

WSPÓŁCZESNE PROBLEMY PRAWA ZOBOWIĄZAŃ

redakcja naukowa
Adam Olejniczak
Joanna Haberko
Agnieszka Pyrzyńska
Dorota Sokołowska

MONOGRAFIE LEX



LEX

a Wolters Kluwer business

WSPÓŁCZESNE PROBLEMY PRAWA ZOBOWIĄZAŃ

redakcja naukowa
Adam Olejniczak
Joanna Haberko
Agnieszka Pyrzyńska
Dorota Sokołowska



LEX

a Wolters Kluwer business

Warszawa 2015

Stan prawny na 1 grudnia 2014 r.

Recenzenci

Prof. US dr hab. Zbigniew Kuniewicz

Prof. dr hab. Piotr Machnikowski

Wydawca

Magdalena Stojek-Siwińska

Redaktor prowadzący

Katarzyna Gierłowska

Łamanie

JustLuk Łukasz Drzewiecki, Justyna Szumieł, Krystyna Szych

Ta książka jest wspólnym dziełem twórcy i wydawcy. Prosimy, byś przestrzegał przysługujących im praw. Książkę możesz udostępnić osobom bliskim lub osobiście znanym, ale nie publikuj jej w internecie. Jeśli cytujesz fragmenty, nie zmieniaj ich treści i koniecznie zaznacz, czyje to dzieło. A jeśli musisz skopiować część, rób to jedynie na użytek osobisty.

prawolubni

SZANUJMY PRAWO I WŁASNOŚĆ

Więcej na www.legalnakultura.pl

POLSKA IZBA KSIĄŻKI

© Copyright by

Wolters Kluwer SA, 2015

ISBN 978-83-264-8052-2

ISSN 1897-4392

Wydane przez:

Wolters Kluwer SA

Dział Praw Autorskich

01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33

tel. 22 535 82 00, fax 22 535 81 35

e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

Spis treści

Słowo wstępne	11
----------------------------	-----------

Wystąpienia poświęcone profesorowi Zbigniewowi Radwańskiemu

<i>Janina Panowicz-Lipska</i> Nowe konstrukcje w projekcie przepisów o umowach dotyczących korzystania z cudzych rzeczy lub praw	15
<i>Bronisław Ziemianin</i> Profesor Zbigniew Radwański – wspomnienie pośmiertne	27
<i>Maksymilian Pazdan</i> Profesor Zbigniew Radwański jako uczony, kodyfikator i redaktor	32
<i>Andrzej Szlęzak</i> Profesor Radwański – refleksja osobista	39

Część pierwsza. Referaty

<i>Ewa Bagińska</i> Kompensacja utraconej szansy – problem związku przyczynowego czy szkody?	43
<i>Kinga Bączyk-Rozwadowska</i> Koncepcja <i>no fault compensation</i> a polski system kompensacji szkód doznanych w następstwie zdarzeń medycznych	68
<i>Zdzisław Brodecki, Dorota Maśniak</i> <i>Principles of European Insurance Contract Law</i> jako element zintegrowanego porządku prawnego	95
<i>Jan Byrski</i> Ustawowy zakaz wyłączania lub ograniczania odpowiedzialności partnera outsourcingowego wobec banku	113

Krzysztof Czub

Treść umów licencyjnych w prawie autorskim i w prawie własności przemysłowej – wspólna natura, odmienna regulacja 124

Katarzyna Doliwa, Adam Doliwa

Zbigniewa Radwańskiego semiotyczna koncepcja oświadczenia woli 141

Przemysław Drapała

Problem niespójnej i niepełnej regulacji kodeksowej skutków wykonania umownego i ustawowego prawa odstąpienia od umowy (art. 395 § 2 a art. 494 k.c.) w perspektywie nowej kodyfikacji 153

Edyta Figura-Góralczyk

Prawo właściwe dla „wielomiejscowych” czynów nieuczciwej konkurencji 170

Grzegorz Gorczyński

Klauzula *rebus sic stantibus* w XXI wieku 186

Mateusz Grochowski, Ewa Łętowska

Czemu może dziś służyć bezpodstawne wzbogacenie? 213

Jacek Górecki, Grzegorz Matusik

Prawo pierwokupu (pierwszeństwo) w nowym kodeksie cywilnym 230

Jacek Jastrzębski

Konstrukcje prawa obcego a ustalone zwyczaje przy wykładni klauzul umownych 246

Natalia Karczevska-Kamińska

Dostosowanie polskiego prawa czynów niedozwolonych do zasad europejskiego prawa deliktów zawartych w PETL i DCFR (w związku z projektem nowego kodeksu cywilnego) 269

Wojciech J. Katner

Odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną naruszeniem zobowiązania *de lege lata* i według propozycji zgłoszonych do nowego kodeksu cywilnego 286

Piotr Konik, Maciej Pannert

Dopuszczalność zastrzegania uprawnienia do odstąpienia częściowego w umowie o roboty budowlane 305

Marcin Krajewski

Pierwotna niemożliwość świadczenia – między dwoma rozwiązaniami 323

Zbigniew Kuniewicz, Przemysław Katner

Zmiany w składzie osobowym spółników spółki cywilnej a odpowiedzialność za jej zobowiązania 334

Jan Lic

Treść pojęcia solidarności dłużników 352

Anita Lutkiewicz-Rucińska

Zagadnienie wielości świadczeń głównych w stosunku
zobowiązaniowym – rozważania na przykładzie umowy o dzieło 369

Piotr Machnikowski

Prawo zobowiązań w 2025 roku. Nowe technologie, nowe wyzwania 379

Maja Maciejewska-Szałas

Forma dokumentowa i elektroniczna czynności prawnych w projekcie
księgi pierwszej nowego kodeksu cywilnego 396

Maciej Mataczyński

Prawo właściwe dla formy czynności prawnych, których przedmiotem
jest rozporządzenie prawami udziałowymi w spółkach handlowych,
jak również powstanie, łączenie, podział, przekształcenie lub ustanie
osoby prawnej 412

Jacek Mazurkiewicz

„Cześć, prywatność i zgon pilnie sprzedam!” Wokół dopuszczalności
rozporządzania prawami osobistymi 432

Katarzyna Michałowska

Argumenty z prawa obcego w uzasadnieniu uchwał i orzeczeń Sądu
Najwyższego 457

Kinga Michałowska

Umowne zadysponowanie informacjami ze sfery prywatności 475

Krzysztof Mularski

Zakres autonomii woli w ramach prawa pierwokupu 498

Izabela Mycko-Katner

Charakter (natura) świadczenia wyrównawczego w umowie agencyjnej 528

Magdalena Olczyk

Charakter prawny więzi łączącej dawne strony umowy najmu
w razie dalszego zajmowania lokalu mieszkalnego przez byłego najemcę 547

Marlena Pecyna, Fryderyk Zoll

Regulacja świadczenia usług jako wyzwanie legislacyjne 561

Agnieszka Pyrżyńska

Świadczenie jednorazowe w umownym zobowiązaniu ciągłym 588

Małgorzata Pyziak-Szafnicka

Uwagi na temat naprawienia szkody wyrządzonej przez wydanie
prawomocnego orzeczenia lub ostatecznej decyzji 605

Maciej Rzewuski

Darowizna na wypadek śmierci 626

Tomasz Sójka

Umowa o wykonywanie zleceń nabycia lub zbycia instrumentów
finansowych 639

Rafał Szczepaniak

Rozróżnienie prawa prywatnego i publicznego na przykładzie umów
obligacyjnych jako form działania administracji 652

Andrzej Szlęzak

Kilka uwag o warunku potestatywnym 670

Ryszard Szostak

O potrzebie usprawnienia kodeksowej regulacji umów o świadczenie
usług na warunkach zlecenia 680

Piotr Tereszkiewicz

Solidarność dłużników w świetle europeizacji prawa obligacyjnego 696

Krzysztof Topolewski

Umowa agencyjna według Kodeksu cywilnego. Wybrane problemy
de lege ferenda 712

Magdalena Wilejczyk

O potrzebie uchylecia art. 412 k.c. i zasadności wprowadzenia reguły
wyłączającej żądanie zwrotu świadczenia niegodziwego 728

Piotr Zakrzewski

Umowa darowizny na wypadek śmierci w prawie holenderskim,
niemieckim i polskim 743

Kamil Zaradkiewicz

Prawo zabudowy w pracach Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego 761

Część druga. Głosy w dyskusji

Katarzyna Anna Dadańska

Prawo pierwokupu (pierwszeństwo nabycia) – głos w dyskusji 783

<i>Jacek Mazurkiewicz</i> Dwa głosy w dyskusjach	788
---	-----

<i>Marek Miller</i> Wypowiedź odnosząca się do referatu Profesor Małgorzaty Pyziak-Szafnickiej ...	790
---	-----

<i>Konrad Osajda</i> Wielość funkcji zadośćuczynienia a zakres swobody sędziowskiej przy określaniu wysokości zadośćuczynienia	794
--	-----

<i>Maria-Anna Zachariasiewicz</i> Uwagi do referatu Profesora Wojciecha J. Katnera	798
---	-----

Podsumowanie

<i>Tomasz Sokołowski</i> Współczesne problemy prawa zobowiązań. Podsumowanie V Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów w Poznaniu w 2014 roku	803
---	-----

Słowo wstępne

Książka, którą oddajemy do rąk Czytelników, zawiera opracowania przygotowane na V Ogólnopolski Zjazd Cywilistów, zorganizowany w Poznaniu w dniach 26–27 września 2014 r. przez Katedrę Prawa Cywilnego, Handlowego i Ubezpieczeniowego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu.

Tematem Zjazdu, w którym uczestniczyło ponad trzystu przedstawicieli nauki polskiego prawa cywilnego, praktyki prawniczej oraz zaproszonych gości, były współczesne problemy prawa zobowiązań, ze szczególnym uwzględnieniem zagadnień nowej kodyfikacji poświęconej prawu obligacyjnemu. W książce udało się pomieścić kilkadziesiąt opracowań. W pierwszej części zamieszczamy wypowiedzi poświęcone prof. dr. Zbigniewowi Radwańskiemu. Na prośbę organizatorów teksty te przygotowali współpracownicy i uczniowie Profesora, mistrza cywilistyki dla wielu pokoleń prawników, pod którego kierownictwem Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego pracowała nad nowym kodeksem cywilnym. Pozostałe materiały zostały ujęte w porządku alfabetycznym i obejmują zagadnienia dotyczące niemal wszystkich działów zobowiązań, w tym również tematykę z pogranicza prawa rzeczowego oraz prawa prywatnego międzynarodowego.

Jesteśmy przekonani, że zebrane w książce artykuły stanowią znaczące osiągnięcie świetnych cywilistów, którzy w pięćdziesięciolecie uchwalenia Kodeksu cywilnego i dziesięciolecie podjęcia pierwszych prac nad nowym kodeksem cywilnym zabrali głos w dyskusji nad potrzebą nadania nowego kształtu polskiemu prawu zobowiązań. Wiele rozwiązań zaproponowanych przez autorów, ze względu na ich nowatorski charakter, stanowi cenny wkład w rozwój prawa cywilnego. Sądzymy, że artykuły zawierają dorobek badawczy, który może w najbliższym czasie kształtować praktykę stosowania prawa cywilnego. Wyrażamy więc nadzieję, że zbiór oddawany właśnie do rąk Czytelników, zawierający myśli nowe, wzbogacające dotychczasową wiedzę o stosunkach zobowiązaniowych i ich normatywnej regulacji, zostanie uznany przez Czytelników za interesujący poznawczo oraz ważny praktycznie.

Dziękujemy serdecznie wszystkim, którzy pomagali w organizacji V Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów, uczestnikom Zjazdu, moderatorom paneli zjazdowych oraz referentom i dyskutantom, w tym zwłaszcza autorom opracowań, a także osobom, które wsparły materialnie Zjazd. Dziękujemy Wydawnictwu Wolters Kluwer SA za wydanie niniejszej publikacji.

*Adam Olejniczak, Joanna Habermo,
Agnieszka Pyrżyńska, Dorota Sokołowska*

Poznań, październik 2014 r.

**Wystąpienia poświęcone profesorowi
Zbigniewowi Radwańskiemu**

Nowe konstrukcje w projekcie przepisów o umowach dotyczących korzystania z cudzych rzeczy lub praw

I. Niniejsze opracowanie jest pomyślane jako łącznik między pierwszą częścią konferencji, poświęconą upamiętnieniu zasług Pana Profesora Zbigniewa Radwańskiego dla rozwoju polskiego prawa prywatnego, a dalszym jej programem, skupiającym się na współczesnych zagadnieniach prawa zobowiązań.

Pod kierunkiem prof. Radwańskiego rozpoczęły się i rozwinęły prace nad jednym z największych przedsięwzięć Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego, jakim jest niewątpliwie tworzenie nowego Kodeksu cywilnego. Profesor przewodniczył zarazem wielu zespołom problemowym Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego, powoływanym do przygotowania projektów poszczególnych instytucji Kodeksu cywilnego. W 2012 r., podczas ostatnich miesięcy swego życia, prof. Radwański zajmował się, w ramach prac nad nowym kodeksem, m.in. problematyką części szczegółowej zobowiązań. W połowie tegoż roku powstał projekt przepisów regulujących umowy o korzystanie z cudzych rzeczy lub praw¹, którego zasadnicze elementy zamierzam przedstawić. Projekt został opracowany przez zespół Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego w składzie: przewodniczący – prof. Zbigniew Radwański oraz członkowie: prof. Roman Budzinowski, dr Aneta Suchoń i prof. Janina Panowicz-Lipska. Jest zrozumiałe, że wiodącą była rola prof. Radwańskiego jako przewodniczącego zespołu i wybitnego znawcy tematu. Każdą z uwzględnionych w projekcie instytucji – a należą do nich: najem, dzierżawa, leasing, użyczenie – Profesor omawiał i analizował w swoich publikacjach², zgłaszając także potrzebę określonych zmian. Jego przemyślenia dotyczące kodeksowych regulacji z tego za-

* Janina Panowicz-Lipska, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu.

¹ Tekst projektu w materiałach Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego, złożony z datą 11 czerwca 2012 r.

² W szczególności są to opracowania w *Systemie prawa cywilnego*, t. III, cz. 2, red. S. Grzybowski, Ossolineum 1976, i w *Systemie Prawa Prywatnego*, t. 8, red. J. Panowicz-Lipska, Warszawa 2004, 2011, monografia i artykuły na temat najmu lokali, studium dotyczące leasingu.

kresu znalazły wyraz w tekście proponowanych regulacji. Nowe rozwiązania zostały też wprowadzone z inicjatywy członków zespołu – przedstawicieli nauki prawa cywilnego oraz prawa rolnego. Zapewne uczestnicy konferencji za-uwają w niektórych miejscach projektu urzeczywistnienie swoich koncepcji *de lege ferenda* – jest oczywiste, że dorobek piśmiennictwa ma zawsze w pracach legislacyjnych ogromne znaczenie.

Projekt stanowi rezultat pracy zespołowej i fakt, że brałam udział w jego tworzeniu, upoważnia mnie, jak sądzę, do zaprezentowania zawartych w nim unormowań. Zwrócę uwagę na ważniejsze, w mojej ocenie, nowe konstrukcje prawne, w kontekście współcześnie obowiązujących w Polsce regulacji. Nie informuję, kto konkretnie w głównej mierze przyczynił się do danego rozwiązania, czyniąc jednak wyjątek, gdy był to prof. Radwański.

II. Projekt realizuje ogólną koncepcję Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego, w myśl której w strukturze nowego Kodeksu cywilnego, w tzw. części szczegółowej księgi poświęconej zobowiązaniom, należy wyodrębnić grupę umów dotyczących korzystania z cudzych rzeczy lub praw i przyjąć dla tych umów pewne wspólne przepisy (co pozwoli uniknąć powtórzeń, odesłań, problemów związanych z „odpowiednim” stosowaniem przepisów regulujących daną umowę do innej), a następnie unormować wchodzące w grę typy umów, obejmujących obowiązek oddania innej osobie – odpłatnie albo nieodpłatnie – rzeczy lub prawa do czasowego używania. Już wcześniej zostały wymienione umowy, o których projekt wyraźnie stanowi. W jego uzasadnieniu znajduje się wyjaśnienie, dlaczego pomija się w szczególności timesharing, umowę o licencję i *know-how*.

Samo stworzenie wspomnianego zestawu wspólnych przepisów stanowi legislacyjną nowość, natomiast cecha ta w różnym stopniu znamionuje postanowienia z tego zakresu. Na ogół uwzględniają one unormowania już przyjęte dla poszczególnych typów umów, a to oznacza likwidację powtórzeń bądź upowszechnienie jakiegoś rozwiązania w odniesieniu do grupy umów. Do zagadnień wspólnych – po objaśnieniu pojęcia umowy o korzystanie z cudzej rzeczy lub prawa³ – projektodawcy zaliczyli: określenie sposobu korzystania, przyznanie korzystającemu ochrony bezwzględnej, kwestię roszczeń osób trzecich kierowanych do korzystającego, zasadę solidarnej odpowiedzialności osób współkorzystających, kwestię zniszczenia przedmiotu, za który dający do korzystania nie odpowiada, określenie sytuacji podmiotów, gdy korzystający oddaje przedmiot umowy do korzystania innej osobie, zasadę zwrotu przedmiotu korzystania w stanie niepogorszonym, przedawnienie roszczeń w stosunkach między dającym do korzystania a korzystającym.

Można zauważyć, że uogólnieniu mają podlegać zwłaszcza określone konstrukcje prawne przewidziane w kodeksowej regulacji najmu, których zastoso-

³ Oto dotyczące tego pojęcia przepisy projektu: „§ 1. Tytuł niniejszy reguluje umowy, w których dający do korzystania zobowiązuje się oddać korzystającemu rzecz lub prawo do korzystania przez czas oznaczony albo nieoznaczony. § 2. Korzystanie może być odpłatne albo nieodpłatne; jeżeli jest odpłatne, korzystający spełnia świadczenie w pieniądzu, chyba że w umowie postanowiono inaczej. § 3. Czynsz jest świadczony okresowo, jednakże w umowie zawartej na czas oznaczony można postanowić, że ma być świadczony jednorazowo”.

wanie do innych typów umów, uwzględnianych także w projekcie, jest na gruncie obowiązujących przepisów tylko „odpowiednie” (por. art. 694 i 709¹⁷ k.c.). Wywołuje to niepewność co do zakresu odesłania i do rozstrzygnięć sądowych. W szczególności znane są kontrowersje i rozbieżne poglądy orzecznictwa w sprawie stosowania do poddzierżawy przepisu art. 668 § 2 k.c. o rozwiązaniu *ex lege* podnajmu najpóźniej z chwilą zakończenia stosunku najmu⁴. Proponowana regulacja ma usunąć niejasności w tym względzie. W projekcie wskazuje się wyraźnie, że stosunek umowny między korzystającym a osobą trzecią (dotyczy to np. podnajmu, poddzierżawy, użyczenia) gaśnie najpóźniej z chwilą zakończenia stosunku prawnego, którego stronami są dający do korzystania i korzystający (np. najmu, dzierżawy).

Wśród wspólnych przepisów dla wyróżnionej grupy umów zwraca uwagę postanowienie zapewniające korzystającemu ochronę bezwzględną. Projekt przewiduje mianowicie, że: „Po wydaniu przedmiotu umowy korzystającemu, do ochrony jego prawa do korzystania z tego przedmiotu stosuje się odpowiednio przepisy o ochronie własności”. Jest to nawiązanie do koncepcji wyrażonej w art. 690 k.c., według którego na podstawie stosowanych odpowiednio przepisów o ochronie własności jest chronione prawo najemcy do używania lokalu, a także do jej rozwinięcia w art. 19 ustawy z 21 czerwca 2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego (tekst jedn. Dz.U. z 2014 r., poz. 150 ze zm.), który taką ochronę przyznaje prawom lokatora do używania lokalu, co dotyczy osób używających lokali na podstawie innych tytułów prawnych niż prawo własności – nie tylko najmu, lecz np. użyczenia, z tym że ochrona odnosi się tylko do używania lokali objętych regulacją ustawy.

W obowiązującym stanie prawnym wyłącznie określone w przywołanych przepisach prawa do używania lokalu korzystają z ochrony petytoryjnej, a to nie tylko w ocenie twórców projektu jest niewystarczające. Projekt czyni zadość słusznym postulatowi doktryny co do stosowania przepisów o ochronie własności do ochrony praw dzierżawcy⁵. Na tym jednak nie poprzestaje, odnosząc koncepcję ochrony petytoryjnej do wszystkich typów umów z zakresu jego regulacji. Z kolei, w odróżnieniu od pierwowzoru, ochrona ta jest według projektu ograniczona do sytuacji, gdy przedmiot umowy został wydany korzystającemu, przejął on zatem władanie nad rzeczą i tym samym ujawnił swoje do niej prawo.

Należy odnotować, że ta przesłanka ochrony znalazła się w projekcie pod wpływem argumentacji prof. Radwańskiego, który „odświeżył” swoją propozycję z 1961 r. dotyczącą ogłoszonego w 1960 r. projektu Kodeksu cywilnego, gdzie w art. 609 przyznano najemcy lokalu taką ochronę, jaka przysługuje właścicielowi⁶. Przepis ten został umieszczony w Kodeksie cywilnym z 1964 r. jako art. 690 – bez sugerowanej przez Profesora poprawki, uzależniającej bezwzględ-

⁴ Za wyłączeniem jego zastosowania opowiedział się Sąd Najwyższy np. w wyrokach z 7 listopada 1997 r., III CKN 249/97, OSN 1998, nr 3, poz. 53, i z 20 lipca 2006 r., V CSK 200/06, OSN 2007, nr 4, poz. 61.

⁵ Zob. A. Lichorowicz, w: *System Prawa Prywatnego*, t. 8, red. J. Panowicz-Lipska, Warszawa 2011, s. 208; A. Suchoń, *Prawna ochrona trwałości gospodarowania na dzierżawionych gruntach rolnych*, Poznań 2006, s. 95 i 264–265.

⁶ Z. Radwański, *Najem mieszkań w świetle publicznej gospodarki lokalami*, Warszawa 1961, s. 217.

na ochronę najmu od faktu wydania lokalu. W pracach nad niniejszym projektem zadbał o wprowadzenie takiego ograniczenia, uznając przy tym, że nie tylko w razie najmu lokalu, lecz także w przypadku innych umów, o których projekt stanowi, wydanie przedmiotu korzystania jest niezbędne do udzielenia korzystającemu ochrony petytoryjnej.

Przy omawianiu wspólnych unormowań proponowanych dla umów o korzystanie z cudzej rzeczy lub prawa warto wspomnieć o mniej skomplikowanych niż obowiązujące regułach przedawnienia roszczeń w stosunkach między dającym do korzystania a korzystającym. Projekt przewiduje, że w zasadzie mają być tutaj stosowane ogólne terminy przedawnienia, niemniej jednak roszczenia ulegają przedawnieniu najpóźniej z upływem roku od dnia zwrotu przedmiotu korzystania.

Trzeba też zwrócić uwagę na istotne jednakowe rozwiązania przyjęte dlatego, że należało uwzględnić treść przepisów zawartych w przygotowywanym przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego projekcie tzw. części ogólnej prawa zobowiązań. Dotyczy to m.in. przepisów o zakończeniu zobowiązań trwałych, które powstają właśnie na podstawie umów objętych omawianym projektem. Wobec zamieszczenia przepisów o wypowiedzeniu zobowiązań trwałych wśród instytucji części ogólnej zobowiązań zbędne stało się regulowanie całej problematyki wypowiedzenia w obrębie poszczególnych umów. Wprowadzono jedynie pewne uzupełnienia (np. określono terminy wypowiedzenia), a także odstępstwa od zasad ogólnych. Wspomniany projekt Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego omawia prof. Jerzy Pisuliński. Tutaj ograniczę się do wzmianki, że według tego projektu „w razie wypowiedzenia zobowiązania trwałego ze względu na naruszenie zobowiązania, stosuje się przepisy o odstąpieniu od umowy”, a w nich przyjęto zasadę wyznaczenia dłużnikowi dodatkowego terminu do wykonania zobowiązania. Niniejszy projekt ma na uwadze to rozwiązanie, gdy stanowi o wypowiedzeniu ze skutkiem natychmiastowym z powodu określonego naruszenia zobowiązania, ale wskazuje również szczególne przypadki, w których obowiązek wyznaczenia dodatkowego terminu nie towarzyszy takiemu wypowiedzeniu.

III. W projektowanej regulacji najmu zostały wyróżnione – za wzorem Kodeksu cywilnego – przepisy ogólne oraz przepisy dotyczące najmu lokalu. Do ważniejszych nowości w pierwszej grupie przepisów można zaliczyć postanowienia o najmie miejsca postojowego i najmie skrytki.

W przypadku najmu miejsca postojowego istotna jest kwestia zakresu obowiązków wynajmującego. W projekcie została sformułowana reguła interpretacyjna, według której w razie wątpliwości uważa się, że wynajmujący miejsce postojowe nie jest obowiązany do strzeżenia zaparkowanego pojazdu. Zagadnienie wymagało wyjaśnienia wobec niepewności związanej z tym, że wynajmujący powinien zapewnić najemcy spokojne używanie przedmiotu najmu, a gdy jest nim miejsce postojowe, jego używanie polega przede wszystkim na pozostawieniu pojazdu (zaparkowaniu) na tym miejscu. W świetle regulacji projektu najemca miejsca postojowego nie może oczekiwać, że bez wyraźnego postanowienia umowy wynajmujący ma obowiązek sprawowania pieczy nad zaparkowanym pojazdem.

Z kolei zasługują na uwagę nowe przepisy o najmie skrytki. Proponowane unormowanie jednoznacznie wskazuje, że umowa o odpłatne udostępnienie skrytki w celu umieszczenia tam rzeczy lub dokumentów (chodzi np. o zaliczoną do czynności bankowych tzw. umowę sejfową; o udostępnienie skrytki sejfowej, według terminologii art. 5 ust. 2 Prawa bankowego⁷) jest umową najmu, z szerszym jednak, w porównaniu z ogólną postacią najmu, zakresem obowiązków wynajmującego.

Przyjęta kwalifikacja prawna znajduje oparcie w niektórych wypowiedziach piśmiennictwa i przeciwstawia się poglądom uznającym umowę o udostępnienie skrytki (sejfowej, bagażowej) za umowę mieszaną, łączącą elementy najmu (w zakresie odpłatnego używania skrytki) i przechowania (ze względu na ochronę skrytki, a tym samym jej zawartości). Takie określenie charakteru prawnego tej umowy, aprobowane również w orzecznictwie Sądu Najwyższego⁸, budzi jednak wątpliwości.

W ocenie projektodawców upatrywanie w niej cech przechowania nie jest zasadne, nie zawiera ona bowiem tych elementów, które są istotne dla umowy przechowania (art. 835 k.c.). Znamionną cechą przechowania jest oddanie rzeczy ruchomej pod pieczę przechowawcy, natomiast korzystający ze skrytki nie przekazuje składanych w niej przedmiotów udostępniającemu skrytkę i w konsekwencji nie ma wobec niego roszczenia o ich wydanie w stanie nie pogorszonym. Inaczej niż przy przechowaniu – są one poza kontrolą dającego skrytkę do używania. Do niego należy zapewnienie bezpieczeństwa skrytce wraz z przedmiotami, które używający tam umieścił, i w tym właśnie zakresie zauważa się pewne podobieństwo do sytuacji przechowawcy. Z podanych powodów nie powinno to mieć jednak wpływu na kwalifikację prawną całej umowy o udostępnienie skrytki. Zważywszy na zbieżność konstrukcji i treści tej umowy z najmem, w projekcie uregulowano ją jako postać umowy najmu, uznając przy tym, że nie koliduje z takim przyporządkowaniem zastrzeżenie szczególnych obowiązków ochronnych dającego skrytkę do używania, implikuje je bowiem funkcja umowy związana ze swoistym przeznaczeniem jej przedmiotu.

Omawiając przesłanki potraktowania umowy o udostępnienie skrytki jako rodzaju umowy najmu, uwzględniłam zwłaszcza uwagi, jakie na ten temat w toku prac nad projektem przedstawił prof. Radwański, a które miały podstawowe znaczenie dla skonstruowania przepisów o najmie skrytki.

Zasygnalizowane szczególne obowiązki wynajmującego skrytkę polegają na strzeżeniu jej przed dostępem osób nieuprawnionych; wynikają także z zakazu otwierania przez niego skrytki i kontrolowania jej zawartości, z wyjątkiem przypadków określonych w umowie. W razie pozostawienia przedmiotów w skrytce po zakończeniu najmu mają być stosowane odpowiednio przepisy o rzeczach znalezionych.

A oto dalsze przykłady nowych rozwiązań przewidzianych w projekcie przepisów ogólnych dotyczących najmu.

Należy odnotować, że maksymalny 30-letni termin związania stron umowy najmu zawartej na czas oznaczony, zastrzeżony w Kodeksie cywilnym dla

⁷ Ustawa z 29 sierpnia 1997 r., tekst jedn. Dz.U. z 2012 r., poz. 1376 ze zm.

⁸ Wyrok SN z 26 lipca 2001 r., II KKN 1269/00, OSN 2002, nr 3, poz. 42.

najmu „między przedsiębiorcami”, ma według projektu znajdować zastosowanie, gdy przedsiębiorca występuje po stronie najemcy, a więc wynajmujący nie musi być przedsiębiorcą. Proponowana zmiana uwzględnia potrzeby praktyki. Zmierza do poprawy warunków prowadzenia działalności gospodarczej poprzez zwiększenie trwałości najmu w stosunkach między szerszą grupą podmiotów niż określona w obowiązujących przepisach (art. 661 § 2 k.c.).

Kolejny przykład to zagrożenie sankcją wypowiedzenia najmu ze skutkiem natychmiastowym, gdy najemca z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność, nie płaci czynszu, ale również gdy nie spełnia „innych świadczeń związanych z najmem”. W obowiązującym stanie prawnym podobna sankcja ma zastosowanie w razie zaległości czynszowych. Tymczasem te „inne” świadczenia mogą być dla wynajmującego równie istotne jak czynsz, np. opłaty za media.

IV. Projekt zawiera kilka znaczących propozycji co do uzupełnienia regulacji najmu lokalu.

Tytułem wprowadzenia do tej problematyki nowy przepis wyjaśnia, że w rozumieniu przepisów o najmie termin „lokal” oznacza „pomieszczenie przeznaczone przez strony do używania dla celów wymagających pobytu w nim człowieka” i wyróżnia „lokal mieszkalny” jako pomieszczenie przeznaczone przez strony do zaspokajania potrzeb mieszkaniowych. Jest to odpowiedź na krytyczne uwagi piśmiennictwa, że w kodeksowych przepisach o najmie brak definicji lokalu, jak również kryteriów, według których należy ustalić jego przeznaczenie – na cele mieszkalne i inne. Proponowany przepis usuwa wątpliwości w tym względzie i stanowi, że o przeznaczeniu lokalu decydują strony w umowie. Ponadto w projekcie zaznaczono, że najem lokalu jest uregulowany nie tylko przepisami kodeksu (te o najmie lokalu stosuje się przed przepisami ogólnymi o najmie), lecz także w ustawach odrębnych, mając na uwadze doniosłe znaczenie tych ostatnich, zwłaszcza ustawy z 21 czerwca 2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego.

W regulacji najmu lokalu proponuje się zamieszczenie przepisów o kaucji, od wpłacenia której może być uzależnione zawarcie umowy najmu, podobnie jak uczyniono to w ustawie z 21 czerwca 2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego. Można wprowadzić, gdy najem lokalu podlega przepisom Kodeksu, zastrzec kaucję na zasadzie swobody umów, dla zapobieżenia jednak dowolności jej kształtowania celowe wydaje się określenie istotnych elementów kaucji, takich jak maksymalna wysokość, zakres zabezpieczenia czy zasady zwrotu.

Do ważniejszych rozwiązań projektu można zaliczyć te, które uzupełniają enigmatyczną regulację art. 685¹ k.c. dotyczącą podwyższenia czynszu w drodze wypowiedzenia jego wysokości przez wynajmującego lokal. W projekcie została określona częstotliwość podwyżek, wskazano przesłanki ich kalkulacji (w nawiązaniu do tzw. lustra czynszowego) oraz reguły postępowania, gdy zdaniem najemcy brak podstaw do wprowadzenia podwyżki. Proponuje się, że może on w oznaczonym terminie wyrazić wobec niej sprzeciw, a jeżeli strony nie osiągną porozumienia co do podwyższenia czynszu, wynajmujący może wytoczyć powództwo o ustalenie wysokości podwyżki przez sąd. Została więc przewidziana sądowa kontrola zasadności podwyżki (według już wspomnia-

negu kryterium), ale dopiero po bezowocnych próbach uzgodnienia stanowiska stron w sprawie wysokości czynszu. Byłaby to kontrola z inicjatywy wynajmującego, a nie najemcy broniącego się przed podwyżką.

Rozwiązania proponowane dla przypadków, gdy najemca lokalu przeciwstawia się zmianie wysokości czynszu, znacznie różnią się od obowiązujących dla najmu podlegającego ustawie z 21 czerwca 2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego. Zgodnie z regulacją art. 8a tej ustawy, odmowa przyjęcia podwyżki przez najemcę wywołuje skutek w postaci rozwiązania stosunku najmu, a jeżeli ta perspektywa najemcy nie odpowiada, ma on do wyboru pogodzić się z podwyżką albo jej zakwestionowanie w postępowaniu sądowym. Są to uregulowania dyskusyjne, co stanowiło impuls do wysunięcia w projekcie odmiennej koncepcji w odniesieniu do trudnego zagadnienia przeprowadzania podwyżek czynszu.

Pozostając przy problematyce najmu lokalu, warto odnotować proponowaną wersję przepisu o ustawowym prawie zastawu przysługującym wynajmującemu lokal mieszkalny dla zabezpieczenia czynszu i innych świadczeń związanych z najmem. Prawo zastawu miałyby rozciągać się na wniesione do lokalu rzeczy należące do osób, które ponoszą solidarną z najemcą odpowiedzialność za te świadczenia, a więc do mieszkających z nim stale osób pełnoletnich. Oznaczenie kręgu osób, których rzeczy są obciążone zastawem, nie odzwierciedla regulacji z art. 686 k.c., gdzie wskazano „członków rodziny najemcy”. Zmiana wydaje się konieczna zwłaszcza dlatego, że zastaw ustawowy nie powinien obejmować rzeczy należących do innych osób niż te, które odpowiadają za spełnienie zabezpieczonych nim świadczeń, np. rzeczy będących własnością małoletnich dzieci najemcy.

W tym z założenia niekompletnym omówieniu projektu nie można jednak pominąć propozycji zmodyfikowania przepisów Kodeksu cywilnego, które stanowią o kontynuacji najmu w razie śmierci najemcy lokalu mieszkalnego (art. 691 k.c.). Zachowano konstrukcję wstąpienia wówczas w stosunek najmu przez oznaczone osoby, a więc w oderwaniu od zasad prawa spadkowego, natomiast przesłanki uzyskania statusu najemcy zostały wskazane w projekcie z uwzględnieniem uwag zgłaszanych w piśmiennictwie wobec obowiązującej regulacji.

Do zagadnień dyskusyjnych na gruncie art. 691 k.c. należy w szczególności ustalenie osób, które – oprócz małżonka oraz dzieci najemcy i jego współmałżonka – wstępują w stosunek najmu lokalu na miejsce zmarłego najemcy. Mają to być „osoby, wobec których najemca był obowiązany do świadczeń alimentacyjnych” i „osoba, która pozostawała faktycznie we wspólnym pożyciu z najemcą”, a takie ich wyznaczenie wywołuje problemy interpretacyjne i wątpliwości w praktyce, o czym świadczy orzecznictwo Sądu Najwyższego i Trybunału Konstytucyjnego.

W projekcie zrezygnowano z podobnych określeń i zaproponowano jako następców zmarłego najemcy: jego małżonka, zstępnych, wstępnych i rodzeństwo, dzieci współmałżonka oraz inne osoby bliskie zmarłemu. Jest to dość szeroki krąg legitymowanych, ale należy zaznaczyć, że osoby te muszą spełniać wymaganie stałego zamieszkiwania w danym lokalu z najemcą do chwili jego

śmierci (podobne stawia art. 691 § 2 k.c.), a ponadto nie może im przysługiwać tytuł prawny do innego lokalu, w którym mogą zamieszkać (tego nie zastrzegają obowiązujące przepisy).

Według kolejnej istotnej propozycji projektu, po zmarłym współnajemcy lokalu mieszkalnego ma obowiązywać taki sam reżim następstwa prawnego, jak w przypadku śmierci jedynego najemcy. W ocenie projektodawców niesłuszne jest wyłączenie takiego rozwiązania w art. 691 § 5 k.c., oznaczające różnicowanie skutków śmierci najemcy i współnajemcy lokalu mieszkalnego i w rezultacie nieuzasadnione odmienne traktowanie interesów mieszkaniowych osób im bliskich.

V. W proponowanej regulacji dzierżawy do ważniejszych innowacji można zaliczyć: rezygnację z ogólnego odesłania do przepisów o najmie (art. 694 k.c.) i wskazanie, które konkretnie przepisy z zakresu przepisów ogólnych o najmie stosuje się do dzierżawy, uwzględnienie w większym stopniu szczególnych cech dzierżawy gruntów rolnych, wprowadzenie zespołu przepisów poświęconych dzierżawie przedsiębiorstwa i gospodarstwa rolnego.

Pierwsza zasygnalizowana zmiana ma na celu wyeliminowanie wątpliwości i pozwala uniknąć powtórzeń.

Kolejną uzasadnia okoliczność, że przedmiotem dzierżawy jest z reguły grunt rolny, a na potrzebę uzupełnień odnośnych przepisów, m.in. w kierunku zapewnienia stabilnego i prawidłowego gospodarowania, doktryna i praktyka od dawna zwracają uwagę. Poszerzenie regulacji nie objęło jednak unormowań ochronnych, takich jak ustawowe prawo pierwokupu dzierżawcy, pierwszeństwo nabycia gruntów rolnych. Dla tych zagadnień zachowuje się miejsce w przepisach pozakodeksowych.

Podaję kilka przykładów tych propozycji projektu, które mogą mieć szczególne znaczenie w związku z dzierżawą gruntów rolnych (niekiedy również gospodarstwa rolnego i przedsiębiorstwa).

W odniesieniu do treści umowy dzierżawy wskazano możliwość jej wzbogacenia przez obciążenie dzierżawcy obowiązkiem płacenia podatków, ponoszenia innych ciężarów związanych z własnością lub z posiadaniem przedmiotu dzierżawy, kosztów jego ubezpieczenia. Konsekwencje niewypełnienia obowiązku są surowe – podobnie jak w razie zaległości czynszowych w oznaczonej wysokości, wydzierżawiający może wypowiedzieć dzierżawę ze skutkiem natychmiastowym.

Istotny jest obowiązek nałożony na dzierżawcę, polegający na umożliwieniu wydzierżawiającemu dostępu do przedmiotu dzierżawy w celu sprawdzenia sposobu wykonywania dzierżawy, który określają umowa oraz wymagania prawidłowej gospodarki. Stwierdzone zaniedbania dzierżawcy, wśród nich narażenie gruntu rolnego na dewastację⁹, dają wydzierżawiającemu podstawę do wypowiedzenia dzierżawy ze skutkiem natychmiastowym.

⁹ Pojęcie „dewastacja” zostało określone w art. 4 pkt 17 ustawy z 3 lutego 1995 r. o ochronie gruntów rolnych i leśnych (tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 1205) i obejmuje grunty, które utraciły całkowicie wartość użytkową, w szczególności w wyniku pogorszenia się warunków przyrodniczych albo wskutek zmian środowiska oraz działalności przemysłowej, a także wadliwie prowadzonej działalności rolniczej.

Z kolei na wydzierżawiającym ma ciążyć obowiązek udzielenia dzierżawcy informacji o stosunkach faktycznych i prawnych dotyczących przedmiotu dzierżawy.

W rozwinięciu ogólnej regulacji o konsekwencjach zniszczenia przedmiotu korzystania został wyłączony obowiązek przywrócenia stanu poprzedniego przez wydzierżawiającego, gdy dzierżawiony grunt rolny uległ dewastacji z powodu okoliczności, za które wydzierżawiający nie odpowiada.

W projekcie został rozszerzony zakres przypadków, w których dzierżawca powinien uzyskać zgodę wydzierżawiającego na oddanie przedmiotu dzierżawy innej osobie do korzystania. Uwzględnia się nie tylko wskazane w art. 698 k.c. oddanie przedmiotu dzierżawy lub jego części do nieodpłatnego używania i w poddzierżawę, lecz także oddanie do nieodpłatnego używania i pobierania pożytków oraz najem (np. lokalu w budynku znajdującym się na dzierżawionym gruncie).

Według projektu należy przyjąć szczególne rozwiązanie, o znaczeniu zwłaszcza dla dzierżawy zabudowanych gruntów rolnych, co do rozliczeń z tytułu dokonanych przez dzierżawcę ulepszeń, których wymagają odrębne przepisy. Projekt przewiduje, że w braku odmiennej umowy stron wydzierżawiający jest obowiązany zapłacić dzierżawcy sumę odpowiadającą wartości ulepszeń w chwili zwrotu przedmiotu dzierżawy.

VI. Wyróżnione w projekcie unormowanie dzierżawy przedsiębiorstwa ma usunąć wątpliwości, jakie wobec braku stosownej kodeksowej regulacji występują w praktyce, utrudniając rozwój tej formy prawnej prowadzenia działalności gospodarczej.

Z tych zwłaszcza powodów prof. Radwański uważał, że w nowym Kodeksie cywilnym należy koniecznie umieścić szczegółowe przepisy o dzierżawie przedsiębiorstwa. Koncepcje Profesora miały też znaczący wpływ na treść postanowień projektu z tego zakresu.

Zasadniczą determinantą proponowanych rozwiązań jest przedmiot umowy – czyli przedsiębiorstwo jako zorganizowany zespół składników niematerialnych i materialnych przeznaczony do prowadzenia działalności gospodarczej i związanych z nimi zobowiązań (taką definicję przedsiębiorstwa zawiera art. 76 § 1 przygotowanego przez Komisję Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego Projektu Księgi pierwszej Kodeksu cywilnego).

Według proponowanego w omawianym projekcie ujęcia „w umowie dzierżawy przedsiębiorstwa wydzierżawiający zobowiązuje się oddać dzierżawcy przedsiębiorstwo do dalszego prowadzenia, a dzierżawca zobowiązuje się je prowadzić i płacić wydzierżawiającemu umówiony czynsz”. Prowadzenie przedsiębiorstwa umożliwi dzierżawcy realizację uprawnień analogicznych do tych, które w ramach dzierżawy rzeczy albo prawa majątkowego polegają na ich używaniu i pobieraniu pożytków. Dla uniknięcia wątpliwości w projekcie zaznaczono, że dzierżawca prowadzi przedsiębiorstwo we własnym imieniu, może używać wszystkich składników przedsiębiorstwa oraz pobierać przychody, jakie przynosi jego prowadzenie.

W nawiązaniu do ogólnych postanowień projektu o niedopuszczalności zmiany przeznaczenia przedmiotu korzystania bez zgody dającego ten przed-

miot do korzystania w projekcie uściślono, że dzierżawca przedsiębiorstwa nie może bez zgody wydzierżawiającego zmienić profilu działalności przedsiębiorstwa. Jest to ważny element ochrony wydzierżawiającego, którego interesy wskutek zmiany kierunku działalności jego przedsiębiorstwa mogą być narażone na uszczerbek.

Uregulowanie statusu materialnych składników przedsiębiorstwa po zawarciu umowy dzierżawy, uwzględniające składniki obrotowe i środki trwałe, jest zbliżone do zasad określonych w odniesieniu do użytkowania (art. 257 k.c.). Składniki obrotowe stają się własnością dzierżawcy, który po wygaśnięciu dzierżawy ma obowiązek zwrotu tej samej liczby takich samych przedmiotów lub sumy pieniężnej odpowiadającej ich wartości. Środki produkcji (np. maszyny, urządzenia, środki transportu) dzierżawca może w granicach prawidłowej gospodarki zastępować nabytymi przez niego przedmiotami o podobnym przeznaczeniu, które stają się własnością wydzierżawiającego. W ten sposób zapewnia się dzierżawcy swobodne korzystanie ze składników przedsiębiorstwa, a wydzierżawiającemu jego zwrot w odpowiednim stanie.

W projekcie podjęto próbę rozwikłania kwestii odpowiedzialności za zobowiązania związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa, które powstały przed zawarciem umowy dzierżawy i w czasie trwania dzierżawy. W obydwu przypadkach przewiduje się solidarną odpowiedzialność stron, z tym że w pierwszym odpowiedzialność dzierżawcy ogranicza się do składników przedsiębiorstwa, których stał się właścicielem, a w drugim – do składników przedsiębiorstwa jest ograniczona odpowiedzialność wydzierżawiającego.

Zapewnia się ponadto ochronę interesów osoby trzeciej, gdy łączy ją z wydzierżawiającym przedsiębiorstwo umowa wzajemna, a mianowicie może ona od tej umowy odstąpić z ważnych powodów związanych ze zmianą prowadzącego przedsiębiorstwo. Przepis ma na uwadze, że wobec oddania przedsiębiorstwa w dzierżawę wywiązanie się z tej umowy przez wydzierżawiającego może być problematyczne. Skorzystanie z prawa odstąpienia jest ograniczone terminem miesiąca od dowiedzenia się przez kontrahenta wydzierżawiającego o powstaniu stosunku dzierżawy.

Symetrycznie do obowiązków informacyjnych wydzierżawiającego wobec dzierżawcy na temat stosunków faktycznych i prawnych dotyczących przedsiębiorstwa, dzierżawca po zakończeniu dzierżawy jest obowiązany zdać wydzierżawiającemu sprawozdanie z prowadzenia przedsiębiorstwa.

W kwestii dzierżawy gospodarstwa rolnego projekt przewiduje odpowiednie stosowanie przepisów o dzierżawie przedsiębiorstwa. Wynika to z traktowania gospodarstwa rolnego jako rodzaju przedsiębiorstwa. W skład gospodarstwa rolnego zawsze wchodzi nieruchomości rolna, ale przepisy o dzierżawie rzeczy nie wystarczają, gdy przedmiotem dzierżawy jest gospodarstwo rolne, które stanowi zorganizowaną całość gospodarczą¹⁰. Zarówno szczególne składniki, jak i charakter działalności gospodarczej uzasadniają stosowanie do jego dzierżawy odpowiednio, a nie wprost, przepisów o dzierżawie przedsiębiorstwa.

¹⁰ Zob. definicję gospodarstwa rolnego w art. 77 Projektu Księgi pierwszej Kodeksu cywilnego, Warszawa 2009, s. 79.

VII. W zakresie instytucji leasingu, której regulację w Kodeksie cywilnym cechuje zbieżność ze standardami prawa Unii Europejskiej, projekt powtarza w zasadzie obowiązujące przepisy. Nieliczne zmiany służą zwłaszcza przystosowaniu do rozwiązań wprowadzanych w innych częściach projektu Kodeksu cywilnego, m.in. w projekcie tzw. części ogólnej zobowiązań i w przepisach ogólnych niniejszego projektu. Przewiduje się także kilka uzupełnień. W definicji umowy leasingu (por. art. 709¹ k.c.) przy określeniu obowiązków korzystającego wyraźnie wskazano, że – zawierając umowę – zobowiązuje się on „rzecz odebrać”. Kierowano się opinią piśmiennictwa o istnieniu tego obowiązku wypracowanego w drodze wykładni obowiązujących przepisów o leasingu. Z kolei do poglądów doktryny i orzecznictwa Sądu Najwyższego nawiązuje postanowienie, że nieruchomości oddana w użytkowanie wieczyste może być przedmiotem leasingu. Uzupełnienie przepisu, który wymaga zgody finansującego na oddanie rzeczy przez korzystającego do używania innej osobie, polega na zastrzeżeniu tej zgody, gdy osoba trzecia ma otrzymać rzecz do używania i pobierania pożytków.

VIII. Najważniejsze przewidziane w projekcie zmiany dotyczące umowy użyczenia zostały przejęte z propozycji opracowanych przez prof. Radwańskiego. Do takich zmian należy nadanie umowie użyczenia postaci czynności prawnej konsensualnej, co oznacza odejście od zastosowanej w Kodeksie cywilnym konstrukcji umowy realnej i upodobnienie do umowy użyczenia w ujęciu Kodeksu zobowiązań. Proponowana regulacja daje wyraz przekonaniu, że przesadne są obawy, jakoby brak wydania rzeczy z reguły niepomrotnie utrudniał ustalenie, czy rzeczywiście została dokonana czynność prawna ustanawiająca stosunek prawny użyczenia. Ponadto w nowoczesnych kodyfikacjach można zauważyć tendencję do eliminowania kategorii czynności prawnych realnych.

Kolejną istotną nowością jest wprowadzenie w projekcie szerokiego pojęcia umowy użyczenia, obejmującego nieodpłatne oddanie rzeczy nie tylko do używania, lecz także do używania i pobierania pożytków. W obowiązującym stanie prawnym umowa odnosząca się do tej drugiej sytuacji jest umową nienazwaną, z czym wiąże się problem określenia właściwego dla niej reżimu prawnego. Tymczasem trudno wskazać przekonujące powody, które nie pozwalają jej uznać za umowę użyczenia. W projekcie zachowano jednak, tak jak w Kodeksie cywilnym, odrębność tzw. beczynszowego używania i pobierania pożytków gruntu rolnego.

Podobnie jak stanowi regulacja kodeksowa, umowa użyczenia może być także według projektu zawarta na czas oznaczony albo nieoznaczony, natomiast względ na ochronę użyczającego i nieodpłatność użyczenia zadecydowały o zamieszczeniu w projekcie zastrzeżenia, że użyczenie wygasa najpóźniej z upływem 10 lat od zawarcia umowy. Wśród nowości w unormowaniu sytuacji prawnej stron umowy użyczenia znalazło się postanowienie nakładające na użyczającego obowiązek udzielenia biorącemu w rozsądnym zakresie informacji o sposobie posługiwania się rzeczą, postanowienie o obowiązku pieczy biorącego nad użyczoną mu rzeczą, przyznanie biorącemu prawa do zwrotu rzeczy użyczającemu w każdym czasie, chyba że jej przedwczesny zwrot byłby dla niego uciążliwy.

IX. Podsumowując, należy zaznaczyć, że omawiany projekt stanowi w pracach nad nowym Kodeksem cywilnym wstępną propozycję unormowania dotyczącego umów o korzystanie z cudzych rzeczy lub praw. Potrzebna jest dyskusja nad proponowanymi rozwiązaniami, zwłaszcza tymi, które ze względu na cechę nowości zostały wyeksponowane. Dobrą okazję do ich zaprezentowania stwarza zjazd cywilistów – zachęcał do tego jego temat: „Współczesne problemy prawa zobowiązań”. W przedstawionym materiale są próby rozwiązania niektórych spośród tych problemów, oparte niejednokrotnie, co było zaznaczane, na koncepcjach, z którymi występował kierujący pracami nad projektem prof. Radwański. To tylko przykład istotnego uczestnictwa Profesora – przez działalność naukową i na polu legislacyjnym – w doskonaleniu systemu prawnego ze względu na współczesne potrzeby społeczne i gospodarcze. Wobec znaczących i powszechnie znanych dokonań Profesora w różnych obszarach prawa prywatnego, także tych, których dotyczy tematyka zjazdu, można powiedzieć, że poprzez swoją twórczość Profesor Radwański patronuje obradom zjazdu.

Literatura

- Lichorowicz A., w: *System Prawa Prywatnego*, t. 8, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. J. Panowicz-Lipska, Warszawa 2011.
- Radwański Z., *Najem mieszkań w świetle publicznej gospodarki lokalami*, Warszawa 1961.
- Suchoń A., *Prawna ochrona trwałości gospodarowania na dzierżawionych gruntach rolnych*, Poznań 2006.
- System prawa cywilnego*, t. III, cz. 2, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. S. Grzybowski, Ossolineum 1976.
- System Prawa Prywatnego*, t. 8, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. J. Panowicz-Lipska, Warszawa 2004, 2011.

Profesor Zbigniew Radwański – wspomnienie pośmiertne

Dnia 20 grudnia 2012 r. zmarł w Poznaniu Profesor Zbigniew Radwański, wybitny intelektualista, niestrudzony badacz, luminarz nauki prawa cywilnego, współtwórca poznańskiej szkoły prawa, były rektor UAM, dziekan Wydziału Prawa i Administracji, kierownik katedry, członek rzeczywisty PAN, wiceprezes PAN, przewodniczący Komitetu Nauk Prawnych PAN, przewodniczący Rady Legislacyjnej, przewodniczący Komisji Kodyfikacyjnej, redaktor *Systemu Prawa Prywatnego*. Żył 88 lat.

Profesor Zbigniew Radwański ukończył w 1948 r. studia prawnicze na Wydziale Prawno-Ekonomicznym Uniwersytetu Poznańskiego. W 1950 r. obronił rozprawę doktorską pt. „Prawa kardynalne w Polsce”, przygotowaną pod kierunkiem znanego historyka prawa, profesora Zdzisława Kaczmarczyka. W 1955 r. uzyskał stopień naukowy docenta na podstawie rozprawy pt. „Zadośćuczynienie pieniężne za szkodę niemajątkową”, przygotowanej pod opieką naukową swojego mistrza, profesora Alfreda Ohanowicza, twórcy poznańskiej szkoły prawa cywilnego. W 1964 r. został profesorem nadzwyczajnym, w 1977 r. zaś – profesorem zwyczajnym. W 1994 r. przeszedł na zasłużoną emeryturę, nie przerwał jednak intensywnej i niezwykle efektywnej pracy naukowej.

Profesor Zbigniew Radwański rozwijał i doskonalił swój warsztat naukowy nie tylko na Uniwersytecie im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, z którym był związany zawodowo przez 55 lat, lecz także na uczelniach zagranicznych. W latach 1957–1958 odbył staż naukowy na Wydziale Prawa Uniwersytetu Paryskiego, a w późniejszych latach staże w Instytucie Maxa Plancka w Hamburgu i Monachium. Kontakty naukowe, które nawiązał z zagranicznymi ośrodkami naukowymi, wywarły istotny wpływ na przebieg dalszej Jego kariery zawodowej.

Pozytywny wpływ na przebieg tej kariery wywarły też kontakty Profesora z praktyką prawniczą. Zostały one zapoczątkowane aplikacją sądową, zakoń-

* Bronisław Ziemianin, Uniwersytet Szczeciński.

czoną w 1950 r. egzaminem sędziowskim, oraz aplikacją adwokacką, zakończoną w 1954 r. egzaminem adwokackim. W późniejszym okresie kontakty Profesora z praktyką prawniczą były już zjawiskiem normalnym. Ich skutkiem zaś było to, że Jego publikacje naukowe mają nie tylko wysokie walory teoretyczne, lecz także dużą przydatność praktyczną, zostały bowiem napisane z wielkim wyczuciem potrzeb praktyki społeczno-gospodarczej.

W dziedzinie prawa cywilnego Profesor Zbigniew Radwański jest postacią sztandarową. Jego zainteresowania naukowe wychodziły jednak daleko poza prawo cywilne. W pracach badawczych i publikacjach naukowych wykorzystywał w szerokim zakresie również inne nauki humanistyczne, zwłaszcza zaś: historię, filozofię, socjologię, logikę, semiotykę, ogólną teorię prawa. Dlatego też Jego prace naukowe mają duże znaczenie integracyjne.

Działalność badawcza i dydaktyczna Profesora była związana głównie z Uniwersytetem im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, nie ograniczała się wszakże do tej Uczelni. Prowadzona była również w innych ośrodkach naukowych kraju, a także poza jego granicami. W latach 1987, 1988 i 1990 Profesor prowadził badania i wykłady w kilku uniwersytetach niemieckich, a mianowicie we Fryburgu, Berlinie, Bonn i Münster.

W nauce i praktyce prawniczej Profesor zdobył wszystkie możliwe szczyty: zajął czołową pozycję w nauce prawa cywilnego, był uznanym i powszechnie szanowanym autorytetem w tej dziedzinie prawa, wypromował liczną grupę doktorów habilitowanych i doktorów prawa, stworzył wokół siebie szkołę naukową cywilistów, stał się wybitną postacią w dziedzinie projektowania i opiniowania aktów prawnych o randze ustawowej, osiągnął wybitne sukcesy organizacyjne w macierzystym uniwersytecie i w skali ogólnokrajowej.

Po 1950 r. Profesor Zbigniew Radwański opublikował ponad 300 prac naukowych. Są wśród nich monografie, artykuły, studia, rozprawy, podręczniki, glosy, recenzje. Obejmują one część ogólną prawa cywilnego, prawo rzeczowe, prawo zobowiązań, prawo spadkowe, prawo rodzinne i opiekuńcze, prawo handlowe oraz ogólną teorię prawa. Poświęcone są zagadnieniom ważnym zarówno z teoretycznego, jak i z praktycznego punktu widzenia. Odbiły się głośnie echem w nauce i w praktyce prawniczej. Szczególne miejsce w Jego dorobku naukowym przypada sześciu monografiom i trzem podręcznikom akademickim.

Monografią o fundamentalnym znaczeniu jest praca pt. *Zadośćuczynienie pieniężne za szkodę niemajątkową* (1955). Profesor przeciwstawił się w niej kategorycznie licznej grupie marksistowskich teoretyków prawa, którzy bronili poglądu, że krzywda moralna nie może być kompensowana świadczeniem pieniężnym. Jego pogląd w tej sprawie najpierw ukierunkował odpowiednio orzecznictwo Sądu Najwyższego, a następnie znalazł potwierdzenie normatywne w Kodeksie cywilnym z 1964 r. Monografia Profesora była w tej dziedzinie dziełem pionierskim.

Duży rezonans w polskiej nauce prawa cywilnego wywołała monografia pt. *Najem mieszkań w publicznej gospodarce lokalami* (1961). Profesor rozwinął w niej koncepcję tzw. zobowiązań realnych, która ma istotne znaczenie dla praktyki prawniczej. Dzieło to zostało napisane w zupełnie odmiennych warunkach społeczno-gospodarczych, niemniej jednak po dziś dzień zachowuje dużą przy-

datność w płaszczyźnie metodologicznej. W dalszym ciągu korzystają z niego pracownicy nauki i przedstawiciele praktyki prawniczej, którzy zajmują się problematyką związaną z najmem lokali.

W monografii pt. *Teoria umów* (1977) Profesor przewartościował wiele pojęć z zakresu prawa cywilnego. Jest to dzieło nowatorskie, o nieprzemijającej wartości naukowej i dydaktycznej. Została w nim poddana gruntowej analizie zasada swobody umów oraz zaprezentowana i przekonująco uzasadniona koncepcja umowy, która bazuje na zaufaniu stron w stosunku do siebie. Do dzieła tego odwołują się powszechnie autorzy piszący prace naukowe na temat zobowiązań umownych.

Fundamentalne znaczenie w prawie cywilnym ma również monografia pt. *Wykładnia oświadczeń woli składanych indywidualnym adresatom* (1992). Dzieło to nie tylko rozwija w sposób zasadniczy myśl prawniczą w sferze teoretycznej, lecz także wpływa bezpośrednio na kształtowanie kultury prawnej w sferze praktyki prawniczej. Jest ono powszechnie wykorzystywane w badaniach naukowych, a także w orzecznictwie sądowym. Zawiera swego rodzaju algorytm postępowania przy dokonywaniu oceny skutków prawnych złożonego oświadczenia woli.

Profesor Zbigniew Radwański wniósł duży wkład autorski w pięciotomowe dzieło pt. *System Prawa Cywilnego* (1976, 1981). W trzecim jego tomie zawarł mianowicie obszerne opracowania z zakresu części ogólnej prawa cywilnego oraz z zakresu prawa zobowiązań. Mimo znacznego upływu czasu myśli zawarte w tych opracowaniach zachowują aktualność, czego dowodem jest powszechne ich przywoływanie w pracach poświęconych części ogólnej prawa cywilnego i zobowiązaniom.

Profesor Zbigniew Radwański był redaktorem naukowym monumentalnego dzieła pt. *System Prawa Prywatnego*, przygotowywanego do chwili obecnej pod auspicjami Instytutu Nauk Prawnych PAN. Jest to dzieło dwudziestotomowe. W jego przygotowaniu bierze udział około dwustu autorów. Profesor w znacznej części napisał tom drugi tego dzieła. Jest też autorem istotnych fragmentów tomu pierwszego i tomu ósmego.

Ważne miejsce w twórczości Profesora zajmują podręczniki akademickie: *Prawo cywilne – część ogólna*, *Zobowiązania – część ogólna* (współautor: A. Olejniczak), *Zobowiązania – część szczegółowa* (współautor: J. Panowicz-Lipska). Każdy z nich doczekał się kilku wydań. Mają one nie tylko wysokie walory dydaktyczne, lecz także duże znaczenie naukowe i praktyczne. Cieszą się dużą popularnością wśród studentów poszczególnych wydziałów prawa w Polsce, jak również wśród pracowników naukowych oraz przedstawicieli praktyki prawniczej. Z metodologicznego punktu widzenia są to dzieła wzorcowe. Cechują je przejrzysty tok rozważań, klarowny język oraz godna pochwały zwięzłość wykładu.

W dziedzinie prawa cywilnego Profesor Zbigniew Radwański jest autorytetem najwyższej rangi. Ma On jednak ogromne zasługi nie tylko dla tej dziedziny prawa, lecz także dla rozwoju ogólnej teorii prawa. Nie tylko znał i cytował ogólnoteoretyczne dzieła polskiej i światowej nauki prawa – rozwijał także twórczo koncepcje ogólnoteoretyczne, które zostały wypracowane w ogólnej teorii prawa.

Istotną sprawą w działalności naukowej Profesora było kształcenie młodej kadry naukowej. Był On w tej dziedzinie mistrzem, który stworzył własną szkołę. Wypromował dziesięciu doktorów oraz sprawował opiekę naukową przy opracowywaniu siedmiu prac habilitacyjnych w ośrodkach naukowych: Poznania, Gdańska, Warszawy i Szczecina. Jego uczniami są m.in. profesorowie: T. Smoczyński, M. Kępiński, A. Dyoniak, K. Kruczałak, J. Panowicz-Lipska, A. Szlęzak, T. Sokołowski, B. Ziemianin. Poza tym był On recenzentem w licznych przewodach doktorskich, habilitacyjnych i profesorskich.

Nieocenioną rolę odgrywał Profesor Z. Radwański w dziedzinie tworzenia prawa. Przez wiele lat pełnił odpowiedzialne funkcje w organach doradczych i opiniotwórczych przy najwyższych organach prawotwórczych w państwie. W latach 1986–1992 był przewodniczącym Rady Legislacyjnej przy Prezesie Rady Ministrów, w latach 1994–1998 zaś – członkiem jej prezydium. Od 1987 do 1997 r. pełnił funkcję wiceprzewodniczącego Komisji do Spraw Reformy Prawa Cywilnego, a zarazem funkcję przewodniczącego Sekcji Prawa Cywilnego Materialnego. W latach 1997–2010 był przewodniczącym Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego przy Ministrze Sprawiedliwości.

Pod kierunkiem Profesora Zbigniewa Radwańskiego powstały liczne projekty nowych aktów prawnych rangi ustawowej. Dzięki Jego staraniom i talentowi legislacyjnemu polskie prawo prywatne zostało sprawnie zharmonizowane z odpowiednimi aktami normatywnymi Unii Europejskiej. Dotyczy to zwłaszcza prawa ochrony konsumenta, prawa handlowego, prawa upadłościowego i układowego, prawa rodzinnego i opiekuńczego. Z inicjatywy Profesora zostały podjęte prace nad projektem nowego kodeksu cywilnego.

Profesor Zbigniew Radwański wykazywał wielką aktywność w sprawach organizacyjnych. Na Uniwersytecie im. Adama Mickiewicza był kierownikiem Katedry Prawa Cywilnego i Handlowego (1981–1982 i 1991–1993), dyrektorem Instytutu Prawa Cywilnego (1969–1974), prodziekanem Wydziału Prawa i Administracji (1965–1966), dziekanem tego Wydziału (1966–1972) oraz rektorem (1982–1984). Według powszechnej opinii pracowników Uczelni pełnił On te funkcje sprawnie i nad wyraz efektywnie. Ze szczególną godnością i dużym pożytkiem dla społeczności akademickiej Uczelni sprawował w trudnym okresie stanu wojennego funkcję rektora UAM.

Działalność organizatorska Profesora nie ograniczała się do Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu. Dużą aktywność organizatorską przejawiał On także poza tą Uczelnią. W latach 1993–1995 był wiceprezesem Polskiej Akademii Nauk. W roku 1973 zorganizował w Poznaniu Oddział Instytutu Państwa i Prawa PAN i kierował nim do roku 1982. W latach 1982–1990 pełnił w tym Oddziale funkcję kierownika Zespołu Prawa Rodzinnego i Opiekuńczego. Był też przewodniczącym Komitetu Nauk Prawnych PAN (1993–1996) oraz redaktorem naczelnym „Ruchu Prawniczego, Ekonomicznego i Socjologicznego”, komitetu redakcyjnego „Państwa i Prawa”, redaktorem naczelnym „Orzecznictwa Sądów Polskich”, redaktorem „Studiów Prawa Prywatnego”.

Za swoje osiągnięcia naukowe, dydaktyczne, legislacyjne i organizatorskie Profesor Zbigniew Radwański został odznaczony: Złotym Krzyżem Zasługi (1969), Krzyżem Kawalerskim OOP (1973), Medalem Edukacji Narodowej

(1979), Krzyżem Komandorskim OOP (1981), Krzyżem Komandorskim z Gwiazdą (1994), Krzyżem Wielkim OOP (1997).

W 2007 r. Senat Uniwersytetu Szczecińskiego nadał Profesorowi godność doktora honoris causa tego Uniwersytetu. Recenzentami w przewodzie byli profesorowie: Maciej Zieliński, Stanisław Sołtysiński i Maksymilian Pazdan. Laudację w czasie uroczystości promocyjnej wygłosił profesor Bronisław Ziemianin. Profesor Zieliński stwierdził w swojej recenzji, że Profesor Zbigniew Radwański zasługuje na miano autorytetu niezwykle. Profesor Sołtysiński wyraził pogląd, że Profesora trzeba zaliczyć do grona najznakomitszych jurystów polskich wszech czasów. Profesor Pazdan uznał Profesora Zbigniewa Radwańskiego za autorytet prawniczy najwyższej rangi.

Poza walorami naukowymi, dydaktycznymi i organizatorskimi na wysoką ocenę zasługują także szczególne cechy osobowości Profesora. Był On człowiekiem o nieskazitelnym charakterze, miał duże poczucie odpowiedzialności, stawiał wysokie wymagania sobie i współpracownikom, zwalczał z całą stanowczością tandetę naukową, był życzliwy w stosunku do ludzi, ale nie pobłażał lenistwu naukowemu, zasługiwał w pełni na miano spolegliwego opiekuna. Wartością najwyższą w Jego działalności naukowej była szczególna dbałość o prawdę, poprawność założeń metodologicznych oraz ścisłość, jasność i zwięzłość wypowiedzi. Cechy Jego charakteru zasługują na podziw i szacunek.

Szczecin, 2 maja 2014 r.

Profesor Zbigniew Radwański jako uczony, kodyfikator i redaktor

W nauce prawa cywilnego Profesor Zbigniew Radwański zajmuje bardzo wysokie miejsce. Autor ponad trzystu publikacji, w tym pięciu monografii, współautor *Systemu prawa cywilnego* oraz *Systemu Prawa Prywatnego*.

Był znakomicie przygotowany nie tylko do nauczania i prowadzenia badań naukowych w zakresie prawa cywilnego, lecz także do pełnienia wielu innych funkcji w zawodzie prawniczym. Warto przypomnieć, że poza aplikacją sądową odbył także aplikację adwokacką i złożył wszystkie wymagane w ramach tych aplikacji egzaminy. Swoją wiedzę prawniczą pogłębił w czasie staży naukowych na Uniwersytecie w Paryżu (1957–1958) oraz w instytutach Maxa Plancka w Hamburgu i Monachium (1978).

Był absolwentem Wydziału Prawno-Ekonomicznego Uniwersytetu Poznańskiego (1948). Karierę akademicką rozpoczął w 1949 r. w Katedrze Historii Państwa i Prawa Polskiego na tym wydziale. Pod kierunkiem profesora Zbigniewa Kaczmarczyka przygotował rozprawę doktorską z zakresu historii prawa pt. „Prawa kardynalne w Polsce”¹. Po uzyskaniu stopnia doktora (1950) przeniósł się do Katedry Prawa Cywilnego kierowanej przez profesora Alfreda Ohanowicza.

Pierwsze wybitne osiągnięcie z tego nowego obszaru zainteresowań Profesora stanowiła monografia poświęcona zadośćuczynieniu za doznaną krzywdę². Na jej podstawie uzyskał w 1955 r. stopień naukowy docenta. Bronił w niej kompensacyjnej funkcji zadośćuczynienia pieniężnego za krzywdę moralną. Jego praca przyczyniła się do zachowania w naszym prawie zadośćuczynienia pieniężnego. W kolejnej monografii traktującej o najmie mieszkań w świetle

* Maksymilian Pazdan, Akademia Leona Koźmińskiego w Warszawie, Uniwersytet Śląski.

¹ S. Soltysiński, A. Szlęzak, *Profesor Dr Zbigniew Radwański (1924–2012)*, „Studia Prawa Prywatnego” 2013, nr 1, s. 3. Autorzy podkreślają, że doktorat na wspomniany temat „wywarł istotny wpływ na formację naukową, metodologię późniejszych badań naukowych, a także na jego postawę życiową”.

² Z. Radwański, *Zadośćuczynienie pieniężne za szkodę niemajątkową*, Poznań 1956.

publicznej gospodarki lokalami³ (1961) rozwinął m.in. koncepcję zobowiązań realnych. Na jej podstawie uzyskał w 1964 r. tytuł profesora nadzwyczajnego.

Nieprzemijające znaczenie ma trzecie doniosłe dzieło w dorobku Profesora. Jest to wydana w 1977 r. *Teoria umów*⁴. W pracy tej przedstawił On nowocześniejszą koncepcję umowy cywilnoprawnej opartej na zasadzie ochrony zaufania stron. Jest to ciągle obowiązkowa lektura doktorantów katedr cywilistycznych w naszym kraju. W tymże 1977 r. Zbigniew Radwański uzyskał tytuł profesora zwyczajnego nauk prawnych.

Ważną pozycję w dorobku naukowym Profesora stanowią publikacje poświęcone wykładni oświadczeń woli⁵.

Profesor miał znaczny udział autorski w *Systemie prawa cywilnego*⁶. Był autorem wielu wydań cenionych podręczników części ogólnej prawa cywilnego i prawa zobowiązań, które ukazały się w Wydawnictwie C.H. Beck. Dwukrotnie ogłosił komentarz poświęcony poręczeniu (1994, 1996).

Pełnił funkcję redaktora naczelnego dwudziestotomowego *Systemu Prawa Prywatnego*, którego wydawcą jest C.H. Beck. Ostatni tom ukazał się już po jego śmierci. Jest autorem obszernych fragmentów tomów: pierwszego⁷, drugiego⁸ i ósmego⁹ oraz redaktorem tomu drugiego *Systemu*.

Godna podziwu była wszechstronność naukowa Profesora. W jego dorobku naukowym można spotkać prace ze wszystkich dziedzin prawa cywilnego. Z zakresu części ogólnej tego działu prawa, poza wspomnianymi już monografiami i opracowaniami systemowymi, nieprzemijające znaczenie mają publikacje poświęcone dobrom osobistym i ich ochronie. Wspomnieć tu w szczególności należy rozprawę o koncepcji praw podmiotowych osobistych¹⁰, w której autor podjął polemikę z koncepcją „ochrony instytucjonalnej” dóbr osobistych i wykazał, że koncepcja praw podmiotowych osobistych jest przydatna.

Z zakresu prawa rodzinnego na uwagę zasługują publikacje, w których autor zajął się metodologią badań naukowych w tym dziale prawa, pozycją prawną *nasciturusa*, pojęciem i funkcjami dobra dziecka, imieniem dziecka.

Wysoko cenione są prace Profesora z zakresu prawa zobowiązań. O większości z nich była już mowa. Wymienić trzeba jeszcze opracowania

³ Z. Radwański, *Najem mieszkań w świetle publicznej gospodarki lokalami*, Warszawa 1961.

⁴ Z. Radwański, *Teoria umów*, Warszawa 1977.

⁵ Z. Radwański, *Wykładnia oświadczeń woli składanych indywidualnym adresatom*, Ossolineum 1992; Z. Radwański, *Wykładnia testamentów*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1993, nr 1, s. 5–30.

⁶ Z. Radwański, w: *System prawa cywilnego*, t. 1, *Część ogólna*, red. S. Grzybowski, Ossolineum 1985, s. 512–643; t. 3, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. Z. Radwański, Ossolineum 1981, s. 24–39, 347–409; *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. S. Grzybowski, Ossolineum 1976, s. 189–222, 259–386, 631–640, 949–984, 1055–1081.

⁷ Z. Radwański, M. Zieliński, w: *System Prawa Prywatnego*, t. 1, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, Warszawa 2007, s. 74, 309–483; Warszawa 2012, s. 76, 367–543.

⁸ Z. Radwański, w: *System Prawa Prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. Z. Radwański, Warszawa 2003, s. 1–111, 123–151, 162–452; Warszawa 2008, s. 1–117, 127–154, 164–461.

⁹ Z. Radwański, w: *System Prawa Prywatnego*, t. 8, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. J. Panowicz-Lipska, Warszawa 2004, s. 223–230, 397–474, 587–613; Warszawa 2011, s. 257–264 (współautor M. Orlicki), 543–608, 727–772.

¹⁰ Z. Radwański, *Koncepcja praw podmiotowych osobistych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1988, nr 2, s. 1–22.

poświęcone bądź zagadnieniom ogólnym prawa zobowiązań (m.in. koncepcji zobowiązań trwałych, normie kompetencyjnej z art. 384 k.c., umowom mieszanym), bądź zagadnieniom szczegółowym tego działu prawa cywilnego (m.in. odpowiedzialności utrzymujących hotele, najmowi, dzierżawie, użyczeniu, leasingowi).

Osiągnięcia naukowe Profesora Zbigniewa Radwańskiego sprawiły, że zasłużenie dzierżył On od wielu lat palmę pierwszeństwa wśród polskich cywilistów jako autorytet najwyższej rangi.

W 1986 r. wybrano Profesora na członka korespondenta, a w 1991 r. na członka rzeczywistego Polskiej Akademii Nauk. W latach 1993–1995 pełnił szczytną funkcję wiceprezesa PAN.

Profesor Zbigniew Radwański z pasją oddawał się działalności legislacyjnej. W latach 1986–1992 kierował Radą Legislacyjną przy Prezesie Rady Ministrów, a w latach 1994–1998 był członkiem Prezydium tej Rady.

Przez kilka lat (począwszy od 1987 r.) pełnił funkcję wiceprzewodniczącego Komisji do Spraw Reformy Prawa Cywilnego, która przygotowała głęboką nowelizację Kodeksu cywilnego z lipca 1990 r.

Profesor Radwański swoimi wystąpieniami i publikacjami przygotował grunt dla powołania Komisji Kodyfikacyjnej.

Już w 1993 r. – na I Kongresie Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej – wygłosił referat pod znamienym tytułem „Koncepcja kodyfikacji prawa cywilnego”¹¹. Poszukiwał w nim odpowiedzi na pytanie: czy należy pozostać przy monistycznej koncepcji prawa prywatnego, czy powrócić do koncepcji dualistycznej. Po przedstawieniu szerokiego tła prawnoporównawczego i zestawieniu argumentów za i przeciw opowiedział się „za dalszą reformą polskiego prawa cywilnego, w oparciu o monistyczną koncepcję Kodeksu cywilnego”. Ta sprawa wielokrotnie powracała w toczonych później dyskusjach nad kierunkami reformy prawa cywilnego w Polsce. W formie najostrzejszej pojawiła się w okresie rozpoczęcia prac nad projektem Kodeksu spółek handlowych. Profesor w tym czasie i później konsekwentnie bronił swego stanowiska zajętego w 1993 r.

W 1996 r. Prezes Rady Ministrów powierzył Profesorowi Zbigniewowi Radwańskiemu funkcję przewodniczącego Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego usytuowanej przy Ministrze Sprawiedliwości. Funkcję tę pełnił nieprzerwanie do 2010 r. Niezwykle aktywnym członkiem Komisji Kodyfikacyjnej pozostał do końca swych dni.

W początkowym okresie Komisja skupiła się na przygotowywaniu projektów ustaw stanowiących kontynuację reformy z 1990 r., ustaw wymuszonych przez nową Konstytucję RP i konwencje międzynarodowe ratyfikowane przez Polskę, i wreszcie ustaw prowadzących do harmonizacji polskiego prawa cywilnego z prawem Unii Europejskiej (w szczególności ustaw implementujących unijne dyrektywy konsumenckie). Pod bacznym okiem Profesora i przy jego czynnym udziale powstały projekty Kodeksu spółek handlowych oraz Prawa upadłościowego i naprawczego.

¹¹ Z. Radwański, *Koncepcja Kodyfikacji Prawa Cywilnego*, w: *Księga pamiątkowa. I Kongres Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej*, Poznań–Kluczbork 1993, s. 197–212.

Na czele zespołów, które projekty te przygotowały, stali przedstawiciele wielkiej cywilistycznej Szkoły Poznańskiej – profesorowie Stanisław Sołtysiński i Feliks Zedler.

I wreszcie na porządku dziennym obrad Komisji Kodyfikacyjnej pojawiło się pytanie, jak dalej reformować prawo cywilne, czy kontynuować prace nowelizacyjne, czy też rozpocząć prace nad przygotowaniem nowego kodeksu cywilnego, ograniczając nowelizacje do spraw niecierpiących zwłoki. Przygotowania do podjęcia próby odpowiedzi na to pytanie trwały dość długo. W ramach tych przygotowań podjęto współpracę z holenderskimi ośrodkami naukowymi.

Opracowano Zieloną Księgę – optymalną wizję kodeksu cywilnego RP pod redakcją Profesora Radwańskiego, która ukazała się nakładem Ministerstwa Sprawiedliwości w 2006 r. Włączono do niej raporty studialne polskich i holenderskich autorów.

Wywołała ona oddźwięk w środowiskach prawniczych, nie taki jednak, jakiego oczekiwali jej autorzy.

Sam Profesor Zbigniew Radwański opowiedział się za gruntowną reformą prawa cywilnego. Zwracał uwagę na potrzebę uwzględnienia zmian, jakie w tym zakresie zaszły i zachodzą w starych i nowych państwach członkowskich Unii. Znalazł w tym wsparcie w Radzie Legislacyjnej w stanowisku wyrażonym w 2006 r.¹²

Jego publikacje z tamtych i nieco późniejszych czasów były niezwykle przydatne dla prac kodyfikacyjnych¹³. Budowały podwaliny pod te prace lub je wspierały. W artykule z 2005 r. poświęconym pojęciu prawa cywilnego¹⁴ Profesor rozważał, czy za cechę wyróżniającą cywilnoprawną metodę regulacji uznać zasadę równorzędności stron czy raczej zasadę ich autonomiczności. Opowiedział się za doniosłością tej ostatniej zasady. Podkreślał, że prawo prywatne odróżnia od prawa publicznego to zwłaszcza, że „reguluje stosunki społeczne między indywidualnymi jednostkami, otwarte jest zatem dla każdego. Uczestniczące w tych stosunkach jednostki występują w roli autonomicznych podmiotów, które władne są regulować treść tych stosunków, mając na względzie własne interesy – w granicach oznaczonych dobrem powszechnym lub regułami moralnymi”.

Przyznał, że postulat zupełności Kodeksu cywilnego nie jest postulatem realnym, i że obok Kodeksu mogą (a nawet muszą) istnieć ustawy okołokodeksowe. Zwrócił uwagę na istniejący chaos przy określaniu relacji między Kodeksem a tymi ustawami i zgłosił propozycje zaprowadzenia w tym zakresie porządku.

W swych wypowiedziach podkreślał, że Kodeks powinien regulować także stosunki między profesjonalistami oraz umowy konsumenckie (był za im-

¹² „Przegląd Legislacyjny” 2006, nr 1, s. 95 i 96.

¹³ Z. Radwański, *Pojęcie prawa cywilnego w świetle kodeksu cywilnego (uwagi de lege lata i de lege ferenda)*, w: *Polskie prawo prywatne w dobie przemian. Księga dedykowana Profesorowi Jerzemu Młynarczykowi*, Gdańsk 2005, s. 27–40; tenże, *Uwagi ogólne o autonomii woli*, w: *II Kongres Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej, Poznań–Kluczbork 1999*, s. 257–271; tenże, *Kodyfikacja prawa cywilnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2009, nr 2, s. 131–141; tenże, *Aktualność postużenia się częścią ogólną kodeksu cywilnego jako instrumentem regulacji prawa prywatnego*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2010, nr 4, s. 13–20; Z. Radwański, M. Zieliński, *Uwagi de lege ferenda o klauzulach generalnych w prawie prywatnym*, „Przegląd Legislacyjny” 2001 nr 3, s. 11–33.

¹⁴ Z. Radwański, *Pojęcie prawa...*, s. 27 i n.

plementacją dyrektyw konsumenckich w Kodeksie). Uważał, że prawo rodzinne i opiekuńcze powinno stanowić integralną część Kodeksu cywilnego, jako jedna z jego ksiąg.

Pomysł wprowadzenia jednolitego europejskiego kodeksu cywilnego uważał za nierealny w dającej się przewidzieć przyszłości.

Jego zdaniem nowy kodeks cywilny powinien być kontynuacją polskiej doktryny cywilistycznej, a nie rewolucyjnym jej przekreśleniem.

Nieco większe niż Zielona Księga poruszenie w kręgach prawniczych wywołał pierwszy, poddany pod publiczną dyskusję, produkt legislacyjny Komisji związany z nowym kodeksem, a mianowicie Księga pierwsza Kodeksu cywilnego, ogłoszona w 2009 r.¹⁵. W dyskusji nie brakło głosów krytycznych. Najmocniej zabrzmiał głos sędziów Izby Cywilnej Sądu Najwyższego¹⁶. Profesor odpowiedział na krytykę¹⁷. Zasadniczo bronił projektu. Trafność niektórych zarzutów jednak uznał. Członkom Komisji tłumaczył, że nawet krytyka nieuzasadniona jest pożyteczna. Mobilizuje bowiem do zdwojonego wysiłku.

Krytyka ta oraz inne wypowiedzi powątpiewające, czy istnieje potrzeba przygotowania nowego kodeksu cywilnego¹⁸, nie osłabiły jego przekonania, że do takiego celu należy dążyć.

Na krytyki, które pojawiają się dziś¹⁹, odpowiadają już uczniowie Profesora²⁰.

Profesor Zbigniew Radwański nie tylko kierował pracami kodyfikacyjnymi, ale również brał w nich sam bardzo aktywny udział. Przygotowywał raporty na rzecz Komisji. Uczestniczył w posiedzeniach większości zespołów. Był autorem wielu projektów przepisów.

Wypełnianie tych funkcji ułatwiała mu rozległa wiedza prawnicza, wykraczająca poza prawo prywatne, oraz gruntowna znajomość wielu obcych systemów prawnych. Doceniał wagę badań prawnoporównawczych. W razie potrzeby zlecał przygotowanie stosownych opracowań specjalistom spoza Komisji.

Komisja Kodyfikacyjna dotkliwie odczuwa brak jego światłych wypowiedzi oraz toczonych z jego udziałem w przyjaznej atmosferze sporów i polemik.

I na koniec kilka słów o kolejnej ważnej aktywności Profesora, a mianowicie funkcjach redaktora. W latach 1981–1990 był redaktorem naczelnym cennego czasopisma „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”. Aż do śmierci był redaktorem naczelnym Orzecznictwa Sądów Polskich (od 1997 r.), „Przeglądu Legislacyjnego” (od 1998 r.) oraz „Studiów Prawa Prywatnego” (od chwili powstania tego czasopisma). Był członkiem komitetów reakcyjnych wielu

¹⁵ Z. Radwański, *Księga pierwsza Kodeksu cywilnego. Projekt z uzasadnieniem*, Warszawa 2009, s. 186.

¹⁶ Por. *Projekt Kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Sprawozdanie z dyskusji przeprowadzonej w Izbie Cywilnej Sądu Najwyższego*, „Przegląd Sądowy” 2010, nr 2, s. 104–123.

¹⁷ Z. Radwański, *Uwagi do sprawozdania z dyskusji przeprowadzonej w Izbie Cywilnej Sądu Najwyższego nad Projektem Kodeksu cywilnego. Księga pierwsza*, „Przegląd Sądowy” 2010, nr 5, s. 5–15.

¹⁸ Por. np. A. Mączyński, *Uwagi o stanie nauki prawa cywilnego*, „Państwo i Prawo” 2011, nr 6, s. 17.

¹⁹ J. Andrzejewski, *Czy nowa kodyfikacja prawa cywilnego jest potrzebna w czasie kryzysu prawa?*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2014, nr 1, s. 77 i n.

²⁰ Por. M. Kępiński, *Czy w Polsce potrzebny jest nowy kodeks cywilny?*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2014, nr 2, s. 237 i n.

czasopism prawniczych (m.in. „Studiów Cywilistycznych”, „Państwa i Prawa” i „Monitora Prawniczego”). Dorzucić do tego trzeba redakcję wielu prac zbiorowych oraz zbiorów przepisów prawnych.

Wiele wysiłku włożył w przedsięwzięcie pod nazwą *System Prawa Prywatnego*, zaplanowane na 20 tomów. Był niezwykle aktywnym „malowanym” redaktorem naczelnym *Systemu*. Wiedzą o tym doskonale redaktorzy poszczególnych tomów oraz niektórzy autorzy.

Cieszę się, że Wydawnictwo C.H. Beck tuż przed Zjazdem Cywilistów w Poznaniu wydało część A ostatniego, dwudziestego tomu *Systemu* (część B ukazała się w 2015 r.). Uczciło w ten sposób – najlepiej jak mogło – pamięć Redaktora Naczelnego *Systemu*.

Profesor Zbigniew Radwański został doceniony za życia. Macierzysta Uczelnia przyznała mu swoje najwyższe wyróżnienie „Palmae Universitatis Studiorum Posnaniensis” (1999), Uniwersytet Szczeciński obdarzył go godnością doktora honoris causa (2007), a Prezydent Rzeczypospolitej uhonorował najwyższym polskim odznaczeniem – Orderem Orła Białego, w uznaniu jego znamienitych zasług dla rozwoju współczesnej polskiej cywilistyki, za wybitne osiągnięcia w pracy naukowej i znaczący wkład do praktyki stanowienia i stosowania prawa oraz istotny udział w dostosowaniu polskiego systemu prawnego do prawa Unii Europejskiej.

My, jego przyjaciele i uczniowie, zachowujemy w pamięci jego idee i poglądy, którymi z nami szczerze się dzielił, i wdzięczność, że był z nami.

Literatura

- Andrzejewski J., *Czy nowa kodyfikacja prawa cywilnego jest potrzebna w czasie kryzysu prawa?*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2014, nr 1.
- Kępiński M., *Czy w Polsce potrzebny jest nowy kodeks cywilny?*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2014, nr 2.
- Mączyński A., *Uwagi o stanie nauki prawa cywilnego*, „Państwo i Prawo” 2011, nr 6.
- Projekt Kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Sprawozdanie z dyskusji przeprowadzonej w Izbie Cywilnej Sądu Najwyższego*, „Przegląd Sądowy” 2010, nr 2.
- Radwański Z., *Aktualność posłużenia się częścią ogólną kodeksu cywilnego jako instrumentem regulacji prawa prywatnego*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2010, nr 4.
- Radwański Z., *Kodyfikacja prawa cywilnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2009, nr 2.
- Radwański Z., *Koncepcja Kodyfikacji Prawa Cywilnego*, w: *Księga pamiątkowa. I Kongres Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej*, Poznań-Kluczbork 1993.
- Radwański Z., *Koncepcja praw podmiotowych osobistych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1988, nr 2.
- Radwański Z., *Księga pierwsza Kodeksu cywilnego. Projekt z uzasadnieniem*, Warszawa 2009.
- Radwański Z., *Najem mieszkań w świetle publicznej gospodarki lokalami*, Warszawa 1961.
- Radwański Z., *Pojęcie prawa cywilnego w świetle kodeksu cywilnego (uwagi de lege lata i de lege ferenda)*, w: *Polskie prawo prywatne w dobie przemian. Księga dedykowana Profesorowi Jerzemu Młynarczykowi*, Gdańsk 2005.

- Radwański Z., *Teoria umów*, Warszawa 1977.
- Radwański Z., *Uwagi do sprawozdania z dyskusji przeprowadzonej w Izbie Cywilnej Sądu Najwyższego nad Projektem Kodeksu cywilnego. Księga pierwsza, „Przegląd Sądowy”* 2010, nr 5.
- Radwański Z., *Uwagi ogólne o autonomii woli*, w: *II Kongres Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej*, Poznań–Kluczbork 1999.
- Radwański Z., *Wykładnia oświadczeń woli składanych indywidualnym adresatom*, Ossolineum 1992.
- Radwański Z., *Wykładnia testamentów*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1993, nr 1.
- Radwański Z., *Zadośćuczynienie pieniężne za szkodę niemajątkową*, Poznań 1956.
- Radwański Z., w: *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. S. Grzybowski, Ossolineum 1976.
- Radwański Z., w: *System prawa cywilnego*, t. 1, *Część ogólna*, red. S. Grzybowski, Ossolineum 1985.
- Radwański Z., w: *System prawa cywilnego*, t. 3, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. Z. Radwański, Ossolineum 1981.
- Radwański Z., w: *System Prawa Prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. Z. Radwański, Warszawa 2003, 2008.
- Radwański Z., w: *System Prawa Prywatnego*, t. 8, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. J. Panowicz-Lipska, Warszawa 2004, 2011.
- Radwański Z., Orlicki M., w: *System Prawa Prywatnego*, t. 8, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. J. Panowicz-Lipska, Warszawa 2004, 2011.
- Radwański Z., Zieliński M., *Uwagi de lege ferenda o klauzulach generalnych w prawie prywatnym*, „Przegląd Legislacyjny” 2001, nr 3.
- Radwański Z., Zieliński M., w: *System Prawa Prywatnego*, t. 1, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, Warszawa 2007, 2012.
- Sołtysiński S., Szlęzak A., *Profesor Dr Zbigniew Radwański (1924–2012)*, „Studia Prawa Prywatnego” 2013, nr 1.

Profesor Radwański – refleksja osobista

Odejście Profesora Radwańskiego pogrążyło wszystkich, którzy go znali, w głębokim żalu. Dotyczy to także tych, którzy z Wydziałem Prawa i Administracji UAM byli związani przed laty, a którzy – także dzięki Profesorowi Radwańskiemu – uważają poznański Wydział Prawa za miejsce, które ukształtowało ich życiowo i zawodowo.

Poczytuję sobie za zaszczyt należeć do tych ostatnich. Dlatego też kreślę kilka słów, by dać świadectwo dokonaniom Profesora Radwańskiego nie tylko na niwie naukowej – o czym wielu ostatnio napisało tak wiele – lecz także nauczycielskiej.

Profesora Radwańskiego poznałem jako student ostatniego roku prawa, gdy jeszcze przed obroną pracy magisterskiej przyjmował mnie do pracy (miałem już wówczas magisterium z filologii angielskiej, więc przeszkód formalnych nie było: asystent ma być magistrem, uniwersytecki Dział Kadr nie pytał, szczęśliwie, czego, a Profesor chciał szybko obsadzić jakiś wakat). Dalszym rozwojem – nie tylko mojej – kariery uniwersyteckiej Profesor Radwański sterował nader udatnie, umożliwiając swoim seminarzystom zdobywanie kolejnych stopni naukowych w stosunkowo krótkim czasie. Bodźce do pracy stosował Profesor bogate, w tym też i wyrafinowane. Z tych ostatnich wystarczy wspomnieć jego argument „nie do odparcia”: „skoro – jak mawiał – ja wstaję o piątej rano i zabieram się do pracy, inni też mogą”. I drugi przykład: na cotygodniowym seminarium – które prowadził dla pracowników ówczesnego Zakładu Prawa Rodzinnego Instytutu Prawa Cywilnego UAM oraz poznańskiego Oddziału PAN – zadawał nam wszystkim pytanie: „A co Pan, Panie Kolego (i odpowiednio: »Pani« oraz »Koleżanko«) w ostatnim tygodniu zrobił?”. Najpierw odpowiadaliśmy (naszym zdaniem sprytnie), że zapoznajemy się z literaturą itd., ale na dłuższą metę nie wróżyło to sukcesu, co zresztą można było wyczytać już choćby ze spojrzenia Profesora, gdy tydzień w tydzień słyszał od nas to samo. Ci mniej odporni – wśród nich i ja – dość szybko więc zabrali się do pra-

* Andrzej Szlęzak, Szkoła Wyższa Psychologii Społecznej w Warszawie.

cy, by uniknąć katuszy odpowiadania na owo nieuchronne pytanie. Potem zaś było już tylko łatwiej.

Profesor był wzorem nauczyciela. Miał zawsze czas dla swoich seminarzystów¹, czytał i poprawiał nasze mniej lub bardziej udolne próby autorskie, dyskutował z nami, pokazywał drogi. Jako że prowadził wówczas (w latach 70. i 80. ubiegłego stulecia) seminarium z prawa rodzinnego, starał się zainteresować nas zagadnieniami, które w owym czasie były w Polsce jeszcze dość słabo rozpoznane pod względem prawnym, a których rosnącą doniosłość społeczną już wtedy trafnie odczytywał. Stąd też prace, które powstały wówczas pod jego patronatem, dotyczyły m.in. aspektów prawnych zmiany płci czy stosunków majątkowych między konkubentami, a dziś powiedzielibyśmy: w ramach związków partnerskich.

Gdy zostawiałem uniwersytet, a raczej: coraz więcej czasu poświęcałem praktyce prawniczej, ze szkodą dla pracy naukowej, Profesor był niepokieszony. Wychodziłem jednak spod jego opiekuńczych skrzydeł wyposażony w warsztat prawniczy, jaki niewielu był dany. Gdy po kilku latach wróciłem do działalności akademickiej, to też dzięki Profesorowi, bo chciałem oddać innym (z pewnością nie tak udolnie, jak On dawał nam) to, co od Niego dostałem. Misję nauczycielską wypełnił więc Profesor tak, jak tylko można najlepiej: zaszczerpił w swych uczniach częśćkę samego siebie, ku pożytkowi naszemu i tych, co przyjdą po nas.

Cześć Jego pamięci.

¹ Warto zauważyć, że wszyscy ówcześni uczestnicy „uniwersyteccy” seminariów doktorskich Profesora są dzisiaj profesorami (tytułarnymi lub uczelnianymi): prof. Janina Panowicz-Lipska, prof. Adam Olejniczak, prof. Tomasz Sokołowski, prof. Marek Andrzejewski oraz niżej podpisany.



Część pierwsza

Referaty

Kompensacja utraconej szansy – problem związku przyczynowego czy szkody?

1. Wprowadzenie

Teoria kompensacji z tytułu utraty szansy (*loss of chance*, *perte d'une chance*) jest dziełem judykatury francuskiej i jej początki sięgają końca XIX w., kiedy to sądy zaczęły uwzględniać roszczenie o wynagrodzenie utraconej możliwości wygrania procesu z powodu winy prawnika, a gdy chodzi o utratę szansy wyleczenia lub przeżycia – lat 60. XX w.¹. Powstanie idei wynagradzania utraconej szansy w kręgu prawa rzymskiego nie budzi zdziwienia, ponieważ każde naruszenie dóbr i interesów poszkodowanego, niezależnie od ich natury, uznawane jest tam *a priori* za szkodę w sensie prawnym, a wszystkie szkody, jeśli tylko dotyczą interesów chronionych przez prawo, są w zasadzie równorzędne w świetle zasad odpowiedzialności cywilnej². Koncepcja utraty szansy szybko przeniosła się na grunt innych prawodawstw rzymskich i do prawa holenderskiego³. Na początku XX w. również sądy angielskie dopuściły roszczenie o kompensację utraty szansy w reżimie odpowiedzialności *ex contractu*, co naturalnie miało wpływ na podobne rozwiązania w Stanach Zjednoczonych oraz tzw. systemach o mieszanej tradycji prawnej, jak Izrael⁴. Obecnie w ponad dwudziestu krajach europejskich sądy zasądzają odszkodowanie bądź zadośćuczynienie z tytułu utraconej szansy, przy czym w niektórych krajach zakres roszczenia jest ograniczony (zob. bliższe uwagi poniżej).

* Ewa Bagińska, Uniwersytet Gdański.

¹ W tym artykule wykorzystałam w znacznym stopniu materiał, który jest zawarty w rozdziale III mojej monografii *Odpowiedzialność deliktowa w razie niepewności związku przyczynowego. Studium prawnoporównawcze*, Toruń 2013. Stan prawny został zaktualizowany.

² Zob. G. Viney, P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité. Traité de droit civil*, red. J. Ghestin, LGDJ 2006, s. 13, 91 i n.

³ Zob. orzeczenie sądu apelacyjnego w Amsterdamie *Wever v. DeKraker* z 1996 r., NJ 1997, 213 (tzw. sprawa baby Ruth). E. Bagińska, *Odpowiedzialność deliktowa...*, s. 232–234.

⁴ Zob. R. Perry, *Israel*, w: *European Tort Law 2011*, red. K. Oliphant, B.C. Steininger, Berlin 2012, s. 745–747 (szkoda okolorodowa).

Uregulowanie ustawowe jest jeszcze rzadko spotykane. Odnajdujemy je w nowym kodeksie cywilnym rumuńskim z 2011 r., który przewiduje roszczenie o utratę szansy uzyskania korzyści wskutek bezprawnego czynu. Odszkodowanie ma być ustalone proporcjonalnie do prawdopodobieństwa uzyskania korzyści, z uwzględnieniem okoliczności sprawy oraz sytuacji poszkodowanego (art. 1385 ust. 4)⁵. Na wzmiankę zasługuje także dyrektywa 92/13/EWG⁶ dotycząca środków ochrony prawnej w zamówieniach sektorowych, która przewiduje w art. 2 ust. 7, że ten, czyje prawo lub interes zostały naruszone przez sprzeczne z prawem postępowanie o zamówienie publiczne, może żądać odszkodowania, jeżeli miał on realną szansę wygrania kontraktu w trybie przewidzianym ustawą, gdyby do naruszenia nie doszło⁷. Rozbieżności w interpretacji pojęcia „realnej szansy” uniemożliwiają jednolitą implementację przepisów dyrektywy w krajach Unii Europejskiej. W konsekwencji stosowanie zbliżonego standardu ochrony uzasadnionego zaufania podmiotów ubiegających się o zamówienia publiczne pozostaje w dużej mierze postulatem⁸.

Teoria kompensacji z tytułu utraty szansy umyka jasnym i jednoznacznym klasyfikacjom. Pojęcie „utrata szansy” pojawia się bowiem w różnych sytuacjach faktycznych, zarówno w ramach wynagradzania szkód na mieniu, jak i szkód na osobie – jako utrata szansy wyleczenia albo przeżycia⁹ bądź utrata innych szans, która może wynikać 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 badania koncepcji roszczenia o kompensację utraconej szansy można zatem podchodzić bądź z punktu widzenia związku przyczynowego, bądź szkody zasługującej na reparację.

Wyprzedzając dalsze uwagi, zauważmy, że odpowiedzialność z tytułu pozbawienia powoda określonej szansy pojawia się z reguły jako postać odpowiedzialności za winę¹⁰. W typowym stanie faktycznym udowodnione są zaniechania pozwanego (np. lekarza, adwokata), wskutek których powód został pozbawiony szansy na niespełnienie się ryzyka powstania lub niezwięk-

⁵ Zob. Ch. Alunaru, L. Bojin, *The tort law provisions of the new Romanian Civil Code*, „Journal of European Tort Law” 2011, nr 2, s. 103.

⁶ Dyrektywa Rady 92/13/EWG z 25 lutego 1992 r. w sprawie koordynacji przepisów odnoszących się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.Urz. WE 1992 L 76/14 ze zm.).

⁷ Zob. K. Horubski, *Odpowiedzialność odszkodowawcza zamawiającego za naruszenie reguł udzielania zamówień publicznych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2008, nr 1, s. 44.

⁸ Por. art. 93 ust. 4 ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), który przewiduje roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty.

⁹ Zob. M. Martin-Casals, *Some introductory and comparative remarks to the decision of the Swiss Federal Court BGE/ATF 133 III 462 and to the ‘loss of chance’ doctrine*, „European Review of Private Law” 2008, nr 6, s. 1044–1045.

¹⁰ Zob. E. Bagińska, *Odpowiedzialność deliktowa...*, s. 231.

szenia szkody. Z reguły zachowanie zawinione pozwanego 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. Oczekiwany przez powoda rezultat, do którego nie doszło, jest zatem niepewny, np. nie ma gwarancji, że wcześniej podjęta terapia zakończyłaby się sukcesem czy że środek odwoławczy złożony na czas lub sporządzony z należytą starannością doprowadziłby do wygrania procesu. Chodzi zatem o utratę szansy uzyskania korzystnego rezultatu, a nie o utratę rezultatu w ogóle¹¹.

2. Przegląd tendencji orzeczniczych w zagranicznych systemach prawnych

Utrata szansy może polegać na utracie szansy uzyskania korzyści majątkowej lub niemajątkowej. Jest rzeczą charakterystyczną, że jako pierwsze uwzględniane były roszczenia o kompensację utraconej szansy na wygranie sporu sądowego z winy profesjonalnego pełnomocnika¹². Koncepcja ta pozwoliła przezwyciężyć problem udowodnienia szkody poniesionej przez klienta względnie związku przyczynowego między szkodą a winą prawnika, i to zarówno w reżimie *ex contractu*, jak i *ex delicto*. Opierają się na niej do dzisiaj sądy we Francji, Anglii i Szkocji, Holandii, Danii, Hiszpanii, Portugalii oraz Irlandii¹³.

W zakresie skutków naruszeń o charakterze majątkowym uwzględniane są także roszczenia wynikające z utraty szansy: wygrania w konkursie lub przetargu¹⁴, wygrania wyścigów (np. konnych¹⁵), zwiększenia wartości nieruchomości wskutek wadliwego umieszczenia nieruchomości w planach zagospodarowania przestrzennego¹⁶, zaspokojenia długów wskutek zмовы dłużników prowadzącej do niewypłacalności¹⁷, zatrudnienia lub awansu zawodowego¹⁸ czy też szan-

¹¹ Główny krytyk teorii utraty szansy, R. Savatier, podkreślał, że prowadzi ona do uznania, że zobowiązanie lekarza staje się zobowiązaniem rezultatu, a przestaje być zobowiązaniem starannego działania. Zob. liczne prace R. Savatiera cyt. przez G. Viney, P. Jourdain, *Les conditions...*, s. 233–234.

¹² Zob. G. Viney, P. Jourdain, *Les conditions...*, s. 91; M. Martin-Casals, J. Ribot, *Spain*, w: *Digest of European Tort Law*, vol. II, *Essential Cases on Damage*, red. B. Winiger, H. Koziol, B.A. Koch, R. Zimmermann, Berlin 2011 [cyt. jako *Essential cases on damage*], s. 1096.

¹³ Zob. E. Bagińska, *Odpowiedzialność deliktowa...*, s. 232, 268 i n.

¹⁴ Zob. orzeczenie BGH z 23 września 1982 r., „Neue Juristische Wochenschrift” 1983, 442.

¹⁵ Orzeczenie Sądu Najwyższego Grecji z 1957 r., 447/1957, w: *Digest of European Tort Law*, vol. I, *Essential Cases on Natural Causation*, red. B. Winiger, H. Koziol, B.A. Koch, R. Zimmermann, Vienna–New York 2007 [cyt. jako *Essential cases on natural causation*], s. 552–553.

¹⁶ Zob. I. Durant, *Belgium*, w: *European Tort Law 2010*, red. H. Koziol, B. Steininger, Berlin 2012, s. 42.

¹⁷ Zob. orzeczenie Sądu Najwyższego Belgii z 23 lutego 2005 r., zob. I. Durant, *Belgium*, w: *European Tort Law 2005*, red. H. Koziol, B. Steininger, Vienna–New York 2006, s. 177.

¹⁸ Zob. np. orzeczenie włoskiego Sądu Kasacyjnego z 19 grudnia 1985 r., no. 6506, „Foro Italiano” 1986, I, 383; G. Viney, P. Jourdain, *Les conditions...*, s. 92; orzeczenia Sądu Pierwszej Instancji UE: *Moritz v. Commission*, 16 grudnia 1993 r., T-20/89, ECR [1993], s. II-1423, T-47/93, *C v. Commission*, ECR [1994], s. II-743.

sy na odsprzedaż akcji przez akcjonariuszy mniejszościowych przy przejściu spółki wskutek naruszenia obowiązku zaoferowania odkupu¹⁹.

Dopiero w późniejszym okresie ewolucji omawianą koncepcję zaczęto stosować w sytuacjach, gdy nieosiągnięta korzyść miała charakter niemajątkowy. Najważniejsza kategoria tych spraw dotyczy szansy na wyleczenie lub przeżycie, określanej czasem bardziej precyzyjnie jako szansa polepszenia swojego zdrowia, uniknięcia inwalidztwa, przeżycia i oszczędzenia bólów związanych z końcem życia, uniknięcia cierpień spowodowanych śmiercią, osiągnięcia pełnego sukcesu zabiegu, powodzenia w leczeniu²⁰. Utrata szansy wyleczenia lub przeżycia obejmuje zazwyczaj trzy stypizowane przypadki: zawinione opóźnienie w diagnozie i podjęciu właściwego leczenia, inny zawiniony błąd medyczny oraz niepoinformowanie pacjenta o ryzyku związanym z interwencją medyczną. Szkoda pacjenta polegająca na utracie szansy jest szkodą odrębną od szkody na osobie wynikającej z zabiegu. Kompensacja nie obejmuje więc pełnej szkody na osobie, a niejako jej część²¹.

W niektórych krajach panują rozbieżności co do zakresu akceptacji roszczenia z tytułu utraty szansy. W Wielkiej Brytanii *loss of chance* ma największe zastosowanie w dziedzinie odpowiedzialności zawodowej, i to niezależnie od reżimu odpowiedzialności²². W prawie deliktów koncepcja ta jest jednak niechętnie przyjmowana, w szczególności gdy chodzi o utratę szansy uniknięcia szkody na osobie wskutek błędnego leczenia²³. W opinii sądów przyjęcie odpowiedzialności z tego tytułu oznaczałoby wprowadzenie częściowej odpowiedzialności i kompensacji, co trudno byłoby zaakceptować w brytyjskim *common law*. Koncepcja ta jest jednak szeroko dyskutowana w doktrynie²⁴. Jedynie w sprawach chorób zawodowych w orzeczeniu *Barker v. Corus* Izba Lordów przyjęła regułę, która w pewnych warunkach dopuszcza odpowiedzialność pozwanego za spowodowanie utraty szansy na uniknięcie szkody, a w sytuacji niemożliwości identyfikacji sprawcy każdy z potencjalnych sprawców odpowiada jedynie za stopień ryzyka szkody (utraty szansy), stworzony przez siebie²⁵.

Współcześnie w co najmniej dwunastu krajach europejskich sądy nie zaakceptowały teorii odpowiedzialności z tytułu pozbawienia kogoś szansy na osiągnięcie lepszego rezultatu lub uniknięcia doznania szkody. Są to systemy

¹⁹ Zob. orzeczenie włoskiego Sądu Kasacyjnego z 10 sierpnia 2012 r., no 14400, z komentarzem E. Bargelli, w: *European Tort Law 2012*, red. K. Oliphant, B. Steininger, Berlin 2013, s. 378–380.

²⁰ Zob. M. Nesterowicz, *Utrata szansy wyleczenia lub przeżycia w prawie francuskim*, „Państwo i Prawo” 2010, nr 3, s. 32.

²¹ Zob. W. van Gerven, J. Lever, P. Larouche, *National, Supranational and International Tort Law*, Oxford-Portland, Oregon 2000, s. 428/6; E. Bagińska, *Odpowiedzialność deliktowa...*, s. 256–267.

²² Zob. A. Burrows, *Uncertainty about uncertainty: damages for loss of a chance*, „Journal of Personal Injury Law” 2008, nr 1, s. 34–36, precedensowe orzeczenie *Chaplin v. Hicks* z 1911 r. [1911] 2 KB 786.

²³ Orzeczenie *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority* (1987) [1987] 1 AC 750, *Gregg v. Scott* [2005] UKHL 2 [2005] 2 AC 176. Zob. K. Oliphant, *Loss of chance in English law*, „European Review of Private Law” 2008, nr 6, s. 1062 i n., 1068.

²⁴ Zob. m.in. A. Burrows, *Uncertainty...*, s. 37 i n.; M. Hogg, *Re-establishing orthodoxy in the realm of causation*, „Edinburgh Law Review” 2007, nr 11, s. 8; L. Khoury, *Causation and Risk in the highest courts of Canada, England and France*, „Law Quarterly Review” 2008, vol. 124, nr 103, s. 117.

²⁵ [2006] UKHL 20, [2006] 2 AC 572, oraz orzeczenie *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services* [2003] 1 AC 32.

z kręgu germańskiego i pozostające pod wpływem nauki niemieckiej, a więc Niemcy, Austria, Szwajcaria, Grecja, Czechy, Słowenia, Estonia, Litwa, a także systemy skandynawskie. W niektórych prawodawstwach odnotować można rozbieżność stanowisk między praktyką a doktryną bądź przyjęcie omawianej koncepcji w wybranych rodzajach spraw, a odrzucenie w innych²⁶.

Stanowisko germańskie w kwestii kompensacji utraconej szansy na przeżycie jest jednoznacznie negatywne. Problem szkody podlegającej naprawieniu rozważa się bowiem przez odniesienie do rodzajów praw podmiotowych, dóbr lub interesów, które zostały naruszone przez czyn niedozwolony²⁷. W świetle hierarchii praw i dóbr, a w konsekwencji zróżnicowania ich ochrony, jest zrozumiałe, że sąd w kręgu prawa germańskiego koncentruje się na naruszeniu życia powoda jako dobra prawnie chronionego, a nie na pozbawieniu go szansy przeżycia. Doktryna neguje potrzebę identyfikacji nowego interesu chronionego, którego istnienie jest warunkiem stwierdzenia bezprawności zachowania²⁸. Obowiązek naprawienia utraconej szansy (będącej *pure economic damage*) wyprowadzić można jedynie z przepisów o odpowiedzialności kontraktowej. Zdaniem szwajcarskiego Trybunału Federalnego, przyjęcie tej teorii pozwalałoby na zasądzanie odszkodowań w wysokości odpowiadającej wyrażonemu w procentach stopniu prawdopodobieństwa wystąpienia konkretnej przyczyny, co sprzeciwiałoby się ustalonemu orzecznictwu, które wymaga dla obciążenia podmiotu obowiązkiem odszkodowawczym dowodu wskazującego na przeważające prawdopodobieństwo, że przyczyna, która jest mu przypisywana, stanowi źródło szkody²⁹. Stanowisko orzecznictwa spotkało się ze zdecydowaną krytyką ze strony części doktryny szwajcarskiej³⁰. W doktrynach niemieckiej i szwajcarskiej postulowane jest rozróżnienie między utratą szansy na zysk, np. z powodu przegranej w konkursie, a utratą szansy na przeżycie lub na wyleczenie w kontekście odpowiedzialności lekarza (szpitala)³¹. W tej drugiej kategorii sytuacji często zdarza się, że niepewność dotyczy zarówno powstania samej szkody, jak i związku przyczynowego. Wielu autorów przychyli się więc do przyjęcia na gruncie niemieckim roszczenia o wynagrodzenia utraconej szansy w razie zaistnienia ciężkiej winy lekarza³².

²⁶ Zob. E. Bagińska, *Odpowiedzialność deliktowa...*, s. 235–239, 248–256.

²⁷ Zob. R. Zimmermann, J. Kleinschmidt, *Germany*, w: *Essential cases on natural causation*, s. 548–549; N. Jansen, *The idea of a lost chance*, „Oxford Journal of Legal Studies” 1999, nr 19, s. 271; G. Mäsch, *Chance und Schaden*, Mohr Siebeck, Tübingen 2004.

²⁸ Zob. B. Koch, *Der Verlust einer Heilungschance in Österreich*, „European Review of Private Law” 2008, nr 6, s. 1063–1072; H. Koziol, *Basic questions of tort law from a Germanic perspective*, Vienna 2012, s. 153–158.

²⁹ Zob. wyroki z 13 czerwca 2007 r., BGE 133 III 462, cons. 4.4.3, oraz z 26 września 2007 r., BGE 4A.277/2007.

³⁰ Zob. P. Loser, *Switzerland*, w: *European Tort Law 2007*, Vienna–New York 2008, s. 592.

³¹ Zob. C. Müller, *La perte d’une chance*, Berne 2002; L. Thévenoz, *La perte d’une chance*, w: F. Werro, *Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile*, Bern 2002, s. 237; F. Werro, *La responsabilité civile*, Bern 2005, s. 35 i n.; P. Widmer, P. Wessner, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile. Rapport explicatif*, Bern 2000, s. 241 i n., 246.

³² Zob. N. Jansen, *The idea...*, s. 271; H. Fleischer, *Schadensersatz fuer verlorene Chance nim Vertrags- und Deliktsrecht*, „Juristenzeitung” 1999, s. 766; F. Wagner-von Papp, J. Fedtke, *Germany*, w: *European Tort Law 2011*, s. 263.

3. Stanowisko prawa polskiego

W związku z tym, że prawo polskie szeroko ujmuje roszczenia odszkodowawcze przysługujące poszkodowanemu na osobie, kompensacji może podlegać element utraconej szansy. Jest to możliwe bądź w ramach zapłaty zadośćuczynienia za krzywdę³³, bądź w ramach renty z tytułu zmniejszenia widoków powodzenia na przyszłość lub zwiększenia się potrzeb poszkodowanego (art. 444 § 2 k.c.), względnie renty na rzecz pośrednio poszkodowanego (art. 446 § 2 k.c.)³⁴.

Jeżeli zaś chodzi o utratę szansy uzyskania korzyści majątkowej, polska doktryna zdecydowanie odrzuca dopuszczalność tego roszczenia, zaliczając do jednej kategorii roszczenia o kompensację utraconej szansy, utraconych oczekiwań oraz tzw. *préjudice éventuel*³⁵. Szkoda ewentualna nie podlega naprawieniu z dwóch powodów. Pierwszy odwołuje się do wykroczenia poza zakres normalnych następstw zdarzenia (art. 361 § 2 k.c.), a drugi wskazuje na problem udowodnienia wysokiego prawdopodobieństwa utraty korzyści. Utrwalona linia orzecznicza potwierdza stanowisko doktryny³⁶. Sądy wyraźnie odgraniczają szkodę w postaci utraconego zysku od „situacji, w której dochodzi jedynie do utraty samej szansy uzyskania określonej korzyści majątkowej”³⁷. Różnicy między *lucrum cessans* a szkodą ewentualną należy poszukiwać w prawdopodobieństwie ich wystąpienia, które w odniesieniu do *lucrum cessans* przyjmuje się w stopniu graniczącym z pewnością, natomiast „w przypadku szkody ewentualnej prawdopodobieństwo utraty korzyści jest zdecydowanie mniejsze”³⁸.

Powszechnie znane jest stanowisko orzecznictwa, że szkoda w postaci utraconych korzyści z natury rzeczy ma charakter hipotetyczny i poszkodowany powinien udowodnić tak duże prawdopodobieństwo osiągnięcia korzyści majątkowej, że rozsądnie rzecz oceniając, można stwierdzić, iż w danym stanie faktycznym uzyskałby na pewno korzyść, gdyby nie wystąpiło zdarzenie, za które odpowiada sprawca szkody³⁹. Sąd Najwyższy uznaje, że kryteria budo-

³³ Zob. wyroki SN: z 12 lutego 1952 r., C 1582/51, OSN 1952, nr III, poz. 90; z 1 września 1978 r., CR 510/77, OSNCP 1978, nr 11, poz. 210.

³⁴ Wyrok SN z 17 czerwca 2009 r., IV CSK 37/09, OSP 2010, nr 9, poz. 93, z glosą M. Nesterowicza. Przykładem odmowy odszkodowania wobec nieudowodnienia związku przyczynowego między zawinionym błędem lekarza a śmiercią dziecka, które uległo zatruciu, jest rozstrzygnięcie SA w Poznaniu z 10 sierpnia 2011 r., I ACa 1082/10, LEX nr 898633. Zob. E. Bagińska, *Odpowiedzialność deliktowa...*, s. 261–262.

³⁵ Zob. A. Szpunar, *Odszkodowanie za szkodę majątkową. Szkoda na mieniu i osobie*, Bydgoszcz 1998, s. 46; A. Koch, *Związek przyczynowy jako podstawa odpowiedzialności odszkodowawczej w prawie cywilnym*, Warszawa 1975, s. 162; M. Kaliński, *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa 2008, s. 263, 265 (i tam cyt. dawniejsza literatura).

³⁶ Np. wyrok z 30 czerwca 1980 r., I CR 206/80, OSNCP 1981, nr 4, poz. 63; wyrok SN z 18 kwietnia 2002 r., II CKN 1216/00, OSNC 2003, nr 4, poz. 58; wyrok SN z 21 czerwca 2011 r., I CSK 598/10, „Palestra” 2011, nr 11–12, s. 134; wyrok SA w Poznaniu 8 marca 2007, I ACa 29/07, LexPolonica nr 1487142.

³⁷ Wyrok SA w Poznaniu z 8 marca 2007 r., I ACa 29/07, LexPolonica nr 1487142.

³⁸ Wyrok SN z 24 sierpnia 2007 r., V CSK 174/07, LexPolonica nr 2272830; cyt. uchwała składu 7 sędziów SN, II PZP 10/08, OSNP 2009, nr 9–10, poz. 112.

³⁹ Omówione przez M. Bączyka, *Odszkodowanie za utracone korzyści na skutek bezprawnej decyzji administracyjnej*, w: *Czynny niedozwolone w prawie polskim i prawie porównawczym*, red. M. Nesterowicz, Warszawa 2011, s. 99–101.

wania tych hipotez są determinowane *in concreto* wiedzą i doświadczeniem życiowym składu orzekającego⁴⁰. Kryterium kwantytatywne słusznie uznaje się w doktrynie za trafniejsze od kryterium normalności następstw⁴¹. Wiele stanów faktycznych ma wszakże charakter graniczny. Dla przykładu, Sąd Najwyższy orzekł, że jeżeli powód wskutek rozstroju zdrowia utracił możliwość uzyskania dochodu płynącego z wynagrodzenia za napisanie proponowanych mu prac, nieuzasadniony jest pogląd, iż o szkodzie można by mówić dopiero wtedy, gdyby powód zawarł już umowy wydawnicze, a następnie nie mógł ich wykonać ze względu na stan zdrowia wywołany wypadkiem. W świetle art. 361 § 2 k.c. wystarczy, aby powód udowodnił, że miał realną możliwość osiągnięcia określonej korzyści, której jednak nie osiągnął ze względu na następstwa wypadku⁴². W innym orzeczeniu Sąd Najwyższy oddalił żądanie naprawienia szkody w postaci szansy na uzyskanie korzyści wynikających z realizacji koncepcji dzieła przygotowanej na konkurs. Szkodą podlegającą naprawieniu według Kodeksu cywilnego jest więc tylko honorarium za stworzenie dzieła na konkurs, ewentualnie wykonanie prototypu⁴³. Podobnie utrata zdolności kredytowej nie jest szkodą w rozumieniu art. 361 § 1 k.c.⁴⁴.

Uogólniając powyższe orzecznictwo, można stwierdzić, że jeżeli sąd uzna dowody zmierzające do wykazania utraconych korzyści za niewiarygodne, najczęściej zakwalifikuje dochodzoną szkodę jako niepodlegającą naprawieniu, tzw. szkodę ewentualną, utraconą szansę lub utratę subiektywnie postrzeganych korzyści⁴⁵. Ocena przez sąd *meriti* roszczenia odszkodowawczego co do tego, czy obejmuje ono *lucrum cessans*, czy tylko tzw. utraconą szansę niepodlegającą kompensacji, nie może być dowolna czy przedwczesna, dokonana niejako z góry w odniesieniu do wszystkich elementów roszczenia wyeksponowanych w pozwie. Przeciwnie, ocena ta powinna nastąpić w zasadzie po przeprowadzeniu odpowiedniego postępowania dowodowego, w tym – po dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego (art. 278 ustawy z 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego⁴⁶).

Na rzecz niedopuszczalności kompensacji utraconej szansy podnosi się argument, że uwzględnienie dochodzonej przez powoda kwoty tytułem odszkodowania za nienależyte wykonanie umowy oznaczałoby przyjęcie, że umowa, którą strony zawarły, była umową nie tyle starannego działania, ile rezultatu. Z tego względu Sąd Apelacyjny w Poznaniu oddalił powództwo oparte w istocie na utracie szansy wygrania konkursu o dotację z funduszy europejskich z winy agencji pośredniczącej w sporządzaniu wniosku o dotację⁴⁷. W innej sprawie Sąd Najwyższy orzekł, że nienależyte wykonanie zobowiązania polegające na błędnym wypełnieniu formularza oferty składanej w postępowaniu o zamówie-

⁴⁰ Wyroki SN: z 14 października 2005 r., III CK 101/05, LexPolonica nr 1625349; z 19 czerwca 2008 r., V CSK 18/08, LexPolonica nr 1923110.

⁴¹ Zob. M. Bączyk, *Odszkodowanie za utracone...*, s. 96.

⁴² Wyrok z 3 lutego 1971 r., III CRN 451/70, „Nowe Prawo” 1972, nr 1, s. 128.

⁴³ Wyrok z 28 kwietnia 1969 r., II CR 72/69, OSNC 1970, nr 2, poz. 36.

⁴⁴ Zob. wyrok SN z 11 lutego 2003 r., I CKN 6/01, „Prawo Bankowe” 2003, nr 6, s. 15.

⁴⁵ Wyrok SN z 21 czerwca 2011 r., I CSK 598/10, „Palestra” 2011, nr 11-12, s. 134.

⁴⁶ Tekst jedn. Dz.U. z 2014 r., poz. 101 ze zm.

⁴⁷ Wyrok SA w Poznaniu z 15 listopada 2011 r., I Aca 689/11, niepubl.

nie publiczne, powodujące jej odrzucenie, pozostawało w normalnym związku przyczynowym z utratą szansy uzyskania wynagrodzenia przewidzianego w umowie (tzw. umowie o współpracę z podwykonawcami)⁴⁸. W tej sprawie istniało wysokie prawdopodobieństwo wygrania przetargu i zawarcia kontraktu przez stronę pozwaną. Wskutek nienależytego wykonania umowy powód „utracił szansę uzyskania wynagrodzenia i stan taki oznacza szkodę rzeczywistą”. Wskazany argument natury zobowiązania jest szczególnie istotny, gdy chodzi o odpowiedzialność profesjonalnych pełnomocników za należyte prowadzenie procesów w imieniu klienta. W polskim sądzie poszkodowany może uzyskać wszystko albo nic, nie ma mowy o ustalaniu szansy wygrania procesu w braku niedbalstwa pełnomocnika⁴⁹. Powód przegra, jeżeli sąd nie będzie miał pewności, że gdyby nie uchybienia pełnomocnika, to powód uzyskałby korzystne dla siebie rozstrzygnięcie, co przesądza o braku związku przyczynowego pomiędzy zawinionym działaniem pełnomocnika a szkodą⁵⁰.

Najnowsze orzecznictwo dotyczące roszczeń podnoszonych przeciwko Skarbowi Państwa w związku z bezprawnymi decyzjami wywłaszczeniowymi lub nacjonalizacyjnymi, w których to procesach zazwyczaj dochodzi się odpowiedzialności za utracone korzyści, poucza, że należy odróżniać utracone korzyści od utraconej szansy uzyskania korzyści⁵¹. Jako przykład można wskazać wyroki, w których sąd stwierdził istnienie normalnego związku przyczynowego między tzw. decyzją sprawczą a szkodą w postaci niezaspokojenia uprawnienia przysługującego z mocy przepisów dekretu⁵² czy też szkodą polegającą na utracie możliwości uzyskania zwrotu wywłaszczonego prawa wskutek niewykonania obowiązku powiadomienia powódek o możliwości zwrotu wywłaszczonej nieruchomości oraz wydania decyzji wywołującej nieodwracalne skutki prawne, w której prawo użytkowania wieczystego przekształcone zostało w prawo własności osób trzecich⁵³.

W wyniku analizy omawianej koncepcji w uchwale składu 7 sędziów z 15 października 2008 r.⁵⁴ Sąd Najwyższy doszedł do wniosku, że konstrukcja szkody ewentualnej (przez co Sąd Najwyższy rozumie także utraconą szansę) jest mało przydatna dla praktyki. Główny argument przeciw tej koncepcji nawiązuje do tego, że o stopniu prawdopodobieństwa szkody decydują okoliczności faktyczne konkretnej sprawy, w tym procesowe możliwości udowodnie-

⁴⁸ Zob. wyrok SN z 1 lutego 2006 r., V CSK 86/05, OSP 2007, nr 2, poz. 13, z głosem K. Zagrobelnego.

⁴⁹ Zob. np. wyroki SN: z 2 grudnia 2004 r., V CSK 297/04, „Monitor Prawniczy” 2005, nr 1, s. 9; z 5 czerwca 2007 r., I CSK 86/07, LexPolonica nr 2422556; z 18 kwietnia 2002 r., II CKN 1216/00, OSNC 2003, nr 4, poz. 58; z 15 marca 2010 r., I CSK 330/11, OSP 2012, nr 12, poz. 123, z głosem J. Jaszczyńskiego.

⁵⁰ Wyrok SA w Warszawie z 2 grudnia 2010 r., VI ACa 844/10, LexPolonica nr 2476901; zob. uzasadnienie postanowienia SN z 21 grudnia 2010 r., IV CSK 461/10, LexPolonica nr 6714893; wyrok SN z 25 kwietnia 2013 r., V CSK 210/12, OSNC 2014, nr 2, poz. 14.

⁵¹ Z nowszych opracowań zob. M. Bączyk, *Odszkodowanie za utracone...*, s. 79.

⁵² Wyroki SN: z 19 maja 2011 r., I CSK 202/11, „Izba Cywilna. Biuletyn Sądu Najwyższego” 2012, nr 2; z 6 lipca 2011 r., I CSK 512/09, LexPolonica nr 3873649.

⁵³ Wyrok SN z 10 sierpnia 2005 r., I CK 130/05, LexPolonica nr 384829.

⁵⁴ Uchwała składu 7 sędziów SN z 15 października 2008 r., II PZP 10/08, OSNP 2009, nr 9–10, poz. 112.

nia określonych faktów. Za bardziej użyteczne Sąd Najwyższy uznał pojęcie szkody przyszłej, czyli szkody, która jeszcze nie wystąpiła, a mimo to podlega naprawieniu. W świetle art. 444 § 2 i art. 446 § 2 k.c. mniej istotne jest zakwalifikowanie określonego przyszłego uszczerbku jako szkody przyszłej na osobie bądź jako utraconej szansy osiągnięcia określonej korzyści. Jest to jednak argument, który pozwala Sądowi stwierdzić, że dochodzenie roszczeń o naprawienie szkód majątkowych mających nastąpić w przyszłości jest niedopuszczalne, chyba że przepis tak stanowi. Z tym uzasadnieniem trudno się jednak zgodzić. Wynagrodzenia szkody przyszłej można dochodzić tylko o tyle, o ile szkoda ta jest pewna lub wysoce prawdopodobna, zaś konstrukcja wyrównania utraconej szansy oparta jest na niepewności rezultatu, który nie został osiągnięty, lecz nie wiadomo, czy zostałby osiągnięty, gdyby nie zdarzenie szkodzące⁵⁵.

Reasumując, w prawie polskim *de lege lata* utracona szansa uzyskania korzyści w przypadku szkody na mieniu nie podlega naprawieniu⁵⁶. Odmienne orzeczenia są rzadkie i ograniczają się do przypadków odpowiedzialności zawodowej, a kwoty zasądzone z tego tytułu nie są odnoszone do stopnia prawdopodobieństwa uzyskania pewnej i rzeczywistej korzyści, lecz zależą od tego, czy *in concreto* dało się zakwalifikować badany uszczerbek jako *lucrum cessans*, czy też nie.

4. Utrata szansy jako rozwiązanie kwestii niepewnego związku przyczynowego *sine qua non*

Jak wspomniano we wstępie, do roszczenia o kompensację utraconej szansy niektóre sądy podchodzą jak do problemu przyczynowości, a inne jak do problemu szkody⁵⁷. Niewątpliwie konstrukcja ta jest stosowana przynajmniej przez część sądów jako recepta na problem niepewności związku przyczynowego, zwłaszcza gdy jest on złożony i nie da się ustalić przyczyny szkody w stopniu przepisany przez reguły dowodowe. W doktrynie włoskiej wyraźnie wskazuje się na teorię utraty szansy jako na „równoległą” teorię związku przyczynowego, stosowaną zamiast „zwykłego związku przyczynowego” (*ordinary causation*) wówczas, gdy powód nie może sprostać standardowi nawet abstrakcyjnej, statystycznej przewagi prawdopodobieństwa⁵⁸.

Należy tu zwrócić uwagę na różne rodzaje „niepewności kazualnej”. W procesach medycznych pacjent twierdzi, że utracił szansę na wyleczenie lub przeżycie w wyniku winy lekarza (zakładu leczniczego). Ponieważ rzadko jest tak, że śmierć lub szkoda na osobie pacjenta jest wyłącznie następstwem zachowania personelu medycznego, lecz wynika z kilku zbiegających się przyczyn, z których najczęstsze to sam przebieg choroby, właściwości na-

⁵⁵ Uchwała składu 7 sędziów SN z 17 czerwca 1963 r., III CO 38/62, OSPiKA 1965, nr 9, poz. 196, z glosą A. Szpunara.

⁵⁶ Zob. M. Kaliński, *Szkoda na mieniu...*, s. 268.

⁵⁷ Zob. B.A. Koch, *Comparative Report*, w: *Essential cases on damage*, s. 1120 i tam cytowane raporty krajowe; H. Koziol, *Comparative Report*, w: *Essential cases on natural causation*, s. 590–591.

⁵⁸ Zob. A. Scarso, M. Foglia, w: *Medical Liability in Europe. A Comparison of Selected Jurisdictions*, red. B.A. Koch, Berlin 2011, s. 338.

turalne pacjenta, nadzwyczajne komplikacje, za które nikt nie ponosi odpowiedzialności, a wreszcie bezradność medycyny wobec danego przypadku, lekarz co najwyżej pozbawia pacjenta jakiejś części szansy na wyleczenie lub przeżycie, szansy, którą – zawsze w ujęciu statystycznym – daje nauka i sztuka medyczna. Niepewność reakcji pacjenta na prawidłowe i terminowe podjęcie leczenia, przyjmując za punkt odniesienia datę zdarzenia, odnosi się do niepewności związku przyczynowego i do niej ma zastosowanie teoria utraconej szansy⁵⁹. Jeżeli podchodzić do zagadnienia z punktu widzenia ustalenia i rozmiaru szkody, to stan pacjenta w chwili zdarzenia jest jednym z podstawowych czynników branych pod uwagę przy odpowiedzi na pytanie, jaki byłby hipotetycznie stan poszkodowanego w braku zdarzenia. Wówczas stan pacjenta w chwili zdarzenia musi być ustalony w sposób pewny, a jego nieustalenie obciąża poszkodowanego⁶⁰.

Ciekawa w tej kwestii jest ewolucja judykatury belgijskiej i amerykańskiej. Belgijski Sąd Kasacyjny po początkowym zaakceptowaniu utraconej szansy jako szkody wycofał się ze swego stanowiska w kilku głośnych sprawach nieudzielenia pomocy na czas, tj. nieudzielenia pomocy przez policję osobie, której grożono atakiem na jej nietykalność (groźba została spełniona)⁶¹, oraz nieudzielenia na czas pomocy ofierze śmiertelnego pobicia przez osoby trzecie⁶². Orzeczenia te podzieliły doktrynę, do której przyłączyły się później sądy rejonowe oraz apelacyjne, kontynuując korzystniejszą dla poszkodowanego linię orzeczniczą⁶³. Ostatecznie w 2008 r., na tle odpowiedzialności weterynarza *ex contractu*, Sąd Kasacyjny powrócił do stanowiska sprzed 2004 r. i orzekł, że wina weterynarza, polegająca na niewykonaniu sondy żołądkowej u konia powodów i skutkująca pęknięciem żołądka, a w konsekwencji śmiercią zwierzęcia, była przyczyną *sine qua non* utraty przez zwierzę 80% szans na przeżycie (zasądzono więc 80% z żądanej sumy)⁶⁴.

Z kolei w prawie amerykańskim teoria *loss of chance* rozwija się od kilkadziesiąt lat. Początkowo widziano w niej instrument pomagający przezwyciężyć trudności w dowodzeniu związku przyczynowego w procesach medycznych⁶⁵. Uwzględniano więc roszczenie o utratę szansy przeżycia, a następnie

⁵⁹ Zob. I. Durant, *Une brève histoire de la théorie de la perte d'une chance en droit belge*, „Haftung und Versicherung/Responsabilité et Assurances” 2008, nr 1, s. 72–78; I. Durant, *Les pendules belges à l'heure de la théorie de la perte d'une chance*, „Haftung und Versicherung/Responsabilité et Assurances” 2010, nr 3, s. 216; orzeczenie C.Cass. z 19 stycznia 1984 r., Pasicrisie (Pas.) 1984, I, s. 548.

⁶⁰ Zob. orzeczenie Hotson, orzeczenie Gregg v. Scott, pkt 24–25 opinii per Lord Nicholls.

⁶¹ Wyrok Sądu Kasacyjnego Belgii z 1 kwietnia 2004 r., C.01.0211.F – C.01.0217.F, w: *European Tort Law 2004*, Vienna–New York 2005, s. 178–181.

⁶² Wyrok Sądu Kasacyjnego Belgii z 12 października 2005 r., P05.0262.F; zob. I. Durant, *Belgium*, w: *European Tort Law 2005*, Vienna–New York 2006, s. 176–177.

⁶³ Zob. liczne orzeczenia przywołane przez I. Durant, *Une brève histoire*, s. 78, przyp. 29.

⁶⁴ Orzeczenie z 5 czerwca 2008 r., z komentarzem I. Durant, *Belgium*, w: *European Tort Law 2008*, Vienna–New York 2009.

⁶⁵ Zob. J. King, „Reduction of likelihood” reformulation and other retrofitting of the loss-of-a-chance doctrine, „University of Memphis Law Review” 1998, nr 28, s. 491, 500. Do końca lat 90. sądy dziesięciu stanów wciąż odrzucały tę koncepcję jako odpowiednią w procesach medycznych. Zob. E. Bagińska, *Odpowiedzialność deliktowa...*, s. 253–255.

o utratę szansy wyleczenia⁶⁶. W praktyce sądowej amerykańskiej podkreśla się, że chodzi o zawinione naruszenie obowiązku ochrony drugiego przed szkodą płynącą z innego źródła zagrożenia, np. przyspieszenie rozwoju choroby, niezatrzymanie naturalnego rozwoju choroby, nieuratowanie kończyny uszkodzonej wskutek wcześniejszego urazu. Samo pozbawienie możliwości uniknięcia negatywnego rezultatu jest więc uznane za wartę ochrony prawnej i daje prawo do żądania odszkodowania. Okoliczność, czy zwiększone ryzyko wynikające z zawinonego zachowania pozwanego było istotnym czynnikiem prowadzącym do ostatecznej postaci uszczerbku, należy jednak udowodnić⁶⁷. Pod wpływem poglądów J. Kinga w wielu stanach przyjęto, że *loss of chance* stanowi postać odrębnej szkody podlegającej naprawieniu, a zatem interes podlegający ochronie w świetle reguł deliktowych⁶⁸. Takie stanowisko nie sprzeciwia się klasycznym zasadom ustalania związku przyczynowego, chociaż niekiedy roszczenie o utratę szansy przedstawia się jako teorię złagodzonego standardu dowodu, którego przedmiotem jest utracona istotna szansa wyleczenia lub przeżycia.

Część doktryny francuskiej umiejscawia utratę szansy na wyleczenie w problematyce związku przyczynowego, w przeciwieństwie do pozostałych sytuacji utraconych szans widzianych jako postaci szkody⁶⁹. Aby rozwiązać problem niepewnego powiązania kauzalnego w procesach medycznych, niektóre sądy za podstawę ustalenia związku przyczynowego między zachowaniem przypisywanym pozwanemu a szkodą przyjmują zwiększenie prawdopodobieństwa (ryzyka) wystąpienia szkody (np. niepowodzenia leczenia). Utrata szansy polega w takim razie na uniknięciu spełnienia się określonego ryzyka⁷⁰. Koncepcja ta zakłada więc, że ryzyko się już zrealizowało, a powód został pozbawiony możliwości uniknięcia tego zdarzenia z powodu działania lub zaniechania przypisywanego pozwanemu⁷¹. Należy też odróżnić sytuację, gdy wskutek winy lekarza zwiększa się ryzyko ziszczenia istniejących uprzednio zagrożeń (*un aléa préexistant*), od sytuacji, w której вина lekarza kreuje nowe ryzyko. Tylko w tym pierwszym przypadku uzasadnione jest sięganie do koncepcji utraty szansy, w drugim zaś poszkodowany może żądać wynagrodzenia całej szkody⁷². Roszczenie zatem z tytułu utraty szansy służy niejako rozdzielaniu wieloelementowego związku przyczynowego w celu przypisania części

⁶⁶ Zob. *Hicks v. United States*, 368 F.2d 626 (4th Cir. 1966), *Mohr v. Grantham*, 262 P.3d 490 (Washington 2011).

⁶⁷ Zob. tzw. Model Jury Charges (Civil) § 7.11, V. Johnson, A. Gunn, *Studies in American Tort Law*, 2nd ed., Durham, North Carolina 1999, s. 364.

⁶⁸ Zob. J. King, *Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences*, „Yale Law Journal” (1981), vol. 90, s. 1353–1354.

⁶⁹ Zob. G. Viney, P. Jourdain, *Les conditions...*, s. 227–228, 236; W. van Gerven, J. Lever, P. Larouche, *National, Supranational...*, s. 428/1.

⁷⁰ Formuły: „zwiększenia ryzyka” i „utrata szansy na przeżycie” są więc *de facto* innym opisem tego samego problemu. Zob. *Studies in American Tort Law*, s. 369; A. Burrows, *Uncertainty...*, s. 32; H. Koziol, *Basic questions...*, s. 157, przyp. 203.

⁷¹ Zob. P. Jourdain, „Revue Trimestrielle de Droit Civile” [RTD Civ] Avril/Juin 2010, s. 333, za rozróżnieniem także N. Jansen, *The idea...*, s. 282.

⁷² Zob. G. Viney, P. Jourdain, *Les conditions...*, s. 233–234.

szkody przyczynie zewnętrznej i w konsekwencji redukcji obowiązku odszkodowawczego zobowiązanego⁷³. Jak jednak zauważa krytycznie P. Jourdain, nie można stosować koncepcji utraty szansy do rozwiązania problemu niepewnej przyczynowości w sytuacji, gdy występuje zbieg przyczyn, a szkoda jest niepodzielna i gdy nie można jednoznacznie ustalić, jaką jej część należy przypisać przyczynie naturalnej (chorobie), a jaką winie lekarzy. Zdaniem Autora, poszkodowany ma wówczas prawo żądania pełnej kompensacji.

Jeżeli traktować teorię utraconej szansy jako sposób na przezwycięzenie problemu niemożności udowodnienia związku przyczynowego, to podstawowy zarzut przeciwko niej brzmi, że każde roszczenie o odszkodowanie z powodu braku osiągnięcia rezultatu można przeformułować w kategoriach utraconych szans na jego osiągnięcie. Gdyby zatem dopuścić taką zmianę podstawy roszczenia, otworzyłyby się tamy dla tysięcy roszczeń, które w normalnym toku rzeczy, tj. zgodnie z tradycyjnymi zasadami ustalania związku przyczynowego, byłby skazane na niepowodzenie⁷⁴. Zarzut ten osłabia wszakże kilka argumentów.

Po pierwsze, nie każde roszczenie o odszkodowanie za doznaną szkodę można przekwalifikować na roszczenie o utratę szansy nieponiesienia tej szkody⁷⁵. Rozpatrzmy przykład utraty szansy przeżycia oraz szkody definitywnej, tj. śmierci. Sądy amerykańskie podkreślają, że utrata szansy na przeżycie nie podlega naprawieniu, dopóki śmierć nie nastąpi. Z podobnego względu Izba Lordów w precedensie *Gregg v. Scott* oddaliła powództwo, ponieważ powód przeżył mimo zawinionego opóźnienia diagnozy choroby nowotworowej, nadal żył w dniu orzekania i miał lepsze prognozy na przyszłość w porównaniu z prognozami sporządzonymi przez biegłych lekarzy na początku procesu. Logika wskazuje, aby roszczenie o wynagrodzenie utraconej szansy przysługiwało w obu scenariuszach faktycznych, a więc zarówno wówczas, kiedy pacjent umrze, jak i kiedy przeżyje. Jeżeli jednak przyjmujemy, że „ostateczną” szkodą jest śmierć, to utrata szansy wchodzi w grę wtedy, gdy nie można ustalić związku *sine qua non* między śmiercią a zdarzeniem, lecz można ustalić związek między utratą szansy przeżycia a zdarzeniem, za które ktoś ponosi odpowiedzialność.

Po drugie, należy zauważyć, że redefiniowanie uszczerbku to zabieg jedynie semantyczny, który jest niedopuszczalny w razie niepowodzenia postępowania dowodowego. Powód powinien już w pozwie sformułować wyłączone lub alternatywne (względnie subsydiarne) roszczenie o kompensację utraconej szansy. Jeżeli z powodu niewystarczających dowodów lub niemożliwości ich przeprowadzenia sąd orzekający ustali brak związku przyczynowego między szkodą a zdarzeniem, to w razie zmiany kwalifikacji postaci szkody na utratę szansy z urzędu dopuściłby się *de facto* orzekania ponad żądanie⁷⁶. Za tym wnio-

⁷³ Zob. orzeczenie Cass Civ. no 08-16760, RTD Civ Avril/Juin 2010, obs. P Jourdain, s. 330, 332; orzeczenie Cass. Civ. z 28 stycznia 2010 r., No 08-21692, RTD Civ Avril-Juin/2010, obs. P Jourdain, s. 330–331.

⁷⁴ *Gregg v. Scott* pkt 224 opinii per Baroness Hale.

⁷⁵ Zob. E. Bagińska, *Odpowiedzialność deliktowa...*, s. 283–284.

⁷⁶ Zob. I. Durant, *Les pendules belges...*, s. 220.

skiem przemawia również zasada kontrydiktoryjności oraz wzgląd na prawo pozwanego do obrony.

Po trzecie, sąd nie jest zwolniony z badania przesłanki związku przyczynowego między zdarzeniem przypisywanym pozwanemu a utratą szansy. Przykładowo, mimo braku pewności co do relacji kauzalnej między winą lekarza a szkodą na osobie zawsze jednak sąd opiera się na udowodnieniu związku między winą lekarza a pozbawieniem możliwości innego, skutecznego leczenia. Takiej relacji brak, jeżeli mimo błędnej diagnozy zastosowano wobec powoda to samo leczenie, które byłoby właściwe, gdyby diagnoza była prawidłowa. Nie budzi zatem wątpliwości, że podstawowa funkcja teorii utraty szansy polega na złagodzeniu sytuacji poszkodowanego, który nie może udowodnić związku przyczynowego według wymaganego standardu dowodu⁷⁷.

W kategorii utraconej szansy nie powinno się jednak umiejscawiać przypadku niepoinformowania poszkodowanego o ryzyku szkody, chodzi bowiem o inny rodzaj niepewności⁷⁸. W danej sytuacji powód twierdzi, że gdyby wiedział o ryzyku, o którym nie został poinformowany należycie, a które zmateriałizowało się w jego przypadku, to nie wyraziłby zgody na zabieg medyczny lub dany sposób leczenia. Przez zaniechanie udzielenia prawidłowej informacji o ryzyku lekarz pozbawia zatem pacjenta 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 szansy⁷⁹. Sądzę, że naruszenie obowiązku informacyjnego powinno raczej skutkować roszczeniem o zadośćuczynienie za naruszenie praw pacjenta, a zatem jest to problem naruszenia dobra chronionego (*ergo*, problem szkody podlegającej naprawieniu).

5. Utrata szansy jako szkoda podlegająca naprawieniu

W wypowiedziach doktryny oraz sądów z kręgu kultury romańskiej odnajdujemy przekonujące argumenty uzasadniające podejście do teorii utraty szansy jako problematyki odrębnej postaci szkody podlegającej naprawieniu. Oczywistym punktem wyjścia jest reguła, że spekulacyjne uszczerbki nie podlegają naprawieniu. Jednak okazja uzyskania korzyści materialnej widziana jest jako odrębny interes godny ochrony w prawie odpowiedzialności cywilnej, a nie tylko jako interes faktyczny. Okazja, która ma dopiero się zmateriałizować, stanowi bowiem interes, który nie jest bezprawny (*illégitime*), a jej utrata (zmniejszenie) stanowi naruszenie tego interesu, innymi słowy – stanowi szko-

⁷⁷ Zob. M. Nesterowicz, *Utrata szansy...*, s. 38; E. Bagińska, *Odpowiedzialność deliktowa...*, s. 283.

⁷⁸ Zob. G. Viney, P. Jourdain, *Les conditions...*, s. 227, 234.

⁷⁹ Zob. J.-S. Borghetti, *La réparation de la perte d'une chance en droit suisse et en droit français*, „European Review of Private Law” 2008, nr 6, s. 1081; orzeczenie belgijskiego Sądu Kasacyjnego z 12 maja 2006 r., C.05.0021.F, w: *European Tort Law 2006*, Vienna–New York 2007, s. 105.

dę zasługującą na naprawienie, jeżeli zostały spełnione pozostałe przesłanki odpowiedzialności⁸⁰. Określenie, że nie chodzi o utratę skutku, lecz utratę szansy na osiągnięcie skutku, nie przesądza majątkowego lub niemajątkowego charakteru tej szkody. Niewątpliwie doniosłe jest podkreślenie, że utrata szansy stanowi poniesioną odrębną szkodę, a więc szkodę niezależną od szkody finalnej (tzw. *préjudice spécifique*).

Postrzeganie utraconej okazji bądź szansy w perspektywie problematyki szkody jest obecne także w systemach *common law*. Jak wspomniano, w prawie amerykańskim utrata szansy uważana jest współcześnie za interes zasługujący na ochronę majątkową, który stanowi odrębne roszczenie (*in its own right*). Jednak dowód utraty szansy jest „słabszy” w tym sensie, że nie wystarczyłby on do przypisania odpowiedzialności pozwanego za szkodę ostateczną, lecz wystarczy do obarczenia obowiązkiem wyrównania utraconej szansy⁸¹.

Koncepcja uznająca utratę szansy za nowy rodzaj szkody została zaatakowana głównie z pozycji prawa germańskiego⁸². H. Koziol zauważa, że teoria utraconej szansy rozpatrywana nie na poziomie związku przyczynowego, lecz szkody (zwłaszcza szkody majątkowej), budzi w dogmatycznego punktu widzenia zbyt wiele wątpliwości i jest niespójna na tle całego systemu prawa⁸³. W odniesieniu do utraty szansy wyleczenia podnosi on brak przekonujących kryteriów, które uzasadniałyby powstanie obowiązku kompensacji w oparciu o istnienie bądź nieistnienie szansy na wyleczenie w chwili popełnienia błędu. Ponadto, z logicznego punktu widzenia, jeżeli mamy do czynienia z odrębnymi dobrami, to naruszenie każdego z nich prowadzi do powstania obowiązku odszkodowawczego. Poszkodowany nie może jednak być uprawniony do żądania niejako podwójnej kompensacji, tj. z tytułu utraconej szansy na wyleczenie oraz z powodu doznanej szkody definitywnej na osobie. W koncepcji utraconej szansy jako szkody tkwi więc błąd logiczny, uprawniający do odrzucenia tej teorii⁸⁴.

Badania porównawcze wskazują na zdecydowaną przewagę podejścia do teorii utraty szansy jako do nowego typu uszczerbku. Kompensacja utraconej szansy jako szkody dochodzonej w reżimie *ex contractu* jest także 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 korzyści⁸⁵. Według *Principles of European Contract Law* (PECL) utrata szansy jest

⁸⁰ Zob. M. Graziadei, D. Migliasso, *Italy*, w: *Essential cases on natural causation*, s. 339; A. Scarso, M. Foglia, w: *Medical Liability in Europe. A Comparison of Selected Jurisdictions*, red. B.A. Koch, Berlin 2011, s. 339; J.-S. Borghetti, *La réparation...*, s. 1078.

⁸¹ Zob. *Mead v. Adrian*, 670 N.W.2d 174 (Iowa 2003).

⁸² Zob. E. Bagińska, *Odpowiedzialność deliktowa...*, s. 289–290.

⁸³ Zob. H. Koziol, *Basic questions...*, s. 153–158.

⁸⁴ Tamże, s. 158.

⁸⁵ Zob. orzeczenia arbitrażowe przywołane przez T. Kadner Graziano, „All or nothing” or partial liability in cases of uncertain causation, „European Review of Private Law” 2008, nr 6, s. 1029.

często występującą postacią szkody przyszłej, a nie szkodą aktualnie poniesioną (komentarz do art. 9:501 ustęp 2b). Występuje tu bowiem niepewność co do zajścia w przyszłości faktu szkody „definitywnej”.

Kolejne pytanie dotyczy natury prawnej szkody w postaci utraconej szansy. Ścierają się w tej kwestii różne stanowiska.

W świetle pierwszego z nich szansa, której utrata podlega kompensacji, jest składnikiem majątku danej osoby, stanowiąc prawo lub interes, któremu można przypisać określoną samodzielną wartość prawną i majątkową⁸⁶. Utrata szansy, a zatem utrata istotnej możliwości osiągnięcia korzystnego rezultatu, kreuje rzeczywisty i konkretny uszczerbek w majątku. Jedynie jako uszczerbek majątkowy akceptuje się teorię utraty szansy w prawie angielskim. W systemie francuskim, gdzie nie obowiązuje żadna oficjalna teoria szkody, określenie natury uszczerbku ma znaczenie drugorzędne, skoro każde naruszenie dóbr i interesów poszkodowanego, niezależnie od ich charakteru, jest szkodą podlegającą naprawieniu, jeśli sąd tak stwierdzi, a szkody majątkowe i niemajątkowe są traktowane w zasadzie równorzędnie w kontekście odpowiedzialności cywilnej⁸⁷.

Przeciwko postrzeganiu utraconej szansy jako uszczerbku o charakterze majątkowym sformułowano kilka zastrzeżeń. Po pierwsze, jest to stanowisko wysoce wątpliwe w świetle teorii dyferencyjnej, która jest akceptowana w większości porządków prawnych. Szansa jest *par excellence* prowizoryczna i dopiero zmierza do realizacji, trudno jest więc ją uchwycić jako element hipotetycznego stanu majątkowego, z którym porównuje się aktualny stan majątkowy poszkodowanego⁸⁸. Jeżeli szansa się zrealizuje, powstanie pewna korzyść, jeżeli natomiast nie zrealizuje się, nie powstanie nic⁸⁹. Jak stwierdził szwajcarski Trybunał Federalny w wyroku z 2007 r.⁹⁰, utracona szansa nie stanowi aktywu obecnego w majątku poszkodowanego, szansa zaś prawdopodobna, ale niezrealizowana, nie jest składnikiem hipotetycznym majątku, który poszkodowany posiadałby, gdyby nie zdarzenie wyrządzające szkodę. Tymczasowa i zmienna natura uszczerbku oraz teoria dyferencyjna przemawiają zatem przeciwko uznaniu utraty szansy za postać szkody majątkowej. Obliczenie odrębnej wartości samej utraconej szansy w określonym momencie odcina dalsze narastanie szkody, co zakłada odrzucenie indywidualnego podejścia do oceny stanu majątku poszkodowanego⁹¹. Odszkodowanie ustala się więc jedynie w odniesieniu do momentu zdarzenia, z pominięciem dalszego rozwoju jego skutków, co samo w sobie zaprzecza wspomnianej teorii dyferencji i jako takie jest nie do zaakceptowania w prawie niemieckim⁹².

⁸⁶ Orzeczenie Corte di Cass., 4 marca 2004, no. 4400, zob. M. Graziadei, D. Migliasso, *Italy*, w: *Essential cases on natural causation*, s. 566–567.

⁸⁷ Zob. P. Le Tourneau, L. Cadet, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Paris 2002, s. 348 i n.; G. Viney, P. Jourdain, *Les conditions...*, s. 13 i n.

⁸⁸ Zob. J.-S. Borghetti, *La réparation...*, s. 1077.

⁸⁹ Zob. H. Koziol, *Basic questions...*, s. 153–158.

⁹⁰ Orzeczenie BGE z 2007 r., 133 III 462, cons. 4.4.3, publ. <http://www.bger.ch/jurisdiction-recht>; zob. P. Loser, *Switzerland*, w: *European Tort Law 2007*, Vienna-New York 2008, s. 591–592.

⁹¹ Zob. H. Koziol, *Basic questions...*, s. 156.

⁹² Nie jest natomiast nieznanne w prawie austriackim – por. § 1332 ABGB: „Szkoda będąca skutkiem mniejszego niedbalstwa bądź lekkomyślności podlega wynagrodzeniu według zwyczajnej wartości rzeczy w chwili uszkodzenia rzeczy (wyrządzenia szkody)”.

Krytyka ta podaje w wątpliwość założenie, że szansa ma odrębną wartość rynkową. Z tym zarzutem rozprawia się praktyka orzecznicza. Nie jest trudno określić wartość utraty szansy np. wygrania w konkursie. Szansa wygrania ma konkretną wartość, którą możemy określić jako wartość ekonomiczną, dającą się ustalić na podstawie liczby uczestników w konkursie oraz wartości nagród albo np. według ceny losu na loterię pieniężną, niezależnie od wielkości szansy na wygranie w loterii⁹³. Z chwilą zniszczenia losu bądź wygrania konkursu przez innego uczestnika wartość powiązana z samą szansą uzyskania wygranej znika, co nie oznacza, że szansa nigdy nie miała wartości. Również w sprawach medycznych sądy zazwyczaj odwołują się do opinii biegłych, którzy określają w procencie stopień wpływu określonego zachowania lekarza bądź szpitala na dalsze postępowanie wobec pacjenta oraz szanse jego wyleczenia. Jeżeli terapia mogłaby uratować jakiś organ, a tak się nie stało, to wprawdzie utrata szansy na uratowanie nie jest tym samym, co utrata organu, lecz nie można podzielić opinii, że ta druga ma wartość, a ta pierwsza jej nie ma⁹⁴.

Odminnym sposobem rozwiązywania kwestii charakteru utraty szansy jest potraktowanie jej jako elementu krzywdy, czyli szkody niemajątkowej. Podejście to spotykamy w polskim prawie oraz większości ustawodawstw szeroko ujmujących krzywdę zasługującą na kompensację, zwłaszcza gdy towarzyszy ona szkodzie na osobie (tak np. w Hiszpanii, Portugalii, Irlandii⁹⁵). Polski Sąd Najwyższy w wyroku z 12 lutego 1952 r.⁹⁶ orzekł: „Utrata możliwości ukończenia wyższych studiów wskutek uszkodzeń ciała doznanych podczas wypadku, a tym samym pełnego wykorzystania swych zdolności w takim rodzaju pracy, do której poszkodowany czuł się szczególnie powołany, stanowi dotkliwą krzywdę moralną”, pod warunkiem że: „gdyby powódka nie uległa wypadkowi, byłyby takie studia ukończyła”. Musi więc zaistnieć związek *sine qua non*, co można jednak przyjąć w drodze domniemania faktycznego. Utrwalone od 1998 r. orzecznictwo hiszpańskie⁹⁷ szeroko uwzględnia utratę szansy na wyleczenie lub przeżycie, przyjmując, że ma ona charakter niemajątkowy⁹⁸. Hiszpański Sąd Najwyższy orzekł również, że szkoda wynika z niedbalstwa profesjonalnego pełnomocnika przejawia się w psychicznej frustracji wywołanej utratą możliwości realizacji fundamentalnego prawa do sądu. Jest to część szerszej linii judykatury, obejmującej ponadto roszczenia z tytułu utraty możliwości wykonywania zawodu przez zwolnionych pracowników. Konkretną podstawą prawną zasądzenia zadośćuczynienia jest naruszenie podstawowego prawa człowieka (pracownika), chronionego przepisami konstytucji oraz prawa pracy. Widać tu pewien wpływ praktyki francuskiej, kompensującej utratę szansy uzyskania lepiej płatnej pracy lub nadziei na podjęcie dochodowego zajęcia

⁹³ Np. utrata szansy wygrania w konkursie krzyżówkowym z powodu oparcia się na błędnej pisowni wyrazu zawartej w encyklopedii wydawanej przez pozwanego – zob. orzeczenie *Mange v. Unicorn Press* (1955) cyt. przez J. Kinga, *Causation, Valuation*, s. 1378–1379.

⁹⁴ Zob. E. Bagińska, *Odpowiedzialność deliktowa...*, s. 292–293.

⁹⁵ Zob. E. Quill, *Ireland*, w: *Essential cases on damage*, s. 1109–1110.

⁹⁶ Wyrok SN 12 lutego 1952 r., C 1582/51, OSN 1952, nr III, poz. 90.

⁹⁷ Hiszpański Sąd Najwyższy [STS] z 10 października 1998 r., oraz STS z 9 lipca 2004 r., z komentarzem J. Ribot i A. Rudy, *Spain*, w: *Essential cases on natural causation*, s. 567–568.

⁹⁸ Zob. J. Solé Feliu, *The reception of the loss*, s. 1112–1113.

czy też pracy naukowej. Doktryna popiera traktowanie tego rodzaju uszczerbku jako szkody niemajątkowej⁹⁹. Do pewnego stopnia stanowisko to odnajdujemy także w polskim orzecznictwie, które utratę możliwości wykonywania pracy czy też innej korzyści uwzględnia w ramach krzywdy podlegającej naprawieniu przez zadośćuczynienie pieniężne lub w ramach szkody majątkowej (renta z art. 444 § 2 k.c.)¹⁰⁰.

6. Próby zdefiniowania utraty szansy podlegającej kompensacji

Sądy francuskie, dla których kwalifikacja szkody jako majątkowej lub niemajątkowej jest mniej istotna z punktu uznania jej relewantności prawnej, przyjęły definicję sformułowaną wcześniej w doktrynie: utratą szansy zasługującą na wyrównanie jest rzeczywista (aktualna) i pewna utrata korzystnej możliwości¹⁰¹. W całej literaturze kręgu romańskiego określa się szansę jako konkretną, skuteczną i korzystną możliwość osiągnięcia jakiegoś rezultatu lub dobra, jej utrata jest więc prawdziwa, realna i efektywna¹⁰². Głębokie analizy teoretyczne dowiodły, że nie ma jakościowej różnicy między „utratą uzyskania prawdopodobnej korzyści” a „utratą szansy na uniknięcie szkody”. Podzielam pogląd, że oba te wyrażenia służą opisaniu tego samego zjawiska¹⁰³.

Należy zadać pytanie, co oznacza szansa rzeczywista i poważna (*une chance réelle et sérieuse*), względnie konkretna i skuteczna. We Włoszech co do zasady przyjmuje się, że roszczenie z tytułu utraty szansy zasługuje na uwzględnienie, gdy szansa przekraczała 50%, a jedynie wyjątkowo poniżej tego progu¹⁰⁴. W doktrynie belgijskiej zauważa się, że skoro sądy nie wskazują minimalnej wysokości szansy, to należy za taką uznać szansę, która nie jest pomijalna (*non négligeable*). Sąd Kasacyjny Belgii przyjmuje, że utrata szansy ma być realna (*réelle*), a więc istotna, co oznacza, iż musi zachodzić pewne prawdopodobieństwo materializacji korzyści¹⁰⁵.

W systemach, w których przyjęto standard dowodu przeważającego prawdopodobieństwa, wartościowanie szansy stanowi przedmiot gorącej debaty. W prawie amerykańskim zdecydowanie dominuje ujęcie odwołujące się do kryterium istotności szansy (*substantial*)¹⁰⁶. Roszczenia można dochodzić, nawet jeżeli szansa przeżycia, której powód został pozbawiony wskutek winy le-

⁹⁹ Zob. tamże, s. 1110–1111; G. Viney, P. Jourdain, *Les conditions...*, s. 92–93.

¹⁰⁰ Zob. np. wyrok SA w Krakowie z 12 października 2007 r., I ACa 920/07, „Prawo i Medycyna” 2010, nr 1, s. 151, z głosem M. Nesterowicza; wyrok z 11 grudnia 1973 r., II CR 673/73, *LexPolonica* nr 319342.

¹⁰¹ *Seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable*. Zob. orzeczenie C.Cass. z 21 listopada 2006 r., *Juris data* no 2006-036990 (na tle odpowiedzialności adwokata).

¹⁰² Zob. M. Graziadei, D. Migliasso, *Italy*, w: *Essential cases on natural causation*, s. 565–567; orzeczenie hiszpańskiego SN z 7 lipca 2008 r., JUR 2008/240731, w: *Essential cases on damage*, s. 1099.

¹⁰³ Zob. I. Durant, *Les pendules belges...*, s. 221 i autorów tam cytowanych.

¹⁰⁴ Zob. M. Graziadei, D. Migliasso, *Italy*, w: *Essential cases on natural causation*, s. 564–567.

¹⁰⁵ Orzeczenie z 5 czerwca 2008 r.; zob. I. Durant, *Les pendules belges...*, s. 217 i n.

¹⁰⁶ Szerzej E. Bagińska, *Odpowiedzialność deliktowa...*, s. 300–301.

karza, wynosiła 5-10%. Nie można jej uznać za *de minimis*, a zatem jest szansą istotną¹⁰⁷. Sądy unikają zakreslenia procentowej granicy, poniżej której nie można już dochodzić wyrównania szkody w postaci utraconej szansy. Probiez określany jako szansa istotna lub znacząca pojawia się w kontekście uniknięcia szkody ostatecznej, definitywnej (np. śmierci), a nie osiągnięcia jakiegoś pozytywnego rezultatu. Chodzi o szansę, którą można oszacować, zważyć, ocenić, niewymyśloną ani iluzoryczną. Wystarczy zatem, aby na podstawie dowodów przedstawionych przez powoda można było rozsądnie – w świetle nauki i sztuki medycznej – przyjąć, że zawinione zachowanie pozwanego zwiększyło ryzyko wyrządzenia szkody¹⁰⁸.

W świetle badań empirycznych orzecznictwa europejskiego i amerykańskiego należy więc uznać, że istotna szansa to taka, która nie jest pomijalna. Poza tym, ustalenie niskiego progu, gdy mowa o szansie na przeżycie lub powrót do zdrowia, jest dotknięte ryzykiem natury aksjologicznej. Każda bowiem, choćby najmniejsza szansa uratowania zdrowia lub życia jest wartościowa. Podsumowując, szansę należy oceniać *in concreto*, zaś określenie jej w procencie jest pośrednio pochodną stopnia prawdopodobieństwa, jaki w danym prawodawstwie jest uznawany za spełniający warunek ustalenia pewności (w sensie prawnym) związku przyczynowego. Jeżeli prawodawca lub sądy posługują się określeniami opisowymi lub przymiotnikowymi prawdopodobieństwa, to trudno im przypisać konkretne wielkości liczbowe, poniżej których możemy mówić jedynie o utracie szansy¹⁰⁹.

Jako konieczny warunek indemnizacji należy przyjąć, że materializacja korzystnego rezultatu bądź uniknięcie realizacji ryzyka szkody powinny być zależne od przypadku (mieć charakter losowy – *indeterministic, aléatoire*¹¹⁰). Chodzi o to, aby koncepcja utraty szansy była ograniczona do tych sytuacji, w których przypadkowość jest cechą badanego stanu faktycznego, a nie była stosowana po to, aby rozwiązać problem niewiedzy co do hipotetycznego przebiegu zdarzeń¹¹¹. Odpowiedzialność za utratę szansy wynikałaby zatem z ingerencji (co najmniej bezprawnej, z reguły zawinionej) w proces faktyczny, którego wynik jest autentycznie losowy, jak np. wówczas, gdy nie wiemy, czy los kupiony na loterii wygrałby (ale został bezprawnie zniszczony), czy koń wygrałby wyścig (ale wina weterynarza pozbawiła go możliwości startu), czy pacjent chory na raka znajduje się w statystycznej grupie 20% pacjentów, którzy wyleczą się i przeżyją, czy też w grupie 80% pacjentów, którzy nie przeżyją choroby, niezależnie od ewentualnego wpływu winy lekarza.

Wprowadzenie omawianego ograniczenia ma głębokie uzasadnienie. W omawianych wcześniej sytuacjach niepewność relacji kauzalnej między zaniechaniem lub działaniem lekarza a rezultatem jest czynnikiem stałym i charakterystycznym, a niewynikającym z faktu, że *in concreto* nie można udowodnić

¹⁰⁷ Orzeczenie *Pipe v. Hamilton*, 274 Kan. 905, 56 P.3d 823 (Kansas 2002).

¹⁰⁸ Zob. orzecznictwo omówione przeze mnie w: *Odpowiedzialność deliktowa...*, s. 301-302.

¹⁰⁹ Zob. szerzej E. Bagińska, *Odpowiedzialność deliktowa...*, s. 51-58.

¹¹⁰ Zob. G. Viney, P. Jourdain, *Les conditions...*, s. 96, 102-103; J.-S. Borghetti, *La réparation...*, s. 1080-1082; M. Martin-Casals, *Some introductory*, s. 1048.

¹¹¹ Zob. M. Martin-Casals, *Some introductory*, s. 1048, oraz H. Reece, *Losses of chances in the law*, „Modern Law Review” 1996, nr 59, s. 193; J.S. Borghetti, *La réparation...*, s. 1083; J. Solé-Feliu, *The reception of the loss*, s. 1116.

relacji kauzalnej, gdyż kryterium warunku *sine qua non* jest w ogóle nieoperacyjne¹¹². Dopuszczenie odpowiedzialności w każdej sytuacji, która charakteryzuje się brakiem wiedzy (z powodu niemożliwości udowodnienia), otworzyłoby wrota dla niekończących się procesów i roszczeń, w których warunek odpowiedzialności w postaci związku przyczynowego zostałby pominięty.

Nie tylko sama szansa, lecz również jej utrata musi spełniać pewne warunki, mianowicie być pewna i aktualna. Na przykład w sprawie odpowiedzialności adwokata, który nie wniósł apelacji od niekorzystnego dla powoda orzeczenia, powództwo klienta zostało oddalone, ponieważ w momencie, kiedy odkrył on brak działania pełnomocnika, sam miał jeszcze szansę złożyć apelację, a więc utrata nie była pewna¹¹³. Z kolei belgijski Sąd Kasacyjny orzekł, że samo istnienie utraconej szansy nie implikuje pewności realizacji oczekiwanego rezultatu, a w konsekwencji roszczenie powstaje nawet wówczas, gdy nie ma pewności, że w braku zawinionego zachowania poszkodowany uzyskałby oczekiwany rezultat (chodziło o bezprawną odmowę przedłużenia umowy i nieuzyskanie zezwolenia administracyjnego). Innymi słowy, poszkodowany nie musi udowodniać, że uniknąłby szkody, gdyby nie wina pozwanego¹¹⁴. Z kolei warunek utraty obecnej (*actuelle*) oznacza, że kompensacji podlega uszczerbek zrealizowany w chwili orzekania przez sędziego¹¹⁵.

W celu ustalenia wartości szansy, która została utracona, sąd zazwyczaj opiera się na dowodach naukowych, w tym statystycznych. Wykorzystywanie danych statystycznych, płynących z doświadczenia i stanu nauki, jest w zasadzie codziennością procesów odszkodowawczych, zwłaszcza procesów lekarskich. Większość faktów ustala się w oparciu o dowody naukowe, w tym statystyczne¹¹⁶, chociaż na nich postępowanie dowodowe nie kończy się. Skoro procesy biochemiczne i fizjologiczne są przedmiotem badań naukowych, to dotychczasowe ustalenia medycyny, oparte na historii wcześniejszych przypadków, dają podstawy do ustalenia możliwego przebiegu zdarzeń, zakładając brak winy lekarza. Jeżeli lekarz błędnie ocenia stan pacjenta w świetle obecnych czynników ryzyka, to można powiedzieć, że jego błąd zwiększa prawdopodobieństwo zajścia negatywnego skutku albo że na skutek tego błędu pacjent stracił statystyczną szansę na zajście pozytywnego skutku. Ustalając hipotetyczny przebieg zdarzeń, można operować określonym procentowo prawdopodobieństwem. Sądy zagraniczne podkreślają, że nie można z góry odrzucić metody obliczania szansy przez odwołanie się do odpersonalizowanych danych statystycznych, mimo że dotknięta jest ona pewnymi wadami. Za konkluzją powinny przemawiać okoliczności konkretnej sprawy¹¹⁷. W konkretnej sprawie staty-

¹¹² Zob. M. Martin-Casals, *Some introductory*, s. 1048.

¹¹³ Orzeczenie Cass.Civ. z 21 listopada 2006 r. Juris data no 2006-036990.

¹¹⁴ Tak w wyroku z 15 marca 2010 r., C.09.0433.N. Zob. I. Durant, *Belgia*, w: *European Tort Law* 2010, s. 40–42.

¹¹⁵ Zob. np. P. Le Tourneau, L. Cadiet, *Droit de la responsabilité...*, s. 370; orzeczenie Cass.Civ. z 14 stycznia 2010 r., no 08-16760, RTD Civ Avril/Juin 2010, observations P. Jourdain, s. 330, 332.

¹¹⁶ Zob. J. King, *Causation, Valuation*, s. 1385.

¹¹⁷ Np. pacjent, który doznał nagłego zawału serca, przebywając na terenie szpitala, ma zazwyczaj lepsze szanse na pozytywny skutek, niż gdyby przebywał w domu. Zob. E. Bagińska, *Odpowiedzialność deliktowa...*, s. 308–309.

styka może się bowiem okazać jedynym sposobem udowodnienia zmniejszenia rzeczywistych widoków na przyszłość.

Zarazem gdy szansa ma naturę czysto majątkową, jej dowód może się okazać znacznie trudniejszy. Trudno na przykład udowodnić wpływ staranności profesjonalnego pełnomocnika na rezultat procesu sądowego z uwagi na konieczność rekonstruowania procesu sądowego dotyczącego pierwotnego roszczenia powoda czy też możliwość wygrania przetargu, konkursu, wyścigów itd. W tych sprawach statystyka często jest jedynym wskazaniem, dlatego też sądy w systemach *common law* dopuszczają kalkulację odszkodowania według szansy statystycznej. Najczęściej proces odszkodowawczy oparty na nienależnym wykonaniu zastępstwa procesowego przez pozwanego adwokata oznacza konieczność zrekonstruowania sytuacji hipotetycznej, jak orzekłby sąd, gdyby dane postępowanie prowadzono niewadliwie. Amerykańskie sądy nazywają ten ciężar i standard dowodu „procesem w procesie” (*trial-within-a-trial standard of proof*)¹¹⁸. Oparty jest on na założeniu, że sędzia jest w stanie ocenić szansę na wygranie innego procesu, uwzględniając wszelkie okoliczności konkretnej sprawy (m.in. dostępne dowody, charakter kwestii prawnych występujących w danej sprawie)¹¹⁹.

7. Ustalenie wysokości odszkodowania za utraconą szansę

Kalkulacja należnego odszkodowania z tytułu utraconej szansy zmierza do ustalenia jednorazowego odszkodowania, wyrażającego wartość majątkową chronionego interesu. Obliczenie odszkodowania w przypadku utraty szansy jest kwestią dyskusyjną. Wyrównaniu podlega ekonomiczna wartość szansy, nie jest to więc wartość odpowiadająca pełnej wysokości utraconej korzyści, która weszłaby do majątku, gdyby szansa się zrealizowała¹²⁰. Wyróżniono trzy metody obliczenia wysokości odszkodowania. Pierwsza, ogólna, polega na stosowaniu tych samych zasad co przy „zwykłych” roszczeniach, a więc decyzja sądu zapada na podstawie całokształtu materiału dowodowego. Ta metoda sprawdza się, zwłaszcza gdy szkoda ma charakter niemajątkowy. W systemach europejskich sądy często odwołują się do sędziowskiej oceny wysokości odszkodowania w sytuacji, gdy nie da się go określić w sposób pewny, oraz do swobody orzekania, gdy chodzi o zadośćuczynienie za ból i cierpienie¹²¹.

Metoda stosunkowej (proporcjonalnej) kompensacji, która wydaje się dominować w praktyce europejskiej, polega na pomnożeniu procentowo ustalonej utraty szansy i kwoty pełnego odszkodowania, gdyby takie się należało¹²². Jej

¹¹⁸ Orzeczenie Hoge Raad z 24 października 1997 r., NJ 1998, 257, w: *Essential cases on natural causation*, s. 562–564; E. Bagińska, *Odpowiedzialność deliktowa...*, s. 271–273.

¹¹⁹ Zob. orzeczenie Kitchen v. Royal Air Force Association [1958] 1 WLR 563, CA, w: M. Davies, *Solicitors' negligence*, s. 261, 269, przykłady w: E. Bagińska, *Odpowiedzialność deliktowa...*, s. 308.

¹²⁰ Zob. P. Le Tourneau, L. Cadiet, *Droit de la responsabilité...*, s. 372–373, orzeczenie Sądu Najwyższego Belgii z 17 grudnia 2009 r., C.09.190.F; zob. I. Durant, *Belgium*, w: *European Tort Law* 2010, s. 40–42.

¹²¹ Zob. E. Bagińska, *Odpowiedzialność deliktowa...*, s. 312.

¹²² Zob. T. Aagaard, *Identifying and valuing the injury in lost chance cases*, „Michigan Law Review” 1998, nr 96, s. 1349; K. Oliphant, *Loss of chance...*, s. 1069.

zaletą jest to, że powód uzyska kompensację tylko wyrównującą utraconą szansę i nic poza nią. Nie dochodzi więc ani do wzbogacenia powoda, ani do obciążenia pozwanego winą w zakresie, w jakim nie przyczynił się on do powstania szkody. Skutkiem jest rozdzielenie odszkodowania, a więc odpowiedzialności w bezpośrednim stosunku do wyrządzonej szkody. Na przykład w sprawach odpowiedzialności adwokatów sądy holenderskie, odwołując się do koncepcji utraty szansy, najczęściej zasądza 50% wysokości roszczenia, w procesach medycznych zaś utrata szansy jest obliczana w bardziej skomplikowany sposób¹²³. Metoda stosunkowa daje jasne kryterium dla sądu i jest najbardziej zgodna z celem i treścią teorii utraty szansy¹²⁴. Poza tym jest prosta w stosowaniu, gdyż wykazuje podobieństwo do mechanizmu rozdzielania obowiązku odszkodowawczego przy przyczynieniu poszkodowanego.

8. Podsumowanie

Teoria utraty szansy, stworzona i rozwijana w orzecznictwie, nieustannie ewoluuje i pozwala sądom prawotwórczo uzupełniać nieliczne przepisy odszkodowawcze¹²⁵. Jej pierwotna i podstawowa funkcja polega na tym, 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. Badania empiryczne wskazują ponadto, że uzasadnione jest zaliczanie teorii utraty szansy do rozwiązań, u podstaw których leży idea podzielenia ciężaru odpowiedzialności¹²⁶. Druga zatem, chociaż kwestionowana, funkcja, wydaje się pozwalać na rozdzielanie ciężaru odpowiedzialności w sytuacji, gdy czynniki zewnętrzne w stosunku do przyczyn przypisywanych pozwanemu nie mają charakteru siły wyższej, a więc nie prowadziłyby do całkowitego uwolnienia od odpowiedzialności.

Zbiory zasad zharmonizowanego prawa deliktowego nie rozstrzygają jednoznacznie, czy teorię tę traktować jako problematykę związku przyczynowego czy też szkody. Stanowisko pośrednie przyjęli twórcy DCFR, klasyfikując utratę szansy jako „inny interes podlegający ochronie” (art. VI-2:101 pkt 1). DCFR pozostawia kwestię zakresu odpowiedzialności z tytułu naruszenia tego rodzaju interesu otwartą, jako że stan prawny w państwach europejskich jest jeszcze w fazie dynamicznego rozwoju¹²⁷. Rozwiązanie Principles of European Tort Law (PETL) jest odmienne, gdyż koncepcja utraty szansy stanowiła inspirację dla art. 3:106 PETL i przyjęcia kauzalnej odpowiedzialności częściowej, w razie gdy niepewność dotyczy współprzyczyny leżącej w sferze poszkodowanego. Skoro

¹²³ Tak również w Hiszpanii – zob. orzeczenia cyt. przez J. Solé Feliu, *The reception of the loss*, s. 1109; E. Bagińska, *Odpowiedzialność deliktowa...*, s. 312–313.

¹²⁴ Zob. orzeczenie *Mead v. Adrian*, 670 N.W.2d 174 (Iowa 2003) – *concurring opinion Justice Cady*.

¹²⁵ Zob. M. Nesterowicz, *Utrata szansy...*, s. 32.

¹²⁶ Zob. W. van Gerven, *Tort law*, s. 428/2, 428/9, A. Porat, A. Stein, *Tort liability under uncertainty*, Oxford 2001, s. 116; S. Steel, *Sienkiewicz v. Greif*, s. 310–311.

¹²⁷ Zob. C. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke (red.) i in., *Principles, definitions, and model rules in European private law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline Edition, Munich 2009, art. VI-2:101 Comments A-D.

zaś lista chronionych interesów zawarta w art. 2:102 PETL jest otwarta, należy stwierdzić, że PETL nie wykluczają uznania utraty szansy za postać szkody w krajowym porządku prawnym¹²⁸.

Ocena rozwoju tej teorii oraz analiza orzecznictwa uprawniają wniosek, że utrata szansy jest jednak postacią szkody. We współczesnym prawie odpowiedzialności cywilnej szkodę podlegającą naprawieniu ujmuje się szeroko¹²⁹. Utratę szansy postrzega się w pewnym sensie jako uszczerbek pośredniego rodzaju, który odróżnia się, z jednej strony, od czystego narażenia na ryzyko (które jeszcze się nie ziściło), a z drugiej zaś – od rzeczywistej szkody, która powstała z powodu zmaterializowania się ryzyka. Ponieważ związek przyczynowy między zawinionym zachowaniem a szkodą finalną nie może zostać ustalony w wymagany sposób, zdefiniowanie „pośredniego stanu” i uznanie go za szkodę uzasadniającą kompensację – niezależnie od faktu, że można tej konstrukcji zarzucić pewną sztuczność – umożliwia uzyskanie przez poszkodowanego przynajmniej częściowej indemnizacji¹³⁰. Skutkiem tego podejścia jest zmiana przedmiotu ochrony oraz zmiana elementów stanu faktycznego, które muszą być uwzględnione przy ustalaniu związku przyczynowego jako przesłanki roszczenia. Ten „inny” związek przyczynowy nie jest już źródłem problemów dowodowych.

Niewątpliwie koncepcja utraty szansy rozszerza ochronę sfery osobistej. Jednak w systemach, które opierają prawo odszkodowawcze na katalogu praw i interesów, których naruszenie rodzi roszczenie kompensacyjne, sądy i doktryna odrzucają ideę wyodrębnienia nowego uszczerbku w postaci utraty szansy. Z perspektywy systemu opartego na hierarchii uszczerbków nie da się stworzyć jednej, koherentnej definicji uszczerbku przybierającego postać utraty szansy¹³¹. Ponadto, w świetle tradycyjnej nauki o związku przyczynowym, koncepcja ta zaprzecza podstawowemu założeniu ujętemu w formule „związek przyczynowy istnieje lub nie”, a nie może istnieć jedynie częściowo¹³².

Definiowanie utraty szansy przez ustawodawcę powinno nawiązywać do utrwalonego dorobku orzecznictwa, zwłaszcza francuskiego. Jego odzwierciedleniem jest treść art. 1346 projektu Catala reformującego francuski k.c. w zakresie prawa zobowiązań: „Utrata szansy tworzy szkodę podlegającą naprawieniu, odrębną od korzyści, którą by uzyskano dzięki tej szansie, jeśli istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że zostałaby ona zrealizowana”¹³³. W świetle powyższych konkluzji pozytywnie należy ocenić przepis przyjęty przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego (2007–2010) w projekcie z 18 listopada 2009 r., który wprowadza do prawa polskiego koncepcję wyrównania utraconej szan-

¹²⁸ Zob. T. Kadner Graziano, *PETL/DCFR*, w: *Essential cases on damage*, s. 1119–1120.

¹²⁹ Zob. A. Szpunar, *Odszkodowanie za szkodę...*, s. 30.

¹³⁰ Zob. G. Viney, P. Jourdain, *Les conditions...*, s. 230–231.

¹³¹ Zob. T. Kadner Graziano, „*All or nothing*”..., s. 1022, 1028.

¹³² Zob. G. Viney, P. Jourdain, *Les conditions...*, s. 196 i n.; A. Szpunar, *Wina poszkodowanego w prawie cywilnym*, Warszawa 1971, s. 206.

¹³³ *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription. Rapport à Monsieur Pascal Clément*, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, z 22 września 2005 r., www.henricapitant.org.

sy w następującym kształcie: „Naprawienie szkody obejmuje także utratę szansy uzyskania korzyści w zakresie odpowiadającym prawdopodobieństwu ich osiągnięcia” (art. 5 § 2 projektu)¹³⁴.

Literatura

- Aagaard T., *Identifying and valuing the injury in lost chance cases*, „Michigan Law Review” 1998, nr 96.
- Alunaru Ch., Bojin L., *The tort law provisions of the new Romanian Civil Code*, „Journal of European Tort Law” 2011, nr 2.
- Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription. Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, z 22 września 2005 r., www.henricapitant.org.
- Bagińska E., *Odpowiedzialność deliktowa w razie niepewności związku przyczynowego. Studium prawnoporównawcze*, Toruń 2013.
- Bar C. von, Clive E., Schulte-Nölke H. (red.) i in., *Principles, definitions, and model rules in European private law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition*, Munich 2009, art. VI-2:101 Comments A-D.
- Bargelli E., w: *European Tort Law 2012*, red. K. Oliphant, B. Steininger, Berlin 2013.
- Bączyk M., *Odszkodowanie za utracone korzyści na skutek bezprawnej decyzji administracyjnej*, w: *Czynny niedozwolone w prawie polskim i prawie porównawczym. Materiały IV Ogólnopolskiego Zjazdu Cywiliściów*, red. M. Nesterowicz, Toruń 2001.
- Borghetti J.-S., *La réparation de la perte d'une chance en droit suisse et en droit français*, „European Review of Private Law” 2008, nr 6.
- Burrows A., *Uncertainty about uncertainty: damages for loss of a chance*, „Journal of Personal Injury Law” 2008, nr 1.
- Davies M., *Solicitors' negligence and liability*, Oxford 2008.
- Durant I., *Belgium*, w: *European Tort Law 2010*, red. H. Koziol, B. Steininger, Berlin 2012.
- Durant I., *Les pendules belges à l'heure de la théorie de la perte d'une chance*, „Haftung und Versicherung/Responsabilité et assurances”, HAVE/REAS 2010, nr 3.
- Durant I., *Une brève histoire de la théorie de la perte d'une chance en droit belge*, HAVE/REAS 2008, nr 1.
- Fleischer H., *Schadensersatz fuer verlorene Chance nim Vertrags- und Deliktsrecht*, „Juristenzeitung” 1999.
- Gerven W. van, Lever J., Larouche P., *National, Supranational and International Tort Law*, Oxford-Portland, Oregon 2000.
- Ghestin J., Viney G., Jourdain P., *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, red. J. Ghestin, LGDJ 2006.
- Graziadei M., Migliasso D., *Italy*, w: *Digest of European Tort Law*, vol. I, *Essential Cases on Natural Causation*, red. B. Winiger, H. Koziol, B.A. Koch, R. Zimmermann, Vienna-New York 2007.
- Hogg M., *Re-establishing orthodoxy in the realm of causation*, „Edinburgh Law Review” 2007, nr 11.
- Horubski K., *Odpowiedzialność odszkodowawcza zamawiającego za naruszenie reguł udzielania zamówień publicznych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2008, nr 1.
- Jansen N., *The idea of a lost chance*, Oxford „Journal of Legal Studies” 1999, nr 19.

¹³⁴ Z poparciem M. Nesterowicza – zob. M. Nesterowicz, *Utrata szansy...*, s. 42.

- Johnson V., Gunn A., *Studies in American Tort Law*, 2nd ed., Durham, North Carolina 1999.
- Jourdain P., *Revue Trimestrielle de Droit Civile*, Avril/Juin 2010.
- Kadner Graziano T., „All or nothing” or partial liability in cases of uncertain causation, „European Review of Private Law” 2008, nr 6.
- Kadner Graziano T., *PETL/DCFR*, w: *Digest of European Tort Law*, vol. II, *Essential Cases on Damage*, red. B. Winiger, H. Koziol, B.A. Koch, R. Zimmermann, Berlin 2011.
- Kaliński M., *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa 2008.
- Khoury L., *Causation and Risk in the highest courts of Canada, England and France*, 124 „Law Quarterly Review” (2008) 103.
- King J., *Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences*, „Yale Law Journal” (1981), vol. 90.
- King J., „Reduction of likelihood” reformulation and other retrofitting of the loss-of-a-chance doctrine, „University of Memphis Law Review” 1998, nr 28.
- Koch A., *Związek przyczynowy jako podstawa odpowiedzialności odszkodowawczej w prawie cywilnym*, Warszawa 1975.
- Koch B., *Der Verlust einer Heilungschance in Österreich*, „European Review of Private Law” 2008, nr 6.
- Koch B.A., *Comparative Report*, w: *Digest of European Tort Law*, vol. II, *Essential Cases on Damage*, red. B. Winiger, H. Koziol, B.A. Koch, R. Zimmermann, Berlin 2011.
- Koziol H., *Basic questions of tort law from a Germanic perspective*, Vienna 2012.
- Koziol H., *Comparative Report*, w: *Digest of European Tort Law*, vol. I, *Essential Cases on Natural Causation*, red. B. Winiger, H. Koziol, B.A. Koch, R. Zimmermann, Vienna–New York 2007.
- Le Tourneau P., Cadiet L., *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Paris 2002.
- Loser P., *Switzerland*, w: *European Tort Law 2007*, Vienna–New York 2008.
- Martin-Casals M., Ribot J., *Spain*, w: *Digest of European Tort Law*, vol. II, *Essential Cases on Damage*, red. B. Winiger, H. Koziol, B.A. Koch, R. Zimmermann, Berlin 2011.
- Martin-Casals M., *Some introductory and comparative remarks to the decision of the Swiss Federal Court BGE/ATF 133 III 462 and to the ‘loss of chance’ doctrine*, „European Review of Private Law” 2008, nr 6.
- Martin-Casals M., *Some introductory and comparative remarks to the decision of the Swiss Federal Court BGE/ATF 133 III 462 and to the ‘loss of chance’ doctrine*, „European Review of Private Law” 2008, nr 6.
- Mäsch G., *Chance und Schaden*, Mohr Siebeck, Tübingen 2004.
- Müller C., *La perte d’une chance*, Berne 2002.
- Nesterowicz M., *Utrata szansy wyleczenia lub przeżycia w prawie francuskim*, „Państwo i Prawo” 2010, nr 3.
- Oliphant K., *Loss of chance in English law*, „European Review of Private Law” 2008, nr 6.
- Perry R., *Israel*, w: *European Tort Law 2011*, red. K. Oliphant, B.C. Steininger, Berlin 2012.
- Porat A., Stein A., *Tort liability under uncertainty*, Oxford 2001.
- Quill E., *Ireland*, w: *Digest of European Tort Law*, vol. II, *Essential Cases on Damage*, red. B. Winiger, H. Koziol, B.A. Koch, R. Zimmermann, Berlin 2011.
- Reece H., *Losses of chances in the law*, „Modern Law Review” 1996, nr 59.

- Ribot J., Rudy A., *Spain*, w: *Digest of European Tort Law*, vol. I, *Essential Cases on Natural Causation*, red. B. Winiger, H. Koziol, B.A. Koch, R. Zimmermann, Vienna-New York 2007.
- Scarso A., Foglia M., w: *Medical Liability in Europe. A Comparison of Selected Jurisdictions*, red. B.A. Koch, Berlin 2011.
- Solé Feliu J., *The reception of the loss of a chance doctrine in Spanish case-law*, „European Review of Private Law” 2008, nr 6.
- Szpunar A., *Odszkodowanie za szkodę majątkową. Szkoda na mieniu i osobie*, Bydgoszcz 1998.
- Szpunar A., *Wina poszkodowanego w prawie cywilnym*, Warszawa 1971.
- Thévenoz L., *La perte d'une chance*, w: *Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile*, red. F. Werro, Bern 2002.
- Wagner-von Papp F., Fedtke J., *Germany*, w: K. Oliphant, B.C. Steininger (red.), *European Tort Law 2011*, de Gruyter, Berlin 2012.
- Werro F., *La responsabilité civile*, Bern 2005.
- Widmer P., Wessner P., *Révision et unification du droit de la responsabilité civile. Rapport explicatif*, Berne 2000.
- Winiger B., Koziol H., Koch B.A., Zimmermann R. (red.), *Digest of European Tort Law*, vol. I, *Essential Cases on Natural Causation*, Vienna-New York 2007.
- Zimmermann R., Kleinschmidt J., *Germany*, w: *Digest of European Tort Law*, vol. I, *Essential Cases on Natural Causation*, Vienna-New York 2007.

Koncepcja *no fault compensation* a polski system kompensacji szkód doznanych w następstwie zdarzeń medycznych

1. Geneza i istota koncepcji *no fault compensation*

Pojęcie *no fault compensation*, na co wskazuje nazwa¹, stosowane jest w języku prawniczym dla określenia systemu odszkodowawczego, w którym naprawienie szkody następuje bez konieczności wykazywania przez poszkodowanego winy sprawcy i w najszerszym ujęciu (*sensu largo*) obejmuje reżimy odpowiedzialności obiektywnej, opartej na zasadzie ryzyka i słuszności². W literaturze prawa medycznego terminem tym określa się szczególnej postaci systemu „konkurencyjne” wobec ze swej istoty opartej na winie odpowiedzialności za szkody wyrządzone w związku z leczeniem. Systemy te funkcjonują według wspólnych założeń teoretycznych i charakteryzują się zespołem określonych cech juralnych („aksjomatów” systemowych), odnoszących się zarówno do sfery materialno-prawnej, jak i proceduralnej.

Za prototyp systemu *no fault compensation* uznaje się w piśmiennictwie bismarckowski system ubezpieczenia od następstw szkód doznanych w wyniku wypadków przemysłowych (*industrial injuries*), ustanowiony u schyłku XIX w. na terenie Rzeszy Niemieckiej. Zapoczątkował on tworzenie (zarówno w Europie, jak i krajach *common law*) systemów kompensacji szkód bez wzglę-

* Kinga Bączyk-Rozwadowska, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu.

¹ Zwrot *no fault compensation* należałoby tłumaczyć opisowo, jako system kompensacji szkód bez względu na winę bądź niezależnie od winy. W polskim piśmiennictwie, a także opracowaniach obcych innych niż anglojęzyczne częściej jednak stosowana jest formuła anglojęzyczna. Zob. np. K. Ludwichowska, *Odpowiedzialność cywilna i ubezpieczeniowa za wypadki samochodowe*, Toruń 2008, s. 370 i n., oraz *Medical Malpractice and Compensation in Global Perspective*, vol. 32: *Tort and Insurance Law*, red. K. Oliphant, R.W. Wright, Vienna 2013, zbiór raportów.

² Zob. E.A. Martin, *A Dictionary of Law*, Oxford–New York 1997, s. 307.

du na winę doznanych w związku z zatrudnieniem (*work injuries*)³ oraz ruchem pojazdów mechanicznych (*road injuries*)⁴. Do modeli tych z powodzeniem odwoływali się twórcy „medycznych” systemów kompensacji *no fault*, uwzględniając jednak szczególne cechy i specyfikę szkód wyrządzonych w związku z leczeniem.

Idea ustanowienia nowych rozwiązań prawnych w sferze wynagradzania szkód medycznych pojawiła się w latach 60. XX w. w odpowiedzi na zgłaszane coraz powszechniej w piśmiennictwie postulaty zapewnienia poszkodowanym należytej ochrony prawnej w zakresie szeroko pojętej kompensacji. Tradycyjny model odpowiedzialności cywilnej, pomimo godnych aprobaty i racjonalnych założeń teoretycznych, uznano za niewystarczający, by uczynić zadość roszczeniom pacjentów w sytuacji, gdy intensywny rozwój technologii medycznych i udoskonalanie metod diagnozy i terapii wiązało się z powstawaniem coraz poważniejszych szkód, a nowoczesny sprzęt medyczny stwarzał coraz dalej idące zagrożenia dla zdrowia i życia jednostek⁵. W ocenie niektórych przedstawicieli piśmiennictwa doniosłość problemu i jego powszechny (światowy wręcz) wymiar pozwalały przyjąć, że doszło do kryzysu istniejących mechanizmów odszkodowawczych (*malpractice crisis*)⁶.

Daleko idącym utrudnieniem był zwłaszcza wymóg udowodnienia winy sprawcy szkody. Poszkodowanemu (powodowi), ze względu na brak fachowej wiedzy medycznej, w większości przypadków trudno było wykazać brak należytej staranności lekarza lub/i zaniedbania organizacyjne zakładu leczniczego. Nie zawsze wystarczające i pomocne w tym względzie okazywały się przyjmowane w judykaturze wielu państw (zarówno *common law*, jak i systemu kontynentalnego) rozmaitej postaci udogodnienia procesowe, w tym domniemania faktyczne (winy lub/i związku przyczynowego) oraz tzw. dowód *prima facie*, a także dokonująca się (np. w prawie polskim i francuskim) daleko idąca obiek-

³ Modele tej postaci powstały m.in. w Szwecji, Danii, Norwegii i Finlandii. Więcej na ten temat zob. B. von Eyben, *Alternative Compensation Systems*, w: *Scandinavian Studies in Law* 2000, vol. 41: *Tort Liability and Insurance*, s. 34.

⁴ Pierwsze tego typu systemy powołano w kanadyjskiej prowincji Saskatchewan (1946) oraz w USA w stanie Massachusetts USA (1971). Zob. *The Report of Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury*, London 1978, vol. I, s. 51–53.

⁵ Zob. P. Cane, *Atiyah's Accident Compensation and the Law*, London–Dublin–Edinburgh 1993, s. 402, oraz P. Zepos, w: *International Encyclopaedia of Comparative Law*, red. A. Tunc, Tübingen 1978, s. 30.

⁶ Tak m.in. B. Furrow, T. Greaney, S. Johnson, T. Jost, R. Schwartz, *Liability and Quality Issues in Health Care*, St. Paul 1997, s. 283 i n., oraz S. McLean, *Can No Fault Analysis Ease the Problems of Medical Injury Litigation?*, w: *Compensation for Damage*, red. S. McLean, Aldershot 1993, s. 134. Kryzys zaznaczył się w szczególności w USA, gdzie w niektórych stanach (np. Virginii i Florydzie) w zakresie odpowiedzialności za tzw. okołoporodowe szkody neurologiczne (*birth-related neurological injuries*) ginekologom i położnikom w ogóle odmawiano ochrony ubezpieczeniowej lub uzależniano ją od zawarcia umowy ubezpieczenia OC przez co najmniej 10 lekarzy. W konsekwencji 25% lekarzy tych specjalizacji zrezygnowało z wykonywania praktyki zawodowej w danym stanie, pozostawiając pacjentki bez fachowej opieki i pomocy. Więcej na ten temat zob. J. Horwitz, T.A. Brennan, *No Fault Compensation for Medical Injury: A Case Study*, „Health Affairs” 1995, nr 3, s. 227. Por. K. Bączyk-Rozwadowska, *Odpowiedzialność cywilna za szkody wyrządzone przy leczeniu*, Toruń 2013, s. 290–291.

tywizacja winy (przyjęcie m.in. koncepcji winy bezimiennej)⁷. Nadto, z uwagi na istotę tradycyjnego modelu odpowiedzialności opartej na winie, poza zakresem kompensacji znalazły się tzw. wypadki medyczne (*medical accidents*), tj. zdarzenia nieprzewidywalne, zachodzące niezależnie od winy lekarza lub zakładu leczniczego, niemające związku z pierwotnym stanem zdrowia poszkodowanego i niemieszczące się w pojęciu ryzyka, jakie przyjmował na siebie pacjent, wyrażając zgodę na poddanie się określonym procedurom medycznym⁸. W literaturze wielu państw coraz powszechniej podnoszono, że „ofiary” wypadków medycznych (doznające szkód o tym samym, a niekiedy nawet większym ciężarze gatunkowym) nie powinny znajdować się w gorszej sytuacji niż np. osoby poszkodowane w wypadkach komunikacyjnych czy konsumenci czyniący użytek z produktów, którym należyła ochronę prawną zapewniały reguły odpowiedzialności obiektywnej (*strict liability*), przyjmowane powszechnie w większości systemów prawnych na świecie⁹.

Coraz bardziej zawodna okazywała się również sądowa droga dochodzenia roszczeń odszkodowawczych. Począwszy od drugiej połowy XX w. liczba powództw wytaczanych przeciwko lekarzom i szpitalom systematycznie wzrastała przede wszystkim ze względu na rozwój praw pacjenta, tendencje do jego upodmiotowienia w procesie leczenia i dostrzegalny w związku z tym wzrost świadomości przysługujących praw i oczekiwań, w tym także odnośnie do jakości otrzymywanych świadczeń zdrowotnych. Procesy lekarskie należały do najdłuższych spraw rozpatrywanych przez sądy cywilne (trwały średnio od kilku do kilkunastu lat¹⁰) i jednocześnie stosunkowo kosztownych. Skomplikowana materia oraz konieczność dokonywania szczegółowych ustaleń w kwestii istnienia winy, związku przyczynowego oraz istoty i rozmiaru szkody w więk-

⁷ Zob. M. Nesterowicz, *Ciężar dowodu winy w procesach lekarskich*, „Państwo i Prawo” 1968, nr 4–5, s. 680 i n.; B. Janiszewska, *Dowodzenie w procesach lekarskich (domniemanie faktyczne i dowód prima facie)*, „Prawo i Medycyna” 2004, nr 2, s. 104 i n. Por. M. Granecki, *Obiektywizacja odpowiedzialności deliktowej (uwagi systemowe na tle odpowiedzialności za szkody medyczne)*, „Prawo i Medycyna” 2005, nr 1, s. 41 i n.

⁸ Zob. M. Nesterowicz, *Ubezpieczeniowe i gwarancyjne modele kompensacji szkód wyrządzonych przy leczeniu*, „Prawo Asekuracyjne” 2002, nr 2, s. 13.

⁹ Tak w szczególności M. Nesterowicz, *Przemiany odpowiedzialności za szkody wyrządzone przy leczeniu (od odpowiedzialności cywilnej do ubezpieczeniowej i gwarancyjnej)*, „Państwo i Prawo” 2000, nr 2, s. 5. W USA pojawiły się nawet propozycje konkretnych rozwiązań w tym zakresie, m.in. koncepcja zaostrzonej odpowiedzialności za wybrane kategorie szkód medycznych, powiązanej ze szczególnej postaci ubezpieczeniem bezpośrednim, tzw. *1st party insurance*. Zob. J. O’Connell, *It’s Time for Non Fault for All Kinds of Injuries*, „American Medical Association Journal” 1974, nr 1, s. 1070 i n.; J. O’Connell, *Contracting for Non-Fault Insurance Covering Doctor and Hospitals*, „Maryland Law Review” 1997, nr 3, s. 234 i n. We Francji aktualny był natomiast postulat stopniowego zastępowania ubezpieczeniem OC indywidualnej odpowiedzialności sprawców szkód, aż do całkowitego jej wyeliminowania w obrocie. Zob. G. Viney, *La déclin de la responsabilité individuelle*, Paris 1965; A. Tunc, *L’assurance de tous risques médicaux*, w: *Le médecin face aux risques et à la responsabilité*, red. A. Tunc, Paris 1968.

¹⁰ Zob. B. Mahendra, *Revisiting No Fault Compensation*, „New Law Journal” 2001, nr 151, s. 838. W Polsce w latach poprzedzających wprowadzenie systemu *no fault* (2001–2009) procesy lekarskie trwały średnio około 4 lat. Podaję za M. Tennenbaum-Kulig, *Mechanizm pozasądowego uzyskiwania odszkodowania lub zadośćuczynienia za błąd medyczny w ujęciu projektu nowelizacji ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta*, „Prawo i Medycyna” 2010, nr 10, s. 4.

szości przypadków wymagały udziału biegłych – ekspertów z danej dziedziny medycyny. Sporządzane w poszczególnych sprawach opinie nierzadko były jednak – z uwagi na nienależycie pojmowaną przez lekarzy solidarność zawodową (tzw. *conspiracy of silence*)¹¹ – niejasne, niejednoznaczne i formułowane w taki sposób, by w możliwie największym stopniu ukryć bądź pomniejszyć winę sprawcy szkody. Dowód winy był niejednokrotnie utrudniony również z uwagi na fakt, iż niektórzy lekarze (zwłaszcza w USA, Kanadzie i Wielkiej Brytanii) przeprowadzali nadmierną liczbę badań diagnostycznych (nie zawsze *in casu* koniecznych i uzasadnionych w świetle wiedzy medycznej) wyłącznie po to, by w razie procesu odszkodowawczego wykazać fakt dochowania należytej staranności w działaniu (tzw. *defensive medicine*)¹². Nadto ostateczny wynik postępowania sądowego pozostawał co do zasady niepewny, a poszkodowanemu, pomimo zaangażowania znacznej ilości czasu i niejednokrotnie poważnych środków finansowych trudno było przewidzieć, czy otrzyma odszkodowanie i w jakiej wysokości¹³.

Potrzeba powołania systemu konkurencyjnego wobec odpowiedzialności opartej na winie pozostawała tym bardziej pilna, że nie powiodły się podejmowane w wielu państwach, zarówno systemu kontynentalnego, jak i *common law*, próby poprawy sytuacji poszkodowanych w drodze zastosowania rozwiązań pośrednich (tzw. reforma I stopnia), w tym wprowadzenie obowiązkowych bądź fakultatywnych procedur koncyliacyjnych¹⁴, obligatoryjnego arbitrażu¹⁵, a także trybu postępowania uproszczonego w sprawach o naprawienie szkód medycznych niewielkich rozmiarów (tzw. *low value claims*)¹⁶.

¹¹ Solidarność zawodowa była dostrzegalna zwłaszcza wśród przedstawicieli tych dziedzin medycyny, z których wykonywaniem wiązało się największe ryzyko wyrządzenia szkód, tj. chirurgii, kardiologii, ginekologii oraz anestezjologii. B. Mahendra, *Revisiting No Fault...*, s. 838.

¹² Więcej na temat praktyk medycyny defensywnej zob. A. Merry, A. McCall Smith, *Errors, Medicine and the Law*, Cambridge 2001, s. 215–217 (USA) oraz B. Dickens, *The Effects of Legal Liability on Physicians' Services*, „University of Toronto Law Journal” 1991, nr 41, s. 168 i n. (Kanada).

¹³ W latach 90. XX wieku w USA i Kanadzie powództwa odszkodowawcze uwzględniano w stosunku do ok. 10% pacjentów (podaje za R. Elgie, T. Caulfield, M. Christie, *Medical Injuries and Malpractice: Is it time for „No-fault”?*, „Health Law Journal” 1993, nr 1, s. 97). W Wielkiej Brytanii odszkodowanie otrzymywał natomiast średnio 1 z 25 poszkodowanych. Poza tym sądy angielskie w celu uniknięcia długich i kosztownych procesów odszkodowawczych starały się nie obciążać lekarzy i zakładów leczniczych odpowiedzialnością za wyrządzone pacjentom szkody (M.P. Weller, *No Fault Compensation for Medical Accidents*, „New Law Journal” 1987, nr 137, s. 722). W Polsce na przełomie XX i XXI wieku do sądów wpływało rocznie ponad 1000 pozwów o naprawienie szkód medycznych, natomiast w latach 2009–2010 już ok. 2500, z czego jedynie około 10% kończyło się zasądzeniem odszkodowania. Podaje za A. Skrabucha, *Błąd lekarski w sądzie*, „Prawo i Medycyna” 2010, nr 2, s. 66.

¹⁴ Rozwiązania te były powszechne zwłaszcza w Austrii (zob. B.A. Koch, *Compensation in the Austrian Health Care Sector*, w: *No-Fault Compensation in the Health Care Sector*, red. J. Dute, M. Faure, H. Koziol, Vienna–New York 2004, s. 92 i n.) oraz w Stanach Zjednoczonych (zob. M.K. Richards, *The Utah Medical No-Fault Proposal: A Problem-Fraught Rejection of the Current Tort System*, „Brigham Young University Law Review” 1996, nr 1, s. 105 i n.).

¹⁵ Zob. np. propozycje zgłoszone w USA i Australii, A. Merry, A. McCall Smith, *Errors, Medicine...*, s. 221.

¹⁶ Zob. M.A. Jones, *No-Fault Compensation in the English Health Care Sector*, w: *No-Fault Compensation in the Health Care Sector*, red. J. Dute, M. Faure, H. Koziol, Vienna–New York 2004, s. 147.

Nowy system kompensacji szkód wyrządzonych przy leczeniu (reforma II stopnia) miał opierać się na takich zasadach i być skonstruowany w taki sposób, by roszczenia osób poszkodowanych w związku z udzielaniem świadczeń zdrowotnych mogły zostać zaspokojone na tych wszystkich płaszczyznach, na których zawodny okazał się tradycyjny model odpowiedzialności opartej na winie bądź za niewystarczające uznano wspomniane rozwiązania pośrednie (I stopnia). Nowym mechanizmom kompensacji należało jednocześnie nadać kształt prawny, który zapewniając pacjentom optymalną ochronę w sytuacji wyrządzenia szkody, nie hamowałby postępu medycyny i pozwalał lekarzowi w sposób nieskrępowany stosować dostępne metody leczenia i wykorzystywać nowoczesne technologie medyczne.

Pierwszym ustawodawstwem na świecie, w którym wprowadzono system *no fault*, była Nowa Zelandia (1974 r., *Accident Compensation Act*, aktualnie obowiązujący w wersji z 2005 r. – *Injury Prevention, Rehabilitation and Compensation Act*, znowelizowanej w 2010 r.). W Europie nowe reguły dotyczące naprawienia szkód wyrządzonych w związku z leczeniem zostały przyjęte w pierwszej kolejności w Szwecji (1975, tzw. NFPI – *No Fault Patient Insurance*), a następnie – na wzór ustanowionych w tym kraju rozwiązań – w Finlandii (1978), Norwegii (1988), Danii (1992) oraz Islandii (2000), tworząc tzw. model skandynawski. We Francji, na mocy ustawy z 4 marca 2002 r. o prawach pacjenta i jakości systemu opieki zdrowotnej (*La loi relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*), wprowadzono nietypowej postaci system kompensacji stanowiący połączenie odpowiedzialności opartej na winie i na zasadzie ryzyka (powiązanych z obowiązkowym ubezpieczeniem OC), z gwarancyjną odpowiedzialnością państwa. Wzory francuskie częściowo wykorzystał ustawodawca belgijski, przygotowując ustawę z 31 marca 2010 r. o kompensacji szkód wyrządzonych w związku z leczeniem (*La Loi relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé*). W USA prace nad wprowadzeniem systemu *no fault* zakończyły się utworzeniem dwóch modeli kompensacji tzw. okołoporodowych szkód neurologicznych (*birth-related neurological injuries*), które wprowadzono, na zbliżonych zasadach (tzw. system NICA), w ustawodawstwach stanu Floryda (1988, *Florida Birth-Related Neurological Injury Compensation Act*) i Wirginia (1989, *Virginia Birth-Related Neurological Injury Compensation Act*)¹⁷. Za systemy *no fault* uznawane są również fundusze kompensacji (*compensation funds*), ustanawiane począwszy od schyłku lat 60. XX w. w celu naprawienia szkód doznanych w następstwie konkretnego rodzaju (kategorii) zdarzeń, np. szczepień ochronnych (Niemcy, Francja, Japonia, Wielka Brytania, USA), masowego (seryjnego) wystąpienia ubocznych skutków zastosowania leków (np. thalidomidu w Wielkiej Brytanii) oraz zakażenia żółtaczką wszczepienną (Austria, Hiszpania, Anglia, Nowa Zelandia) i wirusem HIV w związku z transfuzją zainfekowanej krwi (Francja, Austria, Niemcy, Hiszpania i Szwajcaria)¹⁸.

¹⁷ Więcej na temat każdego z modeli zob. K. Bączyk-Rozwadowska, *Odpowiedzialność cywilna...* (wyd. II), s. 218 i n.

¹⁸ Zob. *No-Fault Compensation in the Health Care Sector*, red. H. Koziol, Vienna-New York 2004. Fundusze zostały omówione w raportach dotyczących poszczególnych państw.

2. Podstawowe założenia systemu kompensacji bez winy

Reżim *no fault compensation* wyróżnia zespół swoistych cech (wspomnianych aksjomatów systemowych), które niezależnie od kształtu (postaci jurydycznej) przyjętego w określonym państwie modelu, przedmiotowego i podmiotowego zakresu kompensacji czy rodzaju przewidzianych w jego ramach świadczeń odszkodowawczych przesądzają o zakwalifikowaniu do kategorii *no fault* w sferze wynagrodzenia szkód wyrządzonych przy leczeniu.

Jak wynika z przyjętej w doktrynie nazwy, fundamentalną zasadą leżącą u podstaw funkcjonowania systemu *no fault* jest wyeliminowanie winy z katalogu przesłanek naprawienia szkody. Przesłanką kompensacji pozostaje natomiast szkoda (co do zasady – majątkowa na osobie) oraz – łągodzony najczęściej do wysokiego stopnia prawdopodobieństwa – związek przyczynowy między doznanym uszkodzeniem ciała lub/i rozstrojem zdrowia a podjętym przez poszkodowanego leczeniem. Jedynie przy takim ukształtowaniu przesłanek, przedmiotowym zakresem regulacji systemu *no fault* możliwe jest objęcie szkód, które ze swej istoty nie podlegają naprawieniu w oparciu o tradycyjne reguły odpowiedzialności, tj. wypadków medycznych oraz innej postaci uszczerbków, których przyczyny tkwią bezpośrednio w podjętej wobec pacjenta interwencji medycznej, lecz pozostają niezawinione przez lekarza lub/i zakład leczniczy (ryzyka terapeutyczne, szkody jatrogenne). Poza tym odejście w modelu *no fault* od wymogu badania należytej staranności sprawcy szkody (podmiotowej zarzucalności czynu) powoduje wzrost prawdopodobieństwa, a nawet – jak podkreślają niektórzy Autorzy – pewność uzyskania odszkodowania¹⁹.

Z punktu widzenia rozwiązań proceduralnych, swoistą cechą systemu *no fault* jest pozasądowy tryb dochodzenia roszczeń. Poszczególne modele, w zależności od przyjętej w danym państwie konstrukcji jurydycznej, odwołują się w tym zakresie do istniejących już procedur (np. ubezpieczeniowych w Skandynawii) albo ustanawiają własne, niezależne od sądów instytucje lub organy (najczęściej komisje o interdyscyplinarnym składzie), które mają rozstrzygać kwestie związane z przyznaniem odszkodowania i ustaleniem jego wysokości (np. system francuski i nowozelandzki). Zasadą jest kolegialność w podejmowaniu decyzji i taki dobór członków komisji, by – jak wspomniano – obok lekarzy i prawników, w jej pracach uczestniczyli także przedstawiciele praw pacjenta. W ten sposób można bowiem uniknąć często stawianego sądom zarzutu arbitralności i zbyt daleko idącej dowolności w wydawaniu wyroków, a co za tym idzie – pozyskać zaufanie społeczne i przekonać poszkodowanych o efektywności nowych rozwiązań. Nadto przewidziana jest zawsze instancyjność procedur kompensacyjnych i możliwość zastosowania szczególnych środków odwoławczych (np. arbitrażu) w razie naruszenia przepisów prawa w toku postępowania²⁰.

¹⁹ Tak M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność cywilna za szkody wyrządzone przy leczeniu w prawie francuskim* (wg ustawy z 4 III 2002 r. o prawach pacjentów), „Prawo i Medycyna” 2002, nr 12, s. 122. W ocenie Autora swoista konstrukcja modelu francuskiego pozwala przyjąć, że we Francji nie ma w zasadzie szkód medycznych nienaprawialnych.

²⁰ Twórcom modeli *no fault* zarzucano niekiedy (np. w Szwecji) brak możliwości odwołania się do sądu powszechnego w toku procedur kompensacyjnych. Podnoszono w szczególności, że rozwiązanie to pozbawia pacjenta gwarantowanego Konstytucją prawa do sprawiedliwego

W celu wyeliminowania niedogodności, jakie wiążą się z sądową drogą dochodzenia odszkodowania, zwłaszcza zaś przewlekłością procedur i ich wysokimi kosztami, postępowanie zmierzające do naprawienia szkody zostało w systemie *no fault* skonstruowane w taki sposób, by poszkodowany mógł uzyskać należne mu świadczenia w jak najkrótszym czasie (zazwyczaj kilku miesięcy²¹), nie ponosząc przy tym nadmiernych kosztów. Jednocześnie dąży się do tego, by przyjęte rozwiązania proceduralne nie naruszały opartej na zaufaniu więzi między lekarzem a pacjentem, zarówno w wymiarze indywidualnym (w procesie leczenia), jak i ogólnym (społeczne zawierzenie profesji medycznej)²². Procedury kompensacyjne zostają w znacznym stopniu uproszczone (odformalizowane), mają najczęściej charakter pisemny (jednakże z możliwością składania przez poszkodowanego ustnych wniosków oraz wyjaśnień) i opierają się na zgromadzonej w sprawie dokumentacji medycznej. Sprawca szkody nie uczestniczy w postępowaniu i co do zasady pozostaje anonimowy. Przyjęcie takiego rozwiązania ma się przyczyniać do większego zaangażowania przedstawicieli środowisk medycznych we współpracę z organem rozstrzygającym o naprawieniu szkody, przede wszystkim w charakterze ekspertów. Fachowa pomoc pozostaje niezbędna m.in. ze względu na konieczność ustalenia, czy między doznanym przez poszkodowanego uszczerbkiem na zdrowiu a procesem leczenia zachodzi związek przyczynowy. Przesłanka ta, po wyeliminowaniu winy, stwarza bowiem najwięcej trudności dowodowych²³.

W zakresie konstrukcji jurydycznej systemu *no fault compensation* co do zasady odwołują się do idei odpowiedzialności gwarancyjno-repartycyjnej oraz zasady współodpowiedzialności podmiotów narażonych na ryzyko doznania bądź wyrządzenia określonego rodzaju szkód (*community responsibility*). Ustanawiane w poszczególnych państwach modele funkcjonują w postaci swoistego ubezpieczenia (tzw. bezpośredniego – *1st party insurance*, zwanego również *no fault insurance*), w którym przedmiotem ubezpieczenia nie jest (jak w tradycyjnym OC – *3rd party insurance*) odpowiedzialność cywilna sprawcy szkody (le-

procesu przed sądem. Ostatecznie przeważał jednak pogląd, iż przekazanie sprawy w ostatniej instancji sądom pozostawałoby w sprzeczności z zasadniczym celem ustanowienia systemu *no fault*, który ma gwarantować szybkie i sprawiedliwe wynagrodzenie szkód przy jednoczesnym zapewnieniu daleko idącej bezstronności rozstrzygnięć. Zob. E. Segest, *Patients' Complaint Procedures in a Scandinavian Perspective*, „European Journal of Health Law” 1996, nr 3, s. 240; L. Wendel, *Compensation in the Swedish Health Care Sector*, w: *No-Fault Compensation in the Health Care Sector*, red. H. Koziol, Vienna-New York 2004, s. 370.

²¹ We Francji przewidziano termin 6-miesięczny na sporządzenie opinii stwierdzającej istnienie lub brak szkody podlegającej naprawieniu oraz 4-miesięczny na przedstawienie poszkodowanemu tzw. oferty odszkodowawczej. K. Bączyk-Rozwadowska, *Odpowiedzialność cywilna...* (wyd. II), s. 325 i 327. Natomiast w Belgii przyjęto w tym zakresie, odpowiednio, terminy 6- i 3-miesięczny. N. Karczewska, *Belgijski system wynagradzania szkód wynikających z zabiegów medycznych*, „Prawo i Medycyna” 2012, nr 3–4, s. 103.

²² Por. M. Nesterowicz, *Ubezpieczeniowe i gwarancyjne...*, s. 23.

²³ Tak M. Faure, *Economic Observations Concerning Optimal Prevention and Compensation of Damage Caused by Medical Malpractice*, w: *No-Fault Compensation in the Health Care Sector*, red. J. Dute, M. Faure, H. Koziol, Vienna-New York 2004, s. 25. Por. R. Bovberg, R. Miller, D. Shapiro, *Paths to Reducing Medical Injury: Professional Liability and Discipline vs Patient Safety – and the Need for a Third Way*, „Journal of Law and Medicine” 2001, nr 1, s. 377.

karza lub/i szpitala), lecz sama szkoda wyrządzona pacjentom (*ex delicto* bądź *ex contractu*) w związku z udzielaniem świadczeń zdrowotnych (np. szwedzki NFPI, system nowozelandzki). Powszechnym rozwiązaniem jest także instytucja funduszu kompensacji, zasilanego przez określone podmioty (np. potencjalnych sprawców szkód lub/i osób na nie narażonych) i ze wskazanych w ustawie źródeł, niejednokrotnie z finansowym wkładem ze strony państwa (NICA, systemy kompensacji szkód poszczepiennych). W rachubę może również wchodzić gwarancyjna odpowiedzialność państwa na zasadach słuszności (model francuski oraz belgijski).

System *no fault* co do zasady nie stanowi komplementarnego (uniwersalnego) modelu kompensacji obejmującego swoim zakresem wszelkie szkody, których naprawienia poszkodowany mógłby się domagać na podstawie tradycyjnych reguł odpowiedzialności opartej na winie. Przewiduje się w nim wynagrodzenie szkód określonego rodzaju (np. *treatment injury* w Nowej Zelandii, *l'aléa thérapeutique* we Francji) bądź wyszczególnionych kategorii (model skandynawski²⁴), a zakres kompensacji jest wyznaczany w sposób pozwalający na wyeliminowanie, w możliwie największym stopniu, ewentualnych wątpliwości interpretacyjnych. Jako że swej istoty częściowy (niekomplementarny), model *no fault* może zastępować tradycyjne reguły odszkodowawcze i zapewniać naprawienie szkód w zakresie objętym regulacją na zasadzie wyłączności (system nowozelandzki) bądź też wchodzić w rachubę fakultatywnie w sytuacji, gdy poszkodowany, mając możliwość wyboru, opowie się za systemem kompensacji bez winy (model szwedzki).

Objęcie zakresem przedmiotowym szkód stanowiących następstwo innych zdarzeń niż niedbalstwo lekarza lub wina zakładu leczniczego w praktyce wiąże się jednak z koniecznością przyznawania świadczeń na niższym poziomie niż ten, który przewiduje model odpowiedzialności opartej na winie. Pomimo formalnego utrzymania zasady naprawienia szkody w pełnej wysokości, w systemach *no fault* wprowadza się kwotowe ograniczenia przyznawanych świadczeń (tzw. *damage caps*), odchodzi (częściowo lub całkowicie) od wynagrodzenia szkody niemajątkowej²⁵ lub ustanawia minimalny próg rozmiaru szkody (tzw. *trivialty threshold*), którego przekroczenie może uzasadniać rekompensatę²⁶. Analiza poszczególnych modeli *no fault compensation* pozwala nawet do-

²⁴ Model NFPI obejmuje sześć kategorii szkód na osobie: tzw. rzeczywiste szkody medyczne, szkody wynikłe z wady aparatury, sprzętu lub produktu medycznego, szkody diagnostyczne, zakażenia, wypadki szpitalne oraz szkody doznane w następstwie nieprawidłowego przepisania lub podania leku. Zob. K. Bączyk-Rozwadowska, *Szwedzki model NFPI i francuski system kompensacji szkód medycznych*, w: *Kompensacja szkód wynikłych ze zdarzeń medycznych. Problematyka cywilnoprawna i ubezpieczeniowa*, red. E. Kowalewski, Toruń 2011, s. 38 i n.

²⁵ Np. w systemie nowozelandzkim do 1998 r. zadośćuczynienie za krzywdę było wypłacane do ustalonych w przepisach kwot maksymalnych – 10 000 \$ NZ (w przypadku cierpień wyłącznie psychicznych) lub 17 000 \$ NZ (gdy ból i cierpienie miały charakter fizyczny). Jednakże ze względu na fakt, iż w praktyce coraz częściej dochodziło do przekraczania kwot maksymalnych, od 1999 r. w ogóle zaprzestano wypłaty zadośćuczynienia. Na ten temat zob. K. Bączyk-Rozwadowska, *Odpowiedzialność cywilna...* (wyd. II), s. 240.

²⁶ W systemie francuskim naprawienie szkód w postaci ryzyk terapeutycznych może wchodzić w rachubę dopiero wówczas, gdy stopień trwałego kalectwa poszkodowanego (*incapacité permanente*) jest wyższy niż 24%. V. Rachel-Darfeuille, *Compensation in the French Health Care Sector*,

strzec swoistą zależność polegającą na tym, że im szerzej jest ujęty zakres kompensacji, tym niższe kwoty mogą *de facto* otrzymać poszkodowani uprawnieni do dochodzenia roszczeń.

Funkcjonujące w poszczególnych krajach w oparciu o przedstawione założenia systemy *no fault* w sposób należyty spełniają powierzoną im rolę alternatywnego bądź uzupełniającego reżimu kompensacji i zazwyczaj cieszą się aprobatą wszystkich zainteresowanych podmiotów, tj. poszkodowanych²⁷ oraz lekarzy²⁸. Nowe rozwiązania gwarantują pacjentom szybkie, pewne i mniej kosztowne naprawienie szkód, a świadczeniodawców uwalniają od presji związanej z ewentualnym procesem sądowym, pozwalając w ten sposób na swobodniejsze wykonywanie zawodu i większe zaangażowanie w rozwój medycyny poprzez śmielsze (nieskrępowane) stosowanie nowych metod diagnozy i terapii. Jedynym w zasadzie poważniejszym mankamentem systemu *no fault compensation* (poza wspomnianym już kwotowym lub/i rodzajowym ograniczeniem wysokości przyznawanych świadczeń) jest brak w nim elementów prewencji, zarówno indywidualnej, jak i ogólnej. Z uwagi na okoliczność, iż podstawą procedur kompensacyjnych jest analiza zgromadzonej w sprawie dokumentacji medycznej, nie można wykluczyć sytuacji, w których lekarze, uwolnieni od indywidualnej odpowiedzialności cywilnej, zostaną pozbawieni motywacji do podnoszenia staranności zawodowej i dbałości o wysoką jakość udzielanych świadczeń zdrowotnych²⁹. Nadto fakt nieuczestnictwa w postępowaniu nie pozwala im w sposób dostateczny poznać przyczyn powstawania szkód, a co za tym idzie – zapobiec pojawianiu się podobnych niekorzystnych następstw leczenia w przyszłości. Brak wyjaśnienia okoliczności powstania szkody może jednocześnie prowadzić do wzrostu liczby postępowań dyscyplinarnych³⁰, a nawet procesów karnych skierowanych przeciwko lekarzom, w których poszkodowani dodatkowo realizować będą potrzebę zadania sprawcy „moralnego odwetu” za wyrządzoną szkodę³¹.

w: *No-Fault Compensation in the Health Care Sector*, red. H. Koziol, Vienna-New York 2004, s. 230. Wymóg, by rozmiar szkody przekraczał ustalony w przepisach próg minimalny, ustanowiono również w szwedzkim systemie NFPI. Zob. J. Dute, *A Comparison of No-Fault Compensation Schemes*, w: *No-Fault Compensation in the Health Care Sector*, red. H. Koziol, Vienna-New York 2004, s. 448.

²⁷ Np. w ramach szwedzkiego systemu NFPI (funkcjonującego, jak już wspomniano, jako fakultatywny) roszczeń o naprawienie szkody dochodzi w praktyce aż 99,9% poszkodowanych (dane za 2011 r.). *De facto* zostały więc wyeliminowane procesy sądowe w sprawach o naprawienie szkód objętych zakresem NFPI. K. Bączyk-Rozwadowska, *Odpowiedzialność cywilna...* (wyd. II), s. 262–263.

²⁸ Za wyjątkowo korzystny dla lekarzy uznaje się system nowozelandzki. W literaturze pojawił się nawet pogląd, iż dzięki przyjęciu nowych rozwiązań w sferze kompensacji szkód medycznych Nowa Zelandia jest najbezpieczniejszym państwem na świecie dla wykonywania zawodu lekarza. Tak A. Merry, A. Mc Call Smith, *Errors, Medicine...*, s. 226.

²⁹ Por. R. Bovberg, R. Miller, D. Shapiro, *Paths to Reducing...*, s. 371.

³⁰ Tendencje te zaobserwowano m.in. w Nowej Zelandii, gdzie po utworzeniu systemu *no fault* liczba postępowań dyscyplinarnych systematycznie wzrastała (osiągając apogeum w latach 2001–2002), by następnie ustabilizować się na stałym poziomie. Zob. R. Paterson, M. van Wyk, *Patients' Rights in New Zealand: Complaints Resolution and Quality Improvement*, Raport XIV Światowego Kongresu Prawa Medycznego w Maastricht, 11–14 sierpnia 2002 r. (Materiały konferencyjne), s. 274.

³¹ Wiedza na temat okoliczności wyrządzenia szkody wydaje się istotna dla poszkodowanych także z tego powodu, iż niejednokrotnie traktują oni wyjaśnienie przyczyn i skutków zdarze-

3. Odpowiedź polskiego ustawodawcy – legislacyjny sukces czy niepowodzenie?

3.1. Geneza i podstawowe założenia systemu kompensacji szkód wynikłych ze zdarzeń medycznych

W Polsce postulaty utworzenia systemu *no fault compensation*, który gwarantowałby uzyskanie odszkodowania w możliwie krótkim czasie, z pominięciem drogi sądowej i związanych z nią niedogodności, zgłaszano w piśmiennictwie poczynając od lat 60. XX w. Jedną z pierwszych propozycji było utworzenie systemu gwarancyjnej odpowiedzialności państwa „o aspektach socjalnych”. Koncepcja ta zakładała obciążenie Skarbu Państwa obowiązkiem naprawienia szkód na osobie, do których wyrządzenia doszło niezależnie od winy lekarza (szpitala) i w związku z udzielaniem świadczeń zdrowotnych o charakterze przymusowym (np. izolacją osób zakaźnie bądź psychicznie chorych), jeżeli między procesem leczenia a doznany przez poszkodowanego uszczerbkiem na zdrowiu zachodził adekwatny związek przyczynowy³². W dalszej perspektywie system ten objąć miał interwencje medyczne podejmowane dobrowolnie, tzn. z woli pacjenta, a z czasem także każdą szkodę na osobie wyrządzoną w następstwie wadliwie przeprowadzonego leczenia. Podnoszono bowiem, że za wypłatą przez państwo odszkodowania niezbędnego do złagodzenia u jednostek następstw nienależytego funkcjonowania publicznej służby zdrowia przemawiały przede wszystkim zasady współżycia społecznego. Leczenie podejmowane było przecież nie tylko dla dobra indywidualnego pacjenta, lecz także w interesie społecznym, a osoby zdrowe przyczyniały się do rozwoju państwa i współdziałały w tworzeniu dochodu narodowego, nie obciążając społeczeństwa kosztami zasiłków zdrowotnych³³.

Postulaty modyfikacji reguł wynagradzania szkód medycznych nabrały istotnego znaczenia w latach późniejszych, w związku z rozważaniami na temat depersonalizacji winy i obiektywizacji odpowiedzialności odszkodowawczej³⁴. Przyjęcie nowych mechanizmów kompensacji uznawano w literaturze za daleko idące, a nawet przełomowe w systemie polskiego prawa, lecz niezbędne i pożądane, a ponadto zgodne z tendencjami światowymi, zapoczątkowanymi w ustawodawstwach Nowej Zelandii i krajów skandynawskich³⁵.

nia sprawczego jako znaczący element w procesie zmierzającym do zminimalizowania krzywdy doznanej w związku z leczeniem.

³² M. Nesterowicz, *O gwarancyjną odpowiedzialność Skarbu Państwa za szkody wyrządzone przy leczeniu*, w: *Studia z prawa cywilnego. Księga pamiątkowa dla uczczenia 50-lecia pracy naukowej prof. dr. hab. Adama Szpunara*, Łódź-Warszawa 1983, s. 155 i n.

³³ Tamże, s. 158.

³⁴ Zob. M. Granecki, *Obiektywizacja odpowiedzialności...*, s. 41 i n.; M. Nesterowicz, *Glosa do orzeczenia SA w Lublinie z 10 stycznia 2002 r.*, I ACa 576/01, OSP 2003, nr 2, poz. 23; K. Bączyk-Rozwadowska, *Odpowiedzialność cywilna za szkody wyrządzone przy leczeniu*, Toruń 2007, s. 349 i n. oraz J. Jończyk, *Prawa pacjenta i odpowiedzialność za szkodę z leczenia*, „Prawo i Medycyna” 1999, nr 2, s. 34.

³⁵ M. Nesterowicz, *Ubezpieczeniowe i gwarancyjne...*, s. 22; M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność cywilna publicznego zakładu opieki zdrowotnej za wyrządzoną szkodę w świetle kodeksu cywilnego i art. 77 ust. 1 Konstytucji RP*, „Prawo i Medycyna” 2004, nr 2, s. 60. Nie wszyscy jednak przedstawiciele

Potrzeba dokonania zmian stała się pilna po nowelizacji Kodeksu cywilnego mocą ustawy z 17 czerwca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw³⁶, w wyniku której w sposób istotny ograniczony został szeroki dotychczas zakres ochrony osób poszkodowanych w związku z udzielaniem świadczeń zdrowotnych. Derogacji uległ bowiem art. 419 k.c., na który pacjenci mogli się powoływać wówczas, gdy do wyrządzenia szkody, poważnej i dotkliwej, doszło niezależnie od winy lekarza (zakładu leczniczego), a za zasądzeniem odszkodowania przemawiały *in casu* względy słuszności (zasady współżycia społecznego)³⁷. Za wprowadzeniem procedury pozasądowego („polubownego”) dochodzenia roszczeń, umożliwiającej rekompensowanie „oczywistych szkód” niezawinionych przez lekarza bądź szpital (na wzór szwedzkiego NFPI) opowiedziały się także środowiska medyczne, m.in. w uchwale podjętej na VIII Nadzwyczajnym Krajowym Zjeździe Lekarzy w 2003 r. w Toruniu³⁸. Modelami, które w ocenie doktryny, a także środowisk medycznych byłyby optymalne dla wszystkich zainteresowanych podmiotów i mogły się sprawdzić w warunkach społeczno-gospodarczych i realiach polskiego prawa, był funkcjonujący w Szwecji system NFPI oraz model powołany we Francji³⁹.

System *no fault compensation* utworzono na mocy przepisów ustawy z 28 kwietnia 2011 r. o zmianie ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw

piśmiennictwa opowiadali się za wprowadzeniem nowych mechanizmów kompensacji szkód, w szczególności nawiązujących do modelu ubezpieczeniowego. Pojawił się pogląd, iż tego rodzaju rozwiązanie nie powinno ani ograniczać, ani zastępować odpowiedzialności cywilnej, która z reguły gwarantuje pełne odszkodowanie i jest w stanie zaspokoić roszczenia poszkodowanego. Profesjonalista powinien bowiem odpowiadać za każdą szkodę, jaka powstaje w sferze poddanej jego kontroli, chyba że wykaże, iż doznany uszczerbek wynikł z przyczyny wobec niego zewnętrznej. Przyjęcie takiego założenia jest korzystniejsze dla poszkodowanego i wydaje się polepszać jego sytuację prawną, a jednocześnie uzasadnia odpowiedzialność profesjonalisty za czyn każdej osoby, z której pomocą wykonuje on obowiązki zawodowe. Środków zmierzających do polepszenia sytuacji prawnej pacjentów należałoby raczej – jak podkreślono – upatrywać w przerzuceniu ciężaru dowodu. Tak B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Nowe tendencje w zakresie cywilnej odpowiedzialności zawodowej*, w: *Rozprawy z polskiego i europejskiego prawa prywatnego*. Księga pamiątkowa ofiarowana profesorowi Józefowi Skąpskiemu, Kraków 1994, s. 201.

³⁶ Dz.U. z 2004 r. Nr 164, poz. 1692. Nowe przepisy weszły w życie z dniem 1 września 2004 r.

³⁷ W stanie prawnym po nowelizacji Kodeksu cywilnego zastosowanie normy słusznościowej zawartej w art. 417² k.c. jest ograniczone do sfery *imperium*, która w lecznictwie dotyczy jedynie wąskiej grupy przypadków wykonywania przez szpital prerogatyw władczych związanych z tzw. przymusem leczenia (np. obowiązkowe szczepienia ochronne, przymusowe badanie lub hospitalizacja osób psychicznie chorych). Zob. M. Safjan, *Odpowiedzialność odszkodowawcza władzy publicznej (po 1 września 2004 r.)*, Warszawa 2004, s. 79–81; M. Nesterowicz, *Zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę w „procesach lekarskich”*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 3, s. 13 oraz K. Bączyk-Rozwadowska, *Odpowiedzialność cywilna...* (wyd. II), s. 198.

³⁸ Podają za Ż. Semprich, *Nowe przepisy sprzyjają pieniądзом*, „Medical Tribune” 2011, nr 13, s. 6. Istotny wpływ na kierunek zmian legislacyjnych miał także skierowany w 2001 r. przez Rzecznika Praw Obywatelskich do Ministra Zdrowia wniosek o podjęcie działań ustawodawczych mających na celu wprowadzenie korzystnych dla pacjentów mechanizmów kompensacji szkód, które zapewniałyby poszkodowanym sprawne, pewne i niewiążące się z nadmiernymi kosztami uzyskanie należnego odszkodowania i jak najszybszy powrót do zdrowia oraz codziennej egzystencji. Zob. M. Nesterowicz, *Ubezpieczeniowe i gwarancyjne...*, s. 22.

³⁹ Por. M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność cywilna publicznego...*, s. 60.

Pacjenta oraz ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych⁴⁰, nowelizującej ustawę z 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta⁴¹ oraz ustawę z 22 maja 2003 r. o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych⁴². Dodany do ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta rozdział 13a przewiduje nowy, pozasądowy tryb dochodzenia roszczeń z tytułu szkód będących następstwem tzw. zdarzeń medycznych. Jednocześnie na mocy ustawy z 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej⁴³ nałożono na podmioty prowadzące szpitale obowiązek ubezpieczenia pacjentów z tytułu tego rodzaju zdarzeń (art. 17 ust. 1 pkt 4)⁴⁴.

Analiza całokształtu przepisów ustanawiających nowy system kompensacji pozwala przyjąć, że model ten, pomimo częściowo odmiennych założeń projektodawców⁴⁵, odwołuje się zarówno do mechanizmów przyjętych w prawie szwedzkim, jak i francuskim. Do wzorów szwedzkich nawiązuje w szczególności juretyczna konstrukcja systemu i powiązanie go z instytucją ubezpieczenia bezpośredniego (*1st party insurance*), odmiennego niż ubezpieczenie OC. Natomiast idea utworzenia wojewódzkich komisji do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych, kształt prawny, w jakim one funkcjonują, oraz tryb postępowania zmierzającego do naprawienia szkody zbliżone są do rozwiązań funkcjonujących w ubezpieczeniowo-gwarancyjnym systemie francuskim⁴⁶. Nadto z regulacji ustawy z 28 kwietnia 2011 r. wynika, że system ustanowiony na mocy jej przepisów ma charakter fakultatywny i zarazem wyłączny. Poszkodowany ma bowiem możliwość wyboru między drogą sądową a tzw. trybem komisyjnym, z zastrzeżeniem, że akceptacja świadczeń w systemie *no fault* wyłącza roszczenie o odszkodowanie uzupełniające w oparciu o przepisy Kodeksu cywilnego.

⁴⁰ Dz.U. z 2011 r. Nr 113, poz. 660. Ustawa weszła w życie z dniem 1 stycznia 2012 r.

⁴¹ Tekst jedn. Dz.U. z 2012 r., poz. 159 ze zm.

⁴² Tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 392 ze zm.

⁴³ Tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 217 ze zm.

⁴⁴ Ustawodawca wyznaczył graniczną datę zawarcia umowy ubezpieczenia z tytułu zdarzeń medycznych przez podmioty lecznicze prowadzące szpitale na dzień 1 lipca 2012 r. Termin ten jednak odroczono początkowo do 1 stycznia 2014 r., a następnie – 1 stycznia 2016 r. Do tej daty zawarcie umowy ubezpieczenia pozostaje fakultatywne. Powodem odroczenia było faktyczne niewywiązanie się z obowiązku wykupienia polisy przez większość szpitali oraz finansowe i organizacyjne trudności z jej nabyciem. Ubezpieczenie to oferował wyłącznie PZU, a składki, stosunkowo wysokie, utrzymywały się na średnim poziomie od około 176 000 zł dla szpitali rehabilitacyjnych i 300 000 zł dla szpitali powiatowych do około 745 000 zł dla szpitali klinicznych. *Ubezpieczenia szpitali od zdarzeń medycznych nie będą obowiązkowe*, dokument w wersji elektronicznej – www.prawo.rp.pl/artykul/837958.html (dostęp: 12.03.2013 r.).

⁴⁵ Zgodnie z uzasadnieniem projektu ustawy z 28 kwietnia 2011 r. (druk sejmowy nr 3488) system kompensacji szkód wynikłych ze zdarzeń medycznych miał nawiązywać do szwedzkiego ubezpieczenia NFPI.

⁴⁶ Tak E. Kowalewski, M. Śliwka, M. Wałachowska, *Kompensacja szkód wynikłych z „błędów medycznych”. Ocena projektowanych rozwiązań prawnych*, „Prawo i Medycyna” 2010, nr 4, s. 23 oraz K. Bączyk-Rozwadowska, *Szwedzki model...*, s. 37.

3.2. Analiza wybranych rozwiązań ustawowych w kontekście podstawowych założeń koncepcji *no fault compensation*

Nowy, powołany w Polsce system kompensacji szkód ma charakter ubezpieczeniowy i w zakresie przyjętej konstrukcji jurydycznej nawiązuje – jak już wspomniano – do szczególnej postaci ubezpieczenia bezpośredniego⁴⁷. Szkody doznane w następstwie zdarzeń medycznych mają zatem podlegać naprawieniu ze stosunkowo pewnego źródła – funduszu ubezpieczeniowego, co w zamysśle twórców nowych rozwiązań stwarza wysokie gwarancje uzyskania rekompensaty⁴⁸. Dwukrotne odroczenie przez ustawodawcę obowiązku ubezpieczenia spowodowało jednak, że niewiele szpitali zawarło (zawiera) umowy⁴⁹ i w razie złożenia przez uprawnionego wniosku o naprawienie szkody zobowiązanych jest wstąpić do procedur kompensacyjnych w miejsce ubezpieczyciela, złożyć ofertę odszkodowania i wypłacić należne wnioskodawcy świadczenie. Praktyka ta, w ostatnich latach powszechna, wydaje się podważać założenie o ubezpieczeniowym charakterze systemu *no fault*, a nawet podawać w wątpliwość sens jego istnienia (skoro *de facto* brak jest zasadniczego źródła rekompensat). Szanse poszkodowanych na uzyskanie wynagrodzenia szkód doznanych w następstwie zdarzeń medycznych od szpitali są bowiem mniejsze, zważywszy zwłaszcza na nie najlepszą kondycję finansową wielu zakładów leczniczych i wysokość składek na obligatoryjne ubezpieczenie OC.

System *no fault* powołany w Polsce, podobnie jak inne tej modele kompensacji funkcjonujące w Europie i na świecie, nie dotyczy ogółu szkód wyrządzonych w związku z leczeniem, a jedynie określonej ich kategorii, tzn. wspomnianych już zdarzeń medycznych. Zawarta w ustawie z 28 kwietnia 2011 r. definicja zdarzenia medycznego (art. 67a ust. 1) jest stosunkowo szeroka i obejmuje przypadki zakażenia pacjenta, wywołania uszkodzenia ciała lub/i rozstroju zdrowia oraz śmierci chorego, stanowiące następstwo ściśle określonych przez ustawodawcę okoliczności, tj. niezgodnych z aktualną wiedzą medyczną: diagnozy, terapii oraz zastosowania produktu (wyrobu) medycznego⁵⁰. Nadto w przepisach

⁴⁷ Istota i charakter prawny ubezpieczenia z tytułu szkód wynikłych ze zdarzeń medycznych już na etapie prac nad przepisami nowelizującymi ustawę o prawach pacjenta budziły liczne wątpliwości w literaturze prawniczej, a także w środowiskach medycznych i ubezpieczeniowych. Ostatecznie utrwalił się pogląd, iż jest to ubezpieczenie osobowe, niepowszechne, obowiązkowe i odrębne od ubezpieczenia OC. Więcej na ten temat zob. E. Kowalewski, *Ubezpieczenie pacjentów z tytułu zdarzeń medycznych – blaski i cienie*, w: *Kompensacja szkód wynikłych ze zdarzeń medycznych. Problematyka cywilnoprawna i ubezpieczeniowa*, Toruń 2011, s. 93 i n.

⁴⁸ Tamże, s. 109.

⁴⁹ W 2012 r. umowę zawzło ok. 310 szpitali (na łączną ich liczbę 1215, podaje za B. Lisowska, *Trudno o rekompensatę pieniężną za błąd lekarza*, „Gazeta Prawna” z 21 marca 2012 r.), w 2013 r. natomiast – ok. 30 (dane Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, podaje za „Rynek Zdrowia” z 6 grudnia 2013 r.).

⁵⁰ W pierwotnych wersjach ustawy zdarzeniem, którego zaistnienie uprawniać miało do dochodzenia roszczeń w pozasądowych procedurach kompensacyjnych, był błąd medyczny. Zmiana polegająca na wprowadzeniu kategorii zdarzenia medycznego ma jedynie charakter techniczny i nie wiąże się z istotniejszą modyfikacją przyjętych w ustawie definicji. Celem ustawodawcy było przede wszystkim wyeliminowanie niespójności terminologicznych i zapobieżenie ewentualnym sporom interpretacyjnym, jakie mogłyby się pojawić w toku rozstrzygania konkretnych spraw. Błąd medyczny, a ściślej – błąd lekarski (błąd w sztuce lekarskiej), w myśl utrwalonego po-

ustawy wyraźnie zastrzeżono, że kompensacji w trybie pozasądowym podlegają jedynie te szkody wynikłe ze zdarzeń medycznych, do których wyrządzenia doszło w szpitalach w rozumieniu ustawy z 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej zarówno – ze względu na brak w tym zakresie jakichkolwiek wyłączeń – publicznych, jak i niepublicznych. Rozwiązanie to jest korzystne dla poszkodowanych, ponieważ pozwala uniknąć nieuzasadnionego zróżnicowania pozycji prawnej pacjentów korzystających ze szpitalnych procedur leczniczych u podmiotów o różnym statusie własnościowym.

Konieczność ustalenia w postępowaniu przed komisją, czy szkoda (każdej ze wskazanych postaci – zakażenia, uszkodzenia ciała lub/i rozstroju zdrowia, śmierci pacjenta) wynikła z działań odbiegających od zasad aktualnej wiedzy medycznej (*lex artis medicinae*), stanowi swoiste ograniczenie przedmiotowego zakresu kompensacji. Oznacza bowiem, że postępowanie sprawcy w każdym przypadku podlegać będzie analizie z punktu widzenia abstrakcyjnego wzorca dobrego lekarza (danej specjalizacji), lecz – z uwagi na istotę systemu *no fault* i przyjęte w nim założenia – z pominięciem oceny podmiotowej zarzucalności czynu (winy *sensu stricto*)⁵¹. Wprowadzenie przesłanki niezgodności z aktualną wiedzą uzależnia więc naprawienie szkód w trybie pozasądowym od przesłanki obiektywnej bezprawności postępowania, a nawet – jak podkreślają niektórzy Autorzy – subiektywnego zawinienia⁵². Brak fachowej wiedzy, którą powinien mieć lekarz wykonujący zawód medyczny (art. 355 § 2 k.c.), zwłaszcza zaś specjalista bądź lekarz ogólny podejmujący się czynności specjalistycznych, z reguły uważany jest za winę, bez konieczności dokonywania w tym względzie jakichkolwiek dalszych ustaleń⁵³. Konsekwencją przyjętej przez ustawodawcę konstrukcji zdarzenia medycznego jest więc pozostawienie poza zakresem kompensacji w trybie pozasądowym szkód medycznych ze swej istoty nieobjętych odpowiedzialnością świadczeniodawcy i ubezpieczyciela, a więc wypadków

głędu judykatury i piśmiennictwa, jest bowiem rozumiany wąsko, jako czynność (działanie lub zaniechanie) lekarza (i wyłącznie lekarza) w sferze diagnozy i terapii niezgodna z wiedzą i nauką medyczną w zakresie dla lekarza dostępnym. Tak np. wyrok SN z 1 kwietnia 1955 r., IV CR 39/54, OSN 1957, nr I, poz. 7. Więcej na ten temat zob. K. Bączyk-Rozwadowska, *Błąd lekarski w świetle doktryny i orzecnictwa sądowego*, „Prawo i Medycyna” 2008, nr 3, s. 26 i n.

⁵¹ W zbliżony sposób dokonywana jest ocena zasadności przyznania odszkodowania m.in. w szwedzkim systemie NFPI, gdzie obiektywne porównanie sprawcy z przyjętym dla niego wzorcem powinno działanie jest niezbędne dla zbadania, czy szkody można było uniknąć (tzw. *facitresonemang*). Rozwiązaniom tym niekiedy również stawiany jest zarzut, że *de facto* nawiązują do winy i ograniczają zakres kompensacji. Zob. K. Bączyk-Rozwadowska, *Odpowiedzialność cywilna...* (wyd. II), s. 253–254.

⁵² Tak M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2013, s. 472. Por. M. Nesterowicz, M. Wala-chowska, *Odpowiedzialność za szkody wyrządzone przy leczeniu w związku z nowym pozasądowym systemem kompensacji szkód medycznych*, w: *Kompensacja szkód wynikłych ze zdarzeń medycznych. Problematyka cywilnoprawna i ubezpieczeniowa*, red. E. Kowalewski, Toruń 2011, s. 24. W doktrynie pojawił się także pogląd, że nowy system kompensacji zakłada nie tyle brak winy, ile brak konieczności jej udowodnienia. Tak M. Serwach, *Zasady i tryb ustalania odszkodowania i zadośćuczynienia w przypadku zdarzeń medycznych*, „Prawo Asekuracyjne” 2011, nr 4, s. 34.

⁵³ Zob. w szczególności wyrok SN z 13 października 2005 r., IV CK 161/05, OSP 2006, nr 6, poz. 71, z głosem M. Nesterowicza, w którym przyjęto, że niedostateczna wiedza lekarza przesądza o jego winie przynajmniej w stopniu niedbalstwa. Por. K. Bączyk-Rozwadowska, *Odpowiedzialność cywilna...* (wyd. II), s. 341–342, oraz M. Nesterowicz, *Prawo medyczne...*, s. 472–473.