

Teorie ztráty šance – debata nad vybranými aspekty, možností aplikace a alternativami

The Loss of Chance Doctrine – Debate on Selected Aspects, Possibility of Application and Alternatives

Mgr. Michal Friš

Abstract: This article focuses on the issue of the loss of chance doctrine. It consists mainly of the most important parts of a debate and a conclusion contained in the thesis of the author of this article. The article evaluates arguments for and against the use of the loss of chance doctrine and offers the conclusion that the mentioned doctrine is applicable in Czech law. This conclusion is supported also by interpretation of relevant stipulations of the Czech civil code. The article also works with possible alternatives to the mentioned doctrine and establishes reasons why the loss of chance doctrine should prevail as a solution of problems connected to the medical liability cases such as uncertainty of the outcome of unlawful conduct.

Keywords: the loss of chance doctrine – medical liability – harm

Abstrakt: Tento článek se zabývá problematikou teorie ztráty šance. Sestává převážně z nejdůležitějších částí debaty a závěrů obsažených v autorově diplomové práci. Zvažuje argumenty pro a proti užití teorie ztráty šance a nabízí závěr, že zmíněná teorie je v rámci českého práva aplikovatelná. Tento závěr je podpořen rovněž interpretací relevantních ustanovení českého občanského zákoníku. Článek pracuje také s možnými alternativami k řečené teorii a zakládá důvody, proč by teorie ztráty šance měla převážit jako řešení problémů spojených s medicínskou odpovědností jako je nejistota ohledně následků protiprávního jednání.

Klíčová slova: teorie ztráty šance – medicínská odpovědnost – újma

ÚVOD

Teorie ztráty šance je jedním z aktuálních témat v oblasti zdravotnického práva, například Nejvyšší soud se jí věnoval ve svých nedávných rozhodnutích 25 Cdo 3332/2020 a 31 Cdo 2376/2021.

Jde o teorii, která pochází z anglického práva, konkrétně byla poprvé použita v kauze *Chaplin v. Hick*,¹ a jejíž podstatou je nové pojetí újmy. Toto pojetí spočívá v uznání ztracené šance na příznivější zdravotní stav jako nahraditelné újmy, místo setrvání na újmě pouze v podobě zhoršení zdravotního stavu samotného. Teorie ztráty šance je díky tomu nástrojem, který může zajistit náhradu i pacientovi, který není schopen prokázat příčinnou souvislost s výsledným poškozením zdraví, přestože je přítomno protiprávní jednání lékaře. Taková situace může nastat vzhledem k tomu, že už počáteční stav pacienta, ve kterém vyhledal péči lékaře, může být natolik nepříznivý, že je pravděpodobnější, že poškození zdraví či smrt spíše způsobil tento stav sám než protiprávní jednání lékaře. Nemusí tak být možné prokázat kauzalitu mezi protiprávním jednáním a zhoršením zdravotního stavu dle vyžadovaných důkazních standardů. Při aplikaci teorie ztráty šance by však pacient prokazoval pouze kauzalitu mezi protiprávním jednáním a snížením svých šancí na příznivější zdravotní stav, což už může více odpovídat medicínské realitě a skutečným důkazním možnostem.

Tento článek je tvořen převážně vybranými částmi autorovy diplomové práce.² Představuje některé právní a politické aspekty teorie ztráty šance, které jsou zároveň argumenty pro a proti případné aplikaci této teorie. Rozebírá rovněž otázku možnosti aplikace teorie ztráty šance v rámci českého práva a představuje i vybrané alternativy k uvedené teorii. Co se samotného obsahu a pozadí teorie ztráty šance týká, dovoluje si autor odkázat na text diplomové práce samé, která se i této problematice podrobně věnuje.

1. DEBATA NAD PRÁVNÍMI A POLITICKÝMI ASPEKTY TEORIE ZTRÁTY ŠANCE

1.1. SPRAVEDLNOST

Zásadním anglickým případem, který se věnuje teorii ztráty šance, je kauza *Gregg v. Scott*.³ Soudce Nicholls v této kauze v rámci svého zdůvodnění argumentuje mimo jiné spravedlností. Uvádí, že spravedlnost požaduje, aby újma zahrnovala v případech jako *Gregg* i ztrátu šance poškozeného, neboť to odpovídá medicínské realitě. Rozebírá také, že účelem práva je poskytnout poškozenému náhradu, pokud je povinnost vůči němu porušena. Tato náhrada by měla být poskytnuta, i pokud je počáteční šance pacienta nižší než padesát procent. Dokonce zachází tak daleko, že říká, že pokud by právo nebylo schopné v případech jako *Gregg* náhradu poskytnout, nestálo by za nic.⁴

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

¹ Rozhodnutí Odvolacího soudu Anglie a Walesu ze dne 16. 5. 1911, *Chaplin v. Hicks* [1911] 2 KB 786 (CA).

² FRIŠ, M. *Ztráta šance v českém a anglickém právu*. Diplomová práce. Praha: Univerzita Karlova, Právnická fakulta, Katedra občanského práva, 2022. Vedoucí práce Šustek, Petr.

³ Rozhodnutí Sněmovny lordů ze dne 27. 1. 2005, *Gregg v. Scott* [2005] UKHL 2.

⁴ *Ibidem*.

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

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

Tento argument není tak slabý, jak by se na první pohled mohlo zdát. Zvláště v kontinentální právní kultuře, kde soudce nemůže vytvářet právo, je toto často jediná spravedlnost, kterou může adresátům dát. Zároveň takovýto přístup chrání právní jistotu, protože každý má možnost nahlédnout do příslušných právních předpisů a zjistit, jestli má naději na úspěch či nikoli. Dle této úvahy by pak změna práva spočívající v připsání teorie ztráty šance nebyla nutná, neboť už stav bez její aplikace právnímu řádu zajišťuje potřebnou míru legitimacy. Avšak takováto úvaha, byť do jisté míry ospravedlnitelná, není důvodem pro nezavedení teorie. Jak uvádí Nicholls, právo musí být schopné se vyvíjet, aby si zachovalo legitimitu.⁵ Zachování rovného přístupu k osobám ve stejném postavení je nezbytným základem legitimacy práva, avšak samo o sobě nepostačuje. Právo musí být schopné aplikovat metody a přístupy, které jsou účinnější při naplňování jeho účelu, kterým by mělo být

⁵ Ibidem.

i dosahování spravedlnosti, a to jak té definované výše, tak i jejích jiných odstínů. Pokud by právo zamrzlo ve stavu jednoho časového okamžiku, dříve či později by svou legitimitu ztratilo.

Další úhel pohledu, ze kterého lze argumentovat ve prospěch aplikace teorie ztráty šance z hlediska spravedlnosti, je koncept společenské smlouvy. Hobbes ve svém díle *Leviathan* předestírá myšlenku, že existuje přirozený stav lidské společnosti, ve kterém není svoboda jednotlivce nijak omezena. Tento stav, kdy každý může činit cokoli, co dokáže, nevyhnutelně vede k násilí a vzájemnému boji. Aby tomuto boji bylo zamezeno, dochází k uzavření společenské smlouvy, kterou se každý vzdá části své svobody. Na druhou stranu získává ochranu před neomezenou svobodou druhých.⁶ Aby právo bylo legitimní, musí být obhajitelné v rámci společenské smlouvy. To znamená, že osoba, která omezila svou svobodu, by se dobrovolně podřídila řešené právní úpravě. V oblasti občanskoprávní odpovědnosti se společenská smlouva projevuje tím, že jednotlivec souhlasí, že nahradí újmu, kterou způsobil, a za to získá možnost vymáhat náhradu újmy, která byla způsobena jemu. Pochopitelně je přirozeným zájmem jednotlivce odpovídat jen za to, co skutečně způsobil. Právní řád založený jen na zásadě vše nebo nic bez aplikovatelnosti teorie ztráty šance či jiných korektivů však zakládá odpovědnost často širší, nebo ji naopak vylučuje. Dle takového práva je škůdce povinen hradit vše, byť by riziko vzniku újmy jím zapříčiněné bylo jen padesát jedna procent. Naopak jedinec není oprávněn žádat žádnou náhradu, byť přišel o část šance či celou šanci na vyhnutí se následku v případě, že jeho šance byla původně horší než padesát procent. Takové úpravě by se dle mého názoru osoba podřídila pouze tehdy, pokud by neměla k dispozici lepší variantu. Možnou lepší variantou v tomto případě je i teorie ztráty šance, dle které může člověk získat náhradu i jen za ztracenou šanci, a naopak je odpovědný jen v rozsahu, ve kterém skutečně zvýšil riziko újmy.

Opačný náhled má soudkyně Hale, která uvádí, že oběma stranám sporu více vyhovuje klasický přístup vše nebo nic. Dokládá to na příkladu ztráty nohy, kdy poškozený, pokud prokáže, že o nohu přišel vlivem škůdce, nebude chtít, aby náhrada byla redukována na základě toho, že škůdce k riziku pouze přispěl. Naopak žalovaný nebude chtít hradit újmu, pokud pouze zvýšil riziko ztráty nohy, ale spíše ztrátu nezpůsobil, než že by ji způsobil.⁷

Tuto argumentaci však nepovažuji za správnou. Příklad by bylo lze obrátit tak, že žalovaný nebude chtít platit celou náhradu v případě, že „jen“ přispěl zvýšením rizika původně nižšího než padesát procent. Bude chtít hradit jen to, co skutečně způsobil, tedy procentní část celkové náhrady. Oproti tomu žalobce bude chtít získat náhradu i v případě, že pouze ztratil šanci na vyhnutí se nepříznivému následku původně nižší než padesát procent. Věřím, že druhý výklad je přesvědčivější, a to i navzdory tomu, že lze namítnout, že v realitě nemusí být jasné, jaký přesný následek škůdce způsobil, a může být proto jednodušší aplikovat přístup vše nebo nic. Tato otázka je totiž spíše druhotná a řeší hlavně problematiku praktické aplikace teorie ztráty šance, nikoli ospravedlnění této teorie. K tomuto problému více rozvedenému níže však lze již nyní uvést, že i při aplikaci teorie ztráty šance je nutné vzniklou újmu prokázat, a tedy pokud nebude možné zjistit, a tím spíše prokázat, co

⁶ HOBBS, T. *Leviathan*. Lerner Publishing Group, 2018, s. 112–122.

⁷ Rozhodnutí Sněmovny lordů ze dne 27. 1. 2005, *Gregg v Scott* [2005] UKHL 2.

pochybení škůdce způsobilo, žalobce nebude moci uspět pro neunesení důkazního břemene. Stejně tak problematika prokazování rozsahu ztráty šance není neřešitelným problémem, který (jak bude níže rozvedeno) jsou soudy schopné řešit alespoň do určité míry již dnes. Běžný člověk se proto společenskou smlouvou zaváže spíše k tomu, aby se na něj aplikovala v příslušných případech teorie ztráty šance, než aby byl užít neomezený přístup vše nebo nic. Z hlediska slučitelnosti práva se společenskou smlouvou je tak na místě připustit aplikaci teorie ztráty šance.

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

1.2. POLITICKÉ DŮVODY

Další skupinu argumentů svědčících spíše proti zavedení teorie ztráty šance do praxe bych označil za politické. Toto označení vychází z toho, že se netýkají účelu a hodnotového základu práva, ale dotýkají se dělby moci, fungování zdravotnického systému a obecně společenských vztahů. Jde také o důvody, které předložily anglické soudy při rozhodování případů *Hotson*⁸ a *Gregg*. Je pro ně příznačné, že u nich zvláště záleží na zvážení a názoru konkrétního soudce.

Otázka příčinné souvislosti, jejího rozsahu a způsobu jejího prokazování je v zásadě otázkou politického uvážení a určení. Na podporu tohoto tvrzení lze uvést, že kauzalitu za politickou otázku označují i Goold s Herringem⁹ nebo Peel.¹⁰ Je tedy logické, že soudci ve svých zdůvodněních uvádějí politické argumenty.

Prvním z nich je, že připuštění teorie ztráty šance je natolik významným zásahem do práva, že by o něm měl rozhodnout parlament. Tento argument vznáší soudce Hoffmann v případě *Gregg* a ve stejné kauze ho zmiňuje i soudce Nicholls.¹¹ Jde o poměrně silný argument založený na základní dělbě moci. Zvláště v oblasti kontinentální právní kultury, kde nejsou soudní rozhodnutí formálním pramenem práva, je to argument chránící právní jistotu adresátů právních norem. Pokud by soud začal aplikovat teorii ztráty šance bez předchozího uzákonění, nebo alespoň bez řádné argumentace zahrnující i její právní podklad, právě právní jistotu by narušil. Na druhou stranu tento argument se netýká teorie ztráty šance jako takové, ale pouze způsobu, jak ji zařadit do platného a užívaného práva.

⁸ Rozhodnutí Sněmovny lordů ze dne 30. 7. 1987, *Hotson v East Berkshire AHA* [1988] UKHL 1.

⁹ GOOLD, I. – HERRING, J. *Great Debates in Medical Law and Ethic*. 2nd edition. Macmillan Education UK, 2018, s. 99.

¹⁰ PEEL, E. Loss of a Chance Revisited: *Gregg v Scott*. *The Moderne Law Review*. 2003, Vol. 66, č. 4, s. 623–629.

¹¹ Rozhodnutí Sněmovny lordů ze dne 27. 1. 2005, *Gregg v Scott* [2005] UKHL 2.

Z oblasti anglického práva pak lze uvést protiargument soudce Nichollse, že pokud je nárok podložen právními principy, je úlohou soudu, aby umožnil uplatnění a realizaci takového nároku. Soudce naopak uvádí, že pokud by zákonodárce chtěl, aby následky nedbalosti lékaře dopadly na pacienta, tak by příslušnou právní úpravu zakotvil.¹² Ve vztahu k anglickému právu také nelze tomuto argumentu přikládat přílišnou relevanci vzhledem k tomu, že v jiných případech, kupříkladu *McGhee*,¹³ *Chester v. Afshar*¹⁴ nebo *Fairchild*,¹⁵ byla Sněmovna lordů ochotna přijmout i radikálnější zásahy do *common law*, než je teorie ztráty šance.

Politické argumenty byly vzneseny i v rámci rozhodování českých soudů. Nejvyšší soud ve svém rozhodnutí 31 Cdo 2376/2021 odmítl argument Ústavního soudu z nálezu IV. ÚS 3416/20 ve prospěch teorie ztráty šance, respektive ve prospěch teorie tak, jak ji nepřesně pojímá Ústavní soud. Tento argument Ústavního soudu spočíval v tvrzení, že aplikace teorie ztráty šance povede ke zkvalitnění zdravotní péče. Odmítnutí Nejvyšší soud podložil tím, že systém zdravotnictví je komplexní a je proto nutné podobné závěry náležitě zdůvodnit daty. Kromě toho zmínil protiargument problému defenzivní medicíny a uvedl řadu zdrojů tento problém rozebírajících.¹⁶ Avšak tento argument nelze akceptovat. Jednak Nejvyšší soud nepředložil konkrétní data vztahující se k českému zdravotnictví, jednak úplně pominul, že defenzivní medicína bude vždy alespoň v nějaké míře následkem odpovědnosti zdravotnických pracovníků, a nelze proto tuto problematiku uzavřít s tím, že připuštění teorie ztráty šance tento problém zhorší. Naopak lze argumentovat, že při připuštění teorie by odpovědnostní tlak na lékaře mohl být nižší vzhledem k tomu, že by soudy mohly přístup aplikovat i jako defenzivní, pokud by škůdce nezpůsobil plný následek, ale jen relevantní změnu šance, což je v zásadě přítomno v téměř každém medicínském případě. Pochopitelně tento závěr je platný pouze, pokud by se umožnilo takto široké využití teorie ztráty šance.

Na druhou stranu je však také nutné uznat, že připuštění teorie ztráty šance může potenciálně otevřít prostor pro nové nároky vůči lékařům, což by mohlo ovlivnit i aspekt defenzivní medicíny. Nicméně i přes toto nelze učinit rovnítko mezi připuštěním teorie ztráty šance a nárůstem defenzivní medicíny. Sice by se otevřel prostor pro nové spory, ale i v těchto případech by lékař byl postihován pouze za rozsah svého pochybení, nikoli za celkový výsledný stav pacienta. Tedy lékař by takovouto úpravou odpovědnosti mohl být motivován naopak k tomu, činit i potřebné, byť rizikovější, *lege artis* zákroky, neboť by věděl, že v případě komplikací způsobených pochybením, nebude odpovědný za celkový výsledný stav pacienta, který u rizikovější léčby může být horší než při aplikaci mírnějšího postupu, ale pouze za ztrátu šance na příznivější stav pacienta, kterou svým pochybením způsobil. Problém defenzivní medicíny tedy nemusí být tak významný, neboť sice aplikace teorie ztráty šance může přinést nové spory, nicméně to bude kompenzováno adekvátnější mírou odpovědnosti lékaře. Rozhodně nelze na základě argumentace defenzivní medicínou teorii ztráty šance úplně odmítnout.

¹² Ibidem.

¹³ Rozhodnutí Sněmovny lordů ze dne 15. 11. 1972, *McGhee v National Coal Board* [1973] 1 W.L.R. 1.

¹⁴ Rozhodnutí Sněmovny lordů ze dne 14. 10. 2004, *Chester v Afshar* [2004] UKHL 41.

¹⁵ Rozhodnutí Sněmovny lordů ze dne 16. 5. 2002, *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd.* [2002] UKHL 22.

¹⁶ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 9. 2. 2022, sp. zn. 31 Cdo 2376/2021.

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

Mezi politické argumenty by bylo lze podřadit i problém rozsahu případné aplikovatelnosti teorie ztráty šance, vzhledem k tomu, že se týká nastavení rozsahu odpovědnosti. Goold a Herring uvedli, že by bylo nutné mít všeobecnou aplikaci teorie ztráty šance, kdy by plná náhrada byla jen velmi výjimečnou, nebo přístup, který by aplikaci této teorie umožňoval pouze v případech s pravděpodobností způsobení výsledného následku menší než padesát procent.¹⁷ Zjednodušeně řečeno problém tkví v tom, jestli by se teorie aplikovala pouze jako doplněk stávajícího přístupu vše nebo nic, nebo by mohla sloužit i jako obrana žalovaného, který by místo plné náhrady hradil pouze šanci, o kterou by poškozeného připravil. Na základě výše uvedených argumentů založených na hodnotě spravedlnosti by legitimnějším řešením byl všeobecnější přístup s teorií aplikovanou i ve prospěch žalovaného. Proč by totiž musel žalovaný uhrazovat sto procent náhrady, pokud by pouze způsobil ztrátu šance v rozsahu jednapadesáti procent, pokud by ztracená šance byla rozeznatelným statkem? Avšak vůči tomuto přístupu lze pociťovat značné obavy. Zvýšila by se tím závislost na znaleckém posudku, kdy by znalec musel jasně specifikovat i rozsah šance poškozeného pacienta. Na druhou stranu toto je informace, kterou soudy potřebují i pro aplikaci přístupu vše nebo nic, protože musí určit, jestli je kauzalita prokázána dle užívaných důkazních standardů. V zásadě by tak soud šanci a její rozsah využíval nejen pro založení odpovědnosti samotné, ale zohledňoval by ji i při určení výše náhrady. Takto široká aplikace teorie by byla samozřejmě výraznou změnou v přístupu k odpovědnosti. Ne tolik k její podstatě a aspektům, jako spíš k její reálné aplikaci soudy. Na druhou stranu, jak je zdůvodněno výše, by to byl spravedlivější přístup, neb by žalovaný hradil jen to, co skutečně zapříčinil.

¹⁷ GOOLD, I. – HERRING, J. *Great Debates in Medical Law and Ethic*, s. 98.

1.3. ŠANCE A JEJÍ EXISTENCE

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

Tomuto tématu se ve svém článku věnoval Beever. Zaobíral se otázkou existence šance. Uvedl, že pro její zodpovězení je podstatné rozlišit mezi objektivní a epistemologickou šancí. První je, jak autor uvádí, vlastností světa, druhá je pak pouze výsledkem našeho chápání světa. První formu šance autor zobrazil na rozkladu uranu, který je dle kvantové teorie do určité míry náhodný a tedy nedeterminovaný. Druhou podobu pak na hodu kostkou, jehož výsledek neznáme. Na kostce buď padlo šest, nebo ne, neexistuje šance toho, že tam padla šestka, jen lidský odhad na základě předpovědi, kolikrát v určitém počtu hodů padne šestka vzhledem k množství stran kostky. Beever řešil i otázku determinismu a indeterminismu. Dle něj má právo deterministický přístup, který však na rozdíl od determinismu neuznává ani objektivní šanci. Přestože, jak autor dále vysvětlil, kvantová fyzika, která se zabývá chováním subatomických částic, překonává determinismus, tak její závěry nelze vztáhnout na uvažování soudu. Tedy i v případě, pokud by existovala objektivní šance na to, že pacient buď zemře, nebo se vyléčí, tak je tak zanedbatelná, že by k ní soud neměl přihlížet. Dle toho tudíž žalobce v případě *Gregg* patřil do skupiny přeživších nebo zemřelých a neměl reálnou šanci na vyléčení. Dále autor podotýká, že šance *Gregga* byla pouhým vyjádřením neznalosti ohledně jeho pozice. Toto vyjádření bylo určeno osudy jiných pacientů ve stejné pozici, avšak nebylo šancí, kterou by *Gregg* měl. Autor též rozvedl a vyvrátil, že by důvodem pro opuštění deterministického přístupu ze strany soudu byla svobodná vůle. Uzavřel úvahu tím, že rozhodnutí v případě *Gregg* bylo správné, neb šance reálně neexistují, a proto nemohou být nahrazovány.¹⁸

Tato do jisté míry filozofická úvaha je jistě zajímavá, nicméně lze ji jednoduše rozporovat. Jansen uvedl, že právo se nezaobírá filozoficky pravdivým obrazem světa, nýbrž světem v podobě, ve které je vnímán lidmi. Šance či riziko pak jsou odrazem nedostatku informací, kterému se ale nedá vyhnout. Vzhledem k tomu jsou šance běžnou součástí vnímání světa. Protože právo řeší svět tak, jak je vnímán lidmi, tak šance chrání. Nadto lidé obecně šanci za hodnotu považují. A jak vyplývá z autorova odkazu na jím uvedený příklad, lidé po lékaři žádají právě ochranu a péči o svou šanci.¹⁹

K problematice existence šance se vyjádřili i Goold a Herring. Uvedli s odkazem na část zdůvodnění soudce Nichollse, že tento soudce v kauze *Gregg* podotknul, že žalobce ztratil něco reálného, a to bez ohledu na to, jestli jeho počáteční šance byla větší či menší než padesát procent. Autoři však podotýkají, že takové pojetí je zavádějící. Šance dle nich není něčím, co lze mít, jde jen

¹⁸ BEEVER, A. *Gregg v Scott and Loss of a Chance*. *The University of Queensland Law Journal*. 2005, Vol. 24, č. 1, s. 201–212.

¹⁹ JANSEN, N. *The Idea of a Lost Chance*. *Oxford Journal of Legal Studies*. 1999, Vol. 19, s. 271–296.

o vyjádření pravděpodobnosti vyvozené z minulých zkušeností. Osud pacienta je dán řadou faktorů a je určený. Těmto vlivům ale dostatečně nerozumíme, a proto pracujeme s pravděpodobností.²⁰

Melzer ve svém článku tuto problematiku rovněž rozvedl. Konstrukci šance jako chráněného statku označil za podstatu jedné z námitek, které jurisprudencce vznesla proti aplikovatelnosti teorie ztráty šance. Uvedl, že chráněnými hodnotami jsou lidský život a zdraví a šance je pouze umělým konstruktem, který se snaží vyhnout problému prokazování zásahu do života a zdraví. Dokládá to na příkladu, kdy je sice pacient připraven o část šance, ale riziko se nenaplní a pacientův stav se nezhorší. Pokud by šance byla reálným chráněným statkem, pacient by měl dostat náhradu, což by ale dle autora nebylo správné. Rovněž by při existenci šance vyvstal problém dvojitých nároků, jednak za šanci a jednak za výsledný stav. Podobné nahrazování Melzer označil za absurdní a uzavřel věc s tím, že ztráta šance není samostatným statkem, ale pouze jsou skrze ni chráněny hodnoty zdraví a života.²¹

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

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

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

²⁰ GOOLD, I. – HERING, J. *Great Debates in Medical Law and Ethic*, s. 90, 91.

²¹ MELZER, F. Doktrína ztráty šance v recentní judikatuře českého ÚS a NS. In: *Náhrada nemajetkové újmy pozostalých a osobitosti nároku na náhradu nemajetkové újmy v medicínském práve v podmienkach slovenského a českého práva*. TINCT, 2021, s. 11–12.

Budou si ji pochopitelně cenit vzhledem k zájmu na zachování vlastního života, což ale nijak nesnižuje, že budou i samu šanci brát jako něco reálného.

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

Pro uznání šance za reálnou hodnotu pak ani není tolik podstatné, jaká je povaha této hodnoty, nebo jinak řečeno statku. Podstatné je, že je šance existující skutečností, byť možná uměle vytvořenou lidmi, a proto je nahraditelnou. Co se však povahy šance jakožto hodnoty, či statku týká, je třeba v této otázce rozlišovat mezi ekonomickou a neekonomickou šancí. Toto dělení jsem předložil ve své diplomové práci²² a je rozebráno i níže v rámci tohoto článku. Ve stručnosti dle něj lze šance dělit na ekonomické, které představují peněžně vyjádřitelné šance, například úspěch v soutěži, a neekonomické, mezi které spadají typicky šance na příznivější zdravotní stav. Takto rozdělené šance mají i odlišnou podstatu. Ekonomická šance je lidmi vnímanou hodnotou, která je ve své podstatě věcí v právním smyslu. Je totiž odlišná od osoby samé a zároveň má určitou hodnotu. Rovněž slouží potřebě lidí, když vyjadřuje predikci určité skutečnosti a umožňuje tak kvalifikovanější rozhodování, případně specifikuje následek pochybení škůdce. Při širokém pojetí věci v českém právu proto není nikterak absurdní vznést argument, že ekonomická šance je věcí, byť možná *sui generis*. Neekonomická šance naopak věcí být nemůže. Je totiž výlučně spjata s lidskou bytostí, které je vlastní. Jde tak o hodnotu, která je součástí osoby podobně jako její zdraví či štěstí.

V případě *Hotson* odpověděl zástupce žalobce na dotaz, co bylo šancí v řečeném případě, tak, že onou šancí bylo, že ze sta lidí ve stejné situaci, ve které byl žalobce, by se avaskulární nekróza vyvinula u sedmdesáti pěti z nich, zatímco u dvaceti pěti z nich nikoli. Tuto skutečnost pak označil za hodnotu, kterou žalobce měl ve chvíli, kdy byl převzat do péče lékařů, a o kterou byl následně připraven.²³ I takto lze šanci vyjádřit.

Řekněme, že máme deset pacientů, kteří trpí onemocněním, které je bez léčby vždy smrtelné. Léčba jim však dá statisticky padesátiprocentní šance na přežití. Při řádné léčbě proto statisticky pět zemře a pět bude žít. Ve chvíli, kdy však lékař poskytne službu mimo *lege artis*, a vyloučí tak její účinek, zemře všech deset pacientů. V takovém případě bude pět pacientů, které mohla léčba zachránit nebýt pochybení lékaře, dokladem reálnosti šance jako hodnoty, která by měla být chráněna.

Pokud by nadto právo v daném případě postupovalo dle přístupu vše nebo nic, lékař by za svá pochybení nebyl nijak veden k odpovědnosti, přestože by vedla ke smrti pěti osob, jen s tím, že by nebylo možné určit kterých. Pro pacienty, představme si pro účely příkladu, že by mohli získat náhradu i v případě své smrti, by to znamenalo, že pět pacientů nebude odškodněno, neb reálně o nic nepřišli, protože byli tak jako tak determinováni ke smrti, zatímco pět nebude odškodněno, ačkoli zemřeli jen

²² FRIŠ, M. *Ztráta šance v českém a anglickém právu*.

²³ Rozhodnutí Sněmovny lordů ze dne 30. 7. 1987, *Hotson v East Berkshire AHA* [1988] UKHL 1.

vlivem nedbalosti lékaře. Při aplikaci teorie ztráty šance by byli odškodněni všichni, pět by dostalo náhradu, ačkoli by ji dostat nemělo, dalších pět by ji sice dostalo, ale jen v poloviční výši. Pro lékaře by to znamenalo celkově zaplatit odškodnění ve výši stejné jako při způsobení pěti úmrtí, což je i statistické množství újmy, kterou způsobil. Věřím, že druhé řešení, byť není ideální, je vůči všem dotčeným, a zvláště vůči lékaři, daleko spravedlivější než řešení bez aplikace teorie ztráty šance. Pacient si raději zvolí poloviční odškodnění než žádné a lékař bude dohnán k odpovědnosti jen za to, co reálně způsobil. Spravedlnost užití teorie ztráty šance vůči lékaři pak tkví i v tom, že vůbec bude veden k odpovědnosti za způsobené následky. Pochopitelně lze argumentovat, že lékař, pokud by mohl, tak si raději zvolí klasický přístup, kde nebude možné vůči němu cokoli prokázat a nebude tak muset hradit žádné odškodnění, nicméně tento argument nelze považovat za validní. Právo jednak nemůže akceptovat a podporovat možná přirozený, nikoli však žádoucí přístup člověka k vyhýbání se odpovědnosti. Jednak ve výsledku i lékař sám nakonec musí dospět k závěru, že je pro něj přístup aplikující teorii ztráty šance příznivější, neboť sice bude v konkrétním případě nucen hradit vzniklou újmu, nicméně sám v pozici pacienta bude v obdobném případě chráněn. Jde tedy o akceptovatelné omezení se ve smyslu shora řešené společenské smlouvy.

Pochopitelně problém nadhodnocení náhrady u pěti pacientů bude přítomný, ale na druhou stranu je to cena, kterou je spravedlivé zaplatit za řádnější vyrovnání vůči pěti reálně poškozeným pacientům. Nadto oněch pět nadhodnocených pacientů rovněž bylo svým způsobem poškozeno. Nedostalo se jim řádné péče a byla jim vzata i naděje na přežití, které si jistě cenili, byť byli determinováni ke smrti. I z tohoto důvodu považuji za správné přiznat ztracené šanci postavení statku a nahraditelné újmy, a to i navzdory tomu, že do jisté míry jde o fikci.

Pro stejný závěr hovoří i skutečnost, že právo i bez aplikace teorie ztráty šance používá různé fikce a rovněž i s šancí jakožto hodnotou pracuje, ovšem jen s tím, že požaduje, aby šance dosáhla určité úrovně. Zvláště v medicínských případech je obtížné prokázat kauzalitu s naprostou jistotou, ostatně i české soudy od tohoto požadavku odstoupily a důkazní standard snížily.²⁴ I pokud byla pravděpodobnost způsobení následku devadesát devět procent, tak jde v zásadě o šanci, která však bude nahrazována jako výsledná újma. Nelze totiž nikdy s jistotou určit, jestli jednotlivý pacient nebyl tím jedním ze sta předurčeným k neblahým následkům bez ohledu na pochybení lékaře. Není pak důvod, proč šanci určité hodnoty chránit a od určité hodnoty ne, pokud je reálně možné chránit obě. Nehledě na to, že opačný přístup by umožnil lékařům léčit bez odpovědnosti kdykoli, kdy pacient má už jen vzhledem k nemoci nízké šance na přežití, což by narušilo preventivní funkci, kterou nese i civilní odpovědnost.

Ostatně k obdobnému závěru došel i Ústavní soud, který se vyjádřil v tom smyslu, že mimo případy s prokázanou jistotou kauzality je vždy újmou právě šance a nikoli samotné poškození zdraví, se kterým právo pracuje. Míra, s jakou pak odpovědnost je pouhým umělým konstruktem, je odvislá od požadované pravděpodobnosti kauzality.²⁵

²⁴ TĚŠINOVÁ, J. – DOLEŽAL, T. – POLICAR, R. *Medicínské právo*. 2. vydání. C. H. Beck, 2019, s. 376, 377.

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

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

1.4. NENAPLNĚNÍ RIZIKA

Goold a Herring uvedli jako jeden z problémů spojených s teorií ztráty šance právě otázku, jak se vypořádat se situací, kdy je pacient připraven o část své šance, ale riziko se nakonec nerealizuje. Dotázali se, jak v takovém případě ztrátu hradit, když je náhrada šance vyvozována z náhrady, jakou by pacient dostal za výslednou újmu a proč vlastně šanci v takovém případě vůbec hradit, když k výsledné újmě nedošlo. Autoři jako možné řešení nabízejí omezit nárok z šance pouze na případy, kdy se riziko výsledné újmy skutečně realizuje.²⁶

V rozhodnutí případu *Gregg* soudce Phillips uvedl, že si dokáže představit, že by bylo možné aplikovat teorii ztráty šance, pokud by došlo k realizaci rizika. Pro případ nenaplnění rizika pak vyjádřil pochybnosti k možnosti aplikovatelnosti tohoto přístupu.²⁷

Tomuto problému se věnovali i Doležal a Doležal, kteří uvedli, že teorie ztráty šance je aplikovatelná pouze za situace, kdy skutečně došlo ke ztrátě šance, nikoli pokud došlo pouze ke zvýšení rizika výsledné újmy. K pouhému zvýšení rizika dle nich pak dochází, pokud jsou pacientovy šance sníženy, ale riziko se nenaplní.²⁸

Melzer k dané problematice uvedl, že ztracenou šanci v případech, kdy se riziko nerealizuje, soudy nenahrazují. Dodal rovněž přímo, že o takovéto náhradě ani nikdo vážně neuvažuje.²⁹

Nejvyšší soud se k výše řečenému problému rovněž vyjádřil ve svém rozhodnutí 31 Cdo 2376/2021. Uvedl, že akceptace šance jakožto právního statku by znamenala možnost uplatnit nárok na náhradu této šance, i pokud by se riziko nerealizovalo a výsledná újma nevznikla.³⁰

K problému nenaplnění rizika se, jak je na výše uvedeném patrné, přistupuje dvojím způsobem. Buď se aspekt využívá jako argument proti aplikaci teorie ztráty šance, nebo je jím tato teorie omezena v tom smyslu, že se uvažuje o jejím použití pouze v případech, kdy došlo k materializaci rizika. Tento přístup ovšem plně neodpovídá pojetí ztracené šance jako samostatného druhu újmy. Pokud šance je statkem, který lze nahrazovat, tak je na možné výsledné újmě nezávislá a měla by se proto bez ohledu na výslednou újmu i nahrazovat. Pro řadu teoretiků i praktiků tento závěr bude pravděpodobně těžko přijatelný, ale na druhou stranu nejlépe zajistí konzistenci práva, které by jinak při aplikaci teorie šanci jako újmu chápalo, ale zároveň i odmítalo. Přitom však nelze říct, že by se teorie neměla aplikovat vůbec právě proto, že je těžko představitelné, že by se hradila i ztracená šance v případě nenaplnění

²⁶ GOOLD, I. – HERRING, J. *Great Debates in Medical Law and Ethic*, s. 97, 98.

²⁷ Rozhodnutí Sněmovny lordů ze dne 27. 1. 2005, *Gregg v Scott* [2005] UKHL 2.

²⁸ DOLEŽAL, A. – DOLEŽAL, T. *Kauzalita v civilním právu se zaměřením na medicínskoprávní spory*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2016, s. 188, 189.

²⁹ MELZER, F. *Doktrína ztráty šance v recentní judikatuře českého ÚS a NS*, s. 11–12.

³⁰ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 9. 2. 2022, sp. zn. 31 Cdo 2376/2021.

rizika. Je tomu tak proto, že pro založení odpovědnosti je i při aplikaci teorie ztráty šance nutné pochybení lékaře. Pokud bychom přistoupili na argument, že nerealizované riziko nestačí k založení nahraditelné šance, tak bychom omezili odpovědnost lékaře jen na případy, kdy nemá dost „štěstí“ na to, aby se jeho pacient vyhnul negativním následkům i navzdory jeho zásahu. Takovéto omezení by narušovalo preventivní funkci odpovědnosti. Pochopitelně lze namítnout, že hlavním účelem civilní odpovědnosti je reparace újmy, nikoli potrestání chybujícího lékaře. Avšak, jak je rozvedeno výše, ztracená šance tvoří nahraditelnou újmu, a to i pokud riziko není realizováno, neboť je všeobecně vnímána jako reálný statek. I pokud bychom šanci vnímali jako určitý druh fikce vycházející z nutnosti ochrany života a zdraví, což si lze představit, tak i v případě nerealizování rizika budou zpravidla přítomny důvody pro vytvoření podobné fikce. I při nenaplnění rizika totiž bude pacient čelit většímu strachu spojenému s nižšími šancemi, může být nucen podstoupit intenzivnější a náročnější léčbu, či se bude léčit vzhledem k pochybení delší dobu. To mu pochopitelně může způsobit i újmu v klasickém pojetí, kde ale znovu může vyvstat problém s prokázáním této újmy. V klasických případech, kdy by bylo vhodné aplikovat teorii ztráty šance, pacient nemusí být schopen dostatečně prokázat kauzalitu mezi pochybením lékaře a ani těmito následky. Může být proto i v tomto odkázán pouze na kompenzaci skrze aplikaci teorie ztráty šance.

Vezmeme-li si za příklad případ *Gregg*, tak pokud by lékař poskytl řádnou péči, začal by se pacient léčit o několik měsíců dříve a rakovina by se nejspíš nerozšířila do rozsahu, v jakém byla při zahájení léčby, čímž by byl pacient ušetřen i některých bolestí, a to bez ohledu na skutečnost, že byl v době řízení stále na živu.

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

Byť dle naznačeného přístupu jsou šance stejné bez ohledu na realizaci výsledné újmy, neznamena to, že by soud nemohl při určování výše náhrady přihlídnout i k tomuto faktoru. Pro určení náhrady při ublížení na zdraví a usmrcení se občanský zákoník odvolává na zásady slušnosti.³¹ V zásadě neexistuje legitimní důvod, proč by soud i při náhradě ztracené šance nemohl postupovat dle zásad slušnosti a nahrazovat právě takovou hodnotu, kterou daná šance měla. Lze samozřejmě oponovat, že takovéto vyjádření je natolik bezobsažné, že není v praxi využitelné a do jisté míry je to oprávněná kritika. Na druhou stranu soudci si musí často poradit a vyčíslit poměrně abstraktní hodnoty s rozdílnou vahou pro poškozeného, škůdce, či nezúčastněnou třetí osobu a odmítnout aplikaci teorie jen kvůli tomuto aspektu není proto ospravedlnitelné. Je pochopitelně otázkou, jak spravedlivě přistoupit ke ztracené šanci, která nakonec v realizaci výsledné újmy nevyústila, nicméně to nic nemění na faktu její existence a potřebě jejího nahrazování.

³¹ § 2958 a § 2959 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

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

1.5. DVOJÍ NÁROK

Dalším z kritických aspektů teorie ztráty šance je nebezpečí dvojího nároku. Melzer vyvrací, že by ztracená šance byla samostatným nárokem, argumentem, že toto pojetí by žalobci umožňovalo vznést nárok jak z výsledné újmy, pokud by byla prokazatelná, tak zároveň i ze ztracené šance.³² Problém dvojího nároku zmiňují rovněž Doležal a Doležal.³³ I Nejvyšší soud zmínil problém možnosti uplatňování nároku jak ze ztracené šance, tak z výsledné újmy jako jeden z následků aplikace teorie.³⁴

Pro zvážení tohoto argumentu je třeba si vyjasnit pojetí teorie ztráty šance. Jednak může být teorie chápána jen jako doplnění stávajícího přístupu vše nebo nic. Pak problematika dvojího nároku nehraje roli, neboť si žalobce bude vybírat mezi tím, jestli bude požadovat náhradu za šanci, či za finální újmu. Jednak může být užívána všeobecně, a tedy i jako obrana žalované strany v případě, že pravděpodobnost kauzality k výsledné újmě přesáhla vyžadovaný důkazní standard. Při aplikaci tohoto přístupu, který se zdá být legitimnějším, je třeba se s problémem dvojích nároků vypořádat. Na první pohled se skutečně zdá, že by žalobce měl k dispozici dva nároky, pokud by byl schopen prokázat i kauzalitu k výsledné újmě. Nicméně ani to nijak nevylučuje existenci šance jakožto samostatné újmy, jak uvažuje Melzer. Pro pochopení vzájemného vztahu ztracené šance a výsledné újmy je třeba si uvědomit, co vlastně způsobení výsledné újmy představuje. Pokud škůdce způsobí poškozenému kupříkladu zranění, tak mu v daném okamžiku vezme veškerou šanci na vyhnutí se tomuto zranění. Šance tedy předchází zhmotnění rizika. Jakékoli způsobení výsledné újmy lze tak chápat i jako uzmutí šance. Naopak pokud škůdce pouze sníží šanci, nemusí být nutně kauzálně odpovědný za celou výslednou újmu. Z toho pak logicky vyplývá subsidiární vztah mezi šancí a výslednou újmou. Pokud nelze prokázat kauzalitu k výsledné újmě, stále ještě může existovat možnost prokázání kauzality ke snížení šance. Naopak při prokázání kauzality k výsledné újmě je ztráta šance v této újmě zahrnuta, neboť způsobení výsledné újmy je v podstatě uzmutím veškeré šance. Na tom nic nemění ani skutečnost, že je šance samostatnou újmou. Dalo by se to vyjádřit i tak, že náhrada za výslednou újmu v sobě paušalizuje i náhradu za ztracenou šanci. Paušalizace náhrady pak není ničím v právu neznámým, vezmeme-li v potaz, kupříkladu smluvní pokutu, která v sobě rovněž, není-li ujednáno jinak, paušalizuje náhradu vzniklé škody.³⁵ Byť samozřejmě nelze jednoduše přirovnat sjednanou

³² MELZER, F. *Doktrína ztráty šance v recentní judikatuře českého ÚS a NS*, s. 12.

³³ DOLEŽAL, A. – DOLEŽAL, T. *Kauzalita v civilním právu se zaměřením na medicínskoprávní spory*, s. 190.

³⁴ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 9. 2. 2022, sp. zn. 31 Cdo 2376/2021.

³⁵ § 2050 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

smluvní pokutu k odpovědnosti plynoucí ze zákona, příklad dokládá, že právo je schopné akceptovat určitou míru zahrnutí jednoho nároku v jiný.

V zásadě lze shrnout, že problém dvojího nároku není skutečnou překážkou pro aplikaci teorie ztráty šance, neboť nelze vedle sebe uplatnit úspěšně jak nárok ze ztracené šance, tak i z výsledné újmy vzhledem k jejich subsidiárnímu vztahu.

Mírně *ad absurdum* by se dokonce dalo vznést argument, že vlastně nic jako výsledná újma neexistuje, neboť se jedná jen o úplně ztracenou šanci. Není proto popřením existence ztracené šance jako samostatné újmy, když je „zahrnuta“ ve výsledné újmě, pokud je tato prokazatelná. Pokud je totiž prokázáno způsobení ztráty veškeré šance na vyhnutí se následku, je vlastně prokázáno přímo způsobení výsledné újmy; naopak pokud prokážu pouze ztrátu šance, nemohu prokázat způsobení výsledné újmy. Oba nároky tudíž nelze uplatnit zároveň. I kdyby se aplikoval důkazní standard pro přístup vše nebo nic, řekněme se sedmdesátiprocentní pravděpodobností, půjde jen o umělý konsenzus, kdy už ztracená šance bude natolik významná, že ji budeme hodnotit jako čisté a nerozporné způsobení výsledné újmy. Do naplnění tohoto standardu by prokázání šance nemohlo stát vedle prokázání výsledné újmy, neboť by vždy mohlo založit kauzalitu pouze ke ztrátě šance. Je pak otázkou politického zvážení, jak široce teorii ztráty šance aplikovat. Nejširší použití nastíněné výše by pro prokázání kauzality k výsledné újmě vyžadovalo vždy stoprocentní zavinění, jinak by byl škůdce odpovědný jen za ztracenou šanci až do velikosti devadesáti devíti procent. Případně si lze představit přístup, kdy by se aplikoval přístup vše nebo nic, ale žalovaný by na svou obhajobu mohl prokázat, že nezpůsobil výslednou újmu, ale pouze ztrátu určité šance, čímž by snížil výslednou náhradu újmy. V podstatě právě skutečnost, že je ztracená šance samostatnou formou újmy, vylučuje nebezpečí dvojího nároku.

Rozdíl mezi šancí a výslednou újmou tak existuje, tyto formy újmy jsou odlišné a jejich způsobení představuje narušení jiných hodnot, nicméně stále mezi nimi existuje vztah umožňující zamezit, aby byly obě hrazeny zároveň, což by pochopitelně nebylo žádoucí.

Proto nelze přistoupit na argumentaci, že ztracená šance není samostatnou újmou vzhledem k tomu, že hrozí nebezpečí dvojího nároku, a to jednak proto, že toto nebezpečí nehrozí a jednak proto, že i kdyby hrozilo, tak to nijak nevylučuje relevanci ztracené šance jakožto skutečné újmy. Naopak nutnost úvahy o možném dvojitě odškodnění potvrzují, že ztracená šance může být a je podvědomě vnímána jako svébytný druh újmy.

1.6. ÚČEL PRÁVA

Argumentem, který se dá vznést ve prospěch aplikace teorie ztráty šance, je i obecný účel práva. Definovat tento účel není jednoduché, nicméně lze uvést to, že právo slouží k nastavování poměrů mezi stranami, aby byly více vyrovnané a spravedlivé. Rovněž je smyslem práva řešit případné konflikty a nahrazovat poškozeným, o co byli připraveni. Na výše uvedeném příkladu deseti pacientů s padesátiprocentní šancí na přežití, o kterou byli pochybením lékaře připraveni, bylo ukázáno, že statisticky polovině z nich bude dle přístupu vše nebo nic upřena náhrada, byť přišli vlivem zásahu

lékaře o život. Klasický přístup mimo to v zásadě zbavuje lékaře odpovědnosti, kdykoli je šance jeho pacienta menší než padesát procent, případně i vyšší, pokud je aplikován vyšší důkazní standard. Je přirozeně rozeznatelné, že tento stav obecný účel práva nenaplnuje. Vztah, v němž je jedna ze stran zbavena odpovědnosti za pochybení v rámci jednání, pro které je druhou stranou přijata do vzájemného poměru, je jistě mimo stav, který by šel nazvat vyrovnaným a spravedlivým. Stejně tak přístup vše nebo nic je nedokonalý v tom, že neumožní některým poškozeným domoci se náhrady za svou ztrátu. Teorie ztráty šance jistě není dokonalá, avšak pomáhá k lepšímu naplnování obecného účelu práva. Pochopitelně ani tento argument není sám o sobě rozhodujícím, ale i přesto je hoden zvážení.

1.7. NAHRAZOVÁNÍ ŠANCE

Naopak problémem spojeným s aplikací teorie ztráty šance je způsob, jak ztracenou šanci nahrazovat. Anglické právo přistoupilo k řešení, kdy se náhrada za výslednou újmu zkrátí úměrně vzhledem k velikosti šance. V případě *Hotson* by v případě úspěchu pacient pravděpodobně dostal dvacet pět procent náhrady za způsobení nekrózy, vzhledem k tomu, že přišel o šanci dvaceti pěti procent na vyhnutí se tomuto následku. Goold s Herringem si ale položili otázku, jak můžeme hodnotit šanci, která tvoří hodnotu sama o sobě, když je hodnocena dle výsledné fyzické újmy.³⁶ Přesně tak označili jádro problému. Pokud je ztracená šance sama o sobě hodnotou, proč je její náhrada určována jako procentní část náhrady za výslednou újmu? Odpověď je však poměrně jednoduchá. Vezměme si za příklad šanci na výhru v soutěži ve výši dvaceti procent. Výhra může být představována jedním stem korun. Pokud byla osoba protiprávně zbavena šance dvaceti procent na výhru sta korun, jeví se jako spravedlivé přiznat jí náhradu dvaceti procent z této výhry, tedy dvaceti korun. Pokud by o šanci byli připraveni všichni soutěžící, škůdce všem dohromady uhradí sto korun dle velikostí jejich šancí. Bude proto hradit právě a jen to, co jako škodu způsobil. Právě v tom tkví spravedlnost poměrného snížení náhrady za výslednou újmu. Na medicínské spory se tento postup jen jednoduše analogicky přenesou. Lze namítnout, že však šance na vyhnutí se avaskulární nekróze není rovna poměrné části náhrady za avaskulární nekrózu, protože jde o kvalitativně odlišné hodnoty. To je pravda vzhledem k tomu, že šance je sama o sobě hodnotou a statkem. Nicméně hradit šanci poměrnou částí náhrady za výslednou újmu je nejpřirozenějším a nejjednodušším řešením problému. Vzhledem k zásadě zákazu odepření spravedlnosti pak právo, které chce nahrazovat šance jakožto újmu, musí aplikovat nějaký způsob řešení náhrady. Je tak přirozené, a byť ne bez dalšího i legitimní, zvolit nejpřímější způsob. Nadto je třeba zde znovu zdůraznit, že právo řeší komplikace spojené s nahrazováním újmy v medicínských případech i pokud šance nenahrazuje. Problém určení výše náhrady za nemajetkovou újmu je vlastní rovněž českému právnímu řádu, minimálně soudě dle aplikování mimoprávní metodiky náhrady. Nebylo by proto legitimní odmítnout aplikaci teorie ztráty šance jen kvůli komplikovanosti náhrady šance. Nadto otázka určení výše náhrady je až druhotná a vedlejší vůči otázce založení odpovědnosti samotné, která je jádrem teorie ztráty šance.

³⁶ GOOLD, I. – HERRING, J. *Great Debates in Medical Law and Ethic*, s. 97.

2. POUŽITELNOST TEORIE ZTRÁTY ŠANCE V RÁMCI ČESKÉHO PRÁVA

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

Ústavní soud ve svém rozhodnutí v zásadě označil podobnou interpretaci za možnou. Mimo jiné argumentoval, že dokonce i když hodnota není chráněna výslovně, může být chráněna hodnotovým řádem práva. Ztracenou šanci dokonce soud označil za ústavně chráněnou mimo jiné ustanoveními chránícími život a zdraví. Obecné soudy by proto měly, což rovněž uvádí Ústavní soud, této hodnotě poskytovat ochranu a hledat řešení v podústavním právu.³⁷ K názoru Ústavního soudu je však třeba přistupovat s vědomím skutečnosti, že jeho pojetí teorie ztráty šance neodpovídá anglickému vzoru. Nicméně představuje vzhledem k autoritě Ústavního soudu silný základ pro možný výklad norem směrem k aplikaci teorie ztráty šance.

Na druhou stranu Nejvyšší soud, který rovněž poukázal na potřebu výkladu stávajících norem, tak aby tvořily podklad pro použití teorie ztráty šance, odmítl, že by pro takový výklad byly dány důvody. Naopak předložil důvody pro odmítnutí takto širokého výkladu rozhodného předpisu.³⁸ Závěry pak potvrdil ve svém dalším rozhodnutí a vztáhl je také na novou právní úpravu danou současným občanským zákoníkem.³⁹

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

První otázkou, kterou je nutno zodpovědět, je charakter ztracené šance jakožto újmy, tedy jestli jde o újmu majetkovou, či nemajetkovou. Tato otázka je podstatná vzhledem k § 2894 o. z., dle kterého se majetková újma hradí vždy, nemajetková jen tehdy, pokud je to stanoveno zákonem či ujednáno stranami.⁴⁰ Problematiku povahy ztracené šance rozebrali též Doležal a Doležal. Uvedli, že se o tomto aspektu v rámci jurisprudence diskutuje, přičemž se vyvozuje majetková povaha vzhledem k ekonomické hodnotě šance, alespoň mimo šance na příznivější zdravotní stav. Zde je dle autorů situace komplikovanější. Odmítli rovněž názor, že by ztracená šance byla újmou na přirozených právech člověka, což je, jak uvádějí, názor podložený nálezem Ústavního soudu III. ÚS 2253/13, vzhledem k tomu, že se jedná o samostatnou formu újmy.⁴¹

³⁷ Nález Ústavního soudu ze dne 25. 5. 2021, sp. zn. IV. ÚS 3416/20.

³⁸ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 9. 2. 2022, sp. zn. 31 Cdo 2376/2021.

³⁹ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 30. 3. 2022, sp. zn. 25 Cdo 3332/2020.

⁴⁰ § 2894 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

⁴¹ DOLEŽAL, T. – DOLEŽAL, A. Problematika využití teorie ztráty šancí. *Časopis zdravotnického práva a bioetiky*. 2017, Vol. 7, č. 1, s. 44–55.

Ústavní soud se k povaze újmy tvořené ztracenou šancí vyjádřil tak, že její charakter není z hlediska ústavnosti vůbec podstatný.⁴²

Z hlediska výkladu podústavních norem však otázka charakteru šance coby újmy svůj význam má, zvláště vzhledem k výše zmíněnému ustanovení současného občanského zákoníku. V této věci mi přijde případné připomenout dělení šancí, které jsem naznačil na začátku své diplomové práce.⁴³ Považuji za vhodné šance rozdělovat na ekonomické a neekonomické. Ekonomické šance jsou představovány možností dosáhnout určitého hmotného prospěchu, jako je výhra v soutěži, či úspěšné vymožení pohledávky. Naopak neekonomickou šancí je typicky šance na příznivější zdravotní stav.

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

Dle občanského zákoníku se hradí skutečná škoda a ušlý zisk.⁴⁴ Vzhledem k tomu, že šance, jak bylo rozebráno výše, představuje hodnotu sama o sobě, tak její ztracení představuje skutečnou škodu dle výše zmíněného zákonného požadavku. Není ani třeba přistupovat k jinému než jazykovému výkladu daného ustanovení právě proto, že ztráta šance ze své podstaty je újmu. Šance pak není ušlým ziskem, protože je sama hodnotou nezávislou na finanční ztrátě. Na základě výše zmíněného pak vyplývá, že pokud jsou splněny všechny další požadavky na založení odpovědnosti, lze ekonomickou šanci dle platného občanského zákoníku nahrazovat.

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

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

⁴² Nález Ústavního soudu ze dne 25. 5. 2021, sp. zn. IV. ÚS 3416/20.

⁴³ FRIŠ, M. *Ztráta šance v českém a anglickém právu*.

⁴⁴ § 2952 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

proto význam vytvářet specifickou a právu neznámou a právem nerespektovanou a nechráněnou novou kategorií újmy.

Jak je výše řečeno, dle občanského zákoníku je nemajetková újma nahraditelná pouze v případě, že je to ujednáno nebo že tak stanoví zákon.⁴⁵ Situace by byla daleko jednodušší v případě, že by si strany náhradu šance výslovně ujednaly. Vzhledem k legální licenci, smluvní svobodě a absenci výslovného zákonného zákazu, rozporu s dobrými mravy, veřejným pořádkem či právem postavení osob by nebyl dán důvod, který by náhradu ztracené šance v daném případě neumožnil. Avšak v případě, kdy by náhrada šance, či obecně nemajetkové újmy nebyla sjednána, tak by musel být pro takovou náhradu dán zákonný podklad. Pro medicínské případy jsou pak relevantní ustanovení, která povinnost uhradit nemajetkovou újmu ukládají pro případ ublížení na zdraví či usmrcení a pro případ odčinění újmy způsobené na přirozeném právu poškozeného.⁴⁶ Vzhledem k tomu, že ztracená šance je nezávislou na výsledné fyzické újmě, nelze vyvodit náhradu nemajetkové újmy, ztracené šance, z povinnosti hradit nemajetkovou újmu při ublížení na zdraví a usmrcení, obzvláště vzhledem k tomu, že právě nemožnost prokázat příčinnou souvislost k výsledné fyzické újmě na dostatečné úrovni je důvodem pro aplikaci teorie ztráty šance. Jediným východiskem pro nahrazování ztracené šance na příznivější zdravotní stav by tak bylo, pokud by ztráta šance byla újmou na přirozeném právu člověka ve smyslu § 2956 o. z.

Pokud si představíme typický případ, ve kterém by bylo možné a vhodné teorii využít, půjde o případ, kdy pacient se zraněním či nemocí vyhledá lékaře, který vlivem postupu mimo *lege artis* sníží pacientovi šance na uzdravení. Protiprávním jednáním je postup *non lege artis*, újmou pak sama ztracená šance. Aby ztráta šance mohla být nahrazována, musela by být šance samotná přirozeným právem člověka, aby její ztráta byla újmou na přirozeném právu, jak je řečeno výše. Je však šance přirozeným právem člověka? Šance není v právním řádu za přirozené právo výslovně označena, přesto se domnívám, že se o součást přirozených práv člověka jedná. Přirozeným právem pochopitelně není šance sama, jakožto vyjádření pravděpodobnosti ohledně nejistých skutečností, je jím možnost mít šanci. Představme si pacienta s šancí padesáti procent na přežití. Jeho šance je pomyslnou mincí, se kterou si může hodit o svůj život. Pokud je mu tato pomyslná mince uzmuta, jde o zásah do jeho přirozeného práva na šanci. Tato šance je součástí výslovně vyjádřeného přirozeného práva, a to práva brát se o vlastní štěstí zakotveného v § 3 odst. 1 o. z. Co jiného by bylo obsahem tohoto práva, než možnost zvyšovat a pečovat o své šance? Není zde třeba ani sáhnout k příliš extenzivnímu výkladu daného ustanovení. Jazykový výklad sice není schopen s jistotou odpovědět, jestli je možnost šance součástí štěstí, ale pomocí teleologického výkladu smyslem normy je možné se výše řečeného závěru dobrat. Smyslem ochrany práva brát se o své štěstí je umožnit osobě žít svůj život dle svých představ a snažit se o vlastní spokojenost. Zdůraznil bych zde obzvláště aspekt žít svůj život, a to v co nejvyšší kvalitě. V některých situacích se kvalita života nevyhnutelně sníží, typicky právě při zranění či nemoci, nicméně to neznamená, že by šance na vyhnutí se tomuto snížení nic nepředstavovaly, právě naopak. Co nejvyšší kvality života člověk dosahuje právě péčí o své šance na tento život. Skutečně zde hovoříme

⁴⁵ § 2894 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

⁴⁶ § 2956 a § 2958 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

pouze o šancích vzhledem k tomu, že lidský život je imanentně spojen s rizikem úmrtí, zranění, nemoci, nehod a neštěstí. Pokud je lidské bytosti snížena šance na spokojenější život, kterou je i šance na příznivější zdravotní stav, tak zákonitě musí být narušeno její právo starat se o své štěstí a směřovat k němu. Právě vyhledáním lékaře se člověk stará o své šance na kvalitnější život, a proto logicky pokud lékař protiprávně šance omezí, tak zasáhne do samé podstaty lidské bytosti, do jejích přirozených práv. Tedy zjednodušeně, pokud škůdce pacienta připraví o část jeho šance, zasáhne do jednoho z aspektů přirozeného práva na to brát se o vlastní štěstí.

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

Další otázkou, kterou je třeba rozebrat při úvaze nad aplikovatelností teorie ztráty šance, je problém protiprávnosti a zásahu do právem chráněného statku. Melzer uvedl, že české pojetí odpovědnosti předpokládá zásah do subjektivního práva. Jako příklad autor udává § 2910 větu první o. z., dle které musí být zasaženo do absolutního práva. U nemajetkové újmy pak autor uvádí nutnost zásahu do přirozeného práva osoby.⁴⁷ Doležal a Doležal tuto otázku také rozebrali. Hovořili přímo o problematickém aspektu nahraditelnosti šance spočívajícím v určení šance jakožto právem chráněného statku a protiprávnosti zásahu do tohoto statku. Pro deliktní odpovědnost autoři uvedli, že je vyžadováno, aby bylo protiprávním jednáním zasaženo do absolutního práva nebo aby byla porušena ochranná norma, přičemž v tomto odkázali na § 2910 o. z. Popřeli následně, že by šance na uzdravení byla absolutním právem, nebo že by existovalo ustanovení šanci chránící, a tedy vyloučili nahraditelnost šance v rámci deliktní odpovědnosti. Z hlediska smluvní odpovědnosti pak autoři uvedli, že kompenzovatelnost šance záleží na jejím pojetí. Pokud jde o nemajetkovou újmu, musí být její nahraditelnost výslovně sjednána, naopak pokud jde o majetkovou újmu, bylo by dostačující pouhé porušení smlouvy.⁴⁸

Výše zmíněný aspekt však nemůže obstát jako překážka použitelnosti teorie ztráty šance. Občanský zákoník vyžaduje pro vznik odpovědnosti, aby porušení zákonné povinnosti zasáhlo do absolutního práva poškozeného nebo aby bylo zasaženo do jiného práva porušením povinnosti na ochranu tohoto práva.⁴⁹ Pro založení smluvní odpovědnosti je pak třeba porušení smluvní povinnosti.⁵⁰ Nicméně tyto požadavky jsou naplněny i v případě zásahu do šance poškozeného. V případě odpovědnosti za porušení zákona bude zasaženo do absolutního práva jak u ekonomické, tak neekonomické šance. Vzhledem k majetkovému charakteru ekonomické šance půjde u této podoby šance hlavně o právo vlastnické, byť by se mohl uplatnit i přístup zásahu do přirozeného práva, který je popsán výše, a to na základě výše uvedeného jednotného charakteru podstaty ztracené šance. U

⁴⁷ MELZER, F. *Doktrína ztráty šance v recentní judikatuře českého ÚS a NS*, s. 12.

⁴⁸ DOLEŽAL, T. – DOLEŽAL, A. *Problematika využití teorie ztráty šancí*, s. 44–55.

⁴⁹ § 2910 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

⁵⁰ § 2913 odst. 1 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

neekonomické šance pak tímto absolutním právem bude na základě výše rozvedeného přirozené právo na možnost šance, které je součástí práva na to brát se o vlastní štěstí. Ani smluvní odpovědnost pak vzhledem k přirozené povaze práva na možnost šance nebude vyloučena, a to ani pokud nebude náhrada šance výslovně sjednána. Protiprávním jednáním, které do výše uvedeného absolutního práva pacienta zasáhne, nebo kterým dojde k porušení smlouvy, bude *non lege artis* postup. Povinnost postupovat v souladu s *lege artis* pak plyne ze zákona o zdravotních službách.⁵¹

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

Doležal s Doležalem se věnovali i dalšímu aspektu náhrady ztracené šance, a to jejímu nahrazování pozůstalým v případě úmrtí pacienta. Vyloučili nahraditelnost ztracené šance zemřelé osoby osobám pozůstalým s odkazem na § 2959 o. z. pro nemajetkové pojetí újmy a § 2910 o. z. pro případ majetkového pojetí ztracené šance. Podotkli rovněž, že i bez zákonného vyloučení by bylo nahrazování ztracené šance na příznivější zdravotní stav vůči třetím osobám komplikované vzhledem k neprokázání skutečnosti, že byla poškozenému zapříčiněna újma na zdraví.⁵²

Jak je uvedeno výše, šance na příznivější zdravotní stav je nemajetkovou újmou. Občanský zákoník určuje, že nemajetková újma osobám blízkým představovaná duševními útrapami se odčítá při usmrcení, nebo zvláště závažném ublížení na zdraví.⁵³ Vzhledem k tomu, jak už bylo vícekrát řečeno výše, že ztracená šance je nezávislou újmou nespojenou s výslednou fyzickou újmou, je třeba s Doležalem a Doležalem souhlasit v tom, že dané ustanovení nedává možnost náhrady ztracené šance třetím osobám. Občanský zákoník pak neobsahuje ani jiné ustanovení, které by ztrátu šance zemřelé osoby umožnilo nahrazovat jejím blízkým osobám. Kvůli nemožnosti prokázat příčinnou souvislost s úmrtím samotným potom takové blízké osoby zůstanou bez náhrady. Je to poměrně nešťastný, avšak za současné úpravy zákona nevyhnutelný závěr. Vykládat ztrátu šance jako způsobení smrti by znamenalo odchýlit se příliš od reálného pojetí teorie ztráty šance samé a nepovažují proto tento výklad za legitimní a udržitelný. Bohužel však díky tomu je aplikace teorie do značné míry limitována, a to nepřilíživě legitimním způsobem, neb pro podobné omezení v zásadě není důvod. Pokud je možné hradit pozůstalým nemajetkovou újmu při způsobení smrti jejich blízké osoby, proč by nemělo být možné jim nahradit újmu způsobenou ztrátou šance na přežití jejich blízké osoby? Nejčistším řešením dané situace by byla legislativní změna.

Výše uvedené lze zjednodušeně shrnout tak, že i při současné podobě rozhodného občanského zákoníku lze nahradit osobě poškozené ztracenou šanci na příznivější zdravotní stav. Základem pro toto tvrzení je, že právo na možnost šance je aspektem práva na to brát se o vlastní štěstí a je proto právem přirozeným.

⁵¹ § 4 odst. 5 ve spojení s § 45 odst. 1 zákona č. 372/2011 Sb., o zdravotních službách, ve znění pozdějších předpisů.

⁵² DOLEŽAL, T. – DOLEŽAL, A. *Problematika využití teorie ztráty šancí*, s. 44–55.

⁵³ § 2959 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

V rámci úvahy nad aplikovatelností teorie ztráty šance je třeba se ještě vypořádat s institutem čisté ekonomické újmy. Koziol tuto popisuje jako negativní dopady do majetkové sféry způsobené bez zásahu do absolutně chráněných práv, tedy práv osobnostních, věcných a práv duševního vlastnictví. Jako příklad uvádí situaci, kdy je zaměstnanci způsobeno zranění, čímž vznikne čistá ekonomická újma jeho zaměstnavateli, který musí zaměstnanci nadále platit mzdu. Koziol zároveň uvádí, že tato forma újmy je ve většině právních řádů chráněna pouze omezeně. Jako důvody pro toto omezení zmiňuje, že čistou ekonomickou újmu lze způsobit neomezenému počtu osob. Rovněž zmiňuje obavu, že každé jednání je schopné způsobit čistou ekonomickou újmu, vzhledem k čemuž by její široká právní ochrana vedla k nepředvídatelné odpovědnosti a narušila svobodu jednotlivců. Čistá ekonomická újma dle autora také nemá vždy potřebnou jednoznačnost a určitelnost, která by byla třeba pro její všeobecnou ochranu, tak aby nedocházelo k přílišnému omezení svobody jednotlivců v jejich jednání. Čistá ekonomická újma rovněž není tak významná jako jiné právem chráněné hodnoty. Na druhou stranu autor podotýká, že čistá ekonomická újma je přesto v určitých případech nahraditelná a přednáší své desatero pro náhradu čisté ekonomické újmy.⁵⁴

Pokud by i ztráta šance byla zařazena do podmnožiny čisté ekonomické újmy, právo by jen stěžejně hledalo způsoby, kterak ji nahradit. Nicméně ztracená šance, alespoň tak jak ji pojímá teorie ztráty šance, není čistou ekonomickou újmu. Nejprve je nutné podotknout, že v kontextu medicínských případů nelze vůbec uvažovat o ztracené šanci jako o čisté ekonomické újmě. Byť nejde o újmu na zdraví, jde o újmu se zdravím a tím pádem osobností člověka úzce spojenou. Nejedná se proto nijak o zásah do majetkové sféry poškozeného.

Ve vztahu ke ztrátě ekonomické šance je ovšem situace komplikovanější. Jak je rozvedeno výše, ekonomická šance je věcí. Zásah do ní je pak narušením přirozených práv, a to jednak práva brát se o své štěstí, jehož součástí je i právo na šanci, a jednak i vlastnického práva. Nejde tak o újmu způsobenou bez narušení absolutního práva. To platí u osoby, vůči které se škůdce přímo dopustil protiprávního jednání. Vezmeme-li za příklad kauzu *Chaplin v. Hick*,⁵⁵ bylo zde přítomno protiprávní jednání škůdce, které přímo zasáhlo do práva poškozené na využití její šance. Tento následek byl předvídatelný, prokazatelný a zasáhl přímo konkrétní poškozenou. V dané situaci proto ztráta šance nebyla čistou ekonomickou újmu a nebyly dány důvody pro omezení její nahraditelnosti. Tedy nebyť jednání pana Hickse, mohla by se slečna Chaplin zúčastnit soutěže a využít tak svou šanci. Na druhou stranu lze uvažovat pro příklad dále tak, že nebyť protiprávního jednání, slečna Chaplin mohla vyhrát a svou výhru třeba investovat do fondu spravovaného správcem za poplatek ve výši pěti procent případného zisku investice. Nebyť protiprávního jednání, tak by tento správce mohl využít své šance na zhodnocení investice a získání smluvené provize. I do jeho práva na to mít šanci by tak bylo zasazeno. Nicméně šance tohoto pomyslného správce investičního fondu už je podřaditelná pod čistou ekonomickou újmu. V takové situaci by totiž už šlo o negativní dopad do jeho majetkové sféry, ovšem bez přímého zásahu do jeho absolutního práva protiprávním jednáním škůdce s předvídatelností následku. Škůdce nemohl předvídat, že by zasáhl do práva konkrétně této třetí osoby, a zásah by byl

⁵⁴ KOZIOL, H. *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*. Jan Sramek Verlag, 2012, s. 193 an.

⁵⁵ Rozhodnutí Odvolacího soudu Anglie a Walesu ze dne 16. 5. 1911, *Chaplin v. Hicks* [1911] 2 KB 786 (CA).

pouze zprostředkovaný. V obdobných případech proto bude na místě aplikovat omezení pro nahraditelnost čisté ekonomické újmy, a to zejména s přihlédnutím ke skutečnosti, že u téměř každého jednání lze dovést ztrátu nějaké šance u téměř neohrazeného okruhu třetích osob. Obecně řečeno i ztracená ekonomická šance tak může být čistou ekonomickou újmou. Je proto třeba v tomto směru k ekonomické ztracené šanci přistupovat stejně jako k jiným formám újmy a aplikovat na ni přiměřeně stejné přístupy a stejná omezení.

3. ALTERNATIVY TEORIE ZTRÁTY ŠANCE

Nejvyšší soud v rámci svého zdůvodnění odmítnutí teorie ztráty šance uvedl, že pro přijetí tohoto institutu, který překlápí procesní otázku prokazování kauzality do hmotného práva vytvořením nové formy újmy, by byla nutná i absence procesních řešení důkazních obtíží. Podotkl také, že dané důkazní obtíže lze řešit nástroji procesního práva.⁵⁶ Soud tak v podstatě otevřel téma možných alternativ k teorii ztráty šance, přičemž má za to, že procesní alternativy jsou k dispozici, byť nespécifikoval výslovně, jaké tyto varianty jsou. Uvedl sice, že judikatura v oblasti medicínské odpovědnosti a způsobu dokazování akceptovala určitá specifika, a to obrácení důkazního standardu, aplikovatelnost pravděpodobnostně formulovaných závěrů znalce či snížení důkazního standardu ze stoprocentního prokázání na pouhou vysokou míru pravděpodobnosti,⁵⁷ nicméně nebyl konkrétní v tom, jak by tyto mechanismy řešily případy vhodné pro aplikaci teorie ztráty šance a jak by tedy byly schopná danou teorii nahradit.

Alternativních přístupů k aplikaci teorie ztráty šance je více, nicméně je nutné si položit rovněž otázku jejich vhodnosti.

Melzer jako alternativu k jím odmítnuté teorii ztráty šance uvedl jednak snížení důkazního standardu a jednak přenesení důkazního břemene, které by se aplikovalo například při hrubém porušení povinností poskytovatele zdravotních služeb.⁵⁸ Obě tyto alternativy je ale nutné odmítnout. Snížením důkazního standardu by české soudy pouze dospěly do stavu, ze kterého anglické soudy při úvahách nad teorií ztráty šance vycházely. Pouze by tak odložily okamžik, ve kterém by se stejně musely s touto teorií, či případně jiným řešením obtíží spojených s prokazováním v medicínských kauzách, vypořádat. Nedošlo by tak vůbec k vyřešení samotného problému, pouze by se dočasně odsunul. I pokud by totiž snížení důkazní míry umožnilo rozšířit odpovědnost škůdce i na újmu, kterou způsobil pouze s vysokou mírou pravděpodobnosti, ať už je touto vysokou mírou myšleno osmdesát, šedesát, či padesát procent, stále by toto snížení ve výsledku pouze uměle stanovilo hranici, od které soud bude brát způsobení újmy jako jisté. Zákonitě by pak dříve či později vyvstaly případy, ve kterých by byl požadavek spravedlnosti na vyhovění žalobci, nicméně tento by nebyl schopen při prokázání výsledné újmy dostát požadavku zvoleného důkazního standardu. Naopak přílišné snížení důkazního standardu by vedlo pouze k odpovědnosti škůdce i za něco, co ve skutečnosti vůbec nemusel způsobit a ani mu to nelze prokázat s legitimní mírou pravděpodobnosti.

⁵⁶ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 9. 2. 2022, sp. zn. 31 Cdo 2376/2021.

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ MELZER, F. *Doktrína ztráty šance v recentní judikatuře českého ÚS a NS*, s. 18.

Ani převrácení důkazního břemene není vhodnou alternativou k teorii. Je tomu tak vzhledem ke skutečnosti, že představuje daleko intenzivnější zásah do postavení žalovaného, jak je blíže rozvedeno i v textu mé diplomové práce.⁵⁹ Přenesení důkazního břemene totiž žalovanou stranu staví do horšího postavení strany zatížené důkazním břemenem, a to zároveň za situace, kdy toto břemeno nelze unést, a proto dochází k jeho přenesení. Nadto by byla odpovědnost poskytovatele znovu omezena určitým kritériem, podle kterého by k převrácení důkazního břemene docházelo. Došlo by tak nejspíš k vyřešení některých případů pochybení lékařů, ale zdaleka ne k vyřešení všech. Případně by se v medicínských sporech muselo obrácení důkazního břemene využívat plošně, což však nepovažuji za kompatibilní s východisky civilní odpovědnosti, ani s jejími ústavními základy. Vedlo by to totiž pouze k přenesení důkazních obtíží na druhou stranu, což sice může být shledáno jako spravedlivější, nicméně to nijak neřeší jádro problému, na rozdíl od teorie ztráty šance, která se s důkazními obtížemi vypořádává, byť také jistou odbočkou od běžného pojetí újmy.

Doležal a Doležal uvedli, že v rámci snahy o ulehčení postavení pacienta se právo někdy uchyluje i k využití různých institutů, jako je kupříkladu převrácení důkazního břemene, či presumpce kauzálního nexu. Podotkli rovněž, že však na příklad v Německu, kde byla přímo v zákoně zakotvena vyvratitelná domněnka kauzálního nexu, byly a jsou tyto přístupy kritizovány. Autoři následně uzavřeli poznatkem, že výše zmíněné nástroje pouze přesouvají problémy spojené s prokazováním kauzality na druhou stranu sporu.⁶⁰ Doležal a Doležal vyjádřili podobné stanovisko, jako je to, které jsem vyjádřil výše, že přenesení důkazního břemene pouze přenáší problém na žalovanou stranu. Stejně platí i u vyvratitelné presumpce kauzálního nexu, která má v podstatě stejný efekt. Stejně jako případně převrácení důkazního břemene uloží žalované straně, aby příčinnou souvislost vyvrátila. Je proto nutné tuto možnou alternativu k teorii ztráty šance odmítnout stejně jako převrácení důkazního břemene.

Doležal a Doležal rovněž uvedli k problému prokazování příčinné souvislosti, že existují snahy o jeho vyřešení i úpravou stávajícího postupu prokazování zavedením jednoho ze dvou přístupů. Těmito přístupy jsou teorie ztráty šance a probabilistická proporcionální odpovědnost. V rámci druhého jmenovaného přístupu se neurčuje příčinná souvislost k újmě, ale pouze se zkoumá míra přispění k újmě. Podstatná je tak pravděpodobnost, s jakou bylo určité jednání příčinou následku. Míra přispění pak určuje i poměr z celkové újmy, kterou konkrétní škůdce hradí. Dle Doležala s Doležalem je v rámci tohoto přístupu prokazována příčinná souvislost nikoli k celé újmě, nýbrž jen k újmě, ke které jednání přispělo. Autoři podotkli, že probabilistická proporcionální odpovědnost však výrazně zasahuje do stávajícího pojetí odpovědnosti, a proto je i její použitelnost akceptována pouze výjimečně.⁶¹

O probabilistické proporcionální odpovědnosti hovořil i Nejvyšší soud, když uvedl, že právě tohoto přístupu se dožadovali dovolatelé, když argumentovali, že by odpovědnost měla být stanovena

⁵⁹ FRIŠ, M. *Ztráta šance v českém a anglickém právu*.

⁶⁰ DOLEŽAL, A. – DOLEŽAL, T. *Kauzalita v civilním právu se zaměřením na medicínskoprávní spory*, s. 182, 183.

⁶¹ *Ibidem*, s. 184–186.

v rozsahu prokázání míry pravděpodobnosti kauzality protiprávního jednání a újmy. I tento přístup pak Nejvyšší soud odmítl uplatnit, stejně jako teorii ztráty šance.⁶²

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

Alternativou k teorii ztráty šance by mohl být i přístup předložený Nejvyšším soudem v rozhodnutích 31 Cdo 2376/2021 a 25 Cdo 3332/2020. V druhém jmenovaném případě se Nejvyšší soud podobně jako dříve Velký senát stejného soudu v první shora uvedené kauze vyjádřil v tom smyslu, že v obecné rovině lze připustit nárok označitelný za ztracenou šanci, který spočívá v narušení osobnostních práv postupem *non lege artis* a vyplývá z práva pacienta na určitý standard zacházení, jak soud sám uvádí.⁶³ Toto vyjádření je však u obou rozhodnutí značně nešťastné vzhledem k problémům spojeným s nazváním nároku jako označitelného za nárok ze ztracené šance. Ztracená šance je pojem, jehož význam je určen především anglickou judikaturou, pokud soud chce přijít s novým vlastním pojetím řešení problémů kauzality, měl by přijít i s odlišitelným označením. Daná část rozhodnutí může mimo to vést i k závěru, že soud vlastně aplikaci teorie ztráty šance připustil. Dalo by se totiž říct, že ztracenou šanci označil za osobnostní právo nezávislé na výsledné újmě, které je součástí práva na zdraví a jeho ochranu a které je chráněno i skrze právo pacienta na standard zacházení. Takové pojetí by ale nutně znamenalo, že je šance nahraditelnou újmou a založila by se tím aplikovatelnost teorie ztráty šance. Vzhledem k závěrům rozhodnutí, které aplikaci teorie ztráty šance vyloučilo, je však tento výklad pravděpodobně v rozporu s tím, co soud zamýšlel.

Dalším možným výkladem pak je, že soud v návaznosti na rozhodnutí Velkého senátu v případě 31 Cdo 2376/2021 v obecné rovině připouští aplikaci přístupu, kdy samotný postup *non lege artis* představuje zásah do osobnostních práv. V podstatě tak upravuje otázku odpovědnosti v tom smyslu,

⁶² Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 9. 2. 2022, sp. zn. 31 Cdo 2376/2021.

⁶³ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 30. 3. 2022, sp. zn. 25 Cdo 3332/2020.

že k jejímu založení postačí samotné protiprávní jednání, které, jak soud uvádí, může vzhledem k charakteru zdravotních služeb samo o sobě zasáhnout do soukromí, duševní pohody a dalších hodnot pacienta. Tím však soud upouští od potřeby tyto konkrétní následky označit, dokázat a s protiprávním jednáním spojit.

Nejvyšší soud totiž ve výše uvedeném rozhodnutí podotýká, že vzhledem k charakteru zdravotních služeb může postup *non lege artis* vést k nejistotě, útrapám, strádání a dalším následkům nespojeným se samotným zdravotním problémem, což může zapříčinit újmu v podobě zásahu do osobnostních práv pacienta. Tento nárok plynoucí z porušení *lege artis* postupu soud vyvozuje z práva pacienta na určitý standard zacházení, a to i za situace, kdy nelze prokázat kauzalitu k nárokům odvozeným od poškození zdraví.⁶⁴ Právě v tom však tkví problém. Soud sám předpokládá aplikaci tohoto postupu v situaci, kdy pacient nebude schopen prokázat kauzalitu k nárokům odvozeným od poškození zdraví, tudíž nebude schopen prokázat, že mu právě protiprávní jednání lékaře způsobilo například bolest či ztížení společenského uplatnění. V danou chvíli pak bude moci být pacient dle přístupu soudu odškodněn za zásah do osobnostního práva. Jak ale bude pacient schopen prokázat, že právě jednání lékaře, a ne nemoc sama, způsobilo jeho nejistotu a strádání? Vzhledem k tomu, že už sama nemoc pacientovi způsobí nejistotu, bolest, strádání a případně další následky, nebude možné prokázat dle požadovaného důkazního standardu, že tato utrpěná újma nebyla způsobena nemocí samou, ale skutečně pouze zásahem do osobnostních práv pacienta *non lege artis* postupem. Lze si těžko představit, že pacient sice nebude schopen prokázat, že mu pochybení lékaře způsobilo poškození zdraví, ale bude schopen prokázat, že právě pochybení lékaře mu způsobilo nejistotu a další následky, byť jsou tyto spojeny už s nemocí samou, která bude příčinou jeho stavu s mírou pravděpodobnosti, která vyloučí prokazatelnost kauzality s protiprávním jednáním lékaře. Jen s *non lege artis* postupem rovněž nelze kauzálně spojovat ty následky, které by pacient nebyl nemocí ani nemusel pociťovat, neboť samotný postup *non lege artis* sice je protiprávní, ale u zdravého člověka nemusí být schopen negativní následky vůbec vyvolat. V zásadě tak Nejvyšší soud, aby mohl nahrazovat nárok, který sám označuje za nárok ze ztracené šance na vyléčení, musí od prokazování kauzality upustit, neboť pacient nebude schopen tuto kauzalitu prokázat. To mimo jiné v podstatě vytváří civilní sankci za porušení *lege artis* postupu.

Na druhou stranu si lze představit, že jednání *non lege artis* může zasáhnout například do důstojnosti pacienta, který jako lidská bytost je oprávněn k tomu, aby s ním bylo jako s lidskou bytostí zacházeno, což některý *non lege artis* postup může naplnit. Nicméně satisfakce za tento zásah by nahrazovala jen a pouze tento zásah, nijak by tedy nebyla adekvátní reakcí na skutečnost, že pacient ztratil šanci na vyléčení. Stejně tak lze uvažovat, že v některých případech bude možné prokázat kauzalitu mezi postupem *non lege artis* a například rozšířením nádoru, což už samo o sobě bude představovat poškození zdraví pacienta, nicméně v takovém případě by pacient byl schopen uspět dle stávajícího přístupu a postup navržený Nejvyšším soudem by se proto neuplatnil. Ovšem v takovém případě by rovněž nebyla nijak reflektována ztráta šance pacienta na příznivější zdravotní stav. Nejvyšší soud tedy předkládá postup, který je schopen dosáhnout zamýšlených cílů pouze za situace, kdy

⁶⁴ Ibidem.

nemožnost prokázat kauzalitu je obejita tím, že se vytvoří nový nárok plynoucí ze zásahu do nespécifikovaného osobnostního práva, k němuž kauzalita z podstaty věci prokázána být nemůže, neboť vzhledem k vyhlídkám pacienta bude jeho nejistota či jiná obdobná újma způsobena spíše už samotnou nemocí než postupem lékaře *non lege artis*. Tento postup sice může zasáhnout do důstojnosti pacienta, ale bez nemoci samotné ani nemusí být schopen nejistotu či strádání vyvolat. Stejně tak může tento postup způsobit bolest nebo jinou nemajetkovou újmu, která je kauzálně prokazatelná, to však postup Nejvyššího soudu neřeší, a naopak by se měl aplikovat za situace, kdy kauzalita k těmto podobám újmy prokázat nelze.

Takový zásah do odpovědnosti je pochopitelně daleko zásadnější než teorie ztráty šance, která jen jinak pojímá újmu, ale jinak aspekty odpovědnosti zachovává. Nadto se tím v zásadě Nejvyšší soud, a to i na základě rozhodnutí svého Velkého senátu 31 Cdo 2376/2021, vrací k rozhodnutí 30 Cdo 41/2017,⁶⁵ které dospělo k obdobnému přístupu k odpovědnosti, ale které bylo rovněž výslovně rozhodnutím 31 Cdo 2376/2021 překonáno.⁶⁶ Mimoto je možné ještě vytknout, že Nejvyšší soud odmítl přístup soudů nižších instancí, které snížily důkazní standard na padesát procent, ale přitom zakládá pojetí odpovědnosti, kde kauzalita je v podstatě vyloučena.

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

Paletu alternativ k teorii ztráty šance doplnil i Smrž. Mimo výše řešené obrácení důkazního břemene či snížení důkazního standardu navrhl ještě rozšířené užití pravidel alternativní příčinné souvislosti a úvahu podloženou německým vzorem, dle které by se kompenzoval zásah do osobnostního práva, konkrétně do práva na důstojnost nebo sebeurčení.⁶⁷

Autorem navržené použití pravidel alternativní příčinné souvislosti řeší případy, kdy je zřejmé, že újmu způsobil jeden škůdce, jen se neví který. Rozšířená aplikace těchto pravidel by dle autora fungovala tak, že by se k situaci, kdy nelze prokázat kauzalitu mezi výslednou újmou a protiprávním jednáním lékaře vzhledem ke stavu pacienta, přistoupilo jako k situaci, kdy výslednou újmu způsobil jednání několika škůdců. Zdravotní stav pacienta by pak v odpovědnosti figuroval místo jednoho pomyslného škůdce a jeho protiprávního jednání.⁶⁸

Smrž dále nespécifikuje, kterak by dle tohoto přístupu mělo dojít ke stanovení náhrady, nicméně lze předpokládat, že by se uplatnil postup pro nahrazování škody způsobené několika osobami dle § 2915 o. z., případně nějaký obdobný přístup. To by v praxi nejspíš znamenalo aplikaci druhého odstavce výše uvedeného ustanovení, které se zdá být pro danou situaci nejprůhodnější, tedy že by lékař platil

⁶⁵ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 27. 9. 2017, sp. zn. 30 Cdo 41/2017.

⁶⁶ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 9. 2. 2022, sp. zn. 31 Cdo 2376/2021.

⁶⁷ SMRŽ, I. Doktrína ztráty šance a poskytování zdravotních služeb v aktuální soudní praxi. *Časopis zdravotnického práva a bioetiky*. 2022, Vol. 12, č. 1, s. 32–62.

⁶⁸ *Ibidem*.

část náhrady podle míry své účasti na výsledné újmě. To se zdánlivě jeví jako slibný přístup, avšak použitá analogie není příliš příhodná. Jednak daná ustanovení řeší náhradu škody, nikoli újmy všeobecně, což je značně omezující. Jednak by při použití uvedeného přístupu soud v podstatě aplikoval teorii ztráty šance, pouze by místo ztráty šance skutečně lékařem způsobené nahrazoval část výsledné újmy odpovídající míře podílu lékaře na ní. Způsobení části výsledné újmy totiž lze vyjádřit i jako míru zvýšení rizika způsobení výsledné újmy, a přestože výsledná újma a ztráta šance jsou rozdílné hodnoty, tak by shora uvedený postup vedl k obdobným výsledkům jako aplikace teorie ztráty šance. Nadto by oproti čisté aplikaci teorie ztráty šance byl tento přístup značně limitující, kupříkladu by znemožňoval nahrazení šance při vyhnutí se materializaci rizika. Jako neadekvátní lze hodnotit i odpovědnost lékaře za výslednou újmu. Byť by byl odpovědný pouze z části, byla by založena jeho odpovědnost ve vztahu k újmě, kterou oproti ztracené šanci nezpůsobil.

I přístup, že by se místo ztracené šance či výsledné újmy nahrazoval zásah do osobnostního práva pacienta způsobený postupem *non lege artis*, je třeba odmítnout. Důstojnost, případně právo na sebeurčení, jsou totiž, jak už bylo i výše naznačeno ve vztahu k jednomu z možných výkladů postupu navrženého Nejvyšším soudem, rozdílné oproti ztracené šanci či výsledné újmě na zdraví. Vzhledem k tomu by také měly být zásahy do nich rozdílně nahrazovány. Přístup by s ohledem na to nebyl schopný adekvátně hradit reálně vzniklou újmu, neboť nahrazení zásahu do důstojnosti, které může mít i formu omluvy, nelze považovat za adekvátní náhradu ztracené šance na přežití. Daný přístup by tak nereflektoval adekvátně reálné postavení poškozeného.

V rámci rozboru alternativ k teorii ztráty šance je třeba zmínit ještě Koziola a jeho rozbor z pohledu německého právního okruhu. Autor teorii ztráty šance odmítá s tím, že teorie s sebou nese řadu problémů, nesrovnalostí a nekonzistentností, kdy zároveň není schopna poskytnout celkové a úplné řešení situací, pro které je určena, a to zároveň za situace, kdy již existuje právu vlastní přístup poskytující řešení. Toto řešení vidí v alternativní kauzalitě.⁶⁹ Tento institut je rozebrán již výše, neboť v něm, jak je i výše uvedeno, řešení problémů medicínských případů s problematickým prokazováním kauzality nalézají i Smrž.

Koziol předkládá řadu argumentů proti aplikaci teorie ztráty šance, na jejichž základě ji odmítá.⁷⁰ Některé jako kupříkladu nebezpečí dvojího nároku, nahrazování ztráty šance i při nenaplnění rizika, či argument, že šance není samostatným právem chráněným statkem, byly vyvráceny již výše. Další Koziolovy argumenty je však třeba v rámci úvah nad alternativní kauzalitou jakožto alternativou teorie ztráty šance rozebrat. Jednak Koziol uvádí, že existují případy, kdy škůdce nepřipravil poškozeného o šanci, jen není jisté, co bylo příčinou následného stavu, jestli jednání škůdce, či okolnost vlastní poškozenému. Předkládá příklad, ve kterém se narodí postižené dítě, u kterého však nelze určit, jestli postižení bylo způsobeno pochybením v průběhu porodu, či už jím dítě trpělo před porodem.⁷¹

⁶⁹ KOZIOL, H. *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*. Jan Sramek Verlag, 2012, s. 158, 159.

⁷⁰ Ibidem, s. 152 an.

⁷¹ Ibidem, s. 154.

Nelze však souhlasit s Koziollem, že by tato jím tvrzená existence případů, kdy není ztracena šance, jen je přítomna nejistota ohledně příčiny následku, dokládala omezenost použitelnosti teorie ztráty šance. Samozřejmě je na místě připustit, že teorie ztráty šance není dokonalým nástrojem, který je schopen vyřešit všechny problémy spojené s prokazováním kauzality v medicínských případech, nicméně Koziolův argument a příklad nejsou postaveny správně. Postižení dítěte v příkladu muselo zákonitě mít nějakou příčinu. Příčinou mohlo být jednak určité materializované riziko dítěti vlastní či pochybení lékaře. To už ale zároveň předkládá určitou šanci dítěte, o kterou mohlo být připraveno. K postižení totiž zákonitě nedojde bez příčiny. Představa, že dítě už postižené bylo, či nebylo a nelze proto určit, jestli ho chybný lékař připravil o určitou šanci, pomíjí právě tuto skutečnost. Ano, může být pravdou, že dítě ve chvíli porodu buď postižené bylo, nebo nebylo a nemusí být nijak možné tuto skutečnost prokázat. Nicméně to je právě důvodem, proč by se měla aplikovat teorie ztráty šance. Zjednodušeně řečeno, následky mají příčinu. Přestože nemusí být jasné, jestli následek způsobilo pochybení nebo jestli byl postiženému vlastní již předem, neznamena to, že postižený ve chvíli, kdy jeho stav není známý, nedrží kvantifikovatelné riziko. Zároveň skutečnost, že teorie ztráty šance není případně schopna nahrazovat újmu v případech, kdy nelze nijak prokázat existenci a ztrátu šance, jak lze také případ předložený Koziollem kvalifikovat, ukazuje spíše to, že je tato teorie souladná se stávající úpravou odpovědnosti a stejně jako ona vyžaduje prokázání protiprávního jednání, újmy a kauzality mezi nimi, a to dle požadovaného důkazního standardu.

Koziol vidí další problém spojený s teorií ztráty šance v tom, že teorie je schopná dosáhnout svých cílů pouze tehdy, pokud vychází jen z okamžiku protiprávního jednání a nebere v potaz budoucí vývoj.⁷² Koziolovu připomínku lze vyložit tak, že teorie ztráty šance není vhodným nástrojem, neboť aby překonala obtíže spojené s prokazováním kauzality v medicínských případech, vychází pouze z jednoho konkrétního okamžiku a není schopna reflektovat vývoj ve stavu pacienta, který se udál následně po protiprávním jednání škůdce. S Koziolovou výtkou se ovšem není možné ztotožnit. Jak je uvedeno výše, ztracená šance je hodnotou sama o sobě, je proto nedůležité, jaký je následný vývoj. V případech vhodných pro aplikaci teorie ztráty šance je protiprávním jednáním zasaženo do šance, konkrétní šance v jeden okamžik. U pacienta je kupříkladu ztracenou šancí rozdíl v jeho vyhlídkách, jaké by měl, nebýt protiprávního jednání, a jaké skutečně má v okamžiku završení protiprávního jednání lékaře, tedy zjednodušeně ve chvíli, kdy odejde z ordinace chybujícího lékaře. Tato konkrétní šance je chráněna a její narušení je nahrazováno. Skutečnost, že se pacient následně vyhne nepříznivému následku či jeho šance s časem rostou, nemění nic na skutečnosti, že lékař svým protiprávním jednáním zasáhl do pacientových práv a měl by vzniklou újmu kompenzovat. Pochopitelně je pak legitimní otázkou, jak ztracenou šanci v takových případech adekvátně nahrazovat. Lze si teoreticky představit i omezení náhrady z důvodu spoluzavinění pacienta, který následně po protiprávním jednání neučiní kroky k ochraně své šance, které by po něm bylo možné spravedlivě požadovat. Ovšem i přes veškerou komplikovanost určení adekvátní náhrady za ztracenou šanci je tento problém vedlejší a neměl by být argumentem pro odmítnutí teorie ztráty šance jako takové. Pramenem Koziolovy námitky může být obava z toho, že by se teorie aplikovala tak široce, že by se

⁷² Ibidem, s. 156.

nahrazovaly i šance v případech, kdy nedošlo k materializaci rizika. Nicméně už výše je naznačeno, že právě taková aplikace teorie ztráty šance je nejvíce legitimní.

Položme si nyní otázku, zdali má Koziol pravdu v tom, že teorie ztráty šance má vhodnější alternativu ve formě alternativní kauzality. Tato otázka byla stručně řešena už výše ve vztahu k obdobnému argumentu Smrže, nicméně je možné ji ještě podrobněji rozvést. Je pravdou, že alternativní kauzalita je institutem zakotveným právem, konkrétně výše uvedeným ustanovením § 2915 o. z. Nicméně není institutem vhodným pro řešení problémů spojených s nemožností prokázat kauzalitu v některých medicínských případech. Zákon sám vyžaduje pro aplikaci institutu alternativní kauzality, aby každá z alternativních příčin mohla způsobit následek s pravděpodobností blížící se jistotě. Tento požadavek ale nemusí být v případech vhodných pro aplikaci teorie ztráty šance naplněn. Naopak protiprávní jednání lékaře bude příčinou výsledného stavu pacienta pouze s relativně nízkou pravděpodobností, ostatně to je i důvodem, proč pacient dle běžného přístupu nebude moci s žalobou uspět.

Zároveň je nutné znovu podotknout, že v případech ztráty šance nelze prokázat, že by lékař způsobil výsledný stav pacienta. To, co prokazatelně způsobil, je ztráta šance. Tuto ztrátu by měl rovněž hradit. Naopak by neměl být odpovědný za výsledný stav pacienta, ať už by náhrada byla stanovena jakkoli. Hlavními funkcemi civilní odpovědnosti jsou pochopitelně reparace, případně satisfakce, není však vhodné pominout funkci preventivní, byť je vedlejší. Bylo by narušením všeobecné prevence a mimo to i shora skloňované společenské smlouvy, pokud by právo akceptovalo přístup, v jehož rámci by škůdce odpovídal i jen za část újmy, jejíž způsobení mu ale nelze prokázat. To zejména za situace, kdy se zároveň nabízí nástroj v podobě teorie ztráty šance umožňující vyvodit odpovědnost právě za to, co škůdce prokazatelně způsobil, tedy za ztrátu šance na příznivější stav. S ohledem na to pak teorie ztráty šance představuje nástroj vhodnější, než je Koziolem prosazovaná alternativní kauzalita.

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

ZÁVĚR

Teorie ztráty šance je v rámci českého práva teoreticky aplikovatelná. Daný závěr je bezpochyby pro mnohé překvapivý či možná i těžko přijatelný. Nicméně s ohledem na relevantní českou judikaturu, zejména na rozhodnutí Ústavního soudu IV. ÚS 3416/20 je i výše uvedený názor vhodné zařadit mezi relevantní. Aplikace teorie by rovněž, jak plyne z výše uvedeného, byla ospravedlnitelná řadou argumentů právních i politických. Pochopitelně nelze jednoznačně říct, že by soudy teorii ztráty šance měly bez dalšího aplikovat, na druhou stranu by při jejím zvažování měly zohlednit mimo její původní anglickou podobu i výše uvedené aspekty a teoretickou možnost její aplikace a s uvedeným se minimálně vypořádat a zdůvodnit svůj rozdílný přístup.

REFERENČNÍ SEZNAM:

BEEVER, A. Gregg v Scott and Loss of a Chance. *The University of Queensland Law Journal*. 2005, Vol. 24, č. 1, s. 201–212.

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, T. – DOLEŽAL, A. Problematika využití teorie ztráty šancí. *Časopis zdravotnického práva a bioetiky*. 2017, Vol. 7, č. 1, s. 44–55.

FRIŠ, M. *Ztráta šance v českém a anglickém právu*. Diplomová práce. Praha: Univerzita Karlova, Právnická fakulta, Katedra občanského práva, 2022. Vedoucí práce Šustek, Petr.

GOOLD, I. – HERRING, J. *Great Debates in Medical Law and Ethic*. 2nd edition. Macmillan Education UK, 2018. ISBN 9781352002287.

HOBBS, T. *Leviathan*. Lerner Publishing Group, 2018. ISBN 9781512486193.

JANSEN, N. The Idea of a Lost Chance. *Oxford Journal of Legal Studies*. 1999, Vol. 19, s. 271–296.

KOZIOL, H. *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*. Jan Sramek Verlag, 2012. ISBN 978-3-902638-85-4.

MELZER, F. Doktrína ztráty šance v recentní judikatuře českého ÚS a NS. In: Náhrada nemajetkové ujmy pozostalých a osobitosti nároku na náhradu nemajetkové ujmy v medicínskom práve v podmienkach slovenského a českého práva. TINCT, 2021, s. 6–19. ISBN: 978-80-973837-3-2.

PEEL, E. Loss of a Chance Revisited: Gregg v Scott. *The Moderne Law Review*. 2003, Vol. 66, č. 4, s. 623–629.

SMRŽ, I. Doktrína ztráty šance a poskytování zdravotních služeb v aktuální soudní praxi. *Časopis zdravotnického práva a bioetiky*. 2022, Vol. 12, č. 1, s. 32–62.

TĚŠINOVÁ, J. – DOLEŽAL, T. – POLICAR, R. *Medicínské právo*. 2. vydání. C. H. Beck, 2019. ISBN 978-80-7179-318-2.

Rozhodnutí Odvolacího soudu Anglie a Walesu ze dne 16. 5. 1911, *Chaplin v Hicks* [1911] 2 KB 786 (CA).

Rozhodnutí Sněmovny lordů ze dne 15. 11. 1972, *McGhee v National Coal Board* [1973] 1 W.L.R. 1.

Rozhodnutí Sněmovny lordů ze dne 30. 7. 1987, *Hotson v East Berkshire AHA* [1988] UKHL 1.

Rozhodnutí Sněmovny lordů ze dne 16. 5. 2002, *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd.* [2002] UKHL 22.

Rozhodnutí Sněmovny lordů ze dne 14. 10. 2004, *Chester v Afshar* [2004] UKHL 41.

Rozhodnutí Sněmovny lordů ze dne 27. 1. 2005, *Gregg v Scott* [2005] UKHL 2.

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

Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 9. 2. 2022, sp. zn. 31 Cdo 2376/2021.

Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 30. 3. 2022, sp. zn. 25 Cdo 3332/2020.

Zákon č. 372/2011 Sb., o zdravotních službách, ve znění pozdějších předpisů.

Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.