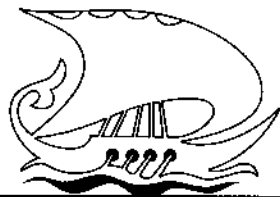




ΕΠΙΘΕΩΡΗΣΗ
ΤΟΥ
ΔΙΚΑΙΟΥ

ΙΟΝΙΟΣ ΕΠΙΘΕΩΡΗΣΗ ΤΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ



ΕΤΗΣΙΑ ΕΚΔΟΣΗ
ΔΙΚΗΓΟΡΙΚΟΥ ΣΥΛΛΟΓΟΥ
ΚΕΡΚΥΡΑΣ

ΔΕΚΕΜΒΡΙΟΣ 2001 - ΤΕΥΧΟΣ 1

**ΚΑΝΕΛΛΟΠΟΥΛΟΥ-
ΜΠΟΤΗ ΜΑΡΙΑ,**

Δέκτορας, Ιόνιο Πανεπιστήμιο

Η πραγματογνωμοσύνη
ως αποδεικτικό μέσο
στις δίκες για πλημμελή
ενημέρωση του ασθενούς-
επισημάνσεις ελληνικού
και αγγλοσαξονικού
δικαίου.



ΝΟΜΙΚΗ
ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ

Μ. ΚΑΝΕΛΛΟΠΟΥΛΟΥ - ΜΠΟΤΗ

Λέκτορας, Ιόνιο Πανεπιστήμιο

**Η ΠΡΑΓΜΑΤΟΓΝΩΜΟΣΥΝΗ
ΩΣ ΑΠΟΔΕΙΚΤΙΚΟ ΜΕΣΟ ΣΤΙΣ ΔΙΚΕΣ
ΓΙΑ ΠΛΗΜΜΕΛΗ ΕΝΗΜΕΡΩΣΗ
ΤΟΥ ΑΣΘΕΝΟΥΣ
- ΕΠΙΣΗΜΑΝΣΕΙΣ ΕΛΛΗΝΙΚΟΥ
ΚΑΙ ΑΓΓΛΟΣΑΞΟΝΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ**

Ανάτυπο από την «ΙΟΝΙΟ ΕΠΙΘΕΩΡΗΣΗ ΤΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ»

Τεύχος 1/Δεκέμβριος 2001



ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ

Η πραγματογνωμοσύνη ως αποδεικτικό μέσο στις δίκες για πλημμελή ενημέρωση του ασθενούς -επισημάνσεις ελληνικού και αγγλοσαξονικού δικαίου

Κανελλοπούλου-Μπότη Μ., Δέκτορας, Ιόνιο Πανεπιστήμιο

Η πλημμέλεια της ενημέρωσης του ασθενούς, σε αντίθεση με την πλημμέλεια της «κλασικής» ιατρικής πράξης, αποτελεί ένα ζήτημα που μόλις τα τελευταία χρόνια έχει αποσπάσει το ενδιαφέρον των νομικών στην Ελλάδα¹. Αλλά και στον αγγλοσαξονικό κόσμο, η «ενημερωμένη συναίνεση» του ασθενούς (informed consent) «γεννήθηκε» μόλις το 1957². Μέχρι σήμερα, δεν έχει γίνει ευρέως γνωστή στην Ελλάδα κάποια δικαστική απόφαση που να κρίνει την ιατρική ευθύνη αποκλειστικά ως ευθύνη για πλημμελή ενημέρωση του ασθενούς³. Στις ελάχιστες αποφάσεις που «αγγίζουν» κάπως την ενημέρωση του ασθενούς, αυτή αναφέρεται περισσότερο σαν ένας δεοντολογικός κανόνας παρά σαν μια αυθεντική υποχρέωση⁴. Όμως, μετά τον νόμο 2619/1998 που κυρώνει την Σύμβαση του Συμβουλίου της Ευρώπης για τα δικαιώματα και την αξιοπρέπεια του ανθρώπου σε σχέση με τις εφαρμογές της βιολογίας και της ιατρικής, υπάρχει αναμφισβήτητα συγκεκριμένος κανόνας δικαίου⁵ στην ελληνική έννομη τάξη που επιβάλλει την ενημέρωση των ασθενών⁶, όσες ελλείψεις κι αν

νεια, φαινομενικά από το πουθενά, στην Salgo v. Leland...», Katz, *The Silent World Of Doctor and Patient*, 1983, σ. 60.

3. Βλ. Κανελλοπούλου-Μπότη, ό.π., σ. 13 επ. Από τα κλασικά παραδείγματα στο αγγλοσαξονικό δίκαιο, θα μπορούσαμε να έχουμε μια αγωγή ασθενούς κατά ιατρού γιατί, ενώ του πρότεινε μια θεραπεία, παρέλειψε να αναφέρει και τους κινδύνους της, οι οποίοι πραγματοποιήθηκαν, ώστε ο ασθενής τελικά να υποστεί σωματικές βλάβες. Πρέπει να τονίσουμε εδώ ότι η πλημμέλεια της ενημέρωσης είναι απόλυτα ανεξάρτητη από την τυχόν πλημμέλεια της πράξης: δηλαδή, δεν μας ενδιαφέρει, στο παράδειγμά μας, εάν η θεραπεία εκτελέστηκε από τον ιατρό κατά τους κανόνες της επιστήμης (lege artis). Ο ιατρός θα φέρει αστική ευθύνη να αποζημιώσει τον ασθενή για τις σωματικές βλάβες τις οποίες υπέστη. Το ίδιο θα συμβαίνει και όταν, για παράδειγμα πάλι, ο ιατρός παραλείψει παράνομα να αναφέρει ότι υπάρχουν και άλλες θεραπείες εκτός από εκείνη που προτείνει και ο ασθενής πάθει σωματικές βλάβες από την θεραπεία που τελικά ακολούθησε. Και πάλι, είναι αδιάφορο αν η θεραπεία, η εγχείρηση κλπ εκτελέστηκε lege artis.

4. Βλ. π.χ. ΠολΠρΑθ 6890/1985, EEN 53(1986), 197.

5. Στο άρθρο 5 του νόμου αναφέρεται ότι επέμβαση σε θέματα υγείας μπορεί να υπάρξει μόνο αφού το ενδιαφερόμενο πρόσωπο δώσει προηγουμένως την ελεύθερη συναίνεσή του. Στη διάταξη προστίθεται ότι η ενημέρωση πρέπει να καλύπτει τον σκοπό, τη φύση της επέμβασης καθώς και τα επακόλουθα και τους κινδύνους που αυτή συνεπάγεται. Επίσης, στο άρθρο 10 του νόμου, του κεφαλαίου περί προσωπικής ζωής και δικαιώματος στην ενημέρωση, αναφέρεται ότι όλοι έχουν δικαίωμα σεβασμού της προσωπικής τους ζωής σε σχέση με την πληροφόρηση για την κατάσταση της υγείας τους, καθώς και ότι όλοι δικαιούνται να λαμβάνουν γνώση κάθε πληροφορίας σχετικής με την κατάσταση της υγείας τους. Ο νόμος αυτός, ως κύρωση διεθνούς Σύμβασης, έχει αυξημένη τυπική ισχύ έναντι της εσωτερικής νομοθεσίας (Σ αρ. 28).

6. Αλλά και εκτός από την αδικοπράξια, στην οποία μας οδηγεί η παραβίαση του παραπάνω

1. Η πρώτη μονογραφία που αναφέρεται αποκλειστικά στην υποχρέωση ενημέρωσης του ασθενούς (ελληνικό δίκαιο και γερμανική νομολογία) είναι εκείνη της Ανδρουλιδάκη-Δημητριάδη Ι., Η υποχρέωση ενημέρωσης του ασθενούς, 1993. Βλ. και Κανελλοπούλου-Μπότη, Ιατρική ευθύνη για πλημμελή ή για ανύπαρκτη ενημέρωση του ασθενούς στο ελληνικό και το αγγλοσαξονικό δίκαιο, 1999. Η υποχρέωση ενημέρωσης ως αυτοτελής συναλλακτική, νομική, υποχρέωση των ιατρών προς τους ασθενείς τους αναφέρεται και από τον Καρακώστα, Η αστική ευθύνη του ιατρού στο κοινοτικό δίκαιο, Αρμ 48, 1994, 15, 249 και Φουντεδάκη, Το πρόβλημα του αιτιώδους συνδέσμου στην ιατρική ευθύνη, ΕλλΔ 35 (1994), 1226, 1227.

2. Με την υπόθεση Salgo v. Leland Stanford University Board of Trustees, 317 P.2d 170. Cal. Dis. Ct. App., 1957. «Η θεωρία της ενημερωμένης συναίνεσης του ασθενούς βγήκε στην επιφάνεια,

έχει αυτός ο κανόνας⁷. Μπορεί, επομένως, να υποστηριχθεί ότι το πρόβλημα των νομικών ως προς τη θεμελίωση της παραβίασης της υποχρέωσης ενημέρωσης σε κάποια νομική βάση, έχει κατά κάποιο τρόπο (ικανοποιητικό ή μη) λυθεί⁸.

Μια έρευνα, όμως, στην απόδειξη της αγωγής λόγω πλημμελούς ενημέρωσης του ασθενούς δείχνει πόσο σοβαρά δικονομικά προβλήματα μπορεί να προκύψουν, ακόμη κι όταν η δυσχερής αναζήτηση της κατάλληλης νομικής βάσης έχει καταλήξει σε κάποιο αποτέλεσμα. Η ίδια έρευνα δείχνει επίσης πόσο άμεσα και καθοριστικά επιδρούν οι δικονομικοί κανόνες στην ικανοποίηση ουσιαστικών δικαιωμάτων, εδώ της αποζημίωσης των ασθενών λόγω πλημμελούς ενημέρωσης.

1. Η πραγματογνωμοσύνη και η αγωγή για πλημμελή ενημέρωση του ασθενούς

Το αποδεικτικό μέσο που μας ενδιαφέρει εδώ είναι η πραγματογνωμοσύνη γιατί αυτό είναι το αποδεικτικό μέσο που παίζει κύριο ρόλο στις αγωγές με βάση την ιατρική ευθύνη⁹.

Η πραγματογνωμοσύνη γενικά δεν είναι υποχρεωτική ούτε στην Ελλάδα¹⁰ ούτε στις ΗΠΑ¹¹. Η γενική τάση στις ΗΠΑ είναι να γίνεται δεκτή η κατάθεση του ειδικού, ακόμη και για θέματα που αφορούν κοινές γνώσεις, αν είναι δύσκολη η εξήγηση και κατανόησή τους¹². Οι δικαστές δεν έχουν ειδικές ιατρικές γνώσεις, έτσι είναι φυσικό συνήθως να βοηθούνται ιδιαίτερα από τις καταθέσεις των πραγματογνωμόνων σχετικά με την αμελή ή όχι συμπεριφορά του εναγομένου ιατρού¹³. Στην Ελλάδα, η κρίση του Δικαστηρίου για την ανάγκη διορισμού πραγματογνώμονα, πάντως, έχει δικονομικό χαρακτήρα και πρέ-

νόμου, υπάρχουν και οι διατάξεις προστασίας της προσωπικότητας, οι οποίες επίσης υποστηρίζονται ως η πιο κατάλληλη νομική βάση αγωγών για πλημμελή ενημέρωση του ασθενούς, βλ. Ανδρουλιδάκη, ό.π., σ. 148 όσον αφορά τις αυθαίρετες ιατρικές πράξεις και Κανελλοπούλου, ό.π., σ. 41, γενικά για όλες τις υποθέσεις όπου παραβιάστηκε η υποχρέωση ενημέρωσης.

7. Όπως ο στενός σύνδεσμος της ενημέρωσης με τη συναίνεση σε ιατρική πράξη, η έλλειψη ειδικής πρόβλεψης για την ικανοποίηση της ηθικής βλάβης λόγω πλημμελούς ενημέρωσης, η έλλειψη γενικά κυρώσεων κλπ.

8. Πρβλ. και νέο άρθρο του ελληνικού Συντάγματος 5Α: «Καθένας έχει δικαίωμα στην πληροφόρηση... Καθένας έχει δικαίωμα συμμετοχής στην Κοινωνία της Πληροφορίας».

9. Οι έγγραφες συναινέσεις των ασθενών και η εξέταση των διαδικών επίσης αποτελούν σημαντικά αποδεικτικά μέσα στις σχετικές αγωγές.

10. «...Στο αποδεικτικό μέσο της πραγματογνωμοσύνης προσφεύγει ο δικαστής όταν πρόκειται για ζητήματα για την αντίληψη των οποίων απαιτούνται ειδικές ή ιδιαίζουσες γνώσεις επιστήμης ή τέχνης...», Κεραμείς, Αστικό Δικονομικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος, 1986, σ. 435. Βλ. και άρ. 368 Ι, ΙΙ ΚΠολΔ. Βλ. επίσης και ΑΠ 967/1981, ΑΠ 477/1981, ανέλεγκτος η κρίση του Δικαστηρίου για την διεξαγωγή πραγματογνωμοσύνης. Εάν υπάρχει θέμα που απαιτεί ιδιαίζουσες γνώσεις επιστήμης ή τέχνης και ζητηθεί, διατάσσεται υποχρεωτικά πραγματογνωμοσύνη, ΑΠ 438/76 ΑρχΝ 27, 776, 49/75 ΑρχΝ 26, 478, 201/74 ΕΕΝ 41, 738, 754/71 ΝοΒ 20, 461. Επίσης, βλ. ΑΠ 412/85 και ΕφΑθ 301/1985, «...εναπόκειται στην κρίση του Δικαστηρίου να διατάξει πραγματογνωμοσύνη, εκτός αν υποβληθεί σχετικό αίτημα και, κατά την κρίση του Δικαστηρίου, απαιτούνται για την αντίληψη του θέματος ιδιαίζουσες γνώσεις (ΚΠολΔ 368). Και το δευτεροβάθμιο δικαστήριο μπορεί, πάντως, να διατάξει πραγματογνωμοσύνη για τη συμπλήρωση των αποδείξεων, αν κρίνει ότι τούτο είναι αναγκαίο για την πληρέστερη αντίληψη του αποδεικτέου θέματος (ΚΠολΔ 529, 533, 535)...». Η κρίση, όμως, του Δικαστηρίου αν για την αντίληψη του ζητήματος απαιτούνται ιδιαίζουσες γνώσεις κλπ δεν υπόκειται στον έλεγχο του Αρείου Πάγου, ΑΠ 61/84 Αρχ.Ν. 36, 74.

11. Πολλές δικαστικές αποφάσεις απορρίπτουν το σχετικό αίτημα (Housman v. Fiddymont, 421 S.W.2d 284, Mo. 1967, απόρριψη αιτήματος διενέργειας πραγματογνωμοσύνης για να αποδειχθεί πόσο γρήγορα μπορεί ένας άνθρωπος να περπατήσει, Hill v. Lee, 209 Va. 569, 166 S.E.2d 274, 1969, απόρριψη παρόμοιου αιτήματος για να αποδειχθεί αν ένα αυτοκίνητο θα άφηνε ίχνη στο χώμα).

12. Mc Cormick, Evidence, 1991, σ. 33επ. Το κριτήριο είναι αν θα βοηθηθούν οι ένορκοι ή αν, αντίθετα, θα χαθεί πολύτιμος χρόνος.

13. Μάλιστα, στο αγγλοσαξονικό δίκαιο οι ιατρικές υποθέσεις ήταν και οι πρώτες στις οποίες έγινε χρήση του αποδεικτικού μέσου της πραγματογνωμοσύνης, ενώ μετά η χρήση του επεκτάθηκε. «...Σε δίκες για σωματικές βλάβες καταθέτουν οικονομολόγοι...σε δίκες που αφορούν την ανακατασκευή κτιρίων καταθέτουν μηχανικοί και αρχιτέκτονες...», Mauet, Fundamentals of Trial Techniques, 1988, σ. 119.

πει να απολογείται επαρκώς¹⁴. Οπωσδήποτε όμως, είναι κοινός τόπος ότι σε κάθε δίκη που αφορά ιατρική ευθύνη, καλούνται ιατροί πραγματογνώμονες ή τεχνικοί σύμβουλοι να καταθέσουν¹⁵.

Στις δίκες λόγω της «κλασικής» ιατρικής αμέλειας, δηλαδή λόγω της ευθύνης για πλημμελή ιατρική πράξη, ο ρόλος της πραγματογνωμοσύνης είναι τόσο καίριος όσο και προφανής: ο πραγματογνώμονας επιχειρεί να στηρίξει ότι η συμπεριφορά του εναγομένου ιατρού υπήρξε ή δεν υπήρξε αμελής, δηλαδή σύμφωνη ή όχι με τους αναγνωρισμένους κανόνες της ιατρικής επιστήμης¹⁶. Υποτίθεται δηλαδή ότι υπάρχει πάντοτε ένας «lex artis»¹⁷ για την αντιμετώπιση κάθε περιστατικού, ή τουλάχιστο μια συμπεριφορά δίκαια αναμενόμενη από έναν μέσο ιατρό της ειδικότητας του εναγομένου¹⁸.

Στις δίκες για πλημμελή ενημέρωση του ασθενούς είναι λογικό να υποθέσουμε, παρά τις διαφωνίες των θεωρητικών¹⁹, ότι λόγω της ισχυρότατης προσκόλλησης των Δικαστηρίων στην ιατρική ευθύνη ως ευθύνη για αμέλεια, αυτή η νομική βάση θα επικρατήσει προς το παρόν και στις υποθέσεις πλημμελούς ενημέρωσης. Και στο αγγλοσαξονικό δίκαιο, άλλωστε, αυτή η νομική βάση έχει επικρατήσει στις υποθέσεις πλημμελούς ενημέρωσης των ασθενών²⁰.

Ιατρική ευθύνη για πλημμελή ενημέρωση του ασθενούς ως ευθύνη για αμέλεια²¹ (ΑΚ 914) μπορεί να σημαίνει ένα από τα ακόλουθα δύο²² πράγματα:

1. Ότι ο ενάγων-ασθενής θα πρέπει να αποδείξει ότι ο εναγόμενος ιατρός δεν τον ενημέρωσε κατά τον τρόπο που ένας άλλος, μέσος συνετός ιατρός της ίδιας ειδι-

σία και αφοσίωση την ιατρική του συνδρομή, σύμφωνα με τις θεμελιώδεις αρχές της ιατρικής επιστήμης και της κτηθείσας πείρας, τηρώντας τις ισχύουσες διατάξεις για την διαφύλαξη των ασθενών και προστασίας των υγιών σε συνδυασμό με τα άρθρα ΑΚ 330 και ΑΚ 914. Από τα άρθρα αυτά προκύπτει ότι ο ιατρός οφείλει αποζημίωση αν ενεργήσει με δόλο ή αμέλεια, η αμέλεια δε προκύπτει όταν ο ιατρός προβεί σε ενέργεια ή παράλειψη κατά παράβαση των διδαγμάτων της ιατρικής επιστήμης, έστω κι αν είναι ελαφρά...ενώ ουδεμία ευθύνη φέρει εάν ενήργησε κατά τους πιο πάνω κανόνες (lege artis) και ειδικότερα όπως θα ενεργούσε κάτω από τις ίδιες συνθήκες και περιστάσεις και τα μέσα που είχε στη διάθεσή του ένας μέσος συνετός και επιμελής ιατρός...», ΕφΑθ 197/1988, ΕλλΔ 29 (1988), σ. 1239.

19. Βλ. Ανδρουλιδάκη, ό.π., Κανελλοπούλου, ό.π., επίσης βλ. Καράκωστα, Η αστική ευθύνη του ιατρού στο κοινοτικό δίκαιο, Αρμ 48, 1994, 15, 245 ο οποίος επίσης αναφέρεται στο αρ. 57ΑΚ. Για το αγγλοσαξονικό δίκαιο, ανάμεσα σε άλλους, Katz, ό.π., Shultz, From Informed Consent to Patient Choice: A New Protected Interest, 95 Yale LJ 2, 219, 1985.
20. Η νομική βάση της αμέλειας επικράτησε έναντι της νομικής βάσης της βιαιοπραγίας (battery). Το ειδικό αδίκημα της βιαιοπραγίας μπορούσε να στοιχειοθετηθεί κάθε φορά που ο ιατρός προέβαινε σε φυσική επαφή με τον ασθενή χωρίς τη συναίνεσή του. Τελικά, με την *Natanson v. Kline* (350 P.2d 1093, Kan. 1960) επικράτησε η νομική βάση της αμέλειας στις υποθέσεις ελαττωματικής ενημέρωσης. Βλ. Κανελλοπούλου, ό.π., σ. 28 επ.
21. Υπενθυμίζεται εδώ ότι η διπλή λειτουργία της αμέλειας (βλ. Σταθόπουλο, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 1998, σ. 117 επ, βλ. και Γεωργιάδη, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 1999, σ. 242 επ.) Στην ιατρική ευθύνη ειδικά, η ίδια πράξη μπορεί να πληροί και την προϋπόθεση του παρανόμου και την προϋπόθεση της υπαιτιότητας. (Π.χ παράβαση της υποχρέωσης ενημέρωσης που συνιστά από μόνη της και την παράνομη και την υπαίτια πράξη ταυτόχρονα). Αλλά βέβαια η παραβίαση της υποχρέωσης ενημέρωσης μπορεί να προκύπτει και με βάση συγκεκριμένο νόμο, όπως ο ν. 2619/1998 που αναφέρεται παραπάνω, οπότε προκύπτει από εκεί το παράνομο της πράξης.
22. Δεν περιλαμβάνεται εδώ η απόδειξη της αγωγής με βάση το υποκειμενικό κριτήριο-του συγκεκριμένου ασθενούς-(παράλειψη πληροφόρησης που ο συγκεκριμένος ασθενής ήθελε να γνωρίζει=αμελής ενημέρωση) γιατί θεωρείται ότι είναι πολύ αμφίβολο εάν θα μπορούσε αυτή τη στιγμή να εφαρμοσθεί στην πράξη από ελληνικά δικαστήρια. Για το κριτήριο αυτό και την υπεροχή του βλ. Κανελλοπούλου, ό.π., σ. 121 επ.

14. Βλ. ΕφΑθ 210/1987, ΝοΒ 35 (1987) 1415, δίκη για την απόδειξη πατρότητας του τέκνου με ιατρική πραγματογνωμοσύνη.

15. Ιδιαίτερα για την πραγματογνωμοσύνη στα πλαίσια όμως ποινικής δίκης βλ. Κουτσελίνη, Βασικές Αρχές Βιοηθικής, Ιατρικής Δεοντολογίας και Ιατρικής Ευθύνης, (εκδ. Παρισιάνος), 1999, σ. 89.

16. Κατά πάγια έκφραση στις σχετικές δικαστικές αποφάσεις.

17. Βλ. και Κουτσελίνη, ό.π., σ. 71 επ.

18. Μια από τις πιο αντιπροσωπευτικές διατυπώσεις της ιατρικής ευθύνης είναι η εξής: «...ο ιατρός οφείλει να παρέχει με ζήλο, ευσυνειδη-

κόπτητας θα τον ενημέρωνε, οπότε αυτή η συμπεριφορά θα κρινόταν αμελής (ιατρικό κριτήριο). Για παράδειγμα, θα πρέπει να αποδείξει ότι ο ιατρός παρέλειψε να αναφέρει έναν μετεγχειρητικό κίνδυνο ή μια εναλλακτική θεραπεία, ενώ ένας άλλος, μέσος ικανός ιατρός θα προέβαινε, αντίθετα, σε αυτή την ενημέρωση²³. Για να αποδείξει ο ασθενής αυτόν τον ισχυρισμό, πρέπει να επικαλεσθεί την κατάθεση του πραγματογνώμονα. Σε αυτή την περίπτωση, είναι φανερό ότι δεν γίνεται κανείς ουσιαστικός διαχωρισμός της ενημέρωσης από την «κλασική» ιατρική πράξη²⁴.

2. Ότι ο ενάγων-ασθενής θα πρέπει να αποδείξει ότι ο εναγόμενος ιατρός δεν τον ενημέρωσε κατά τον τρόπο που ένας άλλος, μέσος λογικός ασθενής θα ήθελε να ενημερωθεί, οπότε αυτή η συμπεριφορά θα κρινόταν αμελής (κριτήριο του μέσου λογικού ασθενούς). Για παράδειγμα, θα πρέπει να αποδείξει ότι ο ιατρός παρέλειψε να αναφέρει έναν μετεγχειρητικό κίνδυνο ή μια εναλλακτική θεραπεία, ενώ ένας μέσος λογικός ασθενής θα ήθελε να έχει αυτήν την πληροφορία. Εδώ η ανάγκη και τα όρια της πραγματογνωμοσύνης δεν είναι καταρχήν τόσο ευκρινή.

Η εκδοχή υπό (1) ισχύει και στις Πολιτείες των ΗΠΑ και στην Αγγλία²⁵, όπου ισχύει το κριτήριο του μέσου συνετού ιατρού (ιατρικό κριτήριο) στις υποθέσεις πλημμελούς ενημέρωσης. Το ιατρικό κριτήριο σημαίνει ακριβώς ότι και στην ενημέρωση του ασθενούς, καθοριστικό είναι το μέτρο και οι συνήθειες ενημέρωσης των ιατρών: αν υπάρχει συγκεκριμένα πρακτική ενημέρωση ως προς την πληροφορία που παραλείφθηκε, τότε ο εναγόμενος ιατρός υπήρξε αμελής και ευθύνεται (και όχι εάν παρέλειψε μια πληροφορία που ο μέσος συνετός ασθενής θα ήθελε να γνωρίζει).

Εφόσον ισχύει το, κατά τα ανωτέρω, ιατρικό κριτήριο, υπό (1), δεν τίθεται κανένα ζήτημα περί της ανάγκης διενέργειας πραγματογνωμοσύνης. Το αποδεικτικό αυτό μέσο θα διατάσσεται υποχρεωτικά από το Δικαστήριο, ώστε να αποδειχθεί ποια θα ήταν η ενημέρωση στην οποία θα προέβαινε ένας μέσος συνετός ιατρός της ειδικότητας του εναγόμενου. Για αυτόν τον λόγο, εδώ αναλύονται τα θέματα που μπορεί να προκύψουν όταν, αντίθετα, ισχύει το κριτήριο του μέσου λογι-

κού ασθενούς ως κριτήριο αμελούς συμπεριφοράς.

Όπως αναφέρθηκε, δεν έχουμε ακόμη κάποια ελληνική νομολογία που να απαντά στο ερώτημα του κριτηρίου της ενημέρωσης. Όμως, οι θεωρητικοί²⁶ στηρίζουν το κριτήριο του μέσου λογικού ασθενούς, έστω ως προτιμότερο από το ιατρικό²⁷, οπότε ίσως αυτές οι απόψεις γίνουν δεκτές και από τα δικαστήρια σε δίκες λόγω πλημμελούς ιατρικής ενημέρωσης.

2. Κριτήριο του μέσου λογικού ασθενούς, πραγματογνωμοσύνη και πληροφορίες: η ανασφάλεια και η διστακτικότητα του δικαστή και η ισχυρή επιρροή της παράδοσης

Το κριτήριο του μέσου λογικού ασθενούς έχει κι αυτό επικρατήσει σε κάποιες χώρες²⁸ και σε μερικές Πολιτείες των ΗΠΑ²⁹. Η επιλογή του κριτηρίου ενημέρωσης έχει ιδιαίτερη

23. Επίσης πρέπει να αποδείξει τη ζημία του και την αιτιώδη συνάφεια μεταξύ του νομίμου λόγου ευθύνης (εδώ, της αμέλειας ως προς την ενημέρωση) και της ζημίας αυτής, ώστε να αποζημιωθεί.

24. Ως προς το γιατί όμως σαφώς και υπάρχει ο διαχωρισμός αυτός βλ. Κανελλοπούλου, ό.π., ΧΧΙ και παρακάτω στο παρόν κείμενο.

25. Στις μισές περίπου από τις Πολιτείες των ΗΠΑ ισχύει αυτό το ιατρικό κριτήριο αμέλειας ως προς την ενημέρωση (the physician standard), βλ. Furrow, Johnson et al. *Medical Law US*, Kluwer Encyclopaedia of Laws, σ. 88 επ. Επίσης, αυτό το κριτήριο έχει επικρατήσει στην Αγγλία, *Sidaway v. Bethlem Royal Hospital Governors*, (1984), 1 All ER 1018 (CA), (1985) AC 871, (1985) 1 All ER 643, HL.

26. Βλ. Ανδρουλιδάκη, η οποία αναφέρει και την παρόμοια θέση της γερμανικής νομολογίας, ό.π., σ. 273, Ψαρούδα-Μπένακη Α., Το καθήκον διαφώτισεως του ασθενούς ως προϋπόθεση της συναισθησής του, *ΠοινΧρ ΚΔ*, 1974, σ. 641, 647.

27. Κανελλοπούλου, ό.π., σ. 118.

28. Καναδάς (*Reibl v. Hughes*, 1980, 1 SCR 880), Αυστραλία (*F v. R.*, 1983, 33 SASR 189), Ιρλανδία (βλ. Tomkin & Hannafin, *Medical Law Ireland*, Kluwer Encyclopaedia of Laws, Ireland, σ. 86).

29. Αλάσκα (*Korman v. Mallin*, 858 P.2d 1251, NJSuperl 1991), Connecticut (*Gemme v. Goldberg*, 626 A.2d 318 Conn. App. 1993).

σημασία στην απόδειξη της αγωγής, γιατί όταν ισχύει το κριτήριο του μέσου, λογικού ασθενούς, υποθέτει κανείς καταρχήν ότι δεν χρειάζεται κατάθεση πραγματογνώμονα για να στηρίξει την αμέλεια του ιατρού ως προς την ενημέρωση και ότι ο δικαστής ή οι ένορκοι μπορούν να κρίνουν αν ένας μέσος συνετός ασθενής θα ήθελε να είχε λάβει γνώση κάποιας ιατρικής πληροφορίας.

Ακριβώς επειδή δεν έχουμε ελληνικές δικαστικές αποφάσεις που να μας δείχνουν τον δρόμο που θα ακολουθήσει ένα ελληνικό Δικαστήριο σε σχέση με την πραγματογνωμοσύνη και την αμέλεια ως προς την ενημέρωση, είναι χρήσιμο να αντλήσουμε στοιχεία από το αγγλοσαξονικό δίκαιο που έχει επανειλημμένως ασχοληθεί με παρόμοιες υποθέσεις, χωρίς να υπάρχει ούτε εκεί ακόμη μια πάγια θέση της νομολογίας.

Η πρώτη απόφαση που δέχθηκε στις ΗΠΑ αγωγή για έλλειψη ενημερωμένης συναίνεσης (αγωγή λόγω πλημμελούς ενημέρωσης) χωρίς να αποδειχθεί με πραγματογνωμοσύνη ήταν η *Canterbury v. Spence*³⁰. Ο ασθενής, δέκα εννέα ετών, δεν ενημερώθηκε ότι η εγχείρηση στην σπονδυλική του στήλη που του πρότεινε ο ιατρός του επεφύλασσε τον κίνδυνο της παράλυσης. Έδωσε τη συναίνεσή του στην επέμβαση, αλλά τελικά παρέλυσε. Κατέθεσε αγωγή για ιατρική αμέλεια. Στο Πρωτοδικείο η αγωγή του απορρίφθηκε γιατί δεν επικαλέστηκε την κατάθεση ειδικού ιατρού πραγματογνώμονα, ο οποίος θα κατέθετε υπέρ του. Το Εφετείο εξαφάνισε την απόφαση αυτή και δέθηκε ότι η αγωγή έπρεπε να δικαστεί χωρίς την κατάθεση πραγματογνώμονα γιατί «...ο σεβασμός προς το δικαίωμα της αυτοδιάθεσης του ασθενούς...επιβάλλει ένα κριτήριο ευθύνης καθορισμένο από τον νόμο για τους ιατρούς και όχι ένα κριτήριο το οποίο οι ιατροί θα έχουν την διακριτική ευχέρεια να επιβάλλουν ή να μην επιβάλλουν στον εαυτό τους...στις περιπτώσεις όπου η δραστηριότητα του ιατρού δεν έχει σχέση με την ικανότητά του και την γνώση του - και η ενημέρωση εμπίπτει σε αυτές - δεν υπάρχει πεδίο εφαρμογής του ιατρικού κριτηρίου...το ιατρικό έθιμο δεν μπορεί να αποτελεί το κριτήριο της ευθύνης...»³¹.

Στην ίδια γραμμή, σε Πολιτείες που ακολουθούν σήμερα το κριτήριο του μέσου λογικού ασθενούς έχουμε αποφάσεις που κρίνουν ότι

δεν απαιτείται η κατάθεση του πραγματογνώμονα για να αποδειχθεί η αμέλεια της ενημέρωσης³². Πέντε Πολιτείες μάλιστα έχουν εκδώσει νόμους κατά τους οποίους η απόδειξη της πλημμελίας της ενημέρωσης δεν απαιτεί την κατάθεση πραγματογνώμονα³³.

Σημαίνει αυτό άραγε ότι, στις ένομες τάξεις όπου έχει επικρατήσει το κριτήριο του μέσου λογικού ασθενούς, ο ενάγων ασθενής έχει πλέον απαλλαγεί από την υποχρέωση να επικαλεσθεί την κατάθεση του πραγματογνώμονα; Επομένως, σημαίνει άραγε ότι και στην Ελλάδα, αν το Δικαστήριο δεχθεί σαν κριτήριο της αμέλειας ως προς την ενημέρωση το κριτήριο του μέσου λογικού ασθενούς (παραπάνω υπό 2), τότε και οι έλληνες ενάγοντες δεν θα χρειάζονται αυτό το αποδεικτικό μέσο;

Η αληθινή εικόνα είναι διαφορετική. Παρά τα παραπάνω, ήδη από την υπόθεση *Canterbury v. Spence*³⁴, τα δικαστήρια έχουν προβεί σε έναν διαχωρισμό του είδους των πληροφοριών προς τον ασθενή και έχουν δεχθεί και επιβάλλει την πραγματογνωμοσύνη για συγκεκριμένες από τις πληροφορίες που αποτελούν το νόμιμο περιεχόμενο της ενημέρωσης. Έτσι, για παράδειγμα, στην υπόθεση *Cross v. Trapp*³⁵, σε Πολιτεία που ακολουθεί το κριτήριο τους μέσου συνετού ασθενούς, κρίθηκε ότι απαιτείται η κατάθεση πραγματογνώμονα ώστε να απαντηθούν οι εξής ερωτήσεις:

- α. Ποιους κινδύνους επιφυλάσσει η θεραπεία;
- β. Ποιες ήταν οι εναλλακτικές θεραπείες ως προς εκείνη που ακολουθήθηκε;
- γ. Ποια θα ήταν τα πιθανά αποτελέσματα, εάν ο ασθενής δεν είχε ακολουθήσει καμία θεραπεία;

30. 464 F.2d 772 DCCircuit 1972.

31. *Canterbury v. Spence*, ό.π.

32. Π.χ. *Korman v. Mallin*, (Αλάσκα), για να αποδειχθεί ότι ο ιατρός εσφαλμένα δεν ενημέρωσε την ασθενή για τον κίνδυνο ουλών στο στήθος μετά από πλαστική εγχείρηση στήθους δεν χρειάζεται η κατάθεση πραγματογνώμονα).

33. *Furrow et al.*, ό.π.

34. Ό.π.

35. 294 S.E.2d 446. 1982.

Ανάλογα, στην υπόθεση *Festa v. Greenberg*³⁶ το Δικαστήριο έκρινε ότι η πραγματογνωμοσύνη απαιτείται για να αποδειχθεί ποιες θεραπείες υπήρχαν και ποιους κινδύνους επεφύλασσαν. Στην υπόθεση *Behringer Est. v. Princeton Medical Ctr.*³⁷, που αφορούσε αγωγές ασθενών που παραπονούνταν ότι ο χειρουργός Behringer τους χειρούργησε χωρίς να τους ενημερώσει ότι έπασχε από AIDS, η κατάθεση του πραγματογνώμονα έγινε δεκτή για να απαντηθούν οι εξής ερωτήσεις:

- α. Ποιες είναι οι πιθανότητες μετάδοσης του ιού HIV από χειρουργό σε ασθενή;
- β. Ποιες είναι οι σύγχρονες μέθοδοι αντιμετώπισης του AIDS;
- γ. Ποιες πληροφορίες έχουμε από τις τελευταίες έρευνες μετάδοσης του ιού από ιατρούς σε ασθενείς;

Απροκάλυπτα, επίσης, το Ανώτατο Δικαστήριο της Καλιφόρνια στην υπόθεση *Arato v. Avedon*³⁸, έκρινε, αντίθετα από το Εφετείο, ότι η πραγματογνωμοσύνη απαιτείται για κάθε άλλη πληροφορία εκτός από εκείνη που αφορούσε τους κινδύνους της ιατρικής πράξης: «...οι σχετικές πληροφορίες (για τις οποίες ο ασθενής δεν είχε ενημερωθεί) δεν αφορούσαν ιατρικούς κινδύνους...επομένως, η ενημέρωση ως προς αυτές θα κριθεί με βάση το ιατρικό κριτήριο...». Στην *Arato v. Avedon*³⁹, ο ασθενής από καρκίνο του παγκρέατος έδωσε τη συναίνεσή του σε πειραματικές θεραπείες, οι οποίες είχαν ελαχιστότατες πιθανότητες να επιτύχουν την επιμήκυνση της ζωής του, χωρίς να ενημερωθεί για αυτές τις πιθανότητες. Το Δικαστήριο έκανε δηλαδή ένα πρωτοφανές βήμα: αποφάσισε ότι είναι δυνατόν, στην ίδια Πολιτεία, να ισχύσουν και τα δύο κριτήρια ενημέρωσης μαζί, ανάλογα με το είδος της πληροφορίας που παραλείφθηκε.

Φαίνεται λοιπόν ότι κάποιοι αγγλοσάξονες δικαστές διστάζουν να εκδώσουν αποφάσεις σε μια αγωγή για πλημμελή ενημέρωση χωρίς την πραγματογνωμοσύνη, ακόμη κι όταν το κριτήριο της αμέλειας είναι εκείνο του μέσου λογικού ασθενούς. Ίσως λοιπόν και οι έλληνες δικαστές, μπροστά στην εκτεταμένη και πολύχρονη χρήση του αποδεικτικού μέσου της πραγματογνωμοσύνης στις δίκες για ιατρική αμέλεια, την έλλειψη σχετικής νομολογίας και την μικρή ακόμη συμβολή της

θεωρίας, να διστάζουν ακόμη περισσότερο από τους αγγλοσάξονες συναδέλφους τους.

3. Οι «κίνδυνοι» της πραγματογνωμοσύνης

Οι ανησυχίες για τη χρήση ή όχι του αποδεικτικού μέσου της πραγματογνωμοσύνης στην απόδειξη της αγωγής λόγω πλημμελούς ενημέρωσης μπορεί με την πρώτη ματιά να φαίνονται αδικαιολόγητες. Πράγματι, ούτε οι δικαστές δεν μπορούν να γνωρίζουν ποιοι είναι οι κίνδυνοι μιας επέμβασης ή ποιες είναι οι εναλλακτικές θεραπείες μιας ασθένειας. Αναμφίβολα, αν αυτές είναι οι πληροφορίες που πρέπει να αποδειχθούν, τότε αναμφίβολα αποτελούν ζητήματα που απαιτούν ειδικές ή ιδιαίτερες γνώσεις, κατά τον ελληνικό νόμο. Έτσι, μπορεί να φαίνεται «αθώα» η κατάθεση των πραγματογνώμων για τα ζητήματα αυτά. Άλλωστε, το γνωστό πρόβλημα του κόστους των υπηρεσιών ενός τεχνικού συμβούλου για τα μέρη, ή ακόμη και οι σοβαρές δυσχέρειες ανεύρεσης αυτού του τεχνικού συμβούλου, δεν αρκούν βέβαια για να θεμελιώσουν ότι δεν χρειάζεται η πραγματογνωμοσύνη.

Το πρόβλημα όμως είναι ότι στις δίκες για πλημμελή ενημέρωση του ασθενούς, όταν ακολουθείται το (σαφέστατα ορθότερο από το ουσιαστικά απαράδεκτο ιατρικό) κριτήριο του μέσου ικανού ασθενούς, δεν είναι οι *ιατρικές πληροφορίες* σαν τις παραπάνω που πρέπει τελικά να αποδειχθούν, ώστε να διαλευκανθεί το ζήτημα της ευθύνης του ιατρού που προέβη σε πλημμελή ενημέρωση. Εκείνο που πρέπει να αποδειχθεί είναι το *κατά πόσο ένας μέσος, ικανός ασθενής θα ήθελε να γνωρίζει την πληροφορία που παραλείφθηκε*.

Η σημαντική αυτή διαφορά στο πραγματικό «κέντρο βάρους» της δίκης για πλημμελή ενημέρωση καθορίζει και τα όρια της τυχόν πραγματογνωμοσύνης που θα διαταχθεί από το Δικαστήριο. Δηλαδή, ο αληθινός κίνδυνος είναι, ενώ ισχύει το κριτήριο του μέσου ικανού ασθενούς, το Δικαστήριο κατά κάποιον τρόπο να «ξεπεράσει» τα «νόμιμα» όρια της

36. 511 A.2d 1371 Pa.Super.Ct. 1986.

37. 592 A.2d 1251, NJ Super. L. 1991.

38. 858 P.2d 598, Cal. 1993.

39. Ο.π.

πραγματογνωμοσύνης και να ρωτήσει, ή και να συμπεριλάβει στην προδικαστική απόφαση που θα διατάσσει την πραγματογνωμοσύνη, εκτός π.χ. από την στατιστική πιθανότητα πραγματοποίησης ενός κίνδυνου, και ποια είναι η συνήθεια ενημέρωσης των ιατρών ως προς αυτή την πιθανότητα. Ενώ, δηλαδή, πρέπει να μας πει ο πραγματογνώμονας αν ο κίνδυνος παράλυσης είναι 1% ή 10 %, το βήμα από εκεί στην κατάφαση της ευθύνης λόγω πλημμελούς ενημέρωσης δεν τον αφορά καθόλου: ο Δικαστής θα κρίνει, με βάση τα διδάγματα της κοινής πείρας, αν ένας μέσος συνετός ασθενής στη θέση του ενάγοντα θα ήθελε να γνωρίζει αυτόν τον κίνδυνο. Ο «αληθινός» πραγματογνώμονας τότε δεν θα μπορούσε να είναι άλλος από ένα μέσο λογικό ασθενή, κάτι το οποίο φυσικά είναι αδύνατο.

Με δεδομένη την δικαστηριακή πρακτική στις δίκες της «κλασικής» ιατρικής αμέλειας ως προς ιατρική πράξη, και όχι ενημέρωση, την πρακτική δηλαδή όπου ο πραγματογνώμονας καταθέτει ως αποδεικτικό μέσο της *συνήθους ιατρικής πράξης*, ελλοχεύει ακόμη περισσότερο ο κίνδυνος να θεωρηθεί ότι, και στις δίκες που αφορούν αμέλεια ως προς την ενημέρωση, ο πραγματογνώμονας είναι εκεί για να αποδείξει την *συνήθη ιατρική ενημέρωση*. Αυτό αντιφάσκει ευθέως και απόλυτα, όμως, με το κριτήριο του μέσου λογικού ασθενούς. Όταν αυτό είναι το κριτήριο της ιατρικής αμέλειας, και μπορεί φυσικά να είναι ακόμη και όταν η νομική βάση της αγωγής είναι η αμέλεια, η ερώτηση στον πραγματογνώμονα «τι λένε συνήθως οι ιατροί σε αυτή την περίπτωση; Αναφέρουν ή παραλείπουν την πληροφορία;» Όχι απλά δεν έχει καμία θέση, αλλά υπονομεύει σε πολύ μεγάλο βαθμό τα δικαιώματα της αυτοδιάθεσης των ασθενών⁴⁰.

4. Αμέλεια και ενημέρωση

Το πρόβλημα είναι πολύ πιο ουσιαστικό από εκείνο που φαίνεται, γιατί εστιάζεται στην αρχική επιλογή της αμέλειας ως νομικής βάσης στις αγωγές ελαττωματικής ενημέρωσης του ασθενούς. Η μεγάλη διαφορά μεταξύ των υποθέσεων αμέλειας που αφορά την επαγγελματική πράξη και εκείνων των υποθέσεων που αφορούν την ενημέρωση στα πλαίσια της άσκησης του επαγγέλματος είναι ότι

πρόκειται για δύο κατηγορίες ανθρωπίνων ενεργειών που διαφέρουν καίρια μεταξύ τους. Συγκεκριμένα, για την στενά εννοούμενη «επαγγελματική» πράξη απαιτούνται όντως ορισμένες ικανότητες, ορισμένες γνώσεις, ένα συγκεκριμένο επίπεδο άσκησης του επαγγέλματος, κάτω από το οποίο κανείς επαγγελματίας δεν επιτρέπεται να «πέσει» νόμιμα. Η ενημέρωση όμως του ασθενούς, ή του πελάτη ενός δικηγόρου⁴¹, φοροτεχνικού, αρχιτέκτονα κλπ δεν απαιτεί ειδικές «τεχνικές» ικανότητες ούτε ειδικές γνώσεις. Το μόνο που απαιτείται πρακτικά είναι η ικανότητα της ομιλίας! Το αν ο ιατρός όφειλε να γνωρίζει μια θεραπεία ή έναν κίνδυνο, μπορεί να είναι ζήτημα απόδειξης μέσω πραγματογνωμοσύνης, αλλά το εάν όφειλε να ενημερώσει τον ασθενή για αυτόν, όχι. Δεν απαιτούνται για την ενημέρωση ικανότητες και γνώσεις σαν και εκείνες που καλούνται οι αντίστοιχοι πραγματογνώμονες στα δικαστήρια να κρίνουν εάν τις διέθετε ο εκάστοτε εναγόμενος. Και τις κρίνουν με βάση τις ικανότητες ενός άλλου μέσου ικανού επαγγελματία, γιατί πραγματικά, σε αυτή την περίπτωση του «τεχνικού», του επαγγελματικού

40. Άλλωστε είναι γνωστό πόσο μπορούν οι καταθέσεις των πραγματογνωμόνων να περιπλέξουν τους δικαστές ή τους ενόρκους: «...Το 1981 υπεράσπιζα ένα ζευγάρι του οποίου το νεογέννητο μωρό έμεινε μόνιμα καθυστερημένο αφού μια νοσοκόμα το έριξε με το κεφάλι κάτω μόλις γεννήθηκε. Η ζημία ήταν ολοφάνερη. Το παιδί δεν μπορούσε να φταίει. Και όμως το νοσοκομείο δεν δεχόταν να συμβιβαστεί. Στη δίκη, οι δικηγόροι του νοσοκομείου εμφάνισαν έναν ειδικό πραγματογνώμονα που κατέθεσε ότι το μωρό δεν τραυματίστηκε από πτώση, αλλά έπασχε από μια σπάνια ασθένεια την οποία ονόμαζε «υπογλυκαιμία της νεογέννητης φάσης» ή προσωρινή έλλειψη ζαχάρου κατά τη γέννηση... Έφερε ένα σωρό χάρτες και διαφάνειες να δείξει πως η τρομερή ασθένεια αρπάζει τα θύματά της, πως η ιατρική επιστήμη ήταν ανίκανη να την σταματήσει ή να την προβλέψει...Κέρδισα την υπόθεση μόνο όταν έπεισα τους ενόρκους ότι ο ιατρός δεν είχε ιδέα για τι πράγμα μιλούσε και ότι η θεωρία αυτή ήταν προσβολή στην κοινή λογική τους...», Grutman, *Lawyers and Thieves*, ό.π., 1990, σ. 129.

41. Γιατί φυσικά τονίζεται ότι και οι δικηγόροι έχουν παρόμοια με τους ιατρούς υποχρέωση ενημέρωσης του πελάτη τους, που πηγάζει και από την σύμβαση της εντολής μεταξύ τους.

σφάλματος, μόνο κάθε τάξη ειδικών είναι σε θέση κάθε φορά να καθορίσει με βάση τις εξελίξεις της επιστήμης ποια θα πρέπει να είναι αυτή η «επαγγελματική σταθερή». Για αυτόν τον λόγο, θα ήταν περιέργο να εκδώσει η Πολιτεία νόμους με τους οποίους να ορίζονται συγκεκριμένα ποια, για παράδειγμα, θα πρέπει να θεωρούνται ως «τεχνικά» ιατρικά σφάλματα, ενώ δεν μας φαίνεται το ίδιο άτοπη η έκδοση ενός νόμου, όπως ο ν. 2619/1998, ο οποίος να καθορίζει ποιο είναι το νόμιμο περιεχόμενο της ενημέρωσης των ασθενών⁴². Γιατί κάθε τάξη των επαγγελματιών, εδώ των ιατρών, είναι απόλυτα απαραίτητο να καθορίζει μόνη της το νόμιμο μέτρο της ενημέρωσης του δέκτη της υπηρεσίας, εδώ ιατρικής υπηρεσίας, καθώς σε αυτή την περίπτωση θα μπορούσαν κάλλιστα να περιορίσουν την ενημέρωση, για παράδειγμα, στο ελάχιστο⁴³.

Η ανάγκη και το μέτρο της ενημέρωσης ποτέ δεν εξαρτάται ούτε μεταβάλλεται από τις οποιασδήποτε εξελίξεις της επιστήμης. Μόνο το περιεχόμενο της μπορεί να διαφέρει ανάλογα με αυτές. Ο σκοπός, όμως, της ενημέρωσης είναι να παρέχει στον ενδιαφερόμενο την μεγαλύτερη δυνατή ελευθερία επιλογών και κινήσεων, γι' αυτό και το δικαίωμα ενημέρωσης πηγάζει από το ευρύτερο δικαίωμα της προσωπικότητας. Η αυτονομία των ασθενών είναι η αρχή που απαγορεύει, τελικά, την εφαρμογή του ιατρικού κριτηρίου ενημέρωσης.

Η ενημέρωση, δηλαδή, και για να επανέρθουμε στο ζήτημα της νομικής βάσης, έχει πολύ περισσότερο σχέση με το έννομο αγαθό της ελευθερίας, και μάλιστα της ελευθερίας επιλογών, παρά με τα έννομα αγαθά που συνήθως προστατεύονται με την «κλασική» αμέλεια ως προς ιατρική πράξη (και όχι ενημέρωση), δηλαδή το αγαθό της ζωής και της σωματικής ακεραιότητας.

5. Πλημμελής ενημέρωση και πραγματογνωμοσύνη -προτεινόμενες λύσεις

Η ριζική λύση, τελικά, θα ήταν η ολοκληρωτική αντικατάσταση της νομικής βάσης της αμέλειας (ΑΚ 914, 330) στις υποθέσεις ενημέρωσης των ασθενών από τη νομική βάση της προσβολής της προσωπικότητας (ΑΚ 57). Η απάλειψη έστω και των λέξεων «ιατρική αμέλεια», ακόμη κι όταν η ίδια επιλήψιμη συμπε-

ριφορά του ιατρού σαφώς συνιστά και ιατρική αμέλεια, θα απομάκρυνε, έστω και λίγο, τον δικαστή και όλα τα μέρη της δίκης από τα γνωστά χαρακτηριστικά μιας δίκης για πλημμελή ιατρική πράξη, ανάμεσα στα οποία βέβαια κύριο ρόλο παίζει η πραγματογνωμοσύνη.

Αλλά κι αν η αλλαγή αυτή δεν γίνει, γιατί σήμερα τουλάχιστον στην Ελλάδα δεν φαίνεται πιθανή, ή κι εάν γίνει μεν, αλλά επίσης γίνεται δεκτό αίτημα πραγματογνωμοσύνης για να δειχθεί π.χ. το παράνομο της προσβολής της προσωπικότητας από την πλημμελή ενημέρωση του ασθενούς, το λιγότερο που πρέπει να επιτευχθεί είναι:

- α. ο αυστηρός έλεγχος της ίδιας της ανάγκης διενέργειας πραγματογνωμοσύνης και
- β. εφόσον υπάρχει πράγματι ανάγκη πραγματογνωμοσύνης, η θέση από το Δικαστήριο αυστηρών ορίων στα αποδεικτέα μέσω αυτής ζητήματα.

Το πρώτο ερώτημα είναι κατά πόσο η ιατρική πληροφορία σχετικά με την οποία θα κληθεί να καταθέσει ο πραγματογνώμονας αποτελεί για τη συγκεκριμένη δίκη ένα ουσιώδες και αμφισβητούμενο πραγματικό γεγονός. Κατά τον ελληνικό Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας (αρ. 335 ΚΠολΔ) μόνο τα ουσιώδη (και φυσικά τα αμφισβητούμενα) πραγματικά γεγονότα μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο της απόδειξης. Άρα, μόνο τα ουσιώδη και αμφισβητούμενα πραγματικά γεγονότα μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο και του αποδεικτικού μέσου της πραγματογνωμοσύνης-και

42. Άλλωστε, στις ΗΠΑ έχουν εδώ και πολλά χρόνια και σε πολλές Πολιτείες, εκδοθεί νόμοι που ορίζουν ακριβώς αυτό, το νόμιμο περιεχόμενο της ενημέρωσης των ασθενών.

43. Πολλές φορές, άλλωστε, έχουν χρησιμοποιηθεί οι ειδικοί για να καταθέσουν ότι ο συγκεκριμένος ασθενής δεν ενημερώθηκε «για το καλό του», λόγω της εφαρμογής του «θεραπευτικού προνομίου», (βλ. Nishi v. Hartwell, 193, 473 P.2d, 197, επίσης Daniels v. Heskin, 1954, IP 73, Roberts v. Wood, F. Supp. 579, SD Ala. 1962, Woods v. Pommerening, 44 Wash.2d 867 P.2d 705, 1954. Ακόμη χειρότερα, σκοπός είναι η κάλυψη ιατρικής αμέλειας ως προς ιατρική πράξη. Βλ. και Katz, «...το θεραπευτικό προνόμιο δεν είναι παρά ένας άλλος δικονομικός τρόπος επίκλησης του ιατρικού κριτηρίου...οι ιατροί πάντοτε θα προβάλλουν πρόμοιους ισχυρισμούς, καθώς στηρίζονται σε βασικές αρχές της ιατρικής πρακτικής...», The Silent World, ό.π., σ. 74.

μάλιστα όσα δεν μπορούν άλλως να αποδειχθούν.

Ας υποθέσουμε ότι παραλείφθηκε ο κίνδυνος σημαντικών ουλών από εγχείρηση πλαστικής στήθους και ότι ο κίνδυνος αυτός πραγματοποιήθηκε σε μια έννομη τάξη που εφαρμόζει το κριτήριο του μέσου λογικού ασθενούς ως κριτήριο αμέλειας του ιατρού. Απόδειξη με πραγματογνωμοσύνη για το ότι ο κίνδυνος αυτός πραγματοποιήθηκε δεν απαιτείται, γιατί είναι δεδομένο της υπόθεσης. Κατάθεση πραγματογνώμονα, επίσης, ότι ο κίνδυνος υπήρχε προτού πραγματοποιηθεί και πάλι δεν έχει κανένα νόημα. Ποιο είναι εδώ το ουσιώδες αμφισβητούμενο πραγματικό γεγονός, για το οποίο μόνο ο πραγματογνώμων ιατρός μπορεί να καταθέσει; Αν, έστω, οι δύο πλευρές συμφωνούν ότι ο κίνδυνος αυτός ήταν π.χ. 2%, και δεν είναι απαραίτητο ότι θα διαφωνούν ως προς αυτό, καμία πραγματογνωμοσύνη πλέον δεν έχει θέση. Το αντικείμενο της απόδειξης θα είναι πλέον αν «ένας μέσος λογικός ασθενής θα ήθελε να γνωρίζει ότι η προτεινόμενη εγχείρηση φέρει έναν κίνδυνο ουλών 2% ή όχι». Αν (έστω άλλη περίπτωση πλημμέλειας της ενημέρωσης) ο ιατρός δεν ανέφερε ότι υπήρχε μια άλλη εναλλακτική θεραπεία, εκτός από εκείνη που τελικά προκάλεσε κάποια βλάβη, γεγονός που έστω και πάλι ότι δεν αμφισβητεί καμία από τις δύο πλευρές, σε τι μπορεί να εξυπηρετήσει η διενέργεια της πραγματογνωμοσύνης, πάντοτε με δεδομένο το παραπάνω αντικείμενο της απόδειξης («αν ένας μέσος λογικός ασθενής θα ήθελε να γνωρίζει ότι υπήρχε άλλη θεραπεία»⁴⁴);

Η φύση της πληροφορίας που παραλείφθηκε, βέβαια, έχει σημασία. Στην *Canterbury v. Spence*⁴⁵, όπου κρίθηκε ότι δεν χρειαζόταν πραγματογνωμοσύνη, η πληροφορία ήταν ο κίνδυνος παράλυσης λόγω της εγχείρησης στην οπονδυλική στήλη, κίνδυνος που πραγματοποιήθηκε. Στην υπόθεση *Sidaway*⁴⁶ της Αγγλίας, η πληροφορία που παραλείφθηκε ήταν ο σοβαρός κίνδυνος εγκαυμάτων λόγω ακτινοβολιών με κοβάλτιο για θεραπεία καρκίνου. Η πληροφορία μπορεί επίσης να είναι κάποια ευρέως γνωστή, άρα και στον δικαστή, εναλλακτική θεραπεία⁴⁷, ή επίσης ευρέως γνωστή διαγνωστική μέθοδος, όπως η αμνιοκέντηση⁴⁸, η ειδική εξέταση για το στίγμα της μεσογειακής αναιμίας ή το «τεστ Παπανικολάου»⁴⁹. Σε όλες αυτές τις περι-

πτώσεις, ουσιαστικά δεν χρειάζεται κατάθεση πραγματογνώμονα.

Άλλωστε, όσα θα κατέθετε ο πραγματογνώμονας μπορούν κάλλιστα να προκύψουν και από άλλα αποδεικτικά μέσα. Μπορεί, για παράδειγμα, να αρκεί η επίκληση επιστημονικών εγχειριδίων σχετικών με το ζήτημα, βάσει των οποίων να καλύπτεται η απόδειξη π.χ. της στατιστικής πιθανότητας που αναφέρθηκε παραπάνω: στην υπόθεση *Faya v. Almaraz*⁵⁰, όπου η παράλειψη ενημέρωσης αφορούσε το ότι ο χειρουργός έπασχε από AIDS, όλα τα απαιτούμενα για την επίλυση της υπόθεσης ιατρικά στοιχεία, όπως π.χ. το ποσοστό μετάδοσης του ιού HIV από χειρουργό σε ασθενή κλπ., προέκυψαν αβίαστα, χωρίς προβλήματα και με συμφωνία και των δυο πλευρών από ιατρικές επιθεωρήσεις και άλλα επιστημονικά εγχειρίδια. Ακόμη και από την ίδια την κατάθεση του εναγομένου ιατρού, εφόσον διαταχθεί η εξέταση του, μπορεί να προκύψουν τα απαραίτητα στοιχεία τα οποία διαφορετικά θα κάλυπτε η πραγματογνωμοσύνη. Δεν είναι απαραίτητο δηλαδή ότι ο εναγόμενος θα αρνηθεί να καταθέσει σε σχέση, για παράδειγμα, με την στατιστική πιθανότητα κινδύνου της επέμβασης στην οποία προέβη ή με τις εναλλακτικές θεραπείες. Ούτε είναι απαραίτητο ο ενά-

44. Εκτός από αυτό, πρέπει, εφόσον η νομική βάση είναι η αμέλεια, να αποδειχθεί και ότι ο ασθενής θα είχε τελικά αποφύγει τη βλάβη είτε γιατί δεν θα έδινε τη συναίνεσή του στην επέμβαση που προκάλεσε τη βλάβη, είτε ότι θα ακολουθούσε την άλλη θεραπεία κλπ. Δεν αναλύονται αυτά τα ζητήματα γιατί δεν έχουν σχέση με την πραγματογνωμοσύνη που μας ενδιαφέρει εδώ.

45. Ό.π.

46. Ό.π. Δυστυχώς, η αγωγή αυτή χάθηκε, ακόμη και στο Ανώτατο Δικαστήριο της Αγγλίας (*House of Lords*), οπότε έχει στην Αγγλία καθιερωθεί η ιατρική ευθύνη για ενημέρωση να κρίνεται όπως η ιατρική ευθύνη για την ιατρική πράξη.

47. *Gates v. Jensen*, 92 Wash. 2d 246 P.2d 919 (1979).

48. *Karlsons v. Guerinot*, 57 AD 2d 73, 394 NY 2d 933 (1977). Παράλειψη αναφοράς της διαγνωστικής μεθόδου της αμνιοκέντησης. Το παιδί γεννήθηκε με το σύνδρομο Down.

49. *Truman v. Thomas*, 27 Cal. 2d 385, 165 CalRptr 308, 611 P.2d 902 (1980).

50. 620 A.2d 327, Md. Ct. App. 1993.

γων ασθενής να διαφωνήσει με τα στοιχεία της κατάθεσης αυτής. Μόνο εφόσον υπάρχουν ιατρικά στοιχεία, τα οποία αφορούν ουσιώδη για τη δίκη και αμφισβητούμενα πραγματικά γεγονότα, τα οποία μπορούν να αποδειχθούν μόνο με την πραγματογνωμοσύνη, πρέπει αυτή να διαταχθεί (και μόνο ως προς αυτά)⁵¹. Τονίζεται πάλι ότι, το κέντρο βάρους στη δίκη για πλημμελή ενημέρωση δεν είναι ποια ακριβώς ήταν η πληροφορία που παραλείφθηκε, αλλά κατά πόσο ένας μέσος συνετός ασθενής θα ήθελε να την γνωρίζει. Είναι φανερό λοιπόν ότι η ιατρική πραγματογνωμοσύνη δεν μπορεί να παίζει εδώ πρωτεύοντα ρόλο, όπως στις δίκες που αφορούν ιατρική πράξη.

Η πραγματογνωμοσύνη, εφόσον τελικά διαταχθεί, θα πρέπει να περιορίζεται σε αυστηρά ιατρικά στοιχεία, όπως: ποιες είναι οι στατιστικές πιθανότητες πραγματοποίησης ενός κινδύνου, ποιες είναι οι εναλλακτικές θεραπείες μιας ασθένειας, ποια είναι τα πιθανά επακόλουθα μιας θεραπείας κλπ. Δηλαδή, μπορεί να καλύψει ποιο θα μπορούσε να ήταν το περιεχόμενο της ενημέρωσης του ασθενούς σε μια δεδομένη περίπτωση.

Σε καμία περίπτωση, όμως, η πραγματογνωμοσύνη δεν θα πρέπει να αναφερθεί στο αν ένας μέσος ικανός ιατρός θα προέβαινε στην ενημέρωση που δεν έγινε, επομένως στο αν έπρεπε ή όχι ο ασθενής να είχε ενημερωθεί. Από το «μπορούσε» στο «έπρεπε», το βήμα είναι του δικαστή με βάση τα διδάγματα της κοινής πείρας και με κεντρικό πρόσωπο τη βούληση του μέσου συνετού ασθενούς, εφόσον ισχύει ως κριτήριο της αμέλειας το κριτήριο του μέσου συνετού ασθενούς. Διαφορετικά, είναι φανερό ότι αυτό το κριτήριο θα ισχύει μόνο κατ' όνομα, ενώ ουσιαστικά θα εφαρμόζεται το ιατρικό.

6. Συμπέρασμα

Επιχειρήθηκε να δειχθούν τα εξής:

- α. Ότι υπάρχει σαφής διαφορά μεταξύ της φύσης της ιατρικής πράξης και της ιατρικής ενημέρωσης.
- β. Ότι η αρτιότητα της ιατρικής πράξης και εκείνη της ενημέρωσης στοχεύουν στην προστασία διαφορετικών καταρχήν εννόμων αγαθών (ζωής/σωματικής ακεραιότητας-ελευθερίας επιλογής).

γ. Ότι, για τους λόγους αυτούς, το κριτήριο της ιατρικής ευθύνης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να είναι το ίδιο (και συγκεκριμένα το ιατρικό) και για τις δύο αυτές περιπτώσεις, ακόμη και όταν η νομική βάση της ευθύνης είναι η ίδια (η αμέλεια)⁵².

δ. Ότι, επομένως, η απόδειξη των αγωγών για πλημμελή ιατρική πράξη και των αγωγών για πλημμελή ιατρική ενημέρωση ακολουθεί διαφορετικούς κανόνες, γιατί το αντικείμενό της διαφέρει.

ε. Ότι, τέλος, και το αποδεικτικό μέσο της πραγματογνωμοσύνης παίζει πολύ διαφορετικό ρόλο στις δύο αυτές περιπτώσεις: σχεδόν απόλυτα καθοριστικό στις αγωγές λόγω πλημμελείας της ιατρικής πράξης και οπωσδήποτε δευτερεύοντα, μέχρι και απολύτως κανένα ρόλο στις αγωγές λόγω πλημμελείας της ιατρικής ενημέρωσης.

Είναι λογικό να υποθέσουμε ότι ο δικαστής που έχει μπροστά του μια υπόθεση πλημμελούς ενημέρωσης του ενάγοντος-ασθενούς, συνηθισμένος μάλιστα και από άλλες, φαινomenικά όμοιες, αγωγές ιατρικής αμέλειας, να τείνει να διατάξει άνευ άλλου το αποδεικτικό μέσο της πραγματογνωμοσύνης, ίσως και χωρίς αυστηρούς περιορισμούς ως προς το αποδεικτέο ζήτημα. Είναι αλήθεια επίσης ότι στην Ελλάδα δεν έχει γίνει ακόμη στην πράξη διαχωρισμός της («κλασικής») ιατρικής πράξης και της ιατρικής ενημέρωσης (παραπάνω υπό α)⁵³. Όμως, για όλους τους λόγους που αναφέρθηκαν, είναι απαραίτητη η ειδική προσοχή από τον δικαστή σε σχέση

51. Η κατά το άρθρο ΚΠολΔ 368 παρ. 2 υποχρέωση του Δικαστηρίου να διορίσει πραγματογνώμονα προϋποθέτει ότι δεν υπάρχουν άλλα αποδεικτικά μέσα, από τα οποία να προκύπτει η αλήθεια του θέματος, βλ. Θεοδωρόπουλου, Κώδικας Πολιτικής Δικονομίας, 1992, ερμηνεία άρθρου ΚΠολΔ 368, σ. 301-302.

52. Σημειώνεται εδώ ότι η σαφής τάση στο αγγλοσαξονικό δίκαιο και κυρίως στις ΗΠΑ είναι η επικράτηση του κριτηρίου του μέσου λογικού ασθενούς ως δικαιότερο, βλ. Farrow et al., ό.π., 90.

53. Ενώ στο αγγλοσαξονικό δίκαιο, οι υποθέσεις αστικής ευθύνης λόγω πλημμελούς ενημέρωσης (informed consent cases) έχουν ήδη διαχωρισθεί από εκείνες της πλημμελούς ιατρικής πράξης και έχουν διαμορφωθεί ειδικοί νομικοί κανόνες για την επίλυσή τους.

με μια αγωγή για πλημμελή ενημέρωση του ασθενούς.

Κατά το ελληνικό δίκαιο μάλιστα, η κρίση του δικαστηρίου για την ανάγκη ή μη της πραγματογνωμοσύνης δεν υπόκειται σε αναιρετικό έλεγχο, ενώ εκτιμάται ελεύθερα (αρ. 177 ΚΠολΔ)⁵⁴. Υπάρχει μια ιδιαίτερη, λοιπόν, και φυσικά εύλογη, εμπιστοσύνη στην κρίση των δικαστών ως προς την πραγματογνωμοσύνη. Στην περίπτωση των αγωγών για πλημμελή ενημέρωση του ασθενούς, ο χειρισμός του αποδεικτικού αυτού μέσου από τον δικαστή επιβάλλεται τελικά να γίνεται με την μεγίστη δυνατή προσοχή.

54. Βλ. για παράδειγμα την απόφαση του Συμβουλίου του Αρείου Πάγου 727/86, ΝοΒ 34 (1988),

σ. 1105, «...το συμπέρασμα μιας γραφολογικής έρευνας με βάση φωτοαντίγραφο είναι πάντοτε επισφαλές, όταν μάλιστα το γραπτό είναι σύγματο όπως μια υπογραφή...». Πάντως, «... το διάφορο συμπέρασμα (του δικαστή έναντι της πραγματογνωμοσύνης) απαιτείται να είναι πλήρως αιτιολογημένο με βάση τα αποδεικτικά μέσα. Εφόσον ο δικαστής δικαιούται να ερευνήσει όχι μόνο το συμπέρασμα της πραγματογνωμοσύνης, αλλά και τις επιμέρους παρατηρήσεις...», ΑΠ 66/71 ΠοινΧρ ΚΑ, 305, επίσης βλ. ΑΠ 547/66 ΠοινΧρ 12, 220. Αλλά «...ο πραγματογνώμων δεν επιτρέπεται να υποκαθιστά τον δικαστή στην εκτίμηση για την ιδιότητα του κατηγορούμενου ως τοξικομανούς...» ΕφΑθ 986/89 ΝοΒ 1989, 798.