

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 Αστυκολόγων 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.

