά συνεπείς λύσεις σε ουσιαστικά ζητήματα.

β. Πραγματιστική εξήγηση της αιτιότητας

Πρόκειται στην πραγματικότητα για μία προσέγγιση γενικότερα του φαινομένου της αιτιότητας που παράλληλα προτείνεται ως λύση σε περιστατικά αβέβαιης αιτιότητας⁵¹¹. Η πραγματιστική εξήγηση της αιτιότητας αντιπαραβάλλεται προς την φυσική-νομοτελειακή εξήγηση αυτής, ερείδεται δε στο φιλοσοφικό κίνημα του Πραγματισμού⁵¹².

⁵⁰⁴ Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 43), σ. 145, με περαιτέρω παραπομπές.

⁵⁰⁵ Κιτσαράς, ό.π. (υποσ. 84), σελ. 1002.

⁵⁰⁶ Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 17), 1233-1234, η οποία πάντως φαίνεται να επιδοκιμάζει τα θετικά αποτελέσματα που θα μπορούσε να έχει η *prima facie* απόδειξη.

⁵⁰⁷ Βλ. Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 43), σ. 124, 146· Κιτσαρά, ό.π. (υποσ. 84), σελ. 1002.

⁵⁰⁸ Βλ. Καραγιάννη, ό.π. (υποσ. 44), σελ. 860. Σύμφωνα και ο Μάνθος, ό.π. (υποσ. 36), σ. 211. Βλ. και Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 33), 349.

⁵⁰⁹ Καραγιάννης, ό.π. (υποσ. 44), σελ. 860. Έτσι και Σπερδόκλη, ό.π. (υποσ. 167), σ. 127. Βλ. και Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 17), 1234, η οποία επισημαίνει ορθά ότι η σκέψη πως ο αιτιώδης σύνδεσμος δεν ανάγεται αποκλειστικά στο πρόβλημα αποδείξεως ορισμένων πραγματικών περιστατικών θα μπορούσε να θεωρηθεί η αφετηριακή βάση της λύσης της απώλειας ευκαιρίας.

⁵¹⁰ Βλ. Νίκα, ό.π. (υποσ. 466), σ. 5-6.

⁵¹¹ Βλ. Σπερδόκλη, ό.π. (υποσ. 167), σ. 127.

⁵¹² Σπερδόκλη, ό.π. (υποσ. 167), σ. 127. Αναλυτικότερα για τον Πραγματισμό σε μετάφραση στην ελληνική (Σταματέλος), βλ. James, Πραγματισμός, 2006.

Η σχηματική και αφηρημένη παρουσίαση ενός νομοτελειακού φυσικού νόμου θα μπορούσε να είναι η εξής: Αν συμβαίνει το A, τότε πάντα ακολουθεί το B ως αναγκαίο και αναπόδραστο αποτέλεσμα⁵¹³. Βέβαια, επισημαίνεται ότι οι φυσικοί νόμοι -ακόμη και οι πιο απλοί- είναι ακριβέστερα πολυαιτιακοί, ήτοι λαμβάνουν την μορφή: Αν A υπό συνθήκες (A1, A2, A3...An), τότε B⁵¹⁴. Επισημαίνεται περαιτέρω ότι «η επίκληση της φυσικής αιτιότητας με την έννοια της φυσιοκρατικής-νομοτελειακής εξήγησης στηρίζεται κατά βάθος σε μια εξωπραγματική μηχανιστική-νομοτελειακή αντίληψη του κόσμου που δεν προσιδιάζει στην ρεαλιστική εξήγηση πολύπλοκων συμβάντων δρώντων προσώπων»⁵¹⁵. Κατά το δεύτερο μισό του 19ου αιώνα κλονίζεται το ντετερμινιστικό μοντέλο ερμηνείας του φυσικού κόσμου και την έως τότε παντοκρατορία της Νευτώνειας Μηχανικής που έχει ως επιστημολογικό υπόβαθρο την βεβαιότητα σύνδεσης αιτίου αιτιατού διαδέχεται μία θεώρηση επιστημονική και φιλοσοφική που αφήνει χώρο για το πιθανό και το τυχαίο και την αρχή της αβεβαιότητας ή απροσδιοριστίας, θεμελιώδες αξίωμα της Κβαντικής Μηχανικής που διετύπωσε το 1927 ο W. Heisenberg⁵¹⁶.

Λαμβάνοντας υπόψη τα παραπάνω, εύλογη κρίνεται η απομάκρυνση της νομικής επιστήμης από την αξίωση για σχηματισμό της δικανικής κρίσης που να διακρίνεται από απόλυτη βεβαιότητα ως προς την αιτιώδη διαδρομή που οδήγησε στην ζημία⁵¹⁷. Έτσι, επισημαίνεται ότι «η ίδια η αιτιότητα, ακόμη και σε αυτό το πρώτο επίπεδο της *condicio sine qua non*, έχει περιεχόμενο δυναμικό-μεταβλητό, που ενσωματώνει εξ ορισμού την απροσδιοριστία και το τυχαίο»⁵¹⁸. Η μορφή του νόμου της αιτιότητας στις υπό εξέταση περιπτώσεις της αιτιακής απροσδιοριστίας, και δη στον τομέα της ιατρικής ευθύνης, λαμβάνει την μορφή: «Αν A, τότε πιθανώς B»⁵¹⁹. Η εξέλιξη των πραγμάτων με βάση τους νόμους της φυσικής, της βιολογίας όσον αφορά τον ανθρώπινο οργανισμό, της οικονομίας σε σχέση με τα οικονομικά φαινόμενα, ή και της κοινωνιολογίας της συμπεριφοράς, προσεγγίζεται σε πολλές περιπτώσεις μόνο στατιστικά από την ίδια την φύση του πράγματος, και έτσι η αιτιότητα εξηγείται και γίνεται αντιληπτή ως στατιστική κανονικότητα⁵²⁰. Όμως η πραγματιστική εξήγηση της αιτιότητας δεν ταυτίζεται με την λεγόμενη στατιστική αιτιότητα, δηλαδή ο δικαστής δεν επιτρέπεται να θεωρήσει ότι στην συγκεκριμένη περίπτωση συντρέχει ο απαραίτητος αιτιώδης σύνδεσμος, διότι η σχετική αιτία εμφανίζεται απλώς ως η στατιστικώς πιθανότερη⁵²¹. Το κριτήριο της πραγματιστικής προσέγγισης φαίνεται να είναι ποιοτικό και όχι (μόνον) ποσοτικό. Μία παρατήρηση πρακτικής φύσεως όμως θα μπορούσε να είναι πως τα όρια μεταξύ πραγματιστικής εξήγησης αιτιότητας και στατιστικής αιτιότητας είναι δυσδιάκριτα, δεδομένου του κοινού στοιχείου της αβεβαιότητας που ενυπάρχει και στις δύο αυτές προσεγγίσεις.

Εξάλλου, ο νομοθέτης μέσω της αρχής της ελεύθερης εκτιμήσεως των αποδείξεων έχει εγκαταλείψει την νομοτελειακή-μηχανιστική προσέγγιση, διότι η τελευταία αυτή θεμελιώδης

⁵¹³ Βλ. *Λύτρα*, ό.π. (υποσ. 166), σ. 360, με περαιτέρω παραπομπές.

⁵¹⁴ Βλ. *Λύτρα*, ό.π. (υποσ. 166), σ. 360, με περαιτέρω παραπομπές.

⁵¹⁵ *Λύτρας*, ό.π. (υποσ. 166), σ. 361.

⁵¹⁶ Βλ. *Σπερδόκλη*, ό.π. (υποσ. 166), σ. 141-142, με περαιτέρω παραπομπές· *Καραγιάννη*, ό.π. (υποσ. 44), σελ. 850, με περαιτέρω παραπομπές.

⁵¹⁷ *Σπερδόκλη*, ό.π. (υποσ. 167), σ. 142.

⁵¹⁸ *Σπερδόκλη*, ό.π. (υποσ. 167), σ. 146.

⁵¹⁹ *Καραγιάννης*, ό.π. (υποσ. 44), σελ. 859. Βλ. και *Λύτρα*, ό.π. (υποσ. 166), σ. 362, ο οποίος μάλιστα ιδιαίτερα τονίζει την χρησιμότητα αυτής της διαπίστωσης σε σχέση με περιοχές που είναι ακόμα στο στάδιο της έρευνας.

⁵²⁰ Βλ. *Καραγιάννη*, ό.π. (υποσ. 44), σελ. 859, με περαιτέρω παραπομπές· *Λύτρα*, ό.π. (υποσ. 166), σ. 362, όπου και υποσ. 19.

⁵²¹ *Λύτρας*, ό.π. (υποσ. 166), σ. 375.

οικονομική αρχή στηριζόμενη στην δικανική πεποίθηση του δικαστή δεν θα είχε νόημα εάν η απάντηση στο θέμα της αιτιότητας ήταν δεδομένη από τους αναπόδραστους φυσικούς νόμους⁵²².

Λέγεται λοιπόν εναργώς πως θεμέλιο και όριο του καταλογισμού είναι η πραγματιστική εξήγηση της αιτιότητας την οποία κάνουμε δεκτή όταν την θεωρούμε βέβαιη σύμφωνα με την εμπειρία, την παρατήρηση και τις προσλαμβάνουσες εξ αυτών γνώσεις των ανθρώπων για φυσικές κανονικότητες, αλλά και με βάση τις συνθήκες της συγκεκριμένης περίπτωσης⁵²³. Έτσι, η πραγματιστική εξήγηση της αιτιότητας που στηρίζεται σε μία διαφορετική προσαρμοσμένη στις σύγχρονες αντιλήψεις σύλληψη της αιτιότητας επιδιώκει να γεφυρώσει το χάσμα μεταξύ της αιτιακής απροσδιοριστίας -όπως επί ιατρικών περιστατικών- και του σχηματισμού πλήρους δικανικής πεποιθήσεως, μέσω της παροχής μιας δογματικά συνεπούς λύσεως που σκοπεί να εξυπηρετήσει παραλλήλως και το αίτημα για ασφάλεια δικαίου⁵²⁴.

γ. Τυποποιημένη αιτιότητα

Σήμερα στην Γερμανία γίνεται η διάκριση ανάμεσα στην θεμελιωτική αιτιότητα που είναι απαραίτητη για την θεμελίωση (ίδρυση) της ευθύνης (Haftungsbegründung) και της πληρωτικής αιτιότητας που είναι απαραίτητη για τον καθορισμό της έκτασής της (Haftungsausfüllung), διάκριση που στηρίζεται στην διατύπωση της § 823 του γερμΑΚ και που είναι άγνωστη στην αντίστοιχη διάταξη του άρθρου ΑΚ 914⁵²⁵. Κατά την κρατούσα στην Γερμανία γνώμη, η πρώτη θεωρείται ως η αιτιώδης σχέση μεταξύ της συμπεριφοράς του φερόμενου ως ζημιώσαντος και της προσβολής ενός αγαθού (βασικά της άμεσης ζημίας) και η δεύτερη είναι η αιτιώδης σχέση μεταξύ της άμεσης προσβολής του αγαθού και της περαιτέρω ζημίας (ήτοι της έμμεσης ζημίας) συνήθως λέγεται δε, ότι η άμεση προσβολή ανήκει στο πραγματικό του κανόνα δικαίου του ιδρυτικού της ευθύνης και πρέπει να καλύπτεται από το παράνομο, ενώ η περαιτέρω ζημία εμπίπτει στην έννομη συνέπεια της διάταξης δίχως να είναι ανάγκη να καλύπτεται από το παράνομο⁵²⁶.

Η παραπάνω αυτή διάκριση έχει σημασία για την κατανόηση της νομικής κατασκευής της τυποποιημένης αιτιότητας. Για αυτήν μπορεί να γίνει λόγος όταν η αιτιότητα τεκμαίρεται με βάση ένα τυποποιημένο κριτήριο και δεν χρειάζεται να αποδειχθεί συγκεκριμένα, επειδή δε και στο μέτρο που το εν λόγω κριτήριο συντρέχει γενικά, τεκμαίρεται πως η αιτιώδης συνάφεια συντρέχει και στην συγκεκριμένη περίπτωση⁵²⁷. Ως τέτοια⁵²⁸ λοιπόν νοείται εκείνη η δικαιοθεωρητική κατασκευή με την εφαρμογή της οποίας θεωρείται συντρέχουσα η θεμελιωτική της ευθύνης αιτιότητα, δηλαδή ο αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ της πράξης και της προσβολής του εννόμου αγαθού («Erstverletzung»), εάν αποδειχθεί ένα συγκεκριμένο γεγονός⁵²⁹. Με άλλα λόγια, απαιτείται και αρκεί ο ενάγων να αποδείξει ότι συντρέχει ορισμένο γεγονός, από το οποίο εν

⁵²² Λύτρας, ό.π. (υποσ. 166), σ. 377· Σπερδόκλη, ό.π. (υποσ. 167), σ. 143, η οποία με ιδιαίτερη παραστατικότητα κάνει σχετικά λόγο για ελευθέρωση του εφαρμοστή του δικαίου στην αναζήτηση του περιεχομένου της αιτιότητας αποδεχόμενος την έννοια της απροσδιοριστίας και του τυχαίου.

⁵²³ Λύτρας, ό.π. (υποσ. 166), σ. 374, με περαιτέρω παραπομπές. Πρβλ. και ανωτέρω, υποσ. 173.

⁵²⁴ Βλ. Σπερδόκλη, ό.π. (υποσ. 167), σ. 146.

⁵²⁵ Σταθόπουλος, ό.π. (υποσ. 3), σ. 579.

⁵²⁶ Βλ. Σταθόπουλος, ό.π. (υποσ. 3), σ. 579, με περαιτέρω παραπομπές. Βλ. σχετικά και Λιάπη, ό.π. (υποσ. 164), 142-143, όπου και περαιτέρω παραπομπές. Πρβλ. και Gottfried Baumgärtel, ό.π. (υποσ. 18), 11.

⁵²⁷ Λιάπη, ό.π. (υποσ. 164), 149.

⁵²⁸ Ο Παπανικολάου, Η ευθύνη της τράπεζας ως αναδόχου εκδόσεως κινητών αξιών, 1998, σ. 248 κάνει λόγο για έμμεση και κοινωνικοτυπική αιτιότητα. Βλ. σχετικά Λιάπη, ό.π. (υποσ. 164), 147, υποσ. 97 και Καραγιάννη, ό.π. (υποσ. 44), σελ. 860, υποσ. 35.

⁵²⁹ Βλ. Σπερδόκλη, ό.π. (υποσ. 167), σ. 147.

συνεχία συνάγεται τυποποιημένα ως μαχητό τεκμήριο έτερο γεγονός που αποτελεί αιτία της ζημίας⁵³⁰. Δηλαδή, μέσω της τυποποιημένης αιτιότητας εισάγεται ένα μαχητό τεκμήριο της θεμελιωτικής αιτιότητας, που δεν μπορεί να γίνει δεκτό όμως ότι εκτείνεται και στην πληρωτική αιτιότητα⁵³¹.

Η πρόταση για την τυποποιημένη αιτιότητα έγινε με σκοπό την αντιμετώπιση των αποδεικτικών δυσχερειών στο πλαίσιο πραγματικών ειδικής αδικοπρακτικής ευθύνης⁵³² σε τομείς όπου επιδρούν περισσότεροι αστάθμητοι παράγοντες' θεμελιώνεται δε η πρόταση αυτή σε τελλολογικές εκτιμήσεις⁵³³. Παράδειγμα συνιστά το πεδίο των χρηματιστηριακών συναλλαγών, στο πλαίσιο των οποίων γεννάται π.χ. και η ειδική αδικοπρακτική ευθύνη του αναδόχου από το ενημερωτικό δελτίο, όπου μια επενδυτική απόφαση μπορεί να επηρεαστεί από πολλούς παράγοντες και έτσι μοιάζει δύσκολο για τον επενδυτή να αποδείξει ότι η απόφασή του στηρίχθηκε στις ανακριβείς πληροφορίες του ενημερωτικού δελτίου⁵³⁴. Στην προκειμένη περίπτωση, κατ' εφαρμογήν της τυποποιημένης αιτιότητας, για την κατάφαση του αιτιώδους συνδέσμου δεν απαιτείται η απόδειξη της γνώσης ενός εκάστου επενδυτή εξατομικευμένα αλλά αρκεί απλώς να αποδειχθεί η γενικευμένη γνώση της αγοράς και των φορέων αυτής, από αυτήν, δε, συνάγεται εν συνεχεία τυποποιημένα ως τεκμήριο και η γνώση του επενδυτή ως αιτία για την απόφασή του⁵³⁵.

Υποστηρίζεται ότι η διάκριση της αιτιότητας σε «θεμελιωτική» και «πληρωτική» έχει χρησιμότητα και περιθώρια εφαρμογής στο ελληνικό δίκαιο⁵³⁶. Σύμφωνα όμως με άλλη άποψη⁵³⁷, η εν λόγω διάκριση δεν προωθεί το ζήτημα του αιτιώδους συνδέσμου και εμφανίζεται ως περιττή. Λέγεται σχετικώς ότι η ζημία, είτε άμεση είτε έμμεση, επιτελεί διπλή λειτουργία: αφενός ανήκει στο πραγματικό του κανόνα δικαίου και αφετέρου χρησιμεύει για τον καθορισμό της έννομης συνέπειας, η ευθύνη δε θεμελιώνεται σε όση έκταση υπάρχει ζημία που συνδέεται αιτιωδώς με τον νόμιμο λόγο ευθύνης⁵³⁸. Συναφώς μάλιστα υποστηρίζεται⁵³⁹ ότι το πρόβλημα της αιτιακής απροσδιοριστίας στις περιπτώσεις νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς εμφανίζεται μεν κυρίως επί της θεμελιωτικής αλλά και επί της πληρωτικής αιτιότητας, δίχως η εν λόγω διάκριση να προσφέρει κάποια βοήθεια στην σχετική αξιολόγηση του ζητήματος. Σε περιπτώσεις ιατρικών περιστατικών που σε σχέση με το πεδίο των χρηματιστηριακών συναλλαγών έχουν το κοινό

⁵³⁰ Βλ. *Λιάππη*, ό.π. (υποσ. 164), 147-148.

⁵³¹ *Λιάππη*, ό.π. (υποσ. 164), 147, υποσ. 95, ο οποίος και επισημαίνει ότι ο *Παπανικολάου*, ό.π. (υποσ. 528), σ. 202 φαίνεται να επεκτείνει την κατασκευή της κοινωνικοτυπικής αιτιότητας και στην πληρωτική αιτιότητα, κάτι που εκείνος θεωρεί ως *contra legem* ερμηνεία. Σύμφωνα η *Σπερδόκλη*, ό.π. (υποσ. 167), σ. 149.

⁵³² Πρβλ. *Λιάππη*, ό.π. (υποσ. 164), 138, υποσ. 3.

⁵³³ Βλ. *Σπερδόκλη*, ό.π. (υποσ. 167), σ. 148· *Λιάππη*, ό.π. (υποσ. 164), 147.

⁵³⁴ Βλ. *Λιάππη*, ό.π. (υποσ. 164), 146, ο οποίος και επισημαίνει ότι: «Η αξιούμενη αιτιώδης σχέση μεταξύ ανακριβούς δελτίου και επενδυτικής απόφασης εμφανίζει τα δομικά χαρακτηριστικά της θεμελιωτικής αιτιότητας».

⁵³⁵ Βλ. *Λιάππη*, ό.π. (υποσ. 164), 147 επ. Ορθά η *Σπερδόκλη*, ό.π. (υποσ. 167), σ. 148, υποσ. 289 επισημαίνει ότι η διαφορετική διατύπωση του άρθρου 25 ν. 3401/2005 εν συγκρίσει με την προγενέστερη διάταξη του άρθρου 3Α ΠΔ 52/1992 δεν αναιρεί την δυνατότητα εφαρμογής της κατασκευής της τυποποιημένης αιτιότητας και υπό το ισχύον καθεστώς για την αστική ευθύνη από ενημερωτικό δελτίο.

⁵³⁶ *Λιάππη*, ό.π. (υποσ. 164), 143, υποσ. 58.

⁵³⁷ Βλ. *Σταθόπουλο*, ό.π. (υποσ. 3), σ. 579-580, όπου και υποσ. 172. Βλ. και *Καραγιάννη*, Η αξίωση αποζημίωσης επί παρανόμου χρησιμοποίησης της εικόνας προσώπου, 2007, σ. 91, 94, κατά τον οποίο η διάκριση αυτή της αιτιότητας παρουσιάζεται ως μη πρόσφορη να παράσχει ουσιαστική αρωγή. Βλ. επίσης και *Παπαδημητρόπουλο*, ό.π. (υποσ. 48), 132, υποσ. 32.

⁵³⁸ *Σταθόπουλος*, ό.π. (υποσ. 3), σ. 579· *Παπαδημητρόπουλος*, ό.π. (υποσ. 48), 139.

⁵³⁹ Βλ. *Καραγιάννη*, ό.π. (υποσ. 44), σελ. 858-859. Βλ. όμως *Σταθόπουλο*, ό.π. (υποσ. 3), σ. 623, υποσ. 268, ο οποίος επικροτεί την γνώμη του *Λιάππη*, ό.π. (υποσ. 164), 147 επ. να γίνει δεκτή και στο ελληνικό δίκαιο η γνώμη που κρατεί στην Γερμανία, σύμφωνα με την οποία σε περιπτώσεις τυποποιημένης αιτιότητας στις συναλλαγές, μπορεί να θεωρηθεί ότι αυτή τεκμαίρεται μαχητά.

στοιχείο του απροβλέπτου και της αβεβαιότητας ως προς την αιτιώδη συνάφεια, η δικαιοδογματική κατηγορία της τυποποιημένης αιτιότητας θα μπορούσε να γίνει δεκτή στο ελληνικό δίκαιο, στον βαθμό που θα γινόταν δεκτή και η διάκριση ανάμεσα σε θεμελιωτική και πληρωτική αιτιότητα.

δ. Κάμψη της αρχής «όλα ή τίποτε» - ΑΚ 926 εδ. β' / ΑΚ 927, ΑΚ 300, ΑΚ 288

Στην ελληνική έννομη τάξη δεν είναι άγνωστες οι περιπτώσεις επιδίκασης «αναλογικής» αποζημίωσης⁵⁴⁰. Συγκεκριμένα, οι περιπτώσεις συναιτιότητας, ήτοι συνδρομής περισσότερων αιτιών κατά την πρόκληση της ζημίας, ρυθμίζονται στις διατάξεις των άρθρων ΑΚ 300 και ΑΚ 926⁵⁴¹. Η ΑΚ 300 αφορά σε περιπτώσεις που η πέραν της συμπεριφοράς του ζημιώσαντος αιτία εμπίπτει στην σφαίρα επιρροής του ζημιωθέντος, ενώ η ΑΚ 926 εδ. β' σε περιπτώσεις που αυτή η αιτία αφορά σε πράξη τρίτου γνωστού προσώπου⁵⁴².

Η ΑΚ 300 σκοπό έχει την δίκαιη κατανομή της ζημίας μεταξύ ζημιώσαντος και ζημιωθέντος⁵⁴³. Η ως άνω κατανομή μπορεί να γίνει όχι μόνο με αποκλειστικό κριτήριο την βαρύτητα του πταίσματος του δράστη και του θύματος αλλά και με κριτήριο τον βαθμό της αιτιώδους συμβολής του καθενός στην πρόκληση της ζημίας⁵⁴⁴. Εν προκειμένω προκρίνεται η κατανομή της ζημίας μέσω της κάμψεως της αρχής «όλα ή τίποτε»⁵⁴⁵. Σύμφωνα με την κρατούσα γνώμη⁵⁴⁶, για την εφαρμογή της διάταξης πρέπει να έχει ήδη θεμελιωθεί η αξίωση αποζημίωσης και άρα να έχει αποδειχθεί η αιτιώδης συνάφεια μεταξύ του νόμιμου λόγου ευθύνης και της ζημίας.

Σύμφωνα με την ΑΚ 926 εδ. β', περισσότερα πρόσωπα ενέχονται εις ολόκληρον αν έχουν ενεργήσει συγχρόνως ή διαδοχικώς και «...δεν μπορεί να εξακριβωθεί τίνος η πράξη επέφερε τη ζημία». Πρόκειται για περιπτώσεις όπου πληρούνται μεν όλοι οι όροι της ευθύνης καθενός από τους φερόμενους ως δράστες (παράνομη και υπαίτια συμπεριφορά στην αδικοπρακτική ευθύνη) αλλά δεν είναι βέβαιος αλλά απλώς πιθανός ο αιτιώδης σύνδεσμος -με την έννοια της λογικής αιτιότητας- μεταξύ της παράνομης και υπαίτιας πράξης καθενός από τους εμπλεκόμενους και της ζημίας⁵⁴⁷. Κατά την κρατούσα γνώμη⁵⁴⁸, πρόκειται για νόμιμο μαχητό τεκμήριο του αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ της ενέργειας κάθε εμπλεκόμενου προσώπου και της ζημίας. Σύμφωνα με άλλη άποψη⁵⁴⁹, πρόκειται για θέσπιση ειδικού νόμιμου λόγου ευθύνης με προϋπόθεση την ύπαρξη

⁵⁴⁰ Βλ. Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 257.

⁵⁴¹ Καραγιάννης, ό.π. (υποσ. 44), σελ. 861.

⁵⁴² Καραγιάννης, ό.π. (υποσ. 44), σελ. 861-862.

⁵⁴³ Βλ. Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 691-692· Παπαδημητρόπουλο, ό.π. (υποσ. 48), 139· Περάκη, ό.π. (υποσ. 130), άρθρ. 300, αρ. 2.

⁵⁴⁴ Βλ. Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 691-692· Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 257. Για το ότι το κυρίαρχο κριτήριο κατανομής του βάρους της ζημίας είναι η αιτιώδης συμβολή του ζημιωθέντος στην ζημία του, βλ. μεταξύ άλλων Χριστακάκου-Φωτιάδη, Η ευθύνη του ανηλικού και των εποπτευόντων αυτών προσώπων στο δίκαιο των αδικοπραξιών, Ζητήματα Αστικής Ευθύνης τ. 2, 2008, σ. 143. Για μία αναλυτική επισκόπηση του άρθρου ΑΚ 300 που εκφεύγει των ορίων έρευνας της παρούσας εργασίας, βλ. μεταξύ άλλων Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 691 επ.

⁵⁴⁵ Καραγιάννης, ό.π. (υποσ. 44), σελ. 862. Βλ. και Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 257.

⁵⁴⁶ Βλ. ενδεικτικά Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 690· Χριστακάκου-Φωτιάδη, ό.π. (υποσ. 544), σ. 143· Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 43), σ. 197.

⁵⁴⁷ Βλ. Παπαδημητρόπουλο, ό.π. (υποσ. 48), 140. Αναλυτικά για την εν λόγω διάταξη, βλ. μεταξύ άλλων Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 1029 επ.

⁵⁴⁸ Βλ. ενδεικτικά Σταθόπουλο, ό.π. (υποσ. 3), σ. 1030· Παπαδημητρόπουλο, ό.π. (υποσ. 48), 141, όπου και υποσ. 99· Φίλιο, ό.π. (υποσ. 251), σ. 382.

⁵⁴⁹ Βλ. Ρούσσο, ό.π. (υποσ. 484), 1493, που κάνει λόγο για «νόμιμο λόγο ευθύνης με πιθανολογούμενη αιτιότητα».

απλώς πιθανής αιτιότητας. Αναμφιβόλως όμως σε κάθε περίπτωση σκοπός της ΑΚ 926 εδ. β' είναι η διευκόλυνση του ενάγοντος να εξέλθει του αποδεικτικού διεξόδου⁵⁵⁰. Στην συγκεκριμένη διάταξη προκρίνεται η ευθύνη σε πλήρη αποζημίωση όλων των συναιτίων κατ' εφαρμογήν του συστήματος «όλα ή τίποτε», τελολογικά δε θεωρείται περισσότερο άξιο προστασίας το συμφέρον του ζημιωθέντος και η κατανομή θα χωρήσει σε δεύτερο επίπεδο μεταξύ των συναιτίων προσώπων (ΑΚ 927)⁵⁵¹.

Σε περιπτώσεις λοιπόν αιτιακής απροσδιοριστίας όταν αυτή αφορά σε συναιτιότητα από πράξεις περισσότερων γνωστών προσώπων εφαρμόζεται ευθέως η ΑΚ 926 εδ. β', αφού η εν λόγω διάταξη αρκείται και σε πιθανή αιτιότητα για την θεμελίωση ευθύνης όλων των συναιτίων σε πλήρη αποζημίωση⁵⁵². Παράδειγμα είναι η δράση πολλών ιατρών διαφορετικών ειδικοτήτων (με τέλεση διαδοχικών ιατρικών σφαλμάτων), όταν δεν μπορεί να διαπιστωθεί ποια από τα περισσότερα ιατρικά σφάλματα που έλαβαν χώρα προκάλεσε την ζημία⁵⁵³. Επισημαίνεται ορθά ότι δεν είναι άμοιρη πρακτικών συνεπειών η διάκριση ανάμεσα στο εδ. α' και στο εδ. β' του ΑΚ 926, αφού σε αντίθεση με το εδ. α', στο εδ. β' (περιπτώσεις πιθανής αιτιότητας) δεν μπορεί να εφαρμοστεί το κριτήριο της αιτιώδους συμβολής καθενός από τους εμπλεκέντες στην πρόκληση της ζημίας, καθώς προϋπόθεση εφαρμογής της διάταξης είναι ακριβώς η μη δυνατότητα διαπίστωσης μιας τέτοιας αιτιώδους σχέσης⁵⁵⁴.

Σε περιπτώσεις αιτιακής απροσδιοριστίας στην περίπτωση που αυτή αφορά σε συναιτιότητα ζημιώσαντος και ζημιωθέντος⁵⁵⁵ ή συναιτιότητα με εναπομένουσα αιτιότητα ουδέτερους-τυχαίους παράγοντες, υποστηρίζεται⁵⁵⁶ ότι θα μπορούσε να χωρήσει de lege lata αναλογική εφαρμογή⁵⁵⁷ των ΑΚ 926 εδ. β' και ΑΚ 300, έτσι ώστε ο πιθανώς ζημιώσας να ευθύνεται για την ζημία που ενδεχομένως προκάλεσε, αλλά να απαλλάσσεται από την υποχρέωση προς αποζημίωση κατά το μέτρο που η ζημία ενδέχεται να οφείλεται σε περιστατικό που ανάγεται σε «πταίσμα» του τελευταίου ή σε τυχαίο περιστατικό⁵⁵⁸. Έτσι, προκρίνεται η λύση της επιδίκασης στον ζημιωθέντα μερικής αποζημίωσης, η οποία να είναι ανάλογη με την πιθανότητα πρόκλησης της ζημίας από

⁵⁵⁰ Βλ. Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 101), σελ. 194- Παπαδημητρόπουλο, ό.π. (υποσ. 48), 140.

⁵⁵¹ Καραγιάννης, ό.π. (υποσ. 44), σελ. 861-862.

⁵⁵² Καραγιάννης, ό.π. (υποσ. 44), σελ. 861-862. Έτσι και οι Σαϊτάκης, ό.π. (υποσ. 272), σελ. 1421-1422, υποσ. 85 και Σπερδόκλη, ό.π. (υποσ. 167), σ. 168.

⁵⁵³ Βλ. Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 2), σ. 389.

⁵⁵⁴ Φουντεδάκη, «Κοινή πράξη» περισσότερων (ΑΚ 926 παρ.1 περ. α) και διακοπή του αιτιώδους συνδέσμου, ΕλλΔνη, 3, 2019, 669, όπου και υποσ. 66, στην οποία παραπέμπεται η άποψη του Καρασίη, ό.π. (υποσ. 311), σ. 342-345, ο οποίος δεν θεωρεί πρόσφορα τα κριτήρια του ποσοστού πιθανότητας πρόκλησης της ζημίας και του βαθμού του πταίσματος καθενός από τα εμπλεκέντα πρόσωπα και υποστηρίζει ότι η λύση προκύπτει αποκλειστικώς από την ΑΚ 480 (ισομερής ευθύνη όλων). Μάλλον σύμφωνη με την άποψη αυτή και η Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 2), σ. 389. Αντίθετη όμως και μάλλον ορθότερη άποψη εκφράζει η Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 43), σ. 145, σύμφωνα με την οποία η πιθανότητα κατά την οποία ο κάθε δράστης προκάλεσε την ζημία είναι δυνατόν να αναχθεί σε κριτήριο για τον επιμερισμό αυτής, έτσι ώστε «μετά την αναγωγή, και εφόσον δεν τίθεται θέμα αφερεγγυότητας των λοιπών δραστών, ο κάθε δράστης θα έχει τελικά καταβάλει μέρος της αποζημίωσης, ιδανικά, μάλιστα, στη βάση της πιθανότητας η ζημία να οφείλεται στη δική του πράξη».

⁵⁵⁵ Και μάλιστα, όπως ορθά επισημαίνει ο Καραγιάννης, ό.π. (υποσ. 44), σελ. 862, ανεξάρτητα από το αν η νόμιμη εναλλακτική συμπεριφορά αφορά στον ζημιώσαντα και η εναπομένουσα αιτιότητα στον ζημιωθέντα ή το αντίστροφο επί επικλήσεως της ΑΚ 300 εκ μέρους του ζημιώσαντος, αφού πρόκειται στην ουσία για δύο όψεις του ίδιου προβλήματος.

⁵⁵⁶ Βλ. Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 101), σελ. 194.

⁵⁵⁷ Γενικότερα για την «συμπληρωτική» (praeter legem) περαιτέρω διάπλαση του δικαίου, βλ. αναλυτικά Παπανικολάου, ό.π. (υποσ. 35), σ. 230 επ.

⁵⁵⁸ Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 101), σελ. 212. Υποστηρίζει δε (σελ. 214) ότι με την εν λόγω θεώρηση «δεν επιτυγχάνεται μόνο η δικαιότερη στάθμιση των συμφερόντων ζημιώσαντος και ζημιωθέντος αλλά παρέχονται επίσης αποτελεσματικά κίνητρα και στα δύο μέρη για τη λήψη μέτρων πρόληψης της ζημίας». Πρβλ. και την ίδια, ό.π. (υποσ. 33), 349-350.

τον εναγόμενο⁵⁵⁹. Συγκεκριμένα, υποστηρίζεται ότι στην περίπτωση πρόκλησης ζημίας από περισσότερους, αφού η πιθανή αιτιότητα αρκεί για την θεμελίωση της ευθύνης, για λόγους συνέπειας επιτάσσεται να γίνει δεκτό ότι η πιθανή αιτιότητα αρκεί και για την θεμελίωση μερικής αποζημιώσεως του ζημιώσαντος, του οποίου η πράξη συνέτρεξε με τυχαίο παράγοντα ή με πράξη του ζημιωθέντος⁵⁶⁰. Παράδειγμα αιτιακής απροσδιοριστίας με συναιτιότητα ζημιώσαντος και ζημιωθέντος συνιστούν οι περιπτώσεις «wrongful birth» όπου η ένσταση περί νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς συνίσταται στον ισχυρισμό ότι ακόμη και αν ο ιατρός είχε συμπεριφερθεί νομίμως στο προγεννητικό στάδιο, δεν είναι βέβαιο ότι η γέννηση θα ματαιωνόταν λόγω νόμιμης τεχνητής διακοπής της κύησης λόγω π.χ. θρησκευτικών ή άλλων πεποιθήσεων⁵⁶¹. Οι περιπτώσεις όμως αιτιακής απροσδιοριστίας που αφορά σε συναιτιότητα με εναπομένουσα αιτιότητα ουδέτερους παράγοντες συνιστούν τις πιο συχνές στο πεδίο της ιατρικής ευθύνης όταν δεν μπορεί να εξακριβωθεί αν η ζημία του ζημιωθέντος οφείλεται σε ιατρικό σφάλμα ή θα επερχόταν έτσι κι αλλιώς, ανεξάρτητα από αυτό⁵⁶².

Υποστηρίζεται όμως και η αναλογική εφαρμογή της ΑΚ 300 σε περιπτώσεις αιτιακής απροσδιοριστίας που αφορά σε συναιτιότητα με εναπομένουσα αιτιότητα ουδέτερους παράγοντες⁵⁶³. Σύμφωνα με την εν λόγω ενδιαφέρουσα άποψη⁵⁶⁴, υπάρχει όντως κενό στις περιπτώσεις αυτές ως προς την κατανομή της ζημίας που δεν μπορεί να φέρει ολοκληρωτικά ούτε ο ζημιώσας ούτε ο ζημιωθείς και άρα αυτή πρέπει να κατανεμηθεί μεταξύ τους κατά το μέτρο της απροσδιοριστίας, πρόσφορος δε κανόνας για την κατανομή αυτή προσφέρει η διάταξη του άρθρου ΑΚ 300. Δηλαδή μέσω *a fortiori* επιχειρήματος λέγεται σχετικά ότι: «Αν η συναιτιότητα του ζημιωθέντος στην πρόκληση ή στο μέγεθος της ζημίας δεν απαλλάσσει τον ζημιώσαντα αλλά αποτελεί λόγο κατανομής της, τότε πολύ περισσότερο δεν πρέπει να απαλλάσσεται ο ζημιώσας όταν την συναιτιότητα αποτελούν όχι πράξεις του ζημιωθέντος αλλά η συνδρομή ουδέτερων παραγόντων». Φαίνεται ότι η εν λόγω γνώμη με την άποψη περί αναλογικής εφαρμογής των ΑΚ 926 εδ. β' και ΑΚ 300 καταλήγουν στα ίδια πρακτικά αποτελέσματα. Μάλιστα, υποστηρίζεται⁵⁶⁵

⁵⁵⁹ Βλ. *Ζερβογιάννη*, ό.π. (υποσ. 101), σελ. 213. Μάλιστα η ίδια, ό.π. (υποσ. 43), σ. 192, επισημαίνει ότι η εν λόγω λύση μπορεί να εφαρμοστεί ανεξάρτητα από την άποψη που θα γίνει δεκτή όσον αφορά την νομική φύση της ΑΚ 926 εδ. β'. Σωστή θεωρεί την εν λόγω λύση και ο *Σταθόπουλος*, ό.π. (υποσ. 3), σ. 604-605. Πρβλ. και την πρόταση της πιθανολογούμενης αιτιότητας από τον *Ρούσο*, ό.π. (υποσ. 484), 1493, ο οποίος δέχεται την αναλογική εφαρμογή της ΑΚ 926 εδ. β' σε περιστατικά όπου υπάρχει αμφιβολία τόσο ως προς το πρόσωπο που προκάλεσε την ζημία όσο ως προς το ίδιο το αίτιο της ζημίας, επειδή ακριβώς συντρέχουν περισσότερες πιθανές αιτίες. Πρόκειται μάλλον εν προκειμένω για τις περιπτώσεις συναιτιότητας με εναπομένουσα αιτιότητα ουδέτερους παράγοντες.

⁵⁶⁰ *Ζερβογιάννη*, ό.π. (υποσ. 101), σελ. 210-211. Βλ. όμως *Καράση*, ό.π. (υποσ. 311), σ. 348 επ.

⁵⁶¹ Βλ. *Σπερδόκλη*, ό.π. (υποσ. 167), σ. 163 επ.

⁵⁶² Βλ. *Ζερβογιάννη*, ό.π. (υποσ. 101), σελ. 194. Πρβλ. και *Σπερδόκλη*, ό.π. (υποσ. 167), σ. 169, όπου και υποσ. 338 που αναφέρεται στην απόφαση ΔΠρΠατρ 667/2000 (ΔΔίκη 2001, σελ. 1078), στην οποία είχε προβληθεί ο ισχυρισμός περί νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς (και επί νομίμου συμπεριφοράς υπήρχε ποσοστό θανάτου 15-20% σε παρόμοιες καταστάσεις στις ΗΠΑ). Ωστόσο, στην προκειμένη υπόθεση το Δικαστήριο απέρριψε τον σχετικό ισχυρισμό δίχως όμως να κάνει νύξη για αιτιακή απροσδιοριστία σε επίπεδο φυσικής αιτιότητας, παρά επικαλέστηκε την προσφορότητα.

⁵⁶³ *Καραγιάννης*, ό.π. (υποσ. 44), σελ. 863-864, ο οποίος μάλιστα εύστοχα αναφέρει ότι η πρόταση περί αναλογικής εφαρμογής της ΑΚ 926 εδ. β' στις εν λόγω περιπτώσεις παρίσταται ως αδικαιολόγητη αφού είναι αδύνατη η κατανομή της ζημίας σε δεύτερο επίπεδο (έτσι και *Μάνθος*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 260-261) εκ της διαπίστωσης δε αυτής η *Ζερβογιάννη*, ό.π. (υποσ. 43), σ. 193-194 προτείνει την αναλογική εφαρμογή της ΑΚ 926 εδ. β' σε συνδυασμό όμως με την ΑΚ 300.

⁵⁶⁴ *Καραγιάννης*, ό.π. (υποσ. 44), σελ. 864.

⁵⁶⁵ *Καραγιάννης*, ό.π. (υποσ. 44), σελ. 862, όπου και σχετική υποσ. 42. Σύμφωνα και οι *Σαϊτάκης*, ό.π. (υποσ. 272), σελ. 1421, υποσ. 85 και *Σπερδόκλη*, ό.π. (υποσ. 167), σ. 193. Για την δυνατότητα αναλογικής εφαρμογής της ΑΚ 300 και της ΑΚ 918 σε αυτές τις περιπτώσεις, βλ. *Σπερδόκλη*, ό.π. (υποσ. 167), σ. 185 επ. και για τα κριτικά επιχειρήματα σε αυτήν την προσέγγιση, βλ. την ίδια, ό.π. (υποσ. 167), σ. 196-197 και *Ζερβογιάννη*, ό.π. (υποσ. 43), σ. 145. Γενικότερα για την δυνατότητα αναλογικής εφαρμογής της ΑΚ 918, βλ. *Σταθόπουλο*, ό.π. (υποσ. 3), σ. 318-319, για

η ευθεία εφαρμογή της ΑΚ 300 σε περιπτώσεις αιτιακής απροσδιοριστίας στην περίπτωση που αυτή αφορά σε συναιτιότητα ζημιώσαντος και ζημιωθέντος μέσω εντός του γράμματος τελολογικής ερμηνείας⁵⁶⁶ της ΑΚ 300. Αφετηρία της ερμηνείας αυτής φαίνεται να είναι η αποδοχή της απροσδιοριστίας στην αντίληψη περί αιτιότητας⁵⁶⁷.

Τέλος, έχει προταθεί σε περιπτώσεις αιτιακής απροσδιοριστίας που αφορά σε συναιτιότητα με εναπομένουσα αιτιότητα ουδέτερους παράγοντες η κάμψη της αρχής «όλα ή τίποτε» κατ' εφαρμογήν της ΑΚ 288⁵⁶⁸. Συγκεκριμένα, κατά την γνώμη αυτή οι περιπτώσεις νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς με κάποια αιτιακή απροσδιοριστία θεωρούνται εξαιρετικές περιπτώσεις που δικαιολογούν την προσφυγή στην γενική ρήτρα της καλής πίστης, η οποία περιέχεται στις ΑΚ 281 και ΑΚ 288⁵⁶⁹.

Σε σχέση με την «απώλεια ευκαιρίας» επισημαίνεται⁵⁷⁰ ότι σε αυτήν την κατασκευή οι ουδέτεροι και αστάθμητοι παράγοντες -όπως λ.χ. μια προχωρημένη ασθένεια- δεν αποτελούν πάντοτε παράγοντες αιτιώδους συμβολής στην πρόκληση της τελικής ζημίας αλλά λόγοι ένεκα των οποίων δημιουργείται αβεβαιότητα για το πώς θα εξελισσόταν η κατάσταση επί νομίμου συμπεριφοράς του δράστη, λ.χ. του ιατρού. Επίσης, επισημαίνεται⁵⁷¹ η διαφορά με την ΑΚ 926 εδ. β', αφού στην απώλεια ευκαιρίας υπάρχει όχι υποκειμενική αλλά εξ αντικειμένου αβεβαιότητα για την αιτία πρόκλησης της ζημίας, δεδομένου ότι το προσβαλλόμενο διακύβευμα είχε εξ ορισμού αβέβαιη έκβαση. Αυτός άλλωστε είναι ο λόγος που δεν μπορεί να εφαρμοστεί ευθέως η παραπάνω διάταξη σε περιστατικά απώλεια θεραπευτικής ευκαιρίας. Τέλος, ασκείται ενδιαφέρουσα κριτική στην δυνατότητα εφαρμογής της αρχής καλής πίστης στις περιπτώσεις απώλειας ευκαιρίας με το επιχείρημα ότι αφού σε αυτές τις περιπτώσεις υπεισέρχονται αστάθμητοι και αβέβαιοι παράγοντες και άρα δεν μπορεί να υπάρξει ήδη γεννηθείσα ενοχή, δεν

την επιφυλακτικότητα δε ως προς αυτήν την δυνατότητα, βλ. *Χριστακάκου-Φωτιάδη*, ό.π. (υποσ. 544), σ. 129. Βλ. επίσης και την ενδιαφέρουσα πρόταση της *Νεζερίτη*, ό.π. (υποσ. 311), σ. 170 επ., η οποία προκρίνει ως ενδεδειγμένη εν προκειμένω την extra legem κατάστροψη κανόνα θεμελιωτικού αναλογικής ευθύνης με πρώτη ύλη τις διατάξεις των άρθρων ΑΚ 300, 926 εδ. β' και 918. Η συγγραφέας παρατηρεί συναφώς -για την ερμηνευτική αξιοποίηση και της ΑΚ 918 «ως εκείνης της ρύθμισης που δηλώνει ότι η στοιχειοθέτηση αστικής ευθύνης δυνάμει ενός *χολαίνοντος* (ως προς ορισμένο στοιχείο του) νόμιμου λόγου ευθύνης δεν είναι ανοίκεια για τον αστικό νομοθέτη» (σ. 176)- ότι η διάταξη αυτή α) εκφράζει την νομοθετική βούληση για κατοχύρωση σε ορισμένο βαθμό των συμφερόντων του ζημιωθέντος β) ούσα ενταγμένη στο υποσύστημα των άρθρων ΑΚ 914 επ., εκφράζει την επιδεικνυόμενη από τον νομοθέτη εύνοια (και) υπέρ του παθόντος από ατελή αδικοπραξία και γ) προβλέπει ως έννομη συνέπεια την επιδίκαση εις βάρος του ζημιώσαντος εύλογης αποζημίωσης.

⁵⁶⁶ Γενικότερα για την ερμηνεία *stricto sensu*, βλ. αναλυτικά *Παπανικολάου*, ό.π. (υποσ. 35), σ. 126 επ.

⁵⁶⁷ Πρβλ. ανωτέρω, Κεφ. Γ. υπό Π.2. α.

⁵⁶⁸ Βλ. *Σαϊτάκη*, ό.π. (υποσ. 272), σελ. 1420 επ. Την λύση αυτή θεωρεί ορθή και ο *Σταθόπουλος*, ό.π. (υποσ. 3), σ. 604-605, ο οποίος μάλιστα σχετικά επισημαίνει ότι οι θεμελιώσεις *de lege lata* είτε με αναλογία από τις ΑΚ 300 και ΑΚ 926 εδ. β' είτε με εφαρμογή της ΑΚ 288 δεν τελούν σε σχέση αλληλοαποκλεισμού αλλά αλληλοενισχύονται. Υπέρ της ορθότητας της λύσεως αυτής και ο *Καραγιάννης*, ό.π. (υποσ. 44), σελ. 864. Αντιθέτως η *Ζερβογιάννη*, ό.π. (υποσ. 43), σ. 196 επ. ασκεί κριτική στην αναλογική εφαρμογή των ΑΚ 300 και ΑΚ 288.

⁵⁶⁹ Βλ. *Σαϊτάκη*, ό.π. (υποσ. 272), σελ. 1420-1421, ο οποίος (σελ. 1401 επ.) και γενικότερα τάσσεται υπέρ της κάμψεως της αρχής «όλα ή τίποτε» όταν η ανελαστικότητα αυτής «μπορεί σε οριακές περιπτώσεις να οδηγήσει σε άκρως ανεπιεική αποτελέσματα, δυσχερώς συμβιβάσιμα με θεμελιώδεις αξιολογήσεις της έννομης τάξης, οι οποίες περιέχονται στις συνταγματικές διατάξεις περί ατομικών δικαιωμάτων και συγκροτούν το τελολογικό-αξιολογικό υποσύστημα του δικαίου της αστικής ευθύνης», σε τέτοιες εξαιρετικές περιπτώσεις δε, η αρχή της επιείκειας και η ιδέα της δικαιοσύνης ενδέχεται να επιβάλλουν την παραπάνω απόκλιση με σκοπό την προσαρμογή της γενικής και αφηρημένης νομοθετικής ρύθμισης στις ιδιαιτερότητες της συγκεκριμένης βιοτικής περίπτωσης.

⁵⁷⁰ Βλ. *Μάνθο*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 258-259, ο οποίος στην βάση αυτής της επισήμανσης φαίνεται να απορρίπτει (τουλάχιστον στις περιπτώσεις «απώλειας ευκαιρίας») την αναλογική εφαρμογή της ΑΚ 300 όταν η συναιτιότητα αφορά σε ουδέτερους παράγοντες.

⁵⁷¹ Βλ. *Μάνθο*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 260.

είναι δυνατόν ο δικαστής να πλάσει το πρώτον ενοχή μη γεννηθείσα ήδη εκ του νόμου ή εκ δικαιοπραξίας⁵⁷².

Όσον αφορά την πρόταση αναλογικής αποζημίωσης μέσω αναλογικής εφαρμογής των ΑΚ 926 εδ. β' και ΑΚ 300⁵⁷³ παρατηρείται⁵⁷⁴ ότι μπορεί αυτή να φθάνει σε συναφείς λύσεις με εκείνες της απώλειας ευκαιρίας με την προϋπόθεση ότι η αξία της ευκαιρίας υπολογίζεται βάσει της πιθανότητας η ζημία του ζημιωθέντος -λ.χ. του ασθενούς- να προκληθεί από την ενέργεια του δράστη -λ.χ. του ιατρού. Υποστηρίζεται περαιτέρω ότι είναι όμως πιο περιορισμένο το πεδίο εφαρμογής της θεωρίας απώλειας ευκαιρίας, αφού προϋποθέτει προϋφιστάμενη ευκαιρία του ζημιωθέντος αποφυγής της ζημίας, η οποία και απωλέσθηκε συνεπεία της ενέργειας του δράστη. Τέλος, θεωρείται ότι διαφέρει από την θεωρία περί απώλειας ευκαιρίας η παραπάνω πρόταση και ως προς το ότι αυτή έχει δογματική θεμελίωση σε επίπεδο θετού δικαίου.

ε. Πιθανοτική αιτιότητα

Με την εν λόγω κατασκευή επιδιώκεται να αρθούν τα άδικα αποτελέσματα στα οποία φαίνεται να οδηγεί η παραδοσιακή θεώρηση (θεωρία του ισοδυνάμου των όρων όπως συνδυάζεται στο δίκαιο της αποζημίωσης με την αρχή «όλα ή τίποτε»)⁵⁷⁵. Συγκεκριμένα προτείνεται η διεύρυνση της θεωρίας του ισοδυνάμου των όρων έτσι ώστε να γίνεται δεκτή ευθύνη του δράστη ακόμη και όταν είναι απλώς πιθανό ότι η πράξη ή παράλειψή του προκάλεσε υπό την έννοια της θεωρίας του ισοδυνάμου των όρων την κρίσιμη ζημία και, άρα, η αιτιώδης συνάφεια ως προϋπόθεση της ευθύνης του δράστη να καθίσταται αντιληπτή όχι ως απαίτηση μιας βεβαίας σχέσεως αιτίου και αιτιατού (λογική αιτιότητα), αλλά ως πιθανότητα πρόκλησης της ζημίας από την συμπεριφορά του δράστη που συνιστά τον νόμιμο λόγο ευθύνης (πιθανοτική αιτιότητα)⁵⁷⁶. Εν συνεχεία, προτείνεται ο προσδιορισμός της αποζημίωσης να είναι αναλογικός προς την πιθανότητα, ακριβέστερα προς τον βαθμό της πιθανότητας, να έχει αποτελέσει η κρίσιμη συμπεριφορά αιτία της ζημίας υπό την έννοια του αναγκαίου όρου⁵⁷⁷. Στο πλαίσιο αυτό μάλιστα υποστηρίζεται⁵⁷⁸ για την αναλογική ευθύνη, ότι δεν πρόκειται ουσιαστικά για κάμψη της αποζημιωτικής αρχής «όλα ή τίποτε»: «Αφού η ευθύνη αφορά αποκλειστικά στην απώλεια της πιθανότητας επέλευσης ενός ενοϊκού αποτελέσματος, η αποζημίωση καλύπτει *όλη την αξία της πιθανότητας αυτής* και συνεπώς *όλη τη ζημία που οφείλεται στη συμπεριφορά του δράστη*», η θέση δε αυτή εκκινεί από την παραδοχή ότι η απωλεσθείσα πιθανότητα συνιστά τελικά ένα έννομα προστατευόμενο αγαθό. Πρόκειται δηλαδή για ειδική εφαρμογή της αρχής «όλα ή τίποτε» στο πλαίσιο των ιδιαίτερων περιστάσεων που τίθενται από τις συνθήκες αιτιακής απροσδιοριστίας⁵⁷⁹.

⁵⁷² Βλ. Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 261.

⁵⁷³ Η σχετική παρατήρηση κρίνεται ότι μπορεί να αφορά γενικά στις προτάσεις αναλογικής αποζημίωσης ανεξαρτήτως νομοθετικής βάσεως -με εξαίρεση εκείνη της πιθανοτικής αιτιότητας για την οποία, βλ. κατωτέρω, Κεφ. Γ. υπό ΙΙ.4. ε.

⁵⁷⁴ Βλ. τις σχετικές παρατηρήσεις σε Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 43), σ. 180.

⁵⁷⁵ Βλ. Παπαδημητρόπουλο, ό.π. (υποσ. 48), 130. Πρβλ. και Πονίκλη, ό.π. (υποσ. 307), σ. 222 επ., η οποία επισημαίνει πως η υπό εξέταση θεωρία θα μπορούσε να βρει εφαρμογή και στο πεδίο του δικαίου του περιβάλλοντος και ειδικά σε περιπτώσεις διάχυτης ή σωρευτικής ρύπανσης.

⁵⁷⁶ Παπαδημητρόπουλος, ό.π. (υποσ. 48), 130.

⁵⁷⁷ Βλ. Παπαδημητρόπουλο, ό.π. (υποσ. 48), 130, 143.

⁵⁷⁸ Παπαδημητρόπουλος, ό.π. (υποσ. 48), 143.

⁵⁷⁹ Σπερδόκλη, ό.π. (υποσ. 167), σ. 151.

Στα πλαίσια της εν λόγω θεώρησης υποστηρίζεται ότι η αναλογική ευθύνη λόγω πιθανοτικής αιτιότητας θεμελιώνεται de lege lata σε μία υπερβατική (extra legem) περαιτέρω διάπλαση του δικαίου⁵⁸⁰. Ειδικότερα θεωρείται ότι η συγκεκριμένη πρόταση επιβάλλεται αρχικά από την γενικότερη τελλολογία του δικαίου της ευθύνης (με την προϋπόθεση ότι αυτή η τελευταία συνίσταται τουλάχιστον εν μέρει στην αποτροπή ζημιολογικών συμπεριφορών), από την στιγμή που συμβάλλει σε πιο αποτελεσματική αποτροπή επιζήμιων συμπεριφορών δίχως όμως να αυξάνει τις απαιτήσεις επιμέλειας που η έννομη τάξη επιβάλλει στα υποκείμενα του δικαίου και δίχως να συνιστά αποτρεπτικό παράγοντα για τις κοινωνικά επωφελείς δραστηριότητες⁵⁸¹. Περαιτέρω θεωρείται⁵⁸² ότι η πρόταση αυτή επιβάλλεται υπό το φως των αξιολογήσεων του νομοθέτη που περιέχονται στις διατάξεις των άρθρων ΑΚ 300 (δίκαιη κατανομή της ζημίας ανάμεσα στον δράστη και τον ζημιωθέντα) και ΑΚ 926 εδ. β' σε συνδ. με ΑΚ 927 (θέσπιση της ευθύνης για απλώς πιθανή πρόκληση της ζημίας και επιμερισμός της ζημίας στους δράστες με συνεκτίμηση όχι μόνο του βαθμού πταίσματος αλλά κυρίως της αιτιώδους συμβολής καθενός από τους δράστες στην ζημία).

Η αναλογική ευθύνη με βάση την πιθανοτική αιτιότητα είναι δυνατόν να ιδωθεί και ως ευθύνη για ενδεχόμενη πρόκληση της ζημίας, χωρίς να γίνει προσφυγή στην πιθανότητα απόλαυσης ενός ευνοϊκού αποτελέσματος ως αυτοτελώς προστατευόμενο αγαθό, στην οπτική δε αυτή φαίνεται να οδηγεί πιο πολύ ο συσχετισμός της αναλογικής ευθύνης με τα άρθρα ΑΚ 300, ΑΚ 926 εδ. β'⁵⁸³. Ωστόσο, υποστηρίζεται⁵⁸⁴ πως η υπό εξέταση προσέγγιση, κατά το μέτρο που ανάγει την πιθανότητα επίτευξης ενός ευνοϊκού αποτελέσματος σε αυτοτελώς προστατευόμενο έννομο αγαθό και άρα ο δράστης πληρουμένων των λοιπών όρων ευθύνης υποχρεούται σε αποζημίωση στο ύψος της ζημίας αυτής της πιθανότητας, στηρίζεται στην λογική της απώλειας ευκαιρίας διευρύνοντας πάντως το πεδίο εφαρμογής της. Συναφώς, σε σχέση με το ζήτημα της δογματικής θεμελίωσης αυτής στο ισχύον δίκαιο, υποστηρίζεται⁵⁸⁵ πως μπορούν να διατυπωθούν ως προς την εν λόγω προσέγγιση οι αυτές επιφυλάξεις που διατυπώνονται και για την απώλεια ευκαιρίας. Διατυπώνεται όμως και η άποψη ότι οι δύο εναλλακτικές προσεγγίσεις (απώλεια πιθανότητας από τον ζημιωθέντα, πιθανότητα πρόκλησης της ζημίας από τον δράστη) συνιστούν ουσιαστικά δύο όψεις του αυτού νομίσματος που τελούν σε σχέση αλληλοσυμπληρώσεως επιτρέποντας την πληρέστερη δογματική κατανόηση της αναλογικής ευθύνης⁵⁸⁶.

⁵⁸⁰ Παπαδημητρόπουλος, ό.π. (υποσ. 48), 134, ο οποίος δεν δέχεται την ύπαρξη κενού, ήτοι ατέλειας μη συμβατής με το ρυθμιστικό σχέδιο του νόμου (βλ. όμως αντίθετα Καραγιάννη, ό.π. (υποσ. 44), σελ. 864· Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 43), σ. 190 επ.), αναφέροντας ότι κατά την νομοθετική σύλληψη η ευθύνη είτε γεννιέται πλήρης για όλη την ζημία, εφόσον συντρέχουν οι οικείες προϋποθέσεις, συμπεριλαμβανομένης της (λογικής) αιτιακής σχέσης μεταξύ του νόμιμου λόγου ευθύνης και της ζημίας, είτε δεν γεννιέται καθόλου. Βλ. όμως Σπερδόκλη, ό.π. (υποσ. 167), σ. 198, η οποία απορρίπτει την υπό εξέταση θεώρηση δεχόμενη ότι συνιστά καταρχήν μεθοδολογικά ανεπίτρεπτη contra legem εύρεση του δικαίου· Σαϊτάκη, ό.π. (υποσ. 272), σελ. 1419. Αναλυτικά για την «υπερβατική» (extra legem) περαιτέρω διάπλαση του δικαίου, βλ. Παπανικολάου, ό.π. (υποσ. 35), σ. 267 επ.

⁵⁸¹ Βλ. Παπαδημητρόπουλο, ό.π. (υποσ. 48), 134-135.

⁵⁸² Βλ. Παπαδημητρόπουλο, ό.π. (υποσ. 48), 139 επ.

⁵⁸³ Παπαδημητρόπουλος, ό.π. (υποσ. 48), 143, υποσ. 116. Βλ. και Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 43), σ. 199, η οποία διαπιστώνει ότι οι δύο προσεγγίσεις δεν διαφέρουν κατά το αποτέλεσμα. Για την αναλογική ευθύνη με βάση τα άρθρα ΑΚ 300, ΑΚ 926 εδ. β', βλ. ανωτέρω, Κεφ. Γ. υπό Π.4. δ.

⁵⁸⁴ Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 43), σ. 199.

⁵⁸⁵ Ζερβογιάννη, ό.π. (υποσ. 43), σ. 199.

⁵⁸⁶ Παπαδημητρόπουλος, ό.π. (υποσ. 48), 143, υποσ. 116. Βλ. όμως Μάνθο, ό.π. (υποσ. 36), σ. 208, 239 επ., ο οποίος προβαίνει σε αυστηρή διάκριση μεταξύ πιθανοτικής αιτιότητας και απώλειας ευκαιρίας δεχόμενος ότι η πρώτη προσπαθεί να συνδέσει αιτιωδώς τον νόμιμο λόγο ευθύνης με την επελθούσα τελική ζημία και όχι με την ζημία που προκύπτει από την ίδια την απώλεια ευκαιρίας. Περαιτέρω, αν και διαπιστώνει πως η αναλογική ευθύνη την οποία εισάγει η προσέγγιση της πιθανοτικής αιτιότητας καθιστά εμφανή την ομοιότητα της τελευταίας και ότι οι δύο θεωρίες

5. Τελικές σκέψεις και κριτικές παρατηρήσεις

Από την παρουσίαση της προβληματικής της απώλειας ευκαιρίας επιβίωσης ή θεραπείας, προκύπτει το συμπέρασμα ότι πρόκειται για μια θεωρία που καταπιάνεται έντονα με θεμελιώδη κανονιστικά μεγέθη του δικαίου της αποζημίωσης, ενώ, λόγω του κανονιστικού βάθους της προτεινόμενης από αυτήν προσέγγισης, έχει αποτελέσει αντικείμενο επεξεργασίας (και) στην ημεδαπή έννομη τάξη με υποστηρικτές και μη. Στις επόμενες γραμμές θα επιχειρηθεί η αποτύπωση της προσωπικής άποψης του γράφοντος επί της περί ης ο λόγος θεωρίας με σημείο αναφοράς τις αρχές του μη βλάπτειν και της διορθωτικής δικαιοσύνης⁵⁸⁷.

Πιστεύεται πως μια συνεπής (με δεοντοκρατικό τρόπο) απάντηση στο ερώτημα της αποδοχής ή μη της θεωρίας περί απώλειας θεραπευτικής ευκαιρίας (και) στην ελληνική έννομη τάξη, δέον να βασισθεί στην θεμελιώδη αρχή που διέπει τις ρυθμίσεις του δικαίου του αδικήματος στο σύνολό τους⁵⁸⁸. Παραδοσιακά δύο ήταν οι πόλοι της συζήτησης περί των κανονιστικών θεμελίων του δικαίου του αδικήματος: αφενός η αρχή του μη βλάπτειν άλλον (*alterum non laedere*), που προβαλλόταν εντόνως ήδη στις κωδικοποιημένες πηγές του Ρωμαϊκού δικαίου, και αφετέρου η αρχή της διορθωτικής δικαιοσύνης, αναγόμενη στην διδασκαλία του Αριστοτέλη⁵⁸⁹.

Όσον αφορά την πρώτη αρχή, δέον να υπομνησθεί ότι η δικαιοσύνη απαιτεί από τον καθέναν από εμάς να μην βλάπτει απολύτως κανέναν άλλον, οποιοσδήποτε και αν είναι αυτός⁵⁹⁰. Κρίσιμος λοιπόν είναι ο προσδιορισμός των σχέσεων βλάβης όπου δεν έχουν καμία απολύτως σημασία και επιρροή τα χαρακτηριστικά των μετεχόντων προσώπων (κοινωνική θέση, ιδιότητες κ.λπ.)⁵⁹¹.

Περαιτέρω, η σαφής διάκριση μεταξύ των αρχών της διορθωτικής (ή της μη διανεμητικής⁵⁹²) και της διανεμητικής δικαιοσύνης συνιστά μια θεμελιώδη διάκριση με μακρά ιστορία στην φιλοσοφία του δικαίου⁵⁹³. Σχηματικά (αλλά ουσιαστικά), κατά τον Αριστοτέλη⁵⁹⁴, η διανεμητική δικαιοσύνη διέπει την δίκαιη διανομή διανεμητέων αγαθών μεταξύ τουλάχιστον δύο ατόμων με

φαίνεται να καταλήγουν στα ίδια πρακτικά αποτελέσματα, εντούτοις θεωρεί πως αυτό θα είναι συγκυριακό. Τονίζει δε ότι η εφαρμογή της θεωρίας της απώλειας ευκαιρίας προϋποθέτει την πλήρωση ορισμένων προϋποθέσεων, όπως ιδίως την ύπαρξη διακυβέυματος και τον σοβαρό χαρακτήρα της απωλεσθείσας ευκαιρίας (βλ. ανωτέρω, Κεφ. Γ. υπό Π.3. ε.). Η διάκριση στην οποία προβαίνει μοιάζει να ερείδεται στην διάκριση ανάμεσα στην προσέγγιση του προβλήματος της απώλειας ευκαιρίας που αντιμετωπίζει την ευκαιρία ως έννομο αγαθό (προσέγγιση υπό το πρίσμα της οποίας ορθά κατά τον *Μάνθο*, ό.π. (υποσ. 36), σ. 4 πρέπει να αντιμετωπίζεται το σχετικό πρόβλημα) και στην «νόθο» θεωρία για την χαλάρωση του μέτρου απόδειξης του αιτιώδους συνδέσμου (βλ. ανωτέρω, Εισαγωγή υπό II).
⁵⁸⁷ Πρβλ. *Βασιλόγιαννη*, ΟΛΙΓΟΝΟΜΙΑ, δοκιμές μια συγκριτικής φιλοσοφίας του κοινοδικαίου (υπό έκδοση), σ. 31: «όσο βαθύτερη μάλιστα η νομική διαφωνία, τόσο υψηλότερο το επίπεδο της φιλοσοφικής αφάιρεσης». Η αναλυτική παρουσίαση των εν λόγω αρχών εκφεύγει των ορίων της ανά χείρας εργασίας. Σκόπιμη κρίνεται η επισήμανση ορισμένων κρίσιμων σημείων στο μέτρο που πιστεύεται πως επικουρούν στον σχηματισμό του θεμελίου επί του οποίου θα στηριχθούν οι παρατηρήσεις του γράφοντος σχετικά με την θεωρία περί απώλειας θεραπευτικής ευκαιρίας.
⁵⁸⁸ Βλ. και *Σούρλα*, Βλάβη και ζημία: μία αναγκαία διάκριση στο δίκαιο του αδικήματος, σε Τιμ.Τόμ. Φίλ. Δωρή-Π (2015), σελ. 1470, 1477. Να σημειωθεί ότι ο συγγραφέας (σελ. 1467, υποσ. 2) διευκρινίζει πως με τον όρο αστικό αδίκημα στα πλαίσια της μελέτης του ονομάζει κάθε πράξη που καλύπτει τις προϋποθέσεις του άρθρ. ΑΚ 914. Ομοίως ισχύει η αυτή διευκρίνιση και για την ανά χείρας μελέτη.
⁵⁸⁹ Βλ. *Σούρλα*, ό.π. (υποσ. 588), σελ. 1475.

⁵⁹⁰ Πρόκειται για το συμπέρασμα στο οποίο καταλήγει ο Σωκράτης, το οποίο συναντάμε σε χωρίο στην Πολιτεία του Πλάτωνος (Πολ. 335 d-e). Βλ. αναλυτικά *Σούρλα*, ό.π. (υποσ. 588), σελ. 1479 επ.

⁵⁹¹ Βλ. *Σούρλα*, ό.π. (υποσ. 588), σελ. 1479-1480, ο οποίος επισημαίνει πως στα αδικήματα η απαγόρευση είναι καθολική, δηλαδή δεν έχουν καμία σημασία και επιρροή οι ιδιαίτερες σχέσεις βλάπτοντος και βλαπτομένου.

⁵⁹² Όρος που προτιμάται από τον *Βασιλόγιαννη*.

⁵⁹³ Βλ. *Βασιλόγιαννη*, ό.π. (υποσ. 587), σ. 143, ο οποίος χαρακτηριστικά αναφέρει ήδη στην Εισαγωγή του έργου του (σ. 22) ότι: «Η μη διανεμητική δικαιοσύνη αποτελεί το ηθικό και πολιτικό θεμέλιο του ιδιωτικού δικαίου στον κανονιστικό του πυρήνα. Η διανεμητική δικαιοσύνη αποτελεί αντιστοίχως το ιδανικό θεμέλιο ενός σχήματος κοινωνικής συνεργασίας μάλλον στην ονομαστική του αξία».

⁵⁹⁴ Ο οποίος πραγματεύεται την αρετή και τις αρχές της δικαιοσύνης στο πέμπτο βιβλίο των Ηθικών Νικομαχείων.

βάση κάποιο κριτήριο αξίας, π.χ. τις ανάγκες κάθε μετέχοντος στην κρίσιμη διανομή (γι' αυτό και αποτελεί η εν λόγω μορφή δικαιοσύνης «αναλογική δικαιοσύνη» ή «ισότητα λόγων»)⁵⁹⁵. Ενώ η διορθωτική δικαιοσύνη διέπει, σύμφωνα με τον Αριστοτέλη, τις δίκαιες συναλλαγές με το σχετικό σχήμα της μορφής αυτής δικαιοσύνης να έχει την εξής δομή: υφίσταται μια αφετηρία (μια αρχική θέση, δηλαδή μια προδοσμένη κατάσταση πραγμάτων), δύο μέρη της διαφοράς και μόνον δύο, και η διάπραξη κάποιας μορφής αδικίας ή κάποιας συναλλαγής μεταξύ τους⁵⁹⁶. Η διορθωτική δικαιοσύνη έχει έναν επανορθωτικό ρόλο υπό την έννοια της επαναφοράς του θύματος της συναλλακτικής αδικίας στην αρχική του θέση, μάλιστα στην μορφή αυτή δικαιοσύνης, αποκλειστική σημασία έχει η αντικειμενική αξία των εκατέρωθεν εκούσιων ή ακούσιων παροχών, ενώ η αξία προσώπων και οι διάφοροι προσδιοριστικοί της παράγοντες δεν έχουν καμία απολύτως σημασία και επιρροή⁵⁹⁷.

Με αφετηρία λοιπόν το ότι η διορθωτική (ή μη διανεμητική) δικαιοσύνη τίθεται ως βάση του δικαίου του αδικήματος⁵⁹⁸, η σχέση που δημιουργείται συναφώς είναι αυστηρά διμερής και η υποχρέωση αποκατάστασης της αρχικής ισότητας, η απόκλιση από την οποία στοιχειοθέτησε την ζημία, δεν συνάπτεται απλώς με την καθ' οιονδήποτε τρόπο πρόκληση ενός ζημιόγνου αποτελέσματος, αλλά με μία τέλεση πράξης που συνιστά αυθαίρετη επέμβαση στην έννομη σφαίρα του άλλου, δηλαδή σφετερισμό ενός ήδη κεκτημένου αγαθού του⁵⁹⁹. Άρα, το κρίσιμο ζήτημα είναι αν κάποιο από τα μετέχοντα πρόσωπα ευθύνεται όχι μόνο ως προς το ότι οφείλει, γιατί το προβλέπει ο νόμος, να αποκαταστήσει την ζημία αλλά ήδη ένα βήμα πριν, επειδή πρέπει

⁵⁹⁵ Βλ. Βασιλόγιαννη, ό.π. (υποσ. 587), σ. 144-145· Σούρλα, ό.π. (υποσ. 588), σελ. 1486-1489.

⁵⁹⁶ Βλ. Βασιλόγιαννη, ό.π. (υποσ. 587), σ. 144-145· Σούρλα, ό.π. (υποσ. 588), σελ. 1484.

⁵⁹⁷ Βλ. Βασιλόγιαννη, ό.π. (υποσ. 587), σ. 145-146· Σούρλα, ό.π. (υποσ. 588), σελ. 1484-1485. Σημειωτέον πως ο Αριστοτέλης χαρακτηρίζει τις συμβάσεις ως εκούσια συναλλάγματα και τα αδικήματα ως ακούσια συναλλάγματα.

⁵⁹⁸ Βλ. μεταξύ άλλων Weinrib, *The Idea of Private Law* (Cambridge, MA: Harvard University Press), 1995, 56 επ.· Peter Benson, "The Basis of Corrective Justice and its Relation to Distributive Justice", *Iowa Law Review* 77 (1992), 515 επ.· Σούρλα, ό.π. (υποσ. 588), σελ. 1467 επ.· Βασιλόγιαννη, ό.π. (υποσ. 587). Υπάρχουν όμως και συγγραφείς που ως βάση του δικαίου του αδικήματος θέτουν ουσιαστικά την διανεμητική δικαιοσύνη θεωρώντας συναφώς χαρακτηριστική την ύπαρξη ενός πολυμερούς πλέγματος σχέσεων που από την μια πλευρά βρίσκονται τα πρόσωπα ως φορείς αγαθών και από την άλλη πλευρά τα πρόσωπα ως υποκείμενα διαφόρων δραστηριοτήτων και οι σχέσεις μεταξύ τους μεσολαβούνται από την πολιτεία που χρησιμοποιώντας ως εργαλεία τους νόμους και τα δικαστήρια που τους εφαρμόζουν κατανέμει μεταξύ των προσώπων αυτών τους κινδύνους επέλευσης των ζημιών προβαίνοντας στην εξής στάθμιση: από την μια πλευρά τίθενται τα πληττόμενα αγαθά και από την άλλη η ελευθερία δράσης του προσώπου από την συμπεριφορά του οποίου προκλήθηκε η ζημία. Η επιταγή λοιπόν αποκατάστασης της ζημίας στοχεύει στην άρση της αδικίας που υφίσταται κάποιος όταν κατά την κατανομή αυτή επωμίστηκε μεγαλύτερο μερίδιο κινδύνου από όσο του αναλογούσε με βάση το κοινό μέτρο της διανομής, το παράπονό του δε, στρέφεται πρωτίστως έναντι της πολιτείας και όχι ευθέως έναντι του προσώπου που επιβαρύνθηκε με αναλογικά μικρότερο μερίδιο κινδύνου (βλ. Σούρλα, ό.π. (υποσ. 588), σελ. 1488-1489, όπου και υποσ. 42). Όσον αφορά έτι περαιτέρω την σχολή της οικονομικής ανάλυσης του δικαίου, αυτή θεωρεί με λειτουργιστικό τρόπο ότι η υποχρέωση αποκατάστασης της ζημίας από τον ζημιώσαντα προς τον ζημιωθέντα θεωρείται ως ένα απλό μέσο, ένα εργαλείο για την επίτευξη γενικών κοινωνικών στόχων που καταρχήν είναι ανεξάρτητοι και άρα εξωτερικοί προς το δίκαιο του αδικήματος. Βασικός δε παράγοντας της αποτελεσματικότητας και συγκριτικό πλεονέκτημα της καθιέρωσης της αδικοπρακτικής ευθύνης είναι η προληπτική της λειτουργία. Με αυτόν τον τρόπο οι οπαδοί της οικονομικής ανάλυσης του δικαίου φθάνουν στο σημείο να υποβαθμίσουν εντελώς ακόμη και την αποκαταστατική λειτουργία της αδικοπρακτικής ευθύνης (βλ. αναλυτικά Σούρλα, ό.π. (υποσ. 588), σελ. 1489, υποσ. 42, 1491 επ.). Αναλυτικά για την σχολή της οικονομικής ανάλυσης του δικαίου, βλ. μεταξύ άλλων Παπανικολάου, ό.π. (υποσ. 35), σ. 115 επ., με περαιτέρω παραπομπές.

⁵⁹⁹ Βλ. Σούρλα, ό.π. (υποσ. 588), σελ. 1489 επ. Βλ. και Βασιλόγιαννη, ό.π. (υποσ. 587), σ. 213-214: «...η περίπτωση της προκλήσεως βλάβης προϋποθέτει ήδη τίτλο του προσώπου...Η συμμετρική σχέση ενάγοντος και εναγομένου, δηλαδή αξιώσεως αποζημιώσεως και βλάβης...σημαίνει, εν προκειμένω, την οργανωτική αρχή ενός επόμενου κεφαλαίου: του δικαίου των αδικοπραξιών, ως κανονιστικά διακριτού κλάδου του ιδιωτικού δικαίου». Για την εξαιρετικά ενδιαφέρουσα σύλληψη της έννομης τάξης ως αλυσιδωτού αφηγήματος στην οποία προβαίνει ο Βασιλόγιαννης εμπνεόμενος από μια πολύ γνωστή προσφυή μεταφορά του Ronald Dworkin, βλ. αναλυτικά Βασιλόγιαννη, ό.π. (υποσ. 587), σ. 200 επ.

να του καταλογιστούν τα γεγονότα που προκάλεσαν την ζημία γιατί αυτά αποτελούν συστατικό στοιχείο ή προέκταση μιας επίμεμπτης συμπεριφοράς του ειδικά έναντι του ζημιωθέντος, με άλλα λόγια η υποχρέωση του ζημιώσαντος προς αποκατάσταση της ζημίας είναι «δευτερογενής, παρακολουθηματική της πρωτογενούς υποχρέωσής του να απόσχει από τη συμπεριφορά εκείνη που του καταλογίζεται ως επίμεμπτη ειδικά απέναντι στον ζημιωθέντα»⁶⁰⁰. Έτι περαιτέρω, σημειώνεται ότι οι λόγοι της απαίτησης του ζημιωθέντος και της αντίστοιχης υποχρέωσης του ζημιώσαντος πρέπει να είναι παραπληρωματικοί, ήτοι να ενώνουν τα δύο αυτά πρόσωπα σε μια διμερή σχέση, αλλά και να είναι προσωποπαγείς⁶⁰¹. Προκύπτει λοιπόν αφενός η αναγκαία διάκριση μεταξύ δύο καθηκόντων: του πρωτογενούς καθήκοντος να «μην βλάπτεις άλλον» και του δευτερογενούς καθήκοντος αποκατάστασης της ζημίας, και αφετέρου η κανονιστική σύζευξη τους σε ένα ενιαίο σύνολο που αναδεικνύει την αυτοτέλεια και ακεραιότητα της αδικοπρακτικής ευθύνης, ενώ τα εν λόγω δύο καθήκοντα συνιστούν από κοινού τις δύο όψεις της μιας και ενιαίας διορθωτικής δικαιοσύνης⁶⁰².

Αναγκαία λοιπόν αναδεικνύεται η σαφής διάκριση μεταξύ της βλάβης (προσβολή δικαιώματος) που επιτρέπει να γίνεται λόγος για αδίκημα και της ζημίας που προκύπτει από αυτήν για τον αδικηθέντα⁶⁰³. Άρα, κρίσιμη είναι η βλάβη, ήτοι η προσβολή δικαιώματος και όχι η ζημία, δηλαδή η επιδείνωση πραγματικής κατάστασης (εάν δεν προσβάλλει κάποιος δικαίωμα κάποιου άλλου, η ζημία πίπτει ελεύθερα οπουδήποτε)⁶⁰⁴. Οι προσβολές ή βλάβες που στοιχειοθετούν το αδίκημα ώστε σε επόμενο βήμα να μπορεί να μετακυλιστεί στον αδικήσαντα η ζημία που υπέστη ο αδικηθείς στην περιουσία του είναι εκείνες «...οι προσβολές εκείνων των δικαιωμάτων που ανήκουν στον πυρήνα του προσώπου και ως προς τα οποία αυτό έχει αξίωση εξατομικευμένου σεβασμού απέναντι σε όλους. Στην κατηγορία αυτή ανήκουν αφ' ενός τα αναπαλλοτρίωτα δικαιώματα που εξ αρχής έχει ο καθένας ως πρόσωπο (όπως είναι ιδίως τα δικαιώματα επί της ζωής του, της σωματικής ακεραιότητας και υγείας του, του ανεμπόδιστου της φυσικής του κίνησης, του ονόματος και της τιμής του) και αφ' ετέρου όσα επίκτητα δικαιώματα του ανήκουν

⁶⁰⁰ Σούρλας, ό.π. (υποσ. 588), σελ. 1490, όπου και σχετική κρίσιμη υποσ. 44. Βλ. και Σπερδόκλη, ό.π. (υποσ. 167), σ. 62.

⁶⁰¹ Βλ. Σούρλα, ό.π. (υποσ. 588), σελ. 1498-1499.

⁶⁰² Βλ. Σούρλα, ό.π. (υποσ. 588), σελ. 1500, όπου και υποσ. 56. Βλ. και Βασιλόγιαννη, ό.π. (υποσ. 587), σ. 476-477, που προσφυώς αναφέρει πως το αρνητικό καθήκον της μη προκλήσεως βλάβης αποτελεί παραδειγματικό καθήκον («φυσικό» στην γλώσσα της ηθικής και πολιτικής φιλοσοφίας).

⁶⁰³ Σούρλας, ό.π. (υποσ. 588), σελ. 1501-1503, ο οποίος επισημαίνει την εσφαλμένη εντύπωση, που δημιουργείται από το ότι η έννομη συνέπεια των αδικοπρακτικών ρυθμίσεων είναι η υποχρέωση αποζημίωσης, ότι η (αρνητική) κανονιστική σημασία των αδικημάτων συνίσταται στην πρόκληση ζημίας. Ως παράδειγμα (σελ. 1503) δε για να καταδείξει το εσφαλμένο αυτής της εντύπωσης χρησιμοποιεί το ιατρικό σφάλμα: «...ο ασθενής που ενάγει τον γιατρό του δεν έχει την εντύπωση ότι εκείνο που βαρύνει περισσότερο και που πρωτίστως πρέπει να αποδείξει είναι η περιουσιακή του ζημία με την ειδική μορφή της απώλειας εισοδημάτων εξ αιτίας της περιορισμένης πλέον ικανότητάς του προς εργασία (ως ενός από τα επί μέρους συμφέροντα στα οποία κατατέμενεται η υγεία του), η προσβολή της οποίας συνιστά και το αδίκημα, αλλά ότι, αναπόσπαστα από αυτό, ως βάση της αγωγής του και ως βασική μομφή του κατά του αντιδίκου του πρέπει να αποδείξει το ιατρικό σφάλμα, και μάλιστα όχι ως επιπρόσθετο χαρακτηριστικό της πράξης του, αλλά ως στοιχείο του πυρήνα της αξιόμεμπτης συμπεριφοράς απέναντί του, λόγω της οποίας ζητάει τη δικαστική προστασία. Αντίστροφα ο εναγόμενος θεωρεί ότι εκείνο που του καταλογίζεται και για το οποίο ενάγεται δεν είναι αδιαφοροποίητα η πρόκληση ζημίας από προσβολή της ικανότητας προς εργασία ενός άλλου, αλλά η παράβαση ενός κανόνα της ιατρικής τέχνης και η συνακόλουθη βλάβη της υγείας του ασθενούς, από όπου στη συνέχεια προέκυψε η ζημία που πρέπει να αποκαταστήσει».

⁶⁰⁴ Βλ. και Βασιλόγιαννη, ό.π. (υποσ. 587), σ. 267 επ., ο οποίος αναφέρεται διεξοδικά στον θεσμικό κίνδυνο για την φιλελεύθερη και δημοκρατική έννομη τάξη που συνεπάγεται το να εκλαμβάνεται η ζημία (κάθε έστω σημαντική ζημία) σε καταρχήν (και) βλάβη, ενώ διακρίνει ρητώς το συμφέρον από το δικαίωμα και επισημαίνει πως «η ζημία προϋποθέτει επιδείνωση συμφερόντων (ευημερίας) ενώ η βλάβη προσβολή δικαιώματος ως τίτλου (εξαναγκασμού)».

ήδη, εφόσον είναι τέτοιας φύσης ώστε να νομιμοποιείται ως προς αυτά να αξιώνει από τον κάθε άλλον το σεβασμό τους επειδή αυτός είναι ταυτόχρονα και σεβασμός του ως προσώπου»⁶⁰⁵.

Με βάση τα παραπάνω λοιπόν, καταγράφονται κατωτέρω ορισμένες σκέψεις σχετικά με την θεωρία περί απώλειας ευκαιρίας στον χώρο της αστικής ιατρικής ευθύνης. Ζήτημα είναι το εάν μπορεί η θεωρία αυτή μπορεί να «ενσωματωθεί» στο δόγμα του δικαίου του αδικήματος εξασφιλοζομένης της απαιτούμενης συνοχής και ακεραιότητας με αυτό.

Έστω λοιπόν η περίπτωση του ιατρικού σφάλματος. Πέρα από τον αιτιώδη σύνδεσμο και την ζημία, πιστεύεται πως ο προβληματισμός πρέπει να ξεκινήσει από διαφορετική βάση. Κρίσιμο είναι να εξετασθεί εάν σε περιστατικά «απώλειας θεραπευτικής ευκαιρίας» έχει παραβιασθεί κάποιο δικαίωμα του ασθενούς στην διαπροσωπική του σχέση με τον ιατρό. Εάν ναι, τότε έχει παράπονο δικαιοσύνης' εάν όχι, τότε η ζημία -εάν κάποια ζημία επέλθει- πίπτει οπουδήποτε. Στο επίκεντρο του προβληματισμού δηλαδή τοποθετείται ο νόμιμος λόγος ευθύνης.

Κατά τα προειρημένα, σε περιστατικά ιατρικού σφάλματος ο ιατρός έχει ήδη επιδείξει αφροντιστία. Το μέτρο της επιβαλλόμενης προσοχής και του οφειλόμενου σεβασμού είναι (εκεί τουλάχιστον όπου η αφροντιστία αφορά ήδη στο παράνομο και όχι απλώς στον καταλογισμό) κάτι το δεδομένο εκ των προτέρων βάσει προϋφιστάμενων κανόνων συμπεριφοράς στο πεδίο της ιατρικής δραστηριότητας (*leges artis*)⁶⁰⁶. Η χρονική και τοπική απόσταση που υφίσταται μεταξύ της συμπεριφοράς αυτής και της προσβολής του ασθενούς, με την οποία ο τελευταίος εξασπιμίζεται ως συγκεκριμένο πρόσωπο, δεν είναι κανονιστικά κρίσιμη, επειδή η επίδειξη έλλειψης σεβασμού από τον ιατρό απέναντι σε άλλα πρόσωπα, νοούμενα εξαρχής ως εξατομικεύσιμα, έχει ολοκληρωθεί προ της πραγματώσεως του κινδύνου ήδη με την τέλεση της πράξης του' το αρνητικό αποτέλεσμα (η ζημία) ενδέχεται να μην επέλθει ποτέ και τότε μπορεί να ειπωθεί ότι ο ιατρός στάθηκε τυχερός, εάν όμως επέλθει, δεν μπορεί να ειπωθεί ότι ο ιατρός στάθηκε άτυχος⁶⁰⁷.

Το ζήτημα σε περιστατικά «απώλεια θεραπευτικής ευκαιρίας», από ό,τι διαφάνηκε, είναι να διαπιστωθεί η προσβολή ενός κεκτημένου δικαιώματος του ασθενούς (η τέλεση ιατρικού σφάλματος είναι δεδομένη). Μπορεί όμως να γίνει λόγος για προσβολή δικαιώματος όταν ο ιατρός στέρησε από τον ασθενή την πιθανότητα θεραπείας;

Πρόσφατα διατυπώθηκε από τον καθηγητή Weinrib μία -όπως πιστεύεται πειστική- πρόταση για μια νέα προσέγγιση της θεωρίας περί απώλειας ευκαιρίας, ώστε αυτή να εναρμονιστεί με το δόγμα του αστικού αδικήματος⁶⁰⁸. Συγκεκριμένα, ο Weinrib εξηγεί ότι υπάρχει μία κατηγορία δικαιωμάτων «που προκύπτουν μέσα και μέσω των αλληλεπιδράσεων των προσώπων», τα δικαιώματα δε αυτά ισχύουν μόνο μεταξύ των προσώπων η αλληλεπίδραση των οποίων τα δημιουργήσει (*in personam*), κλασικό δε παράδειγμα αυτής της κατηγορίας δικαιωμάτων είναι το

⁶⁰⁵ Σούρλας, ό.π. (υποσ. 588), σελ. 1505-1506, αλλά και σελ. 1494-1496, όπου και αναφορά στο μνημειώδες έργο του John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge, MA: Harvard University Press), 1971. Ο Σούρλας, ό.π. (υποσ. 588), σελ. 1506 περαιτέρω επισημαίνει πως η γενική ελευθερία δράσης δε συνιστά δικαίωμα διότι κανένας δεν έχει έναντι άλλων εξαναγκαστή αξίωση να σεβασθούν κατά την ουσία τους τα σχέδια ζωής του που τυγχάνει να έχει κάνει και τα οφέλη που προσδοκά εξ αυτών, σε όση έκταση δεν έχουν ήδη ενσωματωθεί σε δικαιώματα. Για το ότι δηλαδή η αξίωση αντιστοιχεί σε υποχρέωση, ενώ η γενική ελευθερία δράσης αντιστοιχεί στην μη ύπαρξη αντίθετης αξίωσης, αλλά και την γενική τυπολογία των σχέσεων ιδιωτικού δικαίου δανεισμένη από τον Wesley Newcomb Hohfeld, βλ. Βασιλόγιαννη, ό.π. (υποσ. 587), σ. 155.

⁶⁰⁶ Βλ. Σούρλας, ό.π. (υποσ. 588), σελ. 1514-1515.

⁶⁰⁷ Βλ. Σούρλας, ό.π. (υποσ. 588), σελ. 1515-1516.

⁶⁰⁸ Weinrib, "Causal Uncertainty" (2016) 36:1 Oxford J Leg Stud [Weinrib, "Causal Uncertainty"];, 160

δικαίωμα εκτέλεσης της σύμβασης' ένα άλλο παράδειγμα όμως δικαιώματος που βασίζεται στην εμπιστοσύνη ("reliance based right") συμβαδίζει με το αδικοπρακτικό δίκαιο όταν υφίσταται ειδική σχέση ώστε ένα πρόσωπο να βασίζεται σε δηλώσεις ενός ειδικού και, άρα, εάν αποδειχθεί αμέλεια του ειδικού στα πλαίσια της σχέσης αυτής, τότε κάθε ζημία που προκύπτει από την σχέση αυτή εμπιστοσύνης είναι αποκαταστατέα⁶⁰⁹. Το δίκαιο αναγνωρίζει σε ένα πρόσωπο το δικαίωμα να του επιδειχθεί συγκεκριμένη μεταχείριση από ένα άλλο πρόσωπο («ειδικός»), όταν έχει βασισθεί στην δέσμευση εκείνου να ενεργήσει με αυτόν τον τρόπο⁶¹⁰ και, άρα, εάν ο τελευταίος δεν ενεργήσει με αυτόν τον τρόπο, το δικαίωμα του ενάγοντος έχει παραβιαστεί και η ζημία του πρέπει να αποκατασταθεί' η απώλεια ευκαιρίας επέλευσης ενός ευνοϊκού αποτελέσματος, αν και δεν αποτελεί ανεξάρτητο δικαίωμα, μπορεί να αποτελέσει αποκαταστατέα ζημία εάν έχει επέλθει η ως άνω προσβολή⁶¹¹.

Στην περίπτωση λοιπόν του ιατρικού σφάλματος, δημιουργείται η εξής κρίσιμη σχέση μεταξύ ιατρού και ασθενούς: ο ασθενής βασίζεται στην αντιμετώπιση του ιατρού για την παροχή αυξημένης πιθανότητας επιβίωσης ή ανάρρωσης και άρα έχει δικαίωμα να του παρέχεται θεραπεία σύμφωνα με αυτήν την δέσμευση, εάν δε ο ιατρός ενεργήσει αμελώς, το δικαίωμα του ασθενούς παραβιάζεται⁶¹². Δεν θεωρείται ότι ο ασθενής έχει ανεξάρτητο δικαίωμα στην ευκαιρία αποφυγής της ζημίας, όπως έχει δικαίωμα στην ζωή και στην σωματική του ακεραιότητα, αντίθετα, το δικαίωμά του είναι η επίδειξη επιμελούς συμπεριφοράς από τον ιατρό απέναντί του κατά την εκτέλεση μιας υποχρέωσης στην οποία ο ασθενής βασίζεται (κατόπιν πρόσκλησης του ιατρού)⁶¹³. Ο σκοπός της δεσμεύσεως είναι να επιτρέψει στον ασθενή να έχει μια ευκαιρία (οποιαδήποτε) να επιβιώσει ή να ιαθεί από την ασθένεια και ο ασθενής έχει το δικαίωμα να συμπεριφέρεται σύμφωνα με αυτόν τον σκοπό, η απώλεια δε της θεραπευτικής ευκαιρίας είναι η εξειδίκευση της προσβολής αυτού του δικαιώματος του ασθενούς και η πιθανότητα πραγματοποίησης της ευκαιρίας είναι το μέτρο της αποζημίωσης του ασθενούς για την απώλειά του⁶¹⁴.

Περαιτέρω, ο ασθενής στις περιπτώσεις βλαπτικής εμπιστοσύνης ("circumstances of detrimental reliance") δεν περιορίζεται στην ανάκτηση της απωλεσθείσας ευκαιρίας, εάν η βλάβη της σωματικής του ακεραιότητας είναι η αποδεδειγμένη συνέπεια αυτής της βλαπτικής συμπεριφοράς του ιατρού⁶¹⁵. Ελλείψει όμως του δυσμενούς αποτελέσματος (θάνατος, βλάβη της υγείας), ο ασθενής δεν έχει υποστεί κάποια βλάβη που επί νομίμου συμπεριφοράς του ιατρού ενδέχεται να είχε αποφευχθεί⁶¹⁶. Σε αυτό το σημείο έχει προβληθεί η ένσταση περί ύπαρξης μιας

⁶⁰⁹ Weinrib, ό.π. (υποσ. 608), 161.

⁶¹⁰ Πρβλ. και την διάκριση υποχρεώσεων παροχής μέσωσ και αποτελέσματος ανωτέρω στην Εισαγωγή υπό Ι.

⁶¹¹ Βλ. Weinrib, ό.π. (υποσ. 608), 162.

⁶¹² Βλ. Weinrib, ό.π. (υποσ. 608), 160-164. Πρβλ. και Βασιλόγιαννη, ό.π. (υποσ. 587), σ. 371 επ. Πρβλ. επίσης και Σούρλα, ό.π. (υποσ. 588), σελ. 1505, ο οποίος αναφέρει: «...στον κοινωνικό συγχρωτισμό μας με όλους τους άλλους ισχύει για τον καθένα μας ότι η ευθύνη για τις συνέπειες των πράξεών μας δεν μπορεί να συμπεριλαμβάνει και την εγγυητική ανάληψη του βάρους ότι από αυτές δεν θα ματαιωθούν βιοτικά σχέδια τρίτων γενικώς και απροσώπως, προς τους οποίους δεν μας συνδέει άλλη σχέση πέρα του κοινωνικού συγχρωτισμού...».

⁶¹³ Βλ. Weinrib, ό.π. (υποσ. 608), 163. Ο Weinrib απορρίπτει (ορθά) λοιπόν την ύπαρξη δικαιώματος στην ευκαιρία αναφέροντας χαρακτηριστικά (158): "Through the requirement of factual causation tort law seems to protect the right to physical integrity in a way that excludes the right to the chance".

⁶¹⁴ Βλ. Weinrib, ό.π. (υποσ. 608), 163.

⁶¹⁵ Βλ. Weinrib, ό.π. (υποσ. 608), 163, ο οποίος αναφέρει χαρακτηριστικά: "...there is no basis for giving the defendant the reciprocal benefit of reducing full liability to proportional liability when the plaintiff can prove factual causation on the balance of probabilities".

⁶¹⁶ Βλ. Weinrib, ό.π. (υποσ. 608), 163, ο οποίος και αναφέρει πως: "The liability is the result not merely of the loss of the chance, but also of the plaintiff's detrimental reliance on the defendant's undertaking". Παρατίθεται και το σχετικό εξαιρετικά ενδιαφέρον και αν μη τι άλλο διαφωτιστικό ως προς το σημείο αυτό χωρίο (162): "The materialisation of the outcome without the plaintiff getting the benefit of the chance constitutes the injury to the plaintiff's right, an

αναντιστοιχίας μεταξύ του δικαιώματος που προστατεύεται και της νομικής προσφυγής για την προστασία του, αφού λέγεται συναφώς πως, αν και το δικαίωμα που διατυπώνει ο Weinrib είναι ανεξάρτητο από οιοδήποτε τελικό αποτέλεσμα -είναι ένα δικαίωμα σε θεραπεία που συνάδει με την βελτίωση των πιθανοτήτων-, ταυτόχρονα όμως η νομική προσφυγή για την προστασία αυτού του δικαιώματος εξαρτάται από την εκδήλωση του τελικού αποτελέσματος αυτής της πιθανότητας⁶¹⁷. Όμως η ένσταση αυτή μοιάζει να πάσχει σε δύο σημεία. Πρώτον, εκλαμβάνει λαθεμένα ότι η προσβολή του δικαιώματος του ασθενούς απέναντι στον ιατρό για επίδειξη επιμελούς συμπεριφοράς (με την απώλεια θεραπευτικής ευκαιρίας να αποτελεί εξειδίκευση της εν λόγω προσβολής) επέρχεται χωρίς την επέλευση του θανάτου ή της βλάβης της υγείας του ασθενούς, μόνον με την πραγματοποίηση της αρνητικής έκβασης μπορεί να γίνει λόγος για απώλεια ευκαιρίας επιβίωσης ή θεραπείας⁶¹⁸. Και δεύτερον φαίνεται να παραβλέπει πως για να γεννηθεί ευθύνη προς αποζημίωση απαιτείται να επέλθει ζημία, η οποία όμως γεννάται αφού επέλθει ο θάνατος ή η βλάβη της υγείας του ασθενούς⁶¹⁹. Στο επιχείρημα ακόμη που μπορεί να προταθεί περί εργαλειοποίησης της αστικής ευθύνης μέσω της θεωρίας της απώλειας θεραπευτικής ευκαιρίας, η απάντηση πιστεύεται πως βρίσκεται ήδη στην δεοντοκρατική θεώρηση του ζητήματος που παρουσιάστηκε, η οποία δεν έχει σχέση με λειτουργιστικές και συνεπειοκρατικές προσεγγίσεις.

Με βάση λοιπόν την προσέγγιση του Weinrib, πιστεύεται πως η απώλεια ευκαιρίας επιβίωσης ή θεραπείας μπορεί να εναρμονιστεί με το δόγμα της αδικοπραξίας στο πλαίσιο ειδικά της ιατρικής ευθύνης⁶²⁰. Σε μεθοδολογικό μάλιστα επίπεδο, θα μπορούσε να υποστηριχθεί πως ήδη από την έννοια του παρανόμου της ΑΚ 914 μπορεί να θεωρηθεί προστατευτέο αυτό το δικαίωμα. Με την ως άνω πρόταση δεν υφίσταται μάλιστα απόκλιση από την αρχή «όλα ή τίποτε», εφόσον η ζημία που προκύπτει από την απώλεια ευκαιρίας καλύπτεται ολόκληρη έστω και αν έχει αναλογική συνάφεια με την τελική ζημία που προκύπτει από την βλάβη του σώματος ή της υγείας. Άλλωστε, όσον αφορά τον υπολογισμό της αποζημίωσης, αυτό είναι ένα δευτερεύον ζήτημα⁶²¹. Εδώ μπορεί κάλλιστα να δώσει λύσει η οικονομική προσέγγιση περί υπολογισμού της ζημίας από απώλεια ευκαιρίας με σημείο αναφοράς την τελική ζημία και συγκεκριμένα σε ποσοστιαία συνάρτηση προς αυτήν⁶²².

injury unaffected by the plaintiff's inability to show that the treatment would probably have spared her the final outcome. Because the injury to the plaintiff's right was not the final outcome itself but the plaintiff's suffering of this outcome without the benefit of the chance, the chance can serve as the basis of the ensuing compensation".

⁶¹⁷ Βλ. *Nayha Acharya*, "No More Chances for Lost Chances: A Weinribian Response to Weinrib", (2019) 12:2 McGill JL & HEALTH 205, 220-221. Σε αυτό το άρθρο υπάρχει μια ενδιαφέρουσα παρουσίαση μιας γενικότερης κριτικής και ενστάσεων απέναντι στην πρόταση του Weinrib (214 επ.).

⁶¹⁸ Βλ. και ανωτέρω, υποσ. 616.

⁶¹⁹ Πρβλ. και *Σούβλα*, ό.π. (υποσ. 588), σελ. 1475-1476.

⁶²⁰ Οι σκέψεις που προηγήθηκαν ως προς το ιατρικό σφάλμα πιστεύεται πως μπορούν με τις κατάλληλες προσαρμογές να μετατεθούν και στην περίπτωση αυθαίρετης ιατρικής πράξης στο μέτρο όμως που δεν υφίσταται διάσταση στην προσέγγιση της θεωρίας της απώλειας θεραπευτικής ευκαιρίας ανάλογα με το εάν ο νόμιμος λόγος ευθύνης είναι η αυθαίρετη ιατρική πράξη ή το ιατρικό σφάλμα (βλ. αναλυτικά ανωτέρω, Κεφ. Γ. υπό Ι.1).

⁶²¹ Πρβλ. ανωτέρω, σ. 87-88, όπου και υποσ. 600.

⁶²² Πρβλ. *Βασιλόγιαννη*, ό.π. (υποσ. 587), σ. 91.

Συμπεράσματα

Στην παρούσα μελέτη επιχειρήθηκε η έρευνα της ιατρικής ευθύνης με βάση την θεωρία περί απώλειας ευκαιρίας επιβίωσης ή θεραπείας υπό το πρίσμα της αδικοπρακτικής ευθύνης. Έτι περαιτέρω, με την ένταξη των συναφών νομικών ζητημάτων στην γενικότερη προβληματική της αιτιακής αβεβαιότητας που ταλανίζει νομικούς και μη, το εγχείρημα δεν ήταν άλλο παρά να δοθεί η απαραίτητη νοητική «λαβή» για μια κατά το δυνατόν πληρέστερη κατανόηση της κεντρικής θεματικής.

Ήδη μέσω των εισαγωγικών επισημάνσεων, αφού εκτέθηκαν -για λόγους διανοητικής αλληλουχίας- γενικώς οι βάσεις της αστικής ιατρικής ευθύνης, τέθηκε επί τάπητος το νομικά σημαντικό ζήτημα στο οποίο αφορά η υπό εξέταση θεωρία, ήτοι η ευθύνη του ιατρού όχι διότι προκάλεσε αιτιωδώς τον θάνατο ή την βλάβη της υγείας του ασθενούς αλλά επειδή εξαιτίας της επιλήψιμης συμπεριφοράς του στέρησε από τον ασθενή κάποια ευκαιρία (άλλως κάποιες πιθανότητες) που είχε εκείνος προ της ιατρικής πράξεως να επιβιώσει ή να θεραπευθεί. Ως αφετηρία δε του σχετικού προβληματισμού τίθεται το πρόβλημα της αδυναμίας διαπίστωσης και απόδειξης του αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ της επιλήψιμης συμπεριφοράς του ιατρού και της τελικής ζημίας του ασθενούς.

Εν συνεχεία, κρίθηκε απολύτως απαραίτητη μία συνοπτική μεν αλλά ουσιαστική δικαιοσυγκριτική επισκόπηση της θεωρίας περί απώλειας θεραπευτικής ευκαιρίας στις έννομες τάξεις της Γαλλίας, της Γερμανίας και των χωρών του αγγλοσαξονικού χώρου. Άλλωστε η έννοια της «απώλειας ευκαιρίας ή πιθανότητας» έχει αναπτυχθεί ιδίως στο γαλλικό δίκαιο, το δε θέμα της ευθύνης του ιατρού για απώλεια ευκαιρίας επιβίωσης ή θεραπείας έχει διαμορφωθεί κατά κύριο λόγο από την γαλλική νομολογία και συνιστά διεθνώς ένα από τα πιο ενδιαφέροντα ζητήματα της ιατρικής ευθύνης⁶²³.

Η ευθύνη λόγω απώλειας θεραπευτικής ευκαιρίας εντάσσεται αναμφιβόλως στην ευρύτερη κατηγορία της αστικής ευθύνης προς αποζημίωση. Η σύντομη λοιπόν παρουσίαση της τελευταίας στα πλαίσια του ημεδαπού δικαίου απετέλεσε πρόσφορο έδαφος για το βασικό κεφάλαιο της ανά χείρας μελέτης: την ιατρική ευθύνη για απώλεια θεραπευτικής ευκαιρίας στην ελληνική έννομη τάξη.

Η αστική ιατρική ευθύνη⁶²⁴ εξαιτίας των ιδιαιτεροτήτων που συνάπτονται με την φύση του ιατρικού επαγγέλματος και την ίδια την φύση του ανθρώπινου οργανισμού φθάνει -κανονιστικά μιλώντας- στα όριά του το δογματικό οικοδόμημα της αδικοπρακτικής ευθύνης. Η αυθαίρετη ιατρική πράξη (μη παροχή έγκυρης συναίνεσης κυρίως λόγω έλλειψης ή μη επαρκούς ενημέρωσης) και το ιατρικό σφάλμα, συνιστώντας τους δύο νόμιμους λόγους της αστικής ιατρικής ευθύνης, οριοθετούν την εξέταση περαιτέρω δογματικών ζητημάτων, γι' αυτό και κρίθηκε σχετική αλλά και απαραίτητη η συνοπτική σκιαγράφησή τους.

Η αρχή «όλα ή τίποτε», που συνιστά βασική αρχή του δικαίου της αποζημίωσης και αποτυπώνει τον κανόνα της αποκατάστασης της ζημίας σε όλη της την έκταση, συντρεχουσών

⁶²³ Βλ. Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 2), σ. 389.

⁶²⁴ Πρβλ. Φουντεδάκη, ό.π. (υποσ. 2), σ. 13, η οποία αναφέρει πως η ιατρική ευθύνη είναι ένα ζήτημα κατανομής του θεραπευτικού κινδύνου μεταξύ ιατρού και ασθενούς.

όλων (!) των προϋποθέσεων της ευθύνης προς αποζημίωση, απετέλεσε το επόμενο ουσιώδες «κομμάτι» που σκοπό είχε να θέσει την στέρεα βάση της βαθύτερης διερεύνησης της προβληματικής της παρούσας μελέτης. Με αφορμή λοιπόν την αρχή αυτή και τις νομοθετικά προβλεπόμενες εξαιρέσεις της, ο συλλογιστικός μίτος προχώρησε αβιάστα στο φαινόμενο της αιτιακής απροσδιοριστίας⁶²⁵. Το φαινόμενο αυτό εκφράζεται με την αδυναμία διαπίστωσης του απαραίτητου αιτιώδους συνδέσμου -υπό την έννοια της *condicio sine qua non*- μεταξύ του νόμιμου λόγου ευθύνης και της ζημίας με συνέπεια την αδυναμία θεμελίωσης αξίωσης αποζημίωσης. Εντοπίστηκε λοιπόν στην πορεία της σχετικής ανάλυσης το δημιουργούμενο «πρόβλημα» στο πεδίο της ιατρικής ευθύνης, ήτοι η αδυναμία θεμελίωσης της αξίωσης αποζημίωσης του ασθενούς με βάση την ΑΚ 914 αφού είναι συχνά αδύνατος για τον δικαστή σε υποθέσεις αστικής ιατρικής ευθύνης ο σχηματισμός πλήρους δικανικής πεποίθησης σχετικά με το αν το ιατρικό σφάλμα (ή η αυθαίρετη ιατρική πράξη) πραγματικά απετέλεσε τον αναγκαίο όρο υπό την έννοια της *condicio sine qua non* για την επέλευση της ζημίας ή αν η τελευταία επήλθε ανεξάρτητα από την επιλήψιμη συμπεριφορά του ιατρού. Συνδέθηκε ακολούθως (αν και με αμφισβητήσεις στην θεωρία) η αβέβαιη αιτιότητα με την προβληματική της νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς, δεδομένου ότι οι περιπτώσεις αυτής (της νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς) αντιμετωπίζονται στο πλαίσιο της φυσικής αιτιότητας και συνδέονται με την αρχή «όλα ή τίποτε» (πάντοτε το σημείο αναφοράς αποτυπωμένο και στα σχετικά παραδείγματα ήταν το πεδίο της ιατρικής ευθύνης).

Στο πλαίσιο αυτών διερευνήθηκε διεξοδικά η θεωρία της απώλειας ευκαιρίας στην ιατρική ευθύνη με γνώμονα τις ειδικότερες συνιστώσες που συναποτελούν το περιεχόμενό της μέσω της ανάλυσης του πεδίου και των προϋποθέσεων εφαρμογής της, αναλύθηκαν δε και οι διάφοροι συσχετισμοί με τα μεγέθη της αιτιώδους συνάφειας και της ζημίας. Σκοπός ήταν να εξετασθεί η λύση που πρακτικά δίδει η υπό πραγμάτευση θεωρία στο «πρόβλημα» της αθεράπευτης αιτιακής απροσδιοριστίας μεταξύ νόμιμου λόγου ευθύνης του ιατρού και ζημίας του ασθενούς, τα πλεονεκτήματα που προσφέρει, οι προτάσεις περί δογματικής θεμελιώσεώς της (εν αναφορά με την ελληνική έννομη τάξη) αλλά και η πολύπλευρη κριτική που της έχει ασκηθεί.

Θεωρήθηκε ωστόσο πως θα ήταν ατελής η ανάλυση της εν λόγω θεωρίας δίχως την συσχέτισή της με τις υπόλοιπες προτάσεις που έχουν υποστηριχθεί και που καλούνται να δώσουν λύση στο επονομαζόμενο «πρόβλημα» για το οποίο έγινε λόγος. Συγκεκριμένα, έλαβε χώρα η επισκόπηση των προτεινόμενων αποδεικτικών διευκολύνσεων, της πραγματιστικής εξήγησης της αιτιότητας, της τυποποιημένης αιτιότητας, της κάμψης της αρχής «όλα ή τίποτε» σε πραγματικά αιτιακής απροσδιοριστίας (με έμφαση στις περιπτώσεις συναιτιότητας με εναπομένουσα αιτιότητα ουδέτερους παράγοντες, αφού αυτές συνιστούν τις πιο συχνές στο πεδίο της ιατρικής ευθύνης και για τις οποίες σε μεθοδολογικό επίπεδο έχει γίνει λόγος για αναλογική εφαρμογή των ΑΚ 926 εδ. β' και ΑΚ 300, για αναλογική εφαρμογή της ΑΚ 300, αλλά και για εφαρμογή της αρχής της καλής πίστης) και, τέλος, της πιθανοτικής αιτιότητας.

Στο τέλος της μελέτης επιδίωξη ήταν να δοθεί μια διαφορετική (;) προσέγγιση της υπό πραγμάτευση θεωρίας μέσω της νύξης σε θέματα αρχής, που αφορούν στα κανονιστικά θεμέλια του δικαίου του αδικήματος: την αρχή της διορθωτικής (ή της μη διανεμητικής) δικαιοσύνης και την αρχή του «μη βλάπτειν». Συναφώς κρίσιμη για την εν λόγω προσέγγιση αποβαίνει η θεμελιώδης διάκριση της βλάβης και της ζημίας και ως επίκεντρο αυτήν την φορά τίθεται ο

⁶²⁵ Θα τολμούσε κανείς να ισχυριστεί πως όσο μελάνι και να χυθεί, πολύ δύσκολα (ή, ίσως με τον κίνδυνο της ταυτολογίας, είναι αβέβαιο αν) θα μπορούσε να αποτυπωθεί σε όλες τις εκφάνσεις του το εν λόγω φαινόμενο.

νόμιμος λόγος ευθύνης και συγκεκριμένα το στοιχείο του παρανόμου. Έτσι, παρουσιάζεται η θεώρηση που προτείνει σχετικά ο Ernest J Weinrib, κατά τον οποίον στην περίπτωση του ιατρικού σφάλματος ο ασθενής βασίζεται στην αντιμετώπιση του ιατρού για την παροχή αυξημένης πιθανότητας επιβίωσης ή ανάρρωσης και άρα έχει δικαίωμα να του παρέχεται θεραπεία σύμφωνα με αυτήν την δέσμευση, εάν δε ο ιατρός ενεργήσει αμελώς, το δικαίωμα του ασθενούς παραβιάζεται. Πιστεύεται δε, πως η απώλεια ευκαιρίας επιβίωσης ή θεραπείας είναι δυνατόν με βάση την θεώρηση αυτή να εναρμονιστεί με το δόγμα της αδικοπραξίας στο πλαίσιο ειδικά της ιατρικής ευθύνης (και) στα πλαίσια του ελληνικού δικαίου.

Η αποτίμηση της προβληματικής της απώλειας ευκαιρίας επιβίωσης ή θεραπείας οδηγεί την σκέψη -μέσω μιας κυκλικής πορείας⁶²⁶- και πάλι στην εισαγωγική παρατήρηση της παρούσης μελέτης: ότι δηλαδή ο προσδιορισμός και η πληρέστερη κατανόηση της έννοιας της ιατρικής ευθύνης (και μάλιστα όχι μόνο υπό την αστική της πλευρά) αποτελεί σημείο τομής της νομικής με την ιατρική επιστήμη⁶²⁷. Πιστεύεται λοιπόν πως τα βαθιά δογματικής φύσεως ζητήματα που διερευνήθηκαν στα πλαίσια του εν λόγω προβληματισμού κατέστησαν άκρως γοητευτική και γόνιμη την αλληλεπίδραση της νομικής με την ιατρική επιστήμη.

⁶²⁶ Πρβλ. το φαινόμενο του «ερμηνευτικού κύκλου» σε Παπανικολάου, ό.π. (υποσ. 35), σ. 49 επ.

⁶²⁷ Πρβλ. και την ανάγκη διεπιστημονικής προσέγγισης στο πλαίσιο του ελληνικού δικαίου της αστικής ιατρικής ευθύνης που επισημαίνει η Φουντεδάκη, Αστική ιατρική ευθύνη: Σύγχρονα προβλήματα και προτάσεις αντιμετώπισης, σε Συλλογικό Έργο, Τιμ. Τόμ Νικολάου Θ. Νίκα - (2018), σελ. 445 επ.

Βιβλιογραφία

Ελληνική

Ανδρουλάκης Ν., Ποινικό Δίκαιο Ειδικό Μέρος, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 1974

Ανδρουλιδάκη-Δημητριάδη Ι., Η υποχρέωση ενημέρωσης του ασθενούς, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 1993

Βασιλόγιαννης Φ., ΟΛΙΓΟΝΟΜΙΑ, δοκιμές μια συγκριτικής φιλοσοφίας του κοινοδικαίου (υπό έκδοση)

Βοσινάκης, ΑΚ Γεωργιάδη-Σταθόπουλου, Εκδόσεις Δίκαιο & Οικονομία – Π.Ν. Σάκκουλας, 1982, άρθρο 931

Baumgärtel G., Η ιατρική ευθύνη (ουσιαστικό δίκαιο και κατανομή του βάρους απόδειξης), Αρμ 1993, 1 επ.

Γέσιου-Φαλτσή Π., Δίκαιον αποδείξεως, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 1986

Γεωργιάδης Απ., Εγχειρίδιο Ειδικού Ενοχικού Δικαίου, 2^η έκδοση, Εκδόσεις Δίκαιο & Οικονομία – Π.Ν. Σάκκουλας, 2024

Γεωργιάδης Απ., Ενοχικό Δίκαιο. Γενικό Μέρος, 2^η έκδοση, Εκδόσεις Δίκαιο & Οικονομία – Π.Ν. Σάκκουλας, 2015

Γεωργιάδης Αστ., Ενοχικό Δίκαιο – Γενικό Μέρος, Τόμος Ι, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 5^η έκδοση, 2007

Δεληγιάννη-Δημητράκου Χ., Συγκριτικό δίκαιο και νομικός πλουραλισμός, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα - Κομοτηνή, 2008

Δουγαλής Ζ., σε Λασκαρίδη Εμ. (επιμ.), Ερμηνεία Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας (Ν 3418/2005), ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, 2012, άρθρο 12

Δωρής Φ., Ζητήματα αστικής ευθύνης από ιστορικοσυγκριτική και δικαιοσυγκριτική σκοπιά, ΧρΠΔ 2007, 673

Ζέπος Π., Ενοχικόν Δίκαιον, Β' Μέρος Ειδικόν, 2^η έκδοση, 1965

Ζέπος Π., Ενοχικόν Δίκαιον, τόμ. Ι: Α' μέρος Γενικόν, εκδοτικός οίκος Ιωάν. Ν. Ζαχαρόπουλου, 1955 – 2^η έκδοση

Ζέπος Π., Η ευθύνη του ιατρού, ΝοΒ 1973, 1 επ.

Ζερβογιάννη Ε., Αμφισβητούμενα ζητήματα διαζευκτικής αιτιότητας - Συρροή ενέργειας τρίτου προσώπου με τυχαίο περιστατικό ή ενέργεια του ζημιωθέντος, Τιμητικός Τόμος Ι. Σπυριδάκη, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 2014, σελ. 191

Ζερβογιάννη Ε., Εναλλακτική Προσέγγιση των Περιπτώσεων Αβέβαιης Αιτιότητας, Digesta, 2006, 347

Ζερβογιάννη Ε., Συρροή αιτίων και αδικοπρακτική ευθύνη. Συμβολή στην ανάλυση της προϋπόθεσης της αιτιώδους συνάφειας (2022), Εκδόσεις Δίκαιο & Οικονομία – Π.Ν. Σάκκουλας, 2022

Ζουμπούλης Χ., Η κατανομή του βάρους αποδείξεως στις υποθέσεις αστικής ιατρικής ευθύνης, Αρμ, 11 (2004), 1515

Καλαβρός Α., Το εύρος της έννοιας της ζημίας στο Αστικό δίκαιο με αφορμή την υπ' αριθμ. 1943/2020 του ΣτΕ, ΕφΑΔΠολΔ 2021, 735

Κανελλοπούλου-Μπότη Μ., Η προσβολή της πιθανότητας ως περιουσιακή ζημία ή ως ηθική βλάβη, ΚριτΕ 2003/2, 253

Καραγιάννης Κ., Η αξίωση αποζημιώσεως επί παρανόμου χρησιμοποιήσεως της εικόνας προσώπου, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 2007

Καραγιάννης Κ., Κάμψη της αρχής «όλα ή τίποτε» σε περιπτώσεις «νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς», Τιμητικός Τόμος Μιχ. Π. Σταθόπουλου-Ι, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 2010, σελ. 847

Καράσης Μ., Οφειλή εις ολόκληρον, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 1990

Καργάδος, Σκέψεις επί των κριτηρίων αποδείξεως της αιτιώδους συνάφειας, ΝοΒ 1988, 1544

Κιτσαράς Α., Το πρόβλημα της αποδείξεως της ιατρικής ευθύνης, Τιμητικός Τόμος Μιχ. Π. Σταθόπουλου-Ι, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 2010, σελ. 985

Κορνηλάκης Π., Ειδικό ενοχικό δίκαιο, 3^η έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2023

Κορνηλάκης Α., Το πρόβλημα του αιτιώδους συνδέσμου στην περιβαλλοντική ζημία, Τιμητικός Τόμος Μιχ. Π. Σταθόπουλου-Ι, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 2010, σελ. 1146

Κότσιανος Σ., Η ιατρική ευθύνη, Αστική – Ποινική, Β' έκδοσις, Θεσσαλονίκη 1976

Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Ε., Το πρόβλημα της υποθετικής αιτιότητας στο δίκαιο της αποζημιώσεως, Επιστημονική Επετηρίδα 2 (1981) του Δικηγορικού Συλλόγου Θεσσαλονίκης

Κουσούλης Σ., Προβλήματα του μέτρου απόδειξης στην πολιτική δίκη, Δ. 1986, 577

Κρητικός Α., Αποζημίωση από Αυτοκινητικά Ατυχήματα, τόμος Ι, 5^η έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2019

Λασκαρίδης Εμ. (επιμ.), Ερμηνεία Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας (Ν 3418/2005), ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, 2012

Λέων Κ., Η αποζημίωση από την επιδείνωση της υγείας του παθόντος, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2024

Λιάπης Δ., Η αιτιώδης συνάφεια στην ευθύνη από ενημερωτικό δελτίο, ΔΕΕ 2003, 138

Λιούρδη Α., Ιατρικό Ποινικό Δίκαιο-Γενικές έννοιες και ειδικά ζητήματα, 2^η έκδοση, ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, 2021

Λιτζερόπουλος Α., Ερμηνεία του Αστικού Κώδικος (εφεξής ΕρμΑΚ), Τόμος ΙΙ, Ενοχικόν Δίκαιον, Γενικόν Μέρος, Ημίτομος Α', Αθήνα, 1949, άρθρα 297-300

Λιτζερόπουλος Α., Τρία θεμελιώδη προβλήματα της αστικής ευθύνης εις τα σύγχρονα δίκαια και τον ελληνικό Αστικό Κώδικα, ΑΙΔ Ζ', 1940

Λύτρας Θ., Ζητήματα αιτιότητας επί του αστικού αδικήματος, Τόμος Αιτία, αιτιότης και δίκαιο - Εισηγήσεις ανακοινωθείσες στο Διεπιστημονικό φροντιστήριο 2002-2003, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2003

Μαθιουδάκης Ι., Η απώλεια ευκαιρίας στο δίκαιο της κρατικής ευθύνης, ΕφημΔΔ 2009, 700

Μαθιουδάκης Ι., Μια προσπάθεια διαλόγου με την Γαλλική νομολογία: Θεματικές του διοικητικού δικαίου στην πρόσφατη νομολογία των γαλλικών διοικητικών δικαστηρίων με συγκριτικές αναφορές στο ελληνικό δίκαιο, Αρμ, 8 (2013), 1600

Μάνθος Α., Η απώλεια ευκαιρίας στο δίκαιο της αποζημίωσης, ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, 2014

Μαργαρίτης Μ., Ο αιτιώδης σύνδεσμος στο δίκαιο της αποζημίωσης, ΚριτΕ 2000/2, 13 επ.

Μπέης Κ., Σκέψεις για το πρόβλημα του αντικειμενικού βάρους της απόδειξης, σε συνδυασμό με το πρόβλημα του μέτρου απόδειξης, Δ 1989, 743

Νεζερίτη Ευ., Η αδικοπρακτική συνευθύνη κατά τον Αστικό Κώδικα, Εκδόσεις Δίκαιο & Οικονομία – Π.Ν. Σάκκουλας, 2021

Νίκας Ν., Εγχειρίδιο πολιτικής δικονομίας, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 4^η έκδοση, 2022

Νικολόπουλος Γ., Δίκαιο αποδείξεως, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2^η έκδοση, 2011

Ομπέση Φ., Η ευθύνη των νοσηλευτικών ιδρυμάτων λόγω διενέργειας ιατρικών πράξεων (Με αφορμή τις πρόσφατες εξελίξεις στο Γαλλικό ΣτΕ), Αρμ 2001, 1324 επ.

Παναγιωτόπουλος Β., Αστική ευθύνη λόγω αναπηρίας ή παραμόρφωσης, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 2020

Παναγιωτόπουλος Β., Ο συνυπολογισμός ζημίας και κέρδους, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 2010

Παπανικολάου Π., Η ευθύνη της τράπεζας ως αναδόχου εκδόσεως κινητών αξιών, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 1998

Παπανικολάου Π., Μεθοδολογία του Ιδιωτικού Δικαίου και Ερμηνεία των Δικαιοπραξιών, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 2000

Παπαδημητρόπουλος Α., Πιθανοτική αιτιότητα και αναλογική αποζημίωση: θεμελίωση και έκταση της ευθύνης, ΕφΑΔ 2011, 127

Παπαδοπούλου-Κλαμαρή Δ., Σκέψεις για θέματα «παράνομου» διαφυγόντος κέρδους, Γενέθλιον Γεωργιάδη Ι, 2006, 651

Παπαχρίστου Α., Η αστική ιατρική ευθύνη στην αναίτια καισαρική τομή και τον εν γένει επεμβατικό τοκετό, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2018

Πελλένη-Παπαγεωργίου Α., Ιατρική Αστική Ευθύνη και Συναίνεση του Ασθενούς, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 2016

Περάκη Β., σε Απ. Γεωργιάδη, Σύντομη Ερμηνεία του Αστικού Κώδικα (ΣΕΑΚ) – Ι, 2^η έκδοση, άρθρα 1-946, Εκδόσεις Δίκαιο & Οικονομία – Π.Ν. Σάκκουλας, 2023, άρθρα 297-300

Περτσελάκη Μ., Η αποζημίωση λόγω αδιοπραξίας, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2020

Πολίτης Χ., Η αποτίμηση της ιατρικής ευθύνης, Ανάτυπο ‘Συνήγορος’, Αθήνα 2006, τ. 53/2006, σ. 43-46

Πουϊκλή Κ., Η αρχή «ο ρυπαίνων πληρώνει» στο δίκαιο περιβάλλοντος υπό το φως της οδηγίας 2004/35/ΕΚ σχετικά με την περιβαλλοντική ευθύνη, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2017

Ρούσσοι Κλ., Αιτιώδης συνάφεια και θεμελίωση ευθύνης κατ’ ΑΚ 914, 71 ή κατ’ ΑΚ 914, 922 (γνμδ.), ΕλλΔνη 1994, 1492

Σαϊτάκης Κ., Η αρχή «όλα ή τίποτε» στο δίκαιο της αποζημίωσης. Σκέψεις για τη δυνατότητα περιστολής της αποζημίωσης με βάση τη γενική ρήτρα της καλής πίστης, Τιμητικός Τόμος Φιλίππου Δωρή-Π, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 2015, σελ. 1299

Σούρλας Π., Βλάβη και ζημία: μία αναγκαία διάκριση στο δίκαιο του αδικήματος, Τιμητικός Τόμος Φιλίππου Δωρή-Π, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 2015, σελ. 1467

Σπερδόκλη Ε., Ο αιτιώδης σύνδεσμος ως προϋπόθεση της αδιοπρακτικής ευθύνης (Διδακτορική διατριβή). Διαθέσιμο από: Εθνικό Αρχείο Διδακτορικών Διατριβών, 2016

Σπυριδάκης Ι., Ενοχικό Δίκαιο. Γενικό Μέρος, 2^η έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2018

Σταθόπουλος Μ., Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, Ε’ έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2018

Τούσης Α., Ενοχικόν Δίκαιον, Α’ Μέρος Γενικόν, Αθήνα: Σάκκουλα, 1973

Τροκάνας Θ., Ιατρικό σφάλμα και ευθύνη για αλλότριες πράξεις, σε Γώγος/Καϊάφα Γκμπάντι/Παπαδοπούλου/Φουντεδάκη (επιμ.), Η ιατρική ευθύνη στην πράξη, ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, 2010, σ. 134

Τσαλαπόρτας Α., Ιατρική αμέλεια και προβληματισμοί αναφορικά με την αντιμετώπιση της αστικής ιατρικής ευθύνης από τα πολιτικά δικαστήρια της Ελλάδος, σε: Ιατρική ευθύνη από αμέλεια (αστική-ποινική), Ειδικά θέματα Ιατρικού Δικαίου, (επιμ. Καϊάφα Γκμπάντι/Παπαγεωργίου/Συμεωνίδου-Καστανίδου/Ταρλατζής/Τάσκος/Φουντεδάκη), ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, 2013, σ. 5 επ.

Τσίρος Δ., Ιατρική ευθύνη: αποζημίωση παιδιού που γεννήθηκε ανάπηρο λόγω του ιατρικού σφάλματος που εμπόδισε τη μητέρα να διακόψει την κύηση, ΕλλΔνη 2004, 61

Φίλιος Π., Ενοχικό δίκαιο-Γενικό μέρος, 6^η έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2011

Φίλιος Π., Ενοχικό Δίκαιο-Ειδικό Μέρος, τ. II, 7^η έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2011

Φουντεδάκη Κ., Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2007

Φουντεδάκη Κ., Αστική Ιατρική Ευθύνη, ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, 2023

Φουντεδάκη Κ., Αστική ιατρική ευθύνη: Σύγχρονα προβλήματα και προτάσεις αντιμετώπισης, σε Συλλογικό Έργο, Τιμητικός Τόμος Νικολάου Θ. Νίκα, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2018, σελ. 445

Φουντεδάκη Κ., «Κοινή πράξη» περισσοτέρων (ΑΚ 926 παρ.1 περ. α) και διακοπή του αιτιώδους συνδέσμου, ΕλλΔνη, 3, 2019, 658

Φουντεδάκη Κ., Παραδόσεις Αστικής Ιατρικής Ευθύνης - Διάλογος με τη Νομολογία, ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, 2018

Φουντεδάκη Κ., Το πρόβλημα του αιτιώδους συνδέσμου στην ιατρική ευθύνη, ΕλλΔνη 1994, 1226

Φουντεδάκη Κ., Φυσικό πρόσωπο και προσωπικότητα στον Αστικό Κώδικα, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2012

Φράγκος Κ., Ιατρική Ευθύνη, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2018

Φύτρου Π., Η αστική ιατρική ευθύνη στο πεδίο της ανθρώπινης αναπαραγωγής, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2022

Χατζηαντωνίου Μ., Θέματα αστικής ευθύνης ιατρών. Σκέψεις με αφορμή την απόφαση του ΜΠρΚω 824/2011, ΕφΑΔ 2012, 910

Χριστακάκου-Φωτιάδη Κ., Η ευθύνη του ανηλίκου και των εποπτευόντων αυτόν προσώπων στο δίκαιο των αδικοπραξιών, Ζητήματα Αστικής Ευθύνης τ. 2, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 2008

Χριστοφορίδης Χ., Αλλοδαπή Νομολογία Γαλλικών Ακυρωτικών, Απόφασις της 24 Μαρτίου 1981. Τμήμα Αστικού Δικαίου, ΕλλΔνη 1981, 715

Χρυσικοπούλου Σ., Αστική ευθύνη του Δημοσίου και των ΝΠΔΔ από ιατρικά σφάλματα. Επισκόπηση της πρόσφατης νομολογίας του Συμβουλίου της Επικρατείας, σε Συλλογικό Έργο, Σὺ καὶ δικαστὴς ἄριστος, Σύμμεικτα εἰς μνήμην Γεωργίου Χ. Παναγιωτόπουλου, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2022, σ. 1845

Ψαρούδα-Μπενάκη Α., Το ιατρικό καθήκον διαφωτίσεως του ασθενούς ως προϋπόθεση της συναίνεσής του, ΠοινΧρ ΚΔ' (1974), 641

Ξενόγλωσση

Acharya N., “No More Chances for Lost Chances: A Weinribian Response to Weinrib”, (2019) 12:2 McGill JL & HEALTH 205

Bacache M., Lequillier C., Morlet-Haidara L., Welsch S. Faute médicale et perte de chance : quelle place pour l'indemnisation par l'ONIAM ?. Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie, 2023, 17. hal-04200311

Bottis, M. C. V. (2002). Return to Basics: the Cases of Informed Consent and Lost Chances of Living. *European Journal of Health Law*, 9(4), 287-291.
<https://doi.org/10.1163/157180902100387035>

Constanty L., La perte de chance en matière de responsabilité médicale, Village de la justice, 2023

Férot A., The Theory of Loss of Chance: Between Reticence and Acceptance, 8 FIU L. Rev. 591 (2013). DOI: <https://dx.doi.org/10.25148/lawrev.8.2.19>

Fisher D., Tort Recovery for a Loss of A Chance, 36 Wake Forest L. Rev. 605 (2001)

Herszberg A., From Gavalas to Tabet: Loss of Chance in Medical Negligence Cases-A Tale of Influence and Relevance, Australian Journal of Clinical Education-Volume 12, Issue 1, 2023.

Hodgson J./Lewthwaite J. (2007) Tort Law Textbook, Εκδόσεις, Oxford University Press

Jansen N., The idea of a lost chance, (1999) 19 OxJLS, 271

Jourdain P., Sur la perte d'une chance, RTD Civ 1992, 109

King, Jr., Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences, 90 Yale L.J. 1353 (1981)

Koch S., Whose Loss is It Anyway – Effects of the Lost-Chance Doctrine on Civil Litigation and Medical Malpractice Insurance, 88 N.C. L. REV. 595 (2010). Available at: <http://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol88/iss2/5>

Lentz J., Controverses autour de la notion de perte d'une chance envisagée en tant que dommage, Travail de fin d'études, Master en droit à finalité spécialisée en droit privée, Année académique 2017-2018

Lord P., Comment, Loss of Chance in Legal Malpractice, 61 Wash. L. Rev. 1479 (1986). Available at: <https://digitalcommons.law.uw.edu/wlr/vol61/iss4/10>

Mémeteau G., Perte de chance en droit médical français, (1986) 32 McGill Law Journal, 126

Norton J., Treating chance consistently: Recasting the approach to causation and damage in negligence, Melbourne University Law Review, [Vol 42(3):954 2019].

Penneau J., La Responsabilité du Médecin, DALLOZ, 1992

Reece H., Losses of Chances in the Law, (1996) 59 MLR, 188

Stauch M., Medical Malpractice and Compensation in Germany, 86 CHI.-KENT L. REV. 1139 (2011). Available at: <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol86/iss3/7>

Stoll H., Schadensersatz für verlorene Heilungschancen vor englischen Gerichten in rechtsvergleichender Sicht, *σϵ Festschrift Steffen*, 1995, 465

Stremitzer A., Haftung bei Unsicherheit des hypothetischen Kausalitätsverlaufs-Berechnungsmethoden am Beispiel der Arzthaftung, 208 *Archiv für die civilistische Praxis*, 2008, 676

Taylor S., «Causalité incertaine et vraisemblance en matière de responsabilité médicale. Rapport anglais» *L'indemnisation des victimes d'accidents médicaux en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2015

Thévenoz L., (2002) La perte d'une chance et sa réparation. In: *Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile: actualités et perspectives*. Berne : Stämpfli, 2002. p. 237-276.

Truckor, M. (1999) "The Loss of Chance Doctrine: Legal Recovery for Patients on the Edge of Survival," *University of Dayton Law Review*: Vol. 24: No. 2, Article 5. Available at: <https://ecommons.udayton.edu/udlr/vol24/iss2/5>

Tylman M.-H., 2020-4 -Medecine Reparation Des Consequences Des Risques Sanitaires (Civ) [2020 11]

Van den Heever P., *The Application of the Doctrine of a Loss of a Chance to Recover in Medical Law*, 2007

Van Dam C., *European Tort Law*, second edition, Oxford Univ. Press, Oxford, 2013

Wagner G., Proportionalhaftung für ärztliche Behandlungsfehler de lege lata, *FS Hirsch*, 2008, 453

Warzecha C., The Loss of Chance Doctrine in Arkansas and the Door Left Open: Revising Holt ex rel. Holt v. Wagner, (2010) 63 *Ark L Rev*, 785

Weinrib E., "Causal Uncertainty" (2016) 36:1 *Oxford J Leg Stud* [Weinrib, "Causal Uncertainty"];, 135-164

Zimmermann R./Kleinschmidt J. in *Winiger B./ Koziol H./Koch B. A./ Zimmermann R.*(eds.), *Digest of European Tort Law, Volume 1: Essential Cases on Natural Causation*, SpringerWienNewYork, 2007