



Przegląd Sądowy

MIESIĘCZNIK

KATARZYNA PAŁKA

O wątpliwej operatywności teorii utraconej szansy

WITOLD BORYSIAK

Kilka uwag o zakresie zastosowania przepisów dotyczących odrzucenia spadku w imieniu dziecka bez zezwolenia sądu opiekuńczego

RAFAŁ STANKIEWICZ

Przeniesienie zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej. Glosa

www.czasopisma.wolterskluwer.pl



Wolters Kluwer

Zasady składania materiałów do publikacji

- Redakcja prosi Autorów, aby materiały przeznaczone do publikacji były przysyłane pocztą elektroniczną na adres: pl.PrzeglądSadowy@wolterskluwer.com.
 - Artykuły powinny liczyć do 1 arkusza wydawniczego (1 ark. = 40 tys. znaków łącznie ze spacjami i przypisami), a glosy ok. 0,5 arkusza wydawniczego (20 tys. znaków łącznie ze spacjami i przypisami).
 - Do nadesłanego artykułu należy dołączyć: a) tłumaczenie tytułu artykułu na język angielski, b) słowa kluczowe w języku polskim i angielskim, c) abstrakt w języku polskim i angielskim – o objętości ok. 1000 znaków ze spacjami każde (ok. 1/2 strony znormalizowanego komputeropisu) oraz d) **bibliografię załącznikową**, e) numer **ORCID**.
 - Redakcja zastrzega sobie możliwość dokonywania skrótów, poprawek stylistycznych, językowych i interpunkcyjnych oraz wprowadzania śródtytułów.
 - Autorzy proszeni są o podawanie – przy wysyłanym materiale – a) adresu poczty elektronicznej i b) telefonów kontaktowych, a także c) adresu zamieszkania oraz d) tytułu naukowego, zajmowanego stanowiska lub pełnionej funkcji. W wypadku przyjęcia materiałów do publikacji Autorzy będą proszeni o zgłoszenie danych osobowych potrzebnych do deklaracji podatkowej.
 - Artykuły zamieszczane w „Przeglądzie Sądowym” są poddawane recenzji.
 - Materiał przeznaczony do publikacji w „Przeglądzie Sądowym” nie może być nigdzie wcześniej publikowany ani rozpatrywany pod kątem publikacji w innym czasopiśmie.
 - Autor, przekazując tekst Redakcji, przenosi na Wydawcę wyłączne prawo do jego publikacji (prawa autorskie i wydawnicze).
 - Redakcja informuje, że *ghostwriting* oraz *guest authorship* są przejawem nierzetelności naukowej – wszelkie wykryte przypadki będą dokumentowane, a odpowiednie podmioty (instytucje zatrudniające autorów, towarzystwa naukowe, stowarzyszenia edytorów naukowych itp.) powiadamiane. *Ghostwriting* wystąpi wtedy, gdy ktoś wniósł istotny wkład w powstanie publikacji bez ujawnienia swojego udziału jako jeden z autorów lub bez wymienienia jego roli w podziękowaniach zamieszczonych w publikacji. *Guest authorship* polega na tym, że udział autora jest znikomy lub w ogóle nie miał miejsca, a mimo to jest autorem lub współautorem publikacji.
 - Autorzy są proszeni o stosowanie się do wskazówek dla Autorów artykułów do czasopism Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., zamieszczonych pod adresem <https://www.wolterskluwer.com/pl-pl/solutions/informacje/dla-autorow>.
 - Redakcja uprzejmie informuje, że za publikację w „Przeglądzie Sądowym” nie są wypłacane honoraria autorskie.
 - Dodatkowe informacje o „Przeglądzie Sądowym” można odnaleźć na stronie czasopisma: <http://www.czasopisma.wolterskluwer.pl/przeglad-sadowy>.
-

5

maj
2025



Przegląd Sądowy

CZASOPISMO POŚWIĘCONE PRAWNYM
ZAGADNIENIOM WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI

www.czasopisma.wolterskluwer.pl



Wolters Kluwer

Redaktor Naczelny
TADEUSZ ERECIŃSKI

Kolegium Redakcyjne

Masahisa Deguchi
Leszek Garlicki
Małgorzata Gersdorf
Peter Gottwald
Jacek Gudowski
Viktória Harsági
Krzysztof Pietrzykowski (redaktor merytoryczny)
Marta Romańska
Stanisław Zabłocki
Andrzej Zoll

Sekretarz Redakcji

Klaudia Szawłowska
pl.PrzeglądSadowy@wolterskluwer.com
Redaktor języka angielskiego
Roman Wojtasz
Redaktor statystyczny
Anna Kieszek-Sobczyńska

Za publikację naukową na łamach „Przeglądu Sądowego” Autor otrzymuje 70 pkt
(zgodnie z załącznikiem do komunikatu Ministra Nauki z 5.01.2024 r. w sprawie wykazu czasopism naukowych i recenzowanych materiałów z konferencji międzynarodowych, wydanego na podstawie art. 267 ust. 3 ustawy z 20.07.2018 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce, Dz.U. z 2024 r. poz. 1571 ze zm.).

Wskaźnik Index Copernicus Value (ICV) 2023: 60.26 punktów.

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa.



Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.

01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33
www.wolterskluwer.pl

Dyrektor Działu Publikacji Periodycznych:

Klaudia Szawłowska, klaudia.szawłowska@wolterskluwer.com

Sekretariat: czasopisma@wolterskluwer.pl

<http://www.czasopisma.wolterskluwer.pl/przegląd-sadowy>

Sprzedaż i prenumerata:

Księgarnia internetowa Wolters Kluwer Polska www.Profinfo.pl – tel. +48 732 122 863
lub infolinia 801 044 545, e-mail: PL-prenumerata@wolterskluwer.com
Ruch – tel. 22 693 70 00 lub 801 800 803, Kolporter – tel. 801 40 40 44,
GLM – tel. +48 504 914 773, Garmond – tel. 22 837 30 08

Skład i łamanie: Master, Łódź
Nakład: 650 egz.



ARTYKUŁY

Katarzyna Pałka

O wątpliwej operatywności teorii utraconej szansy 7

Witold Borysiak

Kilka uwag o zakresie zastosowania przepisów dotyczących odrzucenia spadku
w imieniu dziecka bez zezwolenia sądu opiekuńczego 16

Mateusz Zygmunt

Uprawdopodobnienie w procesie cywilnym 36

Karolina Badurowicz

Dowód „na odległość” – kilka uwag o ewolucji art. 235 k.p.c. 43

Małgorzata Roj

O obiektywizacji przestępstwa, czyli pojęcia przestępstwa, zbrodni oraz występku
w świetle art. 442¹ § 2 k.c. 58

Wiktoria Wojtowicz

Szczególna ochrona świadka z zaburzeniami w trybie art. 185e k.p.k. 69

Przemysław Kolanek

Odpowiedzialność za szkody powstałe po wypowiedzeniu umowy ze świadczeniem
ciągłym 84

ORZECZNICTWO SĄDU NAJWYŻSZEGO W SPRAWACH CYWILNYCH

Piotr Konik

Wierzycielska kara umowna. Głosa do uchwały Sądu Najwyższego z 9.12.2021 r.,
III CZP 26/21 103

ORZECZNICTWO NACZELNEGO SĄDU ADMINISTRACYJNEGO

Rafał Stankiewicz

Przeniesienie zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej na rzecz nabywcy apteki od podmiotu, na rzecz którego zostało wydane dotychczasowe zezwolenie. Głos do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 17.10.2022 r., II GSK 2505/21	112
--	-----



ARTICLES

Katarzyna Pałka

The dubious operability of the theory of a lost opportunity 7

Witold Borysiak

A few remarks on the extent to which the regulations on the rejection of an inheritance on behalf of a child without the permission of the guardianship court are applicable 16

Mateusz Zygmunt

Substantiation in civil proceedings 36

Karolina Badurowicz

‘Remote’ evidence – a few comments on the evolution of Article 235 of the Civil Procedures Code 43

Małgorzata Roj

The objectivization of a crime, namely the concept of crime, felony and misdemeanour in the light of Article 442¹ § 2 of the Polish Civil Code 58

Wiktoria Wojtowicz

Special protection of a witness with disorders under Article 185e of the Criminal Procedures Code 69

Przemysław Kolanek

Liability for damage arising after the termination of a contract for a continuous performance 84

JUDGMENTS OF THE SUPREME COURT IN CIVIL CASES

Piotr Konik

Creditor’s contractual penalty. Commentary on the resolution of the Supreme Court of 09/12/2021, III CZP 26/21 103

CASE LAW OF THE SUPREME ADMINISTRATIVE COURT

Rafał Stankiewicz

The transfer of a retail pharmacy licence to the purchaser of a pharmacy
from the entity to which the original licence had been granted.

Commentary on the ruling of the Supreme Administrative Court

of 17 October 2022, II GSK 2505/21 112

Katarzyna Pałka

doktor nauk prawnych, adiunkt, Zakład Bioetyki i Prawa Medycznego,
Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Jagielloński w Krakowie
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1522-1255>

O wątpliwej operatywności teorii utraconej szansy

Słowa kluczowe: teoria utraconej szansy, szansa na wyleczenie, odszkodowanie za błąd medyczny, niepewna przyczynowość

1. Wprowadzenie

W polskiej doktrynie pojawiają się głosy, że możliwość kompensacji utraconej szansy – rozumianej jako samodzielny interes podlegający ochronie deliktowej – powinna być wprowadzona do nowego kodeksu cywilnego¹. Prezentowane są również poglądy jeszcze dalej idące, według których utraconą szansę można uznać za dobro osobiste i już *de lege lata* dochodzić odszkodowania i zadośćuczynienia na podstawie przepisów o dobrach osobistych². W odpowiedzi na powyższe w artykule zostanie najpierw przybliżona koncepcja utraconej szansy, a następnie poddana krytyce z wykorzystaniem spostrzeżeń Lorda Hoffmana zawartych w opinii do sprawy Gregg v. Scott³.

2. Założenia teorii utraconej szansy

Utracona szansa, o której mowa w artykule, rozumiana jest jako samodzielny interes podlegający ochronie deliktowej⁴. Koncepcja ta rozwinęła się w szczególności na potrzeby spraw medycznych, kiedy nie jest możliwe obiektywnie pewne ustalenie, czy niedbalstwo

¹ Zob. E. Bagińska, *O granicach kompensacji szkody niemajątkowej w przyszłym kodeksie cywilnym (uwagi na tle prac Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego)*, „Państwo i Prawo” 2021/3, s. 129.

² Tak A. Sieczyk-Drzewiecka, *Szkoda ewentualna i utrata szansy. Granice obowiązku odszkodowawczego*, Warszawa 2020, s. 175 i n., a w odniesieniu do utraconej szansy na wyleczenie R. Strugała, *Dobra i interesy chronione w strukturze czynu niedozwolonego*, Warszawa 2019, rozdz. VI, § 11, pkt 4.

³ Gregg v. Scott [2005] UKHL 2, [2005] 2 AC 176.

⁴ Koncepcja ta jest ugruntowana przede wszystkim we Francji, ale stosowana jest również np. w Belgii. Zob.: K. Krupa-Lipińska, *Związek przyczynowy jako przesłanka odpowiedzialności z tytułu czynów niedozwolonych*, Warszawa 2020, s. 261–263; M. Nesterowicz, *Utrata szansy wyleczenia lub przeżycia*

lekarza (które jest niewątpliwe) faktycznie spowodowało skutek w postaci uszkodzenia ciała, rozstroju zdrowia lub śmierci pacjenta⁵. Tak rozumiana doktryna utraconej szansy pozostaje, jak się podkreśla, w zgodzie z klasycznymi regułami dowodzenia związku przyczynowego. Utracona szansa sama w sobie stanowi bowiem interes prawnie chroniony, a zatem skutek, który ma pozostawać w związku przyczynowym z zawinionym zachowaniem⁶. Koncepcja ta zakłada poniesienie odpowiedzialności w takim procencie, o jaki zmniejszyły się statystyczne szanse na uniknięcie ostatecznych skutków choroby. Procent ten liczony jest od pełnego odszkodowania, gdyby takie się należało⁷. Obok tak rozumianej koncepcji występuje jeszcze odpowiedzialność proporcjonalna, która nie upatruje w utraconej szansie odrębnego skutku, lecz przenosi problem na grunt związku przyczynowego. Jest to inne rozwiązanie pod względem zarówno teoretycznym, jak i praktycznym⁸. Szczegóły tej koncepcji pozostają jednak poza zakresem tego artykułu. W literaturze zauważono, że doktryna utraconej szansy ma w sobie (niejako w nią wpisane) ograniczenia, które powodują, że nie nadaje się do stosowania we wszystkich przypadkach niepewnej przyczynowości. Te ograniczenia mogą być jednak powodem, dla którego sądy wydają się bardziej otwarte na tę koncepcję niż na przyjęcie odpowiedzialności proporcjonalnej⁹.

Argumenty, które mogą przekonać do koncepcji utraconej szansy, przedstawił Nils Jansen w artykule pt. *The idea of a lost chance*¹⁰. W swoich rozważaniach posługuje się on następującym przykładem. A doznał ataku serca. Gdyby niezwłocznie została mu udzielona odpowiednia pomoc medyczna, miałby 80% szans na przeżycie. Niestety, po drodze do szpitala doszło do drobnej kolizji drogowej z winy pieszego B, która spowodowała dziesięciominutowe opóźnienie. To z kolei skutkowało spadkiem szansy z początkowych 80% do 40%. Następnie w wyniku rażącego niedbalstwa lekarza C doszło do kolejnego dziesięciominutowego opóźnienia, które zredukowało szansę A na przeżycie do zera. Pacjent zmarł w wyniku działania trzech różnych przyczyn. Analizując ten przykład, Jansen podaje w wątpliwość zastane rozwiązanie

w prawie francuskim, „Państwo i Prawo” 2010/3, s. 38; Q. De Raedt, *Loss of a chance in medical malpractice: A double application*, „Journal of European Tort Law” 2013/3, s. 318.

⁵ M. Wilejczyk, *Problem kompensacji utraconej szansy* [w:] *Prawo deliktowe wobec nowych technologii*, red. P. Machnikowski, Warszawa 2023, s. 341–342.

⁶ Jak stwierdza M. Wilejczyk: „według omawianej koncepcji pierwotna niepewność kauzalna zostaje rozwiązana przez skonstruowanie nowego przedmiotu ochrony, którego związek z wyjściowym zdarzeniem szkodzącym jest pewny i nie budzi wątpliwości” – M. Wilejczyk, *Teorie prawa deliktów*, Warszawa 2021, s. 204. Zob. także T.K. Graziano, *‘All or nothing’ or partial liability in cases of uncertain causation*, „European Review of Private Law” 2008/6, s. 1021–1022.

⁷ E. Bagińska, *Kompensacja utraconej szansy – problem związku przyczynowego czy szkody?* [w:] *Współczesne problemy prawa zobowiązań*, red. A. Olejniczak, J. Haberk, A. Pyrzyńska, D. Sokołowska, Warszawa 2015, s. 62; K. Krupa-Lipińska, *Związek przyczynowy...*, s. 305 i n.

⁸ Zob. szerzej na ten temat K. Pałka, *Odpowiedzialność częściowa jako remedium na niepewną przyczynowość w sprawach tzw. błędów medycznych*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2021/1, s. 63–65; L. Bieri, P. Marty, *The discontinuous nature of the loss of chance system*, „Journal of European Tort Law” 2011/2, s. 23 i n.

⁹ Tak M. Infantino, E. Zervogianni, *Summary and Survey of the Results* [w:] *Causation in European Tort Law*, red. M. Infantino, E. Zervogianni, Cambridge 2017, s. 646.

¹⁰ N. Jansen, *The idea of a lost chance*, „Oxford Journal of Legal Studies” 1999/2.

prowadzące do tego, że zarówno B, jak i C unikną odpowiedzialności ze względu na to, że w łańcuchu przyczynowo-skutkowym pojawiło się jeszcze zawinione zachowanie tej drugiej osoby, które przyczyniło się do śmierci pacjenta¹¹. Autor zadaje również pytanie – odnosząc się do prawa angielskiego – czy powinno się zawsze odmawiać odszkodowania, jeśli poszkodowany od początku miał mniej niż 50% szans na przeżycie¹². Na gruncie prawa polskiego to pytanie jest jeszcze bardziej zasadne, ponieważ poprzeczka prawdopodobieństwa postawiona jest znacznie wyżej – bliżej prawdopodobieństwa graniczącego z pewnością¹³. Jansen zauważa, że dopuszczając się zwłoki w leczeniu pacjenta, C nie tylko przyczynił się do jego śmierci, lecz także zniszczył wszystko to, co temu pacjentowi jeszcze zostało, czyli jakąkolwiek szansę. Nie można przy tym zaprzeczyć, że szansa jest istotna dla ludzi, i to przecież właśnie z jej powodu ludzie poddają się leczeniu¹⁴. Do tego momentu trudno się z autorem nie zgodzić. Problem zaczyna się w dalszej części jego analizy.

3. Granice teorii utraconej szansy

Nils Jansen próbował wytyczyć granice koncepcji utraconej szansy i uczynić skutek w postaci utraty szansy uchwytym¹⁵. Jest to kluczowa kwestia, ponieważ stanowi odpowiedź na jeden z najpoważniejszych zarzutów, że każda sprawa o odszkodowanie, w której związek przyczynowy jest niepewny, mogłaby zostać potraktowana jako sprawa dotycząca co najmniej utraconej szansy uzyskania pozytywnego rezultatu¹⁶. Taką możliwość należy jednak wykluczyć¹⁷, gdyż oznaczałoby to niekontrolowalne zwiększenie liczby roszczeń, trudności z oszacowaniem wysokości możliwej szkody i nadmierne (paraliżujące) ograniczenie wolności działania obywateli¹⁸. Wszyscy jesteśmy codziennie narażeni na ryzyko (w różnym stopniu, także tym niedopuszczalnym) i tylko niewielki procent tych niebezpiecznych sytuacji kończy się zmaterializowaniem ryzyka w postaci powstania szkody. Można powiedzieć, że zasądzanie odszkodowań za samo niebezpieczne zachowanie (stworzenie ryzyka) nie tylko naruszałoby funkcje odpowiedzialności odszkodowawczej (która w centrum stawia szkodę)¹⁹, ale byłoby po prostu niewykonalne.

¹¹ N. Jansen, *The idea...*, s. 278.

¹² W systemie *common law* prawdopodobieństwo związku przyczynowego ustalane jest zgodnie z zasadą *more probable than not*. Wystarczy zatem, jeśli wynosi powyżej 50% – zob. E. Kabza, *Utrata szansy wyleczenia w prawie angielskim*, „Prawo i Medycyna” 2010/1, s. 75; R.S. Bruer, *Loss of a chance as a cause of action in medical malpractice cases*, „Missouri Law Review” 1994/4, s. 972.

¹³ E. Bagińska, *Odpowiedzialność deliktowa w razie niepewności związku przyczynowego. Studium porównawcze*, Toruń 2013, s. 54.

¹⁴ N. Jansen, *The idea...*, s. 280–281.

¹⁵ N. Jansen, *The idea...*, s. 281.

¹⁶ E.J. Weinrib, *Causal uncertainty*, „Oxford Journal of Legal Studies” 2016/1, s. 159; opinia Baroness Hale w sprawie *Gregg v. Scott*, teza 224.

¹⁷ W literaturze to twierdzenie przyjmuje się czasem za pewnik i nie przedstawia się uzasadnienia.

¹⁸ J.C.P. Goldberg, B.C. Zipursky, *Unrealized torts*, „Virginia Law Review” 2002/8, s. 1652–1655.

¹⁹ Zob. J. Dąbrowa, *Wina jako przesłanka odpowiedzialności cywilnej*, Wrocław 1968, s. 147–148; E. Deutsch, *Allgemeines Haftungsrecht*, Köln–Berlin–Bonn–München 1996, s. 1 i n.

W celu wytyczenia granicy Jansen odróżnił od siebie dwa przypadki, wykorzystując stany faktyczne ze spraw *Hotson v. East Berkshire Area HA*²⁰ oraz *Wilsher v. Essex Area HA*²¹. Autor podaje, że w pierwszej ze spraw powód naprawdę stracił 25% szans na wyzdrowienie z powodu zaniechania diagnostyki i wdrożenia prawidłowego leczenia. Powodem był chłopiec, który po tym, gdy spadł z drzewa, został odesłany do domu bez przeprowadzenia odpowiedniej diagnostyki. Kiedy po kilku dniach wrócił do szpitala, okazało się, że doznał jałowej martwicy kości udowej i w tym momencie lekarze już nic nie mogli zrobić. W drugiej sprawie doszło do podania wcześniakowi nadmiernej ilości tlenu. Zgodnie jednak z opinią biegłych to zaniedbanie było tylko jedną z pięciu potencjalnych przyczyn utraty przez dziecko wzroku w jednym oku (cztery pozostałe potencjalne przyczyny były naturalne). W związku z tym, że uszczerbek na zdrowiu mogła spowodować tylko jedna z tych przyczyn, ale nie wiadomo która, nie można, zdaniem Jansena, stwierdzić, że błąd personelu medycznego zniweczył szansę na wyleczenie²².

Z powyższego wynika, że sprawa *Hotson v. East Berkshire Area HA* posłużyła Janse-
nowi jako przykład zastosowania koncepcji utraconej szansy, a sprawa *Wilsher v. Essex Area HA* jako przykład wykraczający poza granice zastosowania tej teorii. Zaproponowane rozróżnienie autor zastosował również w swoim przykładzie z atakiem serca i stwierdził, że C zniweczył szansę (czyli spowodował skutek), natomiast B tylko zwiększył ryzyko²³. Przechodzień B, jak stwierdza Jansen, nie spowodował skutku ani w postaci śmierci, ani w postaci zredukowania szansy na przeżycie do zera. Nawet gdyby zachowanie C nie było zawinione, to przechodzień B nie ponosiłby odpowiedzialności za samo tylko zwiększenie ryzyka.

Dobrym testem dla przedstawionej koncepcji jest sprawa *Gregg v. Scott*. Pan Scott, który był lekarzem pierwszego kontaktu, błędnie zidentyfikował u pana Gregga guzek pod pachą jako tłuszczak. W rzeczywistości guzek był złośliwym nowotworem (chłoniakiem nieziarniczym). W związku z tym pacjent postawił lekarzowi zarzut, że ten nie zlecił pogłę-
bionej diagnostyki, co opóźniło wykrycie nowotworu i podjęcie leczenia. Zdaniem biegłych, którzy sporządzili opinie w tej sprawie, opóźnienie spowodowało zredukowanie szansy na przeżycie o ponad 10 lat z 42% do 25%²⁴. Lord Hoffmann²⁵ odniósł się najpierw do spraw *Hotson v. East Berkshire Area HA* oraz *Wilsher v. Essex Area HA*, zwracając uwagę na to, że w interesującym nas aspekcie wcale nie różnią się one od siebie. Niepożądane skutki, jakie wystąpiły w obu sprawach (jałowa martwica kości udowej i ślepotą), były zdetermi-
nowane przez konkretne przyczyny. Brakuje nam tylko odpowiedniej wiedzy, by je ustalić. W sprawie *Hotsona*, podawanej przez Jansena jako przykład utraty szansy na wyleczenie,

²⁰ [1987] AC 750.

²¹ [1988] AC 1074.

²² N. Jansen, *The idea...*, s. 281–282.

²³ N. Jansen, *The idea...*, s. 295.

²⁴ Wyjaśnienie tego, w jaki sposób biegli ustalili te procenty, przedstawia C. Miller, *Gregg v. Scott: Loss of chance revisited*, „Law, Probability and Risk” 2005/4, s. 228. Należy dla porządku dodać, że w chwili orzekania pan Gregg ciągle żył, więc nie doszło jeszcze do zniweczenia szansy. Ta okoliczność nie ma jednak znaczenia z perspektywy tej części rozważań Lorda Hoffmanna, na których skupiam się w artykule.

²⁵ Opinia Lorda Hoffmanna w sprawie *Gregg v. Scott*, teza 74–79.

tak naprawdę nie wiadomo (z powodu nieprzeprowadzenia badań), czy w chwili pierwszego kontaktu lekarzy z pacjentem uszkodzenie naczyń krwionośnych u chłopca nie było już tak rozległe, że nic nie dało się zrobić. Mogło być zatem tak, że już w tym momencie chłopiec nie miał nawet najmniejszej szansy na uratowanie zdrowia. W tym miejscu wypada przypomnieć, że w sprawach utraconej szansy na wyleczenie szkoda i związek przyczynowy mają być wykazane według klasycznych reguł. W związku z powyższym, skoro nie można stwierdzić, że szansa rzeczywiście istniała i chłopiec został jej pozbawiony, to nie można w tej sprawie zaaplikować koncepcji utraconej szansy.

Należy podkreślić, że wytyczenie granic koncepcji utraconej szansy było konieczne i trudno sobie wyobrazić, by można to było zrobić w inny sposób, niż zrobił to Jansen. Problem leży zatem gdzie indziej. Po dokładniejszej analizie okazuje się, że niełatwo podać przykład niepewnej przyczynowości w sprawach medycznych, kiedy ta teoria mogłaby znaleźć niewątpliwe zastosowanie. Nie nadaje się ona bowiem do zastosowania także w przypadku opóźnienia w diagnozowaniu pacjentów onkologicznych. Jak zauważył Lord Hoffmann²⁶, w sprawie pana Gregga również była jakaś konkretna determinanta, której tylko nie potrafimy ustalić. Los tego pacjenta mógł być już wcześniej przesądzony w jego genetyce i w istocie nie miał on żadnej szansy na przeżycie, gdy pojawił się pierwszy raz w gabinecie pana Scotta.

Trudno zaprzeczyć trafności spostrzeżeń Lorda Hoffmanna. Można dodać, że gdyby w sprawie Hotsona zastosować koncepcję utraconej szansy zgodnie z postulatem Jansena, byłoby to tak samo iluzoryczne jak mnożenie jednej szansy przez drugą. Po szczegółowym przeanalizowaniu rozumowania biegłych w tego typu sprawie mogłoby się bowiem okazać, że najpierw biegli oszacowali szansę na to, że wyjściowo dało się coś zrobić (np. na 50%), a potem oszacowali szansę na to, że działania przyniosłyby pożądany skutek (na kolejne 50%), i w rezultacie otrzymali 25%. Ze względu na niezrobienie chłopcu odpowiednich badań podczas jego pierwszej wizyty w szpitalu sprawę Hotsona można postrzegać w istocie jako taką, w której lekarze pozbawili go szansy na udowodnienie, że miał szansę. Podwójną aplikację koncepcji utraconej szansy Jansen jednak wyraźnie wykluczył²⁷, nie zauważając, że koncepcja w całej swojej rozciągłości opiera się na iluzorycznym (hipotetycznym) skutku.

4. Podwójna aplikacja teorii utraconej szansy

Powyższą tezę wydaje się potwierdzać praktyka sądowa, której podwójne aplikowanie teorii utraconej szansy – wbrew zastrzeżeniu Jansena – nie jest obce. Moim zdaniem praktyka ta nie tyle stanowi wypaczenie (błędne stosowanie)²⁸ tej koncepcji, ile odzwierciedla właśnie jej słabość. Żeby to uargumentować, posłużę się belgijską sprawą przedstawioną przez Quintena De Raedta²⁹. Lekarz usunął pacjentowi znamię, ale zaniechał wysłania

²⁶ Opinia Lorda Hoffmanna w sprawie *Gregg v. Scott*, teza 80.

²⁷ N. Jansen, *The idea...*, s. 290.

²⁸ Jak twierdzą zwolennicy koncepcji utraconej szansy, np. wspomniany już Q. De Raedt.

²⁹ Q. De Raedt, *Loss of a chance...*, s. 316–317.

wycinka do badań. Po kilku miesiącach dokonano ponownego wycięcia pozostałości tego znamienia i po ich wysłaniu do badania okazało się, że to był czerniak w zaawansowanym stadium – już niekwalifikującym się do leczenia. Pacjent zmarł kilka miesięcy później. Biegli w tej sprawie uznali za prawdopodobne to, że w chwili poddawania się pierwszemu zabiegowi pacjent mógł mieć jakąś szansę na wyleczenie, ale za możliwe uznali również to, że mógł nie mieć już żadnej szansy. Jak dalej podaje autor, jest to pierwsza sprawa, w której sąd belgijski dokonał podwójnej aplikacji teorii utraconej szansy. Sąd stwierdził bowiem, że nie wiadomo, czy pacjent miał szansę. Zasadził jednak odszkodowanie na rzecz rodziny pacjenta za to, że przez zaniedbanie lekarza, który nie wysłał wycinka do badań, rodzina pacjenta straciła szansę na udowodnienie tego, iż pacjent miał szansę na wyleczenie.

Quinten De Raedt poddaje rozumowanie sądu krytyce. Nie neguje jednak tego, że może dochodzić do mnożenia jednej szansy przez drugą. Zauważa natomiast, że istnienie obu szans (czyli to, że każda z nich wynosi więcej niż zero) musi być pewne. Jeśli jest możliwe, że jedna z tych szans wynosiła zero, to nie doszło do wykazania szkody i nie ma podstaw do odszkodowania³⁰. Autor pozostaje niezmiennie zwolennikiem koncepcji utraconej szansy, uznając omawiane orzeczenie za przykład jej nieprawidłowego zastosowania³¹.

Zaskakujące w rozważaniach De Raedta jest to, że chwilę wcześniej podaje przykład prawidłowej, jego zdaniem, podwójnej aplikacji teorii utraconej szansy. Miało to miejsce w sprawie, w której podczas badania *per rectum* internista wyczuł nieprawidłowość i zlecił badanie krwi, na podstawie którego wykluczył raka prostaty. Trzy lata później u pacjenta wykryto zaawansowanego raka prostaty. Sąd zasadził odszkodowanie za utratę szansy oszacowanej na poziomie 25%. Sąd nie przedstawił szczegółowego wyliczenia, ale oparł się na opinii biegłych, którzy stwierdzili, że gdyby pacjent został przez internistę skierowany do urologa, byłoby 40–60% na wykrycie raka, a jeśli rak zostałby wykryty, to szansę na jego wyleczenie oszacowali na poziomie 50–90%³². De Raedt stwierdza, że w tym przypadku podwójna aplikacja teorii utraconej szansy wydaje się trafna. Wniosek ten zaskakuje, ponieważ jeśli wcześniejsze skierowanie pacjenta do urologa dawało 40–60% szans na wykrycie raka, to mniej więcej równie prawdopodobne było to, że na tym etapie urolog niczego by jeszcze nie wykrył, więc tej szansy na wyleczenie na poziomie 50–90% mogło w ogóle nie być.

Artykuł De Raedta pokazuje, wbrew woli autora, że mówienie o pewności w kontekście szansy jest z gruntu chybione. Trudno przy tym nie dostrzec, że zwolennicy teorii utraconej szansy wpadają w pułapkę myślową, zaczynając od argumentu, że w sprawach medycznych nigdy nie ma pewności, a kończąc na wytyczaniu granic koncepcji przez odwoływanie się do pewności utraty szansy. Warto też zauważyć, że sposób sformułowania opinii biegłych (ogólny i skrótowy czy bardziej rozbudowany i szczegółowy) wydaje się mieć dla zastosowania koncepcji utraconej szansy niebagatelne znaczenie. Jeśli opinia biegłych będzie odpowiednio rozbudowana, wnikliwa i szczegółowa, to w wielu przypadkach nie będzie można na jej podstawie wykluczyć ewentualności, że szansa w ogóle nie istniała. To zaś, jak wiemy, ma wyłączać możliwość zastosowania tej teorii.

³⁰ Q. De Raedt, *Loss of a chance...*, s. 324–325.

³¹ Q. De Raedt, *Loss of a chance...*, s. 326–327.

³² Q. De Raedt, *Loss of a chance...*, s. 325–326.