

ΘΕΜΑΤΑ ΑΣΤΙΚΗΣ ΙΑΤΡΙΚΗΣ ΕΥΘΥΝΗΣ
ΣΕ ΠΕΡΙΠΤΩΣΗ ΓΕΝΝΗΣΗΣ ΑΤΟΜΟΥ ΜΕ ΣΟΒΑΡΗ ΑΣΘΕΝΕΙΑ
Ή ΑΝΑΠΗΡΙΑ (wrongful life)*

Κατερίνα Φουντεδάκη

Επίκουρη Καθηγήτρια στο Τμήμα Νομικής του ΑΠΘ

1. Εισαγωγή - διακρίσεις και οριοθετήσεις

Είναι γνωστό ότι τα τελευταία χρόνια έχει αυξηθεί η νομολογιακή αντιμετώπιση ζητημάτων της αστικής ιατρικής ευθύνης και η σχετική θεωρητική συζήτηση. Είναι επίσης γνωστό ότι η ιατρική ευθύνη συνδέεται με πολλά δυσεπίλυτα προβλήματα, ορισμένα μάλιστα από αυτά στο ελληνικό δίκαιο δεν έχουν τεθεί ακόμη ή δεν έχουν τεθεί σε όλες τους τις διαστάσεις. Το ειδικότερο θέμα που θα επιχειρήσω να σκιαγραφήσω σήμερα είναι από τα πλέον συζητημένα και εριζόμενα διεθνώς, επειδή εμφανίζει ειδικές δυσχέρειες.

Μπορούμε να διακρίνουμε χονδρικά - σχηματικά δυο κατηγορίες περιπτώσεων όπου είναι δυνατή η γέννηση ενός ατόμου με σοβαρή ασθένεια ή αναπηρία. Στην πρώτη κατηγορία εμπίπτουν οι περιπτώσεις όπου ο γιατρός με ενέργειες ή παραλείψεις του πριν την κύηση ή κατά τη διάρκειά της προκαλεί το πρόβλημα υγείας του παιδιού. Δηλαδή ή το προκαλεί εξ ολοκλήρου ή το επιδεινώνει ή δεν επιτρέπει την έγκαιρη αντιμετώπισή του ή την άμβλυσή του (λ.χ. ο γιατρός από απρόσεκτο χειρισμό τραυματίζει το έμβρυο ή βλάπτει το γονιμοποιημένο ωάριο, με συνέπεια να γεννηθεί άτομο με αναπηρία. Ο γιατρός χορηγεί στην έγκυο φάρμακο που παρουσιάζει παρενέργειες, με συνέπεια τη βλάβη του εμβρύου και τη γέννηση παιδιού με προβλήματα υγείας ή μεταγγίζει αίμα με τον ιό HIV στη μητέρα, με συνέπεια να προσβληθεί και το μωρό της που γεννιέται αργότερα). Σε αυτές τις περιπτώσεις, είναι φανερό ότι, αν δεν είχαν μεσολαβήσει οι ιατρικές ενέργειες ή παραλείψεις, το παιδί θα είχε γεννηθεί υγιές - ή με λιγότερα προβλήματα υγείας.

Στη δεύτερη κατηγορία ανήκουν οι περιπτώσεις που διεθνώς χαρακτηρίζονται ως wrongful life¹, και στις οποίες η γέννηση ενός παιδιού με προβλήματα υγείας

* Προδημοσίευση από τον Τιμητικό Τόμο *Απόστολου Γεωργιάδη*. Εισήγηση στην επιστημονική εκδήλωση της Ένωσης Αστικολόγων στην Αθήνα στις 20.12.2004.

1. Ο όρος προέρχεται από το αμερικανικό δίκαιο, σε αντιστοιχία με τον όρο «wrongful death», δηλ. την παράνομη θανάτωση προσώπου (βλ. AK 928). *Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht*, 2. Auflage (1996), 534. Κατ' ακριβολογία, πάντως, ο όρος αντιστοιχεί στις περιπτώσεις όπου την αποζημίωση ζητεί το ίδιο το άρρωστο ή ανάπηρο παιδί, ενώ όταν τη ζητούν οι γονείς του χρησιμοποιείται ο όρος wrongful birth. Βλ. *Deutsch, ό.π.. Münchener Kommentar zum BGB (Wagner)*, 4. Auflage (2004), § 823 αρ. 82. *Giesen, Arzthaftungsrecht* (1990), 25-26. Πρβλ. *Deutsch, Medizinrecht*, 4. Auflage (1999), 188-191. Στη μελέτη, για λόγους απλοποίησης, θα χρησιμοποιείται χωρίς διάκριση ως υποδηλωτικός αυτών των περιπτώσεων ο όρος wrongful life.

δεν είναι άμεση συνέπεια κάποιας ιατρικής πράξης, αλλά της μη έγκαιρης διάγνωσης του προβλήματος. Δηλαδή ο γιατρός παρέλειψε – ενώ όφειλε – να χρησιμοποιήσει ή χρησιμοποίησε εσφαλμένα τα διαγνωστικά μέσα του προγεννητικού ελέγχου ή δεν ενημέρωσε σχετικά τους γονείς, και η μητέρα δεν προχώρησε σε άμβλωση, όπως θα έκανε αν γνώριζε το πρόβλημα². Λ.χ. ο γιατρός δεν υποβάλλει τους υποψήφιους γονείς σε εξέταση για να διαπιστωθεί αν και οι δυο είναι φορείς γενετικής ασθένειας (όπως είναι η μεσογειακή αναιμία), ενώ υπάρχει οικογενειακό ιστορικό στη συγκεκριμένη πάθηση. Ένα άλλο, συνηθισμένο παράδειγμα ανάλογης υπόθεσης σε άλλες χώρες είναι η παράλειψη του γυναικολόγου να υποβάλει στην εξέταση της αμνιοκέντησης έγκυο άνω των 35 ετών ή νεότερη, αλλά με «βεβαρημένο» ιστορικό, με συνέπεια να γεννηθεί στη συνέχεια άτομο με τρισωμία 21 (σύνδρομο Down³).

Σε αυτές τις περιπτώσεις, αυτό που προσάπτεται στο γιατρό είναι ότι, εξαιτίας της δικής του παράλειψης σε σχέση με τη διάγνωση ή με την ενημέρωση, η κύηση πραγματοποιήθηκε (λ.χ. επειδή το ενδεχόμενο σοβαρής ασθένειας του παιδιού – λόγω γενετικής προδιάθεσης των γονέων του – δεν διαγνώστηκε πριν τη σύλληψη ή επειδή, σε περίπτωση τεχνητής γονιμοποίησης, η πάθηση δεν διαγνώστηκε με έλεγχο του γονιμοποιημένου ωαρίου πριν από την εμφύτευσή του στη μήτρα της γυναίκας) ή δεν διακόπηκε (επειδή η ασθένεια δεν διαγνώστηκε με τις διάφορες εξε-

2. Από την εκτενέστατη σχετική βιβλιογραφία βλ. ενδεικτικά *Ανδρουλιδάκη - Δημητριάδη*, Η υποχρέωση ενημέρωσης του ασθενούς (1993), 403 επ. *Laufs/Uhlenbruck*, Handbuch des Arztrechts, 3 Auflage (2002), § 65 αρ. 2, § 39 αρ. 55 επ. *Lange*, Haftung für neues Leben? (1991). *Ghestin (Viney/Jourdain)*, Traité de droit civil, 2ème édition, Les conditions de la responsabilité (1998), 12 επ. *Deutsch*, NJW 1994, 776. *Laufs*, NJW 1998, 796. *Picker*, Shadensersatz für das unerwünschte Kind («wrongful birth»). *Medizinischer Fortschritt als Zivilisatorischer Rückschritt?* AcP 1995, 483. *Engelhardt*, Kind als Schaden, VersR 1988, 540. *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht. Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtssprechung, 8. Auflage (1999), αρ. 293 επ. Για περισσότερα στοιχεία από την άποψη του συγκριτικού δικαίου βλ. *Giesen*, International Medical Malpractice Law (1988), παρ. 19 III αρ. 451-452, 461 επ.

3. Βλ. λ.χ. τα πραγματικά περιστατικά των αποφάσεων του Γερμανικού Ακυρωτικού BGH 22.11.1983, NJW 1984, 658. 9.7.1985, JZ 1986, 140. 7.7.1987, NJW 1987, 2923. 8.11.1988, NJW 1989, 1536. 28.3.1995, NJW 1995, 1609. Επίσης βλ. τις αποφάσεις της Ολομέλειας του γαλλικού Ακυρωτικού 485 και 486/28.11.2001, [www.courdecassation.fr/grands arrêts](http://www.courdecassation.fr/grands_arrêts). Άλλες περιπτώσεις: μη διάγνωση, κατά την εξέταση του εμβρύου με υπερήχους, της έλλειψης του αριστερού χεριού και σοβαρών ανωμαλιών στο δεξί ή της ύπαρξης δισχιδούς ράχης (spina bifida) (βλ. αντίστοιχα, πάλι από τη νομολογία του γαλλικού Ακυρωτικού, Cour de cassation, Ass. Plenièrè, arrêt 479/13.7.2001 και Ass. Plenièrè, arrêt 478/13.7.2001, ό.π.). Τέλος, στην περίφημη υπόθεση *Perruche*, που ήταν η πρώτη που κρίθηκε από το γαλλικό Ακυρωτικό, και γνώρισε τεράστια δημοσιότητα, είχε διαγνωστεί εσφαλμένα ότι η μητέρα είχε αντισώματα ερυθράς. Στη συνέχεια όμως η μητέρα νόσησε από την ερυθρά, χωρίς να το ξέρει, και όντας ήσυχη από τη διαβεβαίωση των γιατρών ότι δεν κινδύνευε, με συνέπεια να προκληθούν σοβαρές γενετικές ανωμαλίες στο έμβryo (βλ. Cour de cassation, 1. chambre civile, arrêt 26.3.1996, D.1997.Jur.35. RTD Civ. 1996, 623 και Ass. Plenièrè, arrêt 457/17.11.2000, στην προαναφερόμενη ηλεκτρονική διεύθυνση.). Βλ. παρόμοια υπόθεση και σε BGH, NJW 1983, 1371.

τάσεις που γίνονται στο κυοφορούμενο), με συνέπεια τη γέννηση ενός βαριά ασθενούς παιδιού. Κοινός παρονομαστής όλων αυτών των περιπτώσεων παραμένει ότι το πρόβλημα υγείας του παιδιού δεν θα μπορούσε με καμιά ιατρική πράξη, θεραπεία κ.λπ. να είχε αποφευχθεί, είτε επειδή κατά το χρόνο της ιατρικής παρέμβασης η βλάβη του εμβρύου ήταν ήδη ανεπανόρθωτη είτε επειδή η ασθένεια του παιδιού είναι γενετική, δηλαδή οφείλεται αποκλειστικά στη γενετική προδιάθεση των γονέων του⁴. Αυτό το στοιχείο διακρίνει τις περιπτώσεις wrongful life από τις περιπτώσεις ευθύνης της πρώτης κατηγορίας, όπου το ιατρικό σφάλμα βρίσκεται σε αιτιώδη συνάφεια με την πάθηση ή την αναπηρία του ατόμου που γεννιέται. Αντίθετα, στις περιπτώσεις wrongful life το πρόβλημα του παιδιού, δεν προκαλείται από ενέργεια ή παράλειψη του γιατρού, αφού έτσι κι αλλιώς δεν υπήρχε δυνατότητα να αποφευχθεί. Αυτό που θα είχε ενδεχομένως «αποφευχθεί», αν δεν είχε μεσολαβήσει η κρίσιμη ιατρική πράξη ή παράλειψη, είναι η ίδια η γέννηση του παιδιού. Το συγκεκριμένο παιδί είτε θα γεννιόταν άρρωστο είτε δεν θα είχε γεννηθεί καθόλου, επειδή, κατά τα ανωτέρω, η κύησή του θα είχε ματαιωθεί ή διακοπεί, με απόφαση της μητέρας του.

2. Οι προϋποθέσεις της αστικής ευθύνης του γιατρού

Σε όλες τις προαναφερόμενες περιπτώσεις δεν αποκλείεται η κρίσιμη ενέργεια ή παράλειψη του γιατρού να συνιστά παράνομη και υπαίτια συμπεριφορά, οπότε είναι δυνατό περαιτέρω να τεθεί θέμα αστικής ευθύνης του γιατρού, δηλαδή υποχρέωσής του να αποκαταστήσει τη ζημία που οφείλεται αιτιωδώς στο σφάλμα του, σύμφωνα με την ΑΚ 914. Επίσης, εφόσον μεταξύ του γιατρού και του προσώπου που ζημιώνεται από τη συμπεριφορά του υφίσταται και συμβατική σχέση («ιατρική σύμβαση» ή «σύμβαση ιατρικής αγωγής» ή «σύμβαση παροχής ιατρικών υπηρεσιών»)⁵, ερευνητέο είναι και αν η ίδια ζημιολόγη συμπεριφορά συνιστά και παράβαση της σύμβασης αυτής, με συνέπεια τη δημιουργία και συμβατικής ευθύνης σε βάρος του γιατρού.

Το ελληνικό δίκαιο δεν απαγορεύει ούτε, φυσικά, ρητά επιτρέπει τις σχετικές αγωγές αποζημίωσης. Η νομική βασιμότητα μιας τέτοιας αγωγής συναρτάται καταρχήν με την ερμηνεία και προσαρμογή στη συγκεκριμένη περίπτωση όσων γενικά ισχύουν για την αστική ιατρική ευθύνη. Αυτό, πολύ συνοπτικά, σημαίνει ότι νόμιμος λόγος της ευθύνης του γιατρού είναι η υπαίτια παράβαση κάποιας νόμιμης ή/και συμβατικής υποχρέωσής του, που προκάλεσε αιτιωδώς ζημία στον ασθενή, με σημαντικότερες περιπτώσεις το ιατρικό σφάλμα (υπαίτια παράβαση των κατά

4. Laufs/Uhlenbruck, ό.π. σημ. 2, § 65 αρ. 2.

5. Σχετικά βλ. Ανδρουλιδάκη - Δημητριάδη, ό.π. σημ. 2, 100 επ. Κότσιανου, Η ιατρική ευθύνη (1977), 19 επ. Φουντεδάκη, Αστική ιατρική ευθύνη. Γενική εισαγωγή, δογματική και δικαιοπολιτική θεώρηση, Θεμελιώδεις έννοιες (2003), 260 επ.

βάση άγραφων κανόνων επιμέλειας του ιατρικού επαγγέλματος⁶ και την παράβαση της υποχρέωσης ενημέρωσης (βλ. άρθρ. 5-10 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης για τα Ανθρώπινα Δικαιώματα και τη Βιοϊατρική - γνωστότερης ως Σύμβασης του Οβιέδο, που κυρώθηκε με το ν. 2619/1998, βλ. επίσης και άρθρ. 47 ν. 2071/1992)⁷. Σε αυτές δηλ. τις δυο περιπτώσεις, εφόσον συντρέχει και η προϋπόθεση της υπαιτιότητας, ιδρύεται τόσο η αδικοπρακτική, όσο και η συμβατική ευθύνη του γιατρού⁸. Εξάλλου η ζημία του ασθενούς στην ιατρική ευθύνη (περιουσιακή ή ηθική βλάβη) δεν διαφέρει από τα γενικώς ισχύοντα στην αστική ευθύνη⁹. Για τον υπολογισμό του ύψους της περιουσιακής ζημίας και την εξεύρεση, αντίστοιχα του ποσού της αποζημίωσης εφαρμόζεται και εδώ η θεωρία της διαφοράς¹⁰.

Όταν η ασθένεια ή η αναπηρία του παιδιού οφείλεται αιτιωδώς σε σφάλμα του γιατρού (ιατρικό σφάλμα ή σφάλμα ενημέρωσης), δηλαδή πρόκειται για την πρώτη κατηγορία περιπτώσεων που αναφέρθηκαν εισαγωγικά, η ευθύνη του γιατρού έναντι του παιδιού και των γονέων του δεν παρουσιάζει ιδιαίτερα προβλήματα. Σε σχέση με την αδικοπρακτική ευθύνη εφαρμόζονται τα άρθρα 929 και 931 ΑΚ. Η αξίωση αποζημίωσης του παιδιού προϋποθέτει, κατά την κρατούσα άποψη, εφαρμογή της ΑΚ 36 (κυοφορούμενος)¹¹, ενώ θα μπορούσε να υποστηριχθεί και ότι η προσφυγή στην τελευταία διάταξη δεν είναι αναγκαία¹². Από την άλλη πλευρά, οι γονείς του παιδιού – αφού βρισκόμαστε στο πλαίσιο της ΑΚ 929 –, θα αποζημιωθούν για στέρηση υπηρεσιών, σύμφωνα με το εδ. 2 αυτής της διάταξης. Επίσης, λόγω του ότι είναι υπόχρεοι διατροφής του παιδιού, ισχύουν και γι' αυτούς όσα γενι-

6. Βλ. και άρθρο 24 α.ν. 1565/1939. Αναλυτικά Φουντεδάκη, Αστική ιατρική ευθύνη, ό.π. σημ. 5, 321 επ. *Laufs/Uhlenbruck*, ό.π. σημ. 2, § 99. *Deutsch*, Medizinrecht, ό.π. σημ. 1, 117-118, 122 επ. *Steffen/Dressler*, ό.π. σημ. 2, αρ. 128 επ., 254 επ., 462 επ.

7. Βλ. γενικά *Ανδρουλιδάκη - Δημητριάδη*, ό.π. σημ. 2. Για το νομικό θεμέλιο της υποχρέωσης και τις συνέπειες της παράβασής της βλ. Φουντεδάκη, ό.π. σημ. 5, αντίστοιχα 175-177, 187 επ.

8. Δηλαδή το ιατρικό σφάλμα και η παράβαση της υποχρέωσης ενημέρωσης συνιστούν περιπτώσεις συρροής δικαιοπρακτικής και αδικοπρακτικής ευθύνης. Για την εφαρμογή στην αστική ιατρική ευθύνη του άρθρ. 8 ν. 2251/1994 βλ. Φουντεδάκη, ό.π. σημ. 5, 89 επ. και τις εκεί παραπομπές.

9. Βλ. σχετικά *Σταθόπουλου*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 3η έκδοση (1998), 164 επ. *Απ. Γεωργιάδη*, Ενοχικό Δίκαιο, Γενικό μέρος (1999), 133 επ. *Αστ. Γεωργιάδη*, Ενοχικό Δίκαιο, Γενικό μέρος, 4η έκδοση (2003), 122 επ. *Κορνηλάκη*, Ειδικό Ενοχικό Δίκαιο Ι (2002), 516 επ.

10. Βλ. τους συγγραφείς που αναφέρονται στην προηγούμενη σημείωση.

11. *Παπαντωνίου*, Γενικές Αρχές του Αστικού Δικαίου (1983), 98. *Απ. Γεωργιάδη*, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, 2η έκδοση (1997), 100. *Παπαστερίου*, Γενικές Αρχές του Αστικού Δικαίου τ. Ιβ (1998), 30. *Καρακατσάνη*, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, άρθρ. 36 αρ. 7.

12. Επειδή η ζημία, η οποία ενδιαφέρει και αποκαθίσταται, ανακύπτει (και επομένως η σχετική αξίωση αποζημίωσης γεννιέται) μόνο αφότου το πρόσωπο υπάρξει, δηλαδή γεννηθεί ζωντανό και απλώς το ζημιόγONO γεγονός τοποθετείται σε προγενέστερο χρόνο. Με άλλες λέξεις, δεν είναι απαραίτητο ο ζημιωθείς να υπάρχει κατά το χρόνο διάπραξης της ζημιόγΟνου πράξης. Βλ. *Larenz/Canaris*, *Lehrbuch des Schuldrechts II.2 (Besonderer Teil)*, 13. Auflage (1994), 385. *Ghestin*, ό.π., σημ. 2, 14.

κά υποστηρίζονται για τις αξιώσεις του τρίτου που καλύπτει εν όλω ή εν μέρει τη θετική περιουσιακή ζημία άλλου προσώπου που υπέστη βλάβη της υγείας του (λ.χ. νοσήλια, φάρμακα), ως υπόχρεος διατροφής του τελευταίου (βλ. και ΑΚ 930 § 3)¹³. Τέλος, ειδικά για τη μητέρα πρέπει να γίνει δεκτό ότι η πρόκληση βλάβης στο έμβρυο συνιστά και σωματική βλάβη της εγκύου που το κυοφορεί, με συνέπεια να έχει και με αυτή τη θεμελίωση αξιώσεις αποζημίωσης και αποκατάστασης της ηθικής βλάβης της.

Σε σχέση με τη θεμελίωση συμβατικών αξιώσεων υπέρ της μητέρας και του παιδιού, μπορεί να υποστηριχθεί ότι η «υποψήφια» μητέρα συνάπτει με το γυναικολόγο μια σύμβαση για τον εαυτό της και παράλληλα μια (γνήσια) σύμβαση υπέρ τρίτου, του παιδιού που πρόκειται να γεννηθεί¹⁴. Σύμφωνα με άλλη προσέγγιση, η σύμβαση της μητέρας με το γιατρό έχει προστατευτική λειτουργία και υπέρ του παιδιού¹⁵. Και με τις δυο εκδοχές, συμβατικές αξιώσεις εναντίον του γιατρού εκτός από τη μητέρα έχει και το παιδί¹⁶.

Αντίθετα οι περιπτώσεις wrongful life εμφανίζουν πρόσθετες ιδιαιτερότητες και δυσχέρειες, για τις σημαντικότερες από τις οποίες γίνεται λόγος στη συνέχεια.

3. Το ιατρικό σφάλμα

Η έννοια και η λειτουργία του ιατρικού σφάλματος δεν αλλάζει στις περιπτώσεις wrongful life. Το ιατρικό σφάλμα στο δίκαιό μας συνιστά περίπτωση συρροής αδικοπρακτικής και συμβατικής ευθύνης για πλημμελή εκπλήρωση (όταν βέβαια υπάρχει σύμβαση). Τρία είναι, κατά βάση, τα κριτήρια που έχουν προταθεί για να χαρακτηριστεί ορισμένη συμπεριφορά του γιατρού ως ιατρικό σφάλμα. Το πρώτο κριτήριο, που ακολουθείται και από τη νομολογία μας, είναι αυτό του μέσου συνετού γιατρού που τηρεί τους κανόνες της επιστήμης του (leges artis). Σύμφωνα με αυτή τη θεώρηση, αμελής είναι η συμπεριφορά του γιατρού που παραβιάζει θεμελιώδεις αρχές ή γενικώς παραδεδεγμένους κανόνες της ιατρικής επιστήμης¹⁷. Στη

13. Βλ. Κορνηλάκη, ό.π. σημ. 9, 640-645. Απ. Γεωργιάδη, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, άρθρ. 930 αρ. 21 επ. Σταθόπουλου, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, άρθρ. 297-298 αρ. 101 επ.

14. Για την κατάρτιση της σύμβασης ιατρικής αγωγής από το γονέα (δέκτης της υπόσχεσης) υπέρ του παιδιού του βλ. Φουντεδάκη, ό.π. σημ. 5, 272 και σημ. 36, 37.

15. Γίνεται δεκτό ότι, βάσει της αρχής της καλής πίστης και ως εξαίρεση από την αρχή της σχετικότητας των ενοχών, οι συμβάσεις μπορούν να αναπτύσσουν και προστατευτική λειτουργία υπέρ μη συμβαλλόμενων προσώπων. Με βάση την καλή πίστη είναι προφανές ότι ο γιατρός οφείλει να αποτρέψει την πρόκληση ζημίας όχι μόνο στην αντισυμβαλλόμενη του υποψήφια μητέρα, αλλά και στο παιδί που πρόκειται να γεννηθεί. Βλ. Απ. Γεωργιάδη, ό.π. σημ. 9, 39-41.

16. Βλ. Φουντεδάκη, ό.π. σημ. 5, 272 σημ. 37.

17. Βλ. Ζέπου, Η ευθύνη του ιατρού, ΝοΒ 1973, 2 επ. Καυκά, Ενοχικών Δίκαιον, Ειδικόν Μέρος, 7η έκδοση, 1993, τ. Β', 730. Τούση, Επαγγελματικών πταίσμα, Ξένιον Ζέπου ΙΙΙ, 1973, 507 επ., 508 επ. και αγόρευση, ΕΕΝ 1955, 26 επ. Σταθόπουλου, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, άρθρ. 300 αρ. 33

σύγχρονη, πάντως, θεωρία της ιατρικής ευθύνης το προηγούμενο κριτήριο τείνει να εγκαταλειφθεί και να επικρατήσει η αναγωγή στα standards του ιατρικού επαγγέλματος¹⁸. Ως ιατρικό standard («πρότυπο ποιότητας» ή απλώς «πρότυπο») μπορεί να χαρακτηριστεί το σύνολο των προδιαγραφών ποιότητας στις οποίες πρέπει να ανταποκρίνεται σε ορισμένη περίπτωση η παροχή των ιατρικών υπηρεσιών. Ο γιατρός, όπως 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. Αμέλεια, ως παράνομη συμπεριφορά, είναι η απόκλιση προς τα κάτω από αυτό το πρότυπο ποιότητας.

Μια τρίτη προσέγγιση του ιατρικού σφάλματος επιλέγει ως σημείο αναφοράς για την επιμέλεια του γιατρού τη συγκεκριμένη περίπτωση, το συγκεκριμένο ασθενή. Τονίζεται ότι πέρα από την οποιαδήποτε τυπική - γενική έννοια του ιατρικού σφάλματος, αμελής πρέπει να κριθεί ο γιατρός που σε ορισμένη περίπτωση δεν έπραξε αυτό που επέβαλε το συμφέρον της υγείας του ασθενούς. Αντίστροφα, επιμέλής είναι ο γιατρός που προβαίνει στις ενέργειες που είναι απαραίτητες και ωφέλιμες για το συγκεκριμένο ασθενή, παραβιάζοντας, αν αυτό είναι αναγκαίο, όχι μόνο τη συνήθη επαγγελματική πρακτική, αλλά και κάποιο κανόνα της ιατρικής ή standard¹⁹.

Η πιο πρόσφορη προσέγγιση είναι η σύνθεση των προαναφερόμενων κριτηρίων, ωστόσο στην τελική κρίση για το αν υπήρξε ιατρικό σφάλμα πρέπει να πρωτανεύσει η συγκεκριμένη αξιολόγηση με βάση το συμφέρον της υγείας του ασθενούς. Η αρχή *salus aegroti suprema lex* («ο υπέρτατος νόμος είναι η σωτηρία του ασθενούς») είναι ο θεμελιώδης κανόνας της ιατρικής και η λυδία λίθος κάθε προτύπου για την παροχή της ιατρικής υπηρεσίας²⁰.

και ό.π. σημ. 9, 114-115. *Απ. Γεωργιάδη*, ό.π. σημ. 9, 244. Αναλυτικά *Φουντεδάκη*, Αστική ιατρική ευθύνη, 351 επ. *Auby*, *Droit médical et hospitalier*, Vol. I, 18-2, αρ. 2.

18. Αναφέρεται ότι η δραστηριότητα πολλών επαγγελματιών είναι πλέον «standardisée». Βλ. *Zepos/Christodoulou*, Professional liability, σε *Tunc* (dir.), *International Encyclopaedia of Comparative Law*, Vol. XI (Torts), chapter 6, 1978, 4. *Τούση*, Επαγγελματικών πταίσμα, *Ξένιον Ζέπου* III, 1973, 510. Γενικά βλ. *Palmer*, *Law, Medicine and Social Justice* (1989), 23. *Giesen*, ό.π. σημ. 1, 91 επ. *Laufs/Uhlenbruck*, ό.π. σημ. 2, § 39 αρ. 9. § 99 αρ. 1-4. *Deutsch*, *Medizinrecht*, ό.π. σημ. 1, 122. *Haftungsrecht*, ό.π. σημ. 1, 1246. *VersR* 1977, 101 επ. *Katzenmeier*, *Arzthaftung* (2002), 277 επ. *Penneau*, *La responsabilité médicale* (1996), 22 επ. *Steffen/Dressler*, ό.π. σημ. 2, 50 επ. *Hirte*, *Berufshaftung* (1996), 108-9. *Koniaris/Karlovassitou - Koniaris*, *Medical Law in Greece* (1999), 104-105. *Φουντεδάκη*, ό.π. σημ. 5, 354 επ.

19. Βλ. *Steffen/Dressler*, ό.π. σημ. 2, 47, 69. *Staudinger Kommentar zum BGB (Schäfer)*, 13. Aufl., § 823 αρ. 365. *Laufs/Uhlenbruck*, ό.π. σημ. 2, § 99 αρ. 16-17. *Baumgärtel*, Η ιατρική ευθύνη, *Αρμ* 1993, 8. *Giesen*, ό.π. σημ. 2, 108. *Weyers/Mirtsching*, *Zum Stand des Arzthaftungsrechts*, *JuS* 1980, 319. *Wilts/Kleinwefers*, *Die zivilrechtliche Haftung des Arztes*, σε *Mergens*, *Die juristische Problematik in der Medizin* (1973), Bd III, 25 επ., 31. *Φουντεδάκη*, ό.π. σημ. 5, 358 επ., 367 επ.

20. Βλ. τον όρκο του Ιπποκράτη και τον ιατρικό όρκο της Γενεύης (1948). *Ανδρουλιδάκη - Δημητριάδη*, ό.π. σημ. 2, 16. *Laufs/Uhlenbruck*, ό.π. σημ. 2, § 2 αρ. 7.

Πρέπει να τονιστεί ότι η ουσία των (νόμιμων ή συμβατικών) υποχρεώσεων του γιατρού δεν αλλάζει στις περιπτώσεις που ένας γιατρός αναλαμβάνει την παρακολούθηση μιας κύησης ή τον προγεννητικό έλεγχο. Και εδώ πρόκειται για «υποχρεώσεις παροχής μέσων» (obligations de moyens) και όχι «επίτευξης ορισμένου αποτελέσματος» (obligations de résultat)²¹, δηλαδή ο γιατρός οφείλει μόνο να επιδείξει ορισμένη συμπεριφορά, να τηρήσει ένα ορισμένο πρότυπο επιμέλειας, σύμφωνα με τα προαναφερθέντα κριτήρια για το ιατρικό σφάλμα. Ο γιατρός δεν υπόσχεται ούτε οφείλει να επιτύχει ορισμένο αποτέλεσμα, λ.χ. τη γέννηση υγιούς παιδιού.

Ένα ειδικότερο ερώτημα που έχει τεθεί στις περιπτώσεις wrongful life είναι πώς κρίνεται το ιατρικό σφάλμα όταν ο γιατρός θεωρεί *ως μη αναγκαία* ορισμένη διαγνωστική εξέταση και παραλείπει να ενημερώσει τον ασθενή για τη σχετική δυνατότητα. Αναφέρεται η περίπτωση γιατρού που δεν ενημέρωσε την έγκυο ότι η ύπαρξη τρισωμίας 21 (σύνδρομο Down) στο έμβρυο μπορούσε σχεδόν με βεβαιότητα να αποκλειστεί, με την εξέταση της αμνιοπαρακέντησης, την οποία ο ίδιος δεν έκρινε ως απαραίτητη για τη συγκεκριμένη έγκυο²². Είναι ευρέως διαδεδομένη η άποψη ότι εδώ το σφάλμα του γιατρού έγκειται στην *παράλειψη της ενημέρωσης*, η οποία *στέρησε από τη μητέρα την επιλογή* να υποβληθεί στη συγκεκριμένη διαγνωστική εξέταση, ενόψει των χαρακτηριστικών της (φύση, επικινδυνότητα, ακρίβεια αποτελεσμάτων), και, στη συνέχεια, μετά τη διάγνωση του σοβαρού προβλήματος του εμβρύου, να προβεί σε επιτρεπτή διακοπή της κύησης²³. Ανεξάρτητα από το γεγονός ότι στο δικαίό μας δύσκολα μπορεί να θεμελιωθεί αξίωση αποζημίωσης για την απλή απώλεια μιας δυνατότητας επιλογής ή πιθανοτήτων ευνοϊκής εξέλιξης²⁴, νομίζω ότι το σφάλμα του γιατρού πρέπει να εντοπιστεί όχι στην ενημέρωση, αλλά στη διάγνωση. Η επιλογή των αναγκαίων διαγνωστικών εξετάσεων ανάγεται στην επιστημονική εκτίμηση του γιατρού, ο οποίος ενεργεί σύμφωνα με την επιβαλλόμενη επιμέλεια. Ο γιατρός δεν οφείλει να ενημερώνει τον ασθενή για κάθε δυνατή διαγνωστική μέθοδο, την οποία ο ίδιος δεν κρίνει αναγκαία και πρόσφορη για τη συγκεκριμένη περίπτωση²⁵. Ο γιατρός διαπράττει σφάλμα, όταν παραλείπει μια απα-

21. Αναλυτικά για τη διάκριση αυτή στο γαλλικό και στο ελληνικό δίκαιο και τη σημασία της στην ιατρική ευθύνη βλ. *Φουντεδάκη*, ό.π. σημ. 5, 126 επ.

22. Βλ. BGH NJW 1984, 658 και τις υποθέσεις που έκρινε το δικαστήριο της Πολιτείας της Νέας Υόρκης σε *Palmer*, ό.π. σημ. 18, 28-29. *Κανελλοπούλου - Μπότη*, Ιατρική ευθύνη για μη ενημέρωση ή πλημμελή ενημέρωση του ασθενούς κατά το ελληνικό και αγγλοσαξονικό δίκαιο (1999), 47.

23. Βλ. *Palmer*, ό.π. σημ. 18, 28. *Κανελλοπούλου - Μπότη*, ό.π. σημ. 22, 48. Πρβλ. BGH NJW 1984, 658 (η ελλιπής ενημέρωση συνιστά παράβαση της σύμβασης ιατρικής αγωγής).

24. Σε σχέση με τη γαλλική θεωρία της «απώλειας ευκαιρίας» (perte d' une chance de survie ou de guérison) βλ. *Φουντεδάκη*, Το πρόβλημα του αιτιώδους συνδέσμου στην ιατρική ευθύνη, ΕΛΔ 1994, 1226 επ., 1236 επ.

25. Αντίθετα *Ανδρουλιδάκη - Δημητριάδη*, ό.π. σημ. 2, 276. Το ζήτημα της υποχρέωσης ενημέρω-

ραϊτήτητα εξέταση, επειδή, κατά παράβαση των κανόνων επιμέλειας, την αγνοεί ή δεν σταθμίζει σωστά την αναγκαιότητά της. Κατά συνέπεια, στο παράδειγμα που αναφέρθηκε, ο γιατρός ευθύνεται, αν η αμνιοκέντηση ήταν αναγκαία εξέταση με βάση την ηλικία και το ιστορικό της εγκύου, σύμφωνα με τους κανόνες της ιατρικής και τη συγκεκριμένη στάθμιση κινδύνων και οφέλους - και όχι απλώς επειδή δεν ενημέρωσε για τη σχετική δυνατότητα την έγκυο. Με άλλες λέξεις, η κρίση - απόφαση για την αναγκαιότητα ορισμένης εξέτασης είναι αρμοδιότητα του γιατρού και όχι του ασθενούς.

4. Ο αιτιώδης σύνδεσμος

Όπως ήδη αναφέρθηκε, στις περιπτώσεις wrongful life η αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της παράνομης και υπαίτιας συμπεριφοράς του γιατρού και της γέννησης του ασθενούς ή ανάπηρου παιδιού είναι έμμεση, με την έννοια ότι, αν ο γιατρός είχε ενεργήσει σύννομα, η υποψήφια μητέρα θα είχε γνωρίσει εγκαίρως το πρόβλημα και θα είχε αποτρέψει τη γέννηση του παιδιού, επιλέγοντας είτε τη μη πραγματοποίηση είτε τη διακοπή της συγκεκριμένης κύησης. Με άλλες λέξεις, στοιχείο της αιτιώδους διαδρομής από το ιατρικό σφάλμα ως τη ζημία είναι η βεβαιότητα αναφορικά με την απόφαση της υποψήφιας μητέρας να ματαιώσει τη γέννηση του παιδιού²⁶, καθώς και ότι η άμβλωση θα ήταν επιτρεπτή²⁷. Γι' αυτό το λόγο σε άλλα δίκαια, όπως το γαλλικό και το γερμανικό, γίνεται δεκτό ότι ο γιατρός μπορεί να απαλλαγεί από την ευθύνη του, αποδεικνύοντας είτε ότι η άμβλωση στη συγκεκριμένη περίπτωση δεν θα ήταν νόμιμη είτε ότι η μητέρα του παιδιού, ακόμη και αν γνώριζε εγκαίρως το πρόβλημα, δεν θα είχε επιλέξει τη ματαίωση της κύησης, λ.χ. λόγω θρησκευτικών πεποιθήσεων²⁸. Ανεξάρτητα από τις σοβαρές αποδεικτικές δυσχέρειες, πρόκειται εδώ για ισχυρισμό περί της «νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς» (rechtmässiges Alternativenverhalten) και τίθεται το ερώτημα αν αυτός ο ισχυρισμός είναι αποδεκτός στο ελληνικό δίκαιο. Μια άποψη συσχετίζει το θέμα αυτό με το φαινόμενο της υποθετικής αιτιότητας, της οποίας η αποδοχή και οι συνέπειες

σης για πρόσθετες ή εναλλακτικές διαγνωστικές εξετάσεις εμφανίζει αναλογία, αλλά δεν ταυτίζεται απόλυτα με το ζήτημα της υποχρέωσης ενημέρωσης για εναλλακτικές μεθόδους θεραπείας, για το οποίο βλ. λ.χ. *Damm*, NJW 1989, 739 επ., 741 επ. *Greiner*, FS Geiß (2000), 411 επ.

26. Από ορισμένους συγγραφείς επισημαίνεται ότι μια τέτοια βεβαιότητα είναι αδύνατο να υπάρξει. Βλ. λ.χ. *Ravelet*, La jurisprudence Quarez sous le coup de la loi Perruche, *Revue de Droit Public* no 5/2002, 1389 επ., 1413.

27. Εννοείται ότι ζήτημα νομιμότητας τίθεται μόνο για την άμβλωση και όχι για την απόφαση της μητέρας να μην πραγματοποιηθεί η κύηση, λ.χ. επί τεχνητής γονιμοποίησης να μη γίνει η εμφύτευση του γονιμοποιημένου ωαρίου, στο οποίο έχει διαγνωστεί σοβαρό πρόβλημα. Στο ελληνικό δίκαιο η άμβλωση (τεχνητή διακοπή της κύησης) δεν συνιστά παράνομη πράξη με τους όρους του άρθρου 304 § 4 ΠοινΚ (βλ. ιδίως τις περιπτώσεις α και β). Στο γερμανικό δίκαιο βλ. *Lange*, ό.π., σημ. 2, 13.

28. BGH, NJW 1987, 2923. *Geigel/Schlegelmilch*, *Der Haftpflichtprozeß*, 22. Aufl. (1997), 466.

αμφισβητούνται²⁹. Η άποψη αυτή επισημαίνει ότι η νόμιμη εναλλακτική συμπεριφορά συνιστά ισχυρισμό ακόμη πιο «αδύναμο» από την υποθετική αιτιότητα, αφού η «υποθετική» αιτία έχει υπάρξει στην πραγματικότητα, και είναι υποθετική μόνο ως προς το ότι δεν προκάλεσε αυτή τη ζημία, την οποία κατά την κανονική πορεία των πραγμάτων θα προκαλούσε, αν δεν είχε μεσολαβήσει το ζημιογόνο γεγονός. Αντίθετα, η νόμιμη συμπεριφορά του δράστη (εδώ= η μη διάπραξη του διαγνωστικού σφάλματος) είναι εντελώς υποθετική, αφού δεν έχει ούτε υπάρξει ως πραγματικό γεγονός³⁰. Ορθότερος, ωστόσο, παρίσταται ο διαχωρισμός της νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς από το φαινόμενο της υποθετικής αιτιότητας και η αντιμετώπισή της στο πλαίσιο της αιτιώδους σύνδεσης της παρανομίας με τη ζημία. Ο ισχυρισμός περί της νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς πρέπει να γίνει δεκτός, επειδή έχει την έννοια ότι η παρανομία της πράξης είναι αδιάφορη για την επέλευση της ζημίας, και επομένως δεν συντρέχει η προϋπόθεση του αιτιώδους συνδέσμου, ο οποίος, όπως είναι γνωστό, πρέπει να υπάρχει μεταξύ όλων των στοιχείων του νόμιμου λόγου ευθύνης (άρα και της παρανομίας της πράξης) και της ζημίας³¹.

5. Το άρρωστο ή ανάπηρο παιδί ως ζημία

Τα κρισιμότερα, ωστόσο, προβλήματα στις εξεταζόμενες περιπτώσεις ανακύπτουν σε σχέση με την αποκαταστατέα ζημία. Πρόκειται για ένα θέμα περίπλοκο, με πολλές προεκτάσεις, που έχει δώσει βάση όχι μόνο σε ενδιαφέρουσα επιχειρηματολογία, αλλά και σε σοβαρές παρανοήσεις. Όπως κατ' επανάληψη ειπώθηκε, το αποτέλεσμα των ιατρικών σφαλμάτων κατά τον προγεννητικό έλεγχο είναι η ίδια η γέννηση και η ύπαρξη του ασθενούς παιδιού, το οποίο, χωρίς αυτά τα σφάλματα, δεν θα είχε έρθει στη ζωή, με απόφαση της μητέρας. Επομένως, και γι' αυτό ακριβώς το λόγο οι περιπτώσεις wrongful life θέτουν σε δοκιμασία όλο το σύστημα της αστικής ευθύνης, καταλήγουμε στο αποτέλεσμα ότι εν προκειμένω η γέννηση και η ύπαρξη του συγκεκριμένου παιδιού που πάσχει από την ασθένεια ενδέχεται να αντιμετωπιστεί ως ζημία. Το ερώτημα, συνεπώς, που τίθεται είναι αν κάτι τέτοιο μπορεί να γίνει δεκτό από το δίκαιο της αστικής ευθύνης, και σε ποιο μέτρο. Αυτονόητο εμφανίζεται το ηθικό - φιλοσοφικό πρόβλημα αν η ανθρώπινη ύπαρξη και ζωή μπορεί να αντιμετωπιστεί ως ζημία (περιουσιακή ή μη περιουσιακή), και, αντίστοιχα, αν η αναγνώριση αξίωσης αποζημίωσης σε αυτές τις περιπτώσεις αντίκειται στη

29. Βλ. Κουνουγέρη - Μανωλεδάκη, Το πρόβλημα της υποθετικής αιτιότητας στο δίκαιο της αποζημίωσης (1981), 10. Απ. Γεωργιάδη, ό.π. σημ. 9, 145 σημ. 24.

30. Κουνουγέρη - Μανωλεδάκη, ό.π., 17.

31. Σταθόπουλου, Γενικό Ενοχικό, Ι, έκδ. 1978, 280. Απ. Γεωργιάδη, ό.π. σημ. 9, 141. Esser/Schmidt, Schuldrecht, Bd I, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. (1984), 188-189. Lange, Schadensersatz, 2. Aufl. (1990), 103-104.

συνταγματική προστασία της αξίας του ανθρώπου³². Έτσι λ.χ. έκριναν το γερμανικό Συνταγματικό Δικαστήριο³³ και το γαλλικό Συμβούλιο της Επικρατείας (Conseil d'État)³⁴. Η νομολογία, ωστόσο, δεν επικυρώθηκε από τα Ακυρωτικά δικαστήρια αυτών των χωρών, και στη Γερμανία αμβλύθηκε στη συνέχεια, με συνέπεια να μην μπορεί να θεωρηθεί ότι το ζήτημα έχει νομολογιακά αποσαφηνιστεί³⁵.

Στις χώρες όπου έχει αντιμετωπιστεί το ζήτημα γίνεται μια διάκριση μεταξύ της αξίωσης αποζημίωσης των γονέων και αυτής του παιδιού. Η αξίωση των γονέων έχει γίνει αποδεκτή από τα δικαστήρια (της ουσίας και Ακυρωτικά) της Γερμανίας και της Γαλλίας, χωρίς βέβαια να έχει λείψει ο αντίλογος. Τα όρια της παρούσας μελέτης δεν επιτρέπουν ούτε την απλή αναφορά των σχετικών με την αξίωση των γονέων ζητημάτων, που είναι πολλά και ενδιαφέροντα. Είναι λοιπόν προτιμότερο, να γίνει στη συνέχεια λόγος μόνο για την αξίωση αποζημίωσης του ίδιου του παιδιού.

Είναι δυνατή, στις περιπτώσεις wrongful life η αναγνώριση αξίωσης αποζημίωσης στο ίδιο το παιδί που γεννήθηκε με την ασθένεια ή την αναπηρία; Προφανώς σε μια τέτοια αξίωση αποζημίωσης δεν μπορούν να εφαρμοστούν τα άρθρ. 929 και 931 ΑΚ, αφού το ιατρικό σφάλμα δεν προκάλεσε αιτιωδώς τη βλάβη της υγείας ή την αναπηρία. Παρόλα αυτά, η αξίωση έχει εμφανιστεί στην αλλοδαπή νομολογία με το ίδιο περιεχόμενο, δηλαδή το παιδί ζητεί την αποκατάσταση της περιουσιακής ζημίας και της ηθικής βλάβης που συνδέεται με την ασθένειά του³⁶.

Τα προβλήματα που ανακύπτουν είναι ανυπέρβλητα. Το ζήτημα δημιουργείται, επειδή, όπως κατ'επανάληψη αναφέρθηκε, η αξίωση αποζημίωσης στην πραγματικότητα θεμελιώνεται στον ισχυρισμό ότι χωρίς το ιατρικό σφάλμα το παιδί δεν θα είχε γεννηθεί καθόλου, επειδή η μητέρα του θα αποφάσιζε να ματαιώσει τη γέννησή του, και όχι ότι θα είχε γεννηθεί υγιές. Επομένως, όταν το ίδιο το άτομο που γεννήθηκε με προβλήματα ζητεί αποκατάσταση κάθε ζημίας του που προκλήθηκε από ιατρικές πράξεις ή παραλείψεις, ουσιαστικά επικαλείται ως ζημία του την ίδια την ύπαρξή του, δηλαδή το γεγονός ότι γεννήθηκε. Η αναγνώριση της σχετικής αξίωσης

32. Βλ. και άρθρ. 21 § 2 Συντ., σύμφωνα με το οποίο «όσοι πάσχουν από ανίατη σωματική ή πνευματική νόσο έχουν δικαίωμα ειδικής φροντίδας από το Κράτος». Βλ. και Ανδρουλιδάκη - Δημητριάδη, ό.π. σημ. 2, 417. Απ. Γεωργιάδη, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, άρθρο 929 αρ. 8.

33. BVerfG 28.5.1993, 2. Senat, NJW 1993, 1751: «Ο νομικός χαρακτηρισμός της ύπαρξης ενός παιδιού ως πηγής ζημίας είναι ανεπίτρεπτος από συνταγματική άποψη. Επομένως απαγορεύεται να αντιμετωπιστεί η υποχρέωση διατροφής ενός παιδιού ως ζημία» (ως obiter dictum).

34. Conseil d'État, 2.7.1982 (υπόθεση Riou), Revue de Droit Sanitaire et Social 1983, 96. Για άλλες σχετικές αποφάσεις του Conseil d'État βλ. Ravelet, ό.π. σημ. 26.

35. BVerfG 12.11.1997, 1. Senat, NJW 1998, 519. Βλ. Steffen/Dressler, ό.π. σημ. 2, αρ. 268 επ. Lange, ό.π. σημ. 2, 17-19.

36. Έτσι λ.χ. στην υπόθεση Perruche στη Γαλλία, βλ. Τσίρου, Ιατρική ευθύνη: αποζημίωση παιδιού που γεννήθηκε ανάπηρο λόγω ιατρικού σφάλματος που εμπόδισε τη μητέρα να διακόψει την κύηση, ΕΛΔ 2004, 61 επ., 65-66.

αποζημίωσης προσκρούει σε σοβαρούς ηθικούς ενδοιασμούς, αφού σημαίνει όχι μόνο ότι η ζωή ενός ανθρώπου με σοβαρή ασθένεια συνιστά ζημία, αλλά και ότι η μη ζωή αυτού του ανθρώπου, η ανυπαρξία του, θα ήταν για τον ίδιο προτιμότερη, κάτι που προσκρούει στη συνταγματική προστασία της ανθρώπινης αξίας (άρθρο 2 Συντ.) και στην συνταγματική αναγνώριση υποχρέωσης του κράτους να προστατεύει ιδιαίτερα τέτοια άτομα (άρθρο 21 § 2 Συντ.)³⁷.

Επιπρόσθετα η ίδια αξίωση αποζημίωσης προσκρούει και σε δογματικά εμπόδια, αφού η εφαρμογή της θεωρίας της διαφοράς εν προκειμένω είναι αδύνατη³⁸. Συγκεκριμένα, κατά τη θεωρία της διαφοράς, ο σκοπός της αποζημίωσης είναι να επαναφέρει το πρόσωπο στην περιουσιακή κατάσταση στην οποία αυτό θα βρισκόταν, αν δεν είχε μεσολαβήσει το «ζημιολόγο» γεγονός. Στη συγκεκριμένη περίπτωση, ωστόσο, αν δεν είχε μεσολαβήσει το ιατρικό σφάλμα πριν ή κατά την κύηση, το παιδί δεν θα είχε αποφύγει κάποια μείωση της περιουσίας του, αλλά δεν θα υπήρχε καθόλου, για να έχει οποιαδήποτε περιουσία. Το άτοπο αποτέλεσμα στο οποίο οδηγούμαστε είναι προφανές.

Ανάλογος προβληματισμός ισχύει και αναφορικά με την αξίωση του πάσχοντος παιδιού για χρηματική ικανοποίηση της ηθικής βλάβης του. Όπως είναι γνωστό, η χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης (AK 932) «δεν αποσκοπεί στην επιβολή κύρωσης στο ζημιώσαντα, αλλά σε μια πλατιά νοούμενη αποκατάσταση και έμμεση επανόρθωση της ηθικής βλάβης που προκλήθηκε, με άλλα λόγια αποσκοπεί στην ανακούφιση του αδικηθέντος από τη λύπη, τη στενοχώρια ή τον πόνο που του προκάλεσε η προσβολή ενός αγαθού»³⁹. Κατά πρώτο λόγο, στις περιπτώσεις wrongful life, τα ιατρικά σφάλματα δεν προκαλούν αιτιωδώς βλάβη σε κανένα αγαθό του παιδιού, αφού το πρόβλημα υγείας του δεν συνδέεται με αυτά τα σφάλματα, αλλά με τη γενετική του καταγωγή ή με μια συγγενή ανίατη πάθηση. Με τα ιατρικά σφάλματα συνδέεται αιτιωδώς η ίδια η ύπαρξη του συγκεκριμένου παιδιού - και είναι βέβαια προφανές ότι η ύπαρξη ενός προσώπου δεν μπορεί να θεωρηθεί προσβολή οποιουδήποτε είδους σε βάρος αυτού του ίδιου προσώπου. Επιπρόσθετα, δεν είναι δυνατό το πάσχον πρόσωπο να ζητεί τη χρηματική ικανοποίηση της ηθικής βλάβης του, αφού αυτό στην πραγματικότητα δεν θα συνιστούσε παρά ένα αίτημα ανακούφισης της ψυχικής ταλαιπωρίας που υφίσταται για το γεγονός της ύπαρξής του, και ειδικότερα για το γεγονός ότι η μητέρα του δεν είχε την ευκαιρία να επιλέξει τη μα-

37. Βλ. λ.χ. τις παρατηρήσεις, σε σχέση με την υπόθεση *Perruche* και άλλες ανάλογες, των *Labrusse - Riou/Mathrieu*, *La vie humaine peut-elle être un prejudice*, D. 14.12.2000, *Point de vue*, no 44, σελ. 1. *Terré*, *Le prix de la vie*, JCP 13.12.2000, AR, σελ. 2267. *Viney*, *Brèves remarques à propos d' un arrêt qui affecte l' image de la justice dans l' opinion*, JCP 10.1.2001, I, 286. *Mazeaud*, *Reflexions sur un malentendu*, D.25.1.2001, σελ. 332. Βλ. επίσης *Lange*, ό.π. σημ. 2, 17-19.

38. BGH 18.1.1983, JZ 1983, 447.

39. *Κορνηλάκη*, ό.π. σημ. 9, 647.

ταίωση της γέννησής του. Τέλος, σύμφωνα με τον αποκαταστατικό χαρακτήρα και της χρηματικής ικανοποίησης λόγω ηθικής βλάβης, το δίκαιο, με την τελευταία, επιδιώκει να επαναφέρει, εν ευρεία εννοία, το πρόσωπο σε μια ψυχική και συναισθηματική κατάσταση ανάλογη με αυτήν στην οποία θα βρισκόταν χωρίς τη μεσολάβηση της παράνομης και υπαίτιας συμπεριφοράς του ζημιώσαντος. Στην προκείμενη όμως περίπτωση, είναι προφανές ότι δεν τίθεται ζήτημα εξισορρόπησης της παρούσας ψυχικής κατάστασης του προσώπου με αυτήν που θα υπήρχε χωρίς την αδικοπραξία.

Οι σκέψεις αυτές επαρκούν, νομίζω, για να μη γίνουν δεκτές οι εξεταζόμενες αξιώσεις, χωρίς να είναι αναγκαία η θέση του κάπως εξεζητημένου προβλήματος, αν η αποδοχή των αξιώσεων του παιδιού σηματοδοτεί την αναγνώριση ενός δικαιώματος «μη γέννησης», επιλογής μεταξύ της ζωής και του θανάτου⁴⁰. Πρέπει εξάλλου να σημειωθεί ότι, με τη μη αποδοχή της αξίωσης αποζημίωσης του ίδιου του παιδιού, το ιατρικό σφάλμα, η παράνομη και υπαίτια συμπεριφορά του γιατρού δεν μένει πάντως χωρίς κύρωση, αφού γίνεται δεκτή η αξίωση αποζημίωσης των γονέων του παιδιού, και μάλιστα για το σύνολο της διατροφής του.

Ο αντίλογος στα προηγούμενα επιχειρήματα είναι σοβαρός, αλλά κατά την άποψή μου όχι επαρκής. Κατά κύριο λόγο υποστηρίζεται ότι η απόρριψη της αξίωσης του ίδιου του παιδιού που έχει το σοβαρό πρόβλημα υγείας είναι ανεπιεικής, αλλά και υποκριτική, αν γίνει δεκτή η αντίστοιχη αξίωση των γονέων του. Εξάλλου, αυτή η αξίωση των γονέων, ενόψει του ότι βασίζεται στην υποχρέωσή τους να διατρέφουν το παιδί, παύει με το θάνατό τους⁴¹. Σε περίπτωση, λοιπόν, πρόωρου θανάτου των γονέων, το παιδί θα μείνει απροστάτευτο. Δεν αρκούν, ωστόσο, οι παρατηρήσεις αυτές για να άρουν τα φιλοσοφικά και δογματικά αδιέξοδα της λύσης που υποστηρίζουν. Σε τελική ανάλυση, η προστασία των ατόμων με σοβαρή ασθένεια ή αναπηρία είναι θέμα κοινωνικής αλληλεγγύης και όχι «ακροβατικής», αντισυστηματικής θεμελίωσης της αστικής ευθύνης του γιατρού⁴².

Με αυτές τις σκέψεις, η νομολογία αλλοδαπών δικαστηρίων στην πλειοψηφία της αρνείται την αξίωση αποζημίωσης για περιουσιακή και μη περιουσιακή ζημία

40. Βλ. λ.χ. *Τσίρου*, ό.π. σημ. 36, 64 επ. Ιδίως την εισήγηση του Γενικού Εισαγγελέα στην υπόθεση Perruche, J. Sainte - Rose, στη διεύθυνση [www.courdecassation.fr/grands arrêts](http://www.courdecassation.fr/grands_arrêts), conclusions de l' Avocat Général, 3) les implications de l' action de vie préjudiciable.

41. *Münchener Kommentar (Wagner)*, ό.π. σημ. 1, § 823 αρ. 90.

42. Ειδικά στο γαλλικό δίκαιο μια μερίδα της θεωρίας συντάχθηκε με την αποδοχή της αξίωσης αποζημίωσης του παιδιού, επιχειρώντας τη δογματική της θεμελίωση, με αφετηρία την (εντελώς ελλειπτική) αιτιολογία του γαλλικού Ακυρωτικού στην υπόθεση Perruche. Βλ. *Ravelet*, ό.π. σημ. 26, 1402, σημ. 38. Η προσπάθεια, ωστόσο, αυτή καταλήγει ενίοτε σε παραδοξολογίες, όπως λ.χ. τη θεώρηση της άμβλωσης ως μέσου αποφυγής ή και θεραπείας της αναπηρίας, προκειμένου να τεκμηριωθεί αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ του ιατρικού σφάλματος και της αναπηρίας βλ. *Ravelet*, ό.π., 1407-1408. *Τσίρου*, ό.π. σημ. 36, 65-67.

στο ίδιο το άρρωστο άτομο⁴³. Αξίζει, μάλιστα, ιδιαίτερα εδώ να επισημανθεί η εξέλιξη στο θέμα του *γαλλικού δικαίου*: μετά την αποδοχή, από το γαλλικό Ακυρωτικό, μιας τέτοιας αξίωσης αποζημίωσης για περιουσιακή ζημία του ίδιου του άρρωστου ατόμου, στην περίφημη υπόθεση *Perruche*⁴⁴ και σε άλλες που ακολούθησαν⁴⁵ και τον τεράστιο θόρυβο και αντίλογο που προκάλεσε αυτή η νομολογιακή λύση στο νομικό κόσμο και στην κοινωνία⁴⁶, ο νομοθέτης επέλεξε να απαγορεύσει στο εξής ρητά την άσκηση της σχετικής αξίωσης. Το άρθρο 1 του νόμου 2002-303 της 4.3.2002⁴⁷ προβλέπει ότι «κανείς δεν μπορεί να επικαλεστεί ζημία που οφείλεται σε μόνο το γεγονός ότι γεννήθηκε»⁴⁸.

43. Βλ. *Ανδρολιδάκη - Δημητριάδη*, ό.π. σημ. 2, 427 επ. BGH 18.1.1983, JZ 1983, 447 = NJW 1983, 1371, όπου και παραπομπές στην αντίστοιχη αγγλοσαξωνική νομολογία. BGH 22.11.1983, NJW 1984, 658. Επίσης την ίδια άποψη εξέφρασε και το γαλλικό Conseil d'État, ιδίως με την απόφαση *Quarez*, 14.2.1997, D.1997.somm.332 (observations *Penneau*. Βλ. σχετικά και *Ghestin*, ό.π. σημ. 2, 17. *Ravelet*, ό.π. σημ. 26, 1391 επ.) και το Εφετείο της Orleans, στην υπόθεση *Perruche*. Βλ. όμως αντίθετα (ως προς την περιουσιακή ζημία) την αμερικανική απόφαση *Harbeson v. Parke - Davis*, 1983. *Deutsch*, *Medizinrecht*, ό.π. σημ. 1, 534.

44. Cour de Cassation, 1. chambre civile, arrêt 26.3.1996, D.1997.Jur.35. RTDCiv. 1996, 623 και Ass. plénière, arrêt 457/17.11.2000. Αξιοσημείωτο είναι ότι το Εφετείο, δικάζοντας ως δικαστήριο παραπομπής, αποφάσισε «στασιαστικά» αντίθετα προς την αναιρετική απόφαση της 26.3.1996, οπότε το Ακυρωτικό χρειάστηκε να επανέλθει με την απόφαση του 2000.

45. Assemblée plénière, arrêts 479/13.7.2001 478/13.7.2001, 485-486/28.11.2001. Βλ. όλο το υλικό των υποθέσεων αυτών στην ηλεκτρονική διεύθυνση του γαλλικού Ακυρωτικού δικαστηρίου [www.courdecassation.fr/grands arrêts](http://www.courdecassation.fr/grands_arrêts). Εκτενή βιβλιογραφία για την υπόθεση *Perruche*, υπό τον τίτλο «Jurisprudence *Perruche*: faut-il légiférer?», βλ. στην ηλεκτρονική διεύθυνση της γαλλικής Γερουσίας (www.sénat.fr). Βλ. εκτενή βιβλιογραφική ενημέρωση και σε *Ravelet*, ό.π. σημ. 26.

46. Πέρα από τις επιφυλάξεις ηθικής φύσης και τον προβληματισμό σε σχέση με την ανθρώπινη αξία, ο αντίλογος αφορούσε και τη δογματική θεμελίωση των αποφάσεων του γαλλικού Ακυρωτικού, σε σχέση με τα θέματα της ζημίας και του αιτιώδους συνδέσμου, όπως αναφέρονται σε προηγούμενα σημεία της μελέτης. Βλ. λ.χ. την εισήγηση του Γενικού Εισαγγελέα στην υπόθεση *Perruche*, J. Sainte - Rose, στη διεύθυνση [www.courdecassation.fr/grands arrêts](http://www.courdecassation.fr/grands_arrêts), conclusions de l'Avocat Général. *Mazeaud*, *Naissance, handicap et lien de causalité*, D.2000, Point de vue, no 44 σελ. V, D.2001, 333. Εσφαλμένα ή έστω υπερβολικά, κατά την άποψή μου, χαρακτηρίζεται ο αντίλογος αυτός από τον Τσίρο, ό.π., σημ. 36, 61 ως «ηθικοδικαιική ψύχωση».

47. Loi relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

48. «Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance». Η § 2 της ίδιας διάταξης διευκρινίζει ότι το πρόσωπο που γεννήθηκε με σοβαρή αναπηρία, συνεπεία ιατρικού σφάλματος, δικαιούται αποζημίωση μόνον εφόσον το σφάλμα προκάλεσε άμεσα την αναπηρία (ή την επιδείνωσε ή δεν επέτρεψε τη λήψη μέτρων για την άμβλυσή της).