

ΚΡΙΤΙΚΗ ΕΠΙΘΕΩΡΗΣΗ

ΝΟΜΙΚΗΣ ΘΕΩΡΙΑΣ ΚΑΙ ΠΡΑΞΗΣ

Τεύχος 2ο
Ιούλιος 2003

ΑΝΑΤΥΠΟ



ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΑΝΤ. Ν. ΣΑΚΚΟΥΛΑ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΝΕΛΛΟΠΟΥΛΟΥ-ΜΠΟΤΗ

Η προσβολή της πιθανότητας
ως περιουσιακή ζημία ή ως ηθική βλάβη

σκέψεις με αφορμή υποθέσεις ιατρικής ευθύνης για απώλεια
ευκαιρίας επιβίωσης ή αποφυγής σωματικής βλάβης

I. Εισαγωγή¹

Το δίκαιο, όπως και άλλες επιστήμες, αναφέρεται στην αναζή-
τηση κανόνων που εγγυώνται την τάξη και την προβλεψιμότητα².

1. Θερμές ευχαριστίες στον Καθηγητή κ. Καλλιμόπουλο για τη βοήθεια του σε σχέση με το άρθρο αυτό. Το άρθρο αποτελεί το κείμενο πάνω στο οποίο βασίστηκε διάλεξη για την Ένωση Ελλήνων Αστικολόγων την 29.3.2003-και πάλι, θερμές ευχαριστίες στον Πρόεδρο της Ένωσης Καθ. κ. Καλλιμόπουλο για την τιμητική πρόσκληση και για την πολύτιμη ανάμνηση της διάλεξης αυτής στην Αθήνα. Χρέος υπάρχει και στην Pr. Martha Minow, Harvard Law School και Acting Director, Center for Ethics and the Professions 2000-2001 καθώς επίσης και στον Pr. Arthur Applebaum, Kennedy School of Government, για τα σχόλιά τους σε παλαιότερα σχέδια του παρόντος άρθρου. Η έρευνα για το θέμα της πιθανότητας (μέρος των "αποτελεσμάτων" της οποίας παρουσιάζεται εδώ) έγινε κατά ένα μεγάλο μέρος της στο Center for Ethics and the Professions, Harvard University το 2000/2001. Βασικές σκέψεις (και) για την απώλεια πιθανότητας υπάρχουν και στο editorial, CANELLOPOULOU-BOTTIS, Back to Basics: The Cases of Informed Consent and Lost Chances of Living, EJHL, 9, 2002, 287-291.

2. Στο άρθρο γίνονται αναφορές σε υποθέσεις του αγγλοσαξονικού δικαίου και σε σκέψεις και θέσεις αγγλοσαξόνων νομικών, όχι μόνο επειδή στο αγγλοσαξονικό δίκαιο υπάρχει εκτενέστατο υλικό για την πιθανότητα, αλλά και επειδή πλέον "...η αντίθεση μεταξύ του αγγλοαμερικανικού και του ηπειρωτικού συστή-

Ίσως και για τον λόγο αυτόν υπήρχε, και σε έναν μεγάλο βαθμό υπάρχει ακόμη, μια σαφής προτεραιότητα στη νομική προστασία, για παράδειγμα, των υλικών αγαθών σε σχέση με τα άυλα³, της θετικής ζημίας του παρελθόντος έναντι της υποθετικής ζημίας του μέλλο-

ματος αμβλύνεται συνεχώς...τα δίκαια αυτά έχουν αρχίσει και γεφυρώνουν τις αποστάσεις τους και αποκαθιστούν τη συναλληλία τους σε πολλά ζητήματα...για θέματα συμβάσεων, των αδικοπραξιών, του αδικαιολογήτου πλουτισμού...ο προβληματισμός εμφανίζεται και στα δύο δικαιικά συστήματα λίγο ή πολύ κοινός και οι προτεινόμενες ή εφαρμοζόμενες λύσεις συγγενείς...", ΓΕΩΡΓΙΑΔΗΣ, Το *Ιδιωτικό Δίκαιο στο Κατώφλι του 21^{ου} Αιώνα*, ομιλία στην Ακαδημία Αθηνών κατά την επίσημη υποδοχή του ως μέλος της Ακαδημίας, *IonEπΔ* 2, 2002, 7, 14.

3. Προτίμηση, η οποία αποδεικνύεται στο ελληνικό δίκαιο από πληθώρα γεγονότων όπως: 1. Όλες οι αναλύσεις περί ζημίας ξεκινούν από τη ζημία ως περιουσιακή, οικονομική, ενώ πάντοτε έπεται η ανάλυση της ηθικής βλάβης. Επίσης, η ηθική βλάβη ορίζεται σε σχέση με την περιουσιακή ζημία ("...πάσα βλάβη προξενουμένη στα έννομα αγαθά του προσώπου αντιδιαστελλόμενη προς την περιουσιακή ζημία...", ΑΠ 244/1959 ΝοΒ 8, 162, "...η ηθική βλάβη...είναι...βλάβη σε μη περιουσιακά αγαθά...", ΣΤΑΘΟΠΟΥΛΟΣ, *Γενικό Ενοχικό Δίκαιο*, 1998, σ. 165). Η εξάρτηση ακόμη και του ορισμού της ηθικής βλάβης από την αντιδιαστολή της προς την περιουσιακή δεν υποδεικνύει μόνο ότι ο ορισμός είναι δύσκολος (βλ. ΚΑΨΑΛΗ, *Υλικές Ζημίες και Ηθική Βλάβη*, ΝοΒ 1986, 1515), αλλά επιπλέον "υπανίσσεται" ότι η ηθική βλάβη έχει έναν υποδεέστερο χαρακτήρα και μια έλλειψη αυτοτέλειας (αν δεχομάσταν ότι ο ορισμός της έννοιας "γυναίκα" είναι "κάθε πρόσωπο που δεν είναι άντρας", αυτό δεν θα έδειχνε για την έννοια "γυναίκα" ότι είναι υποδεέστερη και μη αυτοτελής;). 2. Η επιδίκαση χρηματικής ικανοποίησης λόγω ηθικής βλάβης περιορίζεται από τον νόμο σε συγκεκριμένες περιπτώσεις (ουσιαστικά, είναι αδύνατη στις περιπτώσεις παραβίασης συμβατικής υποχρέωσης, ΑΚ 299, ΣΤΑΘΟΠΟΥΛΟΣ, *ό.π.*, σ. 167, "...αντίθετα, πάντοτε αποκαθίσταται η περιουσιακή ζημία..."). 3. Η επιδίκαση "εύλογης" αποζημίωσης κατά το άρ. 932ΑΚ για την ικανοποίηση ηθικής βλάβης λόγω αδικοπραξίας σημαίνει ότι η ικανοποίηση δεν απαιτείται να είναι "πλήρης", ΑΠ 1023/1995 ΕΕΝ 62, 19. Αντίθετα, για την περιουσιακή ζημία απαιτείται η πλήρης κάλυψη της υπέρ του ζημιωθέντος. 4. Η κρατούσα άποψη στη νομολογία απαιτεί να αποδειχθεί και η προϋπόθεση της υπαιτιότητας, προκειμένου να επιδικασθεί χρηματική ικανοποίηση ηθικής βλάβης, ΠΑΠΑΝΤΩΝΙΟΥ, *Γενικές Αρχές*, 1983, σ. 135. 5. Η ηθική βλάβη για να οδηγήσει σε αποζημίωση πρέπει να είναι τουλάχιστον σημαντική (κατά άλλη άποψη, απαιτείται βαρεία προσβολή), ΑΚ Γεωργιάδη-Σταθόπουλου, άρ. 59ΑΚ

αρ. 8. 6. Τα Δικαστήρια είχαν οπωσδήποτε, μέχρι πρότινος τουλάχιστον, μεγάλη δυσκολία να επιδικάσουν αξιοπρεπή ποσά ως ικανοποίηση ηθικής βλάβης. 7. Υπήρχε και υπάρχει σαφής δυσχέρεια να αναγνωρισθεί η αξίωση ικανοποίησης ηθικής βλάβης σε διάφορα πρόσωπα, ανάλογα είτε με τη σχέση τους με το θύμα (στενή ή ευρεία ερμηνεία της έννοιας της οικογένειας) ή με την ηλικία τους (παλαιότερα αποκλείονταν πρόσωπα που δεν είχαν σχηματίσει ηθική προσωπικότητα – πολύ αργότερα έγινε σταδιακά δεκτή η άποψη του Σπυριδάκη περί αποθετικής ηθικής βλάβης, ΣΠΥΡΙΔΑΚΗΣ, *Χρηματική ικανοποίηση για "αποθετική" ηθική βλάβη, Το πρόβλημα της ηλικίας του δικαιούχου χρηματικής ικανοποιήσεως για ψυχική οδύνη*, ΝοΒ 26, 738, βλ. γενικά ΠΑΤΕΡΑΚΗ, *Η χρηματική ικανοποίηση ηθικής βλάβης*, 1995. Το κυοφορούμενο κατά τον χρόνο θανάτου του πατέρα λόγω αδικοπραξίας μέχρι πριν από ελάχιστα χρόνια δεν δικαιούτο χρηματικής ικανοποίησης, βλ. ΑΠ 583/1997, ΕΛΛΔνη 39, 1988, δεκτή η αγωγή για πρώτη φορά από τον Άρειο Πάγο με την 97/2001, Νόμος, 2001, 1, βλ. και ΑΠ 1652/2002, Νόμος, 2002. Κανένας περιορισμός, αντίθετα, δεν υφίσταται για την αποκατάσταση της περιουσιακής ζημίας, ούτε σε σχέση με τα χαρακτηριστικά του δικαιούχου (ηλικία κλπ) ούτε σε σχέση με τον δεσμό του προς άλλο πρόσωπο (βαθμός συγγένειας κλπ). Μπορεί επομένως κανείς να συμπεράνει ότι ο νόμος αφήνει το ζήτημα της περιουσιακής ζημίας να κριθεί μόνο από την πειστικότητα των αποδείξεων για την ύπαρξη και το μέτρο της. 8. Για το εάν υπήρξε ή όχι και για το πόσο βαρεία είναι η ηθική βλάβη δεν διατάσσονται αποδείξεις, αλλά το δικαστήριο κρίνει με βάση τα διδάγματα της κοινής πείρας, βλ. ενδεικτικά ΕφΑθ 5019/1996, ΕΛΛΔνη 38, 1591, ενώ για την απόδειξη της περιουσιακής ζημίας διατάσσονται αποδείξεις (ευρεία δυνατότητα του ζημωθέντος να αποδείξει τη ζημία του και με επιστημονικές μεθόδους κλπ). 9. Το (οποιοδήποτε) ποσό εύλογης ικανοποίησης της ηθικής βλάβης δεν υπόκειται σε αναιρετικό έλεγχο, αλλά εναπόκειται στην απόλυτη διακριτική ευχέρεια του δικαστή της ουσίας, αφού η κρίση του σχηματίζεται από τη στάθμιση πραγματικών περιστατικών χωρίς την υπαγωγή του πορίσματος σε νομική έννοια, ώστε να νοηθεί εσφαλμένη ερμηνεία του νόμου (ΑΠ 785/1995, ΕΕΝ 63, 676, ενδεικτικά). 10. Τέλος, η αξίωση ικανοποίησης ηθικής βλάβης- αντίθετα με την αξίωση αποζημίωσης για περιουσιακή ζημία - δεν εκχωρείται, δεν κληρονομείται, δεν υπόκειται σε κατάσχεση και δεν αποτελεί στοιχείο της πτωχευτικής περιουσίας. Πρέπει όμως οπωσδήποτε να σημειωθεί εδώ ότι υπάρχουν σημεία στη θεωρία όπου δηλώνεται ρητά η υπεροχή των ηθικών αγαθών έναντι των περιουσιακών (βλ. ΣΤΑΘΟΠΟΥΛΟ, ό.π., σ. 166). Οι διαφορές, πάντως, της νομικής μεταχείρισης μεταξύ των δυο ειδών ζημίας είναι, νομίζω, πολύ σημαντικές. Για παρόμοια προτίμηση στο αγγλοσαξονικό δίκαιο βλ. αναλυτικά LEVIT, *Ethereal Torts*, 61 Geo.Wash. L. Rev.136.

ντος⁴, της συγκεκριμένης έναντι της αφηρημένης αποζημίωσης, της οικονομικής έναντι της ηθικής ζημίας. Εκείνο που είναι απτό, συγκεκριμένο, και έχει ίσως και μια συγκεκριμένη φυσική ύπαρξη, είναι πολύ πιο εύκολο (θεωρητικά πάντοτε⁵) να υπολογισθεί, να εκτιμηθεί και να ρυθμισθεί. Ως προς το άυλο, το μη ορατό, το πνευματικό, αυτά είναι κατά κάποιον τρόπο αβέβαια, αστάθμητα και δύσκολα υπολογίσιμα. Αυτή η αβεβαιότητα μπορεί να υποστηριχθεί ότι συνέβαλε στα πολλαπλά εμπόδια που είχαν να αντιμετωπίσουν, κατά καιρούς, όσοι επιδίωκαν την αναγνώριση νέων δικαιωμάτων, νέων εννόμων αγαθών

4. “..Η ηθική επιταγή της αποκαταστατικής δικαιοσύνης (iustitia commutativa) για ανόρθωση της ζημίας είναι κατά κανόνα πολύ εντονότερη όταν πρόκειται για θετική ζημία, δηλ. για περιουσιακά (πλάγια στο παρόν κείμενο) στοιχεία που υπήρχαν και που χάθηκαν, και συνήθως λιγότερο έντονη όταν πρόκειται για διαφυγόν κέρδος...”, ΣΤΑΘΟΠΟΥΛΟΣ, ό.π., σ. 172. Η αλήθεια βέβαια είναι ότι, όταν πρόκειται για την απόδειξη του διαφυγόντος κέρδους, το μέτρο της είναι ελαφρύτερο και ευνοϊκότερο για τον ζημιωθέντα (αρκεί πιθανολόγηση-ΑΠ 520/1995, ΕΕΝ 63, 421, κατά την ορθή ερμηνεία της ΑΚ 298, αυτή έχει και δικονομικό χαρακτήρα με την έννοια ότι ρυθμίζει το μέτρο απόδειξης), σε σχέση με το μέτρο απόδειξης της θετικής ζημίας (πλήρης δικανική πεποίθηση). Από την άλλη μεριά, επειδή είναι εμφανές ότι ο νομοθέτης “...θέλησε να βάλει φραγμούς σχετικά με το ύψος του διαφυγόντος κέρδους...ο νόμος (έπρεπε) να βάλει φραγμό στους αχαλίνωτες υποθέσεις...”, ΣΤΑΘΟΠΟΥΛΟΣ, ό.π., σ. 171, η νομολογιακή αντιμετώπιση των αιτημάτων αποζημίωσης διαφυγόντων κερδών είναι σαφώς πολύ πιο επιφυλακτική από εκείνη των θετικών ζημιών, βλ. για παράδειγμα ΑΠ 1457/1995 ΕλλΔνη 38, 1533, “..για τα περιστατικά που προσδιορίζουν την προσδοκία ορισμένου κέρδους, απαιτείται εξειδικευμένη και λεπτομερής κατά περίπτωση μνεία των συγκεκριμένων περιστάσεων και μέτρων που καθιστούν πιθανό το κέρδος...”.

5. Ο υπολογισμός της αποζημίωσης για οικονομική ζημία πολύ συχνά αποδεικνύεται στην πράξη εξαιρετικά δύσκολος, βλ. αποφάσεις του Πρωτοδικείου και του Εφετείου στην Amman Aviation v. Commonwealth, (1992) CLR 64F. C.91/043 όπου η οικονομική ζημία υπολογίστηκε από το Πρωτοδικείο £410.000 και από το Εφετείο σχεδόν £6.000.000 (η διαφορά είχε σχέση με τον υπολογισμό ή μη του κόστους της Amman αγοράς αεροσκαφών κλπ για να εκπληρώσει τη σύμβαση που δεν ολοκληρώθηκε ποτέ). Φυσικά, σημαντικές διαφορές στον υπολογισμό της αποζημίωσης για οικονομικής ζημίας βλέπουμε μεταξύ αποφάσεων Πρωτοδικείου και Εφετείου και στην Ελλάδα.

ή νέων ειδών ζημιών⁶. Την ίδια στιγμή, είναι σημαντική η κατάταξη μιας ζημίας σαν οικονομική ή ηθική, καθώς αυτή επιφέρει πολλές και σοβαρές νομικές συνέπειες⁷, ενώ ταυτόχρονα, λόγω και της εξέλιξης και άλλων επιστημών, όλο και περισσότερο το δίκαιο, και ειδικότερα το δίκαιο της αποζημίωσης, "εμπλέκεται" στη μεταχείριση της αβεβαιότητας⁸.

Με βάση τα παραπάνω δεδομένα, που συνδυάζονται ίσως και με τη γενική ισχύ, αν το δεχθούμε αυτό, ακόμη και στο δίκαιο, του νόμου της αδράνειας, κατανοούμε καλύτερα γιατί η άποψη ότι η προσβολή της πιθανότητας μπορεί να θεμελιώσει ένα αίτημα αποζημίωσης- έχει να αντιμετωπίσει-και ήδη αντιμετωπίζει- αν όχι την ευθεία απόρριψη⁹, τουλάχιστον μια έντονη δυσπιστία.

6. Για παράδειγμα, εμφανής η δυσκολία αναγνώρισης ακόμη και του περιβάλλοντος ως ενόμου αγαθού, βλ. ΚΑΡΑΚΩΣΤΑ, *Η προστασία των περιβαλλοντολογικών αγαθών μέσα από τη νομολογία των πολιτικών δικαστηρίων*, ΝοΒ 41, 1993, 2. 45, επίσης βλ. και την εξέλιξη του δικαιώματος στην ιδιωτική ζωή, το οποίο αρχικά εμφανίστηκε σαν δικαίωμα ιδιοκτησίας σε προσωπικές επιστολές ή στις ίδιες τις πνευματικές δημιουργίες σαν αντικείμενα, βλ. ΜΑΥΡΙΑ, *Το δικαίωμα ιδιωτικού βίου*, 1982, WARREN & BRANDEIS, *The Right to Privacy*, 4 HarvLRev 1890, 128, επίσης ειδικά για το δικαίωμα της πληροφόρησης και τις "αβεβαιότητες" του νομοθέτη ως προς την προστασία της βλ. ΜΗΤΡΟΥ, *Ιδιωτικός Βίος: Η διατακτική και αβέβαιη πορεία της προστασίας προσωπικών πληροφοριών*, *Το Σύνταγμα*, *Επιστημονικά Συνέδρια*, Τα εικοσάχρονα του Συντάγματος, 1975, 1988, σ. 33.

7. Βλ. παραπάνω υποσημείωση 3.

8. LEVIT, *ό.π.*, 137.

9. Από την ελληνική θεωρία βλ. ΦΟΥΝΤΕΔΑΚΗ, *Αιτιώδης Σύνδεσμος και Ιατρική Ευθύνη*, *ΕλλΔνη* 35 (1994), 1226, 1234, όπου απορρίπτεται ολόκληρη η θεωρία της αποζημίωσης λόγω απώλειας ευκαιρίας επιβίωσης ή αποφυγής σωματικής βλάβης ως "σόφισμα" ("...ο διαχωρισμός μιας προηγούμενης "στιγμής" στη ζημιογόνο εξέλιξη, όπου η τελική ζημία δεν έχει επέλθει, αλλά έχει μόνο χαθεί η πιθανότητα μη επέλευσής της...δεν μπορεί παρά να συνιστά σόφισμα...αν η αυτονομία (της "ευκαιρίας", "της πιθανότητας θεραπείας" κλπ) καταρριφθεί με αυτές τις σκέψεις (ότι αν δεν επέλθει η τελική ζημία, δεν θα ετίθετο θέμα αποζημίωσης)...ολόκληρο το οικοδόμημα της "perte d' une chance" καταρρέει...(είναι σαφές) το άτοπο της κατασκευής (σ. 1237)...η θεωρία της απώλειας ευκαιρίας επιχειρεί να καλύψει με προσφυγή στην έννοια της ζημίας την αμφιβολία ως προς τους αναγκαίους όρους επέλευσης της ζημίας και

Επέλεξα τον όρο "πιθανότητα" ανάμεσα από διάφορους υποψήφιους ελληνικούς όρους για την ίδια έννοια. Στα ελληνικά νομικά κείμενα βρίσκουμε, για παράδειγμα, τον όρο "ευκαιρία"¹⁰. Επίσης, βρίσκουμε τον όρο "τύχη" και τον όρο "ελπίδα"¹¹. Στα αγγλοσαξονικά κείμενα βρίσκουμε τους όρους "opportunity", "chance" (η θεωρία της απώλειας ευκαιρίας της γαλλικής νομολογίας, "perte d' une chance", αντιστοιχεί στην αγγλοαμερικανική θεωρία περί "loss of a chance"). Ο όρος "πιθανότητα" είναι, όμως, προτιμότερος¹² για να αποδώσει την έννοια για την οποία μιλάμε εδώ, γιατί καταρχάς δείχνει αμέσως, νομίζω, ότι πρόκειται για κάτι που λογικά, μαθηματικά μπορεί να υπολογιστεί. Επίσης, ο όρος "ευκαιρία" ίσως τείνει να μας οδηγήσει στο συμπέρασμα ότι δεν αναφέρεται σε κάποιο άξιο προστασίας "αγαθό", αλλά σε κάτι "ευκαιριακό", εντελώς τυχαίο¹³. Ο όρος "τύχη" θα πρέπει να αποφεύγεται, γιατί και αυτός προκαταλαμβάνει το συμπέρασμα ότι δεν αναφερόμαστε σε κάτι που είναι εντελώς τυχαίο και

ακριβώς αυτό είναι το αδύνατο σημείο της που την καθιστά μη αποδεκτή". (σ. 1228). Παρόμοια απόρριψη έχει αντιμετωπίσει η θεωρία της απώλειας ευκαιρίας επιβίωσης κλπ και από πολλούς άλλους νομικούς, στην Αγγλία, τη Γαλλία, τις ΗΠΑ κλπ.

10. Βλ. ΑΝΔΡΟΥΛΙΔΑΚΗ, *Η υποχρέωση ενημέρωσης του ασθενούς*, 1993, σ. 53-54 (η οποία αναφέρει το πρόβλημα αλλά δεν παίρνει ίδια θέση), ΦΟΥΝΤΕΔΑΚΗ, *ό.π.*, 1227.

11. ΑΠ 742/1958, Γ' Τμήμα, υπόθεση παρανόμου αποκλεισμού δρομώνων ίππων από ιπποδρομίες, (το ζήτημα αφορά) "...αποτίμησιν τύχης, η οποία απωλέσθη, απροσδιορίστου κατ' έκτασιν και περιεχόμενον..." (απορρίπτει την αγωγή).

12. Βλ. και ΑΦΟΥΞΕΝΙΔΗ, *Αι πιθανότητες του άρθρου 298ΑΚ και αι πιθανότητες πραγματώσεως επικερδούς γεγονότος*, ΝοΒ 7, 880, "...ο όρος τύχη κατ' εμέ είναι εντελώς αδόκιμος...".

13. Βλ. και τη μεγάλη διαφορά μεταξύ των εννοιών "random" και "chance" κλπ. στη βιολογία και τα μαθηματικά. Σε σχέση με τον όρο "ευκαιρία", στο δημόσιο δίκαιο πάντως γίνεται συχνά λόγος για ισότητα, π.χ. ευκαιριών, χωρίς πρόβλημα ασαφούς διατύπωσης, όπως ακριβώς συμβαίνει και με τις αγγλοσαξονικές υποθέσεις αποζημίωσης λόγω παραβίασης σύμβασης όπου η ζημία αναφερόταν σε απώλεια πιθανότητας κέρδους, βλ. EINSBERG, *Probability and Chance in Contract Damages*, 45 UCLA LRev 1005, 1998. Βλ. και υποσημείωση αρ. 128.

επομένως, δεν επιδέχεται κάποια συγκεκριμένη εκτίμηση. Πρέπει πάντως να σημειωθεί εξ αρχής ότι η πιθανότητα δεν αποτελεί κάτι το ποσοτικά μικρότερο σε σχέση με την αλήθεια (το βέβαιο)-η αλήθεια, το βέβαιο, προσδιορίζεται με πιθανολογικές τιμές¹⁴. Επίσης, ότι ακόμη και η πιο "σίγουρη" γνώση πρέπει να είναι πιθανολογική και προσεγγιστική¹⁵.

Κλείνοντας την εισαγωγή αυτή, παραθέτω έξι (απλοποιημένα) παραδείγματα υποθέσεων που έχουν απασχολήσει ελληνικά και αλλοδαπά δικαστήρια, με στόχο να δειχθεί με ποιον τρόπο μπορεί η προσβολή της πιθανότητας να καταλήξει σε μια δικαστική διαμάχη. Νομίζω ότι είναι φανερό από την αρχή ότι η συζήτηση για την προσβολή της πιθανότητας και την αποζημίωση δεν μπορεί να περιορισθεί στα στενά πλαίσια της ιατρικής ευθύνης λόγω απώλειας ευκαιρίας επιδίωξης ή αποφυγής σωματικής βλάβης¹⁶.

14. "...Ακόμη και η αντικειμενική βεβαιότητα, που αντιστοιχεί στην τιμή 100%, αποτελεί μέρος της πιθανότητας, αφού και η τιμή αυτή ανήκει στην κλίμακα των πιθανοτήτων από 1 μέχρι 100%...κάθε απόδειξη αποτελεί απόδειξη πιθανότητας...η χρήση του όρου 'ήσσαν δικανική πεποίθηση', ως στοιχείο της πιθανολόγησης, είναι προφανώς άστοχη...η πεποίθηση δεν γνωρίζει ποσοστικές διαβαθμίσεις...(προκύπτει) μεθοδολογικό σφάλμα της αντίληψης ότι η δικανική πεποίθηση για την αλήθεια ανάγεται σε μέτρο απόδειξης" (γιατί το τελευταίο είναι γνωσιολογική κατηγορία, ενώ η πεποίθηση ψυχολογική), ΚΟΥΣΟΥΛΗΣ, *Προβλήματα του μέτρου απόδειξης στην πολιτική δίκη*, Δ 17, 577, 599. Ο ΚΟΥΣΟΥΛΗΣ επίσης αναφέρει τρία είδη της έννοιας της πιθανότητας στη νομική βιβλιογραφία, την υποκειμενική (πόσο πιστεύει π.χ. ο Α ότι ένα γεγονός είναι αληθινό), την αντικειμενική (ποιο είναι το όριο στο οποίο τείνει η σχετική συχνότητα ενός γεγονότος σε έναν άπειρο αριθμό προσπαθειών στα πλαίσια ενός πειράματος) και τη λογική (λογική σχέση μεταξύ μιας υπόθεσης και ενός εμπειρικού δεδομένου, βαθμός επιβεβαίωσης μιας υπόθεσης με βάση τα δεδομένα της κοινής πείρας).

15. WINTER, *The Jury and the Risk of Nonpersuasion*, 5 *Law & Soc'y Rev*, 335, 1971.

16. "Οι δικηγόροι που είναι ειδικευμένοι στις αδικοπραξίες στις ΗΠΑ συχνά σκέπτονται για την "απώλεια πιθανότητας" σαν μια θεωρία πιθανολογικής αιτιότητας, η οποία είναι εφαρμόσιμη μόνο σε υποθέσεις ιατρικής ευθύνης λόγω εσφαλμένης διάγνωσης....στην πραγματικότητα, η θεωρία της απώλειας ευκαιρίας μπορεί να εφαρμοσθεί ευρέως σε πάρα πολλά είδη υποθέσεων, κατά τρόπο

1. Ο Α βρίσκεται σε διαπραγματεύσεις με τον Β για την αγορά ακινήτου του Β και λόγω πταίσματος του Α, δεν ολοκληρώνεται η σύμβαση. Ο Β όμως απότρεψε άλλους υποψηφίους αντισυμβαλλόμενους λόγω των διαπραγματεύσεων¹⁷.

2. Η δικηγόρος Α χάνει από αμέλειά της το φάκελο της υπόθεσης του Β προτού η σχετική αγωγή του Β κατατεθεί στα δικαστήρια¹⁸.

3. Ο Α, υπεύθυνος της οργάνωσης των καλλιστείων, αποκλείει παράνομα την Β, υποψήφια Μις Ελλάς από τον τελικό διαγωνισμό¹⁹.

4. Το πλοίο του Α συγκρούεται με το ψαράδικο του Β και ο Β δεν μπορεί για δέκα μέρες, μέχρι την επισκευή, να ψαρέψει ψάρια²⁰.

5. Ο Α ιατρός από αμέλεια καθυστερεί έξι μήνες στη διάγνωση του καρκίνου του Β, ο οποίος έχει τώρα 40% λιγότερες από πριν πιθανότητες να επιβιώσει για πέντε χρόνια²¹.

μάλιστα που επεκτείνεται συνεχώς...”, FISCHER D., *Tort Recovery for Loss of a Chance*, Wake Forest LRev 36, 605-606, όπου και σχετικά παραδείγματα, επίσης EISBERG, ό.π.

17. Εφαθ 281/1974, Αρμ 1974, 5, 342 (στην αποκαταστατέα ζημία λόγω ευθύνης από διαπραγματεύσεις περιλαμβάνεται και εκείνη την οποία υφίσταται εκείνος που απέκρουσε κατά τις διαπραγματεύσεις την ευκαιρία σύναψης άλλης σύμβασης με τους ίδιους ή πιο ευνοϊκούς όρους).

18. Υποθέσεις “δίκης μέσα σε δίκη” (“trial within a trial”), όπου ο δικαστής πρέπει να αποφανθεί εάν ο ενάγων είχε πιθανότητες να κερδίσει τη δίκη που δεν έγινε ποτέ, λόγω αμέλειας του δικηγόρου του- πρώτη υπόθεση στις ΗΠΑ, όπου στην αγωγή η ευθύνη του δικηγόρου θεμελιώθηκε στην απώλεια ευκαιρίας: *Daugert v. Pappas*, 104 Wn. 2d 254, 704 P.2d 600 (1985), Ανώτατο Δικαστήριο της Washington. Γαλλία, βλ. DURRY, *obs*, Rev.trim.dr.civ. 1967, p. 387, 153 et 181.

19. *Chaplin v. Hicks*, 1911, 2KB 786, Αγγλία.

20. Εφαθ 2351/1937, EEN 1938, 25 (“..η πιθανότης της υπάρξεως του κέρδους και της εκ του ζημιογόνου γεγονότος παρεμποδίσεως του, αρκούσι προς στήριξιν της και διάταξιν αποδείξεων, εκ των οποίων κριθήσεται η νομική διεκδίκησις του αξιουμένου και η έκτασις αυτού, ήτις έκτασις εκ των προτέρων, και αν ήθελε τυχόν θεωρηθεί αβεβαία, δεν κλονίζει την βάσιν της απαιτήσεως, ήτις είναι το “εάν” και ουχί το “πόσον”..”).

21. *Herkovits v. Group Cooperative of Puget Sound*, 664 P 2d. 474 (1983).

6. Η εταιρεία Ιπποδρόμου αποκλείει παράνομα τα άλογα του Α από τη συμμετοχή σε όλους τους αγώνες της χρονιάς²².

Το παράδειγμα 5 αφορά τις υποθέσεις ιατρικής ευθύνης για απώλεια πιθανότητας επιβίωσης ή αποφυγής σωματικής βλάβης-από αυτές τις υποθέσεις, πολύ γνωστές στη Γαλλία, στο Βέλγιο αλλά επίσης πολύ γνωστές και στον αγγλοσαξονικό κόσμο "ξεκίνησε" ουσιαστικά η συζήτηση για την επίδικαση αποζημίωσης λόγω προσβολής της πιθανότητας. Οι υποθέσεις ευθύνης δικηγόρου (αρ. 2) για απώλεια πιθανότητας να κερδίσει κάποιος μια δίκη έχουν επίσης απασχολήσει τα αλλοδαπά δικαστήρια (πολύ λιγότερες υποθέσεις όμως από τις υποθέσεις ιατρικής ευθύνης). Τα παραδείγματα 3 και 6 επίσης είναι πολύ γνωστά σε όσους νομικούς έχουν ασχοληθεί με την απώλεια της πιθανότητας να νικήσει κάποιος σε έναν διαγωνισμό, μια διαφορετική όψη της προσβολής πιθανότητας. Η υπόθεση 1 αφορά την προσυμβατική ευθύνη και η υπόθεση 4 το διαφυγόν κέρδος-γιατί αναφέρονται και αυτές σε σχέση με την πιθανότητα θα επιχειρηθεί να δειχθεί παρακάτω.

II. Προσβολή πιθανότητας και ιατρική ευθύνη

Η θεωρία της απώλειας ευκαιρίας επιβίωσης ή αποφυγής σωματικής βλάβης στα πλαίσια της ιατρικής ευθύνης είναι πολύ γνωστή στο διεθνή νομικό χώρο. Στη Γαλλία υπάρχει πάγια νομολογία του γαλλικού Ακυρωτικού ήδη από το 1965 και 1966²³ και γίνεται έκτοτε σταθερά δεκτό ότι ο ιατρός οφείλει αποζημίωση σε περίπτωση που προκάλεσε με την αμέλειά του την απώλεια πιθανοτήτων επιβίωσης του ασθενούς ή αποφυγής σωματικής βλάβης, ανεξάρτητα από το εάν αυτές οι πιθανότητες επιβίωσης ήταν πάνω ή όχι από 50%. Στις ΗΠΑ, με ουσιαστική²⁴ νομολογιακή αφετηρία την απόφαση του Α-

22. ΑΠ 742/1958, ΝοΒ 7, 255, ΑΠ 447/1957, ΕΕΝ 25, 36.

23. Cass.civ. 14.12.1965 και Cass. Civ. 10.3.1966 JCP 1966.II.Jur. 14753 (note Savatier). Βλ. αναλυτικά, ΦΟΥΝΤΕΛΑΔΑΚΗ, ό.π., σ. 1234.

24. Είχε προηγηθεί η απόφαση του Ανωτάτου Δικαστηρίου της Πενσυλβάνια Hamil v. Bashline, 481 Pa. 256, 392 A.2d 1280 (1978), η οποία δεν ήταν όμως μια ευθεία "υπεράσπιση" και αποδοχή της αποζημίωσης λόγω

νωτάτου Δικαστηρίου της Washington, Herkovits²⁵, επιδικάστηκε αποζημίωση υπέρ των συγγενών ασθενή που πέθανε από καρκίνο του πνεύμονα, ενώ η εσφαλμένη διάγνωση του ιατρού 1,5 χρόνο πριν είχε μειώσει τις πιθανότητες επιβίωσής του κατά 14%. Είχε προηγηθεί ένα άρθρο του καθηγητή King στη νομική επιθεώρηση του Πανεπιστημίου Yale²⁶, το οποίο ασκούσε σφοδρή κριτική στην προσέγγιση της αιτιώδους συνάφειας/αποζημίωσης με τη συλλογιστική "ή όλα ή τίποτε" και υποστήριζε ότι η απώλεια μιας πιθανότητας, ακόμη και εάν αυτή ήταν κάτω του 50%, ήταν μια απώλεια που μπορούσε να θεμελιώσει αποζημιωτικό αίτημα. Τα επιχειρήματα των δικαστών και των θεωρητικών νομικών που χρησιμοποιήθηκαν ως βάση για τη μετέπειτα σταδιακή εξάπλωση της εφαρμογής της θεωρίας στις ΗΠΑ είναι γνωστά: ότι δεν είναι δυνατόν για την προσβολή μιας πιθανότητας επιβίωσης 51%²⁷ να επιδικάζεται το 100% της ζημίας, και για την προσβολή μιας πιθανότητας 49% να μην επιδικάζεται απολύτως τίποτε, ότι δεν επιτρέπεται να απολαμβάνουν οι εναγόμενοι ιατροί την ωφέλεια από μια αμφίβολη κρίση για την αιτιώδη συνάφεια όταν οι ίδιοι προκάλεσαν την αμφιβολία, ότι αν δεν γίνει δεκτό το αποζημιωτικό αίτημα, κάθε φορά που ένας ασθενής θα είχε πιθανότητες λιγότερες από 50% να επιβιώσει, οι ιατροί θα μπορούν να είναι αμελείς και να προσβάλλουν αυτές τις πιθανότητες χωρίς καμία απολύτως συνέπεια εκτός από την ολοσχερή τους απαλλαγή από την ευθύνη. Το πρόβλημα του υπολογισμού της αποζημίωσης μπορούσε, κατά τον

απώλειας ευκαιρίας, αλλά δεχόταν ότι το "θήμα" από τον αυξημένο κίνδυνο (που προκλήθηκε από τον αμελή ιατρό) προς την κατάφαση της αιτιώδους συνάφειας με τον θάνατο του ασθενούς ήταν ένα "θήμα" που ενέπιπτε στην αρμοδιότητα των ενόρκων.

25. Βλ. υποσημείωση αρ. 21. Η απόφαση δεν ήταν ομόφωνη.

26. KING, *Causation, Valuation and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences*, 90 Yale LJ 1353 (1981). Ο King επανήλθε στο θέμα και πάλι με το άρθρο του, KING, "Reduction of Likelihood" Reformulation and other Retrofitting of the Loss-of-a-Chance Doctrine, 28 U.Mem.L.Rev. 491 (1998).

27. Στις ΗΠΑ το μέτρο απόδειξης στις πολιτικές δίκες είναι (στατιστικά εκφραζόμενο) 50 + 1%.

King και την απόφαση Herkovits να λυθεί με την επιδίκαση μέρους της αποζημίωσης, όσης ακριβώς αντιστοιχεί στο ποσοστό της πιθανότητας που χάθηκε.

Στην Αγγλία η θεωρία απορρίφθηκε από το House of Lords με την υπόθεση *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority*²⁸. Ένα παιδί το 1977 έπεσε από ένα δέντρο και χτύπησε, αλλά από το νοσοκομείο το έστειλαν σπίτι του χωρίς καμία διάγνωση. Σε εκείνο το χρονικό σημείο, οι πιθανότητες να αποφύγει τη νέκρωση της επίφυσης στο γοφό του ήταν 25% (μόνο), αλλά πέντε μέρες μετά, όταν έγινε η ορθή διάγνωση, οι πιθανότητες αποφυγής της ζημίας είχαν πλέον εκμηδενισθεί. Στο Πρωτοδικείο, ο δικαστής χρησιμοποίησε τα μαθηματικά και επιδίκασε το πόσο της αποζημίωσης που αντιστοιχούσε σε όλη τη ζημία (11.500 λίρες Αγγλίας), απόφαση που μάλιστα επικυρώθηκε από το Εφετείο για να εξαφανισθεί τελικά από το House of Lords. Ο Lord Bridge είπε χαρακτηριστικά ότι δεν γνωρίζει καμία αρχή του αγγλικού δικαίου, η οποία θα επέτρεπε την αντίστοιχη "έκπτωση" από το συνολικό ποσό της αποζημίωσης για όλη τη ζημία, επειδή θα μπορούσε, ακόμη και αν είχε παρασχεθεί η κατάλληλη φροντίδα, η νέκρωση και πάλι να συνέβαινε. Το Δικαστήριο αμφισβήτησε ευθέως και την αποδεικτική αξία των στατιστικών: αν σε μια πόλη υπάρχουν δυο εταιρείες ταξί, η κίτρινη με 3 κίτρινα ταξί και η κόκκινη με 1 κόκκινο ταξί, και εάν κάποιος αγνώστου χρώματος ταξί χτυπήσει έναν πεζό, αυτό σημαίνει ότι ευθύνεται η κίτρινη εταιρεία; Χρειάζομαστε, είπε το Δικαστήριο, περισσότερα στοιχεία-χρειαζόμαστε κάτι που να μας δείχνει γιατί ο συγκεκριμένος ασθενής/ενάγων "πέφτει" μέσα σε μια κατηγορία ασθενών και όχι σε μια άλλη.

Αυτό το παράδειγμα με τα ταξί μοιάζει να αντιμετωπίζει κάπως το ζήτημα, αλλά πρέπει αμέσως να σημειώσουμε τα εξής: οι πιθανότητες να ευθύνεται η κίτρινη εταιρεία είναι πράγματι 75%, αλλά εκεί δεν γνωρίζουμε θετικά ότι υπήρξε κάποια αμέλεια σε βάρος κάποιας εταιρείας. Δεν γνωρίζουμε θετικά ότι η κόκκινη εταιρεία προέβη σε μια αμελή πράξη. Η αβεβαιότητα εδώ ξεπερνά την προϋπόθεση της αιτιώδους συνάφειας και περιλαμβάνει και την προϋπόθεση του παρα-

28. HL (1987) AC 750. Βλ. και *Gregg v. Scott* (2002) All ER 418.

νόμου. Αντίθετα, στις ιατρικές υποθέσεις, θεωρείται δεδομένη η αμέλεια του ιατρού-αυτή είναι το σημείο εκκίνησης της συζήτησης. Επίσης, στο παράδειγμα των εταιρειών ταξί, δεν γνωρίζουμε θετικά ότι η αμέλεια μιας εκ των δυο εταιρειών προκάλεσε εκτός από τη ζημία και την αδυναμία μας να καταλήξουμε σε συμπέρασμα για το ποιος ευθύνεται για τη λεγόμενη "τελική" ζημία.

Συνοπτικά, η θεωρία της απώλειας ευκαιρίας γίνεται σήμερα δεκτή (με διάφορες μορφές) σε πάρα πολλές πολιτείες των ΗΠΑ²⁹, στη Γαλλία και το Βέλγιο και την Αυστραλία, ενώ δεν γίνεται δεκτή στην Αγγλία και τον Καναδά³⁰. Τα σχετικά ζητήματα στη Γερμανία και την Ελλάδα αντιμετωπίζονται μέσω αναλύσεων για την υποθετική αιτιώδη συνάφεια. Στις χώρες/πολιτείες που δέχονται την αποζημίωση, αυτή υπολογίζεται είτε σαν αποζημίωση για όλη τη ζημία (μέσω χαλάρωσης των απαιτήσεων απόδειξης του αιτιώδους συνδέσμου), είτε σαν ανάλογη (προς τη χαμένη πιθανότητα) αποζημίωση, είτε σαν παροχή κάποιου εύλογου χρηματικού ποσού.

III. Η πιθανότητα στο ελληνικό δίκαιο

α. Η υπόθεση των αποκλεισμένων αλόγων

Η πρώτη γνωστή υπόθεση στην οποία εμφανίστηκε καθαρά το ζήτημα της αποζημίωσης λόγω προσβολής πιθανότητας ήταν η υπόθεση με τα επτά άλογα που αποκλείστηκαν από 21 ιπποδρομίες το 1953. Ο ιδιοκτήτης των αλόγων αυτών τιμωρήθηκε με αποκλεισμό, με την αιτιολογία ότι είχε διαταράξει την τάξη κατά τη διάρκεια άλλων ιπποδρομιών (εφαρμογή του άρ. 161 του Ιπποδρομιακού Κώδικα). Με μια πρώτη αγωγή του, ο ιδιοκτήτης των αποκλεισμένων αλόγων ισχυρίστηκε ότι ο αποκλεισμός του ήταν παράνομος γιατί προσέβαλε την προσωπικότητά του. Το αίτημά του για ικανοποίηση της ηθικής

29. Σταδιακά η θεωρία γίνεται όλο και περισσότερο αποδεκτή και η εφαρμογή της επεκτείνεται. Βλ. και ALR 4th 485, Damages - Loss of Chance, 487-619.

30. Lawson v. Laffariere, 6 C.C.C.L.T (2d) 119.

βλάβης του λόγω του αποκλεισμού αυτού ήταν τα χρήματα που αντιστοιχούσαν στα έπαθλα των ιπποδρομιών. Αυτό το αίτημα δεν έγινε δεκτό και ο ιδιοκτήτης επανήλθε με νέα αγωγή του, με την οποία ζητούσε και πάλι τα έπαθλα, αλλά όχι λόγω ηθικής βλάβης, αλλά λόγω περιουσιακής ζημίας/διαφυγόντος κέρδους. Με μια πρώτη απόφασή του ο Άρειος Πάγος δέχθηκε τη νομική βάση της αγωγής και έκρινε ότι πρέπει να εξετασθεί κατ' ουσίαν η υπόθεση, αλλά με την τελική απόφασή του το 1958³¹ απέρριψε την αγωγή, κρίνοντας ότι οι παράγοντες νίκης ενός αλόγου στις ιπποδρομίες είναι αστάθμητοι³².

Αυτό που έχει ενδιαφέρον κατ' αρχήν είναι πως η ίδια ζημία της πιθανότητας εμφανίστηκε ως ηθική βλάβη στην αρχή και κατόπιν, ως περιουσιακή ζημία/διαφυγόν κέρδος. Η κρατούσα άποψη στην ελληνική θεωρία³³ φαίνεται να είναι, πάντως, ότι πράγματι, και απαιτήσεις από "χαμένα" λαχεία, από τυχερά παίγνια ή από ιπποδρομίες δεν είναι δυνατόν να θεωρηθούν διαφυγόν κέρδος. "Για τη νίκη...σε ιπποδρομίες, έστω και αν το άλογο που παράνομα αποκλείστηκε από αυτές, φερόταν σαν "φαβορί"³⁴ παρεμβάλλονται (πλην ίσως σπανίων εξαιρέσεων) εξαιρετικά αστάθμητοι παράγοντες που δεν επιτρέπουν να εξακριβωθεί αν και σε ποια ιπποδρομία θα σημειωνόταν η νίκη.."³⁵

31. ΑΠ 742/1958, ΝοΒ 7, 380.

32. Πρβλ. με σχεδόν όμοια υπόθεση στις ΗΠΑ, όπου το άλογο Margy Sampson εμποδίστηκε να τρέξει σε ιπποδρομία στο Suffolk Downs τον Νοέμβριο του 1963, γιατί ο ιδιοκτήτης της την αφαίρεσε αντισυμβατικά από την κατοχή του προπονητή και τζόκευ της, ο οποίος είχε δικαίωμα σε μέρη από τα κέρδη των επάθλων. Το Ανώτατο Δικαστήριο της Μασσαχουσέτης έκρινε ότι το ιστορικό νικών της Margy Sampson επέτρεπε την αποζημίωση υπέρ του προπονητή της ("...κατά το έτος πριν τον κρίσιμο αγώνα, η Margy Sampson είχε νικήσει σε δέκα από τους 25 αγώνες στους οποίους είχε λάβει μέρος...είχε αποδείξει την ικανότητά της για μεγάλο χρονικό διάστημα, εναντίον διαφόρων άλλων αλόγων και κάτω από πολλές και διαφορετικές συνθήκες ιπποδρομιών..", Rombola v. Cosindas, 220 N.E.2d 919 (Mass. 1966).

33. ΑΚ Γεωργιάδη-Σταθόπουλου, άρ. 297, άρ. 21.

34. "Φαβορί" ήταν, για παράδειγμα, το 1953 το άλογο "Νέφος" του ενάγοντα στις σχετικές υποθέσεις.

35. ΣΤΑΘΟΠΟΥΛΟΣ, βλ. σημ. παραπάνω. Βλ. και ΧΟΝΔΡΟΓΙΑΝΝΗ, ΝοΒ 7, 528, διαφωνών ο ΜΑΝΟΥΣΑΚΗΣ, ΝοΒ 6, 103, που σχολιάζει θετικά την

Παρ' όλα αυτά, αν η ίδια η πιθανότητα κέρδους έχει στις συναλλαγές³⁶ τη δική της αποτίμηση...η απώλεια της πιθανότητας σημαίνει και απώλεια της αντίστοιχης αξίας, δηλ. πραγματική ζημία, η οποία, εφόσον συντρέχουν και οι υπόλοιπες προϋποθέσεις ευθύνης, θα πρέπει να αποκατασταθεί³⁷. Το συμπέρασμα που εξάγεται από τα παραπάνω είναι ότι, εκεί όπου η πιθανότητα κέρδους εμφανίστηκε "απροκάλυπτα", "μόνη" της, έγινε δεκτή μόνο εάν στις συναλλαγές μια πιθανότητα έχει τη δική της αυτοτελή αποτίμηση, χωρίς να διαφαίνεται καθαρά τότε αυτό συμβαίνει και χωρίς να μπορούμε να παρουσιάσουμε μια παρόμοια δικαστική υπόθεση. Επίσης, φαίνεται από τα παραπάνω ότι σε κάθε περίπτωση η προσβολή της πιθανότητας αναφέρεται μάλλον σε περιουσιακή ζημία ("...στις συναλλαγές...") και όχι σε ηθική βλάβη.

6. Πιθανότητα και ευθύνη από διαπραγματεύσεις

Το άρθρο 198ΑΚ προβλέπει ότι, όποιος από πταίσμα προξένησε ζημία σε άλλον κατά τις διαπραγματεύσεις προς σύναψη σύμβασης, έχει υποχρέωση αποζημίωσης, ακόμη και εάν δεν καταρτίστηκε η σύμβαση. Η αποζημίωση αυτή καλύπτει το διαφέρον εμπιστοσύνης³⁸, θετική και αποθετική ζημία. Πιο συγκεκριμένα, αν ο ένας διαπραγματευόμενος έχασε την ευκαιρία να συνάψει μια σύμβαση με τρίτο

πρώτη απόφαση του ΑΠ, η οποία δεχόταν τη νομική βασικότητα της αγωγής. "...Άλλοτε ίσως να φαινόταν υπερβολικό το να θεωρηθή ως διαφυγόν κέρδος το εν ιπποδομiais προσδοκώμενον, αλλά με τη σύγχρονον οργάνωσιν αυτών και την επιστημονικὴν προπαρασκευήν των συμμετεχόντων δρομώνων ἵππων, τα στατιστικὰ δεδομένα επιτυχιῶν των κλπ περιλαμβάνεται ασφαλῶς εἰς την ἔννοιαν του διαφυγόντος κέρδους ἡ ζημία την οποίαν υφίσταται ο ἰδιοκτῆτης αυτών εκ του παρανόμου αποκλεισμοῦ των και της διαφυγῆς οὕτω της ἀπόκτησης των προκηρυχθέντων ἐπάθλων...". Ο ΑΦΟΥΞΕΝΙΔΗΣ, ό.π., σ. 881, συμφωνεί με την άποψη που επικράτησε στον Άρειο Πάγο, "...δεν υπάρχει κατ' ἐμέ καμία ἀμφιβολία ὅτι ἡ ἀπόφασις αὐτῆ του Γ' Τμήματος ικανοποιεῖ τὴν ἀπαιτήσιν του Δικαίου...", αλλά διακρίνει άλλες πιθανότητες, η προσβολή των οποίων θα έπρεπε να θεμελιώνει αίτημα αποζημίωσης.

36. Πλάγια στο παρόν κείμενο.

37. ΣΤΑΘΟΠΟΥΛΟΣ, ό.π., αρ. 21.

38. Βλ. ΓΕΩΡΓΙΑΔΗ, *Γενικές Αρχές, γ' έκδοση*, 2002, 454.

πρόσωπο, λόγω του πταίσματος του άλλου κατά τις διαπραγματεύσεις, τότε μπορεί να ζητήσει αποζημίωση λόγω της μη συνάψεως αυτής της άλλης σύμβασης. "...Ο ζημιωθείς μπορεί να ζητήσει να περιέλθει στη θέση που θα βρισκόταν αν η σύμβαση, χωρίς τη συμπεριφορά του άλλου, είχε συναφθεί, με τον ίδιο συμβαλλόμενο ή με τρίτο..."³⁹. "...Η αποζημίωση (κατά τα άρ. 197-198ΑΚ) περιλαμβάνει τόσο τη θετική ζημία...όσο και το διαφυγόν κέρδος...εκείνο που θα προερχόταν από άλλη σύμβαση που αποδεινύεται ότι θα είχε καταρτίσει ο συναλλασσόμενος, αν δεν υπολόγιζε στη σύμβαση που ματαιώθηκε...το διαφέρον αυτό δεν αποκλείεται να είναι και μεγαλύτερο από το διαφέρον εκπλήρωσης..."⁴⁰.

Ουσιαστικά βέβαια, ο χαρακτήρας της ευθύνης από διαπραγματεύσεις ως προστασία της πιθανότητας προκύπτει λόγω του ότι καλύπτεται, με βάση τις διατάξεις αυτές, το διαφυγόν κέρδος. Στις ερμηνείες των διατάξεων και σε δικαστικές αποφάσεις γίνεται δεκτό αίτημα αποζημίωσης, γιατί χάθηκε η ευκαιρία (δηλ. η πιθανότητα) σύναψης μιας άλλης σύμβασης⁴¹. Δεν είναι σίγουρο, φυσικά, αν θα επιτύγχανε ο ζημιωθείς να συνάψει αυτή την άλλη σύμβαση, αλλά η απώλεια της ευκαιρίας του να τη συνάψει συνιστά, εφόσον συντρέχουν και οι υπόλοιπες προϋποθέσεις, νόμιμο λόγο ευθύνης.

Ο δικαιολογητικός λόγος της ευθύνης εδώ φαίνεται στις αποφάσεις να είναι η διάψευση της εμπιστοσύνης⁴². Χαρακτηριστικά, βρίσκουμε το αίτημα του ενάγοντος να εκφράζεται ρητά σαν αίτημα επαναφοράς των πραγμάτων στην προτέρα κατάσταση⁴³, κάτι που μπορεί να θεωρηθεί σαν επαναφορά του μέρους του οποίου η εμπιστοσύνη δια-

39. ΚΟΥΜΑΝΤΟΣ, ΕΡΜ ΑΚ 197 - 198.

40. ΠΑΠΑΝΤΩΝΙΟΥ, Γενικές Αρχές, 1983, σ. 346. Βλ. και ΕφΑθ 281/1974, Αρμ 1974, 342.

41. ΑΠ 628/1995 ΕΕΝ 63, 545, Εφθεσ 3/1994, Αρμ 48, 1132, ΕφΑθ 4913/1991 ΕΛΛΔνη 33, 881.

42. "...η αποζημίωση του αναιρεσίδλητου που πίστεψε στις διαβεβαιώσεις της αναιρεσείουσας, ότι θεωρείται βεβαία η σύναψη της πώλησης...και για τον λόγο αυτό έχασε την ευκαιρία αγοράς άλλου ισάξιου διαμερίσματος...περιλαμβάνει ολόκληρη τη ζημία..." ΑΠ 628/1995, ό.π.

43. ΑΠ 628/1995, ό.π.

ψεύστηκε, στις ίδιες πιθανότητες που είχε πριν τη διάψευση αυτή⁴⁴. Η νομική φύση της ζημίας εδώ φαίνεται οπωσδήποτε περιουσιακή.

γ. Γάμος και πιθανότητα

Ένα άρθρο που καταργήθηκε ως αντισυνταγματικό με το νέο οικογενειακό δίκαιο και είχε άμεση σχέση με την πιθανότητα ήταν το άρθρο 921ΑΚ. Το αναφέρω, αν και καταργήθηκε, όχι μόνο γιατί έχει σημασία πως αντελήφθη ο νομικός κόσμος και η νομολογία την πιθανότητα γάμου παλαιότερα, αλλά και γιατί υποτίθεται ότι τα ίδια πραγματικά περιστατικά που θα δικαιολογούσαν αποζημίωση με βάση το 921ΑΚ μπορούν και σήμερα να θεμελιώσουν την ίδια ευθύνη μέσω της ΑΚ 914⁴⁵. Κατά τη διάταξη του 921ΑΚ, αν η τιμή μιας γυναίκας είχε προσβληθεί με σαρκική συνάφεια κατόπιν αξιόποινης πράξης, ή απειλών ή απατηλών υποσχέσεων ή κατάχρησης μιας σχέσης εξάρτησης, οφείλεται σε αυτήν αποζημίωση που συνίσταται στην καταβολή ανάλογου χρηματικού ποσού προς αποκατάστασή της⁴⁶.

Εκεί που το άρθρο αυτό σχετίζεται με την πιθανότητα είναι στην ερμηνεία που είχε δοθεί στην "αποκατάσταση" της γυναίκας. Γινόταν ομόφωνα δεκτό ότι "αποκατάσταση" σήμαινε αποκατάσταση με γάμο και από τη θεωρία και την πράξη⁴⁷ και ότι η αποκατάσταση αυτή είναι το επιπλέον χρηματικό ποσό που έπρεπε μετά την προσβολή της τιμής της γυναίκας να καταβάλει για να μπορέσει, παρά το "κακό" όνομά της, να παντρευτεί. Η έννοια "ανάλογο χρηματικό ποσό" δεν ήταν νομική έννοια και δεν ενέπιπτε στον έλεγχο του Αρείου Πάγου⁴⁸.

44. ΑΠ, ό.π., δεκτό το αίτημα επαναφοράς.

45. Για παράδειγμα, βλ. την Εφαθ 6861/1985, ΑρχΝ 1986, 117, αποζημίωση λόγω προσβολής της τιμής γυναίκας μετά την ισχύ του Ν. 1329/1983, εφαρμογή του άρθρου 914 ΑΚ αντί του άρθρου 921 ΑΚ που εφαρμόζεται προ της ισχύος του νόμου αυτού.

46. Βλ. ΑΓΑΛΛΟΠΟΥΛΟΥ-ΖΕΡΒΟΓΙΑΝΝΗ, Σχόλιο, ΝΔικ 31, 10, ΦΟΥΡΚΙΩΤΗ, Αποζημίωση αποπλανηθείσας, ΝΔικ 7, 112 και άλλους.

47. Βλ. ΒΟΣΙΝΑΚΗ σε ΑΚ Γεωργιάδη - Σταθόπουλου άρ. 921, 9, όπου και σχετικές παραπομπές στη νομολογία.

48. ΑΠ 856/1976 ΝοΒ 25, 205.

Τελικά, επειδή η προσβολή της τιμής της γυναίκας με τους αναφερόμενους στο άρθρο τρόπους μείωνε τις πιθανότητες αποκατάστασής της με γάμο, η αποζημίωση είχε ως σκοπό ουσιαστικά την "επαναφορά" της προσβληθείσας γυναίκας σε μια κατάσταση στην οποία θα είχε και πάλι τις ίδιες πιθανότητες να παντρευτεί⁴⁹. Πάντως, η νομική φύση του όρου "αποκατάσταση" ήταν "ένα από τα πιο αμφιλεγόμενα και ασαφή σημεία της ΑΚ921"⁵⁰.

Δεν ήταν ευκρινές στα σώματα των δικαστικών αποφάσεων αν η αποζημίωση καταβαλλόταν λόγω ηθικής βλάβης⁵¹. Στο χαρακτήρα αυτό βέβαια συνηγορούσε και το πραγματικό της 921ΑΚ (προσβολή τιμής με σαρκική συνάφεια κλπ). Ταυτόχρονα, όμως, υποστηριζόταν ότι η αξίωση της 921ΑΚ δίνεται για μελλοντική ζημία, αλλά μπορούσε να ασκηθεί αμέσως⁵². Η σχετική αξίωση ήταν προσωποπαγής και ακληρονόμητη⁵³, γεγονός που πάντως συνηγορεί προς τον ηθικό χαρακτήρα της ζημίας στη συγκεκριμένη περίπτωση.

Πρόέκυψαν, όμως, ιδιαίτερα σημαντικά προβλήματα ως προς τη νομική φύση της αποκατάστασης, όταν ανέκυψε μια σειρά δυσχερών ερωτημάτων, όπως: υπάρχει αξίωση αν η γυναίκα παντρευτεί τρίτον χωρίς να καταβάλει περισσότερα χρήματα ως προίκα; Υπάρχει αξίωση, αν η γυναίκα δεν είναι σε θέση να παντρευτεί από πραγματικούς (π.χ. είναι ηλικιωμένη, είναι ήδη παντρεμένη, είναι μοναχή) ή νομικούς (π.χ. έχει ήδη παντρευτεί τρεις φορές) λόγους; Υπάρχει αξίωση αν ο εναγόμενος προσφέρεται να παντρευτεί ο ίδιος τη θιγείσα γυναίκα; Υπάρχει αξίωση εάν η γυναίκα ζούσε "ακόλαστο βίο"; Υπάρχει δηλαδή αξίωση εάν οι πιθανότητες γάμου, είτε δεν μειώθηκαν ποτέ από την

49. Βλ. και ΑΠ 647/1980, ΝοΒ 1980, 1965, ΑΠ 28/1978 ΝοΒ 1979, 24, Εφθεσ 216/1978 Αρμ 1978, 440, Εφθεσ 1372/1977 Αρμ 1978, 35, η σχετική αξίωση αποζημίωσης αποβλέπει στην αποκατάσταση της γυναίκας με γάμο και κατευθύνεται στην καταβολή του για τον σκοπό αυτόν ανάλογου χρηματικού ποσού.

50. ΒΟΣΙΝΑΚΗΣ, ό.π.

51. Βλ. και Εφαθ 68/1954, ΕΕΝ 22, 262 με σχόλιο Λάμπρα, η αποζημίωση δίδεται για ηθική βλάβη.

52. ΒΟΣΙΝΑΚΗΣ, ό.π., 10.

53. Εφθεσ 283/1957, ΝοΒ 5, 556.

παράνομη συμπεριφορά του δράστη, είτε προσφέρεται ο ίδιος να καλύψει τη μείωση; Επειδή η άρνηση παροχής της αξίωσης αποζημίωσης στις παραπάνω περιπτώσεις υποστηριζόταν ότι ήταν άδικη⁵⁴, υπήρξε μια μεγάλη στροφή στη νομολογία το 1974, με την απόφαση 68/1974 της Ολομέλειας του Αρείου Πάγου⁵⁵, το αποτέλεσμα της οποίας ήταν ότι ο σκοπός της 921ΑΚ παραμένει η αποκατάσταση (με γάμο), αλλά η αποζημίωση χορηγείται ανεξαρτήτως από την τελική επίτευξη ή όχι αυτού του σκοπού.

Πάντως, για ό,τι μας ενδιαφέρει εδώ, παλαιότερα προβλεπόταν αποζημίωση για την προσβολή της πιθανότητας γάμου μέσω συγκεκριμένης προσβολής της τιμής της γυναίκας. Πράγμα που δεν μπορεί παρά να σημαίνει ότι η πιθανότητα ενός συγκεκριμένου επωφελούς (κατά τεκμήριο) για το πρόσωπο γεγονότος (του γάμου) είχε αυτοτελή αξία κατά το τότε ισχύον δίκαιο και ότι η προσβολή της ουσιαστικά απαγορευόταν. Η προστασία δε κατέληξε να είναι τόσο ισχυρή, ώστε "ξέφυγε" εντελώς από αυτό που θα ονομάζαμε εδώ (αν χρησιμοποιούσαμε την "ορολογία" της θεωρίας της απώλειας ευκαιρίας στην ιατρική ευθύνη) "τελική ζημία", δηλαδή από το αν τελέσθηκε γάμος, αν ο γάμος ήταν δυνατός ή όχι κλπ⁵⁶ και χορηγείται επειδή προσβλήθηκε η πιθανότητα γάμου, χωρίς καμία περαιτέρω αναζήτηση άλλων ζημιών. Όσο για την τελική κρίση περί του νομικού χαρακτήρα της αποζημίωσης εδώ, μάλλον επρόκειτο για ηθική βλάβη, αλλά χωρίς αυτό να είναι απόλυτο⁵⁷.

54. ΑΓΑΛΟΠΟΥΛΟΥ, ό.π., ΒΟΣΙΝΑΚΗΣ, ό.π.

55. ΝοΒ 22, 810.

56. Πρβλ. και ΒΟΣΙΝΑΚΗ, "...αν στη γυναίκα δοθεί αποζημίωση που δεν αφορά στη ζημία αυτή (ενοεί τη δυσχέρεια της αποκατάστασης με γάμο), σημαίνει ότι της δίνεται για κάποια άλλη ζημία..." (πλάγια στο παρόν κείμενο).

57. Βλ. ενδεικτικά ΑΠ 579/1990, Νόμος, "...για να αποκατασταθεί η ενάγουσα με άλλον άντρα, που άρμοζε σε αυτήν πριν από την προσβολή της τιμής της απαιτείται επί πλέον...το ποσό των 500.000 δρχ που επιδικάστηκε και πρωτοδίκως..". Δεν αναφέρεται αν το ποσό αυτό επιδικάζεται λόγω ηθικής βλάβης ή περιουσιακής ζημίας και ο τρόπος κατά τον οποίο έχει δικαιολογηθεί η αποκατάσταση νομίζω ότι προσιδιάζει περισσότερο προς την οικονομική ζημία και όχι την ηθική βλάβη. Άλλωστε, η αποζημίωση λόγω της 921ΑΚ δεν απέκλειε το δικαίωμα της γυναίκας να ζητήσει επιπλέον και χρηματική ικανο-

δ. Παραμόρφωση/αναπηρία και πιθανότητα

Ένα άλλο άρθρο του Αστικού Κώδικα, δέκα άρθρα πιο κάτω από το καταργηθέν 921ΑΚ, που σχετίζεται με την πιθανότητα και που έχει επίσης προκαλέσει αμφιβολίες για τη νομική φύση της αξίωσης που προκύπτει από την εφαρμογή του, είναι το άρθρο 931ΑΚ. Με μια πρώτη ματιά, το 931ΑΚ δεν φαίνεται να είναι κανένα "αξιοπρόσεκτο" άρθρο του Κώδικα⁵⁸, πλην όμως δεν είναι πραγματικά εύκολο στην ερμηνεία του, ούτε έχει εφαρμοσθεί ομοιόμορφα από τη νομολογία⁵⁹.

Σύμφωνα με την ΑΚ931, "αναπηρία ή παραμόρφωση την οποία υπέστη ο παθών λαμβάνεται ιδιαίτερος υπόψη κατά την επιδίκαση αποζημίωσης, αν επιδρά στο μέλλον αυτού". Μια μικρή φράση στο τέλος του, "ίδια δε προς αποκατάσταση γυναικός", η οποία το καθιστούσε ερμηνευτικά συγγενές με την ΑΚ921, υπέκυψε και αυτή στην αναμόρφωση του οικογενειακού δικαίου, ως αντισυνταγματική. Η προγενέστερη του ν. 1329/1983 ερμηνεία της ΑΚ931 δεχόταν την

ποίηση λόγω ηθικής βλάβης (Εφθεσ 731/1979, Αρμ 1980, 25, δυνατή και η επιδίκαση χρηματικής ικανοποίησης λόγω ηθικής βλάβης, επίσης βλ. Βοσινάκης, ό.π., 18). Επομένως, αφού δεν είναι λογικά δυνατόν να ζητηθεί ικανοποίηση για ηθική βλάβη δυο φορές για τα ίδια πραγματικά περιστατικά, τότε η αξίωση της 921ΑΚ θα πρέπει να αφορά περιουσιακή ζημία (;). Είναι εξαιρετικά ανασφαλές κάθε σχετικό συμπέρασμα, πάντως, για τη νομική φύση της αξίωσης της 921ΑΚ.

58. Πάντως, αυτό προκύπτει, κατά κάποιον τρόπο, αφού στον ΑΚ Γεωργιάδη-Σταθόπουλου, του αφιερώνεται κάτι ελάχιστα περισσότερο από δύο σελίδες ερμηνείας του, στο Γενικό Ενοχικό Δίκαιο του Γεωργιάδη (έκδοση 1999) μισή σελίδα, δεν υπάρχει καθόλου στο Γενικό Ενοχικό Δίκαιο του Σταθόπουλου (έκδοση 1998) κλπ., ενώ η έρευνα στη Νόμος για δικαστικές αποφάσεις σε σχέση με το άρθρο 931ΑΚ αποδίδει περίπου 99 αποφάσεις και η ίδια έρευνα για το 929ΑΚ, περίπου 301 (Ιούνιος 2004)..

59. Πχ υπήρχε (βλ. ΓΕΩΡΓΙΑΔΗ, *Γενικό Ενοχικό Δίκαιο*, 1999, σ. 646) αμφισβήτηση στη νομολογία εάν η ΑΚ 931 θεμελιώνει ή όχι αυτοτελή, ιδιαίτερη αξίωση για αποζημίωση (ο ίδιος απαντά αρνητικά, παραπέμποντας στην ΑΠ 70/1994 ΕΕΝ 62, 41, σημειώνει και την αντίθετη άποψη υπέρ της αυτοτέλειας, με την προϋπόθεση ότι η αναπηρία ή η παραμόρφωση επιδρά στο μέλλον και εφόσον συντρέχουν πραγματικά περιστατικά πέραν των ΑΚ 929 και ΑΚ 932, βλ. ΑΠ 570/1996 ΕλλΔνη 38, 66. Αυτή η άποψη επικράτησε, όπως δείχνει η ΑΠ 1599/2002.

επιδίκαση χρηματικού ποσού προς αποκατάσταση γυναίκας η οποία παραμορφώθηκε λόγω αδικοπραξίας⁶⁰. Σε αυτό το σημείο, η ερμηνεία λογικά ήταν ίδια, υπέρ της γυναίκας, όπως εκείνη της ΑΚ921-με τα ίδια ακριβώς δηλαδή προβλήματα ως προς τη νομική φύση (τι σημαίνει αποκατάσταση; ηθική ή υλική ζημία; κλπ), όπως εκείνα που περιγράψαμε παραπάνω⁶¹.

Η πιθανότητα εμφανίζεται εδώ στην ερμηνεία της λέξης "μέλλον". Μέλλον σημαίνει επαγγελματικό, οικονομικό και κοινωνικό μέλλον του προσώπου και όταν ο τραυματισμός "επιδρά", δηλαδή μειώνει τις πιθανότητες θετικής εξέλιξης του προσώπου ως προς τα παραπάνω, τότε οφείλεται αποζημίωση. Αυτού του είδους η ζημία εμφανιζόταν σε άλλες αποφάσεις ως περιουσιακή ζημία και σε άλλες ως ηθική βλάβη, αλλά γενικά δεν ήταν εύκολο να διακρίνει κανείς σε ποιο από τα δυο είδη αναφέρεται.

Κατά την απόφαση, για παράδειγμα, ΑΠ 570/1996⁶²: "...η διατύπωση της ΑΚ 931 παρέχει βάση για τέτοια (εννοεί εκτός της μελλοντικής περιουσιακής ζημίας λόγω δαπανών κλπ. και της ηθικής βλάβης λόγω τραυματισμού της ΑΚ 932) αξίωση, αυτοτελή αξίωση για αποζημίωση, αν και εφόσον (η αναπηρία ή η παραμόρφωση) επιδρά στο οικονομικό⁶³ μέλλον του παθόντος, που δεν μπορεί να καλυφθεί εντελώς με τις (παραπάνω) παροχές...επομένως, για τη θεμελίωση της αυτοτελούς αξίωσης από το άρθρο 931 ΑΚ απαιτείται να συντρέχουν περιστατικά πέρα από εκείνα που απαιτούνται για τη θεμελίωση αξιώσεων με βάση τα άρ. 929 ΑΚ και 932 ΑΚ, τα οποία περιστατικά θα συνθέτουν την παραπάνω έννοια της αναπηρίας ή της

60. Βλ. και 292/1992, ΕΕΝ 60, 364.

61. "...Το μεγαλύτερο, αν όχι το αποκλειστικό πεδίο εφαρμογής η διάταξη είχε (πριν το 1983) στην περίπτωση τραυματισμού άγαμης γυναίκας με σοβαρές και διαρκείς στο μέλλον συνέπειες που επηρέαζαν την αποκατάστασή της με γάμο..", ΚΡΗΤΙΚΟΣ, *Αποζημίωση απο τροχαία αυτοκινητικά ατυχήματα*, 1987, σ. 86.

62. Νόμος.

63. Πλάγια στο παρόν κείμενο. Το τονίζω γιατί ο δικαστής φαίνεται να αντιμετωπίζει τη μείωση της πιθανότητας σαν ένα απτό και πραγματικό γεγονός.

παραμόρφωσης στο μέλλον του παθόντος... (Στην επόμενη παράγραφο) εξαιτίας των κακώσεων, ο αναερεσίβλητος, που ήταν στιχουργός και ηθοποιός κατά τον χρόνο του ατυχήματος, θα παραμείνει μόνιμα ανάπηρος και δεν θα μπορεί να αυτοεξυπηρετηθεί..η παραπάνω παραμόρφωση και κυρίως η αναπηρία του επιδρούν στη μείωση της προσωπικότητάς του και θα επιδράσουν δυσμενώς στις μελλοντικές κοινωνικές και λοιπές συναναστροφές του και στην εν γένει κοινωνική και επαγγελματική του εξέλιξη..."⁶⁴. Επομένως, ενώ αρχικά η απόφαση αναφέρεται στις πιθανότητες δυσμενούς εξέλιξης του οικονομικού μέλλοντος του παθόντος, μετά προσθέτει και τη μείωση της προσωπικότητας, την κοινωνική και την επαγγελματική μείωση, χωρίς να διακρίνει μεταξύ των παραπάνω και χωρίς να εξειδικεύει με συγκεκριμένους αριθμούς σε ποιο ποσό αντιστοιχεί, για παράδειγμα, η απώλεια εισοδήματος λόγω μείωσης της πιθανότητας της επαγγελματικής εξέλιξης. Δεν μπορούμε δηλαδή να διακρίνουμε με ασφάλεια εάν η απόφαση αναφέρεται σε ηθική ή σε περιουσιακή ζημία.

Σε άλλη, παλαιότερη, απόφαση⁶⁵ βρίσκουμε να θεμελιώνεται στην ΑΚ 931 και αποζημίωση λόγω μείωσης πιθανότητας (και πάλι) γάμου: "...αποζημίωση για τη μείωση των πιθανοτήτων να δημιουργήσει (η παθούσα) οικονομική αυτοτέλεια με το να συνάψει γάμο...η μείωση αυτή ως φαινόμενο της κοινωνικής πραγματικότητας⁶⁶ δεν έπαψε να υπάρχει με την κατάργηση της προίκας...". Εδώ λοιπόν βλέπουμε την 931 ΑΚ να αφορά αξίωση αποζημίωσης λόγω μείωσης πιθανοτήτων γάμου, όπως ακριβώς ήταν και η 921 ΑΚ που καταργήθηκε.

Με την πολύ πρόσφατη απόφαση ΑΠ 1225/2002 φάνηκε ότι διευκρινίστηκε πως η ΑΚ 931 αφορά μόνο μέλλουσα περιουσιακή ζημία⁶⁷, ενώ αντίθετα η ΑΚ 932 αφορά μόνο θετική και παρούσα

64. Επικυρώνει την επιδίκαση από το Εφετείο 15.000.000 δρχ. λόγω ΑΚ 931.

65. ΑΠ 1320/1988.

66. Πλάγια στο παρόν κείμενο.

67. Ακριβώς όπως σημείωνε ξεκάθαρα ο ΓΕΩΡΓΙΑΔΗΣ, *Γενικό Ενοχικό Δίκαιο*, ό.π., σ. 646, "...σημειωτέον ότι η ΑΚ 931 αφορά στον καθορισμό της αποζημίωσης για υλική ζημία και μάλιστα μελλοντική και όχι για ηθική βλάβη,

ηθική βλάβη⁶⁸. “..Σκοπός της ΑΚ 931 είναι να προσφέρει στον παθόντα μια εφάπαξ περαιτέρω αποζημίωση για τον λόγο ότι η αναπηρία ή η παραμόρφωση θα προκαλέσει στο μέλλον βάσιμες δυσχέρειες στην επαγγελματική του πρόοδο..”. Παρ’ όλα αυτά, μεταγενέστερη απόφαση του Αρείου Πάγου, η ΑΠ 1599/2002 αναφέρει μεν ότι η ΑΚ 931 αναφέρεται στη συνήθη περίπτωση στην οποία προβάλλεται αξίωση διαφυγόντων εισοδημάτων με βάση την ΑΚ 929, αλλά εφαρμόζεται όμως και όταν λείπει προβολή τέτοιων αξιώσεων, όπως συμβαίνει επί προσώπων που, όταν υφίστανται την αναπηρία ή παραμόρφωση είναι σε τέτοια ηλικία, ή συντρέχουν τέτοιες περιστάσεις που καθιστούν δυσχερή ή ενίοτε αδύνατη την προβολή αξιώσεων με βάση την ΑΚ 929. Αλλά και στην περίπτωση αυτή εφαρμόζεται το άρθρο 931 ΑΚ: “...στην περίπτωση αυτή το άρθρο 931 ΑΚ αποτελεί το θεμέλιο για αυτοτελή αξίωση περί αποκατάστασεως μελλοντικής, αλλά μη δυναμένης επακριβώς να προσδιορισθεί, περιουσιακής ζημίας, γιατί η αναπηρία ή η παραμόρφωση θα προκαλέσει στο μέλλον βάσιμες δυσχέρειες στην επαγγελματική-οικονομική πρόοδό του...(στο δικόγραφο πρέπει να προσδιορίζεται επακριβώς) ο τρόπος με τον οποίο αποκλείεται ή περιορίζεται η επαγγελματική, οικονομική ή κοινωνική εξέλιξη του παθόντος...”. Και καταλήγει η απόφαση, ενώ έχει ξεκινήσει τονίζοντας ότι η αποζημίωση της ΑΚ 931 αναφέρεται σε μελλοντική περιουσιακή ζημία, “...(λόγω του τραυματισμού του 18χρονου) διεκόπη οριστικά η αθλητική του δραστηριότητα, η οποία, βάσει των επιδόσεών του, μέχρι τον χρόνο του τραυματισμού του του παρείχε βάσιμες ελπίδες περαιτέρω καλύτερων επιδόσεων με σημαντικότερες διακρίσεις...ο ενάγων έχει μειωθεί κοινωνικά και η αναπηρία του έχει επηρεάσει σοβαρά τις κοινωνικές του συναναστροφές και την κοινωνική του δραστηριότητα...είναι αδύνατη η εκτέλεση εργασιών που απαιτούν την καταβολή σωματικής δύναμης, ορθοστασία...με σοβαρή έτσι δυσμενή επίδραση στην μελλοντική οικονομική και επαγ-

η οποία αποκαθίσταται κατά την ΑΚ 932..”.

68. Όπως ακριβώς τονίζει και ο ΒΟΣΙΝΑΚΗΣ, ό.π., 1 και ο ΓΕΩΡΓΙΑΔΗΣ, ό.π.

γελματική του εξέλιξη.." (και με βάση το σκεπτικό αυτό, επιδικάζει 8.000.000 δρχ λόγω της 931 ΑΚ).

Το συμπέρασμα είναι ότι η αξίωση της ΑΚ 931 δεν μπορεί να αφορά μόνο μελλοντική περιουσιακή ζημία⁶⁹, γιατί στο σκεπτικό όχι μόνο της παραπάνω αρεοπαγίτικης απόφασης, αλλά και άλλων αποφάσεων, αναφέρεται σταθερά και η μείωση της πιθανότητας θετικής κοινωνικής εξέλιξης του ατόμου, αλλά και άλλα, εξ ίσου άσχετα προς οικονομικούς παράγοντες γεγονότα, όπως πχ η διακοπή αθλητικής δραστηριότητας κλπ⁷⁰. Έτσι, η ΑΚ 931 φαίνεται τουλάχιστον σαν μια ειδικότερη περίπτωση, μια επέκταση και της ΑΚ 929 ή και της ΑΚ 932 μαζί, ίσως όταν δεν μπορεί ο ενάγων να αποδείξει με την αυστηρότητα της απόδειξης που απαιτεί η εφαρμογή τους τα διαφυγόντα του κέρδη, είτε όμως αυτά είναι υλικά είτε ηθικά.

Νομίζω, μετά τα παραπάνω, ότι μπορεί κανείς να διακινδυνεύσει το συμπέρασμα ότι το μικρό και φαινομενικά ασήμαντο άρθρο 931 ΑΚ αφορά μια περίπτωση όπου η νομική φύση της αξίωσης δεν έχει ξεκαθαρισθεί και ότι:

α. είτε πρόκειται περί νομολογιακά δεκτής χαλάρωσης του αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ του γεγονότος και της μελλοντικής ζημίας⁷¹

69. Πρβλ. και με ΚΡΗΤΙΚΟ, ό.π., "...πολλές αγωγές (βάσει της ΑΚ 931) απορρίπτονταν ως αόριστες, ενώ σε άλλες περιπτώσεις δεν φαίνεται να γίνεται σαφής διάκριση μεταξύ της ΑΚ 931 που αφορά αποκατάσταση περιουσιακής ζημίας και εκείνης της ΑΚ 932 που αφορά χρηματική ικανοποίηση για ηθική βλάβη..".

70. "...Ως μέλλον νοείται η επαγγελματική, οικονομική και κοινωνική εξέλιξη, πχ. δημιουργία ουλής στο πρόσωπο ηθοποιού, διαταραχές στη φωνή καλλιτέχνης τραγουδίστριας, δυσμορφία γυναίκας-φωτομοντέλου, αποκοπή δακτύλων εργάτη οικοδομών, περιορισμός δυνατότητας τελέσεως γάμου..." (πλάγια στο παρόν), ΚΡΗΤΙΚΟΣ, ό.π., σ. 87. Παρακάτω: "...η άγαμη γυναίκα που απασχολείται επαγγελματικά μπορεί να ζητήσει τη μείωση των εισοδημάτων της μέσω της ΑΚ 929 και την απώλεια ή μείωση των δυνατοτήτων γάμου μέσω της ΑΚ 931..", ΚΡΗΤΙΚΟΣ, ό.π., 88, παραπέμποντας σε σύμφωνη άποψη του αυστριακού ακυρωτικού.

71. Βλ. σχόλιο του ΚΡΗΤΙΚΟΥ, "...η ιδιαιτερότητα της ρύθμισης και η πραγματική δυσχέρεια της απόδειξης αναφορικά με πραγματικά αριθμητικά μεγέθη δικαιολογεί κάποια ανοχή στη συνδρομή αυστηρών αξιώσεων πληρότη-

(“...η ΑΚ 931 εφαρμόζεται όμως και όταν λείπει προβολή τέτοιων αξιώσεων, όπως συμβαίνει επί προσώπων που, όταν υφίστανται την αναπηρία ή παραμόρφωση είναι σε τέτοια ηλικία, ή συντρέχουν τέτοιες περιστάσεις που καθιστούν δυσχερή ή ενίοτε αδύνατη την προβολή αξιώσεων με βάση την ΑΚ 929...”)⁷², περίπτωση που, αν είναι έτσι, χρειάζεται μια εξαιρετικά σταθερή θεμελίωση και αιτιολόγηση της διαφορετικής μεταχείρισης του αιτιώδους συνδέσμου εδώ, έναντι άλλων διατάξεων, πχ της 914 ΑΚ.

β. είτε πρόκειται για (μη ρητά ομολογούμενη) προστασία της ίδιας της πιθανότητας θετικών εξελίξεων για το πρόσωπο που παραμορφώθηκε ή έμεινε ανάπηρο, σαν μια πιθανότητα που έχει αυτοτελή αξία, της οποίας η προσβολή δικαιολογεί την επιδίκαση κάποιου ευλόγου χρηματικού ποσού, χωρίς να απαιτείται καθόλου να συνδεθεί η προσβολή της πιθανότητας με συγκεκριμένα στοιχεία και με αυστηρή απόδειξη αιτιότητας προς μια λεγόμενη “τελική ζημία”. Και ακριδώς επειδή προστατεύεται αυτοτελώς η πιθανότητα, αλλάζουν τόσο πολύ τα πράγματα και ως προς τη νομική φύση (που δεν ξέρουμε με βεβαιότητα ποια είναι) αλλά και ως προς τον υπολογισμό της αποζημίωσης.

Σε αυτή τη δεύτερη περίπτωση, είναι εξαιρετικά ενδιαφέρον να παρατηρήσουμε ότι οι ίδιοι οι δικαστές, αναφερόμενοι στο “μέλλον” των προσώπων και με σκοπό την επιδίκαση αποζημίωσης λόγω 931 ΑΚ, ελάχιστα ενδιαφέρονται να συγκεκριμενοποιήσουν εάν αναφέρονται στο επαγγελματικό ή στο κοινωνικό ή στο προσωπικό (πχ. αθλητισμός) μέλλον (ή σε όλα αυτά μαζί και ταυτοχρόνως) των παθόντων προσώ-

τας του σχετικού ισχυρισμού και της αποδείξεως...”, ό.π., 89. Και πάλι ο ΚΡΗΤΙΚΟΣ αναφέρεται στην αυστριακή νομολογία, κατά την οποία οι σχετικοί ισχυρισμοί του ενάγοντος δεν χρήζουν ιδιαίτερης αποδείξεως εφόσον κατά την κοινή πείρα είναι δεδομένη η δυνατότητα της μελλοντικής βλάβης. Απόδειξη χρειάζεται εκεί που δεν βοηθούν παραπέρα οι κανόνες της πείρας”, ΚΡΗΤΙΚΟΣ, ό.π. Αυτό που ο ΚΡΗΤΙΚΟΣ αναφέρει ως “δυνατότητα” (βλάβης) εννοεί, νομίζω, “πιθανότητα”.

72. Βλ. παραπάνω. Μετά την παράδοση του παρόντος δημοσιεύτηκε και η μελέτη του Ι. Σ. ΣΠΥΡΙΔΑΚΗ, *Σκέψεις για την αποζημίωση κατά ΑΚ 931*, ΕΠ.ΔΙΚ.Ι.Α. 2004, 1.

πων που ενάγουν. Έτσι, η γνωστή μας αυστηρή διχοτόμηση μεταξύ υλικής και ηθικής ζημίας μοιάζει, όταν "εφαρμόζεται" στην έννοια της πιθανότητας, όπως την περιγράφω εδώ, να μη βρίσκει, αλλά ούτε και να χρειάζεται να βρει, καμία εφαρμογή. Γιατί δεν είναι, νομίζω, λογικό από τη μια μεριά να τονίζουμε ότι η ΑΚ 931 αναφέρεται σε μελλοντική υλική ζημία και από την άλλη, να υπολογίζουμε αυτή την υλική ζημία του μέλλοντος με βάση τόσο διαφορετικές απαιτήσεις απόδειξης, περιγραφής κλπ από εκείνα που απαιτούμε σε όλες τις άλλες περιπτώσεις απαιτήσεων για υλικά διαφυγόντα κέρδη. Επιπλέον, τελικά επιδικάζεται λόγω ΑΚ 931 ένα ποσό (παλαιότερα, για παράδειγμα, οκτώ εκατομμύρια ή 15 εκατομμύρια δραχμές κλπ) κατά την ελεύθερη κρίση του δικαστή, το οποίο έχει πολύ περισσότερες ομοιότητες με εκείνο που επιδικάζεται για παρούσα ηθική βλάβη και καθόλου με εκείνο για μελλοντική υλική ζημία.

ε. Ικανότητα προς εργασία και πιθανότητα

Ένα τρίτο σημείο όπου ανιχνεύεται, νομίζω, η παρουσία της πιθανότητας είναι οι απαιτήσεις αποζημίωσης λόγω προσβολής της ικανότητας προς εργασία ενός προσώπου. Αποτελεί πάγια νομολογία η παραδοχή ότι σε περίπτωση προσβολής της ικανότητας προς εργασία άλλου, οφείλεται αποζημίωση, όταν συντρέχουν και οι λοιπές προϋποθέσεις⁷³. Η αξίωση αφορά μέλλουσα ζημία αλλά γεννάται από την τέλεση της αδικοπραξίας. Σημειωτέον ότι, και εάν ακόμη ο τραυματισθείς δεν εργαζόταν κατά το ατύχημα, ή ήταν ανήλικος, η αποζημίωση καθορίζεται με βάση την πιθανή εργασία που θα ασκούσε κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων.⁷⁴ Η αποζημίωση υπολογίζεται ως εξής: αν, για παράδειγμα, ένας μικροπωλητής έχασε το πόδι του ή το

73. Οφείλεται αποζημίωση εάν λόγω τραυματισμού αναιρείται ή μειούται η ικανότητα προσώπου προς εργασία και ιδίως για άσκηση του επαγγέλματος που ασκούσε ή που κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων θα ασκούσε, ΑΠ 9/1959, ΑΠ 8/1962 και άλλες, βλ. ΓΕΩΡΓΙΑΔΗ στον ΑΚ Γεωργιάδη-Σταθόπουλου, άρ. 929, 22.

74. Ό.π.

χέρι του από ατύχημα, η ζημία του συνίσταται σε ό,τι θα κέρδιζε επιπλέον εάν ήταν αρτιμελής⁷⁵.

Καταρχήν, πρέπει να δεχθούμε ότι, σε ό,τι αφορά την προσβολή της ικανότητας προς εργασία ενός προσώπου, εκείνο που πραγματικά θίγεται με την προσβολή αυτή, εμμέσως αλλά ταυτοχρόνως με την αδικοπραξία, είναι η πιθανότητα κέρδους μέσω της εργασίας. Όταν η ικανότητα προς εργασία ήταν, για παράδειγμα, άθικτη, οι πιθανότητες κέρδους μέσω της εργασίας ήταν και αυτές "άθικτες". Η προσβολή της ικανότητας προς εργασία λογικά συνδέεται αιτιωδώς με τη μείωση της πιθανότητας αποκόμισης κέρδους μέσω της εργασίας. Η προσβολή της ικανότητας από μόνη της δεν έχει νόημα, εάν δεν συνεπέφερε και μείωση της πιθανότητας κέρδους. Σε αυτό το σημείο θα επανέλθω, όμως, παρακάτω.

Η νομική φύση της ικανότητας προς εργασία αμφισβητείται⁷⁶. Εάν γίνει δεκτή η περιουσιακή φύση της ικανότητας προς εργασία, τότε θα δεχθεί κανείς επίσης και την εμπορικοποίησή της, με την έννοια ότι ο τραυματισμός προσώπου συνεπάγεται και ηθική βλάβη αλλά και περιουσιακή ζημία "χωρίς άλλο"⁷⁷, η οποία συνίσταται σε μείωση ή εξαφάνιση του αγαθού που λέγεται ικανότητα προς εργασία⁷⁸. Υπο-

75. Παράδειγμα του ΓΕΩΡΓΙΑΔΗ, ό.π.

76. ΣΤΑΘΟΠΟΥΛΟΣ στον ΑΚ Σταθόπουλου-Γεωργιάδη, άρ. 299, 2. Βλ. και παρόμοια αμφισβήτηση στη νομική φύση της προσβολής που προκαλεί απώλεια χρόνου του προσώπου ("ο χρόνος είναι πολύτιμο ηθικό αγαθό...") ό.π..

77. ΣΤΑΘΟΠΟΥΛΟΣ, ό.π.

78. Βλ. και ΚΡΗΤΙΚΟ, ό.π., σ. 80, ο οποίος δεν προβαίνει σε χαρακτηρισμό της ικανότητας προς εργασία σαν πχ ηθικό αγαθό, αλλά δηλώνει μόνο ότι η βλάβη του σώματος ή της υγείας ενός προσώπου μπορεί να ζημιώσει επίσης τη "δύναμη για εργασία και την ικανότητα κτήσεως εισοδημάτων". Βλ. ενδεικτικά συγκεκριμένο διαχωρισμό στη Newman v. Lamarche (1995), 134 NSR 2d, 127 (para. 22), "...πρέπει να θυμούμαστε πάντοτε ότι η αποζημίωση για τη ζημία στην ικανότητα παραγωγής εισοδήματος δεν έχει σχέση με την αποζημίωση για απώλεια μελλοντικών εισοδημάτων. Αποτελεί μέρος της γενικής αποζημίωσης (general damages-δεν απαιτείται συγκεκριμένη απόδειξή τους, βλ. Black's Law Dictionary, λήμμα general damages) και σε αντίθεση με την αποζημίωση για μελλοντικά εισοδήματα, δεν μπορεί να εκτιμηθεί με ακρίβεια. Μπορεί να αφορά αποζημίωση για ζημία που δεν θα επέλθει ποτέ...", επίσης,

στηρίζεται όμως⁷⁹ ότι το αγαθό που λέγεται "ικανότητα προς εργασία" έχει καθαυτό μόνο ηθική αξία, σαν στοιχείο της προσωπικότητας, χωρίς αυτό να σημαίνει ότι από τις ειδικότερες συνθήκες της προσβολής του ηθικού αυτού αγαθού δεν μπορεί, φυσικά, να προκύψει και (έμμεσα, προφανώς) περιουσιακή ζημία.

Από τα παραπάνω σημειώνω τα εξής: ότι κατά την άποψη αυτή, υπάρχει ένα ηθικό αγαθό που ονομάζεται "ικανότητα προς εργασία", η προσβολή του οποίου μπορεί να προκαλέσει όμως περιουσιακή βλάβη. Το ίδιο προκύπτει έμμεσα, νομίζω, από τη θέση⁸⁰ ότι η προσβολή της ικανότητας κτήσεως εισοδημάτων δεν συνεπάγεται αυτόματα και περιουσιακή ζημία, αλλά αυτό θα συμβεί αν ο παθών συνεπεία της προσβολής υφίσταται περιουσιακές στερήσεις. Επίσης, "το ζήτημα εξετάζεται συγκεκριμένα και όχι αφηρημένα"⁸¹. Από τον αυστηρό διαχωρισμό, πάντως, της ικανότητας κτήσης από την περιουσιακή ζημία που μπορεί να προκύψει από την προσβολή της νομίζω

"...κατά τον υπολογισμό της αποζημίωσης αυτής, το Δικαστήριο είναι αναγκασμένο να προβεί σε κάποιες όχι συγκεκριμένες εκτιμήσεις, κάπως σαν να πρέπει να μαντέψει το μέλλον...πραγματικά, σε πολλές υποθέσεις, όπου δεν υπάρχει ολική ανικανότητα και η ζημία στην ικανότητα παραγωγής εισοδήματος δεν μπορεί να υπολογιστεί με βάση συγκεκριμένους αριθμούς, η μείωση της ικανότητας παραγωγής εισοδήματος αποκαθίσταται με ένα ποσό που αποτελεί μέρος της αποζημίωσης για μη περιουσιακή ζημία...". (Πλάγια στο παρόν κείμενο): Το μέτρο απόδειξης εδώ, για τον Καναδά, είναι η απλή πιθανολόγηση, COOPER, STEVENSON AND SAUNDERS, *Personal Injury Damages in Canada*, 1981, 84 ("...μέτρο απόδειξης είναι η απλή πιθανολόγηση και αφορά την εκτίμηση της πιθανότητας, του κινδύνου ή την αληθινή δυνατότητα ότι ένα συγκεκριμένο γεγονός θα είχε συμβεί στο μέλλον, αν άλλο δεν είχε συμβεί, ή ότι θα συμβεί στο μέλλον..."). Βλ. και ΚΡΗΤΙΚΟ, ό.π., σ. 81, ως προς ότι το ποσοστό αναπηρίας ενός προσώπου δεν σημαίνει αβασάνιστα και το ίδιο ποσοστό μείωσης της ικανότητάς του προς άσκηση του επαγγέλματος που είχε (μια ιατρική ανικανότητα, αναπηρία, κατά 40%, πχ, όπως συνθίξεται να εκφράζεται, μπορεί να αντιστοιχεί σε 100% ανικανότητα προς παραγωγή εισοδήματος από την εργασία που είχε ο παθών).

79. ΣΤΑΘΟΠΟΥΛΟΣ, ό.π.

80. ΚΡΗΤΙΚΟΣ, ό.π., σ. 80.

81. Ό.π.

ότι ίσως προκύπτει η ηθική φύση του αγαθού "ικανότητα προς εργασία", "ικανότητα προς κτήση εισοδήματος"⁸².

Ο (άμεσος ή έμμεσος) χαρακτηρισμός της ικανότητας προς εργασία σαν ένα αυτοτελές ηθικό αγαθό, καταρχήν, φαίνεται κατά κάποιον τρόπο περίεργος για το σύστημά μας. Είμαστε, νομίζω, συνηθισμένοι να δεχόμαστε ότι η προσβολή περιουσιακών αγαθών προκαλεί υλικές ζημιές, ενώ η προσβολή ηθικών αγαθών, ηθική βλάβη. Νομίζω ότι το θεμέλιο της διχοτόμησης της ζημίας σε περιουσιακή και σε ηθική, στην οποία αναφέρθηκα και παραπάνω, είναι κατά βάση αυτό. Βέβαια, σημειώνεται ότι μπορεί η προσβολή ηθικού αγαθού να προκαλέσει υλική ζημία, όπως για παράδειγμα⁸³, όταν κάποιος με τραυματίσει (προσβολή της υγείας=προσβολή ηθικού αγαθού) και καταβάλω δαπάνες για νοσήλια (περιουσιακή ζημία προφανώς)⁸⁴.

Τώρα, γιατί υπάρχει "πρακτική" ανάγκη να δώσουμε μια νομική φύση στην ικανότητα εργασίας (πιθανότητα κέρδους μέσω εργασίας) φάνηκε πολύ καθαρά σε μια σημαντική διαφωνία που εμφανίστηκε στον Καναδά το 1998. Σύμφωνα με την καναδική νομοθεσία περί του κληρονομητού των αξιώσεων, Survival of Actions Act⁸⁵, όλες οι αξιώσεις οι οποίες ανήκαν σε κάποιο πρόσωπο είναι κληρονομητές, αρκεί αυτές να είναι αξιώσεις για πραγματική οικονομική ζημία⁸⁶. Από την ψήφιση του παραπάνω νόμου το 1978

82. Οπωσδήποτε, δεν υποστηρίζεται ρητά αυτό στον ΚΡΗΤΙΚΟ, ό.π..

83. ΣΤΑΘΟΠΟΥΛΟΣ, ό.π., 1.

84. Ίσως, όμως, θα μπορούσαμε να σημειώσουμε εδώ ότι, με την άδικη πράξη του τραυματισμού μου, ο προσβολέας προσέβαλε από τη μια μεριά την υγεία μου (για την οποία ζημιά οφείλει ικανοποίηση ηθικής βλάβης μέσω 932 ΑΚ) και από την άλλη μεριά, σε άλλη χρονική στιγμή, την περιουσία μου, γιατί τώρα πρέπει να πληρώσω π.χ. το νοσοκομείο, ζημία που υφίσταται τελικά η περιουσία μου. Ίσως, δηλαδή, να μην υπάρχει κάποιος απαράβατος κανόνας κατά τον οποίο η ζημιά που υπέστην είναι άμεση (υγεία/ηθική) και έμμεση (περιουσία/υλική) και αντί για μια αλυσίδα τραυματισμών---- άρα, ηθική βλάβη----εξαιτίας της και περιουσιακή, να μπορούμε να δεχθούμε το σχήμα τραυματισμός---- ζημία α=ηθική, ζημία β=υλική (έτσι ώστε δηλαδή η υλική ζημία, π.χ. νοσήλια, να μην "περνάει" αναγκαστικά μέσα από την ηθική ζημία της προσβολής του σώματος ή της υγείας).

85. 1 RSA 1980, c. S-30.

ά, οι αξιώσεις που είχε ένα πρόσωπο για απώλεια ατος θεωρούνταν αξιώσεις που δεν αφορούσαν πραγμα-
ονομική ζημία και επομένως, δεν ήσαν κληρονομητές. Το
της Alberta, με την απόφασή του Duncan v.
y⁸⁷ έκρινε, για πρώτη φορά, ότι η προσβολή της ικανό-
τήσης εισοδήματος ή η προσβολή της πιθανότητας μελ-
ιν εισοδημάτων είναι μια πραγματική οικονομική ζημία,
έννοια του νόμου περί του κληρονομητού των αξιώσεων (παρ.
τι, επομένως, η σχετική αξίωση είναι κληρονομητή υπέρ των
μων του θανόντος προσώπου. Καθώς η απόφαση αυτή είχε
σημαντικές επιπτώσεις, συστήθηκε μια Επιτροπή από το
το Αναμόρφωσης του Δικαίου της Alberta να εξετάσει όλα τα
ζητήματα, υποβοηθούμενη και από απαντήσεις σε ένα ερω-
λόγιο απευθυνόμενο στους πιο έγκριτους νομικούς.
πόρισμα ήταν μια Έκθεση, κατά την οποία οι αξιώσεις για
ικά εισοδήματα στην πραγματικότητα ήταν αξιώσεις για την
ηγητα κτήσης μελλοντικών εισοδημάτων. Η ανάλυση στην Έκ-
υτή της νομικής φύσης της ζημίας λόγω σωματικής βλάβης
υ σχετίζεται με μελλοντικά εισοδήματα ξεκινά από την παρά-
ων όρων που έχουν χρησιμοποιηθεί για να εκφράσουν τη ζημία:
α ικανότητας κτήσης εισοδήματος, απώλεια ικανότητας εργα-
πώλεια μελλοντικού εισοδήματος. "...Ο όρος "ικανότητα κτήσης
ματος" έχει αναγνωρισθεί δικαστικά σε όλους τους βαθμούς των
ηρίων. Εμείς, όμως, δεν πιστεύουμε ότι αντανακλά την πραγ-
τητα της κατάστασης. Ενώ ο χαρακτηρισμός της ζημίας μπο-
μην υπαγορεύει τη νομοθετική πολιτική σε σχέση με τη ζημία
νομίζουμε ότι για την εξυπηρέτηση των συμφερόντων της πα-
; ανάλυσης, πρέπει να είμαστε προσεκτικοί στην αναγνώριση
άγματος στο οποίο αναφερόμαστε...για να φέρουμε ένα ακραίο
ειγμα, δεν νομίζουμε ότι ένα νεογέννητο μωρό, όσο ισχυρό δυ-
ό και εάν έχει μια ανθρώπινη ύπαρξη ώστε να ωριμάσει και να
ένα άτομο που παράγει εισοδήματα, μπορεί να υποστηριχθεί

Actual financial loss.

1997, 196 A.R. 161, 50 Alta. L.R.(3d) 202, 145 DLR (4th) 708 (CA).

εύλογα ότι έχεις μια παρούσα και πραγματική ικανότητα πεισοδήματος, ή δυνατότητα, ή δύναμη. Στο άλλο άκρο του φάσματος, ακόμα και ένα μεσήλικας καθηγητής πανεπιστημιακής θέσης, ο οποίος εργάζεται κανονικά, ακόμη και εάν έχει μια πιθανότητα να συνεχίσει να παραγάγει εισοδήματα...εξαρτάται από τα εισοδήματα αυτά όχι μόνο από τα εσωτερικά του χαρίσματα και ικανότητες, αλλά και από τη συνεχή καλή του υγεία και εργασιακό του περιβάλλον. Η χρήση του όρου "ικανότητα πεισοδήματος" προϋποθέτει ότι η ικανότητα παραγωγής χρήματος είναι μια ιδιότητα που ενυπάρχει μέσα σε κάθε άνθρωπο, και στο νου αλλά και στον καθηγητή πανεπιστημίου, ανεξάρτητα από τις περιστάσεις στις οποίες κάθε άτομο μπορεί να βρεθεί, μια προϋπόθεση για εμάς δεν δικαιολογείται..."⁸⁸. "Η χρήση του όρου απώλειας μελλοντικού εισοδήματος προϋποθέτει ότι όταν τελέσθηκε η αξιολόγηση σε βάρος του ενάγοντος, υπήρχαν μελλοντικά εισοδήματα που ήταν δυνατό να εξακριβωθούν, ή ότι είναι βέβαιη η μη ύπαρξή τους, αλλά δεν είναι έτσι: δεν υπάρχει κανένας γνωρίζουμε αν και πώς και πόσα χρήματα ένα πρόσωπο θα εισπράξει στο μέλλον ή θα είχε παραγάγει, αν δεν είχε μεσολαβήσει ο θάνατός..." Η Επιτροπή απέρριψε όλους τους παραπάνω επιχειρήματα και δήλωσε: "...η αξίωση πρέπει να εκτιμηθεί σαν μια αξίωση για πιθανότητας. Νομίζουμε ότι ο καλύτερος χαρακτηρισμός για έναν ατόμου με μελλοντικά εισοδήματα είναι μια "πιθανότητα γεγονότος που είναι δυνατό ή πιθανό, όπως αυτό διαχωρίζεται βέβαιο γεγονός, ότι θα παραχθεί εισόδημα...Υπάρχει μια διαφορά για το νεογέννητο...μια πιθανότητα για τον καθηγητή πανεπιστημίου αλλά και στις δύο περιπτώσεις είναι κάτι δυνατόν, πιθανό και μια πιθανότητα ότι κάποια γεγονότα πρόκειται να συμβούν.

Στηριζόμενη ουσιαστικά σε αυτή την αλλαγή ορολογίας η Επιτροπή υποστήριξε ότι η απώλεια πιθανότητας μελλοντικών

88. ALBERTA LAW REFORM INSTITUTE, *Should a Claim for a Chance of Future Earnings Survive Death?*, Report n. 76, 1998, www.law.ualberta.ca/alri/publish/ftxt/fr76.htm, σ. 12.

89. Id.

των αναφέρεται στο μέλλον και επομένως δεν είναι παρούσα ζημία, αντίθετα προς τη μέχρι τότε νομολογία. Επίσης, ότι η πιθανότητα μελλοντικού εισοδήματος δεν αποτελεί "κεφάλαιο" ενός εργαζομένου, ότι δεν είναι πράγμα, ούτε δικαίωμα, ότι δεν κατέχεται από κάποιον. "...Ενώ αισθάνεται κανείς ότι η πιθανότητα μελλοντικού εισοδήματος έχει την "ικανότητα" να "προσβληθεί", το ίδιο αληθεύει και για τις πιθανότητες να κληρονομήσει κάποιος κάποιον άλλον, οι οποίες δεν αντιμετωπίζονται σαν περιουσιακά αγαθά και η προσβολή των οποίων δεν θεμελιώνει αποζημιωτικά αιτήματα⁹⁰. Η πιθανότητα δεν είναι κυριότητα, περιουσία, συμφέρον σε άυλο πράγμα, δεν είναι δικαίωμα σαν τα δικαιώματα αποκλειστικής χρήσης, εκμετάλλευσης, ευρεσιτεχνίας, δεν είναι ενοχικό δικαίωμα, δεν μπορεί να μεταβιβασθεί..δεν έχει την ίδια φύση με ένα χρέος...κανείς δεν υποχρεούται να παράσχει σε κάποιον άλλον την πιθανότητα να παραγάγει εισόδημα. Ένα πρόσωπο δεν μπορεί να πουλήσει σε ένα άλλον την πιθανότητά του να παραγάγει εισόδημα...η πιθανότητα αυτή είναι εντελώς προσωπική και η αξίωση αποζημίωσης που προκύπτει από την προσβολή της είναι και αυτή προσωποπαγής. Το κληρονομικό μας δίκαιο δεν προβλέπει το κληρονομητό της αξίωσης αυτής"⁹¹.

Από την άλλη μεριά, η απόφαση του Εφετείου που απορρίπτεται με την παραπάνω έκθεση, δεν είχε διαφωνήσει με τον παραλληλισμό της ζημίας στην ικανότητα εργασίας με τη ζημία στην πιθανότητα⁹².

90. Ως προς αυτό, η επιτροπή αναφέρεται προφανώς μόνο στο καναδικό δίκαιο, γιατί η πιθανότητα κληρονομίας προστατεύεται στις ΗΠΑ, βλ. παρακάτω, υποσημ. 150.

91. Πρβλ. και με LAYCRAFT, *Survival of Claims for Loss of Expectation of Life*, Alberta LRev, 1964, 3, 203-205, όπου υποστηρίζεται το κληρονομητό της αξίωσης για την απώλεια προσδοκίας ζωής ("...όταν το θύμα χάνει την προσδοκία να επιβιώσει και να ζήσει μια ευτυχισμένη ζωή, έχει υποστεί μια ζημία η οποία μπορεί να προσδιορισθεί με οικονομικά μεγέθη, όσο δύσκολο και εάν είναι αυτό...ο πόνος του θύματος πριν αποβιώσει και η απώλεια της προσδοκίας ζωής αντιπροσωπεύει μια πραγματική και παρούσα ζημία...").

92. "Νομίζω ότι ο νόμος είναι πια ευκρινής ότι η αξίωση για την απώλεια μελλοντικού εισοδήματος πρέπει να εκτιμηθεί με βάση την απλή πιθανολόγηση, όπως η απώλεια μιας πιθανότητας...", per Kerans JA, *Duncan v. Baddeley*, id.

Η ζημία όμως στην ικανότητα εργασίας είχε χαρακτηριστεί ως παρούσα και όχι μέλλουσα ζημία, ενώ σε παραβολή της ζημίας αυτής προς τη ζημία από την απώλεια μισθωμάτων από ένα κληρονομιαίο ακίνητο (κληρονομητή η αξίωση εδώ) είχε οδηγήσει στο συμπέρασμα ότι δεν υπήρχε ουσιαστική διαφορά μεταξύ τους. Είχε επίσης κριθεί απαράδεκτο να αναγνωρίζεται το κεφάλαιο ενός προσώπου με ιδιοκτησία σαν κεφάλαιο με κάποια αξία, αλλά όχι εκείνο το "κεφάλαιο" ενός προσώπου που δεν είχε τίποτε άλλο εκτός από την ικανότητα να εργάζεται⁹³. Όσο για τη νομική φύση της ζημίας στην ικανότητα εργασίας, το Εφετείο έκρινε ότι προκειται για οικονομική ζημία, με το σκεπτικό ότι "αν η φιλοδοξία ενός ατόμου είναι να φτιάξει μια περιουσία, να φροντίσει την οικογένειά του ή να σπαταλήσει τα χρήματά του ή να ζήσει όπως θέλει, η απώλεια των μέσων να το κάνει αυτό είναι μια γνήσια οικονομική ζημία.."⁹⁴.

Το πρακτικό αποτέλεσμα της Έκθεσης αυτής ήταν η αλλαγή της καναδικής νομοθεσίας, κατά την οποία οι αξιώσεις για μελλοντικά εισοδήματα δεν είναι (πλέον) κληρονομητές. Η *Duncan v. Baddeley*⁹⁵ έχασε την ισχύ της, λόγω μεταγενέστερου νόμου, ενώ οι σχετικές συζητήσεις έφεραν, μεταξύ άλλων, στην επιφάνεια και το ζήτημα ότι ίσως "...όλες οι υποθέσεις που αναδεικνύουν προβλήματα αβεβαιότητας τελικά αναφέρονται στην απώλεια πιθανότητας-η αξίωση για διαφυ-

93. "Δεν θέλω να έχω καμία σχέση με έναν ορισμό αποζημίωσης κατά τον οποίο το πνευματικό κεφάλαιο δεν υπολογίζεται...αν λόγω αδικοπραξίας χάσουν τη ζωή τους δυο πρόσωπα, το ένα από τα οποία είχε ένα ρολόι Cartier, εκτός από τη ζωή του, οι κληρονόμοι του θα κληρονομήσουν και το ρολόι αυτό. Οι κληρονόμοι όμως του προσώπου που δεν είχε τίποτα εκτός από την ικανότητα να εργάζεται και να παραγάγει εισοδήματα δεν θα κληρονομήσουν τίποτε..το να αποκαλέσουμε την πρώτη ζημία σαν ζημία για την οποία οφείλεται αποζημίωση, αλλά τη δεύτερη σαν τίποτα, γιατί δεν υπάρχει ζημία, είναι αδικαιολόγητο και αντανακλά κοινωνικές αντιλήψεις οι οποίες δεν αποτελούν μέρος του δικαίου. Απλά, δηλώνω ότι το να αναγνωρίζουμε το κεφάλαιο ενός ατόμου με περιουσία αλλά όχι εκείνο του ατόμου χωρίς περιουσία σημαίνει ότι προβαίνουμε σε μια απαράδεκτη ταξική διάκριση και εγώ δεν θέλω να έχω καμία σχέση με αυτό..", Kerans J., *Duncan v. Baddeley*, ό.π.

94. *Duncan v. Baddeley*, ό.π.

95. Ό.π.

γόντα κέρδη δεν είναι, κανονικά, παρά μια ειδική περίπτωση της αξίωσης για απώλεια πιθανότητας..⁹⁶.

στ. Άλλες μορφές της πιθανότητας στο ελληνικό ιδιωτικό δίκαιο

Εκτός από ό,τι αναφέρθηκε παραπάνω για την πιθανότητα στα πλαίσια της υπόθεσης των αποκλεισμένων ίππων, της ευθύνης από διαπραγματεύσεις και των άρ. 921 ΑΚ και 931 ΑΚ, υπάρχουν, νομίζω, διάφορα άλλα σημεία όπου το θέμα της προστασίας της πιθανότητας εμφανίζεται σε ελληνικές δικαστικές υποθέσεις και σε επιμέρους σημεία του ελληνικού δικαίου. Η προστασία αυτή, της πιθανότητας εξασφάλισης κέρδους ή πλεονεκτήματος κλπ., άλλοτε είναι ισχυρότατη και άλλοτε όχι, και η νομική φύση της ζημίας επίσης είναι άλλοτε ηθική και άλλοτε υλική. Σε άλλες περιπτώσεις δε, οι δικαστές διατάσσουν κατά κάποιον τρόπο, την επαναφορά στην προτέρα κατάσταση, την επιστροφή στο παρελθόν κατά κάποιον τρόπο ώστε να ξαναδοθούν στον ενάγοντα οι ίδιες πιθανότητες που έχασε.

Το 1991, για παράδειγμα, είχαμε και στην Ελλάδα το πραγματικό εκείνου που θεωρείται ως το κλασικό παράδειγμα της απώλειας πιθανότητας: από αμέλεια, ο αριθμός ενός λαχείου (ο 066992), από υπαιτιότητα των οργάνων του ελληνικού δημοσίου, δεν μπήκε στην κληρωτίδα, ενώ ένας άλλος αριθμός, ο 066972, μπήκε δυο φορές. Ένας από τους δύο αριθμούς αυτούς θα κέρδιζε το ποσό των δυο εκατομμυρίων δραχμών. Με την αγωγή του, ο δικαιούχος του παραλειφθέντος λαχείου ζήτησε καταρχήν όλο το κέρδος από την κλήρωση, 2.000.000 δρχ. τότε, ή έστω ένα εκατομμύριο (μοιράζοντας το κέρδος στα δύο). Η αγωγή αυτή απορρίφθηκε. Επανήλθε τότε ο ενάγων, με νέα αγωγή με αίτημα να επαναληφθεί η κληρωση, δηλαδή ουσιαστικά να επανέλθει στις ίδιες πιθανότητες κέρδους που είχε πριν το σφάλμα. Η νομική βάση της αγωγής ήταν η ΑΚ 288 και η αγωγή κρίθηκε νόμιμη⁹⁷- το δικαστήριο διέταξε, απειλώντας κατά του ελληνικού δημοσίου ποινή για τυχόν μη συμμόρφωσή του, την επανάληψη της

96. EISENBERG, ό.π., 1062.

97. ΑΠ 1035/1991, Νόμος αρ. 17176.

κλήρωσης⁹⁸. Πέντε χρόνια πιο πριν, ο Άρειος Πάγος⁹⁹ είχε αντιμετωπίσει την ίδια ακριβώς περίπτωση και εκεί κρίθηκε ότι ο κομιστής του λαχείου που παραλείφθηκε είχε το διαζευκτικό δικαίωμα είτε να ζητήσει την αξία του λαχείου του είτε την επανάληψη της κλήρωσης—όχι όμως την πληρωμή του κέρδους από το λαχείο, εάν εκείνο είχε κληρωθεί. Στις περιπτώσεις της προσβολής της πιθανότητας να κερδίσει ο κομιστής το λαχείο, δηλαδή, ο νόμος επιβάλλει να ανακτήσει αυτός τις ίδιες πιθανότητες σε μια νέα κλήρωση. Αυτό σημαίνει φυσικά ότι, όσες και εάν είναι αυτές οι πιθανότητες, η προστασία τους είναι απόλυτη και ισχυρή.

Σε ένα άλλο "περιβάλλον" κλήρωσης, εκείνο του οικοδομικού συνεταιρισμού και του δικαιώματος συμμετοχής σε κλήρωση οικοπέδων, η κρίση των δικαστηρίων ήταν κάπως διαφορετική. Με την απόφαση ΑΠ 720/1997 κρίθηκε ότι από τη σύμβαση μεταξύ αιτούντος και του συνεταιρισμού προκύπτει ένα δικαίωμα προσδοκίας (οφέλους), το οποίο είναι όμως ενοχικό (και όχι εμπράγματο) δικαίωμα συμμετοχής στην κλήρωση. Το δικαίωμα αυτό παρέχει τη "δυνατότητα μελλοντικής απόκτησης οικοπέδου"¹⁰⁰. Εκείνος που παράνομα παραλείφθηκε από την κλήρωση των οικοπέδων έχει μόνο ενοχικά δικαιώματα αποζημίωσης, λόγω συμβατικής ευθύνης. Δεν έχει απαίτηση να του κατοχυρωθεί κάποιο οικόπεδο, ακόμη και εάν το οικόπεδο αυτό "περίσσεψε" μετά την κλήρωση από την οποία παραλείφθηκε. Ούτε μπορεί να ζητήσει την καταδίκη του συνεταιρισμού σε δήλωση βούλησης¹⁰¹.

98. "...Η σύμβαση λαχείου είναι τυχερή, αγορά ελπίδας, αφού το αναμενόμενο κέρδος του κομιστού εξαρτάται από τυχαίο και απρόβλεπτο γεγονός. Εάν ο εκδότης δεν ενεργεί την κλήρωση, κατά τους νόμους τύπους...τότε ο κομιστής να μην δεν μπορεί να ζητήσει το αναμενόμενο κέρδος, αφού αυτό είναι απρόβλεπτο, αλλά μπορεί να ζητήσει την επανάληψη της κλήρωσης σύμφωνα και με τη διάταξη της ΑΚ 288...", ΑΠ, ό.π.

99. ΑΠ 1255/1986, ΕφΑθ 9670/1988.

100. Βλ. και ΕφΑθ 9136/1988, Νόμος, "...από την ιδιόμορφη σχέση του οικοδομικού συνεταιρισμού με τα μέλη του γεννάται κατ' αρχήν δικαίωμα προσδοκίας, που παρέχει στα μέλη του δυνατότητα μελλοντικής κτήσης οικοπέδου με κλήρωση...η συμβατική αυτή σχέση δεν τείνει απ' ευθείας στη μεταβίβαση, αλλοίωση ή κατάργηση εμπραγμάτου δικαιώματος επί ακινήτου

Σε αντίθεση με αυτού του είδους την πιο "αδύναμη" προστασία της πιθανότητας (εδώ, απόκτησης οικοπέδου), όταν προξενηθεί βλάβη σε αντικείμενο το οποίο έχει πωληθεί με παρακράτηση κυριότητας από τον πωλητή (όπως συνηθίζεται, πχ. με τα αυτοκίνητα), δικαιούχος ολόκληρης της αποζημίωσης είναι ο αγοραστής. Ακόμη και εάν ο αγοραστής δεν έχει καταβάλει παρά μια δόση για ένα αυτοκίνητο, για παράδειγμα, οπότε δεν "έχει" παρά μια μικρή, κατά τον χρόνο αυτόν, πιθανότητα απόκτησης κυριότητάς του (το δικαίωμα προσδοκίας όπως αναλύεται στις σχετικές δικαστικές αποφάσεις και τη θεωρία), έχει δικαίωμα να εισπράξει σε περίπτωση ολικής καταστροφής του αυτοκινήτου ολόκληρη την αποζημίωση για αυτό. Η δικαιολόγηση αυτής της λύσης έγκειται¹⁰² στο ότι τον κίνδυνο από την παράδοση του πράγματος φέρει ο αγοραστής και κάτοχός του (εκείνος υφίσταται τη δαπάνη επανόρθωσης και την αποθετική ζημία)¹⁰³, αλλά η δικαιολόγηση αυτή δεν μπορεί να αλλάξει το γεγονός ότι, πρακτικά, ο δικαιούχος π.χ. 5% πιθανότητας κτήσης κυριότητας στο αυτοκίνητο, μπορεί να εισπράξει το 100% της αποζημίωσης για την ολική του καταστροφή¹⁰⁴. Μάλιστα, εάν δεν υπάρχει ολική καταστροφή, η αποζημίωση μπορεί, κατά μερίδα της νομολογίας, να περιλαμβάνει ακόμη και τη συνεπεία της βλάβης μειωμένη αξία του αυτοκινήτου (εμπορική υπαξία)¹⁰⁵.

Με την ΣτΕ 4078/1995¹⁰⁶ κρίθηκε και το εξής ζήτημα οικονο-

101. "...Μετά την κλήρωση το ανωτέρω δικαίωμα προσδοκίας μετατρέπεται σε ευθεία αξίωση για την τέλεση της πράξης μεταβίβασης του οικοπέδου...", ό.π.

102. Βλ. ad hoc ΑΠ 809/1974, ΝοΒ 23, 337, Εφαθ 1554/1996, Νόμος και άλλες.

103. Βλ. ΚΡΗΤΙΚΟ, ό.π., σ. 193.

104. "...ο ενάγων, αφού κατά τον χρόνο του ατυχήματος είχε στην κατοχή του το εν λόγω αυτοκίνητο και το δικαίωμα προσδοκίας αποκτήσεως της κυριότητας με την αποπληρωμή του τιμήματος και αφού δεν προκύπτει ότι η πωλήτρια είχε ασκήσει το δικαίωμα υπαναχώρησης από τη σύμβαση, νομιμοποιείται ενεργητικά στην έγερση της προκείμενης αγωγής και τα αντίθετα υποστηριζόμενα από τους εναγομένους είναι απορριπτέα...", Εφαθ 1554. 1996, Νόμος.

105. Εφθεσ 1087/1981, Αρμ 1982, 16 με παρατηρήσεις κάτω από την απόφαση του ΚΟΡΝΗΛΑΚΗ, ΕφΝαυπλ 97/1981, ΕπΣυγκΔ 1982, 229.

μικής αξιολόγησης της πιθανότητας: εάν για φορολογικούς σκοπούς, στην καθαρή (οικονομική) θέση της Ολυμπιακής Αεροπορίας θα έπρεπε να συνυπολογισθεί και η αξία του δικαιώματος προσδοκίας (της) να αποκτήσει την κυριότητα 11 αεροσκαφών, τα οποία είχε μισθώσει με "σύμβαση μίσθωσης και αγοράς", με τη συμφωνία με τη λήξη της δεκαετούς μίσθωσης να αποκτά και την κυριότητά τους. Το Συμβούλιο της Επικρατείας απάντησε θετικά, έκρινε ότι το δικαίωμα προσδοκίας ήταν στοιχείο της περιουσίας της εταιρείας και εξαφάνισε αντίθετη απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, κατά το οποίο το δικαίωμα προσδοκίας κτήσης κυριότητας δεν αποτελούσε ενεστώσα (τότε) περιουσία της Ολυμπιακής Αεροπορίας. Προφανώς, ήταν αδιάφορο εάν το δικαίωμα προσδοκίας αντιστοιχούσε κατά τον χρόνο εκείνο πχ σε 5% πιθανότητες κτήσης κυριότητας ή σε 95% πιθανότητες-αυτό είχε σημασία μόνο για τον υπολογισμό της χρηματικής εκτίμησης του δικαιώματος προσδοκίας (της πιθανότητας) για να φορολογηθεί ανάλογα.

Πρέπει εδώ να σημειωθεί ότι η προσβολή της πιθανότητας κτήσης κυριότητας πράγματος προστατεύεται τόσο ισχυρά, ώστε να πληροί τον "αυστηρό" συνήθως όρο του παρανόμου της ΑΚ 914¹⁰⁷- ενώ, ρητά αποκλείεται, για παράδειγμα, το ίδιο συμπέρασμα και η ίδια απόλυτη προστασία όταν η πιθανότητα θίγεται από μη συμμετοχή σε κλήρωση για οικόπεδο κατά τα παραπάνω¹⁰⁸.

Στο εργατικό δίκαιο, όταν ο εργοδότης προσέλαβε εργαζόμενους υπό δοκιμή, αλλά μετά αρνήθηκε τη διεξαγωγή της προβλεπόμενης δοκιμασίας, το δικαστήριο διέταξε κατευθείαν τη μονιμοποίησή τους¹⁰⁹. Με αγωγή τους, οι ενάγοντες ζήτησαν τη μονιμοποίησή τους

106. Νόμος.

107. ΓΕΩΡΓΙΑΔΗΣ σε ΑΚ Γεωργιάδη-Σταθόπουλου, αρ. 914, άρθρο 39.

108. "Η τυχόν υπαίτια άρνηση ή αδυναμία του συνεταιρισμού να εκπληρώσει την υποχρέωσή του (παροχής δικαιώματος συμμετοχής στην κλήρωση ή/και μεταβίβασης της κυριότητας του κληρωθέντος οικοπέδου στον "τυχερό" δικαιούχο)...δεν θεμελιώνει ευθύνη του από αδικοπραξία...και ο τρίτος που γνωρίζει ότι το οικόπεδο έχει κληρωθεί σε συνέταιρο αλλά το αγοράζει από τον συνεταιρισμό, δεν ευθύνεται καταρχήν από αδικοπραξία...", ΑΠ 720/1997, ό.π.

109. ΜονΠρΑθ 1918/1991, Νόμος.

ή, άλλως, να διαταχθεί ο εργοδότης να διενεργήσει τη γραπτή δοκιμασία που ματαιώθηκε για την ένταξή τους στο μόνιμο προσωπικό του εργοδότη. Με βάση τα πραγματικά περιστατικά αυτά, το Δικαστήριο έκρινε ότι η ματαίωση της διεξαγωγής της δοκιμασίας ισοδυναμούσε με πλασματική πλήρωση της αίρεσης για την οριστική σύμβαση και την ένταξη των εργαζομένων στο μόνιμο προσωπικό και με βάση τα άρθρα 201 ΑΚ και 207 ΑΚ διέταξε τη μονιμοποίηση όλων των εναγόντων. Η πρόσληψη υπό δοκιμή, κατά την απόφαση, δημιουργεί δικαίωμα προσδοκίας που είναι προστατεύσιμο τόσο ισχυρά, ώστε να παραλειφθεί εντελώς κάθε στάδιο κρίσης και ανεξάρτητα από το πόσες πιθανότητες είχε ο εργαζόμενος υπό δοκιμή, ακόμη κι αν αυτές ήταν πχ 2%, να πετύχει στον διαγωνισμό, απλά μονιμοποιήθηκε. Το 1980 πάλι, όταν το Υπουργείο Παιδείας είχε ματαιώσει έναν διαγωνισμό για την επιλογή βιβλίων για σχολική χρήση, ενώ η ματαίωση κρίθηκε παράνομη από τον Άρειο Πάγο, επιδικάστηκε αποζημίωση στους ενάγοντες συγγραφείς λόγω της ΑΚ 932 (ρητά απορρίφθηκε το αίτημα ικανοποίησης λόγω προσβολής προσωπικότητας κατά την ΑΚ 57), χωρίς να ελεγχθεί καθόλου ποιά υποψήφια βιβλία είχαν και ποιές πιθανότητες να κερδίσουν στο διαγωνισμό που ματαιώθηκε¹¹⁰.

Από το οικογενειακό δίκαιο επίσης υπάρχουν ενδιαφέροντα παραδείγματα αντιμετώπισης της πιθανότητας. Χαρακτηριστική είναι η ισχυρή προστασία της πιθανότητας κέρδους λόγω δικαιώματος συμμετοχής στα αποκτήματα κατά την ΑΚ1400. Η πιθανότητα αυτή προστατεύεται και πριν λυθεί ο γάμος (ακόμη και πριν την έναρξη της διάστασης των συζύγων)¹¹¹ και πριν ακόμη ασκηθεί η σχετική αγωγή, με κάθε πρόσφορο ασφαλιστικό μέτρο¹¹², καθώς και σε αυτήν την

110. ΑΠ 812/1980, Νόμος.

111. ΜΠρΑθ 6991/2001, ΝοΒ 2002/543.

112. ΜΠρΘεσσαλ 30989/1995, Αρμ. 1996, 703, ανάμεσα σε άλλες. Στην υπόθεση αυτή η υποθήκη είχε εγγραφεί με βάση αγωγή συμμετοχής στα αποκτήματα από την οποία μετά η ενάγουσα είχε παραιτηθεί. Το δικαστήριο έκρινε ότι η παραίτηση δεν ασκούσε καμία επιρροή στην ισχύ της υποθήκης: "...η αναιρεσίβλητη ορθώς ενέγραψε τις ανωτέρω υποθήκες, για τα ποσά που προαναφέρθηκαν, τα οποία κατά την άποψή της αποτελούν το κατά προσέγγιση

περίπτωση υπάρχει, κατά τα δικαστήρια, προστατεύσιμο δικαίωμα προσδοκίας¹¹³. Στο στάδιο αυτό της προσδοκίας, μπορεί να εγγραφεί υποθήκη σε ακίνητο, οποτεδήποτε κατά τη διάρκεια του γάμου και πριν τη λύση του γάμου. "...Το γεγονός και μόνο ότι υπάρχει αβεβαιότητα ως προς τη μελλοντική απαίτηση και ως προς το ύψος της, δεν αποτελεί εμπόδιο για την εγγραφή της υποθήκης, αφού κατά το άρ. 1258 ΑΚ είναι δεκτικές εξασφάλισης με υποθήκη και μελλοντικές απαιτήσεις...αυτός που ζητεί την εγγραφή πρέπει να την ορίσει κατά προσέγγιση, κατά το άρ. 1269ΑΚ."¹¹⁴ Άλλα δικαιώματα προσδοκίας (άλλες πιθανότητες) δεν προστατεύονται το ίδιο ισχυρά¹¹⁵.

Εκτός της προστασίας των δικαιωμάτων προσδοκίας (ισχυρής ή μη) είναι, νομίζω, εντυπωσιακές μερικές πρόσφατες αποφάσεις του Αρείου Πάγου σε σχέση με αγωγές για διαφυγόν κέρδος. Ξέρουμε ότι το μέτρο απόδειξης για τα αιτήματα διαφυγόντος κέρδους είναι η απλή πιθανολόγηση (σε αντίθεση με τη θετική ζημία). Από την αρχή, λοιπόν, και ανεξάρτητα από τη θέση των δικαστών φυσικά, διακρίνεται και επιβάλλεται νομοθετικά μια ευμενής προς τον ενάγοντα μεταχείριση για την απόδειξη μελλοντικών γεγονότων. Από την άλλη μεριά όμως, η "ευμενής μεταχείριση" είναι το λιγότερο που μπορεί να χαρακτηρίσει κανείς δικαστικές αποφάσεις που δέχονται, για παράδειγμα, ότι τα κατσίκια που θανατώθηκαν παράνομα από τον εναγόμενο θα γεννούσαν άλλα 140 κατσίκια τον επόμενο χρόνο¹¹⁶, ότι ο

ποσό που ανταποκρίνεται στο πιθανό ύψος της απαίτησής της...", πλάγια στο παρόν κείμενο.

113. Ό.π.

114. ΑΠ 87/1998, Νόμος.

115. Βλ. πχ. το δικαίωμα προσδοκίας που αποκτάται από την κατάθεση δήλωσης για εμπορικό σήμα και πριν την απόφαση της επιτροπής σημάτων. Στο διάστημα αυτό, το δικαίωμα προσδοκίας δεν προστατεύεται από τις διατάξεις περί προστασίας σημάτων, αλλά μόνο με τις διατάξεις περί θεμιτού ανταγωνισμού, ΜονΠρΛαρ 192/1999, Αρμ 1999, 948. Το δικαστήριο δεν δέχθηκε την αγωγή για ανάλογη προστασία με τη νομοθεσία περί σημάτων.

116. ΑΠ 733/2000, Νόμος. Πρβλ. με την *Sarwell v. Bass*, 1910 2KB 486, όπου ο ενάγων ιδιοκτήτης φοράδας είχε πληρώσει 800 γουινέες στον εναγόμενο, ιδιοκτήτη επιβήτορα αλόγου, με τη συμφωνία να στείλει τη φοράδα

θανατωθείς σε τροχαίο ατύχημα θα αποφοιτούσε από το σχολείο, θα πήγαινε στρατό και μετά θα εργαζόταν στη συγκεκριμένη επιχείρηση και θα προβιβαζόταν σε προϊστάμενο¹¹⁷, ότι η επτάχρονη θανατωθείσα σε ατύχημα θα ζούσε για 35 ακόμη έτη και θα κέρδιζε τουλάχιστον όσα μια ανειδίκευτη εργάτρια (150.000 δρχ/μήνα), ή ότι ο θανατωθείς, ετών 51, "...ενόψει της κατά τον θάνατον ηλικίας του, θα ζούσε οπωσδήποτε με πιθανότητα¹¹⁸, σύμφωνα με την συνηθισμένη πορεία των πραγμάτων μέχρι το 2005...θα εξακολουθούσε να ασκεί το επάγγελμα του ιχθυοπώλη..."¹¹⁹. Τέτοιου είδους αποδοχές βρίσκουμε, πάντως, σε πάρα πολλές αποφάσεις που αφορούν αποζημιώσεις λόγω θανάτου από ατύχημα, πχ τροχαίο ατύχημα.

Για τα περισσότερα από τα παραπάνω παραδείγματα, είναι φανερό, νομίζω, ότι αφορούν πιθανότητες οικονομικού κέρδους (πχ. κέρδος από λαχείο/κτήση κυριότητας οικοπέδου/κτήση κυριότητας αυτοκινήτου/μισθοί λόγω μονιμοποίησης/χρήματα από πώληση ζώων/απώλεια εισοδήματος). Από την άλλη μεριά, στην υπόθεση με τον διαγωνισμό για τα βιβλία, το 1980, ο Άρειος Πάγος δεν εξέτασε το ζήτημα ποιος και γιατί μπορεί να κέρδιζε τον διαγωνισμό και τα συναφή χρηματικά έπαθλα, αλλά επιδίκασε στους συγγραφείς ικανοποίηση ηθικής βλάβης λόγω αδικοπραξίας. Θα μπορούσε επίσης, ίσως, να υποστηριχθεί ότι τα οφέλη από τη μονιμοποίηση ενός υπαλλήλου στη θέση του δεν είναι μόνο οικονομικά, αλλά και ηθικά. Αυτή η κρίση εξαρτάται από το πώς θα εξετάσει κανείς το κοινωνικό φαινόμενο της εργασίας. Τα δικαιώματα στην πνευματική ιδιοκτησία πάντως, και εδώ αναφέρομαι, ως παράδειγμα, στην προστασία του δικαιώματος προσδοκίας μετά την κατάθεση δήλωσης για εμπορικό σήμα¹²⁰, είναι σαφώς διττής

σε αυτόν προς σύλληψη αλόγου, η οποία παραβιάστηκε. Η αγωγή απορρίφθηκε, αλλά η απόφαση σχολιάστηκε δυσμενώς στην *Charplin v. Hicks*, ό.π., το 1911.

117. ΑΠ 549/2002, Νόμος.

118. Εδώ δεν είναι ευκρινές ποιό είναι το μέτρο απόδειξης και τι σημαίνει "οπωσδήποτε με πιθανότητα".

119. ΑΠ 26/2001, Νόμος.

120. Βλ. προηγούμενη υποσημείωση, άρ. 115.

νομικής φύσης-και ηθικά και πνευματικά και, συνεπώς, η προσβολή της πιθανότητας που σχετίζεται με αυτά θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι αφορά και ηθικά και υλικά αγαθά.

η. Πιθανότητα και δημόσιο δίκαιο-ένα μικρό σχόλιο

Η πιθανότητα προστατεύεται στο δημόσιο δίκαιο συνήθως λόγω της δράσης της συνταγματικής αρχής της ισότητας. Η ισότητα στηρίζει την ελευθερία υπό δύο έννοιες, μια αποθετική και μια θετική: ως κατάργηση προνομίων των κοινωνικών τάξεων και ως ισότητα ευκαιριών, που μπορεί να απαιτεί και θετικές παροχές¹²¹. Αυτή η δεύτερη ισότητα ευκαιριών είναι ουσιαστικά η προστασία των ίσων πιθανοτήτων των ανθρώπων να επιτύχουν κάποιο όφελος σε πολλά πεδία, όπως στην εργασία, στην εκπαίδευση κλπ.

Η παροχή ίσης ευκαιρίας, για παράδειγμα, να διοριστεί κάποιος στο δημόσιο είχε φτάσει παλαιότερα μέχρι το σημείο να μην απαιτείται να γνωρίζει ο υποψήφιος μια ξένη γλώσσα ή δακτυλογραφία¹²². Πράγμα που αναγκαστικά σημαίνει ότι ένας πολύ μεγάλος αριθμός υποψηφίων θα έχει όσο το δυνατόν ίδιες πιθανότητες να διοριστεί. Αλλά και η νομιμότητα της κατακύρωσης στους διαγωνισμούς για τα δημόσια έργα, για παράδειγμα, θα κριθεί από νόμους και οδηγίες της Κοινότητας, οι οποίοι σκοπούν στην προστασία της ίσης ευκαιρίας για όλους τους διαγωνιζόμενους¹²³. Όταν, για παράδειγμα, ο όρος της κατακύρωσης ήταν η εταιρία που διαγωνιζόταν να έχει τις εγκαταστάσεις της στην Αθήνα, το Συμβούλιο της Επικρατείας έκρινε ότι μόνο εάν αυτός ο όρος εξυπηρετούσε, λόγω ειδικών συνθηκών, το δημόσιο συμφέρον, είναι έγκυρος¹²⁴.

Η παροχή ίσης ευκαιρίας, πάντως, έχει εισχωρήσει σαν ζητούμενο και στο ιδιωτικό δίκαιο¹²⁵.

121. ΔΑΓΤΟΓΛΟΥ, *Ατομικά Δικαιώματα*, 1991, σ. 853.

122. Βλ. ν 1400/1983, νόμο που ο ΔΑΓΤΟΓΛΟΥ χαρακτηρίζει ως αντισυνταγματικό, ό.π. σ. 865:

123. Βλ. περισσότερα στον STATHOPOULOS, *Law in Motion*, International Encyclopaedia of Laws, σ. 376.

ζ. Πιθανότητα και γενικό δίκαιο της απόζημίωσης

Αν ανατρέξουμε στις βασικές αρχές του δικαίου της αποζημίωσης, διαπιστώνουμε τα εξής: ότι η αποζημίωση καταβάλλεται κατά κανόνα σε χρήμα, και όχι *in natura*, και ότι ο σκοπός της καταβολής της είναι η θέση του ζημωθέντος στη θέση που θα βρισκόταν, αν είχε συμβεί ένα γεγονός (για την ενδοσυμβατική ευθύνη, η εκπλήρωση της συμβατικής υποχρέωσης) ή αν δεν είχε συμβεί ένα γεγονός (αδικοπρακτική ευθύνη)-όσο για τον αδικαιολόγητο πλουτισμό, σκοπός είναι η επιστροφή μιας ωφέλειας.

Ας υποθέσουμε ότι ο Α καταστρέφει, λόγω σύγκρουσης για την οποία είναι αποκλειστικά υπαίτιος, το αυτοκίνητό μου. Κατά την κλασική θεωρία αποζημίωσης, οφείλει να μου καταβάλει χρήματα (όχι να μου αγοράσει ένα άλλο αυτοκίνητο), και συγκεκριμένα ένα ποσό που ισοδυναμεί με την αξία του αυτοκινήτου που καταστράφηκε. Ουσιαστικά υποτίθεται ότι εγώ θα αγοράσω ένα άλλο αυτοκίνητο, ίδιο με εκείνο που καταστράφηκε, αλλά το δίκαιο δεν απαιτεί την εξακρίβωση αυτής της αγοράς-δεν απαιτεί την απόδειξη από την εταιρεία Suzuki, για παράδειγμα, ότι πραγματικά αγόρασα ένα αυτοκίνητο, για να εισπράξω τα χρήματα της αποζημίωσης. Το δίκαιο αρκείται στο να μου χορηγήσει την ευκαιρία, την πιθανότητα να αγοράσω ένα αυτοκίνητο, και έτσι, ίσως μπορεί να υποστηριχθεί ότι, με βάση τις διατάξεις περί αποζημίωσης δεν προστατεύεται τίποτε άλλο εκτός από αυτήν.

Αντίστοιχα, αν ο Α έχασε τις υπηρεσίες ενός προσώπου, γιατί ο Β

125. Στο δίκαιο των συμβάσεων αναμφίβολα υπάρχουν θέματα ισότητας που μπορεί να οδηγήσουν και στην ακύρωση της σύμβασης που την παραβιάζει. Κατ' αυτό τον τρόπο, η προστασία των ίσων ευκαιριών, η προστασία ουσιαστικά της πιθανότητας, υπάρχει, ακόμη κι αν δεν ονομάζεται έτσι, στο ενοχικό δίκαιο. Έτσι, ο Άρειος Πάγος έχει κρίνει, για παράδειγμα, ότι απαγορεύεται μια αγγελία εργασίας να απευθύνεται σε συγκεκριμένο φύλο, εκτός αν η φύση της εργασίας υπαγορεύει αναγκαστικά το φύλο του υποψηφίου. Επομένως, η ευκαιρία της εργασίας προστατεύεται και για τα δύο φύλα, ώστε κάθε υποψήφιο πρόσωπο να έχει καταρχάς τις ίδιες πιθανότητες να επιτύχει ανεξαρτήτως φύλου (ΑΠ 198/1995, ΔΕΝ 51, 1249, ΑΠ 1360/1992, ΕΕργΔ 52, 32, 79/1993, ΝοΒ 42, 381).

τραυματίσει από αμέλειά του αυτό το πρόσωπο, τότε το Δικαστήριο θα επιδικάσει αποζημίωση για τη στέρηση των υπηρεσιών αυτών, ανεξάρτητα από το εάν ο Α, ο ζημιωθείς, προσέλαβε ή όχι ένα άλλο πρόσωπο για να εξασφαλίσει αυτές τις υπηρεσίες. Ο Α δεν χρειάζεται ούτε να επικαλεστεί ούτε να αποδείξει ότι προσέλαβε κάποιον άλλον, για να εισπράξει την αποζημίωση. Ουσιαστικά, το δίκαιο "απαντά" σε αυτή τη ζημία ως εξής: παρέχει την πιθανότητα, την ευκαιρία να προσλάβει ο ζημιωθείς κάποιον άλλον και να αποκτήσει τις ίδιες υπηρεσίες με εκείνες που έχασε, αλλά ο ζημιωθείς μπορεί με τα ίδια χρήματα να αγοράσει οτιδήποτε άλλο- μπορεί να αγοράσει με αυτά τα χρήματα ένα στερεοφωνικό συγκρότημα. Η παροχή της ευκαιρίας αρκεί-άρα, ίσως μπορεί να υποστηριχθεί ότι αυτή η πιθανότητα, και μόνο αυτή, είναι εδώ το προστατευόμενο αγαθό, απλά είναι ένα αγαθό που υπολογίζεται σε χρήμα. Με την ίδια έννοια, και αυτό που έχασε ο Α από τις υπηρεσίες που στερήθηκε, δεν ήταν τίποτε άλλο παρά η πιθανότητά του να τις έχει, γιατί βέβαια δεν ήταν ποτέ απολύτως βέβαιο ότι θα τις είχε, αν δεν είχε συμβεί το ατύχημα, ήταν απλώς (οσοδήποτε, έστω και 100%) πιθανό.

Αλλά και η ανάλυση και η ερμηνεία των διατάξεων που αναφέρονται στο διαφυγόν κέρδος δεν είναι τίποτε άλλο παρά η πιο σοβαρή έμμεση προστασία της πιθανότητας. Πραγματικά, οι ερμηνείες του ΑΚ 297 όσον αφορά το διαφυγόν κέρδος καταλήγουν γενικά στα εξής: για να μην υπάρχει καταρχάς καμμία αμφιβολία ότι το διαφυγόν κέρδος αποτελεί ζημία και ότι πρέπει να αποκατασταθεί, προβλέπεται αυτο ρητά στην ΑΚ 198 εδ. 1. Το διαφυγόν κέρδος αποτελεί μέγεθος που προσδιορίζεται μόνο υποθετικά¹²⁶. Είναι το κέρδος που θα αποκομιζόταν αν δεν είχε επέλθει το ζημιογόνο γεγονός. Γίνεται αναγκαία, δηλαδή, ένας συλλογισμός για την υποθετική εξέλιξη των πραγμάτων...¹²⁷. Διαφυγόν κέρδος μπορεί να είναι, για παράδειγμα, οι μισθοί που έχασε ο Α γιατί τραυματίστηκε και δεν μπόρεσε να εργαστεί ή η αξία των ψαριών που δεν ψάρεψε, γιατί ο Β προξένησε ζημιές στο αλιευτικό του και δεν μπόρεσε να ψαρέψει. Όμως, επειδή ακόμη και

126. ΣΤΑΘΟΠΟΥΛΟΣ στον ΑΚ Γεωργιάδη-Σταθόπουλου, άρ. 298.

127. Ό.π.

εάν δεν είχε συμβεί το ζημιογόνο γεγονός, είναι απολύτως αδύνατο να ισχυριστούμε ότι 100% ο Α θα εργαζόταν και θα εισέπραττε κανονικά τον μισθό του, ή ότι θα ψάρευε (κάποια; πόσα;) τα ψάρια που ισχυρίζεται ότι θα ψάρευε, η αξίωση αποζημίωσης λόγω διαφυγόντος κέρδους δεν είναι τίποτε άλλο παρά η αξίωση για αποκατάσταση της πιθανότητας, της ευκαιρίας που θα είχε, αν δεν είχε συμβεί το ζημιογόνο γεγονός, να αποκτήσει κάποιο, εδώ οικονομικό, όφελος. Αντίστοιχα, η αξίωση του Α για καταβολή της διατροφής κατά του προσώπου που, ας πούμε, σκότωσε σε ατύχημα το πρόσωπο που ήταν υποχρεωμένο κατά τον νόμο να διατρέφει τον Α, προφανώς από τα εισοδήματά ή την εργασία του, αξίωση που προβλέπεται συγκεκριμένα από τον νόμο, είναι μια αξίωση που ουσιαστικά δέχεται ότι ο υπόχρεος, που σκοτώθηκε, αν δεν είχε σκοτωθεί, α) θα εργαζόταν και θα εισέπραττε τον μισθό του, ή θα εισέπραττε τα εισοδήματά του και β) θα διέτρεφε τον Α-πράγμα που σημαίνει ότι το δίκαιο της αποζημίωσης "υπολογίζει" την πιθανότητα πάρα πολύ σοβαρά, τόσο την πιθανότητα του θανάτου να είχε προβεί στα παραπάνω, όσο και την ευκαιρία του Α να κάνει με τα χρήματα της διατροφής (αφού δηλαδή του δοθεί η ίδια πιθανότητα διατροφής που είχε και πριν το ζημιογόνο γεγονός, αφού επανέλθει στην προτέρα κατάσταση των ιδίων πιθανοτήτων) ο,τιδήποτε θέλει, από το να διατραφεί πραγματικά, μέχρι να κάνει (αν επαρκέσει η αποζημίωση!) τον γύρο του κόσμου.

Η κλασική θεωρία της αποζημίωσης, και μάλιστα και στο ηπειρωτικό και στο αγγλοσξονικό δίκαιο, δέχεται ότι το διαφέρον που οφείλεται από παράβαση σύμβασης είναι το λεγόμενο θετικό διαφέρον, που σημαίνει, κατά τη γνωστή αρχή της αποκατάστασης στην προτέρα κατάσταση, ότι ο ζημιώσας οφείλει να μου καταβάλει τέτοιο ποσό ως αποζημίωση, όσο θα αποκόμιζα αν η σύμβαση δεν είχε παραβιαστεί. Ο συλλογισμός αυτός, όμως, αυτόματα μας εξαναγκάζει σε μια υποθετική ανάλυση της εξέλιξης των πραγμάτων, μια εξέλιξη που φυσικά, αφού δεν υπήρξε, είναι αδύνατο να υπολογιστεί με απόλυτη ακρίβεια. Το δίκαιο δηλαδή, και εδώ, σκοπεύει να μου απονείμει την αξία της ευκαιρίας, της πιθανότητας να κερδίσω από τη σύμβαση, μια πιθανότητα και ευκαιρία που είχα πριν την παραβίαση της σύμβασης. Περί αυτού λοιπόν πρόκειται, περί της πιθανότητας να κερδίσω, όπως

είχα υπολογίσει, πιθανότητα την οποία επιχειρούμε κάθε φορά να κοστολογήσουμε για να υπολογίσουμε το διαφέρον εκπλήρωσης.

Αλλά για να φέρουμε ένα παράδειγμα, για το διαφέρον εκπλήρωσης, ας πάρουμε την υπόθεση όπου ένας ασθενής που έχει κλείσει ένα ραντεβού με τον ιατρό του, δεν παρουσιάζεται ποτέ¹²⁸. Ας δεχθούμε ότι ο ιατρός είχε μια σύμβαση με τον ασθενή να εμφανισθεί στο ιατρείο του για να τον συμβουλευθεί, η οποία παραβιάστηκε. Τώρα, ο ιατρός μπορεί να ζητήσει ολόκληρη την αμοιβή που θα εισέπραττε από τον πελάτη του, κάτι που μπορεί να μοιάζει με απαίτηση για την ίδια την αμοιβή, αλλά που δεν είναι τίποτε άλλο από την αποζημίωση για την χαμένη πιθανότητα, την χαμένη ευκαιρία του ιατρού να εισπράξει αυτό το ποσό κλείνοντας ένα άλλο ραντεβού με έναν άλλο πελάτη, πιθανότητα που χάθηκε λόγω της αντισυμβατικής συμπεριφοράς του ασθενούς¹²⁹.

IV. Επιστροφή στην πιθανότητα, τη νομική φύση και την ιατρική ευθύνη

Προσπάθησα να παρουσιάσω, ήδη από την αρχή, τον τρόπο προ-

128. Παράδειγμα των FULLER & PERDUE, *The Reliance Interest in Contract Damages*, 46 Yale L.J. 52, 373, οι οποίοι ερμηνεύουν την αποζημίωση ως την αμοιβή που θα έπαιρνε ο ιατρός σαν αποζημίωση για την "αξία της προσδοκίας" του, ("the value of his expectancy"), ουσιαστικά μια μορφή του διαφέροντος εμπιστοσύνης. Οι ίδιοι υποστηρίζουν ότι και οι διατάξεις για την προστασία μιας ιδιοκτησίας, πχ. ενός ακινήτου, προστατεύουν τις προσδοκίες οφέλους του ιδιοκτήτη από το ακίνητο αυτό-".όταν η προσδοκία κέρδους από το ακίνητο είναι περιορισμένη, περιορισμένη είναι και η αποζημίωση..", ό.π.

129. "Ο ιατρός μπορεί, απόλυτα δικαιολογημένα, να δει αυτή την αποζημίωση σαν αποζημίωση για την απώλεια της ευκαιρίας που είχε να κερδίσει παρόμοια αμοιβή από έναν άλλο πελάτη. Αυτή η απώλεια των ευκαιριών (opportunities) είναι σχετική, σε κάποιο βαθμό, με τις περισσότερες από τις συμβάσεις, και η αδυναμία να υπαγάγουμε αυτόν τον τύπο της εμπιστοσύνης σε οποιονδήποτε υπολογισμό μπορεί να δικαιολογήσει έναν κατηγορηματικό κανόνα που θα επιδίκαζε την αξία της εμπιστοσύνης αυτής σαν τον πιο αποτελεσματικό τρόπο αποζημίωσης για παρόμοιες ζημιές.....", FULLER, ό.π., σ. 380.

στασίας και τα είδη όσο το δυνατόν πιο διαφορετικών πιθανοτήτων, κατά βάση στο ελληνικό δίκαιο. Η πιθανότητα επιβίωσης ή αποφυγής σωματικής βλάβης εμφανίζεται, έτσι, μέσα σε ένα πολύ γενικότερο πλαίσιο, εκτός των στενών ορίων της ιατρικής ευθύνης. Προσπάθησα επίσης να παρουσιάσω συνοπτικά τον τρόπο με τον οποίο η έννοια της πιθανότητας στην πραγματικότητα "διατρέχει", "διαπερνά" κατά κάποιον τρόπο όλο το δίκαιό μας, ιδιωτικό και δημόσιο, ουσιαστικό και δικονομικό. Προσπάθησα επίσης να δείξω ότι η προσβολή μιας πιθανότητας μπορεί να προκύψει είτε λόγω παραβίασης σύμβασης είτε λόγω αδικοπράξιας είτε λόγω προσβολής της προσωπικότητας, και επομένως πρέπει οπωσδήποτε όχι μόνο να προσεγγισθεί, αλλά (και να εξισοροποιηθεί από την άποψη της νομικής προστασίας) από όλες αυτές τις πλευρές. Εάν αυτές οι σκέψεις είναι σωστές, τότε ίσως η πιθανότητα να "δικαιούται" μια συστηματικότερη ανάλυση και μια καλύτερη "θέση" από εκείνη που έχει σήμερα.

Εάν πιστεύουμε ότι στο δίκαιο, η μεταχείριση των δικαιωμάτων, των εννόμων συμφερόντων μας, η μεταχείριση των ανθρώπων τελικά, πρέπει να διέπεται από συμμετρία και να είναι δίκαιη, εάν πιστεύουμε ότι το ίδιο το νομικό σύστημα, επομένως, πρέπει να χαρακτηρίζεται από αυτές τις αρετές, τότε ίσως να γίνεται καλύτερα αντιληπτό γιατί η διαφορετική (δυσμενέστερη) μεταχείριση του ενάγοντος-ασθενούς για προσβολή της πιθανότητας επιβίωσης και η σαφώς ισχυρότερη προστασία άλλων πιθανοτήτων¹³⁰, είτε είναι απαράδεκτη είτε, το

130. Βλ. παραπάνω, μορφές προστασίας της πιθανότητας στο ελληνικό δίκαιο. Η ίδια ακριβώς δυσμενής μεταχείριση προκύπτει για την πιθανότητα επιβίωσης στα πλαίσια της ιατρικής ευθύνης όταν συγκρίνεται με την πιθανότητα γάμου, βλ. παραπάνω. Δυσαρμονία υπάρχει, επίσης και μεταξύ της λύσης "ή όλα ή τίποτα" για την πιθανότητα επιβίωσης και με την αρχή του άρ. 926ΑΚ, γιατί εκεί, όταν με κοινή πράξη περισσότερων προξενήθηκε ζημία, ευθύνονται όλοι εις ολόκληρον, ανεξάρτητα από το ποσοστό συμβολής τους στην ζημία αυτή. "...Ο βαθμός της αιτιώδους συμβολής ή του πταίσματος καθενός από τους περισσότερους δράστες δεν ενδιαφέρει για τη θεμελίωση της εις ολόκληρον ευθύνης...", ΓΕΩΡΓΙΑΔΗΣ στον ΑΚ Γεωργιάδη-Σταθόπουλου, άρ. 926 ΑΚ, αρ. 5. Έτσι, το ίδιο πρόσωπο που μπορεί να προξενήσει κατά 5% από αμέλεια μια ζημία σε άλλον, θα καταβάλλει ολόκληρη την αποζημίωση για αυτήν, ενώ εάν ασθενήσει και λόγω, έστω, δόλου ή βαρυτάτης αμέλειας του

λιγότερο, απαιτεί μια σταθερότατη θεμελίωση, πχ για συγκεκριμένους λόγους πολιτικής του δικαίου. Με δεδομένη τη σπουδαιότητα του αγαθού της ζωής και της υγείας, με επίσης δεδομένη την γνωστή ανισότητα των θέσεων ιατρού-ασθενούς¹³¹ και τέλος, με δεδομένη την "αθωότητα" των ασθενών για την αβεβαιότητα των εξελίξεων της υγείας τους, την οποία προκάλεσε υπαίτια και παράνομα ο ιατρός στις υποθέσεις αυτές¹³², η παραπάνω θεμελίωση γίνεται, νομίζω, πάρα πολύ δύσκολη.

ιατρού στερηθεί 40% της πιθανότητας επιβίωσής του, δεν θα δικαιούται καμία αποζημίωση. Η δυνατότητα της δεύτερης αγωγής κατά των υπευθύνων για το υπόλοιπο 95% της ζημίας, ενώ εξασφαλίζεται νομικά κατά την ΑΚ 927, είναι σαφές ότι δεν αποτελεί μια "τέλεια" λύση, λόγω των πολλών προβλημάτων που παρουσιάζει η λύση αυτή (χρόνος, κόστη δίκης, περιπτώσεις όπου οι λοιποί συναίτιοι δεν είναι φερέγγυοι κλπ-λόγοι για τους οποίους, εκτός άλλων, ο κανόνας της ευθύνης εδώ έχει αμφισβητηθεί ζωνηρά). Πρβλ. και με την πορεία που έχει ακολουθήσει η νομολογία τα τελευταία χρόνια προς την κατεύθυνση της διεύρυνσης των περιπτώσεων ικανοποίησης της προϋπόθεσης του παρανόμου κατά την ΑΚ 914, βλ. ΑΠ 5/2001 (ευθύνη super-market από αδικοπραξία λόγω μη φύλαξης χώρων parking, για ζημίες σε άτομα τα οποία δεν είχαν καν εισέλθει στο κατάστημα ώστε να αγοράσουν προϊόντα, επίσης βλ. απόφαση της Ολομέλειας του ΑΠ 9/2002, μετά από παραπομπή, ότι η συμπεριφορά του ιδιοκτήτη καταστήματος με τυχερά ηλεκτρονικά παίγνια να δέχεται παράνομα και συνέχεια στο κατάστημα τον ανήλικο γιο των εναγόντων προσβάλλει το απόλυτο δικαίωμά τους επιμέλειας του παιδιού τους και στηρίζει αποζημιωτικό αίτημα λόγω αδικοπραξίας κατά την ΑΚ 914.

131. Ανισότητα η οποία φαίνεται όχι μόνο από το γεγονός ότι ο ιατρός είναι κάτοχος των ιατρικών πληροφοριών που αφορούν τον ασθενή ή/και του τι συνέβη πχ μέσα σε ένα χειρουργείο, αλλά και από από την ίδια την αδυναμία στην οποία βρίσκεται ένα πρόσωπο που (ήδη) ασθενεί. Για αυτούς αλλά και για άλλους λόγους έχει υποστηριχθεί στο αγγλοσαξονικό δίκαιο, για παράδειγμα, ότι μεταξύ ιατρού και ασθενούς υπάρχει "σχέση εμπιστοσύνης" (fiduciary relationship), από την οποία προκύπτουν πολύ σημαντικά καθήκοντα για τον ιατρό. Εδώ επίσης εμπίπτει και ο λόγος των διαφόρων αποδεικτικών ευχειριών που έχουν επικρατήσει για τις αγωγές ιατρικής αμέλειας (πχ *res ipsa loquitur*, αντιστροφές βάρους απόδειξης όταν έχει αποδειχθεί βαρύ ιατρικό πταίσμα κλπ). Για την έννοια της "πίστεως", σαν θεμέλιο ευθύνης στα αρχαία ελληνικά δίκαια, βλ. ΒΕΛΙΣΣΑΡΟΠΟΥΛΟΥ-ΚΑΡΑΚΩΣΤΑ, *Λόγοι Ευθύνης*, 1993, 23.

132. Βλ. παραπάνω και επίσης, KAYE, *The Limits of the Preponderance of the Evidence Standard: Justifiably Naked Statistical Evidence and Multiple*

Στο ελληνικό δίκαιο, άλλωστε, δεν ακολουθείται το περιπτωσιολογικό αγγλοσαξονικό σύστημα, όπου κάθε αδικοπραξία διέπεται κατά κάποιον τρόπο από τους κανόνες που έχουν διαμορφωθεί για αυτήν. Στο ελληνικό δίκαιο υπάρχει το "γενικό δίκαιο της αποζημίωσης"¹³³, κατά το οποίο, όπως διδασκόμεθα, είναι μια η έννοια της ζημίας και του αιτιώδους συνδέσμου και εφαρμόζεται σε κάθε ειδικότερη περίπτωση αποζημίωσης. Αυτό πρέπει να σημαίνει ότι δεν είναι δυνατόν η ζημία ή ο αιτιώδης σύνδεσμος να έχει άλλη έννοια στη συμβατική ευθύνη, για παράδειγμα, αλλά άλλη έννοια, όταν ο εναγόμενος είναι ο ιατρός ή ένα νοσοκομείο, για ιατρική αμέλεια. Ακολούθως, δεν μπορεί, όταν ο εναγόμενος είναι μια ασφαλιστική εταιρεία και η αγωγή βασίζεται σε τραυματισμό λόγω τροχαίου ατυχήματος, να ερμηνεύεται κατά έναν άλφα τρόπο η αιτιώδης συνάφεια προς διαφυγόντα κέρδη, αλλά στην ιατρική ευθύνη κατά έναν άλλον, βήτα (δυσμενέστερο για τον ενάγοντα-ασθενή σε σχέση με τον ενάγοντα-τραυματισμένο σε τροχαίο ατύχημα) τρόπο. Τελικά, δεν μπορεί εκείνος που παράνομα αποκλείστηκε από την κλήρωση του λαχείου για ένα αυτοκίνητο να έχει συγκεκριμένα δικαιώματα (έως και επανάληψης της κλήρωσης¹³⁴), ο εργαζόμενος που παράνομα αποκλείστηκε από τη δοκιμασία της μονιμοποίησης του να έχει επίσης συγκεκριμένα δικαιώματα (έως και απευθείας μονιμοποίησης, άνευ δοκιμασίας¹³⁵), αλλά ο ασθενής που παράνομα αποκλείστηκε από την "κλήρωση" του "λαχείου" της ζωής (όπου δεν υπάρχει βέβαια επανάληψη της διαδικασίας ούτε απευθείας δικαστική "απονομή" ζωής) απλά να αγνοείται.

Ενώ καταρχήν είναι ωφέλιμος ο χαρακτηρισμός κάποιων πιθανοτήτων σαν πιθανότητες που έχουν αυτοτελή αξία στις συναλλαγές¹³⁶,

Causation, AmBarFoundResJourn 1982, 486, 489.

133. ΣΤΑΘΟΠΟΥΛΟΣ, στον ΑΚ Γεωργιάδη-Σταθόπουλου, άρ. 297, 7-8, "...ενιαία αντιμετώπιση επιδέχονται κυρίως οι δύο...προϋποθέσεις (ζημία και αιτιώδης σύνδεσμος) και οι σχετικοί με αυτές κανόνες...η κοινή ρύθμιση ομοίων προβλημάτων υποδηλώνει μια γενικότερη νομοθετική σκέψη...".

134. Βλ. παραπάνω σ. 285.

135. Βλ. παραπάνω σ. 288.

136. Βλ. παραπάνω, σημ. 37. Στις περιπτώσεις αυτές αναγνωρίζεται η αυτοτελής αξία της πιθανότητας. Πρβλ. προς περιπτώσεις όπου το ελληνικό

ώστε να διευκρινίζεται ότι οφείλεται αποζημίωση για την προσβολή τους, δεν αρκεί τελικά για την προστασία όλων των πιθανοτήτων που εμπίπτουν στην έννομη σφαίρα ενός προσώπου. Αν αρκούσε, τότε πραγματικά το δίκαιο θα στήριζε στην πράξη την ανισότητα μεταξύ των πολιτών σε ένα πεδίο (προστασία υγείας/ζωής) όπου κατεξοχήν αυτό απαγορεύεται και θα έδινε ένα σαφές και θεσμοθετημένο, πλέον, προβάδισμα στην προστασία των υλικών αγαθών έναντι της προστασίας των σημαντικότερων, φυσικά, ηθικών. Ο ίδιος άνισος και άδικος διαχωρισμός, άλλωστε, προκύπτει, όταν οι ασθενείς μοιράζονται στην κατηγορία όσων έχουν περισσότερες από 50% πιθανότητες επιβίωσης, θεραπείας κλπ και στην κατηγορία

δίκαιο φαίνεται ίσως να αφήνεται από την αυστηρή σύνδεση με μια "τελική" ζημία, όπως στις εξής (ενδεικτικά): χορηγώντας ικανοποίηση για την παράνομη προσβολή προσωπικότητας επιβάτη λόγω αδικαιολόγητης καθυστέρησης δρομολογίου λεωφορείου, χωρίς επίκληση και απόδειξη προκληθείσας από την προσβολή άλλης ζημίας (ΕιρΝ 182/2000, ΝοΒ 49, 677), προστατεύοντας την εικόνα του προσώπου ως αυτοτελές αγαθό ΑΚ 59, ΓΕΩΡΓΙΑΔΗΣ, *Γενικές Αρχές*, ό.π., σ. 150), ορίζοντας την απόλυτη ακυρότητα για παράβαση διαδικασίας/τύπου ή/και όπου ρητά την αναγγέλλει ο νόμος, ανεξαρτήτως από το εάν προξενήθηκε βλάβη στον διάδικο που την προτείνει (ΚΠολΔ 159), απειλώντας με πρόστιμο 50.000 δρχ μέχρι 500.000 δρχ τον εργοδότη που παραβίασε την υποχρέωση ενημέρωσης των εργαζομένων, κατά άρ. 6 παρ. 1 ΠΔ 572/1988, σε σχέση με επικείμενη μεταβίβαση επιχείρησης, ανεξαρτήτως από την απόδειξη ή μη, ότι λόγω της πλημμελούς ενημέρωσης, οι εργαζόμενοι υπέστησαν κάποια συγκεκριμένη ζημία κ.ά. (Πρβλ. επίσης με το -μαχητό, έστω- τεκμήριο ότι η αγορά τίτλων μετά από ανακριβές ενημερωτικό δελτίο συνδέεται αιτιωδώς με αυτό, βλ. περισσότερα, ΛΙΑΠΠΗ, *Η αιτιώδης συνάφεια στην ευθύνη από ενημερωτικό δελτίο*, ΔΕΕ 2/2003, 138). Ειδικά ως προς την υποχρέωση ενημέρωσης, έχω και αλλού υποστηρίξει (*Ιατρική Ευθύνη για μη Ενημέρωση ή για Πλημμελή Ενημέρωση του Ασθενούς κατά το ελληνικό και αγγλοσαξονικό Δίκαιο*, 1999, σ. 50) ότι η παραβίασή της, από μόνη της, θα έπρεπε να θεμελιώνει δικαίωμα αποζημίωσης, ανεξάρτητα από άλλη, σωματική βλάβη κλπ. Βλ. και LEVIT, ό.π., σ. 86: "...τα δικαστήρια έχουν αρχίσει να επιδικάζουν αποζημίωση για παραβιάσεις κατά την διαδικασία λήψης αποφάσεων, ακόμη και όταν δεν υπάρχει απτή ζημία, αναγνωριζόμενη από το δίκαιο. Τα δικαιώματα που "αξίζουν" προστασία είναι το δικαίωμα του ασθενούς στην ενημέρωση σαν αυτοτελές αγαθό και το δικαίωμα του ασθενούς να λαμβάνει μέρος στην διαδικασία λήψης αποφάσεων...", όπου και σχετικές παραπομπές.

όσων έχουν λιγότερες από 50% παρόμοιες πιθανότητες¹³⁷. Η υποστηριζόμενη¹³⁸ απόρριψη της προστασίας της πιθανότητας επιβίωσης στην ιατρική ευθύνη στηρίζει θετικά τον διαχωρισμό αυτόν. Επίσης η απόρριψη αυτή επιτρέπει, εναντίον εκείνων των ασθενών-πολιτών που έχουν τη μεγαλύτερη ανάγκη ιατρικής προστασίας και επιμελούς περίθαλψης, εναντίον εκείνων που είναι σοβαρά άρρωστοι¹³⁹ (και που για αυτόν τον λόγο, δείχνουν ακόμη περισσότερη εμπιστοσύνη και εξαρτώνται ακόμη περισσότερο από την ιατρική φροντίδα) κάθε αμέ-

137. "...the doomed and the not doomed..", ...οι καταδικασμένοι και οι μη καταδικασμένοι...". Βλ. LEVIT, ό.π.

138. Βλ. ΦΟΥΝΤΕΔΑΚΗ, ό.π. Η απάντηση στο επιχείρημα ότι η θεωρία καταρρέει, γιατί, εάν δεν επέλθει η τελική ζημία, δεν υπάρχει δικαίωμα αποζημίωσης (άρα, η πιθανότητα της τελικής ζημίας είναι άρρηκτα συνδεδεμένη και εξαρτημένη από αυτήν), είναι ότι αυτό το δικαίωμα υπάρχει ανεξαρτήτως από την τελική ζημία, όπως ήδη έχει συμβεί στις ΗΠΑ, *Claudet v. Weyrich*, 662 So. 131, 132 (La. Ct. App. 1995, απονομή αποζημίωσης λόγω απώλειας ευκαιρίας επιβίωσης σε ασθενή που ζούσε κατά την δίκη, βλ. MANGAN, *A Small Price to Pay for a Human Life*, 42 *SDLRev* 279, 1997), βλ. επίσης και τις υποθέσεις αυξημένου κινδύνου μελλοντικής ζημίας ("increased risk of future harm") όπου επιδικάζεται στις ΗΠΑ αποζημίωση για τον αυξημένο αυτόν κίνδυνο (και μόνο) είτε είναι 50% είτε είναι 10% (βλ. ενδεικτικά, SACKS, *The Sword of Damocles, Claims for Increased Risk and Fear of Future Harm*, Harvard Law School Library KF 1257.Σ23x, 1987, NOTE, *Increased Risk of Future Harm: A New Standard for Sufficiency of Evidence of Causation in Medical Malpractice Cases*, 65 *BULRev* 275 (1985)). Η αποζημίωση εξαρτάται από τον χρόνο άσκησης της αγωγής. Οι υποθέσεις αυτές είναι ουσιαστικά ίδιες με τις υποθέσεις απώλειας ευκαιρίας, απλά αναφέρονται στο μέλλον και όχι στο παρελθόν. Το εάν, πόσο και πού κλπ πρέπει να τεθούν όρια (για λόγους δικαιοπολιτικούς, σε σχέση με το κατά πόσο το σύστημα μπορεί να "αντέξει" αγωγές για κάθε χαμένη πιθανότητα, είναι ανεξάρτητο από την ουσία των υποθέσεων της απώλειας ευκαιρίας.

139. Πρβλ. με *Cooper v. Sisters of Charity of Cincinnati*, 56 Ohio Op. 2d 146, όπου οι πιθανότητες επιβίωσης του τραυματισθέντος στο κεφάλι 16χρονου ήσαν "κάπου ανάμεσα στο 50%", κατά τους ειδικούς. Η αγωγή απορρίφθηκε, αλλά η *Cooper* εξαφανίστηκε στην Πολιτεία του Ohio με την *Roberts v. Ohio Permanente* (από το Ανώτατο Δικαστήριο του Ohio και αυτή), 76 Ohio St. 3d 483, 668 NE2d 480, με την οποία αναγνωρίστηκαν οι αγωγές για προσβολή πιθανότητας επιβίωσης στο Ohio (ανάμεσα σε πάρα πολλές άλλες πολιτείες των ΗΠΑ).

λεια, κάθε διάφευση εμπιστοσύνης και την υπαίτια εκμηδένιση κάθε πιθανότητας επιβίωσης, που συνοδεύεται μάλιστα και από την υπαίτια πρόκληση και της αδυναμίας εξακρίβωσης¹⁴⁰ της αληθινής αιτίας της "τελικής" ζημίας, χωρίς καμία κύρωση και χωρίς καμία ευθύνη.

Αν η πιθανότητα αναφέρεται καταρχήν σε κάτι άυλο, μη χειροπιαστό και μη ευχερώς εκτιμητό, αυτό καμία σχέση δεν έχει με το γεγονός ότι υπάρχει. Η πιθανότητα προστατεύεται ήδη από το δίκαιο, άλλοτε άμεσα, άλλοτε έμμεσα, άλλοτε ικανοποιητικά και άλλοτε όχι. Έγκριτοι νομικοί από πολλές και διάφορες χώρες έχουν διατυπώσει πολύ διαφορετικές απόψεις για τη φύση της πιθανότητας αυτής-ότι είναι "κάτι σαν δικαίωμα", ή έννομο συμφέρον του ατόμου¹⁴¹, ή είδος/κριτήριο ζημίας, ή ότι είναι μόνο η αντανάκλαση όσων δεν γνωρίζουμε για το παρελθόν και το μέλλον ή ότι αναφέρεται σε ένα συγκεκριμένο "παράθυρο στο χρόνο", ή ότι η πιθανότητα για να προστατευθεί θα πρέπει να συνοδεύεται και από βλαπτική εμπιστοσύνη του ατόμου στις πράξεις και διαβεβαιώσεις του ζημιώσαντος¹⁴². Άλλοι νομικοί κατηγορήσαν τους δικαστές που απέρριψαν με τις αποφάσεις τους την πιθανότητα επιβίωσης για την αδυναμία τους να "επανασυλλάβουν" την έννοια της ζημίας, όχι σαν πρόκληση θανάτου ή σωματικής βλάβης, αλλά σαν προσβολή της ίδιας της πιθανότητας¹⁴³.

140. Πρβλ. με Hicks v. US, 368 F2d 626 (4th Circuit 1966), "...όταν η αμελής πράξη ή παράλειψη του εναγομένου εξαφάνισε μια πιθανότητα επιβίωσης ενός προσώπου, ο εναγόμενος δεν έχει την ευχέρεια να επικαλεστεί υποθέσεις για το μέτρο των πιθανοτήτων που ο ίδιος έθεσε εκτός δυνατότητας πραγματοποίησης...", ένα dictum στο οποίο στηρίχθηκαν μεταγενέστερες αποφάσεις στις ΗΠΑ για την επιδίκαση αποζημίωσης για προσβολή πιθανότητας και που βλέπουμε συνέχεια να αναφέρεται στα διάφορα σχετικά νομικά κείμενα.

141. KING, ό.π., και ανάμεσα σε πολλούς άλλους θεωρητικούς και πολλές δικαστικές αποφάσεις, FELDMAN, *Chances as Protected Interests: Recovery for the Loss of a Chance and Increased Risk*, Balt.LRev 17, 1987, 140.

142. PERRY, *Protected Interests and Undertakings in the Law of Negligence*, UnivTorLJ 1992, 42, 247, "...η ζημία (στις υποθέσεις απώλειας ευκαιρίας) που αφορά εμπιστοσύνη σε ανειλημμένες υποχρεώσεις και υποσχέσεις θα έπρεπε να αντιμετωπίζεται σαν ανάμιξη με το συμφέρον του ενάγοντος στην προσωπική του αυτονομία...", σ. 250.

143. Ανάμεσα σε πολλούς, βλ. KING, ό.π., STAPLETON, *The Gift of*

Άλλοι διαχώρισαν τις πιθανότητες που αναφέρονται σε ντετερμινιστικά γεγονότα και σε πιθανότητες που αναφέρονται σε οιονεί-ντετερμινιστικά γεγονότα¹⁴⁴ ή σε πιθανότητες κέρδους από λαχείο, διαγωνισμό κλπ. και σε όλες τις υπόλοιπες¹⁴⁵. Άλλοι πάλι ερεύνησαν την πιθανότητα σε σχέση (μόνο) με την αιτιώδη συνάφεια¹⁴⁶, ή σε σχέση με την αποζημίωση λόγω παραβίασης σύμβασης ή σε σχέση με την αποζημίωση λόγω αδικοπραξίας και άλλοι απέφυγαν το ζήτημα της κατάταξης και παρουσίασαν την πιθανότητα ανάμεσα στην αιτιώδη συνάφεια και τη ζημία¹⁴⁷. Άλλού σημειώνεται¹⁴⁸, ορθά νομίζω, ότι για την ύπαρξη των διαφορών λόγω απώλειας πιθανότητας επιδίωξης ευθύνεται η ίδια η ιατρική επιστήμη, καθώς οι επιτυχίες των ιατρών και της ιατρικής έρευνας και στατιστικής προκάλεσαν και την εκτενέστερη γνώση μας για τις πιθανότητες θεραπείας και συνεπώς, τις δικαιολογημένα αυξημένες προσδοκίες και απαιτήσεις μας έναντι των ιατρών¹⁴⁹.

Negligence, 104 LAW Q. REV 389, 1988, επίσης, HILL, *A Lost Chance for Compensation in the Tort of Negligence by the House of Lords*, 54 MLR 511, 1991, PRICE, *Causation-The Lords' Lost Chance?*, 38 Intr'l & Comp. L.Q. 735, 1989.

144. REECE, *Losses of Chances in the Law*, 1996, MLR 59, 1988. Εδώ, τα οιονεί-ντετερμινιστικά γεγονότα είναι εκείνα στα οποία ο ανθρώπινος παράγοντας λείπει τελείως από την αιτιώδη αλυσίδα.

145. HOTSON, ό.π., ΑΦΟΥΞΕΝΙΔΗΣ, ό.π.

146. ΦΟΥΝΤΕΔΑΚΗ, ό.π. (απορρίπτει την προσβολή της πιθανότητας σαν είδος ζημίας).

147. US Medical Law, Kluwer Law International, Medical Law, USA 66.

148. SCOTT, *Causation in Medico-Legal Practice: A Doctors' Approach to the "Lost Opportunity" Cases*, MLR 55, 1992, 521, 524. Για τους πιθανούς λόγους της αντίθεσης των ιατρών στη θεωρία της απώλειας πιθανότητας επιδίωξης βλ. και DANNER & SAGALL, *Medicolegal Causation: A Source of Professional Misunderstanding*, AmJourn L&M, Vol. 3, n. 3, 303 ("...οι δικαστές και οι δικηγόροι αντιμετωπίζουν την ατιότητα πολύ διαφορετικά από τα μέλη της ιατρικής κοινότητας...τα οποία απασχολούνται με όλα τα δυνατά αίτια της ιατρικής κατάστασης του ασθενούς...ενώ οι δικηγόροι εστιάζουν σε ένα συγκεκριμένο γεγονός-αίτια του αποτελέσματος...").

149. Βλ. και TRUCKOR, *Comment: The Loss of Chance Doctrine: Legal*

Ίσως η μη νόμιμη ανάμιξη¹⁵⁰ με τις πιθανότητες (κάποιου επωφελούς γεγονότος, ηθικής ή υλικής φύσης) ενός ανθρώπου να μας θυμίζει την απαγόρευση παρέμβασης σε μια διαδικασία, όπως πχ. συμβαίνει στη δικονομία, στη διαδικασία πχ. μιας δίκαιης ποινικής δίχης ή στα λεγόμενα στο αγγλοσαξονικό δίκαιο "δικαιώματα διαδικασίας". Ίσως πάλι να έχει κάποια σημασία το γεγονός ότι, όπως οι άνθρωποι αγοράζουν ελπίδα οικονομικού κέρδους καθημερινά, όταν πχ. αγοράζουν ένα λαχείο, αν υπήρχε μια αγορά και για τις πιθανότητες επιβίωσης, πιθανότατα θα αγόραζαν και αυτές τις ελπίδες ζωής, ανεξάρτητα φυσικά από το εάν αυτές αντιπροσώπευαν πιθανότητες

Recovery for Patients on the Edge of Survival, 24 Dayton LRev 349. Σε κάθε περίπτωση, ερωτάται γιατί να έχει "αξία", να αξιολογείται πρακτικά, μια στατιστική πληροφορία ότι, πχ, ο 1 στους 3 ασθενείς με την χ θεραπεία έχει πιθανότητες επιβίωσης σε κάθε άλλη επιστήμη με την οποία μπορεί να έχει σχέση πλην του δικαίου.

150. Πρβλ. με την απαγόρευση ανάμιξης με την πιθανότητα κέρδους ή οφέλους στο αγγλοσαξονικό δίκαιο, "...έχει πλέον σταθεροποιηθεί στις ΗΠΑ ο κανόνας ότι η προσδοκία μελλοντικών συμβατικών σχέσεων όπως η προσδοκία πρόσληψης ή η προσδοκία πελατείας, θα προστατευθεί νομικά από κάθε παράνομη ανάμιξη...το ίδιο ισχύει και για την παράνομη ανάμιξη με την προσδοκία κληρονομίας...", *Harmon v. Harmon*, Supreme Court of Maine, 404, A.2d, 1020 (1979), (ενδεικτικά). Στη *Harmon*, επιδικάστηκε αποζημίωση για την προσβολή της πιθανότητας να κληρονομήσει ένας γιός την μητέρα του, επειδή ο άλλος γιός την έπεισε με ανήθικο τρόπο να αλλάξει τη διαθήκη της (η απόφαση εκδόθηκε ενόσω ζούσε η μητέρα και ρητά αναφέρθηκε ότι "...η αξίωση του ενάγοντος αφορά ζημία στην προσδοκία και όχι ζημία στην περιουσία..."). Βλ. επίσης ANNOT, *Liability in Damages for Interference with Expected Inheritance or Gift*, 22 ALR 4th, 1229, 1983. Το ίδιο ισχύει για την μη νόμιμη ανάμιξη με την πιθανότητα να νικήσει κανείς σε έναν διαγωνισμό, βλ. ANNOT, *Recovery in Tort for Wrongful Interference with Chance to Win Game, Sporting Event, or Contest*, 85 ALR 4th 1048 (1991). Η αμερικανική αντιμετώπιση του θέματος από την οπτική γωνία της εσφαλμένης, μη νόμιμης ανάμιξης του εναγομένου σε ξένο "χώρο δράσης", σε κάτι που ανήκει σε άλλο πρόσωπο νομίζω ότι είναι ιδιαίτερα επιτυχής. Πρβλ. στο ελληνικό δίκαιο και με την απαγόρευση ανάμιξης με τα δικαιώματα ιδιοκτησίας (ΑΚ 1097), δουλείας (1032 ΑΚ), υποθήκης (ΑΚ 1284), κληρονομίας (ΑΚ 1871), ικανοποίησης αξίωσης (ΑΚ 939). Βλ. και CANELLOPOULOU-BOTTIS, *Tort Law Hellas*, 2003, Kluwer Law International.

επιβίωσης κάτω του 50%¹⁵¹. Ίσως να έχει κάποια σημασία και ο τρόπος που οι συναλλασσόμενοι εκτιμούν τις μελλοντικές αξίες¹⁵² ή και ο τρόπος που το δίκαιο προστατεύει την έννομη σφαίρα δράσης των προσώπων γενικά¹⁵³. Η αξιολόγηση από τους πολίτες της αξίας αυτών των πιθανοτήτων ίσως να πρέπει να έχει κάποια σημασία για τον νομοθέτη ή τον δικαστή, όταν αναφέρονται σε ποια συμφέροντα προστατεύονται τελικά από το δίκαιο της αποζημίωσης και όταν ερμηνεύουν την έννοια της ζημίας¹⁵⁴.

Ίσως, τελικά, η αδυναμία μας να ταξινομήσουμε τη ζημία στην πιθανότητα σε μια από τις δυο κατηγορίες ζημίας¹⁵⁵, περιουσιακή

151. Βλ. για το σημείο αυτό, BRENNWALD, *Comment, Proving Causation in "Loss of Chance" Cases: A Proportional Approach*, 34 *Cath.U.L.Rev.* 747, 771 (1985), "...αν μια πιθανότητα επιβίωσης 30% μπορούσε να αγοραστεί σε μια αγορά, ο ασθενής που δεν έχει καμία πιθανότητα να ζήσει δεν θα ήθελε να την αγοράσει;..."

152. "...Η οικονομική προσέγγιση μελλοντικών αξιών μετατρέπεται στο εμπόριο σε παρούσες αξίες. Η προσδοκία που δημιουργεί μια εκτελεστή υπόσχεση θα έπρεπε να αντιμετωπίζεται σαν ένα είδος ιδιοκτησίας και η παραβίαση της υπόσχεσης αυτής σαν μια ζημία στην ιδιοκτησία αυτή. Στην κοινωνία μας, η παραβίαση μιας υπόσχεσης προξενεί μια παρούσα μείωση της αξίας των αγαθών του συμβαλλομένου, παρούσα με την έννοια ότι έτσι θα κρινόταν, σύμφωνα με τους τρόπους σκέψης που αποτελούν την ψυχή του οικονομικού μας συστήματος...", FULLER, ό.π.

153. Ενδεικτικά, πρβλ. με ΣΤΑΘΟΠΟΥΛΟ στον ΑΚ Γεωργιάδη-Σταθόπουλου, άρθρ. 904, αρ. 20, για την περίπτωση που ο πλουτισμός προέκυψε από την εκμετάλλευση ξένου πράγματος ή δικαιώματος ή ξένης εργασίας ή άλλα αγαθά που ο φορέας τους θα άφηνε ανεκμετάλλευτα. "...Ο πλουτισμός δημιουργήθηκε με μέσα και δυνατότητες που ανήκουν κατά το δίκαιο στην έννομη σφαίρα του προσώπου αυτού και που επομένως η αξιοποίηση και εκμετάλλευσή τους αφήνεται από την έννομη τάξη στο πρόσωπο αυτό...και αν ένα πρόσωπο δεν ήθελε ή δεν μπορούσε να αξιοποιήσει αυτές τις δυνατότητες, πάντως είναι δικές του..." (πλάγια στο παρόν κείμενο).

154. Βλ. και WRIGHT, *Causation in Tort Law*, 1985, 1735, 1816, όπου, αναφερόμενος στις υποθέσεις απώλειας ευκαιρίας δηλώνει καθαρά ότι τα θέματα που ανακύπτουν εκεί δεν είναι ζητήματα αιτιότητας, αλλά δικαιοπολιτικής ή νομικών αρχών, για τα είδη των συμφερόντων τα οποία το δίκαιο πρέπει να προστατεύσει από παράνομες προσβολές.

155. Δυσκολίες ταξινόμησης άλλωστε υπάρχουν και σε άλλου είδους ζημίες.

ζημία ή ηθική βλάβη, με απολυτή ασφάλεια, να σηματοδοτεί ότι ίσως πρέπει να επινοήσουμε μια ενδιάμεση κατηγορία ζημίας, ή ίσως, επίσης, ότι υπάρχει πραγματικά πρόβλημα¹⁵⁶ ως προς τη διχοτόμηση της ζημίας και τον χωρισμό του "νομικού" κόσμου, όσον αφορά στη ζημία, σε υλικό ή άυλο¹⁵⁷, περιουσιακό ή ηθικό.

Πρακτικά πάντως, και ανεξάρτητα από τη νομική φύση¹⁵⁸, ως προς το ζήτημα της αποζημίωσης για απώλεια πιθανότητας¹⁵⁹, μπο-

156. Αν μάλιστα γίνει δεκτό σαν ορθό ότι οι σωματικές βλάβες είναι άξιες μεγαλύτερης αποζημίωσης από τις ψυχικές (ηθική βλάβη), τότε (και πάλι) προβαίνουμε σε έναν αυθαίρετο διαχωρισμό μεταξύ ασθενών με διαφορετικές ασθένειες: εκείνοι με τις σωματικές (απτές) βλάβες αξίζουν την αποζημίωση, ενώ εκείνοι με (μόνο) τη ψυχική ασθένεια, όχι, βλ. LEVIT, ό.π.

157. Η αντίληψη αυτή έχει ήδη εγκαταλειφθεί στην σύγχρονη φυσική ήδη, λόγω της θεωρίας των κβάντα. "...Η κβαντική φυσική ανακάλυψε ξαφνικά πως το κομμάτισμα της ύλης σε όλο και μικρότερα κομμάτια οδηγεί τελικά σε στοιχειώδη συστατικά...τα οποία δεν έχουν τα κοινά γνωρίσματα των υλικών αντικειμένων...(το ηλεκτρόνιο) δεν εντοπίζεται στον χώρο και στον χρόνο..δεν έχει συγκεκριμένες διαστάσεις αντικειμένου..συμπεριφέρεται ως κύμα που απλώνεται στον χώρο, ως χρονικά μεταβαλλόμενη θολή κατανομή ενέργειας και πιθανοτικής δράσης στον χώρο..", ΛΙΓΟΜΕΝΙΔΗΣ, *Η Φλούδα του Βερίκοκου*, 2002, 166-167. Σε σχέση με την στατιστική και την προβλεψιμότητα, ο ίδιος σημειώνει η προβλεψιμότητα της κλασικής φυσικής είναι ένας μύθος που "καταπίναμε" τόσους αιώνες και ότι η προβλεψιμότητα στις καθημερινές μας εμπειρίες είναι μόνο μια στατιστική προσέγγιση στην πραγματικότητα (ό.π., σ. 361). Πάντως, "σπανίως η τέλεια πρόβλεψη είναι κάτι που χρειάζεται στις τεχνολογικές εφαρμογές...στις περισσότερες πρακτικές περιπτώσεις, η στατιστική πρόβλεψη, η οποία είναι αρκούντως ακριβής, χρησιμοποιείται με επιτυχία...", ό.π., σ. 365.

158. Ίσως έχει ενδιαφέρον να σημειώσουμε ότι και το άρ. 298ΑΚ έχει μικτή φύση (και ουσιαστικού και δικονομικού δικαίου) αλλά και οι δικονομολόγοι, για τη νομική φύση του κανόνα περί μέτρου αποδείξεως υποστηρίζουν ότι και αυτό έχει μικτή φύση-είναι δηλαδή,...ταυτόχρονα και ουσιαστική και δικονομική, η ουσιαστική του λειτουργία εντοπίζεται στη σχέση του προς την εφαρμογή των κανόνων του ουσιαστικού δικαίου, ενώ η δικονομική του λειτουργία ανάγεται στη διαπίστωση ότι, από δικονομική άποψη, ο πραγματικός ισχυρισμός θεωρείται αποδεδειγμένος, εφόσον έχει αποκτήσει την απαιτούμενη αποδεικτική δύναμη..", ΚΟΥΣΟΥΛΗΣ, *Προβλήματα του μέτρου απόδειξης*, Δ17, 577, 578, όπου και σχετικές παραπομπές.

159. Άλλωστε, το δίκαιο είναι, φυσικά, μια κανονιστική επιστήμη και

ρεί αυτή να υπολογισθεί είτε με βάση στατιστικά δεδομένα έφοσον αυτά υπάρχουν, είτε με βάση την ΑΚ 914 σε συνδυασμό με τη γενική αρχή του δικαίου της καλής πίστωσης (ΑΚ 288)¹⁶⁰. Η μόνη επιφύλαξη για τη δεύτερη επιλογή είναι ότι δεν πρέπει να μας οδηγήσει στο συμπέρασμα ότι πρόκειται για μια αποζημίωση για λόγους επιείκειας¹⁶¹, αλλά για μια επιλογή που στοχεύει σε έναν δικαιότερο υπολογισμό, ο οποίος δεν θα περιορίζεται στα στατιστικά δεδομένα, αλλά θα μπορεί να λάβει υπόψη και πολλούς άλλους παράγοντες, ιδιότυπους κάθε υπόθεσης.

μπορεί θαυμάσια να "αδιαφορήσει" για το ερώτημα της ύπαρξης ή μη της πιθανότητας σαν φαινόμενο του φυσικού κόσμου κλπ και να καθορίσει ότι η προσβολή της συνιστά ζημία αναγνωριζόμενη και προστατευόμενη με δικαιώματα αποζημίωσης. (Σε αυτή την περίπτωση, θα ευθυγραμμισθεί αμέσως και με άλλες επιστήμες, όπως η οικονομική επιστήμη, η στατιστική και τα μαθηματικά που εδώ και πάρα πολλά χρόνια ασχολούνται με τις πιθανότητες). Η πιθανότητα (επωφελούς γεγονότος κλπ) μπορεί ίσως να θεωρηθεί σαν μια "ακτίνα", ή σαν "στοιχείο", ή "εκδήλωση" (βλ. ενδεικτικά ΓΕΩΡΓΙΑΔΗ, Γενικές Αρχές, ό.π., 148) της προσωπικότητας, καθώς είναι προφανές, νομίζω, ότι από την προστασία της προσωπικότητας των ατόμων θα πρέπει να πηγάζει και η προστασία των πιθανοτήτων που τους αφορούν. Η προσβολή της πιθανότητας, κατά την ερμηνεία αυτή, είναι καταρχήν θετική ηθική βλάβη, για την οποία οφείλεται ικανοποίηση, αλλά η οποία μπορεί όμως να προκαλέσει και περαιτέρω υλικές ζημιές. Οπωσδήποτε, υπάρχει αυτή η ερμηνευτική δυνατότητα, τη στιγμή μάλιστα που το δίκαιο απορρίπτει ευθέως την αποζημίωση για ζημιές που οπωσδήποτε έχουν φυσική και πραγματική υπόσταση, όπως πχ όταν η μητέρα ενός βαριά τραυματισμένου προσώπου δεν δικαιούται ικανοποίηση της δικής της ηθικής της βλάβης, ή όταν ένας οδηγός τραυματίσει μια ιερόδουλο, η οποία κατά κανόνα (βλ. όμως και ΑΠ 3/2004) δεν δικαιούται αποζημίωση για διαφυγόντα κέρδη από το επάγγελμά της. Προς τη δυνατότητα αυτή συνηγορεί, βέβαια και η κανονιστική έννοια της ζημίας, "...σύμφωνα με τον σκοπό του δικαίου της αποζημίωσης, δεν πρέπει να θεωρηθούν κρίσιμοι για την έννοια της ζημίας παράγοντες τελείως αστάθμητοι και μεταβλητοί, όπως πχ το αν και πόσο "αισθάνθηκε" τη ζημία ο ζημιωθείς, πόσο "τον πόνεσε"...", ΣΤΑΘΟΠΟΥΛΟΣ, στον ΑΚ Γεωργιάδη-Σταθόπουλου, 297, 11.

160. Πρβλ. με ΠολΠρΑθ 11027/1995, Αρμ.1996, 9, 1093. Τα ζητήματα του συγκεκριμένου υπολογισμού της αποζημίωσης για προσβολή πιθανότητας δεν αναλύονται εδώ.

161. ΦΟΥΝΤΕΛΑΚΗ, ό.π.