

THOMAS KADNER GRAZIANO*

Közelebb visz-e a jogösszehasonlítás a megoldáshoz?

Az orvosi műhibáért viselt felelősség ésszerű korlátainak megállapítására tett kísérletek és azok tanulságai – határok nélkül

1. Bevezető

Az alábbiakban azt vizsgáljuk, milyen szerepet játszhat a jogösszehasonlítás a vitatott jogi kérdéseket feszegető bírói döntésekben. A jogösszehasonlítás szerepének szemléltetésére a gondatlanul eljáró orvos felelősségének ésszerű határait bizonytalan okozati összefüggés esetében kijelölni igyekvő (csaknem globális) vitát választottuk. Jelen tanulmány célja *nem* az, hogy megoldást javasoljon a bizonytalan okozatiság problémájára orvosi műhibaperekben (vagy a szakmai gondatlanság más eseteiben, például az ügyvédi felelősség kérdésében). Ezt más helyütt már korábban megtettük.¹ Célunk az, hogy bemutassuk, miként használhatják a bíróságok aktuális jogi problémák feloldására az összehasonlító módszert, és milyen előnyök származhatnak a módszer alkalmazásából.²

2. Az orvos gondatlanságáért viselt felelősség ésszerű mértéke

A legtöbb, ha nem mindegyik, jogrendszer a szerződéses vagy szerződésen kívüli felelősség fennállásához okozati összefüggést kíván meg a kártérítési igényt érvényesítő személy (felperes) által elszenvedett kár és a felelős személy (alperes) tevékenysége között. Az Európai Kártérítési Jog Alapelvei (PETL, *Principles of European Tort Law*)

* Genfi Egyetem, Jogtudományi Kar, Nemzetközi Magánjogi Tanszék. Fordította: Bóka János, Szegedi Tudományegyetem, Állam- és Jogtudományi Kar, Összehasonlító Jogi Intézet.

¹ KADNER GRAZIANO, THOMAS: *Loss of a Chance in European Private Law – "All or nothing" or partial liability in cases of uncertain causation*, ERPL 2008, 1009. p; IDEM: *"Alles oder nichts" oder anteilige Haftung bei Verursachungs-zweifeln – Zur Haftung für perte d'une chance und eine Alternative. Urteile des schweizerischen Bundesgerichts vom 13.6.2007, des belgischen Hof van Cassatie vom 5.6.2008, des Supreme Judicial Court of Massachusetts vom 28.7.2008 und des High Court of Australia vom 21.4.2010 mit Anmerkung und einem Lösungsvorschlag*, ZEuP, 2011, 171. p.

² Annak vizsgálatára, hogy a jogösszehasonlítás mennyiben lehet a nemzeti jog értelmezésének legitim módszere, I. KADNER GRAZIANO, THOMAS – BÓKA JÁNOS: *Összehasonlító szerződési jog*, Budapest, 2010. 49–65. pp.

3:101. cikke megfogalmazása szerint: „A tevékenység vagy magatartás akkor oka a károsult kárának, ha a tevékenység hiányában a kár nem következett volna be.”³ Ez az ún. *conditio sine qua non* teszt.

Ha a felperesi igény a *conditio sine qua non* tesztnek megfelel, a felperes az elszenvedett kár 100%-ának megtérítésére jogosult.⁴ Ha a felperes az okozatiságot a jog által megkövetelt bizonyossággal nem tudja igazolni, egyáltalán nem jogosult kártérítésre. Az okozatiság tekintetében tehát egyfajta „mindent vagy semmit” megközelítésről beszélhetünk.

Az elmúlt években többen érveltek amellett, hogy a hagyományos okozatossági teszt és a „mindent vagy semmit” megközelítés egyes esetekben méltánytalan eredményre vezethet. Szerintük ilyen esetekben eltérő szabályok alkalmazása indokolt.

3. Jogesetek

A problémát három, nemrégiben Európában, az Egyesült Államokban és Ausztráliában született bírósági ítélettel kívánjuk megvilágítani.

1) Egy férfi Fribourgbán (Svájc) felkeresi a helyi kórházat, ahol egy asszisztens tévesen és gondatlanul influenzát diagnosztizál nála. A beteg eltávozik, de három óra múlva kritikus állapotban tér vissza. Egy másik orvos ezúttal agyhártyagyulladás állapotát állapít meg, és a beteget ennek megfelelően kezelik. Amikor hetekkel később hazaengedik, mindkét fülére süket.

Az alperes gondatlan magatartása és a felperest ért kár közötti okozati összefüggés megállapításához a svájci jog szerint elviekben az szükséges, hogy a felperes bizonyítsa az okozatiság döntő valószínűségét. Ha a felperes e követelménynek eleget tesz, elviekben teljes kártérítésre jogosult; ha erre nem képes, egyáltalán nem jogosult kártérítésre (a „mindent vagy semmit” elv).

A fenti esetben a szakértői vélemény alapján nem zárható ki, hogy a beteg akkor is elveszítette volna hallását, ha az asszisztens kellő gondossággal jár el. A beteg tehát

³ EUROPEAN GROUP ON TORT LAW (ed.): *Principles of European Tort Law – Text and Commentary*, Vienna/New York, 2005. art. 3:101; l. még: www.ectil.org/. Az Európai Kártérítési Jog Alapelvei a szerződésen kívüli felelősség (kártérítési jog) európai szakértőiből álló kutatócsoport munkája. Az Alapelvek a legtöbb európai és néhány európai kívüli jogrendszer bevonásával végzett összehasonlító kutatás alapján készült. Az Európai Kártérítési Jogi Csoportról (*European Group on Tort Law*) l. pl. SPIER, JAAP, in: EUROPEAN GROUP ON TORT LAW (ed.): *Principles of European Tort Law – Text and Commentary*, Vienna/New York, 2005. p. 12; IDEM, in: MILAZZO, FRANCESCO (a cura di): *Diritto romano e terzo millennio – Radice e prospettive dell’esperienza giuridica contemporanea*, Napoli, 2004, 239. p; KOZIOL, HELMUT: *Die « Principles of European Tort Law » der « European Group on Tort Law »*, ZEuP, 2004, 234. p; KOCH, BERNHARD: *The Work of the European Group on Tort Law – The Case of « Strict Liability »*, InDret Working Paper No. 129, Barcelona, 2003, www.indret.com; l. még: KADNER GRAZIANO: *Les Principes du droit européen de la responsabilité délictuelle (Principles of European Tort Law) – Forces et faiblesses*, in: WINIGER, BÉNÉDICT (éd.): *La responsabilité civile de demain/Europäisches Haftungsrecht morgen*, Zurich, 2008, 219. p.

⁴ Tekintettel többek között a károsult esetleges közrehatására is a káresemény bekövetkeztében.

nem tudja a svájci jog által megkívánt bizonyossággal igazolni, hogy nem vesztette volna el a hallását, ha az asszisztens nem hibázik.

Az asszisztens gondatlansága azonban megfosztotta őt a károsodás elkerülésének nem elhanyagolható esélyétől.⁵

2) Egy bostoni (Egyesült Államok) belgyógyász 42 éves betegét több éven keresztül tévesen diagnosztizálja, mert elmulasztja elvégezni a megfelelő vizsgálatokat. Amikor a szükséges vizsgálatokat végre elvégzik, azok alapján megállapítható, hogy a beteg gyomorrákban szenved. A következő évben a beteg, feleségét és kiskorú fiát hátrahagyva, a rákban meghal. Az elhunyt hozzátartozói a férj és az apa elvesztése miatti kárak megtérítését követelik. A *common law* jogrendszerekben a felperes hagyományosan akkor jogosult kártérítésre, ha bizonyítja, hogy kárát nagyobb valószínűséggel, mint sem (*more probable than not*, vagyis 50%-nál nagyobb valószínűséggel) az alperes okozta.⁶

A szakértői vélemény szerint a beteg halála 62,5%-os valószínűséggel az orvos gondatlanságától függetlenül is bekövetkezett volna; tehát a felperesek nem tudják kielégíteni a *common law* valószínűségi tesztjét (*more probable than not*). Ha a vizsgálatot időben elvégzik, a betegnek 37,5%-os esélye lett volna a túlélésre.

3) A 6 éves Rema Tabet Sydney-ben (Ausztrália) kórházba kerül. Nemrégiben bárányhimlőn esett át, és azóta fejfájás, szédülés és hányinger gyötri. Egy nap elteltével CT és EEG vizsgálatot végeznek el rajta, ami alapján agytumort diagnosztizálnak. Ennek megfelelően kezelik, és a tumort műtéti úton eltávolítják, azonban a lány maradandó agykárosodást szenved.

A beteg kártérítési pert indít, és arra hivatkozik, hogy amennyiben időben megvizsgálják, az agykárosodás jó eséllyel legalább részben elkerülhető lett volna. Keresete azonban nem elégíti ki a *common law* valószínűségi tesztjét (*more probable than not*).⁷

Az elmúlt években hasonló ügyekkel világszerte számos bíróság és számos jogrendszer szembesült; európai példaként Franciaország, Belgium, Németország, Ausztria, Svájc, Olaszország, Spanyolország, Hollandia, Skócia, Írország, Litvánia és Magyarország hozható⁸; az Egyesült Államokban legalább 31 tagállam bíróságai tárgyaltak ilyen ügyeket.⁹

⁵ L. Bundesgericht (BG, a svájci Szövetségi Bíróság) 13.6.2007, BGE 133 III 462; Kommentár: MÜLLER, CH, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (ZBJV) 2007, 862. p.; KADNER GRAZIANO, Haftung und Versicherung (HAVE) 2008, 61. p.; l. még: BG 26.9.2007, 4A_227/2007 Erw. 3.5.1.; BG 20.10.2008, 4A-236/2008/biz Erw. 5.2.2.; valamennyi hivatkozott ítélet elérhető: www.bger.ch.

⁶ Supreme Judicial Court of Massachusetts, *Matsuyama v. Birnbaum*, 890 NE 2d 819 (823) (2008); 452 Mass 1; 2008 Mass LEXIS 552; www.masslawyersweekly.com/index.cfm/archive/view/id/444217; Kommentár: Harvard Law Review, 2009, 1247. p.

⁷ *Tabet v Gett* [2010] High Court of Australia 12 (21 April 2010), in: www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/2010/12.html.

⁸ *Franciaország*: Cour de cassation (Cour de cass.) 18.3.1969, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles (Bull. civ.)* II, no 117, részleteket közöl: KOCH et al. (eds): *Digest of European Tort Law, Vol. 1: Essential Cases on Natural Causation*, Wien/New York, 2007, 10.6.1. O. Moréteau – L. Francoz-Terminal kommentárjával; *Belgium*: Cour de cassation/Hof van Cassatie 19.1.1984, *Pasicrisie (Pas.)* 1984, I, 548, részleteket közöl: KOCH et al. (eds), 2007, 10.7.1 I. Durand kommentárjával; *Németország*:

Számos országban a bizonytalan okozatossággal kapcsolatos jogkérdések az ügyvédi felelősség körében is gyakran felmerülnek, például ha a jogi képviselő gondatlanul elmulasztja a keresetindítási határidőt. Az ügyfél ilyenkor a pernyertesség esetén neki járó kártérítés elmaradásából származó veszteség megtérítését követeli az ügyvédtől. Az eljárásban az ügyvéd azzal védekezik, hogy az ügyfél egyébként is pervesztes lett volna. Vitatott tehát, hogy az ügyfél valóban pernyertes lett volna, ha a jogi képviselő kellő gondossággal jár el, és a keresetet határidőn belül benyújtja.

Az elmúlt években angol, skót, holland, dán, spanyol, portugál, német, osztrák és svájci bíróságok is tárgyaltak olyan kártérítési ügyeket, ahol az ügyvédek gondatlanul elmulasztották a keresetindítási vagy fellebbezési határidőt, illetve olyan egyéb szakmai hibát követtek el, ami csökkentette vagy kizárta az ügyfél pernyertességi esélyeit.¹⁰

BGH 11.6.1968, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1968, 2291. p.; részleteket közöl: KOCH et al. (eds), 2007, 10.2.1 R. Zimmermann – J. Kleinschmidt kommentárjával; Oberlandesgericht (OLG) Stuttgart 21.6.1990, *VersR* 1991, 821. p.; *Ausztria*: Oberster Gerichtshof (OGH) 8.7.1993, *Juristische Blätter* (JBl.) 1994, 540. p. Bollenberger kommentárjával, részleteket közöl: KOCH et al. (eds), 2007, 10.3.1 B.A. Koch kommentárjával; *Svájc*: Obergericht Zürich, 87 ZR, 1988, n. 66, 209. p.; 85 RJS, 1989, 119. p. Ch. Müller kommentárjával, MÜLLER, CH: *La perte d'une chance*, Berne, 2002, n. 245; *Olaszország*: Corte di Cassazione 4.3.2004, közli: KOCH et al. (eds), 2007, 10.9.7 M. Graziadei – D. Migliasso kommentárjával; *Spanyolország*: Tribunal Supremo 10.10.1998, RJ 1998, 8371 p.; részleteket közöl: KOCH et al. (eds), 2007, 10.10.1 Ribot – A. Ruda kommentárjával; *Hollandia*: Gerechtshof Amsterdam 4.1.1996, NJ 1997, 213 p. (Wever/De Kraker), részleteket közöl: KOCH et al. (eds), 2007, 10.8.1 W.H. van Boom – I. Giesen kommentárjával (orvosi műhibaper, a jobb kezelési eredmény 25%-os valószínűségével); *Skócia*: *Kemyon v. Bell*, 1953 SC 125, részleteket közöl: KOCH et al. (eds), 2007, 10.13.1 M. Hogg kommentárjával; *Írország*: *Caroll v. Lynch* 16.5.2002 (High Court), közli: QUILL E., in: KOCH et al. (eds), 2007, 10.14.6; *Litvánia*: Litván Legfelsőbb Bíróság, közli: KOCH et al. (eds), 2007, 10.21.1 J. Kirsiene – S. Selelionyte-Drukteiniene kommentárjával; *Magyarország*: BH 2006. 360. (Legf. Bir. Pfv. III. 20. 20.028/2006) közli: MENYHÁRD A., in: KOZIOL, H. – STEININGER, B. (eds): *European Tort Law 2006*, Wien/New York, 2008, 276. p.

⁹ Hivatkozások: Supreme Judicial Court of Massachusetts, *Matsuyama v. Birnbaum* (fent 7. lábjegyzet), 828 f. 23. lábjegyzet

¹⁰ *Anglia*: *Allied Maples Group Ltd v. Simmonds & Simmonds* [1995] 1 WLR 1602 (CA), részleteket közöl: KOCH et al. (eds), 2007, 10.12.5 K. Oliphant kommentárjával; *Kitchen v. Royal Air Force Association* [1958] WLR 563 (az ügyvéd gondatlan magatartása miatt az ügyfél kártérítési igénye elévült; kártérítés *loss of a chance* miatt); *Skócia*: *Kyle v. P & J Stormmonth Darling*, 1993 SC 57, részleteket közöl: KOCH et al. (eds), 2007, 10.13.7 M. Hogg kommentárjával (Az ügyvédek elmulasztották a fellebbezési határidőt, emiatt a fél jogérvényesítési lehetőségei kimerültek. A fél keresetet nyújtott be az ügyvédekkel szemben, amiben azt állította, hogy azok gondatlan magatartása miatt kár érte. Ítélet: A fél keresetének a bíróság helyt adott, és meghallgatást rendelt el az elveszített esély értékének meghatározására. Az Inner House kommentárja szerint: "a fél [...] jogosan követel kártérítést azért, aminek elvesztését állítása szerint bizonyítani tudja, nevezetesen az alapul fekvő eljárásban elveszített fellebbezési jogért. A fél keresete csak akkor megalapozott, ha bizonyítást nyer, hogy az elveszített jog megállapítható, mérhető és nem elhanyagolható értékkel bírt; azonban a fél a pernyertességhez nem köteles bizonyítani azt, hogy az alapul fekvő eljárásban valószínűleg pernyertes lett volna."); *Hollandia*: Hoge Raad 24.10.1997, NJ 1998, 257. p. (Bajjings/H.), részleteket közöl: KOCH et al. (eds), 2007, 10.8.7 W.H. van Boom – I. Giesen kommentárjával; *Spanyolország*: Tribunal Supremo 9.7.2004, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi* (RJ) 2004, 5121. p. részleteket közöl: KOCH et al. (eds), 2007, 10.10.5 J. Ribot – A. Ruda kommentárjával és TS 26.1.1999, RJ 1999, 323; *Portugália*: Lisszaboni Fellebbviteli Bíróság 8.7.1999, közli: KOCH et al. (eds), 2007, 10.11.1 A. Pereira kommentárjával, Ítélet: kártérítési felelősség megállapítása 2 500,- € erejéig egy 10 000,- € értékű követelés 25%-os behajtási esélyének elvesztése miatt; *Németország*: Bundesgerichtshof (BGH) 27.1.2000, *Versicherungsrecht* (VersR) 2001, 638. p.; BGH 2.7.1987, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1987, 3255. p.; *Ausztria*: Oberster Gerichtshof (OGH) 3.11.1966, *Amtliche Sammlung der Entscheidungen des OGH* (SZ) 39/186; *Svájc*: Bundesgericht/Tribunal Fédéral (BG/TF) 12.12.1961, BGE/ATF 87 II 364.

4. A kárfelelősség előfeltételei: a *conditio sine qua non* teszt

Egyes jogrendszerekben a felperesi kár és az alperesi cselekmény közötti okozati összefüggés megállapításához az okozatiság *bizonyossága* szükséges. Más jogrendszerekben elegendő annak bizonyítása, hogy a károsult kárát nagyobb valószínűséggel, mint sem (*more probable than not*, vagyis 50%-nál nagyobb valószínűséggel) az alperes okozta.

A fenti tényállások közös eleme, hogy a személy, akinek kárfelelősségét a felperes megállapítani kéri, gondatlanul járt el, és a károsult nem tudja bizonyítani, hogy a káresemény megelőzhető lett volna, ha a másik fél jogszerűen cselekszik. A károsult tehát nem képes kielégíteni a *conditio sine qua non* teszt követelményeit, azaz nem tudja a hagyományosan megkívánt mértékben valószínűsíteni, hogy kárát az alperesi cselekmény okozta. Azt azonban bizonyítani tudja, hogy az orvos (vagy az ügyvéd) gondatlansága megfosztotta őt egy kedvezőbb állapot (*nem elhanyagolható*) esélyétől.

Az elmúlt években számos károsult, illetve több bíróság is úgy foglalt állást, hogy a hagyományos *conditio sine qua non* teszt és a hagyományos „mindent vagy semmit” megközelítés nem kielégítő.¹¹

A „mindent vagy semmit” megközelítés alkalmazása különösen vitatott azokban az esetekben, amikor egy személy gondatlansága kizárja egy másik személy számára a kedvezőbb állapot lehetőségét. Vannak, akik úgy érvelnek, hogy az előbbi személy gondatlanságához kapcsolódó bizonytalansági tényezők kockázatát ennek a személynek kellene viselnie, nem pedig annak a félnek, akit megfosztottak a kedvezőbb állapot lehetőségétől. A zürichi Felsőbíróság egy 1989-ben hozott ítéletében a következőképpen fogalmazott: „A nyilvánvalóan félrekezelt és emiatt rákban elhunyt betegek hozzátartozóitól (nagyon) sok esetben megtagadni a kártérítést arra való hivatkozással, hogy az orvosi műhiba és a beteg halála közötti okozati összefüggés nem bizonyított, súlyosan méltánytalan lenne.”¹²

A „mindent vagy semmit” alapelv különösen éles bírálat tárgya azokban az esetekben, amikor a bekövetkezési valószínűség megközelíti a kívánt szintet.¹³ Azokban a jogrendszerekben például, ahol az okozati összefüggés bizonyossága szükséges, az a kritika fogalmazódik meg, hogy a gyógyulás 90%-os esélyének elvesztése a beteg számára nagyon is valódi veszteség, kártérítési keresete azonban 90%-os okozati valószínűség esetén kudarcra van ítélve, hiszen a jog okozati bizonyosságot kíván meg.¹⁴ A bírálat

¹¹ Az ilyen helyzetekben megállapítandó kárfelelősség mellett és ellen további érveket hoz: KADNER GRAZIANO 2008, 1030. p; IDEM, 2011, 185. p.

¹² OG Zürich, SJZ, 1989, 122. p.: „Den Angehörigen von Krebspatienten, die eindeutig falsch behandelt wurden, in (sehr) vielen Fällen Schadensersatzansprüche abzusprechen mit der Begründung, der Kausalzusammenhang zwischen den Behandlungsfehlern und dem Tod des Patienten sei nicht nachgewiesen, wäre aber in hohem Masse unbillig.“

¹³ L. pl. BYDLINSKI: *Aktuelle Streitfragen um die alternative Kausalität*, in: SANDROCK (ed.): *Festschrift für Günther Beitzke*, Berlin, 1979, 32. p.; STOLL: *Schadensersatz für verlorene Heilungschancen vor englischen Gerichten in rechtsvergleichender Sicht*, in: DEUTSCH, E. et al. (eds): *Festschrift für Erich Steffen*, Berlin / New York, 1995, 466. p.; JANSEN: 1999, 277. p.; KOZIOL, in: FRANK, R. et al. (eds): *Festschrift für Hans Stoll*, Tübingen, 2001, 238. p.; MÜLLER, 2002, n. 272, 290; MÄSCH, G.: *Chance und Schaden*, 125. p.; HIRSCH, A., in: CHAPPUIS – WINIGER (éds): *Les causes du dommage*, 288. p.: « *la théorie absolue de la causalité, du « tout ou rien », est dépassé* »; KADNER GRAZIANO, in: KOCH et al. (eds), 2007, 10.28.18

¹⁴ L. pl. a következő német ítéletet: OLG Hamm 26.8.1998, VersR 2000, 325 (a 90%-os valószínűség nem elégséges az orvos gondatlansága és a beteg kára közötti okozati összefüggés megállapításához).

másik iránya az, hogy amennyiben a jog okozati bizonyosságot kíván meg, a bíróságok a kártérítés megítélhetősége érdekében hajlamosak „bizonyosságnak tekinteni, ami valójában bizonytalan”¹⁵, vagy más szavakkal élve: „bizonyosságot feltételezni ott, ahol a valóságban bizonyosság nem létezik”.¹⁶

A *common law* országaiban gyakran megfogalmazott kritika, hogy 50%-os okozati valószínűség esetén a keresetet egészében elutasítják, míg 51%-os valószínűség esetén a károsult teljes kártérítésre jogosult. Donaldson mint *Master of the Rolls* és a *Court of Appeal* bírója, úgy foglalt állást, hogy „amennyiben ez a jog, a legfőbb ideje lenne megváltoztatni”.¹⁷ A *Gregg v. Scott* orvosi műhibaperben megfogalmazott különvéleményében Lord Nicholls kijelentette, hogy „[b]izonyosan nem ez a jog mai állapota. Ésszerűtlen és védhetetlen lenne. A felépülés 45%-os esélyének elvesztése a beteg számára pontosan ugyanannyira valós veszteség, mint a felépülés 55%-os esélyének elvesztése. [...] Nem helyes olyan eljárást elfogadnunk, ami ahhoz vezet, hogy a jog a felépülés esélyét nem létezőnek tekinti minden esetben, amikor az fennáll ugyan, de nem éri el az 50%-ot.”¹⁸

Másrészt viszont számos bíróság vonakodik eltérni a hagyományos szabályoktól, és nem állapít meg kivételeket a *conditio sine qua non* teszt hatálya alól, a teszt teljes elvetéséről nem is beszélve. Ezek a bíróságok attól tartanak, hogy átszakadnak a kártérítési jog gátjai, és megnyílik az út a korlátlan felelősség előtt.

A fent ismertetett esetek kapcsán Svájc, Massachusetts (Egyesült Államok) és Ausztrália legfelsőbb bíróságai arra kényszerültek, hogy (újra) átgondolják a gondatlanul eljáró orvos felelősségének ésszerű határait.

5. A jogösszehasonlítás szerepe a megoldáskeresésben

A fent ismertetett első ügyben a fribourgi kórház kárfelelősségének vizsgálata során a svájci Szövetségi Bíróság részletesen elemezte a francia bíróságok hasonló ügyekben kialakított koncepcióját (*perte d'une chance*, vagyis az esély elvesztése miatt beálló kárfelelősség). – A bostoni belgyógyász felelősségének vizsgálata során Massachusetts Legfelsőbb Bírósága áttekintette (az alkalmazás kötelezettsége nélkül) az Egyesült Államok 49 másik tagállamában bevett gyakorlatot. – Az agykárosodást szenvedett 6 éves lány ügyében az ausztrál High Court felkérte a jogi képviselőket, hogy mutassák be más jogrendszerek jelenlegi megoldásait, különös tekintettel Kanadára, az Egyesült Államokra és Európára.

Mindhárom bíróság támaszkodott tehát egyebek mellett az összehasonlító módszerre is, amikor a szakember kárfelelősségének rendkívül vitatott kérdésével szembesült bizonytalan okozatosság mellett. Természetesen a svájci bíróság nem volt köteles követni a francia bíróságok megközelítését; a massachusettsi bíróságot sem kötötte az Egyesült

¹⁵ KOZIOL, in: Koch et al. (eds), 2007, 10.29.4.

¹⁶ LORD NICHOLLS, in: *Gregg v. Scott* [2005] UKHL 2, 43: “The law should not, by adopting the all-or-nothing balance of probabilities approach, assume certainty where none in truth exists”.

¹⁷ *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority* 2.7.1987 [1987] 1 AC 750 (759)

¹⁸ *Gregg v. Scott* [2005] UKHL 2, 3 és 43. L. még: 46: “The present state of the law is crude to an extent bordering on arbitrariness”. L. még: LORD HOPE, *ibidem*, 114 et seq. (dissenting opinion).

Államok más tagállamainak esetjoga; és az ausztrál High Court számára sem volt kötelező a kanadai, az egyesült államokbeli, illetve az európai bírói gyakorlat figyelembe vétele vagy követése.

Miért mérlegelték mégis ezek a bíróságok a külföldi jogot és a külföldi bírói gyakorlatot? Miért alkalmazzák a bíróságok az összehasonlító módszert, és hogyan segíthet az összehasonlító módszer megoldást találni a bizonytalan okozatiság rendkívül vitatott problémájára a foglalkozási gondatlanság körében?

5.1. A megoldási lehetőségek teljes körének feltérképezése

Az összehasonlító módszer alkalmazásának *első előnye* az, hogy lehetővé teszi a vizsgált problémára adható különböző válaszok széles skálájának megismerését.

Eseteink körében, amennyiben a károsult számára terhes a gondatlan személy magatartása és a kár közötti természetes okozati összefüggés bizonyítása, az összehasonlító elemzés tanúsága szerint legalább *ötféle módon* enyhíthető a károsultat sújtó bizonyítási teher.

a) Az okozatiság utólagos (ex-post) tisztázása

Az *első* megoldás az okozati összefüggés „utólagos” (ex-post) tisztázása lehet. A gondatlanul eljáró jogi képviselő felelősségével kapcsolatos esetekben, ahol a bíróságok gyakran szembesülnek a bizonytalan okozatiság problémájával, a kárfelelősség általában egy második, utólagos eljárásban merül fel, vagyis az ügyvéd ellen indított kártérítési perben. A második eljárásban a bíró – hipotetikusán – megállapítja, hogy az ügyvédi gondatlanság fosztotta-e meg az ügyfelet az első eljárásban pernyertességtől, vagy az ügyfél egyébként is pervesztes lett volna. Az első eljárás hipotetikus kimenetele határozza meg tehát az ügyfél ügyvéddel szembeni keresetének sikerét. Ennek megfelelően „a második eljáráson belüli első eljárásról” (vagy a „*Prozess im Prozess*” jelenségéről) beszélhetünk.

Ezt a megoldást az ügyvédi kárfelelősség körében sikeresen alkalmazta a német Szövetségi Bíróság¹⁹, a holland Felsőbíróság (*Hoge Raad*)²⁰ és a svájci Szövetségi Bíróság.²¹

A korábban ismertetett három ügyszemlére hasonló orvosi műhibaperekben azonban gyakran lehetetlen utólagosan tisztázni, hogy az orvos kellően gondos magatartása mellett a kár elkerülhető lett-e volna.

¹⁹ L. pl. BGH 9.6.1994, Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, amtliche Sammlung (BGHZ) 126, 217; BGH 16.6.2005, JZ 2006, 198 G. Mäsch kommentárjával; további hivatkozásokra l. MÄSCH: *Chance und Schaden*, 76. p.

²⁰ Hoge Raad 24.10.1997, NJ 1998, 257 (Baijings/mr. H.), részleteket közöl: KOCH et al. (eds.): *Digest of European Tort Law*, 10.8.7 W.H. van Boom – I. Giesen kommentárjával; a holland ítélkezési gyakorlat szerint a bíróság a „loss of a chance” megközelítést is alkalmazhatja, l. W.H. VAN BOOM – I. GIESEN, *ibidem*, 10.8.9

²¹ BG/TF 12.12.1961, BGE/ATF 87 II 364 (373)

b) A bizonyítási teher mérséklése

A második megoldás a károsultat sújtó bizonyítási teher mérséklése lehet az okozati összefüggés tekintetében.²²

Egyes jogrendszerekben, például Németországban (ZPO 286. §), az okozati összefüggést teljes bizonyossággal (*Gewissheit*) kell megállapítani.²³

A svájci jog szerint a károsultnak az okozat kiváltó okát általában elégséges (azaz döntő) valószínűséggel (*überwiegende Wahrscheinlichkeit*) kell bizonyítania.²⁴ Egy, a zürichi bíróságok által elbírált ügyben az orvos gondatlansága és a beteg kára közötti okozati összefüggést elégséges volt 60%-os valószínűséggel megállapítani.

Orvosi műhibaperekben az osztrák bíróságok az okozatisággal összefüggésben ugyancsak mérsékeltek a bizonyítási terhet, és a teljes kártérítéshez döntő valószínűséget kívánnak meg.²⁵

Az angol jogban és más *common law* jogrendszerekben a szükséges és elégséges előfeltétel annak bizonyítása, hogy a kárt nagyobb valószínűséggel, mint sem (*more probable than not*, vagyis 50%-nál nagyobb valószínűséggel) az alperes cselekménye (vagy mulasztása) idézte elő.²⁶

c) A bizonyítási teher megfordítása

A harmadik megoldás lehet bizonyos körülmények között a bizonyítási teher megfordítása.

A beteg kezelőorvosa ellen indított perében, amennyiben az orvos *súlyosan gondatlanul* járt el, a német bíróságok a beteg javára megfordítják a bizonyítás terhét, feltéve, hogy az orvos *súlyosan* gondatlan magatartása a beteget ért kár lehetséges oka volt.²⁷ Orvosi műhibaperekben a holland és osztrák bíróságok, illetve a litván Legfelsőbb Bíróság ugyancsak alkalmazták bizonytalan okozatiság esetén a bizonyítási teher megfordítását.²⁸

Ha a bizonyítási teher megfordításának feltételei fennállnak, a német, holland és litván bíróságok a bizonytalan okozatiság ellenére a károsult által elszenvedett kár egészének megtérítését ítélik meg.²⁹ Tekintettel arra, hogy ilyen esetekben az okozati ösz-

²² L. pl. MÄSCH 2006, 674. p; IDEM: *Chance und Schaden*, 237. p.

²³ A német jogra l. BGHZ 53, 245; BGH, NJW 1993, 935 (937); MÄSCH: *Chance und Schaden*, 30. p. további hivatkozásokkal; JANSEN, 1999, 276.p. Az osztrák jogra l. RECHBERGER, WALTER – SIMOTTA, DAPHNE-ARIANE: *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts*, 5. Aufl., Wien, 2000, n. 580 hivatkozásokkal.

²⁴ BG/TF 8.5.1981, BGE/ATF 107 II 269, C. 1b bek. A bizonyítási teher súlya az ügyben érintett védett érdek jelentőségétől függ, l. BREHM, ROLAND: *Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht*, Vol. VI, Art. 41–61 OR, 3. Aufl., Bern, 2006., Art. 41 N 117.; l. még: MÜLLER 2002, n. 269.

²⁵ L. pl. KOZIOL: *Österreichisches Haftpflichtrecht*, Band I, 3. Aufl., Wien, 1997, no. 16/11.

²⁶ Valamennyi *common law* jogrendszerre l. House of Lords, 2.7.1987, *Holton v East Berkshire AHA*, [1987] 1 AC 750, [1987] 2 All ER 909; STAPLETON, JANE: *The Gist of Negligence, Part II*, Law Quarterly Review 1988, 389. p.

²⁷ BGH 20.6.1962, VersR 1962, 960; BGH 13.10.1964, NJW 1965, 345; BGH 11.6.1968, NJW 1968, 2291.

²⁸ *Hollandia*: VAN BOOM – GIESEN, in: KOCH et al. (eds.), 2007, 10.8.5 hivatkozásokkal; *Ausztria*: MÄSCH: *Chance und Schaden*, 158. p; *Litvánia*: 18.2.2004 Legfelsőbb Bíróság, 3K–3–16/2004. sz. polgári ügy, részleteket közöl: KOCH et al. (eds.), 2007, 10.21.1 R. Lampe kommentárjával.

²⁹ A német esetjog kritikai elemzésére l. MÄSCH 2006, 674. p.

szefüggés utólag általában nem tisztázható, a bizonyítási teher megfordítása azt eredményezi, hogy a súlyosan gondatlanul eljáró orvos tevékenysége vagy mulasztása minden lehetséges következményéért kártérítési felelősséggel tartozik.

Más bíróságok mindeddig nem alkalmazták a bizonyítási teher megfordítását.

d) Az alternatív kauzalitás szabályainak alkalmazása

A természetes okozatissággal kapcsolatos bizonytalanságok kezelésének *negyedik* eszköze lehet az alternatív kauzalitás szabályainak alkalmazása. E szabályok értelmében „több cselekmény esetén, amennyiben ezek mindegyike önmagában is elégséges oka lenne a kár bekövetkeztének, de bizonytalan, hogy melyik volt a tényleges kiváltó ok, mindegyik cselekmény a kár okának tekintendő.”³⁰ Egyes jogrendszerekben ilyenkor valamennyi károkozó olyan arányban felel a keletkezett kárért, amilyen valószínűséggel cselekménye a károsult kárát okozhatta (az arányos kárfelelősség elve),³¹ más jogrendszerekben minden károkozó teljes kárfelelősséggel tartozik, és a felperest megilleti az alperes megválasztásának joga (az egyetemleges kárfelelősség elve). Az alternatív kauzalitás szabályai akkor is alkalmazhatók, ha a lehetséges okok egyike a károsult érdekkörébe tartozik, akár csak a fenti három esetben, amikor a kárt *vagy* az orvos gondatlansága okozta, *vagy* az egyébként a felperes betegségének következménye volt.³²

1995-ban az osztrák Legfelsőbb Bíróság 4. sz. tanácsa orvosi műhibaperben az alternatív kauzalitás szabályait alkalmazta. A bíróságnak egy súlyos fogyatékkal világra jött újszülött kártérítési igényéről kellett állást foglalnia. A fogyatékoságot vagy az okozta, hogy a köldökzsinór a szülés során háromszor az újszülött nyaka köré tekeredett, amit az orvosok nem akadályozhattak meg, így az kizárólagosan a károsult érdekkörébe tartozó történésnek minősül; vagy a méhlepény rendellenessége, amit viszont az orvosoknak észlelniük kellett volna, és aminek következményeit elháríthatták volna. A Legfelsőbb Bíróság 4. sz. tanácsa analógia útján az alternatív kauzalitás szabályait alkalmazta: mivel az újszülöttet ért károsodás két lehetséges oka közül az egyikért az orvosok felelőssé tehetők, a bíróság a kár felének megtérítésére kötelezte őket.³³

Az osztrák Legfelsőbb Bíróság más tanácsai nem követték ezt az érvelést, és hasonló esetekben inkább a bizonyítási teher mérséklése mellett döntöttek.³⁴

e) Az „esélyvesztés” (*loss of a chance / perte d'une chance*) jogintézménye

A francia, belga és holland bíróságok egy *ötödik* megoldást alkalmaznak a bizonytalan okozatosság problémájának kezelésére, az „esélyvesztés” koncepcióját. A koncepció

³⁰ V.ö. az Európai Kártérítési Jog Alapelvei 3 : 103. cikk (1) bekezdésével.

³¹ L. az Európai Kártérítési Jog Alapelvei 3 : 103. cikk (1) bekezdését.

³² L. pl. az Európai Kártérítési Jog Alapelvei 3 : 106. cikkét: „A károsult köteles kárát olyan mértékben viselni, amilyen valószínűséggel azt a saját érdekkörébe tartozó cselekmény, történés vagy más körülmény okozhatta.”

³³ OGH (4. sz. tanács) 7.11.1995, JBI. 1996, 181; v.ö. MÄSCH: *Chance und Schaden*, 161. p.: “[...] az ítélet eredményeként az orvos felelősége nagyon közel kerül az esélyvesztésért (*verlorene Chance*) viselt felelősséghez, különösen abban a tekintetben, hogy a kártérítési összeg az orvosi műhiba és az egészségkárosodás közötti okozati összefüggés valószínűsége arányában mérséklődik.”

³⁴ OGH 22.8.1996, JBI. 1997, 392; 10.10.1991, JBI. 1992, 522; 1. még: MÄSCH: *Chance und Schaden*, 159. p.

értelmében bizonytalan okozati összefüggés esetén a kárfelelősséget keletkeztető cselekmény *nem* a szerződéses és szerződésen kívüli felelősség jogintézményei által hagyományosan védett jog (a fenti esetekben a beteg élethez és testi épséghez való joga) megsértése. A kárfelelősséget keletkeztető jogi tény önmagában a kedvezőbb állapot esélyének elvesztése.³⁵

Ez a megközelítés annyiban tér el a hagyományos nézőponttól, hogy a felperesnek a kár és a *kedvezőbb állapot esélyének elvesztése* közötti okozati összefüggést kell bizonyítania. A fenti esetekben kétségtelen, hogy az orvos gondatlansága megfosztotta a betegeket a felépülés bizonyos *esélyétől*.

Az „esélyvesztés” koncepciója tehát megváltoztatja a jogvédelem tárgyát: az „esélyvesztéssel” kapcsolatos ügyekben a jogvédelem közvetlen tárgya nem a beteg egészsége, hanem gyógyulási *esélye*. Az „esélyvesztés” koncepciója változást hoz az okozatiság megállapítása során vizsgált elemek körében is. A nézőpontváltásnak köszönhetően az okozati összefüggés nem problematikus többé, hiszen az orvos gondatlansága és a felépülés meghatározott esélyének elvesztése között az okozati összefüggés *bizonyossággal* fennáll.

Az „esélyvesztés” koncepciója alapján a kártérítési összeget nem a „mindent vagy semmit” elv szerint kell meghatározni. A nézőpontváltás az elvesztett esélyhez igazodó *részleges* kártérítést indokol. A kártérítési igény az elvesztett esély arányában lesz megalapozott.

Az esélyvesztésre épülő megközelítés *Franciaországban, Belgiumban és Hollandiában* bevettnek tekinthető.³⁶ Más jogrendszerekben, például *Spanyolországban*, az „esélyvesztés” koncepcióját kisebb módosításokkal, illetve csak bizonyos ügykörökre alkalmazzák. *Anglia és Skócia* bíróságai számos esetben, így az ügyvédi felelősség körében is, alkalmazzák az „esélyvesztés” koncepcióját, de az orvosi műhibaperekben nem.

A rákban elhunyt bostoni beteg esetében például az „esélyvesztés” koncepciója értelmében a kárfelelősséget nem a beteg élethez és testi épséghez való jogának megsértése alapozza meg, amelynek okozatisága csak 37,5%-os valószínűséggel állapítható meg. A kárfelelősség alapja az, hogy a beteg elvesztette a gyógyulás és túlélés esélyét. A beteg ezért az elszenvedett kár 37,5%-ának megtérítésére jogosult.

f) Összegzés

Az összehasonlító módszer alkalmazásának *első előnye* az, hogy feltárható a vizsgált probléma megoldása során alkalmazható *eszközök teljes köre* (esetünkben *öt* megközelítés). A jogösszehasonlítás olyan megoldásokat hozhat felszínre, amelyek a vizsgálódó saját jogrendszerében mindeddig ismeretlenek voltak, és ennek megfelelően bővíthető az igénybe vehető eszközök köre.

A három vizsgált esetben például a svájci (2007), massachusettsi (2008) és ausztrál (2010) bíróságok először mérlegelték annak lehetőségét, hogy a „mindent vagy semmit” megközelítés helyett (ami e jogrendszerekben az okozatiság hagyományos felfogásának

³⁵ L. pl. MORÉTEAU – FRANCOZ-TERMINAL, in: KOCH et al. (eds.), 2007, 10.6.3; JANSEN 1999, 282. p.

³⁶ VAN BOOM – GIESEN, in: KOCH et al. (eds.) 2007, 10.8.4 és 10.8.9 hivatkozásokkal.

számított orvosi műhibaperekben) az oksági valószínűségnek megfelelő részleges kártérítést ítélnének meg. E bíróságok az „esélyvesztés” más jogrendszerekben kialakult koncepcióját jogösszehasonlítás révén ismerték meg.

5.2. Az aktuális tendenciák megismerése

Másodsorban, a jogösszehasonlítás feltárhatja, hogy megfigyelhető-e a vizsgált probléma *valamelyik megoldása irányába mutató aktuális tendencia*.³⁷ Az összehasonlítás például azzal az eredménnyel is járhat, hogy a vizsgálatot végző saját jogrendszerében még ismeretlen megoldásokat más jogrendszerek igen széles körben alkalmazták.

Korábban említett döntésében az alternatív kauzalitás szabályai alapján (a „mindent vagy semmit” felfogás helyett) az okozati összefüggés valószínűsége szerinti részleges kártérítést ítélt meg az osztrák Legfelsőbb Bíróság 4. sz. tanácsa.³⁸ Orvosi műhibaperekben és az ügyvédi felelősség körében Franciaország, Belgium, Hollandia és az Egyesült Államok számos tagállamának bíróságai bevett gyakorlatként ítélnék meg részleges kártérítést (az „esélyvesztés” koncepcióját alkalmazva); Anglia és Skócia bíróságai az ügyvédi felelősség körében ítélnék meg részleges kártérítést, és az olasz, illetve spanyol bíróságok is hasonló gyakorlatot követnek (ugyancsak az „esélyvesztés” felfogása alapján).³⁹

A nemzetközi kereskedelmi szerződések UNIDROIT Alapelvei⁴⁰ az okozatiság valószínűségének megfelelő részleges kártérítést javasol. Az UNIDROIT Alapelvek 7.4.3. cikk (2) bekezdése szerint „[a] bekövetkezés valószínűségének arányában kártérítés járhat az esélyvesztésért.”

Az Európai Kártérítési Jog Alapelvei ugyancsak rendelkezik az okozatiság valószínűségének megfelelő részleges kártérítésről (az alternatív kauzalitás szabályai alapján).⁴¹

A fenti jogesetekben felmerülő problémával kapcsolatosan a jogösszehasonlítás arra az eredményre vezet, hogy az orvosi gondatlanság és a beteg egészségkárosodása közötti okozati összefüggés valószínűségének arányában megítélt, vagyis részleges, kártérítés gyakorlata komparatív szempontból egyáltalán nem tekinthető marginálisnak.

5.3. Más jogrendszerek tapasztalatainak hasznosítása, illetve a vizsgált megoldások előnyeinek és hátrányainak kritikai értékelése

Harmadsorban, az összehasonlító módszer lehetővé teszi más jogrendszerek tapasztalatainak hasznosítását, segít elkerülni a más jogrendszerekben felmerült kedvezőtlen tapasztalatokat, és arra ösztönöz, hogy a döntéshozó valamennyi lehetséges megoldás mellett és ellen szóló érveket mérlegelje.

³⁷ Az ilyen tendenciák megismerésének előnyeiről l. LORD BINGHAM, in: Fairchild v. Glenhaven (House of Lords) [2002] 3 All ER 305, 334i "Zsugorodó világunkban [...] az egységes megoldások előnye vitathatatlan, függetlenül attól, milyen módon jutunk el az egységes megoldáshoz."

³⁸ L. a 33. lábjegyzetet.

³⁹ L. a 10. és kk. lábjegyzeteket.

⁴⁰ www.unilex.info

⁴¹ Az Európai Kártérítési Jog Alapelvei 3:101, 3:103 (1), 3:106; l. KADNER GRAZIANO, in: KOCH et al. (eds), 2007, 10.28 (585. p.)

Ezt a hozzáadott értéket a vizsgált jogesetek is jól példázzák. Említettük, hogy egyes államokban súlyos gondatlanság esetén a bíróságok a beteg javára *megfordítják* az okozatisággal kapcsolatos bizonyítási terhet (lásd a fenti megoldások közül a *harmadikat*).⁴² Ez a felfogás első ránézésre figyelemre méltó megközelítést kínál a fenti jogesetek eldöntéséhez. A német ítélkezési gyakorlat tapasztalatai azonban rávilágítanak a megoldás gyengéire: a beteg nem feltétlenül arra tart igényt, hogy az orvost gondatlanságáért megbüntessék. Ehelyett elszenvedett kára megtérítését akarja, *függetlenül az orvos gondatlanságának fokától*.⁴³ Valójában nincsen összefüggés az orvos gondatlanságának foka és annak valószínűsége között, hogy a műhiba okozta a beteg egészségkárosodását. A német bíróságok határozatai tökéletesen illusztrálják az összefüggés hiányát: egy esetben az orvos enyhe gondatlansága 90%-os valószínűséggel vezetett a beteg egészségkárosodásához, a bíróság azonban a fennálló okozati bizonytalanság miatt nem ítelt meg kártérítést. Egy másik esetben az orvos súlyos gondatlansága 10%-os valószínűséggel okozhatta a beteg problémáit.⁴⁴ A súlyos gondatlanság fennállása miatt a beteg teljes kártérítésben részesült. Ez, az első ránézésre vonzóan tűnő megoldás tehát a gyakorlati tapasztalatok fényében valójában nem kielégítő.⁴⁵

Az okozati összefüggés valószínűségének megfelelő részleges kártérítést illetően az európai magánjog igen sokszínű képet mutat: számos országban az okozati összefüggés valószínűségének megfelelő részleges kártérítés, illetve az „esélyvesztés” miatti kártérítés a bíróságok oldaláról még nem elfogadott, vagy kifejezetten elutasított koncepció. Más országokban ez a felfogás széles körben vagy egyes ügykörökben bevettnek tekinthető. Franciaország, Belgium, Hollandia, Olaszország, Spanyolország és az Egyesült Államok 21 tagállama bíróságainak ítélkezési gyakorlata⁴⁶ azt mutatja, hogy a részleges kártérítés koncepciója körültekintő alkalmazás mellett hasznos és működőképes lehet.

5.4. Jogharmonizációs hatás

Az összehasonlító módszer alkalmazásának *ötödik* előnye, hogy jelentős *jogharmonizációs hatást* gyakorolhat az európai magánjogra, hiszen a különböző államok bíróságai ugyanazokat a megoldásokat mérlegelik; és időnként ugyanazokra a következtetésekre jutnak. Az összehasonlító módszer alkalmazása tehát megnyitja az utat a „puha jogharmonizáció” előtt, mint a jogalkotással megvalósított jogegységesítés alternatívája.

5.5. Kommunikáló nemzetközi jogász közösség kialakulása

A jogösszehasonlítás nem vezet valamennyi jogrendszerben szükségszerűen azonos eredményre. Éppen ellenkezőleg: az összehasonlító módszer lehetővé teszi az egyes országokban különböző megoldások kialakulását, és azok egymás mellett élését. Bizonyos államok tehát laboratóriumként szolgálnak, ahol egyes megoldások „tesztelése” zajlik,

⁴² L. 5.1. c).

⁴³ V.ö. FLEISCHER 1999, 773. p.; JANSEN, 1999, 277. p.

⁴⁴ V.ö. MÄSCH: *Chance und Schaden*, 34. p, és a következő esetekkel: OLG Hamm 26.8.1998, VersR 2000, 325, és OLG Brandenburg 8.4.2003, NJW-RR 2003, 1383.

⁴⁵ L. ugyancsak: MÄSCH: *Chance und Schaden*, 35. p.

⁴⁶ Hivatkozásokra l. a 6. és kk. lábjegyzeteket.

akárcsak az Egyesült Államokban a magánjog körében, ahol a szövetségi államon belül 50 jogrendszer él egymás mellett.

A más jogrendszerekben alkalmazott megoldásokról jogösszehasonlítás révén nyert ismeretek még akkor is elősegítik egymás jobb megértését és ösztönzik a különböző jogrendszerekben tevékenykedő jogászok közötti vitát, ha a bíróságok végül eltérő megoldások mellett foglalnak állást. Az összehasonlító módszer alkalmazása így lehetővé teszi egy közös jogtudomány kifejlődését, és hozzájárul egy valódi (európai vagy világméretű) jogászközösség formálódásához, amelynek tagjai nehézség nélkül kommunikálhatnak egymással.

Fenti jogeseteink ezt is jól példázzák: az említett ügyekben mind a *svájci Szövetségi Bíróság*, mind a *massachusettsi Legfelsőbb Bíróság* és az *ausztrál High Court* mérlegelte a betegek részleges kártérítését az „esélyvesztés” koncepciója alapján, és ezt mind-egyik fórum története során első alkalommal tette, miután ezzel az opcióval jogösszehasonlítás révén megismerkedett.

Az ausztrál High Court végül *elvetette* az esélyvesztésen alapuló megoldást. A svájci Szövetségi Bíróság figyelembe vette, azonban eljárásjogi megfontolásokból *nem foglalt állást az alkalmazás kérdésében*. Massachusetts Legfelsőbb Bírósága *magáévá tette a megközelítést*, és az elszenvedett kár 37,5%-át ítélte meg kártérítésként, mivel az orvosi gondatlanság 37,5%-os valószínűséggel vezetett a beteg halálához.

A bíróságok tehát különböző következtetésekre jutottak, de ezt a lehetséges opciók, azok előnyei és hátrányai, illetve más jogrendszerek korábbi tapasztalatának átfogó ismeretében tették. Az összehasonlító módszer így szélesítette a bíróságok látókörét, és a különböző bírói fórumok ítélkezési szabadságának megőrzése mellett megteremtette a valamennyi megoldásra tekintettel hozott tájékozott döntés lehetőségét.

6. Következtetések

(1) Azokban az esetekben, amikor a nemzeti jog szabályozása hézagos vagy nem egyértelmű, a bíró a jogösszehasonlítás révén feltérképezheti a vizsgált jogkérdésre adható megoldások teljes körét.

(2) Vitatott jogkérdések vizsgálata során az összehasonlító jog segít feltárni az aktuális nemzetközi tendenciákat.

(3) Segít a bírácoknak hasznosítani más jogrendszerek tapasztalatait és elkerülni más jogrendszerek nem kielégítő megoldásait, továbbá elősegíti a különböző vizsgált megoldások előnyeinek és hátrányainak kritikai értékelését.

(4) Egyes esetekben a jogösszehasonlítás a nemzetközi jogegységesítés alternatívájaként nemzetközi szintű jogharmonizációs hatást gyakorolhat.

(5) Végül, de nem utolsósorban, az összehasonlító módszer alkalmazásával és más bíróságok ítélkezési gyakorlatának figyelembe vételével a bíróságok nemzeti határokon átnyúló vitát generálnak. – Mint a három fenti eset példája mutatja, az összehasonlító jog az orvosi gondatlanságért viselt kárfelelősség fennállása és mértéke körében napjainkban az egész világot átfogó szakmai vitát generál.

THOMAS KADNER GRAZIANO

MAY COMPARATIVE LAW HELP TO FIND THE ANSWER? – THE
EXAMPLE OF THE WORLDWIDE SEARCH FOR A FAIR SCOPE
OF LIABILITY IN CASES OF MEDICAL NEGLIGENCE

(Summary)

The contribution analyses the role comparative law may play in the decision making process of judges when dealing with topical legal issues. The example chosen to illustrate the role of comparative law is the fair scope of medical negligence in cases of uncertain causation. The purpose of this paper is *not* to suggest a solution to the problem of uncertain causation in medical malpractice cases (or in other cases of professional negligence, such as cases of lawyer's liability). The purpose is, on the contrary, to discuss the use courts may make of the comparative method when addressing topical legal issues and to highlight some of the benefits that may be derived from using this method.

In situations in which the national law has gaps or where it lends itself to interpretation, the comparative analysis helps the judge to discover the full range of solutions to a given legal problem. Comparative law further helps to discover current trends on the international level when dealing with topical legal issues. It helps judges to benefit from the experiences made in other jurisdictions, helps to avoid repeating unsatisfactory experiences that have occurred in other jurisdictions, and it invites a critical assessment of the pros and cons of the different solutions under examination. In some situations, a comparative analysis may bring about a harmonising effect on the international level and thus offer an alternative to the international unification of the law. Last but not least, by using the comparative method and by taking into consideration the court practice of other jurisdictions, the courts contribute to the establishment of a discussion beyond the national borders. Comparative law is, in fact, currently leading to an almost worldwide discussion of the scope of liability for medical negligence and of the limits of such liability.