

ΕΝΑΛΛΑΚΤΙΚΗ ΠΡΟΣΕΓΓΙΣΗ ΤΩΝ ΠΕΡΙΠΤΩΣΕΩΝ «ΑΒΕΒΑΙΗΣ ΑΙΤΙΟΤΗΤΑΣ»*

Ελένη Ζερβογιάννη

ΔρΝ - Δικηγόρος

I. Εισαγωγή - Το πρόβλημα

Καίριο ζήτημα της αστικής ιατρικής ευθύνης που δεν έχει ακόμα αντιμετωπιστεί με επιτυχία είναι αυτό της «αβέβαιης αιτιότητας». Πρόκειται για περιπτώσεις στις οποίες υπάρχει αμφιβολία ως προς τον αιτιώδη σύνδεσμο μεταξύ του ιατρικού σφάλματος και της ζημίας του ασθενούς, καθώς συχνά δεν είναι δυνατόν να εξακριβωθεί αν η βλάβη του ασθενούς προκλήθηκε από την αμελή συμπεριφορά του γιατρού ή αν οφείλεται σε άλλους παράγοντες, ενδογενείς και αστάθμητους (λ.χ. βεβαρημένο ιατρικό ιστορικό, κληρονομικότητα). Στις ανωτέρω περιπτώσεις, και ανεξάρτητα από το αν η ευθύνη του γιατρού είναι υποκειμενική ή αντικειμενική, η θεμελίωση της αξίωσης αποζημίωσης του ασθενούς προσκρούει σε σημαντικές δυσχέρειες.

II. Προσπάθειες δικονομικής αντιμετώπισης του προβλήματος

Με δεδομένες τις εγγενείς δυσχέρειες απόδειξης της αιτιώδους συνάφειας σε περιπτώσεις αβέβαιης αιτιότητας, ιδιαίτερη σημασία αποκτά η δικονομική αντιμετώπιση του ζητήματος. Στο πλαίσιο αυτό κρίσιμη είναι αφενός η κατανομή του βάρους απόδειξης μεταξύ του γιατρού και του ασθενούς και αφετέρου ο βαθμός βεβαιότητας που απαιτείται για τον σχηματισμό της δικανικής κρίσης¹.

Αν για την επιδίκαση της αποζημίωσης στον ζημιωθέντα απαιτείται ο σχηματισμός πλήρους δικανικής πεποίθησης και το βάρος απόδειξης το φέρει ο ασθενής, αυτός, στις υπό εξέταση περιπτώσεις, δεν θα είναι σε θέση να αποδείξει ότι η ζημία που υπέστη οφείλεται αποκλειστικά σε ιατρικό σφάλμα και συνεπώς ο αμελής γιατρός δεν θα υποχρεωθεί να του καταβάλει αποζημίωση. Το αποτέλεσμα αυτό είναι αναμφίβολα ανεπιεικές για τον ασθενή. Επίσης, αν γίνει δεκτός ο προληπτικός χαρακτήρας της υποχρέωσης προς αποζημίωση², δηλαδή η

* Παρέμβαση στο 7ο Συνέδριο της Ένωσης Αστικολόγων με θέμα «Ζητήματα αστικής ευθύνης ιατρών και νοσοκομείων», που πραγματοποιήθηκε στην Αθήνα στις 24 και 25 Νοεμβρίου 2006.

1. Για την αναλυτικότερη παρουσίαση, δογματική θεμελίωση και αξιολόγηση των δυνατοτήτων αυτών βλ. *Φουντεδάκη*, Το πρόβλημα του αιτιώδους συνδέσμου στην ιατρική ευθύνη, ΕΛΔ 1994, 1226 επ., ιδίως 1231 επ.

2. Για διεξοδική κριτική ανάλυση των στόχων της ευθύνης προς αποζημίωση βλ. *Williams*, *The Aims of the Law of Tort*, CLP 4 (1951), 137-176· *Calabresi*, *The Costs of Accidents*, 1970, σ. 26 επ.· *Kötz*, *Ziele des Haftungrechts*, σε *Festschrift für Ernst Steindorff*, 1990, σ. 643 επ. Σημειώνεται ότι στον προληπτικό χαρακτήρα της αποζημίωσης στηρίζεται η οικονομική ανάλυση του δικαίου των αδικοπραξιών. Βλ. σχετικά *Brown*, *Toward an Economic Theory of Liability*, *J. Legal Stud.* 2 (1973),

δυνατότητα της αποζημίωσης να λειτουργεί ως μέσον παροχής κινήτρων για τη λήψη μέτρων αποτροπής της ζημίας, συνάγεται ότι η μη καταβολή αποζημίωσης από τους γιατρούς οδηγεί αναπόφευκτα σε μείωση του μέτρου της επιμέλειας με την οποία ασκούν το επάγγελμά τους³. Οι γιατροί γνωρίζουν ότι αν είναι δυνατόν να επικαλεστούν άλλες πιθανές αιτίες του ζημιογόνου αποτελέσματος δεν θα υποχρεωθούν στην καταβολή αποζημίωσης στον ασθενή, ακόμα και αν είναι αμελείς.

Αν το βάρος απόδειξης αντιστραφεί, το πρόβλημα δεν λύνεται, αλλά μόνο μετατίθεται από τον ασθενή στον γιατρό. Εν προκειμένω, ο γιατρός δεν θα είναι σε θέση να αποδείξει ότι δεν προκάλεσε τη ζημία, γιατί εκ των πραγμάτων, με ορισμένη πιθανότητα, η ζημία οφείλεται στη συμπεριφορά του. Στο πλαίσιο αυτό θα υποχρεούται να καταβάλλει πάντα πλήρη αποζημίωση στην ασθενή. Το ανεπιπλέον αυτό αποτέλεσμα, συνεπιφέρει περαιτέρω δυσμενείς συνέπειες, αν επικρατεί αβεβαιότητα ως προς το απαιτούμενο μέτρο επιμέλειας του γιατρού, όπως κατά κανόνα συμβαίνει, ή αν η ευθύνη του γιατρού είναι αντικειμενική⁴. Το σημαντικότερο πρόβλημα που δημιουργείται εν προκειμένω συνίσταται στην υπερβολική αύξηση του μέτρου επιμέλειας των γιατρών με αποτέλεσμα τη μείωση του αριθμού των ασθενών που κάθε γιατρός αναλαμβάνει καθώς και την αποφυγή αντιμετώπισης δύσκολων περιπτώσεων⁵. Στο πλαίσιο αυτό παρουσιάζεται το φαινόμενο της «αμυντικής ιατρικής», δηλαδή ιατρικής που δεν ασκείται με γνώμονα το συμφέρον του ασθενούς αλλά με σκοπό την αποφυγή ή, σε κάθε περίπτωση, την ελαχιστοποίηση της αστικής ευθύνης του γιατρού. Περαιτέρω, η αύξηση του μέτρου επιμέλειας των γιατρών και η μείωση των ασθενών τους συνεπιφέρει την αύξηση του κόστους παροχής ιατρικών υπηρεσιών, το οποίο εν τέλει μετακυλιεται στους ασθενείς είτε άμεσα, με την αύξηση της αμοιβής των γιατρών, είτε, αν πρόκειται για ασφαλισμένους ασθενείς, έμμεσα, με την αύξηση των ασφαλιστικών εισφορών. Αν οι γιατροί είναι ασφαλισμένοι κατά σφάλματος κατά την άσκηση του επαγγέλματός τους, η ανωτέρω πρακτική θα μπορούσε να οδηγήσει σταδιακά στην κατάρρευση του εν λόγω συστήματος ασφάλισης λόγω

323-349· *Shavell*, Economic Analysis of Accident Law, 1987· *Landes/Posner*, The Economic Structure of Tort Law, 1987.

3. Βλ. ιδίως *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 3η έκδ., 2000, σ. 257.

4. Αν η ευθύνη του γιατρού είναι υποκειμενική και δεν υπάρχει αβεβαιότητα ως προς το απαιτούμενο μέτρο επιμέλειας, ο γιατρός θα υιοθετήσει αυτό το μέτρο επιμέλειας, προκειμένου να μην κριθεί αμελής και συνεπώς να μην υποχρεωθεί να καταβάλει αποζημίωση. Στο πλαίσιο αυτό η αντιστροφή του βάρους απόδειξης δεν οδηγεί σε υπερβολική αύξηση του μέτρου επιμέλειας των γιατρών. Έτσι οι *Schäfer/Ott*, ό.π. (σημ. 4), σ. 257-258. Βλ. επίσης *Shavell*, ό.π. (σημ. 3), σ. 115.

5. Όταν υπάρχει αβεβαιότητα ως προς το απαιτούμενο μέτρο επιμέλειας, ο πιθανός ζημιώσας έχει κατά κανόνα την τάση να λαμβάνει υπερβολικά μέτρα αποτροπής της ζημίας. Βλ. *Craswell/Calfée*, Deterrence and Uncertain Legal Standards, J. L. Econ. & Org. 2 (1986), 279-303, ιδίως 299.

υπέμετρης αύξησης των ασφαλιστρών.

Τα ανωτέρω προβλήματα δεν επιλύονται ούτε με την εισαγωγή αποκλίσεων από την απαίτηση σχηματισμού πλήρους δικανικής πεποίθησης. Σημειώνεται ότι ήδη στη θεωρία της πρόσφορης αιτιότητας ενυπάρχει σχετική απόκλιση, αφού ο δικαστής αρκεί να πεισθεί ότι η βλάβη του συγκεκριμένου ασθενούς προκαλείται *κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων* από ιατρικό σφάλμα⁶. Ακόμα και αν γίνουν δεκτές περαιτέρω αποκλίσεις, ώστε για τη γένεση της υποχρέωσης του γιατρού προς αποζημίωση να αρκεί η πιθανολόγηση της ύπαρξης αιτιώδους συνδέσμου⁷, το υπό εξέταση πρόβλημα δεν επιλύεται, αλλά μόνο περιορίζεται η έντασή του. Αν η πιθανότητα ότι ο γιατρός συνέβαλε στην πρόκληση της βλάβης του ασθενούς είναι μικρότερη του ορίου που απαιτείται προκειμένου να κριθεί αποδεδειγμένος ο αιτιώδης σύνδεσμος, δεν θα στοιχειοθετείται ευθύνη του γιατρού προς αποζημίωση. Κατά συνέπεια, σε περιπτώσεις στις οποίες η συμβολή του ιατρικού σφάλματος στην επέλευση του ζημιογόνου αποτελέσματος συστηματικά υπολείπεται του ανωτέρω ορίου, όπως συμβαίνει στην περίπτωση βαριά ασθενών, μπορεί να αναμένεται ότι το μέτρο επιμέλειας των γιατρών θα είναι ελαττωμένο⁸.

III. Εναλλακτική δυνατότητα - Θεωρητική θεμελίωση

Κοινό χαρακτηριστικό όλων των ανωτέρω (υπό II) προσεγγίσεων είναι ότι κινούνται στο πλαίσιο της αρχής «όλα ή τίποτα», δηλαδή ο ασθενής είτε αποζημιώνεται πλήρως είτε δεν λαμβάνει καμία αποζημίωση για τη βλάβη που υπέστη. Το τελικό αποτέλεσμα δεν μπορεί παρά να είναι ανεπιεικές είτε για τον ασθενή, αν τελικά δεν λάβει αποζημίωση, είτε για τον γιατρό, αν υποχρεωθεί σε πλήρη αποζημίωση, παρά την ενδεχόμενη μόνο σύμπραξή του στην πρόκληση της ζημίας. Σε αυτό το χαρακτηριστικό των ανωτέρω λύσεων συνίσταται και η αδυναμία τους, η αντιμετώπιση της οποίας δεν είναι δυνατή με την παροχή δικονομικών διευκολύνσεων. Στο πλαίσιο αυτό, η προτεινόμενη εναλλακτική δυνατότητα κατ' ανάγκη αποκλίνει από την αρχή «όλα ή τίποτα». Συγκεκριμένα, θα μπορούσε να γίνει δεκτό ότι αποζημίωση οφείλεται σε κάθε περίπτωση

6. Πρβλ. ΑΚ 298 εδ. 2 και *Λιτζερόπουλο* σε ΕρμΑΚ, Εισαγ. άρθρ. 297-300 αρ. 43α· *Σταθόπουλο*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 4η έκδ., 2004, § 8 αρ. 126· *Απ. Γεωργιάδη*, Ενοχικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος, 1999, § 10 αρ. 31.

7. Στο αποτέλεσμα αυτό οδηγεί η εκ πρώτης όψης απόδειξη (*prima facie Beweis*, *Anscheinungsbeweis*), η οποία έχει υποστηριχθεί στη Γερμανία (βλ. *Greger* σε *Zöller ZPO Kommentar*, 26η έκδ., 2007, vor § 284 αρ. 28 επ. ιδίως αρ. 30· *Prütting* σε *MünchKomm ZPO*, 2η έκδ., 2000, § 286 αρ. 48 επ., ιδίως αρ. 64· *Φουντεδάκη*, ό.π. [σημ. 2], ιδίως σ. 1231, με περαιτέρω παραπομπές) καθώς και η αρχή της «υπερέχουσας απόδειξης» (*preponderance of evidence*) του αγγλοσαξονικού δικαίου (βλ. *Phipson on Evidence*, 14η έκδ., 1990, αρ. 4-38).

8. *Shavell*, Uncertainty over Causation and the Determination of Civil Liability, *J. Law & Econ.* 28 (1985), 587-609, ιδίως 596.

αβέβαιης αιτιότητας αλλά η έκτασή της καθορίζεται με βάση την πιθανότητα η βλάβη του ασθενούς να προκλήθηκε από την αμέλεια του γιατρού⁹. Αν λ.χ. ο γιατρός προκάλεσε τη βλάβη του ασθενούς με πιθανότητα 40%, θα οφείλει να καταβάλει το 40% της πλήρους αποζημίωσης.

Η καταβολή στους ζημιωθέντες - ασθενείς μερικής αποζημίωσης, ανάλογης με την πιθανότητα η πρόκληση της ζημίας τους να οφείλεται σε ιατρικό σφάλμα, εξισορροπεί τα συμφέροντα του γιατρού και του ασθενούς και μπορεί να αξιολογηθεί ως τελολογικά ορθότερη, ιδίως αν γίνει δεκτός ο εξέχων προληπτικός χαρακτήρας της αποζημίωσης¹⁰. Αυτό οφείλεται στο γεγονός ότι στο σύνολο των περιπτώσεων αβέβαιης αιτιότητας που αντιμετώπισε ορισμένος γιατρός, η αποζημίωση που τελικά κατέβαλε ισούται με τη ζημία που προκάλεσε¹¹. Στο ανωτέρω παράδειγμα δηλαδή, ο γιατρός θα καταβάλει μερική αποζημίωση (ίση με το 40% της πλήρους αποζημίωσης) σε όλους τους ασθενείς, παρόλο που μόνο στο 40% των περιπτώσεων η βλάβη τους οφείλεται σε ιατρικό σφάλμα. Ωστόσο, το άθροισμα της αποζημίωσης που θα υποχρεωθεί να καταβάλλει ο γιατρός σε όλους τους ασθενείς ισούται με τη συνολική ζημία που προκάλεσε¹². Με τον τρόπο αυτό παρέχονται στους γιατρούς κίνητρα για την υιοθέτηση επαρκούς, αλλά όχι υπερβολικού, μέτρου επιμέλειας.

Περαιτέρω, η προτεινόμενη λύση μπορεί επίσης να θεμελιωθεί και στη βάση ηθικών αρχών. Συγκεκριμένα, για την επίτευξη διορθωτικής δικαιοσύνης απαιτείται ο ζημιώσας να καταβάλει αποζημίωση ίση με τη (συνολική) ζημία που προκάλεσε. Στο μέτρο στο οποίο συμβαίνει αυτό υποστηρίζεται ότι είναι αδιάφορο το αν το ανωτέρω ποσό καταβάλλεται άμεσα στο πρόσωπο το οποίο πραγματικά υπέστη τη βλάβη ή αν «κατατίθεται σε κοινό ταμείο», από το οποίο ικανοποιούνται όλοι οι ζημιωθέντες¹³.

9. Βλ. ιδίως *Shavell*, ό.π. (σημ. 9), σ. 589. Πρβλ. *U. Schweizer*, *Legal Damages at Uncertain Causation*, δημοσιευμένο στην ιστοσελίδα http://www.wipol.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Wirtschaft/Einrichtungen/Wirtschaftspolitik/Mitarbeiter/Prof._Dr._Urs_Schweizer/legal2.pdf (ημερομηνία πρόσβασης 5.2.2007), ο οποίος προτείνει μια παραλλαγή του ανωτέρω κανόνα στη βάση της γαλλικής θεωρίας της «απώλειας ευκαιρίας».

10. Βλ. παραπάνω σημ. 3.

11. Βλ. *Shavell*, ό.π. (σημ. 9), ιδίως σ. 597-598· τον ίδιο ό.π. (σημ. 3), σ. 116. Πρβλ. και *Kahan*, *Causation and Incentives to Take Care under the Negligence Rule*, *J. Legal Stud.* 18 (1989), 427-447, ιδίως 440-441.

12. Το 40% ορισμένου ποσού που καταβάλλεται στο 100% των ζημιωθέντων - ασθενών ισούται με την καταβολή του 100% του ίδιου ποσού στο 40% των ζημιωθέντων - ασθενών.

13. Βλ. *Strudler*, *Mass Torts and Moral Principles*, *Law and Philosophy* 11 (1992), 297-330, ιδίως 327-328· *Porat/Stein*, *Indeterminate Causation and Apportionment of Damages: An Essay on Holtby, Allen, and Fairchild*, *Oxford J. Legal Stud.* 23 (2003), 667-702, ιδίως 677-678.

IV. Εφαρμογή στην πράξη της προτεινόμενης λύσης

Από τη σκοπιά του συγκριτικού δικαίου σημειώνεται ότι η καταβολή αποζημίωσης ανάλογης με την πιθανότητα πρόκλησης της ζημίας από τον υπόχρεο έχει γίνει δεκτή στις Η.Π.Α.¹⁴ και, σε μεμονωμένες περιπτώσεις, στη Μεγάλη Βρετανία¹⁵. Συναφή αποτελέσματα επιτυγχάνονται στη Γαλλία κατ' εφαρμογή της «θεωρίας της απώλειας ευκαιρίας» (*perte d'une chance*)¹⁶, υπό την προϋπόθεση ότι η αξία της ευκαιρίας προσδιορίζεται με αναγωγή στην πιθανότητα η ζημία που υπέστη ο ζημιωθείς - ασθενής να οφείλεται σε ιατρικό σφάλμα.

Στην Ελλάδα η ανωτέρω προσέγγιση των περιπτώσεων αβέβαιης αιτιότητας δεν μπορεί ευχερώς να θεμελιωθεί *de lege lata*¹⁷. Η προτεινόμενη λύση, πάντως, δεν είναι ξένη προς τις νομοθετικές αξιολογήσεις του Έλληνα νομοθέτη. Μια *de lege ferenda* ρύθμιση σύμφωνα με την οποία, αν δεν μπορεί να εξακριβωθεί το αν η βλάβη του ασθενούς οφείλεται σε πράξη προσώπου ή σε άλλους, ενδογενείς, παράγοντες, ο δράστης δεν απαλλάσσεται από την υποχρέωση προς αποζημίωση, αλλά μειώνεται το μέτρο ευθύνης του, συμπορεύεται κατ' αρχήν με τις ΑΚ 926-927.

14. Βλ. μεταξύ άλλων, *D. Fischer*, ό.π. (σημ. 16), ιδίως σ. 642 και εκεί σημ. 201, με πολλές παραπομπές στη νομολογία· *Wright*, Causation in Tort Law, *Cal. L. Rev.* 73 (1985), 1735-1828, ιδίως σ. 1816 και εκεί σημ. 339· *Κανελλοπούλου - Μπότη*, Η προσβολή της πιθανότητας ως περιουσιακή ζημία ή ως ηθική βλάβη, *ΚριτΕ* 2003/2, 253 επ., ιδίως σ. 261-262.

15. Βλ. *Holtby v. Brigham & Cowan (Hull) Ltd* [2000] 3 All ER 421· *Allen v British Rail Engineering Ltd* [2001] EWCA Civ 242.

16. Σημειώνεται ότι η «απώλεια ευκαιρίας» μπορεί να προσεγγιστεί είτε ως τρόπος αντιμετώπισης της διακρίβωσης του αιτιώδους συνδέσμου είτε ως αυτοτελές είδος ζημίας. Βλ. *Mémeteau*, *Perte de chance en droit médical français*, *McGill L. J.* 32 (1986-1987), 125-151· *Le Tourneau/Cadiet*, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 2002, αρ. 1775.

17. Βλ. *Φουντεδάκη*, ό.π. (σημ. 2), σ. 1236 επ., ιδίως σ. 1238. Αντίθετα *Κανελλοπούλου - Μπότη*, ό.π. (σημ. 15), ιδίως σ. 305-307.