

---

---

# A cselekvőképesség elméleti háttéréről és a szellemi egészség jogáról

Jakab Nóra<sup>\*</sup>

---

A képesség mérésének angol nyelvű irodalmára *Amita Dhanda* írásai<sup>1</sup> vezették a szerzőt. A téma betekintést engedett a szellemi egészség jogába (*mental health law*). Ez a jogterület az angolszász irodalomban a XX. század első felében jelent meg, szülőhazája az Amerikai Egyesült Államok és Kanada. A szellemi egészség joga szoros kapcsolatban áll más tudományterületekkel, így a pszichiátriával, pszichológiával és az etikával. Ezen multidiszciplináris jogterület egyik kiemelkedő szegmensét az értelmileg vagy mentálisan sérült emberek orvosi kezelésekre való hozzájárulásának, illetve azok megtagadásának orvosi, jogi, etikai és filozófiai fejtegetései alkotják. Természetesen a kezelésekre való hozzájárulás, vagy azok megtagadása a cselekvőképesség elméleti kérdéseire is ráirányítja a figyelmet, a képesség és a cselekvőképesség több idézett tanulmányban is együtt került tárgyalásra. Jelen írásban éppen ezért elkerülhetetlen a képesség és cselekvőképesség korrelációjának a vizsgálata. A képességmérés jelentőségének ismertetését, majd fogalmi tisztázást követően a képesség illetve képtelenség fogalma, a teljes képtelenség elmélet mellékhatásai, a képességmérés elemzésére kerül sor a rendelkezésre álló tanulmányok fényében Kanada szabályozásának és gyakorlatának megfelelően.

## A képesség jelentőségéről

A fogyatékosághoz, mint fizikai – szellemi állapothoz, társadalmi jelenséghez, emberi jellemzőhöz vagy tulajdonsághoz való viszonyulást nagyszerűen érzékelteti „A Taigetosztól az esélyegyenlőségig” könyvcím.<sup>2</sup> Az, hogy a társadalom és a jogrendszer miként (nem) fogadja be a fogyatékosággal élő személyeket tisztán levezethető a cselekvőképesség római jogi szabályozásából, és a római jogi hagyományokra épülő gondoksági rendszer működéséből. A fogyatékoságot már többféle modellel próbálták meghatározni, így született meg az orvosi, a szociális, a ki-

---

<sup>\*</sup> Egyetemi tanársegéd, Miskolci Egyetem, Állam- és Jogtudományi Kar, Agrár- és Munkajogi Tanszék.

<sup>1</sup> Dhanda, Amita: Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the past or Lodestar for the future? *Syracuse J. Int'l L. & Com.*, 34/2007, 429-462., Dhanda, Amita: Constructing a new human rights lexicon: Convention on the Rights of Persons with Disabilities, *Sur. International Journal on Human Rights*, 8/2008, 43-61. o.

<sup>2</sup> Kármán Zsófia – Könczei György: *A Taigetosztól az esélyegyenlőségig*, Osiris, Budapest, 2002

sebbségi és az emberi jogi modell. Az orvosi és szociális modell ötvözetének tekinthető a képességen alapuló megközelítés (*Sen és Nussbaum*). Ez utóbbi megközelítés nagy szerepet játszott a Fogyatékossgal élő személyek jogairól szóló ENSZ Egyezmény megalkotásában (Magyarországon a 2007. évi XCII. törvény hirdette ki).

Történeti és földrajzi értelemben nem a Taigetosztól indulunk, hanem Rómából és a római jog cselekvőképességre vonatkozó szabályai közül az alábbiakat emeljük ki. Habár a cselekvőképesség modern szó, és a rómaiak nem ismerték, de a műszó mögötti fogalmat már igen. A Római jogban elvált egymástól a jogképesség és a cselekvőképesség, tipikusan a serdültek és az elmebetegek esetében, akik habár önjogú személyek voltak, mégsem rendelkeztek cselekvőképességgel. Cselekvőképességet befolyásoló tényező volt az életkor. Eszerint különbséget tettek serdületlenek (*infantes*) és serdültek (*minorok*) között. A Minorok teljes cselekvőképességgel rendelkeztek, hacsak nem voltak elmebetegek vagy nem tékoztak. A súlyos elmeállapotban szenvedők, az örültek (*furiosi*) teljesen cselekvőképtelenek voltak, ugyanolyan elbírálásban részesültek, mint az *infantes*. Hozzájuk hasonlóan minősültek a múltó öntudatlan állapotban lévők. A legtöbb modern jogtól eltérően azonban a római jog az elmebeteget világos pillanataiban úgy kezelte (*lucidum intervallum*), mint aki semmilyen korlátozás alá nem esik.<sup>3</sup> A cselekvőképtelen elmebetegek és a testileg fogyatékos személyek gondokság alatt álltak, amennyiben ügyeinek vitelére részben vagy egészben képtelenek voltak és nem álltak apai hatalom vagy gyámság alatt.<sup>4</sup>

A szellemileg sérült emberek cselekvőképességet kizáró gondokság alá helyezésének szabályozásával ismét az újkori kodifikációk során találkozunk az állam merev, paternalista *parens patriae* hatalomgyakorlása formájában. A *parens patriae* hatalomgyakorlás keretében az állam közhatalmat gyakorol és állampolgárai védelmében, azok érdekeit szem előtt tartva, közvetlenül be is avatkozik az egyén életébe. Így amikor életkor vagy bármilyen fogyatékossg miatt az állam úgy ítéli meg, hogy be kell avatkoznia a döntéshozatalba, tipikusan gondnokot rendel ki az egyén részére, a cselekvőképességét pedig teljes mértékben kizárja. Mindezt abból a feltételezésből teszi, hogy az életkor vagy a fogyatékossg akadályozza az egyént a döntés kialakításában.<sup>5</sup>

A fogyatékos személyek öntudatra ébredése és az ahhoz kapcsolódó, a XX. század második felében meghirdetett önálló élet mozgalom (*independent living movement*) az Amerikai Egyesült Államokban, Kanadában és az Európai Unió tagállamaiban hihetetlen eredményeket ért el a fogyatékossg/fogyatékossg-politika területén. A több mint 2000 éves múltra visszatekintő gondoksági rendszer működését és talán létjogosultságát is megkérdőjelezzik azok az új eszmék, elméletek, amelyek válaszút elé állítják a kor jogászát. Vajon az új vívmányokat a jelenlegi gondoksági rendszer megreformálásának kell-e tekinteni, vagy pedig egy

<sup>3</sup> Földi András – Hamza Gábor: A Római Jog története és insitúciói, Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest, 1996, 221-224. o.

<sup>4</sup> Uo. 258-259. o.

<sup>5</sup> Winick, Bruce: The Side Effects of Incompetency Labeling and the Implications for Mental Health, *Psychology, Public Policy and Law*, 1(1995), 31. o., 27. o.

*novum* van születőben. Az új eszmék és elméletek között a két legfontosabb az univerzális cselekvőképesség, azaz, hogy minden embert egyenlően megillet a cselekvőképesség, valamint a támogatott döntéshozatal intézménye. A „Semmit rólunk nélkülünk” jelszavak mellett, pedig megjelent az autonómiához és az önmeghatározáshoz való jog. A fogyatékossgal élő személyek problémája társadalmi szintre emelkedett és etikai, jogelméleti, továbbá alapvető (jog)dogmatikai kérdések tisztázása vált szükségessé. A fogyatékos ember jogi kérdéssé nemesedését jelzi az ENZ Egyezmény.

Az Egyezmény magcikkelyének tekinthetjük a 12. cikkelyt, amely az univerzális cselekvőképesség elméletén keresztül a fogyatékos személyeket egyenlő jog- és cselekvőképességgel ruházza fel a törvény előtt.<sup>6</sup> A törvény előtt mindenkit egyenlően megillető jog- és cselekvőképesség egyik előfeltétele, hogy a fogyatékossgal élő személyeket a törvény előtt személyként ismerjék el (12. cikk 1. pont).<sup>7</sup> Második előfeltétele, hogy a cselekvőképesség gyakorlásához *cselekvőképességet nem érintő* segítő-támogató hálózat kerüljön kialakításra, ehhez van szükség a támogatott döntéshozatal modelljének megértésére és hatékony működtetésére (12. cikk 3. pont).<sup>8</sup> A harmadik előfeltétel, pedig biztosítékok felállítása arra az esetre, ha a fogyatékossgal élő személy segítségre szorul cselekvőképességének gyakorlásában (12. cikk 4. pont).<sup>9</sup>

<sup>6</sup> Article 12

*Equal recognition before the law*

1. *States Parties reaffirm that persons with disabilities have the right to recognition everywhere as persons before the law.*
2. *States Parties shall recognize that persons with disabilities enjoy legal capacity on an equal basis with others in all aspects of life.*
3. *States Parties shall take appropriate measures to provide access by persons with disabilities to the support they may require in exercising their legal capacity.*
4. *States Parties shall ensure that all measures that relate to the exercise of legal capacity provide for appropriate and effective safeguards to prevent abuse in accordance with international human rights law. Such safeguards shall ensure that measures relating to the exercise of legal capacity respect the rights, will and preferences of the person, are free of conflict of interest and undue influence, are proportional and tailored to the person's circumstances, apply for the shortest time possible and are subject to regular review by a competent, independent and impartial authority or judicial body. The safeguards shall be proportional to the degree to which such measures affect the person's rights and interests.*
5. *Subject to the provisions of this article, States Parties shall take all appropriate and effective measures to ensure the equal right of persons with disabilities to own or inherit property, to control their own financial affairs and to have equal access to bank loans, mortgages and other forms of financial credit, and shall ensure that persons with disabilities are not arbitrarily deprived of their property.*

<sup>7</sup> 2007. évi XCII. törvény 12. cikk 1. A részes államok újjólag megerősítik, hogy a fogyatékossgal élő személyeknek joguk van ahhoz, hogy a törvény előtt mindenhol személyként ismerjék el őket.

<sup>8</sup> 2007. évi XCII. törvény 12. cikk 3. A részes államok meghozzák a szükséges intézkedéseket annak érdekében, hogy a fogyatékossgal élő személyek cselekvőképességének gyakorlásához esetlegesen szükséges segítség hozzáférhetővé váljon.

<sup>9</sup> 2007. évi XCII. törvény 12. cikk 4. A részes államok biztosítják, hogy a cselekvőképesség gyakorlására vonatkozó valamennyi intézkedés, a nemzetközi emberi joggal összhangban, megfelelő és hatékony biztosítékokat tartalmaz a visszaélések megelőzésére. Az ilyen biztosítékok garantálják, hogy a cselekvőképesség gyakorlására vonatkozó intézkedések tiszteletben tartják a személy jogait, akaratát és választásait, összeférhetetlenségtől és indokolatlan befolyástól mentesek, arányosak és a személy körülményeire szabottak, a lehető legrövidebb időre vonatkoznak, továbbá hogy a hatáskörrel rendelkező, független és pártatlan hatóság vagy igazságügyi szerv rendszeresen felülvizsgálja azokat. A bizto-

A szerző meggyőződése, hogy a támogatott döntéshozatal modelljét, és a teljes cselekvőképesség elméletét az 1970-es évektől kezdődően fokozatosan készítették elő pszichológusok, pszichiáterek, jogászok, közgazdászok, szociális munkások. A szereplők sokszínűsége is érzékelteti az intellektuális és pszichoszociális fogyatékos-sággal élő személyek ügyei viteléhez szükséges belátási és más képességek összetettségét. Talán minden a szellemi egészség jogával kezdődött, a kezelésekre vonatkozó döntések meghozatalára vonatkozó képesség vizsgálatával, majd szinte azzal egy időben folytatódott a terapeuta igazságszolgáltatás ajánlásaival. A döntéshozatali képesség vizsgálata már C.A.C.L. Riport (A gondok-sági rendszer alternatíváiról, 1992)<sup>10</sup> előtt felmerült a szellemi egészség jogában. S mindez történt Kanadában négy évtizeddel ezelőtt. A kontinentális jogrendszer pedig a common law jogrendszerben elindult új szellemi áramlat hatókörébe került. Ennek egyik hulláma érzékelhető a jogalkotásban az 1990-es évek német, osztrák, holland, új-zélandi, svájci gondok-sági-rendszer reformokban, a második hullám minden bizonnyal az ENSZ Egyezményt ratifikáló országokban bekövetkező reformok lesznek, amelyet Magyarországon a Polgári Törvénykönyv kodifikációja már el is indított.

A szerző álláspontja az, hogy az intellektuális és pszichoszociális fogyatékos-sággal élő személyek teljes cselekvőképességének, az annak gyakorlását segítő, de azt nem érintő támogatott döntéshozatal intézményének a megértését a képességről és annak méréséről alkotott elméletekkel kellene kezdeni. A képesség mérése ugyanis bevezeti a döntéshozatali képesség fogalmát, amely a támogatott döntéshozatal szempontjából is fontos; a kognitív és a nem kognitív képességek különbségének kérdését, amely a teljes cselekvőképesség elmélete miatt bír relevanciával; elvezet bennünket a fogyatékos-ság képesség alapú megközelítéséhez, érzékelteti a képességmérés lehetőségét a jogban, s végül elvezethet a munkaképesség fogalmához. Ez a gondolatmenet inspirálta a szerzőt arra, hogy a képességgel és annak mérésével foglalkozzon.

### **Képesség vagy kompetencia?**

Az elemzett tanulmányokban a *capacity* és a *competency* terminusokat egymás szinonimájaként használják a szerzők.<sup>11</sup> Emellett megjelenik még a

---

sítékok azzal arányosak, amilyen mértékben az adott intézkedések érintik a személy jogait és érdekeit.

<sup>10</sup> Report of the C.A.C.L. Task Force on Alternatives to Guardianship, August 1992.

<sup>11</sup> Glass, Kathleen C.: Refining Definitions and Devising Instruments: Two Decades of Assessing Mental Competence, *International Journal of Law and Psychiatry*, Vol. 20. 1/1997, 5-33. o., Donnelly, Mary: Best Interests, Patient Participation and The Mental Capacity Act 2005, *Medical Law Review*, 17/2009, 1-29. o., Verma, Sarita – Silberfeld, Michel: Approaches to Capacity and Competency: The Canadian View, *International Journal of Law and Psychiatry*, Vol. 20. 1/1997, 35-46. o., Hale, Brenda: Mentally Incapacitated adults and Decision-Making: The English Perspective, *International Journal of Law and Psychiatry*, Vol. 20. 1/1997, 59-75. o., Atkin, W.R.: Adult Guardianship Reform – Reflections on the New Zealand Model, *International Journal of Law and Psychiatry*, Vol. 20. 1/1997, 77-96. o., Bach, Michael: Advancing Self-Determination of Persons with Intellectual Disabilities, *Inclusion Europe*, 1/2007, 2-5. o.

*capable/capability* fogalom is.<sup>12</sup> A *capacity* magyarázata szerint valaki képes valamit megérteni vagy megtenni,<sup>13</sup> a *capable*, illetve *capability* azon képességek meglétét jelentik, amelyek ahhoz szükségesek, hogy valaki valamit tegyen.<sup>14</sup> Ezen értelmezések szerint a *capacity* és a *capability* fogalmak egymás szinonimái.

A nehézséget a *competency* fogalom okozza, mert az inkább azon kompetencia meglétét jelenti, hogy valaki valamit jól tegyen.<sup>15</sup> Kompetencia alatt általában a személyek hozzáértését vagy illetékességét értjük. Az embereknek különböző területen megnyilvánuló kompetenciái vannak. A különböző kompetenciák közül az ember mindig csak azokat alkalmazza, amelyek genetikai eredetűek, vagy amelyeket a kultúra és a környezet inspirál.<sup>16</sup> Ebben az értelemben a kompetencia is képességet jelent, s ha az angol magyarázatot vesszük alapul, akkor az is nyilvánvaló, hogy annak eldöntése, ki mikor tesz valamit jól, azaz az általános sztenderdek megfelelően, az mindig az egyén képességeitől és egyéb külső tényezőktől függ, mint például a társadalmi-szociális és jogi környezettől.

A fentieknek megfelelően a továbbiakban a képesség és a kompetencia fogalmakat a szerző is egymás szinonimájaként használja, s a két terminus közül a képesség, illetve képtelenség fogalmakat részesíti előnyben.

### A képesség és képtelenség elmélete

A szellemi egészség jogában egyes szerzők úgy tartják, a képesség elmélete arra szolgál, hogy különbséget tegyen azon személyek között, akik képesek önállóan döntést hozni azoktól, akik nem. Azt, hogy az embereket felruházzuk a választás lehetőségével, az ember és erkölcsi értékeinek tisztelete, mint alapvető morális elv vezérli, elismerve az emberek autonómiára és önmeghatározásra való képességét.<sup>17</sup>

A képesség nemcsak jogi és orvosi meghatározás (Bruce Winick szerint inkább jogi, mint orvosi)<sup>18</sup>, hanem egy szociális képződmény is, amelyet mind a társadalmi értékek, mind a képességet mérő személy értékei is meghatároznak. Amennyiben, optimális esetben, az ember tiszteletének elvét ténylegesen betartják, a társadalom oly módon működne, hogy minden ember autonómiájának a maximálására törekedne, s azt csak akkor korlátozná, ha az embert, különösen a maguk ellátására képteleneket, kártól kívánja megóvni.<sup>19</sup> Így valóban egy társadalom által alkotott fogalomról beszélünk. Ugyanis nehéz objektíven megállapítani, mit is

<sup>12</sup> Lásd Bach, Michael: Advancing Self-Determination of Persons with Intellectual Disabilities, *Inclusion Europe*, 1/2007, 2-5. o.

<sup>13</sup> Lásd Sally Wehmeier (szerk.): *Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English*, 7th Edition, Oxford University Press, Oxford, 219. o.

<sup>14</sup> Uo.

<sup>15</sup> Uo. 307. o.

<sup>16</sup> Csányi Vilmos: *Az emberi természet*, Vince, Budapest, 1999, 142. o.

<sup>17</sup> Glass, Kathleen C.: Refining Definitions and Devising Instruments: Two Decades of Assessing Mental Competence, *International Journal of Law and Psychiatry*, Vol. 20. 1/1997, 5. o.

<sup>18</sup> Lásd Winick, Bruce: The Side Effects of Incompetency Labeling and the Implications for Mental Health, *Psychology, Public Policy and Law*, 1(1995), 31. o.

<sup>19</sup> Uo. 7. o. és Verma, Sarita – Silberfeld, Michel: Approaches to Capacity and Competency: The Canadian View, *International Journal of Law and Psychiatry*, 1/1997, 37. o.

jelent a kár, és most nem a kár jogi fogalmából<sup>20</sup> kellene kiindulni. Maga *Glass* is tág értelemben használja a kifejezést. Tulajdonképpen arról van szó, hogy a mentális vagy intellektuális fogyatékossgal élő emberek döntései mikor járnak hátrányos vagy káros következményekkel az adott személyre nézve. De mit jelent az, hogy hátrányos következmény? Ki dönti el, hogy mi a hátrányos vagy káros? Az ítélet külső értékek által konstruált, azaz egy szociális képződmény. Éppen emiatt jelennek meg a szellemi egészség jogában is olyan fogalmak, mint az önmeghatározás, autonómia, a döntéshozatali képesség vizsgálata, és a kockázat – a döntés következményeinek a kockázata – tisztelete.<sup>21</sup> A képesség mérése felveti az egyén szükségleteinek, értékeinek, meggyőződéseinek, kívánságaink tiszteletben tartását, s ezek már etikai kérdések, amelyekről írni lehet, de megválaszolni őket annál nehezebb.

Visszatérve arra a megállapításra, hogy a képesség szociális képződmény *Glass* megállapítja, hogy az autonómián alapuló közösség koncepciója az emberek közötti határvonalak konstrukciójára épül.<sup>22</sup> Ezek a határvonalak lehetnek szociális, pszichológiai és jogi jellegűek, de egyik sem természetesen létezik. Ezeket a határmezsgyéket emberek alkotják formálisan vagy informálisan.<sup>23</sup> A képesség elmélete is ilyen határvonalat képező koncepciónak tekinthető. Ez alapján vannak valamire képes vagy képtelen emberek. Ennek egyedüli célja nem lehet más, mint hogy bizonyos célok elérése érdekében egyeseket felhatalmazzon jogok gyakorlásával, másokat pedig megfosson attól.<sup>24</sup> Így ha a szerződéskötés egyik feltétele, hogy a felek legyenek képesek megérteni cselekedetük és jognyilatkozataik következményeit, akkor ez *Glass* véleménye szerint nem csak a képtelen személyeket védi, hanem a jogbiztonságot is szolgálja, azaz a képesség elméletének jogpolitikai célja van.<sup>25</sup> A képesség méréséről *Glass* úgy tartja, hogy az társadalmi célokat szolgál, s a képességmérés alatt álló személy preferenciáit olyan kritériumokkal vetik össze, amelyeket minden bizonnyal az azokat felállító emberek értékei befolyásoltak.<sup>26</sup>

*Verma és Silberfeld* szerint az autonómiához való jog érvényesülését nagymértékben segítette a képtelenség elméletének változása. Mit is jelent a képtelenség elmélete pontosan? Az általános képtelenség elmélete<sup>27</sup> egyértelműen

<sup>20</sup> *Damnus emergens* – tényleges kár és *lucrum cessans* – elmaradt haszon

<sup>21</sup> Lásd Verma, Sarita – Silberfeld, Michel: *im.*, 37. o.

<sup>22</sup> Uo.

<sup>23</sup> Margaret Minow: Interpreting rights: an essay for Robert Cover, *Yale Law Journal* 1860, 96/1987, 1883-1884. o, idézi Glass, Kathleen C.: *im.*, 7. o.

<sup>24</sup> Glass, Kathleen C.: *im.*, 7. o., lásd még Winick, Bruce: *im.*, 24. o.

<sup>25</sup> Uo.

<sup>26</sup> Enquiry on Mental Competency: Final Report (Toronto: Queen's Printer for Ontario, 1990), 29. o. idézi: Glass, Kathleen C.: *im.*, 7. o.; Winick, Bruce: *im.*, 24. o. Hasonló gondolatmenetet vázol fel Sophie Mitra a fogyatékossg fogalmának megalkotásával kapcsolatban, ugyanis az elméleti fogalom megadásának társadalmi, gazdasági és politikai céljai lehetnek. Lásd bővebben: Mitra, Sophie: Capability Approach and Disability, *Journal of Disability Policy Studies*, 4/2006, 236. o.

<sup>27</sup> Szándékosan nem a cselekvőképtelenség fogalom került megjelölésre – habár Hale és Atkin incapacity fogalma a cselekvőképtelenséget jelenti. Többek között azért, mert *Verma és Silberfeld* is képtelenségről beszél. S csak később, a gondokügyi rendszerek átalakítása során sejtetik azt a tanulmányok, hogy ott cselekvőképtelenségről, azaz mindenképpen egy jogi kategóriáról van szó (lásd később).

a római jogi szabályozásra vezethető vissza. Az angolszász bíróságok római jogból eredő *parens patriae* hatalomgyakorlása is a képtelenség feltételezéséből indul ki, azaz egy intellektuálisan sérült személy tekintetében a bírói eljárásban bizonyítani kell a képesség meglétét, s annak, aki arra hivatkozik, többszörösen hátrányos helyzetbe hozva ezzel a képességmérés alanyát.<sup>28</sup>

A képtelenség elméletét aztán a legkevésbé korlátozó megoldás (*the least restrictive alternative*) elve a részleges képesség elméletére módosította. Ez az elv az egyén autonómiájába történő beavatkozást a lehető legkisebb mértékre igyekszik korlátozni. Ezt a változást Kanadában a kanadai népességrobbanás hívta életre az 1980-as években. A népesség számának rohamos növekedése arra készítette a törvényalkotókat, hogy az akkor hatályos gondoksági szabályokat átgondolják, emiatt vetették el az általános képtelenség elméletét, s a mentálisan sérült emberek közösségbe történő integrálását sürgették.<sup>29</sup> Ezen törekvés hihetetlen változásokat hozott a döntéshozatali képesség mérésében minőségileg és mennyiségileg is.<sup>30</sup> Megjegyzendő, hogy a képesség mérése az 1980-as években Kanadában már a döntéshozatali képesség mérését jelentette, amely tulajdonképpen jó táptalajt készített elő a támogatott döntéshozatal modelljének.<sup>31</sup>

### A teljes képtelenség elmélet mellékhatásai

Az intellektuális és pszichoszociális fogyatékossgal élő személyek esetében sokszor elegendő (volt) az orvosi diagnózis felállítása ahhoz, hogy őket a bíróság az élet különböző területein képtelennek tekintse a boldogulásra. Mivel történelmi és jogtörténelmi gyökerei vannak a mentálisan sérült emberek „eleve képtelen elrendelésének”, a hosszú idő nem feltétlenül helyes, igazolható és hiteles magyarázattal szolgál jogfosztásuk és a jogkorlátozásuk indokairól. A több mint kétezer éves gondoksági rendszer és a képtelenség feltételezése, azaz a most már nem feltétlenül igazolható jogi szabályozás/szabályozatlanság pszichológiai folyamatokat generál a célcsoport tekintetében. A negatív és fosztó jellegű jogi szabályozás következményeivel a terapeuta igazságszolgáltatás foglalkozik, és ezen, főleg a kontinensünkön új, irányzaton belül mutattak rá a képtelenség címkézés mellékhatásaira.

<sup>28</sup> A *parens patriae* jogalkamzás és az általános (cselekvő)képtelenség kapcsolatáról lásd még Herr, Stanley S.: *Self-Determination, Autonomy, and Alternatives for Guardianship*, in: (Herr, Stanley S. szerk.) *The human rights of persons with intellectual disabilities, Different but equal*, Oxford University Press, 2003. 429-450. o., Winick, Bruce: *The Side Effects of Incompetency Labeling and the Implications for Mental Health*, *Psychology, Public Policy and Law*, 1(1995), 24. 27. o., Donnelly, Mary: *Best Interests, Patient Participation and The Mental Capacity Act 2005*, *Medical Law Review*, 17/2009, 1-29. o.

<sup>29</sup> Minden bizonnyal gazdasági megfontolások álltak a reform megvalósítása mögött. Hasonló gondolat jelenik meg Amartya Sen képesség alapú megközelítésében és Barbara Murray részéről is, akik quasi – a szó nemes értelmében – fogyasztóként tekintik a célcsoportot.

<sup>30</sup> Verma, Sarita – Silberfeld, Michel: *im.*, 38. o.

<sup>31</sup> A támogatott döntéshozatal egyik alapfeltevése, hogy az egyének döntéshozatali képességét kell vizsgálni az eset valamennyi körülményének figyelembevételével, s a döntéshozatali eljárás alapján lehet megítélni, hogy a személy saját cselekedeteivel képes-e jogokat szerezni és kötelezettségeket vállalni.

A terapeuta igazságszolgáltatás elmélete a különböző jogszabályokból és a változó jogalkalmazásból adódó terapeuta következtetések kutatását javasolja. A jogszabályok helyesnek vagy helytelennek bizonyuló hatásait elemzi empirikus vizsgálódás keretében, és szükségét látja a jog terapeuta dimenziójának a kialakítását.<sup>32</sup> A terapeuta igazságszolgáltatás nem elterjedt és ismert irányzat Magyarországon, a fogalommal a büntetőjog területén találkozhattunk. Szülőhazája az Amerikai Egyesült Államok, pszichológusok, pszichiáterek és jogászok együttes gondolkodásának eredménye.

A mellékhatások, érzékeltetés céljából történő, ismertetése Bruce Winick (cselekvő)képtelenség-címkezéséről szóló tanulmánya alapján történik. A szerző figyelmét Amita Dhanda jogászprofesszor írása<sup>33</sup> fordította a terapeuta igazságszolgáltatás felé, azzal a feltételezéssel, hogy a teljes képtelenség elmélete igazolatlanul fosztja meg a mentális sérült embereket jogok gyakorlásától és kötelezettségek vállalásától, azaz a cselekvőképességgel rendelkezés jogától.

A képtelenség címke használata nemcsak jogi, hanem negatív társadalmi és pszichológiai következményekkel jár, amelyek hosszú távon befolyásolják a mentálisan sérült ember önbecsülését és énképét, s klinikai értelemben depresszióhoz vezetnek.<sup>34</sup> A címkezés elmélete, a deviáns címkezés a társadalom heterogenitása következtében alakult ki, eredeti célja a kommunikáció megkönnyítése volt, azonban azzal ellentétes hatást váltott ki, mert a címkezett rétegek társadalmon belüli marginalizálódásához vezetett, azon túl énképtorzulásokhoz.<sup>35</sup> A deviáns címkezés hagyományos módja *Thomas Sheff* szerint a szellemileg sérült címke alkalmazása.<sup>36</sup> Ezen címke alkalmazásakor az egyén életében, stigmatizáló hatásán túl, – szociálpszichológusok szerint – önbeteljesítő próféciaként jelentkezik a deviancia, azaz a címkezés hatására a megjelölt személy úgy kezd viselkedni, ahogyan azt elvárják tőle, s előbb-utóbb igazolni fogja a címkező meggyőződését.<sup>37</sup> Mindez a mentálisan sérült emberek társadalmi kirekesztődéséhez vezet és ellehetetleníti munkavállalásukat, oktatásukat s egyáltalán maguk körül az élhető környezet kialakítását.<sup>38</sup> Mindezek a hatások hatványozódnak abban az esetben, ha a mentális sérült embereket képteleneeknek címkezzük. Természetesen többen kritizálták is ezt a szemléletet, arra

<sup>32</sup> Lásd erről bővebben: Cooper, James M.: State of the Nation: Therapeutic Jurisprudence and the Evolution of the Right of Self-Determination in International Law, *Behavioral Sciences and the Law*, 17/1999, 607-612. o.; Schopp, Robert F.: Therapeutic Jurisprudence: Integrated Inquiry and Instrumental Prescriptions, *Behavioral Sciences and the Law*, 5/1999, 553 – 693. o.; Wexler, David B.: Therapeutic Jurisprudence and Changing Concepts of Legal Scholarship, *Behavioral Sciences and Law*, 1(1993) 17-29. o.); Winick, Bruce: The Side Effects of Incompetency Labeling and the Implications for Mental Health, *Psychology, Public Policy and Law*, 1(1995), 6-42. o.

<sup>33</sup> Dhanda, Amita: Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the past or Lodestar for the future? *Syracuse J. Int'l L. & Com.*, 34/2007, 436. o..

<sup>34</sup> Winick, Bruce: The Side Effects of Incompetency Labeling and the Implications for Mental Health, *Psychology, Public Policy and Law*, Vol. 1. 1(1995), 9. o.

<sup>35</sup> Douglas Raybeck: Anthropology and Labeling Theory: A Constructive Critic, *Ethos*, 16/1988, 371-391. o., idézi Winick, Bruce: im., 9. o.

<sup>36</sup> Sheff, Thomas: The Labeling Theory of Mental Illness, *American Sociological Review*, 39/1974, 444. o.

<sup>37</sup> Winick, Bruce: im. 10. o.

<sup>38</sup> Uo. 11-12. o.



hivatkozással, hogy ha a páciens belátja, hogy szellemileg sérült, akkor ez inkább a javulás és a fejlődés irányában nyitja meg az utat.<sup>39</sup> Mindenesetre a szellemileg sérült emberek esetében a képtelenség címke nem pusztán jogi státusz, hanem személyes tulajdonsággá formálódik.

Későbbi kutatások bebizonyították, hogy a képtelenség címkézés jelentős hatással van a döntéshozatali képességre, azaz a szellemileg sérült ember inkább elhárítja magáról a felelősséget és engedi, hogy mások döntsenek helyette.<sup>40</sup> Szintén negatív hatásként jelentkezett a tanult tehetetlenség<sup>41</sup> és a motiválatlanság,<sup>42</sup> amelyek az egyén inaktivitásához vezetnek.

A kutatások arra is rámutattak, hogy ha a mentálisan sérült ember számára lehetővé tesszük az önmeghatározást, akkor az mindenképpen élehetővé teszi számára az őt körülvevő környezetet, ha azonban a képtelen címkét alkalmazzuk, akkor ez joggal összefüggő pszichológiai diszfunkciókhoz vezet.<sup>43</sup>

Jelen írás nem tér ki a cselekvőképtelenség és a *parens patriae* hatalomgyakorlás alkotmányjogilag sértő voltára, s más összefüggéseire, mivel a szerző úgy véli, hogy a terapeuta igazságszolgáltatás fenti fejtegetései talán hasznosabbak egy kifejezetten a cselekvőképességet érintő gondokságról szóló tanulmányban.

### A képesség méréséről általában

Ahhoz, hogy a képesség mérhető legyen, azt kell feltételeznünk, hogy a képesség szintekkel rendelkezik (*continuum or levels of competence*).<sup>44</sup> Sőt, a képesség egy folyamatos változó, amely egy skála két végpontja között mozog.<sup>45</sup> A két végpont pedig a „teljes képtelenség” és a „teljes képesség”. A szerző ezt a feltételezést „két véglet elméletnek” nevezi. A két véglet közötti skálán az egyén képességét, legyen az döntéshozatali, cselekvő-, belátási-, vagy munkaképesség, meghatározza az adott eset összetettsége, a jogi és fizikai környezet, valamint a mentálisan sérült emberek kommunikációs közege, annak minősége.

*Glass* szerint a képesség szintjeinek gondolata különösen fontos azok számára, akik állandóan változó kognitív képességekkel rendelkeznek. Így az Alzheimer kórban vagy demenciában szenvedők lehet, hogy nem képesek döntést hozni a betegségükkel kapcsolatban, azonban nem veszítik el kognitív képességüket más

<sup>39</sup> A címkézés kritikájáról bővebben lásd Robert L. Chauncey, Walter R. Grove és Raymond M. Weistein *American Sociological Review* által közölt írásait.

<sup>40</sup> Winick, Bruce: *im.*, 13-14. o.

<sup>41</sup> Martin Seligman vezette be a tanult tehetetlenség fogalmát. A tanult tehetetlenségről lásd bővebben Garber, J.-Seligman, M.E.P. (szerk.) *Human Helplessness: Theory and Applications*, Academic Press, New York, 1980

Seligman, M.E.P.: *Helplessness: On Depression, Development, and Death*. Second edition. W.H. Freeman, New York, 1991.

<sup>42</sup> A motivációra kifejtett hatásról lásd Ryan, Richard M. – Deci, Edward L.: *Self Determination Theory and the Facilitation of Intrinsic Motivation, Social Development and Well-Being*, *American Psychologist*, 1(2000), 68-78. o.

<sup>43</sup> Winick, Bruce: *im.*, 23. o.

<sup>44</sup> Glass, Kathleen C.: *im.*, 9. o. és Winick, Bruce: *im.*, 24. o.

<sup>45</sup> A szerző ezen álláspontját támogatja Bruce Winick okfejtése is, Winick, Bruce: *im.*, 24. o.

döntések tekintetében.<sup>46</sup>

Minden ember önmeghatározásnak tisztelete azt kívánja meg, hogy a képesség vagy képtelenség mérése az adott döntésre vonatkozóan történjen, s nem általános jelleggel. A mentálisan sérült emberek esetében eddig elegendő volt, ha az orvosi diagnózis megállapította a szellemi károsodás tényét és mértékét, s ezzel megválaszolták tekintették a képesség valamennyi kérdését. Azaz a mentálisan sérült ember képtelen volt.<sup>47</sup> A teljes képtelenség mellékhatásaira pedig már fentebb utaltunk.<sup>48</sup>

A képesség mérése az irodalomban a tényleges képesség mérésének kérdéseit vet fel (*factual competence*). Arra a kérdésre, hogy mit is jelent a tényleges képesség, más választ ad az orvostudomány, a jog, a filozófia és talán más tudományterületek is. Az írás most a jog szempontjából vizsgálja meg a problémát. Ez egyfelől már csak azért is indokolt, mert a képesség mérése különösen a gondokügyi perekben jelentős, másfelől a szellemi egészség jogában a kezelésekhöz való hozzájárulás illetve azok megtagadása az orvosi mellett jogi kérdésként is felmerült.<sup>49</sup>

Ha a tényleges képességet jogi értelemben vizsgáljuk meg, akkor megállapítható, hogy az a belátási képesség fogalmával egyezik meg, és ebből kifolyólag kapcsolatba hozható a cselekvőképességgel is. Azaz a tényleges képesség olyan kognitív képességre utal, amely szerint az egyén képes megérteni egy döntés vagy bizonyos cselekvés előrelátható következményeit. Ily módon a tényleges képesség meghatározásának jogi következményei vannak. S *Glass* szerint ennek a jogi fogalomnak is jogpolitikai céljai vannak.<sup>50</sup> A képesség mérése alatt a továbbiakban a jogi értelemben vett tényleges képesség mérését értjük, amely viszont általában a döntéshozatali képesség mérésére utal.

A tényleges képességmérés irodalmának áttanulmányozása az 1970-80-as évekből alapvetően négy kategóriát állít fel. Eszerint a) a képesség megköveteli, hogy a személy képes legyen választása igazolására, b) képességről akkor beszélhetünk, ha a választás ésszerű következménnyel jár, c) a képesség megköveteli, hogy az egyén ésszerű indokokkal szolgáljon az adott választásra vonatkozóan vagy d) az információ megértésének a képessége igazolja a képesség meglétét.<sup>51</sup> Ezen kritériumok mindegyike vitatható. A vitathatóság többek között abban rejlik, hogy egyik kritérium sem veszi figyelembe az egyén autonómiáját, valamint a választásban rejlő kockázat lehetőségét. A kategóriák vitatására részletesen a következő pontban kerül sor.

A továbbiakban vizsgáljuk meg a képességmérés lehetséges kritériumait Kanada egyes tartományi szabályainak megfelelően. A képességmérés többnyire a kezelésekhöz kapcsolódó döntések meghozatalához szükséges képesség vizsgálatát jelentette. Éppen ezért nem meglepő, hogy az elemzett tanulmányok szerzői

<sup>46</sup> Glass, Kathleen C.: *im.*, 9. o.

<sup>47</sup> Uo.

<sup>48</sup> Lásd Winick, Bruce: *im.*, 6-42. o., Ryan, Richard M. – Deci, Edward L.: *im.*, 68-78. o., Dhanda, Amita: *Legal Capacity in the Disability Rights Convention*, 429-462. o

<sup>49</sup> Lásd Glass, Kathleen C.: *im.*, 8. o., Verma, Sarita – Silberfeld, Michel: *im.*, 39. o. és azt követően

<sup>50</sup> Glass, Kathleen C.: *im.*, 8. o.

<sup>51</sup> Glass, Kathleen C.: *im.*, 10-11. o.

orvosok és jogászok, akik etikai és jogi szempontból vizsgálták a képességmérés meglévő kritériumait és próbálták azokat finomítani, kiegészíteni vagy meghaladni. A szöveghűség miatt pedig alkalmanként a mentálisan vagy szellemileg sérült emberek, illetve az intellektuális vagy pszichoszociális fogyatékossgal élő személy kifejezések helyett a szerző kénytelen a páciens megjelölést alkalmazni.

### Understanding és appreciation

Új Skóciában a kórházban kezelt páciens tényleges képességének a mérési feltételeit a *Re McElroy* ügy kapcsán törvényben rögzítették.<sup>52</sup> Eszerint egy 78 éves hölgyet képesnek talált a bíróság arra, hogy házasságot kössön, de a végrendelet elkészítésére már nem. A tényleges képesség mérése során, amely a kezeléshez való hozzájárulásra vagy megtagadásra irányult, három kritérium volt döntő: a) a páciens képes-e megérteni azt az állapotát, amelyre a kezelés irányul, b) képes-e megérteni a kezelés mibenlétét és célját, c) és a hozzájárulással vagy megtagadással járó kockázatot.<sup>53</sup> Ezek a kritériumok azonban nem vonatkoztak a nem kórházi betegekre. Megállapítható, hogy a képesség mérés alapvető eleme a megértés képessége – az állapotra, a kezelés milyenségére és a kockázatokra nézve.

Quebec Polgári Törvénykönyve a képesség mérés tekintetében kiterjed valamennyi orvosi kezelésre, s az *inability* (franciául *inapitude*), azaz a képtelenség fizikai és kognitív eredetű is lehet.<sup>54</sup>

A jelenlegi ontarioi helyettes döntéshozatalra vonatkozó szabályozásban az orvosi kezeléseket tekintetében a képtelenség részletes definíciójával találkozunk. Eszerint: „*egy személy akkor képtelen ... ha nem képes megérteni azokat az információkat, amelyek a saját egészségi állapotát érintő döntések meghozatalában relevánsak ... továbbá nem képes megérteni a döntéshozatal vagy annak elmulasztásának ésszerűen előrelátható következményeit.*”<sup>55</sup> A definíció első része a megértés, amely az információk teljes, tiszta megértését jelenti a fogadó fél esetében. S habár a definíció második eleme is hasonló a megértéshez, azonban több annál, mert a megértett információk kritikai megítélését jelenti. Tehát *understanding és appreciation*, megértés és kritikai megítélés, amelyek szerint az egyénnek elemeznie és mérlegelnie kell a kapott információkat a saját helyzetére vetítve.<sup>56</sup> A kettő elkülönítését kézikönyv is segíti.<sup>57</sup> Eszerint a megértés egy

<sup>52</sup> Re McElroy eset (1978). 93. D.L.R. (3d) 522. o.

<sup>53</sup> Lásd Re McElroy eset 522. o. és Glass, Kathleen C.: *im.*, 12. o.

<sup>54</sup> Civil Code of Quebec Art 11. és az azt követő cikkelyek

<sup>55</sup> "A person is incapable ... if the person is not able to understand information that is relevant to making a decision concerning his or her own health care ... and is not able to appreciate the reasonably foreseeable consequences of a decision or lack of it." An Act to Provide for the Making of Decisions on Behalf of Adults Concerning Management of their Property and Concerning their Personal Care (Substitute Decision Act), 1<sup>st</sup> Session, 35<sup>th</sup> Leg. Ontario, 1991, p. 46. lásd még Office of the Public Guardian Trustee, Ministry of the Attorney General, Province of Ontario, *Capacity Assessment Manual*, Queen's Printer for Ontario, Toronto, 1996

<sup>56</sup> Glass, Kathleen C.: *im.*, 12. és 17. o. és Malett v. Schulman eset (1988), 63 R. (2d) p. 243

<sup>57</sup> Office of the Public Guardian Trustee, Ministry of the Attorney General, Province of Ontario, *Capacity Assessment Manual*, Queen's Printer for Ontario, Toronto, 1996

személy azon kognitív képességére utal, amely alapján ő ténylegesen képes megérteni, szükségleteihez mérten, a megalapozott döntéshozatal szempontjából releváns információkat.<sup>58</sup> A kritikai megítélés ugyanakkor a döntéshozatali képesség elemző természetét jelöli, azaz az adott helyzet tényeinek személyes értelmezését.<sup>59</sup>

A legtöbb gondot a kritikai megítélés okozza. A fordítás során úgy tűnik, hogy a kritikai megítélés is tulajdonképpen a belátási képességgel egyenlő, a tudati oldalt feltételezi (gondoljunk csak a szándékosság vagy a gondatlanság büntetőjogi fogalmaira.)<sup>60</sup> A szerző számára egyértelműen egyfajta belátási képesség meglétét feltételezi a kritikai megítélés fogalomelem. Ugyanakkor a tudati oldal vizsgálata felmerül azon személyek esetében is, akik az értékelést végzik. A képességet megállapító személy is szubjektív értékelő. S ugyanígy a képesség mérés alanya is. Ez utóbbi esetében ugyanis értékek és emocionális faktorok is szerepet játszanak abban, hogy az egyén milyen kritikai megítélést formál az adott információk tekintve. Ezeket a személyes elemeket nagyon nehéz helyesen megítélni, különösen akkor, ha az értékelő személy nem ismeri közelebbről a képesség mérés alanyát.<sup>61</sup>

A kritikai megítélés kritériumot ugyanakkor nagymértékben befolyásolja az adott jogrendszer is. Az előbbi elmélet, miszerint a kritikai megítélés érzelmi és kognitív megértést is jelent az örültek védelmére vonatkozó vitákra vezethető vissza. Később ez az elmélet beolvadt az információon alapuló hozzájárulás (*informed consent*) jogelvébe. Ez az elv azonban nem fordított különösebb figyelmet a kritikai megítélésre.<sup>62</sup> A British Law Commission (Brit Jogi Bizottság) Mental Incapacity (A szellemi fogyatékoságról szóló) riportja<sup>63</sup> az információon alapuló hozzájárulás fogalmában azt emelte ki, hogy az egyén képes a rendelkezésre álló és megértett információk alapján választani.<sup>64</sup> Megkerülte a kritikai megítélés fogalmát, talán éppen annak problémás volta miatt, ugyanakkor bevezetett egy másik kritériumot, az információ használatának a képességét (*ability to use*). A riport szerint a döntést nem lehet elfogadni abban az esetben, ha harmadik személy akaratát tükrözi, s az egyén emiatt, valamint mentális fogyatékosága következtében nem képes a releváns információknak megfelelően cselekedni.<sup>65</sup>

Az amerikai bíróságok többsége a kezelés megtagadása miatt indított ügyekben a leggyakrabban a megértés és kritikai megítélés kritériumok meglétét vizsgálja a

<sup>58</sup> Lásd a kézikönyv II. 2. pontját.

<sup>59</sup> Lásd uo. II. 3. pont.

<sup>60</sup> 1978. évi IV. törvény a Büntető Törvénykönyvről 13. § Szándékosan követi el a bűncselekményt, aki magatartásának következményeit kívánja, vagy e következményekbe belenyugszik.

14. § Gondatlanságból követi el a bűncselekményt, aki előre látja magatartásának lehetséges következményeit, de könnyelműen bízik azok elmaradásában; úgyszintén az is, aki e következmények lehetőségét azért nem látja előre, mert a tőle elvárható figyelmet vagy körültekintést elmulasztja.

<sup>61</sup> Glass, Kathleen C.: *im.*, 13. o

<sup>62</sup> Weinstock, Robert: 'Informed Consent and Competence Issues and the Elderly', in: Rosner, Richard – Schwartz, I. Harold (szerk): *Psychiatry and the Law*, Plenum Press, New York, 1987, 64. o.

<sup>63</sup> Law Commission, *Mental Incapacity*, Item 9 of the Fourth Programme of Law reform: *Mentally Incapacitated Adults*, London: HMSO, 1995. p. 37-39.

<sup>64</sup> Glass, Kathleen C.: *im.*, 12. o

<sup>65</sup> Uo.

képesség mérése során.<sup>66</sup> A kanadai bíróságok kevés ügyben találták az *understanding és appreciation* fogalmakat egymástól különbözőnek.<sup>67</sup> Nagy Britanniában néhány esetben ugyanakkor mindkét feltétel meglétét vizsgálták.<sup>68</sup>

A képesség mérésének ezen két kritériuma több szempontból is vitatható. Mielőtt azonban a vitapontok összefoglalásra kerülnének, tegyünk néhány megállapítást. A képesség mérése tulajdonképpen a döntéshozatali képesség mérését jelenti. Ezt, habár, a vizsgált tanulmányok leszűkítik az orvosi kezelésekre való hozzájárulásra, mégis az alkalmazása kiszélesíthető, s általános kijelentéseket tehetünk a döntéshozatali képességről. A szerző úgy véli, hogy a támogatott döntéshozatal modelljét Kanadában ez a már meglévő szellemi produktum is segítette. Hiszen mint már korábban említettük, a támogatott döntéshozatal is a döntéshozatali képesség létét vagy nem létét illetve magát a döntéshozatali folyamatot vizsgálja, s ezen döntéshozatali képesség lehet (in)kompetens.<sup>69</sup>

A képesség mérésének egyik vitatott pontja, a már korábban is említett külső személy általi megítélés, amely soha nem lehet objektív. A megítélőnek mindenképpen konzultálnia kellene olyan személyekkel, akik közvetíteni tudják a mentálisan sérült emberek akaratát és szándékát. A szellemileg sérült embereket körülvevő, őket segítő és támogató emberek, szervezetek, és intézmények összefogása nem új keletű gondolat. A társadalomba történő integráció alapvető eszközének, a foglalkoztatás elősegítésének egyik pillére ez, amelyet a Nemzetközi Munkaügyi Szervezet is támogat.<sup>70</sup> Ebben az összefogásban kiemelt szerepet kell, hogy kapjon a szociális munkás, a tanácsadó és a fogyatékos ember családja. Ez a három szereplő kulcsfontosságú a fogyatékos ember igényeinek és szükségleteinek a közvetítésében, azaz az individualizációban.

A szerző, magának a kritikai megítélésnek, mint megfelelőségi kritériumnak a létjogosultságát vitatja – nem alaptalanul, hiszen a gyakorlat sem egységes alkalmazását illetően. Egyrészt azért, mert a döntéshozatali képességet érzelmek, kívánalmak, meggyőzések, értékek és élettörténetek is befolyásolják. Ezen egyéb tényezőket vizsgálja egyebekben a következő pont is. Másrészt, a kritériumok egyik fogalmi eleme az ésszerűség. Ugyanakkor az ésszerűség

<sup>66</sup> Glantz, L. H. – Annas, G. J.: *The Right of Elderly Patients to Refuse Life-sustaining Treatment*, Milbank Q., 1986, p. 115.

<sup>67</sup> Lásd például *Howlett v. Karunaratne* eset, 64 O.R. (2d) 418. o. vagy *Institut Pinel v. Blais* eset (1991)R.J.Q.

<sup>68</sup> Law Commission, *Mental Inapacity*, Item 9 of the Fourth Programme of Law reform: *Mentally Incapacitated Adults*, London: HMSO, 1995. p. 34, 37.

<sup>69</sup> Lásd Bach, Michael: *Advancing Self-Determination of Persons with Intellectual Disabilities*, Inclusion Europe, 1/2007, 2-5. o. <http://moodle.disabilityknowledge.org/mod/resource/view.php?id=404> (1 August 2009);

Bach, Michael: *Supported Decision Making under Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Questions and Challenges*, Notes for Presentation to Conference on Legal Capacity and Supported Decision Making, Parents' Committee of Inclusion Ireland – November 3, 2007

<http://moodle.disabilityknowledge.org/mod/resource/view.php?id=417> (1 August 2009)

<sup>70</sup> Barbara Murray: *Decent work for all Labour Market Integration of People with Disabilities*, Open University on Employment Policy and Disability Studies, Bárczi Gusztav Faculty of Special Education, Eotvos Lorand University, Budapest, 30 November 2006, <http://moodle.disabilityknowledge.org/mod/resource/view.php?id=405>, 2006.decemebr 21.

követelményét gyengítik a belső és külső tényezők, úgy, mint a már említett szubjektív faktorok, idesorolva az értékelést végző személyes meggyőződéseit, és a kommunikációs csatorna megfelelőségét. Harmadrészt, mert minden döntés kockázattal jár, amelyet megfelelő segítséggel az intellektuális és pszichoszociális fogyatékossgal élő személyek is megtanulnak kezelni. Az az elmélet, amely nem számol a kockázat lehetőségével, életszerűtlen.

Mivel már ismertetésre került a kritikai megítélés fogalmi elem, sőt annak létjogosultsága is megkérdőjelezésre került, a korábban említett tényleges képesség mérés kritériumi is vitathatóak. Az *a) kritérium szerint a képesség megköveteli, hogy a személy képes legyen választása igazolására, a c) szerint képesség megköveteli, hogy az egyén ésszerű indokokkal szolgáljon az adott választásra vonatkozóan.* Ezek a szerző véleménye szerint a kritikai megítélésre utalnak. *A b) kritérium alapján képességről akkor beszélhetünk, ha a választás ésszerű következménnyel jár.* Ugyanakkor joggal tesszük fel a kérdést, mi az, hogy ésszerű? Intellektuális és pszichoszociális fogyatékossgal élők esetében a mércét külső szemlélő állítja fel, s nem biztos, hogy figyelmet szentel a döntés kialakítását meghatározó belső és környezeti tényezőkre (lásd fent).<sup>71</sup> *A d) kritérium valamennyi képesség mérés alapját adja meg, azaz az egyén rendelkezik az információ megértésének a képességével.* A célcsoport tekintetében a megértés a már korábban említett kommunikáció milyenségétől, minőségétől függ. A megfelelő kommunikációs csatorna kialakítása érdekében pedig szükség van a mentálisan sérült embert körülvevő családra, segítőkire, azaz egy segítő/támogató személyre illetve csoportra. Az ésszerűségről leírtak pedig tükrözik *Glass* véleményét is.<sup>72</sup>

### A képesség-mérés egyéb módszerei

Az 1990-es években a tényleges képesség mérésének új eszközeit és módszereit fejlesztették ki azzal a szándékkal, hogy a lehető legobjektívebb mérés alapján legyen megállapítható az egyén képessége vagy képtelensége.

Az egyik ilyen mérés *Michael Silberfeld* nevéhez fűződik.<sup>73</sup> A *Silberfeldet* körülvevő orvosi csoport idős emberek döntéshozatali képességét vizsgálta, ugyanis *Silberfeld* úgy vélte, hogy a képesség mérés kritériumai kölcsön vehetők a döntés-elemzés elveiből.<sup>74</sup> A *Silberfeld*-csoport az alábbi kritériumokat állította fel: előzetes szűrő interjúk annak megállapítására, hogy szükség van-e egyáltalán képesség mérésre; információgyűjtés egészségügyi szakemberektől, a családtól, barátoktól, esetleg vallási szervezetektől; majd ezen információk relevanciájának vizsgálata az egyén képességének megállapítása szempontjából. A képesség mérése soha nem általában, hanem az adott esetre vonatkozóan történik. A mérés

<sup>71</sup> Lásd később Benjamin Freedman érvelését.

<sup>72</sup> Lásd *Glass, Kathleen C.: im., 24. o.*

Az ésszerűség, hasonlóan az érzelmi képességhez, érték-tartalmú elv, amelyet nagymértékben befolyásol a páciens cselekedeteit magyarázó szakember értékrendje.

<sup>73</sup> Lásd erről *Silberfeld, Michel: Competency Assessments, Estates and Trust Journals, 11/1991, 165-167. o., Silberfeld, Michel – Fish, Arthur: Living with Competency: A Guide to Those Encountering It, University of Toronto Press, Toronto, 1994*

<sup>74</sup> *Silberfeld, Michel: Competency Assessments, Estates and Trust Journals, 11/1991, 168. o.*

többek között az egyéni korlátokat is figyelembe veszi, sőt az ebből következő esetleges megértési nehézségeket is.<sup>75</sup>

Jeffrey Janofsky és kollégái nevéhez fűződik a *Hopkins Capacity Assessment Test* (Hopkins féle képesség mérő teszt, a továbbiakban Hopkins teszt).<sup>76</sup> A Hopkins Teszt célja a tényleges képesség kvantitatív mérése a kezelésekre vonatkozó döntések és előzetes jognyilatkozatok megtétele érdekében. Ez a teszt inkább az orvosi diagnózis felállítását segíti. A teszt egy rövid esszét tartalmaz információval alátámasztott hozzájáruló nyilatkozattal (*informed consent*) és ügyvédi meghatalmazással, majd ezt követi hat kérdés az esszé tartalmára vonatkozóan.<sup>77</sup>

Az ontarioi helyettes döntéshozatal (gondoksági rendszer) irányította rá a figyelmet a képtelenség két kategóriájára: a megértésre és a kritikai megítélésre. Most nézzük meg közelebbről, ennek gyakorlati megvalósulását. Mindezt a korábban már említett helyettes döntéshozatalról szóló törvény<sup>78</sup> tartalmazza. A megértés és a megítélési képesség mérésére a tartomány a képesség mérést végzők számára kifejlesztett egy training programot. A képesség mérő eljárás struktúráját a fent említett kézikönyv tartalmazza,<sup>79</sup> amely pontosan meghatározza, hogy mit is értünk megértés és kritikai megítélés alatt (lásd fentebb). Abban az esetben, ha szükség van képesség mérésre, akkor egy 5 lépésből álló eljárás kerül lefolytatásra: 1. előzmények feltárása, 2. szerzett információkról történő beszámolás és tájékoztató interjúk, 3. az adott személy múltbéli és jelenbeli helyzetének megvizsgálása, 4. következtetések, és 5. a képesség-mérés eredményének megállapítása.<sup>80</sup> Ez a megközelítés abból indul ki, hogy a képesség vizsgálata az egyén helyzetéből adódó igények, és ezen igények kezelésére való képesség összevetésén alapul.<sup>81</sup>

*Applebaum és Grisso* egy projekt keretében gyűjtött információi megbízható adatokkal szolgálnak jogi, politikai és orvosi döntések tekintetében figyelemmel a pszichiátriai betegek döntéshozatali képességére vagy képtelenségére.<sup>82</sup> Három általános és objektíven meghatározott képességmérő módszert fejlesztettek ki, amelyek koncepcionálisan a kezelésekhöz való hozzájárulás képességének négy jogi feltételeihez igazodtak: 1. megértés, 2. kritikai megítélés, 3. érvelés, és a 4. választás kifejezésre juttatása. A képesség-mérés alanyai „beteg” és nem „beteg” alanyok voltak. Az első módszer a kezelés leírásának megértése (*Understanding*

<sup>75</sup> Lásd bővebben Silberfeld, Michel – Corber, Wendy – Checkland, David: Acknowledgement of Limitations and Understanding of their Consequences in Mental Capacity Assessments, *Behavioral Sciences and the Law* 13/1995, 381-390.

<sup>76</sup> Az elnevezés a Johns Hopkins Egyetemre utal.

<sup>77</sup> Lásd bővebben Janofsky, Jeffrey – McCarthy, Richard J. – Folstein, Marshall F.: The Hopkins Competency Assessment Test: A Brief Method for Evaluating Patient's Capacity to Give Informed Consent, *Hospital and Community Psychiatry*, 43/1992, 132-135.

<sup>78</sup> Civil Code of Quebec Art 11.

<sup>79</sup> Office of Public Guardian and Trustee, Ministry of the Attorney General, Province of Ontario, *Capacity Assessment Manual*, Queen's Printer for Ontario, Toronto, 1996

<sup>80</sup> Uo. III. 1. és azt követő pontok

<sup>81</sup> Uo.

<sup>82</sup> Applebaum, Paul S. – Grisso, Thomas: The MacArthur Treatment Competence Study I: Mental Illness and Competence to Consent to Treatment, *Law and Human Behavior*, 19/1995, 105-126. o.

*Treatment Disclosures*), a második a rendellenességek/kritikai megítélés felmérése (*Perceptions of Disorder*), a harmadik pedig a kognitív funkciók minőségének a mérése (*Thinking Rationally About Treatment*).<sup>83</sup> *Applebaum és Grisso* úgy vélte, hogy ez a három módszer megfelelően reprezentálja az egyének azon döntéshozatali képességeit, amelyeket a bírói gyakorlat is alkalmazott a döntéshozatali képesség megállapításakor. Ugyanakkor felhívták a figyelmet arra is, hogy ezeket az eszközöket nem lehet úgy tekinteni, mint amelyek a kezeléshez való hozzájárulás jogi értelemben vett képtelenségét határozzák meg.<sup>84</sup> Ennek okai pedig a következőkben rejlenek: 1. a jogi értelemben vett képesség (és nem jogképesség!) sztenderdjeit kétség kívül minden bíró különbözőképpen alkalmazza; 2. a törvényi előírások és a precedensjog is minden bizonnyal azt kívánja meg, hogy a bírók más és más jogi előírásokat kövessenek; 3. és végül a módszerek nem alkalmasak arra, hogy megítéljék egy személy képességeiben meglévő hiányosságok fokát oly mértékben, hogy az elegendő legyen a képtelenség megállapítására.<sup>85</sup>

*Marson* és kollégái az Alabama Egyetemen a döntéshozatalra való képességmérés öt jól megalapozott jogelvétt dolgozták ki: 1. a választott kezelés igazolása; 2. ésszerű választás; 3. a választás következményeinek értékelése; 4. a választás ésszerű indokainak szolgáltatása; 5. a kezelési helyzet és a választási lehetőségek megértése.<sup>86</sup> *Marson* elmélete ugyanakkor arra is rávilágított, hogy a döntéshozatali képességet megállapítóknak megfelelő rugalmassággal kell rendelkezniük a tekintetben, hogy a képesség melyik sztenderdjét alkalmazzák, hiszen azt meghatározza az egyéni kezeléssel járó kockázat, valamint annak előnyei.<sup>87</sup>

*Silberfeld* és az Ontariói Képességmérő Hivatal a mérést egy tágabb értelemben vett képesség elemzési eljárás részeként tekintik. *Janofsky, Applebaum és Grisso*, valamint *Marson* olyan új eszközöket fejlesztettek ki, amelyek azt mérik, hogy az egyén mennyire felel meg a már előre meghatározott képességről alkotott elveknek. Azaz ezen öt csoport egyike sem próbálta meg azt, hogy új irányvonalakat határozzanak meg a képességről.<sup>88</sup>

Az ismertetett képességmérő módszerek révén, egy általános képet kaphatunk a Kanadában irányadó gyakorlatról arra vonatkozóan, hogy a kezelésekre való hozzájárulás esetében hogyan állapítják meg az egyén döntéshozatali képességét. Örömteli, hogy a képességmérés módszerei között a megértés és a kritikai megítélés mellett – az ontariói helyettes döntéshozatali törvény rendelkezései kivételével – megjelennek egyéb tényezők is. Így *Silberfeld* esetében előremutató, hogy a képességmérés keretében információgyűjtést végeznek az egyén szűkebb-tágabb környezetében. A *Janofsky* teszt (*informed consent*) más tesztekkel együtt

<sup>83</sup> Glass, Kathleen C.: *im.*, 18. o

<sup>84</sup> Glass, Kathleen C.: *im.*, 18. o

<sup>85</sup> Glass, Kathleen C.: *im.*, 18-19. o

<sup>86</sup> Marson, Daniel C – Ingram, Kellie K. – Cody, Heather A. – Harrell, Lindy E.: Assessing the Competency of Patients with Alzheimer's Disease Under Different Legal Standards: A Prototype Instrument, *Archives of Neurology*, 52/1995, 949-854. o.

<sup>87</sup> Uo. 952. o.

<sup>88</sup> Glass, Kathleen C.: *im.*, 19. o



tudna teljesebb képet adni a döntéshozatali képesség meglétéről. Ezen teszt egyértelműen a jognyilatkozat tételre való képességet vizsgálja, éppen ezért alkalmazására sor kerülhetne más jellegű jognyilatkozatok megtételekor. Az intellektuális és pszichoszociális fogyatékosággal élő személyek esetében az *Applebaum és Grisso*, valamint a *Marson* által alkalmazott módszer merev és irreális lenne. Olyan rugalmatlan, belső és külső tényezőket teljesen figyelmen kívül hagyó tesztek ezek, amelyek alapján nem valószínű, hogy a célcsoport tekintetében döntéshozatali képességet állapítana meg a bíróság.

### Érzelmi képesség

*Margaret A. Sommerville* a tényleges képesség mérésével kapcsolatban mutat rá arra, hogy vajon a jogban, és hangsúlyozom még egyszer *a jogban*, szükség van-e különbségtételre kognitív és az érzelmi képesség között.<sup>89</sup> *Sommerville* Kanadából, *Gerard Quinn* Nagy-Britanniából<sup>90</sup> és *Amita Dhanda* Indiából<sup>91</sup> egymástól teljesen függetlenül állapítják meg, hogy a képesség mérés során a jog egyedül a kognitív képességeket vizsgálja, és nem veszi figyelembe az egyéb képességeket. Hiszen az érzelmi tényező is bírhat relevanciával egy adott esetben és annyiban, amennyiben befolyásolhatja az egyén kognitív képességét vagy megértését.

Az érzelmi képességet az *Ontario's Electro- Convulsive Therapy Review Committee* (Ontarioi Elektrosokk Kezelést Vizsgáló Bizottság) is megkülönböztette a megértéstől és a kritikai megítéléstől. Viszont *Sommerville* és a Bizottság a képtelenség kontextusában vizsgálják az érzelmi faktorokat. Ugyanis az érzelmi tényezők szerepet játszanak a döntéshozatalban, talán segíthetnek az információk kritikai megítélésében is. *Glass* szerint a kritikai megítélés magában foglal nem kognitív faktorokat is úgy, mint érzelmeket, meggyőződéseket, értékeket, tapasztalatokat. Ezek a tényezők ott vannak minden egyes döntéshozatalban, s ha a megértést nem is, de a kritikai megítélést akadályozhatják, s mivel nem született még meg a kritikai megítélés jogi fogalma, ezért *Glass* úgy véli, hogy a képesség mérést végzőnek óvatosan kell bánnia a nem kognitív tényezőkkel.<sup>92</sup>

Felmerül azonban a kérdés, hogy az érzelmi képesség valóban *akadályozza-e* egy döntés kialakítása során a kritikai megítélés képességét. Nem arról van-e szó, hogy a képességmérés alanya egy egyéni élettörténetet képvisel, érzésekkel, meggyőződésekkel, tapasztalatokkal. Ezek kétség kívül kihatással vannak választásaikra, és nem feltétlenül akadályozzák, hanem inkább *sajátosan értelmezik* a döntés előtt nyitva álló választási lehetőségeket.

Az élettörténetet, vagy ahogy *Nancy Dubler* nevezi az életút során összegyűjtött

<sup>89</sup> Sommerville, Margaret A.: Refusal of Medical Treatment in „Captive” Circumstances, *Canadian Bar Review*, 63/1985, 59-90. o.

<sup>90</sup> Lásd Clifford, Jarlath: Promoting a Paradigm Shift, Interview with Gabor Gombos and Gerard Quinn, *The Equal Rights Review*, 2/2008, 83-93. o.  
<http://moodle.disabilityknowledge.org/mod/resource/view.php?id=406> (1 August 2009)

<sup>91</sup> Dhanda, Amita: Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the past or Lodestar for the future? *Syracuse J. Int'l L. & Com.*, 34/2007, 429-462. o.

<sup>92</sup> Glass, Kathleen C.: *im.*, 23. o

tapasztalatokat (*sedimented life experiences*)<sup>93</sup> már tekintették fontos tényezőnek a képesség mérés során. *Dubler* a képességet nem állandó tulajdonságnak fogta fel, hanem sokkal inkább olyan változónak, amely a páciens képessége és az orvos hatalma alapján változik. A képességről alkotott felfogásunkban a képesség rugalmas<sup>94</sup>, és nemcsak a páciens képességén, hanem az adott döntés milyenségén is múlik. *Dubler* elmélete szerint ahhoz, hogy feltételezzük egy személyről, hogy képességgel rendelkezik, azt is el kell képzelnünk, hogy ez a személy történettel rendelkezik, s ezen felül kinyilvánított vagy dokumentált kívánságai, tiszta értékrendszere van, még akkor is, ha csökkent a képessége, vagy nem megfelelő döntést hoz. Úgy gondolja, hogy a kívánságok igenis felülírhatják a kognitív hiányosságokat, azaz nem erősítik azokat. *Dubler* állítja, ha az egyén az életút során összegyűjtött tapasztalatok alapján hoz döntést, és a döntés összhangban van a kinyilvánított akarattal vagy az értékrendszerrel, akkor a döntést mindenképpen egy képességgel rendelkező személy választásának kell tekinteni.<sup>95</sup> *Dubler* elmélete a képesség mérése során az *embert* helyezi középpontba. Nem páciensről van szó. Az életút során összegyűjtött tapasztalatokat pedig egy rendszer olyan következetes elemeinek tekinti, amelyek évek során alakultak ki cselekedetekből, gondolatokból, és egy ember személyes történetét formálják.<sup>96</sup> Természetesen ennek az elméletnek is vannak gyenge pontjai. *Dubler* szerint, ha az életút során összegyűjtött tapasztalatokra irányítjuk a figyelmet, akkor számolnunk kell a depresszió és az illékonyág problémájával is. Éppen ezért ő maga jelzi, hogy esetleg szükség van egy harmadik személyre, aki jogi és erkölcsi támaszt ad.<sup>97</sup> Ez a harmadik személy azonban a szerző értelmezésében, tekintettel a *Dubler* által kifejtettekre, semmiképpen sem helyettes, hanem támogatott döntést segítő.

### Amikor a képesség a kockázattól függ

A képesség mérés egyik eszköze lehet a kockázat-vizsgálat. Azaz a döntéshozatali képesség minimális és maximális értékek között mozog, s a képesség mértéke a páciens által választott kezelés várható előnyeinek és kockázatának más kezelésekkal való összevetésétől függ. Minél nagyobb a választott kezelés kockázata más kezelésekhöz viszonyítva, annál nagyobb mértékű az egyén megértése, kommunikációs- és érvelési képesség.<sup>98</sup> Ez a felfogás azonban azon túl, hogy paternalista, rendkívül orvos központú, továbbá a döntéshozatali képesség

<sup>93</sup> Dubler, Nancy: Some Legal and Moral Issues Surrounding Informed Consent for Treatment and Research Involving the Cognitively Impaired Elderly, *Legal and Ethical Aspects of Health Care for the Elderly*, (Ann Arbor, MI: Health Administration Press, published in cooperation with the American Society of Law and Medicine). 1985. 249. o.

<sup>94</sup> Lásd még Winick, Bruce: *im.*, 31. o.

<sup>95</sup> Uo. 250-251. o.

<sup>96</sup> Dubler, Nancy: The Dependent Elderly: Legal Rights and Responsibilities in Agent Custody, *Ethical Dimensions of Geriatric Care*, (szerk: Spicker, S.F. – Ingman, S. P. – Lawson, I. P.), D. Reidel Publishing Co., Philosophy and Medicine Series Dordrecht/Boston/Lancaster/Tokyo, 25/1984.150. o.

<sup>97</sup> Dubler, Nancy: Some Legal and Moral Issues ...250. o.

<sup>98</sup> Lásd erről Allen. E. Buchanan – David W. Brock: *Deciding for Others*, Cambridge University Press, New York, 1989, 51. – 55 o.

mérése szempontjából a kockázatnak talán más jelentőséggel kellene rendelkeznie. A képességmérést végzőnek inkább a kockázat méltóságát kellene szem előtt tartania, azt nem elemezni és összevetni, hanem *tisztelni* kellene (*dignity of risk*).<sup>99</sup> A döntéssel járó kockázatot pedig meg kell tanulni kezelni, s ha szükséges, segítséggel.

*Glass* szerint a kockázat súlyossága jelezheti azt, hogy mennyire legyen teljes és körültekintő a képesség mérő eljárás.<sup>100</sup> Ez a megállapítás azonban vitatható, hogy a képesség mérésének minden esetben körültekintőnek és teljesnek, az adott esetre vonatkoztatottnak kell lennie.

### **Ésszerűség, mint a képesség kritériuma?**

A *Benjamin Freedman* által felvetett képességmérés kritérium a bírák által sokat emlegetett azon képességmérő tényezőt formálta át, amely szerint a mentálisan sérült embernek a választását alátámasztandó ésszerű indokokkal kell szolgálnia.<sup>101</sup> Az ésszerű okok elméletét a legtöbben paternalista mivolta miatt kritizálták, hiszen aszerint tesz különbséget elfogadható, azaz ésszerű és elfogadhatatlan döntések között, hogy az ésszerűség tartalmát egy kívülálló harmadik személy határozza meg.<sup>102</sup> Ugyanakkor *Freedman* szerint ez az érvelés veszít erejéből akkor, ha teret engedünk az *ésszerű indokok* elméletének, elfogadva ezzel olyan érveléseket, amelyeket talán nem tartunk döntő jelentőségűnek, de elfogadjuk a tényt, hogy az adott döntés meghozatalakor relevánsak voltak.<sup>103</sup>

Ahelyett, hogy az ésszerű indokok szolgáltatása a képességmérés alapja, *Freedman* javaslata a *felismerhető indokok* elméletének alkalmazása. Érvelése szerint az indokok premisszákból állnak, amelyek a gyakorlatban egy következményre utalnak. Így az indok akkor felismerhető, ha elfogadható premisszákból és olyan következményből áll, amely a premisszákkal kapcsolatban áll.<sup>104</sup> Ugyanakkor két oka lehet annak, ha az egyén nem képes felismerhető indokokkal szolgálni. Az első szerint, az érvelést hamis premisszákon alapulónak tartjuk, a másik szerint pedig az indokok habár igazak és erősek, mégsem következik belőlük az adott választás. *Freedman* ezzel az érveléssel megpróbálta kevésbé orvosivá tenni az ésszerűség fogalmát. És valóban inkább a közérthetőség, vagy talán a józan felfogás alapján igyekezett megmagyarázni a gyakorlati érvelést.<sup>105</sup> Ebben a felfogásban etikai, jogelméleti kérdések vetődnek fel.

*Freedman* a gyakorlati érvelés magyarázata során olyan indokokat vesz alapul,

<sup>99</sup> Lásd erről például United Kingdom, Department of Health: Independence, choice and risk: a guide to best practice in supported decision making, May 2007  
<http://moodle.disabilityknowledge.org/mod/resource/view.php?id=400> (7. August 2009)

<sup>100</sup> Glass, Kathleen C.: *im.*, 26. o

<sup>101</sup> Freedman, Benjamin: Competence, Marginal and Otherwise, *International Journal of Law and Psychiatry*, 4/1981, 64. o.

<sup>102</sup> Lásd a megértés és a kritikai megítélés kapcsán felvetett vitapontokat.

<sup>103</sup> Freedman, Benjamin: *im.*, 64. o.

<sup>104</sup> Uo.

<sup>105</sup> Enquiry on Mental Competency: Final Report (Toronto: Queen's Printer for Ontario, 1990), 189. o. idézi: Glass, Kathleen C.: *im.*, 27. o.

amelyek általában felismerhetőek mások számára, s ennek a külső személynek kell meghatároznia, hogy az adott premissák elfogadhatóak-e, illetve, hogy a következtetés, amire jutott, relációban áll-e a premisszákkal. Azonban a kapcsolat eldöntése mégis csak egy harmadik személy kezében van, ő dönt arról, hogy vajon az indok felismerhető vagy pedig ésszerű.<sup>106</sup>

Az ésszerű indokkal való alátámasztás követelményét árnyalni talán sikerült, de igazolni semmiképpen sem. A *Freedman* által felvetett kérdések egyértelműen mutatják, hogy valamennyi képességmérési kritérium a helyettes döntéshozatal intézményére utal. A helyettes döntéshozó lehet a gondnok, vagy az orvos. *Freedman* és a korábban ismertetett többi kutató – jogászok és orvosok – elméletei, a megértés és a kritikai megítélés elemzése az 1970-80-as évekből származik, amikor már elkezdődött a helyettes döntéshozatal modelljének, azaz a gondoksági rendszer reformjának az előkészítése. Nem hiába születtek tanulmányok arról, hogy milyen egyéb módszerei lehetnek a képességmérésnek, hiszen annak egyéniesítésére (a képességmérés alanya szempontjából) és egyben objektivizálására (a képességmérést végző oldaláról) is szükség volt. A képesség mérése nem lehet pusztán orvosi kérdés. A különböző elméletek árnyalták a megértés, kritikai megítélés, ésszerűség követelményeket. Felhívták a figyelmet az információgyűjtésre, a szubjektív tényezőkre, azaz összefoglalóan az életút során szerzett tapasztalatokra. Ennek megfelelően a képességmérés mindenképpen összetett megközelítést igényel, az egyént állítva a középpontba, és képesség a döntéshozatali képesség meglétének vizsgálatát jelenti. Ezen állítást alátámasztandó felhozható példának a kanadai gondoksági rendszer átalakítása során 1988-ban Torontóban létrejött multidiszciplináris kompetencia klinika (*Competency Clinic for the Elderly at Baycrest centre for Geriatric Care*), ahol orvosok, pszichológusok, jogászok, szociális munkások együttesen alakították ki a képességmérés módszerét.<sup>107</sup> A szemlélet szerint különbséget kell tenni döntés- és feladat specifikus képesség között. Azaz a képesség meglétének vagy meg nem létének vizsgálata döntéshozatali képesség meglétét jelenti és mindig esetfüggő. Ezt a megállapítást erősíti az is, hogy a képesség és a döntéshozatal kérdésének szabályozása együtt jelentkezett Nagy-Britanniában is.<sup>108</sup>

Az itt ismertetett elméletek tették lehetővé Kanadában a helyettes döntéshozatal helyett a támogatott döntéshozatal modelljének a kialakítását. Azaz valóban egy folyamat része ez a kontinentális jogrendszerben (még) nehezen kezelhető intézmény.

<sup>106</sup> Glass, Kathleen C.: *im.*, 27. o.

<sup>107</sup> Uo. 42. o.

<sup>108</sup> Lásd ugyanezt a következtetést a kanadai képességmérés kritériumainak értékelésekor. Jelen írás 12. o. A képességmérés és a döntéshozatal kapcsolatára lásd: Hale, Brenda: Mentally Incapacitated adults and Decision-Making: The English Perspective, *International Journal of Law and Psychiatry*, Vol. 20. 1/1997, 59-75. o.

### Képesség elmélet máshogy

*Amartya K. Sen* nevéhez fűződik a fogyatékoság képességen alapuló megközelítése. *Sen* elméletének a középpontjában a személy cselekvésének a képessége áll (*capability to function*), azaz arra fókuszál, hogy valaki valamit meg tud-e csinálni vagy sem. Ez az elmélet meghaladja a korábbi fejtegetéseket, mert a képesség nem a fizikai és a mentális képesség meglétét jelenti, hanem azt gyakorlati lehetőségként (*practical opportunity*) fogja fel. A működés az egyén tényleges teljesítménye, amit az egyén léte és cselekedetei által ténylegesen elér. A fogyatékoságot ilyen értelemben képességektől való megfosztásként is értelmezhetjük, amely az alábbi interakciókból tevődik össze: egyéni tulajdonságok (kor, fogyatékoság), az elérhető javak kosara (vagyon, jövedelem), és a környezet (társadalmi, gazdasági, politikai és kulturális). Ez a megközelítés segíti megérteni a fogyatékoság gazdasági okait és következményeit.<sup>109</sup>

Mi is érthetünk gyakorlati lehetőség alatt? *Sen* számára képességet jelent. S ugyanígy a cselekvésnek sem a hagyományos értelemben vett fogalmát használja, számára a cselekedeteken kívül egyéb kívánalmakat is jelent, mint például, hogy valaki megfelelően táplálkozzon. Ennek illusztrálására két éhező ember példáját hozza. Az egyik vallási meggyőződésből nem eszik, a másik pedig, mert nincs mit ennie. Ez a különbség a cselekvés és a gyakorlati lehetőség között.<sup>110</sup> Azaz *Sen* inkább a személyt vezérlő érdekeket nézi, mintsem a cselekvéseket. Két utat különböztet meg arra, hogy miként kellene értelmezni valaki érdekeit és teljesítményét: ez a jólét és az előny útja. Azaz a jólét mutatja meg azokat a cselekvéseket, amiket az egyén jóléte érdekében tesz; az előny pedig azokat a tényleges lehetőségeket jelenti, amelyek valaki rendelkezésére állnak, s amelyek alapján a személy élhet a választás a jogával. Egy személy képességeinek együttese tulajdonképpen cselekvésirányok összessége, amelyek alapján az illető gyakorolja a választás szabadságát. A képességek együttesét pedig befolyásolják a rendelkezésre álló javak, az egyént körülvevő környezet és a személyes tulajdonságok, s mindezek vezetnek cselekvésekhez. A képesség együttesének mérésére *Sen* nem határoz meg módszert, abból a megfontolásból, hogy az adott probléma és a körülmények folyamatos változóvá teszik az egyén tulajdonságait, a képességét és a cselekvéseit.<sup>111</sup>

*Sen* ezen felül különbséget tesz potenciális és tényleges fogyatékoság között. A képességek szintjén beszélünk potenciális fogyatékoságról és a cselekvések szintjén tényleges fogyatékoságról.<sup>112</sup> A szerző értelmezése szerint mindez azt jelzi, hogy a jogi, fizikai, gazdasági, kulturális környezet fogyatékosító működése az, amely az egyénben rejlő fogyatékoságon keresztül megfosztja őt cselekvésektől és választásoktól.<sup>113</sup>

<sup>109</sup> Mitra, Sophie: *Capability Approach and Disability*, *Journal of Disability Policy Studies*, 4/2006, 236. o.

<sup>110</sup> Mitra, Sophie: *im.*, 238. o.

<sup>111</sup> Uo. 239.o.

<sup>112</sup> Uo. 240-242. o.

<sup>113</sup> Martha Nussbaum képességről alkotott elmélete több ponton kiegészíti *Sen* elméletét. Így felsorolja az élet azon területeit, amelyeken fontosak a képességek: normális életvezetés, testi egészség, környezet kialakítása, gondolkodás, érzelmek stb. Ezen felül a képességeket három kategóriába

*Sen* elméletben tehát a gyakorlati lehetőséget a személyes jellemzők (tulajdonságok, ideértve a fogyatékoságot is), a tágabb értelemben vett környezet, és a rendelkezésre álló javak határozzák meg, a gyakorlati lehetőség pedig a választás jogát teremti meg, amely alapján az egyén cselekszik. Ebben az elméletben komoly szerepet kap a választás tisztelete, azaz a választás lehetőségének a megadása. Meghaladva a képességmérés korábban említett kritériumait, s egyben ötvözve az orvosi és szociális modell fogyatékoságról vallott nézeteit, *Sen* a képességmérés teoretikus alapjait fekteti le, azaz egy összetett, de egyben rugalmas képességmérést javasol.

### Képesség(mérés) a jogban

Kanada tartományaiban (Québec, Új-Skócia, Brit-Kolumbia, Edward Herceg Szigete, Alberta Saskatchewan), Nagy-Britanniában és Új-Zélandon a (szellemi) képesség és a képességmérés szabályozása nagy szerepet játszott az 1980-as években a gondnoksági rendszer átalakításában. A korábban említett teljes képtelenség elméletét felváltotta a részleges képesség elmélete.<sup>114</sup>

A brit *Mental Health Act* (A szellemi egészségről szóló törvény)<sup>115</sup>, valamint az annak módosítását végző *Law Commission* (Jogi Bizottság)<sup>116</sup>, s ugyanígy az új-zélandi *Mental Health Act* és a *Protection of Personal and Property Rights Act* (A személyhez fűződő és a vagyon jogok védelméről szóló törvény)<sup>117</sup> a *capacity/incapacity* fogalmakat a cselekvőképes és cselekvőképtelenség kategóriájaként alkalmazták.<sup>118</sup>

Jelen írás nem foglalkozik részleteiben a képesség vagy képtelenség jogi szabályozásával az említett három országban, pusztán sejteti a továbblépés lehetőségét. Ugyanis ha a képesség vizsgálatára vállalkozunk a jogban, akkor az egyértelműen a gondnokság intézménye, annak reformjai/reformhullámai vizsgálatát

---

sorolja: alapvető, belső és összetett képességek. Lásd bővebben Nussbaum, Martha C.: *Sex and Social Justice*, Oxford University Press, Oxford, 1999. 41-44. o.

<sup>114</sup> Verma, Sarita – Silberfeld, Michel: *Approaches to Capacity and Competency ...* 37-39. o.; Atkin, W.R.: *Adult Guardianship Reform – Reflections on the New Zealand Model*, *International Journal of Law and Psychiatry*, Vol. 20. 1/1997, 77-96. o.; Hale, Brenda: *Mentally Incapacitated adults and Decision-Making: The English Perspective*, *International Journal of Law and Psychiatry*, Vol. 20. 1/1997, 59-75. o.

<sup>115</sup> *Mental Health Act 1959*

<sup>116</sup> *Law Com 231, Mental Incapacity*, London, HMSO 1995

<sup>117</sup> *Mental Health Act 1969, Protection of Personal and Property Rights Act 1988*

<sup>118</sup> Törvénytervezet (Draft Bill clause 2) 2. klauzula: definition of incapacity: „*a person would be unable by reason of mental disability to take a particular decision if (i) he suffers from a mental disability, that is disability in mind or brain, whether permanent or temporary, which results in an impairment or disturbance of mental functioning; and (ii) the disability is such that at the time when the decision needs to be made either a) he is unable to understand or retain the information relevant to the decision including information about the reasonably foreseeable consequences of deciding one way or another or of failing to make that decision – and he is not to be taken as unable to understand that information if he can understand an explanation of it on broad terms and simple language; or b) he is unable to make a decision based upon that information – thus people who can understand but cannot because of their disorder make a real choice based upon that information are covered; however a person not to be regarded as unable to make a decision merely because he makes a decision which would not be made by person of ordinary prudence.*”

jelenti történetileg és földrajzilag. Ugyanakkor, amikor a fent említett törvényekben, az azokat módosító riportokban a (cselekvő)képtelenség fogalmát adják meg, ismételten a képességmérés kritériumaival találkozunk, mint például a megértés, döntéshozatali képesség, ésszerűség, kockázatkezelés. A jogi szabályozás vitathatóságának bizonyítására pedig elengedhetetlen a képességmérés fogalmainak bevezetése, elemzése, tisztázása. Mivel azonban jelen tanulmányban a képességmérés kanadai szabályozása került bemutatásra, a továbbiakban röviden kívánom érzékeltetni, hogy igenis létezik képességmérés a jogban, ami az irodalom tanulmányozása során a cselekvőképesség, a döntéshozatali képesség és a belátási képesség mérését jelenti

A képesség jogi megfogalmazása Kanadában egyértelműen a kezelésekre való hozzájárulásból, illetve megtagadásból, pénzügyi jellegű döntésekből, és személyes gondoskodásra vonatkozó döntésekből származik, s az ebből fakadó megoldások – mint az korábban már ismertetésre került – eltérnek Kanada egyes tartományaiban. Ugyanakkor a képességmérésben van néhány közös vonás, amely független a területi elhelyezkedéstől, ezek pedig a következők:

1. Informális képességmérést naponként többen is végezhetnek, s lehet, hogy azok, akik végzik, nem is tudnak róla. Így például az ügyvédek, amikor az ügyfél végrendelkezéshez szükséges képességét konstatálják, vagy amikor a családtagok informálisan megállapítják, hogy az egyén képes önálló életvitelre. Amennyiben az informális képességmérés során kétség merül fel az egyén képességét illetően, formális mérés-eszközökre van szükség, még akkor is, ha ez jogi vagy orvosi bonyodalmakhoz vezet.
2. A képességmérés során mindig a képességmérés alanyának érdekeit kell szem előtt tartani, ettől eltérni csak a közjó vagy a köz védelme okán lehet.
3. A képességmérést mindig csak az adott feladatra vonatkoztatva lehet megállapítani. A teljes képtelenség elmélete helyett az az elmélet terjedt el, hogy vannak esetek, amikor szükséges a képtelenség megállapítása, míg máskor, más területen el kell ismerni az egyén képességét.
4. A legkevésbé korlátozó beavatkozás elvét, amely az egyén autonómiáját a legteljesebb mértékben igyekszik megőrizni, minden esetben alkalmazni kell.
5. A jog feltételezi, hogy minden ember képes, kivéve, ha megállapítják a képtelenséget. A képtelenséget ugyanakkor annak kell bizonyítani, aki azt állítja. Ugyanakkor a képességmérés ténye még nem feltételezi a képtelenséget.
6. Minden személyt tájékoztatni kell arról, hogy egy speciális képesség meglétét vizsgálják, s ehhez szükség van az egyén hozzájárulására.
7. Az egyén képességét nemcsak kívánságára kell minden esetben mérni, hanem akkor is, ha a képesség megléte előfeltétele valamilyen cselekvésnek (jognyilatkozatnak), vagy a képtelenséget az egyén ki akarja zárni.
8. A képességmérés mindig igazolható, ha az egyén vagy mások károsodástól való megóvása indokolja és/vagy önként nem fogad el segítséget, s a károsodást csak a formális képességmérés előzheti meg.

9. A képességmérést soha nem igazolhatja a különös, szokatlan viselkedés, illetve, ha az egyén döntése meggondolatlan, ésszerűtlennek tűnik, vagy ha egy kevésbé korlátozó vagy önkéntes megoldás rendelkezésre áll.
10. Amennyiben a képtelenség megállapításra kerül, ugyanebben a megállapító határozatban meg kell határozni azt az időintervallumot, ameddig az fennáll, vagy legalább az újbóli képességmérés idejét belátható időn belül.<sup>119</sup>

Ezek az általános megállapítások a cselekvőképességet korlátozó gondok intézményének garanciái. Az 1980-as években, Kanada említett tartományaiban nem volt már cselekvőképességet kizáró gondok. A korlátozó gondok változó és finomodó szabályai az egyéni autonómia védelmében léptek fel. Ugyanakkor ezek az összefoglaló megállapítások arra is rámutatnak, hogy a cselekvőképesség és a gondok szabályozása szorosan összefügg a képességméréssel, illetve azzal, hogy az adott jogrendszer hogyan kezeli vagy egyáltalán kezeli-e a képességmérést.

### **Összefoglalás**

A szerző célja az volt, hogy egy fogalmi és tartalmi kapcsolatrendszer létezésére irányítsa a figyelmet, amelyben a képesség, belátási képesség, döntéshozatali képesség és cselekvőképesség egymásra hat, s a képesség fogalmából és méréséből kiindulva a teljes cselekvőképesség és a támogatott döntéshozatal elméleti gyökereit ismertesse. S mindezt az intellektuális és pszichoszociális fogyatékosokkal élő emberek többségének cselekvőképtelensége inspirálta, amely átgondolásra, szemléletváltásra és bizonyos fokú nyitottságra készíteti a helyettes döntéshozatalt támogató jogalkotókat és jogalkalmazókat. A Fogyatékos személyek jogairól szóló ENSZ Egyezmény súlya alatt, ha a föld nem is dübörög, de mindenképpen lassan célba érő folyamatok indultak meg. A továbbiakban pedig arra a kérdésre, hogy valaki képes vagy sem, nem elegendő válasz a diagnózis felállítása.

---

<sup>119</sup> Verma, Sarita – Silberfeld, Michel: Approaches to Capacity and Competency ... 41-42. o.