

ПРЕДЕЛЫ ПРИМЕНЕНИЯ ДОКТРИНЫ LOSS OF CHANCE В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

Научный руководитель: Тунян Араик Георгиевич, Кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой гражданского права и гражданско-процессуального права Российско-Армянского Университета.

Автор: Мнацаканян Эмма Самвеловна, магистрант 1-ого курса по направлению “Корпоративный юрист”, Российско-Армянского Университет.

Аннотация. Доктрина loss of chance, как новелла в теории возмещения убытков, в основном применяется в странах англо-саксонской правовой системы. В связи с тем, что в настоящее время указанная доктрина применяется к разным спорам, возникающим из договорных правоотношений, в том числе и по спорам об ошибочных диагнозах в медицине, возникает необходимость определения пределов применения доктрины loss of chance. В настоящей статье предметом исследования является возможность расширения сферы применения данной доктрины. Однако данная позиция имеет своей целью определение и обоснование оснований применения доктрины loss of chance по каждому делу. В то же время при отсутствии единой концепции по применению данной доктрины целесообразно выявить принципы и основания ее применения посредством изучения судебных прецедентов.

Ключевые слова: доктрина loss of chance, небрежность, вред, пределы применения.

Supervisor: Arayik G. Tunyan, Candidate of Law, Associate Professor, Head of the Department of Civil Law and Civil Procedure Law of the Russian-Armenian University

Author of article: Master's student
Mnatsakanyan Emma, the 1st year of
Master's degree in "Corporate lawyer",
Russian-Armenian University.

THE FRAMEWORK OF APPLICABILITY LOSS OF CHANCE DOCTRINE IN CIVIL LAW

Abstract. The doctrine of loss of chance as a novel in the theory of damages is mainly applied in the countries of the Anglo-Saxon legal system. Due to the fact that this doctrine is currently applied to various disputes arising from contractual relations, including disputes about erroneous diagnoses in medicine, it becomes necessary to determine the limits of application of the loss of chance doctrine. In this article, the subject of research is the possibility of expanding the scope of this doctrine. However, this position has as its goal the determination and justification of the grounds for applying the loss of chance doctrine in each case. At the same time, in the absence of a unified concept for the application of this doctrine, it is advisable to identify the principles and grounds for its application by studying judicial precedents.

Keywords: loss of chance doctrine, negligence, damage, the framework of applicability.

Институт возмещения вреда является краеугольным средством защиты прав и законных интересов гражданина и, как совокупность гражданско-правовых норм, регулирует ответственность правонарушителя за причинение вреда потерпевшему. Требование о возмещении убытков является универсальным способом защиты гражданских прав, но такой способ редко применяется в правоприменительной практике Российской Федерации (далее – "РФ"). Такая ситуация обусловлена отсутствием четких установленных правил исчисления убытков, конкретных способов и методов определения размера убытков в зависимости от конкретного спора.

Доктрина loss of chance или, как известно в российской юриспруденции, доктрина утраты благоприятной возможности подразумевает предоставление права участнику гражданских правоотношений получить возмещение убытков также в тех случаях, когда потерпевший не может доказать причинение правонарушителем вреда в результате невыполнения или ненадлежащего выполнения обязательства. Можно заметить, что

данная характеристика доктрины является довольно абстрактным в связи с тем, что причинение вреда не всегда связывается с невыполнением или ненадлежащим выполнением обязательств и не сводится только к договорному праву. Юристы по деликтному праву в США утверждают, что правила доктрины loss of chance могут быть применимы только по делам об ошибочных диагнозах в медицинской сфере. В частности, данный подход объясняется тем, что врач ошибочно диагностирует или лечит болезнь пациента, в результате чего последний несет страдания. В данном случае врач обязан нести ответственность перед пациентом за потерю шанса последнего определить свою болезнь и правильно излечиться от нее. Однако в случаях, когда шанс излечения меньше 50 %, то истец в силу доктрины loss of chance может доказать, что такая небрежность причинила его здоровью вред именно в соответствующих процентах. В правоприменительной практике РФ господствует правило возмещения убытков «всё или ничего», т.е. российские суды отказывают в рассмотрении исковых заявлений о возмещении убытков, если утраченный шанс составляет менее 50 %. Таким образом, доктрина loss of chance вытекает из теории “вероятностной причинно-следственной связи” (“probabilistic causation”), если использовать ее в целях привлечения врача к ответственности за вред причиненный пациенту, одновременно учитывая то, что вред здоровью пациента был бы причинен даже при правильной диагностике и лечении. Например, если вероятность излечения от болезни составляла 40 % согласно теории “вероятностной причинно-следственной связи” как правило, врач будет нести ответственность за 40 % вреда, причиненного пациенту, потому что врач лишил пациента 40 % “шанса” избежать вреда.

В настоящее время дискутируется вопрос толкования и применения доктрины loss of chance. В частности, одни ученые толкуют доктрины в узком, другие - в широком смысле. Многие суды и сторонники толкования данной доктрины в узком смысле утверждают, что теория вероятностной причинности должна быть применима строго по определенным спорам. Тем не менее, на сегодняшний день не существует четко установленного способа разграничения категорий дел, к которым может быть применима доктрина loss of chance и вопрос о ее применимости разрешается по усмотрению суда в зависимости от конкретных обстоятельств дела. Содержание доктрины раскрывается в соотношении с бременем доказывания о причинно-следственной связи между действиями

(бездействием) ответчика и наступлением вреда. Для доказывания того, что факт является правдивым по правилам бремени доказывания истец должен убедить, что такой факт, скорее всего правда, нежели неправда. Иными словами, как судьи и правоведаы по поводу данного вопроса часто отмечают, то истец должен убедить суд в 50 % существовании вероятности того, что приведенные им в качестве обоснований своих требований доводы являются достоверными. Однако следует отметить, что установление наличия достоверности факта по процентным измерениям с математической точностью часто приводит к трудностям, т.к. не все доказательства могут с математической точностью определить достоверность того или иного факта по конкретному делу. Следовательно, доказательство должно быть весомым, чтобы убедить суд в достоверности конкретного фактического обстоятельства, причинно-следственной связи между противоправным поведением и наступившим неблагоприятным последствием. С этой точки зрения, следует обратить внимание на то, что доктрина loss of chance обходит известное процессуальной науке правило бремени доказывания и допускает вывод о причинно-следственной связи, даже если истец не представил достаточных доказательств в поддержку установления причинно-следственной связи.

Более дискуссионным представляется применение доктрины loss of a chance по деликтным спорам, где причинение вреда является основанием иска, и истец не может использовать правило бремени доказывания в целях установления факта причинения ответчиком вреда в общеизвестном понимании. Предположим, что ответчик умышленно представил недостоверные факты, в результате чего истец воздерживался от участия в коммерческом предприятии, которое имеет 40 % вероятности получения прибыли. Если истец подаст в суд против ответчика за мошенничество, то проиграет при традиционном подходе. Истец не может доказать, что ответчик причинил ущерб (экономический ущерб), т.к. существовала 60 % вероятность того, что неблагоприятные последствия для истца не наступили. Суд прибегнет к применению доктрины loss of chance только с использованием нетрадиционного определения понятие “вреда”. Это возможно только при внедрении правила “шанс имеет ценность” и суд, применяя указанное правило в аналогичных случаях, определит, что каждый потерянный шанс получить прибыль является ценностью, а потеря этого шанса и есть экономический вред, квалифицируемый как вред в юридическом понимании этого понятия. Впоследствии суд оценит ущерб путем

соотношения ожидаемой прибыли с 40 % вероятностью возникновения прибыли. Вышеуказанный способ установления размера убытков путем использования доктрины loss of chance является спорным, потому что некоторые правоведы считают, что это обходит известное праву требование, согласно которому истец должен доказать причиненный вред посредством правил бремени доказывания¹.

Как указали выше, доктрина loss of chance употребляется в узком и широком смысле. Интересным представляется определение узкого понимания доктрины ученым, профессором Дэном Доббсом, согласно которому доктрина loss of chance в узком смысле включает неспособность защитить человека от ранее существовавшего состояния². Суды США применяют доктрину исходя из указанной характеристики чаще всего по делам о медицинской халатности, когда врач неправильно диагностирует или лечит болезнь пациента. Например, в деле DeBurkarte v. Louvar врач-ответчик по небрежности не смог диагностировать рак молочной железы истца³. Эксперты утверждали, что если бы ответчик действовал разумно с достаточной осмотрительностью, рак был бы диагностирован и вылечен на более ранней стадии, и у истца был бы 50% шанс прожить еще десять лет. Во время обнаружения болезни и ее лечения шансы истца на выживание в течение десяти лет были близки к нулю. Истец не мог доказать в соответствии с правилами стандарта доказательств, что она пострадала от небрежности ответчика, так как она потеряла менее 50% шансов на выживание. Тем не менее, суд постановил, что она может подать в суд за потерянные шансы, то есть около 50% ущерба от рака. В данном случае, принятие доктрины loss of chance изменяет одно из самых основных правил гражданского судопроизводства, правило, которое берет свое начало в древнеанглийском праве, - что истец обязан доказывать все элементы своего иска, чтобы превалировать при участии в деле⁴. Несмотря на то, что в настоящей статье было указано узкое толкование

¹ E.g., Vaughn Black, Not a Chance: Comments on Waddams, The Valuation of Chances, 70 CANADIAN Bus. L.J. 96, 98 (1998) (In addressing the argument that the loss of a chance itself is harm, Black responds that "all cases of causal uncertainty may potentially be converted into loss of chance cases by such a redescription of the harm.").

² Dan Dobbs, The Law of Torts, *supra* note 7, § 178, at 434-38. See *Herskovits v. Group Health Co-op. of Puget Sound*, 664 P.2d 474, 477 (Wash. 1983). This is a medical malpractice case where defendant reduced decedent's chance of surviving lung cancer by negligently failing to diagnose the disease in a timely manner; the court applied loss of a chance because defendant "failed in a *duty* to protect against harm from *another source*." *Id.* at 477. The doctrine does not apply to cases where "defendant's act or omission set in motion a force which resulted in harm."

³ DeBurkarte v. Louvar 393 N.W.2d 131 (Iowa 1986).

⁴ John W. Strong, McCormick on evidence 422 (5th ed., 1999). American medical malpractice suits can be traced to the 18th century (*Cross v. Guthery*, 2 Root 90 (Conn. Super. Ct. 1794)). For a description of the elements of such

доктрины на примере судебного дела, однако такая трактовка на практике включает огромное количество случаев, например, причинение вреда источником повышенной опасности. Однако при применении судом правил доктрины к делам о возмещении вреда, причиненного источником повышенной опасности, суды сталкиваются с проблемой определения основания ее применения, потому что необходимо определить какой шанс был утрачен. По нашему мнению, доктрина *loss of chance* и ее способ определения вреда может применяться к делам о возмещении вреда, причиненного деятельностью, создающей повышенную опасность для окружающих в тех случаях, когда вследствие такого причинения вреда потерпевший проваливает заключение выгодной для него сделки, то в части утраты шанса заключения такой сделки можно требовать возмещение вреда в свете указанной доктрины. Но, если потерпевший в результате причинения вреда деятельностью, создающей повышенную опасность для окружающих, не утратил какой-либо шанс, то считаем, что доктрина утраты благоприятной возможности не применима, а следует применять специальные нормы гражданского законодательства о возмещении вреда, причиненного деятельностью, создающей повышенную опасность для окружающих.

Однако в противовес вышеуказанному мнению, многие авторы считают, что в любом случае, когда ответчик создает риск причинения вреда истцу, он обязательно лишает истца возможности избежать травм⁵. В частности, последние утверждают, что если, например, ответчик подвергает истца воздействию радиации, которая создает 10 % вероятности возникновения у истца рака, ответчик лишает истца 10 % вероятности избежать рака. Британское Содружество признает широкое толкование доктрины и применяет ее, конечно, не по всем делам, а только по тем спорам, где имеют место экономические потери истца и только в ограниченном диапазоне причинно-следственных проблем, возникающих в этих случаях⁶. Параллельно, английские правоведы утверждают, что еще один фактор потенциально расширяет применимость доктрины *loss of chance*:

claim according to the traditional rule see W. Page Keeton et al., *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, at 164-165 (5th ed. 1984).

⁵ Jane Stapleton, *The Gist of Negligence* (pt. 2), 104 *LAW Q. REV.* 389, 394-95 (1988) [hereinafter Stapleton, *The Gist of Negligence* (pt. 2)], *supra* note 36, at 394; Timothy Hill, *A Lost Chance for Compensation in the Tort of Negligence by the House of Lords*, 54 *MOD. L. Rev.* 511, 517 (1991), *supra* note 36, at 517; Stephen R. Perry, *Protected Interests and Undertakings in the Law of Negligence*, 42 *U. OF TORONTO L. J.* 247, 255 (1992); David P.T. Price, *Causation-The Lords' Lost Chance?*, 38 *INT'L & Comp. L. Q.* 735, 735-36 (1989), *supra* note 36, at 255; Price, *supra* note 36, at 735-36.

⁶ See *infra* notes 204-26 and accompanying text.

последний не ограничивается случаями, когда вред уже причинен (“proportional damage recovery”)⁷. Как показывают следующие примеры, доктрина может применяться с равными возможностями в случаях, когда вред еще не причинен (“proportional risk”)⁸. Тот, кто подвергает другого воздействию радиации, создавая определенный процентный риск возникновения рака и одновременно лишает потерпевшего 10 процентов шанса избежать рака, даже если этот человек не заболел раком во время испытания⁹. Врач, который по неосторожности не в состоянии диагностировать заболевание, тем самым уменьшая шансы истца на выживание, одновременно уменьшает этот шанс на выживание, даже если пациент еще жив во время судебного разбирательства дела¹⁰.

Таким образом, широкая трактовка доктрины loss of chance применяется в случаях, когда ответчик создает риск, а также в случаях, когда ответчик не может защитить истца от неблагоприятных последствий в виде вреда, причиненного источником повышенной опасности. Однако считаем, что такое широкое толкование неразумно, с той точки зрения, что, во-первых, в типичных делах отсутствует потеря шанса в чистом виде, и во-вторых, что в момент рассмотрения аналогичных дел следует руководствоваться правилом о наличии причинно-следственной связи между причинением вреда здоровью истца и возникновением у него неблагоприятного последствия в виде рака. Иными словами, рак у истца мог возникнуть не только как результат радиации, но и при ведении нездорового образа жизнедеятельности.

В известных судебных делах как *Murrey v. United States*, *Wendland v. Sparks*, *Falcon v. Memorial Hosp.*, судьи в качестве основного обоснования применения доктрины loss of chance указывают, что если истец не может доказать ущерб в общем порядке, шанс получить выгоду или избежать причинение вреда сам по себе имеет ценность, которая

⁷ See *infra* notes 133-44 and accompanying text.

⁸ King, *Reduction of Likelihood*, *supra* note 27, at 502, 509, 544; Stapleton, *The Gist of Negligence* (pt.2), *supra* note 36, at 394-95; Melissa Moore Thompson, Comment, *Enhanced Risk of Disease Claims: Limiting Recovery to Compensation for Loss, Not Chance*, 72 N.C. L. Rev. 453, 453-54 (1994). Commonwealth cases have applied the loss of a chance approach to cases involving future economic loss. Stapleton, *The Gist of Negligence* (pt. 2), *supra* note 36, at 394-95. See, e.g., *D.W. Moore & Co. v. Ferrier*, 1 All E.R. 400 (Eng. C.A. 1987). The negligent drafting of covenant not to compete gave rise to a tort cause of action at the time the contract was drafted and not at the time the partner subject to the covenant left the firm. *Id.* This is because a properly drafted covenant had value at the time of contracting. *Id.* Damages are to be determined as of the time of contracting by taking into account the chance that the partner would leave the firm in the future.

⁹ Hill, *supra* note 36, at 517.

¹⁰ E.g., *Claudet v. Weyrich*, 662 So. 2d 131, 132 (La. Ct. App. 1995) (living plaintiff could recover for reduction of chance of survival from 75 percent to 42 percent); see Mangan, *supra* note 1, at 309.

имеет право защиты¹¹. Таким образом, лишение этой возможности следует рассматривать как ущерб, приводящий к действительному правонарушению¹². Характеристика вреда как утраты возможности избежать вреда (или получения выгоды) освобождает истца от бремени доказывания того, что вред (или упущенная выгода) причинен. В то же время сохраняется требование, чтобы истец доказывал ущерб по правилам стандарта бремени доказывания. Тем не менее, следует обратить внимание, что при характеристике теории “шанс имеет ценность” зачастую легче доказать действительный вред. Обычно легче доказать, что ответчик создал риск причинения вреда (или риск потери выгоды), чем доказать, что ответчик причинил вред (или упущенную выгоду)¹³. Вывод о том, что “шанс имеет ценность”, основан на том, что шанс выигрыша в судебном деле или шанс излечения от смертельной болезни признается ценным, за что потерпевший был бы готов совершить любые действия во избежание неблагоприятных последствий. Суды, признающие теорию, что шансы имеют ценность, должны логически признавать ее ценность как при действиях, уменьшающих такой шанс, а также лишающих. То есть, если ответчик своими противоправными действиями уменьшает шанс истца на получение выгоды от 60 до 40 процентов, вследствие чего истец не получает выгоду, ответчик должен быть ответственным за 20 процентов упущенной выгоды. Одновременно, следует обратить внимание на то, что ответчик должен нести ответственность не только за полное лишение истца какого-то шанса, но в том числе и при неполном лишении такого шанса.

В заключении следует отметить, что настоящая статья была нацелена на определение способов применения судами доктрины loss of chance. Исследование показало, что теория “шанс имеет ценность”, а также соображения справедливости, основанные на трудности доказывания причинно-следственной связи, были полезны для ограничительного толкования доктрины. Обратим внимание на то, что с одной стороны

¹¹ Murrey v. United States, 73 F.3d 1448, 1454 (7th Cir. 1996); Wendland v. Sparks, 574 N.W.2d 327, 331 (Iowa 1998); Falcon v. Memorial Hosp., 462 N.W.2d 44, 57 (Mich. 1990); Wollen v. DePaul Health Ctr., 828 S.W.2d 681, 684 (Mo. 1992); Hugh Evans, Damages for the Loss of a Chance (Damages for Solicitors' Negligence, part 3), 8 PROF. NEGL. 85, 87-88 (1992); King, Causation, Valuation, and Chance, supra note 46, at 138; S. M. Waddams, Damages: Assessment of Uncertainties, 13 J. CONT. L. 55, 60-61 (1998), Stephen F. Brennwald, Comment, Proving Causation in "Loss of a Chance" Cases: A Proportional Approach, 34 CATH. U. L. REV. 747, 752-53, 766-74 (1985).

¹² Wendland, 574 N.W.2d at 330; Falcon, 462 N.W.2d at 48; Wollen, 828 S.W.2d at 684; Perez v. Las Vegas Medical Ctr., 805 P.2d 589, 589 (Nev. 1991); King, Causation, Valuation, and Chance, supra note 46, at 1376, 1381; Brennwald, supra note 54, at 768-72.

¹³ King, Causation, Valuation, and Chance, supra note 46, at 1374; Wex S. Malone, Ruminations on Cause-In-Fact, 9 STAN. L. REV. 60, 80 (1956).

доктрина loss of chance предоставляет широкие возможности возместить вред потерпевшему путем нарушения требования гражданского судопроизводства о перевесе доказательств, однако, учитывая обоснованные доказательства по делу, восстанавливать нарушенные неимущественные права участников гражданских правоотношений. Суды Англии часто применяют доктрину в случаях экономических потерь. В этом отношении они более склонны применить вытекающие из доктрины loss of chance правила определения убытков, чем суды Соединенных Штатов. При неспособности установления круга споров, к которым применяется доктрина, возникает вопрос о целесообразности широкого применения этой доктрины ко всем случаям экономических потерь. Одновременно, считаем, что доктрину loss of chance следует применять исходя из определения ценности утраченного шанса или упущенной выгоды. По некоторым спорам, где противоправное поведение правонарушителя могло и не сыграть роли для наступления неблагоприятных последствий для потерпевшего, считаем, что суды при оценке противоправности действия (бездействия) правонарушителя должны исходить из главного элемента деликтных правоотношений, а именно наличия причинно-следственной связи между правонарушением и наступившим последствием, и при оценке указанного элемента вместе с другими обстоятельствами дела, применять правила доктрины loss of chance и ее механизм определения вреда.

Список использованной литературы

1. Stephen F. Brennwald, Comment, Proving Causation in "Loss of a Chance" Cases: A Proportional Approach, 34 CATH. U. L. REV. 747, 752-53, 766-74 (1985).
2. DeBurkarte v. Louvar 393 N.W.2d 131 (Iowa 1986).
3. D.W. Moore & Co. v. Ferrier, 1 All E.R. 400 (Eng. C.A. 1987).
4. Jane Stapleton, The Gist of Negligence (pt. 2), 104 LAW Q. REV. 389, 394-95 (1988).
5. David P.T. Price, Causation-The Lords' Lost Chance?, 38 INT'L & Comp. L. Q. 735, 735-36 (1989).
6. Falcon v. Memorial Hosp., 462 N.W.2d 44, 57 (Mich. 1990).
7. Timothy Hill, A Lost Chance for Compensation in the Tort of Negligence by the House of Lords, 54 MOD. L. Rev. 511, 517 (1991).
8. Wollen v. DePaul Health Ctr., 828 S.W.2d 681, 684 (Mo. 1992).
9. Hugh Evans, Damages for the Loss of a Chance (Damages for Solicitors' Negligence, part 3), 8 PROF. NEGL. 85, 87-88 (1992).
10. Melissa Moore Thompson, Comment, Enhanced Risk of Disease Claims: Limiting Recovery to Compensation for Loss, Not Chance, 72 N.C. L. Rev. 453, 453-54 (1994).
11. Claudet v. Weyrich, 662 So. 2d 131, 132 (La. Ct. App. 1995).
12. Murrey v. United States, 73 F.3d 1448, 1454 (7th Cir. 1996).
13. Wendland v. Sparks, 574 N.W.2d 327, 331 (Iowa 1998).
14. Vaughn Black, Not a Chance: Comments on Waddams, The Valuation of Chances, 70 CANADIAN Bus. L.J. 96, 98 (1998).
15. S. M. Waddams, Damages: Assessment of Uncertainties, 13 J. CONT. L. 55, 60-61 (1998).
16. John W. Strong, McCormick on evidence 422 (5th ed., 1999).
17. Dan B. Dobbs, The Law of Torts (American Casebooks): Hornbook Series, Practitioner treatise series, West Group, 2000, 1606 pages.
18. Restatement Of The Law (2d) Of Torts, With Appendices, Vols. 1 & 2.
19. Shnoor, Boaz and Bacon-Shnoor, Naomi, Cases, Judges, States, or Politics – What is it that Changes the Law? A Study of States' Supreme Courts Decisions to Accept or Reject the Loss of Chance Doctrine (July 8, 2011). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1881652> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1881652>.