

ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟ ΠΕΛΟΠΟΝΝΗΣΟΥ
ΣΧΟΛΗ ΚΟΙΝΩΝΙΚΩΝ ΕΠΙΣΤΗΜΩΝ

ΠΡΟΓΡΑΜΜΑ ΜΕΤΑΠΤΥΧΙΑΚΩΝ ΣΠΟΥΔΩΝ
ΘΕΣΜΟΙ ΚΑΙ ΠΟΛΙΤΙΚΕΣ ΥΓΕΙΑΣ
ΤΜΗΜΑ ΕΚΠΑΙΔΕΥΤΙΚΗΣ ΚΑΙ ΚΟΙΝΩΝΙΚΗΣ ΠΟΛΙΤΙΚΗΣ

ΔΙΠΛΩΜΑΤΙΚΗ ΕΡΓΑΣΙΑ
ΓΕΩΡΓΙΟΥ ΒΑΣΙΛΕΙΟΥ ΛΑΜΠΡΟΠΟΥΛΟΥ
(Α.Μ.: 187/02201007)

**«Δικαιοσυγκριτική επισκόπηση της ιατρικής ευθύνης στο ελληνικό και
αγγλοσαξωνικό δίκαιο»**



Αθήνα, Ιούνιος 2012
Επιμέλεια: Γεώργιος Βασιλείου Λαμπρόπουλος

«...Θα χρησιμοποιώ τη θεραπεία για να βοηθήσω τους ασθενείς κατά τη δύναμη και την κρίση μου»

(Από τον Όρκο του Ιπποκράτη)

ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ

ABSTRACT	5
ΣΥΝΤΟΜΟΓΡΑΦΙΕΣ	6
ΕΙΣΑΓΩΓΗ	9
ΚΕΦΑΛΑΙΟ Α' - Το ιατρικό λάθος ως γενεσιουργός αιτία της ιατρικής ευθύνης	
I. Εννοιολογική προσέγγιση του ιατρικού λάθους – η αντίθετη στη <i>lege artis</i> συμπεριφορά του ιατρού	13
II. Οικονομική ανάλυση των ιατρικών λαθών	18
III. Διακρίσεις ιατρικών σφαλμάτων	20
ΚΕΦΑΛΑΙΟ Β - Τα νομικά υπόβαθρο της αστικής ιατρικής ευθύνης	
I. Η ενδοσυμβατική ιατρική ευθύνη	
1. Νομική φύση της συμβάσεως ιατρικής αγωγής.....	26
II. Η ιατρική ευθύνη από αδικοπραξία	
1. Οι προϋποθέσεις εφαρμογής των άρθρων 914επ ΑΚ.....	30
2. Συρροή ενδοσυμβατικής και αδικοπρακτικής ευθύνης.....	32
3. Η έκταση της αποζημίωσης.....	36
III. Ειδικές βάσεις θεμελίωσης της αστικής ιατρικής ευθύνης	
1. Ο ν. 2251/1994 για την προστασία των καταναλωτών	
1.1. Γενικές προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 8 του ν. 2251/1994	
α. Οι έννοιες του παρανόμου και της υπαιτιότητας κατά το άρθρο 8 του ν. 2251/1994.....	37
β. Το κριτήριο της ευλόγως προσδοκώμενης ασφάλειας.....	40
γ. Το βάρος απόδειξης κατά το άρθρο 8 του ν. 2251/1994	42
1.2. Η εφαρμογή του άρθρου 8 στη σχέση γιατρού – ασθενή	45
IV. Κώδικας Ιατρικής Δεοντολογίας	47
V. Ειδικότερα ζητήματα ευθύνης	
1. Η ευθύνη του νοσηλευτικού ιδρύματος (νπδδ ή νπιδ) σε περίπτωση ιατρικού λάθους	50
2. Η Ιατρική ευθύνη για ζημιογόνο ζωή (<i>wrongful life</i>) και ζημιογόνο τεκνοποίηση (<i>wrongful birth</i>).....	54
3. Η προσβολή δικαιώματος γνώσης του ασθενούς– Η αυθαίρετη και χωρίς συναίνεση του ασθενούς διενέργεια ιατρικών πράξεων...	58

ΚΕΦΑΛΑΙΟ Γ- Η αντιμετώπιση του ιατρικού σφάλματος στη νομολογία του αγγλοσαξωνικού δικαίου σε σύγκριση με το ελληνικό δίκαιο

1. Η νομολογιακή αντιμετώπιση του ιατρικού σφάλματος από τα ελληνικά δικαστήρια.....62

2. Η αντιμετώπιση του ιατρικού σφάλματος στο αγγλοσαξωνικό δίκαιο (Αγγλία-ΗΠΑ)65

ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ – ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ.....69

ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ

Ελληνική βιβλιογραφία
Ξενόγλωσση βιβλιογραφία

ABSTRACT

Although the law of professional malpractice extends to a wide range of specialized, professional activities, in public mind, malpractice is most frequently associated with medical professions. Medical error is an everyday phenomenon.

This paper presents in detail the concept of medical malpractice, beginning from the fundamental concept “medical error” and its legal consequences. At the same time, it analyzes the legal framework (Greek Civil Code and article 8 of Law 2251/1994) on the grounds of which patients or even third parties may claim compensation for damages (actual and potential) caused by such doctors’ willful misconduct or negligence (gross or simple).

Furthermore, as far as the legal part is concerned, special topics, such as the case of “wrongful life” or “wrongful birth”, the hospitals’ liability, the physicians’ insurance against civil liability and the economic analysis of medical errors are presented in this paper.

Lastly, this paper deals with the comparison between the Greek Law and Common Law in regard with the medical malpractice.

ΣΥΝΤΟΜΟΓΡΑΦΙΕΣ

ΑΚ	Αστικός Κώδικας
αναλυτ.	αναλυτικά
ανωτ.	ανωτέρω
ΑΠ	Άρειος Πάγος
Αρμ.	Αρμενόπουλος
ΑρχΝ	Αρχείο Νομολογίας
β.δ.	βασιλικό διάταγμα
βλ.	βλέπε
Δ	Δίκη
ΔΕΕ	Δίκαιο Επιχειρήσεων και Εταιρειών
ΔιατΕισΠρωτΘεσ	Διάταξη Εισαγγελέα Πρωτοδικών Θεσσαλονίκης
ΔΙΔΙΚΗ	Διοικητική Δίκη
ΔΠρΚαλ	Διοικητικό Πρωτοδικείο Καλαμάτας
ΕΝ	Εμπορικός Νόμος
Ε.Σ.Υ.Κ.Α.	Εθνικό Σύστημα Υγείας και Κοινωνικής Αλληλεγγύης
εδ.	εδάφιο
ΕΕμπΔ	Επιθεώρηση Εμπορικού Δικαίου
ΕΙΔ	Επιθεώρηση Ιατρικού Δικαίου
ΕισΝΑΚ	Εισαγωγικός Νόμος Αστικού Κώδικα
ΕΛΛΔνη	Ελληνική Δικαιοσύνη
ενδ.	ενδεικτικά
επ	επόμενα
Επιμ.	Επιμέλεια
ΕπισκεΔ	Επισκόπηση Εμπορικού Δικαίου

ΕΣΥ	Εθνικό Σύστημα Υγείας
ΕφαΔ	Εφαρμογές Αστικού Δικαίου
ΕφαΘ	Εφετείο Αθηνών
ΕφΘεσ	Εφετείο Θεσσαλονίκης
ΕφΠατρ	Εφετείο Πατρών
ΕφΠειρ	Εφετείο Πειραιά
ΗΠΑ	Ηνωμένες Πολιτείες Αμερικής
ΙονΕπιθΔ	Ιόνια Επιθεώρηση Δικαίου
κ.α.	και άλλα
ΚΙΔ	Κώδικας Ιατρικής Δεοντολογίας
κλπ	και τα λοιπά
ΚΠολΔ	Κώδικας Πολιτικής Δικονομίας
ΚριτΕ	Κριτική Επιθεώρηση
ΜΠρΑθ	Μονομελές Πρωτοδικείο Αθηνών
ΜΠρΘεσ	Μονομελές Πρωτοδικείο Θεσσαλονίκης
ΜΠρΛαρ	Μονομελές Πρωτοδικείο Λάρισας
ν.	νόμος
ν.δ.	νομοθετικό διάταγμα
ΝοΒ	Νομικό Βήμα
νπδδ	νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου
νπιδ	νομικό πρόσωπο ιδιωτικού δικαίου
π.δ.	προεδρικό διάταγμα
ΠΚ	Ποινικός Κώδικας
π.χ.	παραδείγματος χάριν
παρ.	παράγραφος
παρ.ατ.	παρατηρήσεις
περ.	περίπτωση

ΠοινΔικ	Ποινική Δικαιοσύνη
ΠοινΧρον	Ποινικά Χρονικά
ΠΠρΑθ	Πολυμελές Πρωτοδικείο Αθηνών
ΠΠρΘεσ	Πολυμελές Πρωτοδικείο Θεσσαλονίκης
ΠΠρΛαρ	Πολυμελές Πρωτοδικείο Λάρισας
ΣτΕ	Συμβούλιο της Επικρατείας
ΣυμβΕφΘρακ	Συμβούλιο Εφετών Θράκης
ΣυμβΠΛΑγριν	Συμβούλιο Πλημμελειοδικών Αγρινίου
ΣυμβΠΛΘεσ	Συμβούλιο Πλημμελειοδικών Θεσσαλονίκης
Συντ.	Σύνταγμα
οχετ.	οχετικά
ΤΝΠ	Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών
ΤρΔΕφΑθ	Τριμελές Διοικητικό Εφετείο Αθηνών
ΤρΔΠρΠειρ	Τριμελές Διοικητικό Πρωτοδικείο Πειραιά
ΤρΕφΚερ	Τριμελές Εφετείο Κέρκυρας
υποθ.	υπόθεση
υποσ.	υποσημείωση
ΦΕΚ	Φύλλο Εφημερίδας Κυβερνήσεως
ΧρΙΔ	Χρονικά Ιδιωτικού Δικαίου

ΕΙΣΑΓΩΓΗ

Οι έννοιες της ευθύνης και του κινδύνου είναι άμεσα συνυφασμένες με την άσκηση κάθε επαγγελματικής, επιχειρηματικής δραστηριότητας καθώς το σφάλμα είτε ως πράξη είτε ως παράλειψη ενδέχεται να συμβεί ακόμη και αν μία υπόθεση (οποιασδήποτε φύσης ή μορφής) τη χειρίζεται ο πλέον προσεκτικός και οργανωμένος επαγγελματίας, ακριβώς για το λόγο ότι κανείς δεν είναι «αλάνθαστος». Και ενώ ο κίνδυνος λάθους είναι εκτεταμένος σε κάθε τομέα δραστηριότητας στο χώρο της ιατρικής είναι ακόμη μεγαλύτερος καθώς οι όποιες επιπτώσεις επέλευσης λάθους είτε με τη μορφή της πράξης είτε με τη μορφή παράλειψης έχουν ως άμεσο και τελικό αποδέκτη την ανθρώπινη ζωή.

Περαιτέρω, ο κίνδυνος να αποτελέσει ο καθένας από εμάς θύμα ιατρικού λάθους «αγγίζει» όλους μας. Μάλιστα, αν αναλογιστεί κανείς τόσο το χαμηλό ακόμη και σήμερα επίπεδο των παρεχόμενων ιδίως στη χώρα μας υπηρεσιών υγείας αλλά και τις γενικότερες συνθήκες και τους εν γένει αστάθμητους παράγοντες που άπτονται του ανθρώπινου οργανισμού, καταλήγουμε στο συμπέρασμα ότι οι πιθανότητες πρόκλησης ιατρικού λάθους είναι μεγάλες ακόμη και από τους επαΐοντες της ιατρικής επιστήμης. Χαρακτηριστικό είναι ότι κάθε χρόνο, ολοένα και περισσότεροι πολίτες καταφεύγουν στη δικαιοσύνη, επικαλούμενοι ότι υπέστησαν ζημία από την αμελή συμπεριφορά γιατρού. Σημαντικοί δε παράγοντες αύξησης του ποσοστού της κίνησης του πολίτη με νομικά μέσα κατά του θεράποντα ιατρού ή του νοσοκομείου οφείλεται κυρίως **α)** στην πληροφόρηση αυτών (*ενν. των πολιτών*) για τα ιατρικά ζητήματα, η οποία έχει καταστεί ιδιαίτερος ευχερής (ιδίως μέσω του Διαδικτύου)

β) το μορφωτικό επίπεδο του ευρύτερου πληθυσμού, σε συνδυασμό με την αποδυνάμωση του κοινωνικού status των γιατρών (καθώς ο γιατρός δεν θεωρείται πλέον ένας μικρός «θεός» που λειτουργεί ανέλεγκτα, αλλά ένας από την υπερπληθώρα των γιατρών που κρίνονται, όπως κάθε επαγγελματίας)· τα κριτήρια δε αυτά συνηγορούν υπέρ της προσφυγής στη δικαιοσύνη.

Πιο συγκεκριμένα, οι πολίτες, αναζητούν και λαμβάνουν πληροφορίες (στο πλαίσιο, κυρίως, της προσπάθειας κατανόησης του ιατρικού προβλήματος), γίνονται πιο δύσπιστοι, αλλά και πιο απαιτητικοί, μη φοβούμενοι πλέον να στραφούν ενάντια στον θεράποντα γιατρό τους (ή/και το νοσηλευτικό ίδρυμα),

όταν αντιληφθούν την ύπαρξη αμέλειας. Ο γιατρός δεν βρίσκεται πια στο απυρόβλητο.

Στον αντίποδα των ανωτέρω, οι επαγγελματίες της υγείας καλούνται να είναι αλάνθαστοι, κάτι φυσικά αδύνατο. Πρέπει, επίσης, να αναγνωριστεί ότι οι επαγγελματίες υγείας συνήθως εργάζονται υπό δύσκολες συνθήκες, καλούμενοι να πάρουν μέσα σε δευτερόλεπτα καίριες για τη ζωή του ασθενούς αποφάσεις, καθώς και ότι το «κύμα» αγωγών και μηνύσεων για ιατρική ευθύνη έχει αρχίσει να ωθεί τους γιατρούς και στην χώρα μας στην άσκηση «αμυντικής ιατρικής»¹, ιατρικής που δεν συνάδει με τον καλό γιατρό και, τελικά, αποβαίνει σε βάρος του ιδίου του ασθενούς.

Στο σημείο αυτό και προκειμένου να γίνει αντιληπτό το μέγεθος των κοινωνικών επιπτώσεων ενός ιατρικού λάθους αξίζει να αναφερθεί ότι, σύμφωνα με δημοσιευθείσα κατά το έτος 2000 έρευνα στις ΗΠΑ, οι θάνατοι που πιθανώς σχετίζονται με ιατρικά λάθη υπολογίζονται σε 44.000-98.000 ετησίως. Σε πιο πρόσφατη δε έρευνα του Ευρωβαρόμετρου το 2006 αποκαλύφθηκε ότι σχεδόν τέσσερις στους πέντε πολίτες της ΕΕ ταξινομούν τα ιατρικά λάθη ως σημαντικό πρόβλημα στην χώρα τους, ενώ οι πολίτες της Ελλάδας ανησυχούν περισσότερο, σε σύγκριση με τους πολίτες των λοιπών ευρωπαϊκών κρατών για την πιθανότητα ιατρικού λάθους.² Τα ιατρικά λάθη μπορούν να αποδοθούν σε διάφορους παράγοντες, από την ίδια την ανθρώπινη φύση και τη πολυπλοκότητα της πρόβλεψης αντίδρασης του ανθρώπινου οργανισμού σε μία θεραπεία ή μια χειρουργική επέμβαση, έως και σε παράγοντες όπως οι εν γένει ελλείψεις των συστημάτων υγείας (ανεπαρκής εκπαίδευση, υπερωριακή εργασία και κόπωση απορρέουσα από την υπερωριακή εργασία³), την έλλειψη ομαδικής εργασίας, την έλλειψη νοσηλευτικού προσωπικού, την ελλιπή ή λανθασμένη διάγνωση. Επιπροσθέτως, η βλάβη που μπορεί να προκληθεί από το ιατρικό σφάλμα (που μπορεί να προκύπτει από πράξη ή παράλειψη του γιατρού)

1. Η αμυντική ιατρική συνίσταται στη διενέργεια πληθώρας εξετάσεων, όχι αναγκαίων για την ακριβή διάγνωση του προβλήματος, αλλά «αναγκαίων» ως αποδεικτικών στοιχείων σε μελλοντική δίκη κατά του γιατρού (αφού θα συνηγορούν υπέρ της επιμελούς άσκησης του ιατρικού επαγγέλματος). Καλός γιατρός όμως, είναι αυτός που καταλήγει σε ακριβή διάγνωση, χρησιμοποιώντας τα λιγότερα διαγνωστικά μέσα. *Πολίτης*, Η αποτίμηση της ιατρικής ευθύνης, Συνήγορος 53/2006, 4.

2. Special Eurobarometer 241. Medical Errors. European Commission 2006. Βλ. *Σουλιώτης*, Ιατρικά λάθη : σύγχρονη εμπειρία στα συστήματα υγείας, www.medtime.gr.

3. *Christopher P. Landrigan* κλπ, Effect of Reducing Interns' Work Hourson Serious Medical Errors in Intensive Care Units, *The New England Journal of Medicine*, 2004, 1838 επ, όπου η κόπωση του θεράποντος ιατρού αναφέρεται ως ένα από τα σημαντικότερα – συχνότερα αίτια πρόκλησης ιατρικού σφάλματος.

μπορεί να είναι είτε θετική, δηλαδή να συνίσταται σε χειροτέρευση της κατάστασης υγείας του ασθενούς, είτε αρνητική, να μην επήλθε, δηλαδή, η αναμενόμενη βελτίωση.⁴

Το ιατρικό λάθος, εκτός από τον ασθενή, επηρεάζει όμως και το γιατρό, καθώς πλήττεται βάναυσα η επαγγελματική του υπόσταση και φήμη. Περαιτέρω, η συχνή εμφάνιση ιατρικού λάθους σε συγκεκριμένες ειδικότητες, όπως του χειρουργού και του μαιευτήρα-γυναικολόγου, ενδεχομένως και να αποτελεί σημαντικό στοιχείο για τη στάθμιση της απόφασης του νέου γιατρού για την επιλογή ειδικότητας βάσει της επικινδυνότητας που αυτή ενέχει και όχι βάσει των ικανοτήτων ή ενδιαφερόντων τους. Αξίζει μάλιστα να σημειωθεί ότι σύμφωνα με έρευνα του Αμερικανικού Ιατρικού Συλλόγου, περίπου 4.000 φοιτητές το χρόνο σε 45 Πολιτείες δήλωσαν ότι θα αποφύγουν τις ειδικότητες, αλλά και τις Πολιτείες «υψηλής επικινδυνότητας» σε σχέση με την ιατρική ευθύνη⁵ Στον αντίποδα, η ειδικότητα με τις λιγότερες ίσως πιθανότητες λάθους είναι αυτή των ογκολόγων, οι οποίοι ασχολούνται με ασθενείς με υπολογίσιμο (στατιστικά και εμπειρικά) προσδόκιμο ζωής, ασθενείς που είναι προετοιμασμένοι για το μοιραίο και δεν μεμψιμοιρούν, αλλά, αντιθέτως, είναι πρόθυμοι να δοκιμάσουν τα πάντα (ακόμα και πειραματικές μεθόδους), με την ελπίδα να παρατείνουν έστω λίγο τον εναπομείναντα χρόνο ζωής τους.⁶

Στην παρούσα μελέτη αφού οριοθετηθεί η έννοια του ιατρικού σφάλματος (άλλως ιατρικού λάθους), αναλύονται οι νομικές βάσεις θεμελίωσης αυτού (ενδοσυμβατική, αδικοπρακτική ευθύνη αλλά και βάσει του ν. 2251/1994 και του Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας). Εν συνεχεία, προσεγγίζονται οι ειδικότερες θεματικές της «wrongful life», της ευθύνης του νοσηλευτικού ιδρύματος, και τέλος γίνεται συγκριτική παράθεση της αντιμετώπισης του ιατρικού σφάλματος από τα ελληνικά αλλά και τα αγγλοσαξωνικά δικαστήρια.

Ωστόσο, πριν προβούμε στην ανάλυση των ειδικότερων θεμάτων που άπτονται του ζητήματος που πραγματεύεται η παρούσα εργασία αξίζει να

4.Κοζύρης, Το ιατρικό παράπτωμα και η αστική ευθύνη του γιατρού: μια συγκριτική θεώρηση, Μέρος β', Το ιατρικό παράπτωμα-Σχόλια με αφορμή το κείμενο του καθηγητή Τ. Τζοστ, Αρμ. 1999, 178.

5.Πολίτης, Σύγχρονες παραδοχές για την ιατρική ευθύνη. Οδούουμε προς αμυντική ιατρική;, Κλινικά Χρονικά (ανάτυπο), τ. 27/2004, 69, 70.

6.Πολίτης, ομοίως, 75.

παρατεθεί πίνακας στατιστικής μελέτης στον οποίο απεικονίζονται, ποιοι θεωρούνται από ως οι πιθανότεροι λόγοι πρόκλησης ιατρικού σφάλματος:⁷

RESPONSE	PHYSICIANS	PUBLIC	P VALUE
	(N=831)	(N=1207)	
	percent		
Very important causes			
Understaffing of nurses in hospitals	53	65	<0.001
Overwork, stress, or fatigue on the part of health professionals	50	70	<0.001
Failure of health professionals to work together or communicate as a team	39	67	<0.001
Influence of HMOs and other managed-care plans on treatment decisions*	39	48	<0.001
Complexity of medical care	38	62	<0.001
Insufficient time spent by doctors with patients	37	72	<0.001
Poor training of health professionals	28	54	<0.001
Poor handwriting by health professionals	21	48	<0.001
Poor supervision of health professionals	16	50	<0.001
Uncaring health professionals	15	47	<0.001
Lack of computerized medical records	13	35	<0.001
The more important reason for errors			
Mistakes made by individual health professionals	55	55	0.72
Mistakes made by institutions	43	38	0.009
No response	2	7	
Volume of procedures†			
An error is more likely at a high-volume hospital	4	23	<0.001
An error is more likely at a low-volume hospital	71	49	<0.001
Volume does not make a difference	24	26	0.23
No response	1	3	
Patients are at least partially responsible for errors made in their own care			
Very often	10	11	0.51
Somewhat often	48	48	0.89
Not very often	41	35	0.002
Never	1	5	<0.001
No response	0	1	

*HMOs denotes health maintenance organizations.

†Percentages for the public do not always sum to 100 because of rounding.

7. Blendon, Robert J. κλπ, Patient Safety: Views of Practicing Physicians and the Public on Medical Errors, The New England Journal of Medicine 2002, 1933-1940.

ΚΕΦΑΛΑΙΟ Α' - Το ιατρικό λάθος ως γενεσιουργός αιτία της ιατρικής ευθύνης

I. Εννοιολογική προσέγγιση του ιατρικού λάθους – η αντίθετη στη *de lege artis* συμπεριφορά του ιατρού

Όπως κάθε επαγγελματική ευθύνη, η ευθύνη του παρέχοντος υπηρεσίες υγείας, κατ' επάγγελμα, έχει ως κύρια συνέπεια την πρόκληση περιουσιακής ζημίας στον ασθενή για την αποκατάσταση τυχόν σωματικής βλάβης του ή άλλης οικονομικής του απώλειας. Ωστόσο, στην περίπτωση του παρέχοντος υπηρεσίες ιατρού, πέραν της αξίωσης για αποζημίωση περιουσιακής ζημίας, η ηθική βλάβη αποτελεί αξίωση του ασθενή, η οποία αποδεικνύεται εύκολα και γίνεται δεκτή από τα δικαστήρια, γεγονός που οφείλεται στην ιδιαιτερότητα της φύσης τόσο της σχέσης του γιατρού με τον ασθενή, η οποία, όπως επισημάνθηκε, είναι σχέση πρωτίστως εμπιστοσύνης, όσο και των υπηρεσιών υγείας που στοχεύουν όχι μόνο στην καλή σωματική αλλά και στην καλή ψυχική κατάσταση του ατόμου.⁸ Οι αξιώσεις δε αυτές του ασθενή κατά του γιατρού, ανεξάρτητα από τη νομοθετική βάση θεμελίωσης της βλάβης του, γεννώνται κυρίως στη περίπτωση του ο γιατρός υποπέσει σε ιατρικό σφάλμα.

Στο σημείο αυτό αξίζει να σημειωθεί ότι το ιατρικό σφάλμα ή ακριβέστερα τα πραγματικά περιστατικά που θεμελιώνουν το ιατρικό σφάλμα μπορεί να στοιχειοθετήσουν σωρευτικά ή διαζευκτικά δικαιοπρακτική ή/και αδικοπρακτική ευθύνη,⁹ σε καμία περίπτωση όμως η ευθύνη του γιατρού δεν μπορεί να θεωρηθεί ως ευθύνη από διακινδύνευση.¹⁰ Το ιατρικό σφάλμα¹¹ ή ιατρική αμέλεια (όπως αποδίδεται ο αγγλοσαξωνικός όρος «**medical**

8. Σκυλλάκου, Αστική και Ποινική ευθύνη από την άσκηση του ιατρικού επαγγέλματος Συνήγορος, 2001, 100.

9. Ομπέση, Η νομική φύση της ιατρικής ευθύνης στο Αστικό Δίκαιο: επισημάνσεις συγκριτικού δικαίου, Αρμ 1993, 407. Φουντεδάκη, Ανθρώπινη Αναπαραγωγή και Αστική Ιατρική Ευθύνη, 2007, 41.

10. Κανελλοπούλου-Μπότη, Η υποχρέωση παροχής γενετικής πληροφορίας κατά τον προγεννητικό έλεγχο-ειδικά η θέση του φερόμενου βιολογικού πατέρα, Digesta 2008, 387, η οποία μάλιστα πέραν του ότι υποστηρίζει ότι είναι παράλογος ο καταλογισμός στους γιατρούς των ζημιών που προέκυψαν από τις κατά τα άλλα ενδεδειγμένες και σωστά εκτελεσθείσες ιατρικές πράξεις, αναφέρει ότι η περίπτωση του χαρακτηρισμού της ευθύνης των γιατρών ως ευθύνης από διακινδύνευση θα ενέτεινε το φαινόμενο της αμυντικής ιατρικής αλλά και θα εκτίνασσε το κόστος των ιατρικών πράξεων καθώς οι γιατροί θα ήταν υποχρεωμένοι να καλύπτουν με υπέρμετρα ασφάλιστρα τον κίνδυνο για οποιαδήποτε δυσμενή μεταβολή της υγείας του ασθενούς.

11. Ο εν λόγω όρος αποτελεί προσπάθεια απόδοσης στα ελληνικά ανάλογων όρων που έχουν επικρατήσει σε άλλα δίκαια (όπως «**faute medicale**»).

malpractice) είναι άμεσα συνδεδεμένο με την έννοια του θεραπευτικού ή ιατρικού κινδύνου,¹² ο οποίος συνίσταται στον κίνδυνο, που αναλαμβάνει ο γιατρός κατά την παροχή των υπηρεσιών του, να προκαλέσει από πράξη ή παράλειψή του ζημία στον ασθενή¹³ είτε αποτυγχάνοντας λόγω εσφαλμένης διάγνωσης ή εφαρμογής λανθασμένης θεραπείας να τον θεραπεύσει, με συνέπεια τη χειροτέρευση της υγείας του είτε προκαλώντας του άλλη ζημία, ανεξάρτητη από την καθεαυτή θεραπεία. Η βλάβη δηλαδή ή η ζημία που μπορεί να προκληθεί από το ιατρικό σφάλμα και για την οποία οφείλεται αποζημίωση, είναι δυνατόν να είναι είτε θετική δηλαδή να χειροτερέψει την κατάσταση του ασθενούς είτε αρνητική υπό την έννοια ότι δεν επήλθε η αρμόζουσα βελτίωση.¹⁴

Από τις θεωρητικές αναλύσεις και δικαστικές αποφάσεις που πραγματεύονται θέματα αστικής ιατρικής ευθύνης αλλά και με βάση τη γενική αρχή «*salus aegroti suprema lex*» (ο υπέρτατος νόμος είναι η σωτηρία του ασθενούς) προκύπτει μια γενικά αποδεκτή και πλέον πρόσφορη έννοια του ιατρικού σφάλματος: «*Πρόκειται για τη συμπεριφορά του γιατρού που αξιολογείται ως υπολειπόμενη της επιβαλλόμενης στο επάγγελμά του και στη συγκεκριμένη περίπτωση επιμέλεια, κατά κανόνα επειδή ο γιατρός δεν τηρεί το επαγγελματικό του standard ή επειδή παραβιάζει τους κανόνες της ιατρικής επιστήμης και της τέχνης (leges artis)*».¹⁵ Προς κατανόηση δε του ανωτέρω ορισμού κρίνεται αναγκαίο να διευκρινιστεί ότι ως «**ιατρικό standard**» (πρότυπο ποιότητας ή απλώς πρότυπο) χαρακτηρίζεται το σύνολο των προδιαγραφών ποιότητας στις οποίες πρέπει να ανταποκρίνεται σε ορισμένη περίπτωση η παροχή των ιατρικών υπηρεσιών. Με άλλα λόγια ο γιατρός, όπως άλλωστε και κάθε επαγγελματίας, οφείλει να παρέχει υπηρεσίες που αντιστοιχούν σε ένα ορισμένο επίπεδο ποιότητας σύμφωνα με τα πρότυπα ενέργειας και συμπεριφοράς που γίνονται δεκτά στο επάγγελμά του.¹⁶ Αντίστοιχα, οι κανόνες της ιατρικής επιστήμης και τέχνης είναι το σύνολο των κοινώς αναγνωρισμένων κανόνων ιατρικής για τους οποίους δεν μπορεί να

12. Σημειώνεται ότι στον θεραπευτικό κίνδυνο αποδίδεται τόσο μία ευρεία έννοια που περιλαμβάνει κάθε αιτιώδως συνδεδεμένη με την ιατρική πράξη ζημία του ασθενούς όσο και μία στενότερη έννοια η οποία περιλαμβάνει μόνο τις ζημίες που οφείλονται σε τυχαίο γεγονός, Φουντεδάκη, Αστική Ιατρική Ευθύνη, 2003, 18 επ.

13. Μηνούδης, Η ασφαλιστική κάλυψη γιατρών, ΕΕμπΔ 1996, 636.

14. Κοζύρης, , Αρμ. 1999, 178.

15. Φουντεδάκη (2007), 40.

16. Φουντεδάκη, Θέματα αστικής ιατρικής ευθύνης σε περίπτωση γέννησης ατόμου με σοβαρή ασθένεια ή αναπηρία (wrongful life), Digesta 2004, 476.

γεννηθεί αμφισβήτηση, όπως αυτοί διαμορφώνονται από τα πλέον σύγχρονα δεδομένα, που καθορίζουν τον τρόπο που πρέπει να ενεργεί ο παρέχων τις υπηρεσίες του γιατρός ή απλώς ο γραπτός ή άγραφος κανόνας επιμέλειας που απορρέει από το γενικό καθήκον πρόνοιας και ασφάλειας στις συναλλαγές ενόψει του πραγματικού γεγονότος της ανάληψης ενός ασθενούς από ένα γιατρό, σε συνδυασμό με την ευπάθεια του ασθενούς και την επικινδυνότητα της κάθε ιατρικής πράξης.¹⁷ Μάλιστα, αυτή η εγγενής επικινδυνότητα της ιατρικής πράξης για την ανθρώπινη υγεία και ζωή συνεπάγεται την τήρηση αυξημένης υποχρέωσης επιμέλειας από μέρους του γιατρού,¹⁸ πρότυπο δε για την αξιολόγηση της συμπεριφοράς του ζημιώσαντος γιατρού είναι ο τυπικός εκπρόσωπος του επαγγελματικού, μορφωτικού και κοινωνικού κύκλου στον οποίο ο τελευταίος ανήκει, δηλαδή ο μέσος γιατρός της ειδικότητας στην οποία ο ζημιώσας ανήκει.¹⁹ Συνεπώς, ακόμα και στην περίπτωση που ο θεράπων ιατρός φέρει τον τίτλο του πανεπιστημιακού, το μέτρο επιμέλειάς του θα κριθεί βάσει του μέσου γιατρού και όχι βάσει των ιδιαίτερων γνώσεων ή ικανοτήτων που αυτός έχει αποκτήσει

Στο σημείο αυτό πρέπει να αναφερθούν τα κριτήρια βάσει των οποίων κρίνεται η ύπαρξη ή μη ιατρικού λάθους. Τα κριτήρια δε που έχουν προταθεί και των οποίων η σύνθεση προκρίνεται ως η ορθότερη λύση προκειμένου να κριθεί αν η συγκεκριμένη συμπεριφορά του παρέχοντος υπηρεσίες ιατρού θεμελιώνει ή όχι ιατρικό σφάλμα είναι τα κάτωθι:

A) Το πρώτο κριτήριο είναι το κριτήριο του μέσου συνετού γιατρού που τηρεί τους κανόνες της επιστήμης του, ενεργεί δηλαδή *de lege artis (bonus medicus)*. Η συμπεριφορά του γιατρού κρίνεται δηλαδή αμελής, εάν παραβιάζει γενικά παραδεδεγμένους κανόνες της ιατρικής επιστήμης. Το εν λόγω κριτήριο είναι αντικειμενικό, ανεξάρτητο δηλαδή από τις προσωπικές ικανότητες ή ιδιότητες του συγκεκριμένου γιατρού.²⁰ Κατά συνέπεια, η ύπαρξη εξειδικευμένων ή αυξημένων γνώσεων ή εμπειριών δεν διαφοροποιεί το μέτρο επιμέλειας προς τα πάνω και συνεπώς ο γιατρός και στην περίπτωση αυτή, καλείται να ενεργεί όπως θα ενεργούσε ο μέσος συνετός γιατρός της ίδιας ειδικότητας και όχι ανάλογα με τις ιδιαίτερες γνώσεις ή εμπειρίες του, καθώς οι τυχόν υπάρχουσες ιδιαίτερες προσωπικές ικανότητες δεν επαυξάνουν το μέτρο

17. Φουντεδάκη (2003), 350 επ.

18. Καράσκωστας, Η αστική ευθύνη του γιατρού στο κοινοτικό δίκαιο, Αρμ. 1994, 19..

19. Σταθόπουλος, Επιτομή Γενικού Ενοχικού Δικαίου, 2004, 114 επ.

20. Ζέπος, Η ευθύνη του γιατρού, ΝοΒ 21, 3.

επιμέλειας. Αντίστροφα, οι μειωμένες γνώσεις ή εμπειρίες, όπως για παράδειγμα η εμπειρία ενός ειδικευόμενου γιατρού δεν οδηγούν σε μείωση της ευθύνης του καθώς, όπως είναι και λογικό ο ασθενής δεν μπορεί να φέρει τον κίνδυνο της πρακτικής εξάσκησης των γιατρών.²¹ Σύμφωνα με το συγκεκριμένο κριτήριο, ο γιατρός δεν απαιτείται να είναι ικανός για τα πάντα, αλλά μόνο για ό, τι είναι ικανός ο μέσος εκπρόσωπος της ειδικότητας του. Συνεπώς, κάθε γιατρός αντιμετωπίζεται ως τυπικός εκπρόσωπος του οικείου κλάδου της ιατρικής ειδικότητάς του, και όχι ως ατομική οντότητα (με μειωμένες ή αυξημένες ικανότητες). Ωστόσο, στην περίπτωση που η σύμβαση της ιατρικής αγωγής συνήφθη επί τη βάση των (γνωστών στον ασθενή) ιδιαίτερων αυτών ικανοτήτων, στις οποίες και αποβλέπει ο ασθενής με την επιλογή του συγκεκριμένου γιατρού, αποδεχόμενος να καταβάλει και αμοιβή αυξημένη (σε σχέση με την αμοιβή του μέσου γιατρού της ίδιας ειδικότητας), τότε γίνεται δεκτή η επίταση της ενδοσυμβατικής ευθύνης του γιατρού.²²

Β) Το **δεύτερο** κριτήριο συνδέεται με τα πρότυπα ποιότητας, στα οποία πρέπει να ανταποκρίνεται η άσκηση του ιατρικού επαγγέλματος σε κάθε περίπτωση (ιατρικά standards).²³ Το **ιατρικό standard** είναι αυτό που καθορίζει την ενδεδειγμένη για τη συγκεκριμένη περίπτωση συμπεριφορά του γιατρού και προσδιορίζεται από τις αντικειμενικές περιστάσεις, από τους κανόνες της επιστήμης και τα πορίσματα της εμπειρίας κατά τον χρόνο διενέργειας της πράξης. Τα πρότυπα ποιότητας προσδιορίζονται από τον ίδιο τον ιατρικό κόσμο και δεν είναι στατικά, όπως οι κανόνες της ιατρικής επιστήμης. Ο γιατρός που παρέχει υπηρεσίες που υπολείπονται στην απαιτούμενη ποιότητα είναι αμελής. Αξίζει δε να σημειωθεί ότι στην έννοια των προτύπων ποιότητας υπάγονται και τα πρωτόκολλα θεραπείας, όπως για παράδειγμα πρωτόκολλα θεραπείας για την καταπολέμηση διαφόρων μορφών καρκίνου με την μέθοδο της ακτινοθεραπείας. Τα πρωτόκολλα αυτά υποδεικνύουν το ακριβές σημείο της ακτινοβολήσης, την ημερήσια δόση της

21. Φουντεδάκη (2003) 421, όπου γίνεται ειδική μνεία ότι στις υποχρεώσεις του ειδικευόμενου ιατρού εντάσσονται και η καταβολή ιδιαίτερης επιμέλειας και η επαλήθευση των επιλογών του από τους επιμελητές ιατρούς.

22. Φουντεδάκη (2003), 383 (ερμηνεύοντας τη σύμβαση βάσει της καλής πίστης και των συναλλακτικών ηθών, θα συναχθεί εάν τα ιδιαίτερα προσόντα του γιατρού εμπίπτουν στο περιεχόμενο της συμβάσεως αυτής). Γεωργιάδης, Ειδικό Ενοχικό Δίκαιο, 2007, 202 (αυτές οι ιδιαίτερες ικανότητες θα πρέπει να συνομολογηθούν ρητώς και ειδικώς, συνήθως με την υπόσχεση εγγυημένου αποτελέσματος ή παροχής αναβαθμισμένων ποιοτικά υπηρεσιών).

23. Φουντεδάκη (2003) 355 επ.

ακτινοβολίας, τη συχνότητα των συνεδριών, το χρονοδιάγραμμα της θεραπείας και δίδουν και άλλες σχετικές με την αγωγή του ασθενή κατευθυντήριες γραμμές, στοιχεία που, όπως έχει αποδειχθεί, οδηγούν στα βέλτιστα θεραπευτικά αποτελέσματα στις συγκεκριμένες περιπτώσεις.

Πλεονέκτημα του συγκεκριμένου κριτηρίου είναι ο δυναμικός και ευέλικτος χαρακτήρας της έννοιας του προτύπου ποιότητας, το οποίο αναπροσαρμόζεται διαρκώς βάσει της εξέλιξης της ιατρικής. Καθώς η ιατρική επιστήμη εξελίσσεται διαρκώς δεδομένου ότι ανακαλύπτονται και εφαρμόζονται καινούριες διαγνωστικές και επεμβατικές μέθοδοι, πιο αποτελεσματικά φάρμακα και καταργούνται ατά την πρακτική αντιμετώπιση ιατρικών περιστατικών, τεχνικές απαρχαιωμένες, ενώ παράλληλα προκρίνονται άλλες, πιο αποτελεσματικές, η επιμέλεια θα κριθεί με βάση τα πρότυπα ποιότητας κατά τον συγκεκριμένο χρόνο εκδήλωσης της (επιλήψιμης) συμπεριφοράς του γιατρού. Θα κριθεί δηλαδή με βάση τα ισχύοντα κατά τον χρόνο αυτό ιατρικά δεδομένα, τις γνωστές και καθιερωμένες μεθόδους που χρησιμοποιούνται από τους γιατρούς της συγκεκριμένης ειδικότητας για ανάλογα ιατρικά περιστατικά. Ο γιατρός οφείλει λοιπόν να είναι ενημερωμένος για τις εξελίξεις αυτές και αφού συγκρίνει τα οφέλη και τους κινδύνους κάθε νέας μεθόδου σε σχέση με τις ήδη γνωστές να επιλέξει την προσφορότερη για τον ασθενή του. Όπως δε είναι ευχερώς κατανοητό εκ των ανωτέρω το πρότυπο ποιότητας, βάσει του οποίου κρίνονται οι παρεχόμενες υπηρεσίες από τον θεράποντα γιατρό είναι άμεσα και αμφίδρομα συνδεδεμένη με τη διαρκή ενημέρωση του γιατρού· ο γιατρός οφείλει να γνωρίζει ότι τις όποιες αλλαγές συντελούνται στα πρότυπα ποιότητας τα οποία ακριβώς λόγω της εξελικτικής πορείας της γνώσης αλλά και τις ιατρικής επιστήμης μεταλλάσσονται αενάως. Ωστόσο, στην περίπτωση κατά την οποία δεν έχουν ακόμα διαμορφωθεί οι καλύτερες διαδικασίες ή μέθοδοι (ήτοι τα ιατρικά standards) που καλείται να ακολουθήσει ο γιατρός, τότε γίνεται αναγωγή στους κανόνες της ιατρικής.²⁴

Γ) Το **τρίτο** κριτήριο επικεντρώνεται στη συμπεριφορά του γιατρού απέναντι στον συγκεκριμένο ασθενή. Ο γιατρός πρέπει να ενεργεί σκεπτόμενος το συμφέρον του ασθενούς. Συνακόλουθα, αμελής θα είναι ο γιατρός που δεν έπραξε ό, τι επίτασσε η βελτίωση της υγείας του συγκεκριμένου ατόμου. Μάλιστα, στην περίπτωση κατά την οποία, ο γιατρός έπραξε ότι θεώρησε απαραίτητο και ωφέλιμο για τον ασθενή, δρα επιμελώς, ακόμα και εάν

24. Φουντεδάκη (2003), 385, 425 επ.

παραβίασε όχι μόνο τη συνήθη επαγγελματική πρακτική ή κανόνα της ιατρικής, αλλά και κάποιο πρότυπο ποιότητας. Ο δεσμός εμπιστοσύνης που αναπτύσσεται ανάμεσα σε γιατρό και ασθενή και ο σεβασμός στην προσωπικότητα του ασθενούς ωθούν το γιατρό στο να ενεργεί με γνώμονα την βελτίωση της υγείας του ασθενούς του με απώτερο σκοπό τη σωτηρία του. Ο μέσος συνετός γιατρός δεν πρέπει, δηλαδή, να παραμένει αποκλειστικά στην αφηρημένη στάθμιση (διακινδύνευσης του ασθενούς από την ιατρική πράξη και προσδοκώμενου οφέλους) που διδάσκει η ιατρική θεωρία και εμπειρία, αλλά να επαληθεύει αυτά τα (επιστημονικά και εμπειρικά) πορίσματα προσαρμόζοντάς τα στον συγκεκριμένο ασθενή.²⁵

II. Οικονομική ανάλυση των ιατρικών λαθών

Η θεωρία που συνδέει τα οικονομικά με το δίκαιο χαρακτηρίζεται ως οικονομική ανάλυση του δικαίου²⁶. Η δε χρησιμότητά της έγκειται στην πρόβλεψη ή την εξήγηση της πραγματικότητας κυρίως ως προς τον τρόπο που θα συμπεριφερθούν τα άτομα ανταποκρινόμενα σε μεταβολές του περιβάλλοντός τους. Ο σκοπός της οικονομικής ανάλυσης του δικαίου είναι, λοιπόν, διπλός: στοχεύει **α)** αφενός να εξετάσει την επιρροή των κανόνων δικαίου στην οικονομική ζωή, δηλαδή να προβλέψει ή τουλάχιστον να διαπιστώσει εκ των υστέρων την επιρροή που ασκούν στα άτομα, αλλά και στο κυριότερο μέσο οικονομικής πληροφόρησής τους (το σύστημα των τιμών) και **β)** αφετέρου να προτείνει νέους κανόνες ή νέα ερμηνεία των υφισταμένων κανόνων, με σκοπό την οικονομική αποτελεσματικότητα, η οποία και συνίσταται στην επίτευξη ενός σκοπού με το μικρότερο δυνατό κόστος. Με άλλα λόγια, η οικονομική ανάλυση του δικαίου αποτελεί έναν σημαντικό αρωγό του νομοθέτη ή/και του δικαστή, προκειμένου οι τελευταίοι να λάβουν υπόψη τους της αγορά και συνακόλουθα να αποφευχθεί η στρέβλωση αυτής και την θέσπιση ή την εφαρμογή του κανόνα δικαίου.

Θεωρητικό θεμέλιο της οικονομικής αναλύσεως του δικαίου αποτελεί το θεώρημα του **Coase**, σύμφωνα με το οποίο όταν τα έξοδα συναλλαγής (transaction costs) είναι μηδενικά ή πολύ χαμηλά –πράγμα που σημαίνει ότι τα ενδιαφερόμενα μέρη μπορούν να διαπραγματευθούν μία άκρως (και

²⁵. Φουντεδάκη (2003), 367, Γεωργιάδης (2007), 200.

²⁶. Κοτσίρης, Οικονομική ανάλυση του δικαίου – γενική προσέγγιση, *Digesta* 2006, 333 επ.

αμοιβαίως) επωφελή συμφωνία- οι ενδιαφερόμενοι θα καταλήξουν στην αποτελεσματική κατανομή των πόρων, ανεξάρτητα από την κατανομή των δικαιωμάτων από το δίκαιο. Με την εφαρμογή του θεωρήματος αυτού στην ιατρική ευθύνη τα μέρη, γιατρός – ασθενής θα μπορούσαν να συμφωνήσουν εκ των προτέρων τον τρόπο αντιμετώπισης ενδεχόμενης ζημίας.²⁷ Στην πραγματικότητα όμως, τα συναλλακτικά κόστη μπορεί να είναι απαγορευτικά (καθιστώντας έτσι ανέφικτη την εκούσια διευθέτηση της διαφοράς) οπότε σύμφωνα με τον Coase, τα δικαστήρια θα πρέπει να μιμηθούν την αγορά, μειώνοντας το κόστος συναλλαγής ή αποδίδοντας το δικαίωμα απευθείας στο μέρος που το αξιολογεί περισσότερο (και στο οποίο δηλαδή θα «κατέληγε» αν γινόταν διαπραγμάτευση), συμβάλλοντας έτσι (μέσω της κατανομής των πόρων) στην αύξηση της ευημερίας του κοινωνικού συνόλου. Νομοθέτης και δικαστής προτρέπονται δηλαδή να κατανεύουν δικαιώματα και υποχρεώσεις κατά τρόπον ώστε να μεγιστοποιείται η κοινωνική ευημερία. ²⁸ Κατ' εξοχήν πρόσφορο πεδίο για την εφαρμογή της οικονομικής ανάλυσης του δικαίου αποτελεί η ευθύνη από αδικοπραξία, όπου το κόστος των συναλλαγών είναι υψηλό, οπότε το δίκαιο καλείται να το ελαχιστοποιήσει.

Περαιτέρω, στο πλαίσιο της ιατρικής ευθύνης, η οποία κατά τα αναλυτικώς εκτιθέμενα κατωτέρω μπορεί να θεμελιωθεί, μεταξύ άλλων, και ως αδικοπρακτική ευθύνη, τα ιατρικά λάθη μπορούν να αντιμετωπιστούν από την οικονομική ανάλυση του δικαίου ως ένα ανεπιθύμητο υποπροϊόν της παροχής ιατρικής φροντίδας, το οποίο εμφανίζει σημαντικές πιθανότητες να επιφέρει δυσμενείς συνέπειες σε όλα τα εμπλεκόμενα μέρη. Βέβαια, λόγω ακριβώς της επικινδυνότητας που ενέχει η ιατρική επιστήμη, τα ιατρικά λάθη αποτελούν ένα «ασφαλισίμο συμβάν», το οποίο οι περισσότεροι γιατροί (όπως προκύπτει και από την αύξηση των ασφαλισμένων για αστική ευθύνη γιατρών και στη χώρα μας) είναι διατεθειμένοι να αγοράσουν, παρά το γεγονός της συνεχούς αύξησης των ασφαλιστρών.²⁹ Από την αδικοπραξία που συνδέεται με την πρόκληση ιατρικού λάθους δημιουργούνται λοιπόν τριών ειδών κόστη. Επέρχεται δηλαδή το πρωτογενές κόστος, το οποίο συνίσταται στην απώλεια της χρησιμότητας του ζημιωθέντος (π.χ. προσωπικές ιατρικές δαπάνες, απουσία από την εργασία και απώλεια των αντίστοιχων χρηματικών ποσών), το δευτερογενές κόστος που προκαλείται από την αναποτελεσματική διασπορά των

27. Βλιάμος/Χατζηπλάτων, Οικονομική Ανάλυση των ιατρικών λαθών, ΧρΙΔ 2008, 588.

28. Ο ίδιος (2008) 585, 588.

29. Ο ίδιος, 585.

κινδύνων και την ασφάλιση των ζημιών (όταν οι άνθρωποι επιθυμούν να ασφαλισθούν πληρώνοντας αντίστοιχα ασφάλιστρα, αλλά δεν έχουν τη δυνατότητα να το πράξουν) και το τριτογενές κόστος που συνίσταται στον κόπο και το χρόνο ανάμεσα στην άσκηση της αγωγής αποζημίωσης και της απονομής της δικαιοσύνης (διοικητικό κόστος). Το δίκαιο των αδικοπραξιών επιδιώκει να μειώσει τα κόστη αυτά (πρωτογενές, δευτερογενές και τριτογενές) σε ένα κοινωνικά άριστο επίπεδο. Η επίτευξη της οικονομικής αποτελεσματικότητας συνδέεται βέβαια με την ελαχιστοποίηση του συνολικού κόστους (κόστος ατυχήματος και κόστος αποτροπής της ζημίας). Η αποτροπή της ζημίας συνδέεται περαιτέρω με την προβλεψιμότητα της ζημίας, η οποία στο πεδίο της ιατρικής είναι πολύ σχετική, καθώς οι αντιδράσεις του ανθρώπινου οργανισμού είναι πολλές φορές απρόβλεπτες. Έχει διατυπωθεί στο σημείο αυτό ο «Κανόνας ή formula Learned Hand» (από το όνομα του δικαστή που εφάρμοσε αυτή τη σχέση κατά την εκδίκαση μίας υποθέσεως), σύμφωνα με τον οποίο, αμέλεια υπάρχει όταν οι δαπάνες που γίνονται για την αποτροπή της ζημίας είναι μικρότερες από το προσδοκώμενο χρηματικό όφελος που προκύπτει από την αποφυγή της ζημίας.³⁰ Η «άριστη» επιμέλεια προκύπτει δηλαδή όταν το κόστος αποτροπής της ζημίας ισούται με το αναμενόμενο όφελος (κόστος) από τη μη πρόκληση της βλάβης. Βλέπουμε, λοιπόν, με ποιο τρόπο μπορεί η μεθοδολογική προσέγγιση της οικονομικής ανάλυσης του δικαίου να συμβάλλει στον προσδιορισμό της υπαιτιότητας, στοιχείο θεμελιωτικό της ιατρικής ευθύνης.

III. Διακρίσεις ιατρικών σφαλμάτων

Δεδομένου ότι το ιατρικό λάθος συνδέεται κάθε φορά άρρηκτα με τα κρίσιμα σε κάθε περίπτωση πραγματικά περιστατικά, μπορεί να λάβει διάφορες μορφές, καθιστώντας εκ του λόγου αυτού δυσχερή την αυστηρή τους κατηγοριοποίηση. Σε μία δε προσπάθεια κατηγοριοποίησης των ιατρικών λαθών³¹, έχουν προταθεί διάφορες διακρίσεις. Ειδικότερα:

30. Ο ίδιος, 586

31. Baumgärtel, Η ιατρική ευθύνη (ουσιαστικό δίκαιο και κατανομή του βάρους απόδειξης) Αρμ. 1993, 9, 10, όπου τα ιατρικά λάθη συστηματοποιούνται σε «ποιοτικές ελλείψεις» (εδώ υπάγονται τα διαγνωστικά ή θεραπευτικά λάθη, η προσβολή της υποχρέωσης για ιατρικό έλεγχο, συμβουλή και καθοδήγηση, αλλά και η προσβολή της υποχρέωσης ελέγχου του παραϊατρικού προσωπικού και των ειδικευόμενων γιατρών)

A) Διάκριση ανάμεσα στο λεγόμενο «τεχνικό» σφάλμα και την κοινή αμέλεια:

Ως **τεχνικό σφάλμα** χαρακτηρίζεται το σφάλμα που συνδέεται με την παράβαση των κανόνων της ιατρικής επιστήμης και εμπειρίας. Στην περίπτωση αυτή θα κριθεί αν η συμπεριφορά του ιατρού είναι ή όχι λανθασμένη με βάση ιατρικά κριτήρια.³² Αντιθέτως, **κοινή αμέλεια** υπάρχει σε περιπτώσεις όπου ο γιατρός σφάλει όχι ως επαγγελματίας, αλλά ως άνθρωπος, όπου δηλαδή υποκύπτει σε ανθρώπινο λάθος, λόγω απροσεξίας ή έλλειψης συγκέντρωσης.³³

Το τεχνικό σφάλμα πρέπει να διαχωριστεί από τις άλλες περιπτώσεις ευθύνης του γιατρού, και δεδομένου ότι περιορίζει την ευθύνη μόνο σε περίπτωση βαριάς αμέλειας, ενώ, ο γιατρός ευθύνεται και για ελαφρά αμέλεια, πρέπει να απορριφθεί ως μορφή ιατρικού σφάλματος. Επιπλέον, υπάρχει σύγχυση πολλές φορές για τον χαρακτηρισμό ενός λάθους ως τεχνικού ή εξωιατρικού. Επομένως, αυτή η διάκριση δεν οδηγεί σε αποκλεισμό της ευθύνης σε περίπτωση ανθρώπινου λάθους· αντιθέτως, και το ανθρώπινο λάθος αποτελεί αντικειμενικά ιατρικό λάθος, καθώς όπως μία «τεχνική» επιλογή *contra leges artis*, έτσι και μία κοινή απροσεξία συνιστούν παραβίαση του απαιτούμενου μέτρου επιμέλειας και συνεπάγονται τον ίδιο κίνδυνο για τον ασθενή.³⁴

B) Διάκριση ανάμεσα σε σφάλμα «πραγματικού και «νομικού» τύπου³⁵:

Το «**νομικό ιατρικό σφάλμα**» θεμελιώνεται όταν προκύπτει αμέλεια με βάση το κριτήριο της αντικειμενικοποιημένης αμέλειας, όπως για παράδειγμα, στην περίπτωση που ο γιατρός αναλαμβάνει να παράσχει τις υπηρεσίες του, ενώ δεν έχει τις απαιτούμενες ικανότητες ή εμπειρίες ή τον αναγκαίο εξοπλισμό, δηλαδή όταν υπέπεσε σε σφάλμα ανάληψης. Στις υπόλοιπες περιπτώσεις όπου

και σε «γενικευμένες ποιοτικές ελλείψεις» (όπου υπάγονται το σφάλμα ανάληψης και τα οργανωτικά λάθη και τα λάθη συντονισμού).

32. Βλ. σχετικά ενδεικτικά ΑΠ 2432/2003, ΠοινΧρ 2004, 777, όπου κρίθηκε σφάλμα του γυναικολόγου, ο οποίος δεν έδωσε εντολή για τη διενέργεια παρακλινικών εξετάσεων, από τις οποίες θα προέκυπτε ότι η θανούσα έπασχε από νεφρίτιδα.

33. Ως ανθρώπινα λάθη λογίζονται και τα λάθη στα ιατρικές συνταγές, *Φουντεδάκη* (2003), 346.

34. *Φουντεδάκη* (2003), 416, 351.

35. *Φουντεδάκη* (2003), 371.

η αμελής συμπεριφορά του γιατρού συνδέεται με λανθασμένη ενέργεια (π.χ. λανθασμένη διάγνωση ή θεραπευτική αγωγή, παράλειψη ακριβούς διάγνωσης, παράλειψη της θεραπείας, τεχνικό σφάλμα) πρόκειται για το λεγόμενο **«πραγματικό (ποιοτικό -επιστημονικό) ιατρικό σφάλμα»**.

Γ) Διάκριση ανάμεσα σε σφάλμα «ενέργειας» και σφάλμα «εκτίμησης»:

Ως **«σφάλματα ενέργειας»**, χαρακτηρίζονται τα σφάλματα που συνδέονται με την εκτέλεση κάποιας ιατρικής πράξης ενώ **«σφάλματα εκτίμησης»**, αυτά που προκύπτουν από την επιλογή της συγκεκριμένης θεραπείας ή ιατρικής πράξης.

Δ) Διάκριση των ιατρικών σφαλμάτων ανάλογα με το χρόνο που αυτά προκύπτουν.

Πέραν των ανωτέρω διακρίσεων τα ιατρικά λάθη διακρίνονται σε ειδικότερες κατηγορίες βάσει του σταδίου ιατρικής αγωγής, κατά το οποίο αυτά (*ενν. ιατρικά λάθη*) προέκυψαν. Ενδέχεται, λοιπόν, να προκύψουν :

ι) Λάθη ως προς τη διάγνωση, όπως παράλειψη ακριβούς διάγνωσης, εσφαλμένη διάγνωση και θεραπεία, κακή εκτίμηση των συμπτωμάτων, λάθος ως προς τον εντοπισμό της ακριβούς θέσης της νόσου, υποβολή του ασθενούς σε περιττές διαγνωστικές εξετάσεις, παράλειψη διαγνωστικής μεθόδου (επειδή την αγνοούσε ο γιατρός ή θεώρησε λανθασμένα ότι δεν ήταν αναγκαία στη συγκεκριμένη περίπτωση), παράλειψη εξέτασης του ασθενούς, λάθος ως προς τη διασφάλιση των ευρημάτων. Πρέπει να τονιστεί ότι κάθε εσφαλμένη διάγνωση δεν αποτελεί συγχρόνως και λάθος του γιατρού, καθώς, παρά την επιμελή συμπεριφορά του τελευταίου, διάφοροι παράγοντες μπορούν να οδηγήσουν τελικά σε λάθος αποτέλεσμα. Τέτοιοι παράγοντες είναι η ύπαρξη λανθασμένων εργαστηριακών αποτελεσμάτων (για τα οποία δεν ευθύνεται ο γιατρός που προβαίνει στη διάγνωση, αλλά ο μικροβιολόγος που τα εξέτασε), ευρήματα που η ποιότητα ή η ποσότητά τους δυσχεραίνουν την ακριβή διάγνωση, αλλά και το αντικειμενικό περιθώριο λάθους του γιατρού. Καθώς ο γιατρός δεν υπόσχεται την σωστή διάγνωση, ερευνητέο σε κάθε περίπτωση είναι εάν επέδειξε την απαιτούμενη επιμελή συμπεριφορά σε κάθε στάδιο έως το διαγνωστικό πόρισμα.³⁶

36. Φουντεδάκη (2003),389.

ii) Λάθη ως προς την θεραπεία / κυρίως ιατρική αγωγή. Πρόκειται για την περίπτωση της επιλογής μη προσήκουσας θεραπείας ή εσφαλμένης ιατρικής πράξης, η επιλογή της οποίας (ενν. θεραπείας ή ιατρικής πράξης) δεν δικαιολογείται με βάση τα αποτελέσματα της –προηγηθείσας– διαγνωστικής διαδικασίας, της υπερβολικής θεραπευτικής αγωγής, καθώς και της περίπτωσης λαθών κατά την εκτέλεση της επεμβάσεως, μη λήψης μέτρων προνοίας με σκοπό την αποφυγή ενδεχόμενων επιπλοκών. Τα προβλήματα ποιότητας των παρεχόμενων υπηρεσιών υγείας διακρίνονται περαιτέρω σε: **α) overuse problems**, όπως στην περίπτωση χορήγησης αντιβιοτικών για την αντιμετώπιση κοινού κρυολογήματος, **β) underuse problems**, όπως στην περίπτωση κατά την οποία δεν παρέχεται αποτελεσματική περίθαλψη **και γ) misuse problems**, όπως όταν παρέχεται ενδεδειγμένη περίθαλψη, αλλά η μέθοδος είναι λανθασμένη ή ανεπαρκής.³⁷

Περαιτέρω, κατά τη διάρκεια χειρουργικών επεμβάσεων, ενδέχεται να προκύψουν ποικίλα λάθη, μπορεί να συνίστανται στη διενέργεια χειρουργικής επεμβάσεως σε λάθος ασθενή, στην πραγματοποίηση άλλης επέμβασης από αυτή που ήταν προγραμματισμένη, αλλά και στην επέμβαση σε λάθος πλευρά (π.χ. αφαίρεση του αντίπλευρου νεφρού) ή σε λάθος ανατομικό σημείο (π.χ. άλλο όργανο, άλλο δάχτυλο).³⁸ Μάλιστα, κατά τη διάρκεια χειρουργικής επέμβασης ενδεχομένως να προκύψουν και τα λεγόμενα **wrong-site** λάθη, τα οποία δεν συνδέονται με την επιστημονική επάρκεια του γιατρού, αλλά κυρίως με οργανωτικά λάθη, όπως για παράδειγμα λάθος του νοσηλευτή ή του μεταφορέα κατά την μεταφορά του ασθενούς στο χειρουργείο, μη εξακρίβωση της ταυτότητας του ασθενούς πριν την επέμβαση.

Στο σημείο αυτό και στο πλαίσιο της συγκριτικής επισκόπησης μεταξύ ελληνικής και αγγλοσαξωνικής πραγματικότητας αξίζει να σημειωθεί ότι σε διεθνές επίπεδο, γίνονται προσπάθειες για την μείωση των λαθών αυτών. Στις ΗΠΑ έχουν δημοσιευτεί κατευθυντήριες οδηγίες («Universal Protocol»), με βάση τις οποίες είναι αναγκαία η προεγχειρητική επιβεβαίωση του ασθενούς, η σήμανση του σημείου της επέμβασης (π.χ. με μελάνι). Πιο συγκεκριμένα, το «Universal Protocol for preventing wrong site, wrong procedure, wrong person surgery», το οποίο εγκρίθηκε τον Ιούλιο του 2003 και το οποίο

37.Κεραμάρης, Ιατρικά λάθη: Μια σύντομη ανάλυση αιτιών, επιπτώσεων και αντιμετώπισης, www.medtime.gr.

38.Νίξου, Λάθη στο χειρουργείο. Όταν η επέμβαση γίνεται σε λάθος σημείο, www.medtime.gr.

στηρίζεται στην αμοιβαία συναίνεση («consensus») των επαγγελματιών υγείας που συμμετείχαν στην εκπόνησή του, στοχεύει στην πρόληψη των wrong-site λαθών. Αντίστοιχες κατευθυντήριες οδηγίες έχει προτείνει και το Royal College of Surgeons στο Ηνωμένο Βασίλειο.

iii) Λάθη μετά την ιατρική πράξη. Τα λάθη αυτά συνίστανται κυρίως στην εσφαλμένη εκτίμηση κλινικών ενδείξεων και στη μη λήψη των αναγκαίων μέτρων για την αντιμετώπιση των επιπλοκών (μετά την χειρουργική επέμβαση).

Ε) Πέραν δε των ανωτέρω αναφερομένων υπάρχουν είδη λαθών που δύνανται να εμφανιστούν σε οποιοδήποτε στάδιο της ιατρικής αγωγής, όπως τα σφάλματα ανάληψης, τα σφάλματα οργάνωσης και τα σφάλματα ενημέρωσης. Ειδικότερα:

i) Σφάλμα ανάληψης εμφανίζεται όταν ο γιατρός (ή το νοσοκομείο) ανέλαβε την ιατρική φροντίδα ασθενούς, γνωρίζοντας ότι δεν διαθέτει τις ατομικές ικανότητες, δεν έχει δηλαδή την απαιτούμενη εμπειρία ή δεν διαθέτει, λόγω ειδικότητας, τις απαιτούμενες γνώσεις ή τις αντικειμενικές προϋποθέσεις, όπως για παράδειγμα τον απαιτούμενο εξοπλισμό για την τήρηση του οφειλόμενου αντικειμενικού προτύπου επιμέλειας, με συνέπεια την πρόκληση βλάβης στον ασθενή. Στην περίπτωση, βέβαια, όπου ο γιατρός ανέλαβε τον ασθενή, καίτοι τούτο δεν έπρεπε να συμβεί, αλλά ενήργησε επιμελώς, δεν θα υπέχει ευθύνη, καθώς ανάμεσα στην αμελή απόφαση ανάληψης και τη βλάβη του ασθενούς δεν υπάρχει αιτιώδης συνάφεια. Σε κάθε περίπτωση, ο γιατρός οφείλει να παραπέμπει τον ασθενή σε άλλο συνάδελφό του, όταν συνειδητοποιεί ότι λόγω ειδικότητας ή, ακόμα και λόγω γνώσεων, δεν μπορεί να αναλάβει την συγκεκριμένη ιατρική περίπτωση.³⁹

ii) Οργανωτικά λάθη / Λάθη στον συντονισμό των εργασιών: Το ίδιο βιοτικό γεγονός μπορεί να χαρακτηριστεί ως σφάλμα ανάληψης από την πλευρά του γιατρού που αμελώς ανέλαβε τον ασθενή και ως σφάλμα οργάνωσης του νοσοκομείου (ή του επικεφαλής γιατρού) που δεν έλεγξε την επιμελή διενέργεια των ιατρικών πράξεων ή που δεν είχε τον απαιτούμενο (φαρμακευτικό ή τεχνολογικό) εξοπλισμό ή το αναγκαίο για την αντικειμενικά επιμελή παροχή ιατρικών υπηρεσιών ανθρώπινο δυναμικό. Στην περίπτωση του οργανωτικού σφάλματος πρόκειται συνήθως για παροχή ιατρικών υπηρεσιών από οργανωμένο φορέα, όπου απαιτείται και συντονισμός των ενεργειών των διαφόρων «μονάδων» (γιατρών, νοσηλευτών) ή τμημάτων του φορέα (π.χ. σωστός

συντονισμός του μικροβιολογικού ή του ακτινολογικού τμήματος, έτσι ώστε τα αποτελέσματα να φτάνουν έγκαιρα στο γιατρό. Πάντως, και το οργανωτικό λάθος αποτελεί προσωπικό λάθος (παράβαση των υποχρεώσεων επιμέλειας του νοσοκομείου) και παραμένει ανεξάρτητο από την ευθύνη για πράξεις τρίτων προσώπων (ΑΚ 334, ΑΚ 922)⁴⁰

iii) Σφάλμα θεραπευτικής ενημέρωσης: Όπως και κατωτέρω θα αναλυθεί η θεραπευτική ενημέρωση εντάσσεται στη γενικότερη υποχρέωση παροχής ιατρικής φροντίδας του γιατρού προς τον ασθενή του και ουσιαστικά ταυτίζεται με την ιατρική συμβουλή. Είναι τμήμα της θεραπευτικής αγωγής και αφορά τις θεραπευτικές οδηγίες του γιατρού προς τον ασθενή για τα μέτρα που πρέπει να τηρήσει, προκειμένου να επέλθει το αναμενόμενο θεραπευτικό αποτέλεσμα. Από την θεραπευτική ενημέρωση, διαφοροποιείται η ενημέρωση που γίνεται με σκοπό την εξασφάλιση της συναινεσεως του ασθενούς (νομιμοποιητική ενημέρωση), η οποία αποτελεί τη βάση για την έγκυρη συναίνεση του ασθενούς και έχει ως σκοπό την προστασία του από αυτόβουλες ιατρικές επεμβάσεις.⁴¹ Έτσι, μπορεί να προκύψει σφάλμα σε σχέση με την ενημέρωση ως προς τα αποτελέσματα των διαγνωστικών εξετάσεων, την ενημέρωση ως προς την πιθανή εξέλιξη της ασθένειας (πρόγνωση), την προεγχειρητική, αλλά και την μεταθεραπευτική ενημέρωση (π.χ. λανθασμένες οδηγίες του γιατρού σχετικά με την λήψη φαρμάκων ή την τήρηση συγκεκριμένης διατροφής). Ο γιατρός υποχρεούται να καθοδηγεί και να συμβουλεύει τον ασθενή, με γνώμονα πάντα τη βελτίωση ή την διατήρηση της υγείας του. Στην έννοια της θεραπευτικής ενημέρωσης υπάγεται και η ενημέρωση του ασθενούς σχετικά με την τέλεση (από τον ίδιο ή από άλλο γιατρό) ιατρικού λάθους, εφόσον είναι αναγκαία η λήψη μέτρων (καινούργια θεραπεία ή ακόμα και χειρουργική επέμβαση), με σκοπό την αποκατάσταση της υγείας του ασθενούς, αλλά ακόμα και η πληροφόρηση για παράδειγμα για τις ενδεχόμενες παρενέργειες του σκευάσματος που του συνταγογράφησε, χωρίς να επαφίεται στο γεγονός ότι ο ασθενής θα διαβάσει το συνοδευτικό έντυπο του φαρμάκου.

40. Φουντεδάκη (2003), 429.

41. Ανδρουλιδάκη-Δημητριάδη, Η υποχρέωση ενημέρωσης του ασθενούς, 1993, 261 επ· Καρακώστας, Η αστική ευθύνη του γιατρού στο κοινοτικό δίκαιο, Αρμ. 1994, 21· Φουντεδάκη (2003), 180, 396.

ΚΕΦΑΛΑΙΟ Β -Τα νομικό υπόβαθρο της αστικής ιατρικής ευθύνης

I. Η ενδοσυμβατική ιατρική ευθύνη

1. Νομική φύση της συμβάσεως ιατρικής αγωγής

Η σύναψη συμβατικής σχέσης μεταξύ ασθενούς και ιδιώτη γιατρού,⁴² που κατέχει άδεια ασκήσεως ιατρικού επαγγέλματος, παρ' όλο που δεν ρυθμίζεται ειδικά στον ΑΚ, δεν αμφισβητείται. Η ακριβής απόδοση της σχέσης αυτής ποικίλει, έτσι η εν λόγω αναπτυσσόμενη συμβατική σχέση συναντάται στα διάφορα συγγράμματα ως «σύμβαση ιατρικής αγωγής»⁴³ ή «σύμβαση παροχής ιατρικών υπηρεσιών»⁴⁴ ή «ιατρική σύμβαση» ή «σύμβαση ιατρικής περίθαλψης».⁴⁵ Η δυσχέρεια δε απόδοσης ορισμού στην έννομη σχέση μεταξύ ασθενή-ιατρού, αν και έχει περιορισμένη πρακτική σημασία, οφείλεται στο ότι η σχέση αυτή δεν είναι μόνο συμβατική και δεν εξαντλείται μόνο στην παροχή ιατρικών υπηρεσιών ή στην εκτέλεση έργου.⁴⁶ Αντίθετα, μεταξύ γιατρού και ασθενή αναπτύσσεται ένας σύνδεσμος αμοιβαίας εμπιστοσύνης.⁴⁷ Πρόκειται

42.Αναφορικά με τους ιατρούς του ΕΣΥ, οι οποίοι χαρακτηρίζονται ως μόνιμοι δημόσιοι λειτουργοί (βλ. σχετ. άρθρο 25 του ν.1397/1983 και άρθρα 63 επι του ν. 2071/1992) και τους συμβεβλημένους με νπδδ ιατρούς υπάρχει αμφιβολία για το αν αναπτύσσεται συμβατική σχέση μεταξύ ιατρού και ασθενή. Υπέρ της θέσης της μη ύπαρξης συμβατικής σχέσης μεταξύ γιατρού αυτής της κατηγορίας και ασθενή τάσσεται η *Φουντεδάκη*, (2003), 249 *contra Ανδρουλάκη-Δημητριάδη* (1993), 110.

43.Όπως χαρακτηριστικά αναφέρεται, ο όρος «σύμβαση ιατρικής αγωγής» είναι ο πλέον δόκιμος, διότι περιλαμβάνει κάθε εκδήλωση ιατρικής πράξης, από την πρόληψη, τη διάγνωση, την ενημέρωση, τη θεραπεία μέχρι και τη μεταθεραπευτική αγωγή ενώ παράλληλα τονίζεται ότι ο όρος «αγωγή» περιλαμβάνει και τις καθαρά ιατρικές ενέργειες, υποδηλώνοντας ταυτόχρονα τη στενή διαπροσωπική σχέση μεταξύ ασθενούς και γιατρού, *Ανδρουλάκη-Δημητριάδη* (1993), 101.

44.*Καράκωστας*, Αρμ. 1994, 20, ο οποίος αναφέρει ότι περιεχόμενο της σύμβασης ιατρικής αγωγής είναι άλλοτε η εφαρμογή από το γιατρό μιας θεραπευτικής αγωγής και άλλοτε η επίτευξη ενός αποτελέσματος.

45.*Ανδρουλάκη-Δημητριάδη* (1993), 100.

46.Ως τέτοια περίπτωση, όπου η σύμβαση ιατρικής αγωγής προσιδιάζει στη σύμβαση έργου είναι η περίπτωση της επέμβασης πλαστικής χειρουργικής για αισθητικούς λόγους, όπου αυτό που ενδιαφέρει πρωτίστως τα συμβαλλόμενα μέρη είναι η επίτευξη του επιθυμητού αποτελέσματος.

47.*Φουντεδάκη* (2003), 269, όπου επισημαίνεται ότι στη σύμβαση ιατρικής αγωγής δεν υπάρχουν δύο ισότιμοι συναλλασσόμενοι με αντιτιθέμενα συμφέροντα αλλά αντίθετα πρόκειται για μία σχέση συνεργασίας και αμοιβαίας εμπιστοσύνης, όπου το ένα πρόσωπο είναι υποχρεωμένο να προστατεύει τα συμφέροντα του άλλου για την επίδωξη ενός κοινού σκοπού, που είναι η αποκατάσταση και διατήρηση της καλής υγείας του ασθενούς και η αποφυγή μη αναγκαίας διακινδύνευσης ή ταλαιπωρίας του, γεγονός που ανάγει τη σύμβαση ιατρικής αγωγής σε «κάτι περισσότερο» από μια απλή ενοχική σχέση. Την ιατρική ως σχέση εμπιστοσύνης και σεβασμού χαρακτηρίζει και ο ΚΙΔ, βλ.

δηλαδή για μία σχέση ηθικονομική και διαπροσωπική, αφού για τον μεν ασθενή ο γιατρός είναι το πρόσωπο στο οποίο εμπιστεύεται την υγεία και τη ζωή του, για τον δε γιατρό ο ασθενής είναι ο αποδέκτης του λειτουργήματός του.⁴⁸ Η μη ύπαρξη ειδικής ρύθμισης της σύμβασης ιατρικής αγωγής στον ΑΚ έχει ως επακόλουθο τη διατύπωση διαφόρων απόψεων σχετικά με τη νομική φύση της συμβατικής σχέσης που συνδέει τον ασθενή με τον γιατρό του. Με άλλα λόγια, υφίσταται προβληματισμός για τον αν η σύμβαση αυτή θα χαρακτηριστεί ως σύμβαση παροχής ανεξαρτήτων υπηρεσιών ή ως σύμβαση έργου,⁴⁹ η επίλυση του οποίου εξαρτάται από το νομικό χαρακτηρισμό της βασικής παροχής του γιατρού και ειδικότερα από την απάντηση στο ερώτημα αν η υποχρέωση ιατρικής συνδρομής συνιστά παροχή μέσων, οπότε και η σύμβαση ιατρικής αγωγής είναι σύμβαση παροχής ανεξαρτήτων υπηρεσιών ή υποχρέωση αποτελέσματος, οπότε και η σύμβαση ιατρικής αγωγής προσιδιάζει στη σύμβαση έργου.⁵⁰ Ανεξάρτητα όμως από το χαρακτηρισμό της έννομης σχέσης που δημιουργείται μεταξύ ασθενή και γιατρού, η σύμβαση ιατρικής αγωγής συνιστά την ενοχική, υποσχετική, αμφοτεροβαρή, επαχθή, διαρκή ή στιγμιαία και συνήθως άτυπη σύμβαση με την οποία ο γιατρός υπόσχεται τη διενέργεια ιατρικών πράξεων οποιασδήποτε μορφής⁵¹ σε ορισμένο πρόσωπο ή σε σχέση με αυτό, και το τελευταίο υπόσχεται να καταβάλει στο γιατρό τη συμφωνημένη αμοιβή.⁵²

Στο σημείο αυτό και προς αποφυγή επαναλήψεων αξίζει να εστιάσουμε σε κάποια ιδιαίτερα ζητήματα που αφορούν αφενός στον τύπο ή μη και αφετέρου στην κατάρτιση ή μη της σύμβασης ιατρικής αγωγής. Αναφορικά με το ζήτημα του τύπου της σύμβασης ιατρικής αγωγής, η τήρηση του έγγραφου

σχετ. άρθρο 8 ΚΙΔ, το οποίο τιτλοφορείται ως «*Η ιατρική ως σχέση εμπιστοσύνης και σεβασμού*».

48. *Ανδρουλάκη-Δημητριάδη*, Η αστική ευθύνη του γιατρού από την τεχνητή ανθρώπινη αναπαραγωγή, *Digesta* 2004, 433, η οποία βασισμένη στην ιδιαιτερότητα του συνδέσμου αμοιβαίας εμπιστοσύνης που αναπτύσσεται μεταξύ γιατρού-ασθενή, κάνει λόγο για «σύμβαση ιατρικής αγωγής».

49. Βέβαια υποστηρίζεται και η άποψη ότι η σύμβαση ιατρικής αγωγής αποτελεί ιδιόμορφη (*sui generis*) σύμβαση με την έννοια ότι εκφεύγει των κοινών συμβάσεων που έχουν επικρατήσει στις συναλλαγές λόγω της ύπαρξης εξωνομικών στοιχείων και συγκεκριμένα της *humanitas*, η οποία διαφοροποιεί και μάλιστα δογματικά τη σύμβαση ιατρικής αγωγής από τη σύμβαση εργασίας ή τη σύμβαση έργου, *Ανδρουλάκη-Δημητριάδη* (1993), 113.

50. *Γεωργιάδης*, Ειδικό Ενοχικό, 2007, 180-182.

51. Σημειώνεται ότι η σύμβαση ιατρικής αγωγής μπορεί να περιλαμβάνει μια σειρά ιατρικών πράξεων όπως την εξέταση του ασθενούς, τη διάγνωση της κατάστασής του, τη διενέργεια της θεραπευτικής αγωγής (φαρμακευτικής ή επεμβατικής) και εν συνεχεία την παρακολούθηση του ασθενούς.

52. *Φουντεδάκη* (2003), 268.

τύπου είναι ο κανόνας κυρίως στην περίπτωση που αντισυμβαλλόμενος του ασθενή είναι ιδιωτική κλινική, όπου συνήθως στην πράξη υπογράφεται από τον ασθενή ένα συνοπτικό «δελτίο εισόδου», στο οποίο μεταξύ άλλων αναγράφεται το αίτιο και το περιεχόμενο της νοσηλείας όσο και σε περιπτώσεις παροχής ιατρικών υπηρεσιών, που εμφανίζουν κάποιο βαθμό επικινδυνότητας ή δυσκολίας, όπου στη σχετική έγγραφη συμφωνία περιλαμβάνονται οι όροι που πρέπει να διέπουν τη σχέση μεταξύ γιατρού και ασθενή όπως π.χ. την ειδική περιγραφή της συμπεριφοράς που οφείλει να τηρήσει ο ασθενής κατά τη θεραπεία. Στην περίπτωση, ωστόσο, αυτή ο τηρούμενος τύπος δεν έχει χαρακτήρα συστατικό αλλά απλά αποδεικτικό των υποχρεώσεων των μερών.⁵³ Ακολουθως, άξιο μνείας είναι το ζήτημα της κατάρτισης ή μη της σύμβασης ιατρικής αγωγής όταν ο ασθενής δεν είναι σε θέση να καταρτίσει ο ίδιος αυτοπροσώπως τη σύμβαση αυτή είτε γιατί δεν έχει την απαιτούμενη δικαιοπρακτική δυνατότητα (λόγω ανηλικότητας ή λόγω υποβολής του σε δικαστική συμπαραστάση ή επειδή βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις του άρθρ. 131 ΑΚ) είτε γιατί είναι αναισθητός. Και ενώ στην περίπτωση του δικαστικώς συμπαραστατούμενου, ο δικαστικός συμπαραστάτης είναι αυτός που στο όνομα και για λογαριασμό του ανικάνου συνάπτει τη σύμβαση ιατρικής αγωγής με τον γιατρό, στην περίπτωση της ανηλικότητας του ασθενή (και υπό την προϋπόθεση μη εφαρμογής των άρθρων 134-136 ΑΚ) η σύμβαση συνάπτεται μεταξύ του γιατρού και του ασκούντος, κατά το άρθρο 1510 ΑΚ τη γονική μέριμνα του ανηλικού, ο οποίος συμβάλλεται στο όνομά του αλλά για λογαριασμό του ανηλικού, συνάπτοντας με τον τρόπο αυτό, σύμβαση υπέρ τρίτου, εν προκειμένω του ανηλικού, οπότε και για την ενεργητική νομιμοποίηση άσκησης τυχόν αξίωσης κατά του αντισυμβαλλομένου γιατρού εφαρμόζονται οι διατάξεις των άρθρων 410 επ ΑΚ.⁵⁴ Σύμβαση υπέρ τρίτου συνάπτεται και στην περίπτωση του αναισθητού ασθενή, όταν τον γιατρό καλεί προς βοήθεια ένα άλλο πρόσωπο, το οποίο δεν είναι νόμιμος εκπρόσωπος του ασθενή. Σε κάθε δε άλλη περίπτωση, όπου δεν μπορεί να θεμελιωθεί νομικά η κατάρτιση της σύμβασης ιατρικής αγωγής, τότε η έννομη σχέση που

53. Γεωργιάδης (2007), 186-187.

54. Για το αν η σύμβαση υπέρ τρίτου είναι γνήσια ή μη γνήσια έχουν υποστηριχθεί και οι δύο απόψεις, υπέρ της πρώτης βλ. σχετ. Γεωργιάδη Αστ., Γενικό Ενοχικό, 1993, 322 *contra* Φουντεδάκη (2003), 272, η οποία αναφέρει ότι στην περίπτωση αυτή καταρτίζεται μη γνήσια σύμβαση υπέρ τρίτου.

δημιουργείται μεταξύ ασθενούς και γιατρού μπορεί να χαρακτηριστεί κατά μία άποψη διοίκηση αλλοτρίων κατά άλλη άποψη ως *de facto* συμβατική σχέση.⁵⁵

Ένα επιπλέον ζήτημα που τίθεται είναι το κατά πόσο ισχύει, στην περίπτωση της κατάρτισης σύμβασης ιατρικής αγωγής, η αρχή της ελευθερίας των συμβάσεων και κατά πόσον ο γιατρός είναι ή όχι υποχρεωμένος να συμβληθεί με κάποιον ασθενή. Επ' αυτού του ζητήματος υποστηρίζεται ότι λόγω της ιδιαίτερης κοινωνικής χρησιμότητας και ανθρωπιστικής δράσης του ιατρικού επαγγέλματος, ο γιατρός υπέχει μια γενική υποχρέωση να παρέχει τις υπηρεσίες του στον ασθενή, η άρνηση δε της παροχής των ιατρικών υπηρεσιών πρέπει να γίνεται μόνο με την επίκληση ορισμένου λόγου.⁵⁶ Ο γιατρός, δηλαδή, όταν δεν έχει νομική υποχρέωση να παράσχει τις υπηρεσίες του-όπως στην περίπτωση του συμβεβλημένου με φορέα κοινωνικής ασφάλισης γιατρού, ο οποίος υποχρεούται να δέχεται όλους τους ασφαλισμένους στον φορέα αυτό, στο πλαίσιο της ιδιωτικής αυτονομίας δύναται να αρνηθεί την ανάληψη της ιατρικής παρακολούθησης ενός ασθενή. Η άρνηση όμως αυτή δεν μπορεί να γίνει αυθαίρετα, ιδίως στις περιπτώσεις έκτακτης ανάγκης, όπως για παράδειγμα στην περίπτωση που κάποιος ασθενής χρήζει άμεσα την παροχή πρώτων βοηθειών.⁵⁷

Τέλος και σε μία προσπάθεια κωδικοποίησης των υποχρεώσεων του γιατρού δυνάμει της σύμβασης ιατρικής αγωγής, σημειώνεται ότι ο γιατρός είναι επιφορτισμένος με την υποχρέωση παροχής στον ασθενή του ιατρικής φροντίδας.⁵⁸ Πρόκειται για την κύρια υποχρέωση του γιατρού, η οποία συνίσταται στις επιμέρους υποχρεώσεις διάγνωσης και θεραπείας, ενημέρωσης του ασθενούς ως προς την αντιμετώπιση της πάθησής του και τους ενδεχόμενους κινδύνους που συνεπάγεται η θεραπευτική αγωγή ή επέμβαση, καθώς και εξασφάλισης της συναίνεσης του τελευταίου.⁵⁹ Εκτός βέβαια από τις κύριες υποχρεώσεις, ο γιατρός οφείλει να είναι συνεπής και ως προς τις παρεπόμενες της σύμβασης ιατρικής αγωγής υποχρεώσεις, οι οποίες, συνδυαζόμενες με τις εκφάνσεις της κύριας, συνθέτουν τη συμπεριφορά του επιμελούς και συνεπούς γιατρού και οι οποίες συνίστανται στην υποχρέωση μη

55. Φουντεδάκη (2003), 277.

56. Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη, Η άρνηση παροχής ιατρικών υπηρεσιών και η ευθύνη κατά το άρθρο 8 του ν. 2251/1994, ΚριτΕ 1996/2, 153 επ.

57. Φουντεδάκη (2003), 281-282.

58. Φουντεδάκη (2003), 287.

59. Καράκωστας, Αρμ. 1994, 21 επ. Φουντεδάκη (2003), 290 επ.

παραβίασης του ιατρικού απορρήτου,⁶⁰ αυτοπρόσωπης εκτέλεσης της ιατρικής αγωγής, οργάνωσης και λειτουργίας ιατρείου, στο οποίο και θα ακολουθούνται όλοι οι κανόνες υγιεινής και ασφάλειας του ασθενούς.

II. Η ιατρική ευθύνη από αδικοπραξία

1.Οι προϋποθέσεις εφαρμογής των άρθρων 914 επ ΑΚ

Εκτός από την παραβίαση των υποχρεώσεων που απορρέουν από τη σύμβαση που συνδέει τον θεράποντα ιατρό με τον αποδέκτη των υπηρεσιών του (ασθενή), η αστική ευθύνη αυτού (*ενν. του θεράποντος ιατρού*) είναι δυνατό να θεμελιωθεί και σε άλλους νόμιμους λόγους. Ειδικότερα, αστική ευθύνη του ιατρού είναι δυνατό να θεμελιωθεί και στις διατάξεις των άρθρων 914 επ ΑΚ περί αδικοπραξίας, η παραγραφή της οποίας είναι, σύμφωνα με το άρθρο 937 ΑΚ, πενταετής από το χρόνο κατά τον οποίο ο ζημιωθείς έλαβε γνώση της επελθούσας σε αυτόν ζημίας. Και ενώ η θεμελίωση της αγωγής στις διατάξεις περί αδικοπραξίας, σε σχέση με τη θεμελίωση αυτής στις διατάξεις περί ενδοσυμβατικής ευθύνης, δίδει στον ζημιωθέντα τη δυνατότητα επιδίκασης χρηματικής ικανοποίησης λόγω ηθικής βλάβης ή στην περίπτωση της θανάτωσης προσώπου τη δυνατότητα επιδίκασης στους συγγενείς αυτού αποζημίωσης λόγω ψυχικής οδύνης, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 932 ΑΚ,⁶¹ ο ζημιωθείς (ασθενής ή/και τρίτος) αντιμετωπίζει αποδεικτικές δυσχέρειες, οι οποίες συνίστανται στο ότι ο ίδιος (ο ζημιωθείς) οφείλει όχι μόνο να επικαλεστεί αλλά και να αποδείξει τη συνδρομή των προϋποθέσεων της αδικοπραξίας.⁶²

Προϋποθέσεις εφαρμογής των διατάξεων των άρθρων 914 επ ΑΚ, περί αδικοπρακτικής ευθύνης, τη συνδρομή των οποίων οφείλει, κατά τα ανωτέρω, να αποδείξει ο ενάγων είναι οι εξής: (α) η ύπαρξη ανθρώπινης συμπεριφοράς, η

⁶⁰.Γεωργιάδης (2007), 190 επ.

⁶¹.Σπυριδάκης, Τέσσερα ζητήματα ηθικής βλάβης, ΕφΑΔ 2009, 1027 επ.

⁶².Σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 338 ΚΠολΔ «κάθε διάδικος οφείλει να αποδείξει τα πραγματικά γεγονότα που είναι αναγκαία για να υποστηρίξει την αυτοτελή αίτηση ή αιταίτησή του», συνεπώς ο δικονομικός νομοθέτης έχει διατυπώσει το θετικό κανόνα σχετικά με το βάρος απόδειξης, σύμφωνα με τον οποίο, κάθε διάδικος φέρει το βάρος απόδειξης των γεγονότων που αποτελούν τις προϋποθέσεις των ευνοϊκών γι' αυτόν κανόνων δικαίου, εκτός βέβαια αν υφίσταται νόμιμο τεκμήριο, οπότε και ο ενάγων δεν χρειάζεται να προβεί σε απόδειξη, κάτι βέβαια που δεν ισχύει στην περίπτωση της αδικοπραξίας, Νικολόπουλος, Το Δίκαιο της Αποδείξεως, 2005, 81-97· Κιτσαράς, Το πρόβλημα απόδειξης της ιατρικής ευθύνης, σε Τιμ. Τομ. Σταθόπουλου, 2010, 991, όπου τονίζεται η δυσχέρεια του ασθενούς να αποδείξει τη διάπραξη του ιατρικού σφάλματος και ιδιαίτερα την ύπαρξη του αιτιώδους συνδέσμου.

οποία μπορεί να συνίσταται σε θετική ενέργεια (πράξη) ή σε παράλειψη ορισμένης ενέργειας, επιβαλλόμενης από το νόμο, την καλή πίστη και τις εκάστοτε κρατούσες αντιλήψεις,⁶³ (β) η πράξη ή η παράλειψη να είναι παράνομη, (γ) η ύπαρξη υπαιτιότητας του ζημιώσαντος, (δ) η επέλευση ζημίας και (ε) ο αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ της συμπεριφοράς και της επελθούσας ζημίας.⁶⁴ Συνεπώς, απαιτείται πράξη ή παράλειψη που επιφέρει μεταβολή στον εξωτερικό κόσμο, και η οποία είναι εκούσια, πηγάζει δηλαδή από τη βούληση του προσώπου που ελέγχεται από αυτή, αποκλεισμένων των καταστάσεων του εσωτερικού κόσμου του προσώπου (σκέψεις, επιθυμίες, συναίσθημα κλπ) αλλά και των πράξεων από τις οποίες λείπει ο έλεγχος της συνείδησης (π.χ. εκείνες που τελούνται σε κατάσταση ύπνου, νάρκωσης κλπ).⁶⁵

Ως προς την έννοια της παρανομίας της πράξης ή της παράλειψης, σύμφωνα με την κρατούσα αντικειμενική θεωρία, κατά την οποία το άρθρο 914 ΑΚ δεν είναι ουσιαστικός αλλά λευκός κανόνας δικαίου,⁶⁶ καθώς δεν καθορίζει ποτέ μία συμπεριφορά είναι παράνομη αλλά παραπέμπει στο σύνολο της νομοθεσίας (αστικής, διοικητικής, ποινικής) προκειμένου να χαρακτηριστεί η πράξη ή η παράλειψη ως παράνομη ή σύννομη, παράνομη δε είναι η συμπεριφορά που κρίνεται ότι αντίκειται σε απαγορευτικό ή επιτακτικό κανόνα δικαίου, ο δε παράνομος χαρακτήρας της κρίνεται με βάση το νομικό καθεστώς που ισχύει όταν αυτή συντελείται, ενώ το παράνομο της πράξης εκλείπει αν αρθεί αναδρομικά με μεταγενέστερο νόμο.⁶⁷ Για τη γέννηση, όμως, της αδικοπρακτικής ευθύνης κατά τα άρθρα 914 επ ΑΚ δεν αρκεί ο χαρακτηρισμός της συμπεριφοράς του δράστη ως παράνομης, αλλά περαιτέρω απαιτείται η επελθούσα ζημία να οφείλεται σε υπαιτιότητα του υπόχρεου προς αποζημίωση, εν προκειμένω του παρέχοντα υπηρεσίες. Ως υπαιτιότητα⁶⁸ νοείται

63.Όπως χαρακτηριστικά αναφέρεται στη νομολογία η παράνομη συμπεριφορά του υπόχρεου προς αποζημίωση συνίσταται σε παράλειψη αν εκείνος που υπέπεσε στην παράλειψη ήταν υποχρεωμένος σε πράξη, είχε δηλαδή ιδιαίτερη νομική υποχρέωση προφύλαξης του προσβληθέντος δικαιώματος ή συμφέροντος και αποτροπής του ζημιολογούσας αποτελέσματος, βλ. ενδ. ΑΠ 831/2005, ΕλλΔνη 2006, 94· ΑΠ 219/2006, ΝοΒ 2006, 828· ΑΠ 484/2006, ΝοΒ 2006, 1256.

64.Γεωργιάδης, Άρθρον 914, σε: Γεωργιάδης/Σταθόπουλος (Επιμ.), Αστικός Κώδικς, Ειδικό Ενοχικό, Τόμος IV, 1999, 695 επ.

65.Σταθόπουλος, Επιτομή Γενικού Ενοχικού Δικαίου, 2004, 151.

66.Γεωργιάδης, 1999, 700.

67.Γεωργιάδου, Αδικοπραξίες, Άρθρο 914 ΑΚ, σε: Καράκωστας (Επιμ.) Αστικός Κώδικας, Ειδικό Ενοχικό, 2009, 924.

68.Σημειώνεται ότι η έννοια της υπαιτιότητας είναι νομική και επομένως η κρίση του δικαστηρίου της ουσίας ως προς τη συνδρομή της υπαιτιότητας υπόκειται στον αναίρετικό έλεγχο του Αρείου Πάγου για ευθεία παραβίαση κανόνων ουσιαστικού

ο ψυχικός σύνδεσμος του δράστη προς την αδικοπραξία.⁶⁹ Πρόκειται με άλλα λόγια για την επιλήψιμη ψυχική στάση του δράστη απέναντι στη συμπεριφορά του, η οποία αποδοκιμάζεται από το δίκαιο.⁷⁰ Κατά την κρατούσα σήμερα θέση, η αμέλεια ως προϋπόθεση της αστικής ευθύνης προσδιορίζεται αντικειμενικά, δηλαδή σύμφωνα με τις τυπικές (συνήθειες) γνώσεις και δυνατότητες του μέσου συναλλασσόμενου και μάλιστα του μέσου εκπροσώπου του κύκλου, εν προκειμένω επαγγελματικού, στον οποίο ανήκει ο δράστης, ενώ αντίθετα οι τελείως προσωπικές ικανότητες και ατομικές συνθήκες του συγκεκριμένου δράστη δεν είναι κρίσιμες και δεν λαμβάνονται υπόψη.⁷¹

Τέλος, όπως στο πλαίσιο της ενδοσυμβατικής και στο πλαίσιο της αδικοπρακτικής ευθύνης, ο ενάγων-ζημιωθείς φέρει το βάρος απόδειξης της ύπαρξης αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ της αμέλειας του ζημιώσαντος και της επελθούσας ζημίας. Δεν είναι όμως αυτονόητο υπό ποιες προϋποθέσεις πρέπει να γίνει δεκτή η ύπαρξη του κρίσιμου στοιχείου του αιτιώδους συνδέσμου. Για το λόγο δε αυτό έχουν κατά καιρούς διατυπωθεί διάφορες θεωρίες μεταξύ των οποίων η επονομαζόμενη «θεωρία του ισοδυνάμου των όρων» (*conditio sine qua non*), η οποία θέτει ως αποφασιστικό κριτήριο για την κατάφαση της ευθύνης το ερώτημα αν η κρίσιμη πράξη ή παράλειψη υπήρξε αναγκαίος όρος για την επέλευση της ζημίας, ιδίως με την έννοια ότι η ζημία δεν θα επερχόταν αν δεν είχε προηγηθεί η εν λόγω ζημιόγωνα πράξη ή παράλειψη.⁷² Η αποδοχή της θεωρίας αυτής, σε συνδυασμό με την αρχή «όλα ή τίποτα»⁷³ που διέπει το δίκαιο της αποζημίωσης, οδηγεί στην απόρριψη της ευθύνης στις περιπτώσεις που δεν μπορεί να διαπιστωθεί αν το γεγονός που αποτελεί το νόμιμο λόγο ευθύνης συνιστά αναγκαίο όρο για την επέλευση της ζημίας. Η ευθύνη δηλαδή απορρίπτεται, όταν η ύπαρξη αιτιώδους συνδέσμου ανάμεσα στο νόμιμο λόγο ευθύνης και τη ζημία δεν είναι αναγκαία αλλά απλώς πιθανή. Ωστόσο, υποστηρίζεται ότι σε κάποιες περιπτώσεις, η εφαρμογή της θεωρίας του ισοδυνάμου των όρων οδηγεί σε άδικα αποτελέσματα, όπως για παράδειγμα στην περίπτωση κατά την οποία προκληθεί, συνεπεία ιατρικού σφάλματος,

δικαίου και για έλλειψη νόμιμης βάσης της απόφασης κατά τις διατάξεις του άρθρου 551 περ. 1 και 19 ΚΠολΔ, ΑΠ 766/2007, ΧρΙΔ 2007, 974 επ.

69. Σταθόπουλος (2004), 157.

70. Γεωργιάδου (2009), 935, με περαιτέρω παραπομπές στη νομολογία.

71. Σταθόπουλος (2004), 151· βλ. σχετ. κατωτ. υπό ΙΙΙ. 1.1.

72. Γεωργιάδης (1999), 717.

73. Σύμφωνα με την αρχή αυτή η υποχρέωση για αποζημίωση είτε καλύπτει όλη τη ζημία που συνδέεται αιτιωδώς με τον οικείο νόμιμο λόγο ευθύνης είτε δεν γεννιέται καθόλου, Σταθόπουλος (2004), 200.

αναπηρία σε ασθενή, που ήδη πάσχει από ασθένεια, η οποία κατά ποσοστό τριάντα τοις εκατό (30%) επιφέρει αναπηρία. Σε μία τέτοια περίπτωση, με την εφαρμογή της θεωρίας του ισοδυνάμου των όρων, όπου απαιτείται το σφάλμα του γιατρού να είναι όχι απλά πιθανός αλλά αναγκαίος όρος της αναπηρίας του ασθενή, ευθύνη του θεράποντος γιατρού δεν μπορεί να θεμελιωθεί.⁷⁴ Προς αποφυγή δε των άδικων αυτών αποτελεσμάτων στα οποία οδηγεί η παραδοσιακή αντίληψη περί αιτιώδους συνάφειας, προτείνεται η θεώρηση της αιτιώδους συνάφειας, ως προϋπόθεσης για την κατάφαση της ευθύνης, όχι ως βέβαιης σχέσης αιτίου και αιτιατού αλλά ως πιθανότητας να προκλήθηκε η ζημία από τη συμπεριφορά που συνιστά νόμιμο λόγο ευθύνης (πιθανοτική αιτιότητα).⁷⁵ Πέραν δε της άποψης αυτής, έχει υποστηριχτεί και η θέση ότι η άρση των άδικων αποτελεσμάτων, στα οποία οδηγεί η θεωρία του ισοδυνάμου των όρων σε συνδυασμό με την αρχή «όλα ή τίποτα» θα μπορούσε να ξεπεραστεί, εφόσον στις κρίσιμες περιπτώσεις, όπως το ανωτέρω παράδειγμα με τον ασθενή, γινόταν δεκτή η πλήρης ευθύνη του δράστη, λύση που θα μπορούσε να επιτευχθεί με την αναστροφή του βάρους απόδειξης υπέρ του ζημιωθέντος. Στο ανωτέρω δηλαδή παράδειγμα ο γιατρός που διέπραξε το ιατρικό σφάλμα (και όχι ο ασθενής) θα έπρεπε να αποδείξει ότι ο συγκεκριμένος ασθενής, λόγω της ευπαθούς ιδιοσυγκρασίας του, δεν θα θεραπευόταν τελικά ακόμη και αν είχε υποβληθεί στην ενδεδειγμένη ιατρική θεραπεία.⁷⁶

Συμπερασματικά, ο ζημιωθείς στην περίπτωση κατά την οποία επιλέξει να θεμελιώσει το αγωγικό του αίτημα στις διατάξεις περί αδικοπραξίας, οφείλει να αποδείξει την επελθούσα ζημία του, την παρανομία και την υπαιτιότητα του παρέχοντος υπηρεσίες και τέλος την αιτιώδη συνάφεια μεταξύ της παράνομης

74. Παπαδημητρόπουλος, Πιθανοτική αιτιότητα και αναλογική αποζημίωση: Θεμελίωση και έκταση της ευθύνης, ΕφΑθ 2011, 127 επ, με σχετική παραπομπή στην απόφ. της 27.1.2005 του House of Lords στην υπόθ. *Gregg v. Scott*, διαθέσιμη στον διαδικτυακό τόπο: www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2005/2.html, όπου το δικαστήριο απέρριψε το αίτημα του ενάγοντος προς αποζημίωση λόγω ιατρικού σφάλματος του εναγομένου, καθώς ο ενάγων δεν μπόρεσε να αποδείξει ότι ακόμα και χωρίς το ιατρικό σφάλμα θα ήταν υγιείς καθώς έπασχε ήδη από ασθένεια που θα οδηγούσε στο ίδιο αποτέλεσμα με το ιατρικό λάθος, δηλαδή της παράλυση του.

75. Ο ίδιος, ΕφΑΔ 2011, 127 επ, όπου υποστηρίζεται ότι στις περιπτώσεις της πιθανοτικής αιτιότητας, η αναλογική ευθύνη του δράστη δεν συνιστά απλώς ένα δικαιοπολιτικό (*de lege ferenda*) αίτημα, αλλά αποτελεί περιεχόμενο ενός κανόνα δικαίου, ο οποίος μπορεί να θεμελιωθεί επαρκώς στο πλαίσιο της υφιστάμενης έννομης τάξης (*de lege lata*) και συνεπώς είναι εφαρμοστέος άμεσα, χωρίς ανάγκη κάποιας νομοθετικής επέμβασης.

76. Καραγιάννης, Κάμψη της αρχής «όλα ή τίποτα» σε περιπτώσεις «νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς», σε Τιμ.Τόμ. Σταθόπουλου, 2010, 860.

και υπαιτίας πράξης του παρέχοντος υπηρεσίες και της επελθούσας ζημίας. Ο ζημιωθείς με την νομοθετική αυτή βάση βρίσκεται, εκ των πραγμάτων, σε αδυναμία γνώσης άρα και απόδειξης της *lege artis* συμπεριφοράς του μέσου αντιπροσώπου της ειδικότητας του παρέχοντος υπηρεσίες, ενώ παράλληλα δυσχερής είναι η απόδειξη του στοιχείου της αιτιώδους συνάφειας μεταξύ ζημίας και συμπεριφοράς του παρέχοντα υπηρεσίες, γεγονός ιδιαίτερα έντονο στην περίπτωση της ζημίας οφειλόμενης σε ιατρικό σφάλμα.

2. Συρροή ενδοσυμβατικής και αδικοπρακτικής ευθύνης

Όπως προαναφέρθηκε, η παράβαση των υποχρεώσεων που αναλαμβάνουν οι παρέχοντες υπηρεσίες με τη σύμβαση ιατρικής αγωγής, με τη σύμβαση παροχής νομικών υπηρεσιών, με τη σύμβαση έργου στην περίπτωση του μηχανικού και της παροχής λογιστικών-φοροτεχνικών υπηρεσιών, αντίστοιχα, θεμελιώνει την ενδοσυμβατική ευθύνη του παρέχοντος υπηρεσίες, η οποία παραγράφεται, σύμφωνα με το άρθρο 249 ΑΚ, μετά την παρέλευση εικοσαετίας και η οποία είναι νόθος αντικειμενική, δημιουργεί δηλαδή μαχητό τεκμήριο ως προς την υπαιτιότητα του ζημιώσαντος-παρέχοντος υπηρεσίες, ο οποίος φέρει το βάρος απόδειξης της έλλειψης υπαιτιότητάς του.⁷⁷ Ωστόσο, σε αρκετές περιπτώσεις, η πράξη ή η παράλειψη που συνιστά αθέτηση ενοχικής υποχρέωσης είναι συγχρόνως και καθαυτή παράνομη, δηλαδή θα ήταν παράνομη ακόμη και αν δεν είχε διαπραχθεί στα πλαίσια της προϋπάρχουσας ενοχικής (συνήθως συμβατικής) υποχρέωσης, λόγω της αντίθεσής της στο γενικό καθήκον να μην ζημιώνει κάποιος υπαίτια άλλον.⁷⁸ Χαρακτηριστικό παράδειγμα τέτοιας περίπτωσης είναι η περίπτωση του ιατρικού σφάλματος, όπου όταν υπάρχει συμβατική σχέση ανάμεσα στον γιατρό και τον ασθενή, τότε το ιατρικό σφάλμα μπορεί να θεμελιώσει αντίστοιχα και ενδοσυμβατική και αδικοπρακτική ευθύνη, ή η περίπτωση του μηχανικού-εργολάβου, ο οποίος κατά την εκπλήρωση της ενοχικής του υποχρέωσης καταστρέφει αντικείμενο κυριότητας του εργοδότη, καθώς η πράξη της βλάβης της υγείας του ασθενούς ή της καταστροφής του αντικειμένου θα ήταν καθαυτή παράνομη ακόμα και αν

⁷⁷. Ομπέση, , Αρμ. 1993, 403.

⁷⁸. Βαθρακοκοίλης, Ερμηνεία-Νομολογία Αστικού Κώδικα, τόμος Γ, 2006, 863.

δεν είχε προηγηθεί η σύμβαση της ιατρικής αγωγής⁷⁹ ή της σύμβασης έργου αντίστοιχα.

Στις περιπτώσεις αυτές, στο ελληνικό δίκαιο όπως άλλωστε και στα περισσότερα δικαιοσύστηματα (με εξαίρεση το γαλλικό)⁸⁰ γίνεται δεκτή η συρροή ενδοσυμβατικής και αδικοπρακτικής ευθύνης και ως εκ τούτου ο ζημιωθείς έχει τη διακριτική ευχέρεια να θεμελιώσει την αξίωσή του είτε στις διατάξεις περί ενδοσυμβατικής ευθύνης είτε στις διατάξεις περί αδικοπρακτικής ευθύνης.⁸¹ Εν προκειμένω, δεν πρόκειται για περισσότερες αξιώσεις. Η αξίωση του ενάγοντος είναι μία, η δικαστική της επιδίωξη, όμως, γίνεται επί τη βάση περισσότερων νομίμων λόγων⁸² και το δικαστήριο θα αποδεχθεί τη νομική βάση, για τα πραγματικά περιστατικά της οποίας θα διαμορφώσει πλήρη⁸³ δικανική πεποίθηση.⁸⁴ Μάλιστα, η εναρμόνιση των συρρευσών διατάξεων επιτυγχάνεται ως ακολούθως: η μία και ενιαία αυτή αξίωση του ενάγοντος θα διέπεται ως προς τη γέννηση, το περιεχόμενο, την μεταβίβαση, την παραγραφή, την εξασφάλιση και την απόσβεση κατ' αρχήν από το σύνολο των διατάξεων που συρρέουν, με την επισήμανση όμως ότι σε περίπτωση που η συμβατική αξίωση έχει βραχυπρόσθεση παραγραφή (π.χ. ΑΚ 602, 693), η ίδια παραγραφή θα ισχύσει και για την αδικοπρακτική ευθύνη. Το ίδιο θα συμβεί και σε περίπτωση που η θεμελίωση της συμβατικής ευθύνης προϋποθέτει επιεικότερο μέτρο επιμέλειας.⁸⁵

79.Καράκωστας, Αρμ. 1994,19· Φουντεδακη (2003), 337.

80.Κατά την κρατούσα, στη Γαλλία, γνώμη, η αθέτηση προϋπάρχουσας ενοχικής υποχρέωσης διέπεται από ειδικούς κανόνες, οι οποίοι ως ειδικοί επικρατούν και ρυθμίζουν αποκλειστικά τις περιπτώσεις της ενδοσυμβατικής ευθύνης και δεν συρρέουν με τις διατάξεις περί αδικοπρακτικής ευθύνης, με αποτέλεσμα ο ζημιωθείς να μην μπορεί να επιλέξει νομοθετική βάση κατά το εκάστοτε συμφέρον του (*principe du «non cumul»*), Σταθόπουλος, Επιτομή Γενικού Ενοχικού Δικαίου, 2004, 296-297.

81.Σταθόπουλος (2004), 152.

82.Γεωργιάδης, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, 2002, 245 επ.

83.Καργάδος, Σκέψεις επί των κριτηρίων αποδείξεως της αιτώδους συνάφειας, ΝοΒ 1988, 1549 επ, όπου αναλύεται ο βασικός δικονομικός κανόνας ότι στο πλαίσιο της δικαστικής διάγνωσης της διαφοράς για την ευδοκίμηση της αγωγής απαιτείται ο σχηματισμός πλήρους δικανικής πεποίθησης.

84.Πολίτης, Η κατανομή του βάρους αποδείξεως στη δίκη της ιατρικής ευθύνης, Δ 1997, 405επ.

85.Καράσης, Συρροή δικαιοπρακτικής και αδικοπρακτικής ευθύνης. Ένα ψευδοπρόβλημα;, ΕλλΔνη 2005, 647.

3.Η έκταση της αποζημίωσης

Στη χώρα μας ολοένα και αυξάνονται τα ποσά των αποζημιώσεων που επιδικάζονται από τα πολιτικά και διοικητικά δικαστήρια σε δίκες που άπτονται της ιατρικής ευθύνης. Όπως μάλιστα αποδεικνύει πρόσφατη μελέτη του Πανεπιστημίου Πειραιώς, η μέση αποζημίωση που επιδικάζουν τα ελληνικά δικαστήρια ανέρχεται σε 305.093 ευρώ (305.163 ευρώ για τα δημόσια νοσοκομεία και 282.727 ευρώ για τα ιδιωτικά νοσοκομεία), ποσό το οποίο που αντιστοιχεί στο 30,4 % της αιτούμενης αποζημίωσης.⁸⁶ Περαιτέρω, ο αποκαταστατικός χαρακτήρας της αποζημίωσης συνδέεται με την κάλυψη όλης της ζημίας (θετική ζημία και διαφυγόν κέρδος -ΑΚ 298-) του ζημιωθέντος ασθενούς. Η έννοια της ζημίας περιλαμβάνει, δηλαδή, την αποκατάσταση των εξόδων λόγω των αυξημένων αναγκών, καθώς και την αποκατάσταση των μέσων διαβίωσης που στερήθηκε ο ζημιωθείς ασθενής λόγω της ζημιογόνου συμπεριφοράς του εναγομένου. Η αποζημίωση, λοιπόν, μπορεί να περιλαμβάνει την απώλεια μισθών ή κερδών λόγω απουσίας ή ανικανότητας για εργασία, επιπρόσθετα έξοδα για αμοιβή άλλου γιατρού, νοσοκομείου φαρμάκων κλπ., την ελάττωση του προσδόκιμου ζωής, και (ειδικά για τις γυναίκες) την πρόκληση ανικανότητας ή μείωση της φυσικής ικανότητας για τεκνοποίηση⁸⁷. Το δικάζον την υπόθεση δικαστήριο μπορεί, δηλαδή, να αποκαταστήσει όχι μόνο την ενεστώσα αλλά και την μέλλουσα περιουσιακή ζημία (ή και ηθική βλάβη), αν κατά τον χρόνο της πρώτης συζήτησης της αγωγής είναι αρκούντως βέβαιο ότι θα επέλθει στο μέλλον η ζημία και μπορεί να καθοριστεί από τώρα η έκτασή της. Στην περίπτωση, βέβαια, που βάση της αγωγής αποτελούν οι διατάξεις περί αδικοπραξίας, τότε ο ενάγων μπορεί να αξιώσει και την καταβολή χρηματικής ικανοποίησης για την ηθική βλάβη που υπέστη (ΑΚ 932).

Συμπερασματικά, παρέχεται στο δικαστήριο δυνητική ευχέρεια, κατ' εκτίμηση των υπόψη του τιθέμενων πραγματικών περιστατικών, και με βάση τους κανόνες της κοινής πείρας και της λογικής, να επιδικάσει ή όχι εύλογη χρηματική ικανοποίηση. Αξίζει δε να σημειωθεί ότι για τον προσδιορισμό του ύψους της χρηματικής ικανοποίησης για ηθική βλάβη, λαμβάνονται υπόψη αρκετοί παράγοντες όπως το είδος της προσβολής, η έκταση της ζημίας, το αν θα καλυφθεί η ζημία από άλλη πηγή, οι συνθήκες τέλεσης της αδικοπραξίας, η

⁸⁶.Βλ. σχετική μελέτη δημοσιευμένη στο διαδικτυακό τόπο: www.iatrikostypos.com

⁸⁷.Κοζύρης, Αρμ. 1999,78.

βαρύτητα του πταίσματος, η περιουσιακή και κοινωνική-οικονομική κατάσταση των μερών (κυρίως του παθόντος), οι προσωπικές σχέσεις των μερών (ηλικία, φύλο, ευαισθησία), αλλά και η συμπεριφορά του ζημιώσαντος μετά την αδικοπραξία. Περαιτέρω το δικαστήριο κατά την κρίση του πρέπει να λάβει υπόψη του τη συνταγματικά θεμελιωμένη αρχή της αναλογικότητας (25 §1 Σ) και εξ αυτού του λόγου να καταλήξει σε απόφαση και επιδίκαση αποζημίωσης, η οποία δεν θα καταλήγει σε εξουθένωση του εναγομένου, λόγω υπέρμετρου ποσού αποζημίωσης, αλλά ούτε να υποβαθμίζει την απαξία του ιατρικού λάθους, επιδικάζοντας πολύ χαμηλό ποσό. Πρέπει συνεπώς, το δικάζον την υπόθεση δικαστήριο κατ' ορθή εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας να επιδικάσει χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης, η οποία θα είναι ποσοτικά ανάλογη της επιδικασθείσας αποζημίωσης της ζημίας καθεαυτής.

III. Ειδικές βάσεις θεμελίωσης της αστικής ιατρικής ευθύνης

1. Ο ν. 2251/1994 για την προστασία των καταναλωτών

1.1. Γενικές προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 8 του ν. 2251/1994

α. Οι έννοιες του παρανόμου και της υπαιτιότητας κατά το άρθρο 8 του ν. 2251/1994.

Ο ν. 2251/1994, όπως αυτός τροποποιήθηκε από το ν. 3587/2007,⁸⁸ περιλαμβάνει ένα σύνολο διατάξεων που στοχεύουν στην προστασία του καταναλωτή κατά τις συναλλαγές του. Μεταξύ των διατάξεων αυτών είναι και το άρθρο 8 σχετικά με την ευθύνη του παρέχοντος υπηρεσίες,⁸⁹ το οποίο συμπληρώνει ένα σύστημα αυξημένης επαγγελματικής ευθύνης, που ξεκινά από το άρθρο 6 του ίδιου νόμου σχετικά με τη ρύθμιση της ευθύνης του

⁸⁸ «Τροποποίηση και συμπλήρωση του ν. 2251/1994 «Προστασία των καταναλωτών», όπως ισχύει-Ενσωμάτωση της Οδηγίας 2005/29 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου (ΕΕ L 149)», ΦΕΚ 152/Α/10.7.2007.

⁸⁹ Φουντεδάκη, Η ευθύνη του παρέχοντος υπηρεσίες στο ελληνικό δίκαιο, Digesta 2003, 246, όπου αναφέρεται ότι η Ελλάδα υπήρξε το μοναδικό κράτος που ενσωμάτωσε κατά το μεγαλύτερο μέρος την Πρόταση Οδηγίας [COM (90) 482 τελικό της 9.11.1990, περί ευθύνης του παρέχοντος υπηρεσίες, Επίσημη Εφημερίδα, 18.1.1991, C12/8], η οποία και σαφώς συνιστούσε μια τολμηρή ενοποιητική πρωτοβουλία και ουσιαστικά αποτελούσε μια συνολική αντιμετώπιση της επαγγελματικής ευθύνης, που μέχρι τότε δεν υπήρχε.

παραγωγού ελαττωματικών προϊόντων.⁹⁰ Ειδικότερα, ο παρέχων υπηρεσίες, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 8, ευθύνεται για κάθε ζημία⁹¹ ή ηθική βλάβη⁹² που προκάλεσε «υπαίτια και παράνομα, με πράξη ή παράλειψη του, κατά την παροχή αυτών (υπηρεσιών) στον καταναλωτή». Προϋποθέσεις, συνεπώς για τη στοιχειοθέτηση της κατ' άρθρο 8 ευθύνης συνιστούν η, κατά την παροχή υπηρεσιών με ανεξάρτητο τρόπο, υπαίτια και παράνομη πρόκληση ζημίας, η οποία (ζημία)-καίτοι δεν αναφέρεται ρητώς στο κείμενο του νόμου-πρέπει να συνδέεται αιτιωδώς με την παρεχόμενη υπηρεσία.⁹³ Ελλείπει δε ειδικής ρύθμισης της αιτιώδους συνάφειας από το νόμο, και με την εφαρμογή των γενικών κανόνων του δικαίου της αποζημίωσης, αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της ζημιόγону πράξης ή παράλειψης και ζημίας υφίσταται όταν κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας, το φερόμενο ως ζημιόγону γεγονός κατά τη συνήθη και κανονική πορεία των πραγμάτων ή τις ειδικές περιστάσεις της συγκεκριμένης περίπτωσης ήταν πρόσφορο να επιφέρει και πράγματι επέφερε το επιζήμιο αποτέλεσμα.⁹⁴

Προκειμένου να θεμελιωθεί η ευθύνη του παρέχοντος υπηρεσίες, πρέπει ο τελευταίος να έχει δράσει «παράνομα⁹⁵ και υπαίτια». Για την

90. Δέλλιος, Το τεκμήριο υπαιτιότητας του παρέχοντος υπηρεσίες, Αρμ. 2004, 189.

91. Η αποζημίωση που μπορεί να αξιώσει ο καταναλωτής για τη ζημία του μπορεί να έχει και κυρωτική σημασία για τον προμηθευτή, η οποία και ακολουθεί τα κριτήρια εφαρμογής των punitive damages του αγγλοσαξονικού δικαίου, Μπώλος, Συλλογική αγωγή, σε: Δούβλης/Μπώλος (Επιμ.), Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτών, 2008, 1558.

92. Σημειώνεται ότι η διάταξη αυτή αρχικά δεν περιελάμβανε τη διατύπωση για την ευθύνη του παρέχοντος υπηρεσίες και για την ηθική βλάβη του καταναλωτή, καίτοι στη νομολογία είχε αναπτυχθεί η θέση της εφαρμογής και σε αυτήν την περίπτωση του άρθρου 932 ΑΚ με τις ευνοϊκές περί απόδειξης προϋποθέσεις του άρθρου 8, βλ. ενδ. ΕφΠειρ 862/2005, ΔΕΕ 2005, 1196. Η ηθική βλάβη του καταναλωτή, ο οποίος αντιμετωπίζει την αντισυμβατική ή εν γένει αντισυναλλακτική συμπεριφορά του προμηθευτή και παρέχοντα υπηρεσίες, συνίσταται στην προσβολή της προσωπικότητάς του και στη διάψευση της πίστης του καταναλωτή στην ασφάλεια των συναλλαγών και στην ασφάλεια που μπορεί να νιώθει αυτός, όταν συμμετέχει στις συναλλαγές, γεγονός που τον ωθεί στο να νιώθει περισσότερο οργισμένος ή απογοητευμένος από τη συμμετοχή του στις συναλλαγές και ιδιαίτερα προσβεβλημένος για την εξαπάτησή του από τον αντισυμβαλλόμενο του, Βενιέρης, Η αξίωση αποζημίωσης του καταναλωτή λόγω ηθικής βλάβης σύμφωνα με το ν.2251/1994, Δ 2007, 1243.

93. Δούβλης, Καταναλωτικοί ΓΟΣ-Νομολογιακή Αντιμετώπιση, σε: Δούβλης/Μπώλος, Δίκαιο Προστασίας των καταναλωτών, 2008, 100.

94. Καρακώστας, Δίκαιο προστασίας καταναλωτή, 2008, 290-291. Για το ζήτημα της αιτιώδους συνάφειας βλ. σχετ. ανωτέρω υπό II. 1.

95. Αξίζει να σημειωθεί ότι το στοιχείο του παρανόμου είχε προκαλέσει στο παρελθόν έντονες συζητήσεις και είχαν αναπτυχθεί γύρω από αυτό πολλές θεωρίες καθώς, όταν το άρθρο 8 εισήχθη στην ελληνική έννομη τάξη, μόνη προϋπόθεση, που έθετε ο νόμος, ήταν η υπαίτια πράξη, χωρίς να γίνεται ρητή αναφορά στην προϋπόθεση της παρανομίας. Επικρατέστερη εντούτοις και ορθότερη σε νομολογία και θεωρία άποψη ήταν ότι το παράνομο ενυπάρχει στην έννοια της υπαιτιότητας, που όριζε ο νόμος, ώστε να αποφεύγονται και οι δογματικές αντιθέσεις με την κλασική αστική ευθύνη,

ερμηνεία δε των εννοιών της παρανομίας και της υπαιτιότητας πρέπει να ανατρέξουμε στα όσα γίνονται αποδεκτά στη δογματική της κοινής αστικής ευθύνης του δικαίου μας, ενώ παράλληλα η διερεύνηση της ύπαρξης ή μη παρανομίας από την πλευρά του παρέχοντος υπηρεσίες κατά την παροχή αυτών προηγείται του ελέγχου για την ύπαρξη ή μη της υπαιτιότητάς του.⁹⁶ Ειδικότερα, το στοιχείο του παρανόμου διαπιστώνεται αντικειμενικά και η κατάφασή του υποδηλώνει την αντικειμενική πλημμέλεια της συμπεριφοράς του παρέχοντος υπηρεσίες. Καταρχήν, υπό τη στενή έννοια της παρανομίας, αυτή νοείται ως παραβίαση ειδικών κανόνων δικαίου, είτε αυτοί είναι επιτακτικοί, είτε απαγορευτικοί, οι οποίοι έχουν θεσπιστεί με σκοπό την προστασία των εννόμως προστατευόμενων συμφερόντων εκείνων που αποτελούν αποδέκτες των υπηρεσιών. Στην ελληνική όμως θεωρία και πρακτική, η έννοια της παρανομίας λαμβάνει και μία πιο ευρεία ερμηνεία, η οποία βασίζεται στους γενικούς κανόνες συμπεριφοράς, τους οποίους οφείλει να τηρεί ο κάθε μέσος συνετός άνθρωπος, εν προκειμένω ο μέσος συνετός επαγγελματίας.⁹⁷ Οι γενικοί αυτοί κανόνες συμπεριφοράς είναι αυτοί που προσδιορίζουν το απαιτούμενο μέτρο επιμέλειας, που πρέπει να τηρείται στις συναλλαγές. Συνεπώς, οι συναλλακτικές υποχρεώσεις, ως ρυθμιζόμενες από τη σύμβαση μεταξύ των μερών αλλά και από γενικές αρχές του δικαίου μας (όπως αυτές αποτυπώνονται στα άρθρα 281 και 288 ΑΚ)⁹⁸ καθορίζουν ότι ορθή και σύννομη είναι εκείνη η συναλλακτική συμπεριφορά, η οποία κινείται εντός των ορίων της καλής πίστης, των χρηστών ηθών και σύμφωνα με τον οικονομικό και κοινωνικό σκοπό του δικαιώματος.⁹⁹ Οι επιβαλλόμενες δε κάθε φορά συναλλακτικές υποχρεώσεις συγκεκριμενοποιούνται με βάση τις αρχές και τα

Καράκωστας (2008), 446, υποσ. 34. Βεβαία, πλέον το θέμα αυτό δεν τίθεται υπό αμφισβήτηση, αφού ο ίδιος ο νομοθέτης, με την τροποποίηση του παραπάνω άρθρου από το ν. 3587/2007, έθεσε ρητά και την παρανομία ως απαραίτητη προϋπόθεση για την κατάφαση της ευθύνης του φορέα παροχής υπηρεσιών, υιοθετώντας και επιβεβαιώνοντας την έως τότε κρατούσα άποψη, βλ. σχετ. και ΑΠ 1382/2009, ΕπισκεΔ 2010, 126 επ.

96. *Φουντεδάκη*, Ευθύνη του παρέχοντος υπηρεσίες, σε: Αλεξανδρίδου (Επιμ.), Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτή, 2008, 446 επ.

97. *Σταθόπουλος* (2003), 300-301· *Γεωργιάδου* (2009), 900.

98. *Καισάς*, Προστασία των επενδυτών ως καταναλωτών, σε Δούβλης/Μπώλος (Επιμ.) Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτών, 2008, 1365-1366, ο οποίος αναλύοντας το ζήτημα της προστασίας των επενδυτών ως καταναλωτών αναφέρει ότι οι συναλλακτικές υποχρεώσεις, η παράβαση των οποίων οδηγεί στη θεμελίωση του παρανόμου της συμπεριφοράς του παρέχοντα υπηρεσίες προβλέπονται τόσο από τους όρους της σύμβασης όσο από ειδικούς νόμους, τους κανόνες επαγγελματικής συμπεριφοράς και τις γενικές αρχές της επενδυτικής πολιτικής.

99. *Καράκωστας* (2008), 289-290.

χαρακτηριστικά του εκάστοτε κλάδου δραστηριότητας, έχοντας ως πρότυπο τον μέσο εκπρόσωπο του οικείου επαγγελματικού κλάδου.¹⁰⁰ Συμπερασματικά, η ευθύνη του άρθρου 8 θεμελιώνεται στο γεγονός της παροχής υπηρεσίας ανεξάρτητα από την ύπαρξη συμβατικού δεσμού,¹⁰¹ αρκεί δηλαδή το πραγματικό γεγονός της παροχής των υπηρεσιών και δεν έχει σημασία για το σκοπό αυτό η ύπαρξη ενδοσυμβατικής, προσυμβατικής ή γενικής αδικοπρακτικής ευθύνης.¹⁰²

Αναφορικά με την έννοια της υπαιτιότητας ως προϋπόθεσης για τη στοιχειοθέτηση της κατ' άρθρο 8 του ν. 2251/1994 ευθύνης και στο μέτρο που το εν λόγω άρθρο δεν κάνει καμία διάκριση θεωρείται αυτονόητο ότι στην απαιτούμενη προϋπόθεση της υπαιτιότητας περιλαμβάνονται όλες οι επιμέρους διακρίσεις αυτής, τόσο δηλαδή ο δόλος (σπανίως), όσο και η αμέλεια. Και ενώ η έννοια του δόλου δεν χρήζει κάποιας ιδιαίτερης ανάλυσης, καθώς νοείται οποιαδήποτε ηθελημένη παράνομη και ζημιογόνος συμπεριφορά, στην περίπτωση της αμέλειας και προκειμένου να εξευρεθεί αν μία συμπεριφορά είναι ή όχι αμελής κρίνεται βάσει των συναλλακτικών υποχρεώσεων, που οφείλει να τηρεί κάποιος σύμφωνα όχι μόνο με τις γενικές ρήτρες και αρχές του δικαίου αλλά και σύμφωνα με τους κανόνες της επιστήμης και της τέχνης αλλά και τις ειδικές διατάξεις που διέπουν τον εκάστοτε επαγγελματικό κλάδο.

β. Το κριτήριο της ευλόγως προσδοκώμενης ασφάλειας

Στην περίπτωση της εφαρμογής του άρθρου 8 του ν. 2251/1994, ο νόμος καθιερώνει τα βασικά κριτήρια προκειμένου να κριθεί η έλλειψη ή μη της υπαιτιότητας του παρέχοντος υπηρεσίες. Τα κριτήρια αυτά, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 8 παρ. 4 εδ. β', είναι η ευλόγως προσδοκώμενη ασφάλεια και το σύνολο των ειδικών συνθηκών ενώ λαμβάνεται ιδιαίτερα υπόψη η φύση και το αντικείμενο καθώς και ο βαθμός επικινδυνότητας της παρεχόμενης

100. Γεωργιάδου (2009), 905.

101. Σημειώνεται ότι έχει υποστηριχθεί και η θέση ότι η εφαρμογή του άρθρου 8 ν. 2251/1994 προϋποθέτει συμβατική ή εκ του νόμου έννομη σχέση, Φίλιος, Ενοχικό Δίκαιο-Ειδικό Μέρος, 2005, 572 *contra* Φουντεδάκη (2008), 447, όπου υποστηρίζεται η άποψη ότι μόνη η συμβατική παράβαση δεν αρκεί για την εφαρμογή του άρθρου 8 του ν. 2251/1994 αλλά απαιτείται παρανομία κατά την έννοια των άρθρων 914 επ ΑΚ, ερμηνευτική εκδοχή που επιβεβαιώνεται και από την προσθήκη του όρου «παρανομία» στη διατύπωση του άρθρου 8 του ν. 2251/1994, αφού αν η βούληση του νομοθέτη ήταν η επέκταση της εφαρμογής του εν λόγω άρθρου και στην περίπτωση της παράβασης συμβατικής υποχρέωσης τότε θα το ανέφερε και αυτό ρητά.

102. Κατσάς (2008), 1363· ΜΠρΘεσ 11397/2007, Αρμ. 2008, 1375 επ.

υπηρεσίας, όπως και η εξωτερική μορφή αυτής μαζί με τον χρόνο παροχής της,¹⁰³ ενώ σε κάθε περίπτωση η ύπαρξη ή δυνατότητα τελειότερης υπηρεσίας κατά τον χρόνο παροχής αυτής ή/και μεταγενέστερα δεν είναι δυνατό να θεμελιώσει υπαιτιότητα.¹⁰⁴ Το κριτήριο αυτό της «ευλόγως προσδοκώμενης ασφάλειας» που θέτει ο νόμος συνιστά αόριστη έννοια, η οποία προσδιορίζεται *ad hoc* και παραπέμπει στην υποχρέωση πρόνοιας και ασφάλειας που πρέπει να τηρεί ο παρέχων υπηρεσίες. Για την εξεύρεση κάθε φορά του περιεχομένου της έννοιας αυτής πρέπει να προσδιορίζονται δύο βασικά στοιχεία: αφενός ποια είναι η επιμελής συμπεριφορά που οφείλει να επιδεικνύεται από τον μέσο συνετό εκπρόσωπο του κλάδου, στον οποίο ανήκει ο παρέχων υπηρεσίες (γιατρός, δικηγόρος, μηχανικός, λογιστής) και αφετέρου ποιο είναι το επίπεδο ασφάλειας, που προσδοκά ο μέσος εκπρόσωπος των αποδεκτών της υπηρεσίας αυτής, ο οποίος είναι ευλόγως ενημερωμένος και προσεκτικός, δεν είναι δηλαδή ούτε ιδιαίτερα άπειρος και αδιάφορος άλλα ούτε και εξειδικευμένος ή έμπειρος.¹⁰⁵ Με άλλα λόγια, προκειμένου να θεμελιωθεί ευθύνη του παρέχοντος υπηρεσίες, σύμφωνα με το άρθρο 8, η συμπεριφορά του τελευταίου πρέπει να μην ανταποκρίνεται στις συναλλακτικές υποχρεώσεις πρόνοιας και ασφάλειας που επιβάλλουν οι κανόνες της επιστήμης και της τέχνης του.¹⁰⁶

Ωστόσο, η προσκόλληση στο γράμμα του νόμου και η χρήση του κριτηρίου της ευλόγως προσδοκώμενης ασφάλειας μόνο για τη διαπίστωση της ύπαρξης ή μη της υπαιτιότητας του παρέχοντος υπηρεσίες θα δημιουργούσε λογικό αλλά και δογματικό άλμα σε σχέση με όσα παραπάνω αναφέρθηκαν. Ο ν. 2251/1994, ναί μεν αναφέρει ότι το κριτήριο της ευλόγως προσδοκώμενης ασφάλειας λαμβάνεται υπόψη για την εκτίμηση της ύπαρξης ή μη υπαιτιότητας, πρέπει όμως να γίνει δεκτό ότι το κριτήριο αυτό αφορά και την προϋπόθεση του παρανόμου, γιατί αφενός εντός της υπαιτιότητας, ενυπάρχει και η έννοια της παρανομίας και αφετέρου εκ των πραγμάτων η παραβίαση της ευλόγως προσδοκώμενης ασφάλειας, μεταφραζόμενη σε γενική υποχρέωση πρόνοιας και ασφάλειας, παραπέμπει πρωτίτως σε αντικειμενικά πλημμελή

103. Δούβλης (2008), 100.

104. ΑΠ 1382/2009, ΧρΙΔ 2011, 102-103, η οποία δέχτηκε ότι μόνη η ύπαρξη ή η δυνατότητα τελειότερης υπηρεσίας, κατά το χρόνο παροχής ή μεταγενέστερα δεν συνιστά υπαιτιότητα του παρέχοντος υπηρεσίες εργολάβου.

105. Καράκωστας (2008), 288-290· Φουντεδάκη (2008), 449 επ.

106. ΕφΑθ 2556/2010, ΕλλΔνη 2011, 251.

συμπεριφορά και δευτερευόντως σε υποκειμενική πλημμέλεια, σύμφωνα και με όσα ανωτέρω εκτέθηκαν.¹⁰⁷

γ. Το βάρος απόδειξης κατά το άρθρο 8 του ν. 2251/1994

Ανεξάρτητα πάντως από το αν με το άρθρο 8 ιδρύεται ένας αυτοτελής-ιδιαιτερος νόμιμος λόγος ευθύνης *ex lege*¹⁰⁸ ή μια εξειδικευμένη αδικοπρακτική ρύθμιση¹⁰⁹ (η πρακτική σημασία της οποίας δικογνωμίας έχει σήμερα μετά και την τελευταία τροποποίηση εξαλειφθεί),¹¹⁰ το άρθρο αυτό καθιερώνει μαχητό τεκμήριο υπαιτιότητας και παρανομίας του παρέχοντος υπηρεσίες, με την έννοια ότι ο παρέχων υπηρεσίες οφείλει, προκειμένου να απαλλαγεί από την ευθύνη προς αποζημίωση, να αποδείξει ότι η ζημιογόνα συμπεριφορά του δεν υπήρξε παράνομη και υπαίτια.¹¹¹ Πρόκειται για μια προωθημένη μορφή νόθου αντικειμενικής ευθύνης με σοβαρή αποδεικτική διευκόλυνση για τον ζημιωθέντα (είτε αυτός είναι ο αντισυμβαλλόμενος του παρέχοντος υπηρεσίες ή τρίτος),¹¹² ο οποίος εξαιτίας του γνωσιολογικού και οργανωτικού ελλείμματός του σε σχέση με τον εξειδικευμένο στο επάγγελμα του παρέχοντα υπηρεσίες, αντιμετωπίζει πράγματι δυσχέρειες ως προς την απόδειξη του πταίσματος του τελευταίου.¹¹³ Η θεμελίωση δε της αξίωσης του ζημιωθέντος αποδέκτη των υπηρεσιών στο άρθρο 8 του ν. 2251/1994 παρουσιάζει βασικά πλεονεκτήματα τόσο σε σχέση με τη θεμελίωση της αξίωσής του στις διατάξεις για την ενδοσυμβατική ευθύνη όσο και σε σχέση με τη θεμελίωση της αξίωσης στις διατάξεις περί αδικοπραξίας. Σε σχέση με τις διατάξεις περί ενδοσυμβατικής ευθύνης, με τη θεμελίωση της αγωγής στο άρθρο 8 του ν.

107. Κατσάς (2008), 1368, με περαιτέρω παραπομπές σε βιβλιογραφία και νομολογία.

108. Αρνόκουρος, Ευθύνη του παρέχοντος νομικές υπηρεσίες, ΔΕΕ 2001, 468· Ζουμπούλης, Η κατανομή του βάρους απόδειξης στις υποθέσεις αστικής ιατρικής ευθύνης, Αρμ. 2004, 1515 επ, όπου αναφέρεται ότι η αξίωση κατά του ιατρού μπορεί να θεμελιωθεί στις διατάξεις για την ενδοσυμβατική, την αδικοπρακτική και την ευθύνη του παρέχοντος υπηρεσίες· Κατσάς (2008), 1366, όπου αναφέρεται σε ειδικό λόγο αδικοπρακτικής ευθύνης.

109. Δέλλιος, Αρμ. 2004, 190· Καράκωστας (2008), 284.

110. Παντελίδου, Η ευθύνη του παρέχοντος υπηρεσίες και οι Γενικοί Όροι Συναλλαγών, ΕλλΔνη, 2011, 6· ΜΠρΑθ 3489/2008, ΕφΑΔ 2010, 48 επ, παρατ. Ζερβογιάννη.

111. ΑΠ 652/2010, ΝοΒ 2011, 72· ΕφΘεσ 1126/2004, ΕπισκεΔ 2004, 729· Φουντεδάκη (2008), 452.

112. Αυγητίδης, Παροχή υπηρεσιών ασφαλιστικής επιχείρησης και προστασία καταναλωτή, ΧρΙΔ 2006, 97.

113. Φουντεδάκη (2003), 150 επ· Δέλλιος, Αρμ. 2004, 191· Καράκωστας (2008), 284.

2251/1994 μπορεί να στραφεί κατά του παρέχοντος υπηρεσίες όχι μόνο ο αντισυμβαλλόμενος του αλλά και κάθε άλλος ζημιωθείς τρίτος· παράλληλα στην περίπτωση της ενδοσυμβατικής ευθύνης θεμελιώνεται νόθος αντικειμενική ευθύνη μόνο όμως ως προς το στοιχείο της υπαιτιότητας και όχι και ως προς το στοιχείο του παρανόμου, όπως ισχύει για το άρθρο 8 του ν. 2251/1994.¹¹⁴ Αντίστοιχα, σε σχέση με την θεμελίωση της αγωγής στις διατάξεις περί αδικοπραξίας, ενώ στην περίπτωση του άρθρου 8 του ν. 2251/1994 ο ζημιωθείς απαλλάσσεται της υποχρέωσης απόδειξης της υπαιτιότητας και της παρανομίας του παρέχοντος υπηρεσίες, η ευθύνη εξ αδικοπραξίας, ως υποκειμενική ευθύνη, επάγεται την υποχρέωση του ζημιωθέντος όχι μόνο να επικαλεστεί την επελθούσα σε αυτόν ζημία αλλά και να προβεί στην πλήρη απόδειξη όλων των προϋποθέσεων εφαρμογής της εν λόγω διάταξης.¹¹⁵

Η εφαρμογή της αντιστροφής του βάρους απόδειξης ειδικά στην περίπτωση της παροχής πλημμελών υπηρεσιών από κατηγορίες επαγγελματιών, όπως οι γιατροί, οι δικηγόροι, οι μηχανικοί ή οι λογιστές, καθίσταται ιδιαίτερα ευεργετική, δεδομένου ότι η προσπάθεια διείσδυσης ενός μέσου ευλόγως ενημερωμένου και προσεκτικού καταναλωτή στην σφαίρα επιρροής του δικηγόρου, του λογιστή πόσω μάλλον του επαγγελματία μηχανικού και του γιατρού είναι δυσχερής. Πρόκειται για γνωστικά αντικείμενα, με ιδιαιτερότητες συνιστάμενες στη γνώση αλλά και στη δυνατότητα θέσης σε πρακτική εφαρμογή των ειδικών διατάξεων της νομοθεσίας και μάλιστα σε όλο το εύρος αυτής, όπως στην περίπτωση του δικηγόρου και του λογιστή, στην γνώση και την εμπειρία της ιατρικής που πολλές φορές είναι αδύνατον να γίνει κατανοητή καθώς και στην ειδική πολυποίκιλη τεχνογνωσία, που πολλές φορές περιλαμβάνει διατάξεις με σύμβολα, τεχνικά σχήματα και υπολογιστικά συστήματα, όπως στην περίπτωση του μηχανικού, χαρακτηριστικά και στοιχεία που ο αποδέκτης των υπηρεσιών δεν είναι εύκολο ούτε να εξεύρει ούτε και να κατανοήσει. Αυτό ακριβώς το «γνωσιολογικό και οργανωτικό έλλειμμα» που οδηγεί τον αποδέκτη των υπηρεσιών σε ένα «αποδεικτικό αδιέξοδο» αλλά και τα ζητήματα που δημιουργεί η αυξημένη κοινωνικοτυπική θέση του παρέχοντος υπηρεσίες σε σχέση με τους αυξημένους κινδύνους που συνδέονται με τις υπηρεσίες αυτές¹¹⁶ επιχειρεί να επιλύσει ο νομοθέτης δια του εισαγόμενου με την παρούσα διάταξη

114. Δέλλιος, Αρμ. 2004, 190.

115. Κτισσαράς (2010), 991.

116. Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη, ΚριτΕ 1996, 153.

τεκμηρίου υπαιτιότητας¹¹⁷ του επαγγελματία καθώς ο καταναλωτής (αποδέκτης των υπηρεσιών), ο οποίος βρίσκεται ήδη σε δυσμενή θέση λόγω της ζημίας που έχει υποστεί από τις πλημμελείς υπηρεσίες του ελεύθερου επαγγελματία, οφείλει να αποδείξει μόνο την παροχή της υπηρεσίας, την υφιστάμενη ζημία και τον αιτιώδη σύνδεσμο μεταξύ φορέα παροχής υπηρεσιών, υπηρεσίας και ζημίας, δηλαδή ότι η συγκεκριμένη υπηρεσία, όταν παρασχεθεί πλημμελώς, δύναται να προκαλέσει κατά κανόνα τέτοιου είδους ζημία, χωρίς αυτό να σημαίνει ότι ο ζημιωθείς απαλλάσσεται και από το βάρος επίκλησης της παράνομης και υπαίτιας συμπεριφοράς του παρέχοντος υπηρεσίες, επίκληση που είναι απαραίτητη για το νόμο βάσιμο και ορισμένο της αγωγής του.¹¹⁸

Αναφορικά με το ορισμένο της αγωγής του ενάγοντος, σύμφωνα με το άρθρο 8 παρ. 4 «*Ο ζημιωθείς υποχρεούται να αποδείξει τη ζημία και την αιτιώδη συνάφεια μεταξύ της παροχής της υπηρεσίας και της ζημίας. Ο παρέχων υπηρεσίες φέρει το βάρος απόδειξης για την έλλειψη παρανομίας και υπαιτιότητάς του*». Από το γράμμα της διάταξης αυτής, σε συνδυασμό την παρ. 1 του ίδιου άρθρου και το άρθρο 338 παρ. 1 ΚΠολΔ συνάγεται ότι το βάρος της πρότασης και επίκλησης¹¹⁹ των προϋποθέσεων εφαρμογής του άρθρου 8 φέρει ο ζημιωθείς και δη με αναφορά σε συγκεκριμένα πραγματικά περιστατικά,¹²⁰ ενώ αντίθετα το βάρος απόδειξης της επιμελούς και σύννομης παροχής των υπηρεσιών μετακυλιείται στον εκάστοτε παρέχοντα υπηρεσίες, ο οποίος καλείται να αποδείξει την έλλειψη παρανομίας και υπαιτιότητάς του ή την έλλειψη αιτιώδους συνδέσμου ανάμεσα στην παράνομη και υπαίτια πράξη του και την ζημία του αποδέκτη των υπηρεσιών του ή τη συνδρομή κάποιου λόγου, ο οποίος θα επάγεται την άρση ή τη μείωση της ευθύνης του.

Από την άλλη πλευρά, εύλογα, ο παρέχων υπηρεσίες και δη στην περίπτωση του γιατρού, του μηχανικού, του λογιστή και του δικηγόρου όπου, όπως προαναφέρθηκε απαιτείται ένα ειδικό γνωστικό αντικείμενο, παρουσιάζει

117.Μπεχλιβάνης, Σκέψεις για την αστική ευθύνη του παρέχοντος υπηρεσίες κατά το άρθρο 8 ν.2251/1994,ΕΕμπΔ 2005, 595.

118.Φουντεδάκη (2008), 453.

119.Νικολόπουλος (2005), 92, όπου υποστηρίζεται ότι ο υπέρ ου το νόμιμο μαχητό τεκμήριο φέρει το βάρος επίκλησης αυτού.

120.Κιτσαράς (2010), 1007-1012, ο οποίος αναφέρει ότι αν και δεν είναι δυνατόν να απαριθμηθούν τα πραγματικά περιστατικά, τα οποία ο ενάγων οφείλει και αρκεί να επικαλεσθεί προκειμένου να ανταποκριθεί στο δικονομικό του βάρος για ορισμένη επίκληση των θεμελιωτικών της αξίωσής του ισχυρισμών, είναι βέβαιο ότι οι ισχυρισμοί του ενάγοντος δεν μπορούν να εξαντλούνται στην επανάληψη των προϋποθέσεων του νόμου.

«αποδεικτική εγγύτητα»¹²¹ προς όλα εκείνα τα συνιστάμενα την πταισματοτική του συμπεριφορά γεγονότα και εκ τούτου η απόδειξη της τήρησης όλων των εφαρμοστέων αρχών και κανόνων της επιστήμης του καθίσταται για τον τελευταίο ευχερή. Συνάμα υπηρεσίες όπως αυτές του γιατρού αλλά και του μηχανικού είναι από αυτές που συνδέονται πολλές φορές με απρόβλεπτες παραμέτρους. Πιο συγκεκριμένα, η ήδη βεβαρυμένη υγεία ή/και η ιδιοσυγκρασία του ασθενούς είναι βέβαιο ότι μπορεί να συμβάλει στην πρόκληση ζημίας του τελευταίου, ενώ δεν είναι λίγες οι περιπτώσεις που η εξέλιξη της υγείας του ασθενούς εξαρτάται από πολλούς εξωτερικά συνεργαζόμενους παράγοντες όπως η συνεργασία της ομάδας των γιατρών ή η διάγνωση περισσότερων ειδικοτήτων γιατρών. Τα αντίστοιχα ισχύουν στην περίπτωση των μηχανικών, οι οποίοι αναλαμβάνουν έργα που είναι συνήθως πολυσύνθετα, αποτελούμενα από επιμέρους συστατικά, υλικά, μελέτες και διάφορους άλλους παράγοντες που αλληλεπιδρούν. Σε αυτές τις περιπτώσεις, όπου υφίσταται μία «αλυσίδα» στοιχείων και δεδομένων, τα οποία αλληλεπιδρούν και αλληλεπικαλύπτονται, είναι δύσκολο να εξευρεθεί ποιος από όλους αυτούς τους παράγοντες προκάλεσε τη ζημία και η διαχωριστική γραμμή της ευθύνης καθίσταται δυσδιάκριτη, με αποτέλεσμα να υποστηρίζεται ότι η διάταξη του άρθρου 8, επιρρίπτει κατ' αντιστρόφως ανελαστικό και κατ' επέκταση ανεπιεική τρόπο τον συνολικό κίνδυνο στον παρέχοντα της υπηρεσίες.¹²²

1.2. Η εφαρμογή του άρθρου 8 στη σχέση γιατρού – ασθενή

Αναφορικά με το ζήτημα της υπαγωγής ή μη του παρέχοντος υπηρεσίες γιατρού στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 8 του ν. 2251/1994, η νομολογία επικύρωσε την θέση της θεωρίας¹²³ ότι το εν λόγω άρθρο εφαρμόζεται και στις ιατρικές υπηρεσίες. Χαρακτηριστικά, η ΑΠ 1227/2007¹²⁴ δέχτηκε ότι στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 8 του ν. 2251/1994 εμπίπτουν και οι ιατρικές

121. Μπεκλιβάνης, ΕΕμπΔ 2005, 595.

122. Κισσαράς (2010), 990.

123. Φουντεδάκη, Η αστική ιατρική ευθύνη μετά το ν. 2251/1994, ΚριτΕ 1996, 179, 184 επ. Αρνόκουρος, ΔΕΕ 2001, 468· Καρακάωστας (2002), 250· Φουντεδάκη (2003), 93 επ.

124. ΧρΙΔ 2008, 332 επ, παρατ. Φουντεδάκη, η οποία σχολιάζοντας την εν λόγω απόφαση κάνει λόγο για απόφαση-σημείο αναφοράς που επιλύει με σαφήνεια ζητήματα ιατρικής ευθύνης.

υπηρεσίες με την αιτιολογία ότι ο παρέχων αυτές γιατρός ενεργεί κατά τρόπο ανεξάρτητο, δεν υπόκειται δηλαδή σε συγκεκριμένες υποδείξεις ή οδηγίες του αποδέκτη των υπηρεσιών (ασθενή), αλλά έχει την πρωτοβουλία και την ευχέρεια να προσδιορίζει τον τρόπο παροχής των υπηρεσιών του.¹²⁵ Αποφασιστικό κριτήριο ως προς την αυτονομία δράσης του παρέχοντος υπηρεσίες αποτελεί το αν ο ασθενής δίδει συγκεκριμένες εντολές, κατευθύνσεις ή υποδείξεις στον παρέχοντα υπηρεσίες γιατρό ως προς το είδος, την ποιότητα, τη μορφή ή τον τρόπο διεξαγωγής των υπηρεσιών,¹²⁶ συνεπώς, εφόσον ο γιατρός επιλέγει ο ίδιος τη θεραπευτική μέθοδο και ενεργεί σύμφωνα με τα μέσα της επιστήμης ή της τεχνικής που διάλεξε ο ίδιος, τότε αυτός ενεργεί κατά τρόπο ανεξάρτητο και εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 8 του ν. 2251/1994.¹²⁷ Υπό αυτές τις προϋποθέσεις, της ανεξαρτησίας δηλαδή κατά τον τρόπο, το χρόνο και τα μέσα παροχής υπηρεσιών υποστηρίζεται πως δεν υπάγεται στη συγκεκριμένη διάταξη ο νοσοκομειακός γιατρός, ο γιατρός δηλαδή που συνδέεται με σχέση εξαρτημένης εργασίας με δημόσιο ή ιδιωτικό νοσηλευτικό ίδρυμα, με το επιχείρημα ότι σε μία τέτοια περίπτωση, ο παρέχων τις υπηρεσίες του γιατρός οφείλει να ενεργεί μέσα στα πλαίσια της γενικότερης νοσηλευτικής και θεραπευτικής πολιτικής που ακολουθείται από το συγκεκριμένο ίδρυμα. Το ίδιο υποστηρίζεται και στην περίπτωση των αγροτικών γιατρών, το πλαίσιο δράσης των οποίων διαγράφεται από το άρθρ. 26 του ν. 2519/1997.¹²⁸ Αντίστοιχα, υπό την ίδια αιτιολογία (της έλλειψης αυτονομίας δράσης), δεν υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 8 του ν. 2251/1994 οι ειδικευόμενοι γιατροί, οι οποίοι υλοποιούν το χρόνο ειδικότητας (μαθητείας) τους εντός κλινικών του ΕΣΥ ή πανεπιστημιακών κλινικών που υπάγονται στο ΕΣΥ και οι οποίοι είναι μεν πτυχιούχοι γιατροί, πλην όμως, ως ακόμη εκπαιδευόμενοι επί του αντικειμένου της εξειδίκευσης τους τελούν υπό την επίβλεψη των ειδικευμένων γιατρών¹²⁹ και εκ του λόγου αυτού η

125. ΠΠρΘεσ 24582/2008, ΧρΙΔ2009, 43· ΠΠρΑ0189/2010, ΤΝΠ ΔΣΑ.

126. Γεωργιάδης (2007), 206-207.

127. Καράκωστας (2008), 285, όπου τονίζεται ότι μόνη η ανάθεση συγκεκριμένου έργου ή διεκπεραίωσης μιας υπόθεσης δεν καταλύει την ανεξαρτησία του παρέχοντος υπηρεσίες, αντιθέτως η υπόδειξη προς αυτόν εκ μέρους του ασθενή του τρόπου και των λεπτομερειών αποτελεί γεγονός βάσει του οποίου η παροχή υπηρεσιών εκφεύγει της εφαρμογής της εν λόγω διάταξης.

128. Γεωργιάδης (2007), 207, για το ζήτημα αυτό της ανεξαρτησίας των γιατρών κατά την άσκηση των καθηκόντων τους σε δημόσιο ή ιδιωτικό νοσηλευτικό ίδρυμα βλ. σχετ. 2.3.

129. Φουντεδάκη, *Digesta* 2003, 249· Καλαμπούκα-Γιαννοπούλου, Η προστασία του ασθενούς ως καταναλωτή, 2010, 82.

επαγγελματική τους δράση δεν χαρακτηρίζεται από το στοιχείο της επαγγελματικής ελευθερίας.¹³⁰

IV. Κώδικας Ιατρικής Δεοντολογίας

Πέραν από τους θεσπισμένους κανόνες της πολιτείας, είθισται οι επιμέρους κοινωνικές ομάδες να διαμορφώνουν, σε εκδήλωση της αυτονομίας τους, κανόνες και αρχές, που προσδιορίζουν το πλαίσιο της ορθής πρακτικής και της επαγγελματικής ηθικής και εξειδικεύουν σε κάθε τομέα τις προϋφιστάμενες γενικές ρήτρες του δικαίου (καλή πίστη, χρηστά ήθη κλπ.). Κατά κανόνα, οι αρχές αυτές διατυπώνονται στους ιδιωτικής προέλευσης κώδικες δεοντολογίας των διαφόρων επαγγελμάτων.¹³¹ Οι Κώδικες Επαγγελματικής Δεοντολογίας συνιστούν, λοιπόν, κανόνες που αποσκοπούν στην αυτορρύθμιση¹³² του κάθε επαγγέλματος και στην αυτοπειθαρχία των επαγγελματιών,¹³³ θέτοντας αποδεκτά πρότυπα επαγγελματικής συμπεριφοράς, τα οποία και λειτουργούν συμπληρωματικά προς το σύνολο του υφιστάμενου κανονιστικού πλαισίου. Παράλληλα, θα μπορούσε να διατυπωθεί ότι οι Κώδικες Επαγγελματικής Δεοντολογίας θέτουν ένα πλέγμα κανόνων συμπεριφοράς, οι οποίοι συνιστούν ένα ελάχιστο προσδοκίας έναντι των μελών της επαγγελματικής ομάδας.¹³⁴ Μάλιστα, εκτός από την εσωτερική (ελληνική) αγορά και σε επίπεδο ΕΕ, έχουν διαμορφωθεί δεοντολογικές αρχές για την άσκηση των υπό εξέταση επαγγελμάτων, οι οποίες στο μέτρο που συνιστούν εξειδίκευση των γενικών αρχών της καλής πίστης και των χρηστών ηθών του δικαίου μας, πρέπει να λαμβάνονται υπόψη κατά την άσκηση των καθηκόντων

130. Φουντεδάκη (2008), 445.

131. Οι κανόνες δεοντολογίας ενδέχεται να μην αποτυπώνονται γραπτός κυρίως σε περιπτώσεις που είτε εκφράζουν ισχύουσες στις συναλλαγές πρακτικές είτε επειδή τηρούνται απαρήγκλιτα από του επαγγελματίες του κλάδου και εκ του λόγου αυτού δεν εκφράζεται ανάγκη αποτύπωσης τους σε γραπτό κείμενο, *Λιβαδά*, Κώδικες Δεοντολογίας του Χρηματοοικονομικού τομέα, 2005, 52.

132. Αξίζει να σημειωθεί ότι οι έννοιες δεοντολογία και αυτορρύθμιση αν και είναι συναφείς δεν πρέπει να ταυτίζονται, καθώς η αυτορρύθμιση συνδέεται στενότερα με τη θέσπιση και υιοθέτηση κανόνων με επιλογή μιας επαγγελματικής ένωσης να αυτοδεσμευτεί κοινοποιώντας ένα σύνολο κανόνων ενώ η δεοντολογία θεωρείται ως η υποχρέωση τήρησης κανόνων που πηγάζουν από σαφείς επιταγές είτε ηθικές είτε νομικές, *Ανθόπουλος*, Η αυτορρύθμιση των μέσων πληροφόρησης: γενικές όψεις, ΤοΣ 1999, 436.

133. *Κωστόπουλος*, Διαφήμιση και ο «Ελληνικός Κώδικας Διαφήμισης» σε Πρακτικά 8^{ου} Πανελληνίου Συνεδρίου Ελλήνων Εμπορικολόγων, 1999, 228.

134. *Κοτσίρης*, Περιεχόμενο των Ελληνικών Κωδικών Δεοντολογίας, σε Πρακτικά 8^{ου} Πανελληνίου Συνεδρίου Ελλήνων Εμπορικολόγων, 1999, 59.

των επαγγελματιών, την δραστηριότητα των οποίων ρυθμίζουν. Κοινό γνώρισμα των Κανόνων Δεοντολογίας είναι η συμβατική προέλευση των κανόνων αυτών (οι οποίοι δεσμεύουν αποκλειστικά τα μέλη των αντίστοιχων συλλόγων που από και δια της εγγραφής τους σε αυτούς τεκμαίρεται ότι αποδέχονται τους συγκεκριμένους κανόνες) και εκ του λόγου αυτού επιφέρουν ιδιωτικές κυρώσεις, κυρίως πειθαρχικές, στο πλαίσιο του εκάστοτε συλλόγου, όπως για παράδειγμα τον αποκλεισμό του «παραβάτη» από την επαγγελματική οργάνωση, γεγονός που επάγεται τον χαρακτηρισμό τους ως «μερικώς τέλειων κανόνων». ¹³⁵ Μάλιστα, στο μέτρο που οι εν λόγω κανόνες, οι οποίοι ακριβώς επειδή δεν έχουν λάβει νομοθετική επικύρωση χαρακτηρίζονται ως *soft law*, ¹³⁶ και επειδή οι κανόνες αυτοί αποτελούν *ad hoc* εξειδίκευση των συναλλακτικών ηθών ή/και της καλής πίστης ή/και των γενικών όρων συναλλαγών είναι δυνατόν πέραν των κυρώσεων σε επίπεδο επαγγελματικής οργάνωσης να δημιουργούν υποχρεώσεις και έναντι τρίτων. ¹³⁷ Ήδη σήμερα, στα πλέον σημαίνοντα επαγγέλματα από άποψης κινδύνου όπως των μηχανικών, των ορκωτών λογιστών και των δικηγόρων οι αντίστοιχες επαγγελματικές οργανώσεις έχουν ήδη θεσπίσει Κανόνες Δεοντολογίας τόσο σε εθνικό όσο και ευρωπαϊκό επίπεδο, οι οποίοι αποσαφηνίζοντας τις γενικές δικαιοτικές αρχές καθορίζουν το πλαίσιο σύννομης και επιμελούς δράσης των μελών τους.

Ειδικότερα στην περίπτωση των ιατρών ο ΚΙΔ θεσπίστηκε από την πολιτεία έχοντας την ισχύ τυπικού νόμου. Λόγω της ιδιαιτερότητας αυτής, ο ΚΙΔ αποτελεί ετερόνομο κανόνα δεοντολογίας, κανόνα δηλαδή ευπρέπειας στον οποίο το δίκαιο κατ' εξαίρεση αποδίδει ιδιαίτερη νομική σημασία, γεγονός που επάγεται πέραν των πειθαρχικών και αυτοτελείς νομικές κυρώσεις. ¹³⁸ Ειδικότερα με το ν. 3418/2005 ¹³⁹ εισάγεται ο νέος ΚΙΔ καταργώντας το β.δ. της 25.5/6.7.1955 «περί Κανονισμού Ιατρικής Δεοντολογίας» εκσυγχρονίζοντας ουσιαστικά το ήδη απαρχαιωμένο νομοθετικό πλαίσιο δια του επαναπροσδιορισμού των βασικών εννοιών του ιατρικού επαγγέλματος και των

135. Γεωργιάδης, Γενικές Αρχές, 2003, 261.

136. Σημειώνεται ότι ο χαρακτηρισμός των κανόνων δεοντολογίας ως *soft law* οφείλεται στο γεγονός ότι οι εν λόγω Κώδικες είτε δεν περιέχουν κυρώσεις αλλά διακηρυκτικές αρχές είτε η επαγγελματική ένωση δεν διαθέτει τους κυρωτικούς μηχανισμούς προκειμένου να τις επιβάλλει, Στρακαντούνα/Πισκοπάνη/Μήτρου, Προσωπικά δεδομένα και βιβλιοθήκες: Δικαιοτικοί και Δεοντολογικοί κανόνες, ΧρΙΔ 2007, 286.

137. Γεωργακόπουλος, Κώδικας Δεοντολογίας Τραπεζών, ΔΕΕ 1998, 773.

138. Πελένη-Παπαγεωργίου, Ο Κώδικας Ιατρικής Δεοντολογίας από νομική σκοπιά, ΝοΒ 2007, 2321.

139. «Κώδικας Ιατρικής Δεοντολογίας», ΦΕΚ 287/Α/28.11.2005.

υποχρεώσεων του θεράποντος ιατρού.¹⁴⁰ Ο νέος ΚΙΔ¹⁴¹ πραγματεύεται ζητήματα που αφορούν στην εξασφάλιση της ποιότητας των παρεχόμενων υπηρεσιών από μέρους του παρέχοντος υπηρεσίες γιατρού και των υποχρεώσεων του γιατρού απέναντι στον ασθενή, οι οποίες πέραν των τυπικών υποχρεώσεων τήρησης αρχείου, ή του ιατρικού απορρήτου είναι άμεσα συνυφασμένες με την αναπτυσσόμενη μεταξύ τους σχέση εμπιστοσύνης.

Συνεπώς, ενώ οι Κώδικες Δεοντολογίας έχουν συνήθως «ιδιωτική» προέλευση και αποτελούν, κατά τα ανωτέρω διαλαμβανόμενα, *soft law*, στην περίπτωση του ΚΙΔ έχουμε κώδικα δεοντολογίας που διαμορφώθηκε από την πολιτεία και θεσπίζει γνήσιες νομικές υποχρεώσεις,¹⁴² η παραβίαση των οποίων επιφέρει όχι μόνο πειθαρχικές κυρώσεις (άρθρο 36 §1 ΚΙΔ), που επιβάλλονται από τα αρμόδια πειθαρχικά συμβούλια των ιατρικών συλλόγων, αλλά θεμελιώνει συγχρόνως και την αστική και ποινική ευθύνη του γιατρού, καθώς -με την παραβίαση των επιταγών του- πληρούται το στοιχείο της παρανομίας και, λόγω της διπλής λειτουργίας της αμέλειας –όπως έχει ήδη αναλυθεί- και της υπαιτιότητας.

140. Πλεύρης, Σχολιασμός νέου Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας, ΠοινΔικ 2007, 887 επ.

141. Ανάλυση των βασικότερων διατάξεων του ΚΙΔ ακολουθεί κατωτέρω.

142. Πελένη-Παπαγεωργίου, ΝοΒ 2007, 2321.

V. Ειδικότερα ζητήματα ευθύνης

1. Η ευθύνη του νοσηλευτικού ιδρύματος (νπδδ ή νπιδ) σε περίπτωση ιατρικού λάθους

Η παροχή υπηρεσιών υγείας πολλές φορές οργανώνεται και υποστηρίζεται από νομικά πρόσωπα, τα οποία προσλαμβάνουν γιατρούς και νοσηλευτικό προσωπικό προκειμένου να πραγματοποιήσουν τους σκοπούς τους, τα οποία διακρίνονται σε νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου, όπως ιδιωτικές κλινικές, ιδιωτικά εργαστήρια κλπ, και σε νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου, όπως τα δημόσια νοσοκομεία και οι πανεπιστημιακές κλινικές.¹⁴³ Οι εν λόγω περιπτώσεις διαφοροποιούνται από την κλασσική διμερή σχέση γιατρού-ασθενή, καθώς θεμελιώνεται και αυτοτελής ευθύνη του νομικού προσώπου, γεγονός που επάγεται και την αναγκαιότητα σύναψης ασφαλιστικής σύμβασης από το ίδιο το νομικό πρόσωπο, η οποία θα καλύπτει την αστική ευθύνη του τελευταίου σε περίπτωση επέλευσης του ασφαλιστικού κινδύνου, δηλαδή της ζημίας του λαμβάνοντος τις υπηρεσίες υγείας αντισυμβαλλομένου του.

Αναφορικά με το νομικό πρόσωπο ιδιωτικού δικαίου, το τελευταίο ευθύνεται για τις πράξεις ή παραλείψεις των γιατρών που προσλαμβάνει στην υπηρεσία του και οι οποίες συνίστανται στην πλημμελή εκπλήρωση, όπως ανωτέρω εκτίθεται, του ιατρικού τους καθήκοντος σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 334 και 922 ΑΚ.¹⁴⁴ Απαραίτητη προϋπόθεση για την εφαρμογή των εν λόγω διατάξεων είναι η εξάρτηση του βοηθού εκπλήρωσης (στην περίπτωση του άρθρου 334 ΑΚ) ή προστηθέντος (στην περίπτωση του άρθρου 922 ΑΚ) από τον οφειλέτη (στην περίπτωση του άρθρου 334 ΑΚ) ή τον προστήσαντα (στην περίπτωση του άρθρου 922 ΑΚ), η οποία πραγματώνεται με την οργανωτική δυνατότητα του οφειλέτη/προστήσαντα να ασκεί αποφασιστική επιρροή επί της συμπεριφοράς του βοηθού εκπλήρωσης/προστηθέντος και να του παρέχει εντολές και οδηγίες για την διεκπεραίωση της ανατεθείσας σε αυτόν

¹⁴³.Γεωργιάδης (2007), 209.

¹⁴⁴.Φουντεδάκη, Αστική ευθύνη ιδιωτικής κλινικής, ΧρΙΔ 2010, 786 επ, όπου αναφέρεται ότι η αγωγή του ζημιωθέντος κατά το μέρος που αφορά στο γιατρό θεμελιώνεται στη διάπραξη των ιατρικών σφαλμάτων ενώ κατά το μέρος που αφορά την κλινική θεμελιώνεται τόσο στη σχέση πρόστησης μεταξύ γιατρού και κλινικής όσο και αυτοτελώς σε ελλείψεις στον εξοπλισμό και την οργάνωση της κλινικής που συνέλεξαν στην πρόκληση ζημίας.

υπηρεσίας.¹⁴⁵ Στην περίπτωση όμως του γιατρού, ο οποίος προσφέρει τις υπηρεσίες του μέσω μια ιδιωτικής κλινικής ακόμη και αν συνδέεται με υπαλληλική σχέση με αυτήν, είναι πρώτιστα υποχρεωμένος να ενεργεί σύμφωνα με τα γενικότερα επαγγελματικά του καθήκοντα, όπως αυτά προκύπτουν από την ειδική νομοθεσία, τη δεοντολογία, την εκπαίδευση και την εμπειρία του, διατηρώντας κατά τον τρόπο αυτό ένα πολύ σημαντικό ποσοστό ανεξαρτησίας στη λήψη αποφάσεων (π.χ. είναι υποχρεωμένος να διαφυλάξει το ιατρικό απόρρητο), όσο και αν οργανωτικές δομές της υγειονομικής μονάδας ή της κλινικής γενικότερα εμποδίζουν το ιατρικό αυτό καθήκον, γεγονός που δημιουργεί αμφιβολίες ως προς τη δυνατότητα ή μη εφαρμογής των ανωτέρω άρθρων με τα οποία και θεμελιώνεται η αστική ευθύνη της ιδιωτικής κλινικής. Ωστόσο, αναφορικά με το υπό κρίση ζήτημα της στοιχειοθέτησης ή μη της ευθύνης του νπδδ που παρέχει υπηρεσίες υγείας για πράξεις ή/και παραλείψεις των οργάνων του, η κρατούσα θέση της νομολογίας¹⁴⁶ έχει κάνει δεκτό ότι η θεμελίωση της αντικειμενικής ευθύνης της κλινικής για την αποκατάσταση της ζημίας που υπέστη ο ασθενής ή της ψυχικής οδύνης που υπέστησαν οι οικείοι του λόγω θανάτου του τελευταίου, αρκεί η παροχή από μέρους της κλινικής μόνο οδηγιών στο γιατρό που αφορούν τον τόπο, τον χρόνο και τους όρους εργασίας του.¹⁴⁷ Άλλωστε, όπως χαρακτηριστικά αναφέρεται, η κλινική χρησιμοποιώντας τρίτους για τη διεύρυνση των εργασιών της και την επίτευξη του σκοπού της πρέπει, αφού εκμεταλλεύεται την εργασία των γιατρών αυτών και αποκερδαίνει από αυτή, εισπράττοντας μεταξύ άλλων τα νοσήλια, να είναι υπεύθυνη για τα σφάλματα των γιατρών, αυτή δε η ευθύνη της συμβιβάζεται και με τις αρχές της καλής πίστης, ώστε να προβαίνει με μεγάλη προσοχή και επιμέλεια στην επιλογή των γιατρών, με τους οποίους πρόκειται να συνεργαστεί.¹⁴⁸ Αν και αυτή είναι η θέση της νομολογίας, κατά τα τελευταία χρόνια, μέρος της θεωρίας, διατυπώνει τη θέση ότι μια τέτοια ερμηνεία της έννοιας της εξάρτησης στην περίπτωση της πρόστησης, η οποία αρκείται στην

145. *Τσολακίδης*, Ευθύνη για ενέργειες βοηθών εκπλήρωσης και προστηθέντων, 2008, 266.

146. Σημειώνεται ότι αρχικά η νομολογία έκανε δεκτό ότι δεν στοιχειοθετείτο ευθύνη της κλινικής για σφάλματα των γιατρών με την αιτιολογία ότι οι τελευταίοι δεν υπόκεινται σε έλεγχο κατά την άσκηση των καθηκόντων του αλλά αντιθέτως έχουν πλήρη ελευθερία ενέργειας, ΑΠ1270/1989, ΕλλΔνη 1991,765· ΠΠρΘεσ 8413/2005, Αρμ. 2006, 1909· ΠΠρΑθ 2137/2003, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ. Τη θέση αυτή αποδεχόταν και η πλειοψηφία της θεωρίας με την εξαίρεση της περίπτωσης που συμπωματικά ο διευθυντής της κλινικής είναι και ο ίδιος γιατρός, *Τσολακίδης* (2008), 372, υποσ. 481.

147. ΑΠ1226/2007. ΧρΙΔ 324-327· ΑΠ1362/2007, ΕφΑΔ 2008, 62-64.

148. ΑΠ1270/1989, ΕλλΔνη 1991, 765.

εκ μέρους του ιδιοκτήτη της κλινικής γενικών μόνο οδηγιών προς το γιατρό, οι οποίες αφορούν τον τόπο, τον χρόνο και τους όρους εργασίας του τελευταίου, εκβιάζει την ύπαρξη της σχέσης πρόσθησης, ενώ παράλληλα σημειώνεται ότι προσφορότερη θα ήταν η χρήση του κριτηρίου της ένταξης του προστηθέντος στο πεδίο της επαγγελματικής ή κοινωνικής δράσης του προστήσαντος.¹⁴⁹ Το κριτήριο δε αυτό πληρούται στην περίπτωση των γιατρών που παρέχουν υπηρεσίες σε ιδιωτικές κλινικές από το γεγονός της χρήσης από το γιατρό της οργάνωσης της κλινικής, όταν δηλαδή ο γιατρός χρησιμοποιεί τις υπηρεσίες (κτιριακές, μηχανολογικές εγκαταστάσεις και το εν γένει νοσηλευτικό προσωπικό) της κλινικής, η οποία και ωφελείται από τις δραστηριότητες αυτές, επεκτείνοντας την πελατεία της και γενικότερα τον κύκλο δραστηριότητάς της και τη δυνατότητα κερδών της, και το οποίο δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι πληρούται στην περίπτωση που η κλινική παρέχει απλώς ξενοδοχειακές υπηρεσίες.¹⁵⁰

Ακολούθως, σύμφωνα με την ισχύουσα νομοθεσία,¹⁵¹ οι γιατροί του ΕΣΥ, οι οποίοι στελεχώνουν θέσεις πλήρους και αποκλειστικής απασχόλησης είναι δημόσιοι λειτουργοί που αποτελούν βασικά υποκείμενα της δημόσιας έννομης σχέσης υγειονομικής προστασίας και η φύση παροχής υπηρεσιών των γιατρών ως δημοσίων λειτουργών του ΕΣΥ είναι πάντα δημοσίου δικαίου,¹⁵² διεπόμενη αυστηρά από ειδικούς κανόνες και, σε αμφιβολία, από κανόνες του γενικότερου Διοικητικού Δημοσιοϋπαλληλικού Δικαίου, οπότε δεν υπάρχει περιθώριο κατάρτισης παράλληλης σύμβαση με το νοσοκομείο ή με τους ασθενείς του.¹⁵³ Κατά συνέπεια, σε περίπτωση σφάλματος του γιατρού ΕΣΥ στοιχειοθετείται αστική ευθύνη του Δημοσίου ή του νπδδ στο οποίο ανήκει το νοσοκομείο, κατά εφαρμογή των άρθρων 105-106 ΕισΝΑΚ.¹⁵⁴ Ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 105 ΕισΝΑΚ ευθύνη του Δημοσίου, όπως εν προκειμένω τα δημόσια νοσοκομεία και οι πανεπιστημιακές κλινικές, γεννάται όχι μόνο με

149. Σταθόπουλος, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, αρ. 66.

150. ΕφΑΔ 2008, 61-62, παρατ. Πούλου.

151. Άρθρο 25 ν. 1397/1983 και άρθρα 63επ. ν. 2071/1992

152. Αναφορικά με την νομική φύση της χορήγησης υπηρεσιών υγείας από ειδικευόμενους γιατρούς η θέση της νομολογίας είναι ότι δεν πρόκειται για σχέση εξαρτημένης εργασίας ορισμένου χρόνου αλλά σχέση εκπαιδευτική δημοσίου δικαίου, και η οποία διέπεται από ειδικούς κανόνες διοικητικού δικαίου και αποσκοπεί στην παροχή δυνατότητας άσκησης του ειδικευόμενου γιατρού για την απόκτηση μίας και μόνης ειδικότητας και όχι για την εξασφάλιση εργασίας αυτού, ΑΠ 461/1995 ΕλλΔνη 1996,35 ΜΠρΛαρ. 277/2005 ΑρΧΝ 2007, 468.

153. Κρεμαλής, Δίκαιο της Υγείας, 2011, 25-26.

154. Φουντεδάκη (2003), 259, 404.

την έκδοση μη νόμιμης εκτελεστής διοικητικής πράξης ή από τη μη νόμιμη παράλειψη έκδοσης αλλά και από μη νόμιμες υλικές ενέργειες των οργάνων του Δημοσίου ή από παραλείψεις οφειλόμενων νόμιμων υλικών ενεργειών αυτών, εφόσον οι υλικές αυτές ενέργειες ή παραλείψεις συνδέονται με την οργάνωση και λειτουργία των δημοσίων υπηρεσιών, ενώ παράλληλα, σύμφωνα με την ίδια διάταξη, η ευθύνη του Δημοσίου συντρέχει όχι μόνο όταν με τη σχετική πράξη ή παράλειψη του οργάνου παραβιάζεται συγκεκριμένη διάταξη νόμου, αλλά και όταν παραλείπονται τα καθήκοντα και οι υποχρεώσεις που επιβάλλονται από τα δεδομένα της κοινής πείρας και τις αρχές της καλής πίστης.¹⁵⁵ Συνεπώς, σε περίπτωση που στοιχειοθετηθεί από πράξη ή παράλειψη του θεράποντος ιατρού ΕΣΥ ιατρικό σφάλμα τότε στοιχειοθετείται ευθύνη του δημοσίου νοσοκομείου ή αντίστοιχα πανεπιστημιακής κλινικής ή άλλου νηπιδ που παρέχει υπηρεσίες υγείας, η οποία μάλιστα είναι και ευθύνη αντικειμενική, ανεξάρτητη δηλαδή από την ύπαρξη ή μη πταίσματος εκ μέρους του οργάνου του Δημοσίου που προκάλεσε τη ζημία. Και ενώ στο άρθρο 105 εδ. β. ΕισΝΑΚ ορίζεται ότι *«Μαζί με το δημόσιο ευθύνεται εις ολόκληρον και το υπαίτιο πρόσωπο.»*, η εν λόγω διάταξη έχει περιορισμένη εφαρμογή καθώς με το άρθρο 38 παρ.1 του Υπαλληλικού Κώδικα έχει θεοπιστεί το αστικώς ανεύθυνο των δημοσίων υπαλλήλων έναντι τρίτων για πράξεις ή παραλείψεις τους.¹⁵⁶

Τέλος, σημειώνεται ότι η οφειλόμενη από το δημόσιο νοσοκομείο αποζημίωση είναι καταρχήν χρηματική και συνίσταται στην ανόρθωση της θετικής ή/και αποθετικής περιουσιακής ζημίας του ασθενούς αλλά ανεξάρτητα από αυτήν το δημόσιο νοσοκομείο ευθύνεται και σε εύλογη χρηματική ικανοποίηση της προκληθείσας ηθικής βλάβης, κατά αναλογική εφαρμογή των άρθρων 57 και 932 ΑΚ (η κρίση δε του Δικαστηρίου της ουσίας για το αν ο παθών υπέστη ηθική βλάβη και ποιο το ύψος αυτής είναι κυριαρχική και

155. Χιώλος, Η αστική ευθύνη του Δημοσίου κατά τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, ΝοΒ 2011, 850επ· ΣτΕ 330/2009, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΣτΕ 2671/2009, ΕΙΔ 2010, 571 επ· ΣτΕ 2455/2010, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΤρΔΕφΑΘ 5/2009, ΕΙΔ 2010, 156· ΤρΔΠρΠεπ 1577/2009 ΕΙΔ 2010, 168.

156. Η εν λόγω διάταξη έχει ως ακολούθως: *«Ο υπάλληλος ευθύνεται έναντι του Δημοσίου για κάθε θετική ζημία την οποία προξένησε σε αυτό από δόλο ή βαρεία αμέλεια κατά την εκτέλεση των καθηκόντων του. Ο υπάλληλος ευθύνεται επίσης για την αποζημίωση την οποία κατέβαλε το Δημόσιο σε τρίτους για παράνομες πράξεις ή παραλείψεις του κατά την εκτέλεση των καθηκόντων του, εφόσον οφείλονται σε δόλο ή βαρεία αμέλεια. Ο υπάλληλος δεν ευθύνεται έναντι των τρίτων για τις ανωτέρω πράξεις ή παραλείψεις του.»*

συνεπώς είναι μερικώς ανέλεγκτη)¹⁵⁷ ή ψυχικής οδύνης σε περίπτωση θανάτου του ασθενούς στην οικογένεια του θύματος κατ' εφαρμογή του άρθρου 932 εδ. γ ΑΚ.¹⁵⁸

2. Ιατρική ευθύνη για ζημιογόνο ζωή (wrongful life) και ζημιογόνο τεκνοποίηση (wrongful birth)

Πέραν όμως της περίπτωσης της εσφαλμένης διάγνωσης και θεραπείας του γιατρού, στο πλαίσιο του γενικότερου προβληματισμού για την αστική ιατρική ευθύνη, η διεθνής δικαστηριακή πρακτική έχει έλθει επανειλημμένα αντιμέτωπη με μια ιδιότυπη μορφή ιατρικού σφάλματος, η οποία ουσιαστικά επεκτείνει τον κίνδυνο στον οποίο είναι εκτεθειμένος ο παρέχων τις υπηρεσίες του γιατρός. Πρόκειται για την περίπτωση της γέννησης παιδιού, με προβλήματα υγείας συνεπεία όχι κάποιας εσφαλμένης ιατρικής πράξης ή παράλειψης αλλά συνεπεία της μη έγκαιρης διάγνωσης του προβλήματος είτε λόγω παράλειψης/εσφαλμένης χρήσης του κατάλληλου διαγνωστικού μέσου προγεννητικού ελέγχου (prenatal screening and testing¹⁵⁹) είτε λόγω μη ενημέρωσης¹⁶⁰ των γονέων σχετικά με την ύπαρξη της ασθένειας του κυοφορούμενου τέκνου,¹⁶¹ με αποτέλεσμα η μητέρα να μην προχωρήσει σε άμβλωση και η οποία αποδίδεται διεθνώς με τον όρο wrongful life ή wrongful birth.¹⁶² Η ιδιαιτερότητα δε αυτού του ζητήματος έγκειται στο ότι η περίπτωση

157. Χιώλος, Η αστική ευθύνη του Δημοσίου κατά τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, ΝοΒ 2011, 851.

158. ΣτΕ 1818/2009, ΕΙΔ, 2010, 562 επ. ΤρΔΕφΑ01154/2009, ΕΙΔ 2010, 550-ΔΠρΚαλ 4/2009, ΕΙΔ 2010, 448· Καράκωστας, Χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης στην περίπτωση αστικής ευθύνης του Δημοσίου, ΕφΑΔ 2008, 379, όπου πέραν από την ανάλυση των ειδικών προϋποθέσεων εφαρμογής των άρθρων 105-106.

159. Βλάχου, 'Wrongful life-Wrongful birth'- Η Διεθνής νομολογία και η επίδρασή της στην ελληνική, Digesta 2008, 442.

160. Βλάχου, Digesta 2008, 455, με σχετικές παραπομπές, όπου αναφέρεται ότι το ιατρικό σφάλμα στην περίπτωση αυτή έγκειται στην εσφαλμένη διάγνωση και όχι στην ενημέρωση των γονέων, με την έννοια ότι ο γιατρός υποχρεούται να υποδείξει την εξέταση που είναι πρόσφορη και αναγκαία υπό το πρίσμα των εκάστοτε δεδομένων συνθηκών.

161. Φουντεδάκη, Θέματα αστικής ιατρικής ευθύνης σε περίπτωση γέννησης ατόμου με σοβαρή ασθένεια ή αναπηρία (wrongful life), Digesta 2004, 471-472.

162. Σημειώνεται ότι ο όρος wrongful life χρησιμοποιείται στην περίπτωση που η αγωγή ασκείται από το ίδιο το παιδί ενώ όταν η αγωγή ασκείται από τους γονείς αυτού, χρησιμοποιείται ο όρος wrongful birth. Ωστόσο, ο εν λόγω όρος, wrongful life/wrongful birth πρέπει να διαφοροποιείται από τον όρο wrongful conception ή wrongful pregnancy, ο οποίος περιλαμβάνει τις περιπτώσεις γέννησης υγιούς παιδιού,

της wrongful life/birth εντάσσεται στις περιπτώσεις που το αποτέλεσμα (ζημία) του ιατρικού σφάλματος είναι η ίδια η γέννηση και η ύπαρξη ασθενούς παιδιού και για το λόγο αυτό προκύπτει το νομικό και ηθικό δίλημμα: Ζωή με βαριά αναπηρία ή μη ζωή (non existence paradox).¹⁶³

Στις χώρες όπου το ζήτημα της wrongful life/birth έχει αντιμετωπιστεί, κατά πάγια νομολογιακή κρίση, οι αξιώσεις αποζημίωσης των γονέων¹⁶⁴ γίνονται κατά τη συνήθη πρακτική δεκτές, ενώ αντίθετα η αποδοχή της αξίωσης αποζημίωσης του ίδιου του παιδιού για την «κατά λάθος γέννησή του» είναι περιορισμένη. Ενδεικτικά τα αμερικανικά δικαστήρια, στα οποία και έχει τεθεί το ζήτημα της wrongful life/birth εδώ και πλέον μίας εικοσαετίας, αρνήθηκαν να αναγνωρίσουν την αξίωση αποζημίωσης του τέκνου για ζημιογόνο ζωή, αντιμετωπίζοντας ιδιαίτερη δυσκολία τόσο στο ζήτημα του προσδιορισμού της ζημίας όσο και στο ζήτημα του προσδιορισμού της αιτιώδους συνάφειας. Στην πρώτη μάλιστα περίπτωση, όπου για την διαπίστωση της ζημίας απαιτείται σύγκριση της τωρινής κατάστασης του ενάγοντα με την κατάσταση στην οποία θα βρισκόταν αυτός αν δεν είχε υπάρξει η αμελής συμπεριφορά του εναγομένου¹⁶⁵ και η οποία αναγόμενη στα πραγματικά περιστατικά της wrongful life διατυπώνεται ως εξής: εάν δεν είχε υπάρξει η αμέλεια του εναγομένου, ο ενάγων δεν θα είχε καν γεννηθεί, το δικαστήριο καλείται να

το οποίο όμως ήταν εκτός οικογενειακού προγραμματισμού των γονέων του, *Φραγκουδάκη*, Η νομική μεταχείριση των εφαρμογών της βιογενετικής ιδίως από πλευράς ιδιωτικού δικαίου, 2008, 205 επ. Στις περιπτώσεις της wrongful birth δυσχερώς μπορεί να θεμελιωθεί αξίωση αποζημίωσης των γονέων για διατροφή του τέκνου, εκτός αν οι γονείς βρίσκονται σε πραγματική οικονομική αδυναμία να καλύψουν τα έξοδα διατροφής του τέκνου και για τον λόγο αυτό ακριβώς θα ζητούσαν από τον γιατρό την διακοπή της κύησης, *Ανδρουλάκη-Δημητριάδη* (1993), 417.

163. *Berenson*, The Wrongful Life Claim-The Legal Dilemma of existing versus Non Existence, 1990, 895, 915. *Φουντεδάκη*, *Digesta* 2004, 479. *Σταθόπουλος*, Προστασία της προσωπικότητας ανάπηρου παιδιού και αποζημίωση, *Μελέτες*, 2010, 31.

164. Υποστηρίζεται ότι σε περίπτωση απώλειας της ευκαιρίας για διακοπή της κύησης αξίωση χρηματικής ικανοποίησης (για την επιμέτρηση του ύψους της οποίας λαμβάνονται υπόψη το μέγεθος της προσβολής της προσωπικότητας) έχει μόνο η μητέρα και όχι ο πατέρας του παιδιού, έστω και αν πρόκειται για τέκνο γεννημένο σε γάμο, *Κισσαράς*, Wrongful birth: Αξίωση γονέων έναντι του ιατρού για χρηματική ικανοποίηση λόγω απώλειας της «ευκαιρίας» διακοπής της κύησης;, *ΧρΙΔ* 2011, 169 επ. *contra* *Νικολόπουλος*, Ζημιογόνος τεκνοποίηση (Wrongful Birth) και προσβολή της προσωπικότητας των γονέων. «Ενοχικός» ατομοκεντρισμός ή οικογενειακός κοινοτισμός;, *ΕφΑΔ* 2011, 812 επ, όπου τεκμηριώνεται η θέση περί του δικαιώματος αποζημίωσης και των δύο γονέων και όχι μόνο της μητέρας, αντλώντας επιχειρήματα από την κοινότητα βίου, που συγκροτείται μεταξύ των συζύγων και την ισονομία των δύο φύλων.

165. Πρόκειται για την επονομαζόμενη στο αμερικανικό δίκαιο «but for condition» ή «cause in fact», *Shavell*, An analysis of Causation and the scope of Liability in the Law, 1980, 463 επ.

δεχτεί τη γέννηση ενός ανθρώπου ως ζημία¹⁶⁶ και αντίστοιχα να επιδικάσει αποζημίωση σε βάρος του εναγομένου, επειδή ο τελευταίος στέρησε στον ενάγοντα την ευκαιρία να μην γεννηθεί, γεγονός που οδήγησε στην άρνηση της αναγνώρισης αποζημίωσης του τέκνου για ζημιολόγο ζώη.¹⁶⁷ Ωστόσο, τα δικαστήρια τριών πολιτειών, αντιμετωπίζοντας με επιείκεια λόγω των αυξημένων δυσκολιών και εξόδων το πρόσωπο που έχει γεννηθεί με γενετικές ανωμαλίες και σε μία προσπάθεια να ξεπεράσουν τις δυσκολίες προσδιορισμού της ζημίας σε σύγκριση με την μη ύπαρξη επιδικάζουν ειδική αποζημίωση (special damages) η οποία συνίσταται στο κόστος της ιδιαίτερης ιατρικής φροντίδας που είναι αναγκαία για την αντιμετώπιση της γενετικής ασθένειας ή βλάβης και όχι αποζημίωση της ηθικής βλάβης του ενάγοντα για το γεγονός ότι γεννήθηκε ασθενής.¹⁶⁸

Αντίστοιχη με την καθιερωμένη νομολογιακή πρακτική των αμερικανικών δικαστηρίων αρνητική αντιμετώπιση των αγωγών με το συγκεκριμένο περιεχόμενο ακολούθησαν και τα Συνταγματικά δικαστήρια της ηπειρωτικής Ευρώπης.¹⁶⁹ Εξαιρεση σε αυτήν την πάγια νομολογιακή αντιμετώπιση αποτέλεσε η απόφαση του γαλλικού Ακυρωτικού στην υπόθεση Perruche, μία απόφαση η οποία προκάλεσε εξαιρετικό ενδιαφέρον καθώς δέχτηκε την αξίωση αποζημίωσης όχι μόνο των γονέων αλλά και του ανάπηρου παιδιού δικάζοντας ουσιαστικά τη γαλλική θεωρία,¹⁷⁰ οδηγώντας μάλιστα στην παρέμβαση του γάλλου νομοθέτη, ο οποίος προέβη στην αυστηρότατη ρύθμιση ότι «*καυείς δεν μπορεί να επικαλεστεί ζημία από μόνο το γεγονός της γέννησης του*», αυστηρότητα, ωστόσο, που αμβλύνεται στις επόμενες διατάξεις του νομοθετήματος αυτού, όπου μεταξύ άλλων αναγνωρίζεται το δικαίωμα του ανάπηρου παιδιού για αποζημίωση, εφόσον το ιατρικό σφάλμα είχε ως άμεση

166.Βλ υπόθ. *Ellis v. Sherman* [1984], όπου το δικαστήριο (Pennsylvania Superior Court) χαρακτηριστικά επισημαίνει ότι «*Το αποτέλεσμα προκλήθηκε όχι εξ άλλου λόγου ή αιτίας αλλά κατά φυσιολογική πορεία των πραγμάτων*».

167.*Belsky*, Injury as a Matter of Law: Is this the Answer to the Wrongful life Dilemma, 1992, 190.

168.*Belsky* (1992), 185.

169.Το γερμανικό Συνταγματικό Δικαστήριο (Bundesverfassungsgericht) αλλά και το γαλλικό Συμβούλιο της Επικρατείας (Couseil d'Etat), δέχτηκαν η αντιμετώπιση της ανθρώπινης ύπαρξης και ζωής ως ζημίας και η αναγνώριση αποζημίωσης σε αυτές τις περιπτώσεις αντίκειται στη συνταγματική προστασία της αξίας του ανθρώπου, *Φουντεδάκη*, *Digesta* 2004, 480 υποσημ. 33 και 34.

170.*Τσίρου*, Ιατρική ευθύνη: αποζημίωση παιδιού που γεννήθηκε ανάπηρο λόγω ιατρικού σφάλματος που εμπόδισε τη μητέρα να διακόψει την κύηση, *ΕλλΔνη* 2004, 61 επ, όπου κατά την παράθεση της οξείας κριτικής που ασκήθηκε κατά της εν λόγω απόφασης κάνει λόγο περί «*ηθικοδικαιικής ψύχωσης*».

συνέπεια την αναπηρία ή την επιδείνωσή της, ενώ παράλληλα προβλέπονται διατάξεις κοινωνικού δικαίου υπέρ των προσώπων αυτών.¹⁷¹

Αναφορικά με την ελληνική έννομη τάξη, το ελληνικό δίκαιο δεν απαγορεύει αλλά ούτε φυσικά ρητά επιτρέπει τις σχετικές αγωγές αποζημίωσης. Ωστόσο, στην περίπτωση της wrongful life, όπως ακριβώς και σε κάθε περίπτωση ιατρικού λάθους, η νομική βασιμότητα μίας τέτοιας αγωγής αποζημίωσης συναρτάται από την προσαρμογή στην περίπτωση αυτή όσων γενικά ισχύουν στην αστική ιατρική ευθύνη, οπότε και ο ζημιωθείς γονέας οφείλει να επικαλεστεί (και αποδείξει) την πλημμελή συμπεριφορά του γιατρού και κυρίως την ύπαρξη αιτιώδους συνάφειας μεταξύ της παράνομης και υπαίτιας συμπεριφοράς του γιατρού και της γέννησης ασθενούς ή ανάπηρου παιδιού, η οποία και είναι έμμεση, με την έννοια ότι απαιτείται προηγουμένως βεβαιότητα αναφορικά με την απόφαση της υποψήφιας μητέρας να ματαιώσει την κύηση καθώς και ότι η άμβλωση θα ήταν επιτρεπτή. Βέβαια και στην Ελλάδα, όπως και στις άλλες έννομες τάξεις, η αναγνώριση της αξίωσης για ζημιόγνο ζώή δημιουργεί σημαντικά νομικά και ηθικά ζητήματα, τα οποία πέραν της ύπαρξης ή μη αιτιώδους συνάφειας μεταξύ παρανόμου και ζημίας σχετίζονται κυρίως με την εννοιολογική και αξιολογική προσέγγιση της ζημίας. Η αναγνώριση, συνεπώς, αποκατάστασης της ζημίας που υπέστην το ίδιο το άτομο που γεννήθηκε με προβλήματα υγείας λόγω πράξης ή παράλειψης του γιατρού κατά το προγεννητικό στάδιο βλάβης προσκρούει όχι μόνο σε σοβαρούς ηθικούς ενδοιασμούς αλλά και στην συνταγματική προστασία της ανθρώπινης αξίας (άρθρο 2 Συντ.) και στη συνταγματική αναγνώριση της υποχρέωσης του κράτους να προστατεύει τα ιδιαίτερα αυτά άτομα (άρθρ. 21 παρ.2 Συντ.).¹⁷² Περαιτέρω αξίζει να σημειωθεί ότι προβληματική και σχεδόν αδύνατη είναι η αναγνώριση της αξίωσης αποζημίωσης λόγω ηθικής βλάβης κατ' άρθρ. 932 ΑΚ. Ειδικότερα, η ικανοποίηση της ηθικής βλάβης ουσιαστικά ταυτίζεται με την ανακούφιση του ενάγοντος (παιδιού) από την ψυχική ταλαιπωρία που συνδέεται με την μη υγιή ζωή του, ο ενάγων όμως δεν είναι δυνατό να γνωρίζει αν η μη γέννηση του θα ήταν προτιμότερη από την τωρινή ζωή του, που όπως επικαλείται του προκαλεί ψυχικό πόνο.¹⁷³

171. Σταθόπουλος (2010), 33 επ, με σχετικές παραπομπές στις διατάξεις του νόμου.

172. Φουντεδάκη, Digesta 2004, 481, όπου παρατίθεται και ο αντίλογος επί της άποψης της απόρριψης της αξίωσης στην περίπτωση της wrongful birth, ο οποίος συνίσταται στο επιχείρημα της ανεπιείκειας της νομολογιακής πρακτικής.

173. Φραγκουδάκη (2008), 235.

Οι ανωτέρω δυσχέρειες στη θεμελίωση της αξίωσης για wrongful life οδηγούν στο αυτονόητο συμπέρασμα ότι στη χώρα μας η αναγνώριση των προβαλλόμενων αξιώσεων είναι μάλλον απίθανη μειώνοντας με τον τρόπο αυτό τα περιστατικά που θεμελιώνουν τον κίνδυνο για σφάλμα του παρέχοντος υπηρεσίες γιατρού. Μάλιστα, η ελληνική δικαιοσύνη, την οποία έχουν απασχολήσει συγκριτικά με τα αμερικανικά και ευρωπαϊκά δικαστήρια λίγες υποθέσεις, απορρίπτει τα αγωγικά αιτήματα ελλείψει αιτιώδους συνάφειας¹⁷⁴ αλλά και με βάση το non existence paradox.¹⁷⁵ Σε μία δε προσπάθεια κάμψης του νομικού κωλύματος της θεμελίωσης της αξίωσης για αποζημίωση στις διατάξεις περί αδικοπραξίας και προς αποκατάσταση της υφιστάμενης κατά του τέκνου αδικίας, προτείνεται η θεμελίωση της αξίωσης του παιδιού στην προσβολή της προσωπικότητάς του, βάσει της οποίας μπορεί να αξιώσει μεν αποζημίωση για ηθική βλάβη, όχι όμως και άρση αυτών για το μέλλον.¹⁷⁶

3.Η προσβολή δικαιώματος γνώσης του ασθενούς – Η αυθαίρετη και χωρίς συναίνεση του ασθενούς διενέργεια ιατρικών πράξεων

Ειδικότερη περίπτωση επέλευσης ιατρικού σφάλματος συνιστά η παράβαση της εκ του νόμου υποχρέωσης του γιατρού να προβαίνει σε κάθε ενδεδειγμένη ιατρική πράξη αφού προηγουμένως έχει ενημερώσει τον ασθενή σχετικά με την κατάσταση της υγείας του και την ιατρική πράξη που πρέπει να πραγματοποιηθεί και έχει λάβει κατόπιν της ενημέρωσης αυτής την έγκυρη συναίνεση του τελευταίου¹⁷⁷ (informed consent).¹⁷⁸ Πάντως κατά ρητή διάταξη

174.Βλ. ενδ. την ΠΠρΑθ 2487/2004, όπου το δικαστήριο δεν δέχεται την αιτιώδη συνάφεια μεταξύ της αποδιδόμενης στους εναγόμενους παράνομη και υπαίτια συμπεριφορά της παράλειψης καθώς την ανατομική ανωμαλία του τέκνου δεν την προκάλεσαν οι ίδιοι οι γιατροί.

175.Βλάχου, *Digesta* 2008, 450.

176.Σιαθόπουλος (2010), 49 επ.

177.Όπως χαρακτηριστικά σημειώνεται έχουν διατυπωθεί δύο απόψεις για το ρόλο της συναίνεσης στην εκτέλεση των ιατρικών πράξεων: η πρώτη δέχεται ότι κάθε ιατρική πράξη που επενεργεί άμεσα ή έμμεσα στο σώμα και την υγεία του ασθενούς συνιστά σε κάθε περίπτωση παράνομη σωματική βλάβη, της οποίας ο παράνομος χαρακτήρας αίρεται με τη συναίνεση του ασθενούς (η συναίνεση δηλαδή λειτουργεί ως λόγος άρσης του καταρχήν παράνομου χαρακτήρα της ιατρικής πράξης) η δε δεύτερη δέχεται ότι η ιατρική πράξη που συνιστά μια καταρχήν νόμιμη πράξη καθίσταται παράνομη προσβολή της προσωπικότητας του ασθενή αν διενεργείται χωρίς τη συναίνεση του ασθενούς, *Φουντιεδάκη* (2007), 69, 159 επ.

του άρθρου 11 ΚΙΔ (αντίστοιχη με αυτήν του άρθρου 10 της Σύμβασης του Οβιέδο) ο ασθενής εκφράζει έγκυρη δήλωση βούλησης, όταν συναινεί έχοντας παραιτηθεί από το δικαίωμα για ενημέρωση. Μάλιστα, όπως χαρακτηριστικά σημειώνεται, κατά την κρατούσα στο ελληνικό δίκαιο άποψη, η ιατρική επέμβαση στο σώμα του ασθενή συνιστά σωματική βλάβη σε περίπτωση που πραγματοποιήθηκε χωρίς τη σύμφωνη γνώμη του τελευταίου ακόμα και αν η ιατρική αυτή πράξη επιβάλλεται για ιατρικούς λόγους και εκτελείται *lege artis* ακόμη και αν υπήρξε επιτυχής.¹⁷⁹ Η υποχρέωση αυτή του γιατρού να ενημερώνει τον ασθενή και να λαμβάνει την προηγούμενη συναίνεσή του προκειμένου να προβεί στην απαιτούμενη ιατρική πράξη δεν συνιστά μόνο συμβατική υποχρέωση αλλά προβλέπεται διάσπαρτη σε διάφορα νομοθετικά κείμενα όπως συγκεκριμένα στα άρθρα 5 και 10 της Σύμβασης του Οβιέδο¹⁸⁰ και στα άρθρα 11 (για την ενημέρωση) και 12 (για την συναίνεση) του ΚΙΔ. Πέρα όμως από αυτές τις ρητές διατάξεις, οι εν λόγω υποχρεώσεις του γιατρού δεν θα στερούνταν νομικού θεμελίου καθώς το δικαίωμα του ασθενούς να αποφασίζει μετά από επαρκή ενημέρωσή του ¹⁸¹ αν θα δεχτεί στο σώμα και την υγεία του την όποια επέμβαση, βρίσκει θεμελίωση τόσο σε διατάξεις του ίδιου του Συντ. και συγκεκριμένα στα άρθρα 5, 9 και 2 Συντ. περί ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας και του ιδιωτικού βίου και της προστασίας της

178.Μάλιστα το ΔΕΚ, απόφ. 5.10.94, υπόθ. C-404/92, Συλλ. 1994, I-4737, έχει κρίνει ότι δεν επιτρέπεται η διενέργεια ιατρικής πράξης χωρίς τη συναίνεση του ενδιαφερομένου προσώπου διότι η ιατρική πράξη αφορά απόλυτο δικαίωμα.

179.*Ανδρουλάκη-Δημητριάδη*, 1993,135· *Πολίτης*, Η κατανομή του βάρους αποδείξεως στη δίκη της ιατρικής ευθύνης, Δ 18, 401 επ.

180.Ειδικότερα το άρθρο 5 αναφέρει «Επέμβαση σε θέματα υγείας μπορεί να υπάρξει μόνο αφού το ενδιαφερόμενο πρόσωπο δώσει την ελεύθερη συναίνεσή του, κατόπιν προηγούμενης σχετικής ενημέρωσής του» και στην παρ. 2 του ίδιου άρθρου «Το πρόσωπο αυτό θα ενημερώνεται εκ των προτέρων καταλλήλως ως προς το σκοπό και τη φύση της επέμβασης καθώς και ως προς τα επακόλουθα και κινδύνους που αυτή συνεπάγεται», ενώ παράλληλα το άρθρο 10 ορίζει ότι «Όλοι έχουν το δικαίωμα σεβασμού της προσωπικής τους ζωής σε σχέση με την πληροφόρηση για την κατάσταση της υγείας τους – Όλοι δικαιούνται να λαμβάνουν γνώση κάθε πληροφορίας σχετικής με την κατάσταση της υγείας τους. Θα είναι σεβαστές, ωστόσο, οι επιθυμίες των ατόμων που επιλέγουν να μην ενημερώνονται σχετικά».

181.Το ζήτημα της συναίνεσης όμως του ασθενούς εμφανίζει ιδιαίτερη προβληματική στην περίπτωση που η άρνηση του τελευταίου ισοδυναμεί με αυτοκτονία, ενώ παράλληλα σε οριακές περιπτώσεις, όπου ο ασθενής βρίσκεται σε κώμα και προσπαθεί να αναζητηθεί από ασαφή γεγονότα η εικαζόμενη συναίνεση του τελευταίου τα ηθικά αλλά και νομικά ζητήματα καθιστούν *de lege ferenda* αναγκαία τη ρύθμιση του ζητήματος της παθητικής τουλάχιστον ευθανασίας, *Βούλιτσος*, Ο ρόλος της αυτοδιάθεσης του αρρώστου στην οριοθέτηση του ιατρικού καθήκοντος για τεχνική υποστήριξη της ζωής που φθίνει, *ΠοινΧρον.* 2007, 121 επ.

ανθρώπινης αξίας, όπου το δικαίωμα αυτό αντιμετωπίζεται ως εκδήλωση της βουλευτικής αυτονομίας και αυτοδιάθεσής του ατόμου.¹⁸²

Όπως χαρακτηριστικά αναφέρεται στο άρθρο 12 παρ. 1 του ΚΙΔ προϋπόθεση της έγκυρης συναίνεσης του ασθενή είναι αυτή να παρέχεται μετά από πλήρη, σαφή και κατανοητή ενημέρωση και μάλιστα από τον ίδιο τον θεράποντα ιατρό,¹⁸³ ο οποίος έχει έναντι του ασθενή του καθήκον αληθείας, ακόμα και στην περίπτωση που ο ασθενής πάσχει από θανατηφόρα ασθένεια.¹⁸⁴ Η παρεχόμενη δε προς τον ασθενή ενημέρωση, η οποία σημειωτέον μπορεί να είναι προφορική ή έγγραφη, πρέπει αφενός κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 11 ΚΙΔ να περιλαμβάνει το περιεχόμενο και τα αποτελέσματα τις συγκεκριμένης ιατρικής πράξης, τις συνέπειες και τους ενδεχόμενους κινδύνους ή επιπλοκές από την εκτέλεση της, τις εναλλακτικές προτάσεις καθώς και τον πιθανό χρόνο αποκατάστασης,¹⁸⁵ αφετέρου να είναι ανάλογη με το πνευματικό και νοητικό επίπεδο του ενδιαφερομένου προσώπου. Η τελευταία δε προϋπόθεση συνάγεται από το σκοπό της διάταξης που απαιτεί την ενημέρωση, ο οποίος δεν είναι άλλος από την χορήγηση της συναίνεσης κατόπιν γνώσης, η οποία πρέπει να είναι και κατανοητή και συνειδητής θέλησης.¹⁸⁶

Εν συνεχεία, αναφορικά με τη συναίνεση του ασθενούς για την εκάστοτε ιατρική πράξη,¹⁸⁷ πρόκειται για απευθεντία δήλωση βουλήσεως,¹⁸⁸ η οποία

182. *Ανδρουλάκη-Δημητριάδη* (1993), 138 επ. *Δαγτόγλου*, *Ατομικά Δικαιώματα*, 2005², 1326, ο οποίος αναφέρει ότι η μεταχείριση σωματικά ή ψυχικά ασθενών σε ιατρικές κλινικές υπάγεται στην περ. της παρ.1 του άρθρου 2.

183. *Ανδρουλάκη-Δημητριάδη* (1993), 200.

184. *Κανελλοπούλου-Μπότη*, *Digesta* 2008, 356.

185. *Φουντεδάκη* (2008), 95.

186. *Παπαζήση*, *Συναίνεση ως προϋπόθεση σύννομης παροχής υπηρεσιών υγείας*, *Digesta* 2004, 454. *Συμεωνίδου-Καστανίδου*, *Η ποινική ευθύνη των γιατρών με βάση το νέο Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας*, *Συνήγορος* 2006, 70, όπου αναφέρεται ότι έντυπο γεμάτο από ιατρικούς όρους η κατανόηση των οποίων απαιτεί εξειδικευμένες γνώσεις ακόμη και αν είναι υπογεγραμμένο από τον ασθενή δεν έχει καμία απολύτως αξία.

187. Η συναίνεση σε ορισμένη ιατρική πράξη πρέπει να διακρίνεται από τη δήλωση βούλησης για την κατάρτιση της σύμβασης ιατρικής αγωγής, *Ανδρουλάκη-Δημητριάδη* (1993), 103 · *Φουντεδάκη* (2003), 180 επ.

188. Υποστηρίζεται ότι η συναίνεση του ασθενούς για την πραγματοποίηση ιατρικής πράξης δεν αποτελεί δικαιοπραξία και δεν εμπίπτει στην έννοια της συγκατάθεσης κατά τα άρθρα 236-238ΑΚ, *Δωρής*, σε *Αστικό Κώδικα Γεωργιάδη/Σταθόπουλου*, 1999 · *Ανδρουλάκη-Δημητριάδη*, *Digesta* 2004, 203, ενώ κατά βάση θεωρητική είναι η διχογνωμία για το αν η συναίνεση είναι οιοσδήποτε δικαιοπραξία ή μη απλή νομιμοποιητική πράξη που αίρει τον παράνομο χαρακτήρα της επέμβασης στα αγαθά της προσωπικότητας, αφού όποια και αν από τις δύο απόψεις ακολουθηθεί γίνεται δεκτή η εφαρμογή των διατάξεων για τις δικαιοπραξίες σε θέματα, όπως η δικαιοπρακτική ικανότητα, η αντιπροσώπευση και το ανίσχυρο, *Φουντεδάκη* (2007), 69.

δίνεται από τον ίδιο τον ενδιαφερόμενο που θα υποβληθεί στην ιατρική πράξη. Μπορεί δε να είναι ακόμη και προφορική, σε κάθε περίπτωση όμως πρέπει να είναι ρητή ακόμα και για επεμβάσεις ρουτίνας και ελεύθερη με την έννοια της δυνατότητας ελεύθερης ανάκλησης της.¹⁸⁹ Το σύννομο της ιατρικής πράξης δεν κάμπτεται όμως στην περίπτωση που ο ασθενής είναι σε αδυναμία δήλωσης της συναίνεσής του, λόγω απώλειας των αισθήσεων του ή λόγω αδυναμίας του να συναινέσει υπό την προϋπόθεση βέβαια ότι συντρέχει επείγουσα περίπτωση,¹⁹⁰ οπότε και ο γιατρός μπορεί να προχωρήσει σε κάθε απαιτούμενη ιατρική πράξη, χωρίς να απαιτείται να προσφύγει στην αναζήτηση συναίνεσης έστω και από τους οικείους του ασθενή¹⁹¹ προς νομιμοποίηση της πράξης του, ενέργεια, ωστόσο, απαιτούμενη στις περιπτώσεις που ο ασθενής είναι μεν ανίκανος για συναίνεση λόγω ψυχικής ή διανοητικής διαταραχής, ελλείπει όμως το στοιχείο του επείγοντος

Τέλος, ένα κρίσιμο ζήτημα που τίθεται σε ζητήματα συναίνεσης και η απάντηση στο οποίο επηρεάζει τη θεμελίωση ή μη της ιατρικής ευθύνης αλλά και την επέλευση του ασφαλιστικού κινδύνου στην περίπτωση του γιατρού ως ασφαλισμένου είναι η περίπτωση κατά την οποία οι γονείς του ανηλίκου τέκνου, τα πρόσωπα δηλαδή στα οποία ο νόμος απονέμει την εξουσία συναίνεσης για την εκτέλεση της ιατρικής πράξης, αρνούνται να την δώσουν, όπως για παράδειγμα η περίπτωση γονέων μαρτύρων του Ιακωβά, οι οποίοι αρνούνται για θρησκευτικούς λόγους τη μετάγγιση αίματος στο παιδί τους. Το θέμα αυτό πριν την ψήφιση του νέου ΚΙΔ ρυθμιζόταν μόνο με βάση τη διάταξη του άρθρου 1534 ΑΚ, η οποία προβλέπει τη δυνατότητα του Εισαγγελέα Πρωτοδικών να δώσει άδεια για την αναγκαία ιατρική παρέμβαση ύστερα από αίτηση του θεράποντος ιατρού ή του διευθυντή της κλινικής νοσηλείας του ασθενούς ή οποιουδήποτε άλλου αρμόδιου υγειονομικού οργάνου. Ο ΚΙΔ ωστόσο στο άρθρο 12 παρ.2.εδ. β ρυθμίζοντας το ίδιο ζήτημα και εξομοιώνοντας την περίπτωση αυτή με την περίπτωση του κατ' επείγοντος ορίζει ότι ο γιατρός μπορεί ο ίδιος παρακάμπτοντας την άρνηση των ασκούντων την γονική μέριμνα να και να προχωρήσει στην ιατρική πράξη χωρίς συναίνεση. Η ρύθμιση αυτή του ΚΙΔ, όπως υποστηρίζεται, ως διάταξη μεταγενέστερη που ρυθμίζει το ίδιο

189. Παπαζήση, *Digesta* 2004, 446-447.

190. βλ άρθρο 12 παρ. 3^α ΚΙΔ «..όπου συντρέχει άμεση, απόλυτη και κατεπείγουσα ανάγκη ιατρικής φροντίδας»

191. Βλάχου, Ο ρόλος των οικείων στην αναπλήρωση της συναίνεσης του ασθενούς, *Digesta* 2009, 373 επ

ζήτημα με την προγενέστερη διάταξη του άρθρου 1534 ΑΚ, καταργεί σιωπηρά το άρθρο αυτό του Αστικού Κώδικα, με την έννοια ότι στην υπό κρίση περίπτωση δεν απαιτείται άδεια του εισαγγελέα.¹⁹²

ΚΕΦΑΛΑΙΟ Γ- Η Η αντιμετώπιση του ιατρικού σφάλματος στη νομολογία του αγγλοσαξωνικού δικαίου σε σύγκριση με το ελληνικό δίκαιο

1. Η νομολογιακή αντιμετώπιση του ιατρικού σφάλματος από τα ελληνικά δικαστήρια

Τα ελληνικά δικαστήρια, ιδίως κατά τα τελευταία έτη έχουν κληθεί πολλάκις να αποφανθούν επί ζητημάτων αποζημίωσης από ιατρικό σφάλμα. Πληθώρα αποφάσεων έχουν εκδοθεί επί θεμάτων που άπτονται σε ζητήματα ιατρικής ευθύνης. Πιο συγκεκριμένα, πολλά ζητήματα ζημίας του ασθενή (η οποία σημειωτέον μπορεί και να μην οφείλεται στην υπαιτιότητα του γιατρού αλλά σε άλλα γεγονότα, όπως για παράδειγμα η ίδια η επιβαρυσμένη υγεία του ασθενή ή κάποιο τυχηρό, όπως επιπλοκή στο χειρουργείο, παρά την τήρηση όλων των κανόνων επιμέλειας από μέρος του γιατρού) έχουν κριθεί από τα ελληνικά δικαστήρια και είναι κρίσιμο να παρατεθούν συνοπτικά. Ειδικότερα, πέραν των κραυγαλέων περιπτώσεων ιατρικού λάθους, όπου η αμέλεια του γιατρού είναι κάθε άλλο παρά αυταπόδεικτη, όπως ενδεικτικά: η χορήγηση υπερβολική δόσης ναρκωτικού φαρμάκου¹⁹³ ή η παράλειψη αφαίρεσης χειρουργικής βελόνας πριν τη σύγκληση του εγχειρητικού τραύματος¹⁹⁴ ή πρόκλησης τραυματισμού/αιμορραγίας του χειρουργούμενου ασθενή λόγω χρήσης ακατάλληλου ιατρικού οργάνου¹⁹⁵ ή πλημμελών χειρισμών,¹⁹⁶ έχει κριθεί ότι υπάρχει έλλειψη της κατά το νόμο και την ιατρική επιστήμη επιτασσόμενης επιμέλειας στις περιπτώσεις που ο χειρουργός προέβη στην εγχείρηση του ασθενή χωρίς προηγουμένως να έχει προβεί σε όλες τις

192. Φουντεδάκη (2008), 85 βλ. ενδεικτικά ΔιατΕισΠρωτΘεσ3/2008, ΝοΒ 2008, 453.

193. ΑΠ 1354/2000, ΙονΕπιθΔ 2002, 87 επ. ΑΠ 1438/2001, ΠοινΔικ 2002, 131. ΤριμΕφΚερ 125/2001, ΠοινΔικ 2002, 132.

194. ΑΠ 1659/2003, ΠοινΔικ 2004, 386 επ.

195. ΑΠ 1720/2010, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

196. ΕφΘεσ 3127/2009, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

απαιτούμενες κλινικές εξετάσεις,¹⁹⁷ κρίση δε περί αμέλειας των γιατρών στρατιωτικού νοσοκομείου δέχτηκε το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών, απόφαση που επικυρώθηκε και από το ΣτΕ,¹⁹⁸ η οποία αμέλεια συνίστατο στην παράλειψη της διενέργειας επανεξέτασης που είχε συστήσει οφθαλμίατρος, στην εσφαλμένη διάγνωση και ολιγορία για τη διενέργεια των απαιτούμενων εξετάσεων, οι οποίες έπρεπε να διεξαχθούν ταχύτατα, καθόσον οι παρακολουθούντες τη νοσηλευόμενη γιατροί γνώριζαν πολύ καλά την εξασθένηση της αμυντικής ικανότητας του οργανισμού της λόγω των προηγούμενων ασθενειών για τις οποίες νοσηλευόταν επί μακρόν στο νοσοκομείο και των υψηλών δόσεων κορτιζόνης που οι ίδιοι της είχαν χορηγήσει. Ιατρική αμέλεια δέχτηκε το δικαστήριο λόγω εσφαλμένης διάγνωσης στην περίπτωση της χορήγησης φαρμακευτικών ουσιών σε ασθενή, τα οποία της προκάλεσαν αλλεργική αντίδραση και περαιτέρω ταλαιπωρία,¹⁹⁹ καθώς και στην περίπτωση που κατά τη χειρουργική επέμβαση επήλθε θάνατος του ασθενούς λόγω λανθασμένου τρόπου έγχυσης διαλύματος αδρεναλίνης - λιδοκαΐνης.²⁰⁰ Ιατρικό σφάλμα οφειλόμενο σε αμέλεια του γιατρού, ο οποίος δεν εκτίμησε ορθά τα συμπτώματα του ασθενούς και κατέληξε σε εσφαλμένη διάγνωση με αποτέλεσμα ο ασθενής να καταλήξει, αλλά και ευθύνη του διευθυντή της κλινικής, ο οποίος δεν φρόντισε για την άμεση εισαγωγή του ασθενούς σε κατάλληλη κλίνη και τη χορήγηση οξυγόνου, αλλά επικροτώντας την αμελή συμπεριφορά του συναδέλφου του αρκέστηκε σε γρήγορη εξέταση ρουτίνας αλλά και όταν η κατάσταση του ασθενούς χειροτέρευσε αντί να παραμείνει, όπως όφειλε στο θάλαμο, τον άφησε χωρίς ιατρική συνδρομή, δέχτηκε το Συμβούλιο Πλημμελειοδικών Θεσσαλονίκης παραπέμποντας τους δύο γιατρούς στο ακροατήριο.²⁰¹ Τέλος, χαρακτηριστικές είναι οι πλέον

197.ΑΠ 76/2004, ΠοινΔικ 2004, 90.

198.ΣτΕ 2739/2007, ΕΙΔ 2009, 70.

199.ΠΠρΑθ 8260/2009, ΕΙΔ 2010, 769 επ.

200.ΑΠ 159/2011, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

201.ΣυμβΠλΘεσ 400/2007, ΕΙΔ 2009, 78 επ· ΑΠ 607/2010, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, όπου το δικαστήριο δέχτηκε επίσης ιατρικό σφάλμα λόγω εσφαλμένης διάγνωσης της ειδικευόμενης ιατρού, η οποία όχι μόνο δεν εκτίμησε σωστά τα συμπτώματα αλλά και δεν απευθύνθηκε ως θα όφειλε σε ειδικευμένο γιατρό προκειμένου να αναλάβει εκείνος την επιμέλεια του ασθενούς· ΑΠ 1220/2008· ΑΠ 1721/2010, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, όπου το δικαστήριο δέχτηκε ευθύνη του γιατρού λόγω καθυστέρησης διάγνωσης στην μεν πρώτη ότι πρόκειται για εγκεφαλικό επεισόδιο και παραπομπής στη μονάδα εντατικής θεραπείας, λόγω καθυστέρησης εξέτασης αυτού παρά τις αναφορές των στοιχείων που αποδείκνυαν το επείγον της κατάστασης στη δε δεύτερη ότι προκλήθηκε στον ασθενή ρήξη ανιούσας αορτής και εσωτερική αιμορραγία με συνέπεια την μη έγκαιρη αντιμετώπιση του προβλήματος.

πρόσφατες αποφάσεις του Αρείου Πάγου που δέχτηκαν ευθύνη του γιατρού, ο οποίος παραλείποντας, αν και όφειλε λόγω της ιδιότητάς του, να επιδείξει την επιβαλλόμενη κατά αντικειμενική κρίση προσοχή και επιμέλεια που κάθε μέσος συνετός ιατρός θα κατέβαλε και να παρακολουθήσει την εξέλιξη της υγείας του ασθενούς ώστε να προβεί στις απαραίτητες ενέργειες για την αντιμετώπιση της ασθένειας του και τη μη επιδείνωση της κατάστασης της υγείας του δεν προέβη στη δέουσα αντιμετώπιση της κατάστασης με συνέπεια είτε την απώλεια της ζωής του ασθενή²⁰² ή της βαρεία σωματική βλάβη αυτού. Αντίθετα, έγινε δεκτή η απαλλαγή του κατηγορουμένου οφθαλμιάτρου, καθώς εκείνος παρόλο που ενήργησε σύμφωνα με τις γενικά παραδεκτές αρχές της ιατρικής δεν μπορούσε να προβλέψει την αιφνίδια βλάβη του ιατρικού μηχανήματος, που θα χρησιμοποιούνταν κατά την επέμβαση στον παθόντα ασθενή,²⁰³ ενώ δεν στοιχειοθετείται ιατρικό σφάλμα στην περίπτωση που ο γιατρός αν και απέτυχε να σώσει τον ασθενή, διέγνωσε ορθά το πρόβλημα και η μέθοδος που εφάρμοσε για να εξάγει το συμπέρασμα του, υποστηρίζεται από την ιατρική επιστήμη.²⁰⁴ Πρόσφατα, ο Άρειος Πάγος δέχτηκε παράβαση της απαιτούμενης επιμέλειας επειδή το χειρουργείο του νοσοκομείου δεν έφερε τις ελάχιστες προδιαγραφές της εγκατάστασης δικτύου αναισθησιολογικών αερίων και οξυγόνου και δεν στελεχωνόταν επαρκώς από δύο τουλάχιστον μαιέες και νοσηλευτικό προσωπικό,²⁰⁵

Τέλος, αξίζει να αναφερθεί ότι μετά την έναρξη ισχύος του ΚΙΔ, σφάλμα του θεράποντος ιατρού μπορεί να αποτελέσει και η παράλειψη του τελευταίου είτε να συγκροτήσει ιατρικό συμβούλιο, καίτοι ο ασθενής και οι οικείοι του επιθυμούν τη συγκρότηση αυτού κατά παράβαση του άρθρ. 8 παρ. 7 του ΚΙΔ²⁰⁶

202.ΑΠ 830/2009, ΕΙΔ 2010, 462, η οποία δέχτηκε τη στοιχειοθέτηση του εγκλήματος της ανθρωποκτονίας εξ αμελείας από ειδικευόμενο παιδίατρο κατά την εκτέλεση της εφημερίας του από παράλειψη, η οποία συνίσταται στη μη εφαρμογή της κατάλληλης θεραπευτικής αγωγής επειδή εκείνος δεν εκτίμησε σωστά τα συμπτώματα του νηπίου ασθενούς και δεν διέγνωσε την υπάρχουσα μικροβιακή λοίμωξη, η οποία ακριβώς επειδή δεν αντιμετωπίστηκε οδήγησε σε θάνατο του νηπίου ασθενούς ΑΠ 1270/2009, η οποία επίσης δέχτηκε τη στοιχειοθέτηση της ανθρωποκτονίας εξ αμελείας χειρουργού, ο οποίος δεν κατέβαλε την απαιτούμενη προσοχή και παρά τις διαβεβαιώσεις του αναισθησιολόγου ότι η πώση της πίεσης του ασθενούς δεν οφείλεται σε λόγους αναισθησίας δεν προέβλεψε ότι η εν λόγω επιπλοκή ίσως οφείλονταν σε μεγάλη απώλεια αίματος με αποτέλεσμα ο ασθενής να καταλήξει.

203.ΣυμβΕφΘρακ 62/2001, ΠοινΔικ 2001, 1125.

204.ΣυμβΠλημΑγριν 8/2000, ΠοινΔικ 2000, 593.

205.ΑΠ 496/2010, ΝοΒ 2011, 52 επ.

206.Στην περίπτωση δε αυτή η θεμελίωση της αδικοπρακτικής ευθύνης του ιατρού προϋποθέτει την απόδειξη της αιτιώδους συνάφειας μεταξύ της επελθούσας βλάβης της υγείας του ασθενούς και της μη συνεργασίας του γιατρού στη συγκρότηση του ιατρικού

είτε να συστήσει προς τον ασθενή ή/και τους οικείους του τη συγκρότηση ιατρικού συμβουλίου, υποχρέωση που αν και δεν προβλέπεται ρητά στον ΚΙΔ συνάγεται από τη συνδυαστική εφαρμογή των άρθρων 22 παρ.1, το οποίο προβλέπει τα δυνατώματα του θεράποντα ιατρού να συστήσει τη συγκρότηση ιατρικού συμβουλίου όταν το κρίνει σκόπιμο, και 10 παρ. 3, σύμφωνα με το οποίο ο γιατρός οφείλει να αναγνωρίζει τα όρια των επαγγελματικών του ικανοτήτων και να συμβουλευέται συναδέλφους του.²⁰⁷

2. Η αντιμετώπιση του ιατρικού σφάλματος στο αγγλοσαξωνικό δίκαιο (Αγγλία – ΗΠΑ)

Στο πλαίσιο του αγγλοσαξωνικού δικαίου, όπως άλλωστε και στο ηπειρωτικό δίκαιο στο οποίο εντάσσεται και η ελληνική έννομη τάξη, η νομική σχέση που δημιουργείται ανάμεσα σε γιατρό και ασθενή άλλοτε θεωρείται σύμβαση, στην περίπτωση που υπάρχουν ρητές δηλώσεις βουλήσεων των μερών (*express contract*) και άλλοτε σύμβαση εκ των πραγμάτων, όταν οι βουλήσεις των μερών συνάγονται από τα πραγματικά περιστατικά (*implied contract*).²⁰⁸ Ειδικότερα, κατά τα ισχύοντα τα δικαιοϊκά αυτά συστήματα, ως προς την κύρια υποχρέωση του γιατρού, εάν δεν υπάρχει αντίθετη ρητή συμφωνία, ο γιατρός δεν υποχρεούται να επιφέρει συγκεκριμένο θεραπευτικό αποτέλεσμα, αλλά υποχρεούται να παράσχει τις υπηρεσίες του με την απαιτούμενη επιμέλεια, όπως δηλαδή επιτάσσουν οι κανόνες της ιατρικής επιστήμης.²⁰⁹ Αξίζει να αναφερθεί ότι σύμφωνα με απόφαση του Ανώτατου Δικαστηρίου της Νέας Υόρκης,²¹⁰ εάν ένας γιατρός συμβληθεί με τον ασθενή και εγγυηθεί την επιτυχή πραγματοποίηση μιας θεραπείας, ευθύνεται για τη διάλυση της σύμβασης αν δεν επετεύχθη το εγγυηθέν αποτέλεσμα ακόμη και αν άσκησε επιμελώς και

συμβουλίου, απόδειξη που με τη σειρά της προϋποθέτει την απόδειξη ότι πρώτον εάν ο γιατρός είχε διευκολύνει τη σύγκληση ιατρικού συμβουλίου, αυτό θα είχε συγκληθεί, δεύτερον ότι αν είχε συγκληθεί η διάγνωση ή η προτεινόμενη θεραπεία θα ήταν άλλη από αυτήν του θεράποντα ιατρού, τρίτον ότι ο παθών θα την είχε ακολουθήσει και τέταρτον ότι θα είχε αιτιωδώς αποφευχθεί η βλάβη της υγείας του, *Τρούλη*, Το ιατρικό συμβούλιο-Υποχρέωση συγκρότησης, διαδικασία διεξαγωγής, ζητήματα ευθύνης, ΕφΑΔ 2011, 149.

207. *Τρούλη*, ΕφΑΔ 2011, 151.

208. *Ανδρουλιδάκη-Δημητριάδη* (1993), 65.

209. *Ανδρουλιδάκη-Δημητριάδη* (1993), 65· *Κανελλοπούλου-Μπότη* (1999), 27.

210. Υπόθ. Safian κατά Aetna Life Insurance, New York Supreme Court Appellate Division, New York Reports of the Court of Appeals, Second Series, 1938.

σύμφωνα με τους κανόνες τις ιατρικής επιστήμης τις ιατρικές του υποχρεώσεις. Η χορηγηθείσα δε από τον γιατρό εγγύηση επιτυχίας της ιατρικής πράξης θα πρέπει να προκύπτει από ρητή και σαφή διαβεβαίωση.²¹¹

Περαιτέρω, τόσο στο αμερικανικό όσο και στο αγγλικό δικαιοσύστημα γίνεται δεκτό ότι η ευθύνη του ιατρού από πρόκληση ζημίας σε ασθενή μπορεί να είναι τόσο ενδοσυμβατική όσο και αδικοπρακτική.²¹² Και εδώ η ιατρική ευθύνη είναι άρρηκτα συνδεδεμένη με το στοιχείο της αμέλειας (negligence) είτε σε σχέση με την διενέργεια της ιατρικής πράξης, ήτοι πρόκληση ιατρικού λάθους (malpractice), είτε σε σχέση με την ενημέρωση του ασθενούς και την συναίνεσή του (informed consent).²¹³

Αξίζει να αναφερθεί, ότι στις περιπτώσεις αυθαίρετης ιατρικής πράξης, όταν δηλαδή δεν προηγήθηκε η –συνήθως έγγραφη- έγκυρη συναίνεση του ασθενούς (ή η ιατρική πράξη επεκτάθηκε, χωρίς να έχει συναίνεσει ο ασθενής) ή η πληροφόρηση από τον γιατρό υπήρξε ελλιπής ή παραπλανητική, η βιαιοπραγία (battery) αποτελούσε τη νομική βάση της θεμελιώσεως της αδικοπρακτικής ευθύνης του γιατρού. Το αδίκημα της βιαιοπραγίας (που συνίσταται στην εφαρμογή βίας σε τρίτο πρόσωπο χωρίς νόμιμη αιτία) μπορούσε να στοιχειοθετηθεί κάθε φορά που ο γιατρός προέβαινε σε φυσική επαφή με τον ασθενή, χωρίς τη συναίνεσή του, με μόνη την απόδειξη από τον ενάγοντα αυτής της φυσικής επαφής και χωρίς να απαιτείται η απόδειξη πρόθεσης του γιατρού.²¹⁴ Τελικά, η νομική βάση της αμέλειας επικράτησε έναντι της νομικής βάσης της βιαιοπραγίας (battery) που κρινόταν ως άδικη για τον γιατρό, ο οποίος δεν είχε τη δυνατότητα να απαλλαγεί με την απόδειξη ότι ο ασθενής θα συναινούσε έτσι και αλλιώς, ούτε μπορούσε να προβεί σε πραγματογνωμοσύνη προς ενίσχυση της θέσης του¹⁰³. Η ενημέρωση του ασθενούς κρίνεται λοιπόν ως αμελής, όταν δεν συνιστά την ενημέρωση που θα

211. *Ομπέση*, Αρμ 1993, 403, υποσ. 13, όπου σχετική νομολογία. Έτσι, έχει κριθεί ότι η δήλωση ιδιωτικής κλινικής στο ενημερωτικό της φυλλάδιο ότι παρέχει υπηρεσίες υψηλών προδιαγραφών, δεν μπορεί να θεωρηθεί ως εγγύηση για το βέβαιο αποτέλεσμα της ιατρικής υπηρεσίας που θα παρασχεθεί, *Ομπέση*, Αρμ 1993, 403 υποσ. 14.

212. *Ομπέση*, Αρμ 1993, 408· *Φουντεδάκη* (2003), 337. Η αδικοπρακτική ευθύνη θεωρείται μάλιστα ως η κύρια πηγή ευθυνών, καθώς η σχέση γιατρού-ασθενούς χαρακτηρίζεται ως κατάσταση (status) και όχι ως σύμβαση, *Ανδρουλιδάκη-Δημητριάδη* (1993), 66, 67. Βλ. και *Ζέπος*, ΝοΒ 21, 2 (το ιδιαίτερο κοινωνικό στοιχείο που χαρακτηρίζει τη σχέση ανάμεσα στο γιατρό και τον ασθενή, οδήγησε –ανεξαρτήτως από την ύπαρξη συμβατικού δεσμού- στη γενίκευση των υποχρεώσεων επιμελείας του γιατρού, η παράβαση των οποίων οδηγεί στη γένεση αδικοπρακτικής ευθύνης του γιατρού).

213. *Ομπέση*, Αρμ. 1993, 406.

214. *Κανελλοπούλου-Μπότη* (1999), 30.

έκανε ο μέσος συνετός γιατρός της ίδιας ειδικότητας υπό ανάλογες συνθήκες (ιατρικό κριτήριο -“the physician standard”- το οποίο ισχύει στις μισές περίπου Πολιτείες των ΗΠΑ και στην Αγγλία). Σε κάποιες, όμως, Πολιτείες των ΗΠΑ (Αλάσκα, Κονέκτικατ), αλλά και στην Αυστραλία και τον Καναδά, η πλημμελής ενημέρωση κρίνεται με βάση το κριτήριο του μέσου λογικού ασθενούς, δηλαδή με βάση τις πληροφορίες που θα ήθελε να γνωρίζει ο μέσος ασθενής.²¹⁵

Ως προς τις ιδιαιτερότητες του αμερικανικού νομικού συστήματος (όπου επιδικάζονται και οι υψηλότερες αποζημιώσεις), ο κανόνας είναι η ανάληψη της υπόθεσης με συμφωνία ενδεχόμενης αμοιβής, δηλαδή με αμοιβή σε περίπτωση επιδίκασης αποζημίωσης, ενώ εάν η αγωγή απορριφθεί, ο ασθενής δεν οφείλει τίποτα (ή μόνο κάποια έξοδα). Η αμοιβή αυτή κυμαίνεται συνήθως στο 1/3 της αποζημίωσης.²¹⁶ Αυτή η πρακτική των δικηγορικών γραφείων, σε συνδυασμό με την κατάργηση των περιορισμών της διαφημιστικής προβολής των δικηγόρων, διευκολύνουν τον ασθενή, καθώς εύκολα μπορεί να επιλέξει ανάμεσα σε έμπειρους στα θέματα της ιατρικής αμέλειας δικηγόρους, οι οποίοι -έχοντας και ίδιον συμφέρον- θα προσπαθήσουν για το καλύτερο (επίδικαση υψηλής αποζημίωσης ή συμβιβασμού). Η επιδίκαση αποζημίωσης, πάντως, δεν επιτυγχάνεται ευχερώς· στο αγγλοσαξωνικό δίκαιο το βάρος αποδείξεως της υπαιτιότητας του εναγομένου το φέρει ο ενάγων, ο οποίος θα πρέπει να αποδείξει ότι ο εναγόμενος-γιατρός δεν τήρησε το απαιτούμενο μέτρο επιμέλειας, προκαλώντας του ζημία.²¹⁷ Η εγγενής μειονεκτική θέση του ασθενούς απέναντι στο γιατρό, καθώς έχει να αντιμετωπίσει σημαντικές αποδεικτικές δυσκολίες (ως προς την απόδειξη της αμέλειας του γιατρού,²¹⁸ αλλά και ως προς την απόδειξη του αιτιώδους συνδέσμου -να αποδείξει δηλαδή ότι η αμελής συμπεριφορά του γιατρού προκάλεσε την βλάβη στην υγεία του, όχι π.χ. κάποια σπάνια επιπλοκή-), σε συνδυασμό με την έλλειψη ιατρικών γνώσεων τόσο από τον δικαστή, όσο και από τους ενόρκους, οι οποίοι καλούνται να κρίνουν με βάση την κοινή λογική («common sense»), οδήγησε στη

215.Κανελλοπούλου-Μπότη (1999), 37.

216. Jost, Αρμ. 1999, 176.

217.Πολίτης, Δ 18, 419.

218.Παλιότερα, στις ΗΠΑ ίσχυε η αρχή της εντοπιότητας, βάσει της οποίας ο ενάγων-ασθενής έπρεπε να αποδείξει ότι ο γιατρός είχε ενεργήσει αμελώς στην δική του περιοχή και να πιστοποιηθεί αυτό από εμπειρογνώμονα από τη συγκεκριμένη περιοχή (κάτι αρκετά δύσκολο μέσα στα στενά πλαίσια της τοπικής κοινωνίας). Η κατάργηση της αρχής αυτής, έδωσε τη δυνατότητα στον ασθενή να «χρησιμοποιεί» στη δίκη της ιατρικής ευθύνης εμπειρογνώμονες από οποιοδήποτε σημείο της χώρας.

ανάπτυξη διευκολύνσεων υπέρ του ασθενούς σε ορισμένες περιπτώσεις και υπό συγκεκριμένες προϋποθέσεις. Έτσι, μόνο σε υποθέσεις προφανούς ιατρικού σφάλματος έχει αναπτυχθεί η θεωρία *res ipsa loquitur* («το πράγμα μιλάει από μόνο του»), σύμφωνα με την οποία η υπαιτιότητα του γιατρού τεκμαίρεται, εφόσον συντρέχουν σωρευτικά οι ακόλουθες τέσσερις προϋποθέσεις: **α)** επήλθε βλάβη που υπερβαίνει τον αναμενόμενο κίνδυνο (calculated risk) της επεμβάσεως, **β)** η βλάβη απορρέει από την αμελή συμπεριφορά του εναγομένου, **γ)** ο εναγόμενος είχε τον πλήρη έλεγχο του μέσου (π.χ. εργαλείου) ή προσώπου (στην περίπτωση που χρησιμοποιείται βοηθός εκπλήρωσης) που προκάλεσε τη ζημία στον ασθενή και **δ)** ο ασθενής δεν συνέβαλε στη ζημία του, ήτοι δεν υφίσταται συντρέχον πταίσμα του ασθενούς).²¹⁹ Η εν λόγω θεωρία έχει τύχει εφαρμογής κυρίως σε υποθέσεις κατάληψης γαζών και ιατρικών εργαλείων στο σώμα του ασθενούς, πρόκλησης εγκαυμάτων από συσκευές θερμότητας.²²⁰ Στην περίπτωση, συνεπώς, αυτή ο ζημιωθείς ασθενής ή οι συγγενείς αυτού, οφείλει να αποδείξει τη συνδρομή των παραπάνω προϋποθέσεων, ενώ ο ιατρός προκειμένου να ανατρέψει το τεκμήριο υπαιτιότητας, θα πρέπει να αποδείξει ότι η ζημία δεν οφείλεται σε δική του υπαιτιότητα.²²¹

219. Ζουμπούλης, Η κατανομή του βάρους αποδείξεως στις υποθέσεις αστικής ιατρικής ευθύνης, Αρμ 2004, 1522.

220. Πολίτης, Δ 18, 419.

221. Ζουμπούλης, Αρμ 2004, 1523· Φραγκουδάκη (2008), 182.

ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ – ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ

Εξ όλων των ανωτέρω και υπό συγκριτική επισκόπηση των ζητημάτων που άπτονται του ιατρικού σφάλματος προκύπτει ότι και τα δύο δικαιοϋικά συστήματα ήτοι αυτό του ελληνικού δικαίου και του αγγλοσαξωνικού – αμερικανικού εμφανίζουν εμφανή στοιχεία ομοιότητας, καίτοι δεν ταυτίζονται απόλυτα. Ειδικότερα :

α) Σε όλα τα υπό εξέταση τα δικαιοϋικά συστήματα θεμελιωτική βάση της ευθύνης του γιατρού είναι τόσο ενδοσυμβατική όσο και αδικοπρακτική, ενώ παράλληλα η έννοια της αμέλειας είναι άρρηκτα συνδεδεμένη με την έννοια του ιατρικού σφάλματος. Συνεπώς, το ιατρικό λάθος οδηγεί στη θεμελίωση τόσο συμβατικής, όσο και αδικοπρακτικής ευθύνης του γιατρού, ο οποίος καλείται να αποζημιώσει τον ασθενή-θύμα της αμέλειάς του.

β) Η σχέση που αναπτύσσεται μεταξύ ασθενή και γιατρού και στις δύο δικαιοϋικές μορφές αντιμετωπίζεται ως de facto σύμβαση.

Όσοσο η ειδοποιός διαφορά μεταξύ των δύο δικαιοϋικών συστημάτων είναι κυρίως ο τρόπος που αντιμετωπίζεται το ιατρικό σφάλμα από τη νομολογία των δικαστηρίων. Ειδικότερα, τα αμερικανικά δικαστήρια αντιμετωπίζουν αυστηρότερα και ως προς την κρίση της ύπαρξης ή μη αμέλειας αλλά και ως προς το ύψος της επιβαλλόμενης αποζημίωσης. Βέβαια, πρέπει να σημειωθεί ότι ειδικά στις ΗΠΑ και σε κάποιες πολιτείες αυτών το ίδιο το νομοθετικό πλαίσιο που ισχύει σε αυτές είναι ιδιαίτερος αυστηρό απέναντι στους θεράποντες ιατρούς δεχόμενο την ύπαρξη αμέλειας ακόμη και στις πιο ακραίες περιπτώσεις.

γ) Στο σημείο αυτό αξίζει να σημειωθεί και η διαφορετική αντιμετώπιση τους ζητήματος της wrongful life/birth από τα αμερικανικά και ελληνικά δικαστήρια. Ειδικότερα, τα αμερικανικά δικαστήρια, με εξαίρεση αυτά τριών πολιτειών αντιμετωπίζουν με ιδιαίτερη δυσκολία τόσο το ζήτημα του προσδιορισμού της ζημίας όσο και το ζήτημα του προσδιορισμού της αιτιώδους συνάφειας καθώς το δικαστήριο καλείται να δεχτεί τη γέννηση ενός ανθρώπου ως ζημία και αντίστοιχα να επιδικάσει αποζημίωση σε βάρος του εναγομένου, επειδή ο τελευταίος στέρησε στον ενάγοντα την ευκαιρία να μην γεννηθεί, γεγονός που οδήγησε στην άρνηση της αναγνώρισης αποζημίωσης του τέκνου

για ζημιόγνο ζωή. Στην προσπάθεια δε αντιμετώπισης της εν λόγω λογικής ανακολουθίας, τα δικαστήρια τριών πολιτειών, ως και ανωτέρω αναφέρεται, επιδίκασαν «special damages», ήτοι ειδική αποζημίωση, συνιστάμενη στο κόστος της ιδιαίτερης ιατρικής φροντίδας που είναι αναγκαία για την αντιμετώπιση της γενετικής ασθένειας ή βλάβης και όχι αποζημίωση της ηθικής βλάβης του ενάγοντα για το γεγονός ότι γεννήθηκε ασθενής.

Στην ελληνική έννομη τάξη, όπως και στις άλλες έννομες τάξεις, η αναγνώριση της αξίωσης για ζημιόγνο ζωή δημιουργεί σημαντικά νομικά και ηθικά ζητήματα, τα οποία πέραν της ύπαρξης ή μη αιτιώδους συνάφειας μεταξύ παρανόμου συμπεριφοράς και ζημίας σχετίζονται κυρίως με την εννοιολογική και αξιολογική προσέγγιση της ζημίας. Η αναγνώριση, συνεπώς, αποκατάστασης της ζημίας που υπέστην το ίδιο το άτομο που γεννήθηκε με προβλήματα υγείας λόγω πράξης ή παράλειψης του γιατρού κατά το προγεννητικό στάδιο βλάβης προσκρούει όχι μόνο σε σοβαρούς ηθικούς ενδοιασμούς αλλά και στην συνταγματική προστασία της ανθρώπινης αξίας (άρθρο 2 Συντ.) και στη συνταγματική αναγνώριση της υποχρέωσης του κράτους να προστατεύει τα ιδιαίτερα αυτά άτομα (άρθρ. 21 παρ.2 Συντ.). Περαιτέρω αξίζει να σημειωθεί ότι προβληματική και σχεδόν αδύνατη είναι η αναγνώριση της αξίωσης αποζημίωσης λόγω ηθικής βλάβης κατ' άρθρ. 932 ΑΚ. Ειδικότερα, η ικανοποίηση της ηθικής βλάβης ουσιαστικά ταυτίζεται με την ανακούφιση του ενάγοντος (παιδιού) από την ψυχική ταλαιπωρία που συνδέεται με την μη υγιή ζωή του, ο ενάγων όμως δεν είναι δυνατό να γνωρίζει αν η μη γέννηση του θα ήταν προτιμότερη από την τωρινή ζωή του, που όπως επικαλείται του προκαλεί ψυχικό πόνο.

δ) Περαιτέρω αξίζει να σημειωθεί ότι δεδομένης τόσο της ύπαρξης ολοένα και αυξανόμενων αγωγών κατά των ιατρών όσο και της ολοένα και μεγαλύτερης αύξησης των ποσών αποζημίωσης η καθιέρωση ως υποχρεωτικής της ασφάλισης της αστικής ευθύνης των γιατρών θα αποτελούσε ένα ικανοποιητικό μέσο διασφάλισης της αποκατάστασης της ζημίας από ιατρική ευθύνη, αλλά και προώθησης της σωστής άσκησης του ιατρικού επαγγέλματος, καθώς δεν θα υπήρχε πλέον λόγος άσκησης αμυντικής ιατρικής. Επιβεβλημένη θα υπάρξει βέβαια η θέσπιση δικλίδων ασφαλείας, προς αποφυγή αγωγών κερδοσκοπικού χαρακτήρα. Βέβαιη -έστω εν μέρει- αποζημίωση του ζημιωθέντος από ιατρικό λάθος θα μπορούσε να διασφαλιστεί και μέσω της εφαρμογής και στο δικαίό μας αλλά και στα αγγλοσαξωνικά δικαιοσύνηματα θεωριών (όπως της

«απώλειας ευκαιρίας» του γαλλικού δικαίου) που να συνδέουν την επελθούσα ζημία με την απώλεια ευκαιριών (χωρίς να απαιτείται περαιτέρω για τη θεμελίωση της ιατρικής ευθύνης και η συνδρομή του δυσαπόδεικτου στοιχείου της αιτιώδους συνάφειας), έστω και αν σε πολλές περιπτώσεις ακόμα και η απόδειξη της αμέλειας καθίσταται δυσχερής.

ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ

Ανδρουλιδάκη-Δημητριάδη Ι., Η υποχρέωση ενημέρωσης του ασθενούς, 1993.

Η ίδια, Η αστική ευθύνη του γιατρού από την τεχνητή ανθρώπινη αναπαραγωγή, *Digesta*, 2004.

Αυγητίδης, Παροχή υπηρεσιών ασφαλιστικής επιχείρησης και προστασία καταναλωτή, ΧρΙΔ 2006.

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

Βαθρακοκοίλης, Ερμηνεία-Νομολογία Αστικού Κώδικα, τόμος Γ, 2006.

Βλιάμος/Χατζηπλάιου, Οικονομική Ανάλυση των ιατρικών λαθών, ΧρΙΔ 2008.

Βενιέρης Ι., Η αξίωση αποζημίωσης του καταναλωτή λόγω ηθικής βλάβης σύμφωνα με το ν.2251/1994, Δ 2007.

Βλάχου Ε., “Wrongful life – Wrongful birth”- Η Διεθνής νομολογία και η επίδρασή της στην ελληνική, *Digesta* 2008.

Η ίδια, Ο ρόλος των οικείων στην αναπλήρωση της συναίνεσης του ασθενούς, *Digesta* 2009.

Βούλτσος, Ο ρόλος της αυτοδιάθεσης του αρρώστου στην οριοθέτηση του ιατρικού καθήκοντος για τεχνική υποστήριξη της ζωής που φθίνει, ΠοινΧρον 2007.

Γεωργακόπουλος Λ, Κώδικας Δεοντολογίας Τραπεζών, ΔΕΕ 1998.

Γεωργιάδη Ασ., Γενικό Ενοχικό, 1993.

Γεωργιάδης Απ., Άρθρον 914, σε: Γεωργιάδης Απ./Σταθόπουλος Μ. (Επιμ.), Αστικός Κώδιξ, Ειδικό Ενοχικό τόμος IV, 1980.

Ο ίδιος, Η ευθύνη του παρέχοντος υπηρεσίες, 1998.

Ο ίδιος, Ειδικό Ενοχικό, 2007.

Γεωργιάδου Μ., Αδικοπραξίες, Άρθρο 914 ΑΚ, σε: Καράκωστας Ι. (Επιμ.) Αστικός Κώδικας, Ειδικό Ενοχικό, 1999.

Δαγτόγλου Π., Ατομικά Δικαιώματα, 2005².

Δέλλιος Γ., Το τεκμήριο υπαιτιότητας του παρέχοντος υπηρεσίες, Αρμ. 2004.

Δούβλης Β., Καταναλωτικοί ΓΟΣ-Νομολογιακή Αντιμετώπιση σε: Δούβλης Β./Μπώλος Α. (Επιμ.), Δίκαιο Προστασίας των καταναλωτών, 2008.

Ζέπος, Η ευθύνη του ιατρού, ΝοΒ 21.

Ζουμπούλης Χ, Η κατανομή του βάρους απόδειξης στις υποθέσεις αστικής ιατρικής ευθύνης, Αρμ. 2004.

Καλαμπούκα-Γιαννοπούλου Π., Η προστασία του ασθενούς ως καταναλωτή, 2010.

Κανελλοπούλου-Μπότη Μ., Η υποχρέωση παροχής γενετικής πληροφορίας κατά τον προγεννητικό έλεγχο – ειδικά η θέση του φερόμενου βιολογικού πατέρα, Digesta 2008.

Καραγιάννης Κ., Κάμψη της αρχής «όλα ή τίποτε» σε περιπτώσεις «νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς» σε Τιμ.Τομ Σταθόπουλος, 2010.

Καργάδος, Σκέψεις επί των κριτηρίων αποδείξεως της αιτιώδους συνάφειας, ΝοΒ 1988.

Καράκωστας Ι., Χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης στην περίπτωση αστικής ευθύνης του Δημοσίου, ΕφΑΔ 2008.

Ο ίδιος, Η αστική ευθύνη του ιατρού στο κοινοτικό δίκαιο, Αρμ. 1994.

Ο ίδιος, Δίκαιο προστασίας καταναλωτή, 2008.

Ο ίδιος, Η ευθύνη του παρέχοντος τουριστικές υπηρεσίες, ΧρΙΔ 2001.

Ο ίδιος, Κοινοτικοί κανόνες και εθνικό αστικό δίκαιο, 1997.

Ο ίδιος, Προστασία του καταναλωτή, 2002.

Καράσης, Συρροή δικαιοπρακτικής και αδικοπρακτικής ευθύνης. Ένα ψευδοπρόβλημα;, ΕλλΔνη 2005.

Κεραμάρης, Ιατρικά λάθη: Μια σύντομη ανάλυση αιτιών, επιπτώσεων και αντιμετώπισης, www.medtime.gr.

Κισαράς Λ., Το πρόβλημα της αποδείξεως της ιατρικής ευθύνης, σε Τιμ.Τομ. Σταθόπουλου, 2010.

Ο ίδιος, Wrongful birth: Αξίωση των γονέων έναντι του ιατρού για χρηματική ικανοποίηση λόγω απώλειας της «ευκαιρίας» διακοπής της κύησης;, ΧρΙΔ 2011.

Κοζύρης Φ., Το ιατρικό παράπτωμα, σχόλια με αφορμή το κείμενο του καθηγητή Τ.Τζοστ, Αρμ. 1999.

Κοτσιρης, Οικονομική ανάλυση του δικαίου – γενική προσέγγιση, Digesta 2006.

Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη, Η άρνηση παροχής ιατρικών υπηρεσιών και η ευθύνη κατά το άρθρο 8 του ν. 2251/1994, ΚριτΕ 1996/2.

Κρεμαλής Κ., Δίκαιο της Υγείας, 2011.

Κωστόπουλος Γ., Διαφήμιση και ο «Ελληνικός Κώδικας Διαφήμισης» σε Πρακτικά 8^{ου} Πανελληνίου Συνεδρίου Ελλήνων Εμπορικολόγων, 1999.

Λασκαρίδης, Η υποχρέωση τήρησης ιατρικού αρχείου, *Digesta* 2005, 294

Μηνούδης, Η ασφαλιστική κάλυψη γιατρών, *ΕΕμπΔ* 1996.

Μπεκλιβάνης Αχ., Σκέψεις για την αστική ευθύνη του παρέχοντος υπηρεσίες κατά το άρθρο 8 ν.2251/1994, *ΕπισκεΔ* 2004.

Μπώλος Α., Συλλογική αγωγή, σε: Δούβλης Β./Μπώλος Α. (Επιμ.), Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτών, 2008.

Νικολόπουλος Γ., Το Δίκαιο της Αποδείξεως, 2005.

Νικολόπουλος Π., Ζημιογόνος τεκνοποίηση (Wrongful Birth) και προσβολή της προσωπικότητας των γονέων. «Ενοχικός» ατομοκεντρισμός ή οικογενειακός κοινοτισμός;, *ΕφΑΔ* 2011.

Νίξου, Λάθη στο χειρουργείο. Όταν η επέμβαση γίνεται σε λάθος σημείο, www.medtime.gr.

Ομπέση, Η νομική φύση της ιατρικής ευθύνης στο Αστικό Δίκαιο: επισημάνσεις συγκριτικού δικαίου, *Αρμ* 1993.

Παπαζήση, Συναίνεση ως προϋπόθεση σύννομης παροχής υπηρεσιών υγείας, *Digesta* 2004.

Πελένη-Παπαγεωργίου Α., Ο Κώδικας Ιατρικής Δεοντολογίας από νομική σκοπιά, *NoB* 2007.

Πλεύρης, Σχολιασμός νέου Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας, *ΠοινΔικ* 2007.

Πολίτης Χ., Η κατανομή του βάρους αποδείξεως στη δίκη της ιατρικής ευθύνης, *Δ* 18.

Ο ίδιος, Σύγχρονες παραδοχές για την ιατρική ευθύνη. Οδεύουμε προς αμυντική ιατρική;, *Κλινικά Χρονικά* (ανάτυπο), τ. 27/2004.

Σουλιώτης, Ιατρικά λάθη : σύγχρονη εμπειρία στα συστήματα υγείας, www.medtime.gr.

Σκυλλάκου Ε., Αστική και Ποινική ευθύνη από την άσκηση του ιατρικού επαγγέλματος, *Συνήγορος*, 2001.

Σπυριδάκης Ι., Τέσσερα ζητήματα ηθικής βλάβης, *ΕφΑΔ* 2009.

Σταθόπουλος Μ., Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2003.

Ο ίδιος, Επιτομή Γενικού Ενοχικού Δικαίου, 2004.

Ο ίδιος, Προστασία της προσωπικότητας ανάπηρου παιδιού και αποζημίωση, *Μελέτες*, 2010=ΧρΙΔ 2009.

Συμεωνίδου – Καστανίδου Ε., Η ποινική ευθύνη των γιατρών με βάση το νέο Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας, Συνήγορος 2006.

Τσίρος Δ., Ιατρική ευθύνη: αποζημίωση παιδιού που γεννήθηκε ανάπηρο λόγω ιατρικού σφάλματος που εμπόδισε τη μητέρα να διακόψει την κύηση, ΕλλΔνη 2004.

Τσολακίδης Ζ., Ευθύνη για ενέργειες βοηθών εκπλήρωσης και προστηθέντων, 2008.

Φίλιος Π., Ενοχικό Δίκαιο – Ειδικό Μέρος, 2005.

Φουντεδάκη Κ., Το πρόβλημα του αιτιώδους συνδέσμου στην ιατρική ευθύνη. ΕλλΔνη 1994.

Η ίδια, Η αστική ιατρική ευθύνη μετά το ν. 2251/1994, ΚριτΕ 1996.

Η ίδια, Αστική ιατρική ευθύνη, 2003.

Η ίδια, Η ευθύνη του παρέχοντος υπηρεσίες στο ελληνικό δίκαιο, Digesta 2003.

Η ίδια, Θέματα αστικής ιατρικής ευθύνης σε περίπτωση γέννησης ατόμου με σοβαρή ασθένεια ή αναπηρία (wrongful life), Digesta 2004.

Η ίδια, Ανθρώπινη Αναπαραγωγή και Αστική Ιατρική Ευθύνη, 2007.

Η ίδια, Άρθρο 8 Ευθύνη του παρέχοντος υπηρεσίες, σε: Αλεξανδρίδου (Επιμ.), Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτή, 2008.

Η ίδια, Φυσικό πρόσωπο και προσωπικότητα στον Αστικό Κώδικα, 2012.

Φραγκουδάκη, Η νομική μεταχείριση των εφαρμογών της βιογενετικής ιδίως από πλευράς ιδιωτικού δικαίου, 2008.

Χιώλος Κ., Η αστική ευθύνη του Δημοσίου κατά τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, ΝοΒ 2011, 850 επ

ΞΕΝΟΓΛΩΣΣΗ ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ

American Medical Association, Medical Professional Liability Insurance, 1998.

Belsky A., Injury as a Matter of Law: Is this the Answer to the Wrongful life Dilemma, 1992.

Berenson M., The Wrongful Life Claim – The Legal Dilemma of existing versus Non Existance, 1990.

Blendon, Robert J. κλπ, Patient Safety: Views of Practicing Physicians and the Public on Medical Errors, The New England Journal of Medicine 2002.

Christopher P. Landrigan κλπ, Effect of Reducing Interns' Work Hourson Serious Medical Errors in Intensive Care Units, The New England Journal of Medicine, 2004.

Freedman W., Malpractice Liability in the helping and healing professions, 1995