

ČASOPIS PRO PRÁVNÍ VĚDU A PRAXI

Č. 1 | 2024 | ROČ. XXXII

ČLÁNKY

Petr Lavický, Eva Dobrovolná, Bohumil Dvořák, Zdeněk Pulkrábek
Abra kadabra, iudicium duplex!

Aneb o náhradě nákladů řízení o zrušení a vypořádání spoluvlastnictví

Luboš Brim

Promlčení práva kapitálové obchodní společnosti na splacení vkladu

Kateřina Hájková

Kauzální nejistota v medicínskoprávních sporech

Tomáš Svoboda

Zajištění nezletilých cizinců a zvláštní standardy Evropské úmluvy
o lidských právech: jejich výklad a použití v českém právu

Jakub Valc

Anonymní dárcovství gamet ve světle rozsudku
ve věci *Gauvin-Fournis a Silliau proti Francii*

Pavel Salák

Právní praxe meziválečného Československa
u kupní smlouvy v obchodním právu

ČASOPIS PRO PRÁVNÍ VĚDU A PRAXI

Č. 1 | 2024 | ROČ. XXXII



MASARYKOVA
UNIVERZITA

REDAKČNÍ RADA / EDITORIAL BOARD

Šéfredaktor / Editor in Chief: Ing. Mgr. Jaroslav Benák, Ph.D.

Externí členové / External Members: doc. JUDr. Marek Antoš, Ph.D.; doc. JUDr. Michal Bartoň, Ph.D.; JUDr. Petr Bezouška, Ph.D.; doc. JUDr. Kristián Csach, Ph.D.; prof. JUDr. Josef Čentéš, Ph.D.; prof. JUDr. Lubomír Čunderlík, Ph.D.; doc. JUDr. Bohumil Havel, Ph.D.; Dr. Pavlína Hubková; doc. JUDr. Milan Hulmák, Ph.D.; doc. Mgr. Marek Káčer, Ph.D.; Mgr. Michal Králík, Ph.D.; JUDr. Ján Matejka, Ph.D.; prof. JUDr. Mária Patakyová, CSc.; JUDr. František Půry, Ph.D.; JUDr. Michal Ryška; doc. JUDr. Filip Ščerba, Ph.D.

Interní členové / Internal Members: Mgr. Bc. Luboš Brim, Ph.D.; prof. JUDr. Marek Fryšták, Ph.D.; doc. JUDr. Josef Kotásek, Ph.D.; doc. JUDr. Pavel Koukal, Ph.D.; Mgr. Bc. Alžběta Králová, Ph.D.; doc. JUDr. Tereza Kyselovská, Ph.D.; JUDr. MgA. Jakub Míšek, Ph.D.; doc. JUDr. Ing. Michal Radvan, Ph.D.; doc. JUDr. Tomáš Sobek, Ph.D.; doc. JUDr. Ing. Josef Šilhán, Ph.D.; doc. JUDr. Bc. Jaromír Tauchen, Ph.D., LL.M. Eur.Int.; JUDr. Vojtěch Vornáčková, Ph.D., LL.M.; doc. JUDr. PhDr. Robert Zbírál, Ph.D.

Vydává: Masarykova univerzita, Brno • Adresa redakce: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Veveří 70, 611 80 Brno, e-mail: redakce.cpvvp@law.muni.cz • Administrace: Mgr. Jana Kledusová, tel. 549 495 489, e-mail: jana.kledusova@law.muni.cz • Tisk: Point CZ, s.r.o., Milady Horákové 890/20, 602 00 Brno

Published by: Masaryk University, Brno • Masaryk University, Faculty of Law, Veveří 70, 611 80 Brno, Czech Republic, e-mail: redakce.cpvvp@law.muni.cz • Administration: Mgr. Jana Kledusová, tel. +420 549 495 489, e-mail: jana.kledusova@law.muni.cz • Printed by: Point CZ, s.r.o., Milady Horákové 890/20, 602 00 Brno

Předplatné tištěné verze na rok 2024 je 1800 Kč • Cena jednoho čísla 450 Kč • Vychází 4x ročně v češtině s anglickým summary. Subscription for the printed version for year 2024 is 1800 CZK • Price per volume is 450 CZK • Published 4 times a year in Czech with English summary.

Toto číslo bylo dáno do tisku v březnu 2024 / This number was put into print in March 2024.

ISSN 1210-9126 (Print), 1805-2789 (Online).

MK ČR E 6667

Časopis pro právní vědu a praxi je indexován v databázích SCOPUS a ERIH PLUS.

Journal of Jurisprudence and Legal Practice was added into SCOPUS and ERIH PLUS index databases.

Texty publikované v ČPVP jsou zpřístupněny se souhlasem autorů pro následné šíření zpracovaných dat v právních informačních systémech ASPI, Beck-online a CODEXIS.

Texts are published with the permission of the authors for the subsequent dissemination of processed data in legal information systems ASPI, Beck-online a CODEXIS.

Články jsou anonymně posuzovány minimálně dvěma nezávislými recenzenty (double-blind review). Konečné rozhodnutí o publikaci všech příspěvků je v kompetenci redakční rady. Identita autorů není členům redakční rady známa až do finálního rozhodnutí o příspěvku.

Submitted texts are reviewed anonymously by two independent reviewers (double-blind peer review). The final decision about the publication of all papers is in the competence of the Editorial Board. The identity of the author is not disclosed to the members of the Editorial Board before the final decision.

Časopis pro právní vědu a praxi je vydáván jako recenzovaný odborný čtvrtletník. Rukopisy redakce přijímá v elektronické podobě. Bližší informace jsou uvedeny na adrese <http://journals.muni.cz/cpvvp/about/editorialPolicies>
Journal of Jurisprudence and Legal Practice is published quarterly as a peer-reviewed academic journal. Manuscripts should be sent to the head editors in the electronic version. For more information visit <http://journals.muni.cz/cpvvp/about/editorialPolicies>

Příspěvky jsou zveřejněny pod mezinárodní verzí licence Creative Commons 4.0 International.

Articles are published under the international version of the Creative Commons 4.0 International license.

<http://cpvvp.law.muni.cz>

Kauzální nejistota v medicínskoprávních sporech*

Causal Uncertainty in Medical Cases

Kateřina Hájková**

Abstrakt

Tento článek se zabývá notoricky známým problémem medicínskoprávních sporů, který pramení z obtížného prokazování příčinné souvislosti mezi postupem lékaře *non lege artis* a újmou na zdraví pacienta. Existují případy, kdy je kauzalita zřejmá, a tedy jednoduše prokazatelná. Obvykle však jsou kauzální průběhy v poměrech lidského těla natolik složité, a limity lidského poznání jsou natolik nízké, že zpětně nelze příčinné souvislosti mezi různými ději, intervencemi nebo opomenutími s jistotou objasnit. Vzhledem k tomu, že žalujícími jsou v daných sporech o náhradu újmy pacienti, a neexistuje zvláštní pravidlo dělení důkazního břemene, prokazuje příčinnou souvislost dle základního pravidla pacient-žalobce, a často mu hrozí neúspěch ve sporu pro neunesení důkazního břemene ohledně kauzality. Tento článek rozebírá hmotněprávní i procesněprávní způsoby, jak se s problémem kauzální nejistoty vypořádat. Autorka se zde soustředí na doktrínu ztráty šance, dokazování *prima facie*, snížení míry důkazu a obrácení důkazního břemene ohledně příčinné souvislosti.

Klíčová slova

Medicínské právo; kauzální nejistota; důkazní břemeno; dokazování; ztráta šance; *prima facie*; snížení míry důkazu; obrácení důkazního břemene; míra důkazu; *non lege artis*; újma na zdraví; sekundární oběti; příčinná souvislost naplňující odpovědnost; příčinná souvislost zakládající odpovědnost; příčinná souvislost; kauzalita; odpovědnost za újmu; nemajetková újma; německé právo; flexibilní systém.

Abstract

This article deals with a notorious problem of medical law disputes, which stems from the difficulty of proving a causal link between a doctor's *non lege artis* procedure and a patient's injury. In some cases causation is obvious and therefore easy to prove. Usually, however, the causal processes in the conditions of the human body are so complex, and the limits of human knowledge are so low, that in retrospect the causal links between the various processes, interventions or omissions cannot be clarified with certainty. Since the plaintiffs in these personal injury litigation are patients, and there is no special rule of allocation of the burden of proof, it is up to the patient-plaintiff to bring the proof of causation, and the patient is often in danger of failing to meet the burden of proof on causation. This article discusses the substantive and procedural ways to deal with the problem of causal uncertainty. The author focuses here on the doctrine of loss of chance, *prima facie* proof, lowering of the standard of proof, and reversal of burden of proof on causation.

* Tento příspěvek vznikl v rámci specifického výzkumu na vysoké škole MUNI/A/1436/2022 – Aktuální otázky náhrady škody.

** JUDr. Kateřina Hájková, LL.M., doktorandka, Katedra občanského práva, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno / Ph.D. student, Department of Civil Law, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic / E-mail: 434313@mail.muni.cz / ORCID: 0009-0005-1722-9009

Keywords

Medical Law; Causal Uncertainty; Burden of Proof; Evidence; Loss of Chance; Prima Facie; Reduction of Standard of Proof; Reversal of Burden of Proof; Standard of Proof; Non lege artis; Personal Injury; Secondary Victims; Causation Fulfilling Liability; Causation Establishing Liability; Causation; Liability for Injury; Non-pecuniary Damage; German Law; Flexible System.

Úvod

Tento článek se zabývá známým problémem medicínského práva: pacient utrpí újmu na zdraví (či životě) a existuje více možných alternativních příčin této újmy. Alespoň jednou z nich je pochybení lékaře (porušení smlouvy či protiprávní jednání) a alespoň jednou je onemocnění či jiné poškození zdraví pacienta, za které lékař neodpovídá (náhoda v právním smyslu, jejíž následek je přičten pacientovi dle zásady *casum sentit dominus*). Obě (všechny) možné příčiny jsou samy o sobě způsobilé zapříčinit újmu, není však možné či reálné určit (prokázat), která z těchto skutečností je opravdovou příčinou vzniklého následku.¹ Jde tedy o problém alternativní příčinné souvislosti. Níže uvedený problém demonstruje následující případ, inspirovaný rozhodnutím německého BGH.²

Pacient podstoupil v nemocnici operaci Dupuytrenovy kontraktury, jejímž účelem bylo odstranění zakřivení prstu na ruce způsobeného tímto onemocněním. Ošetřující lékař, specialista v oboru, provedl v ranních hodinách operaci, a vzápětí odešel z nemocnice do své ordinace. Odpoledne pacientovi zmodrala špička operovaného prstu, prst začal více bolet, tyto symptomy se prohlubovaly. Pacient upozornil nemocniční sestry a žádal je, ať vyrozumí ošetřujícího lékaře. To se stalo, ale ošetřující lékař navštívil pacienta až další den odpoledne – během této návštěvy ihned operovaný prst ošetřil. Nicméně se vytvořila gangréna a prst částečně odumřel. Musel být amputován.

Pacient se po lékaři žalobou domáhal peněžitého zadostiučinění za újmu na zdraví. Při dokazování vyšlo najevo, že příčinou vzniku gangrény a odumření prstu nelze jednoznačně a spolehlivě vysvětlit. Dle posouzení znalce přicházely v úvahu tyto konkurující příčiny:

- i) krvácení v oblasti operace, které vedlo ke stlačení cév prstu, a v návaznosti na které lékař v rozporu se svojí povinností vyplývající ze standardů řádné péče neprovedl okamžitý zákrok;
- ii) lékař při operaci poranil cévy, které probíhají dlaní a zajišťují prokrvení prstu, přičemž toto poranění se stává i zkušeným chirurgům;
- iii) arteriální nebo žilní trombóza.

Příčina (i) představuje ze strany lékaře postup *non lege artis*. Příčina (ii) je rizikem spojeným s konkrétním léčebným zákrokem, a nepředstavuje ze strany lékaře postup *non lege*

¹ DOLEŽAL, A., DOLEŽAL, T. *Kauzalita v civilním právu se zaměřením na medicínskoprávní spory*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2016, s. 146, 153–154. ISBN 978-80-87439-27-2.

² Další text je inspirován skutkovým stavem z rozhodnutí německého BGH ze dne 11. 4. 1967, sp. zn. VI ZR 61/66. Pravděpodobnost kauzality u tří možných příčin z odůvodnění daného rozhodnutí výslovně nevyplývá, v tomto článku je pro ilustrativnost případu doplněna.

artis (postup v rozporu se standardem řádné lékařské péče); následky nese poškozený dle zásady *casum sentit dominus*. Příčinou (iii) jsou zdravotní potíže pacienta, které nijak nesouvisely se zdravotním problémem pacienta řešeným v nemocnici či zdravotní péčí tam poskytovanou. U příčin (ii) a (iii) by odumření prstu nezabránil ani včasný zákrok lékaře (tedy jednal-li by *de lege artis*). Žalovaný lékař v řízení namítal, že příčinou odumření prstu byla trombóza a že nepříznivému následku nešlo zabránit (provedením intervence již odpoledne v den operace).

Soud vzal za prokázané, že pacient utrpěl újmu na zdraví. Co se týče pochybení lékaře, soud dospěl jednoznačně k závěru, že se ošetřující lékař – žalovaný dopustil hrubého pochybení při léčbě. Daná operace je náročná a běžně se pojí s komplikacemi – lékař musí počítat s tím, že během prvních hodin po operaci dojde ke komplikacím, u nichž je třeba okamžitý lékařský zásah, který pravděpodobně příznivě ovlivní hojení. Dále dospěl k názoru, že pravděpodobnost, že ta která z příčin vedla k následku, je v zásadě rovnocenná s tím, že relativně nejpravděpodobnější se jeví (i) příčina, tedy postup lékaře *non lege artis*. Příčinná souvislost mezi pochybením lékaře a následkem na zdraví pacienta nicméně zůstala v řízení neobjasněna – nebylo totiž k plnému přesvědčení soudu prokázáno, že nebýt pochybení lékaře, k následku by nedošlo (tj. že pochybení lékaře bylo ve vztahu k následku podmínkou nutnou).

1 Pojmenování problému v českém právu

Domohl by se pacient u českého soudu náhrady vzniklé újmy?³ Dle základní normy dělení důkazního břemene procesní strana nese důkazní břemeno ohledně splnění skutkových předpokladů jí příznivé normy.⁴ Usiluje-li pacient o přiznání nároku na náhradu újmy způsobené postupem lékaře *non lege artis*, musí prokázat existenci všech předpokladů vzniku povinnosti lékaře k náhradě nemajetkové újmy (ohledně těchto skutečností jej tíží objektivní důkazní břemeno).⁵ V případě poskytování zdravotních služeb na základě smlouvy o péči o zdraví jsou předpoklady následující (dle § 2913 o.z.): i) porušení povinnosti lékaře poskytovat zdravotní služby na náležitě odborné úrovni, odpovídající profesním standardům při využití dostupných poznatků lékařské vědy a zdravotnické techniky (jedná se o povinnost postupu *de lege artis*);⁶ ii) vznik následku v podobě újmy na zdraví pacienta;⁷ iii) příčinná souvislost mezi porušením povinnosti lékaře a újmou na zdraví pacienta. Odpovědnost

³ Zde patrně bolestného a příp. náhrady za ztížení společenského uplatnění dle § 2958 o.z., případně pak náhrady škody dle § 2960 a násl. o.z.

⁴ Např. MACUR, J. *Dělení důkazního břemene v civilním soudním sporu*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 1996, s. 67. ISBN 80-210-1403-2.

⁵ V článku autorka zjednodušeně uvádí pojem „lékař“ namísto „poskytovatel zdravotních služeb“ dle § 2 odst. 1 zákona č. 372/2011 Sb., o zdravotních službách a podmínkách jejich poskytování. Jedná se v textu o osobu, která se může ocitnout v odpovědnostním vztahu s pacientem, jemuž poskytovala zdravotní služby. Autorka dále k zestručnění v textu používá obrat „náhrada nemajetkové újmy“, avšak s ohledem na zásadní nenahraditelnost nemajetkové újmy by byl vhodnější obrat „zadostiučinění za nemajetkovou újmu“.

⁶ SVEJKOVSKÝ, J., VOJTEK, P., ARNOŠTOVÁ, L. T. a kol. *Zdravotnictví a právo*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 317–318. ISBN 978-80-7400-619-7.

⁷ Následkem může být i úmrtí pacienta nebo zvláště závažné ublížení na zdraví, zakládající nároky sekundárních obětí (§ 2959 o.z.).

z porušení smluvní povinnosti (smlouvy o péči o zdraví dle § 2636 an. o.z.) bude nejčastějším případem, přichází však v úvahu i delikt ní odpovědnost v režimu dle § 2910 o.z. a násl., kde jsou předpoklady k náhradě nemajetkové újmy v zásadě stejné, navíc se objevuje prvek zavinění škůdce ve vztahu k protiprávnímu jednání (či opomenutí).

České delikt ní právo stojí na principu „všechno, nebo nic“, tedy prokáže-li se existence všech uvedených předpokladů, je poškozenému přiznána plná náhrada vzniklé újmy, a pokud nikoli, není odškodněn vůbec. V případě, že vykonané dokazování neumožní soudci zjistit některou podstatnou skutkovou okolnost – zde právě příčinnou souvislost, rozhodne soud dle pravidel objektivního důkazního břemene.⁸ V tomto případě soud rozhodne na základě negativní fikce,⁹ tedy tak, jako by bylo zjištěno, že existence příčinné souvislosti byla vyvrácena. Pokud by výše popsany příklad rozhodoval český soud, a žalobci by se nepodařilo prokázat příčinnou souvislost mezi jednáním lékaře – příčinou (i) – a vzniklou újmou s vyžadovanou mírou důkazu, žalobu pacienta by zamítl.

Pro další výklad je třeba předeslat, že povinností lékaře dle smlouvy o péči o zdraví je postupovat s péčí řádného odborníka, v souladu s pravidly svého oboru (*de lege artis*).¹⁰ Lékař nenese odpovědnost za výsledek (není-li to zvlášť ujednáno). V případech odpovědnosti za újmu vzniklou v důsledku lékařského pochybení je důležité, že pacient je obvykle nemocný již v okamžiku, kdy vyhledá lékaře. Riziko újmy na zdraví spojené s nemocí pacienta se však nestává rizikem lékaře tím, že pacienta začne léčit. Vyplývá-li újma ze základního onemocnění, nese její následky pacient. Pouze v rozsahu, v němž (chybná) léčba vede k (další) újmě, odpovídá lékař.¹¹

2 Stav poznání v českém právu (přístupy ke kauzální nejistotě)

Pro poškozeného – pacienta může být těžké a někdy až nemožné prokázat vztah kauzality mezi pochybením lékaře a vznikem újmy na svém zdraví. Jde o určité specifikum medicínskoprávních sporů. Typická důkazní nouze poškozeného vyplývá jednak z povahy příčinného vztahu a jednak z povahy kauzálních průběhů v lidském těle a vůbec podstaty lékařství. Příčinnou souvislost nelze přímo pozorovat, a lze ji pouze vyvozovat ze zkušenosti založené na opakovaných pozorováních a poznatcích o obvyklém běhu věcí.¹² Zjištění její existence

⁸ DOLEŽAL, DOLEŽAL, 2016, op. cit., s. 180.

⁹ LAVICKÝ, P. *Důkazní břemeno v civilním řízení soudním*. Praha: Leges, 2017, s. 118–121. ISBN 978-80-7502-203-5.

¹⁰ Např. LIPP, V. Der Behandlungsvertrag. In: LAUFS, A., KATZENMEIER, C., LIPP, V. *Arztrecht*. 8. vyd. Mnichov: C. H. Beck, 2021, marg. 34–35. ISBN 978-3-406-73675-9. Dostupné z: <http://www.Beck-online.de> [právní informační systém]. Dále např. POVOLNÁ, M. Ust. § 2937 Vymezení pojmu péče o zdraví. In: PETROV, J., VÝTISK, M., BERAN, V. a kol. *Občanský zákoník*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 2814. ISBN 978-80-7400-747-7.

¹¹ GEIß, K., GREINER, H.-P. *Arztbauptpflichtrecht*. 8. vyd. Mnichov: C. H. Beck, 2022, marg. 190. ISBN 978-3-406-78603-7. Dostupné z: <http://www.Beck-online.de> [právní informační systém].

¹² HOLČAPEK, T. *Dokazování v medicínskoprávních sporech*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2011, s. 151–152. ISBN 978-80-7357-643-1.

je skutkovou otázkou.¹³ Podstatou lékařství je „vstupovat do celého řetězce příčin a následků, do procesů, které probíhají v lidském těle, a vnějším zásahem tyto procesy ovlivňovat, měnit jejich směr, působení atd. Zásah lékaře tak vlastně sám o sobě mění „přirozený běh věcí“ v lidském těle, zasahuje do komplexních vztahů příčin a následků. I v případě aktivního jednání lékaře, který zvolí určitý léčebný postup, je velmi obtížné, ba vyloučené stanovit, zda tento postup byl nade vše (sic) rozumnou pochybnost jedinou možnou příčinou škodlivého stavu, který nastal. O to obtížnější je to v případě opomenutí, kdy lékař nezvolí postup, který na základě soudobých a dostupných znalostí lékařství zvolit mohl a měl. Prokázat, že právě a pouze toto opomenutí tvoří se škodlivým důsledkem ničím nenarušený vztah, je v podstatě nemožné“.¹⁴ Potenciálních příčin vzniku újmy na zdraví často bývá více, a omezenost lidského poznání neumožňuje vždy jasně dovodit kauzální vztahy mezi ději probíhajícími v těle.¹⁵ Pacient typicky vyhledá lékařskou péči proto, že již trpí určitým poškozením zdraví, a tento jeho zdravotní stav se tak přidává do řetězců všech příčin a následků.¹⁶ Pro posuzování důsledků lékařské péče se vžila metafora „black box“: známe vstupy (zdravotní potíže pacienta a lékařské pochybení), a známe výstupy (následný nepříznivý zdravotní stav pacienta); nemůže ale být přesně objasněno, co leží mezi tím.¹⁷

Důsledkem typické důkazní nouze pacienta v situaci kauzální nejistoty v medicínskoprávních sporech je zúžená prosaditelnost práva pacienta na náhradu nemajetkové újmy vzniklé v souvislosti s nesprávným léčebným postupem.¹⁸ Nabízí se více možných přístupů, jak řešit problém kauzální nejistoty v medicínskoprávních sporech. Autorka níže tyto přístupy rozebírá a navrhuje možné řešení.

¹³ SVOBODA, K. Otázka existence příčinné souvislosti. In: SVOBODA, K., TRNĚNÁ, K. *Dovolání*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2018, s. 97. ISBN 978-80-7400-685-2, dále např. usnesení Nejvyššího soudu ze dne 25. 9. 2014, sp. zn. 25 Cdo 2836/2013.

¹⁴ Usnesení Ústavního soudu ze dne 12. 8. 2008, sp. zn. I. ÚS 1919/08, obiter dictum.

¹⁵ DOLEŽAL, A., DOLEŽAL, T. Problematika prokazování příčinné souvislosti v medicínsko-právních sporech. *Právník*. 2013, č. 6, s. 579. ISSN 0231-6625.

¹⁶ HOLČAPEK, 2011, op. cit., s. 156.

¹⁷ SCHIEMANN, G. Problems of Causation in the Liability for Medical Malpractice in German Law. In: TICHÝ, L. a kol. *Causation in Law*. Praha: Univerzita Karlova, Právnická fakulta, 2007, s. 187. ISBN 80-85889-93-2.

¹⁸ Tomu mohou napovídat počty sporů o náhradu nemajetkové újmy pacientovi, ve kterých figurují velcí poskytovatelé zdravotní péče – nemocnice. Dotazem na (všechny) české fakultní nemocnice z března 2023 autorka zjistila, že každá aktuálně vystupuje v 1 až 8 takových sporech; a za období od začátku roku 2017 do konce roku 2022 vyplatila každá z dotázaných nemocnic náhradu pacientovi za újmu na zdraví způsobenou postupem *non lege artis* průměrně v 10 případech. Oproti tomu ve Spolkové republice Německo se v roce 2019 odhadoval počet nově zahájených občanskoprávních řízení v případech újmy na zdraví způsobené lékaři na 10000 až 12000 ročně, přičemž tento počet se ročně se zvyšuje (viz ULSENHEIMER, K. § 113. In: LAUFS, A., KERN, B.-R., REHBORN, M. *Handbuch des Arztrechts*. 5. vyd. Mnichov: C. H. Beck, 2019, marg. 1–2. ISBN 978-3-406-65614-9. Dostupné z: <http://www.Beck-online.de> [právní informační systém]). Dále DOLEŽAL, DOLEŽAL, 2013, op. cit., s. 578, pozn. 8. K dalším důvodům, které ztěžují pozici pacienta v případném sporu s lékařem o náhradu újmy též JACKSON, E. *Medical law: text, cases, and materials*. Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 139–140. ISBN 978-0198825845. DOI: <https://doi.org/10.1093/he/9780199693603.001.0001>

2.1 Doktrína ztráty šance

V českém právním prostředí se po nedávné sérii soudních rozhodnutí rozvířila debata o možnosti řešit popsany problém přijetím doktríny ztráty šance.¹⁹ Skutkově šlo o žalobu sekundárních obětí, rodiny zemřelé pacientky, která zemřela kvůli zdravotním komplikacím, které u ní nastaly při těhotenství. Žalovaný lékař postupoval *non lege artis*. Bylo znalecky podloženo, že v případě postupu *de lege artis* by pacientka přežila s 50 % pravděpodobností. Nejvyšší soud posuzoval případ z hlediska práva sekundárních obětí na náhradu za ztrátu šance jejich zemřelé blízké osoby na přežití.²⁰

Doktrína ztráty šance je model odpovědnosti založený na pravděpodobnosti,²¹ který překlenuje problém prokazování příčinné souvislosti v případech typické kauzální nejistoty, a to změnou objektu právní ochrany.²² Šance tedy odpovídá pravděpodobnosti uzdravení či přežití poškozeného v případě (hypotetického) správného postupu lékaře. Tvrzení „pacientka by v případě hypotetického postupu žalovaného *de lege artis* přežila s 50 % pravděpodobností“ bychom přeformulovali na „pacientka měla šanci na přežití 50 %; žalovaný jí o tuto šanci připravil postupem *non lege artis*“. Důkazní problém prokazování příčinné souvislosti se tak přesouvá do oblasti hmotného práva a problém příčinné souvislosti opticky mizí, neboť o příčinné souvislosti mezi pochybením lékaře a ztrátou šance (na rozdíl od skutečného následku na zdraví či životě) již není pochyb.²³

Nejvyšší soud připustil, že „[z]načná složitost procesů v lidském těle, omezenost lidského poznání, individuální rozdíly mezi fyziologií každého člověka i faktory ovlivňující jeho zdravotní stav“ mohou ztěžovat objasnitelnost příčinné souvislosti. Poukázal na určité výjimky dovozené judikaturou pro dokazování v medicínskoprávních sporech, a to obrácení důkazního břemene (ohledně skutečností, které měly být objasněny neexistující či nedostatečnou zdravotnickou dokumentací), nebo možnost pravděpodobnostně formulovaných závěrů znalce. Ve vztahu k příčinné souvislosti uvedl, že ač nelze trvat vždy na jejím stoprocentním prokázání, musí být prokázána s vysokou mírou pravděpodobnosti, musí se jednat o příčinu převažující, nikoli o pouhou naději na vyléčení nebo konstatování 50 % pravděpodobnosti vyléčení.

Žalobcům Nejvyšší soud nevyhověl. Odmítl přiznat odškodnění za ztrátu šance s tím, že jde o cizorodý prvek: šance není zákonem chráněný právní statek (zákon nestanovuje povinnost k odškodnění její „ztráty“); jejím přijetím by tak vznikla nová forma újmy specificky pro medicínskoprávní spory (k tomu např. *Smrž* uvádí, že má-li být šance uznána

¹⁹ Jedná se o rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 31. 8. 2020, sp. zn. 25 Cdo 1014/2020, zrušený nálezem Ústavního soudu z 25. 5. 2021, sp. zn. IV. ÚS 3416/20, a následně vydaný rozsudek velkého senátu Nejvyššího soudu ze dne 9. 2. 2022, sp. zn. 31 Cdo 2376/2021. V dané věci šlo o spor o práva na náhradu škody podle § 444 odst. 3 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník (dále „OZ 1964“).

²⁰ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 31. 8. 2020, sp. zn. 25 Cdo 1014/2020.

²¹ DOLEŽAL, DOLEŽAL, 2016, op. cit., s. 187.

²² GRAZIANO, T. K. The “Loss of Chance” in European Private Law: “All or nothing” or partial compensation in cases of uncertainty of causation. In: TICHÝ, L. (ed.). *Causation in Law*. Praha: Univerzita Karlova, Právnická fakulta, 2007, s. 132–133. ISBN 80-85889-93-2.

²³ MELZER, F. Ust. § 2909. In: MELZER, F., TĚGL, P. a kol. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek IX. § 2894–3081*. Praha: Leges, 2018, s. 202. ISBN 978-80-7502-199-1.

coby chráněný právní statek, tak spíše formou legislativy).²⁴ Dále Nejvyšší soud poukázal na nesoulad doktríny ztráty šance s funkcemi náhrady újmy: náhrada by plnila satisfakční funkci, nikoli již reparační či preventivní. Není totiž jasné, jak určit faktickou výši újmy (reparaci). Preventivní funkce by se též ztratila, protože by jednající nebyl schopen dopředu rozeznat, ovlivní-li šance jiného. Také by vznikl problém duplicitního odškodnění: koexistovaly by vedle sebe systémy náhrady za ztrátu šance a náhrady za újmu na zdraví. V případě, kdy by došlo ke ztrátě šance, ovšem škodlivý následek na zdraví by se nedostavil, by nakonec vzniklo právo na odškodnění i bez toho, aby nastala skutečná újma na zdraví.

Doktrína ztráty šance dále nerespektuje současné pojetí kauzality jako spojnice mezi škodnou událostí a újmou, jejíž nepochybné prokázání vylučuje arbitrárnost soudního rozhodování. Nejvyšší soud vyjádřil obavu, že provázání odpovědnosti lékaře s pouhou potenciální příčinou by „*přesunulo spory z civilních deliktů do sféry odhadů až spekulací*“, došlo by k narušení právní jistoty a rozhojnění sporů při poskytování zdravotních služeb a odrazení lékařů od provádění více rizikových úkonů.

Nejvyšší soud se nakonec vyjádřil i k (probabilistické) proporcionální odpovědnosti. Ve vztahu k předchozí právní úpravě úvahy o tomto odpovědnostním modelu odmítl, neboť jej zákon nepřipouštěl.²⁵ Ve vztahu k nové úpravě se vyjádřil spíše odmítavě s tím, že založení širšího režimu odpovědnosti je právněpolitické rozhodnutí, které zákonodárce stanovil pro zvláštní případ provozu zvláště nebezpečného (§ 2925 odst. 2 o.z.). S poukazem na zahraniční literaturu konstatoval, že pokud už by měl být akceptován probabilisticko-proportionální přístup, dle něhož může být odpovědnost založená pouhou potenciální kauzalitou, je třeba, aby ostatní předpoklady vzniku odpovědnosti byly přítomny ve značné míře.

Ústavní soud nálezem sp. zn. IV. ÚS 3416/20 zrušil rozhodnutí Nejvyššího soudu s tím, že o změně dosavadní rozhodovací praxe měl rozhodnout ve velkém senátu.²⁶ *Obiter dicta* se Ústavní soud vyjádřil ve prospěch doktríny ztráty šance. Poukazoval na důležitost chráněných statků (života a zdraví), a argumentoval tak, že s výjimkou 100% prokázání příčinné souvislosti bude kauzální nexus mezi poškozením zdraví pacienta a jednáním *non lege artis* žalovaného vždy určitou „*umělou konstrukcí*“, která více či méně odráží realitu. Mezi vznikem újmy (poškozením zdraví) a ztrátou šance tak často není zřetelný předěl; tímto předělem nemůže být kauzalita faktická (ve smyslu stoprocentní jistoty) ani právní. Jinak řečeno, nelze-li prokázat příčinnou souvislost v požadované míře důkazu, Ústavní soud navrhuje

²⁴ SMRŽ, I. Doktrína ztráty šance a poskytování zdravotních služeb v aktuální soudní praxi. *Časopis zdravotnického práva a bioetiky*. 2022, č. 1, s. 32–62. ISSN 1804-8137. Dostupné z: <https://medlawjournal.ilaw.cas.cz/index.php/medlawjournal/article/view/235>

²⁵ Aplikována byla úprava účinná do 31. 12. 2013, OZ 1964.

²⁶ Ústavní soud poukazoval na rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 27. 9. 2017, sp. zn. 30 Cdo 41/2017. Je však otázkou, zda toto rozhodnutí založilo rozhodovací praxi přijímající doktrínu ztráty šance. Chráněným statkem v něm totiž zůstala osobnostní práva dle § 11 OZ 1964. Neposkytnutí řádné péče, v důsledku čehož se snížila šance pacientky na přežití, zde představovalo zásah do osobnostních práv bez ohledu na procentní vyjádření ztráty šance. Zasaženými osobnostními právy byla práva pacientky, přičemž tento zásah „*ovlivnil i samotný fatální výsledek tohoto léčení, který tak zasáhl i do osobnostních práv žalobců*“. Tento závěr byl poněkud zkratkovitý, protože zásah do práv sekundárních obětí závisí na prokázání odpovědnosti za smrt blízké osoby, ne zásahu do jejich osobnostních práv snížením šance na přežití. Shodně a podrobněji k tomuto rozhodnutí SMRŽ, 2022, op. cit.

plynulý přechod k jinému druhu újmy tak, aby problém s prokazováním kauzality „zmizel“; a to z důvodu důležitosti právních statků, mezi jejichž porušením a jednáním škůdce zůstala prvně kauzalita neobjasněna. Ústavní soud mimo to připustil (čímž dříve zmíněné názory poněkud relativizoval), že jednal-li poskytovatel *non lege artis*, ale není jisté, zda jde o jedinou možnou příčinu poškození zdraví pacienta, přesto mohl svým jednáním zasáhnout do duševní sféry pacienta, „jenž bude nadále žít s vědomím, že se jeho zdravotní stav nemusel zhoršit, případně že se mohl zlepšit, či že mu osoba blízká nemusela zemřít, či mohla žít déle, kdyby k danému pochybení nedošlo“.²⁷

S posledním zmíněným argumentem se částečně ztotožnil velký senát Nejvyššího soudu v opětovném rozhodnutí ve věci.²⁸ Postupem *non lege artis* může lékař nepřiměřeně zasáhnout do soukromí či integrity zasažené osoby, může jí tak vzniknout újma ve smyslu § 11 OZ 1964. To však připustil (na rozdíl od Ústavního soudu) jen ve vztahu k pacientovi; nikoli sekundárním obětím.²⁹ V ostatním setrval na závěrech předchozího zrušeného rozsudku, lze si však povšimnout, že zde zmizela zmínka o možnosti přijetí proporcionální odpovědnosti v lékařských sporech. Doktrínu ztráty šance tedy Nejvyšší soud nepřijal: ztracená šance není újmou způsobitou k náhradě.³⁰ S tímto závěrem se autorka ztotožňuje; doktrína ztráty šance není v českém právním prostředí vhodným způsobem řešení problémů s prokazováním kauzality v medicínskoprávních sporech.

Odborná literatura se v souladu s Nejvyšším soudem kloní spíše proti přijetí doktríny ztráty šance.³¹ Objevuje se však i opačný názor, hovořící ve prospěch této doktríny.³² Pro úplnost lze uvést, jak by vypadalo řešení příkladu z úvodu článku v poměrech doktríny ztráty šance. Zhodnotili bychom, jaká byla šance pacienta na plné zotavení po operaci za předpokladu, že by lékař jednal *de lege artis*. O tuto šanci lékař pacienta svým chybným postupem připravil, a náhradu za tuto ztracenou šanci by mu tedy byl povinen poskytnout. Výše odškodnění by odpovídala procentnímu vyjádření „ztracené šance“.

2.2 Důkaz prima facie

Důkaz prima facie je důkazem založeným na typickém průběhu určitého děje. Vychází z úvahy soudce založené na obecné životní zkušenosti: v případě typického průběhu událostí umožňuje i bez prokazování některých individuálních okolností vyvodit závěry o existenci

²⁷ Nález Ústavního soudu z 25. 5. 2021, sp. zn. IV. ÚS 3416/20, bod 30.

²⁸ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 9. 2. 2022, sp. zn. 31 Cdo 2376/2021, bod 28.

²⁹ Dle názoru autorky by v intencích současně právní úpravy mohlo jít o duševní útrapy ve smyslu § 2956 o.z.

³⁰ Shodně např. KOZIOL, H. *Harmonisation and Fundamental Questions of European Tort Law*. Wien: Sramek Verlag, 2017, s. 109–114. DOI: <https://doi.org/10.24031/1992-2043-2017-17-5-173-228>

³¹ Např. DOLEŽAL, DOLEŽAL, 2016, op. cit., s. 186–191, dále MELZER, F. Úvodní výklad před § 2909 an. In: MELZER, TÉGL a kol., 2018, op. cit., s. 201–203, dále SMRŽ, 2022, op. cit.

³² Např. FRIŠ, M. Teorie ztráty šance – debata nad vybranými aspekty, možnostmi aplikace a alternativami. *Časopis zdravotnického práva a bioetiky*. 2023, roč. 13, č. 1. ISSN 1804-8137. Dostupné z: <https://medlawjournal.ilaw.cas.cz/index.php/medlawjournal/article/view/246>, dále VALUŠ, A. *Civilní spory mezi lékařem a pacientem při poskytování zdravotní péče*. Praha: Leges, 2014, s. 87. ISBN 978-80-7502-045-1.

sporných skutečností.³³ Mezi běžnými důkazy a důkazy prima facie není rozdíl v síle přesvědčení soudce – oba vedou k plnému přesvědčení. Rozdíl je v cestě k získání tohoto přesvědčení: u důkazu prima facie dochází k překlenutí mezery ve zjištění skutkového stavu pomocí určitého „myšlenkového skoku“.³⁴ Na základě výskytu určité skutečnosti se usuzuje na existenci jiné skutečnosti. Oproti nepřímým důkazům vychází důkazy prima facie z obecné životní zkušenosti o typickém skutkovém průběhu.

Důkaz prima facie nemůže být použit ke změně rozložení objektivního důkazního břemene. Podá-li tedy pacient důkaz prima facie ohledně příčinné souvislosti mezi pochybením lékaře a újmou, lékař – žalovaný nemusí podávat důkaz opaku, ale stačí, když zpochybní, že jde o typickou situaci, tj. že v konkrétním případě připadají v úvahu i jiné (ne zcela nepravděpodobné)³⁵ příčiny konkrétního poškození zdraví, než je pochybení lékaře.³⁶ Důkaz prima facie je součástí volného hodnocení důkazů, a má tedy procesní povahu.³⁷

Balarin uvádí, že důkaz prima facie je jedním z projevů skutkové domněnky. Skutková domněnka má skutkově-empirický základ, který se může projevit v důkazní rovině také jako pravděpodobnostní úsudek, který odůvodní aplikaci sekundárního břemene tvrzení, nebo může založit přesvědčení soudce o pravdivosti dokazované skutečnosti.³⁸ Dle *Priüttinga* mohou mít skutkové domněnky (*praesumptiones facti*, nepravé či přirozené domněnky) různou důkazní hodnotu. Jsou-li založeny na principu zkušenosti, lze je ztotožnit s důkazem prima facie. Pokud jsou založeny na slabších indiciích, jedná se o nepřímé důkazy, u nichž má soudce volnost při určování důkazní hodnoty (která je zpravidla nižší).³⁹

Holčapek uvádí, že důkaz prima facie působí jako oslabená skutková domněnka. Jelikož stačí k jeho vyvrácení podat alespoň trochu rozumně přijatelné alternativní vysvětlení (a to i méně pravděpodobné než to, k němuž směřoval důkaz prima facie), nárok úspěšně založený na důkazu prima facie bude v praxi výjimkou.⁴⁰ Toto potvrzuje *Katzenmeier*,⁴¹ shodně uvádí, že vzhledem k dalekosáhlé nepředvídatelnosti reakcí lidského organismu a různým léčebným podmínkám, které rovněž určují průběh zákroku, často chybí typičnost skutkových

³³ PRÜTTING, H. § 286 – Freie Beweiswürdigung. In: KRÜGER, W., RAUSCHER, T. a kol. *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO. Band 1: § 1–354*. 6. vyd. Mnichov: C. H. Beck, 2020, marg. 50. ISBN 978-3-406-74521-8. Dostupné z: <http://www.Beck-online.de> [právní informační systém].

³⁴ KATZENMEIER, C. *Arzthaftung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002, s. 432–433. ISBN 978-3-16-147681-5.

³⁵ Rozhodnutí OGH ze dne 2. 10. 1985, sp. zn. 3 Ob 560/84.

³⁶ WAGNER, G. § 630h Beweislast bei Haftung für Behandlungs- und Aufklärungsfehler. In: HENSSLER, M., KRÜGER, W. a kol. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 5*. 9. vyd. Mnichov: C. H. Beck, 2023, marg. 86. ISBN 978-3-406-76675-6. Dostupné z: <http://www.Beck-online.de> [právní informační systém].

³⁷ PRÜTTING, H. § 286 – Freie Beweiswürdigung. In: KRÜGER, RAUSCHER a kol., 2020, op. cit., marg. 57.

³⁸ BALARIN, J. Míra důkazu a důkazní břemeno v kontextu hodnocení důkazů v soudní praxi. *Bulletin advokacie*. 2018, č. 1–2, s. 25–33. ISSN 1210-6348.

³⁹ PRÜTTING, H. § 292 – Gesetzliche Vermutungen. In: KRÜGER, RAUSCHER a kol., 2020, op. cit., marg. 29–31.

⁴⁰ HOLČAPEK, 2011, op. cit., s. 153–154.

⁴¹ Důkaz prima facie pacientovi skutečně pomohl jen v relativně málo případech, viz KATZENMEIER, op. cit., s. 438–439.

průběhů.⁴² Důkazy prima facie si však zachovávají relevanci v některých klasických oblastech. Takovou je např. prokázání cesty, resp. způsobu nákazy pacienta u poskytovatele zdravotních služeb.⁴³

Zmíňme ještě doktrínu *res ipsa loquitur* (tedy „věc mluvící sama za sebe“), kterou lze považovat za určitý druh dokazování prima facie. Spočívá opět v domněnce kauzality (či jiné skutečnosti) za použití zkušenostních poznatků, jejím specifikem však je, že se použije v případech, kdy má žalovaný subjekt skutkový průběh zcela pod kontrolou.⁴⁴ Použití této doktríny tedy opět závisí na dostatku zkušenostních poznatků. Lékař však patrně nikdy nebude mít skutečně plnou kontrolu nad procesy v těle pacienta,⁴⁵ což použití této doktríny vylučuje.

Důkazy prima facie jsou obecně použitelné v případech kauzální nejistoty, neboť lze pomocí nich překlenout problém s prokázáním příčinné souvislosti. Avšak v medicínskoprávních sporech většinou nepovedou k úspěšnému uplatnění práv pacienta, neboť budou s ohledem na rozmanitost skutkových okolností snadno vyvráceny. Ukázkou toho je příklad z úvodu článku. Řekněme, že bychom empirickým poznáním dospěli k tomu, že jednodenní odklad lékařského zásahu při zmodrání špičky prstu po operaci Dupuytrenovy kontraktury je pravidelnou příčinou odumření prstu. Vzali bychom tedy prima facie za prokázané, že jednání lékaře, který tento odklad způsobil, bylo příčinou odumření prstu pacienta. Avšak v úvahu přicházejí hned dvě další, ne zcela nepravděpodobná alternativní vysvětlení, která by důkaz prima facie vyvrátily (příčiny ii a iii).

2.3 Obrácení důkazního břemene

Ve výše rozebíraném rozsudku Nejvyššího soudu zmiňuje soud možnost využití obrácení důkazního břemene v poměrech medicínskoprávních sporů. Takový postup lze připustit ve specifických procesních situacích, v nichž „je s ohledem na nevěrohodný, nepoctivý a laxní přístup možné akceptovat, že nad právní jistotou žalovaného převáží požadavek na zachování principů spravedlivého procesu, aniž by se opět jednalo o odlišné pojetí hmotněprávního výkladu příčinné souvislosti“. Zde Nejvyšší soud odkázal na svůj dřívější rozsudek, v němž umožnil jako *ultima ratio* obrácení důkazního břemene ohledně skutečností, jež by měly být objasněny zdravotnickou dokumentací (protiprávní jednání žalovaného), avšak tento důkaz byl zmařen, neboť žalovaný v rozporu se svými zákonnými povinnostmi buď zdravotnickou dokumentaci nevedl vůbec, nebo neuchoval či ztratil.⁴⁶

⁴² KATZENMEIER, op. cit., s. 436. Shodně DOLEŽAL, DOLEŽAL, 2013, op. cit., s. 586.

⁴³ BERG-WINTERS, I. *Der Anscheinsbeweis im Arzftaftungsrecht*. Berlín: Peter Lang Verlag, 2005, s. 226–227. ISBN 978-3-631-53410-6. Dále Steel popisuje příhodné uplatnění důkazu prima facie na příkladu nákazy poškozeného syfilisem po krevní transfuzi obdržené v nemocnici. Žalovaná nemocnice těžko prokazovala alternativní možnou příčinu nákazy (pohlavní styk poškozeného s jinou nakaženou osobou), proto poškozený s žalobou uspěl, viz STEEL, S. *Proof of Causation in Tort Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, s. 219–220. ISBN 978-1-107-67985-6. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9781107273689>

⁴⁴ VALUŠ, 2014, op. cit., s. 191–195.

⁴⁵ HOLČAPEK, 2011, op. cit., s. 153.

⁴⁶ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 30. 5. 2019, sp. zn. 25 Cdo 2793/2017.

Totéž pravidlo se může uplatnit též v situacích, kdy je zdravotnická dokumentace nedosta-
tečná, tedy neobsahuje-li zákonem stanovené náležitosti,⁴⁷ a hrozí-li žalobci z tohoto důvodu
neúspěch pro neunesení důkazního břemene k tvrzení vzniku újmy na zdraví. „*Následkem*
obrácení (přenesení) důkazního břemene na poskytovatele zdravotní péče je presumpce protiprávního jed-
nání jako jednoho z předpokladů vzniku újmy na zdraví (postupu non lege artis), neprokáže-li žalovaný
zdravotnický subjekt opak.“⁴⁸

V této souvislosti se objevily úvahy o tzv. *tort of spoliation*, reagující na zmaření důkazu
(typicky zničení či dodatečné pozměnění) zdravotnické dokumentace stranou nezatíženou
důkazním břemenem,⁴⁹ tento institut je však považován za sporný a nedoznal širšího ohla-
su.⁵⁰ Objevují se však úvahy nad možností obrácení důkazního břemene ohledně příčinné
souvislosti v medicínskoprávních sporech, kterým by se vyrovnávaly typické důkazní obtíže
pacienta v situacích kauzální nejistoty (přičemž důvodem by zde nebyla frustrace důkazu
žalovaným). Doktrína obrácení důkazního břemene je pro oblast sporů mezi pacientem
a lékařem rozsáhle diskutovaná v Německu, na které se níže zaměřím.

3 Německé řešení

3.1 Vývoj německé judikatury

Německé právo rozeznává stejné základní pravidlo dělení důkazního břemene, jako české
právo.⁵¹ Obecně je příčinná souvislost mezi chybou v léčbě a újmou pacienta dána tehdy,
pokud by správná léčba (odpovídající lékařskému standardu), újmě zabránila. Příčinná sou-
vislost zakládající odpovědnost tak chybí, pokud by k újmě na zdraví došlo i při řádném
postupu lékaře. V případech lékařské odpovědnosti se však již dlouho obecně uznává,
že použití základního pravidla⁵² by mohlo vést k nespravedlivým výsledkům.⁵³ Spory
o náhradu újmy na zdraví pacienta lékařem, který pochybil v léčbě, totiž vykazují typické

⁴⁷ Nález Ústavního soudu ze dne 28. 6. 2022, sp. zn. I. ÚS 1785/21.

⁴⁸ Ibid., bod 32.

⁴⁹ VALUŠ, 2014, op. cit., s. 203–208. Sankcí za zmaření důkazu je vznik svébytného nároku strany zatížené
důkazním břemenem, a to nároku na náhradu (otázkou zůstává zda) majetkové či nemajetkové újmy.

⁵⁰ HOLČAPEK, 2011, op. cit., s. 105–106.

⁵¹ PRÜTTING, H. Die non-liquet-Situation und die Normentheorie. In: BAUMGÄRTEL, G., LAUMEN, H.-W.,
PRÜTTING, H. (eds.). *Handbuch der Beweislast: Grundlagen*. 2. vyd. Kolín: Carl Heymanns Verlag, 2009, s. 146
a násl. ISBN 978-3-452-26330-8.

⁵² Dle něhož v případě smluvního nároku musí poškozený pacient prokázat porušení smlouvy ze strany lékaře,
vzniklou újmu a příčinnou souvislost mezi nimi.

⁵³ PRÜTTING, H. Die Umkehr der Beweislast. In: BAUMGÄRTEL, LAUMEN, PRÜTTING, 2009, op. cit.,
s. 411–412.

postavení stran z hlediska důkazního práva, kdy základní pravidlo dělení důkazního břemene ohledně existence příčinné souvislosti brání účinnému prosazení práv pacienta.⁵⁴

Německá judikatura proto postupně vyvinula pravidlo, dle něhož se v případě pochybení lékaře a vzniku újmy na zdraví pacienta obrací důkazní břemeno ohledně příčinné souvislosti mezi pochybením a následkem. Na půdorysu delikttní odpovědnosti nejdříve bylo pro obrácení důkazního břemene podstatné subjektivní kritérium: „vědomé nebo hrubě nedbalé jednání lékaře“;⁵⁵ následně „nedbalé jednání nebo zaviněná hrubá chyba v léčbě“.⁵⁶ Poté se soudní praxe přiklonila k objektivnímu kritériu „hrubá nebo závažná chyba v léčbě“: BGH tak v roce 1967 judikoval (a to konkrétně v případě popsaném úvodem článku), že lékař, který se zaviněně dopustí hrubé chyby v léčbě, jež je způsobitelná způsobit újmu takového druhu, k níž skutečně došlo, musí prokázat, že by k újmě došlo i bez jeho pochybení.⁵⁷

Od roku 1972 BGH opakovaně judikoval, že v problematických důkazních situacích (přičemž za takovou situaci považoval např. následky hrubé lékařské chyby) lze použít institut „usnadnění dokazování až po obrácení důkazního břemene“ (*Beweiserleichterungen bis zur Beweislastumkehr*).⁵⁸ Soudy tak měly přiznávat žalujícímu pacientovi úlevu sahající až k obrácení důkazního břemene, pokud podle jejich uvážení nebylo možné od pacienta rozumně očekávat, že ponese důkazní břemeno ohledně lékařského pochybení, které způsobilo škodu, nebo nelze očekávat, že ponese důkazní břemeno v plném rozsahu, přičemž rozsah úlevy od důkazního břemene by měl záviset především na tom, do jaké míry opomenutí lékaře zhoršilo následnou objasnitelnost škody.⁵⁹

Tuto soudní praxi kritizovala odborná literatura.⁶⁰ Nesplňovala požadavky právní jistoty, neboť na počátku sporu nebylo jasné, jaké bude rozložení důkazního břemene mezi stranami. Její špatné pochopení často vedlo ke směšování hodnocení důkazů a důkazního břemene,⁶¹

⁵⁴ Např. KERN, B.-R. § 106. In: LAUFS, KERN, REHBORN, 2019, op. cit., marg. 1–19. Dále KATZENMEIER, op. cit., s. 377–378, 421–422, a literatura v pozn. 42. LAUMEN, H.-W. Die „Beweiserleichterung bis zur Beweislastumkehr“ – Ein beweiserrechtliches Phänomen. *Neue Juristische Wochenschrift* (dále „NJW“), 2002, s. 3744 a násl. ISSN 0341-1915. Dostupné z: <http://www.Beck-online.de> [právní informační systém]. REINHARDT, M. Die Umkehr der Beweislast aus verfassungsrechtlicher Sicht. *NJW* 1994, s. 94 a násl. ISSN 0341-1915. Dostupné z: <http://www.Beck-online.de> [právní informační systém].

⁵⁵ KATZENMEIER, op. cit., s. 440–441.

⁵⁶ Rozhodnutí BGH ze dne 28. 4. 1959, sp. zn. VI ZR 51/58. In: *NJW* 1959, s. 1583 a násl.

⁵⁷ Rozhodnutí BGH ze dne 11. 4. 1967, sp. zn. VI ZR 61/66. In: *NJW* 1967, s. 1508 a násl.

⁵⁸ Rozhodnutí BGH ze dne 16. 5. 1972, sp. zn. VI ZR 7/71. In: *NJW* 1972, s. 1520 a násl. Lze poukázat na to, že ve Spolkové republice Německo od konce 70. let výrazně rostl roční počet uplatněných nároků z odpovědnosti za lékařské chyby, viz GIESEN, D. *Arzthaftungsrecht*. 3. vyd. Tübingen: J.C.B. Mohr (P. Siebeck), 1990, s. 13–15. ISBN 978-3-161-45569-8, a ULSENHEIMER, F. § 113 Zivilrechtlicher Haftungsprozess und strafrechtliche Verantwortung. In: LAUFS, KERN, REHBORN, 2019, op. cit., marg. 1–2.

⁵⁹ Např. rozhodnutí BGH ze dne 29. 3. 1988, sp. zn. VI ZR 185/87. In: *NJW* 1988, s. 2303 a násl., dále rozhodnutí BGH ze dne 16. 6. 1981, sp. zn. VI ZR 38/80. In: *NJW* 1981, s. 2513 a násl.

⁶⁰ LAUMEN, 2002, op. cit., s. 3739 a násl.

⁶¹ Např. rozhodnutí BGH ze dne 3. 2. 1987, sp. zn. VI ZR 56/86. Kriticky např. LAUFS, A., KERN, B.-R. § 110 Grobe Behandlungsfehler. In: LAUFS, A., KERN, B.-R., REHBORN, M. *Handbuch des Arztrechts*. 4. vyd. Mnichov: C. H. Beck, 2010, marg. 2. Dostupné z: <http://www.Beck-online.de> [právní informační systém], dále PRÜTTING, H. § 286 Freie Beweiswürdigung. In: KRÜGER, RAUSCHER a kol., 2020, op. cit., marg. 91.

příp. se zaměřovalo obrácení objektivního důkazního břemene a subjektivního konkrétního důkazního břemene (břemene vedení důkazu v konkrétní procesní situaci).⁶² Z doktríny zaznívalo, že soudy si musí být vědomy typického postavení stran z hlediska důkazního práva a mají povinnost zajistit spravedlivé a rozumné zacházení s důkazním právem, nicméně pravidla důkazního břemene musí být předem jasně stanovena.⁶³

Později BGH vyjasnil, že dopustí-li se lékař hrubé chyby v léčbě, dochází k obrácení objektivního důkazního břemene na lékaře ohledně neexistence příčinné souvislosti zakládající odpovědnost mezi hrubým pochybením a poškozením zdraví pacienta – lékař tedy musí podat hlavní důkaz, a nese nepříznivé následky příp. stavu non liquet.⁶⁴

V této podobě bylo pravidlo obrácení důkazního břemene, vyvinuté německou judikaturou původně v rámci deliktů odpovědnosti, zakotveno v roce 2013 v § 630h odst. 5 věty první BGB, a to pro zákonem nově upravenou smlouvu o lékařské péči. Dosavadní judikатурní pravidla se tak nadále použijí v medicínskoprávních sporech ze smluvních vztahů (v mantinelech zákonné úpravy) i deliktů odpovědnosti.⁶⁵ Ust. § 630h BGB obsahuje i další pravidla, zakotvující částečné obrácení důkazního břemene v právních poměrech ze smlouvy o péči o zdraví.⁶⁶ Pravidlo dle § 630h odst. 5 věty první BGB zní „*Dojde-li k hrubé chybě v léčbě, a je-li tato hrubá chyba zásadně způsobila přivodit újmu na životě či zdraví takového druhu, že jaké skutečně došlo, má se za to, že příčinou této újmy byla chyba v léčbě.*“⁶⁷ Je třeba dodat, že toto pravidlo se vztahuje jen na tzv. primární újmu (*Primärschaden*), nikoli na újmu, která může být způsobena v důsledku primární újmy.⁶⁸

3.2 Hrubá chyba v léčbě

Jde tedy o zákonnou domněnku, jejíž bází je uzavření smlouvy o péči o zdraví, existence hrubé lékařské chyby a újma na zdraví či životě pacienta.⁶⁹ Zda má být lékařské pochybení

⁶² K rozlišení např. LAVICKÝ, 2017, op. cit., s. 37 a násl., 63 a násl.

⁶³ PRÜTTING, H. Die Umkehr der Beweislast. In: BAUMGÄRTEL, LAUMEN, PRÜTTING, 2009, op. cit., s. 399 a násl.

⁶⁴ Rozhodnutí BGH ze dne 27. 4. 2004, sp. zn. VI ZR 34/03. In: *NJW*, 2004, s. 2011 a násl. Kriticky k tomu, že dle judikatury jde o příčinnou souvislost zakládající odpovědnost (jež je třeba prokázat v míře důkazu dle § 286 německého ZPO), a nikoli o příčinnou souvislost naplňující odpovědnost (jež stačí prokázat s převážující pravděpodobností dle § 287 německého ZPO) např. WAGNER, G. Vorbemerkung (Vor § 630a). In: HENSSLER, KRÜGER a kol., 2023, op. cit., marg. 24–27.

⁶⁵ WAGNER, G. § 630h Beweislast bei Haftung für Behandlungs- und Aufklärungsfehler. In: HENSSLER, KRÜGER a kol., 2023, op. cit., marg. 4.

⁶⁶ KIRCHHEFER-LAUBER, A. § 630h BGB. In: DANNEMANN, G., SCHULZE, R., WATSON, J. *German Civil Code Volume I: Books 1–3: § 1–1296*, 1. vyd. Mnichov: C. H. Beck, 2020, s. 1161–1162. ISBN 978-3-406-70035-4. DOI: <https://doi.org/10.17104/9783406765773>

⁶⁷ Druhá věta § 630h odst. 5 BGB rozšiřuje aplikaci pravidla i na „běžnou“ chybu v léčbě ve spojení s hypotetickou chybou v léčbě: „*To platí i v případě, že ošetřující osoba vás neprovedla nebo nezajistila lékařsky potřebný nález, pokud by tento nález s dostatečnou pravděpodobností vedl k výsledku, který by byl důvodem k dalším opatřením, a pokud by nepřijetí takových opatření bylo hrubě chybné.*“ Toto pravidlo autorka v článku blíže neanalyzuje.

⁶⁸ STEEL, op. cit., s. 201–202. Primární újmu bude „prvotní“ zásah do zájmů poškozeného pacienta, sekundární újmu mohou být následné zdravotní komplikace, ztráta na výdělku, náklady na léčbu apod.

⁶⁹ V rámci deliktů odpovědnosti pacient – žalobce neprokazoval uzavření smlouvy, ale zavinění. To však typicky nebylo problematickým bodem, viz KATZENMEIER, op. cit., s. 441.

kvalifikováno jako hrubé, je otázkou právní, nezodpovídá ji tedy znalec, ale soud (zpravidla na podkladě znaleckého posudku). Jde o situace, kdy lékař zjevně porušil prokázaná pravidla léčby nebo nerespektoval ustálené lékařské poznatky a dopustil se chyby, která se z objektivního hlediska již nejeví jako pochopitelná, protože se lékaři vůbec nesmí přihodit.⁷⁰ Postačí způsobilost pochybení zapříčinit újmu, která skutečně nastala; příčinná souvislost se nemusí jevit v daném případě jako zjevná či typická.⁷¹ Při posouzení, zda se jedná o hrubou chybu, není podstatný stupeň (či intenzita) zavinění (hrubá nedbalost neznamená hrubou chybu);⁷² vzniklá újma však musí spadat do rizika, které činí jednání žalovaného hrubě chybným.⁷³ K tomu, co představuje hrubou chybu, nelze přistupovat schematicky: roli hraje stav pacienta, závažnost onemocnění, naléhavost léčby, souběh s jinými naléhavými případy a další okolnosti.⁷⁴

3.3 Obrana lékaře

V případě obrácení důkazního břemene musí lékař – žalovaný pro svůj úspěch ve sporu buď i) podat protidůkaz proti bázi domněnky příčinné souvislosti, nebo ii) se dovolat (a podat plný důkaz) zákonného alternativního jednání.⁷⁵ Protidůkaz směřuje k prokázání tvrzení, že k poškození zdraví by došlo i v případě řádné léčby: chyba v léčbě nebyla obecně způsobilá zapříčinit konkrétní poškození zdraví, tedy příčinná souvislost je krajně nepravděpodobná,⁷⁶ nebo se nenaplnilo riziko, které bylo důvodem proč se chyba jevila jako hrubá,⁷⁷ nebo chování pacienta bylo samostatnou složkou, která zmažila úspěch léčby a přispěla tak stejnou měrou jako hrubá chyba v léčbě k tomu, že průběh léčebného procesu již nelze objasnit.⁷⁸ Druhou možností je podání plného důkazu, že i při řádné léčbě by došlo k jiné příčině, která by způsobila stejný následek.⁷⁹

⁷⁰ Např. rozhodnutí BGH ze dne 10. 5. 1983, sp. zn. VI ZR 270/81, dále skupiny případů dle KATZENMEIER, op. cit., s. 449 a násl., kazuistiku uvádí např. KERN, B.-R. Obrácení důkazního břemene při odpovědnosti za újmu způsobenou chybou při ošetření a při poučení v německém občanském zákoníku. *Časopis zdravotnického práva a bioetiky*. 2014, č. 2. ISSN 1804-8137. Dostupné z: <https://medlawjournal.ilaw.cas.cz/index.php/medlawjournal/article/view/68>, dále WAGNER, G. § 630h Beweislast bei Haftung für Behandlungs- und Aufklärungsfehler. In: HENSSLER, KRÜGER a kol., 2023, op. cit., marg. 111–120, dále STEEL, op. cit., s. 200–201.

⁷¹ Rozhodnutí BGH ze dne 21. 9. 1982, sp. zn. VI ZR 302/80. In: *NJW*. 1983, s. 333 a násl., rozhodnutí BGH ze dne 12. 3. 1968, sp. zn. VI ZR 85/66. In: *NJW*. 1968, s. 1185 a násl. Pravidlo o důkazním břemenu spočívá na jiném základu než důkaz prima facie.

⁷² KERN, 2014, op. cit., a zde uvedené rozhodnutí BGH ze dne 26. 11. 1991, sp. zn. VI ZR 389/90.

⁷³ STEEL, op. cit., s. 201.

⁷⁴ KATZENMEIER, op. cit., s. 449.

⁷⁵ WAGNER, G. § 630h Beweislast bei Haftung für Behandlungs- und Aufklärungsfehler. In: HENSSLER, KRÜGER a kol., 2023, op. cit., marg. 121.

⁷⁶ Důvodová zpráva z 15. 8. 2012, sněmovní tisk 17/10488, návrh zákona o zlepšení práv pacientů, s. 30–31.

⁷⁷ Rozhodnutí BGH ze dne 16. 6. 1981, sp. zn. VI ZR 38/80. In: *NJW*. 1981, s. 2513 a násl., rozhodnutí BGH ze dne 27. 4. 2004, sp. zn. VI ZR 34/03. In: *NJW*. 2004, s. 2011 a násl.

⁷⁸ Rozhodnutí BGH ze dne 27. 4. 2004, sp. zn. VI ZR 34/03. In: *NJW*. 2004, s. 2011 a násl.

⁷⁹ Argument zákonným alternativním jednáním vylučují coby důvod zproštění se odpovědnosti Principles of European Tort Law, čl. 3:104 odst. 1.

3.4 Důvody obrácení důkazního břemene

Ke zdůvodnění pravidla německého práva o obrácení důkazního břemene se v literatuře objevovaly níže uvedené okruhy argumentů. Nicméně v literatuře převážně zaznívalo (a i po jeho kodifikaci zaznívá), že pravidlo je spravedlnostní a nelze dostatečně dogmaticky zdůvodnit.

Německá judikatura často odkazuje na ústavní princip řádného a spravedlivého procesu, který se odráží zejm. v zásadách rovnosti zbraní v civilním procesu a rovnosti při aplikaci práva. Dodržení těchto zásad si vyžádalo reflexi mimořádné obtížnosti dokazování příčinné souvislosti v daných případech, tedy vytvoření speciálního usnadnění dokazování pro pacienta – žalobce.⁸⁰ Německý ústavní soud (*Bundesverfassungsgericht*, dále „BVerfG“) se vyjádřil tak, že zásada rovnosti zbraní v civilním procesu (*Waffengleichheit im Prozess*) je projevem materiálního právního státu, a zaručuje rovnost procesního postavení účastníků řízení před soudcem. Vyplyvá z ní povinnost soudce zachovávat tuto rovnost účastníků řízení objektivním, spravedlivým projednáním věci, nestrannou připraveností posoudit a zhodnotit vzájemné návrhy, nestrannou aplikací práva a řádným plněním svých dalších procesních povinností vůči účastníkům řízení.⁸¹ Rozhodnutí BVerfG (byť přijaté těsně, 4:4) však neuznává, že by z principu spravedlivého procesu plynul požadavek rovného rozložení rizika výsledku řízení, či nutnost ústavněprávního zakotvení obrácení důkazního břemene v určitém typu případů (medicínskoprávních sporech).⁸²

Nutnost zachování rovnosti zbraní spočívá dle německé judikatury na předpokladu, že hrubá chyba v léčbě podstatně ztěžuje objasnění příčinné souvislosti.⁸³ Proto je lékař „blíže důkaznímu riziku“ než pacient, který se zpravidla ocitá v důkazní nouzi; je spravedlivé, aby poškozenému nebyla kladena k tíži překážka objasnění způsobená chybou lékaře.⁸⁴ Pro tyto spravedlnostní úvahy ovšem není prostor, nezpůsobila-li škodu hrubá chyba lékaře,

⁸⁰ KERN, B.-R. § 106 *Grundregeln. Arztrechtliche Besonderheiten*. In: LAUFS, KERN, REHBORN, 2019, op. cit., marg. 9–11, dále rozhodnutí BGH z 14. 3. 1978, sp. zn. VI ZR 213/76, *NJW* 1978, s. 1681 a násl.

⁸¹ Rozhodnutí BVerfG ze dne 25. 7. 1979, sp. zn. 2 BvR 878/74, *NJW* 1979, s. 1925 a násl.

⁸² SPICKHOFF, A. *Medizinrecht*. Mnichov: C. H. Beck, 2022, Systematische Darstellung. V. Spezialfragen des Beweisrechts, marg. 13–14. ISBN 978-3-406-78835-2. Dostupné z: <http://www.Beck-online.de> [právní informační systém]. Opačný názor prosazovali disentuující soudci Zeidler, Hirsch, Niebler a Steinberger: dle jejich názoru je zvláštností práva v oblasti lékařských pochybení, že pacient se typicky ocitá ve značných důkazních obtížích, což je ku prospěchu lékaře. Proto je z ústavněprávního hlediska (čl. 3 odst. 1 Grundgesetz) nepřipustné, aby bylo důkazní břemeno obecně uloženo straně, která není schopna v typické konstelaci případů předložit důkazy. Ačkoli byl tento problém (v té době zatím) vyřešen judikaturou k pravidlům o obrácení důkazního břemene, považovali přesto za nutné, aby soudy v každém jednotlivém případě v rámci celkového pohledu zkoumaly, zda lze i nadále trvat na pravidelném rozložení důkazního břemene. Tato povinnost měla dle „přehlasovaných“ soudců vyplývat z ústavně garantovaných imperativů rovnosti zbraní a rovnosti aplikace práva; rozhodnutí BVerfG ze dne 25. 7. 1979, sp. zn. 2 BvR 878/74, *NJW* 1979, s. 1930 a násl.

⁸³ Rozhodnutí BGH ze dne 19. 6. 2012, sp. zn. VI ZR 77/11. In: *NJW* 2012, s. 2653 a násl.

⁸⁴ Rozhodnutí BGH ze dne 21. 9. 1982, sp. zn. VI ZR 302/80. In: *NJW* 1983, s. 333 a násl. Shodně LAUMEN, 2002, op. cit., s. 3739 a násl., který k tomu poukazuje na podobnost s důkazní situací poškozeného v případě práva na náhradu škody vůči výrobci vadných výrobků (kde obrácení důkazního břemene též původně zavedla soudní praxe). Uznává ovšem, že abstraktně obecné pravidlo obrácení důkazního břemene je často hrubým nástrojem, je-li používán v systému „vše, nebo nic“.

ale běžná chyba.⁸⁵ BGH dokonce dříve z předpokladu ztížení objasnění kauzality dovozoval, že zmírnění důkazního břemene by mělo záviset především na tom, do jaké míry pochybení lékaře ztížilo následné objasnění příčinných souvislostí.⁸⁶

3.5 Zhodnocení německého řešení v odborné literatuře

Zdůvodnění spočívající ve ztížení objasnění kauzality (které nejvíce zdůrazňuje BGH k opodstatnění daného pravidla)⁸⁷ je problematické zaprvé proto, že neexistuje systematický vztah (přímá úměra) mezi závažností lékařské chyby a mírou ztížení dokazování kauzality: to je totiž spojeno s každým porušením povinností.⁸⁸ Vzhledem k tomu, že příčinný průběh pro případ jednání v souladu s náležitou péčí je nutně hypotetický, lékař svým pochybením vždy způsobí důkazní obtíže, bez ohledu na to, zda se jedná o prostou či hrubou chybu v léčbě.⁸⁹ Závažnost chyby v léčbě může dokonce (oproti „běžné“ chybě v léčbě) důkaz příčinné souvislosti zjednodušit: může vést k natolik výraznému zvýšení rizika pro pacienta, že jím může být odůvodněn závěr o příčinné souvislosti tohoto rizika se vzniklou újmou na zdraví.⁹⁰ Holčápek k tomu upozorňuje, že má-li být obrácení důkazního břemene sankcí za ztížení možnosti pacienta prokázat kauzalitu, je pravidlo nekonzistentní, neboť méně významná pochybení mohou situaci zpřehlednit ještě více, protože se jejich důsledky hůře izolují a obtížněji se posuzuje jejich vliv na vývoj zdravotního stavu pacienta.⁹¹

Nußstein navrhuje doplnit kritérium hrubého pochybení v léčbě výslovně o podmínku zhoršení důkazní situace, která není v zákoně definována, ale lépe by odpovídala smyslu daného pravidla.⁹² Mattheis uvádí, že ani to nicméně neodstraní základní problém uvedeného argumentu, a sice že povinnosti, které lékař poruší v případě chyby v léčbě, nemají za cíl zajistit následnou objasnitelnost kauzálního procesu, ale výhradně zajistit řádnou léčbu pacienta – uvedený argument tak dle jeho úsudku překračuje normativní účel povinností lékaře.⁹³ Katzenmeier uvádí, že domněnka příčinné souvislosti mezi porušením povinností a vznikem újmy (obrácení důkazního břemene) by byla oprávněná, pokud je riziko újmy vzniklé

⁸⁵ Rozhodnutí BGH ze dne 16. 6. 1981, sp. zn. VI ZR 38/80. In: *NJW*. 1981, s. 2513 a násl.; rozhodnutí BGH ze dne 19. 6. 2012, sp. zn. VI ZR 77/11. In: *NJW*. 2012, s. 2653 a násl.

⁸⁶ Rozhodnutí BGH ze dne 21. 9. 1982, sp. zn. VI ZR 302/80. In: *NJW*. 1983, s. 333 a násl.

⁸⁷ BRINKMAN, M. *Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht*. Kolín: Carl Heymanns Verlag, 2005, s. 76–77. ISBN 3-452-26139-5; STEEL, op. cit., s. 206.

⁸⁸ Např. MATTHEIS, K.-H. Anotace k rozhodnutí BGH ze dne 21. 9. 1982, sp. zn. VI ZR 302/80. In: *NJW*. 1983, s. 335 a násl. ISSN 0341-1915. Dostupné z: <http://www.Beck-online.de> [právní informační systém].

⁸⁹ WAGNER, G. § 630h Beweislast bei Haftung für Behandlungs- und Aufklärungsfehler. In: HENSSLER, KRÜGER a kol., 2023, op. cit., marg. 85–86.

⁹⁰ STEEL, op. cit., s. 203–204.

⁹¹ HOLČAPEK, 2011, op. cit., s. 158.

⁹² NUBSTEIN, K. Der grobe Behandlungsfehler – Versuch einer Neubestimmung. *VersR*. 2018, s. 390–393. ISSN 0342-2429. Dostupné z: <http://www.Beck-online.de> [právní informační systém], dále korespondence s autorem, který působí jako soudec Bayerische ObLG.

⁹³ MATTHEIS, 1983, op. cit., dále KATZENMEIER, op. cit., s. 454–456. Zčásti opačně STEEL, op. cit., s. 206–207, který uvádí, že byt' pacient nemá vůči lékaři samostatné právo na ochranu své důkazní pozice, význam způsobení nejistoty ohledně kauzality „parazituje“ na porušení jiných povinností. Součástí účelu těchto povinností je i ochrana důkazní situace.

porušením povinnosti typicky spojeno s rizikem, že příčinnou souvislost nelze zpětně objasnit. Toto odůvodnění však považuje za pochybné: byť bychom uznali, že lékařské povinnosti sledují nejen účel ochrany pacienta, ale i jeho ochranu před případnou důkazní nouzí, nelze přesně určit porušení které povinnosti vede typicky k následným důkazním obtížím.⁹⁴

Další argument spočívá v tom, že hrubá chyba v léčbě posouvá či rozšiřuje spektrum možných příčin selhání léčby, právě z důvodu elementárního významu chyby.⁹⁵ Toto odůvodnění obrácení důkazního břemene schvaluje např. *Schärtl* s poukazem na to,⁹⁶ že účelem povinnosti dodržovat profesní lékařské standardy je zabránění vzniku újmy pacientovi. Proti uvedenému se objevuje protiargument, že neexistuje systematický vztah (přímá úměra) mezi závažností lékařské chyby a pravděpodobností (rizikem) vzniku újmy.⁹⁷ Navíc samotná judikatura BGH odmítala podmínit obrácení důkazního břemene tím, že hrubá chyba v léčbě reálně zvýší pravděpodobnost vzniku újmy na zdraví pacienta.⁹⁸ *Brinkman* toto zdůvodnění kritizuje s tím, že obrácení důkazního břemene v případě lékařského pochybení může být obhajováno z věcných či normativních důvodů, nikoli však úvahami o pravděpodobnosti příčinné souvislosti lékařského pochybení.⁹⁹ *Koziol* kritizuje v rámci diskuze v rakouské doktríně možnost obrácení důkazního břemene ohledně kauzality na základě zvýšení rizika vzniku újmy porušením ochranné normy.¹⁰⁰

Objevuje se dále ten argument, že průběh událostí lze obecně kontrolovat dodržováním základních profesních standardů péče.¹⁰¹ I toto zdůvodnění je však problematické: vedl-li průběh událostí k nepříznivému následku, avšak není jasné, zda tento následek nastal kvůli pochybení lékaře, nemůže být jasné ani to, zda mohl lékař předejít nepříznivému následku dodržováním standardů řádné péče. Rovněž nelze obecně říct, že konkrétnímu následku na zdraví lze předejít tím, že se lékař nebude dopouštět hrubé chyby v léčbě – toto závisí i na zdravotním stavu pacienta.¹⁰²

Zmiňuje se též ekonomické zdůvodnění založené na předvídatelnosti odpovědnosti pro lékaře a možnosti její prevence. Dle *Spindlera* je odpovědnost za následek v případě hrubé chyby předvídatelná: nepanuje zvláštní nejistota ohledně toho, co to hrubá chyba je (kvůli její zjevnosti, alespoň pro zdravotníky), a lékař je schopen patřičně přizpůsobit prevenci takových

⁹⁴ KATZENMEIER, op. cit., s. 463–464.

⁹⁵ Rozhodnutí BGH ze dne 28. 6. 1988, sp. zn. VI ZR 217/87. In: *NJW* 1988, s. 2949 a násl.; rozhodnutí BGH ze dne 19. 6. 2012, sp. zn. VI ZR 77/11. In: *NJW* 2012, s. 2653 a násl.

⁹⁶ SCHÄRTL, C. Die Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozess. In: *NJW* 2014, s. 3601 a násl. ISSN 0341-1915. Dostupné z: <http://www.Beck-online.de> [právní informační systém].

⁹⁷ WAGNER, G. § 630h Beweislast bei Haftung für Behandlungs- und Aufklärungsfehler. In: HENSSLER, KRÜGER a kol., 2023, op. cit., marg. 85–86.

⁹⁸ Např. rozhodnutí BGH ze dne 27. 4. 2004, sp. zn. VI ZR 34/03.

⁹⁹ BRINKMAN, 2005, op. cit., s. 76.

¹⁰⁰ KOZIOL, H. *Österreichisches Haftpflichtrecht. Band I. Allgemeiner Teil*. Vídeň: Jan Sramek Verlag, 2020, s. 871–872. ISBN 978-3-7097-0225-3. Koziol v této souvislosti uvádí, že pro existenci příčinné souvislosti však může v takovém případě hovořit důkaz prima facie, a kvituje rozhodnutí rakouského OGH ze dne 27. 10. 2016, sp. zn. 8 Ob 42/07w, které dochází k téměř závěru.

¹⁰¹ STEEL, op. cit., s. 204–205.

¹⁰² STEEL, op. cit., s. 205.

chyb ze své strany.¹⁰³ Zatížení lékaře rizikem odpovědnosti v případě hrubé chyby tedy vede k předvídatelnému přičítání újmy, naopak nevede k excesu v prevenci (újma je nepředvídatelná, jen pokud lékař podcení prevenci).¹⁰⁴ Kritérium hrubé chyby tak nahrazuje kauzalitu v přiřazování příčin k následkům, proto není třeba prokázání příčinné souvislosti. S tímto kritériem přičitatelnosti *Spindler* navrhuje spojit probabilistickou proporcionální odpovědnost, odpovídající míře pravděpodobnosti, s jakou mohl lékař svým jednáním následek způsobit.¹⁰⁵

Uvádí se též spravedlnostní zdůvodnění, že hrubé pochybení lékaře zvláště významně narušuje vztah důvěry mezi lékařem a pacientem, který se spoléhal, že lékař dodrží povinnost řádné péče.¹⁰⁶

Katzenmeier uvádí, že léčba s sebou typicky nese určitá rizika, která má nést pacient, a to jako „výměnu“ za rizika neléčené nemoci či úrazu.¹⁰⁷ Za nejasnosti ohledně příčinné souvislosti naplnění těchto rizik by neměl nést odpovědnost lékař. Má-li se obracet důkazní břemeno v případě hrubé chyby v léčbě, *Katzenmeier* navrhuje, aby bylo prvně prokázáno to, že lékař vystavil pacienta zvýšenému riziku ve srovnání s obvyklými riziky léčby, a zároveň že průběh události byl ze strany lékaře kontrolovatelný.¹⁰⁸ Ani tyto podmínky však nejsou podle jeho názoru dostatečně přesvědčivé k odůvodnění přesunu důkazního břemene.¹⁰⁹

Wagner kritizuje spojení daného pravidla s rozhodováním na principu „všechno, nebo nic“. Vede podle něj ke správným výsledkům pouze náhodou.¹¹⁰ v případě drobných chyb v léčbě se pacientovi pravidelně nedaří prokázat příčinnou souvislost a pacient (i pokud je pravděpodobnost vzniku újmy v důsledku prosté chyby v léčbě např. 70 %), odchází s prázdnou, ačkoli je jisté, že i takové chyby často vedou ke škodě. Naproti tomu hrubé chyby v léčbě vždy zakládají plnou odpovědnost prostřednictvím obrácení důkazního břemene, ačkoli je jisté, že hrubé chyby nevedou vždy k poškození zdraví a někdy může být příčinná souvislost chyby s utrpenou újmou na zdraví nepravděpodobná.¹¹¹

Ačkoli to judikatura BGH explicitně odmítá,¹¹² samotné kritérium hrubé chyby v léčbě implikuje spíše sankční charakter pravidla důkazního břemene.¹¹³ Někteří autoři nakonec vnímají jako problém arbitrárnost rozlišení mezi hrubými a prostými chybami v léčbě; dopředu

¹⁰³ SPINDLER, G. Kausalität im Zivil- und Wirtschaftsrecht. *Archiv für die civilistische Praxis*. 2008, č. 2/3, s. 302. ISSN 0003-8997. DOI: <https://doi.org/10.1628/acp-2008-0005>

¹⁰⁴ SPINDLER, 2008, op. cit., s. 299–302.

¹⁰⁵ SPINDLER, 2008, op. cit., s. 300.

¹⁰⁶ Tamtéž STEEL, op. cit., s. 205. Shodně KATZENMEIER, op. cit., s. 466–467, s tím, že toto není samo o sobě udržitelným zdůvodněním pravidla o obrácení důkazního břemene.

¹⁰⁷ KATZENMEIER, op. cit., s. 465.

¹⁰⁸ KATZENMEIER, op. cit., s. 464–467.

¹⁰⁹ KATZENMEIER, op. cit., s. 466–467.

¹¹⁰ WAGNER, G. § 630h Beweislast bei Haftung für Behandlungs- und Aufklärungsfehler. In: HENSSLER, KRÜGER a kol., 2023, op. cit., marg. 132.

¹¹¹ HENSSLER, KRÜGER a kol., 2023, op. cit., marg. 132.

¹¹² Rozhodnutí BGH z 24. 5. 2022, sp. zn. VI ZR 206/21. In: *NJW*. 2022, s. 2747 a násl.; KERN, B.-R. § 109 Grober Behandlungsfehler – Befunderhebungsfehler (§ 630h Abs 5). In: LAUFS, KERN, REHBORN, 2019, op. cit., marg. 5.

¹¹³ Např. SCHÄRTL, C. Die Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozess. *NJW*. 2014, s. 3601 a násl. ISSN 0341-1915. Dostupné z: <http://www.Beck-online.de> [právní informační systém], KATZENMEIER, op. cit., s. 456.

je těžko předvídatelné, která chyba bude považována za hrubou,¹¹⁴ což může představovat ohrožení právní jistoty.¹¹⁵ Autorka článku s posledním uvedeným argumentem nesouhlasí s tím, že se jedná o klasický vágní pojem, jakých platné právo obsahuje nespočet, a který podléhá výkladu – nezakládá tedy nežádoucí stav právní nejistoty.¹¹⁶

Holčapek německé pravidlo o presumpci příčinné souvislosti mezi hrubým lékařským pochybením a újmou na zdraví pacienta označuje za aktivismus na straně soudů, který nebyl potřebný s ohledem na jiná usnadnění dokazování.¹¹⁷ Považuje za dostačující důkazní břemeno lékaře k tomu, že se nedopustil tvrzeného pochybení v případě nedostatečné zdravotnické dokumentace, a právní domněnku zavinění (v režimu delikttní odpovědnosti) – a uvádí, že jejich kombinace zaručuje, že žalovaný prakticky neunikne odpovědnosti.¹¹⁸ S tímto názorem autorka nesouhlasí. Lze předpokládat, že ve většině případů bude zdravotnická dokumentace vedena v souladu s právními předpisy. I přes její použití k důkazu v soudním řízení však budou přetrvávat všechny shora uvedené okolnosti, které vytváří typickou důkazní nouzi pacienta ve vztahu ke kauzalitě. Vycházíme-li z příkladu uvedeného v úvodu tohoto článku, žádné z ulehčení, které *Holčapek* zmiňuje, by pacientovi nepomohlo prokázat příčinnou souvislost s potřebnou mírou důkazu – jsou totiž dány tři možné příčiny následku, a nelze spolehlivě vysvětlit, která z nich je podmínkou nutnou.

Naopak obrácení důkazního břemene se zdá být skutečně účinným řešením typické důkazní nouze pacienta oproti např. důkazu *prima facie*. Obrácení důkazního břemene se totiž vztahuje k abstraktnímu rozložení důkazního břemene, nikoli ke konkrétnímu. Lékař se tedy nezproští důkazního rizika vznesením pouhé možnosti alternativního atypického průběhu. Z argumentů rozebraných výše vyplývá, že dogmatické zdůvodnění obrácení důkazního břemene německá odborná literatura považuje za problematické. K přijatelnosti popsaného německého řešení v českém právu lze na druhou stranu uvést, že v české odborné literatuře zaznívají názory, které obrácení důkazního břemene v medicínskoprávních sporech (za určitých podmínek) považují za vhodné.¹¹⁹ Níže v textu se proto autorka bude zabývat otázkou, zda a za jakých podmínek je německé řešení přenositelné do českého práva.

¹¹⁴ SCHÄRTL, 2014, op. cit., s. 3601 a násl.

¹¹⁵ KATZENMEIER, op. cit., s. 456.

¹¹⁶ Lze ještě zmínit názor *A. a T. Doležalových*, kteří poukazují, že při výkladu vágních ustanovení, jakým „hrubá chyba v léčbě“ je, dochází k nepřímému psychologickému působení „nemoci“ na soudce, viz DOLEŽAL, DOLEŽAL, 2013, op. cit., s. 587–588.

¹¹⁷ HOLČAPEK, 2011, op. cit., s. 157–159.

¹¹⁸ HOLČAPEK, 2011, op. cit., s. 157.

¹¹⁹ MELZER, F. Úvodní výklad před § 2909 an. In: MELZER, TÉGL a kol., 2018, op. cit., s. 202, dále HAMANOVÁ, L. Prokazování příčinné souvislosti ve sporech o náhradu škody na zdraví způsobenou postupem lékaře *non lege artis*. *Časopis zdravotnického práva a bioetiky*. 2011, č. 1, s. 61–74. ISSN 1804-8137. Dostupné z: <https://medlawjournal.ilaw.cas.cz/index.php/medlawjournal/article/view/3>. Naopak spíše kriticky SMRŽ, I. Aktuální soudní praxe odčítání nemajetkové újmy se zaměřením na oblast zdravotnického práva. *Časopis zdravotnického práva a bioetiky*. 2022b, č. 2, s. 14–45. ISSN 1804-8137. Dostupné z: <https://medlawjournal.ilaw.cas.cz/index.php/medlawjournal/article/view/238/0>, dále SVEJKOVSKÝ, VOJTEK, ARNOŠTOVÁ a kol., op. cit., 2016, s. 324.

3.6 Obrácení důkazního břemene v medicínskoprávních sporech v českém právu

Obrácení důkazního břemene ohledně příčinné souvislosti mezi újmou na zdraví pacienta a postupem lékaře *non lege artis* lze jako pravidlo přenést do českého práva cestou soudcovského dotváření práva. Půjde o odchýlení se od základního pravidla dělení důkazního břemene cestou hmotněprávní domněnky existence příčinné souvislosti (za splnění určitých podmínek).

K aplikaci tohoto pravidla cestou soudcovského dotváření práva musí být splněn metodologický předpoklad, jímž je existence protiplánové mezery v zákoně, tedy neúplnosti zákona, která je v rozporu s plánem zákonodárství.¹²⁰ V medicínskoprávních sporech se aplikuje základní pravidlo dělení důkazního břemene, neboť neexistuje pro tuto skupinu případů zvláštní pravidlo. Základní pravidlo je založené na Rosenbergově teorii analýzy norem, a spočívá na všeobecném uznání.¹²¹ Proto lze uvažovat pouze o mezeře nepravé (teleologické).¹²² Zákon nestanovuje žádné speciální pravidlo dělení důkazního břemene ohledně příčinné souvislosti mezi hrubým porušením povinností lékaře, a újmou na zdraví (či životě) pacienta, která vskutku nastala. Otázka tedy zní, zda jsou dány v českém právu předpoklady pro následující soudcovské dotvoření pravidla rozdělení důkazního břemene: **V případech typické kauzální nejistoty v medicínskoprávních sporech, je-li dotčen zvlášť chráněný statek (lidské zdraví či život), a dopustil-li se lékař hrubé chyby v léčbě, která výrazně zvyšuje riziko vzniku konkrétní újmy, a která nastala u pacienta, se má za to, že tato újma je v příčinné souvislosti s hrubým pochybením lékaře.**

Terminologií *Kühna* by šlo o axiologickou mezeru v právu: psané právo nebere v potaz určité hodnoty, principy, relevantní skutečnosti, které však mají být brány v potaz; právo tedy předvídá řešení, ale toto řešení je nesprávné.¹²³ Absentuje zde pravidlo stanovující výjimku pro určité typy případů,¹²⁴ zákon nedostatečně diferencuje, nerozlišuje mezi skupinami případů, které by dle svého smyslu a účelu rozlišovat měl.¹²⁵ Mezera v zákoně má skrytou

¹²⁰ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 212–214, 223, 227–230. ISBN 978-80-7400-382-0. Plánem zákonodárství je to, co právní řád jako celek vyžaduje.

¹²¹ Např. MACUR, 1996, op. cit., s. 67, dále LAVICKÝ, 2017, op. cit., s. 138 a násl., dále PULKRÁBEK, Z. O dokazování negativních skutečností v civilním soudním řízení (a o některých zásadách zjištění skutkového stavu vůbec). *Právní rozhledy*. 2013, č. 17, s. 573–580. ISSN 1210-6410. Dostupné z: <http://www.Beck-online.cz> [právní informační systém], dále GAZDA, 2019, op. cit., s. 77–84. Nejvyšší soud se vyjádřil opačně od zmíněných autorů tak, že základní pravidlo dělení důkazního břemene výslovně vyplývá z § 120 odst. 1 věty první, o. s.ř., např. v rozsudku ze dne 27. 9. 2006, sp. zn. 25 Cdo 2326/2004.

¹²² LAVICKÝ, P. Soudcovské dotváření pravidel dělení důkazního břemene. *Právník*. 2018, č. 4, s. 309–311. ISSN 0231-6625. Dostupné z: <https://www.ilaw.cas.cz/casopisy-a-knihy/casopisy/casopis-pravnik/archiv/2018/2018-4.html?a=3289>. Srov. MELZER, 2011, op. cit., s. 227–232.

¹²³ KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech, k úloze právních principů v judikatuře*. 1. vyd. Praha: Nakladatelství Karolinum, 2002, s. 205–207. ISBN 80-246-0483-3.

¹²⁴ LAVICKÝ, 2018, op. cit., s. 310.

¹²⁵ MELZER, 2011, op. cit., s. 231. Zároveň nelze problém vyřešit (zužujícím) výkladem zákona, neboť zákon výjimku výslovně neumožňuje, ani není možnost analogického použití pravidla o obrácení důkazního břemene ohledně příčinné souvislosti.

povahu: úvaha vedoucí k obrácení důkazního břemene spočívá v tom, že na určité případy je aplikováno základní pravidlo rozložení důkazního břemene, ačkoli by tomu tak být nemělo (technicky vzato však nechybí aplikovatelná právní norma).¹²⁶

Opomenutými hodnotami a obecnými principy zde jsou princip rovnosti a s ním související princip hodnotové bezrozpornosti právního řádu.¹²⁷ V důsledku zvláštních ztížených podmínek prokazování kauzálních souvislostí v rámci lidského těla a zásahů do něj, tedy v důsledku této typické důkazní nouze, pacient nemá rovnou příležitost prosazovat svá práva¹²⁸ – důkazní břemeno kladené na tohoto účastníka je nepřiměřené, je tudíž porušen obecný požadavek na dosažení spravedlivé rovnováhy mezi stranami sporu, a tedy je porušeno právo pacienta na rovnost v řízení dle čl. 37 odst. 3 Listiny základních práv a svobod.¹²⁹ S tím souvisí porušení principu hodnotové bezrozpornosti právního řádu: lékař, profesionál, se dopustí hrubého pochybení, které by se lékaři vůbec nemělo přihodit. Jeho jednání je ve vztahu vysoké adekvátnosti ke vzniklému nepříznivému následku na zdraví pacienta – výrazně zvyšuje riziko vzniku dané újmy pacienta (je konkrétně nebezpečné ve vysoké míře). Není však povinován k náhradě této újmy, a to z důvodu obvyklé neexistence důkazů kauzality; následek nese slabší strana, „poškozený“ pacient. Rozpor je tedy shledáván jednak s principem ochrany slabší strany, a jednak s obecným požadavkem na reálnou (nikoli jen teoretickou) možnost prosazení práv. Tento požadavek vyplývá obecněji ze smyslu civilního soudního řízení, jímž je ochrana a prosazování materiálních práv ve prospěch jejich soukromoprávních subjektů.¹³⁰ V poměrech medicínskoprávních sporů se pak tento požadavek projevuje v zásadě skutečného a dostatečně účinného odčinění újmy způsobené škůdcem.¹³¹ Teleologickou úvahou je tedy třeba dojít k závěru, že současný stav platného práva představuje protiplánovou skrytou mezeru v zákoně, neboť je v rozporu s objektivními účely a obecnými principy právního řádu.¹³² Nástrojem k jejímu uzavření je teleologická redukce.¹³³

Oproti teleologickým důvodům hovořícím pro obrácení důkazního břemene stojí princip právní jistoty, založený na stabilitě a předvídatelnosti práva.¹³⁴ Otázkou je, zda obrácení důkazního břemene ohledně kauzality je přiměřeným zásahem do principu právní jistoty. Navrhované pravidlo se vztahuje na hrubá pochybení v léčbě, tedy pochybení, kterých by se lékař vůbec neměl dopustit, přičemž tato pochybení výrazně zvyšují riziko vzniku újmy, k níž došlo. Objasnění kauzality je s ohledem na specifika lidského těla a omezenost

¹²⁶ MELZER, 2011, op. cit., s. 227, LAVICKÝ, 2018, op. cit., s. 310.

¹²⁷ MELZER, 2011, op. cit., s. 228–229.

¹²⁸ Je porušena rovnost zbraní, resp. rovnost příležitostí, viz náleze Ústavního soudu ze dne 20. 8. 2014, sp. zn. I. ÚS 173/13, bod. 46.

¹²⁹ Nález Ústavního soudu ze dne 20. 8. 2014, sp. zn. I. ÚS 173/13, body 47, 48.

¹³⁰ Např. SCHWEIZER, M. Standard of Proof as Decision Threshold. In: TICHÝ, L. (ed.). *Standard of Proof in Europe*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, s. 21. ISBN 978-3-16-157020-9.

¹³¹ Vycházejícího z § 2951 odst. 2 o.z.

¹³² MELZER, 2011, op. cit., s. 228–229; LAVICKÝ, 2018, op. cit., 311–312.

¹³³ MELZER, 2011, op. cit., s. 231.

¹³⁴ LAVICKÝ, 2018, op. cit., s. 313.

lidského poznání stran příčinných procesů v těle prakticky nemožné, a to (pravidelně) i při určitém snížení míry důkazu. Aplikace základního pravidla dělení důkazního břemene by vedla ke zjevné nespravedlnosti. Ze zkušenostního poznatku v zásadě vyplývá, že hrubé pochybení lékaře je dost pravděpodobnou příčinou následných zdravotních obtíží pacienta.¹³⁵

Presumpce příčinné souvislosti tohoto pochybení a vzniklé újmy, která může vést k založení odpovědnosti lékaře za následek, je přiměřeným řešením k zamýšlenému cíli. Tímto cílem je zrovnoprávnění postavení pacienta a lékaře před zákonem v případech kauzální nejistoty; umožnění reálného prosazení jeho práva na náhradu za způsobenou újmu na zdraví – tedy naplnění ústavní ochrany zdraví a života ve smyslu principu pokračování práv prostřednictvím práva na náhradu újmy.¹³⁶ Negativní důsledky tohoto řešení nepřesahují pozitiva, tedy veřejný zájem na tomto opatření. Praktický důsledek navrhovaného řešení (ač narušuje právní jistotu), je mj. dobře předvídatelný: lékař – škůdce může rozumně očekávat, že jeho závažná profesní pochybení budou spojena s povinností k náhradě újmy.¹³⁷

Zvolené kritérium „hrubé chyby v léčbě výrazně zvyšující pravděpodobnost vzniku újmy“ vyjadřuje kvalifikovanou závažnost pochybení lékaře. Pravidlo se tedy neuplatní v případě jakéhokoli pochybení – běžných chyb, ale pouze u těch pochybení, která se lékaři s ohledem na okolnosti konkrétního případu nesmí stát. Co lze považovat za hrubou chybu v léčbě a co nikoli bude podléhat výkladu; lze se však inspirovat i německou judikaturou ke *grobes Behandlungsfehler*.

Bude-li takové pravidlo zavedeno skrze soudcovské dotváření práva, musí mít podobu obecného pravidla aplikovaného v typově vymezených případech – musí mít charakter právní normy.¹³⁸ K tomuto závěru došla i výše citovaná německá literatura a následně i judikatura. Jde totiž o změnu rozložení objektivního důkazního břemene v určité typové situaci, tedy rozdělení důkazního rizika, proto musí být z důvodu právní jistoty a rovnosti při aplikaci práva stanoveno v abstraktně obecné podobě.¹³⁹ Je třeba, aby aplikace pravidla v těchto případech byla zejm. rádně odůvodněná, a tak zevšeobecnitelná.¹⁴⁰ Nelze tedy ponechávat rozhodnutí *ad hoc* na soudu, zda podle okolností případu obrácení důkazního břemene umožní, či nikoli.¹⁴¹

Na tomto místě je třeba zmínit podobnost navrhovaného pravidla s jiným pravidlem, vyplývajícím z judikatury, a to obrácením důkazního břemene (jako *ultima ratio*) ohledně postupu

¹³⁵ Srov. LAVICKÝ, 2017, op. cit., s. 228–229.

¹³⁶ K principu pokračování subjektivního práva na zdraví skrze uložení povinnosti škůdci k náhradě utrpené újmy na zdraví viz např. nález Ústavního soudu ze dne 25. 7. 2023, sp. zn. III. ÚS 39/22.

¹³⁷ Srov. ekonomický argument SPINDLER, 2018, op. cit., s. 302.

¹³⁸ LAVICKÝ, 2017, op. cit., s. 228.

¹³⁹ PRÜTTING, H. Die Umkehr der Beweislast. In: BAUMGÄRTEL, LAUMEN, PRÜTTING, 2009, op. cit., s. 399.

¹⁴⁰ BEZOUŠKA, P. Soudcovské dotváření práva vykračující z mezí zákona v návrhu českého občanského zákoníku. *Právní rozhledy*. 2011, č. 1, s. 18–22. ISSN 1210-6410. Dostupné z: <http://www.Beck-online.cz> [právní informační systém].

¹⁴¹ LAVICKÝ, 2017, op. cit., s. 225–228.

lékaře *non lege artis*, pokud lékař znemožnil podání důkazu ohledně této skutečnosti tím, že v rozporu se svými povinnostmi nevedl zdravotnickou dokumentaci řádně či ji nevedl vůbec, příp. ji zničil.¹⁴² Opodstatněním judikovaného pravidla je zamezení nepříznivým následkům, které hrozí pacientovi z důvodu důkazní nouze, kterou zapříčinil lékař porušením svých povinností. Podobně je zde opodstatněním navrhovaného pravidla zamezení nepříznivým následkům, které hrozí pacientovi z důvodu důkazní nouze, která vyplývá z typicky obtížné či nemožné objasnitelnosti kauzálních procesů, kdy však pochybení lékaře bylo natolik závažné, že jeho kauzální spojení se vzniklou újmou lze předpokládat.

Navržené řešení by zřejmě vedlo k obrácení důkazního břemene v případě popsaném v úvodu tohoto článku (případ amputovaného prstu) – jednání lékaře zde výrazně zvýšilo riziko vzniku konkrétní újmy a bylo shledáno hrubě chybným. Bylo by na lékaři, aby podal plný důkaz toho, že jeho pochybení nebylo příčinou zdravotní komplikace, kvůli které musel být pacientův prst amputován. Případný stav *non liquet* ohledně příčinné souvislosti by šel k tíži lékaře. Rovněž ve výše popisovaném případě, který řešil velký senát Nejvyššího soudu,¹⁴³ v němž z dokazování vyplynula rovnost dvou možných příčin smrti pacientky, by záleželo na tom, zda by soud zjistil, že jednání zdravotníků bylo v dané situaci hrubě chybné a výrazně zvyšovalo riziko vzniku daného následku. V případě kladného závěru by došlo k obrácení důkazního břemene ohledně příčinné souvislosti jednání lékaře a vzniku újmy (příčinná souvislost by se předpokládala).

4 Snížení míry důkazu

Posledním zde rozebíraným způsobem řešení kauzální nejistoty je snížení míry důkazu. Míra důkazu je vyjádřením stupně vnitřního přesvědčení soudce,¹⁴⁴ tj. toho, „*kdy se důkaz podařil, totiž od kterého okamžiku se důkaz považuje za úspěšně podaný*“.¹⁴⁵ Zatímco volným hodnocením důkazů soud přiřazuje důkazům pravdivostní hodnotu a odpovídá na otázku, zda se důkaz podařil, a tato činnost je v dispozici soudu, míra důkazu je stanovena právem.

Obecně v českém civilním procesu má soud považovat za pravdivé (tedy prokázané) skutečnosti, kterým na základě svého vnitřního přesvědčení přiznává hodnotu vysoké pravděpodobnosti odpovídající praktické jistotě.¹⁴⁶ Objevují se názory označující takovou míru důkazu za příliš vysokou. *Lavický* navrhuje formulovat pravidlo míry důkazu tak, že „*skutkové tvrzení*

¹⁴² Výše zmiňovaný náleží Ústavního soudu ze dne 28. 6. 2022, sp. zn. I. ÚS 1785/21, a rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 30. 5. 2019, sp. zn. 25 Cdo 2793/2017.

¹⁴³ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 9. 2. 2022, sp. zn. 31 Cdo 2376/2021.

¹⁴⁴ TICHÝ L. Dokazování příčinné souvislosti a proporcionální odpovědnost za škodu. In: TICHÝ, L. a kol. *Prokazování příčinné souvislosti multikauzálních škod*. Praha: Univerzita Karlova, 2010, s. 58. ISBN 978-80-87488-01-0.

¹⁴⁵ MACUR, J. Důkazní břemeno a teorie o uplatňování pravděpodobnosti při hodnocení důkazů v civilním soudním řízení. *Právník*. 1995, roč. 134, č. 4, s. 359. ISSN 0231-6625.

¹⁴⁶ MACUR, J. *Postmodernismus a zjišťování skutkového stavu v civilním soudním řízení*. Brno: Masarykova univerzita, 2001, s. 171. ISBN 80-210-2539-5. Obdobně usnesení Nejvyššího soudu ze dne 8. 1. 2014, sp. zn. 28 Cdo 3459/2013, publikované v Souboru civilních rozhodnutí a stanovisek NS, 24/2014.

*lze považovat za prokázané, pokud je soudce vnitřně přesvědčen o jeho pravdivosti, tj. nemá-li o jeho pravdivosti rozumné pochybnosti.*¹⁴⁷

Jednou z možností překlenutí důkazních obtíží pacienta v situacích kauzální nejistoty je snížení míry důkazu vyžadované k prokázání příčinné souvislosti mezi postupem *non lege artis* a újmou pacienta. Ke zjištění, zda toto řešení může obstát, je třeba zodpovědět následující otázky:

- 1) Lze osobě odlišné od poškozeného pacienta (lékaři) přičíst škodní následek, je-li kauzalita mezi jeho protiprávním jednáním (či porušením smlouvy) a újmou prokázána s nižší mírou důkazu?
- 2) Pokud ano, měla by být stanovena minimální hranice míry důkazu k prokázání příčinné souvislosti, popř. jaká? Měly by být pro tyto případy stanoveny další podmínky nezbytné ke kladnému závěru o příčinné souvislosti?
- 3) Má být zachován systém „všechno, nebo nic“, anebo by snížení požadavku na prokázání kauzality mělo být spojeno s probabilistickou proporcionalní odpovědností?

4.1 K otázce 1)

Ke snížení míry důkazu může docházet i prostřednictvím soudcovského dotváření práva.¹⁴⁸ Právě tímto způsobem došlo ke snížení míry důkazu v českém právu např. u událostí nastalých v dávné minulosti. Nejvyšší soud konstatoval, že časový odstup několika desítek let může být důvodem pro to, aby soudu mimořádně postačila k prokázání skutkových tvrzení účastníků (a ve svém důsledku i k unesení důkazního břemene) nižší míra důkazu.¹⁴⁹

V medicínskoprávních sporech se projevuje tendence soudů ustoupit z požadavku postavení příčinné souvislosti najisto, kvůli úskalím při jejím zjišťování.¹⁵⁰ Míra pravděpodobnosti by však stále měla být prokázána „s vysokou mírou pravděpodobnosti, musí se jednat o příčinu převažující“, s tím že nestačí pouhá naděje na vyléčení, či obecné konstatování obvyklé 50 %

¹⁴⁷ LAVICKÝ, 2017, op. cit., s. 36. Tato navrhovaná obecná míra důkazu odpovídá standardu dle § 286 německého ZPO, který se při prokazování příčinné souvislosti použije pro příčinnou souvislost zakládající odpovědnost, která poji jednáni škůdce s prvotním dotčením chráněného zájmu poškozeného – např. mezi pochybením lékaře a zásahem do zdraví pacienta. Dále např. V. Gazda navrhuje kritérium přesvědčení soudce vylučující rozumné pochybnosti, tedy míru důkazu spočívající co nejbližší hranici praktické jistoty (úrovni, za kterou už se poznání subjektivně jeví jako jisté), dle GAZDA, V. Míra důkazu a úloha pravděpodobnosti v důkazním právu. *Právní rozhledy*. 2019, č. 3, s. 77–84. ISSN 1210-6410. Dostupné z: <http://www.Beck-online.cz> [právní informační systém]. V kontextu německého práva např. SCHWEIZER, 2019, op. cit., s. 40 a násl.

¹⁴⁸ Např. LAVICKÝ, 2017, op. cit., s. 23. K předpokladům soudcovského dotváření práva např. MELZER, 2011, op. cit., s. 212 a násl. Opačně MACUR, 2001, op. cit., s. 175–176, který vylučuje možnost snížení míry důkazu jinak než prostřednictvím zákona, a dále VALUŠ, op. cit., s. 161, který odmítá možnost výslovného snížení míry důkazu.

¹⁴⁹ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 24. 1. 2018, sp. zn. 22 Cdo 4369/2017, publikované v souboru civilních rozhodnutí a stanovisek NS, 2/2020.

¹⁵⁰ Z dřívějších rozhodnutí, kde „postavení najisto“ Nejvyšší soud vyžadoval, lze zmínit usnesení Nejvyššího soudu ze dne 25. 11. 2003, sp. zn. 25 Cdo 168/2003, publikované v souboru civilních rozhodnutí a stanovisek NS, 3/2007: „Příčinná souvislost mezi léčebným postupem, který nebyl lege artis, a škodou na zdraví pacienta musí být najisto postavena; důkazní břemeno zde nese žalobce.“

pravděpodobnosti vyléčení.¹⁵¹ Lze poukázat na případ, kdy rozhodovací praxe spokojila se snížením míry důkazu „*žalci uváděná pravděpodobnost 70% až 80% je pro závěr o příčinné souvislosti mezi nesprávným postupem žalované a úmrtím poškozeného dostačující*“ – nutno dodat, že se jednalo o rozhodnutí odvolacího soudu.¹⁵² Na druhou stranu i v nedávných rozhodnutích Nejvyššího soudu v medicínskoprávních sporech se vyskytuje požadavek na prokázání příčinné souvislosti „*alespoň s vysokou mírou pravděpodobnosti či stupněm bráničícím s jistotou*“.¹⁵³

Smrž uvádí, že snížení míry vyžadovaného důkazního standardu je kompromis mezi zájmem pacienta na náhradě újmy pravděpodobně způsobené protiprávním jednáním lékaře, a proti tomu stojícím zájmem lékaře na tom nebyt zavázán k náhradě újmy, kterou pravděpodobně nezpůsobil.¹⁵⁴ *Smrž* odkazuje na tzv. pohyblivý (flexibilní) systém, používaný v rakouském právu.¹⁵⁵ V rakouském právu platí obecně vysoká míra důkazu, je však pro určité typové situace snižována pomocí soudcovského dotváření práva.¹⁵⁶

Holčápek poukazuje na vhodnost snížení míry důkazu (např. na převažující pravděpodobnost), jsou-li obvykle závěry znaleckých posudků v medicínskoprávních věcech formulovány pravděpodobnostně.¹⁵⁷

Odpověď na první otázku je tedy kladná. Snížení míry důkazu je v českém právu možnou cestou usnadnění dokazování v určitých typových případech.

4.2 K otázce 2)

Dle *Tichého* je nutné respektovat funkci procesního práva, kterou je umožnit prosazení oprávněných nároků vyplývajících z hmotného práva.¹⁵⁸ Pokud by míra důkazu byla příliš nízká, mohl by soud konstatovat skutkový stav, který se nikdy nestal, nebylo by uskutečňováno materiální právo.¹⁵⁹ *Tichý* proto navrhuje snížení míry důkazu, a to na 60–80 % pravděpodobnost. V poměru odpovídajícím míře pravděpodobnosti by měl být redukován i přiznaný

¹⁵¹ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 9. 2. 2022, sp. zn. 31 Cdo 2376/2021, a dále v tomto rozsudku odkazovaný rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 28. 2. 2019, sp. zn. 25 Cdo 164/2018.

¹⁵² Citovaný názor vyslovil Krajský soud v Ostravě v rozsudku ze dne 7. 12. 2012, sp. zn. 71 Co 317/2012. Ve věci dále rozhodoval Nejvyšší soud rozsudkem ze dne 31. 7. 2014, sp. zn. 25 Cdo 1628/2013, kde se však mírou důkazu akceptovanou odvolacím soudem meritorně nezabýval. Názor Krajského soudu v Ostravě citují DOLEŽAL, DOLEŽAL, 2016, op. cit., s. 179, poznámka č. 705.

¹⁵³ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 28. 3. 2019, sp. zn. 25 Cdo 2217/2017, publikované v souboru civilních rozhodnutí a stanovisek NS, 3/2021.

¹⁵⁴ SMRŽ, 2022, op. cit., s. , s. 32–62.

¹⁵⁵ Ibid.

¹⁵⁶ TICHÝ, L. Fundamental Problems Through the Perspective of Comparative Analysis. In: TICHÝ, 2019, op. cit., s. 307.

¹⁵⁷ HOLČÁPEK, T. Občanskoprávní odpovědnost v medicíně a její uplatňování u českých soudů. *Právní rozhledy*. 2016, č. 9, s. 305–311. ISSN 1210-6410. Dostupné z: <http://www.Beck-online.cz> [právní informační systém].

¹⁵⁸ TICHÝ L. Dokazování příčinné souvislosti a proporcionální odpovědnost za škodu. In: TICHÝ, 2010, op. cit., s. 65.

¹⁵⁹ Ibid., s. 65–66.

nárok na náhradu újmy.¹⁶⁰ Navrhuje tedy nižší míru důkazu kombinovat s (probabilistickou) proporcionální odpovědností. Ke zmíněnému názoru je třeba dodat, že v českém právu převažuje subjektivní teorie míry důkazu s objektivizujícími prvky, zatímco objektivní teorie (matematické vyjádření míry důkazu) se považuje za nevyhovující.¹⁶¹

A. Doležal a *T. Doležal* se vyslovili pro opuštění vysoké míry důkazu v medicínskoprávních sporech a přechod k určité koncepci inspirované zahraničními přístupy.¹⁶² *Holčápek* navrhuje model, v němž postačí k prokázání příčinného vztahu převažující pravděpodobnost. Takové řešení by však dle jeho názoru vyžadovalo zásah zákonodárce.¹⁶³

Převažující pravděpodobnost („preponderance of evidence“ či „balance of probabilities“) je tradičně uplatňována v anglickém právu.¹⁶⁴ Úkolem žalobce je přesvědčit soud, že mezi jednáním a újmou se příčinná souvislost spíše nachází než nikoli. Míra důkazu tedy odpovídá pravděpodobnosti vyšší než 50 %.¹⁶⁵ V systému s natolik nízkou mírou důkazu bude maximum soudních rozhodnutí spočívat na zjištění skutkového stavu, a minimum bude vycházet z aplikace pravidla objektivního důkazního břemene.¹⁶⁶ Tato nízká míra důkazu se v anglickém právu pojí s obecným pravidlem rozsahu přičítání následků „všechno, nebo nic“.¹⁶⁷

Např. *Faure* a *Bruggeman* identifikují dvě přijatelná řešení sporů o náhradu újmy v situacích kauzální nejistoty: jedno z nich je snížení míry důkazu (např. na 50 %) v kombinaci se systémem „všechno, nebo nic“, to nazývají „threshold liability“.¹⁶⁸ Druhým je proporcionální odpovědnost s případnou korekcí u velmi nízké a velmi vysoké pravděpodobnosti kauzality (např. v případě pravděpodobnosti pod 10 % náhrada poškozenému nenáleží, v případě pravděpodobnosti nad 90 % náleží poškozenému plná náhrada újmy).¹⁶⁹ Druhé řešení považují za vhodnější, neboť škůdci je přičítána újma jen v tom rozsahu, v němž zvýšil riziko jejího vzniku, dále mj. dovozují, že řešení poskytuje optimální incentivu k předcházení újmy.¹⁷⁰

¹⁶⁰ Ibid., s. 67.

¹⁶¹ GAZDA, 2019, op. cit.

¹⁶² DOLEŽAL, DOLEŽAL, 2013, op. cit., s. 587–588. V textu zmiňují ze zahraničních řešení např. vytváření právních domněnek a fikcí, doktrínu ztráty naděje a obrácení důkazního břemene.

¹⁶³ HOLČÁPEK, 2011, op. cit., s. 193–194.

¹⁶⁴ TICHÝ, L. Fundamental Problems Through the Perspective of Comparative Analysis. In: TICHÝ, 2019, op. cit., s. 302. Dále STEEL, S. *Proof of Causation in Tort Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, s. 50–51.

¹⁶⁵ TICHÝ, L. Fundamental Problems Through the Perspective of Comparative Analysis. In: TICHÝ, 2019, op. cit., s. 302.

¹⁶⁶ MACUR, J. Důkazní břemeno a teorie o uplatňování pravděpodobnosti při hodnocení důkazů v civilním soudním řízení, op. cit., s. 358–359.

¹⁶⁷ STEEL, op. cit., s. 51.

¹⁶⁸ FAURE, M., BRUGGEMAN, V. Causal Uncertainty and Proportional Liability. In: TICHÝ, L. a kol. *Causation in Law*. Praha: Univerzita Karlova, Právnická fakulta, 2007, s. 112–113. ISBN 80-85889-93-2.

¹⁶⁹ FAURE, M., BRUGGEMAN, V. Causal Uncertainty and Proportional Liability. In: TICHÝ a kol., 2007, op. cit., s. 113–114.

¹⁷⁰ Ibid., s. 113.

4.2.1 Flexibilní systém

Část rakouské doktríny přistupuje k problému alternativní kauzality použitím metody flexibilního systému (*bewegliches System*). Jejím původním autorem je rakouský profesor soukromého práva a teorie Walter Wilburg.¹⁷¹ Tento systém rozeznává rozmanitost v soukromém právu a namísto rigidních pravidel pracuje s elasticitou systému elementů, které na sebe vzájemně působí, doplňují se či se kompenzují, to vše při zachování racionality a předvídatelnosti soudního rozhodování.¹⁷² Flexibilní systém v oblasti deliktů a smluvní odpovědnosti spočívá v tom, že odpovědnost za újmu jiné osoby může být dána i chybí-li jeden z jejích rozhodujících prvků, anebo existuje-li jen v zanedbatelné míře, pokud je váha jiného (či ostatních) prvků vyšší, než se normálně vyžaduje. Reflektuje tak odstupňovatelnost a vzájemnou částečnou nahraditelnost rozhodujících faktorů odpovědnosti, a (jak bude uvedeno dále) odstupňovatelnost následků.¹⁷³

Běžným kritériem přičitatelnosti škodlivého následku škůdci je příčinná souvislost, a to v podobě nutné podmínky, přičemž následek musí být krytý ochranným účelem smlouvy (či normy) a musí být ve vztahu (alespoň minimální) adekvátnosti k jednání.¹⁷⁴ V situaci, kdy není jasné, která z více alternativních okolností je v příčinné souvislosti se vzniklou újmou (problém alternativní příčinné souvislosti),¹⁷⁵ flexibilní systém nevyžaduje k přičtení odpovědnosti určité osobě prokázání nutné podmínky, ale postačí potenciální příčinná souvislost.¹⁷⁶ K vynahrazení tohoto „deficitu“ u jednoho prvku však musí být ve zvýšené míře naplněn jiný z prvků přičitatelnosti. Nehovoříme proto již o minimu adekvátnosti kauzálního nexu (které postačí, je-li zjištěna podmínka nutná), ale o vysokém stupni adekvátnosti, ve smyslu zvýšené nebezpečnosti jednání – tedy zvýšené objektivní předvídatelnosti újmy – v konkrétním případě,¹⁷⁷

¹⁷¹ Stručně vysvětlení k metodě flexibilního systému a typovým pojmům viz MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*, op. cit., s. 69–76.

¹⁷² WILBURG, W. *The Development of a Flexible System in the Area of Private Law: Inaugural address as Rector Magnificus of the Karl-Franzens University in Graz on November 22, 1950*. Překlad do angličtiny: Herbert Hausmaninger. Vídeň: Manz, 2000, zejm. s. 14–17. ISBN 3-214-14845-1.

¹⁷³ KOZIOL H. Flexibilní systém – zlatá střední cesta zákonodárství a právní nauky. *Právník*. 2018, č. 8, s. 625–645. ISSN 0231-6625. Dostupné z: <http://www.ilaw.cas.cz>. Jednotlivé prvky, na jejichž základě má být dle Wilburgovy teorie uložena povinnost k náhradě újmy a určen její rozsah, popisuje např. BYDLINSKI, F. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. Vídeň: Springer Verlag, 2011, s. 529–531. ISBN 9-783-211-82270-8.

¹⁷⁴ BYDLINSKI, F. Causation as a Legal Phenomenon. In: TICHÝ a kol., 2007, s. 15–17. Nutná podmínka znamená, že určité jednání je příčinou určitého následku, pokud jej nelze myšlenkově vyloučit, aniž by byl vyloučen i následek. Dle kritéria adekvátnosti je újma vyloučena z odpovědnosti škůdce (či dlužníka), nemohl-li ji předvídat ani zvláště dobře informovaná osoba (hypotetický optimální pozorovatel). Dle nálezů Ústavního soudu ze dne 1. 11. 2007, sp. zn. I. ÚS 312/05, v poměrech smluvní odpovědnosti je třeba zkoumat, zda následek spadá pod rozsah ochranného účelu porušené smluvní povinnosti, aby byl následek přičitatelný dlužníkovi. Toto kritérium se uplatní vedle teorie adekvátního kauzálního nexu. Teorie adekvátní příčinné souvislosti je preferovaným kritériem přičitatelnosti v poměrech subjektivní odpovědnosti.

¹⁷⁵ *Ibid.*, s. 17–19.

¹⁷⁶ K tomu též KOZIOL, H. *Harmonisation and Fundamental Questions of European Tort Law*. Vídeň: Sramek Verlag, 2017, s. 102–103. ISBN 978-3-709-70128-7, a zde citovaný C.-W. Canaris.

¹⁷⁷ Srov. rakouské řešení příkladu č. 5 ve srovnávacím pohledu KOCH, B. A., KOZIOL, H. Country reports – Austria. In: FAURE, M., KOZIOL, H. *Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective*. Vídeň: Springer-Verlag, 2001, s. 22–26 a 78–80, zejm. s. 79.

kteřý kompenzuje úplný či částečný nedostatek příčinné souvislosti.¹⁷⁸ Naopak potenciální příčiny, u nichž je pravděpodobnost způsobení újmy nízká, nejsou brány v potaz.¹⁷⁹

V případě nejasné příčiny újmy na zdraví pacienta, je-li dán souběh postupu *non lege artis* ze strany lékaře (představující protiprávní jednání či porušení smlouvy) a náhody, např. na léčbě nezávislého onemocnění pacienta, flexibilní systém funguje následovně. Je-li dán vysoký stupeň adekvátnosti jednání lékaře k vzniklé újmě, postačí k založení odpovědnosti potenciální kauzalita.¹⁸⁰ Toto řešení vyhovuje požadavku na tzv. bilaterální ospravedlnění. To vychází z myšlenky, že alokace určité výhody, práva (zde práva na odškodnění) vždy negativně zasahuje do sféry jiné osoby (zde uložením povinnosti k náhradě újmy).¹⁸¹ Má-li tedy být někomu uložena povinnost k náhradě újmy poškozeného, nejen že musí existovat zájem poškozeného na náhradě hodný ochrany, ale musí též existovat věcné důvody, proč má být tato povinnost uložena právě konkrétnímu povinnému.¹⁸² Chybí-li konkrétní důvod v podobě najisto postavené kauzality, je třeba ho nahradit jiným důvodem. Flexibilní systém aplikovaný v oblasti náhrady újmy (přičitatelnosti škodlivého následku osobě odlišné od poškozeného) bilaterálnímu ospravedlnění vyhovuje, a to i je-li kauzalita přítomna jen v oslabené podobě; tento element je totiž kompenzován významně zvýšenou mírou konkrétního rizika jednání škůdce.¹⁸³

Proponenti flexibilního systému v rakouském deliktním právu pojí tuto koncepci s proporcionální odpovědností: potenciální škůdce (lékař) a poškozený (pacient),¹⁸⁴ nesou nepřiznivě následky proporcionálně dle pravděpodobnosti způsobení újmy.¹⁸⁵ Lékař tedy má být zavázán k náhradě poměrné části újmy, která koresponduje s jeho potenciálně příčinným jednáním, za které odpovídá.¹⁸⁶ *Bydlinski* odkazuje pro odůvodnění tohoto proporcionálního řešení na podobnost s případem spoluzavinění poškozeného.¹⁸⁷ Princip „všechno, nebo nic“ považuje rakouská doktrína za překonaný.¹⁸⁸ Např. *Koziol* jej nazývá archaickým a poukazuje

¹⁷⁸ KOZIOL, 2017, op. cit., s. 103.

¹⁷⁹ Ibid, s. 103.

¹⁸⁰ Ibid, s. 103.

¹⁸¹ KOZIOL, H. *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*. Vídeň: Jan Sramek Verlag, 2012, marg. 2/92, 5/53. ISBN 978-3-902638-85-4.

¹⁸² KOZIOL, 2012, op. cit., marg. 2/92.

¹⁸³ Ibid., marg. 5/90.

¹⁸⁴ Nesou-li každý odpovědnost za specificky nebezpečnou potenciální příčinu škodlivého následku; v případě lékaře je to hrubá chyba v léčbě významně zvyšující nebezpečí vzniku újmy, a v případě pacienta je to např. předchozí poškození zdraví, jehož následky mu jsou přičítány dle zásady *casum sentit dominus*.

¹⁸⁵ KOZIOL, 2012, op. cit., marg. 5/90. Dále např. KOCH, B. A. Proportional Liability for Causal Uncertainty: How it works on the basis of a 200-year-old code*. In: MARTÍN-CASALS, M., PAPAYANNIS, D. (eds.). *Uncertain Causation in Tort Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, s. 74 a násl. ISBN 978-1-316-41477-4.

¹⁸⁶ KOZIOL, 2017, op. cit., s. 108.

¹⁸⁷ BYDLINSKI, F. Causation as a Legal Phenomenon. In: TICHÝ a kol., 2007, s. 18–20. Dále např. KOCH, 2015, op. cit., s. 74 a násl.

¹⁸⁸ Např. KOCH, 2015, op. cit., s. 75 a násl., dále BYDLINSKI, F. Causation as a Legal Phenomenon. In: TICHÝ a kol., 2007, s. 19–20.

na nespravedlnost patrnou u malých rozdílů v pravděpodobnosti kauzality, které vyústí tu v plnou náhradu, tu v zamítnutí žaloby.¹⁸⁹

Rakouský OGH se ve své rozhodovací praxi přiklonil k používání flexibilního systému v případech kauzální nejistoty v medicínskoprávních sporech. OGH opakovaně konstatoval, že v případě poškození zdraví pacientů, které je potenciálně v příčinné souvislosti s chybou v léčbě, je třeba klást na prokázání příčinné souvislosti nižší požadavky, a to z důvodu zvláštní obtížnosti exaktního dokazování, a zejména pak proto, že samotné pochybení v léčbě prakticky poukazuje na nepříznivý příčinný průběh.¹⁹⁰ V případě, že se žalobci (pacientovi) nepodaří prokázat příčinnou souvislost, a to ani za použití snížení míry důkazu, uplatní se částečná odpovědnost obdobně jako dle § 1304 ABGB:¹⁹¹ prokáže-li pacient, že došlo k pochybení při léčbě, a toto pochybení bylo konkrétně nebezpečné, tj. vysoce adekvátní pro vznik újmy (která nastala), a zároveň toto pochybení vedlo k nezanedbatelnému zvýšení pravděpodobnosti vzniku újmy, je na potenciálně odpovědném subjektu (lékaři), aby prokázal neexistenci příčinné souvislosti mezi porušením své povinnosti a újmou, která je mu přičitatelná.¹⁹² Lékaři je přičitatelná újma v rozsahu odpovídajícím pravděpodobnosti, že újmu svým jednáním zapříčinil, neprokáže-li, že v konkrétním případě jeho pochybení s největší pravděpodobností nebylo příčinou poškození pacienta.¹⁹³ Nelze-li odstranit pochybnosti o poměru pravděpodobnosti příčinné souvislosti každé z potenciálních příčin, provede se rozdělení újmy v poměru 50:50.¹⁹⁴

Jedním z prvních rozhodnutí, v nichž se OGH přihlásil k řešení spočívajícímu ve flexibilním systému (a proporcionální odpovědnosti) je známý případ přidušení novorozence při porodu.¹⁹⁵ V tomto případě se žalobkyně narodila s trvalými následky kvůli nedostatku kyslíku při porodu. Nedostatek kyslíku mohl být způsoben omotáním pupeční šňůry kolem jejího krku při porodu (okolnost přičitatelná žalobkyni), nebo pochybením porodníka. Skutečnou příčinu nebylo možné objasnit dokazováním. Na příčinný průběh nešlo usuzovat ani dle důkazu prima facie. Dle OGH v takových případech selhává tradiční model vedoucí buď k zamítnutí žaloby pro neprokázání příčinné souvislosti, stejně jako přiznání plné odpovědnosti lékaře. Oba vedou k extrémním a nespravedlivým výsledkům.¹⁹⁶ Takovým výsledkům má zabránit metoda flexibilního systému.

Zdá se, že i Nejvyšší soud si je vědom metody spočívající ve flexibilním systému, a to v rovině posuzování přičitatelnosti následku potenciálnímu škůdci, byť ji přímo nezmiňuje. Ve svém již citovaném rozhodnutí velkého senátu, jímž odmítl doktrínu ztráty šance, uvedl, že je-li

¹⁸⁹ KOZIOL, 2018, op. cit., s. 625–645.

¹⁹⁰ Rozhodnutí OGH ze dne 2. 10. 1985, sp. zn. 3 Ob 560/84, rozhodnutí OGH ze dne 17. 6. 1992, sp. zn. 2 Ob 538/92, rozhodnutí OGH ze dne 19. 4. 1990, sp. zn. 8 Ob 1527/90.

¹⁹¹ Rozhodnutí OGH ze dne 29. 9. 2020, sp. zn. 6 Ob 137/20w. Ust. § 1304 ABGB zní: „Je-li při poškození zároveň zavinění se strany poškozeného; nese škodu se škůdцем poměrně; a nelze-li poměr určití, rovným dílem.“

¹⁹² Rozhodnutí OGH ze dne 25. 4. 2023, sp. zn. 1 Ob 36/23k.

¹⁹³ Ibid.

¹⁹⁴ Rozhodnutí OGH ze dne 9. 11. 1989, sp. zn. 7 Ob 648/89.

¹⁹⁵ Rozhodnutí OGH ze dne 7. 11. 1995, sp. zn. 4 Ob 554/95.

¹⁹⁶ KOCH, 2015, op. cit., s. 76.

kauzalita zjistitelná toliko v pravděpodobnostní rovině, je třeba, aby „adekvátnost příčiny a následku [...] byla zcela zřejmá, tedy že potenciální škůdce si velmi dobře musel být vědom rizikovitosti svého počínání, tedy mohl velmi dobře předvídat, že jeho jednání může vést ke určitému škodlivému následku“.¹⁹⁷ I Melzer rozvádí úvahy založené na flexibilním systému, zatím však jen obecně ve vztahu k zmírňování příp. tvrdostí systému plné náhrady (§ 2953 o.z.).¹⁹⁸

Je použití flexibilního systému přenositelné do českého práva? Autorka se domnívá, že flexibilní systém jako koncept vedoucí (v případech kauzální nejistoty v lékařských sporech) k proporcionálnímu rozložení odpovědnosti za újmu není do českého práva zcela přenositelný, k tomu blíže pod bodem 3. Flexibilní systém však je použitelný v podobě vyvažování zájmů a hodnot při rozhodování ve specifických případech. V případech typické kauzální nejistoty (medicínskoprávní spory), kdy se jedná o zvláště chráněné statky (zdraví či život člověka), by zmíněné využití flexibilního systému mohlo mít za následek snížení míry důkazu k prokázání příčinné souvislosti mezi vzniklou újmou na zdraví a pochybením lékaře, které alespoň do jisté míry zvyšuje pravděpodobnost vzniku újmy na zdraví. Dle názoru autorky už nyní rozhodovací praxe k takovému pojetí postupně spěje.

S ohledem na to, že v českém právu převažuje subjektivní pojetí míry důkazu s objektivizujícími prvky, se nejeví jako vhodné stanovovat procentuálně míru důkazu, která by se použila specificky v medicínskoprávních sporech. K závěru o příčinné souvislosti mezi postupem lékaře *non lege artis* a újmou na zdraví pacienta, zvyšuje-li lékařská chyba alespoň nezanedbatelně riziko vzniku újmy, postačí i nižší míra důkazu.

Na druhou stranu však není žádoucí přílišné snížení míry důkazu, neboť úspěšné podání důkazu je spojeno primárně s vnitřním přesvědčením soudce o pravdivosti prokazovaného tvrzení. Pojetí míry důkazu jako „převažující“, jak je tomu např. v anglickém právu, tedy autorka považuje v českém právu za nevhodné.

4.3 K otázce 3)

Tento článek nemá za cíl přesvědčivě vyřešit otázku, zda by české deliktární právo v otázce rozsahu náhrady mělo setrvat na zásadním respektování principu „všechno, nebo nic“. Autorka však stručně nastíní základní východiska tohoto principu a argumenty pro jeho zachování v poměrech řešené problematiky.

Princip „všechno, nebo nic“ je v české odborné literatuře kritizován za to, že selhává v hraničních situacích.¹⁹⁹ Soudní rozhodnutí totiž nereflektuje míru (kauzální) nejistoty. Krácení nároku na náhradu újmy v případě snížení míry důkazu kauzality navrhuje i Tichý s odkazem na hledisko spravedlnosti.²⁰⁰ Rovněž A. Doležal a T. Doležal píší, že jde o zajímavou teorii,

¹⁹⁷ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 9. 2. 2022, sp. zn. 31 Cdo 2376/2021, bod. 26.

¹⁹⁸ MELZER, F. Ust. § 2909. In: MELZER, TÉGL, a kol., 2018, op. cit., s. 964–965.

¹⁹⁹ SMRŽ, 2022, op. cit., s. 32–62.

²⁰⁰ TICHÝ L. Dokazování příčinné souvislosti a proporcionální odpovědnost za škodu. In: TICHÝ, 2010, op. cit., s. 65. Ze zahraničních autorů dále již zmiňovaní FAURE, BRUGGEMAN, op. cit., s. 112–113. Dále GRAZIANO, T. K. Loss of a Chance in European Private Law ‘All or Nothing’ or Partial Liability in Cases of Uncertain Causation. In: TICHÝ, L. a kol. *Causation in Law*. Praha: Univerzita Karlova, Právnická fakulta, 2007, zejm. s. 140 a násl., JANSEN, N. The Idea of a Lost Chance. *Oxford Journal of Legal Studies*. 1999, roč. 19, č. 2, s. 277 a násl.

její přijetí by však vyžadovalo přehodnocení dosavadních principů fungování odpovědnosti za škodu v našem právu.²⁰¹ Proporcionální odpovědnost pro případ alternativních příčin upravuje i PETL v čl. 3:103 odst. 1,²⁰² a v čl. 3:106 speciálně pro případ, že některá z možných příčin pochází ze sféry poškozeného;²⁰³ poškozený má nést svou újmu v rozsahu pravděpodobnosti kauzality mezi touto příčinou a následkem. Autoři PETL výslovně zmiňují medicínskoprávní případy s nejistou kauzalitou.²⁰⁴

Jiní autoři však princip „všechno, nebo nic“ vyzdvihují oproti principu proporcionální odpovědnosti z hlediska motivačních účinků na primární dodržení povinností.²⁰⁵ Zatímco rakouské delikttní právo inklinuje k proporcionální odpovědnosti, princip „všechno, nebo nic“ se uplatňuje v německém právu, a to bez ohledu na příp. nižší míru důkazu.²⁰⁶

Obecným principem českého delikttního práva je princip „všechno, nebo nic“, též označovaný jako princip plné náhrady, s možností moderace.²⁰⁷ Proporcionální odpovědnost je v zákoně zakotvena jako výjimečné pravidlo, které se však nemá uplatnit obecně,²⁰⁸ ale jen pro konkrétní případ škody způsobené provozem zvláště nebezpečným dle § 2925 odst. 2 o.z. Dle tohoto ustanovení je provozovatel provozu, který významně zvýšil nebezpečí vzniku škody, zavázán k dílčí náhradě takové újmy, a to v rozsahu odpovídajícím pravděpodobnosti způsobení újmy jeho provozem v porovnání s pravděpodobností způsobení újmy jinou potenciální příčinou.²⁰⁹

²⁰¹ DOLEŽAL, DOLEŽAL, 2016, op. cit., s. 186. Tito autoři se též ztotožňují s přístupem PETL, které proporcionální odpovědnost dle pravděpodobnosti kauzality prosazují, viz DOLEŽAL, A., DOLEŽAL, T. Uplatnění PETL při řešení některých složitých kauz v oblasti příčinné souvislosti v medicínskoprávních sporech. *Soudní rozhledy*. 2013, č. 7–8, s. 242 a násl. ISSN 1211-4405. Souhlasně též NOVÁK, D. Odraz příčinné souvislosti dle Principů evropského delikttního práva v české právní úpravě. *Bulletin advokacie*. 2019, č. 10, s. 41 a násl. ISSN 1210-6348.

²⁰² European Group on Tort Law. Principles on Tort Law – Text and Commentary. Vídeň: Springer, 2005, s. 47 a násl. ISBN 978-3-211-23084-8 (dále „Komentář k PETL“).

²⁰³ Komentář k PETL, s. 56 a násl.

²⁰⁴ Komentář k PETL, s. 58.

²⁰⁵ Leshem a Miller zmiňují hledisko motivačních účinků na primární dodržení povinností, viz LESHEM, S., MILLER, G. P. All or Nothing versus Proportionate Damages. *The Journal of Legal Studies*. 2009, roč. 38, č. 2, s. 372–373. ISSN 0047-2530. DOI: <https://doi.org/10.1086/593153>. Dále např. AHRENS, H.-J. Snížení míry důkazu a dílčí odpovědnost – problémy související s nemožností vyjasnění skutkového stavu v oblasti náhrady škody. *Právník*. 2016, č. 12, s. 1059, 1063–1065. ISSN 0231-6625. Dostupné z: <https://www.ilaw.cz/casopisy-a-knihy/casopisy/casopis-pravnik/archiv/2016/2016-12.html?a=3153>

²⁰⁶ FLUME, J.W. *BGB § 249 Art und Umfang des Schadensersatzes*. In: HAU, W., POSECK, R. *Beck'scher Online-Kommentar zum BGB*. 66. vyd. Mnichov: C. H. Beck, 2023, marg. 43–45. Dostupné z: <http://www.Beck-online.cz> [právní informační systém].

²⁰⁷ MELZER, F. Ust. § 2951–2952. In: MELZER, TÉGL a kol., 2018, op. cit., s. 899. Dále např. TICHÝ, L., HRÁDEK, J. Causal Uncertainty and Proportional Liability in the Czech Republic. In: GILEAD, I. a kol. *Proportional Liability: Analytical and Comparative Perspectives*. Berlín: De Gruyter, 2013, s. 99. V judikatuře viz např. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 31. 1. 2008, sp. zn. 25 Cdo 691/2006.

²⁰⁸ MELZER, F. Ust. § 2925. In: MELZER, TÉGL a kol., 2018, op. cit., s. 496.

²⁰⁹ PAŠEK, M. Ust. § 2925. In: PETROV, J., VÝTISK, M., BERAN, V. a kol. *Občanský zákoník. Komentář*. 2. vyd. (2. aktualizace). Praha: C. H. Beck, 2023. Dostupné z: <http://www.Beck-online.cz> [právní informační systém].

Lze se domnívat, že nejsou dány podmínky pro soudcovské dotváření práva např. cestou analogie, neboť neexistuje protiplánová mezera v zákoně. Co se týče obdobného použití ustanovení o spoluzavinění poškozeného, jako činí rakouské právo, je třeba říci, že pro posuzování spolupříčitatelnosti následku poškozenému (dle § 2918 o.z.) platí stejná pravidla, jako pro přičítání újmy škůdci. Musí tedy být naplněny prvky skutkové podstaty odpovědnosti za újmu, vzniklou poškozenému. Poškozený pak (spolu-)odpovídá za újmu v rozsahu okolností, jejichž následkem újma vznikla nebo se zvětšila.²¹⁰ Toto pravidlo se však vztahuje na případ více společně působících příčin, nikoli na případ plurality potenciálních příčin, jejichž kauzální vztah s následkem zůstává nejistý.

Ke zmírnění tvrdosti, kterou v určitých situacích přináší princip „všechno, nebo nic“, zákon nabízí možnost moderace soudem. Ust. § 2953 odst. 2 o. z. však moderaci vylučuje, způsobil-li újmu porušením odborné péče ten, kdo se hlásil k odbornému výkonu jako příslušník určitého stavu nebo povolání (tedy např. nevyužitím znalosti a pečlivosti, spojenými s povoláním lékaře).²¹¹

Vyloučení moderace však nebrání samo o sobě použití flexibilního systému.²¹² Flexibilní systém je totiž ve výše uvedeném pojetí nástrojem k posuzování přičitatelnosti újmy, jinou otázkou je rozsah náhrady škodlivého následku škůdcem. Rovněž není nutné, aby důsledkem snížení míry důkazu, zde zdůvodněné příp. aplikací flexibilního systému, byla proporcionální odpovědnost založená na pravděpodobnosti příčinné souvislosti.²¹³

4.4 Snížení míry důkazu v medicínskoprávních sporech v českém právu

Řešení problému kauzální nejistoty v medicínskoprávních sporech skrze snížení míry důkazu je podle autorky možné, pravidlo lze formulovat následovně: **K závěru o příčinné souvislosti mezi postupem lékaře non lege artis a újmou na zdraví pacienta, zvyšuje-li lékařská chyba alespoň nezanedbatelně riziko vzniku újmy (byť nejde o hrubou chybu v léčbě), postačí i nižší míra důkazu.** Toto řešení by mohlo být využíváno v těch případech, kde se projevuje typická kauzální nejistota a zároveň jde o zvlášť chráněný statek (život či zdraví člověka). Ke snížení míry důkazu by (na rozdíl od výše popsaného obrácení důkazního břemene) neměla být podmínkou hrubá chyba v léčbě.

Jak uvádí výše citovaní *Wagner a Holčapek*, i méně závažná pochybení lékaře mohou vést k újmě na zdraví pacienta. Tato méně závažná pochybení nebudou důvodem pro obrácení důkazního břemene (ve smyslu výše navrženého řešení), ale mohou být důvodem pro určité snížení míry důkazu ohledně příčinné souvislosti.

Samozřejmě platí, že pokud jsou v konkrétním případě splněny podmínky pro spolupříčitatelnost újmy pacientovi, projeví se to na vyšší náhrady, k níž je lékař zavázán.

Vraťme se k příkladu z úvodu článku. V tomto případě skutečně bylo prokázáno hrubé pochybení lékaře, aplikovalo by se tedy dříve navržené řešení spočívající v obrácení

²¹⁰ MELZER, F. Ust. § 2918. In: MELZER, TÉGL a kol., 2018, op. cit., s. 407–408.

²¹¹ Ibid.

²¹² MELZER, F. Ust. § 2953. In: MELZER, TÉGL a kol., 2018, op. cit., s. 968.

²¹³ Srov. AHRENS, op. cit., s. 1059.

důkazního břemene ohledně kauzality. Pakliže by nebyla prokázána hrubá chyba v léčbě, ale bylo by postaveno najisto, že se lékař dopustil chyby méně závažné („běžné“), přicházelo by v úvahu snížení míry důkazu ohledně kauzality – s tím, že důkazní břemeno by stále spočívalo na žalobci – pacientovi.

5 Obrácení důkazního břemene a snížení míry důkazu

Obě navržená řešení se použijí v případech alternativní kauzality, v nichž pochybení lékaře zvyšuje riziko vzniku konkrétní újmy, kterou utrpěl pacient (toto zvýšení rizika musí být pro obrácení důkazního břemene výrazné, a ke snížení míry alespoň nezanedbatelné). Obrácení důkazního břemene má hmotněprávní povahu – rozložení důkazního břemene totiž vychází z hmotného práva (hmotněprávní domněnka příčinné souvislosti). Naopak snížení míry důkazu se dotýká procesního institutu míry důkazu. Rozdíl mezi oběma řešeními spočívá v tom, že první zmíněné řešení má vliv na rozložení objektivního důkazního břemene, zatímco druhé nikoli.

Obrácení důkazního břemene je projevem hmotněprávní vyvratitelné domněnky existence příčinné souvislosti. V případě, že jsou zjištěny skutkové okolnosti tvořící bázi domněnky, má soud rozhodnout tak, jako by byla dokazováním zjištěna skutečnost domněnkou presumovaná (příčinná souvislost mezi újmou a hrubou chybou lékaře).²¹⁴ Domněnka příčinné souvislosti tedy připouští důkaz opaku (důkaz neexistence příčinné souvislosti mezi újmou a jednáním lékaře). Důkaz opaku je svou kvalitou plný důkaz ohledně určité skutečnosti. V případě, že se uplatní domněnka příčinné souvislosti, na lékaři spočívá objektivní důkazní břemeno ohledně neexistence příčinné souvislosti (nepodaří-li se mu protidůkazem vyvrátit bázi domněnky, a tedy vyloučit její použití). Nepodaří-li se lékaři přesvědčit soudce o opaku (nastane stav *non liquet* ohledně prvku příčinné souvislosti), soudce rozhodne na základě pravidla objektivního důkazního břemene k tíži lékaře coby strany zatížené objektivním důkazním břemenem, tedy dle pozitivní fikce existence příčinné souvislosti. V navrhovaném pojetí je pro aplikaci tohoto pravidla třeba prokázat kvalifikovaně závažné (hrubé) pochybení lékaře, které má být v příčinné souvislosti s újmou pacienta.

Naopak procesněprávní řešení nemá vliv na objektivní důkazní břemeno, tedy na abstraktní rozložení důkazní povinnosti. Rozložení objektivního důkazního břemene se tedy nemění; nadále je rozloženo tak, že pacient je povinen prokázat všechny prvky odpovědnosti lékaře za újmu.²¹⁵ Jde-li však o případ typické kauzální nejistoty (došlo k pochybení lékaře a k újmě na zdraví či životě pacienta), je vyžadována nižší míra důkazu k plnému prokázání existence příčinné souvislosti. Pacientovi je tak ulehčeno konkrétní břemeno vedení důkazu o této skutečnosti. Její existence není presumována, to znamená, že pacient stále musí podat důkaz (důkazy), na jehož (jejichž) základě bude soud přesvědčen o existenci příčinné souvislosti mezi jednáním lékaře *non lege artis* a vzniklou újmou. K plnému přesvědčení soudce

²¹⁴ Domněnka soudu ukládá, aby na základě pozitivní fikce považoval za výsledek dokazování něco, co dokazováním nebylo zjištěno, viz LAVICKÝ, 2017, op. cit., s. 119–127.

²¹⁵ Pouze pro úplnost, v případě deliktní odpovědnosti se zavinění předpokládá, a to na základě zákonné domněnky.

za daných podmínek postačí nižší míra důkazu. Lékař však ke své účinné obraně nemusí podávat důkaz opaku; přechází na něj pouze konkrétní břemeno vedení důkazu, zatímco objektivní důkazní břemeno spočívá nadále na pacientovi (žalobci). Lékaři postačí podat protidůkaz, a dosáhnout jím stavu *non liquet*. Zůstane-li totiž příčinná souvislost neobjasněna, soud tento stav překoná závěrem o neexistenci příčinné souvislosti (stanovením negativní fikce).²¹⁶ Tento stav půjde k tíži pacienta coby strany zatížené objektivním důkazním břemenem.

Využití těchto dvou pravidel vedle sebe odpovídá i na výše citovanou kritiku *Wagnera*, směřovanou proti (osamocené aplikaci) obrácení důkazního břemene.²¹⁷ Diferencuje totiž mezi následky hrubých chyb v léčbě (domněnka kauzality) a „běžných“ chyb v léčbě (snížení míry důkazu). Pozice žalobce – pacienta je tedy vyrovnávána dvěma způsoby podle závažnosti pochybení lékaře. Kombinace těchto dvou následků lékařského pochybení rovněž rozlišuje závažnost procesního dopadu pro žalovaného – lékaře. Je-li prokázáno hrubé pochybení lékaře, bude následkem obrácení důkazního břemene a s tím spojená procesní povinnost lékaře tvrdit a prokázat neexistenci příčinné souvislosti. Případný stav *non liquet* ohledně kauzality tak bude v neprospěch lékaře (soud bude kauzalitu považovat za prokázanou). Naopak u „běžné“ (méně závažné) lékařské chyby důkazní břemeno nadále spočívá na pacientovi a z pohledu lékaře je pouze pravděpodobnější, že pacient prokáže příčinnou souvislost a lékař pak bude povinen podat protidůkaz. Lékaři však v druhém případě bude stačit nastolit stav *non liquet* ohledně kauzality (soud bude mít kauzalitu za neprokázanou).

5.1 Následné újmy a sekundární oběti

V článku autorka vždy předpokládala vztah mezi primárním poškozeným (pacientem) a lékařem. Uplatní se zde uvedené závěry na náhradu nemajetkové újmy na zdraví, nebo i peněžitých škod (typicky náhrada za ztrátu na výdělku, náklady spojené s péčí o zdraví)? A uplatní se navržená řešení i na sekundární oběti v případech předpokládaných § 2959 o.z.? Dle německé judikatury přichází obrácení důkazního břemene v úvahu pouze v rámci příčinné souvislosti zakládající odpovědnost (*haftungsbegründende Kausalität*), která spojuje chybu v léčbě a prvotní dotčení zájmů poškozeného (*Primärschäden*).²¹⁸ Nemělo by se vztahovat na příčinnou souvislost naplňující odpovědnost (*haftungsausfüllende Kausalität*), nacházející se mezi prvotním dotčením zájmů a následnými újmami (tedy dalšími projevy ve sféře poškozeného).²¹⁹ České právo tyto dvě kategorie újmy nerozlišuje, a považuje je dohromady

²¹⁶ LAVICKÝ, 2017, op. cit., s. 119–127.

²¹⁷ WAGNER, G. § 630h Beweislast bei Haftung für Behandlungs- und Aufklärungsfehler. In: HENSSLER, KRÜGER a kol., 2023, op. cit.

²¹⁸ KATZENMEIER, op. cit., s. 447; STEEL, op. cit., s. 201–202.

²¹⁹ Rozhodnutí BGH ze dne 9. 5. 1978, sp. zn. VI ZR 81/77, *NJW* 1978, s. 1683 a násl. Rozlišování mezi prvotním dotčením zájmů a sekundárními újmami je problematické a je předmětem debat. Německé právo však umožňuje rozšířit obrácení důkazního břemene i na sekundární újmy, pokud jsou typickým následkem primární újmy (*Primärschäden*).

za zásah do absolutního práva poškozeného, které se odlišuje od následných (dalších) újem (např. ztráty na výdělku).²²⁰

Ohledně následných újem (v tom pojetí, v jakém je chápe i české právo) dochází německé právo k závěru, že se důkazní břemeno neobrací, neboť tento nástroj má sloužit k překlenutí zvláštních obtíží při objasňování kauzality v případě hrubé chyby.²²¹ Kromě příčinné souvislosti zakládající odpovědnost však v zásadě neexistují žádné další obtíže při dokazování, které by bylo možné přičítat pachateli deliktu.²²²

Tedy obrácení důkazního břemene řeší příčinnou souvislost mezi postupem lékaře *non lege artis* a zásahem do zdraví pacienta (tedy absolutního práva na ochranu zdraví). Pokud soud v řízení zjistí, že je škodlivý následek na zdraví pacienta přičitatelný lékaři, neliší se již další dokazování k rozsahu relativní náhrady a ohledně následných škod od jiných sporů o náhradu za újmu na zdraví. Pro zvláštní úpravu důkazního břemene tak není důvod. Totéž by mělo platit o újmě sekundárních obětí. Obrácení důkazního břemene se týká kauzality zakládající odpovědnost lékaře za újmu primárního poškozeného. Prvky odpovědnosti lékaře za sekundární újmy prokazují osoby blízké. Důkaz příčinné souvislosti (ani jiného z prvků) zde totiž není zvláště znesnadněn (či znemožněn). Obrácení důkazního břemene se tedy nevztahuje na příčinnou souvislost mezi újmou na zdraví primárního poškozeného a následnými (dalšími) újmami, např. ztrátou na výdělku, náklady na léčení, ztížením společenského uplatnění, dalšími nemajetkovými újmami, či újmou sekundárních obětí dle § 2959 o.z.

Totéž by se mělo týkat řešení spočívajícího ve snížení míry důkazu. Toto snížení je ospravedlnitelné v tomtéž věcném rozsahu, jako obrácení důkazního břemene. Snižuje se tedy míra důkazu k prokázání kauzality mezi pochybením lékaře a zásahem do zdraví pacienta, nikoli míra důkazu k prokázání následných újem.

Závěr

V článku autorka se zabývala notoricky známým problémem při prokazování příčinné souvislosti mezi postupem lékaře *non lege artis* a újmou na zdraví pacienta. Existují případy, kdy je kauzalita zřejmá, a tedy jednoduše prokazatelná. Obvykle však jsou kauzální průběhy v poměrech lidského těla natolik složité, a limity lidského poznání jsou natolik nízké, že zpětně nelze příčinné souvislosti mezi různými ději, intervencemi nebo opomenutími s jistotou objasnit. Vzhledem k tomu, že žalujícími jsou v daných sporech o náhradu újmy pacientí, a neexistuje zvláštní pravidlo dělení důkazního břemene, prokazuje příčinnou souvislost dle základního pravidla žalobce (tedy pacient či sekundární oběti). Proto je pro pacienty (příp. sekundární oběti) často nemožné, aby se domohly odškodnění za újmu na zdraví (či životě blízké osoby).

²²⁰ K českému rozlišování kauzality zakládající odpovědnost, mezi jednáním a zásahem do absolutního práva, a kauzality naplňující odpovědnost mezi zásahem do absolutního práva a následnými (dalšími) škodami viz MELZER, F. Ust. § 2910. In: MELZER, F., TĚGL, P. a kol., *Občanský zákoník – velký komentář*. Svazek IX. § 2894-3081, s. 276–277.

²²¹ KATZENMEIER, op. cit., s. 447–448. Je však třeba zmínit, že kauzalita u následných škod podléhá sníženému důkaznímu standardu dle § 287 ZPO.

²²² *Ibid.*

Existují hmotněprávní i procesněprávní způsoby, jak se s problémem kauzální nejistoty vypořádat. Autorka popsala nedávný judikaturní vývoj doktríny ztráty šance, kterou velký senát Nejvyššího soudu (za většinového souhlasu odborné literatury) s racionální argumentací odmítl přijmout do českého práva. Dále autorka dospěla k závěru, že důkazy *prima facie* (či doktrína *res ipsa loquitur*) nejsou obecně použitelným řešením, a to kvůli značné specifitě jednotlivých případů. Přesto mohou alespoň v některých případech ulehčit dokazování příčinné souvislosti, např. při prokazování způsobu nákazy u pacienta, který se nakazil infekcí, jež se objevila v nemocnici v době jeho hospitalizace, nebo onemocní-li pacient po krevní transfúzi nemocí, která se přenáší krví.

Bližze se autorka věnovala snížení míry důkazu a obrácení důkazního břemene ohledně příčinné souvislosti. Ke snížení míry důkazu v medicínskoprávních sporech se již dřívější judikatura postavila spíše kladně. Snížení míry důkazu obecně vychází z vyvažování zájmů v typických případech kauzální nejistoty (v medicínskoprávních sporech), v nichž je dotčen zvláště chráněný statek (lidské zdraví či život). Autorka však má za to, že toto řešení lze použít obecně v případě postupu lékaře *non lege artis*. Dané řešení totiž nemá za následek presumpci příčinné souvislosti, nýbrž jen určité snížení míry důkazu. Proto postačí i „běžné“ pochybení a není vyžadována jeho kvalifikovaná závažnost.

V článku autorka dovozuje, že obrácení důkazního břemene je možným řešením s ohledem na protiplánovou mezeru v úpravě pravidel rozložení objektivního důkazního břemene v medicínskoprávních sporech. Obrácení důkazního břemene je jinými slovy hmotněprávní domněnkou o existenci příčinné souvislosti mezi újmou na zdraví pacienta a hrubým pochybením lékaře – tedy pochybením, jehož by se lékař neměl s ohledem na okolnosti případu vůbec dopustit.

Navržená dvě řešení se mohou uplatnit vedle sebe. V případě kvalifikovaného pochybení lékaře (hrubé chyby) je spravedlivým řešením presumpce kauzality, v případě ostatních („běžných“) chyb – za výše uvedených podmínek – lze snížit míru důkazu.

Obrácení důkazního břemene přenáší riziko neobjasnitelnosti příčinné souvislosti na lékaře, tedy stranu, která hrubě porušila svoje povinnosti. Snížení míry důkazu sice ponechává toto riziko na pacientovi, ale podání důkazu kauzality mu do jisté míry usnadňuje.

Nakonec se autorka v článku zabývala otázkou, zda navržená pravidla mají být vztahena na následné újmy a újmy sekundárních obětí. Autorka dospěla k závěru, že použití má být omezeno na újmu na zdraví primárního poškozeného. Prokazování příčinné souvislosti mezi touto újmou a následnými újmami či újmou sekundárních obětí není zvláště ztíženo, používání pravidel usnadňujících dokazování proto není opodstatněné.

Soudní praxe má před sebou zásadní úkol, a to umožnit poškozeným v medicínskoprávních sporech účinně prosazovat svoje práva žalobou o náhradu újmy způsobené lékařským pochybením. Zároveň by jím lékař neměl být nadměrně zatížen – neměl by být povinen k náhradě újmy, kterou nezpůsobil. Řešení by však mělo odrážet obecné představy o spravedlnosti. Úkol rozhodovací praxe je o to náročnější, protože k přesvědčivému odklizení kauzální nejistoty fakticky nemůže dojít. Právní věda je vázána stavem poznání lékařské vědy, který nemůže postihnout všechny vzájemné vztahy průběhu nemocí a úrazů, lékařských zásahů a dalších událostí v lidském těle.