

## RECENZJA ROZPRAWY DOKTORSKIEJ

### **Pani mgr Alicji Sieczyk-Drzewieckiej pt. „Szkoda ewentualna a utrata szansy. Granice kompensacji”**

napisanej pod kierunkiem prof. UW dr. hab. Macieja Kalińskiego

#### **I. Wybór tematu i cel pracy**

Dopuszczalność kompensacji utraconej szansy (*loss of chance, perte d'une chance*) jest dziełem judykatury francuskiej I poł. XX w., która uznała, że poszkodowany może uzyskać choćby częściową kompensację doznanej szkody w sytuacji, gdy wydaje się, lecz nie ma pewności, że zdarzenie, za które odpowiada pozwany, odegrało pewną rolę w powstaniu uszczerbku. Dotychczasowe badania naukowe wskazują, że uzasadnione jest zaliczanie teorii utraty szansy do rozwiązań, u podstaw których leży idea podzielenia ciężaru odpowiedzialności. Obecnie, w ślad za Francją, już w ponad dwudziestu krajach europejskich sądy zasądają odszkodowanie bądź zadośćuczynienie z tytułu utraconej szansy, przy czym w niektórych państwach zakres roszczenia jest ograniczony. Tytułowy temat jest bogaty w problemy teoretyczne i praktyczne, dostarczając znakomitego pola do badań lub do weryfikacji dotychczasowych ustaleń naukowych, a stały i intensywny rozwój orzecznictwa sądowego wymagał teoretycznego uporządkowania. Wybór tematu rozprawy doktorskiej jest więc niezwykle trafny tak pod kątem teoretycznym, jak i praktycznym.

Podstawowym celem Doktorantki było zbadanie, czy utrata szansy może podlegać ustawowej kompensacji w prawie polskim. Autorka działała w oparciu o przyjęte przez siebie założenie, że pojęcie utraty szansy, względnie utraty szansy *sensu stricto*, ogranicza się do „specyficznego uszczerbku niemajątkowego”. Równorzędnym celem była odpowiedź na pytanie, czy i w jakim zakresie naprawieniu podlega szkoda ewentualna, przez którą w pracy rozumie się jedynie szkodę majątkową. Realizacja obu tych zadań badawczych miała umożliwić wytyczenie właściwych granic kompensacji w prawie polskim.

Antycypując dalsze rozważania mogę już teraz stwierdzić, że Autorka zrealizowała postawione sobie zadania. W pierwszej wspomnianej kwestii doszła do wniosku, że utrata szansy może podlegać kompensacji jako naruszone dobro osobiste. W drugiej zaś doszła do konkluzji, że szkoda ewentualna, tj. skutek zdarzenia szkodzącego w sferze dóbr majątkowych poszkodowanego, nie podlega naprawieniu z uwagi na zbyt mały stopień prawdopodobieństwa.

## **II. Metodologia, struktura i zakres pracy**

Autorka odwołała się do wykładni przepisów prawa, szerokiej praktyki ich stosowania, a także wskazała tło prawnoporównawcze. Badania prawnoporównawcze objęły systemy prawne, które wywarły wpływ na prawo polskie (Francja, Niemcy, Szwajcaria) oraz te, które mogą stanowić przykład alternatywnych rozwiązań poszczególnych problemów (Anglia, USA). Perspektywa prawa porównawczego jest szczególnie istotna w omawianej kwestii z uwagi na genezę omawianej konstrukcji. Plusem pracy jest to, że Doktorantka nie powieliła badań dokonanych w ostatnim czasie przez innych autorów polskich i zagranicznych, umiejętnie z nich korzystając lub do nich odsyłając. Samodzielnie natomiast uwzględniła podstawowe kwestie w zakresie prawa i orzecznictwa Unii Europejskiej.

Rozprawa składa się z trzech rozdziałów poprzedzonych wstępem. Zwięzłą reasumpcję poszczególnych zagadnień i konkluzji zawarto w jej końcowej części „Zakończenie”. Struktura pracy jest klarowna. Praca jest bardzo zwięzła i „na temat”.

## **III. Uwagi szczegółowe**

Rozprawę otwiera wstęp (niejako rozdział 1.), który wprowadza czytelnika w terminologię stosowaną przez autorkę, treść pracy, treści rozdziałów oraz przyjęte założenia. Autorka z góry uznaje zasadność rozróżnienia między szkodą ewentualną, którą nazywa utratą szansy w szerokim znaczeniu, a szansą (utrata szansy) *sensu stricto*. Zgodnie z tym rozróżnieniem w rozdziałach 2. i 3. analizuje granice kompensacji w przypadku szkody ewentualnej, zaś w rozdziale 4. utratę szansy rozumianej jako szkoda niemajątkowa.

Teza apriorycznie zakładająca, że utracona szansa jest jedynie uszczerbkiem niemajątkowym, jest do obrony. Traktowanie utraty szansy jako krzywdy jest znane w polskim orzecznictwie oraz w wielu ustawodawstwach szeroko ujmujących krzywdę zasługującą na kompensację, zwłaszcza gdy towarzyszy ona szkodzie na osobie (np.

Hiszpanii, Portugalii, Irlandii). Uważam, że teoria kompensacji z tytułu utraty szansy umyka jednoznacznym klasyfikacjom. Pojęcie „utrata szansy” – tam, gdzie została ona zaakceptowana - pojawia się bowiem w różnych sytuacjach faktycznych, zarówno w ramach wynagradzania szkód na mieniu, jak i szkód na osobie - jako utrata szansy wyleczenia albo przeżycia bądź utrata innych szans, wynikająca z naruszeń dóbr i praw osobistych. Koncepcja ta przywoływana jest w sytuacji, gdy poszkodowany nie może skutecznie i według tradycyjnych reguł dowodowych dowieść jednej z dwóch przesłanek klasycznego roszczenia odszkodowawczego: aktualnie poniesionej szkody bądź związku przyczynowego (o charakterze sine qua non) między doznaną szkodą a zdarzeniem, z którym wiąże odpowiedzialność pozwanego. Do analizy roszczenia o kompensację utraconej szansy można zatem podchodzić bądź z punktu widzenia związku przyczynowego bądź szkody zasługującej na reparację.

Jeśli Doktorantka przyjmuje analizę z punktu widzenia szkody, do czego można się przychylić, to nie wystarczy wszak sama zmiana nomenklatury do prawidłowej kwalifikacji stanów faktycznych. W dwóch pierwszych rozdziałach *de facto* przeprowadzono analizę zarówno przypadków wyrządzenia szkody „jedynie” ewentualnej, która z uwagi na niskie prawdopodobieństwo powstania lub niepewność związku przyczynowego nigdy nie podlega wynagrodzeniu, oraz tych przypadków, które w systemach zagranicznych określa się jako „utraconą szansę”, chodzi bowiem o sytuacje, kiedy prawdopodobieństwo jest wystarczająco wysokie, a jednocześnie nie tak wysokie, aby szkoda mogłaby być uznana za pewną. Tymczasem w uwagach prawnoporównawczych przytoczone zostały różne koncepcje i orzeczenia niedotyczące szkody ewentualnej w rozumieniu tych systemów prawnych (*préjudice éventuel*), lecz *perte d'une chance*. Określenie *perte d'une chance* w doktrynie zagranicznej nie jest zarezerwowane wyłącznie dla uszczerbku niemajątkowego. Można łatwo wpaść w pułapkę niewłaściwych porównań. Jedynie w prawie angielskim akceptuje się teorię utraty szansy jako uszczerbek majątkowy. Zaś w prawie francuskim, gdzie nie obowiązuje żadna oficjalna teoria szkody, określenie natury uszczerbku ma znaczenie drugorzędne, ponieważ każde naruszenie dóbr i interesów poszkodowanego, niezależnie od ich charakteru, jest szkodą podlegająca naprawieniu, skoro sąd tak stwierdzi, a szkody majątkowe i niemajątkowe traktowane są w zasadzie równorzędnie w kontekście odpowiedzialności cywilnej. Dlatego też w projekcie nowelizacji franc. k.c. z 2016 r. (art. 1238) przewidziano, że: „utrata szansy zasługująca na wyrównanie jest rzeczywista (aktualna) i pewna utrata korzystnej możliwości”, a definicja ta pochodzi z orzecznictwa (zob. C.Cass. z 21 listopada 2006 r., Juris data no 2006-036990 - na tle odpowiedzialności adwokata).

Główna teza Doktorantki jest spójna ze stanowiskiem polskiej doktryny i judykatury, które zdecydowanie odrzucają dopuszczalność roszczenia o utratę szansy uzyskania korzyści majątkowej, zaliczając roszczenia o kompensację utraconej szansy, utraconych oczekiwań oraz *préjudice éventuel* do jednej kategorii (co zresztą jest trafnie skrytykowane w pracy).

Drugie założenie pracy polega tym, że Doktorantka nie uważa za szkodę naruszenia dóbr lub interesów chronionych przez prawo, a jedynie skutki tego naruszenia sferze prawnej majątkowej lub niemajątkowej (tzw. skutkowa koncepcja szkody). A zarazem doprecyzowuje, że należy badać związek przyczynowy *conditio sine qua non*, który jeżeli jest wystarczająco prawdopodobny, to sąd ustali, że zaszła przesłanka przyczynowości, a wówczas stopień prawdopodobieństwa relacji kauzalnej nie ma już żadnego wpływu na ocenę związku przyczynowego między naruszeniem a szkodą. To rozróżnienie pozwala trafnie ocenić, czy uszczerbek stanowi stratę, czy jedynie utracone korzyści. Jednak osobiście podzielam pogląd dominujący w doktrynie i orzecznictwie, zgodnie z którym szkodą jest samo naruszenie dobra lub interesu chronionego przez prawo; w momencie naruszenia dobra majątkowego powstaje szkoda majątkowa, natomiast w chwili naruszenia dobra o charakterze niemajątkowym powstaje szkoda niemajątkowa, ale mogą też powstać skutki majątkowe (uszczerbek tego rodzaju, przejawiający się w postaci kosztów leczenia, utraconych zarobków, utraconych świadczeń alimentacyjnych, zwiększenia potrzeb itp., z pewnością nie powstaje równocześnie ze zdarzeniem naruszającym życie lub zdrowie, a jako jego skutek). Skutkowe ujęcie szkody, zgodnie z którym szkodą będą dopiero materialne i moralne następstwa zmian w świecie osób i rzeczy, a nie owe zmiany<sup>1</sup> pomaga udowodnić podstawowe tezy pracy.

Dużą zaletą rozprawy jest jasne wyrażanie własnych poglądów Autorki. Dla przykładu, Jej zdaniem pewność związku przyczynowego jest kryterium rozróżnienia między szkodą podlegającą naprawieniu a szkodą ewentualną; konkretnie jest nim prawdopodobieństwo hipotetycznego stanu dóbr poszkodowanego zrekonstruowanego dla potrzeb metody dyferencyjnej (str. 11). Trudno jednak zgodzić się z twierdzeniem, iż „roszczenie należałoby zakwalifikować w całości jako *lucrum cessans* jedynie wtedy, kiedy nie jest ono jeszcze składnikiem majątku, innymi słowy – zanim powstanie”. Czy chodzi tutaj o ekspektatywę prawa czy ogólnie o wierzytelność? Z kolei krytykowana niepoprawność posługiwania się przez orzecznictwo i doktrynę pojęciem utraty szansy również w odniesieniu

---

<sup>1</sup> Por. J. Rezler, Naprawienie szkody wynikłej ze spowodowania uszczerbku na ciele lub zdrowiu (według prawa cywilnego), Warszawa 1968, s. 21.

do szkody ewentualnej, jest z pewnością niepoprawna przy założeniu, że utrata szansy nie może być uszczerbkiem majątkowym (tak jak twierdzi Autorka), ale także gdy uznać, że może polegać na utracie korzyści majątkowej.

W odniesieniu do szkody giełdowej niedosyt budzi brak konkluzji, czy szkoda giełdowa (wyróżniona z uwagi na źródło powstania) jest szkoda przyszłą, czy też szkodą dynamiczną. Pogląd ten został jedynie zasygnalizowany i, jak się wydaje, pozostaje w opozycji do poglądów K. Zacharzewskiego. Dość interesujące są wywody dotyczące szkody w środowisku jako dobru wspólnym, a także szkody polegające na zanieczyszczeniu środowiska bądź produktów rolnych przez GMO. Dobrze określono funkcje odpowiedzialności gwarancyjnej w kontekście szkód środowiskowych. Można też podzielić stanowisko przyłączające się do poglądu R. Majdy, iż szkoda ekologiczna wykazuje swoisty charakter wyłącznie wtedy, gdy z uwagi na rozmiar szkód koszty przywrócenia stanu poprzedniego ponosi władza publiczna ani właściciel rzeczy. Sądzę jednak, że rozważanie odpowiedzialności opartej na zasadzie ryzyka za działania polegające na zamierzonym uwolnieniu GMO do środowiska w kontekście głównego tematu rozważań mają znaczenie drugorzędne, albowiem odpowiedzialność z tytułu pozbawienia powoda określonej szansy pojawia się z reguły jako postać odpowiedzialności za winę. I tak, w typowym stanie faktycznym udowodnione są zaniedbania pozwanego (np. lekarza, adwokata), wskutek których powód został pozbawiony szansy na niespełnienie się ryzyka powstania lub niezwiększenia szkody. Z reguły zachowanie zawinione jest tylko jednym z czynników oddziałujących na sferę powoda, który nie jest w stanie wykazać z wymaganym prawdopodobieństwem, że szansa ziściłaby się (nie doszłoby do materializacji ryzyka) w braku winy.

Dużą wagę mają rozważania dotyczące umów losowych w kontekście ich przedmiotu, odpowiedzialności za niewykonanie oraz niedozwolonego wpływu osób trzecich na spełnienie świadczenia. Doktorantka wyjaśnia relacje między pojęciem utraty szansy a kontraktami losowymi, w których obowiązek lub wielkość świadczenia uzależnione są od zdarzenia przyszłego i niepewnego. W odniesieniu do odpowiedzialności niektóre sytuacje są hipotetycznie podciągane pod kategorię uszczerbku niemajątkowego w sposób sztuczny. Dla przykładu, Doktorantka skupia się na utraconej korzyści, gdy zniszczony przez osobę trzecią los z umowy gry był trafiony (sytuacja prosta). Trafnie stwierdza, że poszkodowanemu, któremu bezprawnie zniszczono los nie służy roszczenie o naprawienie szkody niemajątkowej związanej z pozbawieniem udziału w grze. Zgoda, nie chodzi bowiem o wynagrodzenie straconych emocji gracza, te bowiem uchodzą prawnej ochronie. Ale los nie zawsze jest

trafiony. Podobnie w przykładzie, gdy uczestnik konkursu poszkodowany błędami w jego organizacji mógłby zaprezentować dzieło na wystawie innej niż konkurs, ale tego nie zrobił, a teraz wnosi roszczenie; czyż nie żąda w istocie kompensaty utraconej szansy na wygranie innym konkursie? Wprawdzie z chwilą wygrania konkursu przez innego uczestnika wartość powiązana z samą szansą uzyskania wygranej znika, co nie oznacza, że szansa nigdy nie miała wartości majątkowej. W świetle tej pracy, nie przysługuje mu jednak roszczenie o kompensację utraconej szansy. Nacisk Doktorantki na określenie uszczerbku jako „nadzieja na wygraną” lub „pozbawienie emocji związanych z grą” musi prowadzić do powyższych wniosków (także dlatego, że trudno tu odnaleźć jakieś dobro osobiste). Tymczasem szansa wygrania konkursu ma konkretną wartość, którą możemy określić jako wartość ekonomiczną, dającą się ustalić na podstawie liczby uczestników w konkursie oraz wartości nagród. Zakwalifikowanie jej jako szkody ewentualnej jest najprostszym sposobem na oddalenie powództwa, mimo że jest to niewątpliwie jakaś utracona możliwość uzyskania korzyści majątkowej.

Przedmiotem rozważań w rozdziale 3. jest dowód związku przyczynowego. Doktorantka rozważa badanie związku przyczynowego na etapie relacji między zdarzeniem a naruszeniem oraz między naruszeniem a szkodą, co jest refleksem teorii skutkowej szkody. Dowodzenie związku przyczynowego przeanalizowano tylko z punktu widzenia domniemania faktycznego oraz dowodu *prima facie*, i takie zawężenie badań powinno zostać wytłumaczone, pozostawia bowiem pewien niedosyt z punktu widzenia tytułowej problematyki. Kwestie dowodów naukowych (z opinii biegłych i instytutów), dowodów statystycznych, odwrócenia ciężaru dowodu za pomocą innych instrumentów, itp., są dla rozstrzygnięcia roszczeń odszkodowawczych w sprawach, w których występuje niepewność związku przyczynowego kluczowe. Autorka zakwestionowała operacyjność (efektywność) domniemań faktycznych oraz dominujący pogląd doktryny, że dowód *prima facie* prowadzi do zmiany rozkładu ciężaru dowodu. Osobiście uważam, że dowód *prima facie* przenosi *de facto* ciężar dowodu związku przyczynowego, co jest nie do przecenienia w sprawach zawinionych błędów medycznych oraz zakażeń szpitalnych. A więc konstrukcja, będąca dziełem praktyki orzeczniczej koryguje niedostatek rozwiązań ustawodawczych. Warto byłoby sięgnąć do nowej monografii I. Adrych-Brzezińskiej, pt. *Ciężar dowodu w prawie i procesie cywilnym*, Warszawa 2015, która gruntownie tę sprawę przebadła. Wskazuje się tam również na celowość wyróżnienia pojęcia standardu dowodu, który wiąże się ze stopniem przekonania sędziego (sądu) odnośnie do zaistnienia dowodzonego faktu. Jak trafnie stwierdziła I. Adrych-Brzezińska, miara dowodu wyznaczona przez standard dowodu pozwala

stwierdzić, czy obowiązek wynikający z ciężaru dowodu został w danym przypadku spełniony, a ponadto pozwala na osiągnięcie odpowiedniego stopnia przekonania o prawdziwości dowodów zaprezentowanych przez stronę. Zależność pomiędzy domniemaniami prawnymi i konstrukcją dowodu *prima facie* a standardem dowodu sprowadza się do stwierdzenia, że im wyższe wymagania ustawodawcy co do standardu dowodu, tym większe znaczenie mają praktyczne reguły rozkładu ciężaru dowodu pomiędzy stronami oraz możliwości ich modyfikacji przez sąd (op. cit. s. 143-144.).

Następnie w rozdziale 3. szeroko zreferowano problematykę przyczynowości wyprzedzającej i legalnego zachowania alternatywnego. Analiza koncepcji tzw. przyczynowości wyprzedzającej, która sprowadza się do możliwości uwzględniania w ramach ustalania odpowiedzialności odszkodowawczej za szkodę pewnych następczych zdarzeń lub okoliczności, które - gdyby nie przyczyna badana - doprowadziłyby do wyrządzenia tej samej lub nawet większej szkody, ma zapewne jakieś jakieś znaczenie dla roszczenia o utraconą szansę, jednak bezpośrednich związków nie wskazano. Same rozważania są wnikliwe i trafnie opisują relacje między poszczególnymi podejściami w orzecznictwie polskim. Ponadto, Autorka słusznie przyjmuje, że działanie bez zgody pacjenta nie może być usankcjonowane za pomocą teorii legalnego zachowania alternatywnego. (s. 82). Z drugiej strony, postuluje zasądzenie „niewielkich zadośćuczynień” z tego tytułu – wbrew częstemu oddalaniu powództw pacjentów (brak materiału źródłowego wskazującego na taką tendencję orzeczniczą). Przypomnieć wypada, że prawo do wyrażenia zgody na zabieg medyczny jest fundamentalnym prawem pacjenta - o ile nie najważniejszym – które poza integralnością cielesną chroni autonomię woli. Dlatego też uważam, że sądy powinny zasądzać stosowne, adekwatne zadośćuczynienie na podstawie art. 4 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta w zw. z art. 448 k.c.

W ostatnich częściach tego rozdziału opracowano teoretyczne i praktyczne aspekty innych postaci wielości przyczyn, w szczególności przyczynowości alternatywnej, kumulatywnej i pozornego zbiegu przyczyn. Autorka wskazuje na wątpliwości pojawiające się w doktrynie, m.in. dotyczące modyfikacji testu *sine qua non* w przypadku przyczynowości alternatywnej. Na tle tych rozważań, moim zdaniem, niepotrzebnie formułuje pogląd dotyczący roszczeń osób pośrednio poszkodowanych, przykładając zbytnią wagę do regulacji roszczenia o zwrot kosztów pogrzebu jako „ustawowego wyjątku” od metody dyferencyjnej ustalenia odszkodowania. Odnosząc się do podanego przykładu można sobie zadać pytanie „Jak ocenić kwestię odpowiedzialności, gdyby dzieci wystąpiły z roszczeniem o rentę wobec „sprawcy postrzału?”. Doktorantka stwierdza dobitnie, że sprawca śmierci powinien mieć

możliwość powołania się na niechybny zgon uszkodzonego, tzn. o ile śmierć była pewna i spodziewana w krótkim czasie po zdarzeniu powodującym szkodę a przed momentem orzekania, jako okoliczność wyłączająca jego odpowiedzialność (przyczynę rezerwową lub alternatywną). Stwierdza ona, że poczucie sprawiedliwości nie jest wystarczającym powodem przeciwko uwzględnieniu tej okoliczności przy konstruowaniu hipotez dyferencyjnych. „Wszak niezależnie od działania szkodzącego bliscy zmarłego w nieodległym czasie mieliby wyłożyć koszty związane z pogrzebem”. Z takim poglądem trudno się zgodzić. Umożliwiłyby on w zasadzie uniknięcie odpowiedzialności cywilnej przez sprawcę masakry w hospicjum z uwagi na dość pewną i niechybną śmierć pacjentów hospicjum (kwestia winy sprawcy jest również pominięta w analizie przyczyny rezerwowej). Zastanawia mnie, czy nie byłoby lepiej rozważyć roszczenia chorego terminalnie pacjenta z tytułu utraty szansy przeżycia kolejnego tygodnia/miesiąca.

W odniesieniu do rozstrzygnięcia teoretycznego oraz praktycznego (w formie diagramu na s. 102) problemu odpowiedzialności w przypadku kumulatywnego zbiegu przyczyn muszę podnieść istotną uwagę krytyczną. W Polsce we współczesnej doktrynie proponuje się stosować do przyczynowości kumulatywnej takie zasady jak w przypadku przyczynowości alternatywnej (M. Kaliński, w: *System Prawa Prywatnego t. 6*, wyd. 2. 2014, s. 151-152.). Polska nauka skłania się więc ku przyjęciu odpowiedzialności solidarnej w sytuacji, gdy zbieg przyczyn jest tego rodzaju, że żadna przyczyna bez udziału drugiej nie byłaby zdolna wywołać rozpatrywanego skutku, a wielości przyczyn towarzyszy wielość sprawców (tak też. T. Dybowski [w:] *System Prawa Cywilnego*, t. III, 1981, s. 263-264, B. Lewaszkiewicz–Petrykowska, *Wyrządzenie szkody przez kilka osób*, 1978, s. 70-71). Jeżeli przyczyna kumulatywna stanowi przypadek (*casus*) lub siłę wyższą, to sprawca zdarzenia nie odpowiada w ogóle. Natomiast jeśli przyczyna kumulatywna leży w sferze uszkodzonego, to należy stosować przepisy o przyczynieniu uszkodzonego (art. 362 k.c.). O tym ostatnim przepisie Doktorantka nawet nie wspomina, skłonna jest bowiem zwolnić sprawcę lub osobę zobowiązaną całkowicie z odpowiedzialności za szkodę. Nie da się takiego stanowiska obronić w świetle k.c. oraz utrwalonego orzecznictwa (zwłaszcza w sprawach błędów medycznych) oraz uzasadnionych teoretycznie i aksjologicznie poglądów doktryny.

W kluczowym rozdziale 4. Doktorantka podjęła próbę uzasadnienia wąskiego rozumienia utraty szansy jako uszczerbku niemajątkowego. Było to jednocześnie podstawowe założenie rozprawy. Kryterium decydującym o udzieleniu ochrony w naszym prawie jest możliwość zakwalifikowania danej szansy do dóbr osobistych. A zatem poddano wnikliwej analizie definicję szansy jako dobra osobistego; wywody teoretyczne dopełniają liczne



przykłady z polskiej i zagranicznej praktyki orzeczniczej. Rozważono także naprawienie tak określonej szkody przez zapłatę stosownego zadośćuczynienia.

Mimo, że sądy europejskie zaczęły uwzględniać roszczenie o wynagrodzenie utraconej możliwości wygrania procesu z powodu winy profesjonalnego pełnomocnika zanim dopuściły kompensację z tytułu utraty szansy wyleczenia lub przeżycia, to Doktorantka wyraźnie koncentruje się na tej drugiej kategorii spraw, co ułatwia dowodzenie tezy, że utrata szansy jest rodzajem uszczerbku o charakterze niemajątkowym. Przykłady uszczerbków doznanych poza procesami lekarskimi zostały potraktowane w pracy dość powierzchownie. Autorka - hołdując koncepcji szkody skutkowej - próbuje uzasadnić koncepcję reparacji utraconej szansy z punktu widzenia hierarchii interesów i dóbr chronionych. Szkoda, że pomija dorobek nauki niemieckiej i austriackiej. Tymczasem stanowisko systemów kultury germańskiej w kwestii kompensacji utraconej szansy na przeżycie jest jednoznacznie negatywne właśnie dlatego, że problem szkody podlegającej naprawieniu rozważa się przez odniesienie do rodzajów praw podmiotowych, dóbr lub interesów, które zostały naruszone przez czyn niedozwolony. Ryzykowne jest porównywanie utraty szansy do utraty nadziei i w ogóle synonimiczne używanie słów nadzieja i szansa w całej rozprawie, zwłaszcza w kontekście kategorii dóbr osobistych; nie spotyka się takiego utożsamiania w doktrynie zagranicznej.

Zasadniczo próbę dowodu tezy zasadniczej można uznać za udaną, z zastrzeżeniem kilku kwestii, z którymi nie można się zgodzić ze względów teoretycznych lub polemicznych:

- a) utrata szansy na przeżycie bezpośrednio poszkodowanego nie może być objęta kompensacją w ramach zadośćuczynienia dla najbliższych członków rodziny zmarłego na podstawie art. 446 § 4 k.c. Skoro ich własne cierpienia są wynagradzane - o czym zresztą pisze Autorka - to nie jest to uszczerbek w szansach na przeżycie (s. 103);
- b) interpretacja utrwalonego orzecznictwa w sprawach medycznych nie daje m.zd. podstaw do zawężającej tezy, że lekarz dopuszcza się czynu niedozwolonego wobec pacjenta tylko, gdy dochodzi do powstania szkody na osobie w wyniku działania/zaniechania jawnie niezgodnego z zasadami sztuki medycznej, zwykle niedbalstwo prowadzące do szkody też daje podstawy do stosowania reżimu deliktowego;
- c) za niefortunne uznaję kwestionowanie powszechnej dopuszczalności zadośćuczynienia za krzywdę dla osób, które zapadły w śpiączkę (są w stanie wegetatywnym) - z uzasadnieniem, że otwiera to możliwość przyznawania zadośćuczynienia za samo naruszenie, czemu co do zasady Autorka się sprzeciwia (naturalnie jest refleks teorii skutkowej szkody). Twierdzi ona,

że „przyznawanie zadośćuczynienia osobom niezdolnym do odczuwania krzywdy powinno być absolutnym wyjątkiem przy faktycznie drastycznych przypadkach naruszeń” (s. 107 i wnioski końcowe). Czy Autorka tak samo potraktowałaby osoby, które z powodu stanu umysłowego nie są w stanie odczuć krzywdy, tak jak osoba w pełni poczytalna? Jest to nie tylko sprzeczne z fundamentalnymi wartościami ochrony godności ludzkiej i równości wobec prawa, ale też z orzecnictwem sądowym i stanowiskiem doktryny polskiej, a także tendencjami w prawie europejskim. A co w przypadku, gdy stan osoby poszkodowanej nie ulegnie poprawieniu a będzie trwał? Należy wreszcie zwrócić uwagę - niezależnie od poparcia lub odrzucenia najnowszego orzecnictwa SN, że bliscy bezpośrednio poszkodowanego (który ma własne roszczenie o zadośćuczynienie) uzyskaliby zadośćuczynienie również dla siebie za zerwanie więzi rodzinnej w sytuacji, gdy bezpośrednio poszkodowany doznał poważnego rozstroju zdrowia lub uszkodzenia ciała. w wyniku czego pozostaje w śpiączce - na podstawie art. 448 k.c. (zob. wyrok SN z dnia 9 sierpnia 2016 r., II CSK 719/15, uchwały SN z dnia 27 marca 2018 r. w sprawach: sygn. akt III CZP 60/17, sygn. akt III CZP 69/17 oraz sygn. akt III CZP 36/17);

d) Zgadzam się z tezą, że informacja udzielona przez lekarza pacjentowi ma dotyczyć również „przewidywalnych skutków odmowy poddania się zabiegowi”. W kategorii utraconej szansy nie powinno się jednak m.zd. umiejscawiać przypadku niepoinformowania poszkodowanego o ryzyku szkody, chodzi bowiem o inny rodzaj niepewności. W danej sytuacji powód twierdzi, że gdyby wiedział o ryzyku, o którym nie został poinformowany należycie, a które zmaterializowało się w jego przypadku, to nie wyraziłby zgody na zabieg medyczny lub dany sposób leczenia. Przez zaniechanie udzielenia prawidłowej informacji o ryzyku, lekarz pozbawił go zatem możliwości (szansy) uniknięcia negatywnego rezultatu, jakim jest ostatecznie ziszczenie się ryzyka. Ocena dowodu oparta jest na spekulacjach, gdyż zakłada pewien hipotetyczny bieg zdarzeń zależny od decyzji poszkodowanego. Związek przyczynowy jest niepewny, lecz ta niepewność nie wynika z niedostatku nauki, lecz z niewiedzy, jaka faktycznie byłaby decyzja pacjenta, gdyby mu udzielono pełnej i adekwatnej informacji. Zachowanie samego poszkodowanego nie może być jednak warunkiem realizacji szansy. Sądzę, że naruszenie obowiązku informacyjnego powinno raczej skutkować roszczeniem o zadośćuczynienia za naruszenie praw pacjenta.

W konkluzjach rozdziału 4. Doktorantka przychyliła się do koncepcji ochrony majątkowej szansy dookreślonej przedmiotowo (tzw. koncepcja 3.), natomiast w konkluzjach końcowych rozprawy stwierdza, że przyjmuje poprawność drugiego z przedstawionych przez siebie rozwiązań, czyli uznanie szansy w ogólności za dobro osobiste, przy czym przedmiot

szansy miałyby pewne znaczenie dla oceny zasadności roszczenia. Byłabym bardziej skłonna poprzeć jednak stanowisko określone jako trzecie. Wydaje się, że nie można uznać za dobro osobiste szansy w ogólności (*per se*), a tylko szansy na coś, na uzyskanie czegoś lub niespełnienie się jakiegoś negatywnego rezultatu, ryzyka. Immanentną cechą utraconej szansy jest bowiem nienastąpienie pozytywnego rezultatu, który sąd uważa za godny ochrony, bądź zrealizowanie się negatywnego rezultatu (a nie można udowodnić, jaki rezultat nastąpiłby z pewnością). Autorka podaje bardzo dobry przykład Olimpijczyka–pływaka; z kolei hipotetyczny przykład kobiety bezpłodnej, która nigdy nie miała szansy na urodzenie dziecka (na pozytywny rezultat), ale nie chce uzyskać informacji o swoim stanie, jest m.zd chybiony. Przysługiwałoby jej ewentualnie roszczenie o zadośćuczynienie z tytułu naruszenia prawa pacjenta do informacji, jeżeli wyraziła wolę jej niezyskiwania na podstawie art. 4 u.p.p.rz.p.p. w zw. z art. 448 k.c.

Warto zwrócić uwagę na kilka cennych tez. Jak słusznie podkreśla Autorka, nawet najmniejszy uszczerbek w szansie na wyleczenie stanowi naruszenie będące przesłanką odpowiedzialności odszkodowawczej. Ponadto, tylko błędy lub opóźnienia mające wpływ na wynik rozpoczętego leczenia i prowadzące do obniżenia szans pacjenta na wyleczenie lub przeżycia mogą stanowić podstawę odpowiedzialności. Trafnie również Doktorantka proponuje rozważenie możliwości zastosowania swojej koncepcji do skutków bezprawnego opóźnienia NFZ w zawarciu umowy o udzielanie świadczeń zdrowotnych z zakładem leczniczym, gdy brak świadczenia wskutek odmowy zakładu leczniczego zmniejszył szanse pacjenta na wyleczenie, a zatem istnieją podstawy do odpowiedzialności organu władzy publicznej (NFZ a nie Skarbu Państwa!, są to odrębne osoby prawne).

We wnioskach końcowych zdecydowanie odrzucono *de lege lata* i *de lege ferenda* rozszerzenie ochrony na przypadki naruszenia dobra osobistego w postaci szansy, jeżeli jest ono wynikiem niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Rzecz jasna dominujący pogląd w Polsce głosi, że szkoda niemajątkowa nie jest wynagradzana w reżimie *ex contractu* i w tym sensie prezentowany pogląd jest prawidłowy. Jednakże kompensacja utraconej szansy jako szkody dochodzonej w reżimie *ex contractu* jest uznana za pożądany standard międzynarodowy. W świetle Art. 7.4.3 ustęp 2 Zasad Międzynarodowych Kontraktów Handlowych UNIDROIT (2004) odszkodowanie obejmuje utraconą szansę, a jego wysokość jest proporcjonalna do prawdopodobieństwa tej utraty. Międzynarodowe sądy arbitrażowe wielokrotnie korzystały z tej podstawy roszczenia zasądzając kompensację za utraconą szansę, gdy poszkodowany nie mógł udowodnić pewności osiągnięcia

spodziewanych korzyści. W świetle głównych tez ocenianej rozprawy jest to szkoda ewentualna (gdyż majątkowa), która nie podlega kompensacji.

W ogólnej ocenie Doktorantka bardzo dobrze poradziła sobie z szerokim i trudnym materiałem badawczym, nie unikając zajmowania i uzasadnienia własnego stanowiska w skomplikowanych kwestiach. Konsekwentnie zrealizowała cele postawione przez siebie w rozprawie. Praca zawiera wiele nowych tez, z których większość Autorka dowiodła w oparciu o badania prawa polskiego i obcego. Nawet jeśli można z nimi polemizować, to z pewnością rozprawa Pani mgr Alicji Sieczych-Drzewieckiej poszerza dotychczasowe wyniki badań nad prawem cywilnym, w szczególności nad prawem odpowiedzialności odszkodowawczej.

#### **IV. Warsztat naukowy**

Doktorantka bardzo rzetelnie zanalizowała stan prawny, przedstawiła różne stanowiska doktryny i swoje poglądy. Docenić trzeba ogromny wysiłek włożony w analizę dziesiątek orzeczeń sądów polskich i zagranicznych oraz ogromnej, dobrze wyselekcjonowanej literatury. Warsztat naukowy jest nienaganny, a wywód prowadzony na dobrym poziomie teoretycznym.

Doktorantka wyraziła w wielu miejscach pracy krytyczny stosunek wobec poglądów powszechnie przyjmowanych w doktrynie, bądź kontrowersyjnych, i na tym polega przecież uprawianie nauki. Z drugiej strony jestem zdania, że poglądy, który wyraził jeden autor, a które idą na przekór ustalonym przekonaniom nie ma potrzeby zwalczać przeciwdowodami (mam na myśli np. stanowisko P. Grzebyk dotyczące braku potrzeby wyróżniania pojęcia szkody ewentualnej).

Rzadko zdarza się, że pracę doktorską czyta się tak dobrze. Płynność i przejrzystość wywodów jest jej dużą zaletą. Praca napisana została bardzo ładnym językiem polskim i precyzyjnym językiem prawniczym. Radziłabym tylko nie tłumaczyć „negligent cases” jako „sprawy zaniedbaniowe”, chodzi bowiem o odpowiedzialność opartą na winie.

#### **V. Konkluzja**

Przygotowując rozprawę Pani mgr Alicja Sieczych-Drzewiecka udowodniła wysokie umiejętności pracy badawczej, krytycznej analizy i logicznego wnioskowania oraz ogólną erudycję. Nie mam żadnych wątpliwości, iż gdy chodzi o dobór i wagę tematu, jak również

naukowość opracowania rozprawa doktorska Pani mgr Alicji Sieczych-Drzewieckiej spełnia wymagania przewidziane w art. 13 ustawy z dnia 14 marca 2003 r. o stopniach naukowych i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w zakresie sztuki, stanowiąc oryginalne rozwiązanie zagadnienia naukowego, potwierdzając głęboką wiedzę teoretyczną Autorki w zakresie prawa cywilnego oraz umiejętność samodzielnego prowadzenia pracy naukowej.

Wnoszę o dopuszczenie do publicznej obrony.

