

DOI: 10.31359/2411-5584-2021-45-2-114
УДК 347.514(410)

Б. П. КАРНАУХ

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри цивільного права № 1
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків
e-mail: karnaukh.bogdan@gmail.com
ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0003-1968-3051>



ДОКТРИНА ВТРАЧЕНОГО ШАНСУ В АНГЛІЙСЬКОМУ ПРАВІ: У ПОШУКАХ ВИПРАВДАННЯ ДИФЕРЕНЦІЙОВАНОГО ПІДХОДУ¹

Статтю присвячено дослідженню доктрини втраченого шансу в англійському праві. Згідно з цією доктриною, втрата шансу на кращий результат або на уникнення гіршого результату сама по собі розглядається як окремий різновид компенсабельної шкоди, що дає змогу позивачам отримати відшкодування в тих випадках, коли неможливо довести, що за відсутності протиправних дій відповідача шкідливий результат не настав би, однак за умови, що протиправні дії відповідача потягли збільшення вірогідності настання цього результату. У статті спершу проводиться огляд, у яких категоріях справ англійське право визнає доктрину втраченого шансу застосовною, а в яких – ні, а потім аналізуються наявні в літературі способи виправдання диференційованого підходу.

Ключові слова: причинність, втрата шансу, деліктне право, шкода, збитки.

Постановка проблеми. За загальним правилом, для того, аби деліктний позов був задоволений, позивач має довести, що внаслідок протиправних дій відповідача він зазнав шкоди, яка може полягати в ушкодженні здоров'я, знищенні або пошкодженні майна або чистих економічних втратах (упущена

¹ © Карнаух Б. П., 2021. Стаття публікується на умовах ліцензії Creative Commons – Attribution 4.0 International (CC BY 4.0).

Статтю розміщено на сайті збірника: <http://econtlaw.nlu.edu.ua>.

вигода). Проте в деяких випадках довести, що несприятливий результат стався саме через дії відповідача, немає змоги, оскільки існує вірогідність, що навіть без втручання відповідача той же результат міг би все одно настати. Проте якщо при цьому правда, що шанси уникнути несприятливого результату були б вищими, якби не втручання відповідача, то постає питання, а чи не можна саме по собі зменшення шансів розцінювати як шкоду, яку мусить бути відшкодовано?

Доктрина втраченого шансу – це підхід, який проголошує, що втрата шансу (на кращий результат або на уникнення гіршого результату) сама по собі має розглядатися як окремий різновид компенсабельної шкоди. Вона дає змогу потерпілим отримати відшкодування за деліктним позовом навіть у тих випадках, коли вони не можуть довести, що за відсутності протиправних дій з боку відповідача шкідливий результат би не стався, однак можуть принаймні довести, що ризик цього шкідливого результату зріс завдяки протиправним діям відповідача. При цьому, однак, розмір відшкодування визначається шляхом множення суми відшкодування за несприятливий результат на розмір втраченого шансу цього результату уникнути.

З одного боку, доктрина втраченого шансу – це про поняття шкоди, адже, по суті, пропонується доповнити перелік видів компенсабельної шкоди новою категорією – втрата шансу. Але з іншого боку, ця доктрина – про причинний зв'язок, адже проблема, яка викликала її до життя, пов'язана з неможливістю довести причинність у деяких складних категоріях справ [1, р. 107]. І головне призначення доктрини – подолати цю неможливість, що досягається шляхом реконцептуалізації проблеми: тобто переосмислення практичної перешкоди, яка виникла в контексті доказування причинності, під новим кутом зору – у контексті поняття шкоди.

Ставлення до доктрини втраченого шансу в різних правопорядках – різне: від загального заперечення до найширшого сприйняття. Утім є чимало країн, де доктрина застосовується вибірково: в одних справах вона визнається доречною, тоді як в інших – ні. Такий підхід можна назвати диференційованим, або вибіркоким. Він властивий, зокрема, англійському прецедентному праву.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблеми відшкодовності втрачених шансів в англійському праві було присвячено роботи Г. Ріс (H. Reese) [2], А. Бівера (A. Beever) [3], М. Фордхем (M. Fordham) [4], Е. Барроуза (A. Burrows) [5], М. Стауч (M. Stauch) [6], Дж. Степлтон (J. Stapleton) [7; 8], К. Міллера (C. Miller) [9] та ін. Попри те, що окремі погляди стосовно критеріїв диференціації можна вважати усталеними, однак ці критерії піддаються переосмисленню, так що доктрина перебуває в постійному розвитку. Огляд цього дискурсу видається корисним із порівняльно-правової точки зору.

Формулювання цілей. Мета цієї статті – спершу визначити, у яких категоріях справ англійське право визнає доктрину втраченого шансу застосовною, а в яких – ні, а потім проаналізувати наявні в літературі способи виправдання диференційованого підходу.

Виклад основного матеріалу. Таксономія справ. В англійському праві втрата шансу визнається компенсбельною шкодою у справах про конкурси і про недбалість адвокатів, але не визнається – у справах про недбалість лікарів. Тому говорять, що в цьому смислі англійське право суворіше до адвокатів, ніж до лікарів [10, р. 137].

Хрестоматійною стала давня справа *Chaplin v Hicks* [11]. У цій справі знаний актор і театральний менеджер Сеймур Хікс організував конкурс краси, що мав проводитися в кілька етапів. Спершу всім охочим жінкам пропонувалося надіслати свої фотографії, які потім було розміщено в газеті. За результатами голосування читачів з усіх конкурсанток було обрано п'ятдесят. Ці п'ятдесят учасниць далі запрошувалися на інтерв'ю, за підсумками якого було обрано 12 переможниць. Пані Чаплін подала свою фотографію до участі в конкурсі і потрапила до числа п'ятдесяти жінок, яким було призначено інтерв'ю. Однак через недбалість організатора запрошення на інтерв'ю не було отримане нею вчасно, і вона втратила можливість презентувати себе на цьому, фінальному етапі конкурсу. Апеляційний суд дійшов висновку, що оскільки на фінальному етапі з п'ятдесяти конкурсанток було обрано дванадцять, кожна жінка, яка потрапила до числа п'ятдесяти мала шанс приблизно один до чотирьох на перемогу. На цій підставі на користь позивачки, пані Чаплін, було стягнуто 25 % того, що вона б отримала, якби перемогла.

До цієї ж категорії – справ про конкурси – можна віднести і справу *Spring v Guardian Assurance plc* [12]. У цій справі позивач, пан Спрінг, працював на компанію-відповідача, продаючи поліси особистого страхування. Згодом його було звільнено, і він узявся шукати роботу в інших страхових компаніях. Відповідно до правил, які діяли в індустрії, страхові компанії мусили надавати характеристики своїм колишнім працівникам для того, аби інші компанії мали якомога більш повну інформацію про пошукувачів, яких вони розглядають на посаду.

Компанія-відповідач надіслала іншим компаніям характеристику пана Спрінга, у якій містилася низка неправдивих і шкідливих для нього оцінок, ніби він поведився непорядно у своїй діловій практиці. З огляду на таку характеристику, коли пан Спрінг подавав свою заявку на вільну вакансію, йому відмовляли. Тож він звернувся до колишнього роботодавця з позовом про відшкодування шкоди, завданої недбалим складенням характеристики (суд установив, що неправдиву інформацію було зазначено ненавмисне).

Заперечуючи проти позову, відповідач зазначав, що для того, аби такий позов було задоволено, позивач повинен довести, що компанії, до яких він подавав заявки, прийняли б його на роботу, якби тільки не злочасна характеристика. Однак Палата лордів відхилила цей аргумент. Лорд Лорі (Lowry) щодо цього зауважив:

«Якщо встановлено, що обов'язок обачності існував, і відповідачева недбалість доведена, позивач має тільки продемонструвати, що через цю недбалість він утратив розумний шанс на працевлаштування (який би підлягав оцінці) і таким чином зазнав шкоди... Він не повинен доводити, що якби не недбала характеристика, то Scottish Amicable його б найняли».

Щодо недбалості адвокатів знаковою стала справа *Kitchen v Royal Air Force Association* [13]. У цій справі через несправність електричного щитка чоловік дістав смертельного розряду електричним струмом у себе вдома. Удова померлого звернулася до солісіторів, маючи на меті пред'явити позов до електричної компанії. Проте солісітори через недбалість пропустили строк для звернення до суду, і, як наслідок, право на позов було погашене давністю. На цій підставі позивачка вимагала відшкодування від солісіторів, мотивуючи це тим, що з їхньої вини вона втратила право на позов до електричної компанії. Апеляційний суд стягнув на користь позивачки 2/3 від розміру компенсації, який би вона отримала від електричної компанії, оцінивши шанси на задоволення такого позову як два до трьох.

На противагу зазначеним справам, у випадках, коли йдеться про недбалість медичного персоналу, англійські суди не визнають втрату шансу за самостійний вид компенсабельної шкоди. У цьому річизі в літературі головно обговорюються дві ключові справи – *Hotson v East Berkshire Area Health Authority* [14] і *Gregg v Scott* [15].

У справі *Hotson v East Berkshire Area Health Authority* тринадцятирічний хлопчик, граючись у шкільному дворі, упав із дерева, унаслідок чого стався гострий перелам епіфізу¹ лівої стегнової кістки. Його доправили до шпиталю, що належав до відання відповідача. Працівники шпиталю оглянули хлопчика, проте не діагностували перелам і відправили його додому. Через п'ять днів по тому, хлопчик відчув гострий біль і його знову було доправлено на обстеження. Цього разу було зроблено рентген і встановлено правильний діагноз. Хлопчикові зробили операцію, проте уникнути аваскулярного некрозу (омертвіння частини кістки через недостатнє кровозабезпечення) не вдалося. Позов було пред'явлено до Управління охорони здоров'я Східного Беркширу.

Під час розгляду справи у першій інстанції суддя, дослідивши висновки експертів від обох сторін, дійшов висновку, що якби перелам діагностували

¹ Епіфіз – голівка кістки, яка формує суглоб із суміжною кісткою.

одразу, то з імовірністю 75 % аваскулярний некроз все одно б стався. Але це так само означає, що був шанс у 25 % уникнути некрозу. І цей шанс, на думку судді, хлопчик втратив з вини лікарів. І оскільки шкоду від некрозу було оцінено в £46,000, суддя ухвалив стягнути на користь позивача 25 % від цієї суми – £11,500. Апеляція відповідача була відхилена Апеляційним судом.

Проте із цими висновками не погодилася Палата лордів, і рішення в частині відшкодування за втрачений шанс було скасовано. Палата лордів дійшла висновку, що причинність у цій справі мала досліджуватися на основі стандарту переважаючої вірогідності. І за цим стандартом, шанси, які хлопчик мав на момент першого звернення до лікаря, вказували на те, що з більшою вірогідністю некроз мав би місце навіть за умови правильного діагнозу.

Лорд Акнер (Ackner) пояснив: «Це була відносно проста справа про доведення причинності, з яким позивач не впорався, позаяк він не був здатен довести, на основі балансу вірогідностей, що його ушкоджене стегно було спричинене відповідачевим порушенням... Де проблема стосується причинності, суддя вирішує питання на основі балансу вірогідностей. Якщо тільки немає особливих обставин, наприклад спільного заподіяння, де вимагається розподілити відповідальність, то немає сенсу чи причин виражати у відсотках певність чи майже певність, якої досяг позивач у доведенні підстави свого позову.

Тільки-но відповідальність доведено, на основі балансу вірогідностей, – шкода, якої зазнав позивач, підлягає відшкодуванню в повному обсязі. І не буває знижки шляхом зменшення вимоги відповідно до того, наскільки позивач не впорався з доведенням своєї позиції на 100 відсотків».

У справі *Gregg v Scott* пан Малкольм Грег звернувся до лікаря, пана Скота, зі скаргою на ущільнення під лівою пахвою. Обстеживши пацієнта, лікар виснував, що ущільнення – це доброякісний жировик (ліпома). Утім через дев'ять місяців потому з'ясувалося, що діагноз був помилковим, і насправді це утворення було злоякісною пухлиною, і в пана Грега – онкологічне захворювання – неходжкінська лімфома. Протягом дев'яти місяців хвороба ширилася, розповсюдившись на ліву частину грудей. За оцінками експертів, що були досліджені судом, шанси на одужання знизилися із 42 %, на момент першого звернення до лікаря, до 25 %, на момент розгляду справи судом. Звернувшись до суду, пан Грег вимагав відшкодування за те, що його шанси на одужання знизилися на 17 %.

Суддя, який розглядав справу у першій інстанції, відмовив у задоволенні вимоги про відшкодування шкоди, завданої втратою шансу, обґрунтовуючи такий висновок посиланням на прецедент у справі *Hotson*. Апеляція відповідачів була відхилена Апеляційним судом. Палата лордів підтримала висновки нижчих судів.

Пошуки виправдання диференційованого підходу. З огляду на наведену практику англійських судів закономірно постає питання: як пояснити різне ставлення до – на перший погляд – доволі схожих справ? Чому у справах про конкурси і адвокатську недбалість втрата шансу визнається компенсбельною, а у справах про лікарську недбалість – ні? Спробам пояснити це розмежування, а зарівно і спробам обґрунтувати його хибність, присвячено чимало сторінок англомовної літератури [2–4; 7–9].

Напевне, першим впадає в око те, що суди визнавали втрату шансу компенсбельною у справах, що стосувалися суто економічних втрат, і не визнавали – у справах про шкоду життю чи здоров'ю. Так, у справі *Chaplin* перемога в конкурсі краси обіцяла переможниці нову роботу акторки, а з нею й економічні вигоди, у справі *Spring* – ішлося про робоче місце, яке б приносило позивачеві заробіток, а у справі *Kitchen* було втрачено право грошової вимоги до деліквента. Таким чином, можна припустити, що критерієм розмежування слугує характер шкоди [4, р. 205, 209; 5, р. 14–15]: доктрина втраченого шансу застосовна лише тоді, коли шкода полягає в суто економічних втратах, тобто у втратах фінансового характеру, які при цьому не пов'язано з пошкодженням речей матеріального світу або шкодою здоров'ю. Зазвичай такі втрати зводяться до упущеної вигоди.

Але, якщо так, то виходить, що фінансові інтереси охороняються більше за життя і здоров'я. На обґрунтування цього несподіваного розмежування зазначається, що шанс отримати гроші – це теж гроші, а от шанс одужати – це не те саме, що бути здоровим. Іншими словами, можливість отримати гроші в майбутньому – це майно, або актив, так само, як і самі гроші. І при цьому це майно має свою вартість і обертається на ринку: купується і продається, як і будь-яке інше майно. Так, люди охоче купують лотерейні квитки і тим самим платять не за що інше, як за шанс отримати гроші. Отже, шанс отримати гроші має свою вартість на ринку і в цьому сенсі не відрізняється від будь-якого іншого майна (у тому числі і грошей як таких). На відміну від цього, шанс на одужання, як стверджується, суттєво відмінний від самого здоров'я і тому «правовий режим» цього шансу не тотожний «режимові» здоров'я як такого.

Цей аргумент наводить Тоні Вейр (Tony Weir), на якого посилається Баронеса Хейл (Baroness Hale) у справі *Gregg* [15, § 219].

Інше пояснення протилежних висновків у справах про втрату шансу може полягати в тому, що слід розмежовувати договірну і деліктну відповідальність: коли має місце перша, втрачені шанси підлягають відшкодуванню, а коли друга – ні [2, р. 188–191; 16, р. 173; 17, р. 45]. Так, у справі *Chaplin* організатор конкурсу краси насправді порушив договірне зобов'язання, яке виникло з домовленості між ним і учасницею. Натомість у справі *Hotson* ішлося про завдання шкоди публічним закладом охорони здоров'я, який надає

медичну допомогу не на підставі договору із пацієнтом (як це роблять приватні лікарні), а в силу своєї публічної функції. Тож ці дві справи ніби підтверджують слушність розмежування за критерієм «договір/делікт», чого, однак, не скажеш про справи *Spring* і *Kitchen*. У справі *Spring* відповідач учинив необережність (яка виразилася в наданні неправдивої характеристики) після того, як працівника було звільнено, а отже, у той момент часу він уже не перебував із працівником у договірних відносинах. Що ж стосується справи *Kitchen* та інших подібних справ про адвокатську недбалість, то тут такі мають місце договірні відносини між потерпілим-клієнтом і адвокатом – заподіювачем шкоди. Та річ у тім, що із 1979 року в англійському праві діє правило, згідно з яким клієнт може звертатися до свого адвоката або із договірним, або із деліктним позовом – на власний вибір [2, р. 190]. А отже, якщо припустити, що критерій полягає в розмежуванні договір/делікт, то довелося б зробити висновок, що у справах про адвокатську недбалість компенсабельність або некомпенсабельність втрачених шансів залежить від того, як сформульовано позовну вимогу – у термінах договірного чи деліктного права. Утім таке розрізнення вочевидь довільне.

Подібним чином у справах про лікарську недбалість усе б залежало від того, у якій лікарні – державній чи приватній – особі надавалась медична допомога. І оскільки у приватній лікарні допомога надається на підставі договору, то пацієнт такої лікарні у разі втрати шансу на одужання мав би право на відшкодування, тим часом як пацієнт державної лікарні – такого права був би позбавлений. І це розрізнення теж видається несправедливим [1, р. 117; 2, р. 191].

Тим не менше слід розібратися в тому, а чому взагалі цей критерій здався привабливим для вчених і суддів. У чому його внутрішня логіка?

Річ у тім, що шкода має різне значення для деліктного і договірного позову. Для деліктного позову шкода – це необхідна складова підстави (такого позову). Без наявності шкоди немає самої підстави для позовного домагання. Натомість для договірного позову шкода не є складовою його підстави: тут позовне домагання виникає із самого факту порушення договірного зобов'язання, а шкода стає релевантною лише на етапі калькуляції суми, яка має бути стягнута на користь кредитора [2, с. 190; 5, с. 12–13;]. Отож проблеми із доказуванням шкоди – фатальні для деліктного позову, але не критичні для договірного, бо складнощі з калькуляцією суми відшкодування не повинні слугувати приводом для цілковитої відмови в позові.

Це підводить нас до ще однієї лінії міркувань. А що, коли не змінювати позов із деліктного на договірний, але в межах деліктного позову «змінити прописку» проблеми, перенісши її з етапу встановлення наявності шкоди

на етап калькуляції відшкодування?¹ Для цього потрібно було б довести, що недбалість відповідача спричинила деяку фізичну шкоду потерпілому чи його майну, а втрачені шанси – це лише супутні наслідки цієї фізичної шкоди, і вони враховуються тільки для того, аби точно визначити розмір присуджуваної компенсації (але самі втрачені шанси при цьому не є окремим різновидом шкоди). Джейн Степлтон називає це «аргументом гачка» [7], так, ніби фізичне ушкодження (особи чи майна) виступає в ролі гачка, за який можна «зацепити» і шкоду у вигляді втрачених шансів і в такий спосіб витягти втрату шансів у «зону відшкодовності» [1, р. 112–114].

Отож для застосування «аргументу гачка» потрібно довести, що недбалість відповідача заподіяла фізичну шкоду, тобто призвела до негативних змін в організмі потерпілого. Іншими словами, слід довести, що делікт є доконаним (усі складники підстави позову наявні) навіть і без визнання втрачених шансів різновидом компесабельної шкоди.

Чи можна було це зробити у справах *Hotson і Gregg*? З одного боку, первісно шкода здоров'ю потерпілих виникла без вини відповідачів. У першій справі перелам стався через нещасний випадок на дитячому майданчику; у другій – шкода полягала у злоякісному утворенні в організмі, яке виникло без вини лікаря. Однак, з іншого боку, зволікання з лікуванням, зумовлене хибним діагнозом, могло призвести до шкідливих змін в організмі, які в такому разі і претендують на роль шкоди, щоб тим самим довершити набір елементів, необхідних для підстави позову. Такий перебіг міркувань плавно лягає на обставини справи *Gregg*, адже у цій справі зволікання призвело до розповсюдження раку на ліву частину грудей. Таким чином, можна було б сказати, що шкода полягає не у втраті шансів (відшкодовність яких є сумнівною), а в розповсюдженні раку (що, безумовно, становить собою шкідливу і фізично реєстровану зміну в організмі і в цьому смислі має без вагань визнаватися компенсабельною шкодою), тим часом як втрата шансів становить собою лише побічний наслідок цієї шкоди і тому має бути врахована на етапі визначення розміру справедливої компенсації за завдану шкоду. Такий аргумент дійсно наводився у справі *Gregg*, і, на думку Кріса Міллера (Chris Miller), він мав привести позивача до успіху [9].

Проте в кінцевому підсумкові Палата лордів відхилила цей аргумент. Баронеса Хейл (Baroness Hale) зізналася, що тривалий час аргумент їй теж здавався слухним, проте згодом вона все ж схилилася у протилежний бік [15, § 200]. Вона зауважила, що для того, аби побічні наслідки шкоди були компенсабельними, вони все-таки мають бути наслідками цієї шкоди.

¹ Докладно про відмежування проблеми калькуляції від проблеми установлення причинного зв'язку див.: [18].

Тобто має бути доведено причинний зв'язок між фізичним ушкодженням (як безпосередньою шкодою) та його побічними наслідками. Натомість, на думку Баронеси Хейл, у справі *Gregg* цього не було зроблено. Тобто не було певності щодо того, що навіть за умови своєчасного лікування хвороба не розвивалася б точно таким же чином [15, § 202].

Можливо, з меншою очевидністю, та «аргумент гачка» прикладається і до справи *Hotson*. Аваскулярний некроз виникає тоді, коли внаслідок перелому залишається неушкодженою замала кількість судин, що живлять епіфіз. У справі *Hotson* могло статися так, що після перелому неушкодженою залишилася достатня кількість кровоносних судин кістки, проте через несвоєчасне лікування набряк (гематома) і крововилив заблокували навіть ці, неушкоджені судини, спричинивши їхню непрохідність (оклюзію). На цьому зауважував суддя Саймон Браун (Simon Brown), який розглядав цю справу в першій інстанції.

Таким чином, оклюзія судин могла б відіграти роль необхідної складової деліктного позову, а саме – роль фізично реєстрованого ушкодження організму, а значить, роль того «гачка», за який би зачіплялися інші супутні наслідки, у тому числі у вигляді втрати шансу на одужання.

Проте Палата лордів не погодилася. Лорди зауважили на тому, що з доказів, наданих у справі, слідує, що з більшою вірогідністю кількість судин, що залишилися неушкодженими після падіння, була недостатньою. А отже, цей факт слід вважати доведеним. Відтак, навіть за умови своєчасного лікування, аваскулярного некрозу не можна було уникнути.

Ще один пропонуваній спосіб, як пояснити протилежні висновки в англійських справах про втрачені шанси, полягає в тому, що слід розмежовувати факти минулого, з одного боку, і гіпотетичні факти – з іншого [5, р. 10–11; 6, р. 218; 9, р. 230; 19, р. 289; 20; 21].

Факти минулого – це факти, які уже відбулися в минулому. Натомість гіпотетичні факти – це факти, які могли б відбутися в минулому, або могли б відбутися в майбутньому за тих або інших умов (які, однак, не справдилися). Що аваскулярний некроз був викликаний падінням із дерева, – це факт минулого, він уже відбувся; на противагу цьому, перемога пані Чаплін у конкурсі краси – це гіпотетичний факт, він не відбувся, а тільки міг би відбутися за певних умов (якби вона своєчасно отримала запрошення і з'явилася до участі в інтерв'ю).

Принцип полягає в тому, що коли йдеться про факти минулого, то суд має застосувати стандарт ВоР і може дійти тільки одного з двох висновків – або що цей факт мав місце, або що він не мав місця. Натомість, якщо йдеться про гіпотетичні факти, то тут за судом визнається право ухвалити присуд із посиланням на шанси. Цей принцип сформулював Лорд Діплок (Lord Diplock) у справі *Mallett v. McMonagle* [22].

Логіку цього розмежування можна розуміти так. Коли ідеться про факти минулого, то можуть існувати тільки два варіанти – цей факт або відбувся, або не відбувся. І питання лише в тому, що ми не володіємо достатньою інформацією, щоб сказати, котрий із варіантів відповідає дійсності. Так, у справі *Hotsou* було тільки два варіанти: або некроз був викликаний падінням із дерева, або він не був викликаний падінням із дерева (у такому разі він був викликаний подальшою загайкою з лікуванням). Оскільки в реальності можливі тільки два варіанти, то виглядає слухним, щоб і суд у своїх висновках додержувався такої ж полярної дихотомії. Натомість, що стосується гіпотетичних фактів, які ніколи не мали місця в дійсності, то суд не обмежений двома протилежними альтернативами саме тому, що жодна з двох альтернатив не мала місця в дійсності. Так, пані Чаплін не перемогла в конкурсі краси, але вона і не прогала в ньому – вона не взяла в ньому участь. І ніхто не може достеменно знати, чи перемогла б вона чи прогала б, якби з'явилася до фінального інтерв'ю. За таких умов висновок суду, виражений у термінах шансів, не дисонує з реальністю (як би дисонував висновок, сформульований у термінах шансів у ситуації, де реальність допускає тільки дві контрарні альтернативи).

На думку Гелен Ріс (Helen Reese), протилежне ставлення до компенсабельності втрачених шансів у різних справах варто пояснювати відмінністю між детермінізмом та індетермінізмом [2]. Така заява апелює до засадничих начал філософії і спирається на певну світоглядну парадигму, яку слід пояснити перше, ніж послуговуватися нею для вирішення конкретної задачі у прикладній юриспруденції.

Отож Гелен Ріс виходить із того, що в реальному світі існують прояви як детермінізму, так і індетермінізму [2, р. 193]. Ситуацію можна описати як детерміністичну, якщо кінцевий результат, який станеться в майбутньому, в усій своїй унікальності уже визначений наперед тими подіями та обставинами, які уже відбулися (в минулому). Людству може бракувати знань, щоб вирахувати, яким буде цей кінцевий результат, однак якщо уявити абсолютний розум, якому відомі усі закономірності природи і всі факти дійсності, то він міг би вирахувати настання цього результату наперед, тільки на підставі фактів, які вже відбулися (в минулому).

На противагу цьому Ріс допускає також існування індетерміністичних ситуацій. Тобто ситуацій абсолютно випадкових. У таких ситуаціях навіть абсолютний розум не міг би вирахувати кінцевий результат в усій його унікальності, тому що таким ситуаціям властива іманентна спонтанність. На обґрунтування того, що індетермінізм у принципі існує у природі, часто наводяться здобутки квантової фізики, і насамперед таке явище, як спонтанний розпад атомного ядра [2, р. 195]. Джерелом індетермінізму Ріс вважає також свобідну волю людини [2, р. 198].

Згідно з таким підходом, доктрина втрачених шансів застосовна тільки до індетерміністичних ситуацій, натомість у протилежному випадку – у детерміністичній ситуації – суду належить обрати одну з двох альтернативних позицій (факт мав місце або не мав місця), і при цьому проблема браку знань має бути вирішена на основі застосовного стандарту доказування [2, р. 194, 204].

З огляду на зазначене Ріс вважає, що Палата лордів недаремно дійшла протилежних висновків у справах *Chaplin* і *Hotson*. Справа *Chaplin* – це індетерміністична ситуація, адже свобідна воля членів журі не дає змоги навіть абсолютному розумові наперед вирахувати, котра з конкурсанток в їхніх очах видасться привабливішою за інших. На противагу цьому справа *Hotson* – це детерміністична ситуація, адже уже в момент першого звернення до лікаря кінцевий результат (у вигляді некрозу) був наперед зумовлений значною кількістю пошкоджених кровоносних судин, і справа лише за тим, що поррахувати цю кількість у момент звернення було не до снаги [2, р. 192]. На підхід Ріс посилається Лорд Гофман (Lord Hoffmann) у справі *Gregg* [15, § 79].

Стосовно цього підходу, вочевидь, ключове питання, як відрізнити індетерміністичну ситуацію від детерміністичної. Ріс пропонує відрізнити ситуації так. Подія є індетерміністичною, «якщо і тільки якщо вона не могла бути передбачена у будь-який момент часу в минулому, вона не може бути передбачена в теперішньому навіть за умови необмеженого часу, ресурсів та вихідних даних, і ми не можемо уявити, як вона може стати передбачуваною в майбутньому, навіть за умови успіху наявних дослідницьких програм» [2, р. 194].

Позиція Ріс, отже, спирається на світогляд, у рамках якого заперечується універсальний детермінізм. Сприйняття або відхилення висновків Ріс залежить від того, чи поділяються світоглядні основи її підходу. Це виразно ілюструє позиція Алана Бівера (Allan Beever) [3]. Він задається питанням, чи є втрата шансу реальною втратою? І дає на нього заперечну відповідь, вибудовуючи аргументацію на фундаменті детерміністичної картини світу.

Висновки. Наразі англійський підхід до доктрини втрачених шансів можна охарактеризувати як вибіркового або диференційованого. У справах про втрату шансу на перемогу в конкурсі, а також у справах про адвокатську недбалість, яка потягла за собою втрату шансу на перемогу в суді, доктрина визнається застосовною. Натомість у справах про лікарську недбалість, яка потягла зменшення пацієнтових шансів на одужання, доктрина не застосовується, а натомість діють загальні правила доказування причинного зв'язку з кінцевим несприятливим результатом (у вигляді смерті або

погіршення здоров'я), при цьому такий причинний зв'язок має бути встановлений на основі стандарту переважаючої вірогідності. У науковій літературі висловлюються різні позиції стосовно того, що слугує судам за вирішальний критерій при проведенні вододілу між першими справами і другими. Поширеною є думка, що критерієм є характер шкоди: є це шкода майнова, чи це є шкода життю та здоров'ю. Інше припущення зводиться до розмежування договір/делікт: у першому випадку доктрина застосовна, у другому – ні. Філософськи непростий критерій пропонує Г. Піс, на думку якої все залежить від того, є та чи інша ситуація детерміністичною або індетерміністичною. Насамкінець, існує підхід, згідно з яким проблема має бути реконцептуалізована далі й перенесена на етап калькуляції розміру відшкодування – у такому разі вдасться не тільки уникнути труднощів із доказуванням причинного зв'язку, але й обійти непросте питання про те, чи є втрата шансу окремим різновидом шкоди («аргумент гачка»). Проте для застосування «аргументу гачка» потрібно продемонструвати, що втрата шансу була не єдиним наслідком протиправних дій відповідача, а, скоріше, побічним результатом іншої, фізично реєстрованої шкоди.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ

1. Turton G. A Critical Analysis of the Current Approach of the Courts and Academics to the Problem of Evidential Uncertainty in Causation in Tort Law: A thesis submitted University of Birmingham for the degree of Doctor of Philosophy. 2012. URL: <https://etheses.bham.ac.uk/id/eprint/3943/>.
2. Reece H. Losses of Chances in the Law. *The Modern Law Review*. 1996. Vol. 59, No. 2. P. 188–206.
3. Beever A. *Gregg v Scott* and loss of a chance. *University of Queensland Law Journal*. 2005. № 24 (1). P. 201–212.
4. Fordham M. Loss of Chance – A Lost Opportunity? *Gregg v. Scott*. *Singapore Journal of Legal Studies*. 2005. P. 204–217.
5. Burrows A. Comparing Compensatory Damages in Tort and Contract: Some Problematic Issues. *Torts in Commercial Law* / Edited by S. Degeling, J. Edelman, J. Goudkamp. Law Book Co., 2011. P. 367–390.
6. Stauch M. Causation, Risk, and Loss of Chance in Medical Negligence. *Oxford Journal of Legal Studies*. 1997. Vol. 17, No. 2. P. 205–225.
7. Stapleton J. Loss of the Chance of Cure from Cancer. *Modern Law Review*. 2005. Vol. 68, No. 6. P. 996–1006.
8. Stapleton J. The Gist of Negligence. *Law Quarterly Review*. 1988. Vol. 104. P. 389–409.
9. Miller C. *Gregg v. Scott*: Loss of Chance Revisited. *Law, Probability & Risk*. 2005. Vol. 4, Iss. 4. P. 227–235. DOI: <https://doi.org/10.1093/lpr/mgl002>.
10. Kadner Graziano T.M. The «Loss of a Chance» in European Private Law – «All or nothing» or partial compensation in cases of uncertain causation. *Causation in Law* / Edited by L. Tichy. Prague: Univerzita Carlova, 2007. P. 123–148.

11. *Chaplin v Hicks* [1911] 2 KB 786.
12. *Spring v Guardian Assurance plc* [1994] UKHL 7, [1995] 2 AC 296.
13. *Kitchen v Royal Air Force Association* [1958] 1 WLR 563.
14. *Hotson v East Berkshire Area Health Authority* [1987] 2 All ER 909.
15. *Gregg v Scott* [2005] UKHL 2.
16. Markesinis B. S, Deakin, S. F. *Tort law*. 3rd ed. Oxford: Clarendon press, 1994. 758 p.
17. Brazier M. (ed). *Clerk & Lindsell on Torts*. 17th ed. London: Sweet & Maxwell Ltd, 1995. 1662 p.
18. King J.H. Jr. Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences. *The Yale Law Journal*. 1981. Vol. 90, Iss. 6. P. 1353–1397.
19. Stanton K., Dugdale A. *Professional Negligence*. 2nd ed. London: Butterworths, 1989. 550 p.
20. Hill T. A Lost Chance for Compensation in the Tort of Negligence by the House of Lords. *The Modern Law Review*. 1991. Vol. 54, Iss. 4. P. 511–523.
21. Lunney M. What price a chance? *Legal Studies*. 1995. Vol. 15, No. 1. P. 1–13. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1748-121X.1995.tb00049.x>.
22. *Mallett v. McMonagle* [1970] AC 166.

REFERENCES

1. Turton, G. (2012). *A Critical Analysis of the Current Approach of the Courts and Academics to the Problem of Evidential Uncertainty in Causation in Tort Law* (A thesis submitted University of Birmingham for the degree of Doctor of Philosophy). Retrieved from <https://etheses.bham.ac.uk/id/eprint/3943/>.
2. Reece, H. (1996). Losses of Chances in the Law. *The Modern Law Review*, 59 (2), 188-206.
3. Beever, A. (2005). *Gregg v Scott* and loss of a chance. *University of Queensland Law Journal*, 24 (1), 201-212.
4. Fordham, M. (2005). Loss of Chance – A Lost Opportunity? *Gregg v. Scott*. *Singapore Journal of Legal Studies*, 204-217.
5. Burrows, A. (2011). Comparing Compensatory Damages in Tort and Contract: Some Problematic Issues. In S. Degeling, J. Edelman, & J. Goudkamp (Eds.). *Torts in Commercial Law* (pp. 367-390). Law Book Co.
6. Stauch, M. (1997). Causation, Risk, and Loss of Chance in Medical Negligence. *Oxford Journal of Legal Studies*, 17 (2), 205-225.
7. Stapleton, J. (2005). Loss of the Chance of Cure from Cancer. *Modern Law Review*, 68 (6), 996-1006.
8. Stapleton, J. (1988). The Gist of Negligence. *Law Quarterly Review*, 104, 389-409.
9. Miller, C. (2005). *Gregg v. Scott: Loss of Chance Revisited*. *Law, Probability & Risk*, 4 (4), 227-235. DOI: <https://doi.org/10.1093/lpr/mgl002>.
10. Kadner Graziano, T. M. (2007). The «Loss of a Chance» in European Private Law – «All or nothing» or partial compensation in cases of uncertain causation. In L. Tichy (Ed.). *Causation in Law* (pp. 123-148). Prague: Univerzita Carlova.
11. *Chaplin v Hicks* [1911] 2 KB 786.

12. *Spring v Guardian Assurance plc* [1994] UKHL 7, [1995] 2 AC 296.
13. *Kitchen v Royal Air Force Association* [1958] 1 WLR 563.
14. *Hotson v East Berkshire Area Health Authority* [1987] 2 All ER 909.
15. *Gregg v Scott* [2005] UKHL 2.
16. Markesinis, B. S, & Deakin, S. F. (1994). *Tort law*. 3rd ed. Oxford: Clarendon press.
17. Brazier, M. (ed). (1995). *Clerk & Lindsell on Torts*. 17th ed. London: Sweet & Maxwell Ltd.
18. King, J. H. Jr. (1981). Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences. *The Yale Law Journal*, 90 (6), 1353–1397.
19. Stanton, K., & Dugdale, A. (1989). *Professional Negligence*. (2nd ed.). London: Butterworths.
20. Hill, T. (1991). A Lost Chance for Compensation in the Tort of Negligence by the House of Lords. *The Modern Law Review*, 54 (4), 511-523.
21. Lunney, M. (1995). What price a chance? *Legal Studies*, 15 (1), 1-13. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1748-121X.1995.tb00049.x>.
22. *Mallett v. McMonagle* [1970] AC 166.

Стаття надійшла до редакції 12.04.2021

Стаття пройшла рецензування 06.05.2021

Стаття рекомендована до опублікування 21.05.2021

Б. П. КАРНАУХ

кандидат юридических наук, доцент кафедри громадянського права №1 Національного юридического університету імені Ярослава Мудрого, Україна, г. Харків

ДОКТРИНА ПОТЕРИ ШАНСА В АНГЛІЙСКОМУ ПРАВІ: В ПОИСКАХ ОПРАВДАНИЯ ДИФФЕРЕНЦИРОВАННОГО ПОДХОДА

Статья посвящена исследованию доктрины потери шанса в английском праве. Согласно этой доктрине, потеря шанса на лучший результат или на избежание худшего результата сама по себе рассматривается как отдельный вид подлежащего возмещению вреда, что позволяет истцам получить возмещение в тех случаях, когда невозможно доказать, что при отсутствии противоправных действий ответчика вредоносный результат не наступил бы, однако при условии доказанности того, что противоправные действия ответчика повлекли увеличение вероятности наступления этого результата. В статье сначала проводится обзор, в каких категориях дел английское право признает доктрину потери шанса применимой, а в каких – нет, а затем анализируются имеющиеся в литературе способы оправдания дифференцированного подхода.

Ключевые слова: причинность, потеря шанса, деликтное право, вред, убытки.

B. P. KARNAUKH

PhD in Law, Associate professor at the Department of Civil Law No. 1, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv

LOSS OF A CHANCE DOCTRINE IN ENGLISH LAW: IN SEARCH FOR JUSTIFICATION OF DIFFERENTIATED APPROACH

Problem setting. Under the loss of a chance doctrine it is recognized that loss of a chance (to obtain an advantageous result or to avoid disadvantageous result) should in itself be considered as a distinct type of compensable harm. It allows plaintiffs to obtain compensation in cases where they cannot prove that absent the defendant's misconduct the harmful result would not have occurred, yet can prove that defendant's misconduct heightened the risk of that harm eventuating. However, the amount of compensation is computed by multiplying the amount of compensation for the result by the amount of lost chance to avoid this result.

Recent research and publication analysis. On the one hand, loss of a chance doctrine is all about the concept of damage, because it effectively adds a new item to the list of compensable damage types. But on the other hand, this doctrine is all about causation, because the problem that brought it to life is the impossibility to prove causation in some perplexed cases. And the main purpose of the doctrine is to overcome this impossibility, which is achieved by reconceptualising the problem: that is, reconsidering the practical obstacle that arose in the context of proving causation, from a new angle – in the context of the concept of harm (damage).

The attitude to loss of a chance doctrine differs throughout jurisdictions: from overall denial to the broadest endorsement. However, there are many jurisdictions where the doctrine is applied selectively: in some cases it is considered appropriate, while in others it is not. This approach can be called differentiated or selective. It is inherent, in particular, in English case law.

Paper objective. The purpose of the article is to provide an overview of the cases where English courts consider loss of chance compensable and then to analyze proffered in academic literature ways to justify the differentiated approach.

Paper main body. As long as the loss of chance to win a competition is concerned, as well as in cases of lawyer's negligence (which resulted in loss of chance to win the trial) the doctrine applies. Instead, in cases of medical negligence, which reduced the patient's chances of recovery, the doctrine does not apply, and the court resorts to the conventional rules for proving the causation with the final adverse outcome (in the form of injury or death). The causal nexus must be established on the basis of preponderance of evidence standard. In academic literature a number of views were proffered to explain what justifies the distinction. One of the common views is that the nature of damage serves as the criterion: ie whether it is bodily injury or pecuniary loss. Another assumption is that distinction is between tort and contract. H. Reece offers a sophisticated account, according to which courts distinguish between deterministic and indeterministic situations. Finally, there is an

approach according to which the problem should be reconceptualised further and transferred to the stage of calculating the amount of compensation – in this case one can not only avoid difficulties with proving causation, but also can bypass the vexed question of whether loss of a chance *per se* constitutes damage (so called 'hook argument'). However, in order to apply the 'hook argument', it must be demonstrated that loss of a chance was not the sole consequence of the defendant's wrongful actions, but rather a side effect of another, physically registered damage.

Conclusion of the research. With regard to the loss of a chance doctrine English law embraces a differentiated approach: where the case concerns a chance to win a competition as well as in cases of lawyers' negligence lost chance is recognized as a compensable harm, meanwhile in medical malpractice it is not. The distinction calls for justificatory criterion. For this role the following aspects are proffered: nature of the harm (pecuniary loss or bodily injury), character of the relations between the parties (contract or tort) and the type of situation at hand (deterministic or indeterministic).

Key words: causation, loss of chance, tort law, harm, damage.

Short Abstract for an article

The article addresses loss of a chance doctrine in English law. Under this doctrine, the loss of a chance for a better result (or a chance to avoid a worse result) is in itself considered as a distinct type of compensable damage, which allows plaintiffs to obtain compensation in cases where it is impossible to prove that in the absence of the defendant's wrongdoing harmful result would not have occurred, provided that the defendant's wrongdoing increased the harmful result. The article first examines in which categories of cases English law considers the doctrine to be applicable and in which it does not, and then analyses proffered in academic literature ways to justify the differentiated approach.

Key words: causation, loss of chance, tort law, harm, damage.

Article details:

Received: 12 April 2021

Revised: 06 May 2021

Accepted: 21 May 2021

Рекомендоване цитування: Карнаух Б. П. Доктрина втраченого шансу в англійському праві: у пошуках виправдання диференційованого підходу. *Економічна теорія та право*. 2021. №2 (45). С. 114–129. DOI: <https://doi.org/10.31359/2411-5584-2021-45-2-114>.

Suggested Citation: Karnaukh, B. P. (2021). Doktryna vtrachenoho shansu v anhliiskomu pravi: u poshukakh vypravdannya dyferentsiiovanoho pidkhodu [Loss of a chance doctrine in English law: in search for justification of differentiated approach]. *Ekonomichna teoriia ta pravo – Economic Theory and Law*, 2 (45), 114-129. DOI: <https://doi.org/10.31359/2411-5584-2021-45-2-114>.