

ACTA

‘GYERMEKKÁR’

Összehasonlító jogi szemelvények a születés mint kár-ok témaköréből

BENKE József
egyetemi docens (PTE ÁJK)

*„Miért hoztál elő anyámnak méhéből?
Haltam volna meg, mielőtt szem látott!
Úgy volnék csak, mintha sose lettem volna,
vittek volna sírba anyámnak méhéből.”*
(Jób 10, 18–19)

1. Jogon innen, jogon túl

Ha egy gyermek megszületésére mint jogi értelemben vett kár-okra tekintünk, vagyis egy ember életét mint jogi tényt vagyoni károk és nem vagyoni sérelmek bekövetkezésének közvetlen vagy közvetett okaként kívánjuk értelmezni, elengedhetetlen megvizsgálni néhány jogon túli kérdést, valamint a jogrend állását az emberi élet és halál egyes alapkérdései tekintetében.

1.1. Antropológiai összefüggések

Az ember(iség)nek antropológiai értelemben is története van. Az ember érzelmi és értelmi viszonyulása a gyermekiséghez széles skálán hullámzik. A felnőtt populáció egyes, történelmileg jól azonosítható rétegeinek statisztikai többsége a gyermekiségre, mint tulajdonságra, történelmi koronként és az egyes egyéni életszakaszonként is változó módon tekint. E viszonyulás a vissza-visszatérő érdektelenségtől a gyermek mindent meghatározóan jelentős voltának újra és újra kialakuló elismeréséig terjed.

A folyamat összetettsége okán annak vizsgálatára az 1960-as években új tudományág született: a gyermekiség-, avagy gyermekkortörténet, amely „az ember történeti antropológiai meghatározottságából indul ki, s a múlt társadalmi eseményeit, történéseit az ember, az egyén szempontjából értékeli.”¹ Az irányzat alapműve Phi-

¹ PUKÁNSZKY Béla: *Bevezetés a gyermekkortörténetébe. Sine pagina.* Ld. http://www.jgypk.hu/mentorhalo/tananyag/Bevezets_a_gyermekkortortnetbe/index.html

lippe Ariès (1914–1984) „L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime” (Párizs, 1960) c. kötete, amelynek tézisei szerint egyfelől a *középkori* ember nem rendelkezett gyermekkor-felfogással, a gyermeki sajátosságok iránti érzékenységgel, így a gyermek attól kezdve, hogy anyja, dajkája gondoskodása nélkül megélt, a felnőttek társadalmához tartozott; másfelől a gyermekkor mint önálló életszakasz tekintetbe vétele a *polgárosodás* kezdetétől jelent meg, amikortól a gyermek korlátlan szabadsága a neveléssel formálás igénye folytán megszűnt. A tudományterület Ariès-féle alapirányzatának (*diszkontinuitási elmélet*) követői a *csecsemőhalandósági rátát* nevezték meg olyan tényezőként, mely a *nők édesanyjai attitűdjét* s ezen keresztül a gyermekségnek tulajdonított jelentőséget a kései középkorban alapvetően meghatározta. Ariès még a magas mortalitásnak tudta be az édesanyák távolságtartó attitűdjét, Edward Shorter azonban tovább ment, szerinte ugyanis az Európában elképesztően magas csecsemőhalandóság – 20-50% az 1. életévben (!) – *nem oka* az anyai közömbösségnek, hanem annak egyenes *következménye*.²

Az ellentétes, ún. *kontinuitási elmélet* hívei szerint azonban a szülői gondoskodás és a gyermekek életmódja terén a 16–19. század között igen kevés változás zajlott le. Linda Pollock szerint³ szülők és gyermekeik egymás iránti kötődése *nem történeti*, vagy *szociológiai*, hanem pusztán *biológiai* kategória. Shulamith Shahar tézise szerint pedig a szülő-gyermek kapcsolatnak vannak történeti korokon átívelő, változatlan elemei, és a gyermekgondozás korabeli hatástalansága (akár: ártalmassága) nem a szülői attitűd, hanem az *orvoslás* állásának és a *vallási fatalizmusnak* a következménye. Bizonyítja, hogy a középkor nevelési szokásai több rokonságot mutatnak a 20. századi pedagógia teóriáival, mintsem a 18–19. századi rigorózus nevelési koncepciók.⁴

1.2. Népeségmozgalom és statisztikai korrelációk

Aligha vitatható, hogy a 20. század második felében Európában eddig *soha nem látott mértékű általános jólét* érvényesült. Az egzisztenciális biztonság és az általános jóléti (kényelmi) feltételek és körülmények a korábbi évszázadokban megszokotthoz képest összehasonlíthatatlanul magasabb nívót mutatnak. Ez a megállapítás viharok szaggatta történelme ellenére természetesen igaz hazánk esetében is. Mégis, éppen *jóléti társadalmainkban* merül fel a legkiélezettebben az *élet továbbadásának kárként való felfogása*. A kontrasztot jól érzékelteti az *Archiv für die zivilistische Praxis* 195. évfolyamában közzétett tanulmány költői kérdést megfogalmazó címe: „*Medizinischer Fortschritt als zivilisatorischer Rückschritt?*”⁵

² Edward SHORTER: *Die Geburt der modernen Familie*. Reinbek bei Hamburg, Rowohlt, 1977. 256. *et passim*.

³ Linda POLLOCK: *Forgotten Children. Parent-child relations from 1500 to 1900*. London et al., Cambridge University Press, 1983. 38.

⁴ Shulamith SHAHAR: *Gyermekek a középkorban*. Budapest, Osiris, 2000. 131–132.

⁵ Eduard PICKER: *Schadensersatz für das unerwünschte Kind („Wrongful birth“)*. *Medizinischer Fortschritt als zivilisatorischer Rückschritt? Archiv für die zivilistische Praxis*, 195. (1995) 483–547.

A hazai *népességi-népmozgalmi statisztikák*⁶ értelmezése különös következtetésekre vezethet, jóllehet ezek *expressis verbis* levonása nem célja e tanulmánynak (az azokról való gondolkodás ugyanakkor talán mindannyiunk feladata). Az említett statisztikai adatok szerint 1.000 élve születettre 1900-ban 226, 1950-ben 86, 2018-ban 3-4 *csecsemőhalál* jutott. A *születéskor várható átlagos élettartam nemközi számtani átlaga* 1900-ban 37,5 év, 1950-ben 62 év, 2018-ban 75,5 év volt. Jóllehet az *abortusz-statisztikák* mindig *magas látenciával* járnak együtt, 1950–1953 között (az első statisztikai adatok 1950-ből valók) 100 élve születésre még kb. 1, 2018-ban 30 regisztrált *terhesség-megszakítás* esett (1956 végétől 1973-ig ez 74–140 regisztrált eset között hullámozott⁷). Végül a *teljes termékenység arány* 1950–1953 között kb. 2,5 [1900–1920 között átlagban kb. 4,7], 2018-ban pedig 1,49 volt (1996. évi szint).

Ezekből az adatokból néhány tény pusztá együttállását – az *ok-okozati összefüggés* kérdésében történő állásfoglalás *mellőzésével* – érdemes észlelnünk. A 20. század tragikus első évtizedeinek magas termékenységi rátája rendkívül magas *perinatális* mortalitással, *regisztrálatlan* abortusz-mutatókkal (vö. *egykézés*⁸) és alacsony várható élettartammal korrelált. A 20. század középső harmadában a javuló mortalitási mutatók (ötödére-hatodára esett) és élettartam-mutatók (30 évvel nőtt) rendkívül magas (1961–1971 között mindvégig 120% feletti) abortusz-hajlandósággal párosultak. Az utóbbi évtizedekben az előző időszakhoz képest a *perinatális* mortalitás a tizedére csökkent, a születéskor várható élettartam pedig további 15 évvel nőtt, a terhesség-megszakítások aránya pedig kb. az egynegyedére csökkent, ugyanakkor a *teljes termékenység arány-szám* az előző időszaki érték 60%-ára esett vissza.

1.3. Jog ‘életre-halálra’

Bárhogyan is definiáljuk az életet, valószínű, hogy a *közgondolkodás* szerint a *halál* annak éppen az ellenkezője. A *jog* alapján ugyanakkor az, hogy *nem vagyunk halottak*, nem feltétlenül jelenti azt, hogy *élünk*. Magától értetődőnek tűnik azonban, hogy élet

⁶ https://www.ksh.hu/docs/hun/xstadat/xstadat_hosszu/h_wdsd001b.html

⁷ Vö. 1004/1953. (II. 8.) és 1047/1956. (VI. 3.) sz. minisztertanácsi határozat. Az *1956-os forradalom és szabadságharc után*, ismét *szovjet mintát* követve, minisztertanácsi rendelettel liberalizálták az abortuszt. *Román József*, egészségügyi miniszter a döntést így vezette be: „a nők helytállása népgazdaságunk minden területén, fejlett öntudatuk, túlnyomó többségük áldozatos ragaszkodása a családhoz és a gyermekhez nálunk is erkölcsi alapot teremtettek ahhoz, hogy anyaságuk kérdését maguk dönthessék el”. Ld. Kocsis Piroska: „Aki ettől a naptól fogva abortuszt hajt végre, azt a legkeményebben büntetjük”. *archív/NET XX. századi történeti források*, 16. évf. 2016/3. 1–4.

⁸ Az egykézés a tiltott magzatelhajtás gyakorlata. Az ún. teljes jobbágyság körében a századfordulóra a Dél-Dunántúlon (főként Ormánság) kívül több egykés vidék is kialakult hazánkban, így pl. a református magyarság, a bánáti katolikus svábok, ill. a krassó-szörényi görögkeleti románok körében is. Az I. világháború után a *lakáshiány* miatt jelent meg az egykézés a *városokban*. Az 1960-as évektől Budapest és a Dél-Dunántúl mellett Csongrád megyében is kimutathatóvá vált az „egykézés”, és az a Kádár-korszakban még inkább elterjedt főként az anyagi jólét biztosítása érdekében. Ld. pl. FÜLEP Lajos: *A magyarság pusztulása*. Budapest, Neumann Kht., 2003.; KODOLÁNYI János: *A hazugság öl. Memorandum Huszár Károlyhoz, a parlament alelnökéhez*. Budapest, Királyi Egyetemi Nyomda, 1927.; KISS Géza: Az egyke okai. *Protestáns Szemle*, 43. évf., 1934/7–9. 401–414.

és halál jogi koncepciójának is *egymást kizáróan ellentétesnek* kell lennie: aki él, az nem halott és *vice versa*. Súlyos a dilemma: egyfelől az élet és halál antagonista jogi koncepciójához való merev ragaszkodás olyan következtetésekhez vezet, amelyeket a társadalom nem tud elfogadni,⁹ másrésztől nem lehet kimondani, hogy élet és halál nem zárja ki egymást, ellenkező esetben ugyanaz az ember jogilag egyszerre lenne élő s holt, ami abszurdum.

Ha a *jogban* élet és halál jogi fogalma *nem* egymást kizáró, ellentétes fogalmak, és az *életnek univerzális igényű jogi definíciója nem* létezik, a *halál* jogfogalma pedig legfeljebb *konszenzusos* lehet, akkor szükségszerű, hogy az ember halálára mint *folyamatra* tekintsünk. Ha pl. az agyvelőhiánnyal született csecsemőt és a perzisztáló vegetatív állapotban lévő agysérültet tekintjük, világos, hogy a *nyilvánvalóan élő* és a *nyilvánvalóan halott* ember között olykor szakadék tátong.¹⁰

Az emberi élet *biológiai kezdete természettudományi szempontból* egzakt, *jogi értelemben vett kezdete* viszont nem magától értetődő. Kérdéses ugyanis, hogy az élet jogi kezdete a fogantatás, a beágyazódás, az életképessé válás, az élve születés, a bizonyos ideig tartó önálló biológiai életre való képesség, a tudatnyerés, vagy akár a racionális döntéshozatal képessége legyen-e.¹¹ Az élet *jogi kezdete* körében a legnyilvánvalóbbnak a *megszületett* és a *meg nem született* ember közötti megkülönböztetés, ill. az *akármennyi ideig életképes* és a *holt*¹² közötti különbségtétel tűnik. Ebből fakad az *élve születés* kategóriája, amely – kevés kivétellel – *nemzetközileg* mind a *büntetőjogi*, mind a *kártérítési és öröklési jogi normák*, ill. az ilyen tárgyú *esetjog* uralkodó fogalma.¹³

Ha az *élethez való alkotmányos jog* az élve születetteket illeti meg, kérdés, hogy az élethez való joggal rendelkezők bírnak-e a *halálhoz való alkotmányos joggal*. Az Emberi Jogok Európai Bírósága az Emberi Jogok Európai Egyezményének az élethez való jogot deklaráló 2. cikke értelmezésével kapcsolatban 2002-ben kifejtett álláspontja szerint „az élethez való jognak nem tulajdonítható a halálhoz való jogot biztosító értelem”.¹⁴

„Minden embernek joga van az élethez és az emberi méltóságához, a magzat életét a fogantatástól kezdve védelem illeti meg” [Alaptv. II. cikk]. „A jogképesség az embert, ha élve születik, fogamzásának időpontjától illeti meg” [Ptk. 2:2. § (1) bek.]. Az *élve*

⁹ Az élet biológiai kezdetének jogi adaptációja oda vezetne, hogy a *magzat jogilag ember*, és ezért *jogilag életellenes* cselekmény lenne az abortusz, az IVF-embriók megsemmisítése, az összejt-kutatás egyes lépései, a beágyazódást gátló fogamzásgátlás. Számos további problémához ld. Elizabeth Price FOLEY: *The Law of Life and Death*. London et al., Harvard University Press, 2011. 10.; és NAVRATYIL Zoltán: *A varázsló eltöri pálcáját? A jogi szabályozás vonulata az asszisztált humán reprodukciótól a reprodukció klónozásig*. Budapest, Gondolat, 2012. *passim*; FRIVALDSZKY János: Az emberi személy alkotmányos fogalma felé – a méhmagzat életjogának tesztjén keresztül. In: SCHANDA Balázs – VARGA Zs. András (szerk.): *Láttelet közjogunk elmúlt évtizedéről*. Budapest, PPKÉ JÁK, 2010. 19–51.

¹⁰ FOLEY i. m. 12., 247.

¹¹ Vö. 64/1991. (XII. 17.) AB hat.

¹² Vö. egészségügyről szóló 1997. évi CLIV. tv. 216. § (*klinikai halál, agyhalál, halál, perinatális halál*).

¹³ FOLEY i. m. 7., 13.; vö. *People v. Selwa*-ügy, 1995., ld. FOLEY i. m. 14–19.; *People v. French*-ügy, 2003., ld. FOLEY i. m. 21–25.

¹⁴ *Pretty v. United Kingdom*, 2002. 04. 29.; [40] pont. Ld. FOLEY i. m. 253.

született ember tehát a prenatális, *magzati életszakasza alatt is*, fogantatása pillanatától mindvégig *védendő alkotmányos érték*, és számára a *teljes magánjogi jogalanyiség* is a fogantatásra visszamenőlegesen nyílik meg az e létszakaszt bezáró élve születés feltételével. Tekintettel arra, hogy a határozott naphoz kötött jogszerzés a nap kezdetén következik be [Ptk. 8:3. § (4) bek.], a feltétlen jogképesség – élve születés esetén – a születés napjának nulladik órájától áll be. Ezt nem érinti, ha a gyermek már az élve születéskor életképtelen volt, s úgyszintén az sem, ha csak pár pillanattal élte. A Ptk. nem dönti el, vajon a méhmagzat ember-e, vagy sem, hanem úgy rendelkezik csupán, hogy a magzat jogalanyiséga feltételes.

1.4. A ‘magyar gyermekkár’

Lehetséges-e egyáltalán állást foglalni abban a kérdésben, hogy *az ember megszületése jogilag kárt okozhat-e bárkinek* – különösen a *szülőknek*? A *születés*, ill. az *élet mint kár* problémája a hazai praxisban a genetikai-teratológiai ártalom következtében fogyatékossgal született gyermek saját jogú kártérítési igénye kapcsán az ezredforduló utáni években vetődött fel a legkiélezettebben.¹⁵ A perekben felmerült további kérdés az volt: ha a felelősség és a kártérítés feltételei egyébként fennállnak, a *szülők* a személyiségi jogaik sérelme folytán jogosultak-e *nem vagyoni* sérelmeik kompenzációjára és *vagyoni* kártérítésre;¹⁶ másfelől a *vagyoni* kártérítés mértékét a fogyatékos és az egészséges gyermek eltartása, gondozása és nevelése közötti különbségek *többletterheiben*, vagy a felnevelés *teljes* költségében kell-e megállapítani.¹⁷

¹⁵ A Pécsi Ítéltábla (PÍT) *Lábady Tamás* által előkészített, 1/2006. (VI. 2.) sz., a Legfelsőbb Bíróság 1/2008. PJE határozatával „megerősített” kollégiumi véleménye szerint a válasz: nem. Ezt a Kúria 1/2014. PJE határozata a Ptk. alkalmazása körében is megfelelően irányadónak tekintette. Az 1/2008. PJE határozat indokolása szerint az ellentétes gyakorlat a következők szerint alakult: 1) eseti döntések a) ellene: Legfelsőbb Bíróság Pfv.IV.20.551/2007; Jász-Nagykun-Szolnok Megyei Bíróság 4/A. Pf.20.800/1992; Fővárosi Bíróság 41.Pf.23.484/1995; Pécsi ítéltábla Pf.I.20.187/2004; Szegedi ítéltábla Pf.III.20.429/2006; b) melllette: Legfelsőbb Bíróság Pfv.III.22670/1995; Pfv.III.21.899/1997; Pfv. III.22.193/2004; 2) kollégiumi vélemények (ellene): Pécsi ítéltábla 1/2006. (VI. 2.) sz., ill. Csongrád Megyei Bíróság 2007. (IV. 12.) kollégiumi vélemény.

¹⁶ A PÍT 1/2006. (VI. 2.) sz. kollégiumi véleményének II. pontja szerint: igen. Az álláspontot a Kúria 11/2015. számú polgári elvi határozatának I. pontja (EBH.2015.P.11.I) megerősítette.

¹⁷ A PÍT 1/2006. (VI. 2.) sz. kollégiumi véleményének III. pontja szerint csak a többletköltség ítéelhető meg, de a Kúria 11/2015. számú polgári elvi határozatának II. pontjában (EBH.2015.P.11.II) ettől eltérő álláspontra helyezkedett (*teljes felnevelési költség*).

Az e tárgykörben publikált hazai szakirodalom¹⁸ (ld. legújában – e tanulmány 2019. októberi lezárása után – Navratyil¹⁹) eredményeinek megismétlése helyütt szükséges. Kiemelendő ugyanakkor, hogy a felelősségbiztosításról szóló, 1989-ben megjelent monográfiájában²⁰ Lábady Tamás jogirodalmunkban elsőként foglalkozott az akkor még viszonylag új felelősségjogi jelenséggel, amelyet a *terhesség-megszakítások*, a *sterilizációk*, a *fogamzásgátlások*, a *gondatlanul végzett vagy elmulasztott genetikai tanácsadások*, vagy a *szülés előtti téves orvosi vizsgálatok és mulasztások* keltettek életre. Itt vezette be a hazai jogi műnyelvbe az amerikai bírói esetjogban kialakult, világszerte recipiált *tort law*-terminológiát.

2. A nemzetközileg bevett, alapvető fogalmak tisztázása

A „*gyermek mint kár*” témakörében releváns keresetfajták elnevezése az USA tagállami bírósági gyakorlatában meglehetősen ellentmondásos módon alakult ki, majd – ennek megfelelően – ugyancsak zavaros eredménnyel terjedt el az ún. nyugati világban

¹⁸ A hazai jogirodalom e tárgykörben jelentősen támaszkodott Dósa Ágnes munkáira. Ld. Dósa Ágnes: Az orvos polgári jogi felelőssége az egészséges, nem kívánt gyermek születéséért. *Állam- és Jogtudomány*, 41. évf., 2000/1–2. 143–153.; Dósa Ágnes: Az orvos kártérítési felelőssége. Budapest, HVG-Orac, 2004/2010. 1./2., átd., bőv. kiad. Egyebekben ld. JOBBÁGYI Gábor: Az ember, mint kár? A joggyakorlat és -elmélet ellentmondásai az Alkotmánybíróság második abortuszdöntése nyomán. *Jogtudományi Közlemény*, 59. évf. 2004/1. 1–9.; HERPAI Annamária: Újabb jelenségek a születéssel kapcsolatos kártérítési igények körében. *Magyar Jog*, 52. évf. 2005/11. 691–701.; LÁBADY Tamás: A fogyatékossgal született gyermek saját jogú kártérítési igényéről. *Családi Jog*, 2006/3. 15–25.; HÁMORI Antal: Kártérítési felelősség a fogyatékossgal való születés miatt? *Magyar Jog*, 54. évf., 2007/2. 92–100.; SZEIDL Ágnes: A kártérítési felelősség megállapításának változásai gondatlan károkozás esetén az orvosi műhibaperekben a brit jogban. *Iustum Aequum Salutare*, 4. évf., 2008/4. 223–238., különösen 231–235.; NAVRATYIL Zoltán: Wrongful life – Gondolatok a fogyatékossgal született gyermek sajátjogú kártérítési igényéről. *Magyar Jog*, 56. évf., 2009/4. 217–225.; NAVRATYIL Zoltán: Keresztülhúzott családtervezés: a gyermek, mint kár. *Jogtudományi Közlemény*, 64. évf., 2009/7–8. 321–333.; HÁMORI Antal: Az ember élve születése nem káresemény (a Legfelsőbb Bíróság 1/2008. PJE számú jogegységi határozata; alkotmányjogi aspektusok). *Jogtudományi Közlemény*, 64. évf., 2009/11. 471–482.; ZAKARIÁS Kinga: Az emberi élet, mint kár? (A Legfelsőbb Bíróság 1/2008. PJE számú jogegységi határozatának vizsgálata az Alkotmány 54. § (1) szempontjából). *Magyar Jog*, 57. évf., 2010/11. 655–668.; CZINE Aliz: A születéssel kapcsolatos kártérítési igények megítélése – azaz lehet-e kár az emberi élet? *Themis*, 12. évf., 2014/2. 38–71.; HINTS Ádám: A fogyatékos gyermek mint jogi kár. *Arsboni*, 014. július 1. *sine pagina* [arsboni.hu]; HÁMORI Antal: Az ember élve születése nem káresemény – az EBH2015. P.11. árnyékában és az Alaptörvény tükrében. *Magyar Bioetikai Szemle*, 22. évf., 2016/4. 4–30.; LEHOCZKI Andrea: Egészséges gyermek mint kár? Jogi és erkölcsi dilemmák kereszttüzében. In: POGÁCSÁS Anett – SZILÁGYI Pál – LÁNCOS Petra Lea – KOVÁCS Krisztián (szerk.): *‘De lege ferenda’ – Válogatott tanulmányok joghallgatók tollából*. Budapest, Pázmány Press, 2016. 315–330.; HINTS Ádám: A nem kívánt terhesség – a Wrongful Conception dilemmái. *Arsboni*, 2017. július 8. [arsboni.hu]; FÉZER Tamás: A születéssel kapcsolatos vagyoni igények a jogi és a vallási érvelés határvonalán. In: KOLTAY András – LANDI Balázs – MENYHÁRD Attila (szerk.): *Lábady Tamás Emlékkönyv*. Budapest, Wolters Kluwer, 2019. 147–159.; Zoltán NAVRATYIL: Sein oder Nichtsein: das ist hier die Frage. Der aus eigenem Recht geltend gemachte Schadenersatzanspruch des behindert geborenen Kindes. In: KOLTAY–LANDI–MENYHÁRD i. m. 183–196.

¹⁹ NAVRATYIL Zoltán: *A gyermek mint „kár”?* [PPKE JÁK Jogtudományi monográfiák 11.] Budapest, Pázmány Press, 2019.

²⁰ LÁBADY Tamás: *Fejezetek a felelősségbiztosítás köréből*. Pécs, Szikra, 1989. 34–35. (120–126. j.).

(hol az angol terminológia átvételével, hol annak tükörfordításában). A helyes alapok lerakása végett tehát célszerű a fogalmak tisztázását legalább megkísérelni.

„*Wrongful pregnancy action / claim / lawsuit*”: a kezelésért felelős személy jogellenes magatartásának („tort”) következménye, hogy az *egészséges, de nem kívánt gyermek a világra jön*. Ez a kereset valójában a nem kívánt magzat kihordásával és a nem kívánt gyermek megszületésével összefüggő tort folytán érvényesíthető kártérítés perjogi eszköze, ebben különbözik a *wrongful conception*-típusú keresettől (lásd alább). Az USA tagállami legfelső bíróságainak fogalomhasználata nem következetes (jóllehet egymás precedenseit nem kötelesek követni): a *wrongful pregnancy*-t mint új „tort”-ot a *Delaware Superior Court* fogadta be 1974-ben,²¹ azonban a kereset ténybeli alapja megegyezett a *wrongful conception* nevű, régebbi tort keresetével, amelyet még 1934-ben fogadott be a *Minnesota Supreme Court* (lásd alább).

„*Wrongful conception action*”: kártérítési kereset az egészségügyi szolgáltató, a gyártó, a forgalmazó ellen akkor, amikor a fogamzás megakadályozását célzó orvosi beavatkozás, vagy a fogamzásgátlót gyártó vagy forgalmazó szervezet termékének rendeltetésszerű alkalmazása ellenére a magzat megfogant. Nem egyezik a *wrongful pregnancy* nevű keresettel, ennek tárgya ugyanis kizárólag a nem kívánt *fogantatás* ténye. Az európai és a hazai szakirodalomban is gyakorta mutatkozó fogalmi zavar nem véletlen, ugyanis az USA tagállami felsőbbbíróságai és az angliai bíróságok is gyakran szinonimként használják e fogalmakat, és azok következetes elkülönítésére alig kínálkozik példa.²² A különbségtétel alapja egyesek szerint az, hogy a *conception*-keresetek esetében a terhességet utóbb megszakítják,²³ míg a *pregnancy-lawsuit* esetén az egészséges, de nem kívánt gyermek megszületik.²⁴ Az USA jogirodalma a *wrongful conception* nevű tort eredetét a *Minnesota Supreme Court* egy 1934. évi döntésében látja.²⁵

„*Wrongful birth action*”: a meglehetősen konfúz kategóriában mindössze annyi a közös vonás, hogy felperesi oldalon az anya, ill. a szülők állhatnak, továbbá a tényállást tekintve az, hogy a gyermek megszületett. Újabbban ugyanis nem csak azt az eredeti esetet jelöli, amikor a természetből adott fogyatékkal rendelkező orvosdiagnosztikai tévedés²⁶ után megszületett gyermekkel összefüggésben állított vagyoni és nem vagyoni kár megtérítéséért perel a szülő, hanem azt is, amikor a jogellenes magatartás

²¹ Ld. *Coleman v Garrison* [327 A.2d 757, 761 (Del. Super. 1974)] *American Journal of Law and Medicine*, Vol. 1. (1975) 158.

²² J. K. MASON: *Wrongful Pregnancy, Wrongful Birth and Wrongful Terminology*. *Edinburgh Law Review*, Vol. 6., N.1. (2002) 46–66.

²³ Bernard DICKENS: *Wrongful birth and life, wrongful death before birth, and wrongful law*. In: Sheila McLEAN (ed.): *Legal Issues in Human Reproduction*. Aldershot, Gower, 1989. 80–81.

²⁴ Richard C. BOOTHMAN: *Torts – Wrongful Pregnancy – When Defendant’s Negligence or Breach of Contract in a Sterilization Procedure Allows the Conception and Birth of a Healthy Child, Damages May be Recovered in an Action for Wrongful Pregnancy without Reduction for the Value of the Benefits Derived from the Child*. *University of Detroit Journal of Urban Law*, Vol. 57., N. 1. (1979) 184–202.

²⁵ *Christensen v Thornby* [192 Minn. 123, 255 N.W. 620 (1934)]. Ld. Harry WEST: *Contracts – Validity – Public Policy – Sterilization*. *Nebraska Law Bulletin*, Vol. 13. (1934–1935) 172–175.

²⁶ Az orvosi műhiba *diagnosztikai és kezelési* hibára való felbontása a hazai bírói gyakorlatban már a Legfelsőbb Bíróság Pf.20.844/1953. sz. ítéletétől számítható. Ld. JOBBÁGYI Gábor: *Az orvos polgári jogi felelősségének újabb kérdései a bírói gyakorlatban*. *Jogtudományi Közlöny*, 41. évf., 1986/4. 176–183.; 177.

következménye a megszületett gyermek betegsége vagy fogyatékosága (műhiba), ill. a nem kívánt, egészséges gyermek megszületése. A kereset mind az orvossal, mind – a termékfelelősség keretében²⁷ – a fogamzásgátló gyártójával vagy forgalmazójával szemben előterjeszhető. Ilyen módon ismét átfedés látszik, ez esetben mindkét előző kategóriával.

„*Wrongful life action*”: az egészséges vagy fogyatékkal élő gyermek saját jogon előterjesztett kártérítési keresete az anya kezeléséért felelős személlyel, ill. magával az anyával vagy a szülőkkel szemben. A *tort* elnevezését adó perben (*Illinois*, 1963²⁸) egy fiú azért perelte apját, mert a társadalom által elítélt, a jogrendszer révén akkor még hátrányos megkülönböztetésben részesülő (pl. öröklés, névviselés kizárása) házasságon kívüli gyermekként kellett megszületnie. Későbbi tipikus tényállása az lett, amikor a *természettől adott károsodással megszületett gyermek saját létezésére, mint kárra* alapítva azért perelte anyja orvosát, mert az a felperes magzati korában a károsodását *nem ismerte fel*, és a diagnosztikai tévedés folytán elmaradt *művi terhesség-megszakítás* miatt meg kellett születnie. Az *első elutasító* döntések az USA-ban (*Supreme Court of New Jersey*, 1967²⁹), ill. az NSZK-ban (BGH, 1983³⁰) születtek. Ezután a *wrongful birth*-kereset fenti, további tényállásait is ide sorolták azzal, hogy felperesi oldalon mindig a gyermek áll. Végeredményben mindazok a perek ide tartoznak, amelyek felperese az a gyermek, aki létezése tényét vagy annak bármely jellemzőjét más személy – így az orvos, a szülei, vagy a patikaszer forgalmazó vagy gyártó – jogellenesnek állított magatartása folytán bekövetkezett kárként értelmezi.

„*Wrongful death/abortion action*”: általános kártérítési kereset az olyan jogellenes magatartások – bűncselekmény, orvosi műhiba, hatósági intézkedés, munkahelyi és egyéb baleset stb. – alapján, amelynek az ember halála a következménye. Az új *tort* megalapozása Angliában a viktoriánus kori törvényhozásra megy vissza (1846, *Lord Campbell's Act*³¹), ugyanis a *common law* szerint a személy halála esetén eredetileg – szemben a halált nem okozó sérüléssel – kártérítési kereset nem volt előterjeszhető, mert annak benyújtásakor a károsult jogilag nem létezik. Esetünkben – szűkebben – azt a keresetet jelenti, amelyet vagy az egészségügyi szolgáltató ellen indítanak, ha az a terhességvizsgálás során elkövetett műhiba folytán a magzat, vagy a terhességvizsgálás, ill. a művi terhesség-megszakítás során elkövetett műhiba folytán az anya halálát okozta (ennek másik elnevezése: „*wrongful abortion*”³²), vagy a magzatát abortáló anya, ill.

²⁷ Pl. *Whittington v Eli Lilly & Co.* [333 F.Supp. 98, S.D.W.Va. 1971]. *Indiana Law Review*, Vol. 6., N. 1. (1972) 138–147.

²⁸ Ld. *Zepeda v. Zepeda* [41 Ill. App. 2d. 240, 259–263]. *Duquesne University Law Review*, Vol. 2., N. 1. (1963) 119–125.

²⁹ Ld. *Gleitman v. Cosgrove* [49 NJ (1967) 22]. *Wayne Law Review*, Vol. 13. (1966–1967) 750–757.

³⁰ A *Bundesgerichtshof* (BGH) ítéletét ld. *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen* (a továbbiakban: BGHZ) 86, 240, *Neue Juristische Wochenschrift* (a továbbiakban: NJW), 1983. 1371.

³¹ *Fatal Accidents Act 1846* (9 & 10 Vict. c.93). Részl. ld. Frederick POLLOCK: *The Law of Torts. A Treatise on the Principles of Obligations Arising From Civil Wrongs in the Common Law*. London, Stevens, 1892., 3rd ed. 61–64.

³² Ronen PERRY – Yehuda ADAR: *Wrongful Abortion. A Wrong in Search of a Remedy*. *Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics*, Vol. 5., N. 2. (2005) 507–586.

a terhesség-megszakítást végző szolgáltató ellen indítanak a születendő gyermek elvesztése miatt az egyes közeli hozzátartozók (tipikusan apa,³³ nagyszülő és testvér³⁴). A perekben rendszerint olyan alkotmányjogi kérdések is felmerülnek, mint pl. az anyai önrendelkezési jog és az apai jogok összeütközése, ill. a magzat személy-volta.³⁵ A vita olykor – pl. 2018-ban Alabamában³⁶ – tagállami alkotmánymódosítást gerjesztett.

„*Wrongful adoption action*”: az örökbefogadók kártérítési keresete az örökbefogadást lebonyolító hatósággal (ügynökséggel) szemben – mások mellett – azon az alapon, hogy a gyermek az adoptáló család tagjainak vagyoni vagy nem vagyoni kárt okoz, és a károkozás okozati összefüggésben áll a gyermek olyan tulajdonságával, szokásával, körülményével, amelyről a lebonyolító szerv nem tájékoztatta az örökbe fogadni szándékozót, jöllehet arról tudott vagy tudnia kellett.³⁷ (Nem tartozik a tanulmány tárgykörébe.)

„*Wrongful parentage action*”: a jogirodalom³⁸ által konstruált kifejezés a gyermek születésével, így a *szülővé válással* kapcsolatos keresetek (*wrongful pregnancy, conception, birth, life*) összefoglalására a gyakorta következtelen fogalomhasználat megelőzése céljából.

A „*wrongful*”, azaz: „jogellenes”, „jogsértő” kifejezésnek az *emberi léttel, születéssel, fogantatással, várandóssággal és halállal* jogilag összeegyeztethetetlen voltát elsőként a *Supreme Judicial Court of Massachusetts* mondta ki 1990-ben³⁹ megállapítva, hogy a „*wrongful*” kifejezés csupán arra az orvosi műhibára utal, amelynek

³³ Richard A. GILBERT: Abortion. The Father’s Rights. *University of Cincinnati Law Review*, Vol. 42., N. 3. (1973) 441–468.

³⁴ PERRY–ADAR i. m. 564–565.

³⁵ Az USA néhány tagállama alkotmányba iktatta, hogy az emberöléssel egy tekintet alá esik a magzatelhajtás (*foeticide statutes*). Ld. FOLEY i. m. 29–30. Ezekben az államokban lehet reális esélye annak, hogy az ún. *wrongful death* kártérítési kereset alkalmazási körét kiterjesszék a magzathálálra.

³⁶ Ryan Magers és az egyik alabamai abortuszellenes jogvédő szervezet (*Personhood Alabama*) 2019. február 6-án a hathetes magzat abortálása miatt *wrongful death* keresetet indított a hunstville-i *Alabama Women’s Center* ellen. Az alabamai jog az apának nem biztosít döntési kompetenciát a magzat kihordása és megszülése tekintetében, ezért az anya döntését egyedül hozhatta meg szemben párja kérésével. Ugyanakkor az 1901. évi alabamai tagállami alkotmányt 2018 novemberében akként módosították (*Amendment 2*), hogy „a tagállam kizárólagos joga a magzati élet sérthetlenségének elismerése és a meg nem született gyermek jogainak védelme”. Ennek nyomán módosult a személy fogalma, és abba belekerült a fejlettségi fokától és életképességétől függetlenül a magzat („*unborn child in utero*”) fogalma is. Ezzel megnyílt annak lehetősége, hogy az abortusz mint jogellenes cselekmény (*tort*) kártérítést alapozzon meg. Ld. pl. Nick BELL: New Alabama State Amendment Recognizes Rights Of Preborn Children. *Human Defense*, November 10, 2018.; Nick BELL: Father Sues Alabama Abortion Clinic In Wrongful Death Lawsuit. *Human Defense*, February 9, 2019. Megjegyzendő, hogy a fenti lehetőség csupán elméleti, hiszen a közismert *Roe v. Wade*-ügyben az USA legfelső bírósága kinyilvánította, hogy az Alkotmányban lévő „személy” szó (a természetes személy, akinek alkotmányos jogai vannak) kizárólag a megszületettekre vonatkozatható.

³⁷ Claudia JUNKER: *Pflichtverletzung, Kindesexistenz und Schadensersatz. Wrongful Life, Wrongful Birth, Wrongful Pregnancy, Wrongful Adoption & Wrongful Parenthood*. Berlin, Duncker & Humblot, 2002.

³⁸ Kathryn C. VIKINGSTAD: The Use and Abuse of the Tort Benefit Rule in Wrongful Parentage Cases. *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 82., N. 2. (2007) 1063–1108.

³⁹ *Viccaro v Milunsky* [551 NE2d 8 (Mass 1990)]. *Annual Review of Population Law*, Vol. 17. (1990) 21–39.

eredménye az ember élete, születése, fogantatása, várandóssága vagy halála. A fogalom kontinentális átültetési is problematikusak: „*das Kind als Schaden*”, „*la vita ingiusta*”, „*le bébé préjudice*”. A kétes értékű terminológia helyett egy újabb, összefoglaló értelmű kifejezés jelent meg (Oliphant⁴⁰): a „*reproductive torts*”, amelynek egzakt magyar megfelelője ugyancsak nem túl szerencsés: „*az emberi szaporodással összefüggő jogellenes magatartások*”, avagy: „*reprodukciós sérelmek*”.

3. Újabb szemelvények a kazuisztikából

3.1. A fogyatékos gyermek által az orvos,⁴¹ illetve a szülő ellen indított perek

Hazánkhoz hasonlóan – a 2010. évi állapot szerint⁴² – a gyermek saját jogú kártérítési igényét a kontinentális, az angolszász és az ún. *mixed jurisdictions* jogterületek országaiban általában *elutasítják* a bíróságok. Az elutasítás alapja lehet egyfelől az *iránymutató bírósági gyakorlat* (pl. Ausztrália, Kanada, Ausztria, Dánia, Németország, Görögország, Olaszország, Portugália, Spanyolország, Dél-Afriai Köztársaság esetében), másfelől *jogszabály kifejezett rendelkezése* a norma hatálybalépése után bekövetkezett tényállásokban [pl. Egyesült Királyság (1976), Franciaország (2002), Belgium (2007), az USA-ban: Idaho, Indiana, Michigan, Minnesota, Missouri, Pennsylvania, Észak- és Dél-Dakota, ill. Utah állam]. Az elutasítás tipikus indokai: *a) az ítélet, mivel az emberi élet a legfőbb érték, az állam közrendjébe ütköznék; b) nem tehető értékbeli különbség a gyermek nemlétezése és fogyatékos létezése között; c) a gyermeknek a betegség természettől adott volta folytán nem is volt lehetősége az egészséges éltre; d) a gyermeknek nincsen alanyi joga a meg nem születésre.* Ezeken kívül felmerült, hogy *e) a kereset teljesítése az orvostársadalmat a kétséges esetekben is a magzatelhajtásra vonatkozó mind gyakoribb tanácsadásra ösztönöznék* – empirikus kutatás alapján a francia *Perruche*-ítélet után a megkérdezettek közel egytizede kifejezetten így nyilatkozott.⁴³

A keresetet a *vagyoni* károk erejéig az USA-ban *befogadják* New Jersey, Washington és Kalifornia állam bíróságai, s csak ez utóbbi (a kaliforniai) – Európában pl. Hollandiához hasonlóan – fogadja be ezen túlmenően a *nem vagyoni* sérelmek megtérítésére is irányuló *wrongful life*-kereseteket (ugyanígy Izrael).⁴⁴ Az *abortuszjog* pártpolitikai

⁴⁰ Ken OLIPHANT: Comparative Remarks. In: Helmut KOZIOL – Barbara C. STEININGER (eds.): *European Tort Law 2008*. Wien et al., Springer, 2009. 663–666.

⁴¹ Az alperesi orvos alatt az itt irreleváns felelősségi helyzettől függően természetesen az egészségügyi szolgáltató, ill. az orvos egyéb munkáltatója, vagy ezek fenntartója is érthető.

⁴² Részletes adatolással ld. Albert RUDA: 'I Didn't Ask to Be Born': Wrongful Life from a Comparative Perspective. *Journal of European Tort Law*, Vol. 1., N. 2. (2010) 204–241., 205–207., 209–210., 218.

⁴³ Ld. Nadia LÉTICÉE – Marie-Laure MOUTARD – Yves VILLE: P03.20: Changes in prenatal diagnosis and fetal medicine after the Perruche case and the law passed on the 4th of March 2002 in France. *Ultrasound in Obstetrics & Gynecology* (2005) 393.

⁴⁴ Részletes adatolással RUDA i. m. 205–207., 209–210., 218.

kérdéssé degradálásával a helyzet hullámzó pl. Írországbán (liberalizáció) és Lengyelországban⁴⁵ (deliberalizáció).

A franciaországi helyzet tekintetében a hazai jogirodalom bemutatta, hogy a Legfőbb Semmitőszék *Perruche*-ítélete⁴⁶ után a meg nem születéshez való jog (*droit de ne pas naître*) megszüntetésére a törvényhozás közbeavatkozására volt szükség. A Parlament kimondta: „Senki nem érvényesíthet kártérítési igényt kizárólag a születésének ténye alapján. Az orvosi műhiba folytán fogyatékkal született személy csak abban az esetben érvényesíthet kártérítési igényt, ha betegségét vagy fogyatékosságát közvetlenül a hibás orvosi beavatkozás okozta.”⁴⁷ Jóllehet a törvény 2005-ben *beépült a társadalmi kohézióról és a családvédelemről szóló törvénykönyvbe*,⁴⁸ a *Perruche*-ítéletben elfogadott érveket a Semmitőszék továbbra is fenntartja azokban az esetekben, amelyek az említett törvény hatálybalépése előtt következtek be. Az Emberi Jogok Európai Bírósága a *Draon v France*-ítéletben (2005⁴⁹) ugyanis kimondta, hogy e törvény *nem sérti* ugyan az *Emberi Jogok Európai Egyezménye* 8. cikkét, azonban visszaható hatállyal történő alkalmazása ütközne az *Első Kiegészítő Jegyzőkönyv* 1. cikkével.⁵⁰

A kérdést Olaszországban nem a jogalkotás, hanem a bírói gyakorlat maga rendezte. Az ún. „*nem kívánt születés*” (*nascita indesiderata*) kártérítési praxisa a legújabb hazai jogirodalom szerint, csak 2015-re jutott el a *wrongful life*-típusú (*vita ingiusta*) igények elutasításáig. A Legfőbb Semmitőszék 2015. szeptember 22-én kelt ítéletével (n. 25767/2015) megsemmisítette a *Corte d’Appello di Firenze* ítéletét, és a másodfokú bíróságot újabb határozat hozatalára utasította. A döntés indokolásának hazai értelmezése azonban pontosítandó. A döntés valóban nem azon az Európa-szerte ismert jogi indokon alapult, hogy nem létezik, így nem is sérthető a *meg nem születésre* (*betegség esetén*) vonatkozó *alanyi jogosultság* [*diritto a non nascere (se non sano)*]. A *metajurisztikus* és filozófiai, valláséleti megalapozottságú döntés tényleges indoka ugyanakkor az volt, hogy *megdönthetetlen* vélelem alapján az élet előnyben részesítendő (*presunzione juris et de jure di preferibilità della vita*), ezért „az élet a legfőbb érték” (*vita come bene supremo*), tehát *nem bizonyítható* olyan hátrány, amely a felperest a megszületése folytán a saját hipotetikus nemlétezéséhez képest érte volna.⁵¹ A meg nem születésre vonatkozó alanyi jogosultság hiányát ugyanakkor – szemben a Semmitőszék egy 1994. július 8. napi döntésével⁵² – már 1994. december 13-án kelt ítéletében kimondta a *Corte d’Appello di Roma*, majd a Semmitőszék 2004. július 29-én kelt ítéletében megerősítette, hogy az olasz jogrendben „az emberi élet szent” (*santità della vi-*

⁴⁵ A lengyel Legfelső Bíróság (*Sąd Najwyższy*) 2006. február 22-én a keresetnek helyt adó döntést hozott (III CZP 8/06). Ld. FÉZER i. m. 156., 27.lj.

⁴⁶ C.cass.v.17.11.2000, D. 2001, 332. A közismert tényállást nem ismertetem.

⁴⁷ Loi No. 2002–303 du 4 mars 2002 Art. 1: „Nul ne peut se prévaloir d’un préjudice du seul fait de sa naissance. La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l’acte fautif a provoqué directement le handicap ou l’a aggravé [...]”

⁴⁸ Ld. *Code de l’action sociale et des familles* Art. L114-5.

⁴⁹ *Draon v France* [GC] [2005] ECHR 1513/03.

⁵⁰ Ld. RUDA i. m. 235.

⁵¹ Forrás: <http://mobile.ilcaso.it/sentenze/ultime/13957>

⁵² Corte di Cass. civ. Sez. III, 08.07.1994, no. 6464.

ta),⁵³ és a meg nem születéshez való jog ún. uratlan jog (*diritto adespota*). E doktrínától a Semmítőszék 2009. május 11-i ítéletében eltért, jóllehet az elutasító álláspontot nem változtatta meg.⁵⁴ A hazai irodalomban még nem revelálódott a semmítőszék egy 2019. június 25-én publikált ítélete (n. 16892/19), amellyel a szárd *Corte d'Appello di Cagliari* kártérítést megítélő határozatát kasszálta egyebek mellett a korábbi, 25767/2015. sz. ítéletében foglaltakra utalással (*principio ribadito*). Az ítélet azért is érdekes, mert a *szülők wrongful birth*-típusú kártérítési követelése tekintetében a *teljes kártérítés elve (ristoro di tutti i danni subiti)* alapján külön kártérítési jogalakként definiálta egyfelől – a korábbi gyakorlatnak megfelelően – az információ hiányát, másfelől az orvosi vizsgálat hibás elvégzését, amely folytán a szülőknek lehetetlenné vált lélektani és anyagi értelemben felkészülni a fogyatékkal élő gyermek érkezésére.

Hasonló *wrongful life*-típusú igény érvényesítése a *gyermek részéről a saját édesanyjával vagy szüleivel szemben* akkor fordulhat elő, ha a magzat *természettől adott betegségét* az egészségügyi szolgáltató *felismerte*, arról a szülőket tájékoztatta, azonban az anya egyedüli vagy a szülők együttes döntése folytán a *művi terhesség-megszakítás elmaradt*, és a *beteg gyermek megszületett*. Az effajta per a nemzetközi szakirodalom szerint rendkívül *atipikus*. A *szolgáltatóval szembeni perlés* során hozott elutasító döntésében az angol *Queen's Bench* (1982)⁵⁵ és a Dél-Afrikai *Supreme Court of Appeal* (1996)⁵⁶ arra hivatkozott, hogy a *wrongful life*-igények megengedése a perek nem kívánatos *proliferációját* idézné elő, amelyben természetes lenne akár a szülők perlése is. Még a teljes kártérítést megítélt holland *Hoge Raad* (2005)⁵⁷ is arra hivatkozott, hogy az anya részéről a jogellenes magatartás kizárt, mivel a gyermek megtartása melletti döntés a jogrend által biztosított alanyi jogon alapul, máskülönben az anyának *magzatelhajtási kötelezettsége* lenne.⁵⁸ A történelmi előzmények okán az *eugenikától* való félelem uralja a német Szövetségi Legfelső Bíróság (BGH) gyakorlatát is.⁵⁹

3.2. A szülők által indított perek a német példa alapján⁶⁰

1. A német polgári jogban a *kötelmi reform* (2002) után a nem kívánt, egészséges, ill. a sérült gyermek (*ungewolltes, gesundes oder geschädigtes Kind*) megszületésével kapcsolatos *szülői – wrongful birth, pregnancy, conception*-típusú – *vagyoni kártérítési igények jogalapja* a kontraktuális [BGB 280. § (1) bek.], ill. a deliktualis [BGB 823. § (1) bek.] kárfelelősségi generálklauzula, a *nem vagyoni sérelmek méltá-*

⁵³ A PETL (*Principles of European Tort Law*) 2:102. cikke a védett érdekek hierarchiájában az *emberi életet és méltóságot* ugyancsak a legszélesebb körű védelmet élvező értéként definiálja.

⁵⁴ Ld. RUDA i. m. 224.

⁵⁵ *McKay v Essex Area Health Authority* [1982 QB 1166].

⁵⁶ *Friedman v Glicksman* [1996 (1) SA 1134 (W)].

⁵⁷ Az ún. *Baby Kelly*-ügy [HR 18.03.2005, *Rechtspraak van de Week*, 2005. 42].

⁵⁸ Ld. RUDA i. m. 227.

⁵⁹ Ld. BGHZ 86, 240. *Juristenzeitung*, 1983. 447.

⁶⁰ Az összefoglalásra a német példa alapján kerül sor azzal, hogy a fontosabb komparatistikai adatokat ebben a sémában tüntetem fel a megfelelő helyen.

nyos kompenzálására (*billige Entschädigung immaterieller Schäden*) pedig a fájdalomdíj (*Schmerzensgeld*) újraszabályozása [BGB 253. § (2) bek.] teremt alapot immár kontraktuális alapon is.⁶¹

A bírói gyakorlatban és a jogtudományban vitatott, vajon mennyiben lehet kártérítés alapja a nem kívánt – *egészséges*, ill. *beteg* – gyermek szülőt terhelő, komplex családügyi tartási-nevelési-gondozási kötelezettsége (*Unterhaltslast*; BGB 1601skk. §§).⁶² A vita alapkérdése, hogy a *kár-októl a születés ténye* – mint az érinthetetlen emberi lényeg kialakulásának alkotmányosan védett alapja – *elválasztható-e vagy sem*: ha nem, akkor az ilyen kártérítés alkotmányellenes [Alkotmánybíróság (BVerfG) II. Tanács, 1993⁶³]; ha viszont igen, és a kártérítés alapja nem a gyermek születése, akkor alkotmányossági aggály nincsen [BVerfG I. Tanács, 1997⁶⁴]. Az ún. II. abortuszhatározatban a BVerfG álláspontja az volt, hogy az orvosi működés kockázatai nem terhelhetők egyoldalúan a szülőkre, a polgári bíróságok kártérítésre kötelező ítéletei pedig nem érintik az ember alkotmányosan védett lényegét, hiszen mindössze arról van szó, hogy igazságos tehermegosztást (*gerechte Lastenverteilung*) alkalmaznak magánjogi felelősségi alapon a műhibáért felelős orvos és a szülők között: „A tartási kötelezettségek részlegesen harmadik személyre történő telepítése semmi esetre sem jelent a mindenkori tartásra jogosult személyével szemben értéktételeket.”⁶⁵

A Szövetségi Legfelső Bíróság (BGH) már 1980-ban⁶⁶ megnevezte a *vagyoni kártérítés alapját*, amely: „a szülőknek a gyermek nem tervezett születése által okozott tartási költsége”.⁶⁷ A kártérítés alapja tehát nem a gyermek létezése, hanem a tartásra kötelezettek vagyoni helyzetében kimutatható különbség a tartási költségek felmerülésével, ill. anélkül.⁶⁸ Ez érvényesül a) a *sikertelen sterilizációval* és a *fogantatás előtti hibás genetikai tanácsadással* összefüggő *wrongful conception*-esetekben, b) a *megengedett, beleegyezésen alapuló, sikertelen művi terhesség-megszakításokból* következő *wrongful pregnancy*-ügyekben, valamint c) a *várandósság alatti hibás genetikai tanácsadással és diagnosztikával* összefüggő, szülői *wrongful birth*-igények esetén.

⁶¹ A német felsőbírósági gyakorlat és jogirodalom elemzését Sarah SALASCHEK: *Die „Kind als Schaden“-Rechtsprechung im Verhältnis zu den §§ 218ff. StGB. Arzthaftungsansprüche der Eltern bei unterlassenen und misslungenen Schwangerschaftsabbrüchen und die Rolle des § 218a StGB*. Berlin, Springer, 2018. monográfiája alapján vizsgálom. Ld. különösen 55–151., 203–241.

⁶² SALASCHEK i. m. 56–77.

⁶³ Ld. BVerfGE 88, 203, *NJW*, 1993. 1751.

⁶⁴ Vö. BVerfGE 96, 375, *NJW*, 1998. 519.

⁶⁵ „Ebenso wenig enthält die – teilweise – Verlagerung der Unterhaltslast auf Dritte ein Unwerturteil über den jeweiligen Unterhaltsberechtigten.” Ld. *NJW*, 1998. 522.

⁶⁶ Az első ügy: BGHZ 76, 249. *NJW*, 1980. 1450. Ld. még SALASCHEK i. m. 59., 17. lj.

⁶⁷ „[...] durch die planwidrige Geburt des Kindes ausgelösten Unterhaltsaufwand der Eltern”. Ld. BGHZ 76, 253–254. *NJW*, 1980. 1450.

⁶⁸ „Vergleich der Vermögenslagen [...] des Unterhaltsverpflichteten mit und ohne [...] Bestehen der Unterhaltsbelastung”. A BGH-kazuisztikát a tényállások szerinti bontásban ld. SALASCHEK i. m. 59., 18–21. lj.

2. Németországban 2013. február 26-án hatályba lépett a *betegjogi törvény* (PatRG)⁶⁹, melynek 1. cikke a BGB *Dienstvertrag*-ra⁷⁰ és rokon szerződésekre (*ähnliche Verträge*) vonatkozó fejezetét kiegészítette a szintén nem eredmény-, hanem *magatartási kötelemléként* (*sorgfältige Bemühung um Hilfe und Heilung*) szabályozott *kezelési szerződésre* (*Behandlungsvertrag*) vonatkozó új alcímmel (BGB 630a–630h. §§).⁷¹

A fenti három tényállás-csoport közül azokban, amelyekben a *kezelési szerződés alanya kizárólag az anya* (vasectomia esetén az apa a szerződő fél), a *vagyonai kártérítési igények* kapcsán Németországban a gyakorlatban és a jogirodalomban az *apa aktív perbeli legitímációja* vitatott kérdés. Értelemszerűen más-más joghelyzetben van az apa, ha az anyával – *házasságban* vagy más tényleges, tartós *párkapcsolatban* (*eheähnliche Gemeinschaften*) – *együtt él*, illetve, ha az anyától *külön él*.⁷² A *terhesség-megszakítással*⁷³ és a *várandósság alatti genetikai tanácsadással*⁷⁴ összefüggő *wrongful pregnancy* és *birth*-típusú kártérítési perekben a várandós nő *férjét* a BGH nem tekinti ugyan olyan harmadik személynek, akinek a kezelési szerződés kifejezetten a *javára* szólna (BGB 328. §), de méltányosságból elfogadja, hogy a szerződés a férjnek a gazdasági családtervezéshez (*wirtschaftliche Familienplanung*) fűződő, méltányolható jogi érdekét alapvetően érinti, ezért annak „védelmi köre” (*Schutzbereich*) reá is kiterjed. Így a szerződést „*harmadik személy érdekét védő szerződésnek*” (*Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*) tekinti, és érvényesülni engedi a kártérítési jog kötelelem relatív szerkezetét áttörő, ún. *Drittschadensliquidation* intézményét azzal, hogy mindkét házastárs igényérvényesítési jogát (*anspruchsberechtigt*) elfogadja. A *wrongful life*-igények tekintetében pl. a holland (*beschermingsomvang*) és az olasz (*contratto con effetti protettivi a favore di terzo*)⁷⁵ gyakorlat a *gyermeket* tekinti a védett harmadik személynek.⁷⁶

Az anyával *nem házasságban élő* és az anyával *nem együtt élő apák* (*nichteheliche Väter*) aktív perbeli legitímációjára nézve a BGH 2007-ben elvi megállapítást tett:⁷⁷ annak alapja *esetről esetre vizsgálendő* aszerint, hogy a jogosultnak (anya) fennáll-e a házasságon kívüli apa védelméhez fűződő érdeke *függetlenül* attól, hogy házasságon kívüli kapcsolatuk tartós-e vagy sem. A BGH a *meghiúsult terhesség-megszakításon*

⁶⁹ *Patientenrechtgesetz* (Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten).

⁷⁰ Magyar jogszabályban *nevesített ekvivalense* valójában nincs, jöllehet a *megbízási* és a *munkaszerződéssel* mutat rokon vonásokat. Ezzel szemben a *Dienstvertrag*-ot megbízási szerződésként magyaráítja: Detlev W. BELLING – SZÜCS Tünde: A német BGB kötelmi jogi szabályai. *Acta Universitatis Szegediensis: Forum; Acta juridica et politica*, 2. évf., 2012/1. 33–72., különösen 42., 44.

⁷¹ Részl. ld. JOBBÁGYI Gábor: Orvosi kezelési szerződés. Új szerződésfajta a BGB-ben. *Jogtudományi Közlemény* 69. évf., 2014/7–8. 365–372.; KISS János Márk: A kezelési szerződés koncepciója a Közös Referenciakeret tervezetében és a BGB-ben, kitekintéssel az Eütv. szabályaira: összehasonlító elemzés. *Acta Medicina et Sociologica*, 8. (2017) 59–78.

⁷² Részl. hiv. ld. SALASCHEK i. m. 99–103.

⁷³ BGHZ 76, 259, 262. *NJW*, 1980. 1452.

⁷⁴ BGHZ 89, 95, 98. *NJW*, 1984. 658.

⁷⁵ Corte di Cass. civ. Sez. III, 11. 05. 2009, no. 10741.

⁷⁶ Ld. RUDA i. m. 222–223.

⁷⁷ BGH, 14.11.2006 – VI ZR 48/06. *NJW*, 2007. 989., 991.

alapuló tényállások esetében egyelőre (2018-ig)⁷⁸ nem hozott döntést. A *sikertelen fogamzásgátláson* alapuló perben viszont a *férj* esetéhez hasonló indokok alapján 2006-ban elfogadta⁷⁹ a házasságon kívüli apa legitimációját. A *nőgyógyászati vizsgálat alkalmával nem felfedezett várandósság* esetén 2002-ben⁸⁰ a BGH az apa legitimációját lehetségesnek tartotta, de végleges döntést nem hozott. Kimondta, a kizárólag vizsgálatra irányult kezelési szerződés távol van a harmadik személy érdekét védő szerződéstől, és az anyának a gyermek kihordására vonatkozó döntését az apa túrni köteles, ezért az apát nem illeti meg a kárigény-érvényesítési jog.⁸¹

3. A következő összetett probléma a *vagyon*i kártérítés *terjedelmének* kérdése. A német gyakorlat ma is az ún. *Differenzhypothese* módszerét követi, amelynek érvényesítése ezekben a kártérítési perekben nem problémamentes, mivel az összehasonlító vizsgálat tárgya a károsult két, az érdeksérelem bekövetkezte utáni tényleges és az érdeksérelem nélküli (nem *előtti!*), hipotetikus vagyoni helyzete közötti különbség kimutatása⁸² (ti. *Interesse / ersatzfähiger Schaden*⁸³).

Európában az *egészséges*, nem kívánt gyermekek megszületésével kapcsolatos *vagyon*i kártérítési igények érvényesítését *nem támogatja* pl. az osztrák, a dán, a francia, a norvég és az ír gyakorlat, s csak a *várandósság idejére* igazolható *kereset-kiesésre* engedi érvényesíteni azt pl. az angol, a skót és a wales-i praxis,⁸⁴ *megítélhetőnek* tartja ezzel szemben a német – és Európán kívül pl. az ausztrál⁸⁵ – mellett a belga, a cseh, az olasz, a holland, a lengyel, a spanyol és a svájci bírósági gyakorlat.⁸⁶

A szülő(k) által indított perekben a *genetikai-teratológiai ártalommal* érintett gyermekek megszületésével kapcsolatosan felmerülő *vagyon*i kárigényekkel összefüggésben az európai gyakorlat ugyancsak sokszínű. Általában *helyt ad* a keresetnek a német mellett pl. az osztrák, a belga, az angol és wales-i, a skót, a görög, az olasz, a lett, a holland, a norvég, a lengyel és a spanyol bírói gyakorlat azzal, hogy pl. az angol bíróságok csak a fogyatékossággal összefüggésben felmerülő *többletköltségeket* tartják megítélhetőnek, míg *elutasító* a *vagyon*i károk kérdésében a francia és a dán praxis.⁸⁷

3.1. A *tényleges károk* körében a *német* gyakorlatban *nem vitatottak* a kezelési szerződés megszegésével okozati összefüggésben álló, a várandósság, ill. a szülés folytán

⁷⁸ SALASCHEK i. m. 100.

⁷⁹ BGH, 14.11.2006 – VI ZR 48/06. *NJW*, 2007. 989., 991.

⁸⁰ BGH, 19.02.2002 – VI ZR 190/01. *NJW*, 2002. 1489.

⁸¹ Részl. ld. SALASCHEK i. m. 101., 303–309. lj.

⁸² Friedrich MOMMSEN: *Zur Lehre von dem Interesse*. Braunschweig, Schwetschke, 1855.

⁸³ Peter SCHLECHTRIEM – Martin SCHMIDT-KESSEL: *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2005., 6. neubearb. Aufl. 128–129.

⁸⁴ Részl. hiv. ld. Martin HOGG: Damages for Pecuniary Loss in Cases of Wrongful Birth. *Journal of European Tort Law*, Vol. 1., N. 2. (2010) 156–170., különösen 158.

⁸⁵ Ld. *Cattanach v Melchior*-ügy, High Court of Australia [HCA]; [2003] HCA 38.; Martin VRANKEN: Damages for ‘Wrongful Birth’: Where To After Cattanach? *Adelaide Law Review*, 24. (2003) 243–262.

⁸⁶ Ügyszámokra utalással ld. HOGG i. m. 160., 162–163.

⁸⁷ Részl. ld. HOGG i. m. 165. és 167.

felmerült nőgyógyászati, andrológiai, genetikai vizsgálatok, az egyéb ellátások, beavatkozások és műtétek, ill. a kórházi ápolás és tartózkodás költségei. Ugyanakkor pl. a *düsseldorfi Oberlandesgericht* (OLG) 1995. júliusi ítélete szerint kártérítésként nem érvényesíthető a temetési költség, ha a *neonatus* veleszületett betegsége miatt a szülés után rövidesen elhalálozik.⁸⁸

Ezekkel szemben a *tartási-nevelési költségek (Unterhaltsschaden)* kérdése meglehetősen vitatott probléma. Megjegyzendő előzetesen, hogy a *házasságból*, ill. a *házasságon kívül* született kiskorú gyermekek *tartási jogainak terjedelmét* 1998. július 1-jétől egységesítette a jogalkotó (*Kindesunterhaltsgesetz*; KindUG). Ennek a szempontnak a megszűnésével a BGH gyakorlata aszerint differenciál, hogy a nem kívánt gyermek *egészséges-e*,⁸⁹ vagy *fogyatékkal élő-e*.⁹⁰

Az *egészséges*, nem kívánt gyermek esetén kérdéses, hogy a kártérítésként megítélhető – a gyermek *18. életéve betöltéséig járó*⁹¹ – tartási-nevelési költségek mértéke a *létfenntartás általános minimumán (Regelunterhalt)* alapuló *átalányösszeg (Pauschalbetrag)*, vagy a gyermek *egyéni szükségleteihez és körülményeihez (Vollunterhalt)* igazodó, *esetenként megállapítandó* pénzösszeg legyen-e. Az előbbit támasztja alá a BGH szerint az, hogy egyes, *családjogi* szempontból kétségtelenül megalapozott költségigények harmadik személyre (károkozó) háritása kártérítési jogilag nem értelmezhető.⁹² Nem lát efféle kollíziót a családjogi törvényes tartási kötelezettség és a kártérítési kötelezettség között ugyanakkor pl. a *spanyol* gyakorlat.⁹³ A BGB [254. § (2) bek.] alapján olyan érdekmérlegelést (*Interessenabwägung*) kell alkalmaznia a bíróságnak, amely a szülők józan belátása (*Gutdünken*) helyett a gyermek *alapvető szükségleteit (Grundbedürfnisse)* tartja szem előtt, mert csak ezzel zárható ki a károkozó kötelmen túli (*überobligationsmäßig*) marasztalása,⁹⁴ és az azon tartási igények kielégítésére kötelezés, amelyek elsődlegesen a családi életközösségben való részvétellel, nem pedig a gyermek gazdasági szükségleteivel kapcsolatosak.⁹⁵ Az alsóbb fokú bíróságok⁹⁶ és a jogirodalom⁹⁷ ugyanakkor a kártérítési jog sajátosságaira hivatkozva vitatják az átalánytérítést támogató álláspont helyességét. Így a kártérítés alapjának a tényleges – a konkrét szülő konkrét gyermeke tartása folytán felmerült – vagyonsökkenést tekintik, amely nem általánosítható. Zimmermann szerint a BGH

⁸⁸ OLG Düsseldorf 27.07.1995 – 8 U 139/94. *NJW*, 1995. 3059.

⁸⁹ BGHZ 76, 259, 270. *NJW*, 1980. 1452., 1455.

⁹⁰ BGHZ 124, 128. *NJW*, 1994. 788., 793.; BGH, 04.03.1997 – VI ZR 354/95. *NJW*, 1997. 1638., 1640.

⁹¹ BGHZ 76, 259, 273. *NJW*, 1980. 1452., 1456.

⁹² BGHZ 76, 259, 267–268, 270–271. *NJW*, 1980. 1452., 1455.

⁹³ Barbara C. STEININGER: Wrongful Birth and Wrongful Life: Basic Questions. *Journal of European Tort Law*, Vol. 1., N. 2. (2010) 125–155., 134–135.

⁹⁴ Katharina WAIBL: *Kindesunterhalt als Schaden. Fehlgeschlagene Familienplanung und heterologe Insemination – zugleich ein Beitrag zum Arzthaftungsrecht*. München, Florentz, 1986. 167–169.

⁹⁵ Herbert HARRER: *Zivilrechtliche Haftung bei durchgekreuzter Familienplanung*. Frankfurt am Main, Peter Lang, 1989. 59.

⁹⁶ Az egyes OLG-k döntéseit ld. SALASCHEK i. m. 136., 541. lj.

⁹⁷ Vö. SALASCHEK i. m. 140.

gyakorlata egyenesen *önkéntes*,⁹⁸ Salaschek szerint pedig *igazságtalan*, mert a nagyvonalú tartásra kész szülőket és az eltartott gyermeket a károkozóval szemben hátrányos helyzetbe taszítja.⁹⁹

A *fogyatékkal élő* gyermekek esetében az a vitatott, hogy a tartási-nevelési költségösszege a betegséggel, fogyatékossgal okozati összefüggésben álló nevelési *többletköltségekre* (*behinderungsbedingter Mehrbedarf*) szorítkozzék-e csupán, vagy az kiterjedjen-e a felnevelés *teljes* költségére (*gesamter Unterhalt*). A BGH gyakorlata igen ellentmondásos. Egy 1983. januári¹⁰⁰ ítéletében az *általános minimális tartás* alapul vételével meghatározott nevelési *többletköltségeket* fogadta el *életkorhoz nem kötött* időbeli terjedelemben¹⁰¹ – a szakirodalom indokaihoz hasonlóan – arra utalva, hogy a szülők a gyermekvállalást tervezték, így a fogyatékossgal össze nem függő nevelési költségekkel számolniuk kellett. A sikertelen sterilizáció esetétől eltérően itt a károkozót nem bármely, hanem csak a sérült gyermek *születésével* kapcsolatban terheli felelősség, így a kártérítés értelemszerűen a *többletköltségekre* szorul, hiszen a felek kezelési vagy tanácsadási szerződése *csak erre* a pénzügyi védelmi célra (*finanzieller Schutzzweck*) irányult.¹⁰² Ugyanebből az indokolási módszerből kiindulva ugyanakkor mindössze fél évvel később, 1983 novemberében *ellentétes* következtetésre jutott a BGH,¹⁰³ majd – a *peri- és posztkoncepcionális* genetikai tanácsadás esetét egyezően megítélve – egy évtizeddel később, 1993 novemberében¹⁰⁴ is. Az alsóbb fokú bíróságok ezt az irányt követik. Az 1983. évi ítélet indokolása szerint, ha a szülők azzal keresik fel az orvost, hogy a magzat prenatális károsodásának megállapítása esetén a terhességet megszakítsa, akkor a szerződés védelmi célja a fogyatékos gyermek világra hozatalának és ezzel a gyermek szükségleteihez igazodó, teljes felnevelési költsége felmerülésének megelőzése. Ehhez tette hozzá a BVerfG I. abortuszhatározata után fél évvel kelt 1993. évi BGH-ítélet, hogy az egészséges és a fogyatékos személy közötti különbségtétel alkotmányellenessége miatt a fogyatékkal élő gyermek megélhetésének biztosítása (*Existenzsicherung*) oszthatatlan. Hasonlóan érvelt pl. Norvégiában a *trondheimi* fellebbviteli bíróság (*Frostating Lagmannsrett*) 1997-ben.¹⁰⁵

3.2. A tényleges kár problémái után az *elmaradt haszon* kérdésére áttérve a *jövedelemkiesés* (*Verdienstaussfall*) kártérítés keretében való érvényesítésére a BGH

⁹⁸ Reinhard ZIMMERMANN: Schadensbemessung nach Billigkeit: die Entscheidungen des BGH zum Ladendiebstahl und zur fehlgeschlagener Familienplanung. *Juristenzeitung*, Vol. 36., N. 3. (1981) 86., 88., 90.

⁹⁹ SALASCHEK i. m. 100.

¹⁰⁰ BGHZ 86, 240, 247–248. *NJW*, 1983. 1371.

¹⁰¹ BGHZ 89, 95, 105. *NJW* 1984. 658., 660.

¹⁰² Részl. szakirodalmat ld. SALASCHEK i. m. 141., 572–574. lj.

¹⁰³ BGHZ 89, 95, 105. *NJW* 1984. 658., 660.

¹⁰⁴ BGHZ 124, 128, 145. *NJW* 1994. 788., 793.

¹⁰⁵ *Frostating lagmannsrett* 15.08.1997, LF 1997–1005. Ld. STEININGER i. m. 144.

gyakorlata szerint *nincs* lehetőség,¹⁰⁶ mert: *a)* a károkozó magatartás a kárral csak távolabbi, *közvetett oksági kapcsolatban* van; *b)* a keresetkiesés nem olyan vagyoni hátrány, amely szükségszerűen és kizárólag a gyermek megszületésével áll összefüggésben, hanem azt meghatározza a károsult egyéni döntése is; *c)* a jövedelemszerző foglalkozás fenntartása – akár nem befolyásolható külső körülmények, akár a szülő egyoldalú akaratelhatározása folytán – a jövőre nézve teljesen bizonytalan; *d)* a károkozó előre nem látható mértékű károk megtérítéséért való felelőssége nem áll arányban szerződéses kötelezettségeivel. A jövedelemkiesés megtérítése iránti igény csak akkor *megalapozott*, ha annak oka a munkából kiesett anya *gyermek fogyatékoságával okozati összefüggésben felmerült megbetegedése* (pl. *OLG Saarbrücken*, 2004¹⁰⁷). A *jövedelemkiesés elkerülése* (kárenyhítés) végett igénybe vett gyerekvigyzók (*Fremdbetreuung*) alkalmazásának költsége ugyanakkor – mint *tényleges kár* – nem vitásan perelhető.¹⁰⁸

4. A *nem vagyoni kártérítés* vizsgálatára áttérve megállapítható, hogy az *abortuszjogot* – más (*hipokrita*) megfogalmazásban: a „választás jogát”, a „nemzés jogát”, ill. a „családtervezés jogát” (pl. lengyel *Kodeks cywilny* 23. cikk) – megengedően szabályozó európai államok és USA-tagállamok bírói gyakorlatában az anya *nem vagyoni* sérelem kompenzálása iránti igényének jogalapját az önrendelkezési jog (*self-determination*) sérelme jelenti. Az *apa* esetében a védett jogtárgy rendszerint a *családtervezési jog*, amelynek sérelme nem vagyoni kárpótlást alapol meg. Ilyen absztrakt jogsérelem hiányában pl. a skóciai gyakorlat az apa sérelmét az ún. „*közvetett szenvedés*”-ben („*indirect suffer*”¹⁰⁹) jelölte meg (általánosságban ez az ún. *közvetett*, azaz „*par ricochet*”-sérelem).¹¹⁰

A *német* polgári jogban a fájdalomdíj útján történő megtérítés 2002. augusztus 1-jét megelőzően csak deliktualis alapon (BGB 847. §) történt, azóta azonban az *emberi test, egészség, szabadság*, vagy a *nemi önrendelkezés* megsértése esetén – ha a szerződés érdekvédelmi célja azt megengedi – *kontraktuális* alapon is méltányos összegű kárpótlás [*billige Entschädigung in Geld*; BGB 253. § (2) bek.] követelhető.¹¹¹

A bírói gyakorlat szerint az orvos szerződésszegése vagy a fogantatással (*wrongful conception*), vagy pedig a fogantatás után (*wrongful pregnancy, life, birth*) következik be, amikor elmulasztja a fogantatás, ill. a szülés megelőzését vagy a várandósság megszüntetését. A BGH gyakorlatában figyelembe veszi, hogy a *wrongful birth*-ügyekben *maga várandósság* mint az anya testi-lelki *egészségét befolyásoló* körülmény az anya, ill. a szülők szabad akaratelhatározásán alapult, ezért fájdalomdíj megítélésének csak azon károkkal összefüggésben van helye, amelyek az *átlagos* lefolyású, *kompliká-*

¹⁰⁶ BGH, 04.03.1997 – VI ZR 354/95. *NJW* 1997. 1638., 1640.

¹⁰⁷ OLG Saarbrücken 30.06.2004 – I U 386/02. *Zeitschrift für Lebensrecht*, Vol. 14., N. 1. (2005) 20–25.

¹⁰⁸ JUNKER i. m. 483–485.

¹⁰⁹ *McLelland v Greater Glasgow Health Board* [Scottish Appeal Court 2001 SLT 446].

¹¹⁰ Vö. részl. Ewa BAGIŃSKA: Wrongful Birth and Non-Pecuniary Loss: Theories of Compensation. *Journal of European Tort Law*, Vol. 1., N. 2. (2010) 171–203., különösen 189–198.

¹¹¹ Vö. SALASCHEK i. m. 149–150.

ciómentes várandósság és szülés esetén szokásos fájdalmak vagy sérülések mértékét meghaladja, legyen szó akár az *elmaradt*,¹¹² akár a *sikertelen*¹¹³ terhesség-megszakításról. Ezekben az esetekben a nem vagyoni kártérítés a gyermek megszületéséig tartó időre járhat. Az anyának és az apának a *gyermek puszta létezésével* összefüggő testi-lelki megterhelése kárként nem jöhet szóba, mert a bírói gyakorlat az orvosi műhiba és a gyermeki lét folytán felmerülő egyes nehézségek közötti okozati összefüggést (*Zurechnungszusammenhang*) túlságosan távolinak tartja.¹¹⁴ Kivétel azonban, és nem vagyoni kártérítés alapja lehet, ha a szülők számára a *fogyatékkal élő* gyermek puszta léte, ill. felnevelése olyan fokú testi-lelki megterhelést jelent, amely bizonyíthatóan a megbetegedésüket, vagyis a védett jogtárgy, ill. érdek önálló sérelmét (*relevante Rechtsgutverletzung*) – mint következménykárt (*Folgeschaden*) – okozta.¹¹⁵ Hasonló álláspontra jutott a *Scottish Appeal Court*¹¹⁶ 2001-ben, ill. a *Corte Suprema di Cassazione*¹¹⁷ 2002-ben (utóbbi az apa keresetét is teljesítette).¹¹⁸

A német gyakorlat szerint mindezek mellett figyelemmel kell azonban lenni a *káron szerzés* elkerülésének követelményére (*Vorteilsanrechnung*) is, ezért a fájdalomdíj megállapításánál figyelembe kell venni azt is, hogy az ilyen esetekben az anya pl. elkerülhette az (újabb) abortuszt,¹¹⁹ kivéve, ha a terhesség-megszakítás elmaradásának oka a hibás vagy kései orvosi diagnózis volt, és emiatt esetleg komplikációk is felmerültek.¹²⁰

A nem kívánt, egyézszerű magzat kihordásával összefüggő *wrongful conception*-, ill. *pregnancy*-esetekben azonban a *fájdalomdíj* a nő vagy a férfi *sikertelen sterilizációja* esetén a várandósság egészével és a szüléssel összefüggésben bekövetkezett *teljes nem vagyoni sérelem* kompenzálását szolgálja akkor is, ha azok *komplikációmentesek* voltak (2008)¹²¹. Ugyanezt az álláspontot képviselte 2000-ben a *House of Lords*,¹²² ill. az *Irish High Court* 2007-ben.¹²³ Az osztrák *Oberster Gerichtshof* (OGH)¹²⁴ ugyanakkor 2006-ban ellentétes következtetésre jutott arra utalva, hogy az anyai fájdalmak a magzat és a gyermek létével, ill. a szülő-gyermek kapcsolattól lényegileg elválaszthatatlanok. A nem vagyoni kártérítés természetesen megalapozott, ha a várandósság és

¹¹² BGHZ 86, 240, 248–249. *NJW*, 1983. 1371., 1373.

¹¹³ BGH, 27.11.1984 – VI ZR 43/83. *NJW*, 1985. 671., 673.; BGH, 30.05.1995 – VI ZR 68/94. *NJW*, 1995. 2412.

¹¹⁴ BGH, 25.06.1985 – VI ZR 270/83. *NJW*, 1985. 2749., 2750–2751.; BGH, 08.11.1988 – VI ZR 320/87. *NJW*, 1989. 1536.; BGH, 30.05.1995 – VI ZR 68/94. *NJW*, 1995. 2412., 2413.

¹¹⁵ BGHZ 86, 240, 249. *NJW*, 1983. 1371., 1373.

¹¹⁶ Ugyancsak a *McLelland v Greater Glasgow HB*-ügy. Ld. JUNKER i. m. 483–485.

¹¹⁷ Corte di Cass. 10.05.2002, no. 6735.

¹¹⁸ Ld. BAGIŃSKA i. m. 182–184.

¹¹⁹ BGHZ 86, 240, 248. *NJW*, 1983. 1371., 1373.

¹²⁰ BGH, 30.05.1995 – VI ZR 68/94. *NJW*, 1995. 2412., 2413.

¹²¹ Újabbán BGH *NJW* 2008, 2847 és BGH, 27.06.1995 – VI ZR 32/94. *NJW*, 1995. 2407., 2408.

¹²² *McFarlane v Tayside Healthy Board* 2000 SC (HL) 1, [2000] 2 AC 59, 2000.

¹²³ *Byrne v Ryan* 20 June 2007, [2007] IEHC 207.

¹²⁴ OGH 14.09.2006; 6 Ob 101/06 f.

a szülés az ezzel rendszerint együtt járó testi-lelki fájdalmak és megterhelés mértékét számottevően meghaladja.¹²⁵

A megítélt nem vagyoni kártérítések mértéke ugyancsak lényeges komparatív szempont. A nem vagyoni sérelmek számszerűsítése hol *merev*, *díjszabásszerű* (*tariff-like*), s ekként jól kiszámítható, hol pedig szinte teljesen hiányoznak az efféle fogódzók. Pl. a spanyol *Tribunal Supremo* egy 2007. évi ítéletében a kártérítés mértékét a *fogyatékkal élő* gyermek megszületése alapján „a szülők új személyes családi és gazdasági körülményekhez történő adaptációjának” értékében határozta meg.¹²⁶ A spanyol és az olasz felsőbbbírói fórumok általában „nagyvonalúbbak”, és megítélik a felperes kérelme szerint a kártérítést (a legnagyobb összeg 2010-ig egy olasz perben¹²⁷ 360.000 euró volt), míg pl. a svájci (5.000 CHF 2005-ben¹²⁸), portugál, angol (átlagosan 10.000 GBP, a vitatott *Rees*-ügyben azonban az egészséges gyermek megszületéséért 15.000 GBP¹²⁹), lengyel [pl. a *Białystoki Fellebbviteli Bíróság* 2008-ban 60.000 PLN-t (15.000 euró) az anyának, 30.000 PLN-t az apának¹³⁰] bíróságok csak töredék-összegeket ítélnek meg.¹³¹

5. A *kármegosztás* (*Mitverschulden*) kérdése rendszerint azzal összefüggésben merül fel, hogy a nem kívánt (egészséges/fogyatékos) *magzat abortálásának*, vagy a *gyermek örökbeadásának elmulasztása* a felelősség kizárására/korlátozására alkalmas önhibaként minősíthető-e.¹³²

A német (1980)¹³³ és a magyar (2017)¹³⁴ gyakorlat mellett lényegében *mindenütt* kidomborodó, egyértelműen *nemleges válasz* hasonló megfontolásokon alapult: a) a kár nem a szülőnek a gyermeke *felnevelésére vonatkozó döntésével*, hanem az *egészségügyi szolgáltatónak* a magzati károsodás felismerését megghiúsító orvosi *mulasztásával* és a terhességmegszakítás lehetőségére vonatkozó tájékoztatás *elmaradásával*, ill. az egészséges, nem kívánt gyermek esetén a terhesség-megszakítás *sikertelenségével áll okozati összefüggésben*; b) az anya személyes döntésének *morális megítélése a polgári jog hatályán kívül esik*. Kivétel mindig akad: a *liège-i fellebbviteli bíróság* egy 2001. májusi ítéletében az 1993-ban egészségesen született fiúgyermek anyjának csak a sikertelen terhesség-megszakítás költségét ítélte meg hangsúlyozva, hogy a felperesnek továbbra is fennállt a lehetősége a megismételt abortuszra, azonban úgy döntött, hogy a

¹²⁵ Valamennyi jogesetet hív. BAGIŃSKA i. m. 182–184.

¹²⁶ STS 23.11.2007, RJ 2008, 24.

¹²⁷ Corte di Cass. 10.05.2002, no. 6735.

¹²⁸ ATF 132 III 359, BGE 4C.187/2005.

¹²⁹ *Rees v Darlington Memorial Hospital NHS Trust* [2003] United Kingdom House of Lords [UKHL] 52, [2004] 1 AC 309.

¹³⁰ I ACa 278/09. *Prawo I Medycyna* 2/2009.

¹³¹ Az eseteket hív. BAGIŃSKA i. m. 198–199.

¹³² Christine LEJEUNE: *Wrongful Life. Das Kind als Vermögensschaden*. Bremen, Europäischer Hochschulverlag, 2009. 51–52.

¹³³ Az örökbeadás kérdésével összefüggésben ld. BGHZ 76, 259, 257–258. *NJW*, 1980. 1450., 1452.; BGH, 19.06.1984 – VI ZR 76/83. *NJW*, 1984. 2625., 2626.

¹³⁴ Az örökbeadási kérdéshez ld. a Fővárosi Ítéltábla 7.Pf.21.119/2017/5. sz. ítéletét (kelt: 2017.10.06.).

gyermeket megszüli, ezzel azonban kizárta, hogy a gyermek felnevelésére és tartására vonatkozó kötelezettsége teljesítésének költségeit áthárítsa az alperesre.¹³⁵

Felelősségcsökkentő károsulti közrehatást állapított meg az osztrák OGH 2003-ban ugyanakkor az anya *wrongful birth*-keresetével szemben, mert az nem tájékoztatta orvosát arról, hogy a születendő gyermek *apja a közeli hozzátartozója*, ezért – mint a bíróság megállapította – a gyermek nem diagnosztizált, öröklött *Niemann-Pick*-betegséggel történő megszületése részben a károsult közreható magatartásán alapult.¹³⁶

6. A *kártérítés csökkentése* körében – az egészséges, de nem kívánt gyermek megszületése esetén – felvetődik a *káron szerzés tilalmának (compensatio lucri cum damno)* kérdése is. Ebben az esetben a kizárás indoka az, hogy a gyermek megszületése kapcsán felmerülő *előnyök pénzbeli kifejezhetősége* még nem vagyoni kompenzáció esetén is *szinte lehetetlen*.¹³⁷

Azokban az államokban, ahol a nem kívánt, egészséges gyermek megszületése miatti *wrongful birth*-kereseteket elutasítja a bíróság, a negatív döntés indoka nem az, hogy a születéssel járó, felbecsülhetetlenül nagy előnyök mintegy abszorbeálják a felperes kárait, hanem pl. olyan morális indokok, hogy az egészséges gyermek olyan áldás, amelynek kárként történő értelmezése ellentmondana az adott társadalom általános erkölcsi értékeinek – így pl. a norvég *Noregs Høgsterett* egy 1999. évi ítélete,¹³⁸ vagy a *House of Lords McFarlane*-döntése.¹³⁹ Az osztrák OGH gyakorlata ugyanakkor megosztott: az egyik irány 1999 óta figyelembe veszi a károkozó magatartással okozati összefüggésben kialakult károsulti előnyöket,¹⁴⁰ míg a másik 2006 óta¹⁴¹ ennek lehetőségét tagadja.¹⁴²

3.3. Az egészséges gyermek által indított perek

Az *egészséges* gyermek olykor pert indít 1) a *szülei ellen a) a saját vagy a testvére pusztja létezése, b) a saját vagy a testvére valamely genetikai meghatározottságú tulajdonsága* (de nem betegsége), vagy *c) más jellegű, a biológiai szülőkön muló, társadalmilag hátrányos megítélésű helyzete* (ld. pl. a ‘fattyú’-problémát) miatt, továbbá 2) az *egészségügyi szolgáltató ellen azért, mert genetikailag meghatározott, valamely tulajdonsága a mesterséges megtermékenyítésre irányuló szerződés hibás teljesítésének eredménye.*

¹³⁵ *Tijdschrift voor gezondheidsrecht/Revue de droit de la santé* 2001/02, 247. Ld. Anne KEIRSE – Martien SCHAUB: Self-Determination with a Price Tag. The Legal and Financial Consequences of Wrongful Conception and Wrongful Birth and the Decision of the Parents to Keep the Child. *Journal of European Tort Law*, Vol. 1., N. 3. (2010) 243–265., 248–249.

¹³⁶ OGH 23.10.2003, 6 Ob 303/02 f. Hiv. BAGÍNSKA i. m. 200.

¹³⁷ Vö. pl. *Principles of European Tort Law* 10:103. cikk.

¹³⁸ *Norsk Retstidende* 1999, 203.

¹³⁹ *McFarlane* 2000 SC (HL) 1, [2000] 2 AC 59, 2000.

¹⁴⁰ OGH 25.05.1999, 1 Ob 91/99 k; OGH 14.09.2006, 6 Ob 101/06 f; OGH 30.11.2006, 2 Ob 172/06 t.

¹⁴¹ OGH 07.03.2006, 5 Ob 165/05 h; OGH 11.12.2007, 5 Ob 148/07 m.

¹⁴² A jogeseteket hiv. STEININGER i. m. 129. és 137–138.

3.3.1. A pusztá létezés vitatása

Az egyik esetsorozatban a gyermek azért perli szüleit (tipikusan édesanyját), mert megfogamása és megszületése folytán a természetnél fogva kialakult, különben egészséges létezése tekintetében beleegyezést (*right to consent*) nem gyakorolhatott. A felperes állítja, hogy *konszenzus nélküli létezése* szülei *egyoldalú* döntésének eredménye, és hogy a szülők a gyermekvállaláshoz fűződő – a felperes által vitatott – joguk gyakorlásával neki kárt okoztak, hiszen az egzisztenciális fennmaradásért folytatott élettevékenységeket felnőtté válásával majd neki magának kell elvégeznie. A megélhetésre szükségképpen ráfordítandó idő, energia, munka, fáradozás, pénz és egyéb erőforrások, valamint az étellel ugyancsak szükségképpen együtt járó érzelmi nehézségek, károsodások, egyéb nem vagyoni hátrányok a felperes szerint a részére kártérítést alapoznak meg, melynek kompenzációs célja az adott esetben *a létezésébe bele nem egyezett ember élethosszig tartó teljes eltartása*. Ilyen indokok alapján az indiai Mumbaiban élő, 27 éves, *antinatalista*¹⁴³ beállítottságú cégvezető, *Raphael Samuel* 2019 februárjában pert indított szülei ellen.¹⁴⁴ A per kimeneteléről egyelőre nincs hír.

A másik esetkörben a kívánt és egészséges gyermek azért perli vagyoni és nem vagyoni kártérítésért szüleit, mert egyrészt *testvére(i) születése révén élete elnehezült*, különösen, ha a testvér *fogyatékkal élő* vagy *gyakran betegeskedő* gyermek lett, másrészt pedig azért, mert a testvér születése révén reá jutó *szülői erőforrásokon* (idő, munka, foglalkozás, szeretet, gondoskodás, pénz, örökség) *osztotnia kell*. A spanyol *Tribunal Supremo* pl. egy 2006. évi ítéletében a *Down*-szindrómás gyermek megszületése miatt előterjesztett, *wrongful birth*-típusú kereset alapján nem csak a szülőknek ítélte meg kártérítést, hanem a kisgyermek ún. *par ricochet*-sérelemet (közvetett jogsértés) szenvedett nővérenek is (mégpedig mintegy 30.000 eurót).¹⁴⁵

3.3.2. Valamely tulajdonság vitatása

1. A *szülők elleni* kártérítési per alapja lehet elvben valamely egészséges, genetikai meghatározottságú, külsődleges tulajdonság – pl. nem, emberi rasszhoz tartozás (bőrszín, szemszín, hajszín), vagy más testi tulajdonság (testmagasság) – kárként történő értelmezése is. A *Washington Post* által 2015 decemberében álhírgyárnak titulált „*World News Daily Report*”¹⁴⁶ a következő „*fake news*”-t produkálta 2019-ben.

Az első álhír szerint a missouri *Saint Louis*-ban (USA) 2019 januárjában a 17 éves *Anthony Dwight* azért perelte be kártérítés iránt biológiai szüleit, mert *fehérnek* született. Nem vagyoni kárát akként jelölte meg, hogy kisgyermekkorától kezdve a fehér

¹⁴³ Az *antinatalizmus* szerint „jogilag helytelen más emberek létrehozása” („*wrong to create new people*”). Az irányzat alapítója a dél-afrikai *David Benatar*. Ld. Uő: *Better Never to Have Been: The Harm of Coming Into Existence*. Oxford, Clarendon, 2006.

¹⁴⁴ <https://www.bbc.com/news/world-asia-india-47154287>

¹⁴⁵ STS 18.05.2006, RJ 2006, 4724. Hiv. BAGIŃSKA i. m. 197–198.

¹⁴⁶ Caitlin DEWEY: What was fake on the Internet this week: Why this is the final column? *The Washington Post*, 2015. dec. 18.

ember által a világban elkövetett szörnyűségek miatt emésztő büntudatban él, amely miatt depresszió és öngyilkos hajlam alakult ki nála. Keresetében állította, gyermekkorában órákat töltött azzal a fürdőben, hogy megpróbálja fehér rassztulajdonosságát magáról lemosni. Fehér emberként való létezését a „fehér előjogok terhe” („*burden of white privileges*”) miatt tartja sérelmesnek. A kártérítés összegét a bőr-elszínező műtét költségeiben jelölte meg (kb. 20.000 USD).¹⁴⁷

A másik álhír szerint a New York állambeli *Rochesterben* a 13 éves *Liam Murphy* perelte kártérítésre szüleit azért, mert nem akadályozták meg megszületését, jóllehet a családi genetika alapján alappal feltételezhető volna, hogy a felperes ugyancsak „ginger” (szeplős és vörös hajú) lesz. A felperes *wrongful life*-keresetében 1,3 millió USD kártérítést követelt, mivel az ilyen tulajdonságokkal való megszületése folytán élete fájdalom és szenvedés lett, továbbá 800.000 dollárt azért, mert ebben a létmódban elvesztette az élet élvezetének lehetőségét, hiszen gyermektársai mindig is a legválogatottabb módokon csúfolták.¹⁴⁸

Érdekes, hogy az itt tárgyalt álhírek rendszerbe állítása a tudományosnak szánt közlemény esetében sem megalapozatlan, ugyanis a gyermek számára hátrányos, kizárólag a szülőkön múló, kedvezőtlen társadalmi megítélés alá eső helyzete kár-okként történő felhívása éppen a valóban létező kazuisztika *legrégibb* (első) esete, amelyben a bíró maga is utalt a fentiekben írt problémákra. Az *Appellate Court of Illinois* ugyanis 1963. április 3-án hozott jogerős ítéletet a kiskorú *Joseph Dennis Zepeda* felperes és apja, *Louis Raul Zepeda* alperes között folyt perben.¹⁴⁹ A felperes kártérítési keresetét nyújtott be apjával szemben azon az alapon, hogy házasságon kívüli gyermekként (*illegitimate child*) helyzete kedvezőtlen társadalmi megítélés („*stigma of adulterine bastards*”) alá esik, amelyből kifolyólag számos vagyoni és nem vagyoni sérelem érte, így: amellet, hogy „megbélyegzettként” él, elvesztette azt a jogát, hogy törvényes gyermekként éljen, hogy „normális” családi otthonban, törvényes apával nőjön fel, s hogy apja és atyai felmenői után örökösi jogállásba kerüljön. A bíróság kimondta, hogy a felperessel szembeni jogellenes magatartás csak oly módon állapítható meg, hogy a szülők közösülése mint házasságtörés az apa, s mint paráználkodás az anya részéről bűncselekmény, ill. az anya házassággal hitegetése pedig az apa részéről csalás volt, de ezzel a magatartással okozati összefüggésben (*causal relation*) a felperes fogantatása áll, nem pedig annak kárai. A másodfokú bíróság azonban leszögezte: „A felperes keresetének teljesítése egy új jogellenes magatartás, a ‘*wrongful life*’ kereseti jogalap elismerését jelentené.”¹⁵⁰ Hangsúlyozta továbbá: „Az új jogellenes cselekmény elismerése továbbiak elburjánzásához vezetne, amelyben kártérítés alapjaként merülhetne fel egyebek mellett akár a borszín, a rasszhoz tartozás, akár az öröklött betegség, vagy az előnytelen családi karakterjegyek, az elszegényedő nagycsaládos életmód, vagy valamelyik szülő kétes hírneve.”¹⁵¹ A kereset jogerős elutasítása végül éppen azon alapult,

¹⁴⁷ <https://worldnewsdailyreport.com/17-year-old-teenager-sues-his-parents-for-being-born-white/>

¹⁴⁸ <https://worldnewsdailyreport.com/red-haired-teen-sues-his-parents-for-2m-for-being-born-ginger/>

¹⁴⁹ *Zepeda v. Zepeda* [41 Ill. App.2d 240 (1963)].

¹⁵⁰ 41 Ill. App.2d 259 [28].

¹⁵¹ 41 Ill. App.2d 260 [29].

hogy a „*wrongful life*” mint „*new tort*” elismerése az effajta keresetek előtt akkor is kaput nyitna, ha azt csak a házasságon kívüli születésre korlátozná a bíróság. Eszerint a 2019-ben humorosnak szánt álhírként felvetett kártérítési igények két emberöltővel korábban egy létező kereset elutasításának indokaként szolgáltak.

2. Az egészségügyi szolgáltatóval szemben indított perekben az egészséges gyermek egyes tulajdonságai, mint pl. a mesterséges megtermékenyítésre irányuló szerződés hibás teljesítésének káros eredményei, merülnek fel.¹⁵² Egy 2011-ben Londonban indult, meglehetősen különös, szakirodalmunkban nem revelált kártérítési perben¹⁵³ két kiskorú ikergyermek azért perelte az egészségügyi szolgáltatót, mert bőrszínük mind egymástól, mind fehér szüleik bőrszínétől eltérő lett. A felperesek szerint ez okozati összefüggésben állt az egészségügyi intézményben elvégzett mesterséges megtermékenyítéssel, amelynek során nem a szerződésben kikötött tulajdonságoknak megfelelő donortól vett ivarsejtet használták fel.¹⁵⁴

4. Epilógus

Az életkörülmények utóbbi egy évszázad alatt bekövetkezett tömeges méretekben is érvényesülő, radikális javulása tény. S tény az is, hogy ennek ellenére éppen napjaink jóléti társadalmában merül fel – a vizsgált demográfiai mutatók fentebb érzékeltetett tendenciái mellett – a legélesebben az élet továbbadásának kárként történő értelmezése. Hogy e kettő között van-e összefüggés, s hogy napjainkban gyermekeink megszületése elsősorban kényelmi és jóléti igényeinknek, mintsem az emberi ‘természet’ eddig intézményesen soha meg nem kérdőjelezett ‘törvényeinek’ van-e inkább alávetve, tudományos bizonyossággal nem állapítható meg. Mindenesetre az élet továbbadásának misztériuma olykor valóban az erény és a szenvedés jóbi magaslata és mélysége, amely csak a „*zygos chrēstos*” és a „*phortion elaphron*” (az „édes iga” és a „könnyű teher”; ld. Mt 11,30; vö. Sir 51,26) kontemplációjában, avagy abban a transzcendens reményben viselhető el, amely Jób – aki „az étellel betelve halt meg” (Jób 42,17) – szenvedéseit is értelmessé és elbírhatóvá emelte.

¹⁵² Bővebben, legújabban ld. NAVRATYIL (2019) i. m. 101–113.

¹⁵³ *A (minor) and B (minor) by C (their mother and next friend) v A Health and Social Services Trust* [2010] NIQB 108; [2011] NICA 28.

¹⁵⁴ Sally SHELDON: Only Skin Deep. The Harm of Being Born a Different Colour to One’s Parents. *Medical Law Review*, Vol. 19., N. 4. (2011) 657–668.