

Dr Dušica Palačković, redovni profesor,
Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu

LIŠENJE POSLOVNE SPOSOBNOSTI I MEĐUNARODNI STANDARDI ZAŠTITE LICA SA MENTALNIM SMETNJAMA

Sažetak: Revolucionarno novi pristup pravima osoba sa invaliditetom, odnosno model ljudskih prava, polazi od autonomije volje, slobode izbora, nezavisnosti i ravnopravnosti ali prihvata i princip univerzalnosti poslovne sposobnosti. U radu su analizirani standardi koje u kontekstu ovakvog pristupa promovišu ključna međunarodna akta, pre svih Konvencija UN o pravima osoba sa invaliditetom i regulativa EU. Predmet pažnje su standardi koji su od posebne važnosti u oblasti materijalnog i procesnog prava, posebno u postupku u kome se utvrđuju uslovi za lišenje poslovne sposobnosti. U odnosu na opšti princip jednakosti pred zakonom posebno su analizirani načini kojima se omogućava ovim licima realizacija poslovne sposobnosti, odnosno modeli potpomognutog odlučivanja. Standardi ravnopravnosti, proporcionalnosti, participacije i informisanosti znače i suštinski novi pristup poslovnoj sposobnosti lica sa invaliditetom i uslovljavaju potrebu izmene klasičnog modela zamenskog odlučivanja, a praksa pokazuje brojnost i različitost modela u nacionalnim pravnim sistemima i otvara problem adekvatnosti.

Ključne reči: autonomija ličnosti, univerzalnost poslovne sposobnosti, potpomognuto odlučivanje

1. Uvodna razmatranja

Najviši nivo, ideal u odnosu na priznanje fundamentalnog principa autonomije ljudskih bića je u priznanju autonomije osoba sa invaliditetom, pa i poslovne sposobnosti u skladu sa njenim prirodnim domašajem, odnosno obimom.¹ Ovakav stav svakako je, u najvećoj meri, posledica činjenice da su osobe sa invaliditetom, mentalnim, a ređe i fizičkim, jedna od posebno osetljivih društvenih grupa, tzv. "društveno ranjive osobe" ("*socially vulnerable persons*"). Posledice mentalnih i psihosocijalnih nesposobnosti su brojne, a mogu biti svedene na veoma visok nivo stigmatizacije i diskriminacije, visok nivo psihičkog i seksualnog zlostavljanja (nasilja), brojne restriksije u odnosu na politička i građanska prava, otežano ili onemogućeno participiranje u javnim poslovima, odnosno uključivanje u zajednicu, zatim da je ovim osobama otežan

¹ Mégret F., *Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?*, Human Rights Quarterly, Vol. 30, No 2 (May, 2008), str. 512., dostupno na: http://www.jstor.org/stable/20072851?seq=17#page_scan_tab_contents, 08.03. 2016.

pristup zdravstvenoj i socijalnoj zaštiti, pristup obrazovnim institucijama, odborno obrazovnom sistemu i td.² Od marginalizacije do eliminacije, to je relacija koja, kao legat prošlosti, ali i još uvek prisutna, ukazuje na fenomen "nevidljivosti" lica sa invaliditetom ("*invisibility*") koja se shvata kao "prirodna" i uslovljava dramatične posledice u uživanju građanskih i drugih ljudskih prava.³ Pristup sa aspekta ljudskih prava, međutim, dramatično menja odnos prema različitosti, od potcenjenih i obespravljenih, a vrlo često i zlostavljanih, lica sa invaliditetom postaju konačno "vidljivi", dobijaju pravičan tretman.⁴ Polazni stav u razmatranju ljudskih prava uopšte, pa i onih osoba sa mentalnim smetnjama, svakako je princip Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima sadržan u njenom čl. 1, da su "sva ljudska bića rođena slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima".⁵ Poseban značaj, u kontekstu poslovne sposobnosti ima, svakako, njen čl. 6. da "svako ima pravo da svuda bude priznat kao ličnost pred zakonom". Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda⁶ ne pominje izričito autonomiju ličnosti, slobodu ličnog izbora i nezavisnost, ali već Preambulom naglašava da se u njenom donošenju "ima u vidu" upravo Univerzalna deklaracija. Svetska zdravstvena organizacija (*WHO*), baveći se problemima ovih osoba, pored niza drugih mera, preporučuje i jačanje zaštite njihovih ljudskih prava generalno.⁷ Ipak, "krovni" međunarodni dokument, "moralni kompas"⁸ za promenu stava prema licima sa invaliditetom svakako je Konvencija UN o pravima osoba sa invaliditetom.⁹ Osnovni princip Konvencije

² O tome videti M. Chan, *Mental Health and Development: Targeting People with Mental Health Conditions as a Vulnerable Group*, World Health Organization, dostupno na: http://www.who.int/mental_health/policy/development/mh_devel_targeting_summary_2010_en.pdf, 01.03.2016.

³ Quinn G., Th. Degener, *Human Rights and Disability, The current use and future potential of United Nations human rights instruments in the context of disability*, New York and Geneva, 2002, str.23, 24, (u daljem tekstu "Quinn G., Degener Th., *Human Rights and Disability*"), dostupno na: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HRDisabilityen.pdf>, 04.03.2016.

⁴ *Ibidem*, str. 26

⁵ Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, usvojena od strane Generalne skupštine UN (A/RES/217, 10. decembar 1948, u Parizu, koja, već u Preambuli priznavanje urođenog dostojanstva i jednakim i neotuđivih prava svih članova ljudske porodice prepoznaje kao temelj slobode, pravde i mira u svetu

⁶ Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, od 4. novembra 1950, videti Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, "Sl. list SCG - Međunarodni ugovor", br. 9/2003, 5/2005, 7/2005 - ispravka i "Sl. glasnik RS - Međunarodni ugovori", br. 12/2010.

⁷ Za mere integracije ovakvih osoba i razvoj kapaciteta za njihovu participaciju u društvo videti, npr., preporuke u World Health Organization (2010): *Mental Health and Development: Targeting People with Mental Health Conditions as a Vulnerable Group*, WHO Press, Geneva, dostupno na: http://who.int/mental_health/policy/development/en/index.html, 01.03.2016.

⁸ TenBroek J., *Rights of Persons with Disabilities: Toward a New International Politics of Disability*, Disability Law Symposium, April 17, 2009, Texas Journal on Civil Liberties & Civil Rights, Vol. 15:1, str. 34 i 41, dostupno na: http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/tfcl15&div=5&g_sent=1&collection=journals, 08.03.2016, koji kao najvažniji, u ovom smislu, prepoznaje čl.3.

⁹ Vidi Zakon o potvrđivanju Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom, "S. glasnik RS - Međunarodni ugovori", br. 42/2009, od 02.06.2009. (u daljem tekstu "Konvencija").

je "puno i jednako uživanje svih ljudskih prava i osnovnih sloboda svim osobama sa invaliditetom", "unapređenje poštovanja njihovog urođenog ljudskog dostojanstva", "puno i efikasno učešće i uključivanje u društvo", "jednake mogućnosti", ali i priznanje poslovne sposobnosti.¹⁰ Implementacija standarda Konvencije, pa i onih koji se tiču poslovne sposobnosti složen je proces i zahteva izmenu ukupnog pristupa pravima lica sa invaliditetom u okvirima materijalnog¹¹ i procesnog prava, ali, pre svega shvatanje njihove suštine i cilja, što, često, podrazumeva i tumačenje.

2. Poslovna sposobnost prema Konvenciji o pravima lica sa invaliditetom

Značaj koji za lica sa invaliditetom ima "njihova individualna samostalnost i nezavisnost uključujući i slobodu izbora"¹², ali i tzv. razumno prilagođavanje,¹³ od nesumnjivog su značaja i u kontekstu čl. 12. Konvencije,¹⁴

¹⁰ Videti čl. 1 st. 1, čl. 3(a,c,e) Konvencije. Konvencija, inače, koristi termin "*legal capacity*", koji je kod nas preveden kao "pravni kapacitet", što odgovara pojmu "pravna sposobnost". Prema Cambridge Dictionaries (Online), dostupno na:

<http://dictionary.cambridge.org/dictionary/business-english/legal-capacity>, 01.07.2015, "*legal capacity*" je pravo lica ("*person or company*") da donosi samostalno odluke, ima samostalnu odgovornost i tsl., a tako i Vikipedija, dostupno na:

https://en.wikipedia.org/wiki/Capacity_%28law%29, 01.07.2015.

¹¹ Interesantno, u ovom kontekstu je, npr., biračko pravo, koje prema Zakonu o izboru narodnih poslanika u Srbiji, "Sl. glasnik RS", br. 35/2000, 57/2003 - odluka USRS, 72/2003 - dr. zakon, 75/2003 - ispr. dr. zakon, 18&2004, 101/2005 - dr. zakon, 85/2005 - dr. zakon, 28/2011 - oduka USRS, 36&2011 i 104/2009, prema čijem čl. 10, i pored čestih izmena i dopuna, i dalje imaju samo punoletna poslovno sposobna lica, dok se delimično poslovno sposobna ne pominju, a i prema sadašnjem stanju regulative teško je pretpostaviti da se odlukama o delimičnom lišenju nabrajaju sva prava koja ostaju "neokrnjena", pa i biračko. U Hrvatskoj je, međutim, na osnovu odluke o neustavnosti odredbe Zakona o izborima zastupnika u Hrvatski sabor kojom se licima koja su pravnosnažnom sudskom odlukom lišena poslovne sposobnosti biračko pravo oduzima, izmenjen ovaj propis 2015 godine, dostupno na:

http://www.academia.edu/1163165/Advancing_legal_capacity_jurisprudence, 10.03.2016.

¹² Videti Preambulu Konvencije (n)

¹³ "Razumno prilagođavanje" prema Konvenciji je "neophodno i adekvatno modifikovanje i usklađivanje kojim se ne nameće nesrazmerno, odnonsno nepotrebno opterećenje, tamo gde je to u konkretnom slučaju potrebno, kako bi se obezbedilo da osobe sa invaliditetom uživaju, odnosno ostvaruju ravnopravno sa drugima sva ljudska prava i osnovne slobode", čl. 2 Konvencije, "Definicije".

¹⁴ Sam prevod pojma "*disabilities*" kao "invalidnost", odnosno "invaliditet" pokazuje se međutim neadekvatnim u svetlu ideja osnivača sociološkog modela u pristupu ovim osobama Michael Olivera. Naime, postoji značajna razlika u značenju termina "*impairment*" i "*disability*". Prvi označava gubitak ili nedostatak neke od telesnih funkcija (organskih ili mehaničkih), a drugi upućuje na to da društvo diskriminiše, stavlja u nepovoljan položaj (odnosno šteti) ili isključuje osobe sa ovakvim gubicima ili nedostacima ne stvarajući prihvatljive, adekvatne uslove za njihovo prilagođavanje, odnosno ne preduzimajući mere za olakšanje njihovog položaja, Oliver M., *Understanding Disability: From Theory to Practice*, Basingstone, UK, Macmillan, nav. prema: Anastasiou D, Kauffman J, *The Social Model of Disability: Dichotomy between Impairment and Disability*, Journal of Medicine and Philosophy, 2013, br. 38, str. 442, dostupno na:

https://www.researchgate.net/profile/James_Kauffman/publication/249647375_The_Social_Model

koji je u teoriji i najviše osporavan i čija će primena zahtevati i najveću meru opreza i promišljanja.¹⁵ Naime, nezavisnost i (lična) autonomija ne znači samo da je lice sposobno, da može činiti sve samostalno, već da ima kontrolu nad sopstvenim životom i mogućnost da donosi odluke koje će drugi poštovati.¹⁶ Dalje, Konvencija obavezuje države potpisnice da usvoje i preduzimaju mere kojima se uklanjaju barijere kojima se osobe sa invaliditetom sprečavaju da budu u potpunosti jednaki, ravnopravni članovi društva,¹⁷ odnosno da moraju garantovati licima sa invaliditetom uživanje, na jednak način, svih međunarodno priznatih ljudskih prava.¹⁸ Njome je, teorija to potvrđuje, usvojena razvijena, najsavremenija varijanta sociološkog modela - model ljudskih prava, prema kome su ove osobe nosioci prava i respektabilni članovi društva koji zbog psiholoških i društvenih stavova, odnosno barijera ne smeju biti isključeni ili stigmatizovani isključivo zbog svojih psihičkih ili mentalnih osobina.¹⁹ Suštinski novi koncepti generalno se teško pihvatanju odnosno nailaze na ozbiljne otpore, pa i kada je reč o novim pravnim rešenjima. Proces prihvatanja je stoga dugotrajan i često mukotrpan pa se najčešće mora ići postupno. Novi pristup pravima lica sa invaliditetom predstavlja civilizacijski pomak ukoliko se uzme u obzir činjenica da oko milijardu ljudi ima neke forme invaliditeta (oko 15% stanovništva), a da između 110 i 190 miliona stanovnika od 15 godina i starijih ima značajne teškoće u funkcionisanju.^{20 21}

_of_Disability_Dichotomy_between_Impairment_and_Disability/links/02e7e521b55fa0504d000000.pdf, 05.03.2016.

¹⁵ Dinerstein, R.D., *Implementing Legal Capacity Under Article 12 of the UN Convencion on the Rights of Persons with Disabilities: The Difficult Road From Guardianship to Supported Decision-Making*, American University Washington College of Law, 2012, dostupno na: digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1816&context=hrbrief, 04.03.2016.

¹⁶ Council of Europe, Commissioner for Human Rights, Human Rights and disability: Equal rights for all, Comm DH/Issue Paper (2008) 2, dostupno na: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1355349>, 04.03.2016.

¹⁷ Legal capacity of persons with intellectual disabilities and persons with mental health problems, European Union Agency for Fundamental Rights, Reports - Equality, Luxembourg, 2013, str. 9 (u daljem tekstu "Legal capacity"), dostupno na: <http://fra.europa.eu/sites/default/files/legal-capacity-intellectual-disabilities-mental-healthproblems.pdf>

¹⁸ *Ibidem*,

¹⁹ Kanter A., *The Globalization of Disability Rights Law*, 30 Syracuse J. Int'l L.&Com.241 (2003), nav. prema Kanter A., *The Promise and Challenge of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Syracuse J.Int'l L.&Com, str. 291, dostupno na: <http://supporteddecisions.org/wp-content/uploads/2015/09/Kanter.-The-Promise-and-Challenge-of-CRPD.pdf>, 05.03.2016.

²⁰ Prema podacima WHO (World Health Organization), Media Centre, Disability and Health, December 2014, dostupno na: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs352/en/>, 06.03. 1016.

²¹ Prema podacima Republičkog zavoda za socijalnu zaštitu SRBije u 2012. godini bilo je skoro 29 000 osoba lišenih poslovne sposobnosti, 20% više nego u 2011. Navodi se i da je u Izveštaju o napretku Srbije Evropske komisije (2014) prvi put ukazano na ovaj problem, dostupno na: <http://www.euractiv.rs/ljudska-prava/8564-alarmanтно-liavanje-poslovne-sposobnosti-u-srbiji>, 10.08.2015.

Posle stupanja na snagu Konvencije u okviru organa UN prepoznata je veoma jasna veza između poslovne sposobnosti lica sa invaliditetom i priznanja ostalih fundamentalnih prava.²² Pri tome, opšti je stav da Konvencija ne kreira nova prava za lica sa invaliditetom već samo dopunjuje korpus već priznatih građanskih, političkih, ekonomskih i socijalnih prava²³ fokusirajući se na nediskriminisanje i jednak, ravnopravan tretman i dostupnost koja uključuje i ponovnu procenu već prihvaćenih pristupa i regulative u odnosu na osobe sa invaliditetom.²⁴ Stoga Konvencija ima značaj dokumenta koji trasira put za dizajniranje politike i zakonodavstva u odnosu na sve situacije koje uključuju osobe sa invaliditetom.

Polazna hipoteza Konvencije je reafirmisanje osnovnog principa da su osobe sa invaliditetom jednako priznate u pravu, odnosno "pred zakonom" ("*equal recognition before law*", odnosno "*the right to recognition everywhere as persons before the law*").²⁵ Ovakvo, "pasivno" priznanje od strane zakona, odnosno prepoznavanje ovih lica kao pravnih subjekata od strane pavnog sistema, dopunjava stav drugi čl. 12, sa aspekta poslovne sposobnosti i najznačajniji, kojim se obavezuju države potpisnice Konvencije da priznaju pravo licima sa invaliditetom da "uživaju" svoju poslovnu sposobnost, ravnopravno sa drugima i u svim aspektima života, što zapravo znači generalno priznanje poslovne sposobnosti osobama sa invaliditetom, odnosno da preduzimaju aktivnosti koje ona podrazumeva i sa posledicama koje im pravo priznaje.²⁶ Tako je, zapravo, stavom prvim čl. 12. uspostavljena obaveza država potpisnica da sva lica sa invaliditetom priznaju kao **osobu**, kao subjekta u pravu, što je zapravo pravna sposobnost, odnosno pravni subjektivitet, koji je pretpostavka priznanja poslovne sposobnosti,²⁷ a stavom drugim da budu titulari prava i preduzimaju pravom priznate akte ("*to be both a holder of rights and an actor under the law*")²⁸, što je poslovna sposobnost i to na jednakoj osnovi sa svima drugima.

²² Tako je, npr., Specijalni Izvestilac za zabranu torture i zlostavljanja, konstatuje da je "potpuno respektovanje poslovne sposobnosti svakog lica prvi korak u prevenciji torture i zlostavljanja", odnosno da, u tom smislu, "nema razlike između lica sa ili bez invaliditeta", Report of the Special Rapporteur on torture and cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Méndez, (D) Persons with psychosocial disabilities, 4. Fully respecting each person's legal capacity is a first step in the prevention of torture and ill-treatment, par. 65, 66, Human Rights Council, 01. 02. 2013, dostupno na:

http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A.HRC.22.53_English.pdf, 06.03.2016.

²³ Reč je o konceptu ljudska prava "plus" ili "ljudska prava uz razlike", videti, Mégret F., nav. delo, str., 503-510.

²⁴ Mégret F., nav. delo, str., 503-510.

²⁵ Formulacija čl. 12 st. 1 Konvencije

²⁶ Videti General comment on Article 12: Equal recognition before law, Draft prepared by the Committee, II Normative content of article 12, par. 11, 2014 (u daljem tekstu "General comment"), dostupno na:

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/DGCArticles12And9.aspx>, 06.03. 2016.

²⁷ General comment, par 10, 11.

²⁸ *Ibidem*, par. 11.

Imajući u vidu da je Konvencija usvojena u bliskoj prošlosti, a posebno činjenicu da nacionalni pravni sistemi, pa i država članica EU, još uvek normativno predviđaju niz restrikcija, odnosno zabrana ovim licima,²⁹ između ostalog da se sposobnost ovih lica "utvrđuje" na osnovu njihovih mentalnih, intelektualnih ili čulnih (senzorskih) oštećenja, uz određivanje i staratelja u njihovom interesu, stav dva čl. 12. zapravo **jemči, garantuje** poslovnu sposobnost licima sa invaliditetom i primenjuje se ukoliko postoji bilo kakav konflikt u odnosu na njeno priznanje.³⁰

Srž, čvrsto jezgro koje određuje vrednost misije (koncepta) ljudskih prava čine četiri principa od posebne važnosti - dignitet (ljudsko dostojanstvo, dostojanstvo ljudske ličnosti), autonomija, jednakost i solidarnost, kako u generalnom pristupu ovom konceptu, tako i u kontekstu invaliditeta.³¹ Konvencija, odredbom čl. 3, upravo insistira na urođenom dostojanstvu, nezavisnosti, odnosno autonomiji uključujući pravo na lični izbor u donošenju odluka, jednakim mogućnostima, dostupnosti, zabrani diskriminacije kao i punom i efikasnom učešću i uključivanju u društvo. Upravo polazeći od ovih načela Konvencije, čl. 12 st. 2, koji utvrđuje princip priznanja poslovne sposobnosti u najtešnjoj je vezi sa nizom drugih članova Konvencije: čl. 4 st. 3, koji utvrđuje pravo participiranja ovih osoba i njihovih reprezentativnih organizacija u procesu donošenja i primene propisa i politika u vezi sa Konvencijom; zatim čl. 13 - koji garantuje pristup pravdi, odnosno dostupnost pravosuđa i nepravosudnih mehanizama; čl. 14 - koji se odnosi na pravo na ličnu slobodu i bezbednost; čl. 19 - o pravu na samostalan život i uključivanje u društvo (zajednicu), posebno pravo izbora gde i sa kim će lice sa invaliditetom živeti; čl. 23 - odlučivanje o braku, porodici, roditeljstvu i deci, odnosno zasnivanju porodice i porodičnim odnosima; čl. 24 - odlučivanje o opcijama u vezi obrazovanja; čl. 25 - odlučivanje o zaštiti zdravlja, odnosno lečenju; čl. 27 - odlučivanje u vezi zapošljavanja; čl. 29 - odlučivanje o učešću u političkom i javnom životu i čl. 33 - odlučivanje u vezi participacije u monitoringu implementacije Konvencije.³² Tako čl. 12, posebno njegov stav drugi, dobija značaj referentnog u interpretiranju ostalih članova,³³ pa, tako u svojim izveštajima o primeni Konvencije, Komitet za prava osoba sa invaliditetom konstatuje da ukoliko poslovna sposobnost nije priznata na nacionalnom nivou onda će se desiti da, npr., lice sa invaliditetom bude sterilisano bez informisanog

²⁹ Pregled nacionalne regulative u državama članicama EU videti, npr., u Legal Capacity, str. 27-30., kao i Gajin S., *Prava osoba sa mentalnim invaliditetom*, Knj. I, Međunarodni i uporedni standardi, Beograd, 2014, str. 65-93.

³⁰ Annual Report of the UN High Commissioner for Human Rights and Reports of the Office of the High Commissioner and the Secretary-General, Thematic Study of the Office of the UN High Commissioner for Human Rights on enhancing awareness and understanding of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 26.01.2009, par. 45, dostupno na: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/10session/A.HRC.10.48.pdf>, 07.03.2016.

³¹ Quinn G., Degener Th., *Human Rights and Disability*, str. 14

³² Legal capacity, str. 15

³³ *Ibidem*, str. 16

pristanka (čl.17), da se izborna prava osoba sa intelektualnim ili psiho-socijalnim smetnjama ograničavaju ako im je oduzeta poslovna sposobnost (čl.29), da se pravo na formiranje porodice osporava osobama sa invaliditetom ukoliko nemaju poslovnu sposobnost (čl.23), kao i da se isključuju iz procesa donošenja odluka koje ih se neposredno tiču (čl.25).³⁴

Uz to, činjenica da je bazni pristup Konvencije u odnosu na invaliditet da je pojedinac, ličnost, centar svih odluka koje se odnose na njega (ili nju) ima duboke implikacije na koncept poslovne sposobnosti ovih lica koji se prihvata u zakonodavstvu, kao i na praksu u primeni novih zakonskih rešenja.³⁵ Ukazuje se, takođe, da još uvek nema opšte saglasnosti čak ni u odnosu na termin koji bi opisao osobe sa intelektualnim invaliditetom i osobe sa mentalnim zdravstvenim problemima, a terminologija varira u jurisprudenciji, profesijama koje se bave problemima ovih osoba, kao i kod samih ovih osoba, ali je različita i od regiona do regiona.³⁶ Poteškoće čini i okolnost, priznata i par. (e) Preambule Konvencije, da je invaliditet koncept koji evoluira. Najznačajnija potvrda (r)evolucije je, svakako, prelaz od medicinskog prema sociološkom konceptu, kao i strogo individualni pristup svakom licu. Ipak, čini se da je već izvesno vreme, a to potvrđuju i međunarodni dokumenti organizacija koje se bave različitim aspektima invalidnosti, ali i teorijski radovi, postignuta načelna saglasnost u odnosu na već navedeni stav da je invaliditet predmet ljudskih prava ("*disability was a human rights issue*").³⁷

³⁴ UN CRPD Committee (2012b), para. 35, 39, nav. prema Legal capacity, str. 16

³⁵ Quinn G., Degener Th., *Human Rights and Disability*, str. 14.

³⁶ Legal capacity, str. 10

³⁷ Tako, npr, World Report on Disability, World Health Organization, 2011, str. 9, dostupno na http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/report.pdf, 05.03.2016, Recommendation Rec(2006)5 of the Committee of Ministers to member states on the Council of Europe Action Plan to promote the rights and full participation of people with disabilities in society: improving the quality of life of people with disabilities in Europe 2006-2015, usvojena od strane Ministarskog komiteta 5. aprila 2006, dostupno na : <http://www.easpd.eu/en/content/council-europe-action-plan>, 05.03.2016; Recommendation CM/Rec(2013)2 of the Committee of Ministers to member States on ensuring full inclusion of children and young people with disabilities into society, usvojena od strane Ministarskog komiteta 16. oktobra 2013, dostupno na: <https://www.awiph.be/youthinclusion/fichiers/Recommandations-en.pdf>, 05.03.2016; Th. Degener, G. Quinn, A Survey of International, Comparative and Regional Disability Law Reform, Disability Rights Education & Defense Fund, dostupno na: http://dredf.org/international/degener_quinn.html, 05.03.2016; O značaju međunarodnog prava ljudskih prava u kontekstu mentalnog zdravlja, u smislu kontrolne funkcije i davanja legitimiteta istraživanjima i novoj politici i praksi pristupa mentalnom zdravlju u nacionalnim pravnim sistemima (stoga što politika, programi i praksa u vezi mentalnog zdravlja mogu vredati ljudska prava, što politički interesi mogu voditi arbitrarnosti, diskriminaciji ili izostanku garancija fer postupanja, odnosno stoga što je priznanje ljudskih prava značajno u kontekstu mentalnog zdravlja kao brana nepravdi i obezbeđenje sigurnosti), ali i kao načina da se onemogućí upliv svakodnevne politike u osnovnu zaštitu prava koja je garantovana, Gostin L., Gable L., *The Human Rights of Persons with Mental Disabilities: A Global Perspective on the Application of Human Rights Principles to Mental Health*, Georgetown Law, Faculty Publication, January 2010; Mariland Law Review, Vol 63, 2004, str. 21, 27, dostupno na: scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?articles=1088&context=facpub, 08.03.2016.

(R)evolucionarno novi pristup invaliditetu iz Konvencije posledica je razlikovanja pojmova poslovna sposobnost i mentalni kapacitet, odnosno mentalne mogućnosti. Za razliku od poslovne sposobnosti, kao sposobnosti da se imaju, odnosno da se bude nosilac prava i obaveze ("*legal standing*") i da se vrše ("*legal agency*"), što je ključ pune participacije u društvu, mentalni kapacitet, ili mentalna sposobnost, podrazumeva sposobnost da se donose odluke, ona po prirodi stvari nije ista kod svih, varira od osobe do osobe, a zavisi od brojnih faktora, uključujući i one koji se odnose na sredinu u kojoj lica žive i društvene okolnosti.³⁸ Najvažniji princip Konvencije, u kontekstu ovog razlikovanja, svakako je da, u skladu sa čl. 12, opaženi ili postojeći nedostaci, deficiti mentalnog kapaciteta, ne moraju biti (iskorišćeni kao) razlog, odnosno osnov za lišenje poslovne sposobnosti, naročito ne potpuno.³⁹

3. Pomoć i podrška u ostvarenju poslovne sposobnosti

Model invaliditeta zasnovan na ljudskim pravima, koji promoviše Konvencija, pored opštih, navedenih rešenja iz čl. 12. st 1,2, razvijen je posebno u odredbama daljih, stavova tri i četiri. Suštinu čini obaveza država članica da usvoje prikladne mere kojima se licima sa invaliditetom obezbeđuje pristup podršci u ostvarenju poslovne sposobnosti. Opšti komentar br. 1 Komiteta za prava osoba sa invaliditetom, koji se odnosi na čl. 12. Konvencije, upozorava na moguće nerazumevanje da model invaliditeta zasnovan na ljudskim pravima podrazumeva napuštanje modela odlučivanja umesto osobe sa invaliditetom (zamensko odlučivanje) i prelazak na model podrške u donošenju odluka (potpomognuto odlučivanje).⁴⁰ Takođe, cilj odredbe čl. 12. st. 3 je i napuštanje paradigme "najboljeg interesa ovih osoba", odnosno modela u kome neko drugi odlučuje o tome šta je u njihovom najboljem interesu i prelazak na "najbolje tumačenje volje i sklonosti" ovih lica.⁴¹ Konvencija se, svakakao, ne bavi načinima na koje će države članice obezbediti ovu podršku, odnosno pomoć, ali se, pregledom Opšteg komentara mogu prepoznati kriterijumi koje svaki od usvojenih modela potpomognutog odlučivanja treba da zadovolji. Tako, ova vrsta odlučivanja mora:

- biti svim licima dostupna;
- zasnovana na volji i sklonostima lica, a ne na onome što neko drugi smatra da je u njegovom najboljem interesu;
- način na koji ovo lice komunicira sa okolinom, čak i kada je neuobičajen (pa i ako ga razume samo nekoliko ljudi), ne sme biti prepreka pristupu ovoj vrsti odlučivanja;

³⁸ General comment, par. 12

³⁹ General comment, par. 12

⁴⁰ Videti General Comment, para. 16-22; Videti i Korać Grahovac A., Čulo A., *Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom - novi pristup shvaćanju prava osoba sa dušebnim smetnjama*, Zbornik PF u Zagrebu, 61 (1), 2011, str. 76.

⁴¹ Videti u Gajin S., nav. delo, str. 25.

- lice koje pruža podršku (jedno ili više njih), i kada ga je odabrala osoba sa invaliditetom, mora biti priznato u pravu, obezbeđena kontrola onih koji pružaju pomoć i podršku u smislu da treći mora u konkretnim situacijama potvrditi njihov identitet i da može osporiti njihovo postupanje;
- načini podrške su različiti (formalni i neformalni), a različitog su i intenziteta, uključujući uzajamnu podršku, zastupanje i podršku samozastupanju ili isključivo pomoć u komunikaciji, kao i mogućnost planiranja (podrške) unapred;
- država mora da obezbedi mogućnost i dostupnost korišćenja različitih načina podrške i to po simboličnoj ceni ili besplatno, odnosno da nedostatak sredstava nije prepreka realizaciji;
- lice sa invaliditetom mora imati pravo da odbije podršku, da okonča ili izmeni odnos sa onim ko mu pruža podršku u odlučivanju;
- moraju se obezbediti garancije u svim postupcima koji se odnose na poslovnu sposobnost i podršku u njenom ostvarenju, i
- da pružanje podrške u ostvarenju poslovne sposobnosti ne zavisi od procene mentalne sposobnosti i da se usvoje novi, nediskriminatorni pokazatelji potrebe za podrškom u ostvarivanju poslovne sposobnosti.

I Evropski forum o invaliditetu⁴² usvojio je niz preporuka koje se neposredno odnose na primenu standarda potpomognutog odlučivanja, odnosno na obaveze država u njegovoj primeni. Najvažniji su, svakako: neophodnost zamene starateljstva i sličnih modela potpomognutim odlučivanjem tako što će se ukinuti zakoni kojima je dozvoljeno da se uskrati (potpuno oduzme) poslovna sposobnost licima sa invaliditetom; razvijanje sistema potpomognutog odlučivanja pravnim regulisanjem najbitnijih oblasti života osoba sa invaliditetom (proces mora biti podvrgnut kontroli, treba podržavati razvijanje neformalnih mreža, treba obezbediti finansijsku podršku, a ceo proces treba da nadgledaju nezavisne institucije koje se bave ljudskim pravima); uspostavljanje registara lica koja pružaju pomoć u odlučivanju i kriterijuma za njihov odabir, da ova lica moraju biti obučena, redovno podvrgavana proverama, a sukobe interesa lica sa invaliditetom i pružaoca pomoći treba rešavati oslanjajući se na nezavisne mehanizme kojima se sprečavaju zloupotrebe, a koji su lako dostupni licima sa invaliditetom; nivo zaštite zavisi od potrebe lica sa invaliditetom za pružanjem pomoći, a osnovni mehanizmi zaštite moraju biti dostupni kako bi se sprečile zloupotrebe.⁴³ Takođe, Centar za zastupanje osoba sa mentalnim smetnjama usvojio je preporuke u ovom smislu, od koji se kao dopuna prethodnih mogu

⁴² Equal Recognition before the law and equal capacity to act: understanding and implementing Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, European Disability Forum, 2009, (u daljem tekstu "EDF Report") dostupno na: https://www.google.rs/search?q=equal+recognition+before+the+law+european+disability+forum+2009&ie=utf-8&oe=utf-8&gws_rd=cr&ei=_gjxVtmlGoS3sQGg7IWgDg, 10.03.2016.

⁴³ EDF Report, 6-11.

izdvojiti: da se mora obezbediti mogućnost za osporavanje ili izmenu arazmana pružanja pomoći, da se potpomognuto odlučivanje zasniva na odnosu poverenja, da se moraju precizno pravno regulisati uloge pružaoca usluga pomoći kao i priznanje ove uloge od strane trećih lica kao i priznanja same potpomognute odluke.⁴⁴

Svakako da se problem asistiranog donošenja odluka mora odvojeno razmatrati u odnosu na klasično zastupanje (starateljstvo), koje bi, prema našem ubeđenju moralo opstati u odnosu na slučajeve potpunog lišenja koji bi, opet, bili izuzetak, a ne pravilo, i samo u slučajevima kada ni pomoć i podrška trećih nije dovoljna da lice izrazi svoju volju, zahteve, želje, odnosno da donosi odluke. Takvih slučajeva ima, i biće ih, i u odnosu na njih princip Konvencije o periodičnom preispitivanju odluke o lišenju dobija na još većoj važnosti. Principi potpomognutog odlučivanja otvaraju upravo to posebno važno pravo pitanje, da li se on uopšte može uklopiti u reformu sistema starateljstva koji opstaje još uvek u nizu država, te da li je i brojčano i profesionalno - stručno jačanje timova stručnjaka, posebno psihologa u organima starateljstva dovoljno za potporu u ovom smislu.⁴⁵ Uloga ličnog asistenta u realizaciji prava na participaciju pretpostavlja i pravo na informisanje o nizu pitanja - problemu o kome treba da se odluči i posledicama odluke, o alternativama za odlučivanje, ali se odnosi i na "približavanje" problema, njegovo "svođenje" objašnjenjima na neophodan nivo sobzirom na sposobnosti lica sa invaliditetom, kao i tumačenje potreba i želja lica sa invaliditetom. Dakle, reč je o izuzetno složenoj ulozi koja podrazumeva specijalnu edukaciju, sposobnosti i veštine. To se odnosi kako na socijalne radnike tako i na policiju i zaposlene u službama koje pružaju hitnu pomoć kako bi prepoznali lica sa invaliditetom kao ravnopravna ostalima i pridavali isti značaj njihovim izjavama i primedbama, ali podrazumeva i podizanje svesti pripadnika ovih profesija⁴⁶ kao i opšteg nivoa svesti u društvu u pogledu ravnopravnosti ovih osoba.

Posebno je ozbiljan, pravno gledano, problem važnosti, pravne validnosti izjava volje, kako onih iz materijalno pravne, tako i onih povezanih uz vođenje sudskih postupaka, koje se daju, uz potporu, podršku, odnosno pomoć. Ova oblast mora biti precizno uređena kako bi se obezbedila pravna sigurnost i za lica sa invaliditetom i za sva treća lica koja sa njima stupaju u pravne odnose.

Pretpostavljena poslovna sposobnost uz različite modele podrške nije, ipak, rešenje koje se prihvata isključivo pod uticajem Konvencije. Tako, npr., engleski Mental Capacity Act iz 2005. godine, predviđa preduzimanje mera

⁴⁴ Legal Capacity in Europe: A Call to Action Governments and to the EU, Mental Disabilities Advocacy Centre, 2013, (udaljem tekstu "MDAC 2013"), at 27, dostupno na: http://mdac.info/sites/mdac.info/files/legal_capacity_in_europe.pdf, 20.03.2016.

⁴⁵ Videti o tome Horvat Alajbegović B., *Uloga centra za socijalnu skrb u primeni instituta skrbništva*, Zbornik radova, Zagreb, 2012, str.29-32.

⁴⁶ Gajin S., nav. delo, str. 30, 31.

pomoći za samostalno odlučivanje, a kada to nije moguće, lice se smatra nesposobnim samo za donošenje određene odluke, kao i da se kod zamenskog odlučivanja ili vršenja nekog posla (od strane staratelja) prethodno mora utvrditi da li se isti cilj mogao postići manje restriktivnom merom, što je kasnije usvojeno i kao standard u Konvenciji.⁴⁷ Takođe, poseban sud ("*Court of Protection*") ima nadležnost za odlučivanje da li lica sa nedostatkom kapaciteta mogu donositi pojedine odluke koje ih se tiču.⁴⁸ Ovaj sud ima ulogu da formuliše precedente i razvija ekspertize u svim stvarima koje se odnose na ova lica.⁴⁹ Čak i u regulisanju starateljstva, odnosno zamenskog odlučivanja, koje je tradicionalan pristup, prepoznamo nastojanja da se prida značaj očuvanom kapacitetu, odnosno volji lica sa invaliditetom. U skladu sa ovim ciljem određeni kvaliteti staratelja imaju nesumnjiv značaj, kao što su pouzdanost i dostojnost, odgovarajući nivo veština i kompetencija za obavljanje poverenih zadataka (poslova).⁵⁰ Specifičnost zakonodavnog okvira starateljstva svakako su i rešenja koja, kao u pravu Austrija, npr., predviđaju da svaka odluka staratelja mora biti u saglasnosti sa individualnom voljom konkretnog lica, a ako postoje razlike u mišljenju sudija odlučuje o najboljoj soluciji vodeći računa o dobrobiti lica pod režimom zaštite.⁵¹ U Nemačkoj je na snazi sistem nadzora, adekvatniji poštovanju volje ovih lica, ali, kada je u pitanju potpuno starateljstvo, volja lica nije uvek relevantna.⁵²

Posle usvajanja Konvencije u nizu država prihvata se i primenjuje neki od modela asistiranog donošenja odluka. Dobar primer je Građanski zakonik Republike Češke, iz 2012. godine, koji predviđa da lica sa invaliditetom imaju poslovnu sposobnost, zatim da obaveze lica koja im pružaju pomoć pri odlučivanju slede iz ugovora koji mora odobriti sud, kao i da se pomoć sastoji u omogućavanju komunikacije, davanju informacija i saveta.⁵³ Specifičan i veoma dobar primer razrade standarda potpomognutog donošenja odluka svakako je i

⁴⁷ Videti Mental Capacity Act 2005 - Code of Practice, Issued by the Lord Chancellor on 23. April 2007 in accordance with sections 42 and 43 of the Act, London, 2007, str. 22-27 (u daljem tekstu "MCACP") dostupno na

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/497253/Mental-capacity-act-code-of-practice.pdf. 15.03.2016., uz kritike u teoriji zbog usvajanja funkcionalnog modela, odnosno funkcionalne procene mentalne sposobnosti, smatrajući da čl. 12. Konvencije ne dopušta da se poslovna sposobnost oduzme ni u jednom slučaju već da se uvede procena kakva, koja vrsta podrške je licu potrebna da bi relaziovalo poslovnu sposobnost, vidi Arstein-Kerslake A., *Poslovna sposobnost i odlučivanje uz podršku: poštovanje prava i osnaživanje ljudi*, Zbornik radova i preporuka, Poslovna sposobnost i život u zajednici: zaštita prava osoba sa invaliditetom, Beograd, 2014, str. 77.

⁴⁸ Reč je, npr., o svojinskim, finansijskim stvarima, ali i onim koje se odnose na zaštitu zdravlja i lično osiguranje, MCACP, para 8.1

⁴⁹ MCACP, para 8.2

⁵⁰ MCACP, para. 8.32.

⁵¹ Legal Capacity, str. 36.

⁵² Tako u Sloveniji, npr., Legal Capacity, str. 36.

⁵³ Legal capacity in Europe, A Call to Action to Governments and to the EU, MDAC, Budapest, 2013, str. 48, dostupno na: http://mdac.info/sites/mdac.info/files/legal_capacity_in_europe.pdf, 15.03.2016.

primer "staratelja za ubuduće", odnosno "punomoćnika za ubuduće",⁵⁴ kao i ličnog ombudsmana u Švedskoj.⁵⁵

No bez obzira na konkretna, veoma različita rešenja, odnosno prihvatanje veoma različitih "obrazaca podrške"⁵⁶ u donošenju odluka osnovni princip je svakako da se mora uvažavati volja lica sa invaliditetom u najvećoj mogućoj meri koju dopušta stanje njegovog mentalnog (intelektualnog) kapaciteta, kao i da svaka, pa i mera eventualnog zamenskog odlučivanja mora biti u skladu sa principom proporcionalnosti, odnosno najmanje restriktivna.

4. Regulatorna EU u kontekstu lišenja poslovne sposobnosti

U okvirima EU od izuzetne je važnosti u smislu novih standarda, odnosno pristupa poslovnoj sposobnosti lica sa invaliditetom Preporuka No R(99)4.⁵⁷ Ona se odnosi na odrasla lica koja, kako se to u Preambuli i delu kojim se određuje polje primene kaže, nisu sposobna da zaštite svoje interese, odnosno da donose autonomno odluke uključujući, sve ili samo neke, koje se tiču ličnog života i ekonomskih pitanja, odnosno koja nisu sposobna da razumeju odluke, da ih objasne ili deluju u skladu sa njima. Razlog su oštećenja ili insuficijencije njihovih ličnih moći usled mentalnog invaliditeta, bolesti ili drugih razloga. Osnovni principi su poštovanje digniteta ovih lica i njihovih ljudskih prava i osnovnih sloboda, fleksibilnost pravnog sistema, odnosno njegova prilagodljivost različitim situacijama, a posebno, kada je reč o poslovnoj sposobnosti ovih lica da mere zaštite ne uključuju uvek njenu restrikciju,⁵⁸ odnosno ne smeju automatski voditi potpunom oduzimanju poslovne sposobnosti. Ili, potpuno lišenje je moguće, nije zabranjeno, ali samo kada je to neophodno za zaštitu ovih lica.⁵⁹

Preporuka No R(99)4 navodi posebno izvesna prava koja ne smeju biti automatski uskraćena, kao što je pravo da bira (izborno pravo), da sastavi testament, da prihvati ili odbije medicinsku intervenciju, kao i da donosi druge

⁵⁴ Tako, u nemačkom pravu, punomoćnik punoletnog lica (čl. 1896. BGB) koje zbog mentalne bolesti ili fizičke nesposobnosti nije u stanju da potpuno ili delimično vrši svoje poslove. Videti Ivana Milas Klarić, Lišenje poslovne sposobnosti i skrbništvo - od zakonodavstva i prakse danas, do potrebe za promjenama de lege ferenda u svetlu Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom, Zbornik PF u Zagrebu, 2012, str. 81

⁵⁵ Ko može da odlučuje? Pravo na poslovnu sposobnost lica sa intelektualnim i psihosocijalnim invaliditetom, Tematski izveštaj Komesara Saveta Evrope za ljudska prava, 2013, str.29-31. https://www.coe.int/t/commissioner/source/prems/IP_LegalCapacity_serb.pdf, 21.03.2016.

⁵⁶ Obrazac podrške se definiše kao sistem u kom ljudi zajedno rade na razumevanju želja i izbora pojedinca i zatim obezbeđuju instrumente kojima ta osoba može da koristi svoju poslovnu sposobnost i živi život na način koji on ili ona izabere, za razliku od nametanja odluke nekog drugog donete u ime te osobe, Arstein-Kerslake A., nav. delo, str. 69.

⁵⁷ Recommendation No. R (99)4 on Principles Concerning the Legal Protection of Incapable Adults, 23. February 1999 (u daljem tekstu "Rec No R (99)4"), dostupno na: http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/Rec%2899%294E.pdf, 09.03.2016.

⁵⁸ Rec No R (99)4, Principle 2 - Flexibility in legal response, para.4.

⁵⁹ Rec No R (99)4, Principle 3 - Maximum preservation of capacity, para. 1

odluke koje su ličnog karaktera, u bilo kom periodu kada im kapacitet dopušta, odnosno omogućava da ta prava vrše.⁶⁰ Takođe, pravni sistemi moraju prepoznati i mogućnost donošenja odluka uz odobrenje lica koja ih predstavljaju (zastupnika), ali i samostalno, ako je reč o svakodnevnim poslovima.⁶¹ Individualni pristup svakom posebnom slučaju i neophodnost određene mere su, takođe, standardi koje ova Preporuka usvaja, ali i proporcionalnost stepenu, dakle očuvanosti kapaciteta ličnosti, odnosno da se interveniše u najmanjoj neophodnoj meri.⁶² Pravo na pravično i efikasno postupanje nadležnih organa koji izriču mere prema ovim osobama osnovni su procesni principi, ali i postupanje u njihovom najboljem interesu i izbor zastupnika ili asistenta koji će biti najprihvatljiviji za zaštitu i promovisanje interesa ovih lica.⁶³ Princip poštovanja volje ovih lica posebno je istaknut u izboru lica koje će ga zastupati ili koje će mu asistirati, kada je to moguće i prihvatljivo, a zastupnici ili asistenti, pak, moraju informisati lice, kada god je to moguće i prikladno, posebno pri donošenju važnih odluka, kako bi lice imalo uvid u sve okolnosti.⁶⁴

Posebno se, međutim, Preporuka No R(99)4 bavi upravo principima postupka u kome se odlučuje o merama zaštite ovih lica, pa, dakle, i postupka u kome se odlučuje upravo o poslovnoj sposobnosti. Pre svih, mere se mogu izricati samo ako su neophodne, a posebno se insistira na pokretanju postupka od starane javnih vlasti ili tela, odnosno od strane suda ili drugih kompetentnih, dakle po službenoj dužnosti, kao i da lice mora neodložno biti obavешteno, na jeziku ili na način koji razume, o pokretanju i pravilima postupka koji može uticati na njegovu poslovnu sposobnost.⁶⁵ Mora biti predviđena adekvatna procedura istraživanja i procene ličnih sposobnosti, odnosno da se procena mora činiti od strane kvalifikovanih lica (eksperata) koji daju pisani izveštaj ili izveštaja koji se zapisnički konstatuje, a samo lice ima pravo da bude lično saslušano u svakom postupku koji se odnosi na njegovu poslovnu sposobnost.⁶⁶ Mere koje se izriču, kada god je to moguće i prihvatljivo, moraju biti vremenski ograničene, zatim, moraju se periodično preispitivati i revidirati u skladu sa promenom okolnosti, odnosno uslova na strani ovih lica, i moraju biti ukinute ukoliko više nema uslova (pretpostavki) za njihov opstanak, a garantovano je i pravo na žalbu. Moguće je, takođe, izricanje i privremenih mera u slučaju opasnosti, a za njihovo izricanje važe principi koji se odnose na obavezno učešće eksperata, pravo na lično saslušanje i preispitivanje, odnosno reviziju odluke, a

⁶⁰ I čl. 12. st. 5 Konvencije pominje izričito jednakost u vršenju prava svojine, nasleđivanju, kontrolisanju finansija, pristupu bankarskim kreditima, hipotekarnim zajmovima i drugim oblicima finansijskog kreditiranja i zabranu lišenja imovine nečijom samovoljom.

⁶¹ Rec No R(99)4, para. 2, 3.

⁶² *Ibidem*, Principle 6 - Proportionality

⁶³ Rec No R(99)4, Principle 7 - Procedural fairness and efficiency, Principle 8 - Paramountcy of interests and welfare of the persons concerned

⁶⁴ Rec No R(99)4, Principle 9 - Respect for wishes and feelings of the person concerning

⁶⁵ Rec No R(99)4, Part III - Procedural principles, Principle 11 - Institution of proceedings

⁶⁶ *Ibidem*, Principle 12 - Investigation and assessment, Principle 13 - Right to be heard in person

obvezno se mora predvideti i pravo na žalbu na odluku o privremenoj meri.⁶⁷ Uloga zastupnika ograničena je i kontrolisana od strane sudskih ili administrativnih vlasti, a u tom smislu posebno je važno pravilo da prenošenje na zastupnike vršenja pravnih radnji ovih lica ne sme značiti lišavanje poslovne sposobnosti kao i da se ovlašćenja zastupnika mogu izmeniti ili ograničiti u bilo koje vreme od strane nadležnih organa i da može biti predviđeno da se neke odluke mogu donositi samo uz specijalno odobrenje suda ili drugog nadležnog organa. Predviđena je odgovornost zastupnika za svaki gubitak ili štetu koja je licu nastala u vršenju zastupničke funkcije.⁶⁸

I Preporuka Komiteta ministara Saveta Evrope iz 2004,⁶⁹ koja se odnosi na osobe sa mentalnim poremećajima, u čl. 4, predviđa da i one imaju pravo da vrše svoja građanska i politička prava, a da ograničenja u njihovom vršenju moraju biti u skladu sa Konvencijom o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (nadalje "EKLJP") i da ne smeju biti bazirana isključivo na tome da je reč o licima sa mentalnim poremećajima (na dijagnozi). U relevantnim dokumenata Saveta Evrope, odnosno Komesara za ljudska prava, koja nastoje na razjašnjenju ciljeva Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom i obaveza za države potpisnice koje iz nje slede, nedvosmisleno se zaključuje da potpuna/jednaka poslovna sposobnost za sve predstavlja polaznu tačku.⁷⁰ Takođe se konstatuje da države članice ne smeju nastaviti praksu oduzimanja poslovne sposobnosti licima sa invaliditetom ili oštećenjima, već im je primarna odgovornost da obezbede pomoć onima koji imaju teškoće u donošenju odluka i (ili) komunikaciji sa drugima odnosno da je pristup Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom bitno drugačiji u odnosu na praksu niza članica Saveta Evrope koje praktikuju starateljski sistem i donošenje odluka u ime ovih lica.⁷¹ Stoga se preporučuje ukidanja mehanizama potpunog oduzimanja poslovne sposobnosti i potpunog starateljstva kao i razvijanje alternativa za potpomognuto donošenje odluka, za ona lica koja žele pomoć u donošenju ili saopštavanju odluka, da su ove alternative lako dostupne i da se primeni princip dobrovoljnosti u primeni alternativa potpomognutog donošenja odluka.⁷²

⁶⁷ *Ibidem*, Principle 14 - Duration, review and appeal, Principle 15 - Provisional measures in case of emergency

⁶⁸ Rec No R(99)4, Principle 18 - Control of powers arising by operation of law, Principle 19 - Limitation of powers of representatives, Principle 20 - Liability

⁶⁹ Recommendation No Rec(2004)10 concerning the protection of the human rights and dignity of persons with mental disorder and its Explanatory Memorandum, 22. September 2004, dostupno na:

http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/08_Psychiatry_and_human_rights_en/Rec%282004%2910%20EM%20E.pdf, 09.03.2016.

⁷⁰ Videti, npr, Council of Europe, Commissioner for Human Rights, Who gets to decide? Right to legal capacity for persons with intellectual and psychosocial disabilities, Issue Paper (2012)2, para 4.1. The Convention on the Rights of Persons with Disabilities: equality before the law (u daljem tekstu "Who gets to decide?"), dostupno na:

https://wcd.coe.int/ViewDoc/sp?id=190855#P232_16259, 10.03.2016

⁷¹ Who gets to decide, para 4.1.

⁷² "Who gets to decide", preporuka br. 3 i 7.

I Akcioni plana Saveta Evrope za period od 2006 do 2015⁷³ afirmiše princip da lica sa invaliditetom moraju biti priznata (prepoznata) u pravu, ali, kada je u pitanju poslovna sposobnost ne priznaje je izričito, kao što to čini Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom, već od država članica zahteva da, onda kada je za vršenje poslovne sposobnosti neophodna asistencija, odnosno pomoć ovim licima, njihovi pravni sistemi treba da je obezbede. U okviru pravaca evropske politike u odnosu na invaliditet Akcioni plan polazi od ljudskih prava, zabrane diskriminacije, jednakih mogućnosti, punih građanskih prava i participacije lica sa invaliditetom.⁷⁴ Odnosno, zakonodavstva moraju prepoznati različite stepene, nivoe (ne)sposobnosti ovih lica te da ona može varirati u različitim periodima

Svakako treba pomenuti da se EKLjP ne odnosi posebno na prava osoba sa invaliditetom, pa ni na njihovu poslovnu sposobnost. Ipak, sobzirom na usvojeni koncept ljudskih prava, kada su u pitanju osobe sa invaliditetom, moguće je uspostaviti direktnu vezu odredaba EKLjP i povrede prava ove kategorije lica. Ovu relaciju potvrđuje obimna praksa Suda za ljudska prava, kojoj se ovom prilikom nećemo baviti, a čijim odlukama su utvrđivane povrede, odnosno ne primenjivanje standarda koje EKLjP uspostavlja.

⁷³ Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation Rec (2006)5 Action plan to promote the rights and full participation of people with disabilities in society: improving the quality of life of people with disabilities in Europe 2006-2015, 5. April 2006, para. 3.12. Legal protection, str. 25, dostupno na: www.coe.int/t/dg3/disability/ActionPlan/PDF/Rec_2006_5_English.pdf, 09.03.1026.

⁷⁴ *Ibidem*, para. 1.1.2

THE REMOVAL OF THE LEGAL CAPACITY AND INTERNATIONAL STANDARDS RELATED TO THE PROTECTION OF INDIVIDUALS WITH MENTAL DISABILITY

Summary: The ultimate recognition of the fundamental principle of the autonomy of human beings lies in the recognition of the autonomy of vulnerable groups of people, the individuals with disabilities, and hence, the recognition of their legal capacity dependent on the nature of their disability. One of the most significant principle of the UN Convention on the rights of the individuals with disabilities, included in Article 12 .2, a standard accepted by the signatories, is the recognition of the legal capacity of these persons in all aspects of their lives. It is a new concept which relies on the universal Declaration on human rights that all human beings are born free and equal in their rights and dignity. This Convention affirms the equality of the individuals with disability, before all fair and equal treatment and ban on discrimination policies, as well as the recognition of these persons as respectable members of society. The contemporary approach to the rights of the persons with disability, that is a model of human rights, has significant repercussions in the context of the removal of the legal capacity. The most important ones are related to the obligation of the signatory countries in domain of providing information on starting the procedure of terminating the legal capacity and its course, respecting the right of the person affected to participate in it and express her or his opinion. This also involves the exclusion of the possibility of permanent and complete termination of a person's legal capacity, that is allowing an opportunity for the decision to be appealed and readdressed in certain time frames. However, the condition above all conditions is to respect the rights of these people to express their will and wishes. Particular attention should be paid to the Convention's aspect related to the concept of guardianship of this vulnerable group of people that should be readdressed along with the introduction of the category of personal assistants who would possess necessary skills and knowledge for offering assistance and support to the persons with disabilities in expressing their opinion..

Key words: anatomy of persons, universal nature of legal capacity, assisted decision making