

## PIERDEREA ȘANSEI – PREJUDICIU REPARABIL

SACHE NECULAESCU\*

### Abstract

The author examines issues raised by the loss of opportunity - loss recoverable under the new Civil Code in relation to the Civil Code in force, highlighting the qualities and especially the shortcomings of the new civil code definition.

**Keywords:** Injury subject repair, the new Civil Code, injury suffered by luck loss.

**1. Noțiune și caracterizare.** Șansa face parte din viața fiecăruia dintre noi, reprezentând posibilitatea producerii sau evitării unor evenimente care ne pot marca întreaga evoluție, pe toate planurile existenței noastre. Întâmplările care ne însoțesc de-a lungul vieții, chiar și cele aparent banale, ne desenează, de fiecare dată, un alt traseu al vieții, salvându-ne dintr-un accident ce putea fi mortal sau care ne putea afecta integritatea fizică, altele influențându-ne, în bine sau în rău, cariera profesională, evoluția familială sau socială.

De altfel, însăși viața a apărut ca urmare a unei șanse. Așa cum remarcă un spirit rafinat al zilelor noastre, „șansa apariției vieții, în varianta ei supremă, cea care culminează cu regnul uman, va fi fost extrem de redusă.

Cu alte cuvinte, e un miracol că această șansă s-a actualizat. Dar, un miracol la fel de spectaculos, un miracol de fiecare clipă, e faptul însuși că, odată născuți, subzistăm, supraviețuim, „ne salvăm, pe un amplu fundal de primejdii”, în condițiile în care „suntem înconjurați de viruși, de cataclisme potențiale, de mecanisme imperfecte, de semeni iresponsabili sau direct criminali, așa încât probabilitatea de a ajunge cu bine la capătul acestei curse este minimă”. Dacă interesul dreptului față de hazard, alea, s-a făcut simțit în domeniul contractului, cu specială trimitere la contractele aleatorii, el se face prezent și în domeniul delictului civil, celălalt izvor principal de obligații civile.

Aici, pierderea șansei capătă relevanță juridică doar când este urmarea unei conduite culpabile a altuia, prin care se intervine într-o evoluție sau procedură și astfel se irosește posibilitatea producerii unui eveniment favorabil așteptat de

---

\* Conf. univ. dr. Sache Neculaescu, la Universitatea „Valahia” Târgoviște. E-mail: [sache\\_neculaescu@yahoo.com](mailto:sache_neculaescu@yahoo.com).

victimă, concretizat, fie într-un câștig, fie în evitarea unei pierderi prin fapte precum: neformularea în termen de către avocat a căii de atac sau nedepunerea unor înscrisuri semnificative cauzei, determinând astfel pierderea procesului pentru care a fost angajat de victimă, fapta medicului de a nu-și fi îndeplinit obligațiile de îngrijire a pacientului, cauzându-i sau favorizându-i decesul sau o infirmitate, fapta culpabilă a unui terț de a fi împiedicat participarea la o competiție la care victima se putea plasa printre câștigători etc. Irosirea șansei datorată propriei atitudini de a nu participa la o competiție ori datorată propriei fapte de a nu ataca o hotărâre judecătorească vădit nelegală, de a nu respecta prescripțiile medicale, nu antrenează consecințele juridice specifice pierderii șansei. Aplecarea instanțelor asupra prejudiciilor suferite ca urmare a pierderii unor șanse s-a făcut simțită în Franța, încă din sec. al XIX-lea.

Doctrina consemnează o speță soluționată la 17 iulie 1889, în care au fost acordate daune-interese pentru șansa irosită de a fi câștigat un proces care nu și-a urmat cursul ca urmare a culpei unui funcționar ministerial. Un alt exemplu, devenit la fel de clasic, este acela care privește neparticiparea unui cal de curse la o competiție din cauza întârzierii transportatorului, privând astfel pe proprietar de șansa obținerii unui premiu, sau cazul unui pictor care nu și-a putut expune la timp pânzele pictate, pierzând șansa de a fi laureat. Practica indemnizării acestui tip de prejudicii este tot mai bogată, evidențiindu-se cazurile din domeniul judiciar, unde se pune problema aprecierii contribuției pe care a avut-o fapta culpabilă a avocatului sau a altui auxiliar al justiției la pierderea procesului, precum și cele din domeniul medical, unde decesul, înrăutățirea stării de sănătate sau nașterea cu handicap sunt atribuite culpei medicale.

Curtea de casație franceză a definit pierderea șansei ca fiind „element al prejudiciului constituit de pierderea unei șanse care poate prezenta el însuși caracter direct și cert (condiții ale indemnizării) de fiecare dată când se constată dispariția, ca efect al delictului, a probabilității unui eveniment favorabil, deși, prin definiție realizarea unei șanse nu este niciodată certă”. Mai recent, aceeași instanță definește pierderea șansei „dispariția actuală și certă a unei eventualități favorabile”.

La rândul ei, doctrina consideră că „dacă șansa realizării unui câștig sau a evitării unei pierderi, era serioasă, faptul de care a fost privată victima constituie prejudiciu reparabil în măsura în care poate fi analizat ca dispariție certă a unei eventualități favorabile”. Într-o formulă mai sintetică, autorii unui tratat privind dreptul responsabilității și al contractelor definește pierderea șansei ca fiind „dispariția probabilității unui eveniment favorabil atunci când șansa părea suficient de serioasă”.

Deși doctrina vorbește unanim de „pierderea șansei”, ceea ce interesează de fapt din perspectiva dreptului civil este doar prejudiciul suferit ca urmare a acestui eveniment. El este astfel denumit pentru a nu fi confundat cu prejudiciul final, reprezentat de avantajul de care a fost lipsită victima, sau pierderea de care putea fi ferită dacă evenimentul favorabil s-ar fi realizat.

Privită din perspectiva certitudinii prejudiciului suferit de victimă, teoria pierderii șansei reprezintă coexistența a două componente contradictorii: o probabilitate de realizare a evenimentului favorabil fără fapta culpabilă a autorului, care presupune luarea în considerare a unui element aleatoriu și o certitudine, aceea că fără această faptă, evenimentul favorabil s-ar fi putut realiza, care ține de legătura de cauzalitate. Construcția conceptului de pierdere a șansei are în vedere preocuparea de a concilia cele două componente contradictorii ale certitudinii, fără a face excese într-o direcție sau alta. Concluzia care se impune este că un prejudiciu poate fi invocat ori de câte ori o șansă de a fi fost evitat a existat și ea a fost pierdută.

Semantic, sintagma „pierderea șansei”, deși consacrată în doctrină și jurisprudență, este ambiguă, câtă vreme, așa cum am văzut, dreptul nu se interesează de orice pierdere de șansă ci doar de cea care poate fi imputată cuiva, de „pierderea șansei datorată faptei culpabile a altuia”.

Nici definițiile avansate acesteia nu sunt mai lămuritoare, pentru că „dispariția unei eventualități favorabile” nu este suficientă pentru a ne plasa într-o ipoteză a pierderii de șansă, fiind necesar un prejudiciu, premiza oricărei ipoteze de răspundere delictuală.

Pe de altă parte, multe dintre prejudiciile produse prin pierderea șansei, cum sunt cele din domeniul medical, cele care privesc șansa de a se vindeca de o afecțiune sau șansa de a supraviețui, se dovedesc a fi, în mare parte, prejudicii morale, realitate care va trebui să rezulte din definiția pierderii de șansă. Chiar dacă nu putem nutri speranța impunerii unei noi terminologii în materie, ne îngăduim totuși să avansăm o altă definiție a prejudiciului suferit ca urmare a pierderii șansei ca fiind consecințele prejudiciabile în plan economic și moral pe care le produce fapta celui care împiedică producerea unui eveniment favorabil a cărui probabilitate de a se fi produs este suficient de bine conturată.

**2. Clasificarea prejudiciilor suferite prin pierderea șansei.** Șansele de a câștiga sau de a pierde sunt extrem de diverse, ele acoperind întreaga noastră existență.

Sistematizând cazuistica în această materie, s-ar putea distinge următoarele categorii:

**a)** pierderea șansei atașate unui drept de care victima a fost privată, categorie din care fac parte prejudiciile cauzate în domeniul judiciar cauzate de un malpraxis al avocatului sau a altui auxiliar al justiției; pierderea șansei de a încheia un contract, pierderea șansei de a beneficia de un avantaj care n-a fost valorificat din cauza unei false informații primite în perioada precontractuală etc;

**b)** pierderea șansei de ameliorare a situației sociale (profesionale, școlare, universitare) prin punerea victimei în situația de a-și întrerupe studiile și deci compromiterea carierei acesteia, pierderea șansei de a beneficia de efectele unei evoluții profesionale promițătoare a soțului sau a soției, neparticiparea unui pictor la o expoziție care i-ar fi putut aduce un premiu, neparticiparea unui cal la o cursă pe care ar fi putut-o câștiga etc.

c) pierderea șansei în domeniul medical. Această ultimă categorie are o evoluție spectaculoasă în jurisprudența ultimilor ani.

Doctrina distinge între: prejudiciul suferit ca urmare a pierderii șansei de a se însănătoși sau de a supraviețui. Această șansă trebuie să reprezinte un efect virtual al accidentului și nu doar o simplă eventualitate.

Astfel, o speță din jurisprudența franceză privește cazul chirurgului care, pentru o operație estetică asupra unei paciente, a anesteziat-o local, provocându-i o sincopă cardiacă și decesul. I s-a imputat medicului pierderea șansei de supraviețuire a victimei, prin aceea că n-a apelat la un anesteziat și că n-a luat măsurile de tratament specifice accidentului convulsiv; – prejudiciul suferit ca urmare a nașterii unui copil cu handicap, efect al tratamentului medical inadecvat acordat mamei de către medic pe timpul sarcinii.

Nașterea unui copil handicapat reprezintă subiectul unei nesfârșite dispute, atât în lumea juridică cât și în cea medicală, discuția purtându-se, atât pe argumente juridice cât și pe considerente de ordin etic pe care le suscită, atât „șansa de a nu avea copii” cât mai ales „șansa de a nu se naște”, exprimări care, prin ele însele, trezesc reacții dintre cele mai diverse, uneori chiar ostile.

În Franța, cauza Perruche constituie precedentul cel mai important care a influențat o întregă evoluție, atât doctrinară cât și jurisprudențială în această materie. Însărcinată în luna a 4-a, Josette Perruche a descoperit că prezintă simptome de rubeolă, fiind decisă să întrerupă sarcina pentru a nu da naștere unui copil cu un posibil handicap. În urma unor teste de specialitate, medicul a asigurat-o pe viitoarea mamă că afecțiunea nu va afecta nașterea fătului. La 14 ianuarie 1983, micuțul Nicolas a venit pe lume suferind de sindromul Gregg, un ansamblu de probleme și anomalii grave care grupează tulburări neurologice, surzenie, leziuni oculare (chiar orbire), cardiopatie și defecte motorii, făcând necesară asistența permanentă a unei terțe persoane. Soții Perruche au formulat două acțiuni: prima numită *wrongful birth*, prin care au cerut indemnizarea pentru nașterea unui copil nedorit datorită handicapului, acțiune care a fost admisă cu motivarea că „erorile medicale le-au indus credința greșită că mama este imunizată și copilul se va naște normal” și alta *wrongful life (loss of expectation of life)* în numele copilului, admisă și ea, motivându-se că „din moment ce greșelile comise de doctor și de laborator în executarea contractelor încheiate cu doamna Perruche au împiedicat-o pe aceasta să-și exercite dreptul de a întrerupe sarcina pentru a evita nașterea unui copil cu handicap, acesta din urmă poate pretinde repararea prejudiciului rezultat din handicap și cauzat de erorile reținute mai sus”.

**3. Condițiile pierderii de șansă.** Pentru a ne afla în fața unui prejudiciu supus reparației pentru pierderea șansei, se cer două condiții: a) șansa trebuie să fie reală. Se consideră că șansa a fost pierdută atunci când putea fi evitat prejudiciul final, când făptuitorul a întrerupt o evoluție a unor fapte sau împrejurări care puteau fi sursa unui avantaj sau a unei pierderi. Sarcina probei o are victima și ea privește, în principal, legătura de cauzalitate între faptul generator și prejudiciul suferit prin

pierderea șansei. Pentru ca șansa să fie considerată reală trebuie să fie susceptibilă de o apreciere obiectivă, ceea ce înseamnă că posibilitatea evenimentului favorabil trebuie să fie mai mult decât o simplă dorință subiectivă a victimei.

Când se analizează realitatea șansei, se are în vedere certitudinea legăturii de cauzalitate. Potrivit doctrinei, această certitudine nu trebuie să fie absolută. Este necesară o certitudine judiciară care presupune un grad ridicat de verosimilitate, având drept criteriu de apreciere cursul normal al lucrurilor.

Dacă în cazul prejudiciilor cauzate prin soluțiile pronunțate de justiție, aprecierea judecătorului este suficientă pentru a concluziona existența sau inexistența prejudiciului la care a fost expusă victima, în celelalte ipoteze, unde stabilirea caracterului cert al raportului de cauzalitate presupune cunoștințe de strictă specialitate, cum ar fi prejudiciile prin pierderea șansei de a participa la anumite competiții sportive sau prejudiciile prin pierderea șansei de supraviețuire sau de vindecare ori cele suferite ca urmare a nașterii cu handicap, se apelează la experți pe diferitele domenii în care se plasează prejudiciul pretins; **b)** șansa trebuie să fie serioasă. Se poate vorbi de o șansă serioasă când probabilitatea unui eveniment favorabil este semnificativă. Prin șansă pierdută se înțelege o pierdere definitivă, când dispare orice posibilitate de a se evita o pierdere sau de a obține un avantaj.

Pentru a aprecia seriozitatea șanselor, jurisprudența distinge între situațiile în care victima se află sau nu angrenată în realizarea evenimentului favorabil. În cazul cursei de cai, pentru a ne referi la una dintre ipotezele cele mai tipice ale pierderii de șansă, trebuie distins între situația în care calul n-a putut lua startul ca urmare a faptei culpabile a transportatorului și situația în care, în timpul cursei, calul nu este suficient susținut de jockey. Alte exemple din prima situație evocată privesc eșuarea tratativelor pentru încheierea unui contract, ca urmare a intervenției frauduloase a unui terț, ratarea căsătoriei care nu mai poate fi încheiată din cauza unui grav accident provocat de fapta culpabilă a unui terț, întreruperea unor cursuri ca urmare a faptei culpabile a respondentului, privându-se victima de posibilitatea ocupării unui post etc.

Criteriul de distincție a celor două situații îl constituie „proximitatea momentului la care speranța dispărută se putea concretiza”, altfel spus gradul probabilității obiective de realizare a șansei.

Evaluarea prejudiciului suferit prin pierderea șansei, pe care o face judecătorul, are în vedere un procentaj abstract prin care prejudiciul final putea fi determinat de fapta prejudiciabilă a autorului. Dacă în cazul malpraxis-ului unui avocat sau al altui auxiliar al justiției, judecătorul are posibilitatea de a decide cu privire la existența reală pe care o avea victima de a câștiga procesul, în celelalte situații, cum ar fi culpa profesională a medicului sau șansele plasării pe un loc fruntaș într-o competiție sportivă, șansa unui creator de a primi un premiu la o expoziție de artă etc. se apelează la expertiza de specialitate.

Particularitățile prejudiciului cauzat prin pierderea șansei.

**3.1. Pierderea șansei – urmarea unei faptei culpabile.** Prima particularitate a acestui prejudiciu este aceea că el este susceptibil de reparare, doar dacă poate fi atribuit unei faptei culpabile. Pierderea șansei ține doar de domeniul răspunderii subiective, indiferent dacă este delictuală sau contractuală.

**3.2. Pierderea șansei – un prejudiciu virtual.** În mod tradițional, prejudiciile se împart în prejudicii actuale și prejudicii viitoare.

Multă vreme doctrina n-a admis repararea prejudiciilor viitoare, plecând de la condiția esențială a oricărui prejudiciu de a avea o existență certă, „atât în privința existenței, cât și cu privire la întinderea lui” .

Consecvență principiului *pas d'intérêt pas d'action*, doctrina mai veche afirma că „nu se pot cere despăgubiri pentru o daună necertă, posibilă și eventuală, adică aceea care poate să se întâmple numai în viitor”. Curând, atât jurisprudența cât și doctrina au devenit mai flexibile, apreciind că „un prejudiciu care nu s-a realizat poate justifica condamnarea actuală dacă realizarea lui este certă” . Dacă în ce privește prejudiciul actual, cel care a fost efectiv produs, determinarea și probațiunea pierderii efectiv suferite (*damnum emergens*) și a beneficiului nerealizat (*lucrum cessans*) nu întâmpină dificultăți, la prejudiciul viitor nu toate consecințele faptei prejudiciabile pot fi anticipat determinate.

Acest caracter aleatoriu al prejudiciului viitor a constituit excepția invocată de pârât într-o speță soluționată la 1 iunie 1932 de Curtea de casație franceză, care, având a se pronunța asupra unei acțiuni în daune-interese formulate de proprietarii unui teren, obligați prin efectul unei legi anterioare să suporte servitutea liniilor electrice care traversau terenul, a trebuit să se pronunțe asupra admisibilității acțiunii de reparare a unui prejudiciu viitor reprezentat de funcționarea și exploatarea acestor instalații. S-a decis că „dacă nu este posibilă alocarea daunelor-interese pentru repararea unui prejudiciu eventual, alta este situația în care este vorba de un prejudiciu viitor care apare judecătorilor ca o prelungire certă și directă a unei stări de lucruri actuale și susceptibile de estimare”.

Cât privește despăgubirea victimei pentru pericolul de incendiu pe care l-ar prezenta liniile electrice, instanța a apreciat că un asemenea prejudiciu este eventual și deci nereparabil pentru că nu se poate vorbi de prelungirea certă a unei stări actuale.

Astăzi, potrivit opiniei unanime a doctrinei noastre „este, de asemenea, cert prejudiciul viitor, care, deși nu s-a produs încă, este sigur că se va produce în viitor, el fiind, astfel, susceptibil de evaluare”. Exemplul cel mai la îndemână este cel al daunelor corporale, unde invaliditatea produce în timp efecte certe, reprezentate de diferența dintre pensia de invaliditate și veniturile anterior realizate. Un asemenea prejudiciu este cert doar în principiu, pentru că sunt și elemente aleatorii pe care judecătorul nu le cunoaște, cum este cazul longevității victimei, evoluției stării sale de invaliditate care se poate, fie agrava, fie ameliora. Într-o logică strictă ar însemna să avem tot atâtea hotărâri câte modificări ulterioare se produc în structura prejudiciului. Or, pentru a veni în întâmpinarea intereselor

victimei, jurisprudența a statuat că, în principiu, asemenea prejudicii sunt certe dar că nimic nu oprește victima să ceară majorarea despăgubirilor când starea sănătății sale s-a înrăutățit; pentru identitate de motive, debitorul obligației de despăgubire ar putea cere fie sistarea indemnizației lunare, când victima și-a revenit, fie diminuarea acesteia, când starea victimei s-a ameliorat. Diversitatea tot mai mare a cauzelor în care se pretinde repararea prejudiciilor viitoare, a impus o nouă distincție între prejudicii eventuale și prejudicii virtuale.

Doctrina recunoaște însă lipsa unui contur precis a celor două noțiuni, caracterul vag al frontierelor care le separă. Prejudiciul eventual este caracterizat ca un prejudiciu afectat de un alea, situat la nivel de simplă expectativă, ipotetic, incert și deci nesupus reparației. Un exemplu din jurisprudența franceză privește cazul unui polițist care a pretins că n-a fost avansat datorită unui denunț temerar. Prejudiciul virtual sau potențial este cel care, deși neprodus încă, prezintă toate condițiile realizării sale, fiind prelungirea unei stări de lucruri actuale, directe, probabile și susceptibile de evaluare imediată. Constatându-se că „certitudinea nu ține de această lume”, autorii leagă tot mai mult certitudinea prejudiciului de caracterul verosimil al prejudiciului, „atât de verosimil încât merită a fi luat în considerație”. Prejudiciul rezultat din pierderea șansei face parte din această ultimă categorie fiind „situat la jumătatea drumului între prejudiciul pur eventual și prejudiciul cert”. Tocmai de aceea se apreciază că natura ambiguă a acestuia face ca repararea lui să fie cea mai delicată.

**3.3. Pierderea șansei presupune coexistența a două prejudicii.** Deși are o configurație proprie, prejudiciul suferit ca urmare a pierderii de șansă presupune existența a două prejudicii: un prejudiciu inițial, abstract, reprezentat de „prețul” irosirii șansei de a accede la un eveniment favorabil și un prejudiciu final, concret, reprezentat de avantajul de care a fost lipsită victima sau de paguba de care aceasta putea fi ferită dacă evenimentul favorabil s-ar fi produs. Cele două prejudicii suferite de victimă sunt strâns legate între ele, prejudiciul primar neexistând decât în raport cu prejudiciul final, produs ca urmare a irosirii unei șanse de către persoana chemată să răspundă.

Altfel spus, prejudiciul inițial este expresia probabilității prejudiciului final suferit de victimă, ca urmare a neproducerii evenimentului favorabil. Astfel, dacă ne referim la un exemplu, cel al prejudiciului suferit prin pierderea șansei ca urmare a culpei profesionale a avocatului care n-a declarat în termen calea de atac, el nu se va putea situa la nivelul valoric pe care îl are obiectul cauzei aflat în dispută. Tot ce poate spera justițiabilul vătămat este o despăgubire parțială, reprezentând doar prețul lipsirii de șansa judecării pe fond a cauzei, preț care va fi calculat în raport de șansele obiective pe care le-ar fi avut teza avansată de victimă, dacă fapta avocatului n-ar fi privat-o de posibilitatea examinării cauzei pe toate aspectele sale.

Din acest punct de vedere, am putea afirma că prejudiciul suferit prin pierderea șansei se apropie, de cele mai multe ori, de prejudiciul moral, prin aceea

că nu se aspiră la o reparare propriu-zisă și deci la repunerea victimei *in statu quo ante*, ci doar la procurarea unei consolări a acesteia, sau, de multe ori, a unei satisfacții. Legătura dintre cele două prejudicii este evidențiată prin aceea că judecătorul va cuantifica prejudiciul suferit prin pierderea șansei în raport de avantajul pe care l-ar fi avut victima sau pierderea pe care ar fi putut-o evita prin câștigarea procesului.

4. Discuții doctrinare și jurisprudențiale privind pierderea șansei. Plecând de la constatarea că asemenea prejudicii suferite prin pierderea șanselor sunt tot mai frecvente, doctrina se întreabă dacă indemnizarea lor poate fi făcută prin raportarea la principiile clasice ale răspunderii delictuale.

Autorii nu privesc întotdeauna cu entuziasm practica indemnizării pierderii de șansă. Dacă, de regulă doctrina este înclinată spre interesele victimei care aspiră la dezdăunare, pe fondul creșterii enorme a riscurilor de producere a unor daune tot mai variate pe care le presupune civilizația tehnologică, dintre care se detașează net daunele corporale, se constată că noua abordare a drepturilor fundamentale ale omului a generat o adevărată psihoză a reparației asistând astăzi la o „inflație a prejudiciilor reparabile”, proces care a condus la o proliferare a drepturilor subiective, ajungându-se a se vorbi, așa cum vom vedea, până și de „dreptul de a nu te naște”. De multe ori, această euforie revendicativă este creată de simplele frustrări individuale, nu atât de nevoi efective cât mai mult de simplele dorințe, astfel că se întâmplă ca uneori să se caute un responsabil pentru tot ce ni se întâmplă. Într-o asemenea competiție a prejudiciilor, responsabilitatea a devenit tot mai mult o marfă de schimb pe piața asigurărilor. În domeniul medical, pierderea șansei a suscitat numeroase controverse. Progresele înregistrate de biotehnică alimentează tot mai mult „o logică a dorințelor de a evita toate riscurile inerente existenței aducând în prim plan mitul copilului perfect”.

Printre altele, recunoașterea unui drept de a nu se naște, în cazul Perruche, a trezit o serie de reacții cu puternice conotații etice, atât din partea societății civile franceze, a lumii medicale cât și a juriștilor.

Astfel, Grupul Francez al Persoanelor Handicapate a dat publicității un comunicat prin care califică soluția de indemnizare a nașterii cu handicap drept „un dublu atentat la demnitatea tuturor celor care trăiesc cu deficiență pentru că pune în discuție chiar dreptul lor la existență și ignoră dimensiunea umană a tuturor persoanelor handicapate”, poziție la care s-au alăturat și alte organizații.

Autori francezi de prestigiu au afirmat că această decizie reprezintă recunoașterea unei „indemnizări fără responsabilitate”, neexistând un veritabil raport de cauzalitate între fapta medicului, a laboratorului medical și handicapul noului născut. Singura cauză veritabilă a acestui handicap este rubeola contractată de mamă în timpul sarcinii .

Un alt argument contrar acestei decizii a fost acela potrivit căruia nu există în cauză un prejudiciu propriu-zis, altfel riscând să considerăm că „viața, faptul de a trăi pot fi considerate prejudicii, ceea ce este evident inacceptabil”. Scandalizată,



lumea medicală susține, la rândul ei că „hotărârea pronunțată în cazul Perruche nu lasă decât o singură soluție practicienilor: aceea de a fi moralmente responsabili de moarte pentru a nu fi civilmente responsabili de viață.”. Dacă vorbim despre dreptul la o viață normală va trebui să definim normalitatea, să stabilim unde începe și unde sfârșește ea. Cine și cu ce drept ne poate spune că suprimarea vieții valorează mai mult decât o viață handicapată? Răspunsul dat de Curtea de casație franceză n-a întârziat să apară, oferind discuției un caracter și mai interesant: „unde este veritabilul respect față de persoană și de viață? În refuzul abstract al oricărei indemnizații sau, din contra, în admiterea ei, care va permite copilului să trăiască, cel puțin din punct de vedere material, în condițiile cele mai conforme cu demnitatea umană, fără a fi abandonat riscurilor ajutorului familial, privat sau public”. Oricât de seducătoare au fost argumentele aduse de Curtea de casație, punctul său de vedere n-a fost cel care s-a impus. Ca urmare a protestului energetic al medicilor, la 4 martie 2002 a fost votată Legea nr. 2002-303 privitoare la drepturile bolnavilor și la calitatea sistemului de sănătate care prevede la art. 1 principiul că „nimeni nu se poate prevala de un prejudiciu din simplul fapt al nașterii sale”.

Cât privește ipoteza nașterii unui copil cu un handicap nedescoperit de medic în timpul sarcinii, ca urmare a unei culpe a medicului, aceeași lege prevede că părinții pot pretinde indemnizarea doar a prejudiciului lor suferit, fără a include sarcinile ulterioare pe care le implică acest handicap pe tot timpul vieții. La fel, copilul născut cu handicap datorat unei culpe medicale poate cere repararea prejudiciului atunci când fapta culpabilă a medicului a provocat în mod direct handicapul, l-a agravat sau n-a luat măsuri susceptibile de atenuare.

Cu toate acestea, Curtea Europeană a Drepturilor Omului s-a pronunțat la 6 octombrie 2005 în două cazuri (Draon/France și Maurice/France) în sensul că Legea din 4 martie 2002 privitoare la drepturile bolnavilor și calitatea sistemului de sănătate nu poate fi aplicabilă decât instanțelor investite înainte de intrarea ei în vigoare.

Drept urmare, jurisprudența Perruche a fost confirmată, astfel că indemnizarea integrală a copilului și a părinților a devenit posibilă pentru orice acțiune înregistrată anterior apariției legii.

Soluții prin care i s-a refuzat copilului dreptul de a nu se naște au fost pronunțate și înainte de apariția acestei legi cu motivarea că „deși persoana este titulară de drepturi de la momentul concepției, ea nu are dreptul de a se naște sau de a nu se naște, de a trăi sau de a nu trăi, nașterea sau suprimarea vieții sale nu poate fi considerată o șansă sau o neșansă susceptibilă de consecințe juridice”.

Deosebit de aceste argumente de ordin etic care se opun exacerbarii drepturilor subiective în planul răspunderii delictuale, au fost exprimate și alte rezerve, dintre care mai importante sunt următoarele: -obiecția cea mai importantă vizează caracterul aleatoriu al acestui prejudiciu, atât ca realizare, dar și ca determinare a cuantumului său. Se afirmă că, recunoașterea pierderii de șansă ca prejudiciu reparabil presupune o concesie mult prea mare făcută certitudinii acestuia,

ajungându-se ca „o faptă să provoace răspunderea unei pagube pe care n-a produs-o”, după o voce autorizată în domeniul răspunderii, ceea ce îndeamnă pe un alt autor să se întrebe retoric: „după răspunderea fără culpă, o răspundere fără cauzalitate?”

În replică, partizanii teoriei pierderii de șansă afirmă că științele precum statistica și calculul probabilităților au înregistrat progrese considerabile în fața cărora “dreptul nu poate rămâne insensibil”; – referindu-se la același domeniu medical, s-a afirmat că recunoașterea prejudiciului cauzat de culpa medicală transformă obligația medicului, prin tradiție calificată obligație; – recunoscând că indemnizarea prejudiciului cauzat de pierderea șansei vine în întâmpinarea intereselor victimei inocente, unii autori se întreabă dacă, într-adevăr, ea este o tehnică de indemnizare menită să protejeze interesele legitime ale acesteia. Indemnizarea parțială, cea care are în vedere existența unei șanse contravine principiului reparației integrale a prejudiciului, interesele victimei fiind parțial neglijate; – lipsa unui criteriu obiectiv de cuantificare a prejudiciului rezultat din pierderea șansei este un alt argument al adversarilor acestuia.

Se susține că lăsând judecătorului sarcina de a aprecia întinderea prejudiciului, practic „se protejează propriile dubii ale acestuia privitoare la verosimilitatea raportului de cauzalitate”, „o cauzalitate îndoielnică și o reparație parțială”.

Aceeași autori introduc o nouă sintagmă, aceea de „creare a unui risc nejustificat” situație care justifică reparația integrală a prejudiciului, urmând ca raportul de cauzalitate între culpa medicală și prejudiciu să fie prezumat.

În practică, se constată încă o reticență explicabilă a instanțelor în a acorda daune-interese pentru astfel de prejudicii. Cele mai frecvente motivări ale soluțiilor de respingere vizează raportul de cauzalitate între evenimentul favorabil evitat și prejudiciul final suferit de victimă.

Astfel, dacă jurisprudența belgiană anterioară anului 2004 se dovedea a fi inflexibilă în examinarea cauzalității, respingând, de regulă, reparația unei daune cu motivarea nedovedirii cauzalității dintre șansa pierdută și prejudiciul final, o speță judecată de Curtea de casație belgiană la 1 aprilie 2004 a marcat o schimbare de atitudine a jurisprudenței în această materie. Este cazul unei tinere care a fost agresată de fostul său prieten, aruncându-i-se acid sulfuric pe față. Victima a chemat în judecată statul și orașul Liège pentru că n-au fost luate măsuri de protecție în ce o privește, având în vedere că agresorul era cunoscut ca fiind periculos și că anterior victima a anunțat organele de poliție care n-au luat măsuri de protecție a victimei. Curtea de apel din Liège a estimat șansele victimei de a nu fi fost agresată dacă ar fi fost luate măsuri de organele abilitate la un procent de 50% obligând *in solidum* statul belgian și orașul Liège să repare jumătate din prejudiciul suferit de victimă. Soluția a fost desființată de Curtea de casație cu motivarea că nu s-a făcut dovada raportului de cauzalitate dintre lipsa măsurilor de protecție a victimei și prejudiciul pretins. Rejudecând, Curtea de apel din Bruxelles a reținut că victima avea șansa de 80% să nu fie atacată dacă erau luate măsuri de protecție.

În motivare se reține că „aparține reclamantului sarcina de a dovedi existența unui raport de cauzalitate între faptă și daună atât cât ea s-a realizat. Această legătură presupune că fără faptă, prejudiciul nu se putea produce atât cât s-a produs”. Sunt și situații aflate la granița dintre cele două prejudicii. Ori de câte ori există dubii privitoare la calificarea prejudiciului final drept efect al faptei prejudiciabile, instanțele se orientează spre pierderea șansei.

Doctrina citează cazul unui comerciant care a încheiat un contract de telesupraveghere a unui magazin. Nedeclanșarea instalației la momentul efracției poate fi calificată fie cauză a prejudiciului, situație în care se impune repararea integrală a prejudiciului suferit, fie pierderea șansei de a nu se fi spart magazinul, caz în care comerciantul va fi indemnizat parțial, proporțional cu probabilitatea de a nu se fi pătruns în spațiu.

**5. Pierderea șansei în noul Cod civil.** Racordat orientării europene favorabile indemnizării prejudiciului suferit prin pierderea șansei, noul Cod civil îl include în sfera prejudiciului reparabil. Potrivit art. 1385 alin. 4 NCC „... dacă fapta ilicită a determinat și pierderea șansei de a obține un avantaj, reparația va fi proporțională cu probabilitatea obținerii avantajului, ținând cont de împrejurări și de situația concretă a victimei”. Supunem atenției următoarele observații: **a)** o primă discuție privește întrebarea dacă, în loc de a vorbi de „repararea pierderii de șansă” n-ar fi preferabilă sintagma „indemnizarea pierderii de șansă”. Dacă finalitatea primordială a răspunderii civile este „repararea integrală a prejudiciului” și „repunerea victimei *in statu quo ante*”, în materia pierderii de șansă asemenea exprimări devin improprii, în condițiile în care tot ce poate spera victima a cărei șansă a fost irosită este doar o compensare parțială a prejudiciului final cauzat prin nerealizarea evenimentului favorabil, care nu poate fi nimic altceva decât o indemnizare parțială. De altfel, așa cum am mai avut prilejul să susținem, rareori se întâmplă ca în cadrul răspunderii delictuale să se realizeze repararea propriu-zisă a prejudiciului, exprimare care de puține ori are acoperire în practică și anume doar când făptuitorul este obligat la restituirea bunului sustras sau la readucerea bunului în starea lui anterioară. În celelalte cauze, practic în majoritatea covârșitoare a cazurilor, instanțele nu fac decât să compenseze prejudiciul suferit prin obligarea respondentului la plata unei sume de bani. Această distincție, pe care doctrina noastră n-o face în mod obișnuit, o găsim în doctrina și jurisprudența franceză. Astfel, potrivit art. 1368 din Anteproiectul de reformă a dreptului obligațiilor și a prescripției, „reparația poate, la alegerea judecătorului, lua forma unei reparații în natură sau a condamnării la daune-interese, cele două tipuri de măsuri putând fi cumulate pentru a asigura repararea integrală a prejudiciului”.

Prin urmare, în cazul pierderii șansei, nu se poate vorbi de o reparare a prejudiciului suferit ca urmare a nerealizării, ci doar de o indemnizare a victimei într-un quantum proporțional cu probabilitatea obținerii avantajului de care a fost lipsită și ținând cont de împrejurări și de situația concretă în care se află aceasta; **b)** așa cum am văzut, pierderea șansei poate avea atât consecințe patrimoniale cât și morale.

Cu toate acestea principiul reparației este prevăzut doar la art. 1385, fără a fi reluat, așa cum s-ar fi convenit, la art. 1391 NCC în materia specifică reparării prejudiciilor nepatrimoniale. Limitarea despăgubirilor doar pentru ipoteza pierderii șansei de a obține un avantaj, deci un prejudiciu patrimonial virtual, exclude o serie de prejudicii cu mult mai nocive, cum ar fi cele din domeniul responsabilității medicale, produse, fie ca urmare a intervenției culpabile a medicului, fie prin crearea de către medic a unui risc nejustificat, situații tot mai frecvente pentru care doctrina nu ezită să susțină chiar dezdăunarea totală. Având a se pronunța asupra unui caz de malpraxis în domeniul medical, Curtea de casație franceză a decis în anul 1990 că „pierderea șansei pe care avut-o victima de a fi îngrijită în mod eficient constituie un prejudiciu moral care trebuie reparat pentru că reprezintă pierderea șansei de a evita moartea”; c) pe de altă parte, chiar dacă admitem cantonarea pierderii de șansă în domeniul prejudiciului patrimonial, nu înțelegem de ce s-ar admite dezdăunarea doar pentru prejudiciul reprezentat de avantajul de care a fost lipsită victima nu și pentru cel cauzat de pierderea șansei de a evita o pagubă, o pierdere, când principiul spune că *Ubi eadem est ratio eadem solutio debet esse*.

Tocmai de aceea definiția uzuală a pierderii șansei are în vedere dispariția probabilității unui eveniment favorabil, ceea ce presupune ambele rezultate posibile și nu doar pe cel concretizat în obținerea unui avantaj propriu-zis; d) chiar dacă textul prevede „o reparație proporțională cu probabilitatea obținerii avantajului” se simte nevoia unei distincții legale între prejudiciul pentru pierderea șansei și prejudiciul final, reprezentat de avantajul pe care victima l-ar fi obținut dacă șansa s-ar fi realizat. Că această distincție este utilă, rezultă și din faptul că o regăsim în Anteproiectul francez Catala de reformă a dreptului obligațiilor și a dreptului prescripției, care, la art. 1346 prevede că „pierderea unei șanse constituie un prejudiciu reparabil distinct de avantajul pe care l-ar fi procurat dacă șansa s-ar fi realizat” și ea ar trebui făcută și de noul nostru Cod civil.

6. Propuneri de *lege ferenda*. În considerarea criticilor mai sus invocate, susținem următoarele intervenții pe textele normative: – completarea art. 1385 alin. 4 NCC astfel încât norma să privească nu doar pierderea șansei de a obține un avantaj dar și „pierderea șansei de a evita consecințe prejudiciabile pentru persoană și bunurile acesteia”; – pentru că repararea prejudiciului nepatrimonial este reglementată distinct la art. 1391 NCC, propunem completarea acestui text cu un alineat nou potrivit căruia „pierderea șansei de vindecare, de supraviețuire sau de a nu se naște cu handicap poate fi indemnizată, pentru ipotezele prevăzute de alin. 1-2, potrivit criteriilor prevăzute de art. 1385 alin. 4”; – printr-un nou alineat al art. 1385 NCC să se dispună că „pierderea șansei este un prejudiciu distinct de avantajul pe care victima l-ar fi dobândit dacă șansa s-ar fi realizat”.