

**MTA Law Working Papers
2022/1**

**Az ember alapjog-gyakorlási képességének
dogmatikája - I. rész**

Láposy Attila – Pásztor Emese – Somody Bernadette – Stánicz Péter

ISSN 2064-4515

http://jog.tk.mta.hu/mta_lwp

Társadalomtudományi Kutatóközpont – MTA Kiválósági Kutatóhely

Eötvös Loránd Kutatási Hálózat

Centre for Social Sciences – MTA Centre of Excellence

Eötvös Loránd Research Network

Az ember alapjog-gyakorlási képességének dogmatikája - I. rész¹

1. Az alapjog-gyakorlási képesség fogalma

A jogszerűség, a jogképesség alapvető dogmatikai fogalmak a különböző jogágak számára. A kontinentális jogrendszerekben a polgári jog több évszázados dogmatikai rendszerében alapvető, hogy minden ember jogképes; ugyanakkor ettől elhatárolható a cselekvőképesség kérdése, ami viszont korlátozható - egyrészt életkor, másrészt mentális állapot alapján. A sokkal fiatalabb alapjogi jogterület számára is megkérdőjelezhetetlen az ember jogszerűsége, feltétlen és teljes alapjogi jogképessége. Emellett e jogterületen is szembe kell nézni azzal a kérdéssel, hogy életkoruk alapján a gyermekek, illetve a kognitív fogyatékossgal élő emberek az általánostól eltérő döntési kompetenciával rendelkeznek. Ez pedig olyan ténykérdés, amire a jognak reagálnia kell, ami esetükben az alapjogok vonatkozásában is felveti a joggyakorlási lehetőség korlátozását.

A polgári jog bevett dogmatikájának mintájára kínálkozna a lehetőség, hogy az alapjogok tekintetében is különbséget tegyünk alapjogi jogképesség (valaki az alapjogok alanya) és alapjogi cselekvőképesség (saját maga gyakorolhatja is az alapjogait) között. Ebben a fogalmi keretben megőrizhető az alapjogi jogképesség korlátozhatatlansága, miközben az életkor, illetve a mentális állapot igazolhatja a cselekvőképesség, vagyis a joggyakorlás tényleges lehetőségének korlátozását. A kérdés, hogy a polgári jogban a vagyoni jogokra kialakított fogalmi konstrukció alkalmas-e az alapjog-gyakorlási kérdések értelmezésére és kezelésére. Bár kényelmes megoldásnak tűnhet a megszilárdult magánjogi dogmatika átvétele, a két jogág funkciója eltér egymástól, ami ezt helytelené teszi.² A képviselő kérdése is a magánjogi dogmatika átvétele ellen szól. Az alapjogok tekintetében nem értelmezhető, hogy azt más (törvényes képviselő, gondnok) gyakorolja a jogosult helyett; a szülő szerepe gyermeke alapjogainak gyakorlásával kapcsolatban (pl. vallásos nevelés megválasztása) nem a szülő esetleges képviselői minőségéből, hanem alkotmányos jogaiból (neveléshez való jog, és egyúttal a gyermekkel szemben fennálló védelmi és gondoskodási kötelezettség) fakad.

Az alapjogi jogterületnek tehát saját, az alapjogok funkciójához igazodó jogszerűség koncepcióra van szüksége, amely ennek megfelelően kezeli a gyermekek és a fogyatékossgal élő emberek alapjog-gyakorlási lehetőségeit is. Nyilvánvalóan olyan

¹ Jelen tanulmány a K132712 számú „Az alapjogi jogszerűség koncepciója” projekt (kutatás vezető: SOMODY Bernadette) keretében jött létre. A K132712 számú projekt a Nemzeti Kutatási Fejlesztési és Innovációs Alapból biztosított támogatással, a kutatói kezdeményezésű pályázati program finanszírozásában valósul meg.

² 36/2000. (X. 27.) AB határozat. SÁRKÖZY Tamás: Személy és személyiségvédelem In: MENYHÁRD Attila, GÁRDOS-OROSZ Fruzsina: *Személy és személyiség a jogban*, Wolters Kluwer, Budapest, 2016, 53.

megoldásra van szükség, amely összhangban van a gyermekek jogaival (CRC)³ és a fogyatékossgal élő emberek jogaival (CRPD)⁴ is. Figyelemmel kell lennünk arra is, hogy az alapjog-gyakorlás lehetőségének korlátozása alapjog-korlátozás. Ezt adott esetben a jogkorlátozás legitim céljaként igazolhatja a gyermekek vagy a fogyatékossgal élő emberek jogainak védelme, de a korlátozásnak meg kell felelnie az alkalmasság, a szükségesség és az arányosság kritériumainak. Számolnunk kell azzal is, hogy lehet, hogy egy korlátozás látszólag csak a jog gyakorlásának lehetőségét érinti, a joggyakorlás kizárása teoretikussá teszi magát az alapjogot is, arra nem tekinthetünk olyan jogosultságként, amely adott esetben ténylegesen megilleti a jogosultat. Ha például a jogalkotó úgy dönt, a 14 év alatti gyermekek nem gyakorolhatják gyülekezési jogukat (nem vehetnek részt tüntetésen), vajon állíthatjuk-e, hogy megilleti őket a gyülekezési jog?

E cikk célja, hogy megalapozza az ember alapjog-gyakorlási képességének - mint az alapjogi jogalanyiség egyik összetevőjének - a fogalmát, illetve azt a módszert, amellyel a fogalom részletes kidolgozására - későbbiekben a cikk folytatásában - vállalkozunk. A következő címben a kutatás esetjogi megközelítését alapozzuk meg (2. rész), majd az alapjog-gyakorlási képesség esetjogáról való információgyűjtéshez választott ún. vignetta módszert és az alkalmazása mellett szóló érveket tárgyaljuk (3. rész). A vignetták kidolgozásához át kell tekintenünk a két érintett jogalany-csoport (a gyermekek és a fogyatékossgal élő emberek) alapjogi státuszával kapcsolatban jellemzően felmerülő dogmatikai problémákat, az ezekkel kapcsolatos uralkodó jogirodalmi nézeteket és az irányadó esetjogot (4. rész). Végül bemutatjuk az ezeken az alapokon elkészített négy vignettát, amelyek közül kettő a gyermekek, kettő a fogyatékossgal élő emberek alapjog-gyakorlásával foglalkozik (5. rész). A vignetták a Függelékben olvashatók.

2. Az alapjogi esetjog szerepe

Az alapjogokra - általánosan elfogadott módon⁵ - úgy tekintünk, hogy jogon túli igazolással rendelkeznek (emberi jogok), azokat az állam az alkotmányba foglalásukkal elismeri, ezzel beemeli a jogrendszerbe, de nem az állam juttatja őket a polgárainak.⁶ Ezzel az alapjog-fogalommal többféle igazolás, filozófiai háttérelmélet összeférhet. A jogi elismerés lényege, hogy az állam jogi védelmet biztosít az alapjogoknak: olyan intézményeket és mechanizmusokat (elsősorban bíróságot) működtet, amelyek révén az alapjog igények

³ Convention on the Rights of the Child. Magyarországon kihirdette a Gyermekek jogairól szóló, New Yorkban, 1989. november 20-án kelt Egyezmény kihirdetéséről szóló 1991. évi LXIV. törvény.

⁴ Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Magyarországon kihirdette a Fogyatékossgal élő személyek jogairól szóló egyezmény és az ahhoz kapcsolódó Fakultatív Jegyzőkönyv kihirdetéséről szóló 2007. évi XCII. törvény.

⁵ Ennek a felfogásnak megfeleltethető az Alaptörvény alapjogi klauzulája is, amely az emberek sérthetetlen és elidegeníthetetlen jogainak állam általi elismeréséről és védelméről szól [I. cikk (1)-(2) bek.].

⁶ SZIGETI Péter - TAKÁCS Péter: *A jogállamiság jogelmélete* (Napvilág 1998), 242-244.

érvényre juttathatók, az alapjogsérelmek orvosolhatók.⁷ Egy jogosultság alapjogi minőségének lényegét tehát a jogi, elsősorban a bírói védelemben, a bírói úton történő kikényszeríthetőségben látjuk. Ebből következően a jogalanyiség-fogalmat azon alapjogok vonatkozásában értelmezzük, amelyek jogvédő fórumok előtt, jogi úton (alapvetően bírói úton) alanyi jogként érvényesíthetők.

Ennek az alapjog-fogalomnak a keretei között azt állíthatjuk, hogy az alapjogi jogalanyiség elismerése elsősorban abban érhető tetten, hogy az adott jogalany érvényesíthet alapjogot a bíróság (esetleg más jogvédő fórum) előtt. Ezt az állítást támasztja alá az is, hogy az alapjogi jogalanyiségra vonatkozóan kevés kodifikált szabályt találunk. Mivel az alapjogi jogalanyiség a szabályozás által aluldeterminált, sok esetben a tényleges kikényszeríthetőségi lehetőségekből rajzolódik ki az adott alapjogi rezsimben érvényesülő jogalanyiség-felfogás. Általános fogalmi kiindulópontunk az, hogy csak annak lehet jogi igénye, aki a jogosultság alanya. Ennek megfelelően alapjogi igénnyel csak az élhet, illetve csak annak a magatartása minősülhet alapjog-gyakorlásnak, aki (amely) rendelkezik alapjogi jogalanyiséggal. Az igény érvényesíthetőségének tehát feltétele a jogalanyiség. A jogvédő bíróságok számára, eljárási szempontból a kereset, panasz, beadvány stb. befogadásának előfeltétele a sérelmet szenvedett személy (vagy más entitás) alapjogi jogalanyiséga, még akkor is, ha ennek vizsgálatára az adott bíróság a döntésében külön nem reflektál. Az érdemi elbírálás előtt a magyar Alkotmánybíróság és az EJEB is foglalkozik azzal, hogy a hozzá forduló panaszos alanya-e az alapjognak, amelynek megsértése miatt a kérelmet előterjesztette.

A fentiekből következik, hogy a jogalanyiség-fogalom kidolgozásának általunk alkalmazott módszere is esetjogi fókuszú. Elsősorban arra keressük a választ, hogy a bíróságok (és más alapjogvédő fórumok) milyen dogmatikai kihívásokkal szembesülnek az alapjogi jogalanyiség, közelebbről az ember alapjog-gyakorlási képessége terén, illetve ezekre milyen megoldásokat dolgoznak ki. Feltételezzük, hogy abból, hogy az alapjogi jogalanyiség szabályai elsősorban a jogvédő fórumok esetjogában, és nem kodifikáció által formálódnak, az is következik, hogy a jogalanyiség így rekonstruálható koncepciója csak mozaikos és nagy valószínűséggel inkohereus. Mozaikos, amennyiben a bírósági ügyekben értelemszerűen csak egy-egy részkérdés merül fel, és a bíróságok csak azokkal a jogalanyiség-kérdésekkel foglalkoznak, amelyekre az eléjük vitt ügyekben választ kell adniuk. Emellett a bíróságok a jogalanyiség-problémákkal egy-egy konkrét ügy keretében szembesülnek, és arra tekintettel, de az átfogó kontextust nem feltétlenül figyelembe véve, dolgoznak ki rájuk megoldást. A különböző jogi dokumentumok alapján, nemzeti és nemzetközi szinten eljáró különböző fórumok gyakorlata pedig bár sok tekintetben konvergálhat, de nyilvánvalóan nagy esély van arra, hogy az ítélezési gyakorlatok között lesznek ellentmondások.

E töredezettség és ellentmondásosság ellenére az esetjogok alapján felrajzolható egy problématerkép és azonosíthatók a jellemző dogmatikai megoldások és azok logikai összefüggései, megjelölhetők az egymással összeegyeztethető és össze nem egyeztethető

⁷ András SAJÓ – Renáta UITZ: *The Constitution of Freedom: An Introduction to Legal Constitutionalism* (Oxford University Press 2017), 374. és 377.

megoldások, és természetesen kizárhatók azok, amelyek nem felelnek meg az alapjogok funkciójából fakadó követelményeknek.

3. A vignetta módszer alkalmazása

Mivel célunk az alapjog-gyakorlási képesség dogmatikájának kidolgozása, az esetjog feltárásakor kulcsfontosságú, hogy ne vegyünk eleve adottnak fogalmakat, még ha azok kézenfekvőnek tűnnek is (pl. belátási képesség, képviselet). Egy ilyen dogmatikai prekonceptió indokolatlanul korlátozná, akár helytelenül befolyásolná a gondolkodásunkat, amelynek éppen a fogalmi rendszer feltárása, illetve megalkotása a célja. Ezért az alapjog-gyakorlási képesség joggyakorlatáról való információgyűjtéshez az ún. vignetta módszert választottuk; ezek alapján kérdeztünk meg elméleti és gyakorlati szakembereket arról, hogy a bíróságok hogyan ítélték vagy ítélnék meg a vignettákban bemutatott eseteket.

3.1. A vignetta módszer és jogtudományi alkalmazása

A vignetta vizuális, vagy más formában megjelenő olyan eszköz, amely asszociációk kiváltására alkalmas. Finch szerint a vignetta rövid történet meghatározott körülmények közé helyezett hipotetikus karakterekről, akiknek a helyzetére a meginterjúvott személynek reagálnia kell;⁸ Hill rövid szcenárióként írta le, amelynek célja, hogy tipikus eseményekre adott válaszokat tegyen megismerhetővé;⁹ Hazel szerint a vignetta olyan konkrét példa, amelynek kapcsán a résztvevők a vignettán szereplő személyek viselkedését véleményezhetik;¹⁰ Hughes pedig hiedelmek és attitűdök tanulmányozásának lehetőségét látja benne.¹¹

A vignetta módszer célja, hogy cselekvéseket és történéseket interpretálva tegye lehetővé a kontextus és az eset kapcsán meghozható döntéseket befolyásoló tényezők megvilágítását. A vignetta egy olyan elvi alaphelyzetet mutat be, amely alkalmat ad az attól eltérő érzékeny tapasztalatok, személyes vélemények megosztására, akár morális dilemmákhoz kapcsolódva. A vignettához fűzve jellemzően két különböző kérdéstípus tehető fel. A kutatás során az alany kérdezhető arról, hogy mit tenne az adott helyzetben, de kérdezhető arról is, hogy a fiktív karakter szerepébe helyezkedve hogyan reagálna, ha bizonyos események bekövetkeznének.

A módszer a személyes meggyőződések felmérésére alkalmas. Ebből fakadó ismert nehézsége, hogy a meggyőződések, elképzelések és a tettek között nem feltétlenül van

⁸ FINCH, J. (1987) The Vignette Technique in Survey Research, *Sociology*, 21, 105-14.

⁹ HILL, M. (1997) *Research Review: Participatory Research with Children, Child and Family Social Work*, 2, 171-183.

¹⁰ HAZEL, N. (1995) Elicitation Techniques with Young People, *Social Research Update*, Issue 12, Department of Sociology, University of Surrey, <https://sru.soc.surrey.ac.uk/SRU12.html> (2021. december).

¹¹ HUGHES, R. (1998) Considering the Vignette Technique and its Application to a Study of Drug Injecting and HIV Risk and Safer Behaviour, *Sociology of Health and Illness* 20 (3) 381- 400.

kapcsolat. Főleg társadalomtudományi kutatásokban jellemző probléma, hogy a valóság és a vignetta kapcsán az alany által megosztott benyomások nem szükségszerűen fedik egymást.¹²

Míg a vignetta módszer a társadalomtudományokban elterjedt módszereknek számít, felhasználása a jogtudományban ugyan nem bevett, de nem is ismeretlen. Példákat leginkább a büntetőjogtudomány területén lehet találni, a vignetták ebben a körben igazoltan jól használhatók azon tényezők feltérképezésére, amelyek az ítélethozatalt befolyásolják. A vignettákkal vizsgálható továbbá a különböző döntéshozók által hozott ítéletek közötti koherencia.¹³

3.2. A vignetta módszer előnyei az alapjogi dogmatika feltárásában

a) Fogalomhasználat

¹² BARTER, C., RENOLD, E. (1999), The Use of Vignettes in Qualitative Research. <https://sru.soc.surrey.ac.uk/SRU25.html> (2021. december).

¹³ Maguire és Beyens kutatása (N. MAGUIRE, K. BEYENS, M. BOONE, A. LAURINAVIČIUS, A. PERSSON: Using vignette methodology to research the process of breach comparatively, In: *European Journal of Probation*, 2015/12/01, 241-259.) nyomán áttekintettük az ismert példákat, tanulmányozva Austin és Williams 1977-es (W. AUSTIN, T. A. WILLIAMS: A Survey of Judges' Responses to Simulated Legal Cases: Research Note on Sentencing Disparity, In: *Journal of Criminal Law and Criminology* 68(2), 1977: 306–310.), Davies, Takala és Tryer 2004-es (DAVIES M, TAKALA JP and TRYER J: Sentencing burglars and explaining the differences between jurisdictions: Implications for convergence. *British Journal of Criminology* 44(1), 2004: 741–758.) és Maguire 2010-es (MAGUIRE N Consistency in sentencing. *Judicial Studies Institute Journal* 10(2), 2010: 14–54.) kutatásának módszertanát.

AUSTIN és WILLIAMS azt az amerikai igazságszolgáltatási rendszerrel szembeni feltételezést vizsgálták, amely szerint nincs koherencia a büntetőbírói ítéletek között. Hipotézisük szerint az eltérések sokkal kisebb arányban vannak jelen, de a korábbi kutatások módszertana nem volt alkalmas arra, hogy szétterjedjen az ügyeket, ami nélkül nem mérhető pontosan az eltérés. Ezért vetették be a szerzők a vignetta módszert. A kutatásba bevont bírónak ugyanazon hipotetikus jogi ügyekben kellett javaslatot tenniük az ítéletre, a büntetésre is kiterjedően, ami eltért attól a megszokott módszertől, amely azonos bűncselekményi tényállásokon belül, de különböző (megtörtént) ügyek mentén próbálta mérni az eltéréseket.

DAVIES, TAKALA és TRYER annak a nehézségnek a leküzdéséhez kerestek megfelelő módszert, hogy a büntető jogalkalmazás összehasonlítása a büntető törvénykönyvek eltérései miatt még Európán belül is problémás. Úgy ítélték meg, hogy az összehasonlításnak hitelesebb és az erőforrások szempontjából is gazdaságosabb módja, ha a különböző jogrendszerekből érkező bírók azonos ügyeket vizsgálnak és ezekben a hipotetikus ügyekben hozott "ítéleteket" hasonlítják össze. A bírók ugyanazokat az eseteket kapták meg, és arra kérték őket, hogy határozzák meg, milyen ítélet lenne várható az adott esetben. Mindegyik esetben közös volt a tényállás magja, a változók a cselekményt, az elkövetőt vagy az áldozat személyét érintették.

MAGUIRE azt vizsgálta, hogy milyen mértékű inkonzisztencia jellemzi a bírói ítéletkiszabást Írországban. A módszert kvalitatív eszközként fogta fel, nyitott kérdéseket tett fel, azokat oly módon megfogalmazva, hogy azok a párbeszédet facilitálják. A bírók feladata az volt, hogy hozzanak ítéleteket és mindeközben "gondolkodjanak hangosan". Ezen kívül konkrét kérdéseket is meg kellett válaszolniuk, amelyek például azt firtatták, hogy milyen célt kívánnak elérni az ítélettel, milyen tényezők voltak leginkább meghatározók a véleményük kialakításában és hogyan értékelik az adott eset súlyosságát.

A vignetta módszer sajátossága, hogy az alany a fiktív történetet interpretálva saját fogalmaival írhatja le az esetet és számolhat be az általa relevánsnak tartott részletekről. A módszer alkalmazása során a szakértők ugyanazokat az eseteket véleményezik, tehát a módszer lehetővé teszi annak sztenderdizált vizsgálatát, hogy milyen szavakkal írják le a különböző szakértők ugyanazt a jogi jelenséget.

Jelen kutatás az alapjogi jogalanyiség kérdéskörével kapcsolatos fogalmak tisztázását, egy egységes fogalmi keretrendszer megalkotását is célul tűzi ki, amihez igazodóan a vignetta módszer lehetővé teszi, hogy a szakértők ne a kutatásban résztvevők által a kutatás kezdetekor ismert fogalmi keretrendszerben mozogjanak, hanem saját fogalomkészletüket használják. A szakértők által használt kifejezések önmagukban is a kutatás eredményei. A vignetta módszer hozzájárul ahhoz, hogy ne egy preconcepció mentén határozzuk meg a fogalmi kereteket, ily módon elkerülhetővé válik, hogy egy ki nem dolgozott, feltételezéseken nyugvó dogmatikai alapra építsünk, ahelyett, hogy azt a kutatás során azonosítsanánk.

b) Asszociációk kiváltása

A kutatás megkezdésekor, saját tapasztalatainkból kiindulva értelemszerűen vannak elképzeléseink arról, hogy milyen tényezőket kell feltétlenül kezelnie a vignettáknak, melyek azok az elemek, amelyek mindenképpen meghatározóak lehetnek az alapjogi jogalanyiség megléte és az alapjogi igények érvényesíthetősége szempontjából. Ilyenek lehetnek például az érintett személy döntési képességének meglétére, vagy annak hiányára utaló faktorok. Elfogadva azt a meg nem változtatható körülményt, hogy már a kutatás irányainak kiválasztása sem lehet mentes az implicit értékválasztásoktól, a vignetta módszert kifejezetten alkalmasnak gondoljuk arra, hogy kizárja annak kockázatát, hogy az alapjoggyakorlási-képesség problématérképének összeállításakor csak az általunk eleve is ismert elemeket vegyük számításba. A vignetta módszer érzékenysége kifejezetten alkalmas az asszociációk kiváltására, így arra, hogy rábírja az alanyt a „hangos gondolkodásra”, áttekintve, hogy milyen faktoroknak milyen jelentősége lehet a kutatási kérdés megválaszolása során. A vignetta lehetőséget ad arra, hogy hasonló esetekben egy-egy változót kicserélve kiderüljön, hogy a megkérdezett szakértő hogyan vélekedik az alapjogok gyakorolhatóságának kérdéséről például egy általános iskolás vagy egy 15 éves középiskolai diák esetében, és az alany arra is felhívható, hogy bővítse a vignettában szereplő, adott esetben például az életkorra utaló információkat olyan jellemzőkkel, amelyeknek jelentőséget tulajdonít.

c) A személyes érintettség torzító hatása, és ennek kiküszöbölése

A vignetta módszer fentebb említett ismert nehézsége, miszerint a vignetta alapján elméletben vázolt elképzelések és a tettek között nem feltétlenül van kapcsolat, jellemzően akkor merül fel, ha társadalomtudományi tárgyú kutatásokban az alanyt őt személyesen is érintő problémákról kérdezik, olyan témákban, amelyeknél az alany úgy véli, létezik egy a társadalmi közvélekedés szerint helyeselt megoldás, amelyet ő is ismer - legfeljebb a

gyakorlatban nem kíván, vagy nem tud alkalmazni. Barter és Renold példaként Carlson (1996) családon belüli erőszakkal foglalkozó kutatását említik, melynek során a vignetták alkalmazásakor Carlson abba a problémába ütközött, hogy bár a megkérdezett személyek azt válaszolták, hogy egy erőszakos párkapcsolatból azonnal kilépnének és segítséget kérnének, valójában tudjuk, hogy ez a gyakorlatban egyáltalán nem ilyen egyszerű.

Úgy véljük, hogy az alapjogi jogalanyiség mint kutatási kérdés és a megkérdezettek köre miatt hasonló kockázattal nem szükséges számolnunk. A megkérdezett szakértőket jogi döntések meghozatalára kérnénk, ugyanabban a témakörben, amellyel egyébként hivatásszerűen foglalkoznak. Az akadémiai szféra képviselői tanulmányaikat a tudományos nyilvánosság számára publikálják, a bírók, alkotmánybírók, ombudsman-típusú szervezetek munkája felett pedig eleve is érvényesülnek különböző akár szervezeten belüli, akár a társadalmi nyilvánossághoz köthető kontrollmechanizmusok. Nincs okunk tehát azt feltételezni, hogy egy megkérdezett szakértő más álláspontot exponálna a kutatás során, mint amelyet hasonló ügy kapcsán egyébként munkája során képviselne.

d) Sztenderdizálhatóság

A vignetta sztenderdizálásra alkalmas kutatási eszköz: mivel a szakértőknek ugyanarra a problémára kell válaszokat adniuk, lehetővé válik, hogy ezekből általános érvényű következtetéseket vonjunk le. Az előttünk álló minták a vignetta módszert különbözőképpen alkalmazták. Austin és Williams célja a miénktől eltért, mert kutatásukban az eredményre, a bevont bírók által hozott ítéletre (tehát a kiszabott szabadságvesztés tényére és annak hosszára) fókuszáltak, nem pedig arra a folyamatra, amelynek során a bírók kialakították szakmai álláspontjukat. Céljainkhoz közelebb áll az a megközelítés, ahogyan Davis és Takala alkalmazták a vignetta módszert: ugyanazt az esetet mutatták be újra és újra, részben módosítva a tényálláson, az egyes tényezőknél a döntésre gyakorolt hatását kutatva. A kutatás során nem különböző joggyakorlatokat vizsgálunk és alakítunk összehasonlíthatóvá - éppen ellenkezőleg, pontosan ezt a problémát szeretnénk kiküszöbölni. A vignetta módszer megoldja az összehasonlíthatóság problémáját, mert a bemutatott esetek eleve egyformák, a sztenderdizálhatóság itt nem jelent kihívást. Maguire megközelítéséhez hasonlóan a módszert mi arra használjuk, hogy irányító kérdésekkel és a „hangos gondolkodásra” ösztönző keretetéssel minél több típusú gondolatmenetet ismerhessünk meg, ugyanarra a problémára.

3.3. A vignettával kapcsolatos elvárások

A vignetta módszert alkalmazva a szakértőket arra kérjük, hogy válaszolják meg azt a kérdést, hogy hogyan dőlt, vagy dőlné el egy-egy, az alapjogi jogalanyiséggel kapcsolatos kérdést felvető eset országának bíróságai, illetve alkotmánybírósága előtt. A szakértőt minden esetben egyúttal arra is kérjük, hogy támassa alá az álláspontját joggyakorlattal, ami vagy közvetlenül iránymutatást ad a feltett kérdésre, vagy amelynek alapján a szakértő szerint megjósolható az ügy kimenetele. Emellett a szakértőt bátorítjuk arra is, hogy értékelje az ügy általa megadott kimenetelét, ha azzal nem ért egyet.

A gyakorlatban mindez az alábbi követelményeket támasztja az általunk alkalmazandó vignettákkal szemben.

a) Egyszerűség

A vignettának könnyen érthetőnek, konzisztensnek, a vázolt jogi problémának világosnak és könnyen áttekinthetőnek kell lennie, ezért a történet limitált számú fordulatot tartalmazhat. A sztenderdizálhatóság mellett a vignetták összetettségét azért is fontos határok közé szorítani, hogy a megkérdezett szakértőt ne állítsuk megoldhatatlan erőforrásgazdálkodási kihívások elé, maradjon meg a lelkesedés a kérdések megválaszolásakor.

b) Valószerűség

A vignettának olyan tényállást kell bemutatnia, ami nem rugaszkodik el messzire a valóságtól, és így lehetővé teszi, hogy a megkérdezett szakértő úgy tekintsen rá, mint egy olyan problémára, amivel ő is bármikor találkozhatna (vagy találkozik is) munkája során. Ennek érdekében lehetőség szerint érdemes megtörtént esetekből, vagy legalábbis könnyen elképzelhető, átlagos karaktereket felvonultató történetekből kiindulni. Kifejezett célkitűzés, hogy olyan háttértörténetet próbáljunk írni, amelyben feltételezzük, hogy a megkérdezettnek lehet személyes szakmai tapasztalata, megkönnyítendő a kapcsolódást.

c) A konkrétság és a homály megfelelő elegye

A vignettákban szükséges megtalálni a megfelelő arányt a pontosan adagolt információk és a képzeletnek hagyott tér között. A megkérdezett szakértőnek egyrészt mindenképpen meg kell kapnia az ahhoz szükséges információkat, hogy el tudja képzelni a helyzetet és bele tudjon helyezkedni, azonban a vignettának egyben elég homályosnak is kell lennie, hogy ne zárja el a továbbgondolás lehetőségét. A szándékolt homálynak kifejezett célja, hogy az a szakértőt arra készítse, hogy a nem a minden részlet bemutatásának igényével megírt tényállásokhoz maga adjon hozzá olyan tényezőket, amelyek a döntését befolyásolják. A problémák kreatív megközelítését mindenképpen ösztönzi, ha a vignettán rögzített körülmények többféleképpen értelmezhetők, hiszen ilyenkor a problémákat az alanynak saját magának kell interpretálnia - az pedig, hogy ez miként történik, szintén kutatási eredmény.

d) A „hangos gondolkodás” ösztönzésének eszközei

A vignettát úgy kell keretezni, hogy az ne tegye lehetővé az egyszerű igen-nem válaszadást, hanem visszakövethetővé tegye annak a gondolkodási folyamatnak minél több fázisát, amin a szakértő átmegy, mire válaszát megfogalmazza. Ebben segíthetnek a befolyásoló tényezőkre rákérdező irányító kérdések. Mivel személyes percepciókat akarunk feltárni, arra is számítunk, hogy a megkérdezett szakértők válaszai először inkább húznak majd a szakmailag elvártnak tételezett fősodorhoz. Az irányító kérdések abban is segíthetnek, hogy az alanyok valódi személyes véleményét ismerjük meg a kutatás során, úgy, hogy a várható végkifejlet kritikájára biztatjuk őket. A gondolkodási folyamat megismerhetőségét az is támogatja, ha

minden vignetta mellé egy alapvető feltételt megváltoztató kontroll vignettát is rendelünk, amellyel felmérhető, hogy a kicserélt tényező hogyan változtatja meg a szakértő álláspontját.

4. Az alapjog-gyakorlási képesség dogmatikájának kiindulópontjai

Ahhoz, hogy a vignettákban az alapjog-gyakorlási képesség szempontjából releváns kérdéseket tegyük fel, át kell tekintenünk a két érintett jogalany-csoport - a gyermekek és a fogyatékossgal élő emberek - alapjogi státuszával kapcsolatban jellemzően felmerülő dogmatikai problémákat, az ezekkel kapcsolatos uralkodó jogirodalmi nézeteket és az irányadó esetjogot.

Életkoruk alapján a gyermekek (4.1. rész), illetve a kognitív fogyatékossgal élő emberek (4.2.) az általánostól eltérő döntési kompetenciával rendelkeznek, ami felveti alapjog-gyakorlási képességük korlátozásának kérdését. E két jogalanycsoportnak általánosan elismert a sajátos alapjogi helyzete, ezt jól mutatja, hogy jogaikat - csoportjogokként - az ENSZ keretében született nemzetközi egyezmények (CRC, CRPD) ismerik el. A gyermekek és a fogyatékossgal élő emberek jogaihoz tehát részben speciális jogvédelmi eszköztár, és speciális alapjogi dogmatika is kapcsolódik. A következőkben ezeket a fogalmakat, elveket vesszük számba, nézőpontunk ugyanakkor kutatási célunkhoz igazodik: a gyermekek és a fogyatékossgal élő emberek jogainak dogmatikáját a jogalanyiség, illetve joggyakorlási képesség szempontjából elemezzük.

Az alábbi két részben bemutatott kérdések képezik az alapját az ember alapjog-gyakorlási képességéről szóló problématerképnek; ezekből a problémákból építjük fel a vignettákat; majd visszakanyarodva, az azokra kapott válaszok alapján bővítjük és cizelláljuk a problématerképet.

4.1. A gyermekek alapjog-gyakorlási képessége

4.1.1. A gyermek mint jogalany

A gyermek jogalanyiséga kapcsán az ENSZ Gyermekjogi Bizottsága a gyermek meghallgatáshoz való jogával (CRC 12. cikk) foglalkozó 12. számú általános kommentárjában világított rá arra az állandó kettősségre, hogy a gyermeki jogok velejárója, hogy olyan alanyokra vonatkoznak, akik egyrészt nélkülözik a felnőttek teljes autonómiáját, másrészt azonban jogok alanyai.¹⁴

A gyermekek esetében akkor merül fel az alapjog-gyakorlási képesség kérdése, ha az adott alapjogát a gyermek - más külső szereplő beavatkozása, behatása nélkül - közvetlenül és teljeskörűen önmaga gyakorolja, illetve érvényesíti a megfelelő fórum előtt. A gyermekek ilyen önálló, teljeskörű alapjog-gyakorlása kivételesnek számít, a jogrendszerben létező

¹⁴ CRC Committee, General Comment No. 12: The Right of the Child To Be Heard (UN Doc CRC/C/GC/12, 2009).

megoldások speciális szűk személyi körre (pl. 16-18 év közötti gyermekek), illetve meghatározott jogokra (pl. egészségügyi önrendelkezési jog) vonatkoznak.¹⁵ A jogalkotók pedig a gyermek alapjog-gyakorlása elé a szülő neveléshez való jogára, illetve a gyermek döntési képességének, érettségének hiányára vagy más szempontokra hivatkozással változatos tartalmi és/vagy eljárási korlátokat állítanak fel (pl. jogosítás, tiltás vagy feltételhez kötés formájában). A gyermek joggyakorlásával összefüggésben a kontinentális államok jogi szabályozásai elsődlegesen magánjogi aspektusból elhatárolják egymástól a gyermek jogképességét, illetve tényleges cselekvőképességét, utóbbihoz rendelve a joggyakorlást.

A gyermekek jogi státusza, a gyermeki jogok mint alapvető jogok léte és elismerése tekintetében a Gyermekjogi Egyezmény elfogadása és széles körű ratifikációja fordulópontot jelentett a nemzetközi jogi vonalon, ugyanakkor a koncepció később sem maradt kritikai visszhangok nélkül. Lux Ágnes kiemeli a gyermekek jogainak mint alapjogoknak az elismerésével szembeni és melletti szakirodalmi álláspontokat és azok indokait. Az elutasítás kapcsán megjelennek a gyermek autonómiájával, joggyakorlási (belátási) képességével, a gyermek és szülő közötti viszonytal, a szülő kötelezettségével kapcsolatos érvek és szempontok is. Például a jogi alapú megközelítés esetén nem világos, hogy mit tud kezdeni a gyermek – korlátozott képességei miatt – a számára biztosított jogokkal.¹⁶ A gyermekek messze nincsenek még kompetenciáik és racionalitásuk birtokában,¹⁷ illetve a belátási képességük korlátozott, hiányzik, így pedig „kevesebbek a felnőtteknél”.¹⁸ Azzal is érvelnek, hogy a gyermekek veszélyes és rossz döntéseket hozhatnak, amennyiben arra autonómiát kapnak.¹⁹ A gyermeki jogok elismerése melletti érvek is hasonló logikai elemekből építkeznek. A gyermekeknek minden olyan jogot biztosítani kell, amelyek emberi lényként való méltóságukat védik. A gyermekek számára minden emberi jogot biztosítani kell, s a jogokat épp azért kell garantálni, mert a gyermekek kevésbé képesek érdekeiket artikulálni, kevésbb hatalommal bírnak.²⁰

¹⁵Lásd:<https://fra.europa.eu/en/publication/2017/mapping-minimum-age-requirements-concerning-rights-child-eu> (2021 december). Az európai alkotmányok gyermeki jogokkal kapcsolatos rendelkezéseit elemezve látható, hogy azok „hagyományos” megközelítésben a gyermekek védelem iránti igényére koncentrálnak, a modernebb megközelítésű alkotmányok már a gyermekekről az alapjogok jogosultjaiként szólnak. Lásd: On the protection of children’s rights: international standards and domestic constitutions. Adopted by the Venice Commission at its 98th Plenary Session (Venice, 21-22 March 2014). 104.

¹⁶ Lásd: LUX Ágnes: A gyermekek jogai. IJOTEN. *Internetes Jogtudományi Enciklopédia*. https://ijoten.hu/szocikk/a-gyermekek-jogai#_ftnref28 (2021. december).

¹⁷ Harry BRIGHOUSE: „What Rights (if any) Do Children Have?” in David ARCHARD – Colin M. MACLEOD (szerk.): *The Moral and Political Status of Children*, Oxford, Oxford University Press, 2002. Hivatkozva: LUX Ágnes: A gyermekek jogai.

¹⁸ Laura M. PURDY: „Why children shouldn’t have equal rights” *International Journal of Children Rights* 1994/3, 223–241. Hivatkozva: LUX Ágnes: A gyermekek jogai.

¹⁹ Samantha BRENNAN: Children’s Choices or Children’s Interests: Which do their Rights Protect? In Archard–Macleod. 53–69. Hivatkozva: LUX Ágnes: A gyermekek jogai.

²⁰ Michael FREEMAN: Article 3: The best interest of the child, Leiden, Martinus NIJHOFF, 2007 és Michael FREEMAN: Taking children’s rights seriously, *Childhood* 2010/1, 5–8. és Katherine H. FEDERLE: Rights flow downhill, *International Journal of Children Rights* 1994/4, 343–368. Hivatkozva: LUX Ágnes: A gyermekek jogai.

A gyermekek jogainak igazolása kapcsán szükséges röviden kiemelni két egymással rivalizáló, klasszikus jogelméleti-jogfilozófiai megközelítést, az akaratelméletet vagy választási elmélet (*will theory*) és az érdekelméletet (*interest theory*). Az akaratelmélet szerint a jogalanyiság szempontjából a releváns tulajdonság az autonóm döntési és az ahhoz szükséges belátási, mérlegelési képesség. Az érdekelmélet szerint azonban a jogalanyisághoz elégséges indok az azonosítható érdekekkel való rendelkezés, mindez ugyanis már megalapozza, hogy másokra jogi kötelezettségeket lehessen róni.²¹ E megközelítések által adott válaszok pedig meghatározó szereppel bírnak a gyermekek jogalanyiságának és joggyakorlási lehetőségének elméleti háttéréről folytatott szakirodalmi vitákban is. Az akaratelméleti irányzat szerint a jogosultság önálló normatív erővel bíró fogalom, amelybe beletartozhatnak olyan cselekmények is, amelyek nem szolgálják az adott személy érdekeit (pl. felelőtlen döntések), az ilyen diszkrecionális természetű döntésekhez pedig szükséges a belátási képesség.²² Az érdekelmélet szerint bárki rendelkezhet jogalanyisággal, aki legalább minimális mértékű öntudattal bír, és ennek kapcsán képes érzékelni, felismerni, hogy mi szolgálja adott helyzetben az érdekeit (mi előnyös és mi hátrányos számára). Felismerhetőnek kell lennie tehát egy olyan alternatívának, amit az érintett személy a legnagyobb valószínűséggel választhat.²³

Az akaratelmélet egyik alapvető kritikája éppen a gyermeki jogok példája volt: ha ugyanis a jogalanyiságnak előfeltétele a racionális gondolkodáson, az észszerűségeen alapuló felelősségteljes döntéshozatal, cselekvés képessége,²⁴ akkor – annak ellenére, hogy ez morálisan nem megengedhető – a gyermekek kiszorulnak a jogalanyok köréből. MacCormick a gyermekek jogainak „tesztjére” hivatkozott akkor, amikor az akaratelmélettel szemben az érdekelméletre mint igazolásra építette az álláspontját.²⁵ Ferguson a gyermekek jogosulti

²¹ GYÓRFI Tamás: A jogosultságok önállósága és a jogalanyiság kérdése. In FICSOR Krisztina – GYÓRFI Tamás – SZABÓ Miklós (szerk.): *Jogosultságok – elmélet és gyakorlat*. Bíbor, Miskolc, 2009. 47-61.

²² GYÓRFI, 2009, 53.

²³ Lásd: Axel GOSSERIES: On Future Generations' Future Rights. *The Journal of Political Philosophy*, 2008/4. 449. és Visa A. J. KURKI: A Theory of Legal Personhood. Oxford University Press, 2019. 65–69. Hivatkozza magyarul RÁCZ Lilla: A személy és a dolog fogalmának (lehetséges) változásai a mesterséges intelligencia és a kriptovaluták világában. *Állam- és Jogtudomány* LXI. évfolyam, 2020. 4. sz. 94.

²⁴ Ngaire NAFFINE: Who are law's persons? From Cheshire cats to responsible subjects, *Modern Law Review* 2003/3. 357–361. Hivatkozza magyarul RÁCZ, 2020. uo.

²⁵ Neil MACCORMICK felhívta a figyelmet a gyermekek jogaira vonatkozó akaratelmélet alkalmazásának nehézségére. Szerinte az akaratelmélet alapján a jogosult dönthet úgy, hogy érvényesíti vagy lemond a jogáról. Ezzel ellentétes az „érdekelmélet”, amely a jogosult érdekeinek védelmére összpontosít, nem pedig választására. Előfordulhat, hogy egy csecsemő vagy akár egy idősebb gyermek nem képes tudatosan válasszon cselekvési módot, kifejezni ezt a döntést, vagy hogy gyakorolja azt, amit mások objektíve ésszerű vagy kívánatos választásnak tartanak. MacCormick ezért arra a következtetésre jut, hogy az ilyen gyermeknek csak a gyermek érdekeinek védelme alapján lehetnek jogai, például a gondozáshoz és a neveléshez. Miután azonosította a gyermeki jogok ezen alapját, arra a következtetésre jut, hogy a szülőknek ennek megfelelő kötelességeik vannak gyermekeikkel szemben. Lásd: Chris BARTON és Gillian DOUGLAS *Law and Parenthood*, Cambridge University Press, 1995.

pozíciója kapcsán rámutat, hogy az érdekelmélet szerint a jognak a gyermek érdekeit kell védenie; így a gyermek jogosult lehet, még akkor is, ha egy harmadik fél gyakorolja a jogát a nevében a védelemben az ő érdekeiből. Az akaratelmélet szerint a jognak a gyermek választását kell védenie, mert csak akkor lehet jogosult, ha megfelelő belátási képességgel rendelkezik ahhoz, hogy ezt a jogát maga gyakorolhassa.²⁶ Ferguson szerint az akaratelmélet nyomán a kisgyermeket ki kellene zárni a gyermeki jogok érvényesítéséből, ami oda vezethet, hogy felborulna a gyermekek mint csoport egységes meghatározása; emellett komoly probléma a megfelelő joggyakorlási képesség egzakt, objektív meghatározhatósága is. Az érdekelmélet is problémákat vet fel ugyanakkor Ferguson szerint több szempontból is: nem kellően gyermekközpontú, továbbá problémát jelentenek a gyermekek szerepvállalására gyakorolt következményei. A gyermek olyan helyzetbe kerül, hogy az őt elvileg megillető jogot gyakorló személy olyan igényeket támaszthat, amelyekkel maga a jogosult gyermek nem ért egyet (orvosi beavatkozás megtagadása, kapcsolattartási mód); olyan joga lesz, amit nem is kíván. A rászorultság és a kiszolgáltatottság felfogására épülő érdekelmélet oly módon erősíti meg a gyermek függőségét, hogy kihangsúlyozza tehetetlenségét, sugallja a hozzá nem értését.²⁷

A gyermekek alapjog-gyakorlási képességével összefüggő vizsgálatunk során kiemelt szempontként azonosíthatóak a Gyermekjogi Egyezménynek²⁸ a gyermekek joggyakorlásával kapcsolatos elvei és előírásai, valamint azoknak a Gyermekjogi Bizottság általi értelmezései, kommentárjai.²⁹ Mindezek ugyanis az utóbbi bő harminc évben szervesen beépültek szinte valamennyi részes állam jogába, alapjogi gyakorlatába. Komoly szerepet játszanak emellett a nemzetközi emberi jogi fórumok gyermeki jogokat érintő ügyeinek megítélése során, alakítják azok joggyakorlatát is. Így történt ez a másik kiemelt forrás, az európai alapjogi sztenderdek alakítója, az Emberi Jogok Európai Bírósága esetében is, amelynek döntéseit, megállapításait a részes államoknak és azok intézményeinek is követniük kell.³⁰ Már a Gyermekjogi Egyezmény hatályba lépése előtt is jelentős volt a gyermekek jogainak védelme

²⁶ Lucinda FERGUSON: Not merely rights for children but children's rights: The theory gap and the assumption of the importance of children's rights, *International Journal of Children's Rights* 2013, 21.177-208.

²⁷ FEDERLE: Review essay: Rights, not wrongs, *International Journal of Children's Rights* 17 (2009): 324.

²⁸ Convention on the Rights of the Child. Magyarországon kihirdette a Gyermek jogairól szóló, New Yorkban, 1989. november 20-án kelt Egyezmény kihirdetéséről szóló 1991. évi LXIV. törvény.

²⁹ Szakirodalmi álláspontok szerint miközben a jogképesség, jogalanyiség és joggyakorlás fogalma vita tárgyát képezi, azonban az ezek megértésére irányuló erőfeszítéseknek a Gyermekjogi Egyezmény kikristályosodott elvein kell alapulniuk. Lásd: Aoife DALY: Reconceptualising our Understanding through the UN Convention on the Rights of the Child. In Special Issue: Article 5 of the Convention on the Rights of the Child: Families, Guidance and Evolving Capacities, *The International Journal of Children's Rights*, 24 Aug 2020 Volume 28 (2020): Issue 3.

³⁰ A gyermeki jogok nemzetközi jogi védelme területén az európai szintű összehasonlító jogi megközelítés szempontjából értékes a Velencei Bizottság 2014-es jelentése a gyermekjogi nemzetközi sztenderdjei és az egyes európai alkotmányok kapcsolatrendszeréről. Lásd: On the protection of children's rights: international standards and domestic constitutions. Adopted by the Venice Commission at its 98th Plenary Session (Venice, 21-22 March 2014).

terén az EJEB gyakorlatának, érvelésének hozzájárulása,³¹ a jogfejlesztés pedig 1990-et követően a Gyermekjogi Egyezmény értelmezésével összhangban folytatódott. Az EJEB következetes gyakorlata ennek megfelelően az EJEE 8. cikkében biztosított család- és magánélet tiszteletben tartásához való jog egyik szempontjaként kifejezetten rögzíti Gyermekjogi Egyezmény 3. cikk (1) bekezdése nyomán azt az elvet, hogy a gyermek legjobb érdekét³² kell elsődleges szempontnak tekinteni minden, a gyermekeket érintő kérdésben.³³ A Bíróság számára a Gyermekjogi Egyezmény komoly inspirációs forrás: ennek kapcsán azt is elismerte, hogy a részes államoknak az EJEE 8. cikke alapján fennálló pozitív kötelezettségeit a Gyermekjogi Egyezmény rendelkezéseinek fényében kell értelmezni.³⁴ A gyermek legjobb érdekének tehát elsődleges szempontnak kell lennie minden őt érintő kérdésben, ahogyan azt az EJEB ítélkezési gyakorlata is előírja.

4.1.2. A gyermek fogalma és a gyermekkor meghatározása

A kérdések megvilágítása kapcsán elsőként a joggyakorlás alanyát, azaz a gyermek fogalmát szükséges meghatározni. A mind a szabályalkotásra, mind pedig a joggyakorlatra irányadó fogalom a Gyermekjogi Egyezmény 1. cikkére épül. Ennek alapján az Egyezmény vonatkozásában gyermek az a személy, aki tizennyolcadik életévét nem töltötte be, kivéve, ha a reá alkalmazandó jogszabályok értelmében nagykorúságát már korábban eléri.³⁵

A gyermek születése előtti jogképessége, a magzat jogalanyisága tekintetében ugyan nincsen konszenzus még az európai országok között sem, de a jogképességet a fogantatástól (vagy a születést megelőző más időponttól) számító megoldások kivételesek. Továbbá mind az irányadó nemzetközi emberi jogi egyezmények szövege, mind pedig az azok védelméért, végrehajtásáért felelős fórumok gyakorlata tartózkodik az állásfoglalástól a születés előtti jogképesség vonatkozásában. A Gyermekjogi Egyezmény 1. cikkének megfogalmazói szándékosan nem tértek ki az abortuszra és a születés előtti időszakra vonatkozó egyéb kérdésekre, mert ez veszélybe sodorta volna a Gyermekjogi Egyezmény egyetemes

³¹ Ursula KILKELLY: The CRC and the ECHR: The Contribution of the European Court of Human Rights to the Implementation of Article 12 of the CRC, Ton LIEFAARD - Jaap DOEK (szerk.): *Litigating the Rights of the Child*, London, Springer, 2014. 194.

³² A szövegben következetesen a „gyermek legjobb érdeke” megfogalmazást használjuk, szemben a Gyermekjogi Egyezmény hivatalos magyar fordításában szereplő „a gyermek mindenek felett álló érdeke” kifejezéssel. Mindez egyfelől szöveg-hív fordítása a Gyermekjogi Egyezmény eredeti angol nyelvű „best interest of the child” fogalmának, amely eleve nem tartalmaz semmilyen fokozást. A „gyermek legjobb érdeke” kifejezés használatát az is indokolja, hogy a kifejezésnek dogmatikai szempontból sem célszerű egy állandó hierarchia látszatát keltenie. Mindezt a mérlegelést engedő értelmezést támogatja a Gyermekjogi Bizottság 14. számú átfogó kommentárjának szövege is.

³³ Strand Lobben és társai kontra Norvégia *ítélet*, 206. §, *App.* 37283/13 sz. (*Eur. Ct. HR Nagykamara*, 2019. szeptember 10.).

³⁴ Harroudj kontra Franciaország *ítélet*, 42., *App.* 43631/09 sz. (*Eur. Ct. HR* 2012. október 4.). Wagner és JMWL kontra Luxembourg, *ítélet*, 120., *App.* 76240/01 sz. (*Eur. Ct. HR*, 2007. június 28.).

³⁵ Az EJEE nem tartalmaz fogalommeghatározást a gyermekekre vonatkozóan, 1. cikke azonban előírja az államok számára, hogy a joghatóságuk alatt álló „minden személy számára” biztosítsák az egyezmény szerinti jogokat. A Bíróság ítélkezési gyakorlatában pedig a Gyermekjogi Egyezmény gyermekekre vonatkozó fogalommeghatározását alkalmazza, a 18. életév be nem töltésére vonatkozó kitéletet támogatva. Lásd: Kézikönyv a gyermekjogokra vonatkozó európai jogról, 19.

elfogadását. A Gyermejjogi Egyezmény az egyes államokra bízta az abortusszal és a családtervezéssel kapcsolatos konkuráló jogok és érdekek összehangolását. Meg kell említeni, hogy a 41. cikk hangsúlyozza: az Egyezmény nem érinti a hazai (vagy az alkalmazandó nemzetközi) jognak „a gyermek jogai megvalósulása szempontjából kedvezőbb rendelkezéseit”. Az Egyezmény cikkeinek többsége természetesen csak a gyermek megszületése után értelmezhető.³⁶ Az EJE az Egyezmény tekintetében az egyén jogalanyisága kapcsán nem határozta meg a gyermeki státus kezdeti időpontját: álláspontja szerint ugyanis ebben nincsen jelenleg európai konszenzus, így az absztrakt módon nem állapítható meg.³⁷

A Gyermejjogi Egyezmény alkalmazásában a gyermekkor vége és a nagykorúság a 18. születésnapkal következik be, kivéve, ha a gyermek a reá alkalmazandó jogszabályok értelmében nagykorúságát már korábban eléri. Ennek értelmében a részes államok bizonyos tekintetben alacsonyabb korhatárt állapíthatnak meg, de ennek összhangban kell állnia az Egyezmény egészével, annak általános alapelveivel.³⁸ A nagykorúság korhatára minden EU tagállamban a 18. életév, ez alól csak Skócia kivétel, ahol a gyermekek 16 éves koruktól teljes cselekvőképességűnek minősülnek. Ha a gyermek nagykorúsága előtt lesz szülő vagy házasságot köt, egyes uniós tagállamokban a gyermek nagykorúvá válik vagy ahhoz hasonló teljes magánjogi értelemben vett joggyakorlási képességet nyer. Más tagállamokban a házasság gyermekek csak részleges magánjogi joggyakorlási képességhez jutnak. Például már nem tartoznak a szülői felügyelet alá, és eljárhatnak személyes szükségleteiknek megfelelően, de előfordulhat, hogy nem rendelkezhetnek ingatlanokkal vagy nem vehetnek fel pénzt.³⁹ A házasságkötés alsó korhatára különleges jelentőséggel bír, mert a házasságkötés számos országban a nagykorúság elérését is jelenti, így ezek a gyermekek elveszítik az Egyezmény szerinti jogaikat a védelemhez. A Gyermejjogi Bizottság éppen ezért a 4. számú átfogó kommentárjában aggályát fejezi ki, hogy az ilyen tartalmú szabályok megfosztják a házasságot kötő gyermeket az Egyezményben biztosított speciális védelmi intézkedésektől.⁴⁰

4.1.3. A gyermek joggyakorlási képességének kérdése, annak vizsgálata

A gyermek az alapjogok gyakorlásának igen sajátos és speciális helyzetű alanya. A gyermekek mint személyi kör egy látszólag jól körülhatárolható csoportot jelentenek a jog számára, valójában természetesen ez a csoport rendkívül heterogén. Valójában tehát jelentős a különbség a joggyakorlás előfeltételeit, vagyis az ahhoz szükséges „érettséget”, a helyzet és az adott alapjog megértését, az autonóm döntésre, a következmények mérlegelésére, akár a kockázatok felmérésére való képességet tekintetbe véve.

³⁶ Kézikönyv a gyermejjogi egyezmény alkalmazásához, 1.

³⁷ Lásd különösen Vo. v. France ügy, no. 53824/2000. 2004.07.08.

³⁸ Kézikönyv a gyermejjogi egyezmény alkalmazásához, 2.

³⁹ Lásd: <https://fra.europa.eu/en/publication/2017/mapping-minimum-age-requirements/age-majority> (2021. december).

⁴⁰ Kézikönyv a gyermejjogi egyezmény alkalmazásához 6.

A joggyakorlatban is alapvető kérdés, hogy a gyermek mikor dönthet bizonyos kérdésekben, így például az őt érintő egészségügyi beavatkozásokkal kapcsolatban. Mindez számos tényezőtől függhet: a gyermek életkorától és megértésétől, valamint a kérdéses témától és a döntés következményeinek súlyosságától. A brit joggyakorlatban és szakirodalomban kiemelt szerepe van ennek kapcsán a Lordok Háza előtti *Gillick kontra West Norfolk & Wisbech Területi Egészségügyi Hatóság* (1986) ügynek.⁴¹ Ebben dolgozta ki a bíróság az egészségügyi önrendelkezési jog gyakorlása tekintetében az ún. *Gillick kompetencia* szempontrendszerét, és ez lett az alapja az ún. *Fraiser irányelveknek* is (utóbbi speciálisabb, kifejezetten a gyermekek fogamzásgátlására és a szexuális egészségére vonatkozó szempontrendszer).

A bíróság úgy rendelkezett, hogy a bíróságon meghallgatják a gyermeket, ha a gyermek megfelelő megértésre jut ahhoz, hogy képes legyen döntést hozni. Az pedig ténykérdésnek minősül, hogy egy gyerek képes-e minderre. Annak eldöntésekor, hogy a gyermek beleegyezési képességgel rendelkezik-e, meg kell határozni, hogy megérti-e a javasolt vizsgálatok vagy kezelések természetét, célját és lehetséges következményeit, valamint a kezelés elmaradásának következményeit. Csak akkor adhatnak érvényes hozzájárulást, ha képesek megérteni, megfelelően felhasználni és mérlegelni ezeket az információkat, és közölni döntésüket másokkal. Amikor a bíróság azt értékeli, hogy egy gyermek megfelel-e *Gillick* kompetenciának, akkor figyelembe veszi az ügy sajátos tényezőit, beleértve a gyermek életkorát és a vizsgált kérdések összetettségét. A bíróság megvizsgálja, hogy a gyermek életkora és élettapasztalata alapján elegendő megértéssel rendelkezik-e ahhoz, hogy megalapozott döntést hozzon. Ha kiderül, hogy a gyermek rendelkezik a szükséges szintű megértéssel, döntését akkor is fenntarthatják, ha a szülők kívánságai eltérőek.⁴²

A joggyakorlási képesség meghatározása kapcsán komoly aggály, hogy az alkalmazott tesztek technikailag lehetnek ugyan kognitív jellegűek, sőt bizonyos esetekben a bíróságoknak a pszicho-szociális fejlődést is indokolt lehet figyelembe venni, de továbbra is diszkrecionális típusú marad a következtetés, ez pedig a jog gyakorlásának megtagadásához vezethet.⁴³ Probléma, hogy miközben a szakembereknek, így a bíróknak is rendszeresen kell vizsgálnia a gyermek joggyakorláshoz szükséges képességét, ezt általában intuitív módon (tapasztalati alapon, ösztönösen) teszik. *Daly* amellet érvel, hogy bár nem is feltétlenül lehet objektíven mérni a gyermekek képességeit (az nagyfokú rugalmatlanságra vezet), a meghatározásnak a gyermeki jogok érvényesülésének oldaláról, a Gyermekjogi Egyezmény 5. cikkében meghatározott követelmény („irányítás a gyermek fejlődő képességeivel

⁴¹ *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*, [1986] AC 112, House of Lords. Ahogyan a bíróság fogalmazott: „A törvény értelmében megszűnik a szülői jog annak eldöntésére, hogy tizenhat éven aluli kiskorú gyermeke részesül-e orvosi kezelésben, akkor ha a gyermek elegendő megértést és intelligenciát ér el ahhoz, hogy teljes mértékben megértse a javasoltakat.”

⁴² Mark J. TAYLOR, Edward S. DOVE, Graeme LAURIE, David TOWNEND: When can the Child Speak for Herself? The Limits of Parental Consent in Data Protection Law for Health Research. *Medical Law Review*, Volume 26, Issue 3, Summer 2018, 369–391.

⁴³ FERGUSON, 2013.

összhangban”) nyomán négy szemponton kell alapulnia, nevezetesen az autonómián, a bizonyítékon, a támogatáson és a védelmen.⁴⁴

Archard megközelítése szerint a gyermeki kompetencia a joggyakorlás, önrendelkezés terén az észszerű döntések meghozatalára való képességként fogható fel, amelyet leggyakrabban ún. racionális autonómiaként írnak le. Álláspontja szerint ehhez a racionális autonómiához három elem együttes fennállása kell: a racionalitás (kognitív kompetencia), az érettség (felhalmozott élettapasztalat) és a függetlenség (független döntéshozatal lehetősége).⁴⁵

A Gyermekjogi Egyezmény terminológiájában a „kibontakozó képességek” (*evolving capacities*) figyelembevétel fogalom a meghatározó. Ez annak az elismerését jelenti, hogy egész gyermekkor alatt tiszteletben kell tartani és biztosítani kell a gyermek folyamatos fejlődését, növekvő autonómiáját az önálló felnőttkor felé. A „kibontakozó képességek figyelembevételét” a Bizottság egy pozitív, önállóságra ösztönző folyamatként határozta meg, egyfajta dinamikus modellként, ahol a kisebb gyermekek több irányítást igényelnek.⁴⁶ Az Egyezmény ezzel összhangban emeli ki, hogy az egyes jogok gyakorlása során, így például a gyermek véleményének figyelembevétel kapcsán számít a gyermek kora és érettségi foka. Ez a szempont másik irányban is működik, így a gyermektől nem követelhető meg vagy várható el olyan magatartás, döntés, amire a fejlődése adott fokán még nem képes. A gyermek érettségi szintjének megállapításához figyelembe kell venni a folyamatos fizikai, érzelmi, kognitív és szociális fejlődést.⁴⁷ A Gyermekjogi Egyezmény 12. cikke nyomán a részes államok az ítélőképessége birtokában lévő gyermek számára biztosítják azt a jogot, hogy minden őt érintő⁴⁸ kérdésben szabadon kinyilváníthassa véleményét; a gyermek véleményét, figyelemmel korára és érettségi fokára, kellően tekintetbe kell venni. E célból nevezetesen lehetőséget kell adni a gyermeknek arra, hogy bármely olyan bírói vagy közigazgatási eljárásban, amelyben érdekelt, közvetlenül vagy képviselője, illetőleg arra alkalmas szerv útján, a hazai jogszabályokban foglalt eljárási szabályoknak megfelelően meghallgassák. A Gyermekjogi Bizottság 12. általános kommentárjában az érettség fogalmát

⁴⁴ A gyermekeknek autonómiai jogaik vannak, és kívánságaik megtagadását komoly vizsgálat alá kell venni. A döntéshozóknak megfelelő képzés nyomán alapvető ismeretekkel kell rendelkezniük a gyermekkorról, beleértve a pszichológiát és más releváns elméleteket. A joggyakorlási képesség megfelelő támogatással, iránymutatással és tájékoztatással növelhető. A gyermekek olyan kiszolgáltatott csoportot alkotnak, amelynek a felnőttek kötelesek védelmet nyújtani a sérülésekkel szemben. Lásd Aoife DALY: Reconceptualising our Understanding through the UN Convention on the Rights of the Child. *The International Journal of Children's Rights*. 28 (2020), 480.

⁴⁵ David Archard: *Children: Rights and Childhood* (3rd edition, Routledge 2015), 88-91.

⁴⁶ A Gyermekjogi Bizottság 7. számú átfogó kommentárja, [17] bekezdés.

⁴⁷ A gyermek legjobb érdekének elsődleges szempontként történő figyelembevételét előíró jogról szóló 14. számú általános kommentár (2013), 44. és 83-84. pont.

⁴⁸ A Gyermekjogi Egyezmény 12. cikkének hivatalos magyar szövegében egy fordítási hiba miatt az szerepel, hogy „a részes államok az ítélőképessége birtokában lévő gyermek számára biztosítják azt a jogot, hogy minden őt érdeklő kérdésben szabadon kinyilváníthassa véleményét, a gyermek véleményét, figyelemmel korára és érettségi fokára, kellően tekintetbe kell venni”. Az eredeti angol szöveg ugyanis úgy fogalmaz, hogy: „States Parties shall assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child.

úgy jellemezte, mint a gyermek azon képességét, hogy észszerű és független módon fejezze ki véleményét a kérdésekről.⁴⁹ A Gyermekjogi Bizottság a Gyermekjogi Egyezmény irányadó értelmezése szerint elismeri a serdülő önálló döntéshozatali jogát, illetve egyértelműen elfogadja a gyermek érettsége felmérésének szükségességét.⁵⁰

Kérdésként merül fel a döntéshozatal során, hogy a döntési képesség vonatkozásában szempont lehet-e a döntés hosszabb távú következményeinek, illetve ezzel összefüggésben a kockázatvállalásnak a figyelembevétele, különös tekintettel a nagyobb nyilvánosság előtti, érzékeny alapjog-gyakorlási helyzetekre (pl. tüntetésen való részvétel).

4.1.4. A gyermek joggyakorlása és a szülő neveléshez való jogának érvényesülése

A gyermek alapjog-gyakorlásának kérdése tipikusan elválaszthatatlan a szülő neveléshez való jogának, a szülői felelősségnek vagy kötelezettségnek (*parental rights, parental responsibility/obligation*) az érvényesülésétől. Szülőn ebből a szempontból kizárólag a gyermek vér szerinti szülőjét vagy örökbefogadó szülőt értünk, a gyermek más törvényes képviselője, így a gyámja esetében ugyanis nem lehet szó neveléshez való jog gyakorlásáról. Az állam által kijelölt, az állam nevében és képviselőjében eljáró személy kötelezett, de őt nem illetik meg alapvető jogok e kontextusban, így neveléshez való joga sem lehet.

A jogállami fejlődés vívmánya, hogy a gyermek nem a szülő tulajdona, nem hatalma van felette, hanem jogokat gyakorol; nem tehet meg bármit, hanem az állam által előírt garanciális szabályok keretei között hoz a gyermek nevelése keretében a gyermekkel kapcsolatos döntéseket. A szülői felelősség összefoglalható úgy, hogy a szülő azon kötelességét, lehetőségét és felhatalmazását jelenti, amelyek célja, hogy a gyermeket képességének, életkorának, kompetenciájának és autonómiájának megfelelően irányítsák jogai gyakorlásában.

A szülő és a gyermek viszonya leírható bizalmi kapcsolatként, ilyen módon jogilag is modellezhető. A gyermeket nevelő, vele együttélő, az életét a születésétől kezdve kísérő, róla gondoskodó, érte felelős, őt ismerő szülő szinte szakértői szerepben van, ő tudja a leginkább egy döntési helyzetben, hogy mi a gyermeke érdeke, mi számára a legjobb lehetőség különösen addig, míg a gyermek a jogai gyakorlására önállóan nem elég érett. Később pedig a szülő és a gyermek közötti bizalmi kapcsolat úgy fejlődhet, hogy együtt hozzanak közös döntéseket. *Noggle* kiemeli, hogy ha a szülőt ilyen kvázi bizalmi ügynökként értelmezzük, akkor munkáját a legjobb döntése alapján végezheti, amely a bizalmi feladatok ellátása alapján ítéltető meg. A bizalmi modellnek ezen jellemzője bizonyos korlátozott jogokat biztosít a szülőknek arra, hogy a gyermek és a család életébe, működésébe való külső

⁴⁹ CRC Committee, General Comment No. 12: The Right of the Child To Be Heard (UN Doc CRC/C/GC/12, 2009) [30] bekezdés.

⁵⁰ Lásd Kristi Paron: The Child's Autonomy in Decision-making on Medical Treatment: Theoretical Considerations. *Juridica International. Law Review.* 29/2020. https://juridicainternacional.eu/article_full.php?uri=2020_29_the_child_s_autonomy_in_decision-making_on_medical_treatment_theoretical_considerations (2021. december).

beavatkozástól mentes mérlegelési jogkört gyakoroljanak. Másrészt azonban e szülői jogok fennállását és fennmaradását attól teszi függővé, hogy a szülő teljesíti-e a gyermek érdekeinek előmozdítására és a gyermek jogainak védelmére vonatkozó kötelezettségeit.⁵¹

Léteznek ugyanakkor az egyes jogrendszerekben olyan jogi eljárási mechanizmusok is, amelyek a gyermek és szülő között fennálló érdekellentétek során tudják biztosítani, hogy a gyermek érdekének megfelelő döntés születessen. Az Európa Tanács a gyermekek jogainak gyakorlásáról szóló egyezményének 4. cikke rögzíti, hogy a Gyermekegyezmény 9. cikkével összhangban a gyermeknek joga van bíróság előtti eljárás során személyesen vagy más személy/szerv közreműködésével különleges képviselő (*special representative*) kijelölését kérni, ha összeférhetetlenség áll fenn a gyermek és a szülői felelősséget gyakorló személyek közt. Az államok azonban korlátozhatják ezt a jogot azokra a gyermekekre, akik megfelelő megértéssel (*sufficient understanding*) rendelkeznek.⁵²

A szülő neveléshez való joga és egyben kötelezettsége sajátos kétarcú jogintézmény, önálló tartalommal bíró, kikényszeríthető, az alkotmányok által tipikusan deklarált valódi alapjog, egyben a szülőn jogi értelemben számonkérhető alkotmányos szintű kötelezettség (felelősség), amelynek elmulasztása, nemteljesítése a szülőre nézve hátrányos jogkövetkezményekkel jár. A legtöbb európai alkotmány a gyermek nevelését szülői jogként, egyben kötelességként fogalmazza meg; egyes alkotmányos rendelkezések egyértelműen rögzítik az állam felelősségét is a szülők és a család támogatásában, a szülői felelősség és az állami felelősség ilyen egyensúlyát. A finn alkotmány külön előírja azt, hogy az állami hatóságok támogassák a családokat és a gyermekek gondozásáért felelős személyeket, hogy képesek legyenek biztosítani a gyermekek jólétét és személyes fejlődését. A német alkotmány pedig több különböző rendelkezésben előírja a gyermekek és a család védelmét: rögzíti azt, hogy a gyermek gondozása és nevelése a szülők természetes joga és kötelessége, és hogy az állam felügyeli ennek a feladatnak a teljesítését.⁵³ A szülő tehát nem dönthet arról, hogy gyakorolja-e a gyermek testi, lelki, erkölcsi fejlődéséhez nélkülözhetetlen neveléshez való jogát, arról viszont igen, hogy azt milyen módon, milyen tartalommal teszi. A szülő neveléshez való jogának korlátját itt a gyermek jogainak védelme jelenti; meghatározott veszélyeztető, egyben súlyosan jogsértő magatartás (pl. elhanyagolás, testi-lelki, szexuális

⁵¹ Lásd Robert NOGGLE: *Special Agents: Children's Autonomy and Parental Authority*. In David ARCHARD and Colin M. MACLEOD (ed): *The Moral and Political Status of Children*, Oxford University Press, 2002.

⁵² European Convention on the exercise of children's rights, CETS 160, 38-39. Az Egyezmény értelmezésére jogosult Állandó Bizottság (T-ED) által kiadott Kommentár szerint a szülői szerep elsődleges fontosságából kiindulva konfliktus esetén kívánatos, hogy a családok először maguk próbáljanak megegyezni, mielőtt az ügyet bíróság elé terjesztik. Az államnak azonban nem csak azokban az esetekben van szerepe, amikor a szülők nem gyakorolják megfelelően kötelességeiket, hanem arra tekintettel is, mert a gyermekek olyan társadalomban élnek, amely bizonyos jogokat biztosított számukra, és ezért jogosultnak kell lenniük e jogok gyakorlására.

⁵³ Lásd: *On the protection of children's rights: international standards and domestic constitutions*. Adopted by the Venice Commission at its 98th Plenary Session (Venice, 21-22 March 2014). 108-110.

bántalmazás), illetve egy alapvető kötelezettség (pl. tankötelezettség) elmulasztása esetén állami-közhatalmi beavatkozást alapozhat meg.

A Gyermekjogi Egyezmény a gyermeket és a gyermeki jogokat (elveket) állítja a központba, így nem szól a szülő neveléshez való jogáról, annak tartalmáról, hanem a szülő szerepét a gyermeki jogok érvényesülésének kontextusában határozza meg. A Gyermekjogi Egyezmény 5. cikke megfogalmazza, hogy a részes államok tiszteletben tartják a szülőknek [...] vagy más, a gyermekért törvényesen felelős személyeknek azt a felelősségét, jogát és köteletségét, hogy a gyermeknek az Egyezményben elismert jogai gyakorlásához, képességei fejlettségének megfelelően, iránymutatást és tanácsokat adjanak. A szülők jogainak gyakorlása szempontjából ez központi elv, amely egyszerre jogként és kötelezettségként is definiálja a szülő gyermekkel kapcsolatos tevékenységét. A szülő felelőssége, joga és kötelezése, hogy a gyermeke legjobb érdekét (3. cikk) szem előtt tartva a gyermeke jogainak a gyakorlásához, képességei fejlettségének megfelelően, iránymutatást, támogatást és tanácsokat adjon. A Gyermekjogi Egyezmény 14. cikke külön is nevesíti a szülő azon jogát, hogy a gyermeknek kibontakozó képességeinek megfelelően iránymutatást adjon a gondolat-, lelkiismereti és vallásszabadsághoz való joga gyakorlásában. A szülőknek nem saját, hanem a gyermekeik meggyőződésének megfelelően van joguk iránymutatást és tanácsokat adni. A Bizottság szerint a gyermek jogainak támogatása a családon belül nem mások jogainak kárára, különösen nem a szülők ellenében valósul meg, hanem a család jogait erősíti.⁵⁴

Varadan szerint a Gyermekjogi Egyezmény 5. cikke bizonyos értelemben radikális eltérés a hagyományos szülő-gyermek kapcsolattól: ebben ugyanis a szülők voltak az elsődleges jogosultak (joggyakorlók), a gyermek pedig passzív szerepre volt kárhóztatva a védelem és gondoskodás tekintetében.⁵⁵ A szülő különböző módokon működik közre a gyermek alapjogainak gyakorlásában, az ideális modell szerint a gyermek helyett való döntéstől jut el a folyamat a közösen meghozott döntéseken át egészen a gyermek önálló döntésének támogatásáig, segítségig. A szülő neveléshez való joga önálló jogosultság, amit a gyermekre tekintettel, de nem kizárólag a gyermek érdekeihez kötötten gyakorol, a szülő nem egyszerűen a gyermek szándékának és akaratának képviselője, közvetítője, segítője. A nevelést és gondoskodást a szülő személyisége, cselekvése, szemléletmódja, identitása, világnézete (két szülő esetén mindezek dinamikája) tölti meg tartalommal. A nevelés módja, elvei (pl. következetessége, szigora) és konkrét módszerei tekintetében pedig – ha csak az nem sérti a gyermek jogát, illetve nem megy szembe a gyermek érdekével (az ezek mögött álló alapvető szükségletek biztosításával) – másnak, így a közhatalomnak nincsen beleszólása, minőségi követelmények a szülővel szemben tehát nem kényszeríthetők ki.⁵⁶

⁵⁴ Kézikönyv a gyermekjogi egyezmény alkalmazásához, 55-56.

⁵⁵ S. VARADAN: The Principle of Evolving Capacities under the UN Convention on the Rights of the Child. *The International Journal of Children's Rights* 307.

⁵⁶ Vö. az Alapjogi Charta 14. cikk (3) bekezdése azt tartalmazza, hogy a szülőknek joga van arra, hogy gyermekeik számára vallási, világnézeti vagy *pedagógiai* meggyőződésüknek megfelelő nevelést biztosítsanak. Vagyis a szülő neveléshez való joga ebben a kontextusban is kifejeződik.

Kérdésként merülhet fel, hogy elválhat-e egymástól az alapjog gyakorlására, illetve a kikényszerítésére, a jogvédelem kezdeményezésére vonatkozó érettség egy gyermek esetén. Eredendő probléma ugyanis, hogy a nemzetközi bírói jogvédelmi fórumok – még ha nem is zárják ki a kezdeményezést normatív módon – nem biztosítják megfelelően azt, hogy egy akár megfelelő érettségű gyermek közvetlenül – nem pedig a szülő vagy más törvényes képviselő útján – fordulhasson hozzájuk (eljárási-formai feltételek, jognyilatkozat előírása). A Velencei Bizottság külön is kiemelte, hogy ehhez nyilvánvalóan komoly, a gyermekek panasztételét folyamatosan, következetesen segítő-támogató, képviseleti mechanizmusok kellene, ennek hiányában a gyermek nem az eljárás cselekvő alanya, hanem legfeljebb része, apropója és jogi hivatkozási pontja lehet. Kulcsfontosságúak azok a fórumok, amelyekhez a gyermekek közvetlenül fordulhatnak, így például az általános vagy gyermekek védelmére külön szakosított ombudsmanok.⁵⁷

Az EJEK gyakorlatában ritkák azok az ügyek, amelyekben közvetett vagy közvetlen módon a gyermekek alapjogi joggyakorlásának kérdése merült fel. Mindezek mögött ott van, hogy az EJEK szövege nem tartalmaz külön gyermeki jogokat, a magán- és családi élet tiszteletben tartásához való jogról szóló 8. cikke alá eső eseteket pedig a Bíróság nem a gyermekek, hanem a szülők jogainak szempontjából (kontextusában) bírálja el. Sajátos elem, hogy egyéni panaszt maguk a gyermekek is önállóan, szülői hozzájárulás, képviselet nélkül is előterjeszhetnek⁵⁸ (arra a formális lehetőség tehát biztosított), ez azonban ritkán fordul elő.⁵⁹ A beadványok többsége jellemzően a gyermek törvényes képviselője részéről érkezik, így Bíróság a gyermekjogi vonatkozású ügyeket alapvetően a szülők szemszögéből elemzi.⁶⁰ A szülői igényérvényesítés az, amely közvetve gyermeki jogok érvényre juttatására is alkalmas, ennek azonban lehetnek komolyabb hátulütői. *Kennan* és *Kilkelly* szerint a gyermekek eljárási jogainak szelektív és korlátozó megközelítése általánosságban hatással van a gyakorlatra, mivel a gyermekek a nagykorú személyekre (jellemzően a szüleikre), azok jogi lépéseire támaszkodnak jogaik érvényesítésekor.⁶¹

⁵⁷ Vö. „The inclusion of a children’s rights provision in a constitutional document only tells part of the story: its mere inclusion does not secure a remedial avenue in the event of a failure to vindicate that right. A key indicator in assessing the level of constitutional protection of children’s rights therefore is the extent to which those rights are justiciable, through the courts or another mechanism such as a children’s ombudsman.” On the protection of children’s rights: international standards and domestic constitutions. Adopted by the Venice Commission at its 98th Plenary Session (Venice, 21-22 March 2014). 120.

⁵⁸ Az EJEK 34. cikke értelmében Bíróság kérelmeket vehet át *bármely természetes személytől* [...], akik azt állítják, hogy az Egyezményben vagy az ahhoz kapcsolódó jegyzőkönyvekben biztosított jogok valamely részes állam részéről történt megsértésének áldozatai, az államok pedig semmilyen módon nem akadályozzák e jog hatékony gyakorlását.

⁵⁹ KILKELLY (2014), 199.

⁶⁰ Adeline GOTTENOIRE: Les mineurs et la Convention Européenne des droit de l’homme, Catherine GAUTHIER - Marie GAUTIER - Adeline GOTTENOIRE: Mineurs et droit européens, Paris, Éd. Pédone, Collection Droits Européens, 2012. 10.

⁶¹ Lásd N. KENNAN and U. KILKELLY, Children’s Involvement in Criminal, Civil and Administrative Judicial Proceedings in the 28 Member States of the EU (2015).

A Bíróság például több döntésében is megállapította, hogy a gyermek szülői beleegyezés nélküli orvosi kezelése, orvosi beavatkozások elvégzése sérti az EJEE 8. cikkét. Ezen esetekben nem a gyermek joggyakorlása (döntése), annak korlátozása volt a kérdés, hanem a szülők a gyermek érdekében való döntésének aggályos korlátozása. Jellemző a Bíróság gyakorlatára a *Glass kontra Egyesült Királyság ügy*,⁶² amelyben a szülő és súlyos fogyatékossgal élő gyermeke azért fordultak a Bírósághoz, mert kifogásolták, hogy a fájdalomcsillapító (morfinos) kezelést a szülő akarata ellenére és a sürgősségi helyzetekben alkalmazható külön bírói felhatalmazás nélkül hajtották végre a gyermekén. A Bíróság megállapította, hogy az EJEE 8. cikkét sértette a kórháznak az a döntése, amellyel bírósági felhatalmazás nélkül felülbírálta a szülő tiltakozását. A *M.A.K. és R.K. kontra Egyesült Királyság ügyben* hasonló módon azt állapította meg a Bíróság, hogy a brit egészségügyi hatóságok megsértették a panaszos gyermek és a szülők magán- és családi életük tiszteletben tartásához fűződő, az EJEE 8. cikkében biztosított jogát akkor, amikor a szülők távollétében, a kifejezett akartuk ellenére – bírói felhatalmazás nélkül – vérmintákat vettek és intim fényképeket készítettek a kilencéves kislányról, miközben egyedül volt a kórházban.

A Bíróság állandó gyakorlata, hogy mindenkinek joga van az oktatáshoz, és az, hogy a gyermekek oktatásáért elsősorban a szülők felelősek; a szülők e kötelezettségük tekintetében megkövetelhetik az államtól, hogy vallási, illetve lelkiismereti meggyőződésüket tartsák tiszteletben.⁶³ Az oktatás és a vallási, lelkiismereti szabadság érvényesülése kapcsán az EJEE 9. cikke vonatkozásában kiemelhető a *Grzelak kontra Lengyelország ügy*, amelyben ugyancsak a gyermek és a szülők is kérelmezők voltak. A Bíróság megállapította, hogy a vallásszabadság annak a szabadságát is magában foglalja, hogy az érintettnek ne kelljen felfednie, hogy hívő-e vagy sem. A hittan/erkölcstan érdemjegy hiányából és abból, hogy a tanuló bizonyítványában egyenes vonallal húzták ki a hittan/erkölcstan (etika) rubrikát, a lengyel oktatási gyakorlatra figyelemmel arra lehet következtetni, hogy a tanulónak nincs vallása (nem hívő). A Bíróság nem volt meggyőződve, hogy az erkölcstan (etika) órákat kívánó nem hívőkkel és a hittanórákon tanuló hívő tanulókkal szembeni eltérő bánásmód objektíve és észszerűen indokolt volt, ezért megállapította az EJEE 9. cikkének sérelmét.⁶⁴

A Bíróság megállapította, hogy amikor a gyermek és a szülők érdekei ütköznek, az EJEE 8. cikke előírja azt, hogy a nemzeti hatóságok méltányos egyensúlyt teremtsenek ezen érdekek között. Ezen egyensúlyozási folyamat során pedig különös súlyt kell tulajdonítani a gyermek legjobb érdekének, amely - természetétől, komolyságától függően - felülírhatja a szülők érdekeit.⁶⁵

A Bíróság egy iskolai szexuális nevelési órák megtartását kifogásoló kérelem vizsgálatakor rámutatott, hogy a gyermek nevelése a szülő identitásának egyik alapvető eleme lehet, a szülő „magánéletének” így a része. Az *A.R. és L.R. kontra Svájc ügyben*⁶⁶ egy bázeli általános

⁶² *Glass kontra Egyesült Királyság ügy*, 61827/00. számú kérelem, 2004. március 9-i ítélet.

⁶³ Lásd Kézikönyv a gyermekjogokra vonatkozó európai jogról, 37-38.

⁶⁴ *Grzelak kontra Lengyelország ügy*, 7710/02. számú kérelem, 2010. június 15-i ítélet.

⁶⁵ Strand LOBBEN, 202. és 206.

⁶⁶ *A.R. és L.R. kontra Svájc ügy*.

iskola megtagadta a szülő, A.R. kérését, hogy az akkor hétéves, második osztályos lányát, L.R.-t mentesítse a szexuális nevelési órák látogatása alól. A szülő és a gyermek, mint kérelmezők azzal érveltek, hogy megsértették A.R. magán- és családi élet tiszteletben tartásához való jogát, a családi életet azzal, hogy indokolatlanul beavatkoztak a kisgyermek L.R. magánélete tiszteletben tartásához való jogának gyakorlásába. A Bíróság szerint nem sérült az EJEE 8. cikke: a gyermek szexuális nevelésének egyik célja a szexuális erőszak és kizsákmányolás megelőzése volt, amely valós veszélyt jelent a gyermekek testi-lelki egészségére, és amely ellen minden korosztályt meg kellett védeni. Hangsúlyozta azt is, hogy az állami oktatás egyik célja a gyermekek felkészítése a társadalmi valóságra, ez pedig általában indokolta a kisgyermek szexuális nevelését az óvodában, általános iskolában. A Bíróság elutasította a kérelmet, a svájci hatóságok ugyanis álláspontja szerint nem lépték túl az EJEE által számukra biztosított mérlegelési mozgásteret, tiszteletben tartották az iskolai szexuális nevelés kiegészítő jellegét. A szexuális nevelési órák ugyanis – azok tartalma folytán – nem érintik a szülői neveléshez való jogát, nem írják felül a családon belüli ilyen jellegű oktatást, nevelést. A Bíróság a Gyermekjogi Egyezmény 5. cikkére hivatkozással kiemelte, hogy az abban előírt szülői nevelés védelme nem öncél, hanem mindig a gyermek jólétét kell szolgálnia.

*A Vavříčka és társai kontra Cseh Köztársaság ügyben*⁶⁷ a Bíróság megállapította, hogy a cseh kötelező oltási program végrehajtása és a mulasztás jogkövetkezményei kapcsán a beavatkozás arányosnak tekinthető, így nem sértette a kérelmező szülők és gyermekek EJEE által rögzített jogait. A gyermek kérelmezők jogérvényesítése kapcsán azonban kérdéseket vet fel, hogy miközben a gyermekek legjobb érdekének védelmére hivatkozás is fontos szerepet játszott a döntésben, a Bíróság miért nem vizsgálta érdemben a gyermekkérelmezők indítványa kapcsán a jogaikba való beavatkozást az óvodai felvétel megtagadása tekintetében.⁶⁸ Kérdés az is, hogy a szülei döntéseinek, cselekedeteinek következményeit viselő 5-6 éves kisgyermek kérelmezőket az eljárásokban a szülei képviselték, akik gyermekeik nevében terjesztették elő érveiket. Mindez felveti a gyermekképviselő és a szülői összeférhetetlenség kérdését, de a Bíróság nem foglalkozott ezzel. A Bíróság ebben az ügyben nem elemezte, nem is kérdőjelezte meg a gyermekkérelmezők jogát ahhoz, hogy önálló döntéseket hozzanak egészségükkel kapcsolatban. Hallgatólagosan azonban elfogadta, hogy a gyermekek viselik szülei azon döntésének következményeit, hogy nem tesznek eleget az oltási kötelezettségnek, még akkor is, ha ezek a következmények akadályozzák az oktatáshoz és az egészséghez való jogukat.

4.1.5. A gyermekek alapjogi joggyakorlásának korlátozása

⁶⁷ Vavříčka and Others v the Czech Republic. Applications 47621/13, 3867/14, 73094/14, 19306/15, 19298/15, and 43883/15 (ECtHR April 8, 2021)

⁶⁸ Katarzyna WAŻYŃSKA-FINCK: Anti-Vaxxers before the Strasbourg Court: Vavříčka and others v. The Czech Republic. *The Strasbourg Observers Blog*. Lásd: <https://strasbourgobservers.com/2021/06/02/anti-vaxxers-before-the-strasbourg-court-vavric-ka-and-others-v-the-czech-republic/> (2021. december) és Zuzana VIKARSKÁ: Is Compulsory Vaccination Compulsory? Lásd: <https://verfassungsblog.de/is-compulsory-vaccination-compulsory/> (2021. december).

Egyfelől a szülő a neveléshez való jogának gyakorlása körében, az annak keretében hozott döntéseivel, választásaival korlátozhatja a gyermeke alapjogi joggyakorlását a gyermek általa megjelölt (valóságos vagy vélt) érdekére hivatkozással. Másfelől az államnak is van alkotmányos lehetősége arra, hogy megfelelő igazolással a gyermek jogát (ennek kapcsán pedig a szülő neveléshez való jogát) korlátozza. Lehetséges, hogy a szülő nevelése keretében nem korlátozná (akár támogatná) az adott helyzetben a gyermek joggyakorlását, az állam viszont igen. Más oldalról pedig arra is van példa, hogy az állam olyan módon korlátozza a gyermek valamely alapjogi joggyakorlását, hogy annak megvalósulásához szükséges érvényességi kellékként, biztosítékként a közös döntést írja elő, így azt kell igazolni a gyermeknek, hogy a szülő hozzájárult vagy tudomásul vette a döntését.

Az állam beavatkozhat olyan esetekben, amikor a szülők nem tesznek eleget a szülői szerep által rájuk rótt alapvető, a gyermek élete, sorsa szempontjából fontos kötelezettségeinek. Az állam például köteles biztosítani a gyermekek számára az egészségügyi ellátáshoz, az oktatáshoz való hozzáférést. Az állam ezzel összefüggésben jellemzően meghatározza, hogy a gyermeknek meddig kell részt vennie a közoktatásban, vagy kötelező védőoltások beadását írhatja elő közegészségügyi okokból. Az állam ilyen igazolt esetekben tehát e kötelezések megállapításával egyben átvállalja a szülőktől a felelősséget. Ha pedig a szülők nem tartják be ezeket a szabályokat, akkor fennáll annak a lehetősége, hogy az állam szankciókat alkalmaz velük szemben. Kérdésként merülhet fel a beavatkozás mértéke és fókuszja, így például adott esetben a szülővel szemben bármely módon kikényszeríthető lehet-e az állam részéről a megfelelő pihenés, játék biztosítása.⁶⁹

Az alapjog gyakorlására való érettség kulcskérdés, ennek az érettségnek a hiánya ugyanis önmagában igazolhatóan megalapozhatja azt, hogy az állam a gyermek alapjog-gyakorlását korlátozza a gyermek saját érdekére hivatkozva. Az egyik megoldás, hogy az érettség meglétét egyénileg, az adott életkorú gyermek esetében, illetve adott alapjog gyakorlásával összefüggésben szituatív módon és személyre szabottan vizsgálják és állapítják meg: ez rugalmas megközelítés, viszont benne van az önkényes gyakorlat kialakulásának veszélye. A másik megoldás az, hogy a jog általános alsó életkori joggyakorlási korhatárokat ír elő (ahogyan a gyermek fogalmát is általános korhatárral határozza meg). E korhatár alatt akkor sem gyakorolható a jog, ha egyébként a gyermek arra érett volna, a korhatár felett pedig akkor sem tagadható meg, ha a gyermek egyébként még nem lenne hozzá elég érett. Kérdésként merül fel, hogy a gyermek érdeke mellett lehetséges-e külső szempontokat is bevonni a jogkorlátozás igazolásába, így például az alapjog-gyakorlással érintett társadalmi intézmények (például a szerződés-kötés szabadsága és a forgalombiztonság, a választójog és az annak gyakorlására épülő választási rendszer, vagy a házasság, bejegyzett élettársi kapcsolat) működőképességének, illetve az a mögötti közérdeknek a védelmét.

⁶⁹ Lásd: Ruth FARRUGIA: Parental Responsibility and State Intervention, *California Western International Law Journal*, vol 31. 2000. 131-132.

Az egyes államok jogrendszereiben összetett általános és ágazati jogi korlátozások egész rendszerével találkozunk. A jogalkotók negatív oldalról a 18 éves kor alatt alsó életkori határokat rögzítő tilalmakat határozhatnak meg: rögzítik, hogy melyek azok a jogosultságok, amelyekkel a gyermek nem élhet. Más szabályok pozitív oldalról „engedélyt” adnak adott jog gyakorlására, döntés meghozatalára a gyermeket kifejezetten feljogosíthatják.

A Gyermekjogi Egyezmény szövege nem határoz meg a joggyakorlással kapcsolatos életkori határokat sem általánosan, sem speciálisan az egyes gyermeki jogok vonatkozásában. A Gyermekjogi Bizottság általánosságban annyit hangsúlyozott, hogy a gyermeki jogok korlátozását is lehetővé tevő „védelmi” tényezőket a „képessé tétel” és a joggyakorlás vonatkozásában kell értékelni. Ilyenkor a gyermek életkora, érettsége lesz a fő szempont a mérlegelésben. A Gyermekjogi Bizottság szerint a részes államok vonatkozásában a „kibontakozó képességek” fogalma eltérő legitím módokon is megjelenhet. Elsősorban olyan általános alsó életkori határ meghúzásával, aminek a betöltésével a gyermek vélelmезetten elérte a szükséges érettséget vagy érettségi fokot (*maturity*), megértési szintet vagy képességet (*level of understanding*), és minden olyan esetben döntést hozhat az önmagát érintő kérdésekben, amit indokolt módon jogszabály nem korlátoz vagy tilt. A másik eset, hogy a gyermek kibontakozó képességeinek elvével nagyobb összhangban nem húznak életkori határt, hanem az az elv érvényesül, hogy a gyerek akkor kapja meg a saját magával kapcsolatos döntések jogát, amikor úgy ítélik meg, hogy „kellő belátással” rendelkezik.⁷⁰

A gyermekek autonómiájával összefüggésben a Gyermekjogi Bizottság üdvözölte, hogy egyes országokban bevezettek egy meghatározott életkort, amelynél a beleegyezési jog a szülőről a gyermekre száll át. A Gyermekjogi Bizottság pedig arra ösztönözte a többi részes államot is, hogy vezessenek be ilyen szabályokat azzal, hogy e korhatárnál fiatalabb gyermek képes legyen tájékozott véleményt nyilvánítani. A Gyermekjogi Bizottság lépéseket tett az autonómia nagyobb hangsúlyozása felé: 2016-ban kiemelte, hogy a serdülő önkéntes és tájékozott beleegyezését meg kell szerezni, függetlenül attól, hogy bármilyen orvosi vizsgálathoz elegendő lenne-e a szülő vagy gyám hozzájárulása a kezelés érdekében.⁷¹

Elvárás a gyermekek jogi helyzetének dinamikus értékelése, mérlegelése, amely pedig az életkorukkal és érettségük növekedésével együtt változik. Problémát jelent azonban, hogy az államok nem ritkán gyakorlati, politikai vagy ideológiai érvek alapján alkalmazzák a korhatárt. Míg a korhatárok gyakran nélkülözhetetlenek ahhoz, hogy a jogi szakemberek útmutatást adhassanak, és a jogbiztonság is biztosított legyen, ezeket alaposan meg kell vizsgálni annak megállapítása érdekében, hogy ezek – és különösen a mögöttük rejlő célok – összhangban vannak-e a nemzetközi gyermekjogi szabályokkal, teret engedve a gyermek autonómiájának. Jelenleg nincsen átfogó, általánosan elismert koncepció a gyermek mint jogképességgel rendelkező személy autonómiájáról. Egyes szakirodalmi kritikák szerint mindez részben a Gyermekjogi Bizottság e ponttal kapcsolatos nem meggyőző útmutatásának

⁷⁰ Kézikönyv a gyermekjogi egyezmény alkalmazásához, 122.

⁷¹ CRC Committee, General Comment No. 20: On the Implementation of the Rights of the Child during Adolescence (UN Doc CRC/C/GC/20, 2016).

az eredménye.⁷² A szakirodalom külön is kiemeli azt a feszültséget, amely egyrészt a gyermekek védelme, másrészt a gyermekek fejlődő autonómiájának elismerése között áll fenn: a gyermeknek ugyanis jogában áll részt venni a különféle helyzetekben és az őket érintő döntésekben, sőt döntéseket hozni, miközben az autonómia és a védelem egyensúlya tekintetében minimális a konszenzus.⁷³

Az Európai Unió Alapjogi Ügynöksége (FRA) 2017-ben részletesen áttekintette az uniós tagállamokban a gyermekek esetében a joggyakorlási korhatárookra vonatkozó szabályokat, ezek közül pedig számos példa kifejezetten alapjogi joggyakorlást érintett (házasságkötés lehetősége, politikai részvétel, adatkezeléshez való hozzájárulás, illetve az orvosi kezeléshez való hozzájárulás szülői beleegyezés nélkül). Az FRA ennek során például arra a következtetésre jutott, hogy a gyermekek a nagykorúvá válásuk, általában 18 éves koruk és az ezzel járó teljes eljárási jogképességük előtt főszabályként – néhány limitált kivételtől eltekintve – nem kezdeményezhetnek önállóan bírósági eljárást, emellett a gyermekek bírósági eljárásokban való meghallgatáshoz való joga jelentősen eltér az egyes államokban és azokon belül, valamint a különböző jogterületeken.⁷⁴ Mindez pedig rávilágít arra a problémára, hogy hiányozhatnak az egységes alkotmányjogi-alapjogi megfontolások, az ezeken alapuló igazolási szempontok az életkori határok meghúzósa, a gyermekek alapjogi joggyakorlásának ilyen módon való állami korlátozása esetében.

4.2. A fogyatékossgal élő emberek alapjog-gyakorlási képessége

4.2.1. A fogyatékossgal élő emberek mint jogalanyok

A gyermekek helyzetéhez hasonlóan a fogyatékossgal élő emberek esetén is elfogadásra került egy nagyszabású nemzetközi egyezmény, amelyet Magyarország és maga az Európai Unió is egyaránt ratifikált. Az emberi jogok klasszikus generációs besorolását alapul véve a CRPD egy harmadik generációs, csoportjogokat rögzítő egyezmény, szerkezete igazodik azokhoz a területekhez, problémákhoz, amelyek a fogyatékossgal élő emberek első és második generációs alapjogai élvezetében felmerülnek. Az Egyezményt holisztikus szemlélet hatja át, a fogyatékossgal élő személyek valamennyi társadalmi interakciójára vonatkozóan találhatunk benne eligazítást. Ebből fakad azonban egy értelmezési alapvetés is: nem lehet

⁷² Lásd: Stephanie RAP, Eva SCHMIDT and Ton LIEFAARD: Safeguarding the Dynamic Legal Position of Children: A Matter of Age Limits? Reflections on the Fundamental Principles and Practical Application of Age Limits in Light of International Children's Rights Law, *Erasmus Law Review*, Issue 1, 2020

⁷³ N. PELEG: Illusion of Inclusion: Challenging Universalistic Conceptions in International Children's Rights Law, 24, *Australian Journal of Human Rights* 326, at 328-329 (2018); S. VARADAN: The Principle of Evolving Capacities under the UN Convention on the Rights of the Child, 27, *The International Journal of Children's Rights* 306, at 322 (2019); G. LANSDDOWN: The Evolving Capacities of the Child (2005), J. TOBIN Understanding a Human Rights Based Approach to Matters Involving Children: Conceptual Foundations and Strategic Considerations, in A. INVERNIZZI and J. WILLIAMS (eds.), *The Human Rights of Children: From Visions to Implementation* (2011) 61.

⁷⁴ Lásd <https://fra.europa.eu/en/publication/2017/mapping-minimum-age-requirements-concerning-rights-child-eu> (2021. december).

csupán egyes rendelkezéseket kiragadni és megvalósítani, az egyes cikkeken megfogalmazottak egymás elő- és/vagy társfeltételei egyúttal. Egy közös rendezőelv emelhető ki: a fogyatékossgal élő személyek autonómiájának minél teljesebb biztosítása.⁷⁵

A CRPD 12. cikkéhez szervesen kapcsolódik a CRPD Bizottság 1. számú Általános Kommentárja, illetve az Európa Tanács R. (99) 4. számú ajánlása, amelyek együttes értelmezése adja alapját a fogyatékossgal élő emberek jogalanyisága nemzetközi dimenziójának.

A CRPD esetében egy olyan jogi dokumentumról beszélünk, amely „alapjaiban szabta át a fogyatékossgal élő személyekről történő gondolkodást, egy új nézőpont bevezetésével új irányból definiálta a fogyatékossgal élő személyek jogait, teljes paradigmaváltást hajtvá végre ezáltal.”⁷⁶

Jelen tanulmány szempontjából releváns, hogy a CRPD 12. cikke szerint minden fogyatékossgal élő személynek joga van arra, hogy a törvény őt személyként ismerje el (12. cikk 1. bekezdés), melyből következik, hogy jog- és cselekvőképességük az élet valamennyi területén másokkal azonos módon kell, hogy megillessen őket (12. cikk 2. bekezdés), így természetesen tilos a fogyatékossgal élő személyek hátrányos megkülönböztetés (5. cikk 2. bekezdés). A 12. cikk előírja továbbá, hogy az autonómia gyakorlásához esetlegesen szükséges segítségnek rendelkezésre kell állnia, az egyén számára azt biztosítani kell.⁷⁷

Az Egyezmény fordítása szerint a 12. cikk alapján a fogyatékossgal élő személyeket az élet minden területén másokkal azonos alapon megilleti a jog-, illetve cselekvőképesség. A Lux-Kussinszky-Stánicz szerzőhármas álláspontja szerint a „jog-, illetve cselekvőképesség” kifejezés fordítása az eredeti *legal capacity* kifejezésből olyan kompromisszum, mely végül valójában nem feltétlenül alkalmas arra, hogy az Egyezmény valódi jelentését megfelelően hordozza. E szerzők álláspontja szerint a magyar jogból (és szakirodalomból egyaránt) jelenleg hiányzik az ezen kapcsolat felismerését tükröző, a *legal capacity*-nek tartalmilag megfelelő fogalom, erre jelen fejezet későbbi részében még kitérünk.

Alapvetése tehát a CRPD-nek, hogy a kognitív fogyatékossgal élő személyek számára nincs szükség új jogokra: a jelenlegi jogi keretek emberi méltóságon és egyéni autonómián alapuló értelmezése esetén azok valamennyi ember számára inkluzívva válnak.⁷⁸ A CRPD egyértelmű elvárást fogalmaz meg, miszerint tilos a joggyakorlási képesség általános és teljes

⁷⁵ LUX Ágnes - KUSSINSZKY Anikó - STÁNICZ Péter: Az ENSZ Fogyatékossgal Élő Személyek Jogainak Bizottsága legfrissebb megállapításai Magyarország tekintetében: a különleges jelentésből levonható főbb következtetések. *Családi Jog* 2020. 3. szám, 10-11.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ E. FLYNN - A. ARSTEIN-KERSLAKE The Support Model of Legal Capacity: Fact, Fiction, or Fantasy?, *Berkeley Journal of International Law* 2014 vol. 32, no. 1, 124-143., 128.

⁷⁸ STÁNICZ Péter: Egyéni autonómia a paradigmaváltások viharában – Támogatott döntéshozatal és a tévedés méltósága. In: *Fogyatékossgal és Társadalom*, 2019. 2. szám, 76-85. 79-80.

korlátozása, elvonása. Előírja a CRPD továbbá azt is, hogy a döntései során segítségre szoruló egyént hatékony eszközökkel kell segíteni döntéshozatalában (támogatott döntéshozatal), ugyanakkor a segítségnyújtás nem merészkedhet odáig, hogy átvegye a döntést az egyéntől (helyettes döntéshozatal).⁷⁹

Alapvető kérdésként merül fel a fogyatékossgal élő emberek esetében is, hogy kit tekintünk fogyatékossgal élőnek. A CRPD Preambuluma a fogyatékossgot egy változó fogalomként határozza meg, kiemelve, hogy a fogyatékossg a fogyatékossgal élő személyek és az attitűdbeli, illetve a környezeti akadályok kölcsönhatásának következménye, amely gátolja őket a társadalomban való teljes és hatékony, másokkal azonos alapon történő részvételben. A CRPD 1. cikke további értelmezést ad, hivatalos magyar fordítása szerint fogyatékossgal élő személy minden olyan személy, aki hosszan tartó fizikai, értelmi, szellemi vagy érzékszervi károsodással él, amely számos egyéb akadállyal együtt korlátozhatja az adott személy teljes, hatékony és másokkal egyenlő társadalmi szerepvállalását.

A CRPD fogalomhasználatának lényege annak holisztikus szemlélete, a fogyatékossg létét nem az egyén hiányosságaként határozza meg, hanem az ún. szociális modell szerint az egyén és a társadalom kölcsönhatásakor felmerülő akadályként tekint rá. A szociális modell a korlátozottság okát az egyén helyett elsődlegesen külső hatásokban keresi, így a közösségben vagy a társadalomban.⁸⁰ A szociális modell kiindulópontja, hogy a fogyatékossgal élő embert korlátozó akadályok nem statikus, természetesen adott létezők, hanem azokat a többséghez igazított társadalmi környezet hozza létre. A szociális modell a közösségi lét keretei között helyezi el a fogyatékossgot, amely egy „elnyomó és diszkriminatív” társadalomból fakad, nem pusztán az egyén károsodásából.⁸¹

Jelen tanulmány szempontjából azonban a CRPD fogyatékossg fogalma helyett a kognitív fogyatékossg kifejezést annak Flynn és Arstein-Kerslake szerinti meghatározása szerint használjuk. Fogyatékossg fogalmunk így magában foglalja a pszicho-szociális fogyatékossgot, a mentális zavarokat, a fejlődési rendellenességeket, a születést követően szerzett agyi sérüléseket és a demenciát.⁸² A CRPD-től eltérő, szűkebb fogalomhasználatunk a tanulmány céljához igazodik, tekintettel arra, hogy a gyermekek és a fogyatékossgal élő

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Szakít tehát a korábban uralkodó medikális modellel. A medikális modell szerint a fogyatékossg károsodás, mely az orvosi megközelítésből adódóan gyógyítandó, kezelendő, helyrehozandó, de legalábbis rehabilitálandó. OLIVER, Michael: *Social Work with Disabled People*. Basingstoke: MacMillan, 1983.; SCOTCH, Richard K.: *Disability Policy: An Eclectic Overview*, *Journal of Disability Policy Studies*, 2000, 11(1), 6–11. <https://doi.org/10.1177/104420730001100104>; PFEIFFER, David: *The Conceptualization of Disability, Exploring Theories and Expanding Methodologies: Where We Are and Where We Need to Go*. In BARNARTT, Sharon N., ALTMAN, Barbara M. (szerk.): *Research in Social Science and Disability*, New York: Elsevier Science, volume 2 (2001), 29-52.

⁸¹ SODER, Marten: *Tensions, perspectives and themes in disability studies*, *Scandinavian Journal of Disability Research*, 2009, 11: 67–81.

⁸² FLYNN, E., ARSTEIN-KERSLAKE, A. (2014). *The Support Model of Legal Capacity: Fact, Fiction, or Fantasy?* 32, *Berkeley J. International Law*. 124.,125.

emberek joggyakorlási képességének alapjogi aspektusait vizsgáljuk, ami alapvetően e csoportok eltérő mentális képességét helyezi középpontba.

4.2.2. Jog- és cselekvőképesség vagy *legal capacity*

A kiindulópontok között már említettük, hogy a kontinentális jogrendszerekben a polgári jog - amely a fogyatékossgal élő emberek gondnokságáról és joggyakorlásáról rendelkezik - élesen elhatárolja egymástól a jogképesség és a cselekvőképesség fogalmát.⁸³ Ezzel szemben a *common law* országokban, továbbá nemzetközi téren, így különösen a CRPD-ben, illetve az EJEB gyakorlatában⁸⁴ is eltérő fogalomhasználat tekinthető uralkodónak, a *legal capacity* használata. A *legal capacity* lényege, hogy az egyén cselekvéseit és az általa hozott döntéseket a jog létezőként és érvényesként elismeri, így valójában a döntéshozatali autonómia jogi leképeződését jelenti,⁸⁵ gyakorlatilag egyfajta “átjáró” az élet realitása és a jogi dimenzió között. Az egyén felől megközelítve a *legal capacity* meghatározható úgy is, mint az egyén képessége arra, hogy jogi hatást kiváltó döntéseket hozzon.⁸⁶ *Legal capacity* hiányában az egyén választásai, döntései nem képesek jogi hatást kiváltani, sőt, a jog ezeket gyakran semmisnek vagy nem létezőnek tekinti. A *legal capacity* fogalmán belül is ismert a *legal standing* és a *legal agency* megkülönböztetése, ez azonban nem bír olyan erős dogmatikai alappal, mint a jog- és cselekvőképesség kettőssége.

A fogalomhasználatok eltérése rögtön felveti a kérdést, hogy mennyiben lehet elválasztani az alapjog-gyakorlási képességet a jogképességtől. Vajon az alapjogok tekintetében helytálló a két fogalom elhatárolása, amely szerint valaki jogképes lehet cselekvőképesség hiányában is, vagy az alapjogi jogterületen ezeket csak integráltan közelíthetjük meg, miszerint ahhoz, hogy jogokkal bírjunk, szükséges legalább bizonyos fokú rendelkezési jog, amelynek hiányában az egyén szemszögéből a jogképesség valójában fiktívvé válik.

4.2.3. Mentális (döntési) képesség (*mental capacity approach*)

Mind a cselekvőképesség, mind a *legal capacity* fogalma értékeli az egyén döntéshozatali képességét vagy mentális képességét. A *legal capacity* és az egyén mentális képessége között kapcsolat áll fenn;⁸⁷ a *legal capacity*-hez, illetve a cselekvőképességhez az egyéntől elvárt valamilyen mentális állapot vagy (döntési, belátási) képesség. Ennek alapja azon feltételezés, hogy amennyiben az egyén nem rendelkezik a döntéshozatalhoz szükséges mentális

⁸³ A kontinentális és *common law* országok eltérő megközelítéséhez és annak történeti áttekintéséhez ld. részletesebben: HOFFMAN István – KÖNCZEI György: Legal Regulations Relating to the Passive and Active Legal Capacity of Persons with Intellectual and Psychosocial Disabilities in Light of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Impending Reform of the Hungarian Civil Code, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 2010, volume 33.

⁸⁴ Például: *Ivinovic v. Croatia*, *Z. H. v. Hungary*, *Salontaji-Drobnjak v. Serbia*, *Shtukaturv v. Russia*.

⁸⁵ Oliver LEWIS: *Legal Capacity in International Human Rights Law* 2015. 25.

⁸⁶ CRPD Art. 12.

⁸⁷ Matthew BURCH: *Autonomy, Respect and the Rights of Persons with Disabilities. Essex Autonomy Project*, 2016.

képességgel (képességekkel), így különösen, ha nem képes döntései lehetséges következményeit belátni, akkor védeni kell a magára nézve hátrányos döntésektől. Érdemes ezért megvizsgálni az elvárt mentális képesség megközelítéseit.

A mentális (döntési) képesség alapú megközelítés(ek) közös vonása, hogy a *legal capacity* feltételének tekintik, hogy az egyén megfeleljen meghatározott szempontoknak, elvárásoknak. Az egyén akkor bírhat tehát *legal capacity*-vel, ha mentális képessége eléri egy meghatározott szintet. A „szint” meghatározására több módszer, illetve elmélet alakult ki, mivel a joggyakorlat számára megkerülhetetlen a kérdésben való döntés. A joggyakorlatban tehát szükségszerű valamiféle sztenderd alkalmazása, ennek kialakulása azonban mind a gyakorlatban, mind a jogirodalomban gyakran hézagos vagy mozaikszerű.

a) Státusz és eredmény alapú megközelítések

Mára már meghaladottnak tekinthető (hatásában ugyanakkor továbbra is erőteljesen érzékelhető) paradigmák voltak a státusz és az eredmény szerinti megközelítések. A státusz alapú megközelítés lényege, hogy pusztán orvostudományi eszközökkel kívánja meghatározni a *legal capacity*-hez elvárt mentális képességet (fordítva: a *legal capacity* korlátozását orvostudományi indokokkal tartja igazolhatónak).

A medikális modell szerint a fogyatékoság károsodás, mely az orvosi megközelítésből adódóan gyógyítandó, kezelendő, helyrehozandó, de legalábbis rehabilitálandó.⁸⁸ A fogyatékoság medikális definíciója tehát a normális egészségi állapottól való eltérés, deviáció.⁸⁹ A medikális modell a gyógyítást tűzi legfőbb célként, aminek érdekében az egyén önrendelkezése, autonómiája akár fel is függeszthető. A modell a fogyatékosággal élő embereket ezáltal nem alanyként,⁹⁰ hanem a kezelés tárgyaként tekinti.⁹¹ Amennyiben az egyénnél pszichiátriai zavart (fogyatékoság/oligofrénia, demencia, schizofrénia, bipoláris zavar, de akár egy autóbalesetben szenvedett agyi sérülés is ide tartozhat) diagnosztizálnak, ez önmagában elegendő ok arra, hogy cselekvőképességében (*legal capacity*) korlátozzák.

A medikális szemléletű státusz alapú megközelítéstől eltért az eredmény alapú megközelítés, amelynek lényege, hogy a döntési képességet a döntés eredményének függvényében

⁸⁸ OLIVER, Mike: Disability Research: Politics, Policy and Praxis. 1998. Elérhető: <https://disability-studies.leeds.ac.uk/library/author/oliver.mike/> (2021. december); SCOTCH, Richard K.: Disability Policy: An Eclectic Overview, *Journal of Disability Policy Studies*, 2000, 11(1), 6–11. <https://doi.org/10.1177/104420730001100104>; PFEIFFER, David: The Conceptualization of Disability, Exploring Theories and Expanding Methodologies: Where We Are and Where We Need to Go. In BARNARTT, Sharon N., ALTMAN, Barbara M. (szerk.): *Research in Social Science and Disability*, New York: Elsevier Science, volume 2 (2001), 29-52.

⁸⁹ DEGENER, Theresia: Disability in a Human Rights Context. *Laws*, MDPI, Open Access Journal, vol. 5(3), 1-24. o., August, 2016. 3. o., valamint DHANDA, Amita: Legal capacity in the disability rights convention. *Syracuse Journal of International Law and Commerce* 34 (2007): 429-62.

⁹⁰ CRPD/C/GC/6 8. bekezdés.

⁹¹ Lásd részletesen: KÖNCZEI György, HERNÁDI Ilona, KUNT Zsuzsanna, SÁNDOR Anikó: A fogyatékoságtudomány a mindennapi életben. BME Tanárképző Központ TÁMOP-4.1.2 B2 Pályázat, 2015. 4.2.2 A medikális modell c. alfejezet.

vizsgálja. Feltevése, hogy amennyiben egy döntés kedvezőtlen, hátrányos vagy kifejezetten káros következményeket eredményez, akkor az egyén nem rendelkezhetett kellő döntési képességgel a döntés meghozatalakor, hiszen máskülönben nem hozta volna meg az adott döntést. Tehát a döntés kimenetele alapján, abból visszakövetkeztetve dönt a mentális képességről.

Ez a megközelítés rokonítható a polgári jogi belátási képesség alapú megközelítéssel, tekintettel arra, hogy az alapul fekvő logika azonos: a racionális egyén nem hoz számára kedvezőtlen döntést, így amennyiben a döntés számára mégis hátrányos következményekkel bír, úgy bizonyos, hogy nem látta megfelelően előre ezen következményeket (azok lehetőségét), így nem bírt a döntés meghozatalakor belátási képességgel.

Mind a státusz, mind pedig az eredmény alapú megközelítés osztozik abban, hogy objektíven meghatározhatónak tartja az egyén számára legjobb döntést, életet (ún. *best interest* alapú döntéshozatal).

b) Funkcionális megközelítés

Az Európa Tanács és a nemzetközi gyakorlat meghaladta ezen megközelítéseket.⁹² A kialakuló új paradigma a funkcionális megközelítés (vagy funkcionális teszt, illetve nevezik *mental capacity approach*-nak is) lett, mely két aspektusból vizsgálja a döntési képességet. Az egyik az időbeliség: a döntési képesség időben változó, például fázikus lefolyású vagy degeneratív betegségek esetén (nem mindegy, hogy a bipoláris zavarral élő ember mániás vagy depressziós fázisban van, vagy mennyire előrehaladott egy demencia/Alzheimer, stb.). A döntési képesség sosem általánosságban, hanem mindig egy adott időpillanatban vizsgálendő és állapítható meg. A másik a döntés típusa: különböző döntések (pl. egészségügyi döntések, pénzügyi-befektetési döntések, személyes döntések, házasság, öröklés) különböző képességeket igényelnek, ezért a valamennyi döntésre kiterjedő univerzális döntési képesség valójában fikció.

A funkcionális megközelítés nívuma, hogy szakít a bináris (döntésre teljesen képes/képtelen) meghatározással, és felismeri, hogy a döntési képesség több tényezőtől függ, időben és a döntés függvényében állandóan változik és egyedileg vizsgálendő. A megközelítés alapjogi szempontból is fontos újdonsága továbbá, hogy felismeri a lehető legkisebb beavatkozás elvét (*least restrictive measure*) és garanciák meghatározását tartja indokoltnak.⁹³

A funkcionális megközelítés a döntési (mentális) képesség egyedi és egyéni vizsgálatán alapul: nem az általános döntési képességet kívánja vizsgálni, hanem az adott döntés meghozatalához szükséges képességeket vizsgálja. Empirikus alapokon nyugszik, felismeri,

⁹² Recommendation No. R(99)4 on 'principles concerning the legal protection of incapable adults.' 1999 Committee of Ministers of the Council of Europe.

⁹³ LEWIS 2015.

hogy az egyén döntési képessége változó, ugyanazon ember döntési képessége eltérő lehet attól függően, hogy mikor vizsgáljuk, illetve milyen döntést vizsgálunk.

A funkcionális megközelítés személyre szabott, egyéniesített döntési képesség vizsgálata,⁹⁴ mely időben meghatározott és a társadalom bármely tagjára egyaránt alkalmazható modell. Univerzális abban a tekintetben, hogy bármely ember döntési képességét vizsgálhatóvá teszi:⁹⁵ aki nem rendelkezik a szükséges képességekkel, a funkcionális teszten elbukik, így cselekvőképessége korlátozható.⁹⁶

A szakirodalomban többen is rámutatnak azonban arra, hogy a funkcionális teszt korántsem olyan univerzális, mint az a fentiekből tűnhet.⁹⁷ Elméleti síkon valóban bármely ember döntési képességét vizsgálhatóvá teszi a módszer, és pusztán a döntési képesség alapján kerülne így meghatározásra (korlátozásra) az egyén *legal capacity*-je. A gyakorlatban azonban ez nem reális kimenetel. Mentális probléma (fogyatékoság, mentális zavar) hiányában a nagykorú emberek döntési képessége nem kerül megkérdőjelezésre, így nem képezi vizsgálat tárgyát – ezzel szemben a fogyatékosággal élő emberek döntési képességét rendszeresen megkérdőjelezzük, bizonyítaniuk kell ahhoz, hogy cselekvőképességgel rendelkezessenek. A teszt alkalmazása tehát komoly diszkriminációs aggályokat vet fel. A funkcionális teszt lényege azon mérlegelés, hogy az egyén kognitív képességének csökkenése milyen mértékű korlátozást indokol (teszt szükségessé). A *legal capacity* megítélésére irányuló eljárásokban ezen kényes mérlegelési kérdés Európában az arányosság mércéje által kerül értékelésre.

A diszkriminációtilalom alapja, hogy nem lehet megfelelő igazolás nélkül embereket eltérően kezelni. Kérdésként merül fel, hogy igazolható-e a másokhoz képest hátrányos bánásmód. Amennyiben igen, lehet-e védett tulajdonság a hátrányosabb bánásmód alapja. Szükséges valamilyen mérce ahhoz, hogy megállapíthassuk, mi minősül igazolható hátrányos bánásmódnak (például szabadság korlátozása, nem önkéntes gyógykezelés).⁹⁸

A kedvezőtlen bánásmód igazolására számos elmélet, illetve szempont ismert, az európai alapjogi joggyakorlatban leginkább bevetnek a korlátozás arányossági vizsgálatát tekinthetjük, amelyet az EJEB irányadónak tekint a *legal capacity* korlátozása során is.⁹⁹ Kifejezetten a *legal capacity* teljességének korlátozhatóságát vizsgáló EJEB döntés eddig nem született. Ezzel szemben számos olyan döntéssel találkozhatunk az EJEB esetjogában, amelyekben a *legal capacity* egyes aspektusai, konkrét érvényesülési területei jelentek meg, amelyek közül legtipikusabbak az önrendelkezést, illetőleg a személyi szabadságot érintő

⁹⁴ Shtukurov v. Russia.

⁹⁵ Paul APPELBAUM – Thomas GRISSO: The MacArthur Treatment Competence Study I.

⁹⁶ Szemben a medikális modellel, ahol kizárólag orvosi diagnózis lehet a korlátozás alapja – csakis olyan ember döntési képessége lehet így vizsgálat tárgya, aki „beteg”.

⁹⁷ BURCH 2017.

⁹⁸ Lásd részletesen: GURBAI Sándor: Beyond the Pragmatic Definition? The Right to Non-discrimination of Persons with Disabilities in the Context of Coercive Interventions. *Health and Human Rights Journal*, Volume 22/1, 2020, június, 279-292.

⁹⁹ *Glor v. Switzerland, Shtukurov v. Russia, Salontaji-Drobnjak v Serbia.*

esetek (nem önkéntes pszichiátriai kezelés, nem önkéntes bentlakásos szociális intézményben történő elhelyezés). Ezen ügyekben az EJEB gyakran hivatkozik a CRPD rendelkezéseire, ugyanakkor a saját gyakorlatában kimunkált szabadságkorlátozási teszt garanciális feltételrendszerét rendeli alkalmazni annak megítélésére, hogy az egyén *legal capacity*-je korlátozható-e a tartózkodási helyéről vagy lakóhelyéről, illetőleg gyógykezeléséről történő döntések tekintetében. A hátrányos megkülönböztetés tilalma ezen ügyekben - annak ellenére, hogy az EJEB maga is hivatkozza a CRPD 12. cikkét - a legkritább esetben jelenik meg.¹⁰⁰ A diszkrimináció igazolásának vizsgálata során további szempont mind az EJEB, mind pedig az ENSZ égisze alatt működő fórumok gyakorlatában, hogy a kedvezőtlenebb bánásmód igazolása objektív és racionálisan igazolható legyen, illetve, hogy az állam tegyen meg minden észszerű intézkedést a korlátozás elkerülése érdekében.¹⁰¹ Az arányosság szempontjait egyébként a CRPD Bizottság is rögzítette Általános Kommentárjának tervezetében, a végül elfogadott szöveg azonban hallgat az igazolhatóság kérdéséről.¹⁰²

A CRPD Bizottság mint jogalkalmazó fórum 2019-ig tizenöt közvetlen vagy közvetett diszkriminációs ügyet bíralt el, tizennégy alkalommal érdemi döntés, egy alkalommal pedig befogadhatatlansági döntés született. Ezekben a Bizottság három eltérő állásfoglalását azonosítja Gurbai.¹⁰³ Megjelenik az *objective and reasonable justification* tesztje - melyet Gurbai a diszkrimináció pragmatikus fogalmaként említ - a közvetett diszkriminációt sérelmező H.M. v. Sweden, Marlon James Noble v. Australia, és Iuliia Domina and Max Bendtsen v. Denmark ügyekben. Egyes közvetett diszkriminációs ügyekben (pl. Michael Lockrey v. Australia, Gemma Beasley v. Australia, és J.H. v. Australia) a Bizottság utal a kedvezőtlenebb bánásmód igazolásának lehetőségére, ugyanakkor nem utal a pragmatikus megközelítésre. Végül a közvetlen diszkriminációt vizsgáló V.F.C. v. Spain, X v. United Republic of Tanzania és Y v. United Republic of Tanzania ügyekben a Bizottság megállapította a diszkriminációt és érdemben nem vizsgálta az állam által tett pragmatikus igazolási kísérletet.

¹⁰⁰ Shtukaturov v. Russia és Winterwerp v. The Netherlands ügyekben nem önkéntes pszichiátriai kezelés, Z. H. v. Hungary ügyben egy többszörösen fogyatékossgal élő ember büntetőeljárásban való érdemi részvétele, jogai gyakorlásának lehetővé tétele (észszerű alkalmazkodás) képezte az alapjogsérelem megállapítását, míg Stanev v. Bulgaria ügyben az érintett akarata ellenére történő bentlakásos intézményben történő elhelyezés során fogalmazta meg az EJEB ezen követelményt.

¹⁰¹ Z. and others v. United Kingdom, Z. H. v. Hungary, Human Rights Committee, General Comment 18, Non-discrimination, UN Doc.HRI\GEN\1\Rev.1 (1989), para. 13., *Nell Toussaint v. Canada*, Human Rights Committee, Communication No. 2348/2014, UN Doc. CCPR/C/123/D/2348/2014 (2018) para. 11.7., Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation No. 32, The Meaning and Scope of Special Measures in the International Convention on the Elimination of All Forms Racial Discrimination, UN Doc. CERD/C/GC/32 (2009), para. 8; *López Rodríguez v. Spain*, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Communication No. 001/2013, UN Doc. E/C.12/57/D/1/2013 (2016), para. 14.1.

¹⁰² CRPD Committee, *General Comment on Equality and Non-discrimination (Article 5): First draft as at 31 August 2017*, para. 20(b). Available at <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/GCART5.docx> (2021. december).

¹⁰³ GURBAI, i. m.

A téma szempontjából legfontosabb Bujdosó et al. v. Hungary ügyben (a panaszosok értelmi fogyatékoságuk miatt gondnokság alá kerültek, ezért az akkori szabályok szerint a választói névjegyzékből törölték őket) a Bizottság döntése szerint a *legal capacity* fogyatékoság alapon történő vizsgálata szükségképpen diszkriminatív. A Bizottság álláspontja szerint érdektelen volt annak vizsgálata, hogy a kizárásnak volt-e bármilyen legitim célja vagy az elérni kívánt céllal arányos volt-e, az ab ovo önkényes és diszkriminatív. Kiemelendő továbbá, hogy a Bizottság ezen legutóbbi négy ügye időben a legfrissebb.

Gurbai a CRPD Bizottság esetjoga vizsgálatának eredményeként arra a következtetésre jut, hogy a közvetlen diszkriminációt illetően a Bizottság nem alkalmazza a pragmatikus igazolási tesztet (*objective and reasonable justification*), a közvetett diszkriminációs ügyekben pedig közel fele-fele arányban tekinti azt alkalmazandónak. Ebből kiindulva három lehetőséget fogalmaz meg:

(1) Közvetlen diszkrimináció esetében nincs helye kimentésnek/igazolásnak. Gurbai szerint ez igazából egy új közvetlen diszkrimináció meghatározást is eredményezhetne, mely szerint „a fogyatékoságon alapuló diszkrimináció bármilyen, a fogyatékoságon alapuló hátrányos bánásmód, amely e fogyatékoságból kifolyólag korlátozza vagy ellehetetleníti az alapjog gyakorlását vagy elismerését.” Ebben az esetben a fogyatékoságon alapuló hátrányosabb bánásmód kimentésére nincs lehetőség.

(2) Közvetett diszkrimináció esetén az állam igazolhatja az eltérő bánásmódot: amennyiben legitim célt szolgált, és az egyén minden észszerű segítség, alkalmazkodás és akadálymentesítés ellenére sem tudná gyakorolni jogát, úgy nem történt diszkrimináció. A megítélés szempontja tehát az, hogy az állam eleget tett-e az észszerű alkalmazkodás és segítségnyújtási kötelezettségének.

(3) Meghatározhatók továbbá egyes fogyatékoság-specifikus abszolút jogok, amelyekkel szemben nincs helye igazolásnak vagy kimentésnek. Ilyen abszolút jognak vagy jogosultságnak tekinti a CRPD Bizottság például a szabadságkorlátozás vagy a megalázó bánásmód fogyatékoságon alapuló megsértését.¹⁰⁴

Az egyes alternatívák természetesen nem egyértelmű előrejelzések, ugyanakkor annyi mindenképpen látszik a Bizottság gyakorlatán, hogy elkezdett elmozdulni a korábban bevett, arányossági paradigmától.

Az EJEB gyakorlatában is fellelhető az *objective and reasonable justification* teszt, amelyet a Bíróság több ügyben úgy értelmezett, hogy az eltérő bánásmód akkor diszkriminatív, ha nincs legitim célja, illetve nincs észszerű arányossági kapcsolat az elérni kívánt cél és az alkalmazott eszközök között.¹⁰⁵ Szintén a CRPD egyezményvel való konformitás felé mutat a

¹⁰⁴ W. MARTIN and S. GURBAI, *Surveying the Geneva impasse: Coercive care and human rights*, *International Journal of Law and Psychiatry* 64 (2019), 120–121.

¹⁰⁵ *Guberina v. Croatia, Fabris v. France* [GC], no. 16574/08, § 56, ECHR 2013; *Weller v. Hungary*, no. 44399/05, § 27, 31 March 2009; and *Topčić-Rosenberg v. Croatia*, no. 19391/11, § 36, 14 November 2013)

Bíróság gyakorlata, amikor a Guberina-ügyben¹⁰⁶ a CRPD-ből eredő észszerű alkalmazkodás követelményét, annak CRPD szerinti tartalma szerint támasztja a tagállammal szemben; ezt megerősíti az EJEB a Cam v. Turkey ügyben is. Ugyanakkor ismert olyan ügy is, ahol a Bíróság - bár indokoltnak mutatkozott volna - nem vette figyelembe az észszerű alkalmazkodás követelményét egy általa túl enyhének minősített sérelem esetén (Glaisen v. Switzerland).

Szintén egyezik az EJEB és a CRPD gyakorlata a tekintetben, hogy a *legal capacity* bármilyen korlátozását végső eszköznek tekintik, amelyet csakis akkor lehet alkalmazni, ha más, nem korlátozó eszköz nem áll rendelkezésre vagy sikertelennek bizonyult.¹⁰⁷ Ezen logika mentén haladt a Bíróság már a Kutzner-ügyben is,¹⁰⁸ amikor megállapította, hogy sérti az Egyezmény 8. cikkét (családi élet), ha az értelmi fogyatékossgal élő szülők szülői felügyeleti jogát fogyatékossgukra tekintettel függesztik fel anélkül, hogy az elérhető támogató lépéseket kellően megfontolná az állami hatóság. Bár a Bíróság nem diszkriminációra alapozta indokolását, mégis jól tetten érhető a szülők különleges helyzetéből fakadó támogatási, segítségnyújtási kötelezettség az állam részéről, melynek hiányában az alapjogkorlátozás nem igazolható. Egyező a két fórum gyakorlata abban is, hogy a korlátozást nem alapozhatja meg kizárólag orvosi, egészségügyi szakvélemény.¹⁰⁹

A két fórum gyakorlata sok tekintetben hasonló, azonban alapvető eltérés, hogy az EJEE 14. cikkében foglalt diszkriminációttilalom csakis az egyezményben foglalt más joggal állhat együtt, önállóan nem hivatkozható. Ebből fakad, hogy az EJEB nem tekinti az egyezményben foglalt jogok megsértésének azon eseteket, ahol az egyén fogyatékossgából kifolyólag hátrányt szenved, de annak mértéke nem éri el a 8. cikkben foglaltakat, és nem kapcsolódik a szabadságkorlátozás vagy a tisztességes eljárás követelményeihez (5. és 6. cikk). Az EJEB ezen gyakorlata a fogyatékossgal élő emberek jogvédelmét jelentős mértékben korlátozza. A mindennapi életben megvalósuló korlátozások (pl. nem hozzáférhető középületek) kívül esnek az EJEB védelmi körén, holott ezek az élethelyzetek azok, amelyek a fogyatékossgal élő embereket leggyakrabban érintik, és korlátozzák a közösségi életben való akadálytalan részvételüket. A CRPD ezzel szemben alapvetően az érintettek által átélt élethelyzetekből indul ki, ezt tükrözi, hogy az egyezmény megalkotása során és a Bizottság munkájában (tagok) is az érintettek aktív részvétele figyelhető meg.

A két fórum gyakorlata sajátos kölcsönhatásban van, gyakran kerül egymáshoz közel, ugyanakkor gyakran széttartó is. Az EJEB gyakorlatában úgy tűnhet, hogy a fogyatékossgal élő emberek védelme később alakult ki és nem *sui generis* módon: a 14. cikk nem említi kifejezetten a fogyatékossgot mint védett tulajdonságot, a Bíróság gyakorlata sorolta azt oda. Hasonló következtetésre juthatunk abból, hogy az EJEB a *legal capacity* korlátozásának vizsgálatára nem dolgozott ki önálló tesztet vagy szempontrendszer.

¹⁰⁶ Guberina v. Croatia., szintén: Z. and others v. United Kingdom.

¹⁰⁷ Ivinovic v. Croatia.

¹⁰⁸ Kutzner v. Germany.

¹⁰⁹ Ivinovic v. Croatia.

Jól látható azonban az is, hogy az EJEB döntéseiben megjelenik a CRPD közvetlen hivatkozása, mely egyes döntésekben csak formális (pl. Ivinovic v. Croatia, Glor v. Switzerland), más döntésekben viszont ügydöntő (Guberina v. Croatia, Z. H. v. Hungary). Vannak olyan fogyatékosági tárgyú ügyek is, amelyekben a CRPD nem kerül hivatkozásra (Shtukaturov v. Russia, Z. and others v. United Kingdom). Az mindenképpen megállapítható, hogy az EJEB frissebb ügyeiben gyakoribb a CRPD hivatkozása és érdemi alkalmazása, mint a Bíróság korábbi gyakorlatában, mely akár egyfajta tendenciát is jelölhet.

A két fórum gyakorlata közötti hasonlóságok és eltérések, a szemléletbeli különbség ugyanakkor nem okozhat túlzottan nagy meglepetést: az EJEE egy univerzális alapjogi egyezmény, míg a CRPD ehhez képest specifikus, fogyatékosági tárgyú dokumentum. A két fórum gyakorlatában mutatkozó eltérések, továbbá az egyes fórumok saját gyakorlatán belül is megfigyelhető következetlenségek, illetve párhuzamosan élő sztenderdek is alátámasztják, hogy az „átlagostól eltérő döntési képesség” megítélése nem tekinthető egységesen kiforrott elméleti és gyakorlati megoldásnak, sokkal inkább itt is a mozaikosság érhető tetten.

Összefoglalva megállapíthatjuk, hogy a mentális képesség alapú megközelítések (státusz alapú, eredmény alapú és a funkcionális) közös vonása, hogy a *legal capacity* és a mentális képesség közötti szükségszerű kapcsolaton alapulnak. Ha az egyén nem rendelkezik megfelelő mentális képességgel, akkor *legal capacity*-vel is csak korlátozottan vagy egyáltalán nem rendelkezhet. A *legal capacity* feltétele tehát a mentális képesség, melyet eltérő módon tartanak vizsgálhatónak (medikális – következmény/eredmény – funkcionális tesztek). Ezen megközelítések a mentális képesség racionális alapú megközelítését vallják.

4.2.4. A mentális képesség alternatívái: akarat és preferenciák (*will and preferences approach*)

A mentális képesség vagy döntési képesség kifejezések első olvasatra egyértelmű, objektív és racionális sztenderdeknek tűnhetnek. Alaposabb átgondolás után azonban kérdések merülhetnek fel bennünk. Mit takar a „döntés következményeinek belátása”: a legvalószínűbb/leggyakoribb következmények, valamennyi lehetséges következmény, vagy a legrosszabb és legjobb kimenetel felismerését? A döntés fontosságának vagy magának a döntési helyzetnek a felismerését?

Az akarat és preferenciák szerinti megközelítés a *legal capacity* meglétét nem mentális képességhez köti, hanem akarat vagy preferenciák meglétéhez. Alacsonyabbra helyezi tehát a *legal capacity*-hez elvárt minimum sztenderdet, a megfigyelhető akarat vagy preferenciák létehez. A különbséget szemléltethetjük egy vagyoni döntés példáján: ha B. mérsékelt kockázatú befektetésbe szeretné fektetni megtakarítását, a mentális képesség sztenderdje szerint azt kellene vizsgálni, hogy milyen mértékben képes értelmezni és értékelni a kockázat mértékét, a nyereség és veszteség valószínűségét stb. Ezzel szemben az akarat és preferenciák sztenderdje esetében B. döntési képessége csakis annyiban vizsgálható, hogy a kockázatvállalás, kockáztatás valóban az ő saját preferenciája, pénzügyeihez kapcsolódó attitűdje. Az akarat és preferenciák alapú megközelítés ezzel azonos lehetőséget teremt B.

számára, mint amely bárki más előtt is nyitva áll: a kockázat- és rizikóvállalás, illetve a biztonság keresés sokkal inkább egyéni beállítódás kérdése, mint az egyén racionalitásának fokmérője.

Az akarat és preferenciák szerinti megközelítés kiindulópontja, hogy az egyén akarata és preferenciái szerint vezeti életét, döntései így ebbe az életútba illeszkednek bele, ez alkotja az ő időbeli személyiségét (*diachronic identity*, az egyén döntései sorozatából kirajzolódó, időben hosszanti jellegű személyisége). A döntési képesség legfőbb szempontjának tehát nem a racionális-kognitív aspektusokat tekinti, hanem azt, hogy egy döntés miként illeszkedik az egyén korábbi döntéseire, személyiségéhez.

Fontos kiemelni, hogy az egyén személyisége időben változhat, az egyén időnként felülvizsgálja saját életét, döntéseit és preferenciáit. Új információk, tapasztalatok, szükségletek, vágyak vagy kapcsolatok mind vezethetnek ahhoz, hogy az egyén alakítson életvezetésén.

Az akarat és preferenciák szerinti megközelítést úgy foglalhatjuk össze, hogy az egyént döntésre képesnek tekinti, amennyiben rendelkezik olyan akarattal és preferenciákkal, amelyek a döntés meghozatalát irányítják. Könnyen lehet, hogy preferenciái nem racionálisak, így például a funkcionális tesztnek nem felelne meg döntési képessége. Ugyanakkor ezen megközelítés értéknek tekinti azt, hogy az egyén maga határozhassa meg, miként éli életét, illetve, hogy élete miként folyjon tovább. Az akarat és preferenciák szerinti megközelítés elutasítja az objektív módon meghatározható legjobb érdek (*best interest*) létjogosultságát, teret engedve az emberi sokszínűségnek.

4.2.5. Helyettes vagy támogatott döntéshozatal

A fogalomhasználat másik fontos alapkérdése a helyettes döntéshozatal és a támogatott döntéshozatal elhatárolása. A helyettes (vagy helyettesített) döntéshozatal lényege, hogy az egyén helyett az egyén nevében más személy hoz döntést (*substitute* vagy *substituted decision-making*). A támogatott döntéshozatal során ezzel szemben az egyén – segítséggel ugyan, de – maga hoz döntést saját életét érintő kérdésekben (*supported decision-making*). A két fogalom közötti lényegadó különbség tehát az, hogy a döntéshozatal lehetőségét az egyéntől elvonva más személy gyakorolja, vagy más személy segítségével ugyan, de továbbra is önmaga gyakorolhatja.

A támogatott döntéshozatal/helyettes döntéshozatal kérdésében a szakirodalmi álláspont egyértelműen a CRPD-t veszi alapul mint kötelező nemzetközi jogi dokumentumot, különösképpen a 12. cikket (törvény előtti egyenlőség). A CRPD legfontosabb követelménye, hogy „[a] részes államok elismerik, hogy a fogyatékossgal élő személyeket az élet minden területén másokkal azonos alapon megilleti a jog-, illetve cselekvőképesség.” (12. cikk 2. bekezdés). Minden fogyatékossgal élő személynek joga van arra, hogy a törvény őt személyként ismerje el (12. cikk 1. bekezdés), melyből következik, hogy a jog-, illetve cselekvőképességük az élet valamennyi területén másokkal azonos módon kell, hogy

megillessen őket (12. cikk 2. bekezdés), így természetesen tilos a fogyatékoság alapján történő bármilyen hátrányos megkülönböztetés (5. cikk 2. bekezdés).

A CRPD 12. cikkéből fakad egyrészt a jog- és cselekvőképesség (*legal capacity*) másokkal azonos módon történő gyakorlásának biztosítása, másrészt az ehhez szükséges támogatás, segítség biztosítása. Az Egyezményben foglalt kötelezettség pontos tartalmát illetően azonban két konkuráló álláspont alakult ki. A CRPD Bizottság, valamint a fogyatékosággal élők szervezetei és számos szerző által képviselt nézet szerint a CRPD 12. cikke a helyettes döntéshozatal valamennyi formáját kizárja.¹¹⁰

Ettől eltérő értelmezést vallanak más szerzők, akik szerint a 12. cikk nem írja elő a helyettes döntéshozatal teljes eltörlését.¹¹¹ Álláspontjukat különösképpen azzal támasztják alá, hogy a helyettes döntéshozatal felszámolása megfelelő, működőképes alternatíva hiányában a sérülékeny csoportot megfosztaná mindennemű védelemtől, még kiszolgáltatottabb helyzetbe hozva őket. Az Emberi Jogok Európai Bírósága is ezen állásponttal látszik azonosulni. Az *Ivinovic-ügy* indokolása szerint „[a] jog- és cselekvőképesség bármilyen [részleges vagy teljes] korlátozása ultima ratio kell, hogy legyen, így kizárólag azon esetekre korlátozódhat, ahol a nemzeti hatóságok a lehetséges alternatívák kellő mérlegelését követően arra a következtetésre jutnak, hogy az elérni kívánt cél kevésbé korlátozó eszközzel nem valósítható meg, vagy ezen alternatívák sikertelennek bizonyultak.” A két értelmezés közötti „harc” kapcsán fontos kiemelni, hogy a CRPD részes államait az egyezmény szövege köti, a Bizottság értelmezése közvetlen jogi kötelező erővel nem bír. Nem következik ebből ugyanakkor, hogy a Bizottság állásfoglalása ne bírna alapvető jelentőséggel az Egyezményből fakadó kötelezettségek értelmezése során.

A két konkuráló értelmezés által dominált diskurzusban azonban nem szabad szem elől tévesztenünk az Egyezmény valódi célját, amelyben minden fórum, szerző és érintett személy egyetért: a CRPD biztosítja valamennyi fogyatékosággal élő ember számára, hogy jog- és cselekvőképességét másokkal azonos módon, diszkriminációtól mentesen gyakorolhassa és az ehhez szükséges segítséget vagy támogatást megkapja.

A CRPD 12. cikkének általánosan elfogadott, kikristályosodott értelmezése szerint a helyettes döntéshozatal helyett a támogatott döntéshozatalnak kell elsődleges megoldásként léteznie. A helyettes döntéshozatal ultima ratio jellege nem vitatott, világos követelmény, melyet a

¹¹⁰ A. ARSTEIN-KERSLAKE & E. FLYNN, *The General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: a roadmap for equality before the law*, *The International Journal of Human Rights* 2016 vol 20, no. 4, 471-491 (475).; C. de BHAILÍS E. FLYNN *Recognising legal capacity: commentary and analysis of Article 12 CRPD*, *International Journal of Law in Context* 2017 vol. 13, no. 1, 6-21; FLYNN ARSTEIN-KERSLAKE 2014.

¹¹¹ W. MARTIN, S. MICHALOWSKI, J. STAVERT, A. WARD, A. RUCK KEENE, C. CAUGHEY, A. HEMPSEY R. MCGREGOR, *The Essex Autonomy Project, Three Jurisdictions Report, Towards Compliance with CRPD Art. 12 in Capacity/Incapacity legislation across the UK*, Essex: University of Essex 2016.; D. Lush, *The Civil Law and the Common Law*, in: R. FRIMSTON, A. RUCK KEENE, C. van OVERDIJK, A.D. WARD (eds.), *The International Protection of Adults*, Oxford - New York: Oxford University Press 2015, 37-52.

korábban ismertetett mindkét álláspont közös kiindulópontként tekint. A helyettes döntéshozatal teljes felszámolása vagy ultima ratio jellege körüli diskurzus tehát csakis akkor válik valóban relevánssá, ha a támogatott döntéshozatal kiépült és működőképes. Mindaddig, amíg egy részes állam ezt a fejlettségi szintet nem éri el, a fókusz a támogatott döntéshozatal kialakítása és annak elsődlegessége.

A töredékesség ellensúlyozására és egy közös nevező felé történő elmozdulás érdekében fogalmazta meg a Stelma-Roorda–Blankman–Antokolskaia szerzői kör a középutas irányzatot.¹¹² Eszerint amennyiben az érintett fogyatékossgal élő személy saját jogainak és érdekeinek védelme valóban megkívánja, akkor ez a legitim jogalkotói cél a cselekvőképességet nem teljes egészében, hanem meghatározott ügycsoportokban korlátozó gondnokság intézményével átmenetileg, a CRPD konformitás elérését jelentő támogatott döntéshozatal hatékony működőképesé tételéig, hatékonyabb eszköz hiányában biztosítható. Kivételt képez azonban ez alól a cselekvőképesség teljes kizárását eredményező bármilyen jogi eszköz, így a cselekvőképességet teljesen korlátozó gondnokság alá helyezés jogintézménye, mely szükségtelen és aránytalan módon korlátozza az egyéni autonómiát, sérti az egyenlő emberi méltóság követelményét.

5. Dogmatikai kérdések a vignettákban

A cikkben bemutatott módszertani és tartalmi alapokon nyugszanak az általunk kidolgozott vignetták (ld. Függelék): azokat a kérdésköröket fedik le, amelyek a gyermekek és a fogyatékossgal élő személyek alapjogi helyzetével kapcsolatban, az alapjog-gyakorlási képesség szempontjából felmerültek (4. rész), úgy, hogy közben elkerüljük a joggyakorlási képességgel kapcsolatos dogmatikai preconcepciók alkalmazását (vö. 3. rész).

A gyermekekkel kapcsolatos vignettákat differenciáltuk aszerint, hogy az egyik egy emberi méltósághoz való joggal (egészségügyi önrendelkezés, kezelés megválasztása), a másik pedig egy politikai részvétellel (véleménynyilvánítás az iskola vezetéséről) összefüggő fiktív esetről szólt. Az adott alapjog gyakorlására vonatkozó képesség mellett mindkét esettel kapcsolatban rákérdeztünk a jogérvényesítési lehetőségekre is, vagyis arra, hogy az érintett gyermek maga fordulhatna-e bírósághoz az ügyben.

A gyermekekkel kapcsolatos ügyekben az egyik meghatározó tényező értelemszerűen maga az életkor. Mindkét vignetta 14 és 17 év közötti gyermekek joggyakorlásáról szólt, ugyanakkor feltettük a kérdést, hogy mennyiben befolyásolná az esetek megítélését, ha az érintettek akár fiatalabbak, akár idősebbek (de természetesen még 18 év alattiak) lennének. Másik jelentős faktor a döntés tárgya, következményei, ami mindkét ügyben jelentős súlyú, de a gyermekeket közvetlenül érintő volt.

¹¹² STELMA, H. N., BLANKMAN, C., ANTOKOLSKAIA, M. V. (2019). A changing paradigm of protection of vulnerable adults and its implications for the Netherlands. *Familie & Recht = Family & Law*, 2019 (Februari), 1-18. <https://doi.org/10.5553/FenR/000037>

Külön kérdéscsoportként merült fel mindkét ügyben a szülők szerepe, akik között az egyik esetben aktív szereplők voltak, ráadásul véleménykülönbség is volt közöttük, míg a másik esetben passzívak voltak és nem volt ismert a gyermek joggyakorlásával kapcsolatos álláspontjuk sem.

Hasonlóan építettük fel a fogyatékossgal élő emberek joggyakorlását vizsgáló vignettákat is. A fogyatékossgal élő emberekkel kapcsolatos első esetben a döntési képességet és annak bírósági vizsgálatát helyeztük a középpontba. A történetben a döntési képesség vizsgálatának számos lehetséges szempontjára utaló tényállási elemeket helyeztünk el (különös szakértelem, a döntés lehetséges következményeinek, rizikóinak súlya, a család szerepe az egyén döntéseiben, az egyén akaratának és preferenciáinak kifejezése). További tényezőként került az esetbe a gondnok félelme a felelősségre vonástól, amely kifejezetten a gondnokság céljával alapvetően nehezen összeegyeztethető problémát képes felszínre hozni.

A fogyatékossgal kapcsolatos második vignettával a *legal capacity* korlátozásának lehetőségét és az azt megelőző intézkedések, lépések esetleges szükségességét szeretnénk vizsgálni. A vignetta legfontosabb eleme, hogy az egyes államokban a korlátozás végső (*ultima ratio*) jellege megjelenik-e, illetve hogy a korlátozás alkalmazását meg kell-e előznie támogató intézkedések alkalmazásának vagy azok mérlegelésének. Az eset tényállása több tekintetben is differenciált, így például a gyermek veszélyeztettségének közvetlensége/közvetettsége, a fogyatékossgal élő szülők támogatási szükségletének mértéke és az elérhető családi segítség is azért szerepel a vignettában, hogy felszínre hozza az egyes államok szabályozásainak legfőbb elveit és a mérlegelési szempontokat.

Függelék

1. vignetta

M. három hónap múlva lesz 16 éves, 4 éves kora óta tornázik. Az elmúlt három évben országos bajnok volt, jelenleg az olimpiai kvalifikációs verseny előtt áll. M. szervezetében egy rutinellenőrzés során olyan fertőzést fedeztek fel, amely gyorsan terjed és a lábát is veszélyezteti. M. kórházba kerül.

A kórházban arról tájékoztatják M.-et és szüleit, hogy a fertőzés kezelése érdekében műtetre lenne szükség, a rehabilitáció miatt viszont M. elesne az olimpiai részvétel lehetőségétől. Arról is tájékoztatják őket, hogy létezik egy alternatív gyógyszeres kezelés is, amely gyorsan és jó eséllyel megszüntetheti a fertőzést, így M. indulhatna a versenyen. Ez a kezelés azonban nem mindenkinél hoz gyógyulást, egyes emberek szervezetében a gyógyszer nem elég hatásos. Ha a gyógyszeres kezelés M. esetében sem lenne hatásos, akkor az idővesztéséért miatt a részleges lábamputációt sem lehet kizárni. A kezelőorvosok megosztottak a kérdésben.

M. a betegség kiderülésétől kezdve határozottan olyan megoldást szeretne választani, ami lehetővé teszi, hogy kijusson az olimpiára. M. édesanyja, aki korábban olimpikon volt, szintén a gyógyszeres kezelést preferálja, az édesapa szerint azonban nem szabad M.

egészségét kockáztatni, később lesz még esélye versenyezni. A szülők közötti vita miatt egyelőre egyik kezelést sem kezdték meg.

M. bírósághoz fordul, mert határozott döntése ellenére nem kezdik meg a gyógyszeres kezelését, pedig ő mindenképpen el akar indulni a közelgő kvalifikációs versenyen.

Kérdések

- Az Ön országában hogyan döntene a bíróság az ügyben? Elismerné M. jogosultságát arra, hogy döntsön a kezeléséről? Milyen szempontokat, körülményeket venne figyelembe a bíróság? Releváns ebben a tekintetben M. életkora? Kérjük, hogy indokolja meg válaszát.
- M. önállóan fordulhat bírósághoz az ügyben? Releváns ebben a tekintetben M. életkora?
- Befolyásolja a bíróság döntését a szülők akarata, illetve a szülők közötti véleménykülönbség?
- Lenne jelentősége a döntés szempontjából annak, hogy M. olimpiai részvételének lehetősége függ a kezelés megválasztásától?
- Kaphat-e, ha igen, akkor milyen támogatást a gyermek a bíróság előtt ebben az ügyben? Hogyan hallgatják meg, milyen eljárási jogai vannak, hogyan tud fellépni az ügyben?
- Kérjük, jelezze, ha lát olyan további körülményt, amely lényegesen befolyásolná a bíróság döntését.
- Kérjük, jelölje meg azokat a jogszabályi előírásokat és esetjogot, amely alapján a bíróság döntene.
- Kérjük, fejtse ki véleményét a bíróság lehetséges döntéséről. Szükség lenne a joggyakorlat fejlesztésére az adott kérdésekben?

2. vignetta

Egy gimnáziumban több évtizede működik színjátszókör, amely minden évben nyilvánosan is bemutat egy-egy aktuális társadalmi problémával foglalkozó színdarabot, idén a menekültek helyzetét és a befogadás kérdését választották. A színjátszókör tagjai 14-17 éves tanulók. A gimnáziumba új igazgatót neveznek ki, aki költségtakarékossági okokra hivatkozva azonnal megszünteti a színjátszókört.

A megszüntetés bejelentésének másnapján, tanítás után a színjátszókör tagjai közül többen – előzetes bejelentés nélkül – a kör fennmaradásáért tüntetést tartanak a gimnázium épülete előtt. A tüntetésen az igazgatót pénzeszsákként ábrázoló transzparenst tesznek ki, verseket szavalnak, néhányan lemosható festékkel dollárjeleket is festenek a földre. Időközben a tüntetésre megérkezik néhány gyerek szülője, illetve tanárok is tartózkodnak az iskola épülete előtt, de mindannyian csak szemlélik az eseményeket, nem avatkoznak közbe. A demonstrációról a helyi sajtó is tudósít.

Az igazgató rövid idő után megelégedi a demonstrációval, és felszólítja a tanulókat és a jelenlévő szülőket a távozásra. A tanulók nem tesznek eleget a felhívásnak, ezért az igazgató kihívja a rendőrséget, akik feloszlatták a tüntetést, és a szülők nélkül ott tartózkodó tanulókat hazaviszik.

P. a színjátszókör egyik meghatározó tagja, a tüntetés szervezésében is kulcsszerepet vállalt. P. egy internetes hírportálon olvassa egy szakértő nyilatkozatát, aki szerint a demonstráció feloszlata megsértette a tanulók jogait. P. úgy dönt, nem hagyja annyiban a történeteket és bírósághoz fordul a rendőrségi feloszlatast sérelmezve.

Kérdések

- Az Ön országában hogyan döntene a bíróság az ügyben? Elismerné P., illetve diáktársai jogosultságát a véleménynyilvánítási és gyülekezési jog gyakorlására, annak ellenére, hogy még nem töltötték be 18. életévüket? Milyen szempontokat, körülményeket venne figyelembe a bíróság? Releváns ebben a tekintetben P. életkora? Kérjük, indokolja meg választát.
- P. önállóan fordulhat bírósághoz az ügyben? Releváns ebben a tekintetben P. életkora?
- Befolyásolja a bíróság döntését, hogy az érintett tanuló szülője tudott-e gyermeke részvételéről a tüntetésen?
- Lényeges, hogy a tüntetést nem jelentették be a hatóságoknak? A tanulók maguk jogosultak voltak a tüntetés szervezésére és bejelentésére szüleik nélkül?
- Kaphat-e, ha igen, akkor milyen támogatást a gyermek a bíróság előtt ebben az ügyben? Hogyan hallgatják meg, milyen eljárási jogai vannak, hogyan tud fellépni az ügyben?
- Kérjük, jelezze, ha lát olyan további körülményt, amely lényegesen befolyásolná a bíróság döntését.
- Kérjük, jelölje meg azokat a jogszabályi előírásokat és esetjogot, amely alapján a bíróság döntene.
- Kérjük, hogy fejtse ki véleményét a bíróság lehetséges döntéséről. Szükség lenne a joggyakorlat fejlesztésére az adott kérdésekben?

3. vignetta

X. 41 éves, természettudományokat tanít egy gimnáziumban, egyedülálló, önállóan él háztartásában. Bipoláris zavarral él, depressziós fázisaiban gyakran vannak sötét gondolatai, melyekről nyíltan beszél mániás fázisai során. Közeli hozzátartozói aggódtak érte, ezért a gyámhatóságon keresztül megindították a cselekvőképessége korlátozására irányuló gondnokság alá helyezését.

A bíróság az egészségügyi döntések tekintetében gondnokság alá helyezte arra tekintettel, hogy az egészségügyi ellátással és a gyógyszerekkel szemben – természettudományos ismereteire hivatkozva – erősen szkeptikus, elutasító. Cselekvőképességét a bíróság az élet más területeire nézve nem korlátozza.

Évekkel később X-nél daganatos megbetegedést észleltek orvosai. X kezelőorvosai szerint a gyógyulásra való esélyt nem lehet pontosan meghatározni, az túl sok változótól függ, ezért állapotát nem minősítik gyógyíthatatlannak (terminálisnak).

X kezelése tekintetében két lehetséges út mutatkozik. Az első, hogy belekezd az agresszív kezelésekre, melyek életminőségét jelentősen rontják, viszont hosszú távon akár meg is gyógyulhat a betegségből. A másik lehetőség, hogy nem kér az agresszív terápiából, és élete utolsó szakaszát a lehető legjobb életminőségben szeretné leélni.

X egyértelműen kifejezi, hogy utóbbi mellett szeretne dönteni, erről beszél gondnokával is, elmondja neki, hogy nem hisz a kezelés sikerében, illetve, hogy nem szeretné, hogy szerettei leépülten lássák. X azt is hangsúlyozza, hogy egész életében úgy gondolta, élete végét szeretné nyugalomban, szerettei körében leélni, számára nem érték az élet minden áron történő elnyújtása. Mindezekre tekintettel X vissza szeretné utasítani az agresszív kezeléseket és hospice ellátást szeretne kérni, amelyben szeretteivel együtt élheti meg élete utolsó szakaszát. X gondnoka nem ért egyet vele, úgy gondolja, hogy a gyógyulás lehetősége felülírja a rövid távú szenvedést, X még fiatal, ha a kezelés sikeres akkor akár hosszú élete is lehet még. Attól is tart, hogy gondnokként esetleg felelősségre vonják, ha hozzájárul a kezelés visszautasításához. A gondnok kikéri a családtagok véleményét, akik között nincs egyetértés, de azt megerősítik, hogy X mindig is félt a kiszolgáltatott helyzetektől. Végül X nevében gondnoka beleegyezik az agresszív kezelések megkezdésébe.

X bírósághoz fordul annak érdekében, hogy változtassák meg a gondnok döntését, és hagyják jóvá az ő döntését a kezelés visszautasításáról.

Kérdések

- Az Ön országában hogyan döntene a bíróság az ügyben, megváltoztatná a gondnok döntését? Milyen szempontokat, körülményeket venne figyelembe a bíróság? Kérjük, indokolja meg válaszát.
- Elismerné a bíróság X. jogát az ügyben a bírósághoz fordulásra?
- Van jelentősége a bíróság döntésében annak, hogy X természettudományos ismeretekkel bír?
- Befolyásolja a bíróság döntését, hogy hasonló helyzetben más beteg hozhat és számos beteg hoz is a kezelést visszautasító döntést, amelyet X is szeretne?
- Van jelentősége a bíróság döntésében annak, hogy X álláspontja a kezelés visszautasításával kapcsolatban hosszú ideje fennálló, állandó álláspont?
- Milyen jelentőséggel bír a család véleménye?
- Hasonlóan alakulna a döntés egy kisebb súlyú egészségügyi döntés (pl. fogászati kezelés) esetén?
- Kérjük, jelezze, ha lát olyan további körülményt, amely lényegesen befolyásolná a bíróság döntését.
- Kérjük, jelölje meg azokat a jogszabályi előírásokat és esetjogot, amely alapján a bíróság döntene.
- Kérjük, fejtse ki véleményét a bíróság lehetséges döntéséről. Szükség lenne a joggyakorlat fejlesztésére az adott kérdésekben?

4. vignetta

B és C házaspár, egyikük enyhe, másikuk közepesen súlyos értelmi fogyatékossgal él. Háztartásukat önállóan vezetik, B dolgozik, megfelelő jövedelemmel rendelkezik, míg C alkalmi munkákat végez, illetve háztartásbeli. B és C gyermeket vállalnak, a gyermek születése során enyhe komplikációk merülnek fel, melynek következtében az újszülött táplálása olykor nehézkes, a gyermeket B nem tudja megfelelően szoptatni.

A kórházból hazaengedik őket, az egyik orvos azonban jelzéssel él a gyámhatóság felé a szülők értelmi fogyatékossga miatt. A gyámhatóság a gyermek védelme érdekében eljárást

kezdeményez. Az eljárás során megállapítják, hogy a gyermek súlya ingadozik, fejlődése az átlagosnál nagyobb figyelmet igényel. A szülők elismerik, hogy nagyszülők nem segítik őket, egyedül pedig nem biztosak abban, hogy mindent meg tudnak adni gyermekük egészséges fejlődéséhez. A gyámhatóság úgy gondolja, hogy B és C cselekvőképességét a gyermekük nevelésével kapcsolatban korlátozni szükséges, ezért kezdeményezi a bíróságnál B és C gondnokság alá helyezését, és a gyermeket kiemeli a családból és nevelőszülőknél helyezi el. B és C a gondnokság alá helyezési eljárásban elismerik, hogy önállóan nem biztos, hogy képesek lennének gyermekük megfelelő fejlődését biztosítani, segítséggel azonban biztosak benne, hogy igen. Álláspontjuk szerint gyermeküknek is az lenne a legjobb, ha velük nevelkedhetne.

Kérdések

- Az Ön országában hogyan döntene a bíróság az ügyben? Milyen szempontokat, körülményeket venne figyelembe a bíróság? Kérjük, indokolja meg választát.
- Vizsgálja a bíróság a cselekvőképesség korlátozásakor, hogy a cselekvőképességet nem érintő támogatással is biztosítható-e a gyermek fejlődése?
- Befolyásolja a bírósági döntést, hogy a gyermek alulfejlettsége vagy fizikai szükségletei kielégítése csak veszélyben van?
- Kérjük, jelezze, ha lát olyan további körülményt, amely lényegesen befolyásolná a bíróság döntését.
- Kérjük, jelölje meg azokat a jogszabályi előírásokat és esetjogot, amely alapján a bíróság döntene.
- Kérjük, fejtse ki véleményét a bíróság lehetséges döntéséről. Szükség lenne a joggyakorlat fejlesztésére az adott kérdésekben?

© Láposy Attila, Pásztor Emese, Somody Bernadette, Stánicz Péter

MTA Law Working Papers

Kiadó: Társadalomtudományi Kutatóközpont (MTA Kiválósági Kutatóhely)

Székhely: 1097 Budapest, Tóth Kálmán utca 4.

Felelős kiadó: Boda Zsolt főigazgató

Felelős szerkesztő: Kecskés Gábor

Szerkesztőség: Hoffmann Tamás, Mezei Kitti, Szilágyi Emese

Honlap: <http://jog.tk.mta.hu/mtalwp>

E-mail: mta.law-wp@tk.mta.hu