

Doktrína ztráty šance a poskytování zdravotních služeb v aktuální soudní praxi

The Loss of Chance Doctrine and Provision of Health Services in Current Case Law

JUDr. Ivo Smrž, Ph.D., Kabinet zdravotnického práva a bioetiky, ÚSP AV ČR, v. v. i.

Abstract: The article deals with the loss of chance doctrine and its application in the medical malpractice disputes, focusing primarily on the current Czech case law. The aim is to describe the case law leading to the adoption or rejection of the doctrine in Czech legal order in the light of the approach taken in foreign and similar legal systems (Austria, Germany). The aim of the article is also to comment on a solution that would be systemically appropriate for solving cases involving an element of causal uncertainty, whether or not in the form of acceptance of the loss of chance doctrine.

Key words: health services – loss of chance – current case law

Abstrakt: Článek se soustředí na doktrínu ztráty šance a její využití v rámci medicínskoprávních sporů se zaměřením na aktuální judikaturu vrcholných soudů České republiky. Cílem je nastínit argumentaci soudní praxe směřující k adopci nebo naopak odmítnutí aplikace doktríny ztráty šance v českém právu, a to ve světle přístupu zastávaného v zahraničních a nám blízkých právních řádech (Rakousku, Německu) a vyjádřit se k řešení, které by bylo systémově vhodné pro překlenutí případů zahrnujících prvek kauzální nejistoty, ať už v podobě přijetí teorie ztráty šance nebo nikoliv. Postupováno je tzv. od obecného ke konkrétnímu, nejprve je obecně rozebrána problematika doktríny ztráty šance a následně aktuální rozhodnutí českých vrcholných soudů.

Klíčová slova: zdravotní služby – ztráta šance – aktuální judikatura

ÚVOD

Jedním z velmi výrazných úskalí, s nímž se poškozený pacient při uplatňování nároku na náhradu újmy způsobené chybným postupem lékaře setkává, je unesení důkazního břemene v podobě příčinné souvislosti mezi porušením právní povinnosti lékaře a újmou na zdraví. Je tomu tak primárně z důvodu, že pacient požaduje poskytnutí zdravotní služby v případě, kdy již trpí určitým onemocněním. Od lékaře očekává, že jej onemocnění zbaví nebo je alespoň zmírní. Na druhé straně, lékař je povinen zdravotní službu „pouze“ poskytnout, nezavazuje se, že pacienta vyléčí, jinými slovy, lékař neodpovídá za dosažení výsledku v podobě zlepšení zdravotního stavu pacienta.¹

Pokud lékař neposkytne zdravotní službu na náležité odborné úrovni a pacientovi současně vznikne újma na zdraví, nemusí to stále znamenat, že mezi protiprávním jednáním lékaře a nastalou újmou existuje příčinný vztah. Újma mohla být způsobena vyústěním pacientova onemocnění, přičemž lékařovo pochybení v negativním následku nemuselo hrát roli. Příčinná souvislost je souvislostí věcnou, nikoliv časovou.²

V těchto případech se jedná o problematiku tzv. multikauzality založené existencí plurality možných příčin, kdy jednou z nich může být protiprávní jednání lékaře a druhou predispozice pacienta v podobě určitého onemocnění. Určit s jistotou, která z příčin byla ta rozhodná, je obtížné, mnohdy nemožné, a to navíc, uvědomíme-li si přirovnání, že pacient je jako černá skříňka (*black box*), jelikož známe vstupy (onemocnění pacienta, zdravotní služba a protiprávní jednání lékaře) a výstupy (újma, výsledný zdravotní stav pacienta), avšak co se skutečně v těle pacienta odehrálo, jednoznačně nevíme.³ Příčiny výsledného zdravotního stavu pacienta lze zjišťovat primárně na základě pravděpodobnosti (nikoliv jistoty) a statistických údajů.⁴

A navíc, nastane-li po poskytnutí zdravotní služby *non lege artis* fatální následek v podobě úmrtí pacienta, lze rovněž uvažovat o náhradě újmy způsobené osobám pacientovi blízkým (sekundárním obětí, viz § 2959 občanského zákoníku). Uplatňování tohoto typu nároku s sebou nese obdobná úskalí jako na straně samotného pacienta, jelikož je třeba prokázat, že pacient zemřel v důsledku

¹ K tomu viz § 2636 zák. č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů. Dále jen „občanský zákoník“ nebo „o. z.“.

² Viz např. již rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 1 Cz 59/90 ze dne 27. 9. 1990.

³ DOLEŽAL, A. – DOLEŽAL, T. *Kauzalita v civilním právu se zaměřením na medicínskoprávní spory*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2016, s. 192.

⁴ Ústavní soud tuto situaci vystihl následovně: „Podstatou lékařství je vlastně vstupovat do celého řetězce příčin a následků, do procesů, které probíhají v lidském těle, a vnějším zásahem tyto procesy ovlivňovat, měnit jejich směr, působení atd. Zásah lékaře tak vlastně sám o sobě mění ‚přirozený běh věcí‘ v lidském těle, zasahuje do komplexních vztahů příčin a následků. I v případě aktivního jednání lékaře, který zvolí určitý léčebný postup, je velmi obtížné, ba vyloučené stanovit, zda tento postup byl nade vše rozumnou pochybnost jedinou možnou příčinou škodlivého stavu, který nastal. O to obtížnější je to v případě opomenutí, kdy lékař nezvolí postup, který na základě soudobých a dostupných znalostí lékařství zvolit mohl a měl. Prokázat, že právě a pouze toto opomenutí tvoří se škodlivým důsledkem ničím nenarušený vztah, je v podstatě nemožné.“ Usnesení Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 1919/08 ze dne 12. 8. 2008.

porušení právní povinnosti lékaře spočívající v neposkytnutí zdravotní služby na náležité odborné úrovni.

V současnosti lze již bez větších pochybností říci, že úskalí v podobě prokazování příčinné souvislosti za uvedených skutkových okolností je aplikační praxí a ostatně i doktríně velmi dobře známo. A nejedná se o překážku, s níž by se setkávali poškození toliko v rámci českého práva, shodně platí např. i v nám blízkých zahraničních právních řádech – v německém či rakouském právu, nebo i kupř. v právu anglickém.⁵ Úsilí je zaměřeno na hledání a přijetí optimálního řešení, které nejen vyváží zájmy poškozeného a škůdce, ale také bude z právněsystematického hlediska přípustné a korektní.

Jedním z takových řešení může být užití doktríny ztráty šance (*loss of chance*), která na první pohled překlenuje úskalí v podobě prokázání příčinné souvislosti, nicméně jej přesunuje do roviny zjišťování jiného prvku povinnosti k náhradě újmy, a to samotné újmy (škody).⁶

V recentní době se vyskytlo několik rozhodnutí českých vysokých soudů z oblasti poskytování zdravotních služeb, které se s případy uplatňování nároků na náhradu újmy mj. prostřednictvím požadavku žalobců na adopci doktríny ztráty šance musely vypořádat. Judikatura je to zřetelně rozkolísaná.⁷

Cílem následujícího textu je nastínit argumentaci obou soudních instancí směřující k adopci nebo naopak odmítnutí aplikace doktríny ztráty šance v českém právu, a to ve světle přístupu zastávaného v zahraničních a nám blízkých právních řádech (Rakousku, Německu) a vyjádřit se k řešení, které by bylo systémově vhodné, ať už v podobě přijetí teorie ztráty šance nebo nikoliv. Postupováno bude tzv. od obecného ke konkrétnímu, nejprve bude obecně rozebrána problematika doktríny ztráty šance a následně předmětná rozhodnutí českých vrcholných soudů.

1. OBECNĚ K DOKTRÍNĚ ZTRÁTY ŠANCE A PŘÍPADŮM KAUZÁLNÍ NEJISTOTY

Doktrína ztráty šance je jedním z instrumentů, jenž se nabízí k aplikaci pro překlenutí situací zahrnujících prvek kauzální nejistoty. Jejím typickým polem působnosti mohou být případy civilního deliktního práva z oblasti zahrnující poskytování zdravotních služeb, v nichž nelze podle lidského stavu poznání s jistotou určit, zda újma na zdraví pacienta byla způsobena porušením povinnosti lékaře poskytnout zdravotní službu na náležité odborné úrovni nebo v důsledku nezvratných biologických příčin – již existujícího onemocnění pacienta, pro které pacient lékaře vyhledal.

V této souvislosti je nezbytné zdůraznit, že za újmu na zdraví *per se* je třeba považovat i nezlepšení zdravotního stavu pacienta v případě, že k němu došlo v důsledku porušení povinnosti

⁵ Pro komparativní přehled viz např. GRAZIANO, T. K. Loss of a Chance in European Private Law 'All or Nothing' or Partial Liability in Cases of Uncertain Causation. *European Review of Private Law*. 2008, Vol. 16, No. 6.

⁶ Viz např. KOZIOL, H. *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*. Wien: Jan Sramek Verlag, 2012, s. 152.

⁷ Nález Ústavního soudu sp. zn. III. ÚS 3067/13 ze dne 20. 12. 2016, rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 30 Cdo 41/2017 ze dne 27. 9. 2017, rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 25 Cdo 1014/2020 ze dne 31. 8. 2020, nález Ústavního soudu sp. zn. IV. ÚS 3416/20 ze dne 25. 5. 2021.

lékaře poskytnout zdravotní službu na náležitě odborné úrovni. Jinak řečeno, kdyby lékař postupoval řádně a tuto povinnost neporušil, na straně pacienta by došlo k uzdravení, respektive zlepšení zdravotního stavu. Z uvedeného plyne, že lékař bude v takovém případě povinen nahradit újmu na zdraví, jelikož pacient prokázal v patřičné míře důkazního standardu (unesl důkazní břemeno), že právě porušení právní povinnosti lékaře bylo příčinou nezlepšení jeho zdravotního stavu, a to jako *conditio sine qua non*. Jedná se vlastně o tzv. omisivní delikt, lékařovo nekonání (omise) poskytnout zdravotní službu řádně bylo příčinou negativního následku. Zjišťování omise jako příčiny negativního následku se děje namísto „klasické“ metody fiktivní eliminace pomocí metody fiktivní substitute,⁸ omisi neodmýšlíme, ale naopak dosazujeme fiktivní řádný postup lékaře a ptáme se, zda by v případě jeho existence došlo na straně pacienta ke zlepšení zdraví. Pokud ano, je omise příčinou negativního následku (újmy na zdraví), za kterou bude lékař odpovědný.

Pokud bude pacient schopen ve vyžadované míře důkazního standardu prokázat, že lékařův *non lege artis* postup byl příčinou újmy na zdraví jako v případě uvedeném v přechodím odstavci, nejde o případ kauzální nejistoty a pacient bude s uplatněním svého nároku úspěšný. O alternativních přístupech ke kategorii příčinné souvislosti netřeba uvažovat.

Tato teze neplatí právě v případech zahrnujících prvek kauzální nejistoty. Představme si následující situaci: Pacient navštíví lékaře s určitými zdravotními obtížemi. Lékař pacienta vyšetří a kvůli pochybení vyhodnotí pacientovy obtíže chybně. K uzdravení pacienta nedojde. Podle názoru znalce nicméně hypoteticky existovala šance, že by se pacient při správné léčbě uzdravil, ve výši 30–40 %. Z opačného úhlu pohledu to znamená, že současně existovala 60–70% šance, že by i při řádném postupu lékaře k eliminaci pacientova onemocnění nedošlo. Aktuální stav lidského poznání neumožňuje přesně určit, zda bylo příčinou pacientovy újmy na zdraví protiprávní jednání lékaře nebo neodvratitelná progresse pacientova onemocnění. Bylo-li by třeba postavit existenci příčinné souvislosti najisto, či s pravděpodobností hraničící s jistotou, je nabíledni, že by pacient důkazní břemeno o existenci příčinné souvislosti neunesl, což by v soudním řízení nutně vedlo k zamítnutí uložení povinnosti lékaře nahradit pacientovi újmu na zdraví.

Pro mnohé „nezávislé pozorovatele“ se může výše uvedený důsledek neprokázání příčinné souvislosti v podobě odmítnutí náhrady újmy na zdraví pacienta jevit jako nespravedlivý. Lékař přeci porušil svoji povinnost postupovat na náležitě odborné úrovni a současně pacienta zbavil šance (ať už v jakékoliv výši) na uzdravení. Jedná se nicméně o klasickou konsekvenci tzv. principu „všechno nebo nic“ (*all or nothing*), pokud je žalobce schopen prokázat existenci příčinné souvislosti mezi protiprávním jednáním a následkem v požadované míře důkazního standardu, pak obdrží náhradu celé (veškeré) škody. Pokud nikoliv, neobdrží nic. Ani poměrnou náhradu kupř. podle pravděpodobnosti způsobení následku určitým protiprávním jednáním.

⁸ WINIGER, B. – KOZIOL, H. – KOCH, B. – ZIMMERMANN, R. (eds). *Digest of European Tort Law. Essential Cases on Natural Causation*. New York – Wien: Springer, 2007, s. 166.

A právě toto úskalí principu „všechno nebo nic“ doktrína ztráty šance poměrně jednoduše⁹ eliminuje. Podle této teorie není prvkem, na základě kterého dojde ke vzniku povinnosti k náhradě újmy v případech kauzální nejistoty porušení právního statku, který je tradičně objektem ochrany civilního deliktního práva v širokém smyslu (např. zdraví či tělesná integrita), nýbrž ztráta samotné šance (na uzdravení, na přežití atd.).¹⁰ Teorie ztráty šance redefinuje kategorii újmy, čímž odstraňuje úskalí související s prokazováním příčinné souvislosti.¹¹ Považujeme-li za újmu samotnou ztrátu šance na uzdravení, lze daleko snáze postavit najisto, že ji způsobil lékař svým protiprávním jednáním. Nadto, je častou chybou chápat doktrínu ztráty šance jako prostředek sloužící ke snížení míry vyžadovaného důkazního standardu kladeného na prokázání příčinné souvislosti mezi protiprávním jednáním a újmu.¹² O to při aplikaci této doktríny nejde, příčinnou souvislost je třeba prokázat ve standardní míře, což při újmě pojaté jako ztráta šance nečiní poškozeným takové obtíže.

Problém ale nastává v rovině újmy, jelikož právní řády zpravidla explicitně s takto vymezenou kategorií újmy nepracují. Ani české právo není v tomto směru výjimkou. Trefně poznamenává Melzer, že koncept ztráty šance jen opticky řeší problém kauzality, který spíše schovává pod umělou konstrukci šance jako právního statku.¹³

S tím úzce souvisí nutnost stanovit, jak ztrátu šance ohodnotit, respektive jak vysokou náhradu za ztrátu šance poskytnout. Musíme si totiž uvědomit, že zasaženým právním statkem není život nebo zdraví, nýbrž „toliko“ ztráta šance uzdravit se. Řešení je v zásadě dvojí.

Za prvé, odvodit výši náhrady od míry pravděpodobnosti způsobení škodního následku a hodnoty (pravděpodobně) zasaženého právního statku.¹⁴ Ilustrováno na příkladu: oční lékař neposkytl zdravotní službu řádně a pacient oslepl. Znalec určil, že existovala 30% šance, že by pacient při řádném postupu lékaře nepřišel o zrak. Výše újmy za ztrátu šance na zachování zraku proto bude určena poměrně, tedy jako 30% újmy na zdraví v podobě ztráty zraku. Nejde vlastně o nic jiného než o tzv. proporcionální odpovědnost založenou na pravděpodobnosti (probabilistickou proporcionální odpovědnost) „v převleku“¹⁵ s tím, že prvek odpovědnosti za újmu v podobě příčinné souvislosti je přesunut do kategorie újmy, která *per se* vyjadřuje míru pravděpodobnosti, v níž byla jako celek

⁹ Otázka, zda současně dogmaticky korektně.

¹⁰ GRAZIANO, T. K. *Loss of a Chance in European Private Law 'All or Nothing' or Partial Liability in Cases of Uncertain Causation*, s. 1021.

¹¹ KOZIOL, H. *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, s. 153.

¹² DOLEŽAL, A. – DOLEŽAL, T. *Kauzalita v civilním právu se zaměřením na medicínskoprávní spory*, s. 186.

¹³ MELZER, F. – TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek IX. § 2894–3081*. Praha: Leges, 2018, s. 203.

¹⁴ GRAZIANO, T. K. *Loss of a Chance in European Private Law 'All or Nothing' or Partial Liability in Cases of Uncertain Causation*, s. 1022.

¹⁵ GILEAD, I. In: TICHÝ, L. – HRÁDEK, J. (eds). *Prokazování příčinné souvislosti multikauzálních škod*. Praha: Centrum právní komparatistiky, Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze, 2010, s. 11 an. Probabilistickou proporcionální odpovědnost lze vymezit jako odpovědnost za újmu způsobenou poškozenému v souladu s kauzální pravděpodobností, že jednání škůdce mohlo způsobit škodní následek. Jedná se o doplněk ke klasickému „*all or nothing*“ principu (principu „všechno nebo nic“), jelikož škůdce odpovídá v rozsahu míry pravděpodobnosti způsobení škody jako celku.

způsobena. V českém právu nejde o zcela neznámý způsob určení výše škody, viz § 2925 odst. 2 o. z.: „[...] soud zaváže provozovatele k náhradě škody v rozsahu, který odpovídá pravděpodobnosti způsobení škody provozem“.¹⁶

Druhá možnost určení výše náhrady nevychází z míry pravděpodobnosti způsobení škodního následku a vyhýbá se jejímu stanovení pomocí pravděpodobnostních úvah a statistiky. Za reparabilní újmu namísto toho považujeme zásahem způsobenou nemajetkovou újmu označenou jako „ztrátu šance“,¹⁷ o jejíž výši rozhodne soud podle svého uvážení (shodně jako například při zásazích do důstojnosti člověka).¹⁸

Rovněž by bylo možné v této souvislosti v případě medicínskoprávních sporů uvažovat o zcela jiném zasaženém právním statku, ani o zdraví, ani o ztrátě šance na uzdravení *per se*, nýbrž o zásahu do osobnostního práva pacienta (ve smyslu ustanovení § 81 odst. 1 o. z.), například do důstojnosti či práva na sebeurčení. Újma by byla pacientovi způsobena na osobnostním právu tím, že mu lékař poskytl zdravotní službu *non lege artis*. Výše náhrady za takto způsobenou újmu by mohla být určena shodně jako v druhé variantě výše.¹⁹ Takový přístup by koreloval s německou praxí, která považuje každý zásah do tělesné integrity pacienta bez náležitého souhlasu za způsobitelný naplnit příslušnou skutkovou podstatu povinnosti k náhradě újmy (viz § 823 odst. 1 německého občanského zákoníku).²⁰ Pacient totiž uděluje informovaný souhlas k postupu *lege artis*, nikoliv k postupu lékaře, který těmto kritériím nedostojí.

Doktrína ztráty šance není napříč právními řády bez dalšího přijímána jako východisko k překlenutí problémů souvisejících s úskalími prokazování příčinné souvislosti v situacích zahrnujících prvek kauzální nejistoty, typicky při poskytování zdravotních služeb.²¹ Vhodné je proto nastínit klady i záporů této doktríny.

1.1. ARGUMENTY PODPORUJÍCÍ PŘIJETÍ DOKTRÍNY ZTRÁTY ŠANCE²²

Na prvním místě jde o již zmiňované překlenutí úskalí souvisejícího s prokazováním příčinné souvislosti v případech, které zahrnují prvek kauzální nejistoty. Doktrína ztráty šance doplňuje princip „všechno nebo nic“, což znamená, že při porušení právní povinnosti nezůstane poškozený zcela bez

¹⁶ Pozor, samotné stanovení povinnosti k náhradě újmy podle § 2925 odst. 2 o. z. ale přímo od pravděpodobnosti způsobení újmy odvozeno není.

¹⁷ Viz přístup španělských soudů. WINIGER, B. – KOZIOL, H. – KOCH, B. – ZIMMERMANN, R. (eds). *Digest of European Tort Law. Essential Cases on Natural Causation*, s. 567 an.

¹⁸ V českém právním řádu k tomu srov. § 2955 o. z. a § 136 zák. č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů. Dále jen „o. s. ř.“.

¹⁹ Což by současně eliminovalo úvahy o nutnosti aplikace doktríny ztráty šance.

²⁰ Dále jen „BGB“.

²¹ Výjimkou je kupř. francouzské právo, kdy tamní občanský zákoník výslovně považuje ztrátu šance za samostatný právní statek. GRAZIANO, T. K. *Loss of a Chance in European Private Law ‘All or Nothing’ or Partial Liability in Cases of Uncertain Causation*, s. 1012, či WINIGER, B. – KOZIOL, H. – KOCH, B. – ZIMMERMANN, R. (eds). *Digest of European Tort Law. Essential Cases on Natural Causation*, s. 545 an.

²² Viz GRAZIANO, T. K. *Loss of a Chance in European Private Law ‘All or Nothing’ or Partial Liability in Cases of Uncertain Causation*, s. 1031 an.

náhrady, není-li s to prokázat ve vyžadované míře důkazního standardu, že právě porušení právní povinnosti bylo důsledkem jeho újmy. S jistotou nelze relativizovat, že se na výsledném škodním následku protiprávní jednání škůdce nepodílelo.

Pravidlo „všechno nebo nic“ viditelně selhává v hraničních situacích. Například, bude-li vyžadován důkazní standard v míře pravděpodobnosti 90 %, z jakého legitimního důvodu zamítnout nárok poškozeného, bude-li schopen prokázat, že protiprávní jednání škůdce bylo příčinou negativního následku v míře pravděpodobnosti odpovídající 89 %? Je takový postup spravedlivý? Doktrína ztráty šance tuto obtíž poměrně snadno překonává.

Nadto, povinnost k náhradě toliko určité části újmy není právním řádům cizí, za příklad mohou sloužit pravidla upravující podmínky spoluúčasti poškozeného (tzv. „*contributory negligence*“).²³ Částečná odpovědnost škůdce by tedy nebyla ničím novým.

Přesné určení míry pravděpodobnosti, v níž protiprávní jednání vedlo ke způsobení negativního následku, nemusí být vždy jednoduché, v případně medicínskoprávních sporů spíše obtížné až nemožné. To však neplatí pouze v rámci doktríny ztráty šance, shodné obtíže souvisejí i s jinými situacemi, se kterými se právní řády běžně setkávají, opět lze např. poukázat na institut spoluúčasti poškozeného a břemeno poměrného nesení újmy.

Dále, někteří autoři argumentují, že je spravedlivé, aby životní riziko vyplývající z (zaviněného) porušení právní povinnosti a související kauzální nejistoty nesl škůdce a nikoliv osoba, jež žádnou svoji právní povinnost neporušila a v jejíž sféře negativní následek nastal.

Aplikace teorie ztráty šance umožňuje eliminaci případů, v nichž se soudy spokojují s fiktivní kauzalitou, i když je zjevné, že není postavena najisto existence kauzálního nexu mezi protiprávním jednáním a újmou (domněle) poškozeného. Soudy obdobným přístupem mohou ulehčovat důkazní nouzi některým poškozeným, zejména z důvodu projevů sympatií, pokud jde o negativní následky spojené s jejich zdravotním stavem. Takový přístup patrně nabourává předvídatelnost práva a právní jistotu.

Poslední argument spočívá v posilování preventivní funkce civilního deliktního práva. Budou-li určité profese (lékaři) či jiné skupiny osob vědět, že poškození nejsou ve značném množství případů schopni prokázat, že protiprávní jednání vedlo k újmě z důvodů požadavků kladených na prokázání příčinné souvislosti, může být motivace pro přijetí opatření redukcí výskyt protiprávních jednání, třeba i z rozpočtového hlediska náročných, o poznání nižší, než kdyby za každé porušení právní povinnosti rezultující v újmu, třeba poměrně, tyto skupiny odpovídaly. Preventivnímu působení civilního deliktního práva doktrína ztráty šance zřetelně napomáhá.

Na druhé straně, důsledky plynoucí z aplikace teorie ztráty šance nejsou vždy obecně akceptovány a kladně hodnoceny, často se v této souvislosti hovoří o její systémové nekonformnosti a

²³ V českém právním řádu viz § 2918 o. z.

dogmatické nekorektnosti ve vazbě na výstavbu civilního deliktního práva v jednotlivých právních řádech.²⁴

1.2. DŮVODY PROBLEMATIZUJÍCÍ ADOPCI DOKTRÍNY ZTRÁTY ŠANCE

V prvé řadě je třeba říci, že teorie ztráty šance v oblasti zdravotnického práva neumožňuje komplexně řešit veškeré případy zahrnující prvek kauzální nejistoty, i když jsou v jádru věci v podstatě totožné. Představme si následující případ. Porodník se při porodu dítěte dopustí flagrantní chyby, protože dítě se narodí postižené. Z expertního posouzení vyplyne, že příčinou postižení dítěte je buď právě chyba porodníka, nebo vrozená vada dítěte. Jinými slovy, pokud bylo dítě postižené již před porodem, chyba porodníka neměla na jeho výsledný zdravotní stav žádný vliv, a opačně, dítě mohlo být před porodem zcela zdravé a postižení přivodila pouze porodníková chyba. Dítě však s patřičnou mírou důkazního standardu (s jistotou, s pravděpodobností hraničící s jistotou, s převažující pravděpodobností apod.) není schopno prokázat, že porodníková chyba byla příčinou jeho postižení. Přítomnou kauzální nejistotu nepřeklene ani doktrína ztráty šance (na uzdravení, na život bez postižení), jelikož lékař dítě žádné šance nezbažil. „Pouze“ se neví, která ze dvou okolností byla skutečnou příčinou zdravotního postižení dítěte. Stav lidského poznání to jednoduše neumožňuje zjistit.²⁵ Z toho plyne, že i doktrína ztráty šance může selhávat v případech, v nichž je třeba se potýkat s prvkem kauzální nejistoty.

Zásadní negativa doktríny ztráty šance se projevují již v samotném jejím základu, tedy v konstrukci ztráty šance (na uzdravení, na přežití atp.) jako reparabilní újmy, jinými slovy šance *per se* jako samostatně chráněného právního statku. Z tohoto atributu pak vyvěrá většina systémových problémů souvisejících s její případnou inkorporací do jednotlivých právních řádů.

Bez dalšího nelze pro oblast českého (a ostatně i např. rakouského či německého) určit, že šance je samostatně chráněným právním statkem, kupř. občanský zákoník o šanci jako samostatně chráněném právním statku explicitně nehovoří. Jsou to hodnoty jako život, zdraví, soukromí, důstojnost a další, které požívají komplexní ochrany.²⁶ A je zcela zřejmé, proč tomu tak je. Jak již bylo uvedeno výše, doktrína ztráty šance se vyvinula jako reakce na úskalí související s prokazováním (respektive nemožností prokázat) příčinné souvislosti v případech zahrnujících prvek kauzální nejistoty, nejde tak o „tradiční“ kategorii (koncept) újmy. Připomeňme slova Melzera: „*Koncept ztráty šance tak jen opticky řeší problém kauzality, spíše jej schovává pod umělou konstrukci šance jako právního statku.*“ A rovněž Gileada, že ztráta šance je probabilistickou proporcionální odpovědností v převleku.²⁷

Pokud bychom přijali tezi, že šance je samostatně chráněným právním statkem, bude (nejen v českém právu) klíčové určit, zda ztráta šance (na uzdravení, přežití) představuje majetkovou nebo

²⁴ Viz např. KOZIOL, H. *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, s. 158, či rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 25 Cdo 1014/2020 ze dne 31. 8. 2020.

²⁵ KOZIOL, H. *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, s. 154.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ GILEAD, I. In: TICHÝ, L. – HRÁDEK, J. (eds). *Prokazování příčinné souvislosti multikauzálních škod*, s. 11 an.

nemajetkovou újmu, a to konkrétně ve vazbě na obecnou zdrženlivost při odškodňování nemajetkových újem.²⁸ Ani v této oblasti nepanuje shoda, doktrinární a judikatorní názory jsou rozkolísané.²⁹ Zajímavé je v této souvislosti uvést názor zastávaný Ústavním soudem v jednom z relevantních rozhodnutí, z něhož je zřejmé, že soud nemá o povaze ztráty šance zcela jasnou představu: „*Jak Ústavní soud dovodil výše, i samotná ‚ztráta šance‘ na uzdravení může představovat (často velmi znatelnou, byť specifickou) újmu (spíše) nemajetkové povahy, kterou je třeba odčinit.*“

Podaří-li se přesvědčivě argumentovat a (nejlépe legislativně) určit, že šance je samostatně chráněným právním statkem a že její ztráta znamená reparabilní újmu, ať už majetkové nebo nemajetkové povahy, následuje další stěžejní úkol, který není prostý problémů a kontroverzí, a to rozhodnout o výši nahrazované škody, respektive újmy za ztracenou šanci v rámci tématu tohoto článku za ztracenou šanci na uzdravení nebo přežití. Jak již bylo uvedeno výše, způsoby se objevují v zásadě dva.

Prvý spočívá v odvození výše náhrady od míry pravděpodobnosti způsobení škodního následku (újmy na zdraví) ve vztahu k hodnotě (pravděpodobně) zasaženého právního statku (zdraví), jinými slovy jde o tytéž důsledky jako při aplikaci probabilistické proporcionální odpovědnosti.

Druhý pak bez ohledu na míru pravděpodobnosti, s níž bylo spojeno způsobení škodního následku, považuje za reparabilní újmu ztrátu šance na uzdravení jako nemajetkovou újmu *per se*, jejíž výše závisí na úvaze soudu, obdobně jako tomu je v případě jiných nemajetkových újem (kupř. narušení dovolené, ceny zvláštní obluby, osobního neštěstí ad.).³⁰ Připomeňme v této souvislosti, že stanovení výše náhrady za určitý druh nemajetkové újmy je v prvotním případě ze strany soudů vždy víceméně arbitrární,³¹ nicméně v dalších případech již nikoliv, východisko náhrady spočívá v komparaci skutkových okolností obdobných, již rozhodnutých, sporů a v přiznávání tomu odpovídajících náhrad.³²

S ohledem na skutečnost, že podstata doktríny ztráty šance (na uzdravení) tkví v konstrukci ztráty šance jako samostatného druhu újmy odlišného od újmy způsobené na „tradičně“ chráněném právním statku (zdraví), považuji za dogmaticky korektnější vycházet při vyčíslování výše této újmy případně z druhé varianty. Pokud je třeba ztrátu šance považovat za újmu *per se*, proč odvozovat výši náhrady od hodnoty (odlišného) právního statku, u něhož nelze postavit najisto, že byl protiprávním jednáním vůbec zasažen? Takový postup by nekoreloval s požadavkem na bilaterální ospravedlnění přesunu újmy od osoby, v jejíž sféře vznikla (*casum sentit dominus*), na osobu od ní odlišnou.³³

²⁸ Ustanovení § 2894 odst. 2 občanského zákoníku.

²⁹ Podrobně viz DOLEŽAL, A. – DOLEŽAL, T. Problematika využití teorie ztráty šancí. *Časopis zdravotnického práva a bioetiky*. 2017, Vol. 7, No. 1, s. 50.

³⁰ A to primárně z důvodu, že zasažený právní statek nemajetkové povahy nelze *stricto sensu* ocenit penězi. Jednoduše neexistuje trh, na kterém by se s ním obchodovalo. KOZIOL, H. *Österreichisches Haftpflichtrecht*. Wien: Manz, 1997, s. 73.

³¹ Musí ale obstát ve vztahu k náhradě přiznávané za jiné nemajetkové újmy.

³² KOZIOL, H. *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, s. 114.

³³ Viz BYDLINSKI, F. In: TICHÝ, L. (ed.). *Causation in Law. Praha 2007*. Beroun: IFEC, 2007, s. 24–25.

V rámci úvah o koncepci doktríny ztráty šance se nicméně častěji setkáváme s prve uvedeným modelem určování výše újmy,³⁴ který je z dogmatického hlediska o poznání komplikovanější:

Důsledky principu „všechno nebo nic“ spočívají jednoduše v tom, že pokud poškozený ve vyžadované míře důkazního standardu prokáže, že protiprávní jednání bylo příčinou určité újmy, obdrží od škůdce náhradu veškeré újmy (100 %). Důkazní standard zpravidla nebývá tak přísný, že by byla vyžadována naprostá, stoprocentní jistota způsobení újmy. V českém právu se v oblasti zdravotnického práva soudy například spokojily již i s pravděpodobností způsobení újmy ve výši mezi 70 a 80 %.³⁵ Z toho plyne, že i když je poškozený schopen prokázat příčinnou souvislost v míře pravděpodobnosti nižší než 100 %, obdrží stále náhradu újmy v celé její výši (100 %). Takto funguje princip „všechno nebo nic“.

Pokud bychom na tyto skutkové okolnosti aplikovali doktrínu ztráty šance, zjevně nedospějeme k řešení, které by vůči poškozenému bylo optimální a spravedlivé. V nastíněném případě by poškozený obdržel na náhradě (vlastně podle principů probabilistické proporcionální odpovědnosti) náhradu toliko ve výši mezi 70 a 80 % újmy na zdraví. Nadto, pokud by míra pravděpodobnosti dosahovala 90 %, poškozený by neobdržel celou náhradu újmy na zdraví, i když je jasné, že ji škůdce s největší pravděpodobností skutečně způsobil. Paradoxně by se mohlo stávat, že by to byl škůdce, který by se dovolával aplikace doktríny ztráty šance, jelikož by to pro něj bylo výhodnější. Naproti tomu, bylo-li by toliko na 20 % pravděpodobné, že újma na zdraví byla způsobena protiprávním jednáním škůdce, obdržel by poškozený sice částečnou náhradu, ale v případě, kdy je téměř jisté, že škůdce poškozenému žádnou újmu nezpůsobil. Který z poškozených by byl pomyslným „vítězem“?³⁶

V této souvislosti by bylo možné uvažovat o zavedení spodní hranice (tzv. pravidlo *de minimis*), od níž je újma v podobě ztráty šance reparabilní, což by částečně eliminovalo uvedené úskalí. Dle mého názoru by takový postup vedl k relativizaci doktríny ztráty šance v samotném jejím jádru, jelikož by nebylo možné (obecně, ve všech případech) šanci jako takovou považovat za samostatně chráněný právní statek. A to je s touto doktrínou v rozporu.

Dále, doktrína ztráty šance upíná svoji pozornost na okamžik, v němž byla na právním statku (šanci) způsobena újma. Budoucí vývoj škodního děje pomíjí. A činí tak záměrně – eliminuje tím úskalí spojená s prokazováním hypotetických kauzálních průběhů. Jinými slovy, újma na zasaženém právním statku se posuzuje podle objektivně-abstraktní metody namísto diferenční hypotézy (subjektivně-konkrétní metody).³⁷ To s sebou může přinášet rovněž negativní důsledky pro systém civilního deliktního práva jako celek. Představme si, že lékař svým protiprávním jednáním sníží šanci na

³⁴ KOZIOL, H. *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, s. 152 an., či DOLEŽAL, A. – DOLEŽAL, T. *Problematika využití teorie ztráty šancí*, s. 46, či GRAZIANO, T. K. *Loss of a Chance in European Private Law 'All or Nothing' or Partial Liability in Cases of Uncertain Causation*, s. 1022.

³⁵ Rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 25 Cdo 1628/2013 ze dne 31. 7. 2014.

³⁶ Viz úvahy soudkyně Hale v britském případě *Gregg v Scott* [2005] UKHL 2. Dostupné z: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd050127/greg-1.htm>>.

³⁷ KOZIOL, H. *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, s. 155 an.

uzdravení pacienta, přesto se ale pacient skutečně uzdraví. Lze připustit, aby pacientovi náležela v takovém případě náhrada za ztrátu šance, která je samostatně chráněným právním statkem?

Problémy takového přístupu manifestují i v opačném případě, když se pacient neuzdraví. Stále totiž existuje možnost, že pacient prokáže (v požadované míře důkazního standardu) příčinnou souvislost mezi protiprávním jednáním lékaře a újmou na zdraví. Pokud tomu tak bude, lékař současně zasáhne do dvou právních statků, jednak do šance (na uzdravení) a jednak do samotného zdraví. Poškozenému pacientovi by pak náležela dvojitá náhrada, jedna za ztracenou šanci na uzdravení a druhá za skutečně způsobenou újmu na zdraví. Intuitivně lze za takových okolností seznat rozpor s kompenzační funkcí civilního deliktčního práva mimo jiné se projevující v zákazu obohacení poškozeného (*Bereicherungsverbot*).³⁸

Posledním úskalím, na které bude v rámci této části upozorněno, je ryze praktické. Odvodíme-li výši náhrady za ztrátu šance (na uzdravení) od míry pravděpodobnosti způsobení škodního následku (újmy na zdraví) ve vztahu k hodnotě (pravděpodobně) zasaženého právního statku (zdraví), předpokládá mlčky takový postup, že znalci budou ve svých posudcích exaktně vyjadřovat míru, v níž došlo ke ztrátě šance, respektive příležitosti ve vztahu ke zdravotnímu stavu a zdraví pacienta. Ve skutečnosti to není tak jednoduché, připomeňme přirovnání pacienta k černé skříňce a z toho plynoucí důsledky. Určit expertně za takových okolností s jakou mírou pravděpodobnosti přesně došlo ke škodnímu následku je mnohdy extrémně složité, ba vyloučené. Někteří autoři v této souvislosti připodobňují expertní posouzení k loterii.³⁹ Doležalovi dokonce zmiňují, že soubor judikatury ve věci ztráty šance na uzdravení představuje případovou studii možných nebezpečí spojených se soudní negramotností v oblasti matematiky.⁴⁰

Je nabíledni, že klíčovou roli bude hrát v expertizách zdravotnická statistika, tedy data získávaná za pomoci epidemiologie. Pravidla epidemiologie pro stanovení příčinné souvislosti mezi určitou událostí a následkem nicméně nejsou shodná s pravidly, která v tomto ohledu vyžaduje právo. Právo řeší konkrétní případy (zahrnující aspekt individuality a jedinečnosti každého pacienta) a nikoliv obecnou pravděpodobnost.⁴¹ Ilustrativně v této souvislosti působí britský případ *Wardlaw v Farrar*,⁴² v němž lékař včas nerozpoznal u pacienta plicní embolii, přičemž pacient následně na embolii zemřel. Statistická šance na uzdravení pacienta při včasné diagnóze byla 85 %. Při pitvě pacienta však bylo zjištěno, že jeho organismus byl rezistentní na konvenční léčbu plicní embolie a že by i při včasné léčbě zemřel. Pacient v daném případě náležel do skupiny 15 % osob, u nichž by včasná léčba k uzdravení nevedla.⁴³ Slovy doktríny ztráty šance: lékař pacienta žádné šance na uzdravení (přežití) nezbavil.

³⁸ Ibidem, s. 75 an.

³⁹ TICHÝ, L. (ed). *Causation in Law*. Praha 2007, s. 113.

⁴⁰ DOLEŽAL, A. – DOLEŽAL, T. *Problematika využití teorie ztráty šancí*, s. 51.

⁴¹ GOLDBERG, R. (ed.). *Perspectives on Causation*. Oxford: Hart Publishing, 2011, s. 150.

⁴² [2003] All ER 1358.

⁴³ „While the judges are of course entitled to place such weight on statistical evidence as is appropriate, they must not blind themselves to the effect of other evidence which might put a particular patient to a particular category, regardless of the probabilities.” Citováno z GRUBB, A. – LAING, J. – MCHALE, J. – KENNEDY, I. *Principles of Medical Law*. 3rd edition. New York: Oxford University Press, 201, s. 328–329.

Pravděpodobnost založená na statistických údajích nemá kompenzační vypovídací hodnotu, dokud není personalizována.⁴⁴ Personalizace zdravotnické statistiky proto představuje zásadní obtíže náležité aplikace doktríny ztráty šance.

1.3. JINÉ NÁSTROJE UMOŽŇUJÍCÍ PŘEKLENOUT KAUZÁLNÍ NEJISTOTU V MEDICÍNSKOPRÁVNÍCH SPORECH

Doktrína ztráty šance není jediným instrumentem, jehož cílem je překlenout (důkazní) obtíže spojené s prvkem kauzální nejistoty. Právo zná tradičně i jiná, systémově korektnější řešení, než je teorie ztráty šance, a která jsou napříč právními řády v daleko širší míře akceptována.

Na prvním místě lze zmínit řešení formou snížení míry vyžadovaného důkazního standardu (důkazního břemene) prokázání existence příčinné souvislosti mezi protiprávním jednáním a škodním následkem. Česká soudní praxe k tomuto kroku již přistoupila. Z požadavku, aby byla existence příčinné souvislosti postavena najisto (jinými slovy v míře pravděpodobnosti existence 100 %),⁴⁵ Nejvyšší soud v medicínskoprávních sporech upustil, přičemž se spokojil i s pravděpodobností nižší (s vysokou mírou pravděpodobnosti, s příčinou převažující) či s pravděpodobnostně formulovanými závěry znalců.⁴⁶ Jako příklad lze v této souvislosti rovněž zmínit britský důkazní standard *on the balance of probabilities*, jinak řečeno *more likely than not*,⁴⁷ z něhož lze odvodit, že musí být spíše pravděpodobné, že určitá skutečnost existuje, než nikoliv. Pro žalobce zde jde o velmi příznivě nastavenou míru důkazního standardu. V Německu je třeba soudce přesvědčit, že je dán takový stupeň jistoty, jenž odpovídá praktickému životu („für praktisches Leben brauchbarer Grad von Gewissheit“).⁴⁸

Jde o snahu naleznout určitý kompromis zohledňující zájem lékaře nebýt povinen k náhradě újmy, kterou velmi pravděpodobně nezpůsobil, a na druhé straně zájem pacienta na odčinění újmy na zdraví velmi pravděpodobně způsobené protiprávním jednáním lékaře. Povinnost k náhradě újmy se pak přičítá nikoliv na základě faktické příčinné souvislosti, nýbrž příčinné souvislosti toliko potenciální, avšak, a to je třeba zdůraznit, za současné a zcela zřetelné (intenzivní) existence ostatních prvků povinnosti k náhradě újmy, tedy újmy, protiprávnosti a v deliktním právu i zavinění (koncepte tzv. pohyblivého systému⁴⁹).

Za další nástroj ulehčující důkazní pozici pacienta ve sporu s poskytovatelem zdravotních služeb slouží institut obrácení důkazního břemene, respektive zakotvení zákonných domněnek plnících ve svém důsledku tutéž funkci.

⁴⁴ GOLDBERG, R. Epidemiological Uncertainty, Causation, and Drug Product Liability. *McGill Law Journal*. 2014, Vol. 59, No. 4, s. 802–803.

⁴⁵ Viz např. usnesení Nejvyššího soudu sp. zn. 25 Cdo 1921/2012 ze dne 30. 9. 2013.

⁴⁶ Rekapitulaci příkladů této soudní praxe lze nalézt v rozsudku Nejvyššího soudu sp. zn. 25 Cdo 1014/2020 ze dne 31. 8. 2020.

⁴⁷ Např. SAMANTA, A. – SAMANTA, J. *Medical Law*. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2011, s. 111.

⁴⁸ DEUTSCH, E. – SPICKHOFF, A. *Medizinrecht Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht*. 7. Auflage. Berlin – Heidelberg: Springer, 2014, s. 487–488.

⁴⁹ Viz např. MELZER, F. – TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek IX. § 2894–3081*, s. 964.

Určitým „průkopníkem“ v této oblasti je Německo, které v rámci novely BGB zaměřené na posílení práv pacientů⁵⁰ zavedlo celou řadu takových domněnek, a to v § 630h BGB.⁵¹ Ve vztahu k překlenutí prvku kauzální nejistoty lze vyzdvihnout pátý odstavec tohoto ustanovení, který zakládá vyvratitelnou domněnku příčinné souvislosti mezi hrubým pochybením lékaře a újmou na životě či zdraví pacienta, pokud je takové pochybení zpravidla s to danou újmu způsobit.⁵² Současně s touto novelou německý zákonodárce odmítl přijmout jiné nástroje posilující postavení pacienta jako proporcionální odpovědnost či kompenzační fondy s odůvodněním, že jsou německému právu nejen cizí, ale také vzbuzují pochybnosti ohledně finanční proveditelnosti.⁵³

Občanský zákoník, respektive občanský soudní řád, sice explicitně pro oblast povinnosti k náhradě újmy způsobené nesprávným odborným postupem lékaře zákonnou vyvratitelnou domněnku nekonstruuje, avšak při určitých pochybeních při vedení zdravotnické dokumentace ji připustila soudní praxe, a to jako důsledek vyvažování zájmů, na jedné straně právní jistoty žalovaného a na straně druhé požadavku na zachování principů spravedlivého procesu.⁵⁴

⁵⁰ Důvodová zpráva je dostupná z: <<https://dserver.bundestag.de/btd/17/104/1710488.pdf>>.

⁵¹ „(1) Ein Fehler des Behandelnden wird vermutet, wenn sich ein allgemeines Behandlungsrisiko verwirklicht hat, das für den Behandelnden voll beherrschbar war und das zur Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit des Patienten geführt hat.

(2) Der Behandelnde hat zu beweisen, dass er eine Einwilligung gemäß § 630d eingeholt und entsprechend den Anforderungen des § 630e aufgeklärt hat. Genügt die Aufklärung nicht den Anforderungen des § 630e, kann der Behandelnde sich darauf berufen, dass der Patient auch im Fall einer ordnungsgemäßen Aufklärung in die Maßnahme eingewilligt hätte.

(3) Hat der Behandelnde eine medizinisch gebotene wesentliche Maßnahme und ihr Ergebnis entgegen § 630f Absatz 1 oder Absatz 2 nicht in der Patientenakte aufgezeichnet oder hat er die Patientenakte entgegen § 630f Absatz 3 nicht aufbewahrt, wird vermutet, dass er diese Maßnahme nicht getroffen hat.

(4) War ein Behandelnder für die von ihm vorgenommene Behandlung nicht befähigt, wird vermutet, dass die mangelnde Befähigung für den Eintritt der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit ursächlich war.

(5) Liegt ein grober Behandlungsfehler vor und ist dieser grundsätzlich geeignet, eine Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit der tatsächlich eingetretenen Art herbeizuführen, wird vermutet, dass der Behandlungsfehler für diese Verletzung ursächlich war. Dies gilt auch dann, wenn es der Behandelnde unterlassen hat, einen medizinisch gebotenen Befund rechtzeitig zu erheben oder zu sichern, soweit der Befund mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Ergebnis erbracht hätte, das Anlass zu weiteren Maßnahmen gegeben hätte, und wenn das Unterlassen solcher Maßnahmen grob fehlerhaft gewesen wäre.“

⁵² „(5) Liegt ein grober Behandlungsfehler vor und ist dieser grundsätzlich geeignet, eine Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit der tatsächlich eingetretenen Art herbeizuführen, wird vermutet, dass der Behandlungsfehler für diese Verletzung ursächlich war. Dies gilt auch dann, wenn es der Behandelnde unterlassen hat, einen medizinisch gebotenen Befund rechtzeitig zu erheben oder zu sichern, soweit der Befund mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Ergebnis erbracht hätte, das Anlass zu weiteren Maßnahmen gegeben hätte, und wenn das Unterlassen solcher Maßnahmen grob fehlerhaft gewesen wäre.“

⁵³ Dostupné z: <<https://dserver.bundestag.de/btd/17/104/1710488.pdf>>.

⁵⁴ Viz nálezn Ústavního soudu sp. zn. IV. ÚS 14/17 ze dne 9. 5. 2018: „Teprve v situaci, kdy postup dle § 129 odst. 2 o. s. ř. nepřichází v úvahu z důvodu, že předmětná zdravotnická dokumentace buďto v rozporu s právními povinnostmi škůdce nebyla pořízena vůbec, anebo ji (opět v rozporu se svými právními povinnostmi) tento neuchoval či ‚ztratil‘, je ústavně aprobovatelné, aby obecný soud přistoupil k možnosti ultima ratio spočívající v obrácení důkazního břemene ohledně skutečností, které měly být na základě zdravotnické dokumentace

Poslední zde uvedené řešení směřující k překlenutí kauzální nejistoty v medicínskoprávních sporech spočívá v extenzivní (analogické) aplikaci pravidel alternativní příčinné souvislosti.⁵⁵ Tradičně se o alternativní kauzalitě hovoří v případě existence více protiprávních jednání více škůdců, přičemž je jisté, že škodní následek způsobil pouze jeden škůdce, nicméně nelze s ohledem na hranice lidského poznání zjistit, který z nich to byl. Modifikace (extenze) spočívá v tom, že protiprávní jednání jednoho škůdce zaměníme za příčinu v podobě zdravotního stavu pacienta (za náhodu).

Obdobnou konstelaci předestřených skutkových okolností mj. posuzovaly rakouské soudy⁵⁶ a v rámci tohoto článku z nich byla čerpána inspirace pro příklad uvedený ihned na počátku podkapitoly 1.2, v němž porodník při porodu dítěte pochybil, protože dítě se narodilo postižené. Z expertního posouzení vyplynulo, že příčinou postižení dítěte je buď právě chyba porodníka, nebo vrozená vada dítěte. Hranice lidského poznání neumožnila zjistit, která okolnost byla pro újmu na zdraví dítěte kauzální. Jako nespravedlivé⁵⁷ se jeví, aby újmu jako celek nesl škůdce, jelikož jeho protiprávní jednání je toliko potenciální příčinou škodního následku. Stejně tak, aby poškozený neobdržel žádnou náhradu, i když škůdce jednal zcela konkrétně protiprávně a vlastně jen náhoda zamezila určit jeho zjevnou participaci na škodním následku.⁵⁸ Zastáváno je řešení v podobě poměrného rozložení újmy mezi škůdce a poškozeného, v uvedeném případě v poměru 1:1.⁵⁹ Argumentace vychází z již výše popsané koncepce pohyblivého systému – jednání škůdce je zjevně protiprávní, zaviněné a konkrétně nebezpečné.⁶⁰

objasněny. Toliko v těchto typově určených případech totiž lze akceptovat, aby nad ochranou právní jistoty účastníka řízení – žalovaného převážil požadavek na zachování principů spravedlivého procesu. Je totiž zřejmé, že v takovýchto situacích je to právě žalovaný, kdo ze svého protiprávního či nepoctivého jednání získává prospěch na úkor žalobce – poškozeného, jenž není schopen unést důkazní břemeno ohledně tvrzení, od nichž odvíjí svůj nárok na náhradu újmy. Lze doplnit, že povinnost poskytovatele zdravotních služeb vést a uchovávat zdravotnickou dokumentaci je zakotvena v ustanoveních § 53 a násl. zákona č. 372/2011 Sb., o zdravotních službách a podmínkách jejich poskytování (zákon o zdravotních službách), ve znění pozdějších předpisů.“

⁵⁵ GRAZIANO, T. K. *Loss of a Chance in European Private Law 'All or Nothing' or Partial Liability in Cases of Uncertain Causation*, s. 1021.

⁵⁶ OGH 4 Ob 554/95 ze dne 7. 11. 1995, dostupné z: <<https://www.ris.bka.gv.at>>.

⁵⁷ OGH 4 Ob 554/95 ze dne 7. 11. 1995: „Der erkennende Senat folgt aus den in der Entscheidung EvBl 1994/13 angeführten Gründen der Lehre F.Bydlinskis und Koziols, weil nur sie eine dem Gerechtigkeitsgebot entsprechende Problemlösung gewährleistet. Demgegenüber wären nämlich bei alternativer Konkurrenz zwischen einem Erfolg aus schuldhaftem Handeln und einem Zufall nur – unverständliche und unbillige – Extremlösungen denkbar: Man könnte sonst nur entweder die Meinung vertreten, daß der Geschädigte mangels eindeutiger Feststellbarkeit, welches der beiden Ereignisse tatsächlich kausal war, jeden Ersatzanspruch verliere oder daß der Schädiger ungeachtet der gar nicht feststehenden Kausalität seines Verhaltens dem Geschädigten vollen Ersatz zu leisten habe.“ Dostupné z: <<https://www.ris.bka.gv.at>>.

⁵⁸ BYDLINSKI, F. In: TICHÝ, Luboš (ed.). *Causation in Law*. Praha 2007, s. 18.

⁵⁹ Takto také rozhodl rakouský Nejvyšší soud předmětný případ, a to v návaznosti na doktrinární argumentaci Bydlinského a Koziola. Shodně také DOLEŽAL, A. – DOLEŽAL, T. *Kauzalita v civilním právu se zaměřením na medicínskoprávní spory*, s. 154: „Toto řešení je plně slučitelné s principy odpovědnosti za újmu, i úvahami o spravedlnosti.“

⁶⁰ KOZIOL, H. *Österreichisches Haftpflichtrecht*. Wien: Manz, 1997, s. 107.

1.4. SHRUTÍ

Doktrína ztráty šance s sebou přináší možnost, jak překlenout obtíže související s prokazováním příčinné souvislosti v situacích zahrnujících prvek kauzální nejistoty. V oblasti zdravotnického práva se často jedná o řešení, které část doktríny i judikatury prosazuje jako řešení vhodné. Výše uvedená argumentace současně osvětlila, že doktrína ztráty šance sice určité řešení nabízí, avšak je s velkým otazníkem, zda řešení dogmaticky korektní a právněsystematicky akceptovatelné, tím spíše pokud existují jiné, ne tolik kontroverze vyvolávající instrumenty. Zkončíme tuto kapitolu slovy H. Koziola: „[...] it is astounding that manifold dogmatic difficulties, theoretical contortions and inconsistencies are merrily accepted in order to propagate an approach which offers only an insufficient, partial solution and is unknown in our legal system; yet on the other hand, it is represented as untenable when the existing rules are thought through to their logical end”.⁶¹

2. AKTUÁLNÍ SOUDNÍ PRAXE A DOKTRÍNA ZTRÁTY ŠANCE

Následující kapitola je zaměřena na dva případy, které postupně rozhodoval jak Nejvyšší, tak i Ústavní soud. Cílem je nastínit argumentaci obou soudních instancí co do otázky přijetí nebo naopak odmítnutí inkorporace teorie ztráty šance do českého právního řádu, a to ve světle názorů a přístupů rozebíraných v první kapitole tohoto článku.

První případ byl posuzován Nejvyšším soudem pod sp. zn. 30 Cdo 3377/2011,⁶² následně Ústavním soudem pod sp. zn. III. ÚS 3067/13⁶³ a poté opět Nejvyšším soudem pod sp. zn. 30 Cdo 41/2017.⁶⁴ Druhý případ rozhodl Nejvyšší soud pod sp. zn. 25 Cdo 1014/2020⁶⁵ a následně Ústavní soud pod sp. zn. IV. ÚS 3416/20.⁶⁶

2.1. PRVNÍ PŘÍPAD

Meritem prvního případu byla žaloba pozůstalých po pacientce na ochranu osobnosti (rozhodoval senát Nejvyššího soudu č. 30), kteří se domáhali po zdravotnickém zařízení odčinění nemajetkové újmy v penězích (každý ve výši 1 000 000 Kč) za zásah do soukromí a práva na rodinný život. Nárok byl posuzován podle obč. z. 1964.⁶⁷ Pozůstalí tvrdili, že při ošetřování pacientky nebyl dodržen řádný postup a v důsledku toho pacientka zemřela. Pochybení v lékařském postupu nicméně znamenalo „toliko“ snížení šance na přežití pacientky ve výši 20 %, proto žalobci v průběhu řízení před soudy poukazovali mj. na doktrínu ztráty šance.

Nejvyšší soud ve svém prvním rozhodnutí (30 Cdo 3377/2011) žalobcům nevyhověl, dovolání z procesních důvodů odmítl. V odůvodnění současně poznamenal, že také v doktríně převažuje

⁶¹ KOZIOL, H. *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, s. 158.

⁶² Usnesení Nejvyššího soudu sp. zn. 30 Cdo 3377/2011 ze dne 30. 7. 2013.

⁶³ Nález Ústavního soudu sp. zn. III. ÚS 3067/13 ze dne 20. 12. 2016.

⁶⁴ Rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 30 Cdo 41/2017 ze dne 27. 9. 2017.

⁶⁵ Rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 25 Cdo 1014/2020 ze dne 31. 8. 2020.

⁶⁶ Nález Ústavního soudu sp. zn. IV. ÚS 3416/20 ze dne 25. 5. 2021.

⁶⁷ Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů. Dále jen „obč. z. 1964“.

názor, že v oblasti ochrany osobnosti nepředstavuje ztráta šancí jako taková újmu odškodnitelnou z titulu ochrany osobnosti.

Ve vztahu k doktríně ztráty šance je třeba již na tomto místě zmínit, že v projednávané věci nešlo o aplikaci této doktríny na nároky samotného pacienta, který tvrdí, že mu protiprávním jednáním lékaře byla způsobena újma v podobě ztráty šance na uzdravení (ve výši 20 %). Žalobci byli pozůstalí po pacientce, kteří se domáhali po zdravotnickém zařízení náhrady za zásah do osobnostních práv, mj. poukazem na újmu v podobě ztráty šance prožít svůj život obvyklým způsobem. Nešlo tedy o přímé nároky pacienta a s nimi související obtíže v oblasti poskytování zdravotních služeb při prokazování příčinné souvislosti v náležitě míře soudy vyžadovaného důkazního standardu.

Žalobci se následně obrátili na Ústavní soud, který svým nálezením (III. ÚS 3067/13) usnesení Nejvyššího soudu (30 Cdo 3377/2011) zrušil. Ve vztahu k doktríně ztráty šance lze z nálezu Ústavního soudu zdůraznit zejména následující pasáže:

„Jinak řečeno, skutkový prvek projednávané věci – 20% šance na přežití – je konkrétně dán, není zpochybňován, a nic na něm již v této fázi řízení nelze změnit; jinak by relevantní právní úprava dovolání pozbyla smyslu, stejně jako právní posouzení projednávané věci. Právní konsekvence jeho hodnocení však mohou být různé z hlediska toho, jaký je právní názor z hlediska hodnocení míry významu takové příčinné souvislosti – tj. třeba nezvratně prokázat na 100 %, stačí převažující míra od 51 % (v cizí terminologii důkaz ‚on the balance of probabilities‘, ‚but for‘), anebo stačí každé vyjádřitelné určení míry šance na přežití, byť uvedených hodnot nedosahuje (‚loss of chance‘, ‚perte d’une chance‘, ‚Quotenhaftung‘).“

Ústavní soud zde směřuje problematiku vyžadované míry důkazního standardu pro prokázání prvku příčinné souvislosti s doktrínou ztráty šance. V daném případě bylo prokázáno, respektive nebylo sporné, že příčinná souvislost ve vztahu k šanci na přežití pacienta ve výši 20 % existovala. Není proto přesné, pokud Ústavní soud hovoří o „míře významu takové příčinné souvislosti“, jelikož příčinná souvislost není v doktríně ztráty šance klíčová, tím je prvek reparable újmy v podobě ztráty šance *per se*.

„Citované usnesení totiž naopak poukazyvalo na použitelnost doktríny tzv. ztráty šance či ztráty očekávání (loss of chance, loss of expectation, la théorie de la perte d’une chance, verlorene Heilungschance, Quotenhaftung) v poměrech České republiky. Tato doktrína je založena na existenci odpovědnosti škůdce v rozsahu, v jakém se podařilo prokázat míru pravděpodobnosti kauzality (např. je-li pravděpodobnost způsobení újmy 30 %, odpovídá škůdce z 30 % celé způsobené újmy, což však také znamená, že při pravděpodobnosti např. 55 % hradí jen právě 55 %, a nikoli 100 %).“

Jak bylo uvedeno v kapitole 1, není zcela přiléhavé, pokud Ústavní soud uvádí, že doktrína ztráty šance je založena na existenci odpovědnosti škůdce v rozsahu, v jakém se podařilo prokázat míru pravděpodobnosti kauzality. To je doména kauzální proporcionální odpovědnosti. Jádrem doktríny ztráty šance je určení šance jako samostatně chráněného právního statku. Tím překonává obtíže spojené s prokazováním příčinné souvislosti ve standardní důkazní míře a tento problém přesunuje do

roviny újmy. Navazující otázka nicméně zní, jakým způsobem, respektive v jaké výši, případně poskytnout náhradu za ztracenou šanci. Ne vždy to musí být přístup kauzálně proporcionální, viz výše např. přístup španělské soudní praxe.

„Krajský soud aplikoval doktrínu tzv. but for (též v Německu panující princip Das Alles oder Nichts-Prinzip, ‚vše anebo nic‘, či též ‚nebýt čeho‘, nutná podmínka způsobeného následku atd.), podle které je-li kauzální souvislost prokázána alespoň s 51% pravděpodobností, a je tedy spíše pravděpodobná než nikoliv, tak soud vychází z toho, že příčinná souvislost byla prokázána s jistotou a škůdce odpovídá za celou újmu (hradí 100 %).“

V tomto odstavci se Ústavní soud dopustil další nepřesnosti. Jak bylo uvedeno v první kapitole, princip „všechno nebo nic“ je principem, který souvisí s mírou důkazního standardu, ať už nastaveného relativně přísně (požadavek na jistotu existence určitého jevu), nebo volněji (požadavek na „pouhou“ převažující pravděpodobnost). Různé právní řády vyžadují různou míru důkazního standardu.⁶⁸ Nelze tedy obecně tvrdit, že je-li kauzální souvislost prokázána alespoň s 51% pravděpodobností, pak byla prokázána s jistotou (a proto škůdce odpovídá za celou újmu). Jde o to, že pokud žalobce unese důkazní břemeno v požadované míře důkazního standardu o určité skutečnosti (jevu), pak soud vychází z toho, že tato skutečnost (jev) je přítomen, existuje. Důkazní standard tedy určuje, v jaké míře pravděpodobnosti je třeba určitou skutečnost (jev) pro účely soudního řízení prokázat. A při žalobách na náhradu škody nejde toliko o prokázání příčinné souvislosti v určité míře, ale stejně tak i ostatních prvků, včetně újmy, a to újmy jako celku. Nadto, tzv. „but for test“ je metodou pro zjišťování existence faktické příčinné souvislosti,⁶⁹ nikoliv nástrojem pro vyjádření míry důkazního standardu.

„Ústavní soud však považuje za potřebné zdůraznit, že každá z těchto teorií má svá ústavně relevantní úskalí. V případě teorie tzv. but for to je rozpor s principem proporcionality (čl. 4 odst. 4 Listiny), kdy dochází k nadměrnosti zásahu – škůdce platí vše, ačkoli zavinil jen převážnou část (blíže Taupitz, J., Jones, E. Das Alles oder Nichts-Prinzip im Arzthaftungsrecht – Quotenhaftung. In: ‚Waffen-Gleichheit‘: Das Recht in der Arzthaftung. Berlin – Heidelberg – New York etc., Springer 2002, s. 68–69), ale stejně i k nedostatečnosti ochrany – poškozený nedostane nic, ač aspoň část by dostat mohl. Na druhé straně nelze nevidět obavy z toho, že role soudce, který má rozhodnout, co je po právu (quid iuris), bude v poměru k významu znalce klesat (čl. 81 a 90 Ústavy).“

Co se týče úskalí spojených s doktrínou ztráty šance a důsledků principu „všechno nebo nic“ lze odkázat na text podkapitol 1.1 a 1.2. Související tezi Ústavního soudu o rozporu principu „všechno nebo nic“⁷⁰ s principem proporcionality nepovažuji za zcela příléhavou. Podle tohoto pravidla škůdce neplatí vše, ačkoli zavinil jen převážnou část. Škůdce hradí vždy tu škodu (nebo její část), kterou je poškozený schopen ve vyžadované míře důkazního standardu prokázat. Pokud poškozený důkazní břemeno neunes, nehradí škůdce nic. I proto se tento princip nazývá „všechno nebo nic“. Kdyby bylo zřejmé (prokázané), že škůdce zavinil jen určitou (i převážnou) část škody, nebylo by sebemenšího důvodu

⁶⁸ Pro příklady českého, německého a britského důkazního standardu viz kapitolu 1.3.

⁶⁹ Např. MULLIS, A. – OLIPHANT, K. *Torts*. 3rd edition. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2003, s. 132.

⁷⁰ Patrně nedopatřením ze strany Ústavního soudu označovaného jako teorie tzv. „but for“, viz výše.

poškozenému přiznat více, než takto prokázanou část. Současně proto není patrné, z jakých důvodů Ústavní soud usuzuje, že by poškozený při neunesení důkazního břemene mohl obdržet aspoň část náhrady.

A navíc, tyto důsledky se neuplatní pouze na prvky příčinné souvislosti nebo újmy, ale obecně na všechny skutečnosti (tvrzení), které je třeba v rámci civilního soudního řízení prokázat.

Na závěr svých úvah týkajících se případů spojených s kauzální nejistotou a doktrínou ztráty šance Ústavní soud mj. uvedl, že: *„Nicméně se stále rostoucí složitostí řešených (nejen) medicínských sporů je nutné k této problematice (větší a menší šance, větší a menší riziko spojené s novými metodami, lékařskými pokusy, vymezení standardů péče atd.) zaujmout stanovisko, zejména je-li to dovolacím důvodem. Naše právo soudci nedovoluje nechat věc nerozhodnutou (non liquet v římském právu), i když není jednoznačná, takže nezbyvá než žalobu zamítnout, což vždy nemusí vést ke spravedlivému rozhodnutí.“*

Ústavní soud svým nálezem rozhodnutí Nejvyššího soudu z procesních důvodů zrušil, pročez mu dal příležitost zaujmout právní stanovisko v otázkách spojených se skutkovým zjištěním ohledně 20% šance na přežití, jinými slovy, zda se může a má tato šance promítnout do nároku na náhradu nemajetkové újmy podle ustanovení § 13 obč. z. 1964. Za klíčové pro další postup lze považovat, že Ústavní soud explicitně Nejvyššímu soudu nepřikázal, aby doktrínu ztráty šance do českého právního řádu inkorporoval. Naopak podotkl, že je celkově přípustné postupovat zjevně odlišně: *„[...] z hlediska práva na soudní ochranu není klíčovou otázkou uznání či odmítnutí nějaké teorie, nýbrž rozhodování podle existujících pravidel, která navíc takové přihlášení se k nějaké v literatuře diskutované teorii nevyžadují (např. polské soudy přiznávají v takovém případě zadostiučinění, ačkoli se k této teorii nehlásí – viz např. Nesterowicz, M. Prawo medyczne. 9. vyd., Dom Organizatora, Toruń 2016, s. 114 a násl., s. 122 a násl.).“*

Vázán kasačními účinky nálezu Ústavního soudu, rozhodoval Nejvyšší soud tento případ opětovně, a to pod sp. zn. 30 Cdo 41/2017. Po rekapitulaci stěžejních důvodů kasatorního nálezu Ústavního soudu vymezil Nejvyšší soud „dovolací“ právní otázku k posouzení: *„Předmětná právní otázka pak mohla spočívat i v tom, zda zjištěné snížení šance na uzdravení (přežití) nepředstavuje samo o sobě z hlediska § 13 obč. zák. relevantní právní následek.“* Plně si při tom byl vědom teze Ústavního soudu, že z hlediska práva na soudní ochranu není klíčovou otázkou uznání či odmítnutí nějaké teorie (např. ztráty šance), nýbrž rozhodování podle existujících pravidel.

Relevantní pasáž rozsudku Nejvyššího soudu reagující na vymezenou právní otázku zní: *„Při vázanosti dovolacího soudu právním názorem Ústavního soudu je nezbytné konstatovat zásadu, podle níž pro úspěšné uplatnění práva na ochranu osobnosti není vyžadováno vyvolání konkrétních následků zásahu proti tomuto chráněnému statku, ale postačí, že zásah byl objektivně způsobilý narušit nebo alespoň ohrozit práva chráněná ustanovením § 11 obč. zák. V posuzované věci je zřejmé, že pacientka paní M. M. měla zákonný nárok na zajištění odpovídajícího léčebného procesu, který by odpovídal požadavku na postup odborného zdravotního personálu lege artis. Pokud tento předpoklad v tomto případě splněn nebyl, a tím byla současně snížena šance postižené pacientky na přežití, šlo – bez ohledu*

na dovozené procentní vyjádření tohoto snížení, o zásah do jejích osobnostních práv, který ovlivnil i samotný fatální výsledek tohoto léčení, který tak zasáhl i do osobnostních práv žalobců ve smyslu výše uvedeného ustanovení obč. zák.“

Z uvedeného odůvodnění podle mého názoru plyne, že se Nejvyšší soud vyhnul explicitnímu posouzení, zda inkorporovat doktrínu ztráty šance do českého právního řádu či nikoliv. Argumentace zjednodušeně spočívala v tom, že pokud lékař neposkytne zdravotní službu na náležité odborné úrovni (*lege artis*), a současně tak v jakékoliv míře sníží pacientovu šanci na přežití (respektive uzdravení), představuje tato skutečnost zásah (ale nikoliv následek) do osobnostních práv pacienta, což dostačuje k úspěšnému uplatnění práv na ochranu osobnosti člověka. Konkrétnější Nejvyšší soud ve své argumentaci (rovněž ve vztahu k doktríně ztráty šance) nebyl. Jaké osobnostní právo pacienta bylo zasaženo, co představuje relevantní právní následek, jaký je v tomto případě adekvátní prostředek nápravy, v jaké formě je případně třeba poskytnout přiměřené zadostiučinění atp., o tom rozhodnutí mlčí. Současně se domnívám, že Nejvyšší soud neposkytl ani odpověď na vytčenou právní otázku, tedy zda zjištěné snížení šance na uzdravení (přežití) nepředstavuje samo o sobě z hlediska § 13 obč. z. 1964 relevantní právní následek, jelikož pouze uvedl, že šlo o zásah do osobnostních práv.

Nadto je třeba připomenout, že Nejvyšší soud posuzoval žalobu pozůstalých, a nikoliv samotného pacienta, kteří požadovali peněžitou náhradu za zásah do osobnostních práv, mj. poukazem na újmu v podobě ztráty šance prožít svůj život obvyklým způsobem. Závěrečná argumentace Nejvyššího soudu ve vztahu k těmto osobám je ještě lakoničtější, než ve vztahu k samotnému pacientovi: „*Pokud tento předpoklad v tomto případě splněn nebyl, a tím byla současně snížena šance postižené pacientky na přežití, šlo – bez ohledu na dovozené procentní vyjádření tohoto snížení, o zásah do jejích osobnostních práv, který ovlivnil i samotný fatální výsledek tohoto léčení, který tak zasáhl i do osobnostních práv žalobců ve smyslu výše uvedeného ustanovení obč. zák.“*

Bez dalšího tak Nejvyšší soud dovedl, že zásah do osobnostních práv pacientky ze strany zdravotnického zařízení ovlivnil výsledek léčení, což má současně představovat zásah do osobnostních práv žalobců. Takový závěr je nicméně v příkrém rozporu se skutkovými okolnostmi případu. Nebylo totiž vůbec prokázáno, že zdravotnické zařízení způsobilo smrt pacientky, tedy ten následek, z něhož by bylo možné případně odvodit práva pozůstalých na náhradu nemajetkové újmy např. v podobě narušení práva na soukromí.⁷¹ Prokázána byla „pouze“ ztráta šance pacientky na uzdravení ve výši 20 %, nikoliv způsobení její smrti ze strany zdravotnického zařízení.

⁷¹ V doktríně viz zcela přílehavě DOLEŽAL, A. – DOLEŽAL, T. *Problematika využití teorie ztráty šancí*, s. 53, či MÄSCH, G. *Chance und Schaden: Zur Dienstleisterhaftung bei unaufklärbaren Kausalverläufen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, s. 300: „*Richtigweise müsste man sich damit abfinden, dass die Haftung für die velorene Chance keine abgeleiteten Ansprüche von Angehörigen ermöglicht: Weil nicht nachgewiesen ist, dass der Arzt die fragliche Person getötet hat, kann er nicht für Ansprüche haften, die gerade dies voraussetzen.“*

Nejvyšší soud z uvedených důvodů předcházející rozhodnutí soudů nižších stupňů zrušil a věc vrátil soudu prvního stupně k dalšímu řízení. To však bylo zastaveno, jelikož v mezidobí žalovaná jako právnická osoba zanikla.⁷²

Ve vztahu k doktríně ztráty šance a jejího explicitního přijetí nebo naopak odmítnutí v rámci českého právního řádu lze uzavřít, že rozhodnutí Ústavního ani Nejvyššího soudu v tomto případě jasnou odpověď nepřinesla.

Nicméně, posledně zmíněným rozsudkem Nejvyššího soudu (30 Cdo 41/2017) bylo rovněž argumentováno v druhém případě, na který je zaměřena následující podkapitola.

2.2. DRUHÝ PŘÍPAD

Předmětem druhého případu byla žaloba pozůstalých po pacientce na jednorázové odškodnění za její smrt ve smyslu ustanovení § 444 odst. 3 obč. z. 1964. Žalobci dovozovali svůj nárok z toho, že pokud by žalované zdravotnické zařízení postupovalo řádně a vyhodnotilo adekvátně stav pacientky, nepřišla by o šanci přežít, kterou znalci vyčíslili v míře odpovídající 50 %. V rámci řízení žalobci mj. poukazovali na skutečnost, že soudy nezohlednily doktrínu ztráty šance, která podle jejich slov: *„[...] lépe vyrovnává slabší postavení poškozených, vychází ze šancí, jež by pacient měl při lékařském postupu lege artis, a je založena na odpovědnosti škůdce v rozsahu, v jakém se podařilo prokázat míru kauzality.“*

Druhý případ se svými skutkovými okolnostmi podobá případu prvnímu. Svůj nárok však nyní žalobci vyvozovali z § 444 odst. 3 obč. z. 1964, který upravoval odškodnění sekundárních obětí za škodu způsobenou usmrcením jim blízkých osob. Současně byla šance na přežití pacientky v druhém případě vyčíslena ve výši 50 % a nikoliv „pouze“ 20 %, jak tomu bylo v prvním případě.

Nejvyšší soud ve svém rozhodnutí (25 Cdo 1014/2020) žalobcům nevyhověl. Dovolání tentokrát po meritorním přezkumu zamítnul. „Dovolací“ právní otázka explicitně mířila na doktrínu ztráty šance: *„[...] dovolání [...] je přípustné pro otázku tzv. doktríny ztráty šance při nemožnosti dosažení dostatečné jistoty ohledně příčiny úmrtí blízké osoby v důsledku pochybení při poskytování lékařské péče.“* I proto je odůvodnění rozsudku ve vztahu k doktríně ztráty šance a její inkorporaci do českého práva poměrně obšírné.

Nejprve Nejvyšší soud zrekapituloval stávající pravidla týkající se problematiky prokazování existence příčinné souvislosti v medicínskoprávních sporech, včetně specifických výjimek⁷³ v této oblasti jako obrácení důkazního břemene či snížení míry důkazního standardu (z jistoty na vysokou

⁷² Viz usnesení Krajského soudu v Ostravě sp. zn. 23 C 60/2005-490 ze dne 16. 3. 2018.

⁷³ K tomu srov. také podkapitulu 1.3.

míru pravděpodobnosti apod.).⁷⁴ Následně vymezil v souladu s domácí i zahraniční doktrínou⁷⁵ samotnou teorii ztráty šance a její markanty:

„Teorie ztráty šance, jejíhož použití se dovolatelé dožadují, reaguje na obtíže s jednoznačným zjištěním kauzality, jež jsou zvláště obtížně překonatelné ve sporech týkajících se dopadů pochybení v medicínských sporech. Ve svém důsledku ovšem přináší jinak koncipované (v tomto je třeba poněkud korigovat náhled dovolatelů na podstatu dané teorie) pojetí újmy, kterou je již právě ona ztráta šance, nikoliv samotný zdravotní následek.

Jak zdůrazňuje odborná literatura, nejedná se o procesní nástroj ke snížení důkazního standardu, ani o tzv. probabilistickou proporcionální odpovědnost vycházející při stanovení existence příčinné souvislosti z pravděpodobnosti, v jaké bylo určité jednání příčinou určitého následku, což se následně promítá i do roviny výše určení náhrady újmy [...].“

„Újmou v pojetí této teorie tedy není skutečně způsobná újma, ale již sama ztracená příležitost (šance), čemuž odpovídá též to, že kompenzována může být právě tato ztracená příležitost [...].“

„Stěžejní pro danou teorii, snažící se překlenout problém prokázání příčinné souvislosti se vzniklou újmou, tedy je umělá konstrukce šance jako právního statku [...].“

„Ve vztahu k této újmě je pak posuzována příčinná souvislost s protiprávním jednáním (jinak řečeno, nezkoumá se existence příčinné souvislosti mezi protiprávním jednáním a vzniklou újmou na zdraví či na životě, ale mezi protiprávním jednáním a újmou v podobě ztráty šance na uzdravení, respektive přežití).

Lze dodat, že i v evropském kontextu přitom tato doktrína, v podstatě přelévající procesní institut míry důkazu do hmotného práva, budí značné kontroverze [...] a nelze ji jednoznačně mít za odpovídající vývoji evropské rozhodovací praxe.“

V návaznosti na to se Nejvyšší soud vyjádřil k pravidelným úskalím⁷⁶ souvisejícím s případnou inkorporací doktríny ztráty šance do českého právního řádu:

⁷⁴ „Předestřené obecné pojetí příčinné souvislosti se v zásadě prosadí bez ohledu na konkrétní povahu vzniklé škody, a to již s ohledem na absenci speciální normativní regulace pro určitou oblast škod, byť v rámci uplatňování nároků na náhradu škody na zdraví ve vztahu k poskytovatelům zdravotní péče a prokazování rozhodných skutečností, včetně příčinné souvislosti, připouští judikatura určité specifické výjimky, zejména možnost obrácení důkazního břemene (viz rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 30. 5. 2019, sp. zn. 25 Cdo 2793/2017), či opodstatněnost případných pravděpodobnostně formulovaných závěrů znalce (např. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 3. 2. 2015, sp. zn. 25 Cdo 1222/2012, Soubor C 14503). S ohledem na složitost biologických procesů je takováto formulace závěru znalce pochopitelná a v praxi znaleckého dokazování v oboru zdravotnictví nikoli výjimečná, stejně jako to, že nelze vždy trvat na stoprocentním prokázání příčinné souvislosti mezi postupem poskytovatele zdravotní péče a úmrtím pacienta, nicméně existence příčinné souvislosti musí být prokázána s vysokou mírou pravděpodobnosti, musí se jednat o příčinu převažující, nestačí tu pouhá naděje na vyléčení, či obecné konstatování obvyklé 50 % pravděpodobnosti vyléčení (rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 28. 2. 2019, sp. zn. 25 Cdo 164/2018, usnesení Nejvyššího soudu ze dne 28. 3. 2019, sp. zn. 25 Cdo 2217/2017).“

⁷⁵ Tedy shodně jako kapitola 1.

⁷⁶ Viz rovněž podkapitulu 1.2.

- (ztráta) šance není právním statkem explicitně chráněným normami občanského práva;⁷⁷
- nemožnost určení faktické újmy (vyčíslení újmy);⁷⁸
- problematika dvojího odškodnění, rozpor s reparační funkcí civilního deliktního práva;⁷⁹
- nesystémovost v rámci civilního deliktního práva;⁸⁰
- právní nejistota, obava z rozhojnění sporů a obtížná předvídatelnost práva;
- rozmělnění preventivní funkce náhrady škody.⁸¹

Po zohlednění uvedených okolností Nejvyšší soud uzavřel, že neshledal důvody pro přiklonění se k natolik extenzivnímu pojetí škody, jakou je ztráta šance a dovolání žalobců zamítnul.

Žalobci se následně obrátili na Ústavní soud, který věc posuzoval v řízení pod sp. zn. IV. ÚS 3416/20. V ústavní stížnosti mimo jiné poukazovali na skutečnost, že se Nejvyšší soud odchýlil od právního názoru vysloveného v dřívějším rozsudku sp. zn. 30 Cdo 41/2017.⁸² Ústavní soud v této souvislosti uvedl: „Následně Nejvyšší soud teorii ztráty šance na posuzovanou věc aplikoval, přičemž

⁷⁷ „Ztráta šance na uzdravení (respektive na to, že nedojde k život ohrožující komplikaci a blízká osoba přežije) není s uvedeným chráněnými hodnotami totožná, nejedná se přímo o újmu na zdraví, životě či majetku, ale o svébytný druh abstraktní újmy bez jasného odrazu ve faktickém světě, jejíž kompenzaci relevantní právní úprava náhrady škody explicitně nepředjímá.“

⁷⁸ „Ztotožnění narušeného stavu zakládajícího odpovědnostní vztah mezi pacientem a poskytovatelem zdravotní péče se ztrátou šance na uzdravení či vyhnutí se zdravotním komplikacím jako specifického právního statku by předně neumožňovalo zákonným způsobem předjímanou reparaci, neboť by nebylo možné určit faktickou újmu, od níž se odvíjí stanovení náhrady. Myslitelná by byla toliko od potenciální újmy odvozená satisfakce, jež by se nutně pohybovala v rovině hypotetických úvah a spekulací s ohledem na nemožnost postihnout veškeré relevantní faktory působící na konkrétního člověka.“

⁷⁹ „Možnost souběžného uplatnění nároků na náhradu škody způsobené ztrátou šance a na náhradu skutečně nastalé škody na zdraví či životě nebo možnosti uplatnění nároku na kompenzaci i v případě, že k samotnému negativnímu následku nakonec nedošlo a újma ve faktické rovině vůbec nenastala, nárokovaná náhrada by se tak mohla multiplikovat či být poskytována bez vazby na reálně utrpěnou újmu, což by se ve své podstatě vymykalo koncepci náhrady škody a míjelo s její reparační funkcí.“

⁸⁰ „Rovněž by bylo třeba nalézt opodstatnění z hlediska systematiky právního řádu pro to, aby byla táž úprava nároků z civilních deliktů aplikována rozdílně ve vztahu k oblasti medicínskoprávních sporů, ve vztahu k nimž je daná doktrína nejčastěji vzpomínána (viz shora zmíněné texty a níže uvedená rozhodnutí Ústavního soudu) a v rámci níž se její aplikace dožadují dovolatelé, a nikoliv ve vztahu k jiným situacím, v nichž může protiprávní jednání jednoho snížit šance jiného na dobrý zdravotní stav či přežití, a konstruovat tak bez adekvátního normativního podkladu specifickou variantu přísné odpovědnosti, aniž by se v tomto případě jednalo o zákonem vyjádřený právněpolitický zájem na širší přístup k ochraně osob postižených škodlivými událostmi.“

⁸¹ „Pokud by pak ztráta šance měla být v zájmu jednotného výkladu dotčených norem vztažena ke všem typům škody (tj. i hmotné), pak by stěžejní reparační funkce náhrady škody byla v podstatě potlačena ve prospěch satisfakční, spory z civilních deliktů posunuté do hypotetické a spekulativní roviny potenciálních újem v podobě ztráty šance by ve svém důsledku vedly ke značné právní nejistotě, k rozhojnění sporů a obtížné předvídatelnosti práva, jakož i rozmělnění preventivní funkce náhrady škody, neboť pro jednajícího by v řadě situací mohlo být obtížně rozlišitelné, zda jeho počínání není s to ovlivnit šance jiného na zachování či kvalitu hmotných nebo nehmotných statků jiného.“

⁸² Pro rozbor viz podkapitolu 2.1.

vyšel (naopak) z toho, že je tímto právním názorem Ústavního soudu vázán. Ve věci nyní posuzované však Nejvyšší soud tzv. teorii ztráty šance odmítl s tím, že za optimální způsob zjišťování příčinné souvislosti považuje tzv. teorii podmínky.⁸³

Vyšel-li Ústavní soud z toho, že v rozsudku 30 Cdo 41/2017 Nejvyšší soud doktrínu ztráty šance aplikoval a současně, že ve zdejších případech naopak explicitně inkorporaci této doktríny odmítnul, zakládá takový postup Nejvyššího soudu vadu v podobě porušení ustanovení § 20 odst. 1 zákona o soudech a soudcích⁸⁴ a v důsledku také porušení základního práva na zákonného soudce.⁸⁵ Z tohoto důvodu Ústavní soud přistoupil ke kasaci rozsudku Nejvyššího soudu a věc vrátil zpět k novému rozhodnutí.

K samotné doktríně ztráty šance a její inkorporaci do českého právního řádu se Ústavní soud v tomto nálezu sice závazně nevyjadřoval, avšak nad rámec (ve formě *obiter dicti*) vybrané důvody a závěry Nejvyššího soudu odmítající tuto doktrínu relativizoval. Z argumentace Ústavního soudu lze v této souvislosti citovat zejména tyto části:

„29. Pozornost vyvolává i úvaha Nejvyššího soudu o tom, že ‚ztráta šance‘ není právním statkem explicitně chráněným normami občanského práva, resp. že jde o svébytný druh abstraktní újmy, bez jasného odrazu v objektivní realitě. K tomu považuje Ústavní soud za potřebné uvést, že není-li daný typ újmy (jde-li o tzv. složitý případ) explicitně chráněn konkrétním ustanovením určitého právního předpisu, neznamená to, že právem a v něm obsaženým hodnotovým řádem chráněn není. Současně se Ústavní soud jen obtížně může ztotožnit s názorem, že by tento typ újmy měl jakousi abstraktní, umělou podobu.“

Ústavní soud zde relativizuje tezi o abstraktnosti, respektive umělosti povahy újmy v podobě ztráty šance. K tomu lze připomenout poznámku uvedenou v kapitole 1, že doktrína ztráty šance se vyvinula jako reakce na úskalí související s prokazováním příčinné souvislosti v případech zahrnujících prvek kauzální nejistoty, vlastně jen opticky řešící problém kauzality vytvořením umělé konstrukce šance jako právního statku. Někteří autoři proto hovoří o doktríně ztráty šance jako o triku nebo užitečné fikci zachování požadavku na existenci podmínky *sine qua non* v případech, v nichž by to bylo jinak nemožné.⁸⁶ O její „umělé“ povaze nemůže být pochyb.

⁸³ Domnívám se naopak, že se Nejvyšší soud v předmětném rozhodnutí (30 Cdo 41/2017) otevřeně k doktríně ztráty šance a její aplikaci nepřihlásil, k tomu viz podkapitulu 2.1.

⁸⁴ Zákon č. 6/2002 Sb., o soudech, soudcích, přísedících a státní správě soudů a o změně některých dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů. Dále jen „zákon o soudech a soudcích“.

⁸⁵ „To má nevyhnutelné procesní následky a jejich nerespektování nevyhnutelné dopady na hodnocení ústavní konformity postupu Nejvyššího soudu (tzv. kvalifikovaná vada – viz výše). Nepostoupil-li za těchto okolností senát Nejvyššího soudu 25 Cdo věc velkému senátu Nejvyššího soudu, porušil tím nejen § 20 odst. 1 zákona č. 6/2002 Sb., o soudech, soudcích, přísedících a státní správě soudů a o změně některých dalších zákonů (zákon o soudech a soudcích), ale také ústavně zaručené základní právo stěžovatelů na zákonného soudce podle čl. 38 odst. 1 Listiny.“

⁸⁶ DOLEŽAL, A. – DOLEŽAL, T. *Problematika využití teorie ztráty šancí*, s. 47.

„30. Rovněž v těch případech, kdy zdravotnické zařízení postupuje non lege artis, avšak není postaveno najisto, že toto bylo jedinou příčinou poškození zdraví pacienta, neznamená to, že by žádná konkrétní (reálná) újma nemohla vzniknout. I když v takovém případě nebude možné hovořit přímo (resp. s jistotou) o poškození zdraví, minimálně dojde k zásahu do duševní sféry dotčeného jedince, jenž bude nadále žít s vědomím, že se jeho zdravotní stav nemusel zhoršit, případně že se mohl zlepšit, či že osoba mu blízká nemusela zemřít, či mohla žít déle, kdyby k danému pochybení nedošlo. Takový zásah může mít značnou intenzitu (byť v tomto ohledu nebude hrát roli pouze to, jak velká šance byla zmařena, ale i řada dalších faktorů) a jako takový může nepochybně ovlivnit kvalitu života postižené osoby. Přitom v porovnání s jinými ‚běžnými‘ újmami, které mohou vyvolat neoprávněné zásahy do osobnostní sféry jednotlivce, lze sotva hovořit o tom, že by tato byla méně významná, či dokonce bagatelní. Z hlediska ústavnosti není ani podstatné, jaká bude kvalifikace této újmy, tedy zda půjde o škodu či nemajetkovou újmu.“

Na tomto místě Ústavní soud dle mého názoru explicitně nepodporuje adopci koncepce ztráty šance jako svébytného druhu újmy. Naopak hovoří o odlišné, nemajetkové újmě způsobené zásahem (*non lege artis* postupem) do duševní sféry dotčeného pacienta. Paralelu lze v této souvislosti vést s myšlenkou uvedenou v kapitole 1, tedy že by bylo možné uvažovat o zcela jiném zasaženém právním statku, ani o zdraví, ani o ztrátě šance na uzdravení, nýbrž o zásahu do osobnostního práva pacienta. Takový přístup se zdá být dogmaticky korektnější a nevzbuzující větší kontroverze než doktrína ztráty šance.

Odlišně je třeba nahlížet na povahu zásahů do sféry pozůstalých osob po pacientovi (sekundárních obětí), které byly ostatně předmětem celého zdejšího sporu. V tomto a podobných případech totiž vůbec není prokázáno, že poskytovatel zdravotních služeb způsobil smrt pacienta, tedy ten následek, z něhož by bylo možné případně odvodit práva sekundárních obětí na náhradu nemajetkové újmy (viz § 444 odst. 3 obč. z. 1964 či § 2959 o. z.). Smrt je v těchto případech relevantním následkem, z něhož lze práva sekundárních obětí případně vyvozovat, nikoliv „pouze“ ztráta šance, ať už v jakékoliv podobě. Opak by znamenal založení nároků sekundárních obětí v podobě ztráty jejich šance ze způsobení jiné ztráty šance, a to ztráty šance na straně pacienta, což v důsledku nedává logický smysl.

„31. Současně je třeba uvést, že s výjimkou případů, kdy existence příčinné souvislosti mezi poškozením zdraví pacienta a postupem zdravotnického zařízení non lege artis bude prokázána se 100% jistotou, stává se hranice mezi oběma podobami újmy dosti nezřetelnou. Právní odpovědnost za poškození zdraví za těchto okolností bude vždy určitou ‚umělou konstrukcí‘, která méně či více odráží realitu (v závislosti na míře požadované pravděpodobnosti ve škále od více jak 50 % až do vysoké míry pravděpodobnosti, s jistotou hraničící). Zde tedy sice právo vychází z toho, že újma spočívá v poškození zdraví, z faktického hlediska jde o jiný typ újmy, a to právě ve formě ztráty šance. V této souvislosti si je třeba položit otázku, zda je namístě, aby odpovědnost zdravotnického zařízení měla být dána jen v některých případech vzniku takovéto újmy, a tedy aby došlo k vyloučení velké skupiny osob, jež utrpěly újmu ve stejné podobě a podobné intenzity, z jakékoliv právní ochrany.“

Podle mého názoru není přiléhavé, pokud Ústavní soud uvádí, že se v případě neprokázání příčinné souvislosti v míře pravděpodobnosti odpovídající 100 % (tedy jistoty) stává hranice mezi újmou na zdraví a ztrátou šance na uzdravení dosti nezřetelnou. Újma na zdraví je zcela jasnou a ohraničenou kategorií újmy, stejně tak jako ztráta šance na uzdravení podle doktríny *loss of chance*. Požaduje-li žalobce náhradu újmy na zdraví, musí prokázat ve vyžadované míře důkazního standardu příčinnou souvislost mezi protiprávním jednáním a vznikem újmy na zdraví (a nikoliv jakýmkoliv jiným druhem újmy). Totéž by případně platilo i pro újmu v podobě ztráty šance na uzdravení, byla-li by právem chráněným statkem. Není-li žalobce schopen prokázat prvé nebo druhé, nemůže být ani v jednom ze sporů úspěšný.

Nadto, újma na zdraví *per se* představuje slovy doktríny ztráty šance ztrátu šance na uzdravení ve výši 100 %, přítomny jsou tedy v takovém případě obě podoby újem současně.⁸⁷ Míra důkazu o existenci příčinné souvislosti mezi protiprávním jednáním lékaře a újmou na zdraví, respektive ztrátou šance na uzdravení, nehraje pro rozlišení (určení) obou druhů újem žádnou roli.

Návazná teze Ústavního soudu, že při prokázání existence příčinné souvislosti mezi protiprávním jednáním lékaře a újmou na zdraví v míře pravděpodobnosti nižší než 100 % jde fakticky o ztrátu šance na uzdravení, a nikoliv o újmu na zdraví, pak již bez dalšího odůvodnění předjímá, že ztráta šance představuje svébytný druh újmy a sama šance právem chráněný statek.

K explicitnímu závěru, že ztráta šance (přesněji: šance) je ústavně chráněným statkem, dospívá Ústavní soud v následujících odstavcích nálezu:

„32. Jde-li o ústavněprávní rozměr dané věci, nutno zdůraznit, že lidský život i zdraví jsou nedůležitějšími lidskými statky, které (zcela logicky) požívají výslovné ústavněprávní ochrany (viz čl. 6 odst. 1, čl. 7 odst. 1 a čl. 31 Listiny), přičemž je povinností (i) obecných soudů jako orgánů veřejné moci, aby při výkladu a použití podústavního práva tato základní práva braly v úvahu, aby je promítaly do svého rozhodování (čl. 4 Ústavy).

33. Mohlo by se prima facie jevit, že osoba dotčená zásahem zdravotnického zařízení, jež lze kvalifikovat jen jako ‚ztrátu šance‘, chráněna těmito ustanoveními není. Tak tomu ovšem být nemůže. Jak již bylo naznačeno, důvodem je, že mezi vznikem újmy v podobě poškození zdraví a ‚ztráty šance‘ často neexistuje dostatečně identifikovatelný předěl. Jím nemůže z výše uvedených důvodů být faktická kauzalita (ve smyslu 100% jistoty), a ani kauzalita právní tak, jak plyne z podústavního práva, neboť to nemůže určovat obsah ústavně zaručených základních práv či svobod, a to tím spíše, kdy tato hranice je relativní, zvláště vezmou-li se v úvahu různé podoby právních úprav či přístupu soudů v jednotlivých zemích. Lze tedy shrnout, že z hlediska ústavnosti zpravidla často nebude možné určit, jaký ústavně chráněný statek mohl být v tom kterém případě pochybení zdravotnického zařízení dotčen, tedy zda jím bude zdraví či život jednotlivce anebo ‚jen‘ jeho psychický stav. I tzv. ztráta šance tak je statkem chráněným výše uvedenými ustanoveními a spolu s tím rovněž např. čl. 7, 10 nebo 26 Listiny (podle situace).“

⁸⁷ Což mimo jiné způsobuje problém dvojí náhrady, viz podkapitola 1.2.

Podle Ústavního soudu šance (na uzdravení) představuje samostatně chráněný právní statek z důvodu, že mezi vznikem újmy na zdraví a ztrátou šance na uzdravení často neexistuje dostatečně identifikovatelný předěl, kterým nemůže být faktická ani právní kauzalita. Jinými slovy, Ústavní soud z nemožnosti prokázat určitou skutečnost (újmu na zdraví) vyvozuje ochranu zcela jiného právního statku, který byl uměle vytvořen („trikem“) právě za účelem překonání úskalí souvisejících s prokazováním příčinné souvislosti. S těmito závěry se mj. z důvodů uvedených již výše neztotožňuji.

Dále, v této souvislosti Ústavní soud akcentuje preventivní působení práva a uvažuje o důsledcích aktuálně poměrně přísně nastaveném požadavku obecných soudů na prokázání příčinné souvislosti.⁸⁸ K tomu lze dodat, že v judikatuře obecných soudů došlo za posledních několik let k výraznému posunu směrem ke snížení míry důkazního standardu v medicínskoprávních sporech co do otázky příčinné souvislosti, v jednom z rozhodnutí soudům kupř. postačovala pravděpodobnost způsobení újmy na zdraví ze strany zdravotnického zařízení ve výši 70–80 %.⁸⁹

„35. S tím souvisí další aspekt, kterým je ochrana osob, u nichž zdravotnické zařízení nejednalo v souladu s právem, když při jejich léčbě nepostupovalo lege artis či vitium artis. Jak Ústavní soud dovodil výše, i samotná ‚ztráta šance‘ na uzdravení může představovat (často velmi znatelnou, byť specifickou) újmu (spíše) nemajetkové povahy, kterou je třeba odčinit [srov. nález Ústavního soudu ze dne 9. 1. 2014 sp. zn. III. ÚS 2253/13 (N 3/72 SbNU 41)]. Způsob, jak při tom postupovat, je již věcí úvahy obecných soudů, nicméně jako logické řešení se nabízí řešení vycházet nebo přihlídnout ke vzniklé újmě a k podílu zdravotnického zařízení na jejím vzniku v podobě ztráty šance na uzdravení. Dlužno podotknout, že poměrná odpovědnost byla zákonu známa (viz § 441 o. z.), přičemž není podstatné, že v těchto případech nelze hovořit striktně o ‚spoluzavinění‘ poškozeného, resp. o jeho jednání či o náhodě jakožto o další ‚spolupříčině‘ poškození jeho zdraví.“

Způsoby, jak vyčíslit výši náhrady za ztracenou šanci, se objevují v zásadě dva, viz kapitola 1, nicméně připomenu, že by bylo možno uvažovat také alternativně, ztrátu šance *per se* pominout a namísto toho odčinit zásah do jiného právního statku – osobnostního práva pacienta, například do

⁸⁸ „34. Nutnost specifického zacházení neplyne jen z povahy věci, ale i z významu hodnot, které je zde třeba chránit. V této souvislosti Ústavní soud akcentuje v první řadě preventivní působení práva (včetně ústavních předpisů jako čl. 31 Listiny), tedy jaký přístup zajistí nejlépe, aby zdravotnická zařízení poskytovala své služby na co nejvyšší úrovni, a v případě, že dojde k pochybení, měla snahu o zavedení takových systémových opatření a kontrolních mechanismů, aby dalším pochybením ve své činnosti zabránila. V tomto ohledu je zřejmé, že čím důslednější právní ochrana pacientů bude, tím větší bude mít zdravotnické zařízení snahu chyby eliminovat, přinejmenším proto, že se jim to ‚vyplatí‘ i z finančního hlediska. Současně je třeba vzít v úvahu, že kontraproduktivním řešením může být zavedení drakonického ‚trestání‘ za jakékoliv pochybení zdravotnického zařízení, i když by nemohlo reálně ovlivnit zdraví pacienta. Důsledkem by pak mohlo být snížení výkonnosti a ekonomické efektivity zdravotnických zařízení, aniž by došlo ke skutečnému zlepšení péče o pacienty, kdy se tyto budou jen ‚jistit‘ prováděním různých nikoliv nezbytně nutných vyšetření a zdravotních úkonů. To by mohlo vést ke zvýšení nákladnosti celého zdravotního systému. V této souvislosti by bylo namísto položit otázku, zda aktuální, poměrně přísný požadavek na prokázání příčinné souvislosti, vyvolává adekvátní ‚tlak‘ na zdravotnická zařízení, aby zlepšovala kvalitu poskytované péče, resp. zda tato nezvýhodňuje, zvláště s přihlídnutím k tomu, že jejich postavení v případném sporu je téměř vždy materiálně i procesně lepší než jejich pacientů.“

⁸⁹ Viz kapitola 1, respektive rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 25 Cdo 1628/2013 ze dne 31. 7. 2014.

důstojnosti či sebeurčení pacienta. Nemajetková újma by v této souvislosti byla způsobena tím, že lékař poskytl zdravotní službu *non lege artis*.

Poukaz na poměrnou odpovědnost podle § 441 obč. z. 1964 nepovažují za příléhavý z důvodu, že toto ustanovení navazuje poměrné snížení škody na skutečnost, že poškozený část škody (skutečně) způsobil. Při aplikaci doktríny ztráty šance jde o to, že není vůbec jisté, že škůdce újmu na zdraví nebo její část způsobil. Odvozovat za takových okolností výši náhrady za ztrátu šance od hodnoty právního statku (zdraví), který vůbec nebyl, respektive nemusel být zasažen, není zcela korektní, stejně tak jako argumentace proporcionalní „odpovědností“ poškozeného při jeho spoluúčasti na škodě.

„37. Současně nutno odmítnout, že by nastal stav právní nejistoty, resp. že by došlo k porušení zásady předvídatelnosti práva. Lze vskutku předpokládat určitý nárůst počtu soudních sporů, neboť by se zvýšila šance pacientů, kteří byli dotčeni (resp. se cítili být dotčeni) vadným léčebným postupem, na odškodnění, nicméně tuto skutečnost nelze vnímat jen negativně (viz výše zmíněný tlak na kvalitu lékařské péče), kromě toho by bylo na obecných soudech, zda stanoví určité hranice právní odpovědnosti tam, kde by podíl zdravotnického zařízení na poškození zdraví pacienta byl minimální, a omezí tak množství spekulativně vedených soudních sporů. Samotné soudní řízení, resp. dokazování v něm by přitom probíhalo prakticky stejně jako dosud, a jejich výsledek by byl vcelku předvídatelný, neboť by do značné míry závisel na zmíněném podílu stanoveném ve znaleckém posudku.“

Zavedení spodní hranice (tzv. pravidlo *de minimis*), od níž je újma v podobě ztráty šance reparable, vede dle mého názoru k relativizaci doktríny ztráty šance v samotném jejím jádru. Jak vysoká byla konkrétní šance pacienta na uzdravení, je dle této doktríny inherentně nerelevantní, jinak by nebylo možné (obecně, ve všech případech) šanci jako takovou považovat za samostatně chráněný právní statek.⁹⁰

Klíčovým pro další postup obecných soudů je 38. odstavec nálezu:

„38. Ústavní soud se necítí být povolán ‚diktovat‘ Nejvyššímu soudu, aby bez dalšího doktrínu ztráty šance aplikoval. V tomto stadiu pouze zdůrazňuje ústavněprávní aspekty věci, které dosud zůstávají stranou rozhodování obecných soudů s tím, že je nyní na Nejvyšším soudu, aby přistoupil na takové řešení (nacházející se jinak v rovině podústavního práva), které by poskytovalo adekvátní ochranu pacientům zdravotnického zařízení v tomto a podobných případech. Takovým řešením může být již zmíněná doktrína, která se z již uvedených důvodů jeví jako velmi vhodná, a její případné odmítnutí by mělo být postaveno na rozumných věcných důvodech.“

Ústavní soud tedy nelpí na inkorporaci doktríny ztráty šance do českého právního řádu, což je poněkud překvapivé, pokud výše, i když ve formě *obiter dicti*, dospívá k názoru, že ztráta šance je samostatně chráněným právním statkem. To považuji za ambivalentní. Stejně tak poukaz, že její odmítnutí by mělo být postaveno na rozumných věcných důvodech, když Nejvyšší soud v rozsudku 25 Cdo 1014/2020 pregnančně důvody svědčící pro odmítnutí této doktríny uvedl, navíc, pokud

⁹⁰ Nadto, v této souvislosti nelze hovořit o „podílu zdravotnického zařízení na poškození zdraví“. Žádný takový podíl není pacient s to prokázat, kdyby byl, nebylo by třeba uvažovat o aplikaci doktríny ztráty šance.

korespondují s důvody objevujícími se nejen v české, ale i zahraniční doktríně. Shodné platí i pro poukaz na jiná alternativní řešení poskytující adekvátní ochranu pacientům v podobných případech, o nichž se Nejvyšší soud rovněž zmínil.⁹¹

Závěrem této podkapitoly je třeba připomenout a zdůraznit, že Nejvyšší soud (a následně i soud Ústavní v rámci ústavní stížnosti) posuzoval žalobu pozůstalých osob po pacientce na jednorázové odškodnění za její smrt ve smyslu ustanovení § 444 odst. 3 obč.z. 1964 a nikoliv nároky samotné pacientky. Ve vztahu k předmětu žaloby je proto poněkud nesouvisející, když Ústavní soud apeluje na přijetí řešení, které by poskytovalo adekvátní ochranu pacientům zdravotnického zařízení. Pasáž nálezu v rámci *obiter dicti* jako by na vymezený předmět sporu pozapomněla.

Nejvyšší soud poté v navazujícím usnesení 25 Cdo 1597/2021,⁹² vázán kasačními účinky nálezu Ústavního soudu, rozhodl o postoupení věci k rozhodnutí velkému senátu občanskoprávního a obchodního kolegia Nejvyššího soudu.⁹³

2.3. SHRUTÍ

Oba souzené případy měly společné dva jmenovatele. Za prvé, nároky uplatňovaly osoby pacientům blízké (sekundární oběti), nejednalo se o nároky samotných pacientů související s újmou na zdraví. A za druhé, oba případy byly posuzovány za účinnosti obč. z. 1964.

V prvním případě se Ústavní soud ve vztahu k doktríně ztráty šance dopustil několika nepřesností, např. mísil problematiku vyžadované míry důkazního standardu pro prokázání příčinné souvislosti s doktrínou ztráty šance nebo tuto doktrínu zaměňoval za kauzální proporcionální odpovědnost. Za klíčové pro další postup Nejvyššího soudu v dotčeném případě bylo lze považovat, že Ústavní soud explicitně nepřikázal inkorporovat doktrínu ztráty šance do českého právního řádu, nýbrž rozhodnout z hlediska práva na soudní ochranu případně podle existujících pravidel.

Návazně Nejvyšší soud dle mého názoru postupoval poněkud vyhýbavě a stejně jako Ústavní soud se výslovně k adopci doktríny ztráty šance nepřihlásil. Konkrétnější ve své argumentaci ve vztahu k doktríně ztráty šance nebyl. Meritorně však další řízení u soudů nižších stupňů neproběhlo, jelikož v mezidobí žalovaná jako právnická osoba zanikla, pročež řízení bylo zastaveno.

Druhý případ navazoval na první případ nikoliv procesně, nýbrž argumentačně, jelikož žalobci v rámci řízení poukazovali na rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 30 Cdo 41/2017. Ve vztahu k doktríně ztráty šance již oba vrcholné soudy explicitní stanoviska zaujaly.

Nejprve Nejvyšší soud, který považoval dovolání přípustné pro otázku doktríny ztráty šance při nemožnosti dosažení dostatečné jistoty ohledně příčiny úmrtí blízké osoby v důsledku pochybení při poskytování zdravotních služeb. V rozsudku Nejvyšší soud zrekapituloval stávající pravidla týkající se

⁹¹ Pro rozbor jiných nástrojů umožňujících překlenout kauzální nejistotu v medicínskoprávních sporech viz podkapitulu 1.3.

⁹² Usnesení Nejvyššího soudu sp. zn. 25 Cdo 1597/2021 ze dne 24. 6. 2021.

⁹³ V době uzavření textu tohoto článku velký senát Nejvyššího soudu rozhodnutí nevydal.

prokazování existence příčinné souvislosti v medicínskoprávních sporech, včetně specifických výjimek. Následně vymezil v souladu s domácí i zahraniční doktrínou teorii ztráty šance a vyjádřil k pravidelným úskalím souvisejícím s případnou inkorporací této doktríny do českého právního řádu. Po zohlednění uvedených okolností Nejvyšší soud uzavřel, že neshledal důvody pro přiklonění se k natolik extenzivnímu pojetí škody, jakou je ztráta šance, a dovolání zamítl.

Postup Nejvyššího soudu následně přezkoumával soud Ústavní. K doktríně ztráty šance a její inkorporaci do českého právního řádu se v nálezu sice závazně nevyjádřil (rozsudek Nejvyššího soudu zrušil kvůli procesnímu pochybení), avšak nad rámec, ve formě *obiter dicti*, vybrané důvody Nejvyššího soudu odmítající tuto doktrínu relativizoval, podle mého názoru nikoliv vždy zcela přílehavě. Za jádro (formálně nezávazné) argumentace Ústavního soudu ve vztahu k doktríně ztráty šance lze považovat názor, že i ztráta šance (přesněji: šance) je statkem chráněným ústavním pořádkem. Poněkud překvapivě Ústavní soud závěrem sdělil, že se necítí být povolán diktovat Nejvyššímu soudu, aby doktrínu ztráty šance aplikoval, a to i přesto, že šanci považuje za chráněný právní statek. Rozhodné je podle Ústavního soudu přistoupit na takové řešení, které by poskytovalo adekvátní ochranu pacientům zdravotnického zařízení v tomto případě, což je opět překvapivé, uvědomíme-li si, že předmětem sporu nebyly nároky samotného pacienta, ale jemu blízkých osob (sekundárních obětí).

Nejvyšší soud v navazujícím usnesení věc postoupil k rozhodnutí velkému senátu občanskoprávního a obchodního kolegia. Zda bude třeba doktrínu ztráty šance inkorporovat do českého právního řádu bude pravděpodobně známo po jeho rozhodnutí.

ZÁVĚR

Doktrína ztráty šance (na uzdravení, na přežití atp.) představuje jeden z možných způsobů, jak překlenout v medicínskoprávních sporech prvek kauzální nejistoty vyznačující se především složitostí až nemožností prokázat příčinnou souvislost mezi protiprávním jednáním lékaře (*non lege artis* postupem) a újmou na zdraví způsobenou pacientovi. Inkorporace doktríny ztráty šance do jednotlivých právních řádů není bez dalšího prostá systémových obtíží, strukturální inkonzistence či kontroverzí. Na druhou stranu zjevně posiluje postavení pacientů ve sporech s poskytovateli zdravotních služeb.

Článek se zaměřil na recentní judikaturu vrcholných soudů České republiky, která se aplikací teorie ztráty šance v českém právním řádu zabývala, a to ve světle doktrinární argumentace zastávané nejen v zahraničních a nám blízkých právních řádech (Rakousku, Německu) a na řešení případů zahrnujících prvek kauzální nejistoty, které by bylo systémově vhodné, ať už v podobě přijetí teorie ztráty šance nebo nikoliv.

Česká soudní praxe, jak osvětlil text výše, je aktuálně rozkolísaná. Nejvyšší soud se v jednom z případů explicitně postavil proti inkorporaci doktríny ztráty šance do českého právního řádu, pročež Ústavní soud navazujícím nálesem, i když *obiter dictum*, zkonstatoval, že šance je z hlediska ústavního práva samostatně chráněným právním statkem. Zásadní posun lze očekávat po posouzení této problematiky velkým senátem občanskoprávního a obchodního kolegia Nejvyššího soudu.

Nastíněné případy byly soudy posuzovány za účinnosti obč. z. 1964. Domnívám se, že jádro argumentace Ústavního soudu považující šanci za ústavním pořádkem chráněný právní statek lze aplikovat i na aktuálně účinný občanský zákoník. Stejně jako obč. z. 1964 explicitně šanci za samostatně chráněný právní statek nepovažuje, protože relevantní normy ústavního pořádku České republiky, kterými argumentoval Ústavní soud, jsou rovněž shodné.⁹⁴

Podle mého názoru by inkorporace doktríny ztráty šance do českého právního řádu, i přes její některé výhody, znamenala radikální změnu, kterou by případně měla provést moc zákonodárná a nikoliv soudní.⁹⁵ Ostatně soudím, že to není třeba, vezmeme-li v potaz nejen dogmatické a právněsystematické obtíže s touto doktrínou spjaté, ale také alternativy v podobě jiných nástrojů, které umožňují překlenout kauzální nejistotu v medicínskoprávních sporech a které jsou o poznání méně kontroverzní (jako snížení míry vyžadovaného důkazního standardu, obrácení důkazního břemene či extenzivně aplikovaná pravidla alternativní příčinné souvislosti). Případně se nabízí úvaha o zcela jiném zasaženém právním statku, ani o zdraví, ani o ztrátě šance na uzdravení, ale o zásahu do osobnostního práva pacienta, například do důstojnosti či práva na sebeurčení. Újma by byla pacientovi za takových okolností způsobena na osobnostním právu tím, že lékař poskytl zdravotní službu *non lege artis*, což by korelovalo s německou praxí, která považuje každý zásah do tělesné integrity pacienta bez náležitého souhlasu za způsobilý naplnit příslušnou skutkovou podstatu povinnosti k náhradě újmy (pacient uděluje informovaný souhlas k postupu *lege artis*, nikoliv k postupu lékaře, který těmto kritériím nedostojí).

Lze předpokládat, že v blízké budoucnosti bude ze strany vrcholných soudů České republiky výslovně rozhodnuto, zda je třeba v českém právu doktrínu ztráty šance aplikovat. I když Ústavní soud považuje šanci za samostatně chráněný právní statek, současně uvedl, že na aplikaci doktríny ztráty šance netrvá, bude-li přijato řešení, které by poskytovalo pacientům adekvátní ochranu v případech sporů s poskytovateli zdravotních služeb.

Článek vznikl s podporou na dlouhodobý koncepční rozvoj výzkumné organizace Ústavu státu a práva AV ČR, v. v. i., RVO: 68378122.

⁹⁴ K podrobnému doktrinárnímu rozboru této problematiky za účinnosti občanského zákoníku lze například odkázat například na článek DOLEŽAL, A. – DOLEŽAL, T. *Problematika využití teorie ztráty šancí*, kapitola 4, Ad 3).

⁹⁵ Viz rovněž poukaz britského soudce lorda Hoffmana, jenž v případě *Gregg v Scott* uvedl, že o zavedení doktríny *loss of chance* by měl případně rozhodnout zákonodárský sbor, nikoliv soudy v rámci svého rozhodování. *Gregg v Scott* [2005] UKHL 2, dostupné z: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd050127/greg-2.htm>>.

REFERENČNÍ SEZNAM:

DEUTSCH, E. – SPICKHOFF, A. *Medizinrecht Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukte recht und Transfusionsrecht*. 7. Auflage. Berlin – Heidelberg: Springer, 2014. ISBN 978-364-2381-492.

DOLEŽAL, A. – DOLEŽAL, T. *Kauzalita v civilním právu se zaměřením na medicínskoprávní spory*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2016. ISBN 978-80-87439-27-2.

DOLEŽAL, A. – DOLEŽAL, T. Problematika využití teorie ztráty šancí. *Časopis zdravotnického práva a bioetiky*. 2017, Vol. 7, No. 1.

GOLDBERG, R. (ed.). *Perspectives on Causation*. Oxford: Hart Publishing, 2011. ISBN 978-1-847-31842-8.

GOLDBERG, R. Epidemiological Uncertainty, Causation, and Drug Product Liability. *McGill Law Journal*. 2014, Vol. 59. No. 4.

GRAZIANO, T. K. Loss of a Chance in European Private Law: ‘All or Nothing’ or Partial Liability in Cases of Uncertain Causation. *European Review of Private Law*. 2008, Vol. 16, No. 6.

GRUBB, A. – LAING, J. – MCHALE, J. – KENNEDY, I. *Principles of Medical Law*. 3rd edition. New York: Oxford University Press, 2010. ISBN 978-01-9954-440-0.

KOZIOL, H. *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*. Wien: Jan Sramek Verlag, 2012. ISBN 978-390-2638-854.

KOZIOL, H. *Österreichisches Haftpflichtrecht*. Wien: Manz, 1997. ISBN 978-321-4046-880.

MÄSCH, G. *Chance und Schaden: Zur Dienstleisterhaftung bei unaufklärbaren Kausalverläufen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004. ISBN: 978-3-161-48364-2.

MELZER, F. – TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek IX. § 2894–3081*. Praha: Leges, 2018. ISBN 978-8-075-02199-1.

MULLIS, A. – OLIPHANT, K. *Torts*. 3rd edition. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2003. ISBN 978-03-3396-379-1.

SAMANTA, A. – SAMANTA, J. *Medical Law*. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2011. ISBN 978-02-3023-532-8.

TICHÝ, L. (ed.). *Causation in Law. Praha 2007*. Beroun: IFEC, 2007. ISBN 978-80-85889-93-2.

TICHÝ, L. – HRÁDEK, J. (eds). *Prokazování příčinné souvislosti multikauzálních škod*. Praha: Centrum právní komparatistiky, Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze, 2010. ISBN 978-808-7488-010.

WINIGER, B. – KOZIOL, H. – KOCH, B. – ZIMMERMANN, R. (eds). *Digest of European Tort Law. Essential Cases on Natural Causation*. New York – Wien: Springer, 2007. ISBN 978-3-211-36957-9.