

UNIVERZITA KARLOVA

Právnická fakulta

Michal Friš

Ztráta šance v českém a anglickém právu

Diplomová práce

Vedoucí diplomové práce: doc. JUDr. Petr Šustek, Ph.D.

Katedra: Katedra občanského práva

Datum vypracování práce (uzavření rukopisu): 29. 08. 2022

Prohlašuji, že jsem předkládanou diplomovou práci vypracoval/a samostatně, že všechny použité zdroje byly řádně uvedeny a že práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

Dále prohlašuji, že vlastní text této práce včetně poznámek pod čarou má 424 757 znaků včetně mezer.

diplomant

V Praze dne 30. 08. 2022

Poděkování

Chtěl bych na tomto místě poděkovat těm, kdo se podíleli na vzniku této práce, ať už to bylo radou či podporou. Jmenovitě chci zmínit pana docenta Petra Šustka, svého školitele.

Obsah

Úvod	1
1 Teorie ztráty šance.....	3
1.1 Použití teorie ztráty šance	9
1.2 Historie teorie ztráty šance	11
2 Obecné shrnutí odpovědnosti lékaře v anglickém právu.....	13
3 Přístup anglického práva k teorii ztráty šance.....	17
3.1 McGhee v National Coal Board	18
3.2 Wilsher v Essex AHA.....	23
3.3 Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd.	26
3.4 Bailey v Ministry of Defence	29
3.5 Chester v Afshar	30
3.6 Medicínské případy teorie ztráty šance	34
3.7 Shrnutí postoje anglického práva k teorii ztráty šance	38
4 Anglická judikatura	41
4.1 Hotson v East Berkshire Area Health Authority	41
4.1.1 Soudce Bridge	42
4.1.2 Soudce Brandon	43
4.1.3 Soudce Mackay	43
4.1.4 Soudce Ackner	48
4.1.5 Soudce Goff.....	50
4.1.6 Shrnutí případu Hotson	50
4.2 Gregg v Scott	50
4.2.1 Soudce Nicholls.....	51
4.2.2 Soudce Hoffmann.....	57
4.2.3 Soudce Hope	60
4.2.4 Soudce Phillips.....	65
4.2.5 Soudkyně Hale	69
4.2.6 Shrnutí případu Gregg.....	73
5 Obecné shrnutí odpovědnosti lékaře v českém právu	75
6 Česká judikatura	80
6.1 25 Cdo 3332/2020	80
6.2 31 Cdo 2376/2021	83
7 Postoj českého práva k teorii ztráty šance.....	91
7.1 Judikatura vztahující se k teorii ztráty šance	91
7.1.1 I. ÚS 1919/08	91
7.1.2 III. ÚS 3067/13.....	92

7.1.3	30 Cdo 41/2017	95
7.1.4	IV. ÚS 3416/20	96
7.1.5	31 Cdo 2376/2021	100
7.1.6	25 Cdo 3332/2020	101
7.1.7	III. ÚS 2253/13	102
7.2	Odborná literatura	103
7.3	Shrnutí	111
8	Srovnání anglického a českého přístupu k teorii ztráty šance	114
8.1	Srovnání úpravy občanskoprávní odpovědnosti	114
8.2	Srovnání přístupu k teorii ztráty šance	115
9	Debata nad právními a politickými aspekty teorie ztráty šance	119
9.1	Spravedlnost	119
9.2	Politické důvody	122
9.3	Problém statistických údajů	127
9.4	Šance a její existence	130
9.5	Nenaplnění rizika	135
9.6	Dvojitý nárok	138
9.7	Dvojitý přístup k šancím	139
9.8	Rozdílný přístup práva	142
9.9	Účel práva	145
9.10	Nahrazování šance	145
10	Použitelnost teorie ztráty šance v rámci českého práva	147
11	Alternativy teorie ztráty šance	154
	Závěr	161
	Zdroje	162
	Název práce v českém jazyce	166
	Abstrakt	166
	Klíčová slova	166
	Název práce v anglickém jazyce	167
	Abstract	167
	Keywords	167

Úvod

Tato práce je zaměřena na problematiku teorie ztráty šance v oblasti zdravotnického práva a srovnání přístupu k této teorii v anglickém a českém právu. Nejprve se věnuje teorii ztráty šance obecně. Následně se zabývá anglickou podobou této teorie včetně pozadí jejího vzniku a související judikatury. Český přístup následuje navzdory obecnému přístupu k řazení kapitol až po anglickém vzhledem ke skutečnosti, že je anglickou úpravou, která je teorií ztráty šance původní, inspirován. Práce rovněž předkládá porovnání obou přístupů s důrazem na vzájemné odlišnosti, podobnosti i možnou inspiraci v budoucnu. V poslední části této práce je předložena debata nad právními a politickými aspekty teorie ztráty šance a její použitelnosti v rámci českého práva se shrnutím nejpodstatnějších argumentů pro a proti tomuto užití.

Tematicky je tento rozbor možné podřadit pod občanské právo hmotné obecně a pod úpravu civilní odpovědnosti konkrétně. Vztahuje se především ke zdravotnickému právu. Teorie ztráty šance nově formuje pojetí újmy a je tedy otázkou týkající se újmy, jakožto složky civilní odpovědnosti, přičemž však zasahuje výrazně do otázky kauzality a jejího prokazování, kterýžto její aspekt nelze pominout. Jde tedy o problematiku újmy a kauzality. Užití teorie ztráty šance ve zdravotnickém právu pak stojí v popředí pozornosti této práce s ohledem na skutečnost, že právě v této oblasti práva je příhodné uvažovat nad aplikací řečené teorie.

Úvahám nad aplikovatelností teorie ztráty šance v oblasti zdravotnického práva se věnují jak anglické, tak české soudy. Jejich postoje však nejsou ani jednoznačné ani všeobecně shodné. Teorie ztráty šance v kontextu medicínského práva je proto oblastí, které je na místě se věnovat, shrnout ji a nabídnout závěry týkající se budoucnosti řečené teorie a jejího užití. Podstatným důvodem pro zaměření práce je i skutečnost, že diskuse nad teorií ztráty šance a jejím užitím je stále velmi aktuální.

Cílem této práce je shrnout dosavadní přístup k teorii ztráty šance, porovnat její užití v rámci anglického a českého práva, upozornit na nedostatky a nepochopení v rámci českého přístupu a zodpovědět otázky vztahující se k teorii ztráty šance. Těmito otázkami jsou zejména povaha teorie ztráty šance a rozdíly v jejím užití v anglickém a českém právu. Mimo to si práce klade za cíl inovativně zodpovědět klíčovou otázku použitelnosti teorie ztráty šance v rámci českého práva a kriticky zhodnotit a rozvést argumentaci pro a proti použití této teorie, a to obecně ale i s ohledem na českou právní úpravu.

K zodpovězení výše uvedených otázek jsou v práci použity metody rešeršní, analytická a komparativní. Komparativní metoda je zaměřena na srovnání anglického a českého přístupu k teorii ztráty šance, stejně jako na porovnání vývoje a podkladů anglického i českého vztahu

k řečené teorii. Metoda slouží jak pro uvážení současného stavu, tak pro určení možného vývoje v budoucnu. Analytické části pak jsou zaměřeny na zhodnocení odborné literatury a judikatury. Analytická metoda je rovněž použita ke vznesení argumentace pro a proti užití teorie ztráty šance. Metoda rešeršní je v práci užita ponejvíce jako zdroj podkladů pro analýzu současné situace a argumentace ve vztahu k možnému budoucímu vývoji.

Všeobecně vzato je tato práce určena k celistvému shrnutí problematiky určeného tématu a k předložení argumentace ve vztahu k použitelnosti teorie ztráty šance, stejně jako k rozvedení odborné diskuse nad budoucím směřováním pojetí občanskoprávní odpovědnosti. Mimo to může tvořit i odborný podklad pro rozhodovací praxi soudů.

1 Teorie ztráty šance

V anglickém právu pro založení odpovědnosti (nutno chápat jako odpovědnost civilní, v oblasti poskytování zdravotní péče především odpovědnost za tort of negligence, což zhruba lze definovat jako civilní delikt spočívající v nedbalosti) je nutné prokázat příčinou souvislost mezi porušením povinnosti a vzniklou újmou. Tato souvislost je soudy prokazována pomocí but for testu. Dle tohoto testu si soud pokládá otázku: Nebýt porušení povinnosti, došlo by k újmě? Naplnění testu musí být prokázáno „on the balance of probabilities“ tedy na základě důkazního standardu posouzení pravděpodobností. To znamená, že soud musí mít za to, že je více pravděpodobné, že nezákonné jednání vedlo k újmě, než že to pravděpodobné není. Vyjádřeno v procentech, musí zde být pravděpodobnost příčinné souvislosti ve výši alespoň padesáti jedna procent. Podstatné je i to, že otázka kauzality a pravděpodobnosti příčinné souvislosti je nezávislá na otázce rozsahu náhrady a naopak. I pokud je pravděpodobnost, že porušení povinnosti, například nedbalost v poskytování lékařské péče, vedlo k následku pouze padesát jedna procent, tak bude škůdce odpovědný za újmu v celém rozsahu.¹

Do tohoto přístupu vstupuje teorie ztráty šance (v anglické literatuře nazývaná loss of chance), tím, že se odklání od klasického pojetí újmy.² V případě odpovědnosti za tort of negligence, je klasickou újmou zpravidla fyzická újma na zdraví nebo případně psychická porucha.³ Výše zmíněný odklon od klasického pojetí spočívá v tom, že žalovanou újmou je samotná ztracená šance. Jde o šanci na to být léčen, nebo šanci na uzdravení.⁴ Takováto šance na uzdravení nemusí nutně znamenat kompletní uzdravení. Na příklad v případě Gregg v Scott⁵ šance pana Gregga na uzdravení musí být chápána jako šance na přežití deseti let bez známek nemoci.⁶

Pojetí ztracené šance, jakožto žalovatelné újmy, tak jak ji zakládá teorie ztráty šance, je dle Goolda s Herringem takto stanoveno vzhledem k tomu, že v případech, ve kterých by teorie šla užít, není možné dokázat s více než padesáti procentní pravděpodobností příčinnou souvislost mezi škodným jednáním lékaře a újmou na zdraví. To nastává v případech, kdy by i pokud by léčba byla poskytnuta řádně byla pravděpodobnost, že pacient utrpí újmu

¹ Imogen Goold, Jonathan Herring, *Great Debates in Medical Law and Ethic* (2. vydání) (2018, Macmillan Education UK, ISBN: 9781352002287), str. 86.

² *Ibid*, str. 87.

³ Emily Jackson, *Medical Law: Text, Cases, and Materials* (5. vydání) (2019, Oxford university Press, ISBN: 13:9780198825845), str. 122.

⁴ Imogen Goold, Jonathan Herring, *Great Debates in Medical Law and Ethic* (2. vydání) (2018, Macmillan Education UK, ISBN: 9781352002287), str. 87.

⁵ *Gregg v Scott* [2005] UKHL 2.

⁶ Jane Stapleton, (2005) 'Loss of the Chance of Cure from Cancer'. *The Modern Law Review*, Vol.68(6), 996-1015.

zapříčiněnou pouze jeho nemocí či poraněním, padesát procent nebo vyšší. V takové situaci totiž už z podstaty věci poškozený pacient nemůže na základě standardu posouzení pravděpodobností prokázat, že nebýt nedbalosti lékaře, tak by k újmě nedošlo, neb i jeho počáteční šance na vyhnutí se újmě i bez žalovaného zásahu lékaře byla nižší než padesát procent. Tento problém je přítomen rovněž v případech, kdy je šance na léčbu, či uzdravení zásahem lékaře pouze zredukována, ledaže jde o případ, kdy se výrazná šance snížila na mizivou, na příklad z devadesáti procent na pět. V takovém případě lze prokázat, že nebýt zásahu lékaře, tak by k újmě spíše nedošlo, než došlo. Použitím této teorie se tedy žalobce odlišným definováním újmy vyhýbá nutnosti prokázat často na základě standardu posouzení pravděpodobností neprokazatelnou příčinnou souvislost mezi jednáním lékaře a újmou na zdraví. Vyhýbá se tedy nutnosti prokázat, že nebýt zásahu lékaře k újmě na zdraví by spíše nedošlo, než došlo. Místo toho pak žalobce prokazuje příčinnou souvislost mezi jednáním lékaře a jeho ztracenou šancí na příznivější následek, či lépe stav. Tuto příčinnou souvislost žalobce však rovněž prokazuje dle standardu posouzení pravděpodobností.⁷

Jinak přistupuje k definici teorie ztráty šance Jane Stapleton ve svém článku⁸. V něm rozebírá případy, ve kterých je podstatná míra rizika vzniku újmy na zdraví, která byla vnitřně přítomná už před škodlivým zásahem lékaře. Toto riziko, které Stapleton nazývá *background risk* (tedy zhruba *risk in the background*), si lze představit například jako nemoc, kterou pacient trpí a která může být příčinou újmy na zdraví. Autorka podotýká, že v takovýchto případech je otázka příčinné souvislosti spjata s určením podstaty žaloby na *tort of negligence*. Běžný přístup k otázce příčinné souvislosti spočívá dle autorky v tom, že je třeba na základě standardu posouzení pravděpodobností prokázat kauzalitu mezi proviněním a v minulosti vzniklou újmou, která tvoří podstatu žaloby. Při použití *but for* testu to znamená nutnost prokázat, že nebýt škodlivého jednání k újmě by nedošlo. Pokud je podstata žaloby formulována klasicky, tak žaloba může uspět jen v případech, kdy míra rizika vzniku újmy způsobená lékařem je větší než původní míra tzv. *background risk* a je tedy pravděpodobnější, že příčinou újmy je zásah lékaře než stav pacienta samotného.⁹

Problém se zmíněným přístupem spočívá v tom, že nelze užít v případech, kdy není možné určit míru rizika daného zásahem lékaře a rizika vlastního pacientovi vzhledem k jeho zdravotnímu stavu. Rovněž v případech, kdy není míra rizika daného zásahem stoprocentní,

⁷ Imogen Goold, Jonathan Herring, *Great Debates in Medical Law and Ethic* (2. vydání) (2018, Macmillan Education UK, ISBN: 9781352002287), str. 87.

⁸ Jane Stapleton, (1988) 'The Gist of Negligence, Part II: The Relationship Between 'Damage' and Causation'. *The Law Quarterly Review*, Vol. 104, 389-409.

⁹ *Ibid.*

nepovede tento přístup ke spravedlivému výsledku, neboť i pokud lékař svým zásahem jen zvýší riziko, ale není na sto procent jisté, že jeho jednání je jedinou příčinou újmy, tak hradí celou náhradu škody. Naopak pokud je vnitřní riziko pacienta větší než padesát procent, tak je de facto odpovědnosti lékař úplně zproštěn bez ohledu na své nedbalostní jednání. Stapleton v této věci přímo podotýká, že lékař se tak ocitá v situaci, kdy je vázán povinností (myšlena povinnost péče), kterou však může do značné míry ignorovat. Dle autorky podobné závěry jsou pro některé soudce problémem. Odkazuje zde ku příkladu na případy McGhee¹⁰ či Hotson¹¹, které jsou rozebrány níže. Způsob, jak překonat tyto nedokonalosti byl vyjádřen v případě Hotson. Stapleton tento nový přístup označuje za argument Hotson a v zásadě jde o teorii ztráty šance. Žalobce se tímto přístupem snažil přeformulovat podstatu své žaloby. Místo podstaty spočívající v újmě na zdraví určil podstatu jako ztracenou šanci na vyhnutí se této újmě. Tato ztracená šance však i dle argumentu Hotson musí být prokázána dle tradičního přístupu k dokazování kauzality, tedy na základě standardu posouzení pravděpodobností s využitím but for testu.¹²

Z oblasti české jurisprudence lze zmínit definici teorie ztráty šance uvedenou v článku Doležala a Doležala¹³. Dle autorů je teorie ztráty šance jednou z variant, jak řešit situace, kdy klasický přístup k prokazování příčinné souvislosti na základě přístupu „vše nebo nic“ nevede k uspokojivému a spravedlivému řešení. Teorie koncipuje nový druh žalovatelné újmy, a to ztracenou šanci. Uplatnění tohoto přístupu se dle autorů zpravidla týká situací, kdy existuje více možných příčin následku. Existence i dalších možných příčin následku pak vede k tomu, že nelze prokázat, že škodlivé jednání žalované osoby bylo *conditio sine qua non* ke vzniklé újmě. Teorie šance tento klasický „vše nebo nic“ systém doplňuje právě tím, že vytváří nové pojetí újmy, které se může uplatnit v případech, kdy samotný následek, například zranění, nelze dostatečně spojit s jednáním škůdce. Díky tomuto novému pojetí je pak možné zachovat existenci *conditio sine qua non*, byť již ne k následku jako takovému, ale jen ke ztracené šanci na vyhnutí se tomuto následku. Autoři podotýkají, že při užití teorie ztráty šance ostatní aspekty odpovědnosti včetně příčinné souvislosti nejsou nijak dotčeny, protože vztah škodlivého zásahu a ztracené šance musí být dostatečně prokázán stejně jako ztracená šance samotná. Autoři rovněž poznamenávají, že žalobci nemůže být nikdy přiznána plná náhrada, ale jen náhrada do

¹⁰ McGhee v National Coal Board [1973] 1 W.L.R. 1.

¹¹ Hotson v East Berkshire AHA [1988] UKHL 1.

¹² Jane Stapleton, (1988) 'The Gist of Negligence, Part II: The Relationship Between 'Damage' and Causation'. *The Law Quarterly Review*, Vol. 104, 389-409.

¹³ Tomáš Doležal, Adam Doležal, (2017) 'Problematika využití teorie ztráty šancí'. *Časopis zdravotnického práva a bioetiky*, Vol.7(1), 44-55.

výše, v níž došlo ke ztrátě šance. Náhrada pak bude tvořit procentuální část náhrady, která by se poskytovala, pokud by se poskytovala za újmu v plné výši.¹⁴

Přestože definice teorie ztráty šance předkládaná Doležalem a Doležalem je správná, tak lze s autory polemizovat. Pokud totiž uvádějí, že žalobci nemůže být nikdy přiznána náhrada v plné výši, ale pouze ve výši, k níž došlo ke ztrátě šance, tak jde o nepřesný popis situace. Žalobce totiž v případech, ve kterých se teorie ztráty šance užije nebude žádat náhradu vzniklé výsledné újmy na zdraví. To nebude podstatou ani smyslem žaloby. Žalobce bude žádat právě jen náhradu za ztracenou šanci, kterážto náhrada bude poskytnuta v plné výši, pakliže bude existence ztracené šance a příčinná souvislost mezi škodlivým jednáním žalovaného a touto šancí prokázána dle patřičných standardů. Na teorii ztráty šance nelze hledět jako na teorii dle níž se zkracuje výše náhrady, ale je nutné si uvědomit, že její podstata spočívá právě v tom, že se nežaluje výsledná újma, ale pouze ztracená šance.

Teorie ztráty šance se zaměřuje na vytvoření žalovatelného nároku. Není aspektem ovlivňujícím hodnocení a zvážení výsledné újmy, typicky poškození zdraví. Stapleton udává, že soud v případě Hotson otázku ztracené šance pojal ve smyslu hodnocení rozsahu újmy. Tento krok Stapleton shledala nešťastným a zopakovala, že problém ztracené šance se netýká určení rozsahu poškození dotčeného zájmu, ale samotné podstaty žaloby, tedy žalovatelné újmy.¹⁵

Teorii ztráty šance je možné zkoumat i do větší hloubky. Podrobnější rozbor nabízí i Jansen ve svém článku¹⁶. Hned v úvodu autor zdůrazňuje, že případy, kde je možné aplikovat teorii ztráty šance je nutné odlišit od případů, kde ztracená šance, či příležitost byla následkem žalovatelné újmy.¹⁷ Za vhodný příklad takovéto šance považují například náhradu ušlého zisku, tedy *lucrum cessans*, při nahrazování peněžní újmy.

Rozdíl dle názoru autora spočívá v tom, že zatímco ztracená šance vzniklá jako následek žalované újmy je jednoznačně nahraditelná dle stávajících přístupů, tak teorie ztráty šance spočívá ve vytvoření nového druhu újmy, která vede k odpovědnosti za *tort*.¹⁸

Jansen se dále zabývá jednotlivými aspekty ztracené šance. Za ty považuje šanci a ztrátu. Šanci lze dle něj definovat jako možnost získání prospěchu, či vyhnutí se újmě. Šance je výraz pro možnost pozitivního výsledku, zatímco možnost negativního výsledku je označena

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Jane Stapleton, (1988) 'The Gist of Negligence, Part II: The Relationship Between 'Damage' and Causation'. *The Law Quarterly Review*, Vol. 104, 389-409.

¹⁶ Nils Jansen, (1999) 'The Idea of a Lost Chance'. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol.19, 271-296.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

jako risk. Šance a risk jsou vzájemně propojené a pokud dojde k naplnění jedné varianty, druhá se nenaplní. Než se šance, či risk naplní v konečném prospěchu, nebo konečné újmě, jsou spojeny s nejistotou. Tuto nejistotu ovšem nelze zaměnit s nedostatkem důkazů. Nejistota pramenící z šance je imanentním atributem šance a nelze ji nijak odstranit, leda vyčkáním konečného zhmotnění šance, či rizika. Nedostatek důkazů naopak překonat lze, ku příkladu nalezením nového svědka.¹⁹

Autor předkládá i možné kritické argumenty vůči konceptu šance. Prvním je názor, že šance je ve skutečnosti pouhé pomýlení, neboť přírodní procesy jsou dané, jen nemusí být zjištělné v určitém čase. Šance je tak pouze nedostatkem vědomostí o budoucích událostech. Tento argument je možné vyjádřit na příkladu. Ve chvíli, kdy pacient přijde k lékaři, který je nedbalý, jsou už v danou chvíli rozběhnuté procesy, které pacienta buď zabijí nebo ne. Statistické snížení jeho šance není schopné ovlivnit proces, jehož výsledek jen nejsme schopni v danou chvíli určit. Dalším s prvním názorem propojeným argumentem je, že šance je vytvořená uměle. Nelze ztratit umělou šanci na život, či zisk, ale pouze život, či zisk samotný. Šance určená statisticky tak nemůže tvořit základ nároku, neboť není ničím skutečně ztraceným. Autor ovšem obě námitky vyvrací. Sice uznává teoretickou relevanci, ale popírá vliv těchto názorů na možnost užití teorie ztráty šance v úpravě tort law (tort law je větví Common law, které odpovídá v kontinentální právní kultuře civilnímu právu deliktárnímu²⁰). Dle Jansena se právo zaobírá odrazem vnějšího světa, tak jak je vnímán lidmi, nikoli jeho filozofickou podstatou. Nedostatek informací zdůrazněný v prvním argumentu je nevyhnutelný, jedinou reálnou možností je vyčkat výsledku a ani pak nelze s jistotou určit, bez čeho by k následku nedošlo. Tedy jestli by pacient, vůči kterému byl lékař nedbalý zemřel tak jako tak, nebo zemřel jen díky nedbalosti. Tato nevyhnutelná nejistota je pak základem šance a risku, které jsou nezbytným zjednodušením pochopení okolního světa. Právo proto nemůže přijmout za svůj argument, že vzhledem k tomu, že jde jen o nedostatek informací, s nimi nemůže pracovat. Stejně tak druhý argument, že šance je pouze umělý konstrukt a její ztráta není reálnou ztrátou nemůže obstát. Je tomu tak proto, že lidé šanci bez ohledu na její umělou podstatu vnímají jako reálnou hodnotu, která by měla být chráněna. Proto právo, které by mělo realitu vnímat ne jako její pravý odraz, ale jako lidmi chápaný celek, by nemělo ignorovat lidmi přiřčenou hodnotu šance.²¹

¹⁹ Ibid.

²⁰ Marta Chromá (et al), New introduction to legal english, Volume II (revised edition) (2014, Karolinum, ISBN: 978-80-246-2007-7), str. 9.

²¹ Nils Jansen, (1999) 'The Idea of a Lost Chance'. Oxford Journal of Legal Studies, Vol.19, 271-296.

Dalším aspektem ztracené šance, kterou Jansen řeší, je ztráta. Tato část ztracené šance odlišuje případy s reálně ztracenou šancí a případy, kdy došlo pouze k vystavení riziku, či navýšení tohoto rizika. Tomuto odlišení autor přikládá důležitost, vzhledem k tomu, že je dle něj podstatné pro zamezení otevření pomyslných stavidel, pokud by došlo k uznání ztracené šance za žalovatelnou újmu. Rozlišení je patrné na případech Hotson²² a Wilsher²³ (tyto případy jsou rozebrány níže). Zatímco v případě Hotson došlo skutečně ke ztracení šance dvaceti pěti procent na vyhnutí se újmě, tak v případě Wilsher nedbalost lékaře pouze do již rizikové situace přidala další zdroj rizika, ale nevyloučila šanci pacienta. Pacientova újma zde byla způsobena jednou z minimálně pěti nezávislých skutečností a pacient stále měl relevantní šanci, neboť jednotlivá rizika nelze jednoduše sečíst. Nedošlo zde tak ke ztracení šance, ale pouze ke zvýšení rizika, či jinak vyjádřeno ke snížení šance pacienta. Autor uzavírá, že ztráta je tvořena skutečností, že nezbude podstatná šance.²⁴

S tímto názorem autora je těžké se ztotožnit. Odlišení ztracené šance a snížené šance ve své podstatě není možné. I ztracená část šance, řekněme sedmnáct procent, tedy například snížení ze čtyřiceti dvou na dvacet pět procent, je ztracená, byť je možné tento proces nazvat snížením šance nebo zvýšením rizika. Pokud v případě Wilsher přidal lékař svou nedbalostí další možnou příčinu újmy, která byla nezávislá na ostatních příčinách, tak jeho jednání vedlo ke ztrátě šance, či její části na vyhnutí se následku z této konkrétní příčiny a existence ostatních možných příčin je v zásadě nerelevantní, neboť při použití teorie ztráty šance by to byla právě a jen tato ztracená šance, či jinak řešeno toto umenšení šance, která by byla žalovaná a o jejíž náhradě by se před soudem jednalo. Skutečnost, že existuje podstatná šance na vyhnutí se nepříznivému následku, ještě neznamená, že by jednání škůdce nemělo být spojeno s jeho odpovědností. Nadto i umenšení šance je ztrátou. Představme si třeba zvýšení rizika ztráty končetiny z deseti procent na čtyřicet. Došlo zde sice jen ke zvýšení rizika a stále je zde poměrně vysoká pravděpodobnost vyhnutí se újmě, nicméně lze oprávněně pochybovat, že by osoba v dané situaci nepocítovala ztrátu. Vzhledem k tomu považují ztrátu za ztrátu v zásadě jakoukoli, a to včetně umenšení šance. Odlišné chápání teorie ztráty šance by ji omezilo, a to bez relevantního důvodu. Argument otevřených stavidel nepovažují při definici aspektů teorie ztráty šance za jakkoli důležité.

S přihlédnutím k výše shrnutým postojům přistupuji k vytvoření shrnující definice teorie ztráty šance. Jedná se o teorii zasahující do problematiky újmy a příčinné souvislosti při

²² Hotson v East Berkshire AHA [1988] UKHL 1.

²³ Wilsher v Essex AHA [1987] UKHL 11.

²⁴ Nils Jansen, (1999) 'The Idea of a Lost Chance'. Oxford Journal of Legal Studies, Vol.19, 271-296.

řešení vzniku civilní odpovědnosti. Teorii vytváří nové pojetí žalovatelné a nahraditelné újmy. Navzdory tomu, že teorie přináší právě nový přístup k podstatě újmy, je nezbytné ji chápat i v souvislosti s otázkou příčinné souvislosti, neboť právě k řešení obtíží v této oblasti je určena. Při běžném přístupu na základě „vše nebo nic“ bude v některých případech odpovědnost škůdce nenaplnitelná vzhledem k tomu, že nebude způsob, jak prokázat příčinnou souvislost mezi jeho jednáním a škodlivým následkem, přestože se dopustí protiprávního jednání, které zasáhne do sféry poškozeného. Použití teorie ztráty šance umožňuje se této skutečnosti vyhnout novým definováním újmy, která byla způsobena. Nové pojetí újmy spočívá v tom, že je za ni považována i sama ztracená šance. Ztracenou šancí pak je umenšení pravděpodobnosti nastání příznivého, či chtěného následku, či dokonce vyloučení vzniku této skutečnosti. Přičemž k tomuto umenšení by nedošlo nebýt zásahu škůdce. Šance tak spočívá v možnosti dosažení chtěného stavu a je nahraditelná sama o sobě, bez ohledu na neurčitost výsledného následku škodného jednání. Je na výsledné újmě nezávislá a jakožto žalovaná újma od ní neodvozená, na rozdíl například od *lucrum cessans*.

Dle teorie ztráty šance nedochází k odklonu od běžného přístupu k prokazování příčinné souvislosti ani k umenšení důkazního standardu. Újma v podobě ztracené šance se musí prokazovat na základě standardu posouzení pravděpodobností a protiprávní jednání k ní musí být *conditio sine qua non*.

1.1 Použití teorie ztráty šance

Goold a Herring rozebírají, proč v oblasti medicínské odpovědnosti vyvstává potřeba užití ztracené šance jakožto žalovatelné újmy. Příčinu shledávají v tom, že v oblasti poskytování lékařské péče je běžné, že pacient, který přichází za lékařem už je stížen zdravotními problémy, které mohou i samy o sobě způsobit újmu. Úlohou lékařů je pak tyto problémy řešit, či alespoň zmírňovat. Pokud lékař poruší své povinnosti a neučiní kroky k řešení onemocnění, tak se nemoc může rozvinout a způsobit následky, kterým s jistou mírou pravděpodobnosti bylo možné zabránit. Dojde tak k poškození šance pacienta na příznivý vývoj.²⁵

Zatímco často bude problém dokázat, že nebýt opomenutí lékaře, újma by nenastala, neboť by mohla ze své podstaty nastat i pokud by lékař poskytl léčbu řádně, tak prokázat utrpenou ztracenou šanci je pro žalobce často daleko snazší. Tyto aspekty odpovědnosti v oblasti praktikování medicíny jsou důvodem, proč by aplikace teorie ztráty šance byla

²⁵ Imogen Goold, Jonathan Herring, *Great Debates in Medical Law and Ethic* (2. vydání) (2018, Macmillan Education UK, ISBN: 9781352002287), str. 87.

výhodná pro řadu žalobců. Je však třeba si uvědomit, že stejně jako v některých případech teorie ztráty šance pomáhá žalobci překonat obtíže prokazování příčinné souvislosti, tak v jiných případech naopak bude svědčit žalované straně. Při použití klasického postupu bude žalovaný poskytovat náhradu plné újmy vždy, když jeho jednání bude příčinnou následku s pravděpodobností vyšší než padesát procent. Tedy pokud pouze přispěje, k již existujícímu riziku, tak může být shledán odpovědným v plném rozsahu, přestože by újma mohla, byť s pravděpodobností menší než padesát procent, vzniknout i bez jeho přispění. Při použití teorie ztráty šance by byl odpovědný pouze v rozsahu snížení šance, kterou způsobil, tedy místo sta procent újmy by hradil například pouze padesát jedna procent této újmy. Teorii ztráty šance tak nelze pojímat jako berličku pro žalobce, ale jako nástroj pro dosažení komplexnější spravedlnosti v otázce náhrady újmy.

V oblasti odpovědnostního práva existují skupiny typických případů, kdy je použití teorie ztráty šance vhodné. Doležal a Doležal ve svém článku zmiňují trojici typických situací. První skupinou jsou případy, kdy došlo k pochybení zdravotnických pracovníků a žalovanou šancí je šance na uzdravení. Druhou skupinu autoři spatřují v případech pochybení advokátů, kde šance spočívá v úspěchu ve sporu. Poslední skupinou jsou případy účasti na soutěžích, kde vlivem jednání škůdce dochází ke ztrátě šance na výhru. Dle autorů jsou nejčastějšími případy ztracené šance na uzdravení.²⁶

Skupinu případů pochybení zdravotnických pracovníků je ovšem třeba kvalifikovat přesněji. Ztracenou šancí zde není jen šance na uzdravení, neboť uzdravení samo o sobě často není ani možné vzhledem k původnímu zdravotnímu stavu pacienta. Daleko přesnější je spatřovat šanci v možnosti příznivějšího zdravotního výsledku než používat nedostačující pojem uzdravení. Ztracenou šancí může být i šance na vyhnutí se bolestivější a náročnější léčbě. Třeba v případě Gregg²⁷ se mimo ztracené šance na uzdravení, tedy na dožití se deseti let bez známek nemoci, soud potýkal i s faktem, že nebýt nedbalosti lékaře Scotta, tak by léčba, kterou následně Gregg podstupoval, nemusela být tak razantní.²⁸ I možnost vyhnout se bolestivým procesům a postupům s výraznými vedlejšími příznaky je už jen ze samotné své podstaty šancí, kterou by běžný člověk dokázal ocenit a pociťoval by oprávněně jako újmu, pokud by byl jedním jinou osobou této šance zbaven.

²⁶ Tomáš Doležal, Adam Doležal, (2017) 'Problematika využití teorie ztráty šancí'. Časopis zdravotnického práva a bioetiky, Vol.7(1), 44-55.

²⁷ Gregg v Scott [2005] UKHL 2.

²⁸ Gregg v Scott [2005] UKHL 2.

1.2 Historie teorie ztráty šance

Doležal a Doležal ve svém historickém exkurzu uvádějí s odkazem na Jansena²⁹, že náznak vzniku teorie ztráty šance lze nalézt už v římském právu. V Digestech, jak uvádí autoři, se Ulpian věnuje případu potrhaných rybářských sítí, kdy jeden z rybářů poškodil síť jiného a vznikla otázka, jestli zde újmou je jen potrhaná síť, či i ryby, které poškozený nemohl ulovit. Pomponius na jiném místě Digest, dle odkazu autorů, vyslovil názor, že možnost ulovené kořisti je hodnotově vyjádřitelná, a dokonce způsobila být předmětem smlouvy. Doležal s Doležalem nicméně připouští, že v tomto smyslu je možné za náhradu ztracené šance považovat i *lucrum cessans*.³⁰ Ačkoli by římský původ teorie byl jistě pro mnohé zástupce jurisprudence lákavým zjištěním, skutečný vznik teorie tak jak byla popsána výše je nutné zařadit až do práva anglického a až do dvacátého století.

Případem, který založil možnost uznání ztracené šance jakožto žalovatelné újmy byl *Chaplin v Hicks*³¹. Základem této kauzy byla skutečnost, že známý divadelní manager vypsal soutěž, aby vyřešil situaci, kdy byl neustále kontaktován s žádostmi o divadelní angažmá. Nakonec se mu sešlo na šest tisíc přihlášek a fotografií, z nichž bylo vybráno tři sta. Těchto tři sta žen bylo rozděleno mezi deset oblastí. Z každé oblasti pak na základě hlasů veřejnosti bylo vybráno pět uchazeček, které postoupily do skupiny padesáti žen, ve které mělo být rozděleno finálních dvanáct angažmá. Žalobkyně byla vítězkou ve své oblasti. Následně jí byl 4. ledna zaslán dopis s dalšími instrukcemi. Tento dopis se k žalobkyni dostal až 6. ledna, kdy už bylo pozdě instrukce splnit a byla proto z dalšího výběru vynechána. Žalobkyně se pokusila vyjednat jiný termín pohovoru, nicméně byla odmítnuta. Následně podala žalobu. Žaloba byla založená na tom, že žalobce svým porušením vzájemné smlouvy připravil žalobkyni o možnost účasti ve výběru. Porota se následně na dotaz soudce usnesla na tom, že žalobce neprovedl potřebné kroky k tomu, aby žalobkyni umožnil se výběru účastnit a přiznal ji náhradu sta liber. Žalovaný se odvolal. Odvolací soud však odvolání zamítl. Soud se v odvolání musel vypořádat s argumenty obhajoby spočívajícími v tom, že vzniklá újma není dostatečně spojitá s jednáním žalovaného a že není ohodnotitelná. Všichni tři soudci Odvolacího soudu se shodli, že tyto argumenty nejsou validní a odvolání zamítl. Soudce Farwell podotkl, že v žalobě jsou přítomny všechny náležitosti. Tedy porušení smlouvy, újma v příčinné souvislosti s jednáním a újma

²⁹ Nils Jansen, *Loss of a Chance*, Historical Report, str. 545, in: Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Bernhard Koch, Reinhard Zimmermann (eds.), *Digest of European Tort Law. Essential cases on natural causation*. (2007, New York: SpringerWienNewYork, ISBN 32-113-6957-0).

³⁰ Tomáš Doležal, Adam Doležal, (2017) 'Problematika využití teorie ztráty šancí'. *Časopis zdravotnického práva a bioetiky*, Vol.7(1), 44-55.

³¹ *Chaplin v Hicks* [1911] 2 KB 786 (CA).

přítomná v době žalování. Všichni soudci byli za jedno v tom, že žalobkyně utrpěla újmu, tím že ztratila šanci na to být vybrána pro angažmá. Soudce Williams to vyjádřil tak, že porota jednala správně, když se usnesla na tom, že tím, že žalobkyně ztratila možnost být vybrána, ztratila něco s hodnotou vyjádřitelnou v penězích.³²

Za ratio decidendi případu lze tedy označit připuštění ztracené šance za žalovatelnou a nahraditelnou újmu. Slovy soudců žalobkyně ztratila ocenitelnou hodnotu. Toto je samozřejmě samou podstatou teorie ztráty šance.

Pochopitelně by bylo možné uvést i řadu dalších historických případů spojených s teorií ztráty šance, nicméně případy relevantní pro medicínské právo budou podrobně rozebrány níže, a proto uvádím pouze případ nejrelevantnější, kde byla teorie ztráty šance soudně aplikována poprvé.

³² Chaplin v Hicks [1911] 2 KB 786 (CA).

2 Obecné shrnutí odpovědnosti lékaře v anglickém právu

Ačkoli podle obecných zvyklostí by bylo na místě upřednostnit v pořadí úpravu českého práva včetně obecného rozboru odpovědnosti lékaře, tak vzhledem ke skutečnosti, že teorie ztráty šance je anglickým institutem, který může být českým právem převzat, je rozbor anglické úprava předřazen rozboru úpravy české.

Emily Jackson ve své knize rozebírá různé formy odpovědnosti, kterou má lékař vůči pacientovi a nástroje sloužící k odhalení a nápravě nestandardního poskytování péče. Jde o odpovědnost trestní, smluvní, odpovědnost dle tort law, postup v rámci NHS (National Health Service), profesní odpovědnost u profesní organizace lékařů a zabývá se rovněž institutem whistleblowingu.³³ Pro aplikaci teorie ztráty šance je nicméně podstatná pouze odpovědnost civilní realizovaná skrze odpovědnost za tort of negligence. Tato forma odpovědnosti by do oblasti kontinentální právní kultury šla překloupat jako odpovědnost za civilní delikt nedbalosti.

Odpovědnost za tort of negligence má tři aspekty, které musí být naplněny pro vznik odpovědnostního vztahu. Jednak mezi pacientem a lékařem musí existovat povinnost péče, jednak lékař musí porušit povinnost vykonávat řádnou péči a následně toto porušení povinnosti musí mít za následek vznik újmy pacienta a tato újma musí mít dostatečnou spojitost s jednáním. Za svého zaměstnance pak nese odpovědnost zaměstnavatel skrze vicarious liability, tedy odpovědnost v zastoupení.³⁴

Otázka existence povinnosti péče není příliš komplikovaná. Je jasně dané, že ve vztahu k pacientovi má lékař povinnost o pacienta řádně pečovat. Tato povinnost vzniká až přijetím pacienta do péče, vzhledem k tomu, že dle anglického práva lékař nemá žádnou právní povinnost pečovat o cizince, tedy o osobu, kterou do péče ještě nepřevzal. V nemocnici vzniká povinnost péče už tím, že je pacient přijat za účelem poskytnutí péče. Může tedy nastat i dříve, než pacient vůbec potká lékaře.³⁵ Pokud mezi lékařem a pacientem existuje povinnost péče, tak tato povinnost musí být naplněna poskytováním péče dle daných standardů.³⁶

Zároveň pokud žalobce prokáže, že lékař vůči němu měl povinnost péče, tak může postoupit k prokazování dalšího aspektu odpovědnosti, kterým je porušení této povinnosti. To

³³ Emily Jackson, *Medical Law: Text, Cases, and Materials* (5. vydání) (2019, Oxford university Press, ISBN: 13:9780198825845), str. 121 a násl.

³⁴ *Ibid*, str. 123.

³⁵ *Ibid*, str. 123, 124.

³⁶ Imogen Goold, Jonathan Herring, *Great Debates in Medical Law and Ethic* (2. vydání) (2018, Macmillian Education UK, ISBN: 9781352002287), str. 77.

se činí za pomoci různých testů a postupů užívaných pro stanovení požadovaného standardu péče, typicky Bolam testu s Bolitho glosou³⁷

Další podmínkou pro založení odpovědnosti za tort of negligence je existence příčinné souvislosti mezi porušením povinnosti péče a způsobenou újmou. Problematicnost této podmínky ve vztahu k případům medicínské nedbalosti spočívá ve skutečnosti, že mimo pochybení lékaře mají na vznik zranění, či duševní poruchy vliv i faktory, které svůj původ mají čistě v osobě pacienta a jeho medicínských predispozicích. Vzhledem k tomu, že oba výše zmíněné aspekty se mohou na újmě podílet, tak je obtížné dokázat příčinnou souvislost na základě standardu posouzení pravděpodobností. Ke zhoršení stavu pacienta může dojít i pokud je poskytnutá péče řádná, a proto často nelze následek pochybení shledat ve větší míře než jen ve ztrátě šance na kompletní uzdravení. To dle Jackson vede soud ke spekulacím, co by mohlo být, nebýt nedbalosti, místo exaktních zjištění.³⁸

V anglickém právu se pro určení příčinné souvislosti běžně užívá takzvaný but for test. Test lze vyjádřit i otázkou: nebýt nedbalosti došlo by k újmě? Úkolem žalobce je tedy prokázat, že to bylo právě nedbalé jednání, co způsobilo újmu, spíše, než že by újma nastala i bez této nedbalosti.³⁹ Goold a Herring to prezentují tak, že but for test musí být naplněn na základě standardu posouzení pravděpodobností, tedy, že soud musí mít za to, že s pravděpodobností padesáti jedna procent, či vyšší, bylo porušení povinnosti příčinnou újmy.⁴⁰

Přímočaré užití but for testu v kontextu medicínských sporů je však spíše výjimečné mimo jiné vzhledem k tomu, že výsledný stav pacienta, pokud by dostal řádnou péči, může být zastřen neznámem. Příkladem přímého užití testu je například případ Barnett v Chelsea and Kensington Hospital Management Committee^{41, 42} V tomto případě soudce Nield usoudil, že léčba by i nebýt nedbalosti stejně nemohla být poskytnuta včas, aby se zabránilo smrti, tudíž by smrt nastala i bez nedbalosti lékaře a odpovědnost tak nebyla založena.⁴³

Dokazování kauzality je problematické i vzhledem k tomu, že není vždy jediná, či jediná možná příčina následku, a že často nelze s jistotou určit, v jakém stavu by byl pacient, pokud by mu byla péče poskytnuta řádně. Kupříkladu v níže rozebraném případě Wilsher v Essex AHA⁴⁴

³⁷ Emily Jackson, *Medical Law: Text, Cases, and Materials* (5. vydání) (2019, Oxford university Press, ISBN: 13:9780198825845), str. 131, 132.

³⁸ Ibid, str. 141.

³⁹ Ibid, str. 141.

⁴⁰ Imogen Goold, Jonathan Herring, *Great Debates in Medical Law and Ethic* (2. vydání) (2018, Macmillan Education UK, ISBN: 9781352002287), str. 86.

⁴¹ Barnett v Chelsea and Kensington Hospital Management Committee [1969] 1 QB 428.

⁴² Emily Jackson, *Medical Law: Text, Cases, and Materials* (5. vydání) (2019, Oxford university Press, ISBN: 13:9780198825845), str. 141, 142.

⁴³ Barnett v Chelsea and Kensington Hospital Management Committee [1969] 1 QB 428.

⁴⁴ Wilsher v Essex AHA [1987] UKHL 11.

se soud musel vypořádat s pěti možnými příčinami následku, z nichž pouze jedna spočívala v nedbalosti při poskytování zdravotní péče. Soud zde shledal, že žalobce nedokázal prokázat příčinou souvislost mezi nedbalostí a následkem.⁴⁵

Jedním z možných nástrojů, které alespoň v teorii umožňují překonat obtíže spojené s příčinnou souvislostí a jejím prokazováním v případech medicínské nedbalosti je pak i teorie ztráty šance.

Pro založení odpovědnosti za tort of negligence anglické právo také vyžaduje, aby utrpená újma nebyla příliš vzdálená. Tento aspekt spočívá v tom, že újma musí být předvídatelná. Předvídatelnost se však netýká jejího konkrétního rozsahu ani konkrétního způsobu, jakým újma vznikne. V případech medicínské nedbalosti je běžnou újmou fyzické zranění, které je poměrně jasně předvídatelné. Vzhledem k tomu není otázka předvídatelnosti újmy zpravidla v případech medicínské nedbalosti zvláště komplikovaná, byť se najdou i takové případy. Pro příklad lze uvést třeba *R v Croydon Health Authority*^{46,47} Tento aspekt obsahuje rovněž otázku přerušení řetězce příčinné souvislosti novou událostí.⁴⁸

Újmou, kterou bude soud v případech tort of negligence řešit, je fyzické zranění nebo způsobení psychické poruchy. Zapříčinění čistě ekonomické újmy Jackson označuje za nepravděpodobný následek nedbalosti při poskytování zdravotních péče.⁴⁹

Goold a Herring ve své knize předkládají ke vzniku odpovědnosti ještě požadavek, aby vzniklá újma byla žalovatelná.⁵⁰ Žalovatelnost lze vykládat jako vlastnost újmy spočívající v její nahraditelnosti soudem. Právě této otázky se, jak bylo vysvětleno výše, do značné míry týká teorie ztráty šance.

Jackson ve své knize předestírá rovněž kritiku anglického tort law. Podotýká, že tort law by mělo především sloužit jako nástroj kompenzace a odrazení od škodlivého jednání, avšak není reálně schopné plnit v úplnosti ani jeden z těchto aspektů. Neposkytuje dostatečný rozsah pro náhradu újmy a nepotírá dostatečně špatnou praxi. Dále kritizuje, že je pojetí tort law spojené s náklady a je překážkou v procesu volného sdělování problémů, které, jak Jackson soudí, je nejlepším způsobem, jak se učit z chyb. Vyjadřuje též obavu, že finanční tlak a nedostatek personálu povedou ke zhoršení situace ve zdravotnictví. Zmiňuje též zprávu

⁴⁵ Emily Jackson, *Medical Law: Text, Cases, and Materials* (5. vydání) (2019, Oxford university Press, ISBN: 13:9780198825845), str. 141, 142.

⁴⁶ *R v Croydon Health Authority* (1997) 40 BMLR 40.

⁴⁷ Emily Jackson, *Medical Law: Text, Cases, and Materials* (5. vydání) (2019, Oxford university Press, ISBN: 13:9780198825845), str. 146.

⁴⁸ *Ibid*, str. 146.

⁴⁹ *Ibid*, str. 122.

⁵⁰ Imogen Goold, Jonathan Herring, *Great Debates in Medical Law and Ethic* (2. vydání) (2018, Macmillan Education UK, ISBN: 9781352002287), str. 86.

House of Commons Public Accounts Committee, dle které zhoršená situace může vést k tomu, že proti zdravotnictví se bude podávat stále větší množství žalob, což ještě více napne zdroje a tím ještě více sníží kvalitu péče.⁵¹

⁵¹ Emily Jackson, *Medical Law: Text, Cases, and Materials* (5. vydání) (2019, Oxford university Press, ISBN: 13:9780198825845), 193.

3 Přístup anglického práva k teorii ztráty šance

Vztah anglického práva k teorii ztráty šance a jejímu užití je otázkou značně komplikovanou a rozsáhlou. Přístup k teorii je určen judikaturou a je rozdílný pro jednotlivé druhy případů, ve kterých se teorie užívá. Jak bylo rozvedeno výše, tyto skupiny určují Doležal a Doležal jako účast na soutěžích se ztrátou šance na výhru, pochybení advokátů a pochybení zdravotnických pracovníků.⁵² Obecněji by se případy daly členit na případy, kdy je ztracena šance na ekonomický prospěch, či ekonomicky snadno kvantifikovatelný prospěch. Snadno kvantifikovatelný prospěch je například ve ztracené šanci na výhru v soutěži, kdy výhra lze vyjádřit peněžně. Takovým případem je typicky Chaplin v Hicks. Jako na ekonomickou ztrátu lze hledět i na ztrátu šance na úspěch v soudním sporu, o kterou je osoba připravena nedbalostí advokáta. Naopak případy pochybení zdravotnických pracovníků lze zařadit do druhé kategorie případů, kde je ztracena šance povahy neekonomické. Jde typicky o případy se ztracenou šancí na příznivější zdravotní stav. Náhrada i v těchto případech by byla zpravidla peněžní, nicméně šance se týká hlavně ekonomicky nevyjádřitelné změny zdravotního stavu. Dělení případů na ty s ekonomickou podstatou, jako je šance na výhru v soutěži či sporu a na ty s podstatou šance spočívající v újmě na zdraví považují za nejlepší pro demonstrování vztahu anglického práva k teorii ztráty šance. Právě na základě tohoto dělení totiž lze určit hranici dle které anglické právo teorii připouští, či naopak odmítá. I Stapleton ve shrnujících bodech své práce hovoří o některých případech s ekonomickou ztrátou, ve kterých soudy akceptovaly jako žalovatelnou újmu i spekulativní risk, že nastane ztráta.⁵³

K používání teorie ztráty šance, kde šance spočívá v ekonomické ztrátě, je anglické právo otevřené. V případech účasti na soutěžích byla možnost užití teorie ztráty šance založena případem Chaplin v Hicks, který je rozebrán výše. V případech pochybení advokátů byla teorie ztráty šance, jak podotýká Luntz, zavedena případem Kitchen v Royal Air Forces Association⁵⁴. V tomto případě, který se dostal až před anglický Odvolací soud, šlo o nedbalost společnosti solicitorů (solicitor je označení pro anglickou profesi zhruba odpovídající české profesi advokátů), která spočívala v opomenutí učinění procesních úkonů v žalobě dle Lord Campbell's Act. Všichni tři soudci Odvolacího soudu jednotně podpořili přiznání náhrady žalobkyni ve výši dvou třetin maximální možné náhrady, která by mohla být přiznána, pokud

⁵² Tomáš Doležal, Adam Doležal, (2017) 'Problematika využití teorie ztráty šancí'. Časopis zdravotnického práva a bioetiky, Vol.7(1), 44-55.

⁵³ Jane Stapleton, (1988) 'The Gist of Negligence, Part II: The Relationship Between 'Damage' and Causation'. The Law Quarterly Review, Vol. 104, 389-409.

⁵⁴ Kitchen v Royal Air Forces Association [1958] 2 AllER 241 (CA).

by uspěla původní žaloba, tak jak ji žalobkyni přiznal soudce první instance.⁵⁵ Za zmínku stojí i skutečnost, že v případě Kitchen nebylo odkázáno na Chaplin v Hicks, přestože se uplatnila stejná teorie.⁵⁶

Z výše uvedených precedentů je zřejmé, že anglické právo zakládá v některých případech možnost aplikovat teorii ztráty šance a domoci se tak náhrady za újmu spočívající ve ztracené šanci s ekonomickou podstatou. V případech, kde šance spočívá v možnosti příznivějšího zdravotního stavu je ale situace odlišná. Sněmovna lordů v případech Hotson⁵⁷ a Gregg⁵⁸, ve kterých právě šance na příznivější zdravotní stav byla řešena, odmítla připustit aplikaci teorie ztráty šance.⁵⁹ V kauze Hotson žalobce spadl ze stromu a způsobil si poranění kyčle. Když byl přijat do nemocnice, tak vlivem pochybení lékařů došlo ke stanovení špatné diagnózy, což vedlo k tomu, že ztratil dvacetí pěti procentní šanci na vyhnutí se avaskulární nekróze. Sněmovna lordů mu nicméně odmítla přiznat náhradu.⁶⁰ Stejně tak v případě Gregg Sněmovna lordů odmítla aplikaci teorie ztráty šance ve prospěch žalobce, kterému vlivem pochybení lékaře byla snížena šance na přežití. V tomto případě pacient trpěl rakovinou a vlivem pochybení došlo ke značnému zpoždění jejího diagnostikování, což vedlo k poklesu jeho šanci na přežití.⁶¹

Nicméně existuje několik případů, na jejichž základě lze vyvodit nekonzistentnost anglické úpravy. Těmto případům a důvodům, které je s případy Hotson a Gregg spojují, či je od nich odlišují se nyní budu věnovat.

3.1 McGhee v National Coal Board

Jansen ve svém článku uvádí, že případem, kde byl zrelativizován striktní požadavek prokázání *conditio sine qua non*, byla kauza McGhee⁶². Dle autora zde Sněmovna lordů vyřkla, že je pro prokázání příčinné souvislosti dostatečné, pokud žalobce prokáže, že škůdce podstatně přispěl ke vzniklé újmě. Jansen ovšem také uvádí, že tento případ nelze zařadit mezi případy, které by se týkaly teorie ztráty šance. Na druhou stranu podotýká, že by toto zařazení přeci jen bylo možné v případě, že by bylo předpokládáno, že došlo k obrácení důkazního břemene.

⁵⁵ Harold Luntz, Loss of a Chance, str. 152-197, in: Danuta Mendelson, Ian Freckelton. Causation in Law and Medicine. (2002, Florence: Routledge, ISBN: 9780754622048), str. 160-161.

⁵⁶ Ibid, str. 160.

⁵⁷ Hotson v East Berkshire AHA [1988] UKHL 1.

⁵⁸ Gregg v Scott [2005] UKHL 2.

⁵⁹ Hotson v East Berkshire AHA [1988] UKHL 1 a Gregg v Scott [2005] UKHL 2.

⁶⁰ Hotson v East Berkshire AHA [1988] UKHL 1.

⁶¹ Gregg v Scott [2005] UKHL 2.

⁶² McGhee v National Coal Board [1973] 1 W.L.R. 1.

V této věci odkazuje na Weinrib⁶³. V podstatě by pak šlo o případ, kdy žalovaný neunesl své důkazní břemeno, když nebyl schopen doložit, že jeho protiprávní jednání nevedlo k vyloučení šance žalobce. Právě tento výklad se pak objevil v rámci případu Wilsher⁶⁴, který bude rozebrán níže.⁶⁵

McGhee, žalobce ve stejnojmenném případě, byl zaměstnancem žalované strany. V rámci zaměstnání mu byl přidělen úkol vyprazdňovat pec na cihly. Při této činnosti byl vystaven horkému a prašnému prostředí. Po několika dnech tohoto pracovního nasazení se McGhee začal potýkat s podrážděním kůže a po několika dalších dnech navštívil lékaře. Kožní specialista u něj následně diagnostikoval dermatitidu. McGhee se obrátil na soud s žalobou, ve které tvrdil, že dermatitida je následkem porušení povinností, které vůči němu měl jeho zaměstnavatel na základě Common law (Common law je historickou větví anglického právního řádu, která byla sloučena s druhou částí, tzv. Equity, do současného právního řádu Anglie, který nese rovněž pojmenování Common law; výše uvedená žaloba pro porušení povinnosti plynoucí z Common law by v české právní oblasti odpovídala žalobě pro porušení povinnosti stanovené zákonem). Uvedené porušení práva, tedy protiprávní jednání, bylo skutečně shledáno, a to v tom, že zaměstnavatel nezajistil McGheemu možnost se po konci pracovní směny osprchovat. McGhee proto musel pokryt prachem a potom jet na kole až domů, než se mohl umýt. Znalecké vyjádření bylo toho smyslu, že toto nadbytečné vystavení prachu podstatně přispělo k riziku vzniku dermatitidy. Nicméně znalci nebyli schopni určit procentní vyjádření tohoto rizika. Zároveň znalci nedokázali jasně definovat způsob vzniku dermatitidy. Nebylo tudíž jasné, do jaké míry za její vznik u McGheeho mohlo vystavení prachu v práci, v čemž nebylo spatřováno protiprávní jednání zaměstnavatele a do jaké míry byla příčina v tom, že se mohl umýt až doma, což už důsledkem protiprávního jednání zaměstnavatele bylo.⁶⁶

McGhee tedy čelil důkaznímu problému, kdy musela být jeho žaloba dle standardního přístupu vše nebo nic a prokázání příčinné souvislosti na základě standardu posouzení pravděpodobností zamítnuta. Nebylo totiž z vyjádření znalců jasné, který z rizikových aspektů (vystavení prachu při práci a vystavení prachu při cestě domů) a do jaké míry přispěl k celkovému riziku dermatitidy.⁶⁷ Stručně řečeno, nebylo prokazatelné, že nebýt protiprávního jednání zaměstnavatele, tak by ke vzniku dermatitidy spíše nedošlo, než došlo.

⁶³ Ernest J. Weinrib, (1975) 'A Step Forward in Factual Causation'. *The Modern Law Review*, Vol.38, 518-534.

⁶⁴ *Wilsher v Essex AHA* [1987] UKHL 11.

⁶⁵ Nils Jansen, (1999) 'The Idea of a Lost Chance'. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol.19, 271-296.

⁶⁶ *McGhee v National Coal Board* [1973] 1 W.L.R. 1.

⁶⁷ Jane Stapleton, (1988) 'The Gist of Negligence, Part II: The Relationship Between 'Damage' and Causation'. *The Law Quarterly Review*, Vol. 104, 389-409.

Kauza McGhee se nakonec dostala až před sněmovnu lordů, která rozhodla ve prospěch žalobce. Důvody jednotlivých soudců pro toto rozhodnutí se mírně lišily. Soudce Kilbrandon se neodchýlil od běžného postupu, když uzavřel, že dle jeho názoru žalobce prokázal, že jeho újma vznikla spíše v důsledku opomenutí jeho zaměstnavatele poskytnout mu možnost umytí, než že v důsledku toho nevznikla. Někteří další soudci pak v zásadě dospěli k vzájemně obdobným řešením, kdy pojali za dostatečné, že pochybení zaměstnavatele podstatně zvýšilo riziko vzniku újmy. Uzavřeli, že nelze odlišit podstatné zvýšení rizika výskytu nemoci od podstatného přispění ke vzniku této nemoci. V odůvodnění některých soudců se objevilo i pojetí, že pokud je nedbalostí zaměstnavatele zaměstnanec vystaven riziku vzniku újmy, tak je pak na zaměstnavateli, aby vyvrátil domněnku, že toto riziko bylo příčinnou újmy, či jinak řečeno, v případě, že není možné prokázat jaký vliv mělo protiprávní jednání zaměstnavatele na míru rizika, tak by měl nést břímě této nemožnosti škodlivě jednající zaměstnavatel a nikoli zaměstnanec. V rozsudku se několikrát objevil odkaz na případ *Wardlaw v Bonnington*⁶⁸. Jak v rozsudku případu McGhee podotkl soudce Wilberforce, v případě *Wardlaw* se řešilo kumulativní vystavení prachovým částicím a bylo soudem rozhodnuto, že náhrada má být přiznána, pokud přispění částic, kterým byl poškozený vystaven na základě protiprávního jednání, bylo relevantním neboli zásadním, či nezanedbatelným pro vznik újmy.⁶⁹

Stapleton komentuje důvod rozhodnutí soudu tak, že rozhodl na základě toho, že za výjimečných okolností, kdy vzniká důkazní mezera nemožností prokázat vliv přispění jednotlivých faktorů, není na místě činit rozdíly mezi příčinnou podstatně přispívající k riziku vzniku újmy a příčinnou újmy jako takové.⁷⁰ Weinrib to vyjadřuje tak, že soud pojal za svou myšlenku, že pokud v tomto případě nebyl rozdíl mezi zásadním přispěním ke zvýšení rizika vzniku újmy a podstatným přispěním ke vzniku újmy, tak kauzalita existovala.⁷¹

Stapleton se k rozsudku v kauze McGhee vyjadřuje tak, že je pro část jurisprudence precedentem zakládajícím v případech obdobné mezery v dokazování možnost opuštění od klasického určování příčinné souvislosti. Autorka sama to hodnotí tak, že soudci přijali minimální podobu testu, pro jehož naplnění stačí pouze prokázat existenci protiprávního jednání žalovaného, které podstatně přispělo ke zvýšení rizika vzniku újmy, čímž se na

⁶⁸ *Wardlaw v Bonnington* 1956 S.C. (H.L.) 26

⁶⁹ *McGhee v National Coal Board* [1973] 1 W.L.R. 1.

⁷⁰ Jane Stapleton, (1988) 'The Gist of Negligence, Part II: The Relationship Between 'Damage' and Causation'. *The Law Quarterly Review*, Vol. 104, 389-409.

⁷¹ Ernest J. Weinrib, (1975) 'A Step Forward in Factual Causation'. *The Modern Law Review*, Vol.38, 518-534.

žalovaného přenese důkazní břemeno. Mezi jinými problémy tohoto přístupu pak zdůrazňuje, že soud dostatečně nerozlišil případy alternativní příčinné souvislosti a kumulativní příčinné souvislosti. Alternativní kauzalita spočívá v tom, že existuje více možných příčin následku, z nichž jen jedna je skutečnou příčinou. Naopak při kumulativní kauzalitě existuje více příčin a tyto působí současně. Toto opomenutí pak vedlo soud k vyvození nepřesné analogie s případem Wardlaw v Bonnington, ve kterém však jednoznačně šlo o kumulativní kauzalitu, zatímco u McGhee povaha kauzality nebyla jistá. Zásadním nedostatkem rozhodnutí soudu je také dle autorky riziko toho, že zvolený přístup bude k žalované straně nespravedlivý, obzvláště tam, kde žalovaný nebude mít kontrolu nad některými možnými příčinami následku.⁷²

Případ McGhee se teorií ztráty šance nezabývá. Neobsahuje odkaz na tuto teorii nebo odkaz na případ Chaplin v Hicks. Nicméně tvoří podstatnou součást širšího vztahu anglického práva ke ztracené šanci.

Podle Stapleton mají případy McGhee a Hotson společné to, že úspěch žalobce byl odvislý od odchýlení se od běžného přístupu k prokazování příčinné souvislosti. Tímto odchýlením, které bylo řešeno v Hotsonovi, byla teorie ztráty šance. U McGheeho pak spočívalo odchýlení v tom, že újma, která tvořila podstatu žaloby nebyla ta samá jako újma, ke které se prokazovala příčinná souvislost. Hotsonův argument, jak Stapleton označuje teorii ztráty šance, by McGheemu k úspěchu v žalobě nepomohl, neboť ten by nebyl schopen prokázat ztracenou šanci a její rozsah, tedy nebyl by schopen prokázat o jak velkou šanci na vyhnutí se dermatitidě byl připraven tím, že mu zaměstnavatel neposkytl možnost umytí. Sněmovna lordů se tak v zásadě přiklonila k daleko radikálnějšímu přístupu ve prospěch žalobce.⁷³

Žalovaná strana svým opomenutím poskytnout sprchu zvýšila McGheemu riziku vzniku dermatitidy. Jak je podloženo výše riziko je jen odrazem šance, a proto to lze interpretovat tak, že žalovaný připravil žalobce o část šance na vyhnutí se dermatitidě, tedy na příznivější zdravotní stav. Tato šance byla vzhledem k nedostatečným znalostem o dermatitidě neurčitelná procentuálně, znalci ji jen označili za materiální. Jaké zvýšení rizika je materiální neboli podstatné? Zvýšení rizika z pěti procent na sto, z jednoho na osm? Tato důkazní mezera by vyloučila úspěch nároku i při použití teorie ztráty šance. Přesto Sněmovna lordů rozhodla ve prospěch žalobce. Rozsudek ukazuje, že anglické právo je schopné přistoupit k odklonům od běžného postupu, když shledá požadavek spravedlnosti na rozdílné řešení situace. Nicméně tyto

⁷² Jane Stapleton, (1988) 'The Gist of Negligence, Part II: The Relationship Between 'Damage' and Causation'. The Law Quarterly Review, Vol. 104, 389-409.

⁷³ Ibid.

kroky pak postrádají prvky konzistentnosti, s čímž se následně musí vyrovnávat další judikatura, případně otázky konzistentnosti zůstávají nevyřešeny. Případ McGhee poskytuje obraz situace, ve které byly rozhodovány případy Hotson a Gregg, které tvoří jádro vztahu anglického práva k teorii ztráty šance a jejímu užití v případech medicínské nedbalosti. Samozřejmě není jediným případem, který toto pozadí vytváří, jak ostatně bude patrné z dalšího textu. Nicméně je případem poměrně radikálních úvah o podstatě příčinné souvislosti, neb se zde soudci spokojili s pouhým prokázáním kauzality ke zvýšení rizika. Byli také ochotni přenést důkazní břemeno, které znamenalo pro neprokazatelnost plynoucí ze současného stavu poznání prohru ve sporu, na žalovanou stranu. Oprávněně se dá uvažovat o tom, jestli se Sněmovna lordů nezalekla svého příliš razantního přístupu a nebyla při rozhodování v dalších případech opatrná. Tomu by ostatně nasvědčovaly i části odůvodnění v případě Gregg, kde soudci podotýkají, že takto výrazný posun v otázce příčinné souvislosti je otázkou pro zákonodárce, nikoli pro soud.⁷⁴ Ovšem tento argument se zdá být poměrně nulitní, vezmeme-li v úvahu, co byla Sněmovna lordů ochotna přijmou v případě McGhee. McGhee nedefinuje vztah anglického práva k teorii ztráty šance, je však pro tento vztah určující, neboť společně s dalšími případy je podkladem, na kterém byl vztah k teorii ztráty šance vytvořen. Je však chybou, že Sněmovna lordů nedokázala najít více spojitosti mezi případy McGhee a Gregg (případ Gregg vůbec odkaz na kauzu McGhee neobsahuje⁷⁵), mohla se totiž od radikálního přístupu ve prospěch žalobce přiklonit k vyváženějšímu přístupu ztracené šance při zachování pozitivních aspektů rozhodnutí McGhee. Těmito pozitivy je řešení situace, kdy kvůli vnitřní podstatě dějů spojených s lidským zdravím a jejich neprobádanosti je žalobce vystaven neúspěchu své žaloby, přestože by běžný člověk cítil, že by dle základní hodnoty spravedlnosti náhradu újmy dostat měl. V případě Gregg je to poměrně jednoznačné. Pochybení lékaře způsobilo Greggovi ztrátu blíže specifikovanou níže, kterou by pocíťoval každý běžný člověk a dle citu pro spravedlnost by se ji snažil i nahradit.

Je samozřejmě pravdou, že případy jsou rozdílné, jak vyplýne níže, na druhou stranu oba se týkají ve své podstatě ztracené šance žalobce na příznivější zdravotní stav. Přestože nelze užít kauzu McGhee jako precedent pro teorii ztráty šance, tak ani nelze ignorovat pozadí, které tvoří pro diskusi o možném dalším vývoji vztahu anglického práva ke ztracené šanci jakožto žalovatelné újmě.

⁷⁴ Gregg v Scott [2005] UKHL 2.

⁷⁵ Ibid.

3.2 Wilsher v Essex AHA

Je však rovněž nutné dodat, že přístup nastavený rozhodnutím v případě McGhee byl později přehodnocen, a to jak v případě Hotson, tak také, a hlavně v případě Wilsher^{76,77}. V případě Wilsher se řešila žaloba podaná dětským žalobcem. Žalobce se narodil o tři měsíce předčasně. Čelil proto nebezpečím s tímto stavem běžně spojeným. Největším nebezpečím, které v takovou situaci hrozí je smrt, či poškození mozku v důsledku nedostatečného zásobování kyslíkem. Pacient prošel několika krizemi a málem zemřel, nakonec ale situaci zvládl a přežil, a to dokonce bez poškození mozku. Nicméně v jeho případě došlo k naplnění jiného rizika spojeného s předčasným narozením, a to retrolentální fibroplazie (jde o poměrně těžké poškození oka, které nastává u předčasně narozených dětí; používá se pro něj zkratka RLF). Tento neléčitelný problém vyvolal u žalobce úplnou slepotu v jednom oku a závažné narušení vidění v druhém oku.⁷⁸

Žalobce podal žalobu proti příslušnému orgánu zodpovědnému za nemocnici, ve které mu byla poskytována péče. Základem žaloby bylo tvrzení, že RLF bylo způsobeno nadměrným tlakem kyslíku v jeho krevním oběhu, ke kterému došlo kvůli nedbalému zacházení s jeho kyslíkovou podporou. Soudce Pain, který případ řešil, shledal, že se nemocnice vůči pacientovi dopustila nedbalosti ve dvou fázích péče. Jednak nejprve krátce po narození došlo ke špatnému umístění katetru, který měl monitorovat tlak kyslíku v krvi. Toto umístění do špatné lokality nebylo odhaleno ani na následném kontrolním rentgenu. V důsledku toho přístroj podával nesprávné informace o tlaku kyslíku, který měl být příliš nízký. Ve snaze tento domnělý stav napravit pak byl pacientovi přidáván další kyslík, díky čemuž byl skutečný tlak po určitý čas nadměrně vysoký. Poté co bylo špatné umístění přístroje odhaleno a stav napraven, se nemocnice dopustila další nedbalosti, a to v tom, že během pokračování léčby několikrát dopustila, aby tlak kyslíku v krvi pacienta přesáhl bezpečnou mez. Soudce Pain pak rozhodl na základě právního principu založeného případem McGhee. Uvedl, že z případu McGhee vyplývá, že v situaci, kdy existuje povinnost péče a dojde k opomenutí učinit opatření k zabránění újmě, a právě riziko této újmy se realizuje, tak břímě prokázání toho, že nedošlo k porušení povinnosti a že újma nevznikla v důsledku porušení této povinnosti, leží na žalované straně. Pain proto rozhodl, že žalovaný neunesl důkazní břemeno ve vztahu k prokázání toho, že nebyl nedbalý a že jeho nedbalost nezpůsobila újmu, nebo podstatně nepřispěla k újmě

⁷⁶ Wilsher v Essex AHA [1987] UKHL 11.

⁷⁷ Nils Jansen, (1999) 'The Idea of a Lost Chance'. Oxford Journal of Legal Studies, Vol.19, 271-296.

⁷⁸ Wilsher v Essex AHA [1987] UKHL 11.

pacienta. Žalovaný byl proto shledán odpovědným a bylo mu uloženo zaplatit náhradu.⁷⁹ Právě při tomto pojetí lze případ McGhee považovat za případ ztracené šance, tak jak podotýká Jansen⁸⁰, jak je uvedeno výše v rámci rozboru případu McGhee. Při takovémto obrácení důkazního břemene může totiž být újma chápána jako ztracená šance, jejíž ztracení musí žalovaná strana na základě standardu posouzení pravděpodobností vyvrátit.

Případ se následně skrze odvolání dostal k Odvolacímu soudu. Tento soud původní rozhodnutí potvrdil. Pomocí dalšího opravného prostředku se kauza posunula před Sněmovnu lordů. Soudce Sněmovny Bridge uvedl ve svém odůvodnění rozhodnutí, že nižší instance nesprávně vyhodnotily důkazy, když rozhodly tak, že nedbalost žalované strany podstatně zvýšila riziko vzniku RLF. Naopak dle něj dokazování může vést pouze k závěru, že nesprávné podávání kyslíku pacientovi zapříčiněné nedbalostním opomenutím nalézt a napravit nesprávné umístění katetru bylo pouze jednou z více možných příčin vzniku RLF. Dále se soudce Bridge zabýval případem McGhee a kauzami, které byly užity v jeho odůvodnění. Rozebral odůvodnění soudce Wilberforce z kauzy McGhee a argumentoval, že jeho části, které říkají, že za okolností případu McGhee má být důkazní břemeno přesunuto na žalovanou stranu, mají být brány pouze jako minoritní stanovisko. Podotkl, že podklad pro přesunutí důkazního břemene nenašel v žádném jiném stanovisku z výše zmíněného případu. Následně Bridge uzavřel, že dle něj kauza McGhee nezakládá žádný nový právní princip. Pouze potvrzuje zásadu, že důkazní břímě leží buď na žalobci, či na žalovaném. Snaha nalézt v případě McGhee nový princip upravující důkazní břemeno ve vztahu k příčinné souvislosti je dle Bridge marná. Soudce také odkázal na minoritní rozhodnutí soudce Odvolacího soudu Browne-Wilkinsona. V tomto odůvodnění Browne-Wilkinson řekl, že aplikovat případ McGhee na rozhodnutí v kauze Wilsher by rozšířilo princip vytvořený starším případem. Případy se dle něj totiž liší. Zatímco v případě McGhee bylo nepochybné, že příčinou dermatitidy byl cihlový prach a bylo proto rozumným závěrem, při nepředložení jiných důkazů, že opomenutí učinit preventivní kroky vedlo ke vzniku onemocnění nebo k němu podstatně přispělo, tak v případě Wilsher nastala jiná situace. Zde totiž bylo pět dalších možných příčin RLF a nikdo nebyl schopen říct, jestli nadměrné podávání kyslíku v důsledku nedbalosti způsobilo RLF, či přispělo k jeho vzniku. Brown-Wilkinson uzavřel své odůvodnění tím, že vzhledem k této rozdílnosti nelze případ Wilsher pod případ McGhee podřadit. Dle něj není opomenutí podniknout preventivní kroky proti jedné z šesti možných příčin následku důkazem, která z možných příčin způsobila újmu. Na základě výše zmíněných závěrů soudce Bridge uvedl, že by odvolání žalované strany

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Nils Jansen, (1999) 'The Idea of a Lost Chance'. Oxford Journal of Legal Studies, Vol.19, 271-296.

mělo být přípustěno a že by se případ měl vrátit k nižším instancím, které by se měly zabývat otázkou, jestli nedbalost způsobila vznik újmy, či k němu přispěla. Za zmínku stojí, že se ve svém zdůvodnění Bridge také vyjádřil v tom smyslu, že faktem, který se nám může i nemusí líbit, je, že právo, které může měnit jen Parlament, vyžaduje pro založení odpovědnosti za tort prokázání příčinné souvislosti mezi protiprávním jednáním a újmou. Ostatní čtyři soudci se s názorem soudce Bridge ztotožnili a odvolání bylo proto přípustěno.⁸¹

Stapleton uvádí, že nová interpretace rozhodnutí ve věci McGhee, kterou provedl soudce Bridge v kauze Wilsher, odstranila problémy, které tento přístup přinesl pojetí kauzality. Nicméně podotýká, že nebyly odstraněny všechny problémy. Kupříkladu nebylo vysvětleno, proč v případě, kdy není jasná příčina nemoci, tak je více protěžována kumulativní kauzalita před alternativní. Wilsher také nebyl schopný vyřešit zásadní problém kauzy McGhee, a to, že žalobce, přestože prokáže jen kumulativní kauzalitu efektu protiprávního a efektu bez prvku protiprávnosti, tak dostane celkovou náhradu škody. Žalobce tak může být odškodněn i za část újmy, ke které neprokázal příčinou souvislost. Tento nedostatek soudce Bridge svým rozhodnutím nenapravit. Obecně autorka podotýká, že v případě kumulativní kauzality, přestože obecně lze prokázat příčinou souvislost, tak pokud existuje důkazní mezera, tak jako ve výše řešených případech, tak žalobce nemůže dle tradičního přístupu uspět. Pokud se soud z politických důvodů rozhodne přesto rozsoudit spor v jeho prospěch, tak se musí odchýlit od běžného pojetí kauzality. Rozdíly mezi případy Wilsher a Hotson vidí Stapleton stejně jako u případu McGhee. Společného mají to, že klasický přístup by vedl k zamítnutí žaloby. Rozdílnost od kauzy Hotson naopak spočívá v tom, že Wilsher stejně jako McGhee by dle teorie ztráty šance nemohl uspět.⁸²

V případě Wilsher došlo k reinterpetaci přístupu stanoveného v případě McGhee. Je zde patrná tendence soudu k méně radikálnímu přístupu ve prospěch žalobce. Výše zmíněný výrok z odůvodnění soudce Bridge, že jen Parlament může měnit právo, toho může být dokladem. Případ je dalším střípkem pro pochopení situace, ze které anglické soudy vycházely při určování vztahu k teorii ztráty šance v oblasti zdravotnického práva. Nicméně je tento případ zajímavý nejen pro to, co v něm bylo řečeno, ale také pro to, co v něm řečeno nebylo. Vezmeme-li v úvahu, že teorii ztráty šance byla anglickému právu vlastní už od případu Chaplin v Hicks, tak je možné spekulovat, proč žádnou ze stran ani soud nenapadlo o této teorii a jejím užití uvažovat. Pokud bychom ji aplikovali na případ Wilsher, tak žalobce selže, neb

⁸¹ Wilsher v Essex AHA [1987] UKHL 11.

⁸² Jane Stapleton, (1988) 'The Gist of Negligence, Part II: The Relationship Between 'Damage' and Causation'. The Law Quarterly Review, Vol. 104, 389-409.

není schopen prokázat existenci ztracené šance. Nicméně pokud bychom ale uvažovali o tom, že potřebné důkazy by k dispozici byly, tak by to pro něj bylo možným řešením svízelné důkazní situace. Pro žalovanou stranu by to také bylo daleko výhodnější, neb by odpovídala jen za to, co skutečně zapříčinila. Pacient totiž vinou lékaře ztratil šanci. Jak už bylo řečeno výše, šance spočívala v možnosti vyhnout se RLF způsobené nadměrným podáváním kyslíku. Soud by se tak zbavil povinnosti hodnotit možná přispění ostatních zdrojů. Odpadla by otázka kumulativní, či alternativní kauzality. Soud by řešil pouze vztah mezi podáváním kyslíku a vlivem tohoto pochybení na vznik RLF.

3.3 Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd.

Goold s Herringem uvádějí, že kauzalita v právu není vědou, ale politickou volbou. V případech, kde k tomu byly dostatečné důvody, soudy ukázaly, že jsou ochotné modifikovat otázku příčinné souvislosti, aby založily odpovědnost žalované strany. Jako příklad takové kauzy autoři uvádějí případ Fairchild⁸³.⁸⁴ Stejně tak Fordham udává případ Fairchild jako jeden z případů, kdy Sněmovna lordů ustoupila ze striktního pojetí kauzality. Udává, že soudci v tomto případě rozhodli, že za specifických a výjimečných okolností zahrnujících mnohost škůdců, může žaloba uspět i pokud nelze na základě standardu posouzení pravděpodobnosti prokázat, že některý ze škůdců svou nedbalostí skutečně způsobil újmu, či k ní přispěl.⁸⁵

Jak vyplývá z rozhodnutí Sněmovny lordů, žaloba paní Fairchild se po zamítnutí odvolání u Odvolacího soudu dostala před Sněmovnu lordů. Sněmovna odvolání vyhověla ve prospěch žalobkyně. Odůvodnění rozhodnutí pak bylo společné i pro další dva obdobné případy. Hlavní roli v tomto případě měl zesnulý pan Fairchild, který během své pracovní kariéry pracoval pro několik zaměstnavatelů, u kterých se při výkonu práce dostal do kontaktu s asbestem a asbestovými vlákny. U Fairchilda se vyvinul mezoteliom, což je forma nádoru, na který následně ve věku šedesáti let zemřel. Toto onemocnění je poměrně raritní u běžné populace (četnost přibližně jeden výskyt na milion osob za rok), nicméně pravděpodobnost jeho výskytu se rapidně zvyšuje (zhruba tisíckrát vyšší pravděpodobnost) u osob vystavených asbestovému prachu.

Problém případu spočíval v tom, že současný stav lékařského poznání mezoteliomu neumožňoval určit, u kterého zaměstnavatele došlo ke vzniku nemoci, a zdali kumulativní vystavení azbestu mělo na nemoc vliv, či nikoli. Soudce Bingham shrnul podstatu případu

⁸³ Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd. [2002] UKHL 22.

⁸⁴ Imogen Goold, Jonathan Herring, *Great Debates in Medical Law and Ethic* (2. vydání) (2018, Macmillan Education UK, ISBN: 9781352002287), str. 99-100.

⁸⁵ Margaret Fordham, (2005) 'Loss of Chance – a lost opportunity? *Gregg v. Scott*'. *Singapore Journal of Legal Studies*, 204-217.

v následující otázce. Jestliže C byl zaměstnán u A a B, oba, A i B, porušili vůči C svou povinnost učinit kroky k jeho ochraně proti azbestu, který může způsobit mezoteliom, u C se vyvinul mezoteliom, jakákoli jiná příčina mezoteliomu může být pominuta a C nemůže vzhledem ke stavu poznání na základě standardu posouzení pravděpodobností prokázat, že mezoteliom byl způsobem během působení u A, nebo B, nebo u obou, může C získat odškodnění od A, B, či obou? Jak Bingham dále podotkl, v případě, že se užije klasický but for test, tak žalobce uspět nemůže a klíčová otázka proto je, jestli je v daném případě možné přistup ke kauzalitě modifikovat.

Soudci Sněmovny lordů v rozsáhlém odůvodnění svého rozhodnutí rozhodli ve prospěch žalobkyně. Zaobírali se rozbořem domácího i zahraničního práva a zmíněn byl i úryvek z Digest. Mezi citovanými případy byly mimo jiné i výše zmiňované kauzy Wardlaw, Wilsher a McGhee. Soudci zdůvodnili rozhodnutí tím, že je adekvátní podřadit případ Fairchild pod případ McGhee. Například soudce Hutton se vyjádřil tak, že v případě, kde je jedna kauzální příčina následku (právě v tomto bodě se případ Fairchild liší od případu Wilsher, kde bylo pět možných příčin následku), tak může být princip založený případem McGhee aplikován bez ohledu na existenci více škůdců. Podkladem pro rozhodnutí byla i potřeba dosažení spravedlnosti v daném případě. Soudce Nicholls kupříkladu uvedl, že souhlasí s připuštěním odvolání a že opačné rozhodnutí by bylo v rozporu s požadavky spravedlnosti a férovosti.⁸⁶

Případ Fairchild ve svém článku rozebírá i Morgan. Chválí Sněmovnu lordů za odhodlání čelit normativní otázce založené důkazními obtížemi případu a podotýká, že Sněmovna nechtěla odmítnout but for test, jen přistoupila k jeho modifikaci ve výjimečných případech, jako je McGhee, nebo právě Fairchild. Autor také podotýká, že soud odlišil případy Wilsher a Fairchild, kdy v prvním bylo přítomno více možných příčin, zatímco v druhém více možných škůdců. Na druhou stranu článek obsahuje kritiku toho, že rozhodnutí soudu nedalo jasnou specifikaci toho, ve kterých případech se má modifikace kauzality použít.⁸⁷

Případ Fairchild je rovněž propojen s případem Gregg. Je několikrát uveden v odůvodnění tohoto případu.⁸⁸ Do souvislosti s případy zásadními pro teorii ztráty šance (Hotson a Gregg) zasazuje kauzu Fairchild i Stapleton, když podotýká, že v Hotsonovi, stejně jako v případech McGhee a Fairchild, čelil žalobce nepřekonatelné obtíži při dokazování klasického pojetí kauzality mezi protiprávní jednáním a fyzickou újmou. Zdůrazňuje dále, že

⁸⁶ Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd. [2002] UKHL 22.

⁸⁷ Jonathan Morgan, (2003) 'Lost Causes in the House of Lords: Fairchild v Glenhaven Funeral Services'. The Modern Law Review, Vol.66(2), 277-284.

⁸⁸ Gregg v Scott [2005] UKHL 2.

zatímco v kauze Hotson, kde měl k dispozici statistiku, se soud odmítl od běžného pojetí kauzality odchýlit, tak v případech McGhee a Fairchild, kde statistiky nebyly, byl ochotný rozhodnout ve prospěch žalobce a poskytnout, jak autorka uvádí, radikální doktrinální asistenci. Soud tedy pomohl překonat nekvantifikovatelnou důkazní mezeru, ale odmítl překonat méně extrémní kvantifikovatelnou mezeru.⁸⁹ Fordham dále argumentuje, že případ Gregg byl založen na tom, že principy založené kauzou Fairchild by se měly aplikovat na všechny případy, ve kterých žalovaný způsobil újmu, či zvýšil její riziko. Mělo tak dojít k odstranění rozlišení mezi případy, kdy činný byl žalobce, kde se uplatnila standardní pravidla, a případy, ve kterých existovala závislost na jednání třetí nezávislé strany, kde byla teorie ztráty šance aplikovatelná (jako příklad bych zde uvedl kauzu Chaplin v Hicks, kde slečna Chaplin mohla být vybrána porotou nebýt protiprávního jednání). Dále Fordham podotýká, že případ Fairchild byl dalším uvolněním stávajících pravidel kauzality a stal se součástí zdánlivě nezastavitelného trendu modifikování kauzality. Tento trend byl zastaven až případem Gregg. Dokonce argumentuje, že vzhledem k případům Fairchild a Chester, kterýžto případ je rozebrán níže, se rozhodnutí ve věci Gregg jeví jako abnormální.⁹⁰

Případ Fairchild v sobě zahrnoval situaci, která volala po spravedlivém odškodnění. Málokdo by necítil sympatii k vdově po pracovníkovi, který zemřel v důsledku vystavení jedovaté látce na svém pracovišti. Je proto pochopitelné, že soudci Sněmovny lordů byli ochotní přijmou za své řešení, které zvolili. Nicméně museli modifikovat z politických důvodů, tedy ze snahy vyhovět žalující straně, když to považovali za spravedlivé řešení, přístup ke kauzalitě. Rozhodnutí pak do jisté míry tomuto odpovídá. Rozhoduje ve prospěch žalobců, ale nevěnuje se důsledně všem aspektům problému. Jurisprudence tento fakt kritizuje, jak je uvedeno výše, a kritizuje ho oprávněně. Je faktem, že případ jasně nespécifikoval, kdy může dojít k modifikaci kauzality, což se následně projevilo i při uvažování o užití teorie ztráty šance v případě Gregg. Zde pak Sněmovna lordů odmítla poskytnout menší modifikaci, než jakou poskytla v případě Fairchild a dalších, a to navzdory tomu, že i v případě Gregg lze důvodně podotknout, že spravedlnost, ve smyslu vyšší hodnoty práva, vyžadovala jiné řešení než to zvolené soudci, a to už jen proto, že lékař Scott se vůči svému pacientovi dopustil zásadního pochybení, které by s trochou nadsázky šlo označit za životně důležité. V zásadě lze tedy případ shrnout tak, že jako další zde zmíněné případy znamenal potvrzení možnosti modifikovat kauzalitu, ale nepřinesl

⁸⁹ Jane Stapleton, (2005) 'Loss of the Chance of Cure from Cancer'. *The Modern Law Review*, Vol.68(6), 996-1015.

⁹⁰ Margaret Fordham, (2005) 'Loss of Chance – a lost opportunity? *Gregg v. Scott*'. *Singapore Journal of Legal Studies*, 204-217.

jasné hranice této možnosti. Pochopitelně se od případu Gregg značně liší, nicméně potřeba nového pojetí v rámci příčinné souvislosti je stejná a případ tak dotváří pozadí situace, v níž Sněmovna lordů rozhodovala, což je mimo jiné patrné i ze skutečnosti, že soudci případ Fairchild ve svém zdůvodnění kauzy Gregg rozebírali, jak bude podrobněji uvedeno níže.

3.4 Bailey v Ministry of Defence

Použití přístupu založeného případem McGhee bylo řešeno ještě v dalším významnějším případě, tentokrát z oblasti zdravotnického práva. Todd podotýká, že soudy byly neochotné aplikovat princip materiálního přispění v oblasti zdravotnického práva. Zmiňuje v této věci případ Wilsher, kde dle něj nadmíra kyslíku mohla být faktorem, který přispěl k výsledné slepotě. Naopak jako případ, kdy se princip užil, zmiňuje kauzu Bailey v Ministry of Defence⁹¹.⁹² Pro úplnost považuji za vhodné krátce shrnout i tento případ, byť se přímo teorie ztráty šance nedotýká. Nicméně v odůvodnění jeho rozsudku bylo odkázáno i na případy Hotson a Gregg⁹³ a mimo jiné umožňuje stanovit hranice případů s možným použitím teorie ztráty šance a případů kumulativní kauzality.

Pacientka Bailey podstoupila zákrok určený ke zjištění a případnému odstranění možného žlučového kamene ve žlučovodu. Následně se u ní vyvinula post-ERCP pankreatitida. Během následujícího léčení došlo vůči pacientce k nedbalosti při poskytování péče ze strany poskytovatele služeb. Vlivem pooperačního stavu, který byl nadto zhoršen nedbalostí při poskytování péče, byla pacientka zesláblá natolik, že když po více než čtrnáctidenní hospitalizaci, během které byla dokonce i v ohrožení života, začala zvracet, tak nebyla schopná normální reakce. Vlivem toho u ní došlo k vdechnutí zvratků, což zapříčinilo zástavu srdce, které vedla k hypoxii a k poškození mozku.

Za pacientku byla následně na příslušný orgán podána žaloba. Soudce první instance rozhodl ve prospěch žalobkyně na základě toho, že nedbalost poskytovatele přispěla ke slabosti pacientky, že vdechnutí zvratků, které způsobilo následnou újmu, bylo kumulativně způsobeno slabostí ze stavu pacientky a slabostí v důsledku nedbalosti lékaře, a že pokud slabost daná nedbalostí podstatně přispěla ke vzniku újmy, což v daném případě nastalo, tak to založilo příčinnou souvislost. Soud vycházel z precedentu McGhee. Případ se následně dostal před Odvolací soud. Soudce Waller ve svém odůvodnění, se kterým vyjádřili souhlas i ostatní soudci, mimo jiné rozebral případy Wardlaw, Wilsher, McGhee, Hotson a Gregg. Uzavřel pak, že dle

⁹¹ Bailey v Ministry of Defence [2008] EWCA Civ 883.

⁹² Nicholas V Todd, (2011) 'Medical negligence: legal theory and surgical practice'. Orthopaedics and Trauma, Vol.25(1), 64-74

⁹³ Bailey v Ministry of Defence [2008] EWCA Civ 883.

něj není možné dělat rozdíly mezi případy medicínské nedbalosti a těmi ostatními. Shrnul, že v případech kumulativní kauzality, kdy lékařská věda není schopná určit, že nebýt nedbalosti k újmě by nedošlo, tak stačí, když se prokáže, že přispění nedbalosti bylo nezanedbatelné. Klasický but for test je tak modifikován a může být rozhodnuto ve prospěch žalující strany. V případě Bailey pak dle soudce takováto přispívající kumulativní kauza byla, a soud nižší instance proto rozhodl správně. Odvolání žalovaného orgánu bylo proto zamítnuto.⁹⁴

Pro teorii ztráty šance je v tomto případě důležité odlišení, které soudce Waller načrtl mezi případy kumulativní kauzality a případy Hotson a Gregg. Rozdíl viděl v tom, že v kauze Hotson újma byla způsobena pádem, který neměl podstatu v nedbalosti. Újma by na základě standardu posouzení pravděpodobností vznikla i nebýt nedbalosti, a tak nedbalostní jednání nepřispělo k újmě.⁹⁵ Na tomto závěru samozřejmě není nic převratného. Nicméně jak řekl soudce Waller a jak je zmíněné výše, při prokázání kumulativní kauzy dochází k modifikaci but for testu. To značí, že anglické právo přistupuje k modifikaci kauzality, ale není ochotno připustit nové pojetí újmy, které by se ovšem chápání kauzality ve smyslu samotného prokazování příčinné souvislosti nedotklo, jen by se starým způsobem spojovala příčina s nově určeným následkem. V tomto aspektu je patrná neuváženost anglického přístupu, který větší změny připouští a menším se brání. Rovněž stojí za povšimnutí, že skupiny případů jsou sice odděleny, ale mají i řadu průniků. Hlavně nutnost odklonu od klasického pojetí kauzality a újmy pro úspěch žalující strany. Za zdůraznění stojí i výrok soudce Wallera, že mezi medicínskými případy a těmi ostatními není důvodné dělat rozdíly. Jak však bude patrné z dalších rozebraných případů, anglické právo je schopno tuto hranici vztyčovat.

3.5 Chester v Afshar

Fordham rozebírá pojetí kauzality a obsáhle se věnuje kauze Gregg. Udává, že Sněmovna lordů v několika zásadních případech opustila striktní pojetí kauzality. Jako tyto případy zmiňuje výše rozebraný případ Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd. a kauzu Chester v Afshar^{96, 97} V podobném kontextu uvádí případ Chester i Goold a Herring.⁹⁸ Řečený případ je stejně jako kauza Fairchild rovněž citován v rozsudku případu Gregg.⁹⁹

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ Chester v Afshar [2004] UKHL 41.

⁹⁷ Margaret Fordham, (2005) 'Loss of Chance – a lost opportunity? Gregg v. Scott'. Singapore Journal of Legal Studies, 204-217.

⁹⁸ Imogen Goold, Jonathan Herring, Great Debates in Medical Law and Ethic (2. vydání) (2018, Macmillan Education UK, ISBN: 9781352002287), str. 99-100.

⁹⁹ Gregg v Scott [2005] UKHL 2.

Chester v Afshar byl rozhodnut jen několik měsíců před kauzou Gregg.¹⁰⁰ Naopak následoval nedlouho po rozhodnutí ve věci Fairchild. Odvolací soud ve věci Chester rozhodl jen dva měsíce po věci Fairchild.¹⁰¹

Todd tento případ modifikované kauzality okomentoval tak, že pacient dle něj může demonstrovat příčinnou souvislost na základě politických postojů veřejnosti a své autonomie.¹⁰² Amirthalingam případ shrnuje tak, že bylo na základě politických důvodů rozhodnuto, že by neměl být tradiční přístup ke kauzalitě použit k tomu, aby došlo k odnětí smyslu řešeného práva pacienta a že v případě byla založena kauzalita.¹⁰³ V této kauze tedy došlo k ohnutí pravidel příčinné souvislosti, aby mohlo být rozhodnuto ve prospěch žalobce. Jak přesně a proč je patrné z rozsudku Sněmovny lordů v této věci.

Soudce Bingham velmi přesně shrnuje podstatu případu, který se dostal v průběhu řízení až před Sněmovnu lordů, hned v úvodu svého zdůvodnění. Uvádí, že otázkou řešeného odvolání je, jestli by se měl klasický přístup ke kauzalitě užívaný v případech žalob na nedbalost změnit, pokud je žaloba založená na nedbalém opomenutí lékaře varovat pacienta před rizikem zákroku, kteréžto riziko se pak zhmotní, přestože je zákrok vykonán řádně. A to současně za předpokladu, že není prokázáno, že by pacient při řádném varování dotčený zákrok spojený s naplněným rizikem nepodstoupil.¹⁰⁴

Paní Chester dlouhodobě trpěla epizodami bolestí zad. Podstupovala konzervativní léčbu, která se nicméně ukázala být neúčinnou. Byla proto poslána k odborníkovi, panu Afsharovi, který s ní problém zkonzultoval, doporučil podstoupit operaci a operaci sám provedl. V důsledku provedení operace, které samo o sobě bylo v rámci lege artis, se u pacientky realizoval jeden z možných vedlejších efektů, a to syndrom cauda equinae. Pacientka díky tomu zůstala dlouhodobě parciálně paralyzovaná. Toto riziko mělo pravděpodobnost zhmotnění jedno až dvě procenta (Todd bez udání zdroje uvádí, že toto riziko ve skutečnosti bylo nižší, a to mezi nula celá jedna a nula celá pět procenty¹⁰⁵). Lékař Afshar

¹⁰⁰ Margaret Fordham, (2005) 'Loss of Chance – a lost opportunity? Gregg v. Scott'. Singapore Journal of Legal Studies, 204-217.

¹⁰¹ Kumaralingam Amirthalingam, (2003) 'Loss of Chance: Lost cause or remote possibility?' The Cambridge Law Journal, Vol.62(2), 253-255.

¹⁰² Nicholas V Todd, (2011) 'Medical negligence: legal theory and surgical practice'. Orthopaedics and Trauma, Vol.25(1), 64-74

¹⁰³ Kumaralingam Amirthalingam, (2003) 'Loss of Chance: Lost cause or remote possibility?' The Cambridge Law Journal, Vol.62(2), 253-255.

¹⁰⁴ Chester v Afshar [2004] UKHL 41.

¹⁰⁵ Nicholas V Todd, (2011) 'Medical negligence: legal theory and surgical practice'. Orthopaedics and Trauma, Vol.25(1), 64-74

při operaci postupoval řádně, nicméně se dopustil při poskytování péče nedbalosti tím, že pacientku neinformoval o možném riziku vzniku syndromu caudae equinae.¹⁰⁶

Soudci Sněmovny lordů rozhodli v poměru tři ku dvěma ve prospěch žalující strany, tedy pacientky. Odůvodnění disentujících soudců spočívalo na tom, že paní Chester nebyla schopná prokázat příčinnou souvislost. Jak podotkl disentující soudce Bingham, tak pokud by pacientka prokázala, že být řádně informována, operaci by nepodstoupila, či by předtím učinila kroky ke snížení rizika jako například redukce tělesné váhy, či konec kouření, tak by prokázala příčinnou souvislost mezi nedbalostí lékaře a újmou dle běžného přístupu za použití but for testu. Paní Chester tohoto však schopná nebyla. I pokud by byla řádně informována, tak by operaci podstoupila u stejného operátéra, jen v pozdějším termínu. Soudce Bingham také uvedl, že rozhodnout opačně by znamenalo podstatné a neodůvodněné odchýlení se od zavedeného principu.

Většina soudců však rozhodla ve prospěch žalobkyně. Jejich odůvodnění bylo založeno na tom, že sice v případě nebyla naplněna kauzalita ve standardním pojetí, nicméně, že je potřeba chápat otázku kauzality v širších souvislostech. Širší souvislostí v tomto případě bylo právo na rozhodování pacienta, které je chráněno a naplňováno i informační povinností lékaře. Soudce Hope v odstavci osmdesát pět rozsudku přímo řekl, že otázka kauzality nemůže být oddělena od otázky politiky. Soudci se rovněž široce zabývali právě otázkou práva pacienta na informace. Dospěli pak k závěru, že v daném případě je z důvodu ochrany práva na rozhodnutí pacienta třeba modifikovat standardní pojetí kauzality a přiznat pacientce náhradu. Soudce Hope to vyjádřil tak, že v daném případě spravedlnost vyžaduje přiznání náhrady, vzhledem k tomu, že pacientka utrpěla právě tu újmu, o které měla být informována v rámci získávání informovaného souhlasu.¹⁰⁷

Fordham ve svém článku zařazuje kauzu Chester do kontextu ke kauze Gregg. Rozhodnutí ve věci Chester dle autorky bylo založeno na ztraceném právu pacienta učinit informované rozhodnutí. Dodává, že šlo o rozhodnutí týkající se spíše informovaného souhlasu než nedbalosti při poskytování léčby, které však pozměnilo vnímání toho, co se považuje za nahraditelnou újmu, do té míry, že alespoň v oblasti medicínské nedbalosti by bylo na místě přehodnotit přístup k nahrazování újmy. Šlo sice o další případ, kdy došlo k modifikaci přístupu ke kauzalitě, avšak soudci Sněmovny lordů při řešení kauzy Gregg mezi případy spojitost nenašli. Většina soudců založila své rozhodnutí případu Gregg na uložení většího důrazu na distributivní spravedlnost spíše než na přístupu ochrany práva, který byl užit v kauze Chester,

¹⁰⁶ Chester v Afshar [2004] UKHL 41.

¹⁰⁷ Ibid.

a který je spojen s přístupem korektivní spravedlnosti. Jediná soudkyně Hale případ Chester citovala a zabývala se přístupem založeným na podstatě ochrany práva (Fordham to přímo nazývá *right-based analysis*) a vyjádřila souhlas s tím, že účelem práva je zajistit ochranu práv a náhradu při porušení povinnosti, jak bylo vyjádřeno v rozsudku ve věci Chester. Nicméně bez hlubšího rozebrání podotkla, že podstatou žaloby na nedbalost je újma, nikoli šance, kterou by tak nebylo správné připustit. Rovněž soudkyně odlišila případy Chester a Gregg v tom směru, že Chester utrpěla skutečnou újmu, zatímco Gregg nikoli. Fordham tomuto oponuje s tím, že podstatou nároku paní Chester ve skutečnosti nebyla újma, ale její právo na informace o rizikovitosti léčby. A dodává, že pokud základem pro náhradu přiznanou paní Chester mohlo být právo na informace, tak proč by základem odpovědnosti nemohla být ztracená šance na příznivější zdravotní stav. Zpochybňuje legitimitu rozlišení ztráty práva na informace a ztráty šance. Podotýká, že nadto ještě v případě Gregg nedbalost lékaře Scotta zvýšila riziko, kdežto u paní Chester nedbalost lékaře riziko nijak neovlivnila. Uzavírá, že soudkyně Hale tyto otázky nezodpověděla a že dokud otázka proč není přípustné nahrazování ztráty šance na příznivější zdravotní stav nebude řádně zodpovězena, tak právo zůstane nejednotné a nedostatečné.¹⁰⁸

Fordham správně podotýká, že pokud soud připustil náhradu v případě Chester, tak je otázkou, proč se tomu v případě Gregg bránil. Paní Chester ve své podstatě ztratila šanci, a to šanci učinit svobodné a informované rozhodnutí. Soud rozhodl, že tato šance, která je materializací práva na informace je hodna ochrany a náhrady, kdežto šance na příznivější zdravotní stav není. Proč tomu tak je? Je to ospravedlnitelné rozlišení? Domnívám se, že nikoli. Chester je jen další z příkladů toho, že anglické soudy, pokud chtějí, tak dokáží flexibilně přistupovat k otázce kauzality, dokonce daleko flexibilněji, než jak vyžaduje teorie ztráty šance.

Případ Chester ale vzbuzuje daleko více pochybností, zvláště pro právníka kontinentální právní kultury. Ve své podstatě nedbalost vůči paní Chester narušila její osobnostní právo. Právo na tělesnou integritu a svobodu rozhodovat o své léčbě. Toto narušení tvoří nemajetkovou újmu, ve vztahu, ke které bylo prokázáno protiprávní jednání tvořené porušením informační povinnosti a příčinná souvislost. Anglické soudy toto nedokázaly identifikovat a uhradit, místo toho překotně modifikovaly přístup ke kauzalitě, aby paní Chester přiřkly náhradu za újmu na zdraví, která vznikla v důsledku realizace rizika řádně provedené operace, a kterou lékař Afshar nemohl nijak ovlivnit. Protože nedodržel informační povinnost, tak hradil újmu, kterou nezpůsobil. Jde, věřím, o zvláštní pojetí spravedlnosti. Je pravdou, že toto nijak nesouvisí se ztrátou šance, nicméně to ukazuje mezery v anglickém právu, které soudy musí řešit nepřiliš

¹⁰⁸ Margaret Fordham, (2005) 'Loss of Chance – a lost opportunity? Gregg v. Scott'. *Singapore Journal of Legal Studies*, 204-217.

elegantně. Vedeny potřebou naplňování spravedlnosti tak přináší do práva více nekonzistentnosti, která už teorii ztráty šance ovlivňuje. Soudce Hope v rozsudku uvedl, že účelem práva je, aby práva mohla být vymáhána, a aby mohla být při porušení povinnosti přiznána náhrada.¹⁰⁹ Tato úvaha je bezpochyby správná, nicméně v kontextu anglického práva vzbuzuje otázku, která práva právo chrání. Právo na to dostat od lékaře řádnou péči i v situaci, kdy je pravděpodobnost nepříznivého následku vyšší než padesát procent to dle případů Hotson a Gregg, jak bude rozvedeno níže, zjevně není. Právo na informace je jistě ve vztahu mezi pacientem a lékařem zásadní, nicméně bez dalších práv je prázdné. Je nepodstatné mít právo rozhodnout se pro určitý druh léčby, když pacient nemá vymahatelné právo, aby mu byla poskytnuta řádná péče, pokud má šanci na uzdravení nižší než padesát procent. Výsledkem tedy je, že anglické soudy hájí práva pacientů, ovšem v situacích, kdy nedbalost lékaře může být rozdílem mezi životem a smrtí trvají na přístupu ke kauzalitě, který v řadě jiných případů zvládly modifikovat. Případ Chester má řadu spojitostí s případy určujícími osud teorie ztráty šance v oblasti medicínské nedbalosti, ale rozhodně nevnáší do problému jasno a konzistentní přístup.

3.6 Medicínské případy teorie ztráty šance

Medicínské případy teorie ztráty šance, tedy kauzy Hotson¹¹⁰ a Gregg¹¹¹, budou podrobně rozebírány v následující části práce, proto zde jen uvádím stručné shrnutí a objasnění toho, jak dotváří vztah anglického práva k teorii ztráty šance.

Stapleton uvádí, že ve snaze o překonání nespravedlnosti spojené s klasickým přístupem ke kauzalitě, kdy žalobce nemůže dosáhnout na odškodnění, pokud riziko újmy vnitřně přítomné v situaci (například existující nemoc) je větší než riziko způsobené nedbalostí škůdce, byl v případě Hotson vznesen radikální argument. Tento argument, autorkou nazývaný Hotsonův, je, jak už bylo řečeno výše, vyjádřením teorie ztráty šance. Žalobce v tomto případě spadl ze stromu. Následkem pádu, jak uvádí autorka, vzniklo riziko výskytu avaskulární nekrózy ve výši sedmdesáti pěti procent. Následnou nedbalostí při poskytování péče byl pacient zbaven zbývající šance dvaceti pěti procent na vyhnutí se tomuto následku. Následek se pochopitelně dostavil. Žalobce nebyl schopen na základě standardu posouzení pravděpodobností prokázat příčinnou souvislost mezi nedbalostí a újmou na zdraví. Pokusil se tento problém obejít tím, že podstatu žaloby nedefinoval jako výslednou újmu, ale jako ztrátu

¹⁰⁹ Chester v Afshar [2004] UKHL 41.

¹¹⁰ Hotson v East Berkshire AHA [1988] UKHL 1.

¹¹¹ Gregg v Scott [2005] UKHL 2.

šance na vyhnutí se této újmě. Zachoval však tradiční formu *but for* testu mezi nedbalostí a ztracenou šancí.

Odvolací soud akceptoval, jak uvádí autorka, argumentaci žaloby a připustil, že ztráta šance je žalovatelnou újmou. Pakliže žalobce prokázal příčinnou souvislost mezi nedbalostí a ztracenou šancí, tak byl oprávněn k náhradě. Sněmovna lordů, ke které následně případ dospěl, se však otázkou vznesenou žalobcem, tedy, jestli ztráta šance může být podstatou žaloby a žalovatelnou újmou, nezabývala. Aplikovala klasický přístup ke kauzalitě a vyhověla odvolání žalované strany, neboť žalobce nebyl schopen prokázat příčinnou souvislost mezi nedbalostí a újmou na zdraví. Otázku ztracené šance soud pojal jako otázku kvantifikační a vzhledem k neprokázané kauzalitě se jí nezabýval.

Soudci se, podle Stapleton, ve svých zdůvodněních ztracenou šancí zabývali, nicméně ji odmítli. Mimo jiné argumentovali tím, že vzhledem k pravděpodobnosti vzniku nekrózy, žalobce z pohledu práva neměl žádnou šanci na vyhnutí se následku, byl k němu předurčen. Stapleton tento argument kritizuje s tím, že popírá relevanci znaleckých důkazů. Dvacet pět ze sta pacientů ve stejné situaci by se nebyť nedbalosti lékaře avaskulární nekróze vyhnulo a nelze nijak určit, jestli by mezi nimi žalobce byl, či nebyl a nelze tak říct, že byl předurčen k újmě.¹¹²

Obdobný rozbor rozhodnutí v případě Hotson podává i Peel, když shrnuje, že Sněmovna lordů rozhodla na základě toho, že dle standardu posouzení pravděpodobností zranění žalobce bylo způsobeno pádem, že ztracená šance je relevantní pouze pro kvantifikaci (újmy) a že když v případě nebyl prokázán příčinný řetězec, tak ani nelze k fázi kvantifikace přistoupit. Rovněž podotýká, že Sněmovna lordů se soustředila při rozhodování na otázku, jestli újma na zdraví (zranění) byla žalobci způsobena nedbalostí lékaře a pominula, že jí byla položena otázka, jestli podstatu žaloby může tvořit ztracená šance místo samotné újmy na zdraví.¹¹³

Peel rovněž uvádí, že se Odvolací soud musel případem Hotson znovu zabývat v případě Gregg. V této kauze byla znovu vznesena otázka, jestli je možné přiznat náhradu škody za ztracenou šanci na příznivější zdravotní stav v případech medicínské nedbalosti.¹¹⁴ Spojitost mezi případy Hotson a Gregg komentuje i Miller, když uvádí, že Gregg byl hodnocen jako případ obdobný kauze Hotson, jen s tím, že v něm byla přítomna další nejistota, a to ohledně budoucí újmy.¹¹⁵ Nejistota ohledně budoucí újmy byla v případě dána vzhledem

¹¹² Jane Stapleton, (1988) 'The Gist of Negligence, Part II: The Relationship Between 'Damage' and Causation'. *The Law Quarterly Review*, Vol. 104, 389-409.

¹¹³ Edwin Peel, (2003) 'Loss of a Chance Revisited: *Gregg v Scott*'. *The Modern Law Review*, Vol.66(4), 623-629.

¹¹⁴ Ibid.

¹¹⁵ Chris Miller, (2005) '*Gregg v. Scott: loss of chance revisited*'. *Law, Probability and Risk*, Vol.4(4), 227-235.

k tomu, že pacient Gregg v době řízení stále žil a nebylo tak jasné, jestli na rakovinu zemře, či nikoli¹¹⁶, právě smrt by pak byla možnou výslednou újmou.

Beever se k případu Gregg vyjadřuje tak, že šlo o kauzu, kde se Sněmovna lordů zabývala otázkou náhrady ztracené šance v případech medicínské nedbalosti a většinou hlasů odmítla připustit náhradu ztracené šance.¹¹⁷ Stapleton kauzu Gregg podrobně rozebírá. Uvádí, že Gregg navštívil svého lékaře Scotta s tím, že má pod levou paží bulku. Scott následně porušil svou povinnost, když neodeslal svého pacienta na biopsii ani neučinil kroky k jeho včasnému sledování. Toto pochybení vedlo k devítiměsíčnímu zpoždění v léčbě rakoviny, kterou byla bulka pana Gregga. Během těchto devíti měsíců se rakovina rozšířila do levé hrudní oblasti. Gregg podstoupil léčebný proces, během kterého mu nakonec byla poskytována paliativní péče, neboť medicínský závěr zněl, že nemůže být vyléčen, což v jeho případě znamenalo dožít se deseti let bez známek nemoci. Nicméně v době rozhodování soudů (Sněmovna lordů rozhodla necelých jedenáct let od chvíle, kdy Gregg navštívil Scotta) byl Gregg v remisi.

Žaloba pana Gregga byla postavena na skutečnosti, že mu byla pochybením lékaře Scotta snížena šance na vyléčení, tedy na dožití se deseti let bez známek nemoci. Na základě statistiky byla žalovaná ztracená šance sedmnácti procent, tedy rozdíl mezi šancí na přežití čtyřiceti dvou procent, kterou měl Gregg v době, kdy navštívil svého lékaře a dvaceti pěti procentní šancí, kterou měl v době konání soudu. Gregg neodůvodnil svůj nárok tím, že by mu nedbalost zabránila ve vyléčení, ale snažil se docílit náhrady za zbavení šance na vyléčení. Použil dva alternativní základy nároku. Klasický nárok z následku fyzické újmy a radikální nárok ze ztracené šance. První argument žalobce spočíval v tom, že zpoždění v léčbě, kterou způsobila nedbalost lékaře Scotta, vedlo k rozšíření nádoru. Rozšíření pak bylo fyzickou újmou, jejímž následkem mohla být bolest a nutnost podstoupení náročnější, a tedy více zatěžující léčby. Stapleton podotýká, že k evidentní lítosti soudců Sněmovny lordů žalobce nežádal náhradu za takovouto újmu, ale soustředil se na újmu v podobě vyléčení, tedy že následkem fyzické újmy bylo narušení vyhlídek na vyléčení. Většina soudců tento základ žaloby odmítla. Zdůvodnění spočívalo v tom, že nebyla nalezena spojitost mezi rozšířením tumoru a snížením vyhlídek na uzdravení. I pokud by Gregg zemřel, tak by nebylo jasné, jestli je to v souvislosti s pochybením lékaře, či jen kvůli predispozicím pana Gregga, nebo faktorům, které se pojí s rakovinou a působily by bez ohledu na nedbalost. Stapleton rovněž poukazuje na skutečnost, že se soudci Sněmovny lordů při rozhodování o tomto aspektu žaloby nepřiklonili k použití

¹¹⁶ Gregg v Scott [2005] UKHL 2.

¹¹⁷ Allan Beaver, (2005) 'Gregg v Scott and Loss of a Chance'. The University of Queensland Law Journal, Vol.24(1), 201-212.

precedentu založeného kauzou Hotson, tak jako soudci Odvolacího soudu.¹¹⁸ V případě Hotson totiž žalobce získal náhradu škody za újmu, která byla následkem nedbalostně opožděného poskytnutí péče (získal náhradu za vytrpěnou bolest), přestože nárok plynoucí ze ztracené šance na příznivější zdravotní stav byl zamítnut.¹¹⁹

Druhý argument žalobce založený na teorii ztráty šance také nenašel u většiny soudců zastání. Důvody pro tento jejich závěr se lišily. Stapleton mezi důvody uvádí, že situace Gregga a jeho šance na přežití se značně proměňovaly s plynutím času. V době konání soudu pak byl soudce Phillips ochotný uzavřít, že na základě standardu posouzení pravděpodobností zpoždění v léčbě nemělo žádný vliv na vyhlídky Gregga na přežití. Tedy i pokud by Gregg dokázal najít příčinnou souvislost mezi nedbalostí a ztracenou šancí, tak nárok a jeho hodnota by se odvíjely od konkrétního časového okamžiku, což, jak autorka podotkla, je neuspokojivý stav. Další argument proti uplatnění teorie ztráty šance byl založen na deterministickém pojetí světa. Soudce Hoffmann vycházel z toho, že následky tortu (tedy jestli nedbalost vedla ke smrti pacienta, či nikoli) jsou determinované už před řízením, ale neznámé. Klasický přístup k řešení neznalosti minulých skutečností je uložení důkazního břemene. Žaloba proto nemohla uspět vzhledem k tomu, že žalobce na základě standardu posouzení pravděpodobností neprokázal, že nebyl nedbalostí, tak by přežil, zatímco díky nedbalosti bylo jeho vyléčení vyloučeno. Soudce Hoffmann připustil existenci výjimky z tohoto přístupu založené případem Fairchild, nicméně vyloučil její aplikaci na případ Gregg vzhledem k omezením, které na tuto výjimku v kauze Fairchild stanovila Sněmovna lordů. Neurčil však konkrétní omezení, která to vylučují. Důvodem pro rozhodnutí dle autorky byl také politický postoj soudu, kdy byla vznesena obava, že podpoření nároku Gregga by vedlo k založení odpovědnosti v téměř každém případě a soudní řízení by se tak stalo složitějším a možné výsledky jednání o narovnání méně předvídatelnými.¹²⁰

Kolektiv autorů rozhodnutí komentuje tak, že většina soudců zamítla odvolání žalobce na základě toho, že teorie ztráty šance je nespravedlivá a neprincipiální. Dále, že by její aplikace měla zásadní vliv, neboť by dle ní téměř každý nárok ze ztráty výsledku mohl být přeformulován jako nárok ze ztráty šance na tento výsledek. Žalobce by byl postaven do pozice, že by vždy alespoň něco získal. Nadto by při připuštění této teorii žalobce v situaci, kdy by byl dle stávajícího přístupu oprávněn k plné náhradě škody, získal pouze částečnou náhradu.

¹¹⁸ Jane Stapleton, (2005) 'Loss of the Chance of Cure from Cancer'. The Modern Law Review, Vol.68(6), 996-1015.

¹¹⁹ Hotson v East Berkshire AHA [1988] UKHL 1.

¹²⁰ Jane Stapleton, (2005) 'Loss of the Chance of Cure from Cancer'. The Modern Law Review, Vol.68(6), 996-1015.

Soudci Sněmovny také dle autorů poznamenali, že i pokud by připuštění teorie ztráty šance bylo na místě, tak by to bylo otázkou legislativní, kterou by měl rozhodnout parlament, nikoli soud.¹²¹

Sněmovna lordů tedy, stručně řečeno, odmítla aplikovat teorii ztráty šance, přičemž k tomu měli jednotliví soudci rozdílné důvody, které budou blíže specifikovány v příslušné části této práce. Jejich důvody však lze shrnout do jisté míry jako politické. Otázku, jestli umožnit aplikaci teorie ztráty šance zodpověděli s odkazem na možné vlivy připuštění teorie a na intenzitu daného kroku z pohledu tvorby práva.

Výše zmíněný kolektiv také podotýká, že rozhodnutí ve věci Gregg nebylo nijak překvapující vzhledem k dříve rozhodnutému případu Hotson. Za překvapující považují spíše disentující stanoviska. Odkazují také na další komentáře případu, z nichž vyvozují, že obecný pohled na případ zahrnuje přesvědčení, že většina soudců Sněmovny nechtěla otevřít pomyslná stavidla pro řadu nároků, které by dle klasického přístupu nemohly uspět. Shrnují také, že většina nepřipustila újmu spočívající ve ztracené šanci na dosažení výsledku, místo újmy v nedosažení výsledku samotného. Tedy v příkladu, nepřipustili pojetí újmy jako ztracené šance na vyhnutí se zhoršení zdravotního stavu místo zhoršení stavu samotného. Autoři také poukazují na to, že rozhodnutí v případě nijak neovlivnilo zavedené užívání teorie ztráty šance v případech ekonomické ztráty (tak jak byla užita například v případě Chaplin v Hicks). Navzdory rozhodnutí autoři také odvozují z rozhodnutí soudce Phillipse, že nicméně existuje možnost budoucího připuštění teorie ztráty šance v případech medicínské nedbalosti, ve kterých léčba vyústila v negativní dopad a riziko tohoto dopadu bylo zvýšeno nedbalostí. Rozdíl oproti případu Gregg by tedy spočíval v tom, že by se riziko už zhmotnilo, místo aby zůstalo pouze možným. Závěrem také připomínají, že by ještě měla být soudy či jurisprudencí zodpovězena otázka vztahu případů ztracené šance a případů podstatného přispění k riziku, jako je kupříkladu Fairchild.¹²²

3.7 Shrnutí postoje anglického práva k teorii ztráty šance

Postoj anglického práva k teorii ztráty šance lze poměrně jednoduše shrnout. Jak je demonstrováno na výše uvedených případech, anglické soudy umožnily aplikovat tuto teorii v situacích, kde je ztracená šance ekonomické povahy. V případech medicínských sporů naopak její aplikace možná není, a to na základě případů Hotson a Gregg.

¹²¹ Benedict Winiger, Helmut Koziol, Bernhard A. Koch, Reinhard Zimmermann, Digest of European Tort Law, Volume 2: Essential Cases on Damage (2011, De Gruyter, ISBN: 9786613399816), str. 1103-1104.

¹²² Ibid, str. 1104.

Soudce Nicholls ve svém odůvodnění rozhodnutí případu Fairchild uvedl, že právo musí být soudržné.¹²³ Vnitřní nerozpornost práva je skutečně jednou ze základních vlastností, které by měl kvalitní právní řád mít. Výše uvedené případy však poukazují na vnitřní rozpornost vztahu anglického práva k teorii ztráty šance. Peel ve svém rozboru rozhodnutí Odvolacího soudu ve věci Gregg s odkazem na soudce Mance a soudce Hoffmanna uvádí, že otázka kauzality je ve skutečnosti politickou otázkou o rozsahu odpovědnosti žalované strany.¹²⁴ Stejně tak Goold a Herring, jak už bylo ostatně výše zmíněno, uvažují, že otázka kauzality není otázkou jurisprudence, ale politiky.¹²⁵ V jiných případech, kdy žalobce čelil důkazním obtížím a mohl uspět pouze v případě, že klasický přístup ke kauzalitě bude modifikován, byly anglické soudy ochotny politicky rozhodnout a díky modifikaci žalobci vyhovět. Naopak v případech ztracené šance, ale i například v případě Wilsher, takováto ochota soudu chyběla. Je těžké uvěřit soudcům Sněmovny lordů jejich přesvědčení, že o tak podstatné změně, jako je přijetí teorie ztráty šance, by měl rozhodovat Parlament. Zvláště když vezmeme v úvahu dopady rozhodnutí v kauze McGhee nebo v případě Chester. Stejně tak lze položit otázku, proč je možné žalovat ztracenou šanci na ekonomický prospěch, ale už ne šanci na vyhnutí se nežádoucímu zdravotnímu stavu. Na tento rozpor upozorňuje i Stapleton.¹²⁶ Je snad ekonomická šance významnějším statkem než šance na zdraví člověka? Vzhledem k založení právního řádu na důrazu na lidský život, jakožto jednu z nejvyšších hodnot, těžko. Stejně tak zůstává bez uspokojivé odpovědi otázka, proč soudy byly ochotny připustit výraznější zásah do kauzality představovaný případem McGhee, či Chester a odmítly menší zásah v podobě teorie ztráty šance. Všechny tyto úvahy bohužel zůstávají bez adekvátní odpovědi v odůvodnění rozhodnutí případů Hotson a Gregg.

Je pravdou, že případ Gregg je značně problematický. Lze si představit více důvodů pro zamítnutí žaloby, které se teorie ztráty šance nijak nedotýkají.

Například lze kriticky hodnotit relevanci statistiky a z ní vyvozených závěrů. Onemocnění, kterým Gregg trpěl, bylo raritní, což také komplikovalo určení ztracené šance.¹²⁷ Nicméně i tak měla Sněmovna lordů více příležitostí k tomu, aby relevantně zdůvodnila svůj vztah k teorii ztráty šance. Její rozhodnutí bylo alespoň z části založeno na politických úvahách

¹²³ Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd. [2002] UKHL 22.

¹²⁴ Edwin Peel, (2003) 'Loss of a Chance Revisited: *Gregg v Scott*'. The Modern Law Review, Vol.66(4), 623-629.

¹²⁵ Imogen Goold, Jonathan Herring, Great Debates in Medical Law and Ethic (2. vydání) (2018, Macmillan Education UK, ISBN: 9781352002287), str. 99.

¹²⁶ Jane Stapleton, (2005) 'Loss of the Chance of Cure from Cancer'. The Modern Law Review, Vol.68(6), 996-1015.

¹²⁷ Gregg v Scott [2005] UKHL 2.

(kupříkladu obava o nárůst nákladů NHS, či otevření pomyslných stavidel, což by vedlo k zahlcení justice novými a dříve neobhajitelnými žalobami¹²⁸), proto jen těžko půjde najít jeho stoprocentní podpora. Avšak bez ohledu na skutečnost, jestli s rozhodnutím Sněmovny lordů čtenář souhlasí, či nikoli, je naprosto legitimní vznést kritiku toho, že Sněmovna nebyla schopna své rozhodnutí řádně zdůvodnit, a to i v celkovém kontextu práva. Měla jasně určit proč v daném případě modifikaci odmítla, když v jiných kauzách přikročila i k radikálnějším krokům. Odkaz na zasahování do moci Parlamentu nepovažují za dostatečný.

Závěrem bych tedy shrnul, že vztah anglického práva k teorii ztráty šance ve vztahu k medicínským případům je jednoznačný, založený a podložený judikaturou, ale rovněž nekonzistentní v kontextu přístupu ke kauzalitě. Otázkou pak zůstává budoucí vývoj postoje anglického práva, neboť stále, jak už bylo i výše uvedeno, je možné uvažovat o aplikaci teorie ztráty šance, pokud vyvstane vhodný případ.

¹²⁸ Ibid.

4 Anglická judikatura

4.1 Hotson v East Berkshire Area Health Authority

Případ Hotson¹²⁹ je jedním ze dvou klíčových rozhodnutí, která se zabývala teorií ztráty šance ve vztahu k případům medicínské nedbalosti. Pozadí případu shrnuje ve svém zdůvodnění soudce Bridge. Žalobce v dubnu 1977 (ve věku třinácti let) utrpěl zranění, když během obědové pauzy lezl na strom. Spadl z výšky zhruba tři a půl metru (dvanáct stop). Utrpěl akutní traumatickou zlomeninu levé stehenní epifýzy. Velmi rychle byl dopraven do nemocnice, za kterou byla zodpovědná žalovaná autorita. Hotson byl sice vyšetřen, ale zranění nebylo řádně diagnostikováno a pacient byl odeslán domů. Několik následujících dní strávil v bolestech. Následně znovu navštívil nemocnici. Zde mu byl proveden rentgen kyčle a byl řádně diagnostikován. Dále byl pacient léčen jako naléhavý případ. Následující den byl operován.

Hotson nakonec utrpěl avaskulární nekrózu epifýzy. Toto poškození zdraví je způsobeno nedostatečným krevním zásobením epifýzy a zapříčiňuje deformaci části stehenní kosti. Deformace má pak za následek větší či menší poškození kloubu. Vysoké je i riziko následného zhoršení vlivem osteoartrózy.

Bridge dále popisuje právní historii případu. Hotson žaloval zodpovědnou autoritu. V první instanci rozhodl soudce Simon Brown. Žalobci přiznal náhradu sto padesáti liber za utrpěnou bolest, které by se vyhnul, pokud by byl řádně diagnostikován a léčen. Tato část náhrady byla v případě nesporná. Další část odpovědnosti však autorita odmítla, byť připustila nedbalost spočívající ve špatné diagnóze. Přesto soudce Brown přiznal žalobci ještě náhradu jedenácti tisíc pěti set liber za ztracenou šanci na uzdravení. Podkladem pro tuto část náhrady bylo, že svou nedbalostí lékaři zvýšili riziko na vyvinutí avaskulární nekrózy z původních sedmdesáti pěti procent na jistotu sta procent. Vyloučili tím šanci dvaceti pěti procent na vyhnutí se nekróze, kterou pacient měl. Soudce vyhodnotil náhradu za avaskulární nekrózu na čtyřicet šest tisíc liber a tuto částku následně zkrátil o sedmdesát pět procent, tedy o riziko nekrózy, které bylo pacientovi vlastní v době, kdy se dostal do péče lékařů. Autorita se proti této části náhrady újmy odvolala. Odvolání však bylo před Odvolacím soudem zamítnuto. Autorita proto věc předložila Sněmovně lordů.¹³⁰

¹²⁹ Hotson v East Berkshire AHA [1988] UKHL 1.

¹³⁰ Hotson v East Berkshire AHA [1988] UKHL 1.

4.1.1 Soudce Bridge

Ve svém odůvodnění rozhodnutí soudce Bridge nejprve podotýká, že vytrpěná bolest žalobce je sice dostačující pro založení odpovědnosti za tort of negligence, avšak není nijak spojena s avaskulární nekrózou. Žalobce tedy měl žalovatelnou újmu ve formě bolesti, nicméně to nemělo žádný vliv na ostatní části náhrady. Bridge dále rozebírá problematiku dokazování v tomto případě. Zdůrazňuje, že názory expertů žaloby a obhajoby se lišily v tom, jestli žalobce měl šanci na vyhnutí se avaskulární nekróze. Připomíná, že sám soudce Brown ve svém zdůvodnění rozebíral, že se nemůže přiklonit ani k jednomu z vyjádřených názorů. Bridge rovněž cituje část rozhodnutí soudce Browna, ve kterém se druhý jmenovaný soudce zabývá problémem, jestli případ řešený soudem spočívá v založení příčinné souvislosti, nebo jen v otázce kvantifikace újmy. Jak podotýká Brown, pokud by šlo o otázku kauzality, tak by žalobce neuspěl, neb nedokázal na základě standardu posouzení pravděpodobností příčinnou souvislost. Naopak pokud by problém spočíval jen v kvantitě, tak by žalobce mohl uspět.¹³¹ Tuto úvahu je třeba vykládat tak, že problém, se kterým se soud musel vypořádat je, jestli je přípustná teorie ztráty šance. Pokud ne, tak žalobce musí na základě standardu posouzení pravděpodobností prokázat příčinou souvislost mezi nedbalostí lékařů a avaskulární nekrózou. To je však vyloučeno, pokud již v době převzetí do péče měl riziko jejího výskytu sedmdesát pět procent. Na druhou stranu, pokud by soud připustil ztracenou šanci jakožto žalovatelnou a nahraditelnou újmu, tak jediný problém spočívá v určení této šance, tedy v její kvantifikaci.

Bridge uzavírá, že Brown se přiklonil k výkladu problému jako kvantitativního a nikoli kauzálního a přiznal vzhledem k tomu náhradu ve výši čtvrtiny náhrady za avaskulární nekrózu.

V tomto názoru se však Bridge s Brownem neztotožnil. Připouští, že v některých případech včetně případů medicínské nedbalosti může být kauzalita zastřena a soud je tak odkázán pouze na statistické šance, odmítá však, že by se to týkalo i případu Hotson. V této kauze vznikl spor o příčinu nekrózy, kdy autorita tvrdila, že jedinou příčinou bylo původní zranění a kdy žalobce naopak prosazoval, že nedbalost při diagnóze k nekróze podstatně přispěla. Šlo tedy dle soudce o konflikt ohledně minulých událostí, který se má řešit na základě standardu posouzení pravděpodobností. Pakliže žalobce nezvládl dokázat, že nedbalost byla příčinou nekrózy, tak nezaložil kauzalitu a k otázce kvantifikace (kvantifikace újmy, respektive její náhrady) nemůže vůbec dojít. Dle standardu posouzení pravděpodobností pak v daném případě bylo příčinou nekrózy samotné zranění žalobce. Na základě toho pak Bridge podotýká, že odvolání autority má být vyhověno.

¹³¹ Ibid.

Dále Bridge rozebírá, že Sněmovna lordů měla vyřešit otázku, jestli je možné v případech ublížení na zdraví, kde příčina újmy je nejasná, přiznat náhradu za ztracenou šanci. Uvádí, že je zdánlivě vábná analogie s případy Chaplin v Hicks a Kitchen v Royal Air Force Association. Uzavírá však, že shledává značné překážky pro použití této analogie a ani nepovažuje řešený případ za vhodný pro vyřešení otázky, jestli je možné tuto analogii vůbec použít. Závěrem dodává, že pokud by žalobce prokázal kauzalitu, tak by jeho náhrada škody nebyla nijak krácena. Soudce Bridge se tedy vyslovit pro vyhovění odvolání autority.¹³²

Bridge odmítl akceptovat použití teorie ztráty šance v případě Hotson konkrétně a odmítl se zabývat otázkou použitelnosti této teorie obecně. Proč však odmítl zodpovědět otázku použitelnosti teorie ztráty šance v případech medicínské nedbalosti, nevysvětlil. Rovněž nekonkretizoval důvody, které, jak uvádí, představují problém pro aplikaci analogie mezi případy Chaplin a Kitchen a případy medicínské nedbalosti. Místo toho setrval na požadavku prokázání příčinné spojitosti s výslednou újmou v podobě avaskulární nekrózy, kde uzavřel, že tato nebyla prokázána, čímž odmítl aplikaci teorie ztráty šance.

4.1.2 Soudce Brandon

Soudce Brandon vyjádřil souhlas s odůvodněními soudců Bridge, Mackaye a Acknera a připojil se k názoru, že odvolání má být vyhověno.¹³³

4.1.3 Soudce Mackay

Soudce Mackay započíná své zdůvodnění vyjádřením souhlasu se soudci Bridgem a Acknerem ohledně jejich zdůvodnění a názoru, že by odvolání autority mělo být vyhověno. Podotýká, že před soud byla postavena otázka náhrady ztráty šance. Odvolatel se dožadoval toho, aby mu bylo vyhověno vzhledem k tomu, že žalobce neprokázal relevantní ztrátu a rovněž navrhoval, aby soud rozhodl o obecné nepřipustnosti ztráty šance jakožto žalovatelné újmy. Právě s daným problémem se pak Sněmovna dle soudce vypořádávala.

Soudce dále uvádí, že v průběhu řízení byl zástupce žalobce vyzván, aby před soudem vysvětlil pojem ztracené šance. Zástupce uvedl, že šance spočívá v tom, že ze sta osob ve stejné situaci, v jaké byl Hotson by se avaskulární nekróza vyvinula u sedmdesáti pěti z nich a u dvaceti pěti z nich nikoli. Těmto vyhlídkám čelit Hotson ve chvíli, kdy byl poprvé přijat do nemocnice. Zároveň je toto vyjádřením šance, o kterou byl připraven nedbalostí lékařů.

Mackay ve svém zdůvodnění odkazuje rovněž na rozhodnutí Kenyon v Bell¹³⁴. V tomto případě, který soudce Mackay označuje za nejbližší po faktické stránce, se řešila žaloba

¹³² Ibid.

¹³³ Ibid.

¹³⁴ Kenyon v Bell, 1953 S.C. 125

na opomenutí poskytnout řádnou péči. Podstatu případu tvořila újma spočívající ve výsledné ztrátě oka dítěte, které dle žaloby mohlo být řádnou péčí zabráněno, či by dle žaloby řádná péče alespoň podstatně zvýšila šance poškozeného na příznivější výsledek. Soudce Guthrie, který případ řešil a na jehož zdůvodnění odkazuje soudce Mackay, uvedl, že sice ztráta šance sama o sobě není dostatečným podkladem pro úspěch žaloby, avšak pokud by tato šance byla natolik podstatná, že by šlo vyvodit, že újma byla způsobena nedostatkem léčby, tak by žaloba uspět mohla. Soudce Mackay z tohoto dovozuje, že podstatným je stav pacienta v době, kdy byl převzat do péče lékaře, dále do jaké míry tento stav umožnil, aby řádná léčba ovlivnila výsledný stav pacienta, tak aby tento stav byl určen na základě standardu posouzení pravděpodobností, a dále že tento standard je naplněn také tehdy, když zde existuje dostatečná šance na dosažení určitého výsledku. Na základě toho je pak možné vyvodit, že příčinou újmy je nedostatek péče.¹³⁵ Tento postoj lze vysvětlit tak, že soudce Mackay vyvozuje z výše řečeného rozhodnutí, že aby mohla být přiznána náhrada újmy vzniklé v důsledku neposkytnutí řádné péče, tak je nutné znát stav pacienta v době, kdy byl převzat do péče lékaře a dále jaký by byl jeho stav, pokud by dostal řádnou péči, tedy jestli v zásadě nešlo už o předem ztracenou věc. Přičemž je toto nutné dokázat dle standardu posouzení pravděpodobností. Nadto lze náhradu přiznat i ve chvíli, kdy je šance pacienta na příznivější stav natolik významná, aby naplnila požadavek na dokázání na základě standardu posouzení pravděpodobností.

Mackay dále podotýká, že soudce Guthrie jasně vyjádřil, že i pokud by bylo přítomno pochybení lékaře, tak žaloba nemůže uspět, pokud by ani řádná léčba nemohla následnému nepříznivému stavu zabránit, neb by nebyla založena újma. Případ Kenyon skončil v neprospěch žalobce právě vzhledem k tomu, že soud shledal, že oko poškozeného bylo nenávratně poškozeno a následná léčba nemohla výsledný stav ovlivnit.

Přístup užitý ve výše zmíněném případě následně Mackay aplikuje na případ Hotson. Pokládá otázku, jaký byl stav žalobce ve chvíli, kdy se dostal do péče lékařů a jestli měl žalobce v této době zachovaný dostatečný počet cév, aby nedošlo k avaskulární nekróze (nekróza je způsobena nedostatečným prokrvením tkáně, což je ovlivněno právě tím, jestli po zranění zůstane zachovaný dostatečný počet cév k zajištění prokrvení). Důkazní materiál dle soudce nebyl dostatečný pro objasnění této otázky. Podle znalce autority po pádu žalobci nezbylo dostatečné množství nenarušených cév. Znalec žaloby naopak zastával názor, že pravděpodobnost zachování dostatečného množství cév byla mezi čtyřiceti a šedesáti procenty. Výslednou šanci určil soud nižší instance jako dvacet pět procent, jak podotýká soudce Mackay,

¹³⁵ Hotson v East Berkshire AHA [1988] UKHL 1.

pravděpodobně jako hodnotu zhruba mezi jednotlivými krajními stanovisky expertů. Dle Mackaye tedy vliv nedbalosti lékařů byl dán stavem, v jakém se pacient dostal do jejich péče. Soudce odmítá, že by pacient měl šanci dvaceti pěti procent. Buď Hotson měl zachováno dost cév, nebo neměl a dle toho se buď mohl vyhnout nekróze, pokud by dostal řádnou péči, nebo se jí nemohl vyhnout za žádných okolností. Rozhodná otázka se tedy týkala skutečnosti nastalé už před škodlivým jednáním lékařů. Pro její posouzení pak Mackay prosazuje klasický přístup prokázání na základě standardu posouzení pravděpodobností. Odkazuje v tomto na případ Mallet v McMonagle¹³⁶, z něhož cituje soudce Diplocka.¹³⁷

Soudce Diplock ve zmíněném rozsudku uvedl, že při zodpovídání otázek ohledně minulosti soud užívá standard posouzení pravděpodobností a vše, co existuje s větší pravděpodobností, než je pravděpodobnost toho, že to neexistuje, se bere jako jisté.¹³⁸

Mimo výše rozebrané zdůvodnění se soudce Mackay věnuje poměrně obsírně i všeobecné problematice použití ztracené šance jakožto žalovatelné újmy v případech medicínské nedbalosti. Zdůrazňuje, že by nebylo rozumné stanovit v případě Hotson pravidlo, že ztráta šance nemůže být žalovatelnou újmou. Odkazuje při tom na výše rozebraný případ McGhee. Pokládá rovnítko mezi v případě řešeným podstatným zvýšením rizika na vznik dermatitidy a snížením šance na vyhnutí se dermatitidě. Shrnuje případ s tím, že soud důvodně uznal absenci sprch za podstatné přispění k riziku dermatitidy vzhledem ke vztahu mezi prostředím, nedostatkem hygienických možností a dermatitidou. Uzavírá pak, že dokud se Sněmovna lordů neodchýlí od rozhodnutí ve věci McGhee, nelze rozumně prohlásit, že ztracená šance nemůže nikdy být žalovatelnou újmou.

Soudce Mackay v rozboru problému ztráty šance zvažuje i americká rozhodnutí. Zabývá se příkladem Herskovits v Group Health Cooperative of Puget Sound¹³⁹. Tato kauza řešená před Nejvyšším soudem Washingtonu se týkala ztracené šance pacienta, kterému nebyl při návštěvě lékaře řádně diagnostikován nádor, čímž se mu snížila šance na přežití následujících pěti let z třiceti devíti procent na dvacet pět procent, což byla jeho šance ve chvíli, kdy byl nádor odhalen. Soudce Mackay rozebírá odůvodnění soudce Dora k řešenému případu.¹⁴⁰ Soudce Dore mimo jiné při zodpovídání otázky, zdali by případ měl být připuštěn před porotu uvedl, že ano, neboť opačné rozhodnutí by znamenalo vyloučení odpovědnosti lékaře vždy, když by

¹³⁶ Mallett v McMonagle [1970] A.C. 166.

¹³⁷ Hotson v East Berkshire AHA [1988] UKHL 1.

¹³⁸ Mallett v McMonagle [1970] A.C. 166.

¹³⁹ Herskovits v Group Health Cooperative of Puget Sound (1983) 664 P.2d. 474

¹⁴⁰ Hotson v East Berkshire AHA [1988] UKHL 1.

šance pacienta byla nižší než padesát procent, a to bez ohledu na rozsah jeho pochybení.¹⁴¹ Dore, jak uvádí Mackay, dále odkázal na několik soudních rozhodnutí a uzavřel s tím, že snížení šance na přežití je dostatečným důvodem pro předložení případu porotě. Porota následně měla mít možnost vyvodit z důkazů, že zdržení v léčbě bylo příčinou smrti pacienta, přičemž však měla být náhrada za snížení šance na uzdravení vztažena jen na újmu způsobenou předčasnou smrtí.¹⁴²

Mackay dále uvádí, že postoj soudce Dora vykazuje jisté znaky spojitosti s názory některých soudců ve věci McGhee a postojem soudce Guthria ve výše zmiňovaném případě Kenyon v Bell. Na názorech disentujícího soudce Brachtenbacha a většinového soudce Pearsona pak Mackay demonstruje, že přístup ke ztracené šanci je více a vzhledem k tomu není správné připustit případem Hotson všeobecné užití teorie ztráty šance. Jak podotýká Mackay, soudce Brachtenbach v případě Herskovits zastával disentující stanovisko, ve kterém upozornil na nedostatky pojící se s užitím statistiky jako základu pro prokázání příčiny a vnesl požadavek na nutnost dokázat souvislost mezi statistikou a faktickým stavem. Použil k tomu příklad s městem, kde jsou dvě taxikářské společnosti. První společnost má modré vozy a druhá žluté. Zdůraznil, že při dokazování újmy způsobené vozem taxislužby, nestačí pravděpodobnost, se kterou je který z podniků odpovědný, vyvozená z poměru jejich vozů, ale že je třeba k tomu dodat ještě další důkaz ukazující na konkrétní společnost, ku příkladu svědka, který viděl jeden z druhů vozů v blízkém okolí.¹⁴³ V disentujícím stanovisku bylo přímo uvedeno, že nelze uznat žalovaného odpovědným, pokud není důkaz toho, že způsobil újmu. Opak by vedl k hrubému zneužití soudního systému.¹⁴⁴ Soudce Pearson, jak uvádí Mackay, se se soudcem Dorem shodl v tom, že by odvolání mělo být vyhověno, ale založil své stanovisko na jiných důvodech.¹⁴⁵ Pearson přímo uvedl, že nejlepším řešením daného případu by bylo uznat ztrátu šance za žalovatelnou újmu. Z toho důvodu by, jak uvádí, vyhověl žalobci. Založení kauzality viděl v tom, že bylo dokázáno, že žalobce pravděpodobně způsobil podstatné snížení šance poškozeného na přežití.¹⁴⁶ Tím se v zásadě vyjádřil pro teorii ztráty šance.

Závěrem Mackay uvažuje, že ani jedno z řešení, které se objevily v rámci případu Herskovits by v případě Hotson nevedlo k úspěchu žalobce. V tomto případě totiž, jak uvádí,

¹⁴¹ Herskovits v Group Health Cooperative of Puget Sound (1983) 664 P.2d. 474

¹⁴² Hotson v East Berkshire AHA [1988] UKHL 1.

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ Herskovits v Group Health Cooperative of Puget Sound (1983) 664 P.2d. 474

¹⁴⁵ Hotson v East Berkshire AHA [1988] UKHL 1.

¹⁴⁶ Herskovits v Group Health Cooperative of Puget Sound (1983) 664 P.2d. 474

ze skutkových okolností zjišťovaných soudem vyplynulo, že jedinou příčinou stavu žalobce bylo zranění utržené pádem, a tudíž ve chvíli příjezdu do nemocnice neměl pacient šanci na vyhnutí se nekróze. Nedbalost lékařů tedy žalobci nemohla způsobit ztrátu šance.¹⁴⁷

Stanovisko soudce Mackaye se v zásadě zakládá na přesvědčení, že žalobce neprokázal na základě standardu posouzení pravděpodobností, že mu byla způsobena nedbalostí lékařů nějaká újma. Nejde o odmítnutí teorie ztráty šance jako takové. Při jejím použití je však nutné dokázat na základě standardu posouzení pravděpodobností, že došlo ke ztracení šance. Ztracení šance v kauze Hotson Mackay ale vyvrací, čímž popírá vznik nároku bez ohledu na to, jestli obecně lze ztracenou šanci uznat jako žalovatelnou újmu, či nikoli. Dotýká se tak jedné z podstatných slabin teorie, které se budu šířeji věnovat v příslušné části práce. Ve stručnosti popsáno, tato slabina spočívá v použití statistiky jako důkazu ztráty šance. K tomuto důkazu je třeba obecně přistupovat opatrně a vážit jeho relevanci. Ztráta šance sice spočívá právě v pravděpodobnosti vzniku určité skutečnosti, což lze kvantifikovat jen za pomoci statistických důkazů, nicméně je třeba v konkrétním případě zvažovat relevanci statistiky, tedy jestli je dostatečně rozsáhlá a založená na relevantním vzorku a jestli je vůbec relevantní pro řešený případ. Mackay prezentuje skutečnost, že je v případech medicínské nedbalosti s možným užitím teorie ztráty šance třeba hodnotit výpovědi znalců. Pokud stejně jako v případě Hotson se znalci budou rozcházet v otázce toho, jestli šance existovala, či již stav pacienta na počátku byl beznadějný, tak soudce musí zvážit relevanci jejich tvrzení, a to i včetně jejich podkladových statistik. Stručně řečeno žalobce bude čelit klasickým potížím s dokazováním minulých skutečností, v našem případě šanci pacienta v určitém okamžiku, ovšem s tím, že situace bude komplikována povahou případů a nejistotou ohledně stavu pacientů, který vyplývá už ze samotné podstaty nedokonalého stavu znalostí ohledně pochodů v lidském těle a různých individuálních reakcí konkrétního člověka. Na druhou stranu teorie ztráty šance dává soudci nástroj, jak obtíže medicínských případů překonat právě tím, že se dokazuje pouze ztracená šance, což často na rozdíl od přímého prokázání kauzality mezi nedbalostí a výsledným stavem je alespoň trochu možné. Nadto požadavek na schopnost pracovat se statistickými důkazy a hodnotit základní relevanci názorů znalce není nijak nad schopnosti, kterými by soudce měl oplývat.

Z odůvodnění soudce Mackaye lze pro teorii ztráty šance vyvodit a přijmout ještě ten závěr, že je nutné při rozhodování o ztracené šanci znát stav pacienta v době, kdy k nedbalosti lékaře došlo. Je nutné vědět, jestli vůbec nějakou šanci měl. Tento aspekt je očividný.

¹⁴⁷ Hotson v East Berkshire AHA [1988] UKHL 1.

Jednoznačně vyplývá z požadavku prokázat existenci ztracené šance a kauzalitu mezi ní a protiprávním jednáním. Nicméně je namístě tento aspekt zdůraznit, protože jak je uvedeno výše týká se nutného rozsahu skutečností, které musí být prokázány, a u kterých bude často záviset hlavně na posouzení znalce a užití statistik.

Podstatné v kontextu anglického práva je i zmínění souvislosti s případem McGhee. Mackay má pravdu v tom, že by nebylo správné vyvodit obecné závěry ohledně teorie ztráty šance, aniž by byl vypořádán vztah s tímto případem. Lze vznést kritiku toho, že se soudce tomuto vztahu rovnou nevěnoval a neposkytl tak žádané odpovědi na otázky, které jsou nastíněny výše. Pakliže bychom totiž uvažovali o tom, že by v případě Hotson bylo prokázáno, že nedbalost přispěla k riziku nekrózy, tak při aplikaci případu McGhee by závěrem bylo, že pokud by tato nedbalost podstatně přispěla ke vzniku újmy, což řekněme u dvaceti pěti procent je představitelné, tak by žalobce měl nárok na náhradu v plné výši, tedy nejen za ztracenou šanci. Je pravdou, že dle Mackaye nebylo prokázáno, že by žalovaný k újmě přispěl, nicméně i tak měl prostor k vyřešení vztahu případu McGhee k teorii ztráty šance, kterého bohužel nevyužil.

4.1.4 Soudce Ackner

Další ze soudců Sněmovny lordů soudce Ackner začíná své zdůvodnění odkazem na část zdůvodnění soudce Dillona, který se věcí zabýval v nižší instanci. Z jeho zdůvodnění si půjčuje shrnutí základní otázky případu. Touto otázkou bylo, co vše zahrnuje žalobcova újma. Zdali jí je jen avaskulární nekróza, či i ztracená šance na vyhnutí se této nekróze. Dále shrnuje, že k založení odpovědnosti je třeba dokázat, že žalovaný měl povinnost vůči žalobci, že tuto povinnost porušil a že důsledkem tohoto porušení je újma, přičemž tyto aspekty odpovědnosti musí být dokázány na základě standardu posouzení pravděpodobností. Ackner uznává odůvodněnost přiznané náhrady za utrpenou bolest ve výši sto padesáti liber, avšak následky avaskulární nekrózy řadí do samostatné kategorie újmy. Dále shrnuje podstatu případu a avaskulární nekrózy a věnuje se důkazní situaci, kdy se znalci žaloby a obhajoby neshodli v tom, jestli Hotsonovi zůstalo po pádu zachováno dost cév na zabránění avaskulární nekróze. Podotýká, že právě tato otázka byla pro posouzení případu zásadní a že otázky minulých událostí soud zodpovídá na základě standardu posouzení pravděpodobností. Připomíná dále postoj nižší instance. Nižší soud, jak už bylo výše uvedeno, se zabýval otázkou toho, jestli v daném případě problémem bylo určení kauzality, či jen kvantity škody. Ackner podotýká, že základní otázkou bylo určení kauzality, tedy jestli porušení povinnosti vedlo k újmě. Pokud nevedlo a Ackner připomíná, že dle zjištění nižšího soudce tomu tak nebylo, tak vůbec nevzniká otázka kvantifikace. Řešení otázky ztracené šance dle něj není na místě, pokud nastalá újma

vznikla, nebo se stala nevyhnutelnou již před porušením povinnosti. Dále Ackner zmiňuje případy Kitchen v Royal Air Force Association a Chaplin v Hicks s tím, že popírá relevanci těchto kauz na případ Hotson.¹⁴⁸

Soudce pak pokračuje v odůvodnění tím, že žalobce dle něj nebyl oprávněn k náhradě újmy způsobené nekrózou, neboť soud shledal, že k této újmě nedošlo porušením povinností žalovanou stranou, ale již následkem pádu žalobce. Toto pak Ackner bere za základ svého názoru, že by odvolání autority mělo být vyhověno. Dle soudce jde o případ, kde problémem bylo dokázání kauzality. Žalobce nebyl schopen na základě standardu posouzení pravděpodobností prokázat, že následky nekrózy byly způsobeny porušením povinností žalobce spočívajícím v neposkytnutí řádné a včasné léčby. Znovu připomíná, že otázky kauzality se dokazují dle standardu posouzení pravděpodobností, ledaže se jedná o nějakou zvláštní situaci. Pokud je odpovědnost na základě standardu posouzení pravděpodobností založena, tak se újma hradí kompletně, není redukována procenty, které chybí do stoprocentní jistoty ohledně dokazovaných skutečností. Jiný přístup by dle Acknera znamenal založení nové, komplikované a nepodložené doktríny. Soudce také zmiňuje, že však zvážení nejistých skutečností a případně i poměrné zkrácení náhrady vzhledem k pravděpodobnosti je možné v případech, kde je odpovědnost založena, ale panuje nejistota ohledně budoucích následků. Zdůvodnění soudce uzavírá prohlášením, že by odvolání vyhověl a nepřipustil náhradu za ztracenou šanci žalobce.¹⁴⁹

Z odůvodnění soudce Acknera je zřejmý nesouhlas s teorií ztráty šance. Soudce vyžaduje kauzalitu mezi finální újmou, kterou v případě Hotson byly dle něj následky avaskulární nekrózy tedy deformace kyčle žalobce a porušením povinností lékaři tedy neposkytnutím řádné péče při převzetí Hotsona jako pacienta. Také odmítá redukcí náhrady v případě, že je odpovědnost založena na základě standardu posouzení pravděpodobností. To naznačuje, že není ztotožněn s myšlenkou pojetí ztracené šance jakožto žalovatelné újmy. A to, byť i při použití teorie ztráty šance se vyžaduje prokázání ztracené šance na základě standardu posouzení pravděpodobností. Rovněž náhrada je pak poskytována bez redukce, byť ne za výslednou újmu, ale jen za ztracenou šanci. Bohužel se soudce nevěnoval vztahu k předchozím případům a nezodpověděl tak otázku proč nelze připustit teorii ztráty šance, když bylo možné připustit náhradu při podstatném přispění ke vzniku újmy v případě McGhee nebo když bylo možné upravit stávající přístup ve prospěch žalobce v případě Fairchild.

¹⁴⁸ Ibid.

¹⁴⁹ Ibid.

4.1.5 Soudce Goff

Poslední ze soudců Sněmovny lordů soudce Goff se vyjádřil tak, že by odvolání vyhověl, a to z důvodů, které uvedli jeho kolegové soudci Bridge, Mackay a Ackner.¹⁵⁰

4.1.6 Shrnutí případu Hotson

V případě Hotson Sněmovna lordů odmítla použít teorii ztráty šance a nevyřešila ani její použitelnost v obecné rovině, byť z rozhodnutí soudce Mackaye lze vyvozovat, že by ji byl ochotný v jiných případech akceptovat. Pravdou také zůstává, že z odůvodnění soudců lze mít za to, že případ Hotson nebyl vhodným pro rozřešení otázky přípustnosti teorie v případech medicínské nedbalosti, a to vzhledem ke skutkovému stavu. Jak bylo výše řečeno, znalec obhajoby a žaloby se neshodli v otázce toho, jestli Hotson měl, nebo neměl po pádu zachován dostatek cév k zabránění nekróze, případně s jakou pravděpodobností měl, či neměl. To je však klíčový aspekt pro posouzení toho, jestli Hotson ztratil určitou šanci, či nikoli a toho, jak velká tato šance případně byla. Soudy nižších instancí se s tímto problémem vypořádaly tak, že šanci určily, a to ve výši dvaceti pěti procent. Sněmovna lordů šanci odmítla, některými soudci obecně jako žalovatelnou újmu, soudcem Mackayem jako nepřítomnou v dané kauze. Rozhodnutí zanechává řadu nezodpovězených otázek a neřeší komplexně přístup k případům, kde nelze prokázat kauzalitu k finální újmě na základě standardu posouzení pravděpodobností. Rovněž postrádá hlubší argumentaci ohledně použitelnosti teorie ztráty šance. Soudci teorii odmítli, ale nepodložili to příliš rozpracovanými důvody, spíše rozhodnutí podepřeli výkladem klasického přístupu ke kauzalitě. Nevěnovali se hodnotovým aspektům teorie, ani se nevypořádali s použitelností teorie v jiných odvětvích práva.

4.2 Gregg v Scott

Soudce Sněmovny lordů Nicholls hned v úvodu svého zdůvodnění rozhodnutí v případě Gregg¹⁵¹ vyzdvihuje důležitost této kauzy. Odvolání dle něj rozdělilo soudy a komentátory v oblastech uplatňujících Common law v otázce přístupu k náhradě újmy v případech medicínské nedbalosti. Zatímco jedna část teoretiků a praktiků se domnívá, že náhradu lze poskytnout jen pokud počáteční šance pacienta je větší než padesát procent, tak druhá zastává názor, že i v opačném případě lze nalézt základ pro přiznání náhrady. Sám Nicholls se zařazuje mezi ty, kteří věří v možnost přiznání náhrady i v případě, že počáteční šance je nižší než padesát procent. Podotýká, že stav, kdy náhradu dostane jen pacient s počáteční šancí na vyléčení větší než padesát procent, nemůže být současným stavem práva. Ztrátu šance čtyřiceti

¹⁵⁰ Ibid.

¹⁵¹ Gregg v Scott [2005] UKHL 2.

pěti procent na vyléčení považuje za stejně reálnou újmu jako ztrátu šance padesáti pěti procent. Srovnává, že v obou případech pacient skončí v horší pozici, než kterou měl na počátku a v obou případech může být přítomna nedbalost lékaře. Nedávalo by proto dle něj smysl, pokud by jeden pacient náhrady dosáhnout mohl, zatímco jiný ne.¹⁵²

Případ Gregg, jak ho stručně shrnul Nicholls, spočíval ve špatné diagnóze provedené lékařem Scottem. Ten u svého pacienta Gregga špatně diagnostikovat rakovinný nádor pod levou paží, jako neškodnou tukovou bulku. Konkrétně se jednalo o non-Hodgkinův lymfom. Špatná diagnóza zapříčinila devítiměsíční zpoždění v poskytnutí léčby, během kterého se rakovina rozšířila, zhoršil se stav pacienta a rovněž se snížila jeho šance na přežití. Šance na přežití, v tomto případě vyjádřená jako šance na dožití se deseti let bez známek nemoci, se snížila ze čtyřiceti dvou procent na dvacet pět procent, přičemž vyšší šanci měl pacient v době první návštěvy lékaře Scotta a druhou v době řízení.¹⁵³

Soudce první instance Inglis zamítl žalobu Gregga na základě toho, že přestože špatná diagnóza způsobila rozšíření rakoviny a zhoršení vyhlídek Gregga, tak na základě standardu posouzení pravděpodobností i v případě, že by nedošlo k nedbalosti, tak by nebyl konečný stav pacienta lepší a ani by se pacient nevyhnul intenzivnější léčbě. Soudce vycházel z toho, že již před návštěvou lékaře měl Gregg šanci na přežití menší než padesát procent. Své rozhodnutí podložil soudce Inglis rozhodnutím Sněmovny lordů ve věci Hotson. Gregg se následně odvolal před Odvolací soud, který však odvolání většinou hlasů zamítl. Dalším odvoláním se Gregg obrátil na Sněmovnu lordů.¹⁵⁴

4.2.1 Soudce Nicholls

Nicholls zdůvodnění případu začíná rozborem dokazování žalovatelné újmy v rámci Common law. Připomíná, že žalobce musí dokázat skutečnosti zakládající žalobní nárok. Obecně to znamená dokázat svoji současnou pozici a pozici v jaké by žalobce byl nebyť škůdcova protiprávního jednání. Zatímco minulé události se pak dokazují na základě standardu posouzení pravděpodobností, tedy to, co existuje s vyšší pravděpodobností, než že to neexistuje, se bere jako jisté, tak možné budoucí skutečnosti se určují na základě pravděpodobnosti toho, že se stanou. V této věci Nicholls odkazuje na soudce Diplocka.¹⁵⁵

Ten uvádí, že při hodnocení minulých skutečností soud užívá standard posouzení pravděpodobností. Avšak při určování náhrady újmy závislé na tom, co se stane v budoucnu,

¹⁵² Gregg v Scott [2005] UKHL 2.

¹⁵³ Ibid.

¹⁵⁴ Ibid.

¹⁵⁵ Ibid.

nebo co by se stalo v budoucnu nebýt události v minulosti, soud dle Diplocka musí odhadnout pravděpodobnost výskytu takovéto skutečnosti a přihlédnout k ní bez ohledu na její procentní velikost.¹⁵⁶

Nicholls toto dělení na minulé a budoucí události kritizuje. Poukazuje na to, že minulé skutečnost může být co do existence stejně nejistá, jako ta budoucí. U hypotetických událostí je tento aspekt ještě výraznější, neboť přístup vše nebo nic vychází z předpokladu, že skutečnost buď nastane nebo ne, avšak toto nenastává u hypotetických skutečností, které se už ze své podstaty nevyskytly v minulosti a ani se nevyskytnou v budoucnosti. Protiprávním jednáním jim totiž bylo zabráněno. Nicholls nicméně připouští, že do značné míry je rozdělení a přístup k minulým a budoucím skutečnostem funkčním zjednodušením reality.¹⁵⁷

Nicholls v odůvodnění pokračuje úvahou nad ztrátou šance jakožto žalovatelnou újmou. Uvádí, že v některých případech je příliš nejisté, co by nastalo nebýt nedbalosti, než aby bylo možné vhodně použít přístup vše nebo nic. Újma v takových případech dle soudce spočívá ve ztrátě šance na dosažení žádaného stavu. Určení újmy jakožto dosažení nebo nedosažení žádaného výsledku hodnoceného dle standardu posouzení pravděpodobností je pak čím dál méně vhodné vzhledem k tomu, jak velká je nejistota ve vztahu k žádanému stavu. V případě vysoké nejistoty totiž určení újmy na základě vše nebo nic není ještě více schopno odrážet reálné postavení poškozeného a jeho reálnou újmu. Právo na to reaguje tím, že za újmu stanovuje ztracenou šanci místo ztráty žádaného stavu samotného. Zároveň však při použití tohoto přístupu není odstoupeno od požadavku na prokázání žalovatelné újmy na základě standardu posouzení pravděpodobností. Dokazuje se existence ztracené šance. Pokud není šance reálná, či prokazatelná, tak žaloba nemůže uspět. Jako příklady použití tohoto principu Nicholls uvádí mimo jiné kauzy *Chaplin v Hicks* a *Kitchen v Royal Air Force*.¹⁵⁸

Dále Nicholls zkoumá vztah výše uvedeného k případům medicínské nedbalosti. Uvádí, že s medicínou je spjata jistá míra nejistoty. Neúplnost znalostí, individuální reakce pacienta na léčbu a nemožnost vždy jasně předpovědět vliv léčby způsobují, že do větší či menší míry jsme při hodnocení prognózy pacienta odkázáni na určení šance pacienta na uzdravení. Vzhledem k tomu pak musí být újma v těchto případech stanovena jako ztráta šance, místo ztráty chtěného stavu samotného. Jak Nicholls přímo říká, vyžaduje to spravedlnost, neb to odpovídá medicínské realitě. Takovéto hodnocení újmy nejlépe odpovídá tomu, o co byl pacient nedbalostí lékaře připraven. Dle Nichollse toto pojetí i lépe naplňuje účel odpovědnostního práva, kterým je

¹⁵⁶ *Mallett v McMonagle* [1970] AC 166.

¹⁵⁷ *Gregg v Scott* [2005] UKHL 2.

¹⁵⁸ *Ibid.*

zajištění náhrady v případě, že je porušena uložená povinnost. Právo, které by nebylo schopno zajistit náhradu ztracené šance na uzdravení, soudce považuje za nedostatečné. Nebylo by totiž schopné zajistit adekvátní náhradu při porušení povinnosti lékařem. Pokud by právo přiznávalo náhradu při ztrátě ekonomické šance, ale už ne při ztrátě šance na lepší zdravotní stav a v některých případech i život samotný, tak by dle soudce mohlo být oprávněně kritizováno. Dle Nichollse je pak požadavkem spravedlnosti, aby stejně jako ekonomická šance i šance na lepší zdravotní stav tvořily žalovatelnou újmu.¹⁵⁹

Problémem, na který Nicholls upozorňuje, je, že zatímco v případech nedbalosti advokátů lze ztracenou šanci dokázat obdobně jako jakékoli jiné skutečnosti, tak v případě medicínské nedbalosti a vyhlídek pacienta je situace odlišná. V těchto případech může být soud často odkázán na statistické důkazy. Ty ovšem nedokazují, co by se stalo v jednom konkrétním případě, pouze určují trendy založené na jiných osobách. Ze své podstaty tak nikdy nemohou být dokonalým obrazem reálného následku určité skutečnosti. To, jak Nicholls podotýká, je základem argumentu, že statistická šance a její ztracení nemůže tvořit reálnou újmu. Nelze skrze ni dosáhnout spravedlivého vyrovnání, protože vždy může vést k nadhodnocení či podhodnocení reálné újmy konkrétního pacienta. Přesto však Nicholls tento argument odmítá. Připomíná, že v některých kauzách a uvádí za příklad věc Fairchild, soudy byly ochotny upravit přístup tak, aby vyhověly obecné spravedlnosti a pomohly žalobci překonat důkazní mezeru. Ve světle toho pak Nicholls považuje užívání statistik při určování ztracené šance za adekvátní. Jako další argumenty ve prospěch užití statistik Nicholls uvádí, že stav pacienta, jaký by byl v případě řádné léčby, je neznámý kvůli nedbalosti lékaře. Dále že statistiky se už i tak obecně používají při určování náhrady za možné budoucí skutečnosti a také že statistiky v zásadě na základě zkušeností ostatních pacientů dokládají předvídatelné skutečnosti, například, že zpoždění v poskytnutí léčby povede ke zhoršení stavu pacienta. Často také mohou tvořit jediný způsob, jak určit zmenšení vyhlídek pacienta na vyléčení. Na druhou stranu Nicholls připouští, že relevance statistiky závisí na její kvalitě. Relevance je odvislá od užití metodologie, podobnosti zahrnutých jedinců i množství podkladových dat a dalších faktorů. To však dle Nichollse není důvodem pro odmítnutí statistik všeobecně.¹⁶⁰

Nicholls ve svém zdůvodnění rovněž předkládá argumenty ohledně užití teorie ztráty šance v případech medicínské nedbalosti. Připouští, že oproti případům jako je Chaplin v Hicks s sebou nesou případy medicínské nedbalosti tu obtíž, že stav poškozeného ve chvíli nedbalosti je rozhodný pro zodpovězení otázky, v jaké by byl pozici, pokud by k nedbalosti nedošlo a je

¹⁵⁹ Ibid.

¹⁶⁰ Ibid.

tak rozhodný pro určení jeho šance. U slečny Chaplin byla její ztracená šance jednoznačně určitelná, neb bylo možné říct v jaké situaci by byla, kdyby k nedbalosti nedošlo. Měla by možnost získat angažmá. Naopak v případě Hotson by byl stav poškozeného bez nedbalosti závislý na tom, jestli po pádu bylo zachováno dost krevních cév na zabránění nekróze. Zodpovězení této otázky pak muselo předcházet zodpovězení otázky, jestli by nekróze bylo zabráněno poskytnutím řádné péče. Vystala tedy otázka, jestli měl Hotson vůbec nějakou šanci a mohl o ni tak přijít. Obdobně v případě Gregg bylo zásadní, v jakém stavu byl pacient ve chvíli, kdy navštívil lékaře Scotta. Tato informace byla nezbytná pro určení, v jakém stavu by byl nebýt nedbalosti.¹⁶¹

Soudce Nicholls dále rozděluje medicínské případy do dvou kategorií. V první kategorii jsou případy, ve kterých lze ze stavu pacienta v době nedbalosti určit, jaký by byl jeho stav nebýt této nedbalosti. Do této kategorie spadá kauza Hotson. Pokud by Hotson prokázal dostatek krevních cév, tak by šlo říct, že pokud by dostal řádnou léčbu, tak by se zabránilo nekróze. Příklad Gregg Nicholls řadí do druhé kategorie. Určení stavu Gregga ve chvíli, kdy byl Scott nedbalý, není schopno dát odpověď na otázku v jakém stavu by Gregg byl nebýt nedbalé diagnózy. Nicholls dále uvádí, že zatímco pro případy prvního typu Sněmovna lordů v kauze Hotson určila užití klasického přístupu vše nebo nic dle standardu posouzení pravděpodobností, tak pro případy druhé kategorie nechala volný prostor pro uvážení užití teorie ztráty šance. Soudce souhlasí s tím, že by užití teorie v případech typu Hotson přineslo potíže, vzhledem k tomu, že by to znamenalo odchytil se od běžného přístupu k určování minulých skutečností. Nicméně podotýká, že se to netýká případu Gregg. Zde je pouze obtíž v otázce stavu, v jakém by byl pacient nebýt nedbalosti. Nicholls zdůrazňuje, že v takovém případě by právo mělo reagovat na následky užití klasického přístupu k zodpovězení otázky v jaké stavu by byl žalobce nebýt nedbalosti stejně jako v případech ekonomické ztráty. Stav Gregga vyjádřený v procentech pravděpodobnosti vyjadřuje nejpřesněji jeho pozici z pohledu medicíny. V zásadě se tedy Nicholls přiklání k aplikaci teorie ztráty šance v případech typu Gregg. Předkládá pro to i řadu argumentů. Například, že povinností lékaře je pečovat o pacienta a zvyšovat jeho šance. Pokud tuto povinnost poruší, tak by právo mělo pacientovi zajistit odpovídající náhradu, a to bez ohledu na velikost šance, o kterou byl připraven. Klasický přístup v daných případech není schopen tohoto dosáhnout. Měl by proto být upraven. Přístup, který ignoruje šance pod padesát procent dle Nichollse nemůže být správný a uvádí téměř doslovně, že pokud ho právo aplikuje, tak zasluhuje být přirovnáno k pomyslné řiti. Otázka velikosti šance nemá být

¹⁶¹ Ibid.

kritériem pro založení odpovědnosti, ale pouze pro určení výše náhrady. Jako další argument soudce uvádí, že nejistota je v medicíně vždy přítomna a nelze ji překonat, proto by na rozdíl od jiných nejasností měla být řešena specifickým způsobem. Silným argumentem Nichollse je i otázka legitimacy právního řádu. Common law dle něj musí být schopno vývoje, aby si legitimitu zachovalo, a proto není validním argumentem proti aplikaci teorie ztráty šance, že by byla vývojem práva. Stejně tak dle soudce je současný stav práva krutý, pokud nabízí kompenzaci při ztrátě počáteční šance větší než padesát procent, ale u nižší šance ochranu poskytnout odmítá.¹⁶²

Nichollsovo zdůvodnění předkládá a vyvrací i argumenty proti uznání ztracené šance za žalovatelnou újmu. Soudce zmiňuje argument předložený soudci Odvolacího soudu, že přípuštění teorie ztráty šance by otevřelo dveře novým nárokům, které by bylo obtížné odlišit od stávajících běžných případů medicínské nedbalosti. Nicholls s tím nesouhlasí. Zastává názor, že nepřipustit teorii z důvodu, že by založila nové případy, není relevantní. Naopak vznik nových případů považuje za přirozený následek rozvoje práva. K nejistému rozdělení případů pak uvádí, že teorie by se měla vztáhnout jen na případy typu Gregg a že námitka postrádá relevanci, protože soudy by si s dělením poradily a existence hraničních nejistých případů je jen malou daní za dosažení spravedlnosti. Relevanci nepřikládá ani obavě, že by přípuštění teorie v případě Gregg vedlo k ovlivnění postoje práva založeného případem Fairchild. Nicholls zmiňuje i argument, že by přípuštění teorie vedlo k navýšení nákladů na zdravotnictví a že by věc měl řešit Parlament. Vyvrací ho s tím, že by se teorie stejně uplatnila jen v případech, kdy by ztracená šance byla relevantního rozsahu, ku příkladu jako v řešeném případě. Nadto dodává, že úlohou soudu je poskytnout náhradu při relevantním nároku. Pokud by zákonodárce nesouhlasil s následky odpovědnosti lékaře, tak by jistě přijal k vyřešení situace potřebnou legislativu. Soudce neuznává ani argument, že by přípuštění teorie vedlo k defenzivní medicíně, vzhledem k tomu, že i bez přípuštění teorie lékaři mají odpovědnost. Pochybuje, že by rozhodnutí změnilo současnou praxi lékařů.¹⁶³

Závěrem soudce zmiňuje alternativní podání odvolatele. Dle něj mělo zpoždění v léčbě za následek rozšíření rakoviny, kdy toto rozšíření bylo žalovatelnou újmou. Dle zmíněného návrhu by tato újma měla být hodnocena jakožto příčina ztracení šance, a to na základě toho, že nebýt rozšíření rakoviny, tak by pacient měl větší šanci na přežití. Nicholls tuto alternativu označuje za zvláště atraktivní vzhledem k tomu, že by umožnila přiznat náhradu při zachování dokazování fyzické újmy na základě standardu posouzení pravděpodobností. Nicméně

¹⁶² Ibid.

¹⁶³ Ibid.

podotýká, že by aplikace tohoto přístupu nevyřešila základní otázku užívání teorie ztráty šance. Soudce končí svou část stanoviskem, že by z výše uvedených důvodů vyhověl odvolání.¹⁶⁴

Nicholls ve svém zdůvodnění jasně specifikuje své stanovisko. Předkládá silné argumenty pro připsání teorie a vyvrací i některé z protiargumentů. Zároveň však případ řeší nezávisle na související judikatuře. Zmiňuje a vypořádává se s případem Hotson, ale nereaguje na případy McGhee a další obdobné. Předkládá také rozdělení mezi případy Hotson a Gregg, které je však možné podrobit kritice. Použitelnost teorie je vyvoditelná v obou skupinách případů. Odlišení ze strany soudce je sice pochopitelné vzhledem k závěrům Sněmovny lordů v případě Hotson, nicméně vznesená argumentace ve prospěch teorie se dá vztáhnout k oběma případům. V případě Hotson totiž žalobce nebyl schopný prokázat, jestli měl, či neměl dostatek zachovaných cév a zdali mu tak byla, nebo nebyla nedbalostí způsobena újma v podobě nekrózy. Znalci pouze odhadovali pravděpodobnost, s jakou měl zachovaný dostatek cév. Tato pravděpodobnost pak představovala jeho šanci na vyhnutí se nekróze, o kterou byl připraven. V zásadě tato šance není odlišná od šance Gregga na uzdravení se při řádné léčbě, kterou měl ve chvíli, kdy vyhledal péči lékaře Scotta. V podstatě totiž lékaři tím, že Hotsonovi neposkytli řádnou péči vyloučili jeho šanci na vyhnutí se avaskulární nekróze. Pacient sice mohl být nekrózou postižen i při řádné léčbě, pokud neměl zachováno dost cév, ale mohl se jí i vyhnout, pokud jich měl zachováno dost. Skutečnost, jestli měl dostatek zachovaných cév, však byla zastřena a tvořila tudíž podstatu pacientovi šance. Z těchto důvodů nepovažují za patřičné případy rozdělovat dle aplikovatelnosti teorie ztráty šance. Lze sice uvažovat tím směrem, že Hotson nebyl schopen prokázat existenci své šance, o kterou byl připraven, jenže pokud by byl schopen prokázat dostatek zachovaných cév, tak by tím prokázal i kauzalitu k výsledné újmě. Vzhledem k tomu pak šance musí být právě ve vztahu k nejistotě ohledně zachování dostatečného množství cév. I argument, že dostatek cév je prostou minulou skutečností a musí tak být prokázán na základě standardu posouzení pravděpodobností, může být překonán. Daná nevědomost sice není tvořena nedostatkem poznání ohledně fungování lidského organismu, ale byla způsobena právě pochybením lékařů, kteří kdyby poskytli řádnou péči, tak by tím umožnili realizaci šance a tím pádem i demonstraci toho, jestli měl pacient zachováno dost cév, nebo neměl. Hotson nemohl prokázat, že měl dostatek cév a bylo by proto legitimní umožnit mu žádat náhradu šance, kterou měl šanci prokázat za pomoci znaleckých posudků. Tedy dělení mezi případy uvedené Nichollsem má své opodstatnění, nicméně i tak trvá závěr, že aplikace teorie je možná v obou skupinách případů.

¹⁶⁴ Ibid.

Za zvážení stojí i Nichollsova argumentace hodnotami spravedlnosti. Tímto i dalšími argumenty se budu zabývat v diskusní části své práce podrobně, proto jen nyní stručně zmíním, že tato argumentace ukazuje, že teorie ztráty šance není pouze estetickou úpravou stávajícího přístupu, ale týká se zásadní otázky účelu a uplatňování práva. Proti hodnotě spravedlnosti a účelu práva jakožto nástroje vyrovnávajícího narušené vztahy a pozice adresátů pak stojí argumenty politické, jako například zvýšení nákladů na zdravotní systém a náročnost aplikace teorie pro soudy vzhledem k nutnosti rozlišování případů. Nutnost zvážit tyto argumenty pak zakládá přesah diskuse o teorii ztráty šance z právní oblasti, což je další z faktorů, se kterými se musí legitimní rozhodnutí vypořádat. Soudce Nicholls tak činí, byť na druhou stranu lze jeho argumentaci označit za poměrně stručnou.

4.2.2 Soudce Hoffmann

Další zdůvodnění uvedené v rozhodnutí ve věci Gregg vytvořil soudce Hoffmann. Po obecném úvodu se věnuje dvěma argumentům, které byly žalující stranou předneseny nejprve před Odvolacím soudem a následně i před Sněmovnou lordů. První argument soudce označuje za kvantifikační. Argumentace je založena na tom, že žalobce je oprávněn k náhradě vzhledem k tomu, že kvůli nedbalosti lékaře Scotta u něj došlo k rozšíření rakoviny, což vedlo ke snížení jeho šance na přežití. Podkladem pro tento základ náhrady žádané žalobcem je dle soudce Hoffmanna užívaný princip, že při stanovování rozsahu újmy pravděpodobně způsobené žalovaným soud přihlédne k pravděpodobnosti tohoto způsobení. Soudce v tomto odkazuje na případ Mallett v McMonagle a jako příklad uvádí situaci, kdy poškozený vlivem způsobeného zranění bude čelit budoucím komplikacím, jako ku příkladu artritidě.¹⁶⁵ Princip lze shrnout tak, že při určování náhrady újmy soud přihlédne i k pravděpodobnosti s jakou možné pozdější následky nastanou a zohlední je v náhradě.

Soudce Hoffmann však odmítá použitelnost tohoto principu v kauze Gregg. Podkládá to tím, že princip se vztahuje pouze na újmu prokazatelně způsobenou protiprávním jednáním žalovaného. V řešeném případě se však neřešilo, jestli Gregg přežije deset let, neboť podle zjištěných skutečností tomu tak nebylo, ale jestli to způsobila nedbalost lékaře. Princip by se proto uplatnil, pokud by bylo prokázáno to, že to, že Gregg nepřežije deset let bylo způsobeno nedbalostí lékaře, což ale prokázáno nebylo. Soudce sice připouští, že zpoždění v léčbě vedlo k rozšíření rakoviny a snížení šance Gregga na přežití, ale podotýká, že založit na tom jeho nárok by znamenalo uznat šanci za platný základ nároku na náhradu.¹⁶⁶

¹⁶⁵ Ibid.

¹⁶⁶ Ibid.

V podstatě lze daný názor vyložit tak, že soudce podotýká, že nahradit skutečnost, že pacient nepřežije deset let, jakožto následek rozšíření nádoru, by bylo možné pouze pokud by tato skutečnost byla prokazatelně způsobena opomenutím lékaře. Pak by bylo možné v rámci stanovení náhrady za rozšíření nádoru zohlednit pravděpodobnost toho, že tento následek nastane.

Hoffmann závěrem podotýká, že nebylo zjištěno, že by rozšíření nádoru způsobilo, že se pacient nedožije dalších deseti let, neb by se jich spíše nedožil v jakékoli situaci.¹⁶⁷

V další části zdůvodnění Hoffmann předkládá druhý argument obžaloby. Tímto argumentem je návrh, aby ztráta šance byla uznána za žalovatelnou újmu. Soudce připouští, že tento přístup je praktikován v některých případech, přímo uvádí kauzu *Chaplin v Hicks*, ale zdůrazňuje, že vyvstává otázka, jestli je přístup aplikovatelný i na případy jako je *Gregg*. Jako podklad pro odpověď na tuto otázku uvádí případy *Hotson*, *Wilsher* a *Fairchild*. Z těchto případů s odkazem na článek *Helen Reece*¹⁶⁸ vyvozuje, že právo při hodnocení reality vychází z toho, že tato realita je utvářena zákony kauzality. Vždy existuje příčina skutečnosti, byť nemusí být známá. S problémem neznámé příčiny se pak právo vypořádává skrze důkazní břemeno. Vztaženo na konkrétní případ *Gregg* to pak znamená, že i jeho stav měl příčinu. A přestože není známá, tak byla přítomna. Za situace, kdy neexistuje speciální přístup, jako ten založený případem *Fairchild*, tak dle Hoffmanna nelze nahradit snížení očekávaného dožití, pokud není prokázáno, že toto snížení bylo způsobeno nedbalou diagnózou. Hoffmann své tvrzení podkládá i odkazem na rozsudek Nejvyššího soudu Kanady ve věci *Laferrière v Lawson*¹⁶⁹, kdy, jak soudce uvádí, soud dospěl k výše uvedenému závěru v případě obdobném kauze *Gregg*.¹⁷⁰

Hoffmann uvádí, že však z principu, že vše je řízeno zákony kauzality, existuje výjimka. Tento princip se nevztahuje na jednání lidí. Dle práva mají lidé svobodnou vůli a mohou si volit mezi různými možnostmi. To dle Hoffmanna z části vysvětluje, proč v případech, kdy je šance odvislá či riziko odvislé od nezávislého jednání další osoby, je někdy náhrada za tuto šanci přiznávána. Soudce v této věci odkazuje na případ *Allied Maples Group Ltd v Simmons & Simmons*¹⁷¹. Hoffmann nicméně obratem podotýká, že podstata případů ztráty šance je složitější, neboť nemožnost prokázat, že by někdo nějak jednal nevylučuje možnost prokázat, že by tak jednal spíše, než nejednal. Právo dává dělicí čáru, jak uvádí soudce, mezi případy,

¹⁶⁷ Ibid.

¹⁶⁸ Helen Reece, (1996) "Losses of Chances in the Law". *The Modern Law Review*, Vol. 59(2), pp. 188-206.

¹⁶⁹ *Laferrière v Lawson* (1991) 78 DLR (4th) 609

¹⁷⁰ *Gregg v Scott* [2005] UKHL 2.

¹⁷¹ *Allied Maples Group Ltd v Simmons & Simmons* [1995] 1 WLR 1602.

kdy následek závisí na možném jednání žalobce nebo osoby, za kterou nese odpovědnost žalovaný, a těmi, kdy se následek odvíjí od možného jednání či nejednání třetí osoby. U prvního druhu případů je nezbytné prokázat na základě standardu posouzení pravděpodobností, že nebýt protiprávního jednání, tak by žalobce nebo žalovaný jednali, či nejednali, čímž by nedošlo ke škodě, zatímco u druhé kategorie kauz žalobce může získat náhradu za ztracenou šanci na to, že by třetí osoba nějak jednala či nejednala k jeho prospěchu. Hoffmann dále doplňuje, že toto dělení je založené na politických důvodech. Nadto se většina případů náhrady ztracené šance týká ekonomické šance. Argument uzavírá s tím, že není třeba se rozhodnutími připouštějícími teorii ztráty šance zabývat, protože se na případ Gregg nevztahují.¹⁷² Tento postoj lze chápat tak, že v případě Gregg byla příčina následku jednoznačná, pouze neznámá. Nešlo o případ, kde by výsledný stav nebýt nedbalosti byl určen svobodným jednáním třetí osoby, tedy skutečností nedeterminovanou, a proto nebylo na místě aplikovat na případ přístup teorie ztráty šance.

Soudce předkládá i další argumenty pro své tvrzení. Zmiňuje, že jurisprudencí přišla s názorem, že přístup vše nebo nic v medicínských sporech je ve vztahu k odpovědnosti příliš omezující. Konkrétně v případě Gregg je pak uváděno, že si žalobce zaslouží náhradu, neb ztratil něco hodnotného. Žalobce dle soudce žádá všeobecné rozšíření přístupu založeného kauzou Fairchild a žádá přiznávání odškodnění v případech, kdy nedbalostí bylo zvýšeno riziko újmy. Tomu oponuje tím, že by tím došlo k překonání případů Hotson, Wilsher a omezení stanovených v případě Fairchild, aniž by k tomu byl legitimní důvod. Dále se zabývá žalobcem navrženými omezeními použití principu. Jedno omezení mělo nový přístup vztáhnout jen na případy, kdy žalobce utrpěl zranění, další jen na případy, kdy důkazní obtíže vyplynuly z nedostatku medicínských znalostí, a ne z nedostatku faktických znalostí. Hoffmann je odmítá s tím, že by byly nesystémové. Nebyly by principiální, transparentní a narušovaly by souvislost práva.¹⁷³

Zdůvodnění soudce zakončuje argumentem, že připuštění teorie ztráty šance by bylo výraznou změnou práva s vlivem na veřejné zdravotnictví, a proto ve shodě se soudcem Phillipsem a soudkyní Hale tuto otázku přenechává Parlamentu. Vyslovuje se pro zamítnutí odvolání.¹⁷⁴

Hoffmann stejně jako Nicholls uvádí řadu argumentů pro své rozhodnutí. Odvolává se na předchozí judikáty Sněmovny lordů, a dokonce se snaží i vypořádat s nemedicínskými

¹⁷² Gregg v Scott [2005] UKHL 2.

¹⁷³ Ibid.

¹⁷⁴ Ibid.

případy, ve kterých je připuštěno použití teorie ztráty šance. Nicméně lze vznést kritiku toho, že související judikaturu neřeší v celé její šíři. Navíc odkazuje na argument vznesený v případě Fairchild soudcem Nichollsem, že právo má být konzistentní a odlišení jednotlivých případů transparentní, aniž by se vypořádal s argumentem už výše zmíněným, proč Sněmovna lordů umožnila daleko větší zásah do kauzality a jejího prokazování, typicky v případě McGhee, či Chester v Afshar, ale připustit teorii ztráty šance odmítla. Rovněž nezdůvodnil, proč ekonomickou šanci lze nahradit, ale šanci na život ne.

Uvedl rovněž argument, že je možné nahrazovat šanci odvislou od jednání třetí osoby, tedy šanci na určité jednání, například, že soud rozhodne ve prospěch jedné ze stran, ale už není možné nahradit jiné šance, ku příkladu šance na přežití. V takových případech je nutné na základě standardu posouzení pravděpodobností prokázat, že nebýt nedbalosti, k následku by nedošlo. Z tohoto argumentu je patrné rozdělení případů, ale v zásadě argument nedává dostatečně silný základ pro aplikaci tohoto rozdělení. Odkazované tvrzení, že lidské jednání na rozdíl od ostatních skutečností není závislé na zákonech kauzality, je minimálně zpochybnitelné. Lze se setkat s poměrně silnými argumenty, že svobodná vůle neexistuje a jednání lidí je determinováno.¹⁷⁵ Dělicí linie se tím minimálně rozostřuje. Přestože tato argumentace je spíše na úrovni filozofické než právní, tak činění rozdílů mezi šancemi na výše uvedeném základě si žádá hlubší zdůvodnění, které však soudce neposkytl.

Hlavní nedostatek Hoffmanovy argumentace tkví v tom, že se problému věnuje povrchově a nepředkládá jasný a propracovaný argument, proč nelze uznat ztracenou šanci za žalovatelnou újmu. Na rozdíl od Nichollse, který se zaobírá úvahami na téma spravedlnosti, řeší Hoffmann politickou otázku vlivu odpovědnosti na zdravotnictví a jeho náklady. V zásadě tak právní otázku přípustnosti teorie ztráty šance přesouvá na Parlament. To je jistě legitimní, vzhledem i k mimoprávním rozměrům aplikace teorie ztráty šance. Rozhodovat o právně-politických problémech je jistě úlohou zákonodárce, nicméně podobná argumentace, jak už je ostatně uvedeno výše, ve vztahu ke Sněmovně lordů, která neměla obtíž s vytvořením pravidel s větším vlivem na právo, než je teorie ztráty šance, postrádá náležitou váhu.

4.2.3 Soudce Hope

Další ze soudců, Hope, začíná své zdůvodnění shrnutím případu. Zdůrazňuje složitost případu a vyjadřuje souhlas s postojem soudce Nichollse s nímž společně se odchyľují od názoru většiny soudců tím, že by odvolání vyhověli. Jak uvádí Hope, dle práva žalobce musí

¹⁷⁵ Na toto téma ve vztahu k odpovědnosti například Galen Strawson, (1994) 'The Impossibility of Moral Responsibility'. *Philosophical Studies*, Vol.75(1), 5-24.

na základě standardu posouzení pravděpodobností prokázat, že protiprávní jednání vedlo k újmě, či k ní podstatně přispělo. Jinak nemůže dosáhnout úspěchu ve věci. V řešené věci soudy dospěly k závěru, že nedbalé poskytnutí léčby mělo za následek rozšíření nádoru, což bylo fyzickým zraněním. Toto zranění pak bylo žalobním důvodem, vzhledem k bolesti a dalším negativním následkům. Soud první instance však žalobu zamítl, neb nezjistil kauzalitu mezi protiprávním jednáním a žalovanou ztrátou šance. Náhradu za zranění v podobě rozšíření tumoru se nezabýval, protože tato náhrada nebyla žalobcem žádána. Žalobce soustředil žalobu jen na nárok na náhradu za ztracenou šanci na příznivější zdravotní stav. Tento přístup dle Hopa naráží na slabinu práva, které nepřipouští náhradu šance v případech osobní újmy. Oddělení nároků na náhradu za ztracenou šanci a za ostatní následky fyzické újmy Hope označuje za důvod, proč se případ Gregg jeví ještě komplikovanějším.¹⁷⁶

Hope dále rozebírá aspekty odpovědnosti za osobní újmu. Obecně platí, že žalovaný musí mít vůči žalobci povinnost péče. Tato povinnost pak spočívá v ochraně žalobce před nastáním újmy, která je předvídatelným následkem nedbalosti či pochybení. Dále musí být přítomno porušení této povinnosti. Musí být přítomna i újma, za kterou je žalovaný odpovědný a která je žalovatelná. Existenci této újmy a kauzalitu k ní žalobce musí prokázat.

Soudce následně obecné požadavky konkretizuje. Shrnuje, že povinnost byla v kauze Gregg založena a byla žalovaným porušena. Také uvádí, že pro rozsah určení odpovědnosti lékaře je určující rozdíl mezi stavem, v jakém poškozený po nedbalosti je a v jakém by byl nebýt nedbalosti. Dále soudce pro případ Gregg připomíná, že soud první instance určil, že na základě standardu posouzení pravděpodobností by stav žalobce nebýt nedbalosti byl stejný jako stav v jakém žalobce byl v době řízení. Gregg totiž nedokázal prokázat, že je více pravděpodobné, než že není, že právě nedbalé zpoždění v léčbě vedlo ke ztrátě vyhlídek na uzdravení, nutnosti podstoupit intenzivnější léčbu a k dalším následkům. Nebyl tedy schopen vyvrátit to, že by následky byly přítomny i bez nedbalosti spíše, než nebyly. Soud první instance odmítl přiznat náhradu za ztracenou šanci, právě vzhledem k tomu, že odpovědnost nelze založit ve vztahu k následkům, které by nastaly i nebýt nedbalosti.¹⁷⁷

Hope stejně jako Hoffmann, byť velmi stručně, zmiňuje dva základy nároku uplatněného žalobcem. Čistou teorii ztráty šance a náhradu za ztrátu vyhlídek způsobenou prokázanou újmou, tedy rozšířením nádoru. Dle soudce tak náhrada nebyla žádána klasicky za bolest a podobné následky, ale za speciální újmu.¹⁷⁸

¹⁷⁶ Gregg v Scott [2005] UKHL 2.

¹⁷⁷ Ibid.

¹⁷⁸ Ibid.

Soudce odlišuje kauzu Gregg od případů Hotson a Kenyon v Bell¹⁷⁹. Rozdíl dle Hopa, který se v tomto opřel i o názor soudce Mackay vyjádřený v kauze Hotson, spočívá v tom, že ve zmíněných případech pro posouzení odpovědnosti byla klíčová otázka ohledně minulých skutečností nastalých již před nedbalostí.

Hope pokračuje předložením tvrzení, že vše, co se stalo před jednáním soudu má být řešeno za použití standardu posouzení pravděpodobností a vyjádřením nesouhlasu s tímto tvrzením. Za zásadní naopak považuje otázku, jestli podle stavu před nedbalostí bylo možné se ztrátě vyhnout, pokud by došlo k jinému sledu událostí. Oproti kauze Hotson v případě Gregg nebyly podstatné skutečnosti předcházející nedbalosti. Rozšíření tumoru bylo ve chvíli návštěvy pacienta u Scotta budoucností. Pro případ tak byla podstatná hypotetická možnost toho, že by se nemoc vyvíjela jinak, pokud by se tumor nerozšířil.

Případ Gregg se, jak rozebírá soudce, odlišuje také od případu Herskovits v Group Health Cooperative of Puget Sound, kterým se rovněž v případě Hotson zabýval soudce Mackay, jak je rozvedeno výše. Zatímco v případě Herskovits poškozený zemřel, Gregg byl v době řízení stále naživu. Vzhledem k tomu následek rozšíření nádoru, který tvoří základ žaloby, je dle Hopa stále otázkou budoucnosti. Na rozdíl od běžných případů, kde se dokazují dle standardu posouzení pravděpodobností minulé skutečnosti, v případě Gregg je tak, jak uvažuje Hope, nutné se vypořádat s dokazováním hypotetických skutečností.

Očekávání dožití je skutečností, které se dle soudce obecně dokazuje složitě. Jako pomocné a často jediné vodítko slouží statistiky. V jednoduchých případech se dle Hopa porovnává naděje dožití po nedbalostním zásahu a naděje, kterou by poškozený měl nebýt nedbalosti a žalobce musí na základě standardu posouzení pravděpodobností prokázat rozdíl a rozsah tohoto rozdílu mezi původní a novou nadějí dožití. Pro případ Gregg Hope uvádí, že situace je v něm složitější o to, že se musí porovnat očekávání dožití ve chvíli, kdy pacient již trpící rakovinou navštívil lékaře s očekáváním, které měl po nedbalé diagnóze. Přestože se tyto pozice liší, tak dle standardu posouzení pravděpodobností neměl Gregg ani v jedné naději na přežití. Nicméně, jak uvádí Hope, na rozdíl od případu Hotson, zde není podstatná minulé skutečnost, tedy skutečnost, která se běžně dokazuje na základě standardu posouzení pravděpodobností, s ohledem na to, že k rozšíření nádoru došlo až po nedbalosti lékaře. Právě toto rozšíření, které bylo v případě žalovatelnou újmou, pak dle Hopa vedlo ke ztracení žalobcovy šance na příznivější stav.¹⁸⁰

¹⁷⁹ Kenyon v Bell 1953 SC 125

¹⁸⁰ Gregg v Scott [2005] UKHL 2.

Hope dále uvažuje, že sice nebylo dokázáno, že by Greggův výsledný stav byl lepší nebýt nedbalosti lékaře, ale že to není důvod, proč by žalobce nemohl dostat náhradu. Zvláště když jeho šance byly sníženy nedbalostí lékaře, jehož povinností bylo naopak tyto šance zvyšovat. Podotýká, že pokud by právo dospělo k závěru, že žalobce nemá nárok na náhradu, tak by bylo vadným. Usuzuje, že přístup užitý v případě Hotson a Kenyon, kdy byly rozhodné minulé skutečnosti dokazované na základě standardu posouzení pravděpodobností, není pro případ Gregg vhodný. V kauze Gregg byla důležitou otázkou vlivu rozšíření tumoru, ke kterému došlo vlivem nedbalosti lékaře, a to v jaké by byl Gregg pozici, kdyby k rozšíření nádoru nedošlo. Hope podotýká, že bez ohledu na to, jestli by se Gregg vyléčil nebýt nedbalosti, tak jeho šance před nedbalostí a po ní byly různé. Nemělo by být rozhodující, jestli byly větší než padesát procent, či menší, pokud byly reálné. Takovéto šance jsou pro pacienty hodnotné i pokud jsou menší než oněch řečených padesát procent. Podstatu žaloby Hope nespatřuje ani tak v čisté teorii ztráty šance, jako spíše ve ztracené šanci, která byla následkem rozšíření rakoviny. Tutu šanci pak považuje za součást újmy způsobené tímto rozšířením, společně na příklad s bolestí.

Případ je dle Hope rovněž odlišný od některých podobných kauz. Jednak od případů, kdy žalobce žaluje náhradu za onemocnění, kterým netrpí, a kterým v budoucnu ani trpět nemusí, tedy od případů žalob na zvýšení rizika onemocnění. Takováto žaloba může uspět jen pokud žalobce na základě standardu posouzení pravděpodobností prokáže, že nemocí bude postižen. Oproti tomu Gregg už nemocí trpěl, jen přišel o část šance na vyléčení. Dále soudce odlišil případ Gregg od případů, kdy žalobce dle standardu posouzení pravděpodobností újmu utrpí tak jako tak vzhledem k faktorům nezávislým na škůdci. Naopak soudce podotýká analogii s případy, kdy vlivem fyzické újmy poškozený přijde o šanci na získání zaměstnání. V takových případech stačí prokázat existenci šance na získání zaměstnání, které bylo protiprávním jednáním zabráněno. V odůvodnění je uvedeno několik soudních rozhodnutí podkládajících tento argument. Další podobnost soudce zmiňuje ve vztahu k případům, kdy součástí určení náhrady za fyzickou újmu je i ztráta vyhlídek na uzavření manželství. Danou spojitost podkládá Hope tím, že Greggovi byly výrazně sníženy šance na uzdravení vlivem fyzické újmy, což bylo i prokázáno.

Přestože Gregg nemohl prokázat, že by se vyléčil nebýt nedbalosti, tak by dle soudce jeho ztráta šance měla být zohledněna.¹⁸¹

¹⁸¹ Ibid.

Hope zakončuje své zdůvodnění tím, že dle něj by ztracená šance žalobce měla být nahrazena, přičemž pokud by k náhradě byla potřeba existence fyzické újmy, tak touto újmou má být rozšíření rakovinného nádoru. Zároveň vyjadřuje souhlas s Nichollsem v tom, že základem pro žalobu Gregga je už to, že v době, kdy navštívil Scotta, trpěl nemocí a měl určité šance na příznivější stav, kterých byl zbaven nedbalostí. Souhlasí také s tím, že šance má být nahrazována bez ohledu na to, jestli je menší, nebo větší než padesát procent. Rovněž vyjadřuje podporu způsobu vypočtení náhrady, kdy se nejprve vypočte náhrada, která by byla přiznána v situaci, kdy nebyť nedbalosti, tak by pacient měl jistotu vyléčení a následně se tato náhrada procentuálně sníží dle míry šance, kterou by pacient skutečně měl nebyť nedbalosti.¹⁸²

Soudce Hope prohlásil souhlas s postojem soudce Nichollse, že by odvolání mělo být vyhověno. Nicméně stojí za zmínění, že z jeho odůvodnění je patrné, že by spíše byl pro užití mírnějšího přístupu než soudce Nicholls. Argumentuje více tím základem nároku, ve kterém se odvolatel opřel o prokázanou utrpenou fyzickou újmu v podobě rozšíření nádoru s tím, že ztracená šance je pak následkem této újmy. Hope zmiňuje, že by nerozlišoval mezi takovouto šancí a kupříkladu újmou plynoucí z vytrpěné bolesti, nebo z vědomí nepříliš nadějných vyhlídek dožití. Takovéto pojetí teorie ztráty šance je však dosti omezující. Místo založení nového pojetí nezávislé žalovatelné újmy jenom umožňuje nahrazovat následek klasicky pojaté újmy. Připuštění tohoto pojetí by sice bylo méně výrazným zásahem do anglické právní úpravy než klasická teorie ztráty šance, nicméně je otázkou, jestli by toto pojetí bylo schopné dosáhnout spravedlivého řešení i v jiných případech medicínské nedbalosti než v těch, ve kterých stejně jako u kauzy Gregg nedbalost způsobila konkrétní prokazatelnou fyzickou újmu, jako třeba řešené bolestivé rozšíření nádoru. Představme si případ, kdy se rakovina rozšíří, ale jiným způsobem než u Gregga. Dojde k obdobnému snížení šance na dožití, ale bez konkrétní fyzické újmy, neboť rozšíření bude v oblastech, kde nezpůsobí bolest, či jiné obdobné potíže, nebo bude z řešeného úhlu pohledu zkrátka zanedbatelné. Takovýto žalobce by pak byl ponechán bez ochrany a práva na náhradu, byť by nedbalost lékaře mohla mít ještě závažnější vliv na jeho vyhlídky. Takovýto přístup by byl pouze polovičatým řešením. Vyřešil by konkrétní případ, ale znovu zanechal řadu nezodpovězených otázek.

Zdůraznit lze i jistou míru rozporu v tom, že soudce Hope uvádí, že důvody jeho rozhodnutí jsou blízké důvodům soudce Nichollse, přestože, jak je zde rozvedeno, mají jiný podklad a v podstatě i rozdílný přístup k teorii ztráty šance.

¹⁸² Ibid.

4.2.4 Soudce Phillips

Soudce Phillips uvádí zdůvodnění svého rozhodnutí jako čtvrtý v pořadí. Zahajuje ho zdůrazněním skutečnosti, že případ Gregg nastolil důležitou politickou otázku, jestli by soud měl připustit uznání ztráty šance jako žalovatelné újmy. Podotýká, že důležitou roli v dokazování měly statistiky. Označuje čtyři skutečnosti, které v řešené kauze znesnadnily práci s důkazy. První skutečností je složitost a nedostatečnost statistických důkazů. Znalec Goldstone sice vytvořil model ukazující prognózy nemoci na stu pacientů a podal i ústní svědectví, přesto vyvodit z toho závěry týkající se konkrétně Gregga označuje soudce za obzvláště složité. Druhou skutečností je procesní historie případu. Obtíž této skutečnosti spočívá v tom, že původně byl Greggův případ založen na klasickém přístupu, ale před zahájením procesu se zjistilo, že rakovina, kterou pacient trpěl, dávala horší vyhlídky, než se původně myslelo, a u kterých nebylo možné na základě standardu posouzení pravděpodobností prokázat, že nebyť nedbalosti, tak by se Gregg vyléčil. Toto zjištění vedlo žalobce k použití žaloby založené na ztrátě šance. Třetí zmíněnou skutečností je použití nového přístupu ve vztahu k nároku za „ztracená léta“, jak nárok označuje Phillips. K tomuto uvádí, že na základě případu Pickett v British Rail Engineering¹⁸³ je možné žalobci přiznat náhradu za výdělek, o který přijde v důsledku zranění, které mu sníží naději dožití. Při uplatňování takového nároku je nutné porovnat původní očekávané dožití s novým, k čemuž se často použijí statistické důkazy. Dle Phillipse byl tento nárok uplatněn netradičním způsobem i v případě Gregg, kdy rozdíl spočívá v tom, že Gregg žádal náhradu za ztracenou šanci na vyléčení. Poslední komplikující skutečností je dle Phillipse fakt, že Gregg v době řízení před Sněmovnou lordů stále žil. Od chvíle, kdy započala léčba, Gregg přežil osm let. Tato skutečnost zvýšila jeho šance stát se přeživším. Vystává tedy vzhledem k tomu otázka, jestli vůbec o nějakou šanci na přežití přišel. Dále se Phillips podrobně věnuje historii případu a expertním důkazům v případě použitým. Mimo jiné zde znovu zdůrazňuje problematičnost rozdílu mezi prognózami Gregga a jeho skutečným stavem.¹⁸⁴

Phillips důkladně rozebírá otázku dokazování. Uvádí, že ve vyjádření dohodnutém stranami bylo uvedeno, že soudce první instance došel k závěru, že vlivem zpoždění léčby klesly šance Gregga na přežití z čtyřiceti dvou na dvacet pět procent. Odvolací soud pak měl dojít ke stejnému závěru. Podle soudce Phillipse je tento závěr však nesprávný. Znalec profesor Goldstone vytvořil pro případ Gregg model, kde na kohortě sta pacientů ukázal průběh nemoci, kterou trpěl Gregg. Model zahrnoval průběh jejich nemoci a bylo možné z něj vyčíst např. kolik

¹⁸³ Pickett v British Rail Engineering [1980] AC 136.

¹⁸⁴ Gregg v Scott [2005] UKHL 2.

pacientů ze sta zareagovalo na první léčbu, kolik na druhou a podobně. Bylo z něj také patrné, kolik pacientů přežilo a kolik zemřelo. Na základě modelu pak šlo určit, jaké byly šance Gregga ve chvíli kdy přišel za Scottem a jaké byly jeho vyhlídky v době procesu. Nicméně z něho nešlo vyvodit, že Greggovy šance klesly vlivem zpoždění. Šlo z něj odvodit jen to, jaké měl Gregg šance vzhledem k průběhu svého onemocnění a léčby, ale už ne, že by tento průběh byl jiný, pokud by se s léčbou začalo o devět měsíců dříve. Phillips podotýká, že užitý model nebyl vhodný pro hodnocení vlivu zpoždění léčby. Dále připomíná, že ani Goldstone ani soudce první instance však nevycházeli z toho, že by rozdíl mezi počáteční a následnou šancí byl způsoben zpožděním v léčbě. Goldstone naopak odhadl, že šance vlivem zpoždění klesla z počátečních zhruba třiceti procent na dvacet až třicet v době řízení a pak průběžně vzrůstala. Soudce první instance pak připustil, že pokud by byla léčba zahájena včas, tak na základě předloženého modelu by Gregg dosáhl remise bez intenzivnější léčby s vyšší než poloviční pravděpodobností. Nicméně na základě užití běžného přístupu se standardem posouzení pravděpodobností žalobu zamítl s tím, že žalobce neprokázal, že by jeho výsledná pozice byla rozdílná, pokud by léčba byla nasazena o devět měsíců dříve. Soudce první instance však také provedl hodnocení toho, jak by určil náhradu v případě, že by se jeho závěr ukázal nesprávným a žalobce by byl k náhradě oprávněn na základě teorie ztráty šance. Vycházel v zásadě z ušlého výdělků do doby důchodového věku. Phillip tomuto přístupu vyjadřuje obdiv a podotýká, že byť způsob určení nemusí být reálným základem pro odhad náhrady, tak soudce první instance neměl údaje pro aplikaci realističtějšího přístupu.¹⁸⁵

V odůvodnění lze nalézt i diskusi nad možností užití teorie ztráty šance na řešený případ. Phillips zde znovu připomíná složitou důkazní situaci případu. Žalobce dle něj utrpěl řadu nepříznivých následků nemoci. Bolest z rozšíření nádoru, intenzivní léčbu a duševní následky stresu vyvolaného nepříznivou prognózou a akutně hrozící smrtí a další. Nicméně nebylo možné vyvodit pravděpodobnost s jakou zpoždění v léčbě způsobilo tyto následky, a to jak jednotlivě, tak i celkově pro všechny následky. Jak dále soudce uvažuje, určit procentuální ztracenou šanci je komplikované a je k tomu zapotřebí odborného posouzení statistik. Naopak použití klasického přístupu s převahou důkazů nabízí jednodušší cestu, neboť takovéto stanovení kauzality není tak náročné jako vyvození procentuální ztracené šance. Tato jednoduchost je pro Phillipse politickým argumentem proti aplikaci teorie ztráty šance, neboť dle něj může být přímější přístup vytvářející hrubou spravedlnost lepší než přístup, který je složitý a někdy v praxi až nefunkční. Phillips připouští, že argument jednoduchosti nestačí

¹⁸⁵ Ibid.

k obhájení přístupu, který vede k nespravedlnosti, avšak v daném případě soudí, že nespravedlnost není tak zásadní, jak usuzují disentuující soudci, anebo aby postačovala k ospravedlnění změny právního řádu. Podotýká také v této věci, tedy v otázce změny stávajícího práva, že nebyl přesvědčen argumentací zmíněných soudců a nadto, že důvody soudce Hopa se neshodovaly s důvody soudce Nichollse, přestože se k nim první jmenovaný rovněž přihlásil. Phillips také odkazuje na případ Fairchild. Připomíná, že v jeho rámci Sněmovna lordů přistoupila ke změně práva, aby dosáhla spravedlnosti. Varuje před tím, aby se v jednotlivých případech přistupovalo k zavádění nových přístupů, aby se dosáhlo spravedlivějšího řešení, neboť by tím došlo k rozrušení jednotnosti Common law.¹⁸⁶

V další argumentaci ohledně otázky, jestli je pro zajištění souladu se spravedlností potřeba změnit stav anglického práva Phillips rozebírá čtyři typy nároků, které má k dispozici žijící žalobce.

Prvním nárokem je nárok ze separované újmy způsobené nedbalostí. Dle případů Hotson a Wilsher, doplněných výjimkou danou kauzou Fairchild, se žalobce může domoci náhrady pouze pokud prokáže kauzalitu mezi nedbalostí a újmou na základě standardu posouzení pravděpodobností. Hope a stejně tak Nicholls dle soudce nezmiňují, že by případ Gregg měl překonat kauzy Hotson a Wilsher, jakožto špatné právo. K tomu se přiklání i Phillips, neb opak by ovlivnil i další oblasti práva. Úvahu nad řádností stávajícího práva pak dle soudce náleží Law Commission, tedy komisi určené pro přezkoumávání práva a případné navrhování jeho změn, a ne Sněmovně lordů.

Druhým základem žaloby je nárok ze skutečnosti, že nedbalostí způsobená újma, typicky zranění, může vést k další újmě. Jako takovouto další újmu uvádí Phillips artritidu nebo epilepsii. Anglické právo se s tímto problémem dle něj vypořádává tak, že přiznává náhradu v jejímž rámci se zohlední i pravděpodobnost takovéto možné následné újmy, případně může dojít k aplikaci příkazu zatímní náhrady s tím, že poškozený může následnou újmu žalovat až poté, co nastane. Kauzalita k původní i možné následné újmě se prokazuje dle standardu posouzení pravděpodobností.

Předposlední nárok tvoří to, že nedbalostní újma snížila životní očekávání poškozeného. Jde o takzvané ztracené roky, které byly řešeny už výše. Jde o zvláštní základ nároku, dle kterého dochází k náhradě za ušlý výdělek, kterého poškozený vzhledem k předčasné smrti nebude schopen dosáhnout. I zde je nutné prokázat kauzalitu dle standardu posouzení pravděpodobností a Phillips prohlašuje, že nevidí důvod pro změnu práva tak, aby

¹⁸⁶ Ibid.

poškozenému mohla být přiznána i náhrada za ztracenou šanci dosáhnout výdělku během ztracených let. Dále shrnuje, že však v případě Gregg žalobce nepřikročil ke vznesení tohoto nároku, byť by mělo být možné prokázat na základě užitých statistik kolik let mohl ztratit a tím i dát podklad pro zahrnutí ušlého výdělku do náhrady. Náhrada by však pochopitelně byla možná za předpokladu, že by tyto roky byly ztraceny vlivem rozšíření tumoru, což však Phillips rovnou zpochybňuje. Připomíná rovněž, že žalobce vznesl místo toho nárok ze snížení jeho šance na dožití se těchto ztracených let.

Posledním a čtvrtým typem nároku, který Phillips rozebírá je nárok ze snížení vyhlídek na vyléčení nemoci, které bylo způsobeno nedbalostí. Připomíná názor soudce Nichollse, že ztracená šance by měla být nahrazena bez ohledu na to, jestli je větší, či menší než padesát procent. Připouští úvahu nad aplikací teorie ztráty šance v případech, že nežádoucí efekt nastal, ale v případech, kdy je efekt stále otázkou budoucnosti podobně otevřený postoj nemá. Určení rozsahu ztráty šance u případu Gregg dle soudce hraničí s nemožností. Soudce uvádí, že se naopak zdá, že nedbalost nevzala Greggovi šanci na vyléčení, jen zapříčinila větší bolestivost léčby. Vzhledem k tomu, nepovažuje řešenou kauzu za vhodnou pro zavedení teorie ztráty šance. Není dle něj patřičné přiznat náhradu za ztracenou šanci, pokud ještě není znám výsledek léčby. Proto se přiklání k užití klasického přístupu.¹⁸⁷

Závěrem soudce uvádí, že zpoždění v poskytnutí léčby mělo pravděpodobně řadu negativních následků, jako ku příkladu bolest, ale že žaloba nebyla na těchto skutečnostech založena. Přidává se proto v otázce rozhodnutí o odvolání na stranu soudce Hoffmanna a soudkyně Hale.¹⁸⁸

Podstatným přínosem odůvodnění soudce Phillipse je rozbor důkazní situace. Zabývá se statistikou užitou v případě a poukazuje na její špatné vyhodnocení některými aktéry případu. Má pravdu v tom, že v případech medicínské nedbalosti při určování existence a ztráty šance je zásadní odborné posouzení a vyhodnocení statistických důkazů. Statistika ukazuje trendy, výsledky vícero případů, a není proto schopna určit osud jednotlivce. Nicméně pokud je řádně vytvořena a interpretována, tak může být použita jako legitimní důkazní materiál. Ostatně často je to jediný způsob, jak zajistit dosažení spravedlivého rozhodnutí případu. Soudci jakožto profesionálové by měli být schopni se s řečenou situací vypořádat. Zároveň by však tento problém měli mít na paměti a měli by se vyhnout bezhlavému aplikování teorie ztráty šance.

¹⁸⁷ Ibid.

¹⁸⁸ Ibid.

Nejpodstatnějším na zdůvodnění Phillipse je, že v zásadě neodmítá teorii ztráty šance jako takovou. Představuje tak otevřené dveře v případě budoucích kauz, skrze které by se teorie nakonec přeci jen mohla do Common law prosadit. Na druhou stranu lze se soudcem polemizovat v tom, jestli případ Gregg byl či nebyl vhodným pro zavedení teorie do praxe. Skutečnost, že by dle soudce nárok neuspěl ani dle teorie ztráty šance, nemusí být nutně překážkou. Sněmovna lordů kupříkladu mohla rozhodnout, že teorie je aplikovatelná, jen určit, že Gregg o žádnou šanci nepřišel. Došlo by tak ke změně přístupu práva a zároveň i k obecnému stanovení toho, jak určovat přítomnost ztracené šance. Faktem však zůstává, že případ Gregg rozhodně není učebnicově jasným případem, kdy by žalobce mohl díky teorii ztráty šance uspět. Vzhledem ke vzácnosti jeho nemoci lze poměrně těžko určit o jakou šanci vlastně přišel.

Na rozdíl od Phillipse také skutečnost, že pacient byl v době řízení stále na živu, nepovažují za relevantní pro posouzení jeho ztracené šance. Mohl ztratit šanci, a přitom stále situaci přežít. Skutečnost jeho života nesnižuje legitimitu jeho žádosti na nahrazení toho, o co byl připraven. Nicméně hlubší argumentaci ohledně tohoto aspektu nabídnu až v příslušné pasáži své práce.

Se soudcem Phillipsem se naopak shodují v jeho hodnocení rozporu přístupů soudců Nichollse a Hopa. Soudce Hope založil své zdůvodnění na jiném přístupu než soudce Nicholls. Tato skutečnost do jisté míry určuje význam rozhodnutí kauzy Gregg, kde sice na jednu stranu existuje na první pohled jasná většina pro odmítnutí a dissent zastávající teorii ztráty šance, na druhou stranu je však při bližším pohledu význam odlišný. Pouze soudce Nicholls se přihlásil k teorii v její nezměněné podobě, a naopak většinový soudce Phillips aplikovatelnost teorie všeobecně nevyloučil, jen ji nepřipustil v konkrétním případě. Vzhledem k tomu lze uvažovat o tom, že v rámci jiného případu by teorie mohla být přijata, byť s pochybným podkladem v rámci rozhodnutí soudce Hopa. Tento fakt je pak třeba zohledňovat při argumentaci rozhodnutím případu Gregg, což se však alespoň v českém právním prostředí, jak bude ukázáno níže, neděje.

4.2.5 Soudkyně Hale

Poslední ze soudců Sněmovny lordů soudkyně Hale úvodem predestinuje, že řešený případ nebyl jednoduchý. Shrnuje klasický přístup k odpovědnosti, kdy je nutné na základě standardu posouzení pravděpodobností prokázat existenci povinnosti škůdce vůči poškozenému, její porušení, vznik škody a kauzalitu. Podotýká, že se zjištěnými skutečnostmi se pracuje pomocí daných principů. Tyto principy pak lze přizpůsobovat novým situacím. Uvádí případy Fairchild a Chester v Afshar jako příklady, avšak zdůrazňuje, že modifikace v těchto kauzách nevedly

k praktickým problémům či nespravedlnosti. Dále pokračuje ve výkladu tvrzením, že podstatou žaloby z nedbalosti je újma. Zásadní proto je, jakým způsobem je újma definována. V kauze Gregg žaloba byla ponejprv založena na klasické definici újmy. Avšak během řízení se žalobce dle soudkyně obrátil k užití jiné definice, aby překonal fakt, že nebyl schopný prokázat, že nebyl nedbalostí, tak by se vyléčil. Újmu pak v odvolání definoval dvěma způsoby. Použil i třetí způsob založený na případě Fairchild, který však Sněmovně lordů nepředložil. První žalobcův argument spočíval na tvrzení, že nedbalostí mu byla způsobena fyzická újma spočívající v rozšíření nádoru, kterážto zranění způsobilo následně ztrátu šance na vyléčení. Přičemž kauzalita k újmě dle žalobce měla být prokazována dle standardu posouzení pravděpodobností, ale kvantifikace následné ztráty šance měla být obdobná kvantifikaci zvýšení rizika na budoucí epilepsii či obdobné následné poškození zdraví způsobené jiným nedbalostním fyzickým poraněním, tedy mělo dojít ke zvážení šance a rizika. Soudkyně v této věci připomněla výrok soudce Diplocka z případu Mallet v McMonagle zmíněný soudcem Nichollsem.¹⁸⁹ Tento výrok, který je řešen i výše, uvádí mimo jiné i to, že při hodnocení náhrady škody závislé na budoucích skutečnostech, nebo na hypotetických budoucích skutečnostech, soud vychází z odhadů pravděpodobnosti a zohledňuje je bez ohledu na rozsah této pravděpodobnosti.¹⁹⁰

Soudkyně tento argument pro řešený případ odmítla s tím, že i následná újma, tedy ztracená šance, musí být v příčinné souvislosti prokázané na základě standardu posouzení pravděpodobností s újmou způsobenou nedbalostí, tedy v tomto případě rozšířením nádoru. Přirovnává to k příkladu, kdy po autonehodě musí zraněný dokázat, že o ušlý výdělek přišel vlivem zranění, a ne například toho, že po nehodě odjel na cestu kolem světa. V případě Gregg pak dle Hale nebylo na základě standardu posouzení pravděpodobností prokázáno, že nedbalost a jí způsobené rozšíření nádoru vedly ke ztrátě šance na příznivější zdravotní stav. Dle soudkyně to ale neznamená, že by žalobce neměl nárok na žádnou náhradu i při použití klasického přístupu. Měl by nárok na náhradu za bolest, útrapy, finanční ztrátu, případně za takzvaná ztracená léta, pokud by tyto aspekty újmy byly způsobeny zpožděním v léčbě. Podotýká však, že tyto náhrady před soudem řešeny nebyly, a to pravděpodobně z toho důvodu, že se žalobce soustředil na nárok plynoucí z toho, že nebyl nedbalostí, tak by dosáhl uzdravení, kterýžto nárok by založil vyšší náhradu újmy.¹⁹¹

Druhým základem žaloby, který se žalobce snažil uplatnit, byla nově definovaná újma tvořená ztracenou šancí na příznivější zdravotní stav. Žalobce se tedy pokusil uplatnit teorii

¹⁸⁹ Ibid.

¹⁹⁰ Mallet v McMonagle [1970] A.C. 166.

¹⁹¹ Gregg v Scott [2005] UKHL 2.

ztráty šance. Hale uvádí kauzu Hotson jako případ, kde se teorie řešila, a rovnou ho od případu Gregg odlišuje na tom základě, že zatímco u Hotsona byl jeho výsledný stav určen již v době příjezdu do nemocnice, a tak ho v zásadě nedbalost lékařů o šanci nepřipravila, tak u Gregga byl následek nemoci ve chvíli nedbalosti neznámý. Měl šanci na uzdravení, o kterou mohl být lékařem připraven. Hale rozděluje přístupy k teorii na širší a užší. Dle širšího by byl žalobce oprávněn k náhradě, pokud by došlo ke zmenšení vyhlídek, a to i v situaci, kdy by toto snížení nebylo spojeno s konkrétními fyziologickými změnami zapříčiněnými nedbalostí. Odpovědnost by mohla nastat už ve chvíli, kdy bylo zvýšeno riziko, byť se zatím neprojevovalo. Tento přístup Hale shledává obtížně slučitelným s běžným přístupem k odpovědnosti. Řádné celkové hodnocení náhrady by dle ní muselo počkat až na celkový výsledný stav poškozeného. Užší přístup je pak podle Hale založen na tom, že nedbalostí byla způsobena určitá fyziologická újma, které se sebou nese zvýšení určitého rizika.

Hale dále předkládá argumenty pro a proti aplikaci teorie ztráty šance. Prvním argumentem pro aplikaci dle soudkyně je, že nedochází ke změně přístupu ke kauzalitě, ale pouze k užití jiné definice újmy. Jako protiargument k tomuto uvádí, že zachování přístupu ke kauzalitě je pouze teoretické, v praxi by to tak jednoduché nebylo. Odvolává se v tomto na soudce Phillipse a jeho rozbor řešeného případu, kdy tento ukázal složitost prokázání toho, že snížení šance bylo způsobeno právě nedbalostí, a ne například onemocněním samotným. Předkládá také rozhodnutí Odvolacího soudu Nového Jižního Walesu ve věci Rufo v Hosking¹⁹², ze kterého vyvozuje, že v případě, kdy je porušena povinnost, může být až příliš jednoduché určit, že toto porušení vedlo ke ztrátě šance. Podotýká, že v daném případě rozhodnutí bylo podloženo i jednoduchou úvahou, že pokud by lékař dělal, co měl, tak by pacient měl lepší vyhlídky. Hale uzavírá, že při užití teorie by tak téměř vždy byla založena odpovědnost alespoň do nějaké míry.

Dalším soudkyní zmíněným argumentem je, že by aplikace teorie posílila naplňování jednoho z účelů práva, kterým v tomto případě je snaha vymáhat řádné plnění povinností. Povinnosti by pak mohly být vymáhány i v případech, kdy počáteční šance pacienta jsou nižší než padesát procent. Proti tomuto Hale stanovuje výrok, že ale ani jedinou ani hlavní motivací lékařů není jejich odpovědnost. Účelem civilní odpovědnosti je dle Hale hlavně náhrada vzniklé újmy, nikoli trestat škůdce, alespoň ne do takové míry jako například u trestního práva. Dále podotýká, že k založení odpovědnosti je mimo újmy nutná i nedbalost a příčinná souvislost mezi nimi. Skrze to se pak vrací k původní otázce, tedy co je žalovatelnou újmou.

¹⁹² Rufo v Hosking [2004] NSWCA 391.

Třetím argumentem předloženým soudkyní ve prospěch teorie je, že v některých případech ji lze aplikovat. Soudkyně zmiňuje odpovědnost advokátů a případ Kitchen v Royal Air Force Association. Pokládá pak otázku, proč by advokát měl být odpovědný jinak než lékař. Tomuto argumentu odporuje tím, že fyzická újma je podstatně odlišná od finanční. S odkazem na Weira¹⁹³ uvádí, že není rozdíl mezi penězi, které člověk čekal, že bude mít a penězi, u kterých čekal, že bude mít šanci je mít, neb jde stále o peníze. Naopak vidí rozdíl mezi příznivým stavem, který člověk měl mít a šancí na dosažení tohoto stavu, kterou měl mít. Odkazuje také na argument pracující s rozdělením mezi deterministické přírodní události a nedeterministické události ovládané lidskou vůlí.

Dalším argumentem představeným soudkyní Hale je, že přístup vše nebo nic vede v řadě případů k nadměrné, nebo naopak nedostatečné kompenzaci. Pokud je pravděpodobnost i jen padesát jedna procent, tak žalobce dostane vše, pokud je čtyřicet devět, tak naopak nedostane nic. V tomto je současný přístup nespravedlivý. Ve svém důsledku by však tento argument dle soudkyně vedl k proměně odpovědnostního práva. Namísto výsledné újmy by podstatnou byla jen šance na vyhnutí se této újmě. Negativním důsledkem teorie ztráty šance pak je, jak uvádí Hale, že žalovaný může být odpovědný i pokud pravděpodobnost, že způsobil újmu je nízká, a naopak žalobce nemusí být plně kompenzován, byť faktory mimo nedbalost jsou velmi nízké. Nadto, jak soudkyně podotýká, alespoň nějaká ztracená šance se vyskytne v téměř každém případě. Navíc pokud by z teorie benefitoval žalobce, tak by ji chtěli využít i žalovaní, aby snížili rozsah náhrady. To soudkyně považuje za krkolomný vývoj, který v důsledku bude na škodu. Při řešení případů bude zapotřebí více času, podrobnější znalecké zkoumání a vzhledem k tomu i více prostředků. Mimo to by změny nezůstaly jen v oblasti medicínské nedbalosti. V souhrnu by pak dle soudkyně zavedení teorie přineslo více obtíží než užitku.

Závěrem soudkyně zmiňuje i obtíž případu Gregg, spočívající v tom, že v něm nedošlo k materializaci rizika, což ho odlišuje od případů Hotson či Rufo v Hosking a také vymyká obsahu většiny odborné literatury zabývající se ztracenými šancemi. Zdůvodnění uzavírá tím, že se nepřiklání k aplikaci teorie ztráty šance, byť píše, že to není bez lítosti. Přiklání se a znovu s lítostí k tomu, aby odvolání nebylo vyhověno, vzhledem k tomu, že náhrada, kterou by dle ní žalobce mohl případně obdržet, vůbec nebyla předmětem řízení.¹⁹⁴

Hale předkládá řadu argumentů pro a proti užití teorie ztráty šance v případech medicínské nedbalosti. Dle jejího názoru převažují argumenty proti aplikaci teorie. Některé její důvody jsou silné, ale obecně vzato s nimi lze polemizovat, jak je ostatně dokázáno v příslušné

¹⁹³ Tony Weir, *Tort Law* (2002, Oxford University Press, ISBN: 9780199249985).

¹⁹⁴ *Gregg v Scott* [2005] UKHL 2.

pasáži této práce. Kriticky lze hodnotit skutečnost, že sice soudkyně předkládá argumenty, ale nevěnuje se jim příliš hluboce, některé zakončuje nepřiliš podloženými prohlášeními. Nadto se věnuje pouze okrajově kontextu anglického práva a související judikatuře. Nicméně základ jejího postoje je srozumitelný. Opírá se hlavně o důvody politické povahy řešící širší dopad teorie. Na rozdíl od Nichollse nevěnuje tolik pozornosti hodnotové argumentaci. Rozebírá sice názor, že současný přístup je nespravedlivý, ale argument vyvrací, aniž by použila spravedlnost, jakožto vůdčí hodnotu při podložení svého názoru.

4.2.6 Shrnutí případu Gregg

Výše shrnutý případ Gregg je, jak už bylo výše napsáno, klíčový pro vztah anglického práva k teorii ztráty šance. Nicméně je to případ spojený s řadou komplikací, které způsobují, že není vhodný pro získání ucelené argumentace ohledně teorie. Postoje soudců k případu i k teorii ztráty šance samotné se liší. Lze dokonce uvažovat, že pokud by se jednalo o případ méně komplikovaný, tak by se teorie prosadit mohla, zvláště vzhledem ke zdůvodnění soudece Phillipse. Na druhou stranu je případ cenným pramenem a ukazuje komplikovanost teorie a jejího užití. Dokazuje, že i pokud by obecně byla aplikace teorie přípuštěna, tak stále mohou nastat případy, které budou hraničními. Soud by v takových případech musel znovu zvážit, jestli je teorie aplikovatelná i pro ně a své rozhodnutí pečlivě zdůvodnit, aby nebyla narušena celistvost práva a právní jistota jeho adresátů.

Soudci Sněmovny lordů předkládají řadu argumentů ve prospěch i neprospěch teorie ztráty šance, uvažují o právních i společenských aspektech její aplikace a obecně předkládají srozumitelné stanovisko. Výše je však uvedena i kritika jejich přístupu spočívající převážně v nekonzistentnosti s ohledem na další případy upravující stávající přístup k prokazování kauzality. Kritiku lze vnést i ve vztahu k důrazu, který někteří soudci kladou právě na společenské aspekty aplikace teorie. Soud by měl zvažovat především právní aspekty věci a úvahy ohledně vlivu určitého nároku na systém zdravotnictví nechat na příslušných autoritách. Úlohou soudu je narovnávat narušené společenské vztahy a vyrovnávat postavení stran ve vztazích přirozeně nerovných. Neměl by proto zakládat svá rozhodnutí primárně na materiálních aspektech problému. Na druhou stranu by ovšem bylo rovněž chybou reálný dopad rozhodnutí ignorovat. Soud by tedy měl postupovat tak, že zváží dopady svého rozhodnutí, zohlední je, ale nebude jimi argumentovat jako hlavními důvody. V tomto je možné se ztotožnit hlavně se soudcem Nichollsem, který své rozhodnutí podložil i spravedlností, která je vůdčí hodnotou práva.

Jak je rozvedeno výše, rozhodnutí nemusí být ve vztahu k teorii ztráty šance konečným. Další vývoj pak může být inspirací i pro české právní prostředí ať už k přijetí, či odmítnutí

aplikace teorie. Anglické soudy obecně vnímají potřebu v některých případech zvolit jiný než klasický přístup k pojetí kauzality vzhledem k reálným a prakticky nepřekonatelným obtížím prokazování některých skutečností. Je tak možné, že zohlední danou potřebu i v rámci medicínských sporů a je legitimní otázkou, jestli se tak stane použitím teorie ztráty šance, či jiným právním nástrojem.

5 Obecné shrnutí odpovědnosti lékaře v českém právu

Právní odpovědnost je možné popsat jako povinnost nést následky za své jednání, ať už konané v jakékoli formě. Nastává při porušení právem uložené povinnosti a vyplývá z ní nová povinnost zpravidla přistupující k povinnosti původní.¹⁹⁵ Stejně jako v jiných odvětvích práva je odpovědnost přítomna i v právu zdravotnickém. Její důležitost je o to vyšší, že je jedním z nástrojů vyrovnávajících postavení lékaře a pacienta. Rovněž slouží k prosazování řádného postupu lékařů, byť jak uvádí soudkyně Hale, obava před možnými právními následky není jedinou ani hlavní motivací lékařů pro poskytování řádné péče¹⁹⁶.

Zdravotnický profesionál je při vykonávání svého povolání podroben více formám odpovědnosti. Jde o odpovědnost trestní, správní, pracovněprávní, disciplinární a občanskoprávní. Z těchto forem je pak v rámci úvah nad teorií ztráty šance nejrelevantnější odpovědnost civilní.

V rámci české právní úpravy dochází k poskytování lékařských služeb dvojitým způsobem. Jednak v režimu smluvním a jednak mimosmluvně. Smluvní péče je nejčastěji podřaditelná pod smlouvu o péči o zdraví upravenou v zákoně č. 89/2012 Sb., občanský zákoník (dále jen „OZ“) v ust. § 2636 a násl. Základem vztahu lékaře a pacienta je proto konsensus, byť zde platí smluvní přímus, kdy poskytovatel lékařských služeb je mimo zákonem stanovené důvody povinen pacientovi péči poskytnout. Výše zmíněná smlouva se zpravidla uzavírá ústně.¹⁹⁷ Druhá forma poskytování lékařské péče, tedy mimosmluvní, není odvislá od konsensu mezi lékařem a pacientem. Půjde ku příkladu o péči poskytovanou ve stavu nouze, kdy pacient není schopen vůli projevit, či o péči, které se pacient musí podrobit na základě zákona.¹⁹⁸

Důležitým specifikem medicínské odpovědnosti je, že lékař obecně neodpovídá za dosažení určitého výsledku, tedy na příklad za vyléčení pacienta, ale pouze za řádné poskytování péče. Nicméně v některých specifických případech, jako jsou ku příkladu některé zákroky estetické medicíny, je za určitých podmínek možná i odpovědnost lékaře za výsledný stav pacienta. Lékař však vždy musí postupovat s péčí řádného odborníka upravenou v ust. § 5 odst. 1 OZ a profesními standardy.¹⁹⁹ Zákon o zdravotních službách přímo zakotvuje povinnost

¹⁹⁵ Jolana Těšinová, Tomáš Doležal, Radek Polícar, *Medicínské právo* (2. vydání) (2019, C. H. Beck, ISBN: 978-80-7179-318-2), str. 369.

¹⁹⁶ Gregg v Scott [2005] UKHL 2.

¹⁹⁷ Petr Šustek, Tomáš Holčápek a kolektiv, *Zdravotnické právo* (2016, Wolters Kluwer ČR, ISBN: 978-80-7552-321-1), str. 301.

¹⁹⁸ Ibid, str. 301.

¹⁹⁹ Ibid, str. 299, 300.

poskytovatele postupovat s náležitou odbornou úrovní.²⁰⁰ Touto náležitou odbornou úrovní se rozumí poskytování péče dle pravidel vědy a uznávaných medicínských postupů, při respektování individuality pacienta a s ohledem na konkrétní podmínky a objektivní možnosti.²⁰¹ Zákon o zdravotních službách tak v zásadě definuje náležitosti postupu lege artis, který musí lékař dodržet.

Občanskoprávní odpovědnost v medicínských pochybeních se rozpadá do odpovědnosti za porušení smluvní a mimosmluvní povinnosti. Při porušení smluvních povinností nastupuje objektivní odpovědnost, jejímiž aspekty jsou protiprávní jednání, vznik újmy a příčinná souvislost mezi nimi. Občanský zákoník nabízí v ust. § 2913 odst. 2 liberační důvod. Dle něj se může odpovědná osoba zprostit odpovědnosti, pokud nemohla dostát svým povinnostem kvůli mimořádné, nepředvídatelné a nepřekonatelné překážce, která je nezávislá na vůli škůdce. Odpovědnost založená porušením zákonné povinnosti je naopak odpovědností subjektivní, neboť mimo výše skloňované protiprávní jednání, újmu a kauzalitu je pro její vznik nutné ještě zavinění škůdce. Zákonná povinnost je porušena, pokud škůdce zasáhne do absolutního práva poškozeného, nebo jiného práva, je-li narušená povinnost zákonem daná na ochranu práva do něhož bylo zasaženo.²⁰² Zákon k odpovědnosti z porušení zákonné povinnosti přímo stanovuje, že povinnost nahradit újmu vzniká škůdci, který vlastním zaviněním poruší povinnost stanovenou zákonem a zasáhne tak do absolutního práva, nebo pokud zasáhne do jiného práva zaviněným porušením zákonem stanovené povinnosti určené na ochranu takového práva.²⁰³

V rámci civilněprávní odpovědnosti povinnost k náhradě újmy vzniká rovněž při úmyslném porušení dobrých mravů²⁰⁴, při porušení prevenční povinnosti²⁰⁵ a za zákonem stanovených podmínek v případě, že je újma způsobena náhodou²⁰⁶, nicméně význam těchto forem porušení povinnosti je v medicínské odpovědnosti spíše okrajový.

V rámci medicínských případů lze uvažovat i o aplikaci některých zvláštních skutkových podstat upravených občanským zákoníkem. Jde například o odpovědnost za škodu způsobenou provozní činností, byť judikatura českých soudů k této aplikaci zaujala spíše

²⁰⁰ Zákon č. 372/2011 Sb., o zdravotních službách, § 45 odst. 1.

²⁰¹ Ibid, § 4 odst. 5.

²⁰² Petr Šustek, Tomáš Holčápek a kolektiv, Zdravotnické právo (2016, Wolters Kluwer ČR, ISBN: 978-80-7552-321-1), str. 302-304.

²⁰³ Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, § 2910.

²⁰⁴ Ibid, § 2909.

²⁰⁵ Ibid, § 2900 a násl.

²⁰⁶ Ibid, § 2904.

negativní postoj.²⁰⁷ Dále jde o odpovědnost při použití vadné věci²⁰⁸, odpovědnost samovolně způsobenou věcí²⁰⁹, nebo odpovědnost za škodu způsobenou informací nebo radou²¹⁰.

Jak už je uvedeno výše, pro založení občanskoprávní odpovědnosti je třeba naplnit její aspekty. Prvním z těchto aspektů je protiprávní jednání. Jde o jednání, či opomenutí, které je v rozporu s právním řádem a porušuje buď smluvně převzatou nebo zákonem uloženou povinnost. Pramenem těchto povinností mimo zákon samotný nebo smlouvu jsou též profesní standardy neboli výše řešený *lex artis*, které právní řád činí závaznými.²¹¹ Dalším prvkem odpovědnosti je újma. Újma může mít formu majetkové újmy, tj. škody dělící se na *damnum emergens* a *lucrum cessans*, nebo formu nemajetkové újmy. Nemajetková újma může spočívat v zásahu do osobnostních práv člověka, na příklad jeho duševní a tělesné integrity, nebo soukromí, anebo v ublížení na zdraví. Ublížením na zdraví pak může být jak přímé zhoršení zdraví, tak i nezlepšení zdravotního stavu, pokud bylo toto zlepšení očekávatelné. Mezi újmu se řadí rovněž bolest, útrapy, či omezení způsobu života a případně i další negativní dopady jednání škůdce.²¹² Třetím aspektem odpovědnosti je příčinná souvislost mezi protiprávním jednáním a újmou. Obecně platí, že jednání musí být *conditio sine qua non* újmy, což znamená, že musí být naplněna podmínka, že nebýt jednání, k újmě by nedošlo. Přístup je upraven skrze gradaci příčinné souvislosti, která řeší případy, kdy vedle sebe působilo více příčin, tím, že bere v potaz míru jejich přispění k následku. Překážkou pro založení kauzality není ani skutečnost stavu pacienta v době převzetí do péče, pokud poskytovatel tento jeho stav svým přispěním ještě zhoršil. Obecně české soudy vyžadují u kauzality prokázání s praktickou jistotou. Do tohoto zasahuje judikát Nejvyššího soudu ČR²¹³. Pod vlivem tohoto rozhodnutí pak platí, že příčinná souvislost sice musí být prokázána s jistotou, avšak dokázání této jistoty nebrání, pokud znalec své závěry vyvodí pouze jako pravděpodobnostní. V rámci volného hodnocení důkazů totiž soud může i na základě pravděpodobnosti vyvodit jisté závěry. Na druhou stranu stojí za zmínění, že tento výklad zásady volného hodnocení důkazů vznáší pochyby, jestli nevede k zásadnímu oslabení požadavku jistoty.²¹⁴ Těšinová, Doležal a Polícar uvádějí, že prokazování kauzality je zvláště v medicínských případech problematické. Soudní praxe dle

²⁰⁷ Petr Šustek, Tomáš Holčapek a kolektiv, *Zdravotnické právo* (2016, Wolters Kluwer ČR, ISBN: 978-80-7552-321-1), str. 304, 305.

²⁰⁸ *Ibid.*, str. 307.

²⁰⁹ *Ibid.*, str. 308.

²¹⁰ *Ibid.*, str. 309.

²¹¹ *Ibid.*, str. 313, 314.

²¹² *Ibid.*, str. 315-317.

²¹³ 25 Cdo 1222/2012.

²¹⁴ Petr Šustek, Tomáš Holčapek a kolektiv, *Zdravotnické právo* (2016, Wolters Kluwer ČR, ISBN: 978-80-7552-321-1), str. 317, 318.

nich vychází z požadavku prokázání kauzálního nexu s jistotou, což platí hlavně v oblasti trestního práva, avšak i civilní soudy k prokazování kauzality takto přistupovaly. Na druhou stranu právě civilní soudnictví na tento často nereálný přístup reaguje a připouští i nižší míru než jistotu pro prokázání kauzality. Lze tak předpokládat, že se český přístup přiblíží přístupu aplikovanému za hranicemi. Autoři v této věci poukazují i na anglický přístup se standardem posouzení pravděpodobností.²¹⁵ Posledním prvkem je pak zavinění, které se však vztahuje pouze k subjektivní odpovědnosti. Jde o vnitřní vztah jednající osoby k následku jejího jednání. Má ovládací a rozpoznávací složku. Nabývá formy úmyslu přímého, či nepřímého, nebo nedbalosti vědomé, či nevědomé. Dle ust. § 2911 OZ je pak zavinění presumováno.²¹⁶ Přičemž jde o presumpci zavinění z nedbalosti.²¹⁷

Občanský zákoník upravuje několik druhů nároků, které má poškozený vůči škůdci. Jednak jde o nároky vyplývající z zásahu do osobnostních práv, upravené v ust. § 82 OZ. V takovém případě se poškozený může domáhat, aby bylo upuštěno od zásahu do jeho práv, nebo aby byl odstraněn následek takového zásahu. Ovšem uplatnění těchto nároků v oblasti zdravotnického práva, byť je teoreticky možné, bude poměrně vzácné, pokud vůbec reálně možné.²¹⁸

Dalším nárokem je pak náhrada škody. Ta se, jak už je výše řečeno, dělí na náhradu skutečné škody a ušlého zisku. V oblasti medicínských sporů lze za příklad majetkové újmy, tedy škody, uvést třeba náklady na zdravotní pomůcky, či léčebné výdaje.²¹⁹

Posledním druhem nároku je odčinění nemajetkové újmy.²²⁰ Dle občanského zákoníku se nemajetková újma odčínuje, pokud si to strany ujednají, nebo pokud to stanoví zákon.²²¹ Zákon pak odčinění nemajetkové újmy stanovuje například v případě zásahu do přirozených práv člověka.²²²

²¹⁵ Jolana Těšinová, Tomáš Doležal, Radek Polícar, *Medicínské právo* (2. vydání) (2019, C. H. Beck, ISBN: 978-80-7179-318-2), str. 376, 377.

²¹⁶ Petr Šustek, Tomáš Holčápek a kolektiv, *Zdravotnické právo* (2016, Wolters Kluwer ČR, ISBN: 978-80-7552-321-1), str. 318, 320.

²¹⁷ Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, § 2911.

²¹⁸ Petr Šustek, Tomáš Holčápek a kolektiv, *Zdravotnické právo* (2016, Wolters Kluwer ČR, ISBN: 978-80-7552-321-1), str. 321.

²¹⁹ *Ibid*, str. 322.

²²⁰ *Ibid*, str. 323.

²²¹ Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, § 2894 odst. 2.

²²² *Ibid*, § 2956.

Dle občanského zákoníku lze nahrazovat též duševní útrapy třetích osob zapříčiněné usmrcením, nebo zvláště závažným ublížením na zdraví, přičemž tyto mají vyvážit utrpení, případně má být jejich výše určena dle zásad slušnosti.²²³

²²³ Petr Šustek, Tomáš Holčápek a kolektiv, Zdravotnické právo (2016, Wolters Kluwer ČR, ISBN: 978-80-7552-321-1), str. 325, 326.

6 Česká judikatura

6.1 25 Cdo 3332/2020

Žalobcem v tomto případě byl manžel zesnulé pacientky, který se domáhal náhrady nemajetkové újmy a nákladů pohřbu. Pacientka zemřela v důsledku disekujícího aneuryzma aorty, které jí nebylo v důsledku non lege artis postupu řádně diagnostikováno. Postup non lege artis dle soudu první instance spočíval v absenci zásadních informací ve zdravotnické dokumentaci pacientky a v zanedbání ze strany lékařky, která nezjistila podstatné informace a neuskutečnila potřebná vyšetření, která mohla vyvrátit pravděpodobnější příčiny stavu pacientky a vést ke správné diagnóze. Pokud by byla diagnóza stanovena řádně a poskytnuta potřebná péče, tak by pacientka měla padesátiprocentní šanci na přežití.

Soud první instance žalobci přiznal náhradu na základě skutečnosti, že postup lékařky vedl alespoň k částečné příčinné souvislosti, neboť, jak soud uvedl, podstatně zvětšil pravděpodobnost vzniku následku. Odvolací soud se přiklonil k rozhodnutí soudu první instance, když rozhodl, že jeho závěry jsou správné. Dle odvolacího soudu byl postup lékařky non lege artis, neboť lékařka měla pacientku podrobit dalším vyšetřením, která mohla určit její diagnózu, o které měla lékařka uvažovat vzhledem k onemocnění otce pacientky, které bylo v dokumentaci uvedeno. Naopak postup lékařky vedl ke ztrátě šance pacientky na stanovení správné diagnózy a šance na přežití a byl tak příčinou úmrtí pacientky. Žalovaná strana následně podala dovolání.

Důvody, na kterých bylo dovolání založeno spočívaly zejména ve tvrzení žalované, že nebyl přítomen postup non lege artis a že závěr soudů nižších instancí, že k založení odpovědnosti postačí pouhá parciální kauzalita, nemá oporu v právu, které vyžaduje ohledně kauzality zpravidla jistotu.

Nejvyšší soud dovodil přípustnost dovolání ve vztahu k nároku na nemajetkovou újmu. Přípustnost určil ve vztahu k otázce kauzality. Problém kauzality pak rozebral a uzavřel s tím, že příčinná souvislost je podmínkou pro založení odpovědnosti. Kauzalita je pak dána, pokud protiprávní jednání je podmínkou, bez které by k následku nedošlo. Jako zvláštní právní přístup pak senát Nejvyššího soudu zmínil teorii ztráty šance. Tu specifikoval jako přístup, dle kterého je újmou sama ztracená šance na vyhnutí se výsledné újmě. Ztracená šance je dle soudu odlišná od života či zdraví, a právě k ní je třeba při aplikaci teorie ztráty šance dokazovat příčinnou souvislost protiprávního jednání. V tom, že se odvolací soud přiklonil k aplikaci zmíněné teorie a ztotožnil ztracenou šanci s újmou plynoucí z úmrtí manželky žalobce, pak Nejvyšší soud spatřil rozpor s rozhodnutím 31 Cdo 2376/2021. O tomto rozhodnutí pak Nejvyšší soud uvedl,

že vylučuje založení odpovědnosti na základě teorie ztráty šance z důvodu rozporu s maximou, že nikdo nesmí být nucen činit, co zákon neukládá. Senát následně vztáhl jmenované rozhodnutí, pro které byl rozhodný již neplatný občanský zákoník 40/1964 Sb., i na současně platnou právní úpravu, která dle něj postrádá ospravedlnění i základ pro uznání šance za samostatný statek a jeho ztotožnění s újmou na životě.

Soud pokračoval ve zdůvodnění obecnou úvahou, že je představitelné, aby postup non lege artis byl zásahem do osobnostních práv pacienta vedoucím k újmě na těchto právech. Zdůvodnil to faktem, že takový postup může mít za následek nejistotu, útrapy a zásah do integrity, a to v míře rozsáhlejší, než je míra těchto útrap daná samotným onemocněním a potřebnou léčbou, vzhledem k osobní povaze poskytování zdravotních služeb. Soud podpořil své tvrzení i odkazem na vývoj právního pojetí autonomie pacienta. Dále uvažoval, že právě právo pacienta na určitý standard péče může být podkladem pro nárok označitelný jako nárok ze ztracené šance, pokud je přítomen non lege artis postup, ale není možné dostatečně určit vznik klasického pojetí újmy. Do osobnostních práv pacienta může být zasaženo i non lege artis postupem narušujícím hodnotu zdraví, kdy pacient je nucen čelit skutečnosti, že byl zbaven šance na uzdravení, či příznivější zdravotní stav, a to, byť není dána kauzalita k nárokům plynoucím z poškození zdraví upravených občanským zákoníkem, jako je například bolestné, či ztížení společenského uplatnění. Takový nárok soud označil za osobnostní, nemajetkový, samostatný a odčinitelný přiměřeným zadostiučiněním. Zároveň však vyloučil jeho nahraditelnost vůči pozůstalým osobám.

K řešenému případu soud pak uvedl, že závěr soudů nižších instancí, že byla dána „minimální částečná příčinná souvislost“ mezi non lege artis postupem a úmrtím pacientky a že odpovědnost byla založena vzhledem k tomu, že pacientka byla jednáním připravena o šanci na přežití, je mylný. Pro založení odpovědnosti, jak připomněl Nejvyšší soud, by bylo nutné, aby protiprávní jednání bylo nezbytnou podmínkou úmrtí. Tedy jednání lege artis by naopak s vysokou mírou pravděpodobnosti muselo vést k záchraně pacientky. K danému však soudy nižších instancí nedospěly. Pokud pak soudy nižších instancí uvedly, že ztráta šance na diagnózu vedla ke ztrátě šance na přežití a úmrtí, tak dle Nejvyššího soudu bez zdůvodnění ztotožnily ztracenou šanci a kauzalitu mezi pochybením a výslednou újmou a zasáhly tak do obecného přístupu k příčinné souvislosti. Vzhledem k tomu pak Nejvyšší soud zrušil příslušné části rozhodnutí nižších soudů a věc vrátil první instanci k dalšímu řízení.²²⁴

²²⁴ 25 Cdo 3332/2020.

Výše rozebrané rozhodnutí je posledním rozhodnutím českých soudů týkajícím se teorie ztráty šance. Potvrzuje závěr předcházejícího rozhodnutí Velkého senátu Nejvyššího soudu 31 Cdo 2376/2021, které je rozebráno níže. Je rovněž reakcí na rozhodnutí nižších soudů, které v podstatě pod teorii ztráty šance, respektive její pojetí šance, jakožto samostatné újmy, schovaly snížení důkazního standardu pod v Anglii užívaný standard posouzení pravděpodobností, kdy i padesátiprocentní šanci na přežití vyloučenou vlivem protiprávního jednání označily za dostatečnou pro založení odpovědnosti. Dle anglického práva by šance pacientky musela být vyšší než padesát procent, tedy nestačilo by, že pokud by dostala řádnou péči, která byla vyloučena vlivem pochybení, tak by přežila s pravděpodobností jen padesáti procent. Nejvyšší soud toto pojetí odmítl.

Zde je ovšem třeba nepodlehnout omylu, neboť výše uvedený postup není aplikací teorie ztráty šance, byť Nejvyšší soud nejprve uvedl, že právě aplikací teorie ztráty šance se nižší soudy dostaly do rozporu s rozhodnutím 31 Cdo 2376/2021. Nicméně i tak lze s odmítnutím přístupu ze strany Nejvyššího soudu souhlasit, neboť založení odpovědnosti na takto nízkém standardu ve vztahu k celé výsledné újmě je nepřiměřené. Pokud to vztáhneme ad absurdum, tak by lékař mohl odpovídat za celou újmu i pokud by šance na přežití pacienta byla bez nedbalosti třeba pět procent. Takový přístup by byl neobhajitelný a neudržitelný. Nejvyšší soud se tedy přiklonit ke klasickému pojetí odpovědnosti a přiznání náhrady vyloučil. Nicméně věnoval se i teorii ztráty šance, kde se držel dřívějšího rozhodnutí 31 Cdo 2376/2021 a aplikaci teorie odmítl. Nejvyšší soud se také podobně jako dříve Velký senát stejného soudu vyjádřil v tom smyslu, že v obecné rovině lze připustit nárok označitelný za ztracenou šanci, který spočívá v narušení osobnostních práv postupem non lege artis a vyplývá z práva pacienta na určitý standard zacházení, jak soud sám uvádí. Tato vyjádření je však značně nešťastné, a to v případě obou rozhodnutí, jak zde řešeného, tak i výše jmenovaného rozsudku 31 Cdo 2376/2021. V obecné rovině vzhledem k problémům spojeným s nazváním nároku jako označitelného za nárok ze ztracené šance. Ztracená šance je pojem, jehož význam je určen především anglickou judikaturou, pokud soud chce přijít s novým vlastním pojetím řešení problémů kauzality, tak by měl přijít i s odlišitelným označením. Daná část rozhodnutí může mimo to i vést k závěru, že soud vlastně aplikaci teorie ztráty šance připustil. Dalo by se totiž říct, že ztracenou šanci označil za osobnostní právo nezávislé na výsledné újmě, které je součástí práva na zdraví a jeho ochranu, a které je chráněno i skrze právo pacienta na standard zacházení. Takovéto pojetí by ale nutně znamenalo, že je šance nahraditelnou újmou a založila by se tím aplikovatelnost teorie ztráty šance. Vzhledem k závěrům rozhodnutí, které aplikaci

teorie ztráty šance vyloučilo, je však tento výklad pravděpodobně v rozporu s tím, co soud zamýšlel.

Dalším možným výkladem pak je, že soud v návaznosti na rozhodnutí Velkého senátu v obecné rovině připouští aplikaci přístupu, kdy samotný postup *non lege artis* představuje zásah do osobnostních práv. V podstatě tak upravuje otázku odpovědnosti v tom smyslu, že k jejímu založení postačí samotné protiprávní jednání, které, jak soud uvádí, může vzhledem k charakteru zdravotních služeb samo o sobě zasáhnout do soukromí, duševní pohody a dalších hodnot pacienta. Tím však soud upouští od potřeby tyto konkrétní následky označit, dokázat a s protiprávním jednáním spojit. Takovýto zásah do odpovědnosti je pochopitelně daleko zásadnější než teorie ztráty šance, která jen jinak pojímá újmu, ale jinak aspekty odpovědnosti zachovává. Nadto se tím v zásadě Nejvyšší soud, a to i na základě rozhodnutí svého Velkého senátu 31 Cdo 2376/2021, vrací k rozhodnutí 30 Cdo 41/2017, které, jak bude uvedeno níže, dospělo k obdobnému přístupu k odpovědnosti, ale které bylo rovněž výslovně rozhodnutím 31 Cdo 2376/2021 překonáno²²⁵. Nadto je možné ještě vytknout, že Nejvyšší soud odmítl přístup soudů nižších instancí, které snížily důkazní standard na padesát procent, ale při tom zakládá pojetí odpovědnost, kde kauzalita je v podstatě vyloučena.

Přístup soudu tak lze označit za problematický i v tom, že zabraňuje úpravě pojetí újmy, která by stačila k překonání problematických aspektů prokazování kauzality, na základě nutnosti zachovat stávající pojetí kauzality, ale zároveň dává ospravedlnění pro pojetí odpovědnosti, které kauzalitu v podstatě opomíjí.

6.2 31 Cdo 2376/2021

V této kauze se rodiče a sourozenci zemřelé pacientky domáhali žalobou proti poskytovateli zdravotních služeb odškodnění pozůstalých. Rozhodným zákonem byl zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, tedy v současné době již neplatný předpis. K pochybení poskytovatele mělo dojít 7. 2. 2011, kdy těhotné pacientce nebylo ukončeno těhotenství císařským řezem, přestože jí byla zjištěna preeklampsie, což je závažná komplikace v těhotenství, zvýšený krevní tlak a další příznaky. Pacientka nebyla ani hospitalizována. Následně další den byla pacientka přijata do nemocnice pro bolesti břicha. Byl u ní zjištěn HELLP syndrom a rozvoj eklampsie. Těhotenství bylo následně ukončeno císařským řezem. Nicméně pacientka následujícího dne zemřela. Příčinou smrti byla prasklá cévní malformace s krvácením do mozku. Soud prvního stupně uvedl, že postup poskytovatele byl v rozporu s *lege artis*. Poskytovatel měl totiž zjistit preeklampsii a pacientku hospitalizovat a její

²²⁵ 31 Cdo 2376/2021.

těhotenství ukončit už 7. 2. Ovšem dle znalců ke smrti pacientky vzhledem k cévní malformaci, která byla hlavní příčinou smrti, mohlo dojít i při řádném postupu poskytovatele. Pokud by však poskytovatel postupoval lege artis, tak by pacientka měla při ukončení těhotenství 7. 2. padesátiprocentní šanci na přežití. Žalující strana právě o tuto šanci, o kterou by při řádném postupu poskytovatele pacientka nepřišla, opřela svůj nárok.

Soud první instance usoudil, že non lege artis postup poskytovatele nebyl převažující příčinou smrti a nebyla proto založena kauzalita mezi újmou a protiprávním jednáním, a tedy ani nedošlo k založení odpovědnosti. Odvolací soud rozhodnutí soudu první instance potvrdil. Dle soudu byla odpovědnost žalovaného poskytovatele vyloučena kvůli nedostatku kauzality, a to přestože v medicínských případech je třeba příčinnou souvislost prokázat jen s vysokou mírou pravděpodobnosti, nikoli tedy se stoprocentní jistotou. Rovněž se dle soudu znalci neshodli na tom, jestli byl, či nebyl postup poskytovatele řádným. Žalobci po neúspěchu u odvolacího soudu podali dovolání. To bylo založeno na tvrzení, že soudy nesprávně posoudily otázku příčinné souvislosti, kdy jejich požadavek na prokázání kauzality s pravděpodobností nad padesát procent je rozporný s judikaturou, zejména s judikaturou Ústavního soudu. Žalobci v tomto odkázali na usnesení Ústavního soudu I. ÚS 1919/08 a nálezy III. ÚS 3067/13 s tím, že soudy nerozhodly souladně s těmito judikáty a opomněly teorii ztráty šance, ve které dle žalobců, jak uvádí v příslušné pasáži k dovolání žalobců v rozsudku Nejvyšší soud, se vychází z šance, o kterou byl pacient připraven postupem poskytovatele mimo lege artis a je založena na odpovědnosti odpovídající prokázané míře kauzality. Pacientka pak dle žalobců měla dle znalců při řádné péči padesátiprocentní šanci na přežití. Nejvyšší soud dovolání nicméně zamítl. Odmítl argumentaci teorií ztráty šance, tedy, jak uvádí, založení odpovědnosti bez dostatečně zřejmé kauzality mezi protiprávním jednáním a újmou. Opačný závěr by dle Nejvyššího soudu byl v rozporu s ústavní maximou, že nikdo nesmí být nucen činit to, co zákon neukládá. Věc dále postoupila k Ústavnímu soudu. Tento soud rozhodnutí dovolacího soudu zrušil pro rozpor s ústavou, neboť dle něj bylo porušeno právo na zákonného soudce, když o věci nerozhodoval Velký senát Nejvyššího soudu. Případ se následně vrátil Nejvyššímu soudu, kde o něm rozhodl Velký senát řešeným rozhodnutím 31 Cdo 2376/2021.

Dovolání bylo soudem následně shledáno přípustným, a to i pro možnost posouzení aplikovatelnosti teorie ztráty šance v případech, kdy není možné s dostatečnou jistotou prokázat příčinnou souvislost mezi úmrtím osoby a postupem non lege artis lékaře.

Velký senát Nejvyššího soudu v rámci zdůvodnění svého rozhodnutí nejprve rozebral úpravu odpovědnosti. Připomněl, že dle relevantního právního předpisu je nutná existence porušení právní povinnosti, vznik škody a kauzality mezi nimi, přičemž zavinění se presumuje.

Zdůraznil také, že se soud může v určitých případech odchýlit od doslovného výkladu zákona, pokud to vyžaduje jeho smysl, účel, systematika a podobné. Podotkl však, že takovýto výklad nemůže být svévolný a musí být podložen racionálními důvody. Soud dále přestřel obecně i příčinnou souvislost a její pojetí. Zvýraznil, že přes některá specifika v oblasti prokazování kauzality v medicínských sporech, jako je kupříkladu obrácení důkazního břemene a snížení standardu prokázání z jistoty, je stále třeba kauzality prokázat s vysokou mírou pravděpodobnosti. Právně relevantní příčina újmy tak musí být pro založení odpovědnosti převažující.

Soud také uznal problematičnost dokazování kauzality v medicínských případech, vzhledem k nedostatku znalostí, složitosti procesů a individualitě pacientů. Jako jeden z přístupů, který se snaží tyto obtíže překonat, zmínil teorii ztráty šance. Uvedl s tím, že v tomto je třeba zkorigovat dovolatele, že tato teorie vytváří nové pojetí újmy, ke které se místo k celkovému následku prokazuje příčinná souvislost ve vztahu k protiprávnímu jednání. Dochází tak k vytvoření šance jakožto právního statku. Soud rovněž odlišil teorii od probabilistické proporcionální odpovědnosti, která při určování kauzality vychází z pravděpodobnosti, v jaké bylo jednání příčinou následku, dle čehož pak i určuje výši náhrady. Dle senátu teorie ztráty šance je teorií, která, jak sám udává, v zásadě překlápí procesní institut míry důkazu do hmotného práva. Podotknul též, že není v Evropě jednotně přijímána v rámci rozhodování soudů. Zmínil rovněž případ Gregg v Scott.

Nejvyšší soud se poměrně obsírně věnoval i možnosti aplikace teorie ztráty šance v rámci české právní úpravy. Uvedl, že pro takovou aplikaci by bylo nutné podložení právními normami, které však výslovně šanci nechrání. Šance není dle soudu podřaditelná pod formy újmy chráněné rozhodným občanským zákoníkem, ale jde o samostatný druh újmy. Soud se nepřiklonil ani k možnosti jiných než jazykových metod výkladu právních norem, které by umožnily akceptovat ztracenou šanci jakožto nahraditelnou újmu. Uvedl, že připuštění šance jakožto újmy, by znemožnilo naplnit reparační funkci občanskoprávní odpovědnosti vzhledem k tomu, že by takový přístup nedal podklad pro určení reálné újmy, od které by bylo možné odvodit výši náhrady. Senát zmínil možnost vyvodit újmu ve formě šance jako satisfakci plynoucí z potenciální újmy, což by ale bylo spojeno se spekulacemi vzhledem k nedostatku informací o rozličných faktorech a jejich vlivu na konkrétního pacienta. Dalšími negativními aspekty připuštění teorie by dle soudu bylo, že by založila možnost souběhu nároku za výslednou újmu a ztracenou šanci, či možnost žalovat i v případě, že by se riziko ve výsledku nenaplnilo. Tyto faktory by rozporovaly funkci odpovědnosti jakožto nástroje reparace. Dalším zmíněným problémem je i skutečnost, že by připuštění teorie, avšak jen v oblasti medicínských

sporů, vytvořilo intenzivnější podobu odpovědnosti v tomto odvětví. To by ovšem vyžadovalo ospravedlnění, které však zákon nedává.

Problematice aplikovatelnosti teorii pouze v medicínských sporech se odůvodnění věnovalo i v další části. Pouze takováto úzká využitelnost by nebyla dle soudu systémová a případné všeobecné užívání při řešení civilní odpovědnosti by naopak zdůraznilo satisfakční účel práva na úkor reparačního. Rovněž by podle Velkého senátu došlo k zásahu do právní jistoty a předvídatelnosti práva, neboť by spory byly více spekulativními, vzhledem k tomu, že by za základ měly hypotetické újmy tvořené možnými ztracenými šancemi. Výsledkem aplikace teorie by pak, jak uvádí soud, mohl být nárůst počtů sporů a omezení preventivní funkce odpovědnosti zapříčiněné složitostí předvídání toho, jestli jednání nemůže zasáhnout do šance jiné osoby.

Senát Nejvyššího soudu se rovněž vyjádřil k předcházejícímu nálezu Ústavního soudu, kterým tento soud zasáhl do řešené věci. Senát podotkl, že z obiter dicta nálezu je patrný příklon Ústavního soudu k aplikovatelnosti teorie, nebo obdobného nástroje. Argumentem Ústavního soudu pak dle senátu byla domněnka, že přísnější odpovědnost povede ke zkvalitnění zdravotních služeb. Tento argument Nejvyšší soud popřel s tím, že vzhledem ke košatosti problematiky zdravotnictví není závěr Ústavního soudu bez dalších potřebných podkladů jednoznačně ospravedlnitelný. Připomněl též problém defenzivní medicíny. Zpochybnil také, že by podobná úvaha, která dle senátu navíc přísluší spíše zákonodárci nežli soudům, mohla ospravedlnit odchýlení se od znění právního předpisu. Uvedl rovněž argument, že proti závěru Ústavního soudu o potřebě přísnější odpovědnosti svědčí i nový občanský zákoník (myšlen OZ), ve kterém naopak zákonodárce odpovědnost poskytovatelů zdravotních služeb snížil, když nahradil objektivní odpovědnost za škodu způsobenou okolnostmi vyplývajícími z povahy věci objektivní odpovědností za škodu způsobenou vadou věci.

Senát rozebral i skutečnost, že pro aplikaci teorie ztráty šance, která dle něj, jak je uvedeno i výše, v zásadě přenáší procesní otázku dokazování příčinné souvislosti do hmotného práva, by bylo třeba, aby neexistoval žádný procesní prostředek, který by problém dokazování kauzality vyřešil. K tomu uvedl, že ale takové nástroje jsou a není proto důvod pro aplikaci teorie, která současné principy odpovědnosti prolamuje.

Soud následně shrnul, proč odmítl aplikaci teorie ztráty šance. Uvedl v tomto, že účel zákona, okolnosti ani ústavní konformita nevyžadují odklon od znění rozhodné právní normy. Zmínil, že rovněž při uvážení principů vázanosti zákonem, předvídatelnosti práva, právní jistoty, rovnosti před zákonem a hodnot života a zdraví nenašel dostatečně relevantní důvody pro výklad rozhodných právních norem, který by aplikaci teorie umožnil. Argumentoval rovněž

tím, že stávající úprava odpovědnosti umožňuje domáhat se náhrady v případě medicínských pochybení a že případné problémy lze řešit pomocí procesních nástrojů.

Soud se vyjádřil také k žalobci zmiňovaným rozhodnutím Ústavního soudu. U usnesení I. ÚS 1919/08 připomněl, že jde pouze o usnesení s tím, že závěry v něm obsažené nejsou obecně závaznými. K nálezu III. ÚS 3067/13 se soud vyjádřil v tom smyslu, že nestanovil, že by teorie ztráty šance byla jediným správným řešením problematiky dokazování kauzality. Senát také uvedl, že jeho rozhodnutí překonává právní názor daný rozsudkem Nejvyššího soud 30 Cdo 41/2017.

Vyjádřil se rovněž k argumentaci žalobců, kterou dle soudu tito prosazují probabilistickou proporcionální odpovědnost. Toto pojetí pak soud odmítl s odkazem na důvody obdobné těm, na kterých založil odmítnutí teorie ztráty šance. Nadto uvedl, že ani při aplikaci této formy odpovědnosti by žalobci nemohli uspět, neb nebyl naplněn požadavek probabilistické proporcionální odpovědnosti na to, aby škůdce mohl jednoznačně chápat rizikovitost svého jednání a snadno předvídat možné následky z něj plynoucí.

Závěrem ještě soud přednesl úvahu o tom, že by v medicínských případech mohl být založen nárok označitelný za ztracenou šanci, který by spočíval v nemajetkové újmě způsobené postupem mimo rámec *lege artis*, a to i pokud by nešlo dostatečně určit kauzalitu ke stávajícím druhům újmy. Už samotný postup *non lege artis*, tedy nedodržení náležitého standardu péče, by tak byl zásahem do osobnostních práv. Daný nárok by byl osobnostním, nemajetkovým a nezávislým na jiných formách újmy. Nejvyšší soud zároveň vyloučil možnost nahrazovat takový nárok vůči pozůstalým poškozeného.

Nejvyšší soud z výše zmíněných důvodů dovolání žalobců zamítl.²²⁶

Na rozhodnutí Nejvyššího soudu lze jednoznačně ocenit skutečnost, že se poměrně široce věnuje problematice teorie ztráty šance a vypořádává se s ní s pomocí řady argumentů. Rovněž pozitivní je, že chápání teorie ze strany Nejvyššího soudu odpovídá jejímu skutečnému obsahu. Soud předložil velmi silný argument spočívající ve skutečnosti, že rozhodné právo šanci jakožto chráněnou hodnotu nezná a její uznání za takovou hodnotu by šanci uměle vytvořilo, což by si však vyžádalo výklad příslušných norem nad rámec jejich doslovného znění. K tomu ale dle senátu není legitimní důvod. Je tomu však skutečně tak? Tato otázka do jisté míry souvisí s politickým uvážením nad podobou civilní odpovědnosti. Podobná úvaha pochopitelně náleží hlavně zákonodárci, nicméně v případě řádného zdůvodnění v některých případech může k výkladu právních norem, které umožní jejich adekvátní, byť upravenou

²²⁶ Ibid.

aplikaci, sáhnout i soud. Jak však vyplývá i z řešeného rozhodnutí, jsou pro to nutné legitimní důvody. Otázce toho, jestli Nejvyšší soud tyto důvody nenašel správně či nikoli, se budu věnovat v diskusní části své práce.

Senát se zabíral také problémem toho, že by aplikace teorie v medicínských sporech byla nesystémová a vytvořila by nové přísnější pojetí odpovědnosti v oblasti medicíny. Zkritizoval také Ústavní soud za argument, že by přísnější forma odpovědnosti v medicínských sporech vedla ke zlepšení péče. Tyto argumenty je ale nutné odmítnout. Teorie ztráty šance původně není nástrojem medicínského práva a je v Anglii, jak už bylo výše vícekrát zmíněno, využívána například ve sporech s advokáty, kteří opomněli uplatnit včas nárok svého klienta a připravili ho tak o možnost úspěchu. Není důvod, proč by teorie nemohla být uplatněna i mimo oblast medicínských sporů. Pokud soud uvádí, že by to zvýraznilo satisfakční funkci odpovědnosti na úrok reparační, tak opomíjí, že není zcela jednoznačné, jakou povahu má ztracená šance jakožto újma. Není jasné, jestli nahrazení ztracené šance je reparací či satisfakcí. Dle mého názoru záleží na tom, jestli jde o šanci ekonomickou, či neekonomickou, což více rozvedu v diskusní části své práce. Dále v tomto také soud nepředkládá důvody, proč by bylo nesprávným nahrazovat ztracenou šanci, jak v medicínských, tak i nemedicínských sporech, a to i za předpokladu, že by se zvýraznila satisfakční oproti reparační funkci. Pochopitelně pokud je účelem odpovědnosti reparace, tak by tato funkce odpovědnosti neměla být vyloučena, avšak aplikace teorie ztráty šance pouze založí novou formu újmy, nevyloučí schopnost práva nahrazovat újmy již existující.

Co se týká potřeby přísnější formy odpovědnosti v medicíně, tak lze s Nejvyšším soudem souhlasit v tom, že pro její založení by bylo potřeba více než jen úvahy. Na druhou stranu se obdobného zjednodušení dopustil i sám Nejvyšší soud při argumentaci defenzivní medicínou. Nedal žádný podklad pro předpoklad, že by zavedení teorie znamenalo nástup defenzivní medicíny. Defenzivní medicína je nadto všeobecným problémem, který se logicky bude vyskytovat vždy, když bude existovat odpovědnost lékaře. Je to ovšem cena, kterou musí společnost zaplatit za kvalitu lékařských služeb, které i díky odpovědnosti lékařů dosáhne.

Rovněž úvaha senátu, že zákonodárce při tvorbě nového občanského zákoníku vyjádřil svou vůli nezaložit přísnější odpovědnost lékaře vzhledem k nahrazení objektivní odpovědnosti za škodu způsobenou povahou věci za škodu způsobenou vadou věci není relevantní pro odmítnutí teorie ztráty šance. Jednak teorie nemusí založit přísnější odpovědnost, pokud je aplikována všeobecně, tedy i jako možná obrana žalovaného, jak bude rozvedeno níže, a jednak i pokud zákonodárce vyjádřil vůli zmírnit odpovědnost poskytovatele lékařských služeb při používání nástrojů, tak to nijak nepodkládá domněnku, že by byl proti změně či pro změnu

rozsahu odpovědnosti lékaře například při diagnóze, což je oblast péče, kde se ztracené šance mohou často při pochybení vyskytnout.

Stejně tak je nutné odmítnout i argumenty senátu ohledně nárůstu sporů a jejich přenesení do hypotetických rovin. Teorie ztráty šance vytváří novou újmu. Tato újma musí být před soudem prokázána dle platných důkazních standardů. Nestačí hypotetická šance, musí jít o šanci reálnou, dokázanou pomocí relevantních statistik a znaleckých posudků. Je představitelné, že její uznání může vést k nárůstu sporů, avšak uznat tento argument nelze. Ad absurdum by totiž mohl vést k tomu, že se vyloučí všechny formy újmy za účelem snížení množství soudních sporů, což je pochopitelně nesmyslné a v rozporu s ústavní hodnotou práva na soudní ochranu. Soud zkrátka nemůže legitimně odmítnout ochranu práv na základě neochoty řešit více sporů.

Kritice lze podrobit i argumentaci soudu, že problematika dokazování kauzality může být vyřešena i procesními nástroji, takže není důvod pro aplikaci teorie ztráty šance. Lze zde totiž namítnout, že řešený případ dokazuje opak. Budeme-li vycházet z předpokladu, že žalovaný poskytovatel postupoval non lege artis a připravil tak pacientku o padesátiprocentní šanci na přežití, tak je zde přítomno jasné protiprávní jednání, které pacientku bezpochyby poškodilo, neboť každý racionální člověk bude raději mít padesátiprocentní šanci na přežití než žádnou, a přesto právo není schopné pozůstalým zajistit náhradu této ztráty. Pokud existují procesní nástroje, které dokáží překonat problematiku nejasnosti procesů v lidském těle, proč Nejvyšší soud nepřistoupil k jejich aplikaci? Nadto nástroje jako přenesení důkazního břemene jsou daleko závažnějším zásahem do procesu a postavení účastníků, než je teorie ztráty šance, dle které standardní důkazní břemeno stále spočívá na žalobci, jen se vztahuje k jiné újmě.

Lze tedy shrnout, že rozsudek se problematikou zabývá poměrně široce a předkládá silný argument vázanosti zákonem a nedůvodnosti jeho nového výkladu, avšak na druhou stranu obsahuje i méně relevantní argumenty. Zabývá se problematikou ztráty šance pouze v oblasti medicínských sporů a opomíjí, že jde o teorii aplikovatelnou i v jiných odvětvích práva. To ostatně dokládá i to, že z anglické judikatury odkazuje pouze na případ *Gregg v Scott*, a to pouze příznaně zprostředkovaně skrze jiné zdroje. To pak vede k tomu, že dané rozhodnutí nehodnotí v celé jeho šíři, kupříkladu skrze zvážení stanovisek všech soudců. V zásadě tak soud řeší aplikaci teorie pramenící z anglického práva, aniž by hodnotil potřebný kontext dané právní úpravy. To vede k nesprávnému omezení teorie ztráty šance pouze na medicínské spory, kteréžto omezení pak soud uvedl jako jeden z důvodů pro odmítnutí teorie. Takovýto přístup je problematický a hodnocení aplikovatelnosti teorie ztráty šance proto nutně trpí nedostatky.

Podrobit diskusi by bylo možné i úvahu Nejvyššího soudu nad možným nárokem označitelným jako nárok ze ztracené šance. Nicméně tato úvaha je převzata i ve výše uvedeném rozhodnutí Nejvyššího soudu 25 Cdo 3332/2020 a v rámci rozboru tohoto rozhodnutí je i zvážena, proto se jí zde už nebudu více věnovat.

7 Postoj českého práva k teorii ztráty šance

Přístup českého právního řádu k teorii ztráty šance je poměrně komplikovaný a postupem času se vyvíjí. Relevantní zákon, tedy zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, neobsahuje úpravu šance jakožto nahraditelné újmy a zbylo proto na judikaturu, aby se s teorií vypořádala. Problematika je rovněž předmětem diskusí jurisprudence. Obecně lze říct, že české právní prostředí není jednotné v přístupu k teorii, byť obecně se k ní staví spíše negativně. Rovněž se vyskytuje vícero pojetí této doktríny, z nichž některé nejsou v souladu s původním anglickým vzorem. V některých případech však došlo i k nepochopení teorie a její podstaty.

7.1 Judikatura vztahující se k teorii ztráty šance

7.1.1 I. ÚS 1919/08

Prvním relevantním rozhodnutím českých soudů týkajícím se teorie ztráty šance je usnesení Ústavního soudu I. ÚS 1919/08. Toto usnesení je v zásadě základem vývoje vztahu českého soudnictví k teorii ztráty šance. Samotná věc, které se soud věnoval, je z pohledu teorie bezvýznamná. Rozhodoval o stížnosti žalované strany proti rozhodnutí odvolacího soudu, kterým žalovaným nebylo přiznáno právo na náhradu nákladů. V samotné věci šlo o žalobu na lékařku a poskytovatele zdravotních služeb, kterou se pozůstalý manžel po smrti manželky domáhal náhrady. Soudy žalobu zamítly hlavně vzhledem k absenci příčinné souvislosti mezi protiprávním jednáním žalovaných a smrtí pacientky. Sice bylo dokázáno jednání *non lege artis*, nicméně stoprocentní jistota kauzality přítomna nebyla. Ústavní soud stížnost odmítl a uzavřel, že nedošlo k zásahu do ústavních práv.²²⁷

Nicméně obiter dicta se soud vyjádřil i k teorii ztráty šance. Uvedl, že postup lékařky *non lege artis* připravil pacientku o část šance na vyléčení, což podložil i znaleckými posudky. Pokračoval dále konstatováním, že přístup obecných soudů, kdy požadují prokázání kauzality s jistotou je v oblasti medicíny nereálný a poškozuje žalobce. Lékař péčí vstupuje do průběhu procesů uvnitř lidského organismu a vzhledem ke složitosti celé problematiky je pak nemožné či téměř nemožné určit vliv jednání či nejednání lékaře. Jako řešení této situace uvedl teorii ztráty šance vytvořenou v právní kultuře *Common law*. Tento přístup dle Ústavního soudu spočívá v tom, že soud, slovy Ústavního soudu, odhaduje nebo poměřuje jaké by byly šance pacienta nebýt pochybení lékaře a jaké jsou po pochybení, následně soud tyto statisticky určené šance reflektuje. Soud odkázal rovněž na rozhodnutí Sněmovny lordů *Gregg v Scott*. Podotknul také, že příčinná souvislost není upravena právními předpisy, což dává soudům možnost upustit od požadavku jistoty kauzality a vykládat „způsobení škody“ vhodnějším a spravedlivějším

²²⁷ I. ÚS 1919/08.

způsobem. Teorie ztráty šance je pak, jak Ústavní soud uvádí, dle jeho přesvědčení vhodným řešením. Zdůraznil též nutnost chránit práva pacienta, a to včetně výkladu norem upravujících odpovědnost. Podotkl i, že změna přístupu k odpovědnosti nebude nebezpečím pro zdravotnictví jako systém, nýbrž bude přispívat k růstu jeho kvality.²²⁸

Holčapek se k danému usnesení ve svém článku vyjádřil v tom smyslu, že naznačuje obiter dicta možnost založit odpovědnost právě na základě újmy v podobě ztracené šance.²²⁹

Výše uvedené usnesení je poměrně krátké a samotná část rozebírající teorii ztráty šance má jen několik odstavců, takže soud z podstaty nemohl provést rozsáhlý rozbor problematiky. Nicméně i přesto lze vnést kritiku přístupu Ústavního soudu. Neposkytl totiž jasnou definici teorie ztráty šance. Z odůvodnění vyplývá, že ji chápe jako kauzální doktrínu a není úplně jasné, zda se plně ztotožňuje s tím, že vytváří nové pojetí újmy, které doplňuje stávající přístup. Teorie ztráty šance je skutečně jedním z možných řešení problémů s dokazováním kauzality, ale nečiní tak zásahem do kauzality samotné, ale pouze stanovením jiné újmy, ke které se kauzalita žalobcům obecně jednodušeji prokazuje a jejíž prokázání je realističtější. Vzhledem k tomu, že z pozdější navazující judikatury Ústavního soudu je patrné nepochopení zmiňované doktríny, jak bude rozvedeno níže, tak je problematickým, že se Ústavní soud ve svém usnesení nevěnoval podrobněji tomu, co vlastně teorie obnáší. Pokud by teorii rovnou správně definoval, tak by české soudnictví mohlo založit svůj postoj na lepším pochopení celé problematiky. Problematickým do jisté míry je i odkaz na případ Gregg v Scott. Jak je uvedeno výše, v této kauze Sněmovna lordů odmítla aplikovat teorii ztráty šance na medicínské případy. Protože, jak je patrné z výše řečeného, není možné celou problematiku teorie ztráty šance v rámci anglického medicínské práva shrnout jednoduchým závěrem, že Gregg teorii odmítl, tak určitě nelze tento případ uvést jako doklad užívání teorie v Common law. Ostatně problematickým je i uvedení tohoto případu právě bez náležitého kontextu, což je problémem v zásadě všech českých rozhodnutí, které na případ Gregg v Scott odkazují. Odkaz na jediný případ není dostatečným podkladem pro pochopení celé problematiky a neumožňuje tak dostatečně komplexní posouzení teorie a její možné aplikovatelnosti v rámci české právní kultury.

7.1.2 III. ÚS 3067/13

Dalším podstatným nálezem Ústavního soudu, který je podkladem pro vztah českého práva k teorii ztráty šance, je nález III. ÚS 3067/13. Toto rozhodnutí bylo podkladem pro

²²⁸ Ibid.

²²⁹ Tomáš Holčapek, (2016) 'Občanskoprávní odpovědnost v medicíně a její uplatňování u českých soudů'. Právní rozhledy, 9, str. 305.

rozhodnutí 30 Cdo 41/2017.²³⁰ Nález byl rozebírán i v rozhodnutí 31 Cdo 2376/2021 a v nálezu IV. ÚS 3416/20.²³¹ V předmětném sporu se řešila ztracená šance na přežití pacientky ve výši dvaceti procent. Žalobci se u soudů domáhali ochrany osobnosti a satisfakce nemajetkové újmy, která jim vznikla, když jejich manželka, matka a dcera údajně v důsledku postupu poskytovatele zdravotních služeb non lege artis zemřela. Soud první ani druhé instance se nepřiklonil na stranu žalobců a nevyhověl žalobě. Oba soudy konstatovaly absenci příčinné souvislosti mezi protiprávním jednáním a újmou, tedy smrtí pacientky, která byla základem pro nároky žalobců. Vrchní soud, který byl soudem druhé instance, zmínil rovněž teorii ztráty šance a že tato teorie byla v případě Gregg v Scott anglickou Sněmovnou lordů odmítnuta.

Žalobci následně podali dovolání. Řešenou otázkou měla být nutnost prokázání kauzality s pravděpodobností převažující padesát procent. Nejvyšší soud dovolání odmítl pro nepřijatelnost, a to na základě toho, že předmětná otázka nemá zásadní právní význam. Dále s odkazem na předchozí judikaturu Nejvyššího soudu uvedl, že řešená otázka vlivu míry pravděpodobnosti vyvolání újmy protiprávním jednáním na odpovědnost je otázkou skutkovou, dále že usnesení I. ÚS 1919/2008 samo označuje teorii ztráty šance za otázku příčinné souvislosti a že i jurisprudence se staví negativně k tomu, že by ztracená šance byla odškodnitelná v rámci ochrany osobnosti.²³²

Věc byla následně předložena Ústavnímu soudu, který se v nálezu v zásadě vypořádával s názorem stěžovatelů, že není řádným přístupem, pokud je pro založení odpovědnosti z porušení osobnostních práv vyžadována kauzalita s pravděpodobností vyšší než padesát procent. Hlavní otázkou, kterou řešil, však byl charakter otázky kauzality, tedy jestli jde o otázku právní či skutkovou. Zodpověděl ji tak, že v zásadě jde o otázku, kde se oba prvky prolínají. Jednak je nutné učinit skutková zjištění o rozhodných a právně relevantních skutečnostech a jednak následně právně posoudit, jaký mají význam pro založení odpovědnosti. Charakter konkrétní námitky pak lze dle Ústavního soudu rozlišit dle toho, jestli se týká pouze jednoho konkrétního případu, nebo jestli jde zobecnit. Pokud stěžovatelé žádali Nejvyšší soud, aby posoudil, zda je pro založení odpovědnosti nutná pravděpodobnost kauzality větší než padesát procent, či stačí i menší, jak tvrdili, tak jde o otázku obecnou a právní, neb je pro ni rozhodné právní posouzení vlivu pravděpodobnosti kauzality na založení odpovědnosti. Pokud se tedy Nejvyšší soud odmítl výše řečenou otázkou stěžovatelů zabývat, tak porušil jejich

²³⁰ 30 Cdo 41/2017.

²³¹ 31 Cdo 2376/2021, IV. ÚS 3416/20.

²³² III. ÚS 3067/13.

ústavní právo na soudní ochranu. Ústavní soud ale rovněž uvedl, že pro ochranu tohoto práva není zásadní určení aplikovatelnosti teorií, ale užití stávajícího právních norem.²³³

Ústavní soud se vyjádřil i k teorii ztráty šance. Podotkl, že teorie ztráty šance je jedním z přístupů určování nezbytné míry pravděpodobnosti kauzality pro založení odpovědnosti. Ústavní soud uvedl celkem tři přístupy. Jednak prokázání s jistotou sta procent, jednak užití důkazního standardu posouzení pravděpodobností a jednak právě použití teorie ztráty šance, kdy dle Ústavního soudu stačí jakákoli míra pravděpodobnosti kauzální spojitosti. Dále Ústavní soud uvedl, že teorie ztráty šance se zakládá na odpovědnosti škůdce v rozsahu prokázané míry pravděpodobnosti kauzality. Uvedl i příklad, kdy při pravděpodobnosti zapříčinění újmy v rozsahu třiceti procent dostane poškozený právě třicet procent z celkové újmy. Dle soudu je pak teorie ztráty šance opačným přístupem než přístup vše nebo nic, neboť vychází z pravděpodobnosti a proporcionalní odpovědnosti. Zmiňuje i negativa teorie spočívající v nárůstu významu znaleckého posouzení věci na úkor právního posouzení soudu. Připomněl rovněž případ Gregg v Scott a skutečnost, že v něm Sněmovna lordů odmítla připustit aplikovatelnost teorie na medicínské spory. Dodal také, že odkaz Nejvyššího soudu na odbornou literaturu a jeho závěr, že dle jurisprudence není ztracená šance ve věci ochrany osobnostních práv odškodnitelnou újmovou, nemá relevanci a neospravedlňuje odmítnutí Nejvyššího soudu zabývat se otázkou vznesenou stěžovateli.²³⁴

V nálezu soud také odkázal na své předchozí usnesení I. ÚS 1919/08, které se dle něj kladně vyjádřilo k možnosti aplikovatelnosti teorie ztráty šance v českém právním prostředí.²³⁵

Výše zmíněný náleží Ústavního soudu, byť řešil teorii ztráty šance poměrně rozsáhle, není pro aplikovatelnost této teorie nijak zásadně významným. Racio decidendi tohoto případu určuje, že otázku kauzality nelze vnímat jako skutkovou, naopak, co se týče vlivu míry pravděpodobnosti kauzality na vznik odpovědnosti, tak jde o otázku právní. Nález nezakládá aplikovatelnost teorie, pouze ji zmiňuje jako jeden z možných přístupů. Nicméně byl podkladem pro navazující rozhodnutí a rovněž ilustruje pojetí teorie za strany Ústavního soudu.

Z nálezu však vyplývá, že Ústavní soud nechápe správně podstatu teorie. Ve výsledku je pravdou, jak uvádí soud, že pokud pacient ztratí šanci třiceti procent, tak dle anglického přístupu dostane třicet procent z celkové náhrady, kterou by dostal při odškodnění výsledného stavu, nicméně cesta k tomuto řešení je dle teorie ztráty šance jiná, než jakou uvádí Ústavní soud. Rovněž není pravdou, že by teorii stála v opozici vůči přístupu vše nebo nic. Je aplikována

²³³ Ibid.

²³⁴ Ibid.

²³⁵ Ibid.

v rámci tohoto přístupu. Jen místo finálního stavu pacienta se řeší kauzalita ke ztracené šanci. Vzhledem k tomuto nesprávnému pojetí pak postrádá relevanci odkaz na případ Gregg v Scott, který je nadto uváděn jen zkratkovitě jako případ, který odmítl teorii ztráty šance, což jak je rozvedeno v příslušné kapitole, je nepříliš přesné zjednodušení. V případě sice byla teorie odmítnuta, nicméně při bližším pohledu lze usuzovat, že to bylo minimálně zčásti kvůli povaze případu samotného. I onen trojí přístup ke kauzalitě uváděný Ústavním soudem je nepřesný. Teorie ztráty šance se uplatňuje v odvětvích anglického práva, kde je aplikovatelná, v rámci přístupu, kdy je kauzalita prokazována na základě standardu posouzení pravděpodobností. V žádném případě tak netvoří třetí přístup ke kauzalitě, kdy k založení odpovědnosti stačí jakákoli pravděpodobnost příčinné spojitosti.

7.1.3 30 Cdo 41/2017

Rozsudek Nejvyššího soudu 30 Cdo 41/2017 byl reakcí na výše zmíněný náleží Ústavního soudu III. US 3067/13 a byl vydán právě s ohledem na zrušení předcházejícího rozhodnutí Nejvyššího soudu Ústavním soudem. Týkal se tedy výše rozebraného případu ztráty dvacetiprocentní šance na přežití pacientky.

Tímto rozsudkem Nejvyšší soud zrušil rozhodnutí soudů nižších instancí. Rovněž prohlásil svou vázanost názorem Ústavního soudu. Uvedl, že pokud poskytovatel nepostupoval *lege artis* a zároveň byla snížena šance pacientky na přežití, tak došlo k zásahu do osobnostních práv pacientky. Při vázanosti názorem Ústavního soudu pak dle něj bylo nutné uzavřít, že osobnost jedince je chráněna i pokud není zásahem do ní vyvolán určitelný následek. K ochraně postačuje, že zásah měl schopnost narušit, či ohrozit osobnostní práva poškozeného.²³⁶

Nejvyšší soud v tomto případě vyvodil odpovědnost ze zásahu do osobnostních práv, ke kterému došlo vychýlením se poskytovatele z postupu *lege artis*. Judikoval, že újmou bylo samotné narušení osobnostních práv.

Jak bude uvedeno níže, v náleží IV. ÚS 3416/20 Ústavní soud podotkl, že Nejvyšší soud v rozhodnutí 30 Cdo 41/2017 aplikoval teorii ztráty šance. Není to však pravda. Pokud by aplikoval teorii ztráty šance, tak by rozhodující soudy musely řešit prokazování kauzality mezi postupem *non lege artis* a snížením šance na přežití. Dle řešeného rozhodnutí ale v zásadě kauzalita nebyla vůbec podstatná, neboť pro založení odpovědnosti stačil samotný postup *non lege artis*, bez jakéhokoli následku pro pacienta. Odpovědnost totiž byla odvozena od skutečnosti, že postup *non lege artis* je sám o sobě zásahem do osobnostních práv pacienta a tím pádem pacient proti němu požívá právní ochrany. Takovýto přístup je ještě větším zásahem do

²³⁶ 30 Cdo 41/2017.

pojetí odpovědnosti než teorie ztráty šance, neboť ta pro vznik odpovědnosti vyžaduje prokázání ztracené šance jakožto újmy, nevyvozuje újmu už jen ze samotného protiprávního jednání. Vzhledem k tomu je pak argumentace Ústavního soudu v nálezu IV. ÚS 3416/20 tímto případem nepříliš vhodná, neb nemá přímou souvislost s teorií ztráty šance. Na druhou stranu nelze vliv tohoto rozhodnutí na teorii ztráty šance pominout. Lze totiž argumentovat, že při zvolení takto nastavené odpovědnosti, kdy každé jednání non lege artis zakládá odpovědnost poskytovatele, je aplikace teorie ztráty šance bezpředmětná, protože pro pacienta v takových případech nebude problémem založit odpovědnost lékaře, ale spíše určit rozsah náhrady. Záleželo by totiž pochopitelně na tom, jestli by soud byl schopen skrze zásah do osobnostních práv kompenzovat adekvátně i ztracenou šanci. Z rozhodnutí 30 Cdo 41/2017 ale vyplývá, že spíše ano.

Faktem však zůstává, že svým rozhodnutím 31 Cdo 2376/2021 Nejvyšší soud, jak je uvedeno výše, rozsudek 30 Cdo 41/2017 překonal.²³⁷ Další debata nad tímto rozhodnutím ale nepostrádá právní relevanci. Je tomu tak vzhledem k tomu, že, jak je uvedeno v příslušné pasáži této práce, Nejvyšší soud ve svých dvou posledních rozhodnutích rozvádí myšlenku nároku označitelného za ztracenou šanci, kterážto myšlenka v podstatě odpovídá výše řešenému rozhodnutí, což je mimo jiné patrné na skutečnosti, že kritické hodnocení přístupu Nejvyššího soudu je u všech zmíněných rozhodnutí obdobné. Nejvyšší soud tak znovu přistoupil k myšlence, kterou výslovně překonal. Došlo tak k založení vnitřní rozpornosti, se kterou by se Nejvyšší soud měl vypořádat.

7.1.4 IV. ÚS 3416/20

Dalším rozhodnutím, které tvoří základ pro vtažení českého práva k teorii ztráty šance, je nálezy Ústavního soudu IV. ÚS 3416/20. Tento nálezy byl odpovědí na stížnost žalobců vůči rozsudku Nejvyššího soudu 25 Cdo 1014/2020 a přímo předcházel výše rozebranému rozsudku Velkého senátu Nejvyššího soudu 31 Cdo 2376/2021. Jde tedy o předchozí rozhodnutí ve stejné věci.

V dané kauze, jak už bylo řečeno výše, se žalobci domáhali odškodnění pozůstalých proti poskytovateli lékařských služeb, který dle nich měl postupem non lege artis připravit zesnulou pacientku o padesátiprocentní šanci na přežití. Soudy první a druhé instance žalobě nevyhověly kvůli absenci příčinné souvislosti mezi protiprávním jednáním poskytovatele a výslednou újmou, tedy smrtí pacientky. Následné dovolání, jak uvádí Ústavní soud, Nejvyšší soud zamítl a ztotožnil se s názorem soudů nižších instancí. K možné aplikaci teorie ztráty

²³⁷ 31 Cdo 2376/2021.

šance, podle které dle Nejvyššího soudu není újmou újma skutečná, ale právě ztracená šance, se v rámci dovolání Nejvyšší soud vyjádřil tak, že tato teorie není v rámci Evropy jednotně přijímána. Nejvyšší soud také uvedl, jak připomněl ve svém nálezu Ústavní soud, že ztracená šance není hodnotou chráněnou zákonem (rozhodným byl dnes už neplatný občanský zákoník 40/1964 Sb.), ale je jen druhem abstraktní újmy, která postrádá skutečnou podobu ve faktické realitě. Odmítl rovněž možnost přistoupit k teorii skrze interpretaci právních norem. Nejvyšší soud také odmítl aplikovat probabilisticko-proporcionální pojetí odpovědnosti.²³⁸

Ústavní soud se v rámci svého zdůvodnění nálezu IV. ÚS 3416/20 nejprve zaobíral výše uvedeným rozsudkem Nejvyššího soudu 30 Cdo 41/2017 a jemu předcházejícím nálezem Ústavního soudu III. ÚS 3067/13, který byl rovněž výše rozebrán.

Uvedl, že v nálezu III. ÚS 3067/13 se zabýval v dané věci vyjádřeným postojem Nejvyššího soudu k aplikaci teorie ztráty šance, kdy mimo jiné podotkl, že při existenci ztracené šance záleží její právní význam na tom, jaký se zvolí přístup ke kauzalitě a k tomu, jaký vliv na její prokazování může takováto šance mít. Zmínil přitom i výše uvedené tři přístupy ke kauzalitě. Jednak požadavek na prokázání stoprocentní kauzality. Jednak požadavek na prokázání kauzality s pravděpodobností alespoň padesát jedna procent, tedy užití důkazního standardu posouzení pravděpodobností. A jednak požadavek na jakoukoli vyjádřitelnou šanci na přežití, což označil za loss of chance.

V nálezu IV. ÚS 3416/20 k tomu pak Ústavní soud dále uvedl, že sice v nálezu III. ÚS 3067/13 nevyjádřil závazný právní názor, nicméně že Nejvyšší soud v navazujícím rozhodnutí 30 Cdo 41/2017 se k aplikaci teorie ztráty šance v dané věci přiklonil a podložil to tím, že je vázán právním názorem Ústavního soudu.

Ve věci řešené v nálezu IV. ÚS 3416/20 však dle Ústavního soudu Nejvyšší soud aplikaci teorie ztráty šance odmítl a odchýlil se tak od svého předchozího rozhodnutí. Odchýlení ale vyžadovalo, aby věc předložil k posouzení Velkému senátu. K tomu ale nedošlo a bylo tak porušeno právo stěžovatelů na zákonného soudce.

Ústavní soud rovněž odmítl argumentaci Nejvyššího soudu, že rozhodnutí 30 Cdo 41/2017 se na řešený případ nevztahuje vzhledem k tomu, že se týkalo nároků ze zásahu do osobnostních práv. Ústavní soud k tomu uvedl, že obě věci spočívaly v problematice určení předpokladů odpovědnosti poskytovatelů lékařských služeb a kauzality v medicínských sporech.²³⁹

²³⁸ IV. ÚS 3416/20.

²³⁹ Ibid.

Ústavní soud se v nálezu IV. ÚS 3416/20 mimo jiné vyjádřil i, jak sám uvedl, obiter dicta k argumentům Nejvyššího soudu ohledně aplikovatelnosti teorie ztráty šance. Podotknul, že některé předestřené argumenty nejsou příliš relevantní a že Nejvyšší soud nevzal v úvahu lidskoprávní aspekty věci. Dle Ústavního soudu je prokazování kauzality v medicínských sporech často problematické. Je pak dle něj legitimní uvážít, jestli tato problematika není schopná ospravedlnit speciální přístup. Připomněl, že i Nejvyšší soud uznal potřebu řešit tuto problematiku snížením důkazního standardu z naprosté jistoty. To pak dle Ústavního soudu bere relevanci argumentu, že by připuštění teorie bylo nesystematickým, či arbitrárním. Dále popřel názor, že by šance byla umělým výtvořem a nemohla být chráněna vzhledem k tomu, že zákon její ochranu explicitně nestanovuje. Aby hodnota byla chráněna zákonem, tak dle Ústavního soudu nemusí být vždy explicitně stanovena předpisem. Dále Ústavní soud uvedl, že v případě, že poskytovatel lékařských služeb vybočí mimo rámec lege artis, tak byť nebude přítomno jasné poškození zdraví, tak dojde k narušení duševní integrity pacienta. Podotkl pak nedůležitost toho, jestli tato újma bude majetková či nemajetková, alespoň co se ústavnosti týká.²⁴⁰

Soud také rozvedl, že i pokud se aplikuje důkazní standard posouzení pravděpodobnosti, tak s výjimkou prokázání naprosté jistoty ohledně kauzality vlastně půjde o odpovědnost za ztracenou šanci, která jen bude vyšší než padesát procent. Položil pak otázku, jestli je tudíž řádným přístupem vyloučit z náhrady ty osoby, jejichž šance je stejně tak přítomna, jen v nižší míře. Vzhledem k tomu, že tím pádem jsou ústavní hodnoty života a zdraví chráněny i skrze ochranu šance na příznivý následek, jejíž ztrátou je, jak je výše uvedeno, v zásadě každá újma způsobená postupem non lege artis s výjimkou případů, kdy je kauzalita stoprocentní, tak není možné, aby podústavní právo určilo obsah těchto ústavních hodnot tím, že by načrtlo hranici mezi chráněnou a nechráněnou šancí dle jejich velikostí.²⁴¹

Mezi argumenty Ústavního soudu se objevila i úvaha o tom, že zvláštní přístup v medicínských sporech může být ospravedlněn i preventivní funkcí práva. Tato funkce spočívá v tom, že by právní odpovědnost měla motivovat v případě medicínského práva nejčastěji poskytovatele lékařských služeb k tomu, aby řádně plnil své povinnosti. K tomu soud dodal, že je na místě zvážít, jestli je stávající přístup s prokazováním kauzality s přinejmenším vysokou mírou pravděpodobnosti schopen tento účel práva naplnit. Zmínil však rovněž nebezpečí plynoucí z příliš tvrdého nastavení odpovědnosti pro potenciálně odpovědnou osobu. Důležitým je dle něj i aspekt toho, že ztracená šance může představovat i poměrně zásadní

²⁴⁰ Ibid.

²⁴¹ Ibid.

zásah do postavení pacienta, který by měl být nějakým způsobem vypořádán. Dle Ústavního soudu je pak úlohou obecných soudů se s tímto problémem vypořádat, přičemž, jak uvádí sám Ústavní soud, možným řešením je i zohlednit újmu a přispění poskytovatele k ní v podobě ztráty šance na dosažení příznivějšího stavu. Obecné soudy by také měly být tím, kdo se vypořádá s dalšími problémy, které jsou spojeny s hledáním řešení problematiky kauzality v medicínských sporech. Proto dle Ústavního soudu nemohou zabránit přijetí řešení problému spojené s užitím a výkladem podústavního práva, ani potřeba nastavit hranice nového přístupu tak, aby nevznikalo množství pouze spekulativních případů. Soud odmítl i argumenty, že by aplikace řešení problému kauzality vedla k narušení právní jistoty, či předvídatelnosti práva a podotknul, že dokazování před soudem by se více méně nezměnilo a výsledek řízení by byl předvídatelný vzhledem k tomu, že by byl stále odvislý od znaleckého posouzení míry, v jaké poskytovatel přispěl k újmě pacienta.

Závěrem Ústavní soud zdůraznil, že neukládá povinnost aplikovat teorii ztráty šance, jen vyzývá k tomu, aby Nejvyšší soud zvolil adekvátní přístup, který by poskytl ochranu pacientům v řešeném a obdobných případech. Teorie ztráty šance je dle něj možným nástrojem a její případné odmítnutí by mělo být řádně podloženo a odůvodněno.²⁴²

Jak je výše uvedeno, právě řešený náleží Ústavního soudu je podkladem pro rozhodnutí Velkého senátu Nejvyššího soudu 31 Cdo 2376/2021, které je pak podkladem posledního rozhodnutí týkajícího se teorie ztráty šance a které do jisté míry tvoří současný postoj českého práva k aplikovatelnosti teorie. V tomto světle je ovšem zmíněná judikatura minimálně problematická. Ústavní soud se v zásadě přiklonil k aplikaci teorie ztráty šance, přičemž pro to uvedl i řadu argumentů, hlavně potřebu ochrany pacientů, ústavní rozměr věci a další. Na druhou stranu zdůraznil, že ji neprosazuje závazně, ale jen ji nabízí Nejvyššímu soudu jako možné řešení problému prokazování kauzality v medicínských sporech. Zároveň vyzval Nejvyšší soud, aby svůj postoj k teorii zdůvodnil. Jak se k věci postavil Nejvyšší soud je uvedeno výše. Teorii ztráty šance odmítl, přičemž použil obdobné argumenty jako senát Nejvyššího soudu v rozhodnutí, které zrušil Ústavní soud právě nálezem IV. ÚS 3416/20. Šlo do jisté míry o podobné argumenty, které Ústavní soud vyvracel, jako je například nemožnost aplikovat teorii vzhledem k tomu, že pro to není zákonný podklad a není důvod pro interpretaci norem tak, aby byla aplikovatelnost teorie možná. Tedy Nejvyšší soud teorii odmítl i z důvodů, které Ústavní soud neuznal, přičemž tyto důvody jsou těmi silnějšími, které Nejvyšší soud předložil.

²⁴² Ibid.

Problematické je ovšem také to, že není úplně jasné, jestli Ústavní soud teorii ztráty šance chápe správně. Naopak je nutno podotknout, že Nejvyšší soud se drží anglického originálu vcelku jednoznačně. Z anglické judikatury, a zde mám na mysli nejen případy *Hotson* a *Gregg*, ale i *Chaplin v Hicks* a další, plyne, že teorie ztráty šance je, jak bylo výše mnohokrát zmíněno, přístupem, který vytváří nové pojetí újmy – ztracenou šanci. K této ztracené šanci musí být prokázána příčinná souvislost s porušením povinnosti škůdce, a to dle existujících důkazních standardů. Z řešeného nálezu Ústavního soudu, zvláště pak z odstavce 19, kde odkazuje na nálezy III. US 3067/13, či z odstavce 35, anebo z konce odstavce 37, je ale možné vyvozovat, že Ústavní soud teorii chápe jinak. Zdá se, že chápe teorii jako nástroj, dle kterého pro založení odpovědnosti stačí v zásadě jakákoli pravděpodobnost kauzálnosti následné újmy, tedy například smrti pacienta, s protiprávním jednáním poskytovatele s tím, že však jde o odpovědnost poměrnou. Ostatně v odstavci 35 Ústavní soud podotknul, že právě poměrná odpovědnost byla v rozhodném zákoně řešena.²⁴³ V teorii ztráty šance ale nejde o poměrnou odpovědnost. Odpovědnost je kompletní, jen k jiné formě újmy, než je výsledný zdravotní stav pacienta. Poměrné zkrácení náhrady určené velikostí ztracené šance, jak se objevilo například v případě *Hotson*, pak je pouhým nástrojem určení míry náhrady, ale nemá vliv na odpovědnost samotnou. Tato desinterpretace pak vede k tomu, že určení vztahu českého práva k teorii ztráty šance neřeší skutečnou teorii ztráty šance, ale jiný přístup, pod teorii nesprávně zařazený.

S nálezem Ústavního soudu lze polemizovat i co do výkladu rozhodnutí Nejvyššího soudu 30 Cdo 41/2017. V odstavci 20 Ústavní soud uvedl, že Nejvyšší soud v tomto rozhodnutí přistoupil k aplikaci teorie ztráty šance.²⁴⁴ Nicméně z rozsudku 30 Cdo 41/2017 vyplývá něco jiného, jak je ostatně vyjasněno výše.

7.1.5 31 Cdo 2376/2021

Rozhodnutím, které do značné míry tvoří současný přístup k teorii ztráty šance je výše rozebrané rozhodnutí Velkého senátu Nejvyššího soudu 31 Cdo 2376/2021. V tomto rozsudku soud teorii a její aplikaci odmítl. Mezi důvody, které ho vedly k tomuto závěru, a které jsou naznačeny i výše, je, že pro aplikaci teorie ztráty šance nebyl v předchozím občanském zákoníku, který byl v řešeném případě rozhodný, výslovný podklad a ani nebyly přítomny důvody, jež by ospravedlnily výklad zákona umožňující aplikovat teorii. Dále soud mimo jiné uvedl, že by připuštění teorie pouze v medicínských případech bylo nesystematické

²⁴³ Ibid.

²⁴⁴ Ibid.

a všeobecné užití by přiklonilo odpovědnost spíše k satisfakci než k reparaci, která je jejím hlavním účelem.²⁴⁵

7.1.6 25 Cdo 3332/2020

Posledním rozhodnutím českých soudů, které se zaobírá teorií ztráty šance, je rozsudek Nejvyššího soudu 25 Cdo 3332/2020. Toto výše podrobně rozebrané rozhodnutí odmítlo aplikovatelnost teorie ztráty šance. Ohledně důvodů odkázalo na dřívější rozhodnutí Velkého senátu Nejvyššího soudu 31 Cdo 2376/2021. Explicitně zmíněným důvodem bylo, že přiznání náhrady pozůstalému manželovi za ztracení padesátiprocentní šance na přežití jeho zesulé manželky, bez prokázání jasné kauzální spojitosti mezi protiprávním jednáním poskytovatele a úmrtím pacientky, tedy jen na základě teorie ztráty šance, by bylo v rozporu s maximou, že nikdo nemůže být nucen činit to, co mu zákon neukládá. Soud rovněž uvedl, že právní řád neobsahuje podklad pro aplikaci teorie a ani nepodává dostatečné důvody pro přehodnocení přístupu k příčinné souvislosti.²⁴⁶

Rozhodnutí 25 Cdo 3332/2020 je hlavně potvrzením dřívějšího a výše rozebraného rozhodnutí Velkého senátu Nejvyššího soudu 31 Cdo 2376/2021. Potvrzuje závěry v něm uvedené a nepřináší příliš nového do vztahu českého práva k teorii ztráty šance, kterou poměrně prostě odmítá. Pozitivně lze vnímat, že teorii chápe v souladu s její skutečnou podstatou a nesnaží se pod ní zahrnout nové přístupy. Důvody pro její odmítnutí jsou pak pochopitelné a jasné při patřičném srovnání s rozhodnutím 31 Cdo 2376/2021. Na druhou stranu, jak je výše uvedeno, rozvádí i problematickou část staršího rozhodnutí, neb zahrnuje obecnou úvahu nad možností nároku na odškodnění, dle soudu označitelného za nárok ze ztracené šance, plynoucího z pouhého porušení lege artis postupu. Mimo to, že teoreticky lze, jak je vysvětleno výše, tuto část rozhodnutí 25 Cdo 3332/2020 chápat jako podklad pro uplatnění teorie ztráty šance, tak i pokud tento výklad zavrhneme vzhledem ke zbytku rozhodnutí, tak přináší problematické závěry. Zakládá totiž možnost pojetí odpovědnosti daleko víc radikální, než je samotná teorie ztráty šance, neboť by tato možnost z prokazování odpovědnosti v zásadě vyloučila kauzalitu. Pokud totiž, jak uvádí soud, je představitelný nárok plynoucí z práva na ochranu zdraví chráněného skrze právo na standard péče a tím skrze lege artis postup, i když nelze prokázat souvislost ke klasicky vymezeným formám újmy, tak v podstatě i pouhé porušení lege artis postupu představuje samo o sobě žalovatelnou újmu, která tak splývá s protiprávním jednáním.

²⁴⁵ 31 Cdo 2376/2021.

²⁴⁶ 25 Cdo 3332/2020.

Výsledkem je, jak je i uvedeno výše, že soud připouští daleko radikálnější přístup ke kauzalitě, který nemá podklad v platném právu, zatímco teorii ztráty šance odmítá vzhledem k tomu, že by byla v rozporu s ústavním požadavkem, že nikdo nemůže být nucen činit nic, co mu neukládá zákon. V podstatě tak Nejvyšší soud kopíruje anglické právo a jeho vztah k teorii ztráty šance v jeho nejhorším aspektu, a to v jeho nekonzistentnosti.

V tuto chvíli tak lze uzavřít, že česká právní úprava aplikaci teorie ztráty šance neumožňuje. Jak však bylo uvedeno výše, situace komplikují úvahy soudu nad jinými, daleko zásadnějšími obměnami kauzality, a i vzhledem k postoji Ústavního soudu k teorii, který, jak je výše doloženo, je její aplikaci nakloněn, je otázkou, jak se bude postoj vyvíjet do budoucna. Velký senát Nejvyššího soudu ovšem zaujal jasné stanovisko a jasně stanovil svůj postoj k teorii.

7.1.7 III. ÚS 2253/13

Pro úplnost je vhodné uvést ještě nález Ústavního soudu III. ÚS 2253/13, který zmiňuje v rámci svého zdůvodnění řada výše uvedených rozhodnutí. Řečená věc se týkala pacientky, které byla vlivem pochybení poskytovatele zdravotních služeb vložena během operace do oka špatná čočka. Následkem tohoto pochybení bylo, že nedošlo k plánovanému zlepšení zraku pacientky. Ústavní soud se neztotožnil s názorem nižších soudů, že odpovědnost nebyla založena. Uvedl, že újmou na zdraví je i nezlepšení zdravotního stavu, které bylo očekáváno. S odkazem na svou předcházející judikaturu uvedl, že je povinností škůdce nahradit všechnu způsobenou újmu. Dodal také, že není důvod proč nenahrazovat očekávané zlepšení zdraví, když k němu nedošlo a nahrazovat ušlý zisk v rámci náhrady majetkové újmy. Mimo jiné také zdůraznil, že i znalecký posudek je nutné hodnotit stejně jako všechny ostatní důkazy a že nelze připustit, že by tento druh důkazu měl mít specifické postavení mezi důkazními prostředky.²⁴⁷

Nicméně teorii ztráty šance se zmiňovaný nález nijak nevěnoval. Nález Ústavního soudu III. ÚS 3067/13 zmiňuje výše řečený nález právě ve vztahu k hodnocení znaleckých posudků soudy a jako příklad, kdy soud i bez aplikace teorie ztráty šance byl schopen nahradit ztracenou šanci na zlepšení zraku.²⁴⁸ V nálezu IV. ÚS 3416/20 je pak řešený nález uveden jako příklad toho, že lze nahradit i specifickou nemajetkovou újmu spočívající ve ztracené šanci.²⁴⁹

Dané odkazy ale nejsou příliš přiléhavými. Pacientka totiž vlivem non lege artis nepřišla o šanci na zlepšení zraku, ale přišla přímo o zlepšení zraku. Soudy zde proto nehradily ztracenou šanci, nýbrž přímo nezlepšení zdravotního stavu, tedy finální újmu. I Holčápek došel ve svém

²⁴⁷ III. ÚS 2253/13.

²⁴⁸ III. ÚS 3067/13.

²⁴⁹ IV. ÚS 3416/20.

článku k závěru, že soudem užitý pojem ztráta možnosti se netýká ztracené šance, ale pouze nedosažení předpokládaného zlepšení.²⁵⁰

Soudy neřešily vztah tohoto případu k teorii ztráty šance, avšak pro úplnost lze uvést, že v tomto případě by teorie nebyla vůbec potřebná. Nebyl totiž problém dokázat kauzalitu mezi protiprávním jednáním a finální újmou pacientky, která jen byla určena jako nezlepšení zdravotního stavu. Na druhou stranu i pro teorii ztráty šance je možné využít některé ze závěrů Ústavního soudu. Jde hlavně o přístup soudu, kdy byl ochoten použít výklad ustanovení, který umožnil hradit i újmu spočívající v nedosažení předpokládaného zlepšení zdravotního stavu. Pochopitelně mezi tímto a ztracenou šancí jsou rozdíly, avšak dokládá to postoj Ústavního soudu, kdy je tento ochoten užít výkladu stávajících pravidel, aby nahradil újmu poškozenému, tam kde to obecná spravedlnost či spravedlivé cítění člověka vyžadují. Uznání teorie ztráty šance by bylo krokem dál než pouhé uznání nedosažení zlepšení zdravotního stavu za újmu, nicméně lze to chápat jako snahu o dosažení širšího krytí ztráty pacienta skrze odpovědnost poskytovatele zdravotních služeb.

7.2 Odborná literatura

Teorie ztráty šance nezůstala ani mimo pozornost české jurisprudence. Už v roce 2003 se teorii věnoval Holčapek. Ve svém článku stručně rozebral anglický přístup k teorii. Zmínil případy *Hotson* a *Wilsher*. Věnoval se rovněž rozpornosti anglického přístupu v tom, že u odpovědnosti advokátů za ztracenou šanci jejich klientů je přístup připuštěn, zatímco v medicínských sporech uplatnit nelze. Pro českou právní oblast pak uvedl, že ztracená šance není chápána jako újma, a proto ji nelze nahrazovat. Žalobce v případě obdobném kauze *Hotson* by proto u českého soudu nemohl uspět, neb by neprokázal kauzalitu s praktickou jistotou, kterou v dané době soudy vyžadovaly.²⁵¹ Stojí za zmínku, že Holčapek, byť jen stručně, rozebírá anglickou judikaturu a její vztah k teorii ztráty šance. Podstatné je i to, že při popisu teorie vychází z jejího reálného anglického předobrazu.

Teorii ztráty šance se Holčapek věnoval i dále. V článku, na který je odkázáno i výše, teorii specifikuje a komentuje i tehdejší rozhodnou judikaturu. Trochu překvapivě teorii zařazuje do problematiky příčinné souvislosti.²⁵² Takováto systematizace je pochopitelná, vzhledem k tomu, že teorie řeší problémy spojené s medicínským sporům vlastní složitostí prokazování příčinné souvislosti, na druhou stranu nezdůrazňuje dostatečně základ teorie, který

²⁵⁰ Tomáš Holčapek, (2016) 'Občanskoprávní odpovědnost v medicíně a její uplatňování u českých soudů'. *Právní rozhledy*, 9, str. 305.

²⁵¹ Tomáš Holčapek, (2003) 'Odpovědnost za ztrátu naděje'. *Právní rozhledy*, 4, str. 189.

²⁵² Tomáš Holčapek, (2016) 'Občanskoprávní odpovědnost v medicíně a její uplatňování u českých soudů'. *Právní rozhledy*, 9, str. 305.

spočívá ve vytvoření nového pojetí újmy. To je problematické vzhledem ke skutečnosti, že české právní prostředí nechápe teorii vždy tak, jak ji anglické právo založilo, ale právě jako otázku kauzality, což je nepřesné.

Ve svém dalším článku Holčapek dokonce předložil dvojí význam ztracené šance. Jednak jako specifickou nahraditelnou újmu. Jednak jako pouhý popis nejisté kauzality, kdy udal, že ztracená šance jakožto druh újmy není jedinou možností, kterak přistupovat ke ztracené šanci. Zdůraznil to dokonce tvrzením, že neexistuje jediné správné pojetí ztracené šance. Vyzdvihl také význam pojetí ztracené šance pro mezinárodní právo soukromé, neboť pojetí šance jako újmy je hmotněprávní, kdežto při pojetí ztracené šance jako popisu kauzální nejistoty se uplatní ve výsledku procesní normy. V případech s přeshraničním prvkem proto může pojetí ztracené šance ovlivnit volbu rozhodného práva. Holčapek rovněž rozvedl myšlenku, že sice mezinárodní úmluvy, a v kontextu medicínského práva jde hlavně o Úmluvu o biomedicíně²⁵³, nezakládají ztracenou šanci jako žalovatelnou újmu, nicméně, že je nutné pro soulad s nimi, aby právní řád ve spravedlivé míře umožňoval pacientům domoci se náhrady.²⁵⁴

Pro vztah českého práva k teorii ztráty šance je z daného článku podstatné právě dvojí pojetí ztracené šance. Není úplně jasné, jestli autor uvádí dvojí pojetí teorie ztráty šance, či pouze ztracené šance jakožto specifické situace pacienta. Spíše se ale zdá, že autor uvádí dvojí pojetí šance samotné, ovšem aniž by nějak zohlednil, jestli se teorie týká obou pojetí, či jen jednoho. To je však poměrně zásadní a dokládá to určitou nejasnost ve významu teorie ze strany české jurisprudence. Šance sama může být právními řády chápána odlišně, buď jako nahraditelný druh újmy a pak lze hovořit o aplikaci teorie ztráty šance, anebo mimo nahraditelný druh újmy. V takovém případě lze souhlasit s autorem v tom, že daný právní řád ztracenou šanci bere pouze jako výše zmíněný specifický stav pacienta, který sám o sobě je z pohledu prokazování kauzality obtížný. Nicméně je třeba v takovém případě podotknout, že právě uznání ztracené šance za hmotněprávní relevantní druh újmy je tím aspektem, který rozděluje právní řády aplikující a neaplikující teorii ztráty šance. Vzhledem k tomu pak právní řád, který k šanci přistupuje pouze jako k situaci ztěžující postavení žalobce, neaplikuje teorii ztráty šance, byť by daný problém řešil i jinými nástroji, jako je například přenesení důkazního břemene, či snížení důkazního standardu.

²⁵³ Úmluva na ochranu lidských práv a důstojnosti lidské bytosti v souvislosti s aplikací biologie a medicíny.

²⁵⁴ Tomáš Holčapek, 'Doctrine of Loss of Chance in Medical Malpractice Cases: Comparative, International and Transnational Aspects', str. 444-457, in: Pavel Šturma (ed.). (2017) Czech Yearbook of Public & Private International Law. Česká ročenka mezinárodního práva veřejného a soukromého. Česká společnost pro mezinárodní právo, Vol.8.

Výše zmíněné dělení šancí převzal ve svém článku i Šustek. Dodal k tomu, že ztracená šance představuje jiný přístup k důkaznímu břemenu žalobce a napomáhá mu překonat obtíže spojené s medicínskými kauzami.²⁵⁵ V zásadě předkládá pravdivý závěr, nicméně zase bez specifikace šance ve vztahu k teorii ztráty šance. Vyvstává tak dojem, že česká jurisprudencí řeší šanci samotnou a teorii bere pouze jako jedno z řešení. To je pochopitelně naprosto legitimní, jen to popírá relevanci odkazování na anglickou judikaturu, které se objevuje v rámci judikátů českých soudů i odborné literatury.

Melzer se ve svém textu rovněž zabývá vztahem českého práva k teorii ztráty šance. Byť nezahrnuje nejnovější rozhodnutí Nejvyššího soudu, tak obsahuje cenné úvahy. Autor uvedl, že postoj českých soudů byl ze strany jurisprudencí kritizován hlavně ze dvou příčin. První z důvodů byl, že soudy sice uznaly aplikovatelnost teorie ztráty šance, avšak namísto jejího užití pouze snížily důkazní břemeno a v zásadě tak pouze přistoupily na důkazní standard posouzení pravděpodobností. Jako druhý základ kritiky Melzer uvedl, že skutečný problém se týká složitosti prokazování zásahu do zdraví a života člověka, které jsou chráněnými hodnotami. Vytvoření ztracené šance jako další takovéto chráněné hodnoty dle autora pouze obchází skutečný problém. Ztracenou šanci považuje Melzer pouze za účelový konstrukt. S odkazem na náleží Ústavního soudu IV. ÚS 3416/20 autor uvedl, že se dle Ústavního soudu má teorie ztráty šance uplatnit jen na medicínské případy, což je opačný přístup, než jaký se vyvinul a anglickém právním prostředí. Obecně autor zmíněný náleží kritizuje. Vyvrací, že by šance byla hodnotou chráněnou právem a že by byla relevantní argumentace soudu, že by ochrana měla být poskytnuta i pokud je pravděpodobnost nižší než padesát procent stejně, jako se poskytuje v případě pravděpodobnosti vyšší. Sám Melzer teorii odmítl pro rozpor se základy odpovědnosti, především s požadavkem zásahu do práv poškozeného. Navrhl jako řešení problému dokazování v medicínských sporech snížení míry důkazu nebo převrácení důkazního břemene.²⁵⁶

Melzer zdůrazňuje rozpor mezi přístupem soudů k obsahu teorie ztráty šance a skutečnou podstatou této teorie. Předkládá rovněž argumenty v neprospěch aplikovatelnosti teorie samotné. Těmto argumentům se budu alespoň z části věnovat v diskusní části práce, proto bych zde jen stručně uvedl, že hlavním úskalím Melzerovi úvahy nad možnými dalšími řešeními problematiky složitosti prokazování kauzality v medicínských sporech je, že byť jsou

²⁵⁵ Petr Šustek, (2019) 'Current Debates on Medical Liability in the Czech Republic'. *Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie*, 23, str. 63-71.

²⁵⁶ Filip Melzer, 'Doktrína ztráty šance v recentní judicature českého ÚS a NS', str. 6-19, in: *Náhrada nemajetkovéj ujmy pozostalých a osobitosti nároku na náhradu nemajetkovéj ujmy v medicínském práve v podmienkach slovenského a českého práva* (2021, TINCT, ISBN: 978-80-973837-3-2), str. 6-19.

k dispozici, tak je Nejvyšší soud nebyl ochotný aplikovat v případě, který Melzer sám rozebírá, tedy v případě zakončeném rozhodnutím 31 Cdo 2376/2021. Byť obecný smysl pro spravedlnost v daném případě nabádá k odškodnění pozůstalých, jejichž příbuzná přišla o padesátiprocentní šanci na přežití²⁵⁷, tak Nejvyšší soud žádný z teoretických nástrojů nepoužil, aby této obecné spravedlnosti vyhověl. Nadto obrácení důkazního břemene, které Melzer nabízí, není vhodným nástrojem, jak řešit problematiku prokazování kauzality. Nijak totiž neřeší komplikovanost dokazování, jen problém přenáší na stranu sporu, o které lze říct, že je možná méně nespravedlivé, aby tímto problémem byla postižena. Je to ovšem stejné vyhýbání se podstatě problému, které sám Melzer kritizuje ve vztahu k teorii ztráty šance. Teorie by naopak znamenala menší zásah do postavení a jistot žalované strany a zároveň by mohla v řadě složitých případů zajistit poškozenému náhradu. Teorie ztráty šance není jediným řešením situace a některé argumenty proti její aplikaci mají váhu, nicméně i aspekt míry zásahu do postavení obou stran sporu by měl být při úvaze nad ní řádně zvážen.

Další nejasnosti ve vztahu českého práva k teorii ztráty šance vzbuzuje Elischer. Ten ve svém článku, který nereflektuje nejnovější judikaturu, uvedl, že české právní prostředí neuznává ztracenou šanci jako újmu. Jako jediný způsob, jak dosáhnout aplikace teorie uvádí dokázání úzké spojitosti mezi újmou a ztracenou šancí. Výsledná újma by musela být výsledkem ztracené šance, a to v takovém rozsahu, že by byla prakticky nevyhnutelná, jak autor uvádí. Jen v takovém případě by soudy mohly, byť jen výjimečně, přistoupit k založení náhrady.²⁵⁸

Elischer bohužel neuvádí, ze kterých podkladů daný závěr vyvodil. Výše uvedená judikatura základ pro aplikaci teorie pouze ve chvíli, kdy je šance natolik významnou, že je výsledná újma prakticky neodvratitelná, nedává. Nicméně výše uvedený přístup může vyplývat z požadavku na prokazování kauzality, kdy je v současné době, jak je uvedeno výše, vyžadována poměrně vysoká míra pravděpodobnosti, byť už ne naprostá jistota. Avšak tento přístup nelze nijak zaměňovat s teorií ztráty šance. Pokud je pacient schopen prokázat natolik vysokou ztracenou šanci, že se újma zdá být až nevyhnutelnou, tak nečelí obvyklým problémům s prokazováním kauzality spojeným a není proto třeba aplikovat teorii ztráty šance. Teorie naopak řeší právě situace, kdy šance není tak vysoká, aby újma byla neodvratitelnou. Při neodvratitelnosti újmy je totiž kauzalita mezi protiprávním jednáním poskytovatele a touto

²⁵⁷ 31 Cdo 2376/2021.

²⁵⁸ David Elischer 'Chapter VI – The Case Studies. Case 1: Against Faith. Czech Republic', str. 154-156, in Marta Infantino, Eleni Zervogianni (ed). 'Causation in European Tort Law'. (2017, Cambridge University Press, ISBN:1-108-30787-6), str. 155.

finální újmou prokázána dle stávajících standardů. I pokud by standardem prokázání kauzality byla naprostá jistota, tak jeho snížení nelze označit za aplikaci teorie ztráty šance, neboť by jím pouze došlo ke snížení standardu, nikoli k vytvoření nového pojetí újmy.

Mezi české teoretiky, kteří se věnovali i teorii ztráty šance, lze zařadit i Doležala a Doležala. Tito autoři ve svém článku z roku 2015 obsáhle citovali náleze Ústavního soudu I. ÚS 1919/08. Uzavřeli však, že ani argumentace Ústavního soudu neovlivnila soudní praxi a nevedla k aplikaci nových přístupů při řešení kauzality.²⁵⁹ Podotkli tedy, že ani náleze Ústavního soudu, který byl velmi vstřícný, co se týká možnosti upravit přístup ke kauzalitě a jejímu prokazování, nevedl k zavedení nového přístupu v české soudní praxi. Ostatně tento vývoj je zvýrazněn i posledními rozhodnutími Nejvyššího soudu, který přes mnohá povzbuzení ze strany Ústavního soudu rozhodl v neprospěch žalobců i na základě nemožnosti změny stávajícího přístupu práva k odpovědnosti.

Ve svém dalším, již výše zmíněném, článku Doležal a Doležal rozebrali podrobně přímo teorii ztráty šance. Definovali ji jako doktrínu, která vytváří nové pojetí újmy při zachování dalších aspektů odpovědnosti, tedy i prokazování kauzality. Dle autorů doplňuje klasický přístup vše nebo nic. Pozornost věnovali rovněž problémům s teorií spojeným. První z nich označili za problematiku spojenou s dokazováním kauzality. Uvedli však, že tento problém vyvstává hlavně pokud teorie není chápána správně. Zdůraznili s odkazem na náleze Ústavního soudu III. ÚS 3067/13, že nejběžnější chybou je chápání teorie jako procesního nástroje, který snižuje důkazní standard. Podotkli, že české soudnictví často podléhá omylům ohledně podstaty teorie. Druhým problematickým aspektem dle autorů je definování ztracené šance jakožto újmy. Zmínili problém, jak řešit ztracenou šanci, pokud nedojde k realizaci rizika. Jako odpověď s odkazem na literaturu nabídli řešení, kdy je šance nahrazována pouze pokud je skutečně ztracena. K náhradě naopak nedochází v případě, že dojde pouze ke zvýšení rizika výskytu následku, který se ale nakonec nerealizuje. Dále se zaobírali problematikou subsumpce újmy v podobě šance pod existující druhy újmy. Není totiž jasné, jestli by se ztracená šance a obzvláště šance na uzdravení měla zařadit pod újmu majetkovou, či nemajetkovou. Za problematiku autoři označili též vyčíslování náhrady za ztracenou šanci a nebezpečí dvojího odškodnění, jednak za šanci a jednak za výslednou újmu. Posledním uvedeným problémem byla pak problematika určení ztracené šance za právem chráněný statek a protiprávnost zásahu do ní. V rámci deliktů odpovědnosti je, jak připomínají autoři, nutný pro založení protiprávního jednání zásah do absolutního práva, nebo porušení povinnosti určené na ochranu jiného práva.

²⁵⁹ Tomáš Doležal, Adam Doležal, (2015) 'PROOF OF CAUSATION IN MEDICAL MALPRACTICE CASES IN THE CZECH REPUBLIC'. *The Lawyer Quarterly*, Vol. 5(3), str. 195-205.

Šance však dle autorů není absolutním právem, ani neexistuje zákonem uložená povinnost ji chránit. Komplikovaná je rovněž dle autorů otázka nahraditelnosti ztracené šance zemřelého pozůstalým osobám. Autoři v zásadě takovouto možnost vyloučili. V rámci smluvní odpovědnosti pak zdůraznili vliv určení druhu újmy, kterou ztracená šance představuje. Uvedli, že pokud by ztracená šance byla nemajetkovou újmou, tak by bylo nutné pro její nahraditelnost, aby smlouva její náhradu výslovně zakládala. Pokud by byla majetkovou újmou, tak by pro založení její nahraditelnosti bylo dostačujícím porušení smluvní povinnosti. Autoři také s odkazem na literaturu rozebrali možnost vyvodit ochranu šance ze samotného účelu smlouvy, přičemž ale uzavřeli, že z úpravy smlouvy o péči o zdraví dané současným občanským zákoníkem by závěr o ochraně šance vyplývající ze smlouvy i bez výslovného zakotvení byl jen obtížně dosažitelný.²⁶⁰

Uvedené argumenty k teorii ztráty šance podrobně zvážím v příslušné části práce, nicméně pro otázku vztahu českého práva k teorii ztráty šance je z článku patrné, že české soudnictví často přistupuje k teorii nesprávně. Autory zmíněné argumenty pak justice ve výše uvedených judikátech buď neřeší vůbec, nebo jim nevěnuje pozornost v rozsahu v jakém by si ji zasloužili, nicméně jsou takto alespoň předmět odborných diskusí. Skrze tyto argumenty pak lze vytvářet reálný vztah českého práva k teorii ztráty šance, neboť zdůrazňují překážky pro aplikovatelnost tohoto přístupu, čímž umožňují na ně hledat případná řešení. Tento argumentační přístup lze též položit do kontrastu se spíše hodnotovou argumentací Ústavního soudu, který zdůrazňuje možnost výkladu norem ve prospěch dosažení spravedlivějšího řešení pro žalobce, nicméně praktické otázky realizování přístupu nechává poměrně stranou, nebo je přenáší na soudy nižších instancí.

Podstatným je i závěr autorů o problematičnosti aplikace teorie ztráty šance v rámci českého práva. Společně s řadou výše zmíněných teoretiků se autoři k teorii staví spíše odmítavě, což rovněž dotváří vztah českého práva k teorii.

Doležal a Doležal se k teorii ztráty šance vyjádřili ještě i ve své knize, a to poměrně kriticky. Označili teorii za problematickou s tím, že problémy spojené se složitostí prokazování kauzality pouze obchází a nenabízí jejich řešení.²⁶¹

Nad teorií ztráty šance uvažoval ve svém článku rovněž Smrž. Věnoval se této teorii obecně, přičemž ji definoval ve shodě s anglickou podstatou jako přístup vytvářející nový druh

²⁶⁰ Tomáš Doležal, Adam Doležal, (2017) 'Problematika využití teorie ztráty šancí'. Časopis zdravotnického práva a bioetiky, Vol.7(1), 44-55.

²⁶¹ Adam Doležal, Tomáš Doležal, Kauzalita v civilním právu se zaměřením na medicínskoprávní spory (1. vydání) (2016, Ústav státu a práva AV ČR, ISBN: 978-80-87439-27-2), str. 191.

újmy. Předložil argumentaci pro i proti aplikaci teorie ztráty šance a rozebral novější judikaturu vrcholných soudů České republiky, ovšem mimo dvě nejnovější rozhodnutí Nejvyššího soudu. Za pozornost stojí autorem předložená úvaha nad možnostmi stanovení výše náhrady ztracené šance. Podotýká, že existují dva způsoby tohoto určení. Jedním z nich je stanovení náhrady dle pravděpodobnosti zapříčinění výsledného stavu, tedy přiřknutí části náhrady za výsledný stav dle míry ztracené šance. Tento přístup autor označuje za skrytou probablistickou proporcionální odpovědnost.²⁶²

Toto označení není příliš vhodné. Z kontextu je sice patrné, že autor instituty nezaměňuje, nicméně je na místě je výslovně odlišit. Byť výsledná výše náhrady při použití shora uvedeného přístupu může být shodná jak při aplikaci teorie ztráty šance, tak probablistické proporcionální odpovědnosti, tak cesta k určení této náhrady je jiná. Teorie ztráty šance odškodňuje šanci, nikoli poměrnou část výsledné újmy.

Druhým přístupem ke stanovení výše náhrady ztracené šance je dle Smrže stanovení náhrady dle uvážení soudu. K této variantě autor vyjádřil preference, které podložil úvahou, že tento přístup je patřičnější vezme-li se v potaz, že teorie ztráty šance je založena na vytvoření nového druhu újmy. Autor také v souvislosti se způsoby stanovení náhrady ztracené šance zmínil ještě možnost nahrazovat zásah do jiného právního statku, než je ztracená šance případně zdraví, a to narušení osobnostního práva pacienta, jak autor uvedl například důstojnosti nebo práva pacienta na sebeurčení. Tento přístup je pak vlastně alternativou i k teorii ztráty šance, kdy je osobnostní právo narušeno poskytnutím zdravotní péče non lege artis a náhrada by měla být stanovena dle uvážení soudu. Autor předestřel ještě další nástroje, kterými by bylo možné vyřešit obtíže spojené s dokazováním, na které reaguje teorie ztráty šance. Uvedl snížení míry důkazního standardu, obrácení důkazního břemene a analogickou aplikaci norem řešících alternativní příčinnou souvislost. Poslední přístup by spočíval v tom, že by se k situaci, kdy pacient ztratí část šance na uzdravení vlivem zásahu lékaře, přistoupilo tak, jako by výsledná újma na zdraví byla způsobena více škůdci, kdy jeden z pomyslných škůdců by byl nahrazen stavem pacienta, ve kterém byl ve chvíli protiprávního jednání lékaře.²⁶³

Autor vyjádřil mimo jiné i úvahu nad zavedením hranice de minimis ve vztahu k aplikaci teorie ztráty šance. Zavedení tohoto institutu autor odmítl s tím, že by byla na škodu podstatě teorie, neboť by relativizovala nahrazení šance tím, že by určila, že jen některé šance jsou nahraditelné. Věnoval se rovněž některým nevýhodám teorie ztráty šance. Zmínit lze

²⁶² Ivo Smrž, (2022) 'Doktrína ztráty šance a poskytování zdravotních služeb v aktuální soudní praxi'. Časopis zdravotnického práva a bioetiky, Vol.12(1), 32-62.

²⁶³ Ibid.

především autorovu připomínku, že teorie není schopna vyřešit všechny případy spojené s kauzální nejistotou. Ukázal to na příkladu, ve kterém porodník pochybí a dítě se narodí s postižením, u kterého ovšem není zřejmé, jestli je způsobeno vlivem pochybení porodníka, nebo šlo o vadu dítěti vlastní již před narozením. Bez povšimnutí není vhodné nechat ani část autorova komentáře k názoru Ústavního soudu vyjádřeného v rozhodnutí IV. ÚS 3416/20, že při nedosažení pravděpodobnosti způsobení újmy ve výši sta procent se hranice mezi způsobením výsledné újmy a ztrátou šance stává nezřetelnou. Smrž tomuto pojetí odporoval s tím, že újma na zdraví i ztracená šance dle teorie ztráty šance jsou zřejmými druhy újmy a vyžadovaná míra důkazu o kauzalitě mezi těmito újmy a jednáním škůdce není podstatná pro jejich rozlišení. Autor v této věci kritizoval Ústavní soud, neboť dle něj úvahou, že při neprokázání kauzality ve vztahu k újmě jde vlastně o ztrátu šance, stanovuje bez dalšího existenci šance jakožto právem chráněného statku. Přímou pak Smrž uvedl, že nesouhlasí s Ústavním soudem v otázce existence ztracené šance jako chráněného statku. Vymezil se proti argumentaci, že existence šance je podložena skutečností existence nejasného předělu mezi výslednou újmou samotnou a ztrátou šance na vyhnutí se této újmě.²⁶⁴

S tímto autorovým názorem lze polemizovat. Popírá totiž jistou propojenost ztracené šance a výsledné újmy, které existuje. V podstatě při neprokázání stoprocentní jistoty kauzality je nahrazována šance místo výsledné újmy, což bude i podrobněji rozvedeno níže. Pokud je pravděpodobnost kauzální spojitosti pouze osmdesát procent, tak nahrazována v podstatě je totiž tato ztracená šance a nikoli výsledná újma. Tato ztracená šance se pouze vzhledem k důkaznímu standardu může brát jako dostatečná pro prokázání jisté kauzality, což vede k náhradě celé výsledné újmy. To ovšem nic nemění na skutečnosti, že jde „jen“ o šanci. Tento fakt je poměrně významným argumentem pro úvahy nad aplikovatelností teorie ztráty šance, a proto jeho pominutí pouze s tím, že výsledná újma a ztracená šance jsou jasně ohraničené a rozdílné újmy, nepovažují za dostatečné. Pochopitelně výsledná újma a ztracená šance jsou rozdílné instituty. Nicméně je třeba si uvědomit, že i při nahrazování dle přístupu vše nebo nic, české soudy se ztracenými šancemi, byť blízcími se stu procent, pracují, jak je ukázáno výše, a dokáží je nahrazovat, byť jako podklad dokládající kauzalitu k výsledné újmě. Podobně kriticky je třeba přistoupit k názoru autora, že teorie ztráty šance není schopná obsáhnout veškeré případy s nejistou kauzalitou. Samozřejmě nelze říct, že tomu tak není, ale výše zmíněný příklad není příliš vhodným pro prokázání této skutečnosti. Daná situace by totiž šla vyjádřit i tak, že novorozenec měl sobě vlastní riziko postižení. Toto riziko bylo teoreticky

²⁶⁴ Ibid.

určitelné. Minimálně bylo možné vycházet z množství narozených dětí s daným poškozením v populaci nebo z podstaty postižení a jeho příčin. To že se neví, jestli dítě bylo postižené vadou již před narozením, jak uvádí ve svém příkladu Smrž²⁶⁵, nevyklučuje existenci šance, ale je naopak podstatou šance. Aplikace teorie by proto byla možná, otázkou je pouze to, jestli by šance byla reálně určitelná a žalobce by mohl uspět. To však nemůže být podkladem pro odmítnutí teorie ztráty šance všeobecně.

Pozitivně lze naopak hodnotit autorův postoj ke stanovení hranice de minimis. Byť, jak bude uvedeno níže, je představitelné stanovení určité hranice pro zamezení zahlcení justice bagatelními spory s šancemi nedosahujícími například ani procenta, tak je pravdou, že by se k danému problému mělo přistupovat tak, aby nebyla narušena podstata teorie a nedošlo k umělému vytvoření hranice vylučující některé šance z náhrady. Velmi přínosné jsou také autorovy úvahy nad možnými alternativami k teorii ztracené šance. Ty však budou podrobněji zahrnuty v příslušné části práce, a tudíž jim zde již nebude poskytnut prostor.

7.3 Shrnutí

Z výše uvedeného lze shrnout, že si česká judikatura i jurisprudencce uvědomuje problematičnost prokazování kauzality spojenou s medicínskými spory. Nedostatek znalostí a chápání, mnohost příčin a další faktory způsobují, že je na žalobce kladeno důkazní břemeno, které nemusí být vůbec schopen unést. Zvláště Ústavní soud se, a to už usnesením I. ÚS 1919/08, snažil o založení přístupu, který by umožnil dosáhnout spravedlivějšího uspořádání poměrů mezi pacientem a lékařem. Nicméně ve vztahu k teorii ztráty šance nezaložil její aplikovatelnost, pouze ji navrhl jako jedno z možných řešení.

Problematickým ve vztahu k teorii ztráty šance je, že sice Ústavní soud uvádí, že teorie je možným řešením komplikované důkazní situace v rámci některých medicínských případů, ale byť odkazuje na anglické rozhodnutí *Gregg v Scott*, tak svůj názor nezakládá na reálné podobě teorie. Naopak Nejvyšší soud ve svých posledních rozhodnutích teorii chápe správně, ale odmítá její připuštění. Podobná rozpornost panuje i v rámci jurisprudencce, kde někteří autoři uvádějí více pojetí teorie ztráty šance.

Teorie ztráty šance se nicméně zabývá jen šancí tvořící újmu. Proto jsou úvahy, které citují anglickou judikaturu, ale teorii chápou jinak, problematické. Těžko je možné si vytvořit realistický, argumenty podložený vztah k teorii vyplývající z jiného právního řádu, pokud teorie není chápána ve shodě s pojetím daného právního řádu. Pokud bychom vycházeli z pojetí Ústavního soudu, tak dospějeme k jiné právní doktríně, která nebude mít podklad v anglickém

²⁶⁵ Ibid.

právu. Vzhledem k tomu by anglická judikatura a odborná literatura nemohla být použita jako základ argumentace ve vztahu k takovéto nové teorii.

Obecně vzato lze uvést, že s výjimkou Ústavního soudu se k teorii ztráty šance české právní prostředí nestaví pozitivně. Její aplikovatelnost spíše vylučuje. Ostatně Nejvyšší soud její aplikaci vyloučil i svými rozhodnutími. Někteří autoři a soudy předkládají i poměrně silné argumenty proti začlenění teorie do českého práva. Obzvláště silným se zdá argument vylučující teorii vzhledem k tomu, že nemá podklad v platném právu a že pojetí ztracené šance, jakožto újmy, nelze pod platné normy subsumovat. Nicméně se tím české právní prostředí dostává do situace, kdy uznává, že má problém spočívající ve složitosti prokazování kauzality v medicínských sporech, ale zároveň nemá řešení. Nabízí se sice mimo jiné snižování důkazního standardu a přenesení důkazního břemene, avšak bez reálného prospěchu pro žalobce, jak je patrné z posledních rozhodnutí Nejvyššího soudu. Chybí také úvahy nad intenzitou podobných zásahů a jejich porovnání s teorií ztráty šance.

Překážkou pro vytvoření kvalitního a podloženého vztahu k teorii je rovněž to, že česká judikatura a v zásadě ani zde zmíněná jurisprudenc se nesnaží o komplexní pochopení problematiky teorie uvnitř anglického práva. Zmiňovány jsou pouze případy Gregg v Scott, případně kauza Hotson, ale nedochází k vypořádání s faktem, že vztah anglického medicínského práva k teorii ztráty šance je poměrně komplikovaný a nejednoznačný a že i oba dané případy nebyly z různých důvodů vhodné pro vytvoření vztahu anglického práva k řešené doktríně. Dokonce nelze ani vyloučit, že anglické soudy v budoucnu k teorii ztráty šance a její aplikaci přistoupí.

Komplikací ve vztahu k teorii ztráty šance jsou i úvahy Nejvyššího soudu nad nárokem, který označují za nárok ze ztracené šance, který však vyplývá už ze samotného porušení lege artis postupu. Je minimálně nešťastným, že soud uvažuje a v podstatě dává podklad pro radikální přístup obcházející kauzalitu a činí tak navíc obiter dicta a bez řádného zdůvodnění v případech, kdy odmítá mírnější rozvoj práva představovaný teorií ztráty šance.

Lze tedy zakončit tím, že české právo se s teorií vypořádává a ve výsledku ji v této chvíli odmítá. Určení vztahu je ale komplikováno řadou faktorů a bylo by potřebné, aby české soudy, ať už zaujmají jakékoli stanovisko, věnovaly větší pozornost anglické judikatuře, aby zamezily přijetí, nebo i odmítnutí něčeho, co s původní teorií má jen málo společného. Riskují totiž, že odmítnou možné řešení problému a zablokují tak potřebný vývoj právní úpravy a v konečném důsledku i možnost dosáhnout řešení sporů, které je vůči jejich stranám spravedlivější.

Otázkou pak zůstává i další vývoj postoje českého práva k teorii ztráty šance. Jak je patrné z výše uvedeného, Nejvyšší soud a Ústavní soud si problém teorie do jisté míry přehazují

mezi sebou a prosazují svá rozdílná stanoviska. Lze proto hovořit o probíhající, či minimálně hrozící takzvané válce soudů, kdy lze očekávat, že diskuse mezi soudy bude probíhat i nadále a bude tak ovlivňovat budoucí přístup k teorii. V tuto chvíli pak nezbývá než věřit, že Ústavní soud v rámci budoucích rozhodnutí přijme za svůj výklad teorie odpovídající jejímu anglickému originálu a pečlivě zváží i v rámci této práce citované, či vznesené argumenty.

8 Srovnání anglického a českého přístupu k teorii ztráty šance

8.1 Srovnání úpravy občanskoprávní odpovědnosti

Právo anglické stejně jako české pracuje s občanskoprávní odpovědností lékaře, respektive poskytovatele zdravotních služeb. Anglické právo hlavně skrze tort of negligence. České právo výše popsanou civilněprávní odpovědností. Anglické právo uplatňuje i v oblasti medicíny odpovědnost smluvní, nicméně, jak už bylo uvedeno výše, jde spíše o sporadické případy a hlavním nástrojem poškozeného pacienta tak bude zmíněný tort. To ovšem neznamená, že by anglické právo přistupovalo k odpovědnosti výrazně rozdílným způsobem oproti právu českému. Tort sám o sobě může být přirovnán k českému civilnímu deliktu.

Anglické právo pro založení odpovědnosti vyžaduje, aby mezi lékařem a pacientem existovala povinnost péče a aby tato povinnost byla porušena. Dále musí vzniknout pacientovi újma v dostatečné spojitosti s porušením povinnosti, která je zároveň zapříčiněná porušením povinnosti. Újma rovněž musí být žalovatelná. České právo vyžaduje protiprávní jednání, újmu, příčinnou souvislost mezi nimi a v některých případech i zavinění. V zásadě však půjde o obdobné požadavky. Porušení existující povinnosti péče je v zásadě protiprávním jednáním. Obě úpravy vyžadují vznik újmy a kauzalitu. Ona spojitost újmy vyžadovaná anglickým právem pak znamená její předvídatelnost. Újma tedy musí být možným a za běžných okolností představitelným následkem porušení povinnosti. Stejného požadavku dosahuje i české právo skrze teorii adekvátnosti. Vzhledem k tomu, že anglické právo pro založení odpovědnosti za tort of negligence nevyžaduje zavinění, tak jde o odpovědnost objektivní, stejně jako u české odpovědnosti za újmu vzniklou porušením smlouvy.

Zásadní rozdíl mezi českou a anglickou právní úpravou lze nalézt v oblasti příčinné souvislosti. České právo, jak bylo nastíněno výše, obecně vyžaduje prokázání kauzality s jistotou, byť je zde patrný trend přibližování se zahraničním úpravám, které stoprocentní jistotu nevyžadují, a tak i český důkazní standard se v praxi pohybuje níže než u naprosté jistoty. Rovněž volné hodnocení důkazů dává soudům možnost dospět k přesvědčení, že příčinná souvislost je jistá, byť by byla podložená jen vysokou mírou pravděpodobnosti, jak je uvedeno výše. Anglické soudy spoléhají na prokázání na základě standardu posouzení pravděpodobností, kdy minulé skutečnosti, a tedy obecně i kauzalitu, berou jako jisté, pokud existují s vyšší pravděpodobností, než je pravděpodobnost, že neexistují. Anglické soudy jsou tedy vstřícnější k žalobci než soudy české, ačkoli obecně vzato český soudce může dospět k poměrně podobnému způsobu prokazování, jako soudce anglický.

8.2 Srovnání přístupu k teorii ztráty šance

Při porovnávání anglického a českého přístupu k teorii ztráty šance je třeba mít na paměti, že teorie je původně anglický nástroj a české právo ji proto může pouze převzít, případně převzít a upravit. Jak už bylo výše uvedeno, tak v zásadě má odpovědnost v Anglii i v Čechách stejné aspekty. Vyžaduje se existence právní povinnosti, její porušení, vznik újmy a kauzalita mezi porušením povinnosti, tedy protiprávním jednáním, a újmou. Nicméně existují i podstatné rozdíly, zejména co se týká úlohy soudů. Zatímco anglické právo činí závaznými i precedenty, tak v českém prostředí je jejich úloha v tomto ohledu složitější. To pak nutně ovlivňuje i úvahy o možnosti aplikace právních teorií. České soudy nemohou legálně vytvořit právo, mohou pouze vyložit stávající normy způsobem, který zahrnuje i případnou změnu. Proto v rámci českých úvah hrají daleko větší úlohu názory na souladnost teorie ztráty šance s platným právem. Anglické soudy se touto problematikou tolik nezabývají, jen někteří soudci více obecně argumentují tím, že úvahy o teorii ztráty šance vzhledem ke svému dopadu náleží spíše Parlamentu než soudům. Obecně řečeno anglický systém nabízí soudům větší prostor pro uvažování nad aplikovatelností teorie, neboť nejsou tolik omezeni závazností právních předpisů, jako soudci čeští. Na druhou stranu český Ústavní soud se opakovaně vyjadřoval v tom smyslu, že by bylo legitimním přistoupit k výkladu práva, který by aplikovatelnost teorie připouštěl. Pochopitelně je tento argument omezen tím, že Ústavní soud k podstatě teorie nepřistupuje správně. Stále je to však jasnou indikací toho, že by Ústavní soud nepovažoval zásah do problematiky kauzality, tedy nejspíš i vytvoření nové újmy, ke které by se kauzalita před soudem zakládala, za příliš razantní zásah soudní moci. Vzhledem k tomu mají české soudy možnost teorii akceptovat, byť ne s takovou jistotou jako jejich anglické protějšky.

Lze také dodat, že pro oba právní řády je společné, že by nejlepším způsobem, jak zakotvit aplikovatelnost teorie ztráty šance do medicínských sporů, bylo jasné zákonné vyjádření legislativy. Takové vyjádření vůle by mělo nejvyšší legitimitu a učinilo by finální rozhodnutí ohledně zmíněné problematiky.

Podstatným rozdílem mezi českou a anglickou úpravou, který ovlivňuje i vytváření vztahu k teorii ztráty šance, je i rozdílná pozice, ze které vychází anglická justice a její český protějšek. Jak bylo vícekrát rozebráno výše, tak anglické soudy využívají důkazní standard posouzení pravděpodobností, zatímco české opustily sice požadavek naprosté jistoty, ale stále vyžadují mnohem vyšší míru pravděpodobnosti. Anglické soudy tak při úvahách nad teorií ztráty šance řeší potřebu dosáhnout spravedlivého narovnání vztahů i v případě, kdy nelze kauzalitu prokázat s pravděpodobností vyšší než padesát procent. Oproti tomu české soudy

v současné chvíli mají hraniční případy u vyšší pravděpodobnosti a rozsah problémů spojených s prokazováním kauzality je proto ještě větší.

Melzer ve svém článku uvádí jako jeden z důvodů kritiky přístupu českých soudů k teorii ztráty šance ze strany jurisprudence to, že soudy místo aplikace skutečné podstaty teorie pouze uplatňovaly nižší míru důkazu. Autor uvádí, že soudy aplikovaly anglický standard posouzení pravděpodobností.²⁶⁶

Lze tak uvažovat nad tím, že by se v českém soudnictví mohl rozvinout trend snižování důkazního standardu, který by se pak přiblížil anglickému modelu. Mohla by pak nastat situace, kdy by české soudy odmítly aplikovat teorii ztráty šance, ale ve snaze o docílení spravedlivějších řešení sporů by snižovaly důkazní standard až na anglickou úroveň. Dostaly by se tak do stejné pozice, v jaké anglické soudy při hodnocení teorie ztráty šance začínaly. Nebylo by bez zajímavosti pak sledovat vývoj české judikatury a jurisprudence, které by pravděpodobně stejně jako anglické soudy začaly uvažovat nad tím, jestli neexistuje i přístup, který by umožnil rozhodnout v zájmu spravedlnosti i ve prospěch žalobce, který nemůže kauzalitu k výsledné újmě prokázat v požadované míře vyšší než padesát procent. Rozdílnost výchozích pozic pak může úvahy nad teorií ztráty šance ovlivnit i v tom směru, že zatímco anglické soudy už důkazní standard moc snižovat nemohou, tak české soudy k tomu prostor ještě mají a mohou o tom uvažovat prioritně před zavedením nových doktrín, jako je právě teorie ztráty šance.

Dalším rozdílem mezi českým a anglickým přístupem k teorii ztráty šance je i její užití mimo oblast zdravotnického práva. Anglické soudy teorii, jak je uvedeno výše, aplikují v případech pochybení advokátů, nebo v kauzách podobných případu *Chaplin v Hick*, který teorii založil, ale nebyl spojen s pochybením lékařů. Naopak české soudy, zde lze zmínit kupříkladu Nejvyšší soud a jeho dvě poslední rozhodnutí, odmítají teorii ztráty šance aplikovat i vzhledem k tomu, že by byla nesystémovou a vytvářela by přísnější odpovědnost právě jen v medicínských případech. Melzer dokonce uvádí, že Ústavní soud ve svém rozhodnutí IV. ÚS 3416/20 argumentuje pro opačný přístup, než jaký se vyvinul v anglickém právu.²⁶⁷ I tento postoj českých soudů lze interpretovat jako nedostatek pochopení anglické teorie ztráty šance. V zásadě není žádný důvod, který by legitimně vylučoval užití řešené teorie v jiných právních odvětvích, než je zdravotnické právo, za předpokladu, že by se v medicínských

²⁶⁶ Filip Melzer, 'Doktrína ztráty šance v recentní judicature českého ÚS a NS', str. 6-19, in: Náhrada nemajetkovej ujmy pozostalých a osobitostí nároku na náhradu nemajetkovej ujmy v medicínskom práve v podmienkach slovenského a českého práva (2021, TINCT, ISBN: 978-80-973837-3-2), str. 10-11.

²⁶⁷ Ibid, str. 15.

sporech toto užití prosadilo. Stejně tak lze uvést, že skutečnost, že anglické právo teorii ztráty šance aplikuje na advokáty, ale ne na lékaře, je oprávněnou kritikou anglického přístupu.

To, že české soudy zvažují aplikaci teorie ztráty šance na medicínské spory v zájmu dosažení spravedlivějšího řešení sporů, kterýžto zájem lze dovést minimálně u Ústavního soudu, je pochopitelné. Méně pochopitelné však je, že už nevěnují pozornost případům jako je právě *Chaplin v Hicks* a neuvažují o dané teorii komplexněji, a to i co do její aplikace v jiných odvětvích práva.

Naopak v této chvíli se anglická i česká justice shodují v tom, že teorie v medicínských případech aplikovatelná není. Důvody k tomu se sice v různých ohledech liší, ale jsou mezi nimi významné průniky. Jak někteří soudci Sněmovny lordů, tak i Velký senát Nejvyššího soudu, odmítají odklon od stávající podoby odpovědnosti, který by teorie ztráty šance přinesla. U Sněmovny lordů to naráží na nekonzistenci s některými předchozími judikáty, kde soud přistoupil i k výraznějším zásahům do podoby odpovědnosti, u Nejvyššího soudu je argumentace oslabena nenaplněnou snahou Ústavního soudu o nalezení spravedlivějšího řešení medicínských případů. Oběma právním řádům je vlastní i to, že lze mít za to, že vztah k teorii ztráty šance nemusí být konečným a může být ještě předmětem dalších úvah soudů. V Anglii vzhledem k relevantní kontextové judikatuře a problematičnosti případů *Hotson* a *Gregg v Scott*, které už z podstaty nebyly nejvhodnějšími pro založení poměru práva k teorii ztráty šance. V Čechách pak kvůli sympatiím, které vůči teorii opakovaně vyjádřil Ústavní soud.

Bohužel nelze nezmínit také výše často skloňovaný problém špatného uchopení teorie ztráty šance ze strany české justice, který rovněž tvoří rozdíl oproti anglickému přístupu. Jiné pojetí teorie ze strany hlavně českého Ústavního soudu pak znemožňuje využívat relevantní odkazy na anglickou judikaturu a vytváří k teorii ztráty šance vztah založený na omylu a postrádající proto váhu.

Do kontextu komparace s anglickým právem jde zařadit i úvaha vznesená Nejvyšším soudem v rozhodnutí 31 Cdo 2376/2021 a potvrzená stejným soudem v rozhodnutí 25 Cdo 3332/2020 ohledně nároku označitelného za nárok ze ztracené šance plynoucího ze samotného porušení *lege artis* postupu bez nutnosti určení a dokázání klasicky pojatých forem újmy. Touto úvahou zakládající odpovědnost bez kauzality totiž Nejvyšší soud překonal v radikálnosti i některá rozhodnutí Sněmovny lordů, která pro vznik odpovědnosti vyžadovala pouhé materiální přispění k výsledné újmě, jako je typický případ *McGhee*. Srovnat by takový přístup šel nejspíš s případem *Chester v Afshar*, kde Sněmovna lordů odpovědnost za výslednou újmu vyvodila z pouhého nedodržení informační povinnosti lékaře. I v řečeném případě totiž byla odpovědnost založena bez ohledu na absenci kauzality, kdy újma *de facto*

spočívala pouze v tom, co by bylo v českém prostředí nazváno porušením lege artis postupu. Na druhou stranu pojetí Nejvyššího soudu není až tak radikálním vzhledem k tomu, že nechce skrze odpovědnost za porušení lege artis postupu přiznávat náhradu za celou výslednou újmu, ale pouze za onu jakoby ztracenou šanci, byť nespecifikuje, jak by se určil její rozsah. Avšak i tak se české právo v tomto přibližuje anglickému. Ovšem znovu pouze v aspektu, kde to není žádoucí, vezmeme-li v úvahu výše rozvedenou problematičnost rozhodnutí v kauze Chester.

Nicméně zjednodušeně řečeno oba řešené přístupy jsou v tuto chvíli shodné v tom, že aplikaci teorie ztráty šance v medicínských případech neumožňují. Oba přístupy jsou také do jisté míry, byť z jiných důvodů, problematické. Přístup k teorii se pravděpodobně dočká dalšího vývoje a bude zajímavé sledovat, jestli se oba právní řády ve svých záměrech nakonec potkají nebo rozejdou. Pokud se protnou, tak otázkou je, jestli v pozitivním přístupu k teorii, nebo v negativním, ale doufejme, že každopádně v přístupu jistějším a legitimnějším.

9 Debata nad právními a politickými aspekty teorie ztráty šance

Teorie ztráty šance není nijak moderní koncept, přesto se těší zájmu právních teoretiků. Někteří z nich se přiklání k její aplikaci i v oblasti případů medicínské nedbalosti. Kladné stanovisko zastává ku příkladu Jansen²⁶⁸, podporu teorie ztráty šance lze vyvodit i u Stapleton²⁶⁹ nebo Goolda a Herringa²⁷⁰ a ve prospěch teorie se vyjádřil i soudce Nicholls²⁷¹. Naopak s rozhodnutím Sněmovny lordů nepřipustit teorii v kauze Gregg souhlasí Green²⁷², či Beaver²⁷³. V samotném rozhodnutí případu Gregg se proti teorii vyjádřili soudce Hoffmann nebo soudkyně Hale²⁷⁴. České právní prostředí se k teorii staví rovněž spíše odmítavě. Aplikaci odmítl Nejvyšší soud ve svých posledních rozhodnutích²⁷⁵, negativně se vyjadřuje i Melzer²⁷⁶ a Doležal s Doležalem teorii označili za problematickou²⁷⁷. Důvody, které jednotliví zástupci jurisprudence i praxe uvádí pro podporu svého stanoviska se různí a je jich celá řada. Já se pokusím ty nejpodstatnější argumenty pro a proti teorii ztráty šance systematizovat a zvážit.

9.1 Spravedlnost

Soudce Nicholls v kauze Gregg v rámci svého zdůvodnění argumentuje mimo jiné spravedlností. Uvádí, že spravedlnost požaduje, aby újma zahrnovala v případech jako Gregg i ztrátu šance poškozeného, neboť to odpovídá medicínské realitě. Rozebírá také, že účelem práva je poskytnout poškozenému náhradu, pokud je povinnost vůči němu porušena. Tato náhrada by měla být poskytnuta i pokud je počáteční šance pacienta nižší než padesát procent. Dokonce zachází tak daleko, že říká, že pokud by právo nebylo schopné v případech jako Gregg náhradu poskytnout, tak by nestálo za nic.²⁷⁸

Definovat hodnotu spravedlnosti není jednoduché, a proto je i složité zvážit soulad práva s touto hodnotou. Nicméně právě to je jednou z úloh jurisprudence. Jednou z možných definic

²⁶⁸ Nils Jansen, (1999) 'The Idea of a Lost Chance'. Oxford Journal of Legal Studies, Vol.19, 271-296.

²⁶⁹ Jane Stapleton, (1988) 'The Gist of Negligence, Part II: The Relationship Between 'Damage' and Causation'. The Law Quarterly Review, Vol. 104, 389-409.

²⁷⁰ Imogen Gould, Jonathan Herring, Great Debates in Medical Law and Ethic (2. vydání) (2018, Macmillian Education UK, ISBN: 9781352002287), str. 100.

²⁷¹ Gregg v Scott [2005] UKHL 2.

²⁷² Sarah Green, (2006) 'Coherence of Medical Negligence Cases. A Game of Doctors and Purses'. Medical Law Review, Vol.14(1), 1-21.

²⁷³ Allan Beaver, (2005) 'Gregg v Scott and Loss of a Chance'. The University of Queensland Law Journal, Vol.24(1), 201-212.

²⁷⁴ Gregg v Scott [2005] UKHL 2.

²⁷⁵ 25 Cdo 3332/2020, 31 Cdo 2376/2021.

²⁷⁶ Filip Melzer, 'Doktrína ztráty šance v recentní judicature českého ÚS a NS', str. 6-19, in: Náhrada nemajetkové újmy pozostalých a osobitosti nároku na náhradu nemajetkové újmy v medicínskom práve v podmienkach slovenského a českého práva (2021, TINCT, ISBN: 978-80-973837-3-2), str. 18.

²⁷⁷ Adam Doležal, Tomáš Doležal, Kauzalita v civilním právu se zaměřením na medicínskoprávní spory (1. vydání) (2016, Ústav státu a práva AV ČR, ISBN: 978-80-87439-27-2), str. 191.

²⁷⁸ Gregg v Scott [2005] UKHL 2.

spravedlnosti je, že jde o hodnotu, dle které náleží všem bez jakýchkoli rozdílů stejná pozice. Všichni jsou podřízeni stejným pravidlům a neexistují z nich výjimky. Právo tak může být spravedlivé jen pokud ke všem adresátům přistupuje stejně. Pokud bychom zvážili stav anglického práva medicínské nedbalosti po rozhodnutí v kauze Gregg, tak narazíme na rozdíl v postavení osob, jejichž šance na příznivý stav byla v době před nedbalostí větší než padesát procent, a osob, jejichž šance byla menší. Pokud původní šance pacienta na vyhnutí se následku je padesát jedna procent, tak získá náhradu za celý stav vzniklý nedbalostí, pokud je jeho šance nižší než padesát procent, tak nedostane nic. Vzhledem k tomu, že žádný pacient si svou nemoc nevybírání, ani nemůže plně ovlivnit, jaká bude jeho prognóza, tak se zjevně jedná o stav, který není v souladu s výše řečeným pojetím spravedlnosti. Nelze říct, že by šance pod padesát procent neměla pro člověka hodnotu. V některých případech si ji naopak může cenit více než šance vyšší. Pokud se poškozenému sníží šance na přežití řekněme z devadesáti procent na sedmdesát pět, tak půjde samozřejmě o ztrátu. Pacient bude zažívat více strachu, obav a stresu z možné smrti, nicméně pravděpodobnost života bude stále vyšší než pravděpodobnost smrti. Pokud však pacient ztratí stejných patnáct procent, ale mezi počátečními dvaceti a konečnými pěti, tak tato jeho ztráta bude ještě intenzivnější. Naděje člověka na přežití se v takovém případě téměř rozplyne v jistotu smrti, a přesto by mu anglické právo nárok na náhradu nepřiznalo. Dá se diskutovat o tom, že peněžní náhrada újmy člověku život stejně nezachrání, ani nenapraví útrapy, které vytrpí, nicméně jde stále o nejlepší možné řešení, které právo předložilo. Pokud by právo poskytovalo náhradu pouze pro osoby předurčené vyhlídkami spíše k životu než ke smrti, tak by nezacházelo s lidmi stejně a nebylo by tak spravedlivé.

Pochopitelně lze tento argument vykládat i jinak a více v neprospěch teorie ztráty šance. Lze říct, že reálná spravedlnost je iluzorní. Právo nikdy nebude schopné dát všem osobám stejnou příležitost, vzhledem k přirozeným rozdílům mezi jednotlivými lidskými bytostmi. Spravedlnosti ve smyslu rovného zacházení tak je v realitě dosahováno tím, že se aplikuje právo, které sice není ideálně spravedlivé, ale je nespravedlivé pro všechny stejně. Osoba, které má počáteční šanci pod padesát procent má zkrátka smůlu a náhradu nedostane, stejně jako by ji nedostala žádná jiná osoba v jejím postavení. Nepůjde tedy o rovnost mezi osobami obecně, ale o rovnost mezi osobami ve stejném postavení. Dle tohoto měřítko je anglické právo spravedlivé a tedy legitimní, neboť všechny postihuje stejně.

Tento argument není tak slabý, jak by se na první pohled mohlo zdát. Zvláště v kontinentální právní kultuře, kde soudce nemůže vytvářet právo, je toto často jediná spravedlnost, kterou může adresátům dát. Zároveň takovýto přístup chrání právní jistotu, protože každý má možnost nahlédnout do příslušných právních předpisů a zjistit, jestli má

naději na úspěch či nikoli. Dle této úvahy by pak změna práva spočívající v připuštění teorie ztráty šance nebyla nutná, neboť už stav bez její aplikace právnímu řádu zajišťuje potřebnou míru legitimacy. Avšak takováto úvaha, byť do jisté míry ospravedlnitelná, není důvodem pro nezavedení teorie. Jak uvádí Nicholls, právo musí být schopné se vyvíjet, aby si zachovalo legitimitu.²⁷⁹ Zachování rovného přístupu k osobám ve stejném postavení je nezbytným základem legitimacy práva, avšak samo o sobě nepostačuje. Právo musí být schopné aplikovat metody a přístupy, které jsou účinnější při naplňování jeho účelu, kterým by mělo být i dosahování spravedlnosti, a to jak té definované výše, tak i jejích jiných odstínů. Pokud by právo zamrzlo ve stavu jednoho časového okamžiku, tak by dříve či později svou legitimitu ztratilo.

Další úhel pohledu, ze kterého lze argumentovat ve prospěch aplikace teorie ztráty šance z hlediska spravedlnosti, je koncept společenské smlouvy. Hobbes ve svém díle *Leviathan* předestírá myšlenku, že existuje přirozený stav lidské společnosti, ve kterém není svoboda jednotlivce nijak omezena. Tento stav, kdy každý může činit cokoli, co dokáže, nevyhnutelně vede k násilí a vzájemnému boji. Aby tomuto boji bylo zamezeno, tak dochází k uzavření společenské smlouvy, kterou se každý vzdá části své svobody. Na druhou stranu získává ochranu před neomezenou svobodou druhých.²⁸⁰ Aby právo bylo legitimní, tak musí být obhajitelné v rámci společenské smlouvy. To znamená, že osoba, která omezila svou svobodu, by se dobrovolně podřídila řešené právní úpravě. V oblasti občanskoprávní odpovědnosti se společenská smlouva projevuje tím, že jednotlivec souhlasí, že nahradí újmu, kterou způsobil a za to získá možnost vymáhat náhradu újmy, která byla způsobena jemu. Pochopitelně je přirozeným zájmem jednotlivce odpovídat jen za to, co skutečně způsobil. Právní řád založený jen na zásadě vše nebo nic bez aplikovatelnosti teorie ztráty šance, či jiných korektivů, ale zakládá odpovědnost často širší, či ji naopak vylučuje. Dle takového práva je škůdce povinen hradit vše, byť by riziko vzniku újmy jím zapříčiněné bylo jen padesát jedna procent. Naopak, jedinec není oprávněn žádat žádnou náhradu, byť přišel o část šance, či celou šanci na vyhnutí se následku v případě, že jeho šance byla původně horší než padesát procent. Takové úpravě by se dle mého názoru osoba podřídila, pouze pokud by neměla k dispozici lepší variantu. Možnou lepší variantou v tomto případě je i teorie ztráty šance, dle které může člověk získat náhradu i jen za ztracenou šanci, a naopak je odpovědný jen v rozsahu, ve kterém skutečně zvýšil riziko újmy.

²⁷⁹ Ibid.

²⁸⁰ Thomas Hobbes, *Leviathan* (2018, Lerner Publishing Group, ISBN: 9781512486193 1512486191), str.112-122.

Opačný náhled má soudkyně Hale, která uvádí, že oběma stranám sporu více vyhovuje klasický přístup vše nebo nic. Dokládá to na příkladu ztráty nohy, kdy poškozený, pokud prokáže, že o nohu přišel vlivem škůdce, nebude chtít, aby náhrada byla redukována na základě toho, že škůdce k riziku pouze přispěl. Naopak žalovaný nebude chtít hradit újmu, pokud pouze zvýšil riziko ztráty nohy, ale spíše ztrátu nezpůsobil, než že by ji způsobil.²⁸¹

Tuto argumentaci však nepovažují za správnou. Příklad by šel otočit tak, že žalovaný nebude chtít platit celou náhradu v případě, že „jen“ přispěl zvýšením rizika původně nižšího než padesát procent. Bude chtít hradit jen to, co skutečně způsobil, tedy procentní část celkové náhrady. Oproti tomu žalobce bude chtít získat náhradu i v případě, že pouze ztratil šanci na vyhnutí se nepříznivému následku původně nižší než padesát procent. Věřím, že druhý výklad je přesvědčivější. Proto se běžný člověk společenskou smlouvou zaváže spíše k tomu, aby se na něj aplikovala v příslušných případech teorie ztráty šance, než aby se užil neomezený přístup vše nebo nic. Z hlediska slučitelnosti práva se společenskou smlouvou je tak na místě připustit aplikaci teorie ztráty šance.

Samozřejmě nelze jen na základě výše uvedených argumentů prohlásit, že se teorie ztráty šance má aplikovat a pokud ji právní řád neuznává, tak je špatný. Zmíněné důvody ale dokládají, že z řešených hledisek je teorie ztráty šance spravedlivější než klasický přístup vše nebo nic. Otázka spravedlnosti je pak pro legitimnost práva významným aspektem, byť rozhodně není jediným. Snaha najít spravedlivější pojetí odpovědnosti může být zastíněna i jinými důvody sledujícími jiné cíle a prosazujícími jiné hodnoty. V takových případech je ale nutné řádně odůvodnit proč byla hodnota spravedlnosti převážena jinými zájmy.

9.2 Politické důvody

Další skupinu argumentů svědčících spíše proti zavedení teorie ztráty šance do praxe bych označil za politické. Toto označení vychází z toho, že se netýkají účelu a hodnotového základu práva, ale dotýkají se dělby moci, fungování zdravotnického systému a obecně společenských vztahů. Jde také o důvody, které předložily anglické soudy při rozhodování případů Hotson a Gregg. Je pro ně příznačné, že u nich zvláště záleží na zvážení a názoru konkrétního soudce.

Jak už bylo výše několikrát zmíněno, otázka příčinné souvislosti, jejího rozsahu a způsobu jejího prokazování je v zásadě otázkou politického uvážení a určení. Obdobně jako v předchozích částech práce i zde lze znovu na podporu tohoto tvrzení uvést, že kauzalitu za

²⁸¹ Gregg v Scott [2005] UKHL 2.

politickou otázku označují i Goold s Herringem²⁸² nebo Peel²⁸³. Je tedy logické, že soudci ve svých zdůvodněních uvádějí politické argumenty.

Prvním z nich je, že přípuštění teorie ztráty šance je natolik významným zásahem do práva, že by o něm měl rozhodnout Parlament. Tento argument vznáší soudce Hoffmann v případě Gregg a ve stejné kauze ho zmiňuje i soudce Nicholls.²⁸⁴ Jde o poměrně silný argument založený na základní dělbě moci. Zvláště v oblasti kontinentální právní kultury, kde nejsou soudní rozhodnutí formálním pramenem práva, je to argument chránící právní jistotu adresátů právních norem. Pokud by soud začal aplikovat teorii ztráty šance bez předchozího uzákonění, nebo alespoň bez řádné argumentace zahrnující i její právní podklad, právě právní jistotu by narušil. Na druhou stranu tento argument se netýká teorie ztráty šance jako takové, ale pouze způsobu, jak ji zařadit do platného a užívaného práva.

Z oblasti anglického práva pak lze uvést protiargument soudce Nichollse, že pokud je nárok podložen právními principy, tak je úlohou soudu, aby umožnil uplatnění a realizaci takového nároku. Soudce naopak uvádí, že pokud by zákonodárce chtěl, aby následky nedbalosti lékaře dopadly na pacienta, tak by příslušnou právní úpravu zakotvil.²⁸⁵ Ve vztahu k anglickému právu také nelze tomuto argumentu přikládat přílišnou relevanci vzhledem k tomu, že v jiných případech, kupříkladu McGhee, Chester v Afshar nebo Fairchild, byla Sněmovna lordů ochotna přijmout i radikálnější zásahy do Common law, než je teorie ztráty šance, což je ostatně rozebráno a vícekrát zmíněno i výše.

Dalším argumentem politického charakteru použitým v anglickém právu proti aplikaci teorie ztráty šance jsou dopady uznání teorie na justici a zdravotnictví. Goold a Herring k tomu uvádějí, že uznání možnosti poskytnout poměrnou náhradu by vedlo k tomu, že by nárok vznikl každému, do jehož šance by bylo, byť jen trochu, zasaženo, což by vedlo k nárůstu počtu soudních sporů. Nadto by se v těchto případech ještě ztížila důkazní situace a zvýšila její komplikovanost.²⁸⁶ Nicholls v kauze Gregg rozebírá argument, že přípuštění teorie by zvýšilo náklady na zdravotnictví vzhledem k většímu množství sporů. Hale ve stejném případě dále podotýká, že přípuštění teorie by znamenalo existenci žalovatelného nároku téměř v každém případě.²⁸⁷ V zásadě jde o argumenty odmítající aplikaci teorie ztráty šance kvůli tomu, že by

²⁸² Imogen Goold, Jonathan Herring, *Great Debates in Medical Law and Ethic* (2. vydání) (2018, Macmillan Education UK, ISBN: 9781352002287), str. 99.

²⁸³ Edwin Peel, (2003) 'Loss of a Chance Revisited: *Gregg v Scott*'. *The Moderne Law Review*, Vol.66(4), 623-629.

²⁸⁴ *Gregg v Scott* [2005] UKHL 2.

²⁸⁵ *Ibid.*

²⁸⁶ Imogen Goold, Jonathan Herring, *Great Debates in Medical Law and Ethic* (2. vydání) (2018, Macmillan Education UK, ISBN: 9781352002287), str. 97, 98.

²⁸⁷ *Gregg v Scott* [2005] UKHL 2.

se zvedlo množství sporů řešených před soudy, více žalobců by mohlo dosáhnout náhrady, neboť by se hradila i ztracená šance, a tím by se zvýšily náklady na provozování justice i zdravotního systému, který by musel vydávat více prostředků na řešení a urovnávání sporů. Nadto lze z finančního hlediska dodat i argument, že by teorie ztráty šance vedla lékaře k praktikování defenzivní medicíny. Argument defenzivní medicíny rozebírá ve svém zdůvodnění i soudce Nicholls.²⁸⁸ Rovněž se tímto argumentem zabýval ve svém rozhodnutí Velký senát Nejvyššího soudu.²⁸⁹ Tento přístup lékařů by pak mohl vést k užívání nadbytečných testů a vyšetření jen z důvodu zajištění právní ochrany lékaře. To by pochopitelně zvýšilo náklady na zdravotní péči.

Podobné uvažování je pochopitelné. Na druhou stranu si nemyslím, že by se těmito problémy měly zabývat soudy. Vzhledem k dělbě moci by tyto argumenty měl zvažovat spíše zákonodárce. Soud by se naopak měl při svém rozhodování soustředit více na právní aspekty a hodnotový základ práva. Každopádně je naprosto legitimní tyto argumenty alespoň zmínit, zvážit a při rozhodování je úplně nepominout.

Ke zmíněným argumentům lze vznést kritiku, že nejsou podloženy daty. Jde v zásadě o úvahu, že přípuštění teorie by zvýšilo počet sporů a náklady. Tato úvaha zní naprosto logicky, žalovatelný nárok by se rozšířil, proto by mohlo uspět více žalobců a více žalobců logicky vede k vyšším nákladům. Nicméně ani ku příkladu soudkyně Hale, která mimo jiné na základě této úvahy odmítla teorii ztráty šance, nepředložila ani hrubý statistický odhad následků.²⁹⁰ Tento odhad by mohl vycházet například z počtu sporů medicínské nedbalosti, u kterých byla žaloba zamítnuta, ale s aplikací teorie mohla uspět. Vzhledem k tomu, že má anglické právo dva rozhodující nálezy, nebude dle mého názoru tento počet pravděpodobně nijak vysoký. Odhad by mohl vycházet i z počtu případů z oblasti nedbalosti, kde anglické právo teorii připouští, tedy třeba sporů s advokáty. Ostatně lze též namítnout, že uznání teorie ztráty šance ve vztahu k ekonomické újmě nevedlo k žádnému zahlcení a kolapsu anglické justice. A to případ Chaplin v Hicks je více než sto let starý. Vzhledem k tomu argument zvyšování počtu sporů a nákladů nepovažují ve stavu v jakém byl vznesen ve výše zmíněných pramenech za relevantní.

Výše zmíněné platí obdobně i pro postoj české justice. Nejvyšší soud ve svém posledním rozhodnutí odmítl argument Ústavního soudu z nálezu IV. ÚS 3416/20 ve prospěch teorie ztráty šance, respektive ve prospěch teorie tak, jak ji nepřesně pojímá Ústavní soud. Tento argument

²⁸⁸ Ibid.

²⁸⁹ 31 Cdo 2376/2021.

²⁹⁰ Gregg v Scott [2005] UKHL 2.

Ústavního soudu spočíval v tvrzení, že aplikace teorie ztráty šance povede ke zkvalitnění zdravotní péče. Odmítnutí Nejvyšší soud podložil tím, že systém zdravotnictví je komplexní a je proto nutné podobné závěry náležitě zdůvodnit daty. Kromě toho zmínil, jak je i výše připomenuto, protiargument problému defenzivní medicíny a uvedl řadu zdrojů tento problém rozebírajících.²⁹¹ Avšak stejně jako v anglické oblasti ani v té české nelze tento argument akceptovat. Jednak ani Nejvyšší soud nepředložil konkrétní data vztahující se k českému zdravotnictví a jednak úplně pominul, jak už je zmíněno i v příslušné části této práce, že defenzivní medicína bude vždy alespoň v nějaké míře následkem odpovědnosti zdravotnických pracovníků a nelze proto tuto problematiku uzavřít s tím, že připsání teorie ztráty šance tento problém zhorší. Naopak lze argumentovat, že při připsání teorie by odpovědnostní tlak na lékaře mohl být nižší vzhledem k tomu, že by soudy mohly přístup aplikovat i jako defenzivní, pokud by škůdce nezpůsobil plný následek, ale jen relevantní změnu šance, což je v zásadě přítomno v téměř každém medicínském případě. Pochopitelně tento závěr je platný pouze pokud by se umožnilo takto široké využití teorie ztráty šance.

Lze také namítnout, že uznání šance jakožto žalovatelné újmy by přineslo větší komplikovanost případů. Experti z oblasti zdravotnictví by museli určit konkrétní výši šance, o kterou žalobce přišel. To by mnohdy bylo značně komplikované, závislé na názoru znalce a na statistikách. Je samozřejmě pravdou, že dokazování šance je komplikované. Na druhou stranu už v tuto chvíli je dokazování v případech medicínské nedbalosti složité. A je skutečně takový rozdíl mezi dokazováním toho, že nebyť nedbalosti, tak by pacient kupříkladu nezemřel, a dokazováním toho, že nebyť nedbalosti, tak by měl o řekněme třicet procent vyšší šanci, že nezemře? Domnívám se, že ne. Ostatně i při aplikaci přístupu vše nebo nic se často bude řešit pouhá šance žalobce, jen s tím, že tato šance bude vyšší než padesát procent. Při prokazování vlivu nedbalosti lékaře soud zkrátka je vystaven obtížím. Alespoň v některých případech musí vycházet ze statistiky. Už jen na příklad dokazování toho, jestli lékař postupoval lege artis je složitou otázkou, která vyžaduje odborné posouzení. Není nijak nepředstavitelné, že tato základní otázka medicínské nedbalosti bude komplikovaná a závislá na posouzení znalci, kteří mohou mít více i protichůdných stanovisek. Lze se tudíž ztotožnit s názorem, že teorie ztráty šance se sebou přináší komplikace, avšak nejde o komplikace až tak moc odlišné od problémů, kterým již soudy běžně čelí. Soudy tyto problémy musí řešit, aby naplnily zásadu zákazu denegatio iustitiae, a není proto ospravedlnitelné odmítnout teorii ztráty šance jen na základě

²⁹¹ 31 Cdo 2376/2021.

toho, že se sebou nese komplikace. Zvláště když jde o obdobné potíže, kterým soudy čelí a zvládají je řešit bez ohledu na vztah práva k teorii ztráty šance.

Z oblasti politických aspektů právní úpravy lze ještě namítnout názor, že zavedení teorie ztráty šance povede ke zneužívání justice. Můžou vyvstat případy, kdy žalobce bude žalovat svévolně, nebo na základě smyšlené šance. Avšak je tomu opravdu tak? Teorie ztráty šance požaduje po žalobci, aby dokázal protiprávní jednání, že tímto jednáním byl připraven o šanci, tedy, že mu vznikla újma, a že mezi protiprávním jednáním a touto újmou je příčinná souvislost. Tedy nejsou na něj kladeny menší nároky než na jakéhokoli jiného žalobce. Žaloba tak může být zneužita více méně ve stejné míře jako je tomu v právním řádu, který ztracenou šanci nezná. Je pravdou, že v téměř každém medicínském případě má pacient nějakou šanci, o kterou může být připraven, a tedy vždy by teoreticky mohl alespoň v nějaké míře uspět. Na druhou stranu bude přiznaná náhrada této šanci odpovídat, a tedy malá šance bude znamenat malou náhradu. Tato šance rovněž musí být reálná. Bylo by proto legitimní přistupovat k teorii tak, že ku příkladu šance nedosahující ani jednoho procenta bude spadat pod *de minimis* a soud se jí tak nebude zabývat. Případně se dá zneužívání žaloby založené na ztracené šanci, tam, kde není opodstatněná, zabránit i jinými nástroji. Na příklad soudními poplatky, či hrazením nákladů řízení, což jsou nástroje, které právo ostatně obecně využívá bez ohledu na vztah k teorii ztráty šance. Zkráceně řečeno, teorie ztráty šance se sebou nese rizika a problémy, ale nejde o problémy, se kterými by se právo nevypořádávalo bez ohledu na aplikovatelnost teorie, nebo o problémy, kterým by nebylo možné zabránit i jinými nástroji než jen odmítnutím teorie jako takové.

Mezi politické argumenty by šel podřadit i problém rozsahu případné aplikovatelnosti teorie ztráty šance, vzhledem k tomu, že se týká nastavení rozsahu odpovědnosti. Goold a Herring uvedli, že by bylo nutné mít všeobecnou aplikaci teorie ztráty šance, kdy by plná náhrada byla jen velmi výjimečnou, nebo přístup, který by aplikaci této teorie umožňoval pouze v případech s pravděpodobností způsobení výsledného následku menší než padesát procent.²⁹² Zjednodušeně řečeno problém tkví v tom, jestli by se teorie aplikovala pouze jako doplněk stávajícího přístupu vše nebo nic, nebo by mohla sloužit i jako obrana žalovaného, který by místo plné náhrady hradil pouze šanci, o kterou by poškozeného připravil. Na základě výše uvedených argumentů založených na hodnotě spravedlnosti by legitimnějším řešením byl všeobecnější přístup s teorií aplikovanou i ve prospěch žalobce. Proč by totiž musel žalovaný uhrazovat sto procent náhrady, pokud by pouze způsobil ztrátu šance v rozsahu padesáti jedna

²⁹² Imogen Goold, Jonathan Herring, *Great Debates in Medical Law and Ethic* (2. vydání) (2018, Macmillan Education UK, ISBN: 9781352002287), str. 98.

procent, pokud by ztracená šance byla rozeznatelným statkem? Avšak vůči tomuto přístupu lze pociťovat značné obavy. Zvýšila by se tím závislost na znaleckém posudky, kdy by znalec musel jasně specifikovat i rozsah šance poškozeného pacienta. Na druhou stranu toto je informace, kterou soudy potřebují i pro aplikaci přístupu vše nebo nic, protože musí určit, jestli je kauzalita prokázána dle užívaných důkazních standardů. V zásadě by tak soud šanci a její rozsah využíval nejen pro založení odpovědnosti samotné, ale zohledňoval by ji i při určení výše náhrady. Takto široká aplikace teorie by byla samozřejmě výraznou změnou v přístupu k odpovědnosti. Ne tolik k její podstatě a aspektům, jako spíš k její reálné aplikaci soudy. Na druhou stranu, jak je zdůvodněno výše, by to byl spravedlivější přístup, neb by žalovaný hradil jen to, co skutečně zapříčinil.

9.3 Problém statistických údajů

Jedním z problémů teorie ztráty šance je, že je závislá na znaleckých posudcích a do značné míry na použití statistických důkazů. V zásadě stejným obtížím ovšem čelí soudy i při aplikaci běžného přístupu vše nebo nic, kdy je rovněž úloha znalce klíčová vzhledem ke složitosti medicínské problematiky. Nicméně i tak je nezbytné se s tímto aspektem teorie vypořádat.

Soudce Phillips se ve svém zdůvodnění v kauze Gregg zaobíral problémem statistických důkazů. Uvedl, že znalec žaloby vytvořil model sta pacientů trpících stejným druhem rakoviny jako Gregg, na kterém demonstroval možný vývoj nemoci. Tento model byl založen na pacientech ve stejné fázi onemocnění, v jaké byl žalobce v okamžiku, kdy mu měla být poskytnuta léčba. Nedával však dle soudce podklad pro závěr, že by rozdíl mezi šancemi pacienta v době pochybení lékaře a jeho následnými šancemi byl důsledkem zpoždění v poskytnutí léčby. Phillips rovněž podotknul, že model ukazoval průběh onemocnění u sta pacientů, ale nezaobíral se skutečnostmi, které by určily průběh u jednotlivého člena skupiny nemocných. Proto dle soudce nebyl daný model vhodným nástrojem pro dokázání efektu pochybení lékaře na pacienta. Vlivem pochybení lékaře dle Phillipse nedošlo ke snížení šance pacienta z řešených čtyřiceti dvou na dvacet pět procent, ale jak uvedl výše zmíněný znalec v rámci své odpovědi na písemný dotaz, tyto šance spadly ze zhruba třiceti procent na deset, přičemž s časem se zvyšovaly. Soudce nakonec dospěl k závěru, že nelze určit, že by zpoždění v léčbě mělo vliv na Greggovy šance.²⁹³

Tomuto názoru ve svém článku odporuje Miller. Uvádí, že soudce požadoval údaje o skutečnostech, které by určily osud konkrétního pacienta. Odmítl se pak spolehnout na

²⁹³ Gregg v Scott [2005] UKHL 2.

statistiku, když tyto údaje nebyly dostupné. Dle autora soudce Phillips dospěl z názoru, že pokud pacient dosáhl remise, tak nelze určit, že by ho nedbalost ovlivnila. Dle Millera ale soudce pochybil v tom, že zaměnil skutečný sled událostí a alternativní průběh, který by nastal, nebýt pochybení lékaře. Znalecký model dle autora ukazoval, jak by vypadaly vyhlídky pacienta, pokud by se mu dostalo léčby včas. Nešlo by sice určit, jakou „cestou“ by šel, avšak šlo určit jeho počáteční šanci čtyřiceti dvou procent. Vliv nemoci ovlivňuje řada faktorů, avšak nelze uzavřít, že je osoba předurčena ke smrti, či životu bez ohledu na existenci případného pochybení lékaře. Pakliže, dle autora, nejsou k dispozici údaje o faktorech ovlivňujících konkrétního pacienta, tak je nutné se spolehnout na statistické určení jeho prognózy.²⁹⁴

Problematicke statistik se věnoval i soudce Mackay v případě Hotson. Jak už bylo uvedeno výše, odkázal v tomto na americký případ Herskovits a tam uvedený a výše zmíněný příklad s taxikářskými společnostmi. Dle soudce skrze tento příklad bylo varováno před tím, že není možné použít statistiku jako důkaz kauzality samu o sobě. Právě příklad s vozidly taxi použil soudce Brachtenbach k tomu, aby ukázal, že nelze pouhou pravděpodobnost způsobení újmy založenou na množství vozů jednotlivých taxi služeb použít jako podklad pro založení odpovědnosti konkrétní společnosti.²⁹⁵

Doležal a Doležal ke statistickým šancím uvádějí, že při určování ztracené šance je nutné jejich odlišení od osobních šancí. Statistická šance nepředstavuje dle autorů dostatečný základ pro založení odpovědnosti.²⁹⁶

Výše uvedené ukazuje, do jaké míry je teorie ztráty šance propojena s problematikou statistických údajů. Je to pochopitelné. Soudy musí určit, jestli žalobce o nějakou šanci skutečně přišel. Musí to určit dle obecných důkazních standardů. V medicínských případech zkrátka postrádáme veškerý rozsah vědění, který by byl potřebný pro jasné určení postavení jednoho konkrétního pacienta. Vzhledem k tomu je pak alespoň v některých případech nutné přistoupit k použití statistických dat, která jsou schopná dát soudu alespoň nějaký obraz postavení, o které byl pacient vlivem pochybení lékaře připraven.

Tento závěr ale platí i pro právní řády, kde se teorie ztráty šance vůbec neaplikuje. Bylo by proto chybou argumentovat tímto problémem jako důvodem pro odmítnutí teorie. Soud bude v medicínských případech téměř vždy odkázán na názor znalce. Sám může být těžko schopen se v dané problematice orientovat natolik dobře, aby určil otázky újmy, kauzality

²⁹⁴ Chris Miller, (2005) 'Gregg v. Scott: loss of chance revisited'. Law, Probability and Risk, Vol.4(4), 227-235.

²⁹⁵ Hotson v East Berkshire AHA [1988] UKHL 1.

²⁹⁶ Adam Doležal, Tomáš Doležal, Kauzalita v civilním právu se zaměřením na medicínskoprávní spory (1. vydání) (2016, Ústav státu a práva AV ČR, ISBN: 978-80-87439-27-2), str. 190.

a protiprávního jednání. I samotný postup lege artis a určení jeho případného porušení je odvislé od odborníků, kteří určí, v čem tento postup spočívá a jaké postupy zahrnuje. V řadě případů pak bude znalec nucen vycházet ze statistik, neboť nebude mít lepší zdroj informací, vzhledem k tomu, že nebude schopen posoudit stav konkrétního pacienta. Lze proto v tomto souhlasit s Millerem, že v případě, kdy soud nemá konkrétní informace, tak se musí spolehnout na statistiky. Opačný závěr by znamenal vyloučit úspěch žaloby už jen kvůli komplikovanosti lidského organismu.

Je však zároveň nutné, aby soud dokázal se statistikou pracovat a pokládat znalci relevantní otázky. Pochopitelně nelze z poměru vozů taxi ve městě určit, která ze společností je odpovědná, nicméně tento příklad není pro medicínské spory příliš přiléhavý. U pacienta se zodpovídá otázka, jaké by bylo jeho postavení nebýt nedbalosti a jaké je nyní. Soud se tedy nesnaží zjistit, jaké vozidlo taxi ho přejelo, ale jaká vozidla ho mohla přejet a s jakou pravděpodobností. Lékař pak odpovídá ne za to, že by pacientovi přímo ublížil, tedy, že by ho takřikajíc přejel svým vozidlem taxi, ale pouze za to, že nezabránil tomu, aby ho některé z vozidel přejelo, čemuž zabránit měl. Rovněž odpovídá jen za šanci, že pacienta srazilo to vozidlo, které skutečně mohl zastavit.

Lepší řešení lidské vědění v tuto chvíli neumožňuje, vzhledem k tomu, že vozidlo je možné vidět, a proto je možné legitimně požadovat svědka, který ho identifikuje, zatímco konkrétní příčinu finální újmy často není možné nijak určit. Proto je legitimní, aby soud založil odpovědnost na statistickém určení šance. Doležal a Doležal se pak mílí, když požadují doložení osobních šance, neboť není legitimní požadovat určení něčeho, co objektivně v řadě případů určit nejde.

Statistická data ale musí být relevantní stejně jako kladené otázky, které mají zodpovídat. Na výše uvedeném zdůvodnění soudce Phillipse je to vidět. Soud se musel vypořádat s tím, jakou šanci měl pacient v době, kdy mu měla být poskytnuta léčba a jakou měl v důsledku pochybení lékaře. V ideálním případě by znalec měl předložit mimo uvedené statistiky sta pacientů ještě jednu, která by zobrazovala osud pacientů, kteří se začali léčit ve stejném stavu v jakém byl Gregg, když mu byla léčba poskytnuta. Rozdíl mezi procentním vyjádřením šancí členů první a druhé skupiny by pak tvořil ztracenou šanci, za kterou by lékař mohl odpovídat. Vzhledem k rozličným faktorům působícím na pacienta je takový způsob dokázání kauzality asi nejvíce schopný přiblížit se realitě.

Stejně tak by soudce měl být schopen určit relevanci předložené statistiky. Měl by být schopen si zodpovědět, jestli je zvolena správná metoda či jestli statistika obsahuje dostatečný počet pacientů pro vyvození relevantních závěrů. Bohužel tyto znalosti během studia práva

nezíská a klade to na něj značné požadavky, což ještě více zvýrazňuje důležitost znalce v medicínských případech, který by měl ve svém nálezu odůvodnit své závěry tak, aby je byl schopen dle výše zmíněných kritérií posoudit i soudce.

Více méně k obdobným závěrům, jako jsou ty výše zmíněné, ostatně dospěl v případě Gregg i soudce Nicholls. Uvedl, že hodnota statistiky se odvíjí od její kvality a přes veškeré nedostatky jsou statistiky nejlepším způsobem, kterak získat informace nejbližší realitě. Vzhledem k tomu pak dle něj nelze statistiky všeobecně odmítat.²⁹⁷

Jak je uvedeno výše, tato problematika se netýká pouze teorie ztráty šance, ale v případě této teorie se dostává do popředí právě tím, v jaké míře je určení konkrétní šance odvislé od statistických údajů. Je to právě všeobecnost tohoto problému, která popírá relevanci argumentu, že vzhledem k nedostatku vědomostí o procesech organismu a nízké relevanci statistik pro jednotlivého pacienta by teorie ztráty šance měla být odmítnuta. Daný problém má pouze technický ráz. Pokud je teorie ztráty šance respektována jako taková, až pak je patřičné diskutovat nad nejlepšími způsoby jejího prokazování.

Byť je relevantní kritika, že statistická šance není totožná s šancí konkrétního jedince, tak není pravdou, že by to diskvalifikovalo statistiku coby nositele důkazu všeobecně. Založení odpovědnosti na statistické šanci je zjednodušením reality, ale jde o zjednodušení, které nelze nahradit. Soud by neměl odmítat výkon spravedlnosti kvůli nedokonalosti. Musí si jí být vědom a respektovat ji, ale zároveň by měl být schopen realizovat svůj účel, totiž nalézání spravedlnosti, s těmi nástroji, které má reálně k dispozici. Požadovat po žalobci, aby doložil své osobní šance je nesmyslné. Není legitimní požadovat nereálné.

Ani ochrana žalované strany pak není validním argumentem pro odmítnutí statistik. Sice žalovaný může být odpovědný za pouhé statistické šance, ale je přitom těmito šancemi chráněn co do rozsahu náhrady. Není tak na něj přeneseno celé břímě náhrady, ale jen ta část, která odpovídá statistické pravděpodobnosti jeho přispění k celkovému následku. Jak bude rozvedeno níže, je tento přístup ve svém výsledku spravedlivější, než klasický přístup vše nebo nic.

9.4 Šance a její existence

Zásadní otázkou, která je do značné míry rozhodující při úvahách nad aplikovatelností teorie ztráty šance, je určení existence či neexistence šance jako reálného statku.

Tomuto tématu se ve svém článku věnoval Beaver. Autor nejprve rozebral odůvodnění soudců Nichollse a Hoffmanna z případu Gregg. U Nichollse uvedl, že soudce pojal ztracenou

²⁹⁷ Gregg v Scott [2005] UKHL 2.

šanci jakožto reálnou existující újmu, avšak s tím, že žalobcova šance, která byla pouze statistickou, neměla reálnou hodnotu. Beever zdůraznil rozpor v jeho pojetí spočívající v tom, že tuto neexistující statistickou šanci byl ochoten kompenzovat. Autor přímo uvedl, že Nicholls ztracenou šanci za újmu zároveň připustil i nepřipustil.²⁹⁸

Beever se však v tomto dopustil omylu. Nicholls pojal ztracenou šanci za druh újmy, ale naopak odmítl argument, že by šance nemohla být kompenzována, pokud je pouze statistickou. Zdůraznil, že soud může použít statistická data, vzhledem k tomu, jak je uvedeno i výše, že jsou nástrojem poskytujícím nejbližší náhled na realitu.²⁹⁹ Beever zaměnil existenci šance, kterou, jak uvádí, Nicholls akceptoval jako druh újmy, a její prokazování před soudem. I pokud šanci chápeme jako statek, tak nemusí být vždy snadné ji prokázat a soud může být odkázán na statistiky, jak je rozebráno výše, nicméně to nijak neovlivňuje její existenci či neexistenci. Na tento faktor by nemělo být zapomínáno při hodnocení existence šance jako reálného statku.

U soudce Hoffmanna Beever uvedl, že tento soudce popřel existenci šance s tím, že pacient buď měl přežít, či zemřít. Dále autor uvedl, že nevíme, do jaké kategorie pacient spadal. Je pouze možné statisticky odhadnout, jak jsou obecně tyto kategorie velké. Dle autora je však soudce Hoffmann rovněž ve svém postoji nejednotný, neboť, jak autor uvádí, proti vznesenému argumentu, že žalobce utrpěl újmu, Hoffmann nezopakoval tvrzení, že ztracená šance není újmou, ale uvedl jiné argumenty.³⁰⁰ Tento Beeverův argument mi nepřipadá příliš vhodným. Spíše než v rozporu odůvodnění soudce Hoffmanna bych důvod Beeverova uvažování viděl v jeho snaze poskytnout další argumenty pro svůj postoj. Nicméně toto není pro položenou otázku existence šance až tak podstatné.

Beever se dále zabíral otázkou existence šance. Uvedl, že pro její zodpovězení je podstatné rozlišit mezi objektivní a epistemologickou šancí. První je, jak autor uvádí, vlastností světa, druhá je pak pouze výsledkem našeho chápání světa. První formu šance autor zobrazil na rozkladu Uranu, který je dle kvantové teorie do určité míry náhodný a tedy nedeterminovaný. Druhou podobu pak na hodů kostkou, jehož výsledek neznáme. Na kostce buď padlo šest, nebo ne, neexistuje šance toho, že tam padla šestka, jen lidský odhad na základě předpovědi kolikrát v určitém počtu hodů padne šestka vzhledem k množství stran kostky. Beever řeší i otázku determinismu a indeterminismu. Dle něj má právo deterministický přístup, který však na rozdíl

²⁹⁸ Allan Beever, (2005) 'Gregg v Scott and Loss of a Chance'. The University of Queensland Law Journal, Vol.24(1), 201-212.

²⁹⁹ Gregg v Scott [2005] UKHL 2.

³⁰⁰ Allan Beever, (2005) 'Gregg v Scott and Loss of a Chance'. The University of Queensland Law Journal, Vol.24(1), 201-212.

od determinismu neuznává ani objektivní šanci. Přestože, jak autor dále vysvětlil, kvantová fyzika, která se zabývá chováním sub-atomických částic, překonává determinismus, tak její závěry nelze vztáhnout na uvažování soudu. Tedy i pokud by existovala objektivní šance na to, že pacient buď zemře nebo se vyléčí, tak je tak zanedbatelná, že by k ní soud neměl přihlížet. Dle toho tedy žalobce patřil do skupiny přeživších nebo zemřelých a neměl reálnou šanci na vyléčení. Dále autor podotýká, že šance Gregga byla pouhým vyjádřením neznalosti ohledně jeho pozice. Toto vyjádření bylo určeno osudy jiných pacientů ve stejné pozici, avšak nebylo šancí, kterou by Gregg měl. Autor též rozvedl a vyvrátil, že by důvodem pro opuštění deterministického přístupu ze strany soudu byla svobodná vůle. Uzavřel úvahu tím, že rozhodnutí v případě Gregg bylo správné, neb šance reálně neexistují, a proto nemohou být nahrazovány.³⁰¹

Tato do jisté míry filozofická úvaha je jistě zajímavá, nicméně lze ji jednoduše rozporovat. Jansen uvedl, že právo se nezaobírá filozoficky pravdivým obrazem světa, nýbrž světem v podobě, ve které je vnímán lidmi. Šance, či riziko pak jsou odrazem nedostatku informací, kterému se ale nedá vyhnout. Vzhledem k tomu jsou šance běžnou součástí vnímání světa. Protože právo řeší svět, tak jak je vnímán lidmi, tak šance chrání. Nadto lidé obecně šanci za hodnotu považují, a jak vyplývá z autorova odkazu na jím uvedený příklad, tak po lékaři žádají právě ochranu a péči o svou šanci.³⁰²

K problematice existence šance se vyjádřili i Goold a Herring. Uvedli s odkazem na část zdůvodnění soudce Nichollse, že tento soudce v kauze Gregg podotknul, že žalobce ztratil něco reálného, a to bez ohledu na to, jestli jeho počáteční šance byla větší či menší než padesát procent. Autoři však podotýkají, že takové pojetí je zavádějící. Šance dle nich není něčím, co lze mít, jde jen o vyjádření pravděpodobnosti vyvozené z minulých zkušeností. Osud pacienta je dán řadou faktorů a je určený. Těmto vlivům ale dostatečně nerozumíme, a proto pracujeme s pravděpodobností.³⁰³

Melzer ve svém článku tuto problematiku rovněž rozvedl. Konstrukci šance jako chráněného statku označil za podstatu jedné z námitek, které jurisprudencí vznesla proti aplikovatelnosti teorie ztráty šance. Uvedl, že chráněnými hodnotami jsou lidský život a zdraví a šance je pouze umělým konstruktem, který se snaží vyhnout problému prokazování zásahu do života a zdraví. Dokládá to na příkladu, kdy je sice pacient připraven o část šance, ale riziko

³⁰¹ Ibid.

³⁰² Nils Jansen, (1999) 'The Idea of a Lost Chance'. Oxford Journal of Legal Studies, Vol.19, 271-296.

³⁰³ Imogen Goold, Jonathan Herring, Great Debates in Medical Law and Ethic (2. vydání) (2018, Macmillian Education UK, ISBN: 9781352002287), str. 90, 91.

se nenaplní a pacientův stav se nezhorší. Pokud by šance byla reálným chráněným statkem, tak by pacient měl dostat náhradu, což by ale dle autora nebylo správné. Rovněž by při existenci šance vyvstal problém dvojitých nároků, jednak za šanci a jednak za výsledný stav. Podobné nahrazování Melzer označil za absurdní a uzavřel věc s tím, že ztráta šance není samostatným statkem, ale pouze jsou skrze ni chráněny hodnoty zdraví a života.³⁰⁴

Stručně řečeno argumentem proti aplikovatelnosti teorie ztráty šance je reálná neexistence šance. Neexistující statek pak pochopitelně nelze nahrazovat, neb už z podstaty nemůže být předmětem újmy. Jde o otázku, která se může jevit poměrně hlubokou a komplikovanou, s průniky do filozofie nebo i fyziky. Lze uznat, že reálný obraz světa šance neobsahuje, že jde skutečně jen o vyjádření pravděpodobnosti, které lze čerpat z minulých zkušeností. Pokud sto ze sta předchozích osob bezpečně projde tunelem, tak existuje vysoká pravděpodobnost, že projde i sto první osoba, nicméně v realitě projít nemusí, protože předchozí zkušenost nevypovídá o budoucnosti jednotlivce a šance tak nemůže být reálným statkem tohoto jednotlivce.

Na druhou stranu, jak uvažuje Jansen, právo by se mělo zabývat realitou, jak je vnímána lidmi, nikoli realitou skutečnou, ať už je jakákoli. Právo samo o sobě je konstruktem lidí. Je vytvořeno pro lidi a ochranu jejich hodnot, zájmů, postavení a zdraví. Právo je určeno lidem, ne lidé právu. Proto uzavřít věc s tím, že šance nemůže být chráněna, neboť jde o pouhý umělý konstrukt, není obhajitelné za situace, kdy lidé šanci jako hodnotu vnímají.

Lze to ukázat na jednoduchém myšlenkovém experimentu. Představme si situaci, kdy teroristé unesou jedno sto rukojmí. Řeknou, že za všech okolností jedno z rukojmí zabijí. Každá z dotčených osob tedy bude držet riziko jednoho procenta, že se stane obětí zrovna ona. Situace se následně vyvine tak, že útočníci propustí devadesát osm rukojmí. Zbylé dvě osoby budou čelit daleko vyšší pravděpodobnosti, že se stanou onou jednou obětí. Věřím, že každý vidí rozdíl v jejich postavení. Reálně už může být rozhodnuto, kdo bude obětí, kupříkladu kvůli oblečení, věku, pohlaví, ale tyto faktory, které se budou promítat v myslích teroristů nejsou pro vnějšího pozorovatele rozeznatelné. Jediné, co bude možné, je odhadnout pravděpodobnost z pouhého množství rukojmí. Nicméně i tato šance na přežití bude mít pro dotčené osoby reálnou hodnotu. Nebudou chtít, aby jim byla snížena. Budou si ji pochopitelně cenit vzhledem k zájmu na zachování vlastního života, což ale nijak nesnižuje, že budou i samu šanci brát jako něco reálného.

³⁰⁴ Filip Melzer, 'Doktrína ztráty šance v recentní judicature českého ÚS a NS', str. 6-19, in: Náhrada nemajetkovej ujmy pozostalých a osobitosti nároku na náhradu nemajetkovej ujmy v medicínskom práve v podmienkach slovenského a českého práva (2021, TINCT, ISBN: 978-80-973837-3-2), str. 11-12.

Stejně tak v postavení pacienta si každý soudně uvažující člověk vybere zákrok, u kterého bude mít padesáti procentní šanci na přežití místo zákroku, kde žádnou šanci na přežití mít nebude. Takže ačkoli je šance jen vyjádření minulých zkušeností bez reálného vlivu na pozici jednotlivce, tak jde o statek, neb tuto šanci lidé jako statek berou.

V případě Hotson odpověděl zástupce žalobce na dotaz, co bylo šancí v řečeném případě, tak, že onou šancí bylo, že ze sta lidí ve stejné situaci, ve které byl žalobce, by se avaskulární nekróza vyvinula u sedmdesáti pěti z nich, zatímco u dvaceti pěti z nich nikoli. Tuto skutečnost pak označil za hodnotu, kterou žalobce měl ve chvíli, kdy byl převzat do péče lékařů, a o kterou byl následně připraven.³⁰⁵ I takto lze šanci vyjádřit. Řekněme, že máme deset pacientů, kteří trpí onemocněním, které jim dává šanci na přežití padesát procent. Při řádné léčbě statisticky pět zemře a pět bude žít. Ve chvíli, kdy lékař poskytne službu mimo lege artis a pacienty o jejich statistickou šanci připraví, tak zemřou všichni. Oněch pět zemřelých vlivem nedbalosti je pak dokladem reálnosti šance jako hodnoty, která by měla být chráněna.

Pokud by nadto právo postupovalo dle přístupu vše nebo nic, tak by lékař za svá pochybení nebyl nijak postihnut, přestože by vedla ke smrti pěti osob, jen s tím, že by nebylo možné určit kterých. Pro pacienty, respektive pozůstalé, by to znamenalo, že pět pacientů nebude odškodněno, neb reálně o nic nepřišli, protože byli tak jak tak determinováni ke smrti, zatímco pět nebude odškodněno, ačkoli zemřeli jen vlivem nedbalosti lékaře. Při aplikaci teorie ztráty šance by byli odškodněni všichni, pět by dostalo náhradu, ačkoli by ji dostat nemělo, dalších pět by ji sice dostalo, ale jen v poloviční výši. Pro lékaře by to znamenalo celkově zaplatit odškodnění ve výši stejné jako při způsobení pěti úmrtí, což je i statistické množství újmy, kterou způsobil. Věřím, že druhé řešení, byť není ideálním, je vůči všem dotčeným a zvláště vůči lékaři daleko spravedlivější než řešení bez aplikace teorie ztráty šance. Pacient si raději zvolí poloviční odškodnění než žádné a lékař bude dohnán k odpovědnosti jen za to, co reálně způsobil. Pochopitelně problém nadhodnocení náhrady u pěti pacientů bude přítomný, ale na druhou stranu je to cena, kterou je spravedlivé zaplatit za řádnější vyrovnání vůči pěti reálně poškozeným pacientům. Nadto oněch pět nadhodnocených pacientů rovněž bylo svým způsobem poškozeno. Nedostalo se jim řádné péče a byla jim vzata i naděje na přežití, které si jistě cenili, byť byli determinováni ke smrti. I z tohoto důvodu považuji za správné přiznat ztracené šanci postavení statku a nahraditelné újmy, a to i navzdory tomu, že do jisté míry jde o fikci.

³⁰⁵ Hotson v East Berkshire AHA [1988] UKHL 1.

Pro stejný závěr hovoří i skutečnost, že právo i bez aplikace teorie ztráty šance používá různé fikce a rovněž i s šancí jakožto hodnotou pracuje, jen s tím, že požaduje, aby šance dosáhla určité úrovně. Zvláště v medicínských případech je obtížné prokázat kauzalitu s naprostou jistotou, ostatně i české soudy od tohoto požadavku odstoupily a důkazní standard snížily. I pokud byla pravděpodobnost způsobení následku devadesát devět procent, tak jde v zásadě o šanci, která však bude nahrazována jako výsledná újma. Nelze totiž nikdy s jistotou určit, jestli jednotlivý pacient nebyl tím jedním ze sta předurčeným k neblahým následkům bez ohledu na pochybení lékaře. Není pak důvod, proč šanci určité hodnoty chránit a od určité hodnoty ne, pokud je reálně možné chránit obě. Nehledě na to, že opačný přístup by umožnil lékařům léčit bez odpovědnosti kdykoli, kdy pacient má už jen vzhledem k nemoci nízké šance na přežití.

Ostatně k obdobnému závěru došel i Ústavní soud, který se vyjádřil v tom smyslu, že mimo případy s prokázanou jistotou kauzality je vždy újmou právě šance a nikoli samotné poškození zdraví, se kterým právo pracuje. Míra, s jakou pak odpovědnost je pouhým umělým konstruktem, je odvislá od požadované pravděpodobnosti kauzality.³⁰⁶

Argumentace neexistencí šance jakožto reálné hodnoty pak není schopná proti výše uvedenému obstát, a to i s ohledem na to, že současné moderní demokratické právní řády jsou antropocentrické a do popředí tedy staví člověka a nikoli reálnou podobu světa.

9.5 Nenaplnění rizika

Goold a Herring uvedli jako jeden z problémů spojených s teorií ztráty šance právě otázku, jak se vypořádat se situací, kdy je pacient připraven o část své šance, ale riziko se nakonec nerealizuje. Dotázali se, jak v takovém případě ztrátu hradit, když je náhrada šance vyvozována z náhrady, jakou by pacient dostal za výslednou újmu a proč vlastně šanci v takovém případě vůbec hradit, když k výsledné újmě nedošlo. Autoři jako možné řešení nabízejí omezit nárok z šance pouze na případy, kdy se riziko výsledné újmy skutečně realizuje.³⁰⁷

V rozhodnutí případu Gregg soudce Phillips uvedl, že si dokáže představit, že by bylo možné aplikovat teorii ztráty šance, pokud by došlo k realizaci rizika. Pro případ nenaplnění rizika pak vyjádřil pochybnosti k možnosti aplikovatelnosti tohoto přístupu.³⁰⁸

³⁰⁶ IV. ÚS 3416/20

³⁰⁷ Imogen Goold, Jonathan Herring, *Great Debates in Medical Law and Ethic* (2. vydání) (2018, Macmillan Education UK, ISBN: 9781352002287), str. 97, 98.

³⁰⁸ Gregg v Scott [2005] UKHL 2.

Tomuto problému se věnovali i Doležal a Doležal, kteří uvedli, že teorie ztráty šance je aplikovatelná pouze za situace, kdy skutečně došlo ke ztrátě šance, nikoli pokud došlo pouze ke zvýšení rizika výsledné újmy. K pouhému zvýšení rizika dle nich pak dochází, pokud jsou pacientovi šance sníženy, ale riziko se nenaplní.³⁰⁹

Melzer k dané problematice uvedl, že ztracenou šanci v případech, kdy se riziko nerealizuje, soudy nenahrazují. Dodal rovněž přímo, že o takovéto náhradě ani nikdo vážně neuvažuje.³¹⁰

Nejvyšší soud se k výše řečenému problému rovněž vyjádřil ve svém rozhodnutí 31 Cdo 2376/2021. Uvedl, že akceptace šance jakožto právního statku by znamenala možnost uplatnit nárok na náhradu této šance i pokud by se riziko nerealizovalo a výsledná újma nevznikla.³¹¹

K problému nenaplnění rizika se, jak je na výše uvedeném patrné, přistupuje dvojitým způsobem. Buď se aspekt využívá jako argument proti aplikaci teorie ztráty šance, nebo je jím tato teorie omezena v tom smyslu, že se uvažuje o jejím použití pouze v případech, kdy došlo k materializaci rizika. Tento přístup ovšem plně neodpovídá pojetí ztracené šance jako samostatného druhu újmy. Pokud šance je statkem, který lze nahrazovat, tak je na možné výsledné újmě nezávislá a měla by se proto bez ohledu na výslednou újmu i nahrazovat. Pro řadu teoretiků i praktiků tento závěr bude pravděpodobně těžko přijatelný, ale na druhou stranu nejlépe zajistí konzistenci práva, které by jinak při aplikaci teorie šanci jako újmu chápalo, ale zároveň i odmítalo. Přitom však nelze říct, že by se teorie neměla aplikovat vůbec právě proto, že je těžko představitelné, že by se hradila i ztracená šance v případě nenaplnění rizika. Je tomu tak proto, že pro založení odpovědnosti je i při aplikaci teorie ztráty šance nutné pochybení lékaře. Pokud bychom přistoupili na argument, že nerealizované riziko nestačí k založení nahraditelné šance, tak bychom omezili odpovědnost lékaře jen na případy, kdy nemá dost „štěstí“ na to, aby se jeho pacient vyhnul negativním následkům i navzdory jeho zásahu. Takovéto omezení by narušovalo preventivní funkci odpovědnosti. Pochopitelně lze namítnout, že hlavním účelem civilní odpovědnosti je reparace újmy, nikoli potrestání chybujícího lékaře. Avšak, jak je rozvedeno výše, ztracená šance tvoří nahraditelnou újmu, a to i pokud riziko není realizováno, neboť jak všeobecně vnímána jako reálný statek. I pokud bychom šanci vnímali

³⁰⁹ Adam Doležal, Tomáš Doležal, *Kauzalita v civilním právu se zaměřením na medicínskoprávní spory* (1. vydání) (2016, Ústav státu a práva AV ČR, ISBN: 978-80-87439-27-2), str. 188, 189.

³¹⁰ Filip Melzer, 'Doktrína ztráty šance v recentní judicature českého ÚS a NS', str. 6-19, in: *Náhrada nemajetkovej ujmy pozostalých a osobitosti nároku na náhradu nemajetkovej ujmy v medicínskom práve v podmienkach slovenského a českého práva* (2021, TINCT, ISBN: 978-80-973837-3-2), str. 11-12.

³¹¹ 31 Cdo 2376/2021.

jako určitý druh fikce vycházející z nutnosti ochrany života a zdraví, což si lze představit, tak i v případě nerealizování rizika budou zpravidla přítomny důvody pro vytvoření podobné fikce. I při nenaplnění rizika totiž bude pacient čelit většímu strachu spojenému s nižšími šancemi, může být nucen podstoupit intenzivnější a náročnější léčbu, či se bude léčit vzhledem k pochybení delší dobu. Vezmeme-li si za příklad případ Gregg, tak pokud by lékař poskytl řádnou péči, tak by se pacient začal léčit o několik měsíců dříve a rakovina by se nejspíš nerozšířila do rozsahu v jakém byla při zahájení léčby, čímž by byl pacient ušetřen i některých bolestí, a to bez ohledu na skutečnost, že byl v době řízení stále na živu.

Stručně řečeno, ztracená šance je újma a existují pro její náhradu legitimní důvody i v případě, že nedojde k naplnění rizika. Těmito důvody jsou existující pochybení lékaře a realnost újmy pacienta i v případě nenaplnění rizika. Proto nelze akceptovat přístup, kdy je teorie odmítnuta právě pro nebezpečí nahrazování šance bez přítomnosti výsledné újmy ani omezení teorie pouze na případy s realizací rizika.

Byť dle naznačeného přístupu jsou šance stejné bez ohledu na realizaci výsledné újmy, tak to neznamená, že by soud nemohl při určování výše náhrady přihlídnout i k tomuto faktoru. Pro určení náhrady při ublížení na zdraví a usmrcení se občanský zákoník odvolává na zásady slušnosti.³¹² V zásadě neexistuje legitimní důvod, proč by soud i při náhradě ztracené šance nemohl postupovat dle zásad slušnosti a nahrazovat právě takovou hodnotu, kterou daná šance měla. Lze samozřejmě oponovat, že takovéto vyjádření je natolik bezobsažné, že není v praxi využitelné a do jisté míry je to oprávněná kritika. Na druhou stranu soudci si musí často poradit a vyčíslit poměrně abstraktní hodnoty s rozdílnou váhou pro poškozeného, škůdce, či nezúčastněnou třetí osobu a odmítnout aplikaci teorie jen kvůli tomuto aspektu není proto ospravedlnitelné. Je pochopitelně otázkou, jak spravedlivě přistoupit ke ztracené šanci, která nakonec v realizaci výsledné újmy nevyústila, nicméně to nic nemění na faktu její existence a potřebě jejího nahrazování.

Jako jeden z možných přístupů k náhradě šance si lze představit, že zatímco u realizovaného rizika se hodnota ztracené šance určuje jako poměr k hodnotě náhrady za výslednou újmu, tak v případech bez realizace rizika by se hodnota šance vyvozovala z vytrpěné bolesti, duševních útrap, strachu ze zvýšeného rizika a dalších nepříznivých následků spojených s pochybením lékaře. Tento přístup by zdůraznil pojetí šance jakožto určité fikce. Na druhou stranu ospravedlnitelný by byl i přístup, kdy by šance byla nahrazována

³¹² Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, §§ 2958, 2959.

obdobně bez ohledu na realizaci rizika. Zde by naopak převážil přístup šance jakožto reálné újmy.

9.6 Dvojitý nárok

Dalším z kritických aspektů teorie ztráty šance je nebezpečí dvojího nároku. Melzer vyvrací, že by ztracená šance byla samostatným nárokem, argumentem, že toto pojetí by žalobci umožňovalo vznést nárok jak z výsledné újmy, pokud by byla prokazatelná, tak zároveň i ze ztracené šance.³¹³ Problém dvojího nároku zmiňují rovněž Doležal a Doležal.³¹⁴ I Nejvyšší soud zmínil problém možnosti uplatňování nároku jak ze ztracené šance, tak z výsledné újmy jako jeden z následků aplikace teorie.³¹⁵

Pro zvážení tohoto argumentu je třeba si vyjasnit pojetí teorie ztráty šance. Jednak může být teorie chápána jen jako doplnění stávajícího přístupu vše nebo nic. Pak problematika dvojího nároku nehraje roli, neboť si žalobce bude vybírat mezi tím, jestli bude požadovat náhradu za šanci, či za finální újmu. Jednak může být užívána všeobecně, a tedy i jako obrana žalované strany v případě, že pravděpodobnost kauzality k výsledné újmě přesáhla vyžadovaný důkazní standard. Při aplikaci tohoto přístupu, který se zdá být legitimnějším, je třeba se s problémem dvojitých nároků vypořádat. Na první pohled se skutečně zdá, že by žalobce měl k dispozici dva nároky, pokud by byl schopen prokázat i kauzalitu k výsledné újmě. Nicméně ani to nijak nevyklučuje existenci šance jakožto samostatné újmy, jak uvažuje Melzer. Pro pochopení vzájemného vztahu ztracené šance a výsledné újmy je třeba si uvědomit, co vlastně způsobení výsledné újmy představuje. Pokud škůdce způsobí poškozenému kupříkladu zranění, tak mu v daném okamžiku vezme veškerou šanci na vyhnutí se tomuto zranění. Šance tedy předchází zhmotnění rizika. Jakékoli způsobení výsledné újmy lze tak chápat i jako uzmutí šance. Naopak pokud škůdce pouze sníží šanci, tak nemusí být nutně kauzálně odpovědný za celou výslednou újmu. Z tohoto pak logicky vyplývá subsidiární vztah mezi šancí a výslednou újmu. Pokud nelze prokázat kauzalitu k výsledné újmě, tak stále ještě může existovat možnost prokázání kauzality ke snížení šance. Naopak při prokázání kauzality k výsledné újmě je ztracení šance v této újmě zahrnuto. Na tom nic nemění ani skutečnost, že je šance samostatnou újmu. Dalo by se to vyjádřit i tak, že náhrada za výslednou újmu v sobě paušalizuje i náhradu za ztracenou šanci. Paušalizace náhrady pak není ničím v právu neznámým, vezmeme-li v potaz

³¹³ Filip Melzer, 'Doktrína ztráty šance v recentní judicature českého ÚS a NS', str. 6-19, in: Náhrada nemajetkové újmy pozostalých a osobitosti nároku na náhradu nemajetkové újmy v medicínském práve v podmienkach slovenského a českého práva (2021, TINCT, ISBN: 978-80-973837-3-2), str. 12.

³¹⁴ Adam Doležal, Tomáš Doležal, Kauzalita v civilním právu se zaměřením na medicínskoprávní spory (1. vydání) (2016, Ústav státu a práva AV ČR, ISBN: 978-80-87439-27-2), str. 190.

³¹⁵ 31 Cdo 2376/2021.

kupříkladu smluvní pokutu.³¹⁶ V zásadě tak lze shrnout, že problém dvojího nároku není skutečnou překážkou pro aplikaci teorie ztráty šance, neboť nelze vedle sebe uplatnit úspěšně jak nárok ze ztracené šance, tak i z výsledné újmy vzhledem k jejich subsidiárnímu vztahu. Zároveň nelze přistoupit na argumentaci, že ztracená šance není samostatnou újmou vzhledem k tomu, že hrozí nebezpečí dvojího nároku, a to jednak proto, že toto nebezpečí nehrozí a jednak proto, že i kdyby hrozilo, tak to nijak nevylučuje relevanci ztracené šance jakožto skutečné újmy. Naopak nutnost úvahy o možném dvojitě odškodnění potvrzují, že ztracená šance může být a je podvědomě vnímána jako svébytný druh újmy.

9.7 Dvojí přístup k šancím

Výrazným aspektem anglického přístupu k teorii ztráty šance je, že v některých odvětvích odpovědnostního práva je připuštěna, zatímco v jiných není. V Anglii je možné se domoci náhrady šance v případě, že nedbalostí je osoba poškozena v možnosti zvítězit v soutěži, ale šance na příznivější zdravotní stav jako nahraditelná újma tam vnímána není. Jedním z možných zdůvodnění tohoto rozdílu je jiná povaha šance v těchto případech.

Soudce Hoffmann ve svém zdůvodnění ke kauze Gregg rozvedl myšlenku, že právo pojímá svět jako fungující v rámci kauzality. Vše má svou příčinu, byť tato příčina nemusí být známá. Za jedinou výjimku označil soudce jednání lidí. To pak uvedl jako část zdůvodnění rozdílného přístupu k šancím v různých případech. Zatímco v případech, kdy je šance závislá na jednání třetí osoby, může být žalobci nahrazena šance, že by tato osoba jednala určitým způsobem, tak v případech, kdy šance je odvislá od jednání škůdce, či poškozeného, tak žaloba může uspět, jen pokud je na základě standardu posouzení pravděpodobností prokázáno, že by tyto osoby jednaly tak, že by zabránily újmě.³¹⁷

V zásadě lze výše uvedené chápat tak, že v případě, kdy je šance tvořena možností určitého chování třetí osoby, tak jde o reálnou šanci, protože toto jednání není určeno zákony kauzality. Tedy kupříkladu osoba může mít šanci, že ji vybere nezávislá porota, o kterou může být připravena. Naopak šance nebude přítomna, pokud bude tvořena skutečnostmi vázanými kauzalitou. Kupříkladu pokud lékař provede špatnou diagnózu, tak pacienta o šanci nepřipraví, neboť jeho výsledný stav daný tímto pochybením je určený kauzalitou, která sice nemusí být jasná, nicméně musí být prokázána na základě standardu posouzení pravděpodobností. Pacientovi proto nestačí prokázat pouhou ztracenou šanci.

³¹⁶ Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, § 2050.

³¹⁷ Gregg v Scott [2005] UKHL 2.

Green předložila ještě jiné pojetí rozdělení šancí. Uvedla, že historicky se šance dělí na šance finančního zisku a šance na lepší zdravotní stav, kdy první pojetí je nahraditelné, zatímco druhé není. Popřela však toto dělení a nabídla odlišné kritérium. Dle něj se případy ztracené šance dělí do dvou skupin. V první skupině jsou skutečné případy ztracené šance. Šance zde, jak uvádí autorka, existují bez ohledu na porušení povinnosti a nezávisle na poměru stran. Škůdce pouze naruší možnost realizovat šanci, nikoli její podstatu. Žalobce v těchto kauzách musí prokázat, že o svou šanci přišel a velikost šance pak bude už jen kritériem pro určení výše náhrady. Druhá skupina případů pak podle Green ani není kauzami ztracené šance. V těchto případech jsou šance a porušení povinnosti vzájemně závislé. Obsah a existence šance jsou závislé na porušení povinnosti. Oproti první skupině se zde neřeší otázka, jestli škůdce odebral poškozenému možnost těžit ze své šance, ale jestli by vůbec poškozený nebyl jednáním škůdce nějakou šanci měl. Na základě standardu posouzení pravděpodobností se tak prokazuje, že poškozený měl šanci, a ne jestli ho škůdce o jeho šanci připravil. V těchto případech není otázka kauzality jiná oproti ostatním případům. Do ztracené šance se tyto případy dle autorky zařazují jen kvůli snaze žalobců o nové pojetí této otázky, které by jim umožnilo uspět i v jinak neúspěšných případech. Takové pojetí by ale vedlo k odpovědnosti v každém případě nedbalosti vzhledem k tomu, že jen máloco lze určit s jistotou. Při použití tohoto rozdělení pak, jak uvedla autorka, mizí dojem nekonzistence přístupu anglických soudů, neboť uspět s náhradou šance lze pouze v případech, kdy je opravdu narušena možnost využít nezávislou šanci, ale klasické případy, kdy je třeba určit kauzalitu mezi jednáním a výslednou újmou nemohou uspět jen díky jinému pochopení kauzality, pokud není neprokázáno, že porušení povinnosti změnilo vývoj událostí negativně vůči poškozenému.³¹⁸

Jako případy druhé skupiny kauz autorka uvedla případy Hotson a Gregg, ve kterých, jak uvádí, byly šance pacientů na vyhnutí se následku spojeny s vlivem chybné diagnózy lékařů. Ztracená šance tak byla určena právě pochybeními lékařů.³¹⁹ Green rovněž podotkla, že pro první skupinu kauz není podstatné, jestli ztracená šance byla určena jednáním třetí osoby, ale pouze jestli byla nezávislá na vztahu škůdce a poškozeného.³²⁰

Green tak popírá ospravedlnění pro dvojí přístup v rámci anglického práva, který vznesl Hoffmann, a podotýká, že rozdíl mezi případy, který ospravedlnění pro rozdílný přístup zakládá, ve skutečnosti spočívá v odvislosti šance od vztahu mezi stranami. Zatímco

³¹⁸ Sarah Green, Chester v Afshar [2004], str. 239-253, in: Jonathan Herring, Jesse Wall (Ed.). *Landmark Cases in Medical Law*. (2015, Hart Publishing, ISBN: 978-1-84946-564-9), str. 242-244.

³¹⁹ Ibid, str. 248.

³²⁰ Ibid, str. 249.

v případech, kdy je aplikace teorie ztráty šance připuštěna, je šance existující i mimo poměr stran a její realizaci pochybení škůdce pouze zabrání, tak v případech jako je i kauza Gregg je šance určena právě v rámci vztahu mezi stranami pochybením jedné ze stran. Vliv takového pochybení je nutné prokázat na základě standardu posouzení pravděpodobností a nestačí pouhé prokázání vyloučení šance, která je daná vlivem řečeného pochybení. Jednoduše řečeno v případě soutěže krásy má poškozený šanci, že bude vybrán. Tato šance je daná už jeho účastí v soutěži. Pakliže je o ni připraven, tak to tuto šanci nijak nedefinuje ani netvoří. Naopak u chybné diagnózy je ztracená šance tvořena právě chybnou diagnózou, bez této diagnózy by vůbec nebyla, proto ji nelze oddělit od pochybení samotného a je třeba vliv tohoto pochybení zkoumat běžným způsobem, tedy na základě standardu posouzení pravděpodobností. Tímto způsobem je možné pojímat teze, které Green představila.

Nicméně jak názor Hoffmanna, tak Green nelze připustit jako legitimní argument pro dvojí přístup k teorii ztráty šance v rámci anglického práva. Přístupu předestřenému Green lze oponovat tak, že i pacient ve chvíli, kdy jde k lékaři, má určitou na lékaři nezávislou šanci na uzdravení. Měl by ji, ať by vyhledal péči jakéhokoli lékaře. Tato šance počítá s řádnou léčbou, kvůli které ostatně pacient lékaře vyhledává. Jak velký dopad bude jednání lékaře na šance pacienta skutečně mít, závisí na rozsahu jeho pochybení. To však nic nemění na tom, že pacient byl připraven, byť i jen o část šance, kterou by jinak mohl zužítkovat, tedy podstoupit léčbu a případně se i uzdravit. To, co pacient musí prokázat dle užívaných standardů, je rozsah jeho šance ve chvíli, kdy vyhledal lékařskou péči a velikost šance jakou měl ve chvíli, kdy se mu péče dostalo. Musí tedy stejně jako žalobce v první skupině případů prokázat, že měl šanci, o kterou mohl pochybením lékaře přijít. Je pravdou, že šance pacienta je závislá na jednání lékaře. Pokud lékař provede správnou diagnózu a započne s léčbou, tak se šance pacienta může zvýšit oproti situaci, kdy pacient lékaře vůbec nevyhledá. Na druhou stranu, jak bylo výše řečeno, pacient přesně kvůli tomuto lékaři vyhledává. Lékař má k dispozici znalosti a prostředky, jak šance pacienta zvýšit, a proto je legitimní vycházet z šancí pacienta, jaké by byly, pokud by dostal řádnou péči. Skutečnost závislosti šancí pacienta na jednání lékaře není legitimním důvodem, proč odepřít ochranu těmto šancím, zvláště s ohledem na to, že to, co určuje šance pacienta, je protiprávní jednání lékaře, před kterým a jeho následky by měl být pacient chráněn. Stejně je nutné odmítnout úvahu, že by bylo relevantním, že závisí na jednání lékaře, do jaké míry je šance pacienta snížena. Pokud bychom přistoupili na tuto tezi, tak by byly nahraditelné jen šance, o které byl poškozený připraven úplně. Nahradit by tak šlo kupříkladu protiprávní vyloučení ze soutěže, ale už ne nastavení nerovných podmínek, které snížily šance poškozeného, jako třeba, že by musel projít skupinou s více účastníky než jeho

konkurenti. Stručně řečeno podobné rozlišování šancí postrádá podklad. Není legitimním rozdělovat šance dle jejich vztahu ke stranám sporu. Je lhostejné, jestli jde o šanci existující nezávisle na škůdci nebo existující s ohledem na jeho jednání. Obě pojetí šance bude poškozený vnímat jako hodnotu, o kterou může být připraven a pokud bude přítomno porušení povinnosti, tak by měl být škůdce odpovědný.

Stejně tak je nutné odmítnout argumentaci soudce Hoffmana. Jak bylo uvedeno výše, šance slouží lidem k překonání nevědomosti a je jimi pocíťována jako hodnota, což z ní činí statek, který by právo mělo chránit. Na tom nic nemění, jestli je výsledek situace predestinován přírodními zákony, nebo závislý na svobodné vůli jiného jedince. Naopak pokud má osoba přírodními vlivy určenou šanci a využije služeb lékaře, který se zaváže, že o tyto šance bude pečovat a bude se snažit o jejich růst, tak pochybení tohoto lékaře může být pocíťováno jako daleko závažnější než pochybení škůdce, který poškozeného připraví o možnost těžit z rozhodnutí třetí osoby. Rozhodnutí třetí osoby, na příklad hodnotitele soutěže krásy, totiž může být ve svém důsledku daleko náhodnější a nemusí být možné ho ovlivnit tolik, jako například výsledek nemoci podstoupením léčby.

Výše zmíněné argumenty do jisté míry jen předkládají pojetí, dle kterého jsou některé druhy šancí zpochybněny co do existence, čímž se snaží ospravedlnit rozdílný přístup práva. Nepředkládají však relevantní důvod pro určení, že některé šance šancemi skutečně jsou a jsou proto nahraditelnými, zatímco jiné jimi nejsou, a musí proto zůstat bez ochrany práva.

9.8 Rozdílný přístup práva

S předchozím argumentem úzce souvisí a je propojena i otázka dvojího přístupu anglického práva k teorii ztráty šance. Jak už bylo vícekrát řečeno výše, anglické soudy náhradu ztracené šance připouštějí v případech pochybení advokátů, či jako v případě Chaplin v Hicks v kauzách soutěží, naopak u medicínských sporů aplikaci řešené teorie odmítly. Argumentem pro aplikaci teorie ztráty šance i v medicínských sporech pak může být i zajištění jednotného přístupu práva.

Argument zmínila ve svém zdůvodnění k případu Gregg soudkyně Hale, přičemž však potřebě jednotnosti práva oponovala tím, že finanční ztráta a fyzická újma jsou rozdílné. Dle soudkyně ztráta peněz a ztráta šance na získání peněz jsou v zásadě obdobné, neb jde v obou případech o peníze. Naopak vyhnutí se nepříznivému zdravotnímu stavu a šance na vyhnutí se nepříznivému zdravotnímu stavu jsou rozdílné. Soudkyně zmínila i dělení šancí na deterministické a indeterministické zahrnující nezávislé lidské jednání, což je dělení,

odpovídající tomu zmíněnému soudcem Hoffmannem ve stejném případě, které bylo rozebráno výše.³²¹

Holčapek při popisu tohoto aspektu anglického práva uvedl, že dělení mezi šanci na úspěch v soudním sporu, která tvoří újmu a šanci na příznivější zdravotní stav, která újmou není, se zdá být uměle vytvořené.³²²

Skutečnost, že šance jsou nahraditelné v jiných odvětvích práva, uvedli jako důvod pro připuštění teorie ztráty šance i v medicínských sporech i Goold a Herring. Naopak jako odůvodnění možného dělení šancí uvedli povahu dokazování šancí. Jako příklad uvedli případy *Chaplin v Hicks a Gregg*. V prvním byla dle autorů šance jedna ku čtyřem, což se zdá být jednoduchým vyjádřením, přestože to nekalkuluje s faktory, které mohly ovlivnit porotu, zatímco ve druhém případě šance pacienta vyplývala ze statistických údajů o jeho nemoci, které však nebyly schopny dát jasnou představu o šanci konkrétní osoby. S odkazem na další autory pak Goold s Herringem zmínili ještě další dělení, dle kterých ztráta šance na zisk je kvalitou shodná se ztrátou zisku, zatímco ztráta šance na uzdravení se s fyzickou újmou neshodují, nebo že ekonomická ztráta je reálnou ztracenou možností, která může být hrazena na rozdíl od šance na uzdravení, která je jen čistou šancí.³²³

V této otázce lze souhlasit s Holčapkem, že rozdělení šancí je umělým. Dělení dle přítomnosti nezávislého lidského jednání bylo rozebráno a odmítnuto výše, proto se mu nebudu již věnovat. Stejně tak lze ale odmítnout i tvrzení, že ztráta peněz je shodná se ztrátou šance na získání peněz, zatímco šance na příznivější zdravotní stav a zdraví shodné nejsou. Jak bylo uvedeno výše, šance je samostatnou hodnotou a je v zásadě bez významu, zdali jde o šanci na peněžní zisk, či zdraví. Obě tyto šance jsou kvalitativně shodné a je vcelku nedůležité, jestli je pojmáme jen jako fiktivní předstupeň hodnot majetku a života, či jako skutečně samostatné hodnoty. Podobně je mylné rozlišovat šance dle jejich prokazování. Je pravdou, že v případě soutěže krásy se může šance účastníka jevit jako jednoznačná a vyjádřitelná jednoduchým porovnáním počtu účastníků a počtu vítězů, ale stejně jako v případě šance na příznivější zdravotní stav i v soutěži krásy může výsledek ovlivnit řada neznámých a neurčitelných faktorů, ku příkladu názory hodnotitelů. Stejně do jisté míry platí i v případech soudních sporů. Byť by tomu tak být nemělo, tak je poměrně naivním předpokládat, že každé soudní řízení je naprosto oprostěno od postojů, názorů a případně i nálady soudce, které tvoří nevyzpytatelné faktory.

³²¹ Gregg v Scott [2005] UKHL 2.

³²² Tomáš Holčapek, (2003) 'Odpovědnost za ztrátu naděje'. Právní rozhledy, 4, str. 189.

³²³ Imogen Goold, Jonathan Herring, Great Debates in Medical Law and Ethic (2. vydání) (2018, Macmillan Education UK, ISBN: 9781352002287), str. 89, 90.

Bohužel tedy i v případech pochybení advokátů může být nemožné plně ztotožnit šance jednotlivé osoby s obecnými statistickými či jinými předpoklady. Vzhledem k tomu podobné dělení šancí není legitimní. Ani podání ekonomické šance jako reálné možnosti není příliš přesvědčivým. Na existenci a hodnotě šance nic nemění ani skutečnost, jestli byla osoba zbavena možnosti ji aktivně realizovat, či jen možnosti pasivně strpět její realizaci vlivem neurčených a neznámých faktorů. Podobné dělení se proto zdá být jen reakcí na určitou míru neovlivnitelnosti medicínských šancí, které však neospravedlňuje rozdílný přístup k šancím.

Pro anglické prostředí lze zmínit ještě nejednotnost práva danou přístupem Sněmovny lordů, která byla ochotna v některých případech, na příklad *Chester v Afsah*, či *Fairchild*, připustit zásah do klasického pojetí odpovědnosti, a to ve větším rozsahu, než jaký by vyžadovalo připuštění teorie ztráty šance. I toto vytváří nejednotnost práva, které narušuje jeho legitimitu. Sice to samo o sobě není důvodem pro přijetí teorie ztráty šance, nicméně to vyžaduje kvalitnější zdůvodnění, než jaké podala Sněmovna lordů. Tento problém je však řešen vícekrát výše, proto se jím zde nebudu podrobněji znovu zabývat.

Vzhledem k výše zmíněnému lze uzavřít, že i snaha o dosažení konzistence práva je důvodem pro aplikaci teorie ztráty šance v anglickém právu.

Argument jednotnosti práva není v tuto chvíli pro české právo, které teorii ztráty šance nepřipouští vůbec, relevantním, neb je ve svém postoji konzistentní. Na druhou stranu, jak bylo zdůvodněno výše, české soudy v rámci uvažování o aplikovatelnosti teorie rozebíraly tuto možnost pouze ve vztahu k medicínským sporům, čímž by v případě kladného stanoviska dospěly k opačnému přístupu, než jaký mají soudy anglické. Takovýto přístup by ale s anglickým sdílel problém nejednotnosti. Je proto na místě tento argument zvážit i pro české právní prostředí. Pokud by byla teorie aplikovatelná, tak by bylo správné, aby se umožnila její všeobecná aplikovatelnost, tedy jak ve sporech medicínských, tak i v jiných, pro tuto teorii vhodných. Opačný přístup by nebyl konzistentním a ve své podstatě ani ospravedlnitelným. Je proto na místě při úvahách nad teorií zvažovat i její možnou aplikaci v jiných právních odvětvích. Pochopitelně by to nemělo vést k odmítnutí teorie z obav z možných dopadů, naopak je třeba teorii vnímat jako nástroj, který právo obohacuje všeobecně, nikoli pouze v oblasti medicínských sporů. Typickým příkladem použitelnosti mimo medicínské právo by mohlo být již zmiňované právo životního prostředí.

Na druhou stranu tak může vyvstat i otázka použitelnosti teorie v některých případech, kdy teorii užívá anglické právo. Ku příkladu v případech pochybení advokátů český soudce může otázku úspěchu promeškaného podání posoudit v rámci předběžné otázky. Může tak určit, jestli by podání uspělo a byla způsobena škoda, či naopak, jestli by neuspělo a důvod pro

náhradu proto není. Nebyl by tak dán důvod pro aplikaci teorie ztráty šance. Tu by bylo příhodné užít pouze v případě, kdy by nebylo bez zavinění žalobce reálně možné určit úspěšnost nepodaného návrhu a soud by mohl dospět pouze ve vyjádření šance. Na výše zmíněném je vidět, že teorii ztráty šance nelze přijmou bez rozmyslu a zvážení rozdílností právního řádu původu a přijímajícího řádu. Ani tato potřeba však neodůvodňuje prosté odmítnutí této teorie.

9.9 Účel práva

Argumentem, který se dá vznést ve prospěch aplikace teorie ztráty šance je i obecný účel práva. Definovat tento účel není jednoduché, nicméně lze uvést to, že právo slouží k nastavování poměrů mezi stranami, aby byly více vyrovnané a spravedlivé. Rovněž je smyslem práva řešit případné konflikty a nahrazovat poškozeným o co byli připraveni. Na výše uvedeném příkladu deseti pacientů s padesátiprocentní šancí na přežití, o kterou byli pochybením lékaře připraveni, bylo ukázáno, že statisticky polovině z nich bude dle přístupu vše nebo nic upřena náhrada, byť přišli vlivem zásahu lékaře o život. Výše je také opakovaně citováno a řešeno, že klasický přístup v zásadě zbavuje lékaře odpovědnosti kdykoli je šance jeho pacienta menší než padesát procent. Je přirozeně rozeznatelné, že tento stav obecný účel práva nenaplnuje. Vztah, v němž je jedna ze stran zbavena odpovědnosti za pochybení v rámci jednání, pro které je druhou stranu přijata do vzájemného poměru, je jistě mimo stav, který by šel nazvat vyrovnaným a spravedlivým. Stejně tak přístup vše nebo nic je nedokonalý v tom, že neumožní některým poškozeným domoci se náhrady za svou ztrátu. Teorie ztráty šance jistě není dokonalá, avšak pomáhá k lepšímu naplňování obecného účelu práva. Pochopitelně ani tento argument není sám o sobě rozhodujícím, ale i tak je hodným zvážení.

9.10 Nahrazování šance

Naopak problémem spojeným s aplikací teorie ztráty šance je způsob, jak ztracenou šanci nahrazovat. Anglické právo, jak bylo demonstrováno výše, přistoupilo k řešení, kdy se náhrada za výslednou újmu zkrátí úměrně vzhledem k velikosti šance. V případě Hotson by v případě úspěchu pacient pravděpodobně dostal dvacet pět procent náhrady za způsobení nekrózy, vzhledem k tomu, že přišel o šanci dvaceti pěti procent na vyhnutí se tomuto následku. Goold s Herringem si ale položili otázku, jak můžeme hodnotit šanci, která tvoří hodnotu sama o sobě, když je hodnocena dle výsledné fyzické újmy.³²⁴ Přesně tak označili jádro problému. Pokud je ztracená šance sama o sobě hodnotou, tak proč je její náhrada určována jako procentní část náhrady za výslednou újmu? Odpověď je však poměrně jednoduchá. Vezměme si za příklad šanci na výhru v soutěži ve výši dvaceti procent. Výhra může být představována jedním

³²⁴ Ibid, str. 97.

stem korun. Pokud byla osoba protiprávně zbavena šance dvaceti procent na výhru sta korun, tak se jeví jako spravedlivé přiznat ji náhradu dvaceti procent z této výhry tedy dvaceti korun. Pokud by o šanci byli připraveni všichni soutěžící, tak škůdce všem dohromady uhradí sto korun dle velikostí jejich šancí. Bude proto hradit právě a jen to, co jako škodu způsobil. Právě v tom tkví spravedlnost poměrného snížení náhrady za výslednou újmu. Na medicínské spory se tento postup jen jednoduše analogicky přenes. Lze namítnout, že ale šance na vyhnutí se avaskulární nekróze není rovna poměrné části náhrady za avaskulární nekrózu, neb jde o kvalitativně odlišné hodnoty. To je pravda vzhledem k tomu, že šance je sama o sobě hodnotou a statkem. Nicméně hradit šanci poměrnou částí náhrady za výslednou újmu je nejpřirozenějším a nejjednodušším řešením problému. Vzhledem k zásadě zákazu odepření spravedlnosti pak právo, které chce nahrazovat šance jakožto újmu, musí aplikovat nějaký způsob řešení náhrady. Je tak přirozené a byť ne bez dalšího tak i legitimní zvolit nejpřímější způsob. Nadto je třeba zde znovu zdůraznit, že právo řeší komplikace spojené s nahrazováním újmy v medicínských případech i pokud šance nenahrazuje. Problém určení výše náhrady za nemajetkovou újmu je vlastní i českému právnímu řádu, minimálně soudě dle aplikování mimoprávní metodiky náhrady. Nebylo by proto legitimním odmítnout aplikaci teorie ztráty šance jen kvůli komplikovanosti jejich náhrady. Nadto otázka určení výše náhrady je až druhotnou a vedlejší vůči otázce založení odpovědnosti samotné, která je jádrem teorie ztráty šance.

10 Použitelnost teorie ztráty šance v rámci českého práva

Český právní řád neobsahuje explicitní označení ztracené šance za samostatnou újmu, ani jinak se ztraceným šancím nevěnuje. Aplikovatelnosti teorie ztráty šance by tak šlo docílit buď legislativním zásahem, který, jak je uvedeno výše, by představoval nejlegitimnější řešení, anebo výkladem stávajících právních norem.

Ústavní soud ve svém rozhodnutí v zásadě označil podobnou interpretaci za možnou. Mimo jiné argumentoval, že i pokud hodnota není chráněna výslovně, tak může být chráněna hodnotovým řádem práva. Ztracenou šanci dokonce soud označil za ústavně chráněnou mimo jiné ustanoveními chránícími život a zdraví. Obecné soudy by proto měly, jak rovněž uvádí Ústavní soud, této hodnotě poskytovat ochranu a hledat řešení v podústavním právu.³²⁵ K názoru Ústavního soudu je však třeba přistupovat s vědomím skutečnosti, že jeho pojetí teorie ztráty šance neodpovídá anglickému vzoru. Nicméně představuje vzhledem k autoritě Ústavního soudu silný základ pro možný výklad norem směrem k aplikaci teorie ztráty šance.

Na druhou stranu Nejvyšší soud, který rovněž podotkl potřebu výkladu stávajících norem, tak aby tvořily podklad pro použití teorie ztráty šance, odmítl, že by pro takovýto výklad byly dány důvody. Naopak předložil důvody pro odmítnutí takto širokého výkladu rozhodného předpisu.³²⁶ Závěry pak potvrdil ve svém dalším rozhodnutí a vztáhl je i na novou právní úpravu danou současným občanským zákoníkem.³²⁷

Na základě argumentů uvedených v předešlé kapitole se domnívám, že navzdory názoru Nejvyššího soudu existují legitimní důvody, které by ospravedlnily potřebu interpretace norem tak, aby umožnily aplikaci teorie ztráty šance. Otázkou tak zůstává pouze to, jestli je podobný výklad norem vůbec možný.

První otázkou, kterou je nutno zodpovědět, je charakter ztracené šance jakožto újmy, tedy jestli jde o újmu majetkovou, či nemajetkovou. Tato otázka je podstatná vzhledem k ust. § 2894 OZ, dle kterého se majetková újma hradí vždy, nemajetková pouze pokud je to stanoveno zákonem, či ujednáno stranami.³²⁸ Problematiku povahy ztracené šance rozebrali též Doležal a Doležal. Uvedli, že se o tomto aspektu v rámci jurisprudence diskutuje, přičemž se vyvozuje majetková povaha vzhledem k ekonomické hodnotě šance, alespoň mimo šance na příznivější zdravotní stav. Zde je dle autorů situace komplikovanější. Odmítli rovněž názor, že by ztracená šance byla újmou na přirozených právech člověka, což je, jak uvádí, názor

³²⁵ IV. ÚS 3416/20.

³²⁶ 31 Cdo 2376/2021.

³²⁷ 25 Cdo 3332/2020.

³²⁸ Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, § 2894.

podložený výše zmíněným nálezem Ústavního soudu III. ÚS 2253/13, vzhledem k tomu, že se jedná o samostatnou formou újmy.³²⁹

Ústavní soud se k povaze újmy tvořené ztracenou šancí vyjádřil tak, že není její charakter z hlediska ústavnosti vůbec podstatným.³³⁰

Z hlediska výkladu podústavních norem však otázka charakteru šance coby újmy svůj význam však má, zvláště vzhledem k výše zmíněnému ustanovení současného občanského zákoníku. V této věci mi přijde případné připomenout dělení šancí, které jsem naznačil na začátku této práce. Považuji za vhodné šance rozdělovat na ekonomické a neekonomické. Ekonomické šance jsou představovány možností dosáhnout určitého hmotného prospěchu, jako je výhra v soutěži, či úspěšné vymožení pohledávky. Naopak neekonomickou šancí je typicky šance na příznivější zdravotní stav.

Ztráta ekonomické šance je majetkovou újmou. Je tomu tak proto, že představuje hodnotu, která je majetkem ve smyslu statku, se kterým lze nakládat a má určitou cenu. Lze si teoreticky představit, že osoba, která získá možnost účasti v soutěži a tím pádem i šanci na výhru, se svého postavení vzdá za úplatu ve prospěch jiného. Bylo by to v zásadě stejné jako přeprodání, či darování losu do loterie. Ostatně právě na příkladu odvážných smluv lze ukázat, že právo je schopné obecně s šancemi jako předměty závazků pracovat. V rámci odvážné smlouvy si může osoba koupit šanci na získání úrody, pokud tato dozraje. S touto šancí může i dále nakládat. V zásadě shodně platí i pro řadu investičních nástrojů na kapitálovém trhu, které v podstatě jsou pouze šanci. Ekonomická šance je proto majetkovou újmou, neb je teoreticky obchodovatelnou a může mít i tržně určitelnou hodnotu.

Dle občanského zákoníku se hradí skutečná škoda a ušlý zisk.³³¹ Vzhledem k tomu, že, jak bylo rozebráno výše, šance představuje hodnotu sama o sobě, tak její ztracení představuje skutečnou škodu dle výše zmíněného zákonného požadavku. Není ani třeba přistupovat k jinému než jazykovému výkladu daného ustanovení, právě protože ztracení šance ze své podstaty je újmou. Šance pak není ušlým ziskem, protože je sama hodnotou nezávislou na finanční ztrátě. Na základě výše zmíněného pak vyplývá, že pokud jsou splněny všechny další požadavky na založení odpovědnosti, tak ekonomickou šanci lze dle platného občanského zákoníku nahrazovat.

³²⁹ Tomáš Doležal, Adam Doležal, (2017) 'Problematika využití teorie ztráty šancí'. Časopis zdravotnického práva a bioetiky, Vol.7(1), 44-55.

³³⁰ IV. ÚS 3416/20.

³³¹ Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, § 2952.

Složitější situace zdánlivě nastává v případech medicínských sporů, kdy je ztracena šance na příznivější zdravotní stav, tedy šance neekonomická. Takováto šance je však jednoduše nemajetkovou újmou. Je tomu tak vzhledem k tomu, že takováto šance je ze své podstaty neobchodovatelná, nelze ji ani vlastnit stejně jako nelze vlastnit život či zdraví. Tyto hodnoty jsou stejně jako šance na příznivější zdravotní stav neodlučně spjaty s lidskou bytostí, jsou její součástí a prvkem a jejich ztrátu tudíž nelze označit za majetkovou újmu.

Ztráta šance ani není specifickou kategorií újmy mimo dělení na majetkovou a nemajetkovou. Není pro to dán důvod, vzhledem k výše doložené existenci šance jakožto reálné hodnoty. Jak ekonomická, tak i neekonomická ztracená šance jsou podřaditelné pod stávající kategorie újmy, nemá proto význam vytvářet specifickou a právu neznámou a právem nerespektovanou a nechráněnou novou kategorii újmy.

Jak je výše řečeno, dle občanského zákoníku je nemajetková újma nahraditelná pouze v případě, že je to ujednáno, nebo že tak stanoví zákon.³³² Situace by byla daleko jednodušší v případě, že by si strany náhradu šance výslovně ujednaly. Vzhledem k legální licenci, smluvní svobodě a absenci výslovného zákonného zákazu, rozporu s dobrými mravy, veřejným pořádkem, či právem postavení osob, by nebyl dán důvod, který by náhradu ztracené šance v daném případě neumožnil. Avšak v případě, kdy by náhrada šance, či obecně nemajetkové újmy nebyla sjednána, tak by musel být pro takovou náhradu dán zákonný podklad. Pro medicínské případy jsou pak relevantní ustanovení, která povinnost uhradit nemajetkovou újmu ukládají pro případ ublížení na zdraví, či usmrcení a pro případ odčinění újmy způsobené na přirozeném právu poškozeného.³³³ Vzhledem k tomu, že ztracená šance je nezávislou na výsledné fyzické újmě, tak nelze vyvodit náhradu nemajetkové újmy z povinnosti hradit ji při ublížení na zdraví a usmrcení, obzvláště vzhledem k tomu, že právě nemožnost prokázat příčinou souvislost k výsledné fyzické újmě na dostatečné úrovni je důvodem pro aplikaci teorie ztráty šance. Jediným východiskem pro nahrazování ztracené šance na příznivější zdravotní stav by tak bylo, pokud by ztracení šance bylo újmou na přirozeném právu člověka ve smyslu ust. § 2956 OZ.

Pokud si představíme typický případ, ve kterém by bylo možné a vhodné teorii využít, tak půjde o případ, kdy pacient se zraněním či nemocí vyhledá lékaře, který vlivem postupu mimo lege artis sníží pacientovi šance na uzdravení. Protiprávním jednáním je postup non lege artis, újmou pak sama ztracená šance. Aby ztracení šance mohlo být nahrazováno, tak by šance samotná musela být přirozeným právem člověka, aby její ztracení bylo újmou na přirozeném

³³² Ibid, § 2894.

³³³ Ibid, § 2956, § 2958.

právu, jak je řečeno výše. Je však šance přirozeným právem člověka? Šance není v právním řádu za přirozené právo výslovně označena, přesto se domnívám, že se o součást přirozených práv člověka jedná. Přirozeným právem pochopitelně není šance sama, jakožto vyjádření pravděpodobnosti ohledně nejistých skutečností, je jí možnost mít šanci. Představme si pacienta s šancí padesáti procent na přežití. Jeho šance je pomyslnou mincí, se kterou si může hodit o svůj život. Pokud je mu tato pomyslná mince uzmuta, tak je zasaženo do jeho přirozeného práva na šanci. Tato šance je součástí výslovně vyjádřeného přirozeného práva, a to práva brát se o vlastní štěstí zakotveného v ust. § 3 odst. 1 OZ. Co jiného by bylo obsahem tohoto práva, než možnost zvyšovat a pečovat o své šance? Není zde třeba ani sáhnout k příliš extenzivnímu výkladu daného ustanovení. Jazykový výklad sice není schopen s jistotou odpovědět, jestli je možnost šance součástí štěstí, ale pomocí teleologického výkladu smyslem normy je možné se výše řečeného závěru dobrat. Smyslem ochrany práva brát se o své štěstí je umožnit osobě žít svůj život dle svých představ a snažit se o vlastní spokojenost. Zdůraznil bych zde obzvláště aspekt žít svůj život, a to v co nejvyšší kvalitě. V některých situacích se kvalita života nevyhnutelně sníží, typicky právě při zranění či nemoci, nicméně to neznamená, že by šance na vyhnutí se tomuto snížení nic nepředstavovaly, právě naopak. Co nejvyšší kvality života člověk dosahuje právě péčí o své šance na tento život. Skutečně zde hovoříme pouze o šancích vzhledem k tomu, že lidský život je imanentně spojen s rizikem úmrtí, zranění, nemoci, nehod a neštěstí. Pokud je lidské bytosti snížena šance na spokojenější život, kterou je i šance na příznivější zdravotní stav, tak zákonitě musí být narušeno její právo starat se o své štěstí a směřovat k němu. Právě vyhledáním lékaře se člověk stará o své šance na kvalitnější život, a proto logicky pokud lékař protiprávně šance omezí, tak zasáhne do samé podstaty lidské bytosti, do jejích přirozených práv. Tedy zjednodušeně pokud škůdce pacienta připraví o část jeho šance, tak zasáhne do jednoho z aspektů přirozeného práva na to brát se o vlastní štěstí.

Pro úplnost dodávám, že i ztráta ekonomické šance na základě výše zmíněného představuje zásah do osobnostních práv, stejně jako způsobení škody zasahuje do přirozeného práva na vlastnictví. Nicméně to nic nemění na skutečnosti, že ztráta ekonomické šance je majetkovou újmou. Ztráta ekonomické a neekonomické šance má jinou podstatu, ale stejný základ, vzhledem k tomu, pak platí výše rozvedené, že není legitimním přistupovat rozdílně k ekonomickým a neekonomickým šancím.

Další otázkou, kterou je třeba rozebrat při úvaze nad aplikovatelností teorie ztráty šance, je problém protiprávnosti a zásahu do právem chráněného statku. Melzer uvedl, že české pojetí odpovědnosti předpokládá zásah do subjektivního práva. Jako příklad autor udává ust. § 2910 věta první OZ, dle které musí být zasaženo do absolutního práva. U nemajetkové újmy pak

autor uvádí nutnost zásahu do přirozeného práva osoby.³³⁴ Doležal a Doležal tuto otázku také rozebrali. Hovořili přímo o problematickém aspektu nahraditelnosti šance spočívajícím v určení šance jakožto právem chráněného statku a protiprávnosti zásahu do tohoto statku. Pro delikt ní odpovědnost autoři uvedli, že je vyžadováno, aby bylo protiprávním jednáním zasaženo do absolutního práva, nebo aby byla porušena ochranná norma, přičemž v tomto odkázali na ust. § 2910 OZ. Popřeli následně, že by šance na uzdravení byla absolutním právem, nebo že by existovalo ustanovení šanci chránící, a tedy vyloučili nahraditelnost šance v rámci delikt ní odpovědnosti. Z hlediska smluvní odpovědnosti pak autoři uvedli, že kompenzovatelnost šance záleží na jejím pojetím. Pokud jde o nemajetkovou újmu, tak musí být její nahraditelnost výslovně sjednána, naopak pokud jde o majetkovou újmu, tak by bylo dostačující pouhé porušení smlouvy.³³⁵

Výše zmíněný aspekt však nemůže obstát jako překážka použitelnosti teorie ztráty šance. Občanský zákoník vyžaduje pro vznik odpovědnosti, aby porušení zákonné povinnosti zasáhlo do absolutního práva poškozeného, nebo aby bylo zasaženo do jiného práva porušením povinnosti na ochranu tohoto práva.³³⁶ Pro založení smluvní odpovědnosti je pak třeba porušení smluvní povinnosti.³³⁷ Nicméně tyto požadavky jsou naplněny i v případě zásahu do šance poškozeného. V případě odpovědnosti za porušení zákona bude zasaženo do absolutního práva jak u ekonomické, tak neekonomické šance. Vzhledem k majetkovému charakteru ekonomické šance půjde u této podoby šance hlavně o právo vlastnické, byť by se mohl uplatnit i přístup zásahu do přirozeného práva, který je popsán níže, a to na základě výše uvedeného jednotného charakteru podstaty ztracené šance. U neekonomické šance pak tímto absolutním právem bude na základě výše rozvedeného přirozené právo na možnost šance, které je součástí práva na to brát se o vlastní štěstí. Ani smluvní odpovědnost pak vzhledem k přirozené povaze práva na možnost šance nebude vyloučena, a to ani pokud nebude náhrada šance výslovně sjednána. Protiprávním jednáním, které do výše uvedeného absolutního práva pacienta zasáhne, nebo kterým dojde k porušení smlouvy, bude non lege artis postup. Povinnost postupovat v souladu s lege artis pak plyne, jak je uvedeno výše, ze zákona o zdravotních službách.

³³⁴ Filip Melzer, 'Doktrína ztráty šance v recentní judicature českého ÚS a NS', str. 6-19, in: Náhrada nemajetkové ujmy pozostalých a osobitosti nároku na náhradu nemajetkové ujmy v medicínském práve v podmienkach slovenského a českého práva (2021, TINCT, ISBN: 978-80-973837-3-2), str. 12.

³³⁵ Tomáš Doležal, Adam Doležal, (2017) 'Problematika využití teorie ztráty šancí'. Časopis zdravotnického práva a bioetiky, Vol.7(1), 44-55.

³³⁶ Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, § 2910.

³³⁷ Ibid, § 2913 odst. 1.

Rozdíl oproti přístupu Doležala a Doležala, kteří šanci za kompenzovatelnou dle českého práva spíše odmítají, spočívá právě v rozeznání šance jakožto přirozeného práva, což pak umožňuje její kompenzovatelnost v rámci stávající právní úpravy.

Doležal s Doležalem se věnovali i dalšímu aspektu náhrady ztracené šance, a to jejímu nahrazování pozůstalým v případě úmrtí pacienta. Vyloučili nahraditelnost ztracené šance zemřelé osoby osobám pozůstalým s odkazem na ust. § 2959 OZ pro nemajetkové pojetí újmy a ust. § 2910 OZ pro případem majetkového pojetí ztracené šance. Podotkli rovněž, že i bez zákonného vyloučení by bylo nahrazování ztracené šance na příznivější zdravotní stav vůči třetím osobám komplikované vzhledem k neprokázání skutečnosti, že byla poškozenému zapříčiněna újma na zdraví.³³⁸

Jak je uvedeno výše, šance na příznivější zdravotní stav je nemajetkovou újmou. Občanský zákoník určuje, že nemajetková újma osobám blízkým představovaná duševními útrapami se odčítá při usmrcení, nebo zvláště závažném ublížení na zdraví.³³⁹ Vzhledem k tomu, jak už bylo vícekrát řečeno výše, že ztracená šance je nezávislou újmou nespojenou s výslednou fyzickou újmou, tak je třeba s Doležalem a Doležalem souhlasit v tom, že dané ustanovení nedává možnost náhrady ztracené šance třetím osobám. Občanský zákoník pak neobsahuje ani jiné ustanovení, které by náhradu ztracené šance zemřelé osoby umožnilo nahrazovat jejím blízkým osobám. Kvůli nemožnosti prokázat příčinnou souvislost s úmrtím samotným, pak takové blízké osoby zůstanou bez náhrady. Je to poměrně nešťastný, avšak za současné úpravy zákona nevyhnutelný závěr. Vykládat ztracení šance jako způsobení smrti by znamenalo odchýlit se příliš od reálného pojetí teorie ztráty šance samé a nepovažují proto tento výklad za legitimní a udržitelný. Bohužel však díky tomu je aplikace teorie do značné míry limitována, a to nepřilíš legitimním způsobem, neb pro podobné omezení v zásadě není důvod. Pokud je možné hradit pozůstalým nemajetkovou újmu při způsobení smrti jejich blízké osoby, proč by nemělo být možné jim nahradit újmu způsobenou ztrátou šance na přežití jejich blízké osoby. Nejčistším řešením dané situace by byla legislativní změna.

Druhou možností by bylo formulovat nárok vůči chybujícímu lékaři tak, že jeho protiprávním jednáním byla pozůstalá osoba zbavena šance na to mít svou osobu blízkou. Jednalo by se tak o újmu osoby pozůstalé a nikoli zemřelé, která by šla i opačně vyjádřit jako šance na to, aby osoba blízká nezemřela. Nicméně takováto konstrukce je již poměrně komplikovaná a lze legitimně uvažovat, jestli vůbec lze šanci na život osoby blízké považovat

³³⁸ Tomáš Doležal, Adam Doležal, (2017) 'Problematika využití teorie ztráty šancí'. Časopis zdravotnického práva a bioetiky, Vol.7(1), 44-55.

³³⁹ Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, § 2959.

za součást práva brát se o své štěstí. Na druhou stranu to ani není vysloveně nepředstavitelné a v případě, že by soudy o podobném nároku rozhodovaly, tak by tento aspekt měly minimálně uvážit. Důvody pro přijetí takového přístupu jsou obdobné výše uvedeným důvodům pro přijetí teorie samotné, jako je obecný požadavek spravedlnosti, či reálnost šance jako újmy. Nadto by to představovalo interpretaci, která by v dané situaci umožnila odškodnit blízké osoby a zabránila by omezení odpovědnosti lékaře za ztracenou šanci pouze na případy, kdy pacient přežije dostatečně dlouho na to, aby mohl lékaře pohnat k odpovědnosti u soudu sám.

Výše uvedené lze zjednodušeně shrnout tak, že i při současné podobě rozhodného občanského zákoníku lze nahradit osobě poškozené ztracenou šanci na příznivější zdravotní stav. Základem pro toto tvrzení je, že právo na možnost šance je aspektem práva na to brát se o vlastní štěstí a je proto právem přirozeným. Komplikace nastávají při nahrazování ztracené šance zemřelé osoby osobě blízké, pro což není zákonný podklad, ovšem s možným řešením tohoto problému v podobě přeformulování takové šance jako újmy samotné pozůstalé osoby.

11 Alternativy teorie ztráty šance

Nejvyšší soud v rámci svého zdůvodnění odmítnutí teorie ztráty šance uvedl, že pro přijetí tohoto institutu, který překlápí procesní otázku prokazování kauzality do hmotného práva vytvořením nové formy újmy, by byla nutná i absence procesních řešení důkazních obtíží. Podotkl také, že dané důkazní obtíže lze řešit nástroji procesního práva.³⁴⁰ Soud tak v podstatě otevřel téma možných alternativ k teorii ztráty šance, přičemž, jak uvedl, má za to, že procesní alternativy jsou k dispozici, byť nespecifikoval výslovně, jaké tyto varianty jsou. Alternativních přístupů k aplikaci teorie ztráty šance je více, nicméně je nutné si položit rovněž otázku jejich vhodnosti.

Jednou z představitelných variant řešení problému nemožnosti prokázat kauzalitu k výsledné újmě přes jasnou přítomnost protiprávního pochybení lékaře je sankční náhrada škody. Takovouto náhradu by šlo aplikovat na příklad skrze zákonné ustanovení určující, že lékař, který bude postupovat non lege artis zaplatí pacientovi určitou stanovenou částku, v podstatě civilní pokutu. Soud by se pak už nemusel zabývat kauzalitou k újmě a ostatně újma samotná by ani nebyla nezbytnou součástí odpovědnosti za tento kvazidelikt. Na druhou stranu by takovýto postup byl naprostým odklonem od obecného přístupu k civilní odpovědnosti. Jednak by byl potlačen požadavek na aspekty odpovědnosti, tedy protiprávní jednání, újmu a kauzalitu mezi nimi, ve prospěch samotného protiprávního jednání. Jednak by došlo k založení přísnějšího pojetí odpovědnosti ve vztahu k lékařům a poskytovatelům zdravotních služeb obecně, a to bez zjevného legitimního důvodu, neboť jakékoli protiprávní jednání by všeobecně mělo vyvolávat stejné následky jako jiné obdobné jednání. Nadto by došlo k překonání reparačního a satisfakčního účelu civilní odpovědnosti vzhledem k tomu, že by ani nemusela být újma přítomna a nebylo by tak co nahrazovat. Ona pokuta by tak nebyla nijak schopna reflektovat reálné postavení poškozeného. Zachován by sice byl preventivní účel odpovědnosti, ale hlavní roli by převzal sankční aspekt odpovědnostního vztahu, který byť i v civilní odpovědnosti může být přítomný, tak není cílem této formy odpovědnosti. Civilní právo by se tak přiblížilo právu správnímu, či přímo trestnímu. Tedy sankční náhrada škody by byla jednou z možných alternativ k přijetí teorie ztráty šance, nicméně alternativou, která by představovala daleko zásadnější změnu v pojetí civilněprávní odpovědnosti než teorie samotná.

Melzer jako alternativu k jím odmítnuté teorii ztráty šance uvedl jednak snížení důkazního standardu a jednak přenesení důkazního břemene, které by se aplikovalo například

³⁴⁰ 31 Cdo 2376/2021.

při hrubém porušení povinností poskytovatele zdravotních služeb.³⁴¹ Obě tyto alternativy je ale nutné odmítnout, což bylo naznačeno i výše. Snížením důkazního standardu by české soudy pouze dospěly do stavu, ze kterého anglické soudy při úvahách nad teorií ztráty šance vycházely. Pouze by tak odložily okamžik, ve kterém by se stejně musely s touto teorií, či případně jiným řešením obtíží spojených s prokazováním v medicínských kauzách, vypořádat. Nedošlo by tak vůbec k vyřešení samotného problému, pouze by se dočasně odsunul. Ani převrácení důkazního břemene není vhodnou alternativou k teorii. Je tomu tak vzhledem ke skutečnosti, že představuje daleko intenzivnější zásah do postavení žalovaného, jak je zmíněno výše. Nadto by byla odpovědnost poskytovatele znovu omezena určitým kritériem, podle kterého by k převrácení důkazního břemene docházelo. Došlo by tak nejspíš k vyřešení některých případů pochybení lékařů, ale zdaleka ne k vyřešení všech. Případně by se v medicínských sporech muselo obrácení důkazního břemene využívat plošně, což však nepovažují za kompatibilní s východisky civilní odpovědnosti, ani s jejími ústavními základy. Vedlo by to totiž pouze k přenesení důkazních obtíží na druhou stranu, což sice může být shledáno jako spravedlivější, nicméně to nijak neřeší jádro problému, na rozdíl od teorie ztráty šance, která se s důkazními obtížemi vypořádává, byť také jistou odbočkou od běžného pojetí újmy.

Doležal a Doležal uvedli, že v rámci snahy o ulehčení postavení pacienta se právo někdy uchyluje i k využití různých institutů, jako je kupříkladu převrácení důkazního břemene, či presumpce kauzálního nexu. Podotkli rovněž, že však na příklad v Německu, kde byla přímo v zákoně zakotvena vyvratitelná domněnka kauzálního nexu, byly a jsou tyto přístupy kritizovány. Autoři následně uzavřeli poznatkem, že výše zmíněné nástroje pouze přesouvají problémy spojené s prokazováním kauzality na druhou stranu sporu.³⁴² Doležal a Doležal vyjádřili podobné stanovisko, jako je to, které jsem vyjádřil výše, tedy, že přenesení důkazního břemene pouze přenáší problém na žalovanou stranu. Stejně platí i u vyvratitelné presumpce kauzálního nexu, která má v podstatě stejný efekt. Stejně jako případné převrácení důkazního břemene uloží žalované straně, aby příčinnou souvislost vyvrátila. Je proto nutné tuto možnou alternativu k teorii ztráty šance odmítnout stejně jako převrácení důkazního břemene.

Doležal a Doležal rovněž uvedli k problému prokazování příčinné souvislosti, že existují snahy o jeho vyřešení i úpravou stávajícího postupu prokazování zavedením jednoho

³⁴¹ Filip Melzer, 'Doktrína ztráty šance v recentní judicature českého ÚS a NS', str. 6-19, in: Náhrada nemajetkovej ujmy pozostalých a osobitosti nároku na náhradu nemajetkovej ujmy v medicínskom práve v podmienkach slovenského a českého práva (2021, TINCT, ISBN: 978-80-973837-3-2), str. 18.

³⁴² Adam Doležal, Tomáš Doležal, Kauzalita v civilním právu se zaměřením na medicínskoprávní spory (1. vydání) (2016, Ústav státu a práva AV ČR, ISBN: 978-80-87439-27-2), str. 182, 183.

ze dvou přístupů. Těmito přístupy jsou teorie ztráty šance a probabilistická proporcionální odpovědnost. V rámci druhého jmenovaného přístupu se neurčuje příčinná souvislost k újmě, ale pouze se zkoumá míra přispění k újmě. Podstatná je tak pravděpodobnost, s jakou bylo určité jednání příčinou následku. Míra přispění pak určuje i poměr z celkové újmy, kterou konkrétní škůdce hradí. Dle Doležala s Doležalem je v rámci tohoto přístupu prokazována příčinná souvislost nikoli k celé újmě, nýbrž jen k újmě, ke které jednání přispělo. Autoři podotkli, že probabilistická proporcionální odpovědnost však výrazně zasahuje do stávajícího pojetí odpovědnosti, a proto je i její použitelnost akceptována pouze výjimečně.³⁴³

O probabilistické proporcionální odpovědnosti hovořil i Nejvyšší soud, když uvedl, že právě tohoto přístupu se dožadovali dovolatelé, když argumentovali, že by odpovědnost měla být stanovena v rozsahu prokázání míry pravděpodobnosti kauzality protiprávního jednání a újmy. I tento přístup pak Nejvyšší soud odmítl uplatnit, stejně jako teorii ztráty šance.³⁴⁴

Oproti teorii ztráty šance, která stávající přístup pouze doplňuje o novou formu újmy, je probabilistická proporcionální odpovědnost větším zásahem do podstaty odpovědnosti. Místo prokazování kauzality k újmě totiž vychází pouze z pravděpodobnostní míry přispění k následku. Tedy pokud škůdcovo jednání je příčinou následku z deseti procent, tak bude nahrazovat deset procent újmy. Při aplikaci teorie ztráty šance by škůdce hradil újmu celou, jen tvořenou ztracenou šancí, a to i při široké aplikaci teorie, kdy by se i žalovaná strana mohla bránit, že místo výsledné újmy způsobila pouze ztracení šance. Teorie ztráty šance tak pouze doplňuje stávající pojetí odpovědnosti o novou formu újmy, kdežto probabilistická proporcionální odpovědnost vytváří pojetí v zásadě nové, kdy *conditio sine qua non* nehraje roli, neboť není třeba, aby jednání zavinilo újmu, pouze k ní musí přispět. Vzhledem k tomu, tak představuje probabilistická proporcionální odpovědnost téměř úplnou proměnu přístupu k odpovědnosti. Aspekt příčinné souvislosti je nahrazen pouhým přispěním, kdy jednání nemusí být příčinou následku. Připuštění takového pojetí je daleko výraznějším zásahem do současné podoby odpovědnostního práva než teorie ztráty šance, a to aniž by tento přístup poskytl lepší řešení situací spojených s problematickým prokazováním kauzality. Byť tedy probabilistická proporcionální odpovědnost je teoretickou alternativou k aplikaci teorie ztráty šance, tak není alternativou vhodnou, právě kvůli výrazné změně pojetí odpovědnosti, kterou se sebou přináší.

Wheat ve svém článku rozebrala ve vztahu k obecné medicínské odpovědnosti úvahy nad možnými úpravami stávajícího systému uvedené v rámci zprávy anglického Chief Medical

³⁴³ Ibid, str. 184–186.

³⁴⁴ 31 Cdo 2376/2021.

Officer (vládního poradce pro zdravotnictví, dále jen CMO) z roku 2003. CMO spolu s dalšími variantami odmítl reformu odpovědnostního práva a vyjádřil podporu variantě nápravného systému, v rámci, kterého by došlo k prošetření případu, informování pacienta o situaci a přijatých krocích k nápravě, poskytnutí potřebné lékařské péče, nahrazení bolesti a útrap a případně i k uhrazení dalších nákladů vzniklých v souvislosti s problematickým poskytnutím péče. Systém by měl být řízen zvláštním státním orgánem a neměl by při řešení případů vycházet z klasického přístupu k určování pochybení lékaře. Měl by se zabírat případy pochybení v poskytování péče v rámci zdravotního systému, kdy došlo k ne nezbytné újmě, která není následkem nemoci. Systém by fungoval mimo soudní soustavu a pro uplatnění nároku v jeho rámci by bylo vyžadováno vzdání se práva na soudní ochranu. Jak autorka podotkla, pacient by si tedy vybíral mezi soudem s možností vyšší náhrady a postupem v rámci systému s větší rychlostí, ale menší náhradou. Wheat s odkazem na Capsticka³⁴⁵ uvedla i kritiku systému, který by mimo jiné mohl povzbudit více stěžovatelů s nejistými případy, vzhledem k tomu, že odstraňuje rizika spojená se soudním řízením. Autorka ve vztahu k odpovědnosti zmiňuje rovněž s odkazem Capsticka³⁴⁶ jeho návrh na zákonné vyloučení odpovědnosti zdravotnických pracovníků v případech dětské mozkové obrny, které, jak uvádí autorka dle Capsticka, by tvořily významné procento náhrad ze zdravotního systému v rámci nedbalostních žalob, tak jsou poměrně vzácné a těžko se jim lze vyhnout.³⁴⁷

Výše zmíněné může sloužit jako inspirace v rámci úvah o alternativách teorie ztráty šance. Lze totiž uvažovat i nad tím, že by právo neaplikovalo teorii ztráty šance, ale náhradu dotčeným pacientům poskytovalo skrze mimoprávní systém kontroly péče. Tento systém by nemusel být založen na klasických požadavcích vzniku odpovědnosti, ale mohl by vycházet z pouhé přítomnosti pochybení, kdy by pak strany samy či zodpovědným orgánem ustanovený arbitr rozhodovali o náhradě a její patřičné výši dle následku pochybení na pacienta a jeho blízké. Výhodou by mohlo být i kombinování řešení otázky náhrady újmy a zároveň otázky nalezení vhodného preventivního kroku k zamezení opakování události, ke kterému by se mohl poskytovatel v rámci vyrovnání zavázat. Systém by mohl být pro pacienty i přístupnějším, čímž by se mohlo docílit větší reálné vymahatelnosti standardu péče. Na druhou stranu by systém měl i nevýhody, z nichž některé byly zmíněny i ve výše citovaném článku. Například případná

³⁴⁵ Brian Capstick, (2004) 'The Future of Clinical Negligence Litigation?'. *British Medical Journal*, Vol.328, str. 457-459.

³⁴⁶ Ibid.

³⁴⁷ Kay Wheat, (2005) 'Is There a Medical Malpractice Crisis in the UK?'. *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, Vol.33(3), str. 444-455.

absence poplatků by mohla vést ke vzniku většího množství bezpředmětných sporů, než je tomu v soudní soustavě.

Takovéto řešení by bylo poměrně radikálním vzhledem k tomu, že by výrazně omezilo úlohu justice v medicínských sporech, avšak lze rovněž uvažovat o variantách, které by byly pouhým doplňkem stávajícího soudního systému. Zákonodárce by kupříkladu mohl založit medicínskou obdobu instituce finančního arbitra upravené v zákoně o finančním arbitrovi³⁴⁸. Daná instituce by mohla méně formální cestou řešit spory pacientů s poskytovateli způsobem srovnatelným se soudním rozhodováním, alespoň co se možnosti získání náhrady týká. Instituce by mohla být doplněním profesní odpovědnosti v rámci profesních komor, která sice v podstatě umožňuje postihnout lékaře za pochybení, byť jen poměrně omezeně, ale neumožňuje kompenzovat poškozeného pacienta. Na druhou stranu i takovýto přístup by se musel nějakým způsobem vypořádat s problémem prokazování v oblasti medicíny. Reálně pak navrhovaný postup netvoří alternativu k teorii ztráty šance, vzhledem k tomu, že je přístupem mimosoudním, a tak ze své podstaty se soudním řešením sporů do jisté míry nesrovnatelným. Sice by měl určité výhody oproti soudnímu řízení, ale stejně tak by i některé výhody rozhodování soudu postrádal. Je možné sice uvažovat o jistém doplnění forem odpovědnosti lékaře, ovšem nahrazení soudní ochrany všeobecně je spíše nepředstavitelné.

Ještě radikálnější posunem v řešení odpovědnosti poskytovatelů zdravotních služeb by bylo vyloučení jejich odpovědnosti po vzoru výše zmíněného návrhu Capsticka. Je pravdou, že by takováto imunita vedla k omezení problému preventivní medicíny a celkovému zlevnění zdravotních služeb, vzhledem k vymizení nutnosti poskytovat náhrady, nicméně by vedla rovněž k omezení kvality těchto služeb a důvěry ve zdravotnictví. Toto řešení je nereálné a ve své podstatě i nesprávné a nespravedlivé, avšak názorně demonstruje, že pokud by zákonodárce uvažoval o aplikaci teorie ztráty šance v rámci zákona, což, jak je výše řečeno, by byl nejprímější a nejjistější způsob jejího zakotvení do platného práva, tak by mohl zvážit i širší podstatu problému a jeho mnohá řešení.

Alternativou k teorii ztráty šance by mohl být i výše řešený přístup předložený Nejvyšším soudem v jeho posledních rozhodnutích, kdy by odpovědnost vycházela de facto z pouhého porušení postupu *lege artis*. Nicméně i zde je třeba zopakovat, že vzhledem k intenzitě, s jakou tento přístup zasahuje do stávajícího pojetí odpovědnosti, je na místě tuto alternativu teorie odmítnout jako v realitě neaplikovatelnou.

³⁴⁸ Zákon č. 229/2002 Sb., o finančním arbitrovi.

Paletu alternativ k teorii ztráty šance doplnil i Smrž ve výše rozebraném článku. Mimo výše řešené obrácení důkazního břemene či snížení důkazního standardu navrhl ještě rozšířené užití pravidel alternativní příčinné souvislosti a úvahu podloženou německým vzorem, dle které by se kompenzoval zásah do osobnostního práva, konkrétně do práva na důstojnost nebo sebeurčení.³⁴⁹

Autorem navržené použití pravidel alternativní příčinné souvislosti řeší případy, kdy je zřejmé, že újmu způsobil jeden škůdce, jen se neví který. Rozšířená aplikace těchto pravidel by dle autora fungovala tak, že by se k situaci, kdy nelze prokázat kauzalitu mezi výslednou újmou a protiprávním jednáním lékaře vzhledem ke stavu pacienta, přistoupilo jako k situaci, kdy výslednou újmu způsobil jednání několika škůdců. Zdravotní stav pacienta by pak v odpovědnosti figuroval místo jednoho pomyslného škůdce a jeho protiprávní jednání.³⁵⁰

Smrž dále nespecifikuje, kterak by dle tohoto přístupu mělo dojít ke stanovení náhrady, nicméně lze předpokládat, že by se uplatnil postup pro nahrazování škody způsobené několika osobami dle ust. § 2915 OZ, případně nějaký obdobný přístup. To by v praxi nejspíš znamenalo aplikaci druhého odstavce výše uvedeného ustanovení, který se zdá být pro danou situaci nejvhodnější, tedy že by lékař platil část náhrady podle míry své účasti na výsledné újmě. To se zdánlivě jeví jako slibný přístup, avšak použitá analogie není příliš příhodná. Jednak daná ustanovení řeší náhradu škody, nikoli újmy všeobecně, což je značně omezující. Jednak by při použití uvedeného přístupu soud v podstatě aplikoval teorii ztráty šance, pouze by místo ztráty šance skutečně lékařem způsobené nahrazoval část výsledné újmy odpovídající míře podílu lékaře na ní. Nadto by oproti čisté aplikaci teorie ztráty šance byl tento přístup značně limitující, kupříkladu by znemožňoval nahrazení šance při vyhnutí se materializaci rizika. Jako neadekvátní lze hodnotit i odpovědnost lékaře za výslednou újmu. Byť by byl odpovědný pouze z části, tak by byla založena jeho odpovědnost ve vztahu k újmě, kterou oproti ztracené šanci nezpůsobil.

I přístup, že by se místo ztracené šance či výsledné újmy nahrazoval zásah do osobnostního práva pacienta způsobený postupem *non lege artis*, je třeba odmítnout. Důstojnost, případně právo na sebeurčení, jsou totiž rozdílné oproti ztracené šanci či výsledné újmě na zdraví. Vzhledem k tomu by také měly být zásahy do nich rozdílně nahrazovány. Přístup by s ohledem na to nebyl schopný adekvátně hradit reálně vzniklou újmu, neboť nahrazení zásahu do důstojnosti, které může mít i formu omluvy, nelze považovat za adekvátní

³⁴⁹ Ivo Smrž, (2022) 'Doktrína ztráty šance a poskytování zdravotních služeb v aktuální soudní praxi'. Časopis zdravotnického práva a bioetiky, Vol.12(1), 32-62.

³⁵⁰ Ibid.

náhradu ztracené šance na přežití. Daný přístup by tak nereflektovat adekvátně reálné postavení poškozeného. Mimo to lze ještě uvést, že tato alternativa k aplikaci teorie ztráty šance je podobná výše rozebranému přístupu uvedenému v posledních rozhodnutích Nejvyššího soudu, dle kterého by odpovědnost byla založena porušením lege artis postupu i bez prokázání kauzality k nárokům plynoucím z poškození zdraví. Lze tudíž uplatnit i obdobné důvody pro odmítnutí Smržova postupu, jako pro odmítnutí pojetí Nejvyššího soudu, protože i v něm by došlo k zásahu do stávajícího pojetí odpovědnosti, neboť by žalobci stačilo prokázat pouze non lege artis postup, aby získal náhradu. Již samotný non lege artis postup by totiž byl zásahem do osobnostního práva pacienta. Připuštění tohoto by ale bylo odklonem od stávajícího pojetí odpovědnosti. Ne každý non lege artis postup totiž nutně musí být zásahem do důstojnosti, či jiných osobnostních práv pacienta. Vzhledem k tomu je třeba vždy prokázat protiprávní jednání, újmu, kterou může být i narušení osobnostních práv, ale i kauzalitu mezi nimi. Ignorovat potřebu prokázání vzniku újmy a kauzality obecným zobecněním toho, že non lege artis postup zasahuje do osobnostních práv, se odchyľuje od pojetí civilní odpovědnosti ve prospěch sankčního trestání za porušení non lege artis postupu. Proto je třeba řešený přístup odmítnout.

Výše bylo naznačeno několik alternativ k teorii ztráty šance. Některé z nich jsou teoreticky aplikovatelné, jiné ne. Teorie ztráty šance mezi nimi vyniká tím, že zasahuje do současného pojetí civilní odpovědnosti minimálně a nemění požadavky na základní aspekty odpovědnosti, nýbrž je zachovává, byť s některými změnami. Vzhledem k tomu lze teorii ztráty šance v současné chvíli označit jako jedno z nejlepších řešení problémů spojených s přirozenou nemožností prokázat příčinnou souvislost mezi protiprávním jednáním poskytovatele a výslednou újmou pacienta.

Závěr

Tato práce poskytla ucelený vhled do problematiky teorie ztráty šance a jejího použití v anglickém a českém právu v oblasti zdravotnického práva a naplnila své stanovené cíle. Předložila obsah teorie ztráty šance, její historii, přístup k jejímu užití v anglickém a českém právu a srovnání postojů těchto právních úprav. Zodpověděla rovněž položené otázky. Tedy zejména určila, že teorie ztráty šance je aplikovatelná v rámci českého práva za použití adekvátního výkladu právních norem. Zároveň tuto možnou aplikaci a legitimitu jejího užití v praxi podložila argumenty, které vycházejí jak z výkladu právních norem, tak i z hodnotových základů práva. Konkrétně byla aplikovatelnost teorie ztráty šance vyvozena z ochrany šance jakožto součásti přirozeného práva brát se o vlastní štěstí a podložena argumentací dovozující, že by tato aplikace lépe naplňovala spravedlnost jakožto vůdčí hodnotu právního řádu. Aplikace teorie ztráty šance by rovněž umožnila zajistit širší ochranu pacientů a vedla by k zamezení vyloučení odpovědnosti lékařů v určitých případech jejich pochybení. V rámci této práce byla rovněž rozvedena úvaha nad argumentací předkládanou soudy i akademiky ve vztahu k aplikovatelnosti teorie ztráty šance, která je rovněž podkladem závěrů v této práci obsažených.

Za použití v úvodu uvedených metod byl nabídnut nový progresivnější přístup k aplikaci teorie ztráty šance ve zdravotnickém právu i s uvedením relevantní argumentace, proč se k danému přístupu přiklonit. Práce také předložila komentář a kritické zhodnocení relevantní judikatury, přičemž soudům nabídla reakci na jejich přístup k teorii ztráty šance. Mimo pozornost nezůstaly ani postoje akademiků, což může být podkladem pro další odbornou diskusi na téma problematiky aplikace teorie ztráty šance.

Jak už bylo řečeno v úvodu této práce, téma použití teorie ztráty šance je dosud neuzavřené. Práce tudíž upozornila i na otázku budoucího vývoje postoje hlavně českých soudů k aplikovatelnosti teorie ztráty šance. Tato otázka je odvislá také od značně komplikovaného názoru Ústavního soudu na teorii ztráty šance. Tato práce mu může být vodítkem při přeformulování jeho postojů a stanovení právního názoru na aplikovatelnost teorie ztráty šance tak, jak vyplývá z anglického práva.

Zdroje

Knížní zdroje

- Adam Doležal, Tomáš Doležal, Kauzalita v civilním právu se zaměřením na medicínskoprávní spory (1. vydání) (2016, Ústav státu a práva AV ČR, ISBN: 978-80-87439-27-2).
- Benedict Winiger, Helmut Koziol, Bernhard A. Koch, Reinhard Zimmermann, Digest of European Tort Law, Volume 2: Essential Cases on Damage (2011, De Gruyter, ISBN: 9786613399816).
- David Elischer 'Chapter VI – The Case Studies. Case 1: Against Faith. Czech Republic', str. 154-156, in Marta Infantino, Eleni Zervogianni (ed). 'Causation in European Tort Law'. (2017, Cambridge University Press, ISBN:1-108-30787-6).
- Emily Jackson, Medical Law: Text, Cases, and Materials (5. vydání) (2019, Oxford university Press, ISBN: 13:9780198825845).
- Filip Melzer, 'Doktrína ztráty šance v recentní judicature českého ÚS a NS', str. 6-19, in: Náhrada nemajetkovej ujmy pozostalých a osobitosti nároku na náhradu nemajetkovej ujmy v medicínském práve v podmienkach slovenského a českého práva (2021, TINCT, ISBN: 978-80-973837-3-2).
- Harold Luntz, Loss of a Chance, str. 152-197, in: Danuta Mendelson, Ian Freckelton. Causation in Law and Medicine. (2002, Florence: Routledge, ISBN: 9780754622048).
- Imogen Goold, Jonathan Herring, Great Debates in Medical Law and Ethic (2. vydání) (2018, Macmillian Education UK, ISBN: 9781352002287).
- Jolana Těšínová, Tomáš Doležal, Radek Polícar, Medicínské právo (2. vydání) (2019, C. H. Beck, ISBN: 978-80-7179-318-2).
- Marta Chromá (et al), New introduction to legal english, Volume II (revised edition) (2014, Karolinum, ISBN: 978-80-246-2007-7).
- Petr Šustek, Tomáš Holčápek a kolektiv, Zdravotnické právo (2016, Wolters Kluwer ČR, ISBN: 978-80-7552-321-1).
- Sarah Green, Chester v Afshar [2004], str. 239-253, in: Jonathan Herring, Jesse Wall (Ed.). Landmark Cases in Medical Law. (2015, Hart Publishing, ISBN: 978-1-84946-564-9).
- Thomas Hobbes, Leviathan (2018, Lerner Publishing Group, ISBN: 9781512486193 1512486191).

Odborné články

- Allan Beever, (2005) 'Gregg v Scott and Loss of a Chance'. The University of Queensland Law Journal, Vol.24(1), 201-212.
- Edwin Peel, (2003) 'Loss of a Chance Revisited: Gregg v Scott'. The Moderne Law Review, Vol.66(4), 623-629.
- Ernest J. Weinrib, (1975) 'A Step Forward in Factual Causation'. The Modern Law Review, Vol.38, 518-534.
- Galen Strawson, (1994) 'The Impossibility of Moral Responsibility'. Philosophical Studies, Vol.75(1), 5-24.
- Chris Miller, (2005) 'Gregg v. Scott: loss of chance revisited'. Law, Probability and Risk, Vol.4(4), 227-235.
- Ivo Smrž, (2022) 'Doktrína ztráty šance a poskytování zdravotních služeb v aktuální soudní praxi'. Časopis zdravotnického práva a bioetiky, Vol.12(1), 32-62.
- Jane Stapleton, (1988) 'The Gist of Negligence, Part II: The Relationship Between 'Damage' and Causation'. The Law Quarterly Review, Vol. 104, 389-409.
- Jane Stapleton, (2005) 'Loss of the Chance of Cure from Cancer'. The Modern Law Review, Vol.68(6), 996-1015.
- Jonathan Morgan, (2003) 'Lost Causes in the House of Lords: Fairchild v Glenhaven Funeral Services'. The Modern Law Review, Vol.66(2), 277-284.
- Kay Wheat, (2005) 'Is There a Medical Malpractice Crisis in the UK?'. The Journal of Law, Medicine & Ethics, Vol.33(3), str. 444-455.
- Kumaralingam Amirthalingam, (2003) 'Loss of Chance: Lost cause or remote possibility?' The Cambridge Law Journal, Vol.62(2), 253-255.
- Margaret Fordham, (2005) 'Loss of Chance – a lost opportunity? Gregg v. Scott'. Singapore Journal of Legal Studies, 204-217.
- Nicholas V Todd, (2011) 'Medical negligence: legal theory and surgical practice'. Orthopaedics and Trauma, Vol.25(1), 64-74.
- Nils Jansen, (1999) 'The Idea of a Lost Chance'. Oxford Journal of Legal Studies, Vol.19, 271-296.
- Petr Šustek, (2019) 'Current Debates on Medical Liability in the Czech Republic'. Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie, 23, str. 63-71.
- Sarah Green, (2006) 'Coherence of Medical Negligence Cases. A Game of Doctors and Purses'. Medical Law Review, Vol.14(1), 1-21.

- Tomáš Doležal, Adam Doležal, (2015) 'PROOF OF CAUSATION IN MEDICAL MALPRACTICE CASES IN THE CZECH REPUBLIC'. The Lawyer Quarterly, Vol. 5(3), str. 195-205.
- Tomáš Doležal, Adam Doležal, (2017) 'Problematika využití teorie ztráty šancí'. Časopis zdravotnického práva a bioetiky, Vol.7(1), 44-55.
- Tomáš Holčapek, (2003) 'Odpovědnost za ztrátu naděje'. Právní rozhledy, 4, str. 189.
- Tomáš Holčapek, (2016) 'Občanskoprávní odpovědnost v medicíně a její uplatňování u českých soudů'. Právní rozhledy, 9, str. 305.
- Tomáš Holčapek, 'Doctrine of Loss of Chance in Medical Malpractice Cases: Comparative, International and Transnational Aspects', str. 444-457, in: Pavel Šturma (ed.). (2017) Czech Yearbook of Public & Private International Law. Česká ročenka mezinárodního práva veřejného a soukromého. Česká společnost pro mezinárodní právo, Vol.8.

Judikatura

- 25 Cdo 3332/2020.
- 30 Cdo 41/2017.
- 31 Cdo 2376/2021.
- I. ÚS 1919/08.
- III. ÚS 2253/13.
- III. ÚS 3067/13.
- IV. ÚS 3416/20.
- Bailey v Ministry of Defence [2008] EWCA Civ 883.
- Barnett v Chelsea and Kensington Hospital Management Committee [1969] 1 QB 428.
- Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd. [2002] UKHL 22.
- Gregg v Scott [2005] UKHL 2.
- Herskovits v Group Health Cooperative of Puget Sound (1983) 664 P.2d. 474.
- Hotson v East Berkshire AHA [1988] UKHL 1.
- Chaplin v Hicks [1911] 2 KB 786 (CA).
- Chester v Afshar [2004] UKHL 41.
- Mallett v McMonagle [1970] A.C. 166.
- McGhee v National Coal Board [1973] 1 W.L.R. 1.
- Wilsher v Essex AHA [1987] UKHL 11.

Právní předpisy

- Zákon č. 372/2011 Sb., o zdravotních službách.
- Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník.

Název práce v českém jazyce

Ztráta šance v českém a anglickém právu

Abstrakt

Tato práce se zaměřuje na problematiku teorie ztráty šance. Tato teorie vstupuje do oblasti odpovědnosti vytvořením nového druhu újmy. Tento nový druh újmy spočívá ve ztracené šanci na lepší výsledek místo výsledku samotného. Práce analyzuje přístupy k teorii ztráty šance ze strany anglického a českého práva s hlavním důrazem na oblast zdravotnického práva. Práce předkládá čtenáři rovněž okolnosti, které formulují vztah jak anglických, tak českých soudů k této teorii a jejímu užití v oblasti zdravotnického práva. Oba přístupy k teorii ztráty šance jsou také srovnány.

V této práci je ke zpracování komplexní analýzy problematiky a k zodpovězení otázky možného užití teorie ztráty šance použito analytické, rešeršní a komparativní metody. Zaměření této práce se vztahuje především na otázku použití teorie ztráty šance v českém právu. Dosažený závěr je, že teorie může a má být českými soudy užívána. Tento závěr je podpořen výkladem relevantního českého zákona a argumentací založenou na hodnotách a účelu práva. V rámci diskuse jsou kriticky zhodnoceny názory vztahující se k teorii ztráty šance obsažené v relevantní judikatuře a odborné literatuře. Toto zhodnocení bylo rovněž užito při formulování závěru této práce.

Práce uvádí teorii ztráty šance a poskytuje svoji vlastní definici teorie. Poté se vypořádává s anglickým právem a anglickým pozadím teorie. Stejná analýza je užitá také ve vztahu k českému právu. Oba přístupy jsou srovnány. Poslední část práce sestává z debaty hodnotící jak judikaturu, tak odbornou literaturu a specifikuje důvody pro dosažený závěr.

Práce je zamýšlena k ovlivnění akademické debaty a k pomoci soudům k lepšímu porozumění problematice teorie ztráty šance. Vzhledem ke skutečnosti, že téma teorie ztráty šance je daleké uzavření, tak je práce rovněž aktuální. Může být relevantní součástí akademické debaty, zvláště protože nabízí rozbor původní anglické teorie a jeho srovnání s českým přístupem.

Klíčová slova

Teorie ztráty šance, medicínská odpovědnost, újma

Název práce v anglickém jazyce

Loss of chance in Czech and English law

Abstract

This thesis focuses on the issue of the loss of chance doctrine. This doctrine enters the field of liability by creating a new type of loss. This new type of harm consists of the lost chance for a better outcome instead of the outcome itself. This thesis analyses English law and Czech law approaches to the loss of chance doctrine with main focus on the area of healthcare law. The thesis provides the reader also with the circumstances which formulate the relationship of both English and Czech courts to this doctrine and its use in the area of healthcare law. Both approaches to the loss of chance doctrine are also compared.

In this thesis analytical, research and comparative methods are used in order to provide a complex analysis of the issue and in order to answer the question of the possibility of using the loss of chance doctrine. Main focus is on the question of the use of the loss of chance doctrine within Czech law. The reached conclusion is that the doctrine can and should be used by Czech courts. This conclusion is supported by the interpretation of relevant Czech statute and by the argumentation based on the values of law and on the purpose of law. Within a debate the opinions towards the doctrine contained in the relevant caselaw and academic writings are critically evaluated. This evaluation has also been used in formulation of the conclusion of this thesis.

The thesis introduces the loss of chance doctrine and provides its own definition of this doctrine. Then it deals with English law and English background of the doctrine. The same analysis is used also in relation to Czech law. Both approaches are compared. Last part of the thesis consists of the debate which evaluate both caselaw and academic writing and formulates the grounds for the reached conclusion.

The thesis is intended to influence the academic debate and to help the courts to better understand the issue of the loss of chance doctrine. Due to the fact that the subject of the loss of chance doctrine is far from closed the thesis is also topical. It can be a relevant part of the academic debate especially because it offers an analysis of the original English doctrine and its comparison with the Czech approach.

Keywords

The loss of chance doctrine, medical liability, harm