

dr. Suzana Bubić, redovni profesor
Univerzitet „Džemal Bijedić“ u Mostaru, Pravni fakultet

NOVI PRISTUP UREĐENJU STATUSA ODRASLIH OSOBA S DUŠEVNIM SMETNJAMA

Sažetak: U grupi odraslih osoba, na zaštitu čijih prava je nužno obratiti veću pažnju na nacionalnom planu i na kojoj treba stalno insistirati, najugroženije su osobe s invaliditetom. One su uvijek upućene na pomoć drugih, bez koje ne mogu fizički ili pravno funkcionisati.

U radu se razmatra status osoba s invaliditetom, posebno onih s duševnim smetnjama, i to prvenstveno u kontekstu UN Konvencije o pravima osoba s invaliditetom. Naglasak je na zahtjevu osiguranja prava na jednakost pred zakonom, odnosno uživanja i ostvarivanja poslovne sposobnosti te pristupa podršci u tome, kao i na mehanizmima zaštite. Udovoljenjem ovim zahtjevima država, odnosno zakonodavac stvara uslove za realizaciju svih prava koja su ovim osobama priznata Konvencijom, pa i onih u oblasti porodičnog prava, na koja se autorica ograničila u radu.

Ključne riječi: odrasle osobe, Konvencija o pravima osoba s invaliditetom, duševne smetnje, poslovna sposobnost, mjere zaštite, podrška

1. Uvodne napomene

Porast udjela stanovništva iznad određene dobi u globalnoj populaciji, odnosno pojava starenja stanovništva, prisutna je u cijelom svijetu, kao posljedica pada nataliteta, na jednoj, i produženja životnog vijeka, zahvaljujući napretku medicine i boljim uslovima života, na drugoj strani. U 2015. godini 9,1% svjetske populacije bilo je mlađe od 5 godina, 26,1% mlađe od 15 godina, 12,3% sa 60 ili više, a 1,7% sa 80 ili više godina. Iz ovih podataka proizlazi da su 50,8% populacije činile osobe od 15 do 60 godina, odnosno 64,8% osobe starije od 15 godina. Međutim, prema projekcijama, odnos osoba mlađih od 15 godina i onih sa 60 ili više godina značajno će se promijeniti u 2050. godini: umjesto dvostruko većeg broja prvih u odnosu na druge, njihov broj će se skoro izjednačiti. Naime, zbog brzog starenja će u 2050. godini u svijetu (bez Afrike) biti skoro četvrtina ili više stanovništva starog 60 ili više godina. U Evropi je procent stanovništva sa i iznad 60 godina dvostruko veći od ovog na globalnom planu.¹ U ukupnoj populaciji Evropske unije broj odraslih i starih osoba u 2014.

¹ World Population Prospects, The 2015 Revision, *Key Findings and Advance Tables*, United Nations New York, 2015, str. 7 – 9,

godini je veći nego na globalnom planu: 65,8% činile su osobe od 15 do 64 godine, a 18,5% osobe sa 65 ili više godina.² S obzirom da rezultati popisa stanovništva u Bosni i Hercegovini, provedenog 2013. godine, još nisu objavljeni, struktura stanovništva po godinama je nepoznata. Starenje stanovništva nameće vladama država obavezu redizajniranja politika koje se tiču potreba starijih osoba, odnosno pružanja podrške ovim osobama.

Među odraslim osobama znatan je broj osoba s invaliditetom. Prema podacima Svjetske zdravstvene organizacije oko 15% svjetske populacije ima neki od oblika invaliditeta.³ Ovim procentom, istina, nisu obuhvaćene samo odrasle, već i maloljetne osobe. O broju ovih osoba u Bosni i Hercegovini ne postoje podaci, odnosno ne postoje međusobno uporedivi podaci.⁴ Naime, evidencija o ovim osobama ne vodi se na jedinstven način i po precizno utvrđenim pravilima i kriterijima, ne postoje baze podataka o njima, a ni nadležnost za prikupljanje podataka nije jedinstveno uređena.^{5 6}

U radu će se razmatrati status, odnosno pojedina pitanja koja se tiču odraslih osoba s invaliditetom, uz ograničenje na osobe s duševnim smetnjama. Prije razmatranja prava ovih osoba priznatih u UN Konvenciji o pravima osoba s

http://www.google.hr/url?url=http://esa.un.org/unpd/wpp/publications/files/key_findings_wpp_2015.pdf&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ved=0ahUKEWjk1syW7KPKAhXIBywKHfSrATYQFggSMAA&usg=AFQjCNGvv3JjPdFyB5ByVJOLsHnaQ41H0g, pristup 28. 12. 2015.

Do pada broja stanovnika će, prema projekcijama, doći u 48 zemalja. Bosna i Hercegovina je među 11 zemalja u kojim će smanjenje biti više od 15%

Srednja dob u 2015. godini je 29,6 godina, što znači da je polovina populacije mlađa, a polovina starija od te dobi (str.1).

²[http://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php/File:Population_age_structure_by_major_age_groups,_2004_and_2014_\(%25_of_the_total_population\)_YB15.png](http://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php/File:Population_age_structure_by_major_age_groups,_2004_and_2014_(%25_of_the_total_population)_YB15.png), pristup 11. 1. 2016.

³Disability and health, Fact sheet N°352, Reviewed December 2015,

<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs352/en/>, pristup 10. 1. 2016.

⁴ Statistika o ovim osobama ne postoji i pored obaveze nadležnih vlasti da prikupljaju podatke. Obavezivanje nadležnih vlasti, prema Standardnim pravilima za izjednačavanje mogućnosti za osobe sa invaliditetom (Pravilo 13), da razmotre mogućnost osnivanja banke podataka o invaliditetu koja bi uključivala, pored ostalog, statistike o različitim grupama osoba sa invaliditetom, nije rezultiralo osnivanjem ove banke. Obaveza prikupljanja odgovarajućih informacija, uključujući statističke podatke i podatke iz istraživanja, normirana je i u članu 31. Konvencije.

⁵ Specijalni izvještaj o pravima osoba s invaliditetom, Institucija ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine, Novembar 2010. godine, str. 33.

http://rightsforall.ba/wpcontent/uploads/2014/06/ljudska_prava_bos_dodatak_specijalni_izvjestaj_o_pravima_osoba_sa_invaliditetom.pdf, pristup 29. 12. 2015.

⁶ Rezultati popisa iz 2013. godine trebalo bi da sadrže relevantne podatke dobijene na osnovu odgovora na pet pitanja koja je, prema EUROSTAT-ovim uputstvima za evidenciju osoba s invaliditetom, pripremila Agencije za statistiku BiH. (Prema Inicijalnom izvještaju Bosne i Hercegovine o provođenju Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima osoba sa invaliditetom, maj 2012, str. 82)

http://www.mhrr.gov.ba/Javni_poziv/INICIJALNI%20%20IZVJESTAJ%20BIH.pdf, pristup 29. 12. 2015.

invaliditetom (u daljem tekstu: Konvencija)⁷, relevantnih za oblast porodičnog prava, pažnja će se zadržati na definiciji invaliditeta, odnosno određenju osoba s invaliditetom i duševnim smetnjama.

2. Definicija invaliditeta i osoba s invaliditetom

Invaliditet se različito određuje, zavisno od pristupa od kojeg se polazi, odnosno od prihvaćenog modela invaliditeta. U 90 - im godinama 20. vijeka, do tada u teoriji prihvaćeni medicinski model, zamijenjen je socijalnim, a ovaj model u čistom obliku počinje se napuštati krajem te decenije.

Prema medicinskom modelu, invaliditet se definiše samo na osnovu oštećenja koje postoji na strani jedne osobe, pa označava njenu nesposobnost da zbog tog nedostatka „funkcioniše na uobičajen način“. Osobe s invaliditetom se određuju kao „osobe s problemima, objekti brige i primaoci socijalne pomoći.“⁸

U socijalnom modelu problemi invaliditeta se preusmjeravaju sa pojedinaca na njihovu interakciju s okruženjem - na različite prepreke koje se u sredini u kojoj žive stvaraju i uvećavaju za njih. U skladu s tim, autori zagovornici ovog modela umanjuju značaj zdravstvene dimenzije invaliditeta i invaliditet smatraju kao „društvenu konstrukciju koja odražava sistematsko uskraćivanje ljudskih prava grupi pojedinaca koji se smatraju da su manje u stanju funkcionisati u društvu zbog individualnih oštećenja.“⁹ U ovom modelu invaliditet se smješta u kontekst ljudskih prava.

Autori koji su isticali prednosti socijalnog modela, krajem 90 - ih godina mijenjaju stav, naročito kritikujući stroge verzije ovog modela.¹⁰ Smatraju da, nakon izvršene prve promjene paradigme - zamjene medicinskog modela socijalnim, treba da se izvrši i druga promjena - prihvatanje modela koji će efikasnije objasniti iskustvo osoba sa invaliditetom.¹¹ Po njima, oštećenje (kao atribut individualnog tijela ili uma) i invaliditet (kao odnos između osobe s

⁷ Konvencija i Fakultativni protokol uz nju usvojena je 13. 12. 2006, a stupila na snagu 3. 5. 2008. godine. Njena potpisnica je i Evropska unija. Bosna i Hercegovina ju je potpisala 29. 7. 2009, ratifikovala 12. 3. 2010. godine („Službeni glasnik BiH - Međunarodni ugovori“ br. 11/09), a za BiH stupila je na snagu 12. 4. 2010. godine.

⁸ Lewis, O, *Legal capacity in international human rights law* (dissertation), Leiden University, 2015, str.212. <https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/33834>, pristup 28. 12. 2015.

⁹ Krahn, G & Campbell, VA 2011, 'Evolving Views of Disability and Public Health: The Roles of Advocacy and Public Health', *Disability and Health Journal*, vol. 4, no. 1, pp. 12-18. prema Lewis, *op. cit.* str. 213.

¹⁰ Shakespeare, T; Watson, N, *The social model of disability: an outdated ideology?* Research in Social Science and Disability' Volume 2, pp. 9-28 (2002), <http://www.google.hr/url?url=http://disability-studies.leeds.ac.uk/files/library/Shakespeare-social-model-of-disability.pdf&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ved=0ahUKEwiModarosZKAhWH6xQKHW4FBKwQFggVMAA&usq=AFQjCNE9i5oOQzakwCRQ6Rzj1pwMnNiJDw>, pristup 10. 1. 2016.

¹¹ *Ibidem*, str. 23.

oštećenjem i društva, odnosno kao socijalna tvorevina), između kojih se pravi razlika u socijalnom modelu, nisu međusobno suprotstavljeni, već su različiti aspekti pojedinačnog iskustva, s teško odredivom tačkom u kojoj završava oštećenje, a počinje invaliditet. Upravo zbog ovog posljednjeg i smatraju neodrživim razlikovanje između oštećenja i invaliditeta. Invaliditet ne posmatraju ni kao samo medicinsko, ni kao samo društveno iskustvo, već kao „dijalektičku cjelinu bioloških, psiholoških, kulturnih i društveno - političkih faktora“ međusobno teško odvojivih.¹²

U novije vrijeme se ističe potreba multidimenzijskog pristupa rješavanju koncepta invaliditeta i određivanju njegove definicije s obzirom na njegove medicinske, funkcionalne i socijalne komponente.^{13 14}

U Konvenciji nije data definicija invaliditeta.¹⁵ Umjesto nje, odredba člana 1. stava 2. sadrži širok opis koji uključuje „osobe koje imaju dugotrajna tjelesna, mentalna, intelektualna ili osjetilna oštećenja koja u interakciji s različitim preprekama mogu ometati njihovo puno i efikasno učešće u društvu ravnopravno s drugim.“¹⁶ Iz ove odredbe proizlazi da za invaliditet nije dovoljno samo postojanje i duže trajanje jednog od navedenih oblika oštećenja, već da treba da postoji i mogućnost nastanka posljedice - nemogućnosti potpunog integrisanja u društvo. Ova posljedica nastaje kroz međusobno djelovanje prisutnog oštećenja i prepreka koje u okruženju u kojem živi ometaju osobu s tim oštećenjem da se uključi u društvo. Naglasak, znači, nije samo na individualnim karakteristikama - oštećenjima, već i na uskraćivanju ljudskih prava osobama koje se, zbog tih karakteristika, smatraju manje sposobnim funkcionisati i uključiti se u društvo. U teoriji se ovo konvencijsko rješenje povezuje sa socijalnim modelom: značajnim se smatra da se ono ne zasniva na zdravstvenom, već na socijalnom modelu i pristupu invaliditetu.¹⁷ U opisu invaliditeta sadržanom u Konvenciji kombinovani su elementi medicinskog i socijalnog modela, mada je prihvaćeni model u suštini blaža varijanta socijalnog modela, varijanta koja ne samo što ne isključuje značaj zdravstvenog aspekta

¹² *Ibidem*, str. 24.

¹³ McDermott, S, Turk, M. A, *The myth and reality of disability prevalence: measuring disability for research and service*, Disability and Health Journal, January 2011, Volume 4, Issue 1, Pages 1–5,

¹⁴ Kritika socijalnom modelu upućuje se zbog odbacivanja iskustva koja doživljavaju ove osobe.

¹⁵ O razlozima za (ne)uvođenje definicije u Konvenciju v. šire: Lewis, *op. cit.*, str.213 - 214;

¹⁶ Iz ovakvog određenja invaliditeta moglo bi se zaključiti da je grupa osoba s invaliditetom homogena, ali ona to očigledno nije. Naime, osobe unutar ove grupe imaju različite oblike oštećenja i potrebni su im različiti oblici pomoći i podrške. Međutim, u Konvenciji te razlike, kao ni zajednički faktori koji ipak postoje, nisu prepoznati u dovoljnoj mjeri, pa se u teoriji kritikuje nejasnoća Konvencije o ovom pitanju. (Hendriks, A, *The Undisability Convention and (Multiple) Discrimination: Should EU Non-Discrimination Law Be Modelled Accordingly?*, u: European Yearbook of Disability Law, Volume 2, Edited by Lisa Waddington and Gerard Quinn, Intersentia Antwerp – Oxford – Portland 2010, str. 18 – 21.

¹⁷ Lewis, *op. cit.*, str. 214.

invaliditeta, već ga smatra važnim faktorom, zajedno sa socijalnim. Invaliditet proizlazi iz interakcije funkcionalnog statusa osobe s njenim okruženjem.^{18 19}

Prihvatanje ovog modela omogućava unapređenje ljudskih prava osoba s invaliditetom; na osnovu njega se državama članicama mogu nametnuti obaveze uklanjanja prepreka zbog kojih su ove osobe, pri ostvarivanju prava, u neravnopravnom položaju u odnosu na druge osobe. Ako okruženje u kojem žive osobe s invaliditetom osigurava podršku ovim osobama, one neće biti nesposobne, odnosno ne u onoj mjeri u kojoj su bile prije dobijanja pomoći, i moći će se integrisati u društvo.^{20 21}

U Konvenciji nije određen nijedan od oblika oštećenja navedenih u odredbi člana 1. Od svih njih razmotrit ćemo mentalna i intelektualna oštećenja, s obzirom da je predmet rada ograničen samo na status osoba s duševnim smetnjama.

U Međunarodnoj klasifikaciji o funkcionisanju, invaliditetu i zdravlju Svjetske zdravstvene organizacije, u okviru oštećenja tjelesnih funkcija, na listi mentalnih funkcija su: svijest, orijentacija (u odnosu na prostor, vrijeme i lica), intelektualne funkcije (uključujući retardaciju i demenciju), spavanje, pažnja, pamćenje, emocionalne i perceptivne funkcije, visok nivo kognitivnih funkcija.²²

¹⁸ Mont, D, *Measuring Disability Prevalence*, Disability & Development Team, HDNSP, The World Bank March 2007, str. 3, <http://siteresources.worldbank.org/DISABILITY/Resources/Data/MontPrevalence.pdf>, pristup 15. 1. 2016.

¹⁹ U Preporuci Vijeća Evrope R(99)04 o principima koji se tiču pravne zaštite odraslih osoba s invaliditetom, ove osobe se definišu kao odrasle osobe koje su zbog oštećenja ili nedovoljnosti ličnih sposobnosti nesposobne za autonomno donošenje odluka koje se tiču ličnih ili ekonomskih stvari ili za shvatanje, izražavanje ili djelovanje u skladu s tim odlukama i koje zbog toga ne mogu štiti svoj interes. Nesposobnost može biti posljedica mentalnog invaliditeta, bolesti ili sličnog razloga. U Preporuci je prihvaćen funkcionalni koncept – težište je na (ne)sposobnosti za donošenje odluka. (Preporuka dostupna na: [http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/Rec\(99\)4E.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/Rec(99)4E.pdf), pristup 20. 1. 2016)

²⁰ U tom smislu i Lewis, *op. cit.* str. 213.

²¹ Uklanjanje prepreka se zahtijeva i u Preporuci Komiteta ministara Vijeća Evrope (2006)5. U odjeljku 2. 2. navedeno je da se invalid više ne posmatra kao pacijent kojem treba njega, već kao osoba kojoj treba uklanjanje postojećih prepreka kako bi zauzela mjesto koje joj pripada kao punopravnom članu društva. Kao prepreke su navedeni stavovi i prepreke - društvene, zakonske i one iz okruženja. (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, dostupna na: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=986865>, pristup 20. 1. 2016.) Na potrebu uklanjanja prepreka na koje nailaze osobe s invaliditetom ukazano je i u Međunarodnoj klasifikaciji o funkcionisanju, invaliditetu i zdravlju Svjetske zdravstvene organizacije, koja je okvir za mjerenje zdravlja i invaliditeta (International Classification of Functioning, Disability and Health' [ICFDH] 2001). Kako je u fokusu Klasifikacije posljedica, u obzir se uzimaju svi uslovi koji utiču na funkcionisanje pojedinca, tako da se ne razmatraju samo medicinski, već i drugi aspekti invaliditeta. (http://www.who.int/classifications/icf/icf_more/en/, pristup 12. 1. 2016)

²² *ibidem*

Domaće zakonodavstvo nije usklađeno s navedenom klasifikacijom. Zakoni Federacije Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: FBiH) i Republike Srpske (u daljem tekstu RS) odvojeno određuju osobe s duševnim smetnjama i osobe s težim duševnim smetnjama, odnosno s mentalnim poremećajima i težim mentalnim poremećajima. Njihovo određenje je zasnovano na medicinskom modelu, a razlika je u tome što se kod prvih navode samo individualne karakteristike ovih osoba, a kod drugih i posljedice koje one izazivaju u njihovom funkcionisanju. Tako se u Zakonu o zaštiti osoba s duševnim smetnjama FBiH²³ kao osoba sa duševnim smetnjama određuje „duševno bolesna osoba, osoba sa duševnim poremećajem, nedovoljno duševno razvijena osoba, ovisnik o alkoholu ili drogama ili osoba sa drugim duševnim smetnjama.“ (član 3. tačka 1). U definiciju osoba s težim duševnim smetnjama, pored postojanja duševne smetnje, kao dodatni element je unesena posljedica koju treba da izazove duševna smetnja: da osoba zbog nje nije u mogućnosti shvatiti značenje svog postupanja ili ne može vladati svojom voljom ili su te mogućnosti smanjene u tolikoj mjeri da je neophodna psihijatrijska pomoć“ (član 3. tačka 2). Osim jedne razlike pri određenju prvih, Zakon o zaštiti lica sa mentalnim poremećajima RS određuje na sličan način osobe s mentalnim poremećajem i s težim mentalnim poremećajem.²⁴ Istoimeni zakon Brčko Distrikta²⁵ lice s mentalnim poremećajem definiše kao lice koje ostvaruje mentalno - zdravstvenu zaštitu zbog mentalnih poremećaja ili bolesti (član 3. tačka 1).²⁶

3. Status osoba s duševnim smetnjama u Konvenciji o pravima osoba s invaliditetom

Osobe s invaliditetom čine grupu koja je u svim dijelovima svijeta kroz istoriju diskriminisana po osnovu invaliditeta u skoro svim aspektima života. U odnosu na brojniju grupu neinvalidnih osoba, ove osobe su tretirane nejednako, nisu im priznavana ni poštovana prava, uskraćivana im je poslovna sposobnost. Ovakvo stanje je prisutno i danas, a unutar ove grupe posebno je težak položaj osoba s duševnim smetnjama, naročito onda kada im je zbog njih oduzeta poslovna sposobnost. Nerijetko su one još uvijek suočene s viktimizacijom, isključivanjem iz društva i uskraćivanjem prava.

²³ Službene novine FBiH, broj 37/2001, 40/2002 i 52/2011

²⁴ Službeni Glasnik Republike Srpske, broj 46/2004

„Kao lice sa mentalnim poremećajem smatra se lice koje prima mentalno-zdravstvenu zaštitu zbog mentalnog poremećaja (bolesti), nedovoljnog mentalnog razvoja, lice zavisno od psihoaktivnih supstanci (alkohol, droga), lice sa drugim mentalnim poremećajima. Lice sa težim mentalnim poremećajima je lice sa takvim mentalnim poremećajima koji mogu značajno remetiti mogućnost shvatanja značenja njegovog postupanja ili ne može vladati svojom voljom ili su te mogućnosti smanjene u tolikoj mjeri da je neophodna psihijatrijska pomoć“ (član 3. tačke 1. i 2). Pri određenju lica s mentalnim poremećajem naglasak je stavljen na to da lice „prima mentalno-zdravstvenu zaštitu“ zbog navedenih oblika poremećaja, što se ne čini prihvatljivim rješenjem.

²⁵ Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH, br. 12/2006

²⁶ Ovaj zakon je iz zakona Republike Srpske preuzeo ostvarivanje mentalno - zdravstvene zaštite kao element definicije lica s mentalnim poremećajem.

Zaokret u stavu prema osobama s invaliditetom u smislu osiguravanja njihovog statusa ravnopravnog s položajem ostalih osoba i zaštite njihovih prava, učinjen je donošenjem UN Konvencije o pravima osoba s invaliditetom.²⁷ Potpisivanje i ratifikacija Konvencije, učinjeno od velikog broja država, nije, međutim, dovelo do stvarnog popravljivanja položaja ovih osoba. Naime, sve države članice Konvencije nisu ispunile obaveze koje su u njoj propisane, tako da se ove osobe još uvijek diskriminiraju i stigmatiziraju.²⁸ Konvencija nije uvela nova prava za osobe s invaliditetom, već je postojeća ljudska prava preformulisala i jasnije ih izrazila u kontekstu invaliditeta. U njoj se više insistira na zaštiti ovih prava i sprečavanju diskriminacije osoba s invaliditetom. U njenoj Preambuli je, između ostalog, naglašena potreba unapređenja i zaštite ljudskih prava svih osoba s invaliditetom i zabrinutost zbog toga što se ove osobe, i pored svih različitih instrumenata i nastojanja, i dalje suočavaju s preprekama da učestvuju kao ravnopravni članovi društva i sa kršenjima ljudskih prava u svim dijelovima svijeta (tačke j i k). Stoga je kao svrha Konvencije određeno unapređenje, zaštita i osiguravanje punog i ravnopravnog uživanja svih ljudskih prava i osnovnih sloboda osoba s invaliditetom²⁹ te unapređenje poštovanja njihovog urođenog dostojanstva (član 1. stav 1). Upravo radi postizanja toga cilja u Konvenciji su normirane opšte obaveze država potpisnica (član 4).

Od prava priznatih Konvencijom, navodimo ona koja su posebno važna za osobe s duševnim smetnjama. To su prava na: život (član 10), jednakost pred zakonom (član 12), pristup pravosuđu (član 13), poštovanje tjelesnog i mentalnog integriteta (član 17), poštovanje privatnosti (član 22), poštovanje doma i porodice (član 23), obrazovanje (član 24), zdravlje (član 25). U daljem tekstu će se, zbog značaja i potrebe implementacije i osiguranja njihove realizacije u okviru domaćeg porodičnog zakonodavstva, razmatrati pravo na

²⁷ O razvoju ljudskih prava u kontekstu invaliditeta v.: Quinn, G, *A Short Guide to the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, u: European Yearbook of Disability Law Volume 1, str. 89 - 103, Edited by Gerard Quinn and Lisa Waddington, 2009 Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, <http://www.nuigalway.ie/cdlp/Publications/yearbook/off%20print%20Quinn.pdf>, pristup 29. 12. 2015.

²⁸ Na dan 13. 1. 2016. godine Konvencija ima 161 stranku i 160 potpisnica. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&lang=en, pristup 13. 1. 2016.

²⁹ U Konvenciji su normirana sva prava, kako građanska i politička, tako i ekonomska, socijalna i kulturna, a Opcioni protokol uz Konvenciju osigurava njihovo ostvarivanje normiranjem mogućnosti podnošenja zahtjeva protiv države koja je povrijedila konvencijska prava (član 1). (Protokol – – – – – dostupan na: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/OptionalProtocolRightsPersonsWithDisabilities.aspx>, pristup 13. 1. 2016.

Po tome što normira samo prava jedne grupe osoba - onih s invaliditetom, ova Konvencija je slična Konvenciji o pravima djeteta i Konvenciji o eliminisanju svih oblika diskriminacije žene. Time je Konvencija priznala da su osobe s invaliditetom generalno ranjivije, izloženije diskriminaciji i drugim oblicima kršenja ljudskih prava od osoba bez invaliditeta (o tome i o multipliciranoj diskriminaciji ovih osoba v. šire: Hendriks, A, *supra note* 15)

jednakost pred zakonom (pravo na poslovnu sposobnost) i pravo na poštovanje privatnosti i porodice.³⁰

3. 1. Pravo na jednakost pred zakonom

Značaj poslovne sposobnosti, odnosno zahtjev za nenormiranjem mogućnosti njenog ograničenja ili oduzimanja zbog samog invaliditeta, pa onda i jednakost pred zakonom osoba s invaliditetom, prepoznati su i izričito priznati u članu 12. Konvencije. Kao i ostala prava iz Konvencije, i ovo pravo je priznato u više međunarodnih i regionalnih dokumenata o ljudskim pravima. Zbog toga su u članu 12. Konvencije navedeni samo specifični elementi koji se u praksi tradicionalno uskraćuju osobama s invaliditetom, a o kojima države treba da vode računa u cilju osiguranja ravnopravnog ostvarivanja ovog prava.³¹

Odredbe člana 12. Konvencije potvrđuju pravo osoba s invaliditetom na punu poslovnu sposobnost, koja je pretpostavka za jednako uživanje svih ostalih prava priznatih u Konvenciji. U skladu s tim, tumačenje ovih odredaba mora se zasnivati na općim principima Konvencije sadržanim u članu 3.

U odredbi stava 1. ovim osobama je priznat pravni subjektivitet: one „imaju pravo svugdje biti priznate kao osobe pred zakonom.“

3. 1. 1. Poslovna sposobnost osoba s duševnim smetnjama

U stavu 2. člana 12. Konvencije države su obavezane priznati da osobe s invaliditetom uživaju poslovnu sposobnost u svim oblastima života ravnopravno s drugim osobama. Ova odredba ne sadrži definiciju poslovne sposobnosti, a prema Komentaru Konvencije poslovna sposobnost obuhvata sposobnost osobe da bude nosilac prava i da djeluje na osnovu zakona (tačka 12).^{32 33} Na isti način se određuje i u međunarodnim i regionalnim aktima, kao i u dijelu uporednog

³⁰ Sva ova prava i njihovo ostvarivanje zasnivaju se na općim principima Konvencije: poštovanje urođenog dostojanstva, lične autonomije, uključujući slobodu izbora i neovisnost osoba, nediskriminacije, puno i efikasno učešće i uključivanje u društvo, poštovanje razlika i prihvatanje osoba s invaliditetom kao dijela ljudske različitosti i čovječnosti, jednakost mogućnosti, pristupačnost, jednakost muškaraca i žena, poštovanje sposobnosti razvoja djece s invaliditetom i poštovanje prava djece s invaliditetom na očuvanje vlastitog identiteta (član 3).

³¹ Ovo je izričito naglasio Komitet za prava osoba s invaliditetom u Općem komentaru člana 12. Konvencije o pravima osoba s invaliditetom, br. 1 (2014) (u daljem tekstu: Opći komentar) (General comment No. 1 (2014) Article 12: Equal recognition before the law, CRPD/C/GC/1) dostupan na:

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/20/PDF/G1403120.pdf?OpenElement>, pristup 5. 1. 2016.

³² Na isti način, sastavljenu od ove dvije komponente, poslovnu sposobnost je definisao Međunarodni savez invaliditeta (International Disability Alliance) u Pravnom mišljenju o članu 12. Konvencije ("Legal Opinion on Article 12 of CRPD), str. 2, dostupno na: <http://disability-studies.leeds.ac.uk/files/library/legal-opinion-LegalOpinion-Art12-FINAL.pdf>, pristup 5. 1. 2016.

³³ Oliver Lewis je definiše kao „konstrukciju koja omogućava zakonu da prepozna i vrednuje odluke i transakcije“ osobe. (*op. cit.*, str. 164)

prava, dok su u našem pravnom sistemu pravna i poslovna sposobnost razdvojene. Stoga, s aspekta domaćeg prava, osobe s invaliditetom, odnosno s duševnim smetnjama, imaju pravnu sposobnost, pošto su svi subjekti u pravu nosioci prava, a sporna može biti samo njihova poslovna sposobnost.

Poslovna sposobnost se ne može izjednačiti s mentalnom, odnosno duševnom sposobnošću. U Općem komentaru člana 12. Komiteta za prava osoba s invaliditetom (u daljem tekstu: Komitet) za mentalnu sposobnost se navodi da se odnosi na vještine donošenja odluka koje variraju od osobe do osobe i mogu biti različite za konkretnu osobu, zavisno od brojnih faktora, uključujući društvene i faktore sredine (tačka 13).³⁴ Međutim, u nacionalnim pravima se između ove dvije sposobnosti ne pravi razlika, što je Komitet konstatovao nakon što je razmotrio izvještaje država članica Konvencije. Utvrdio je da se osobi za koju se smatra da ima smanjenu vještinu odlučivanja, često zbog kognitivnog ili psihosocijalnog invaliditeta, oduzima poslovna sposobnost za donošenje određene odluke (tačka 15).³⁵

Još prije donošenja Konvencije potreba maksimalnog očuvanja poslovne sposobnosti istaknuta je u Preporuci Komiteta ministara Vijeća Evrope R(99)04 o principima koji se tiču pravne zaštite odraslih osoba s invaliditetom. Ova potreba je uzdignuta na nivo Principa 3, prema kojem mjere zaštite ovih osoba ne treba da imaju za posljedicu automatsko potpuno oduzimanje poslovne sposobnosti, već onda kada je to neophodno radi njihove zaštite, poslovna sposobnost treba da se ograniči. U Memorandumu objašnjenja ove Preporuke navodi se da procjena poslovne sposobnosti treba da se usmjeri na „sposobnost donošenja određenih odluka ili tipova odluka, ili provođenja specifičnih postupaka ili postupaka iz specifične oblasti“(tačka 35).³⁶ Pravo osoba s invaliditetom da svuda budu priznate kao osobe pred zakonom normirano je i u Preporuci Komiteta ministara Vijeća Evrope (2006)5: kada im je potrebna pomoć u ostvarivanju poslovne sposobnosti, države članice moraju osigurati da se ona zakonom osigura na odgovarajući način, kao i pružiti pomoć i podršku ovim osobama (tačke 3.12.1. i 3.12. 2).³⁷

³⁴ *supra* note 31.

³⁵ Pristup zakonodavaca pri normiranju donošenja ove odluke je različit. Negdje je prihvaćen statusni pristup (odluka se donosi na osnovu dijagnoze oštećenja), negdje funkcionalni (ukoliko se vještine odlučivanja ocijene nedovoljnim), a negdje pristup zasnovan na ishodu (ako se ocijeni da odluka koju osoba donese ima negativne posledice). Zajedničko za sva tri pristupa je to što se invaliditet i/ili vještina odlučivanja osobe uzimaju kao legitimni osnov za oduzimanje poslovne sposobnosti i umanjenje njenog statusa kao osobe pred zakonom. Nijedan od njih nije prihvatljiv, s obzirom da član 12. Konvencije ovakvo postupanje ne dozvoljava, već zahtijeva pružanje podrške ovim osobama u ostvarivanju poslovne sposobnosti. (*ibidem*)

³⁶ Vijeće ministara Vijeća Evrope, Memorandum objašnjenja Preporuke R(99)04 o principima koji se tiču pravne zaštite punoljetnih osoba umanjениh sposobnosti, usvojen 23. februara 1999. godine, http://www.google.ba/url?url=http://www.hrc.unsa.ba/projekti/Memorandum.doc&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ved=0ahUKEwi3uamU9s_KAhVED3IKHQZsCakQFggSMAA&usg=AFQjC NH3E8EiWs0Vruhzy5MdQKsTvUJUOA, pristup 5. 1. 2016.

³⁷ *supra* note 20

3. 1. 2. Podrška osobama s duševnim smetnjama i zaštitne mjere

Član 12. Konvencije obuhvata sve osobe s invaliditetom, bez obzira na to kolika je njihova potreba za podrškom. Bez odredbe o pružanju podrške ovim osobama, poslovna sposobnost osoba s velikim stepenom invaliditeta bila bi uskraćena.³⁸

Podrška osobama s invaliditetom uređena je stavom 3. člana 12. Konvencije: države članice se obavezuju na preduzimanje odgovarajućih mjera radi osiguranja osobama s invaliditetom pristupa podršci koju one mogu zahtijevati u ostvarivanju poslovne sposobnosti. Znači, država mora osigurati dostupnost podrške, a od osoba s invaliditetom zavisi hoće li zahtijevati da im se ona pruži; podrška je dobrovoljna i ne može se nametnuti ovim osobama ako je ne žele. Autonomija ovih osoba je osigurana i time što se u ovoj odredbi normira podrška u ostvarivanju, a ne pominje se oduzimanje poslovne sposobnosti.^{39 40}

Oblik i intenzitet podrške zavise od oblika invaliditeta, ali i od volje i želje osobe s invaliditetom. Neki od ovih oblika preporučeni su u Preporuci Komiteta ministara Vijeća Evrope o principima kontinuiranih ovlaštenja punomoćnika i unaprijed datih direktiva za slučaj nesposobnosti (2009).⁴¹ Državama se u njoj preporučuje razmatranje davanja prednosti, pred mjerama zaštite, metodama produženih ovlaštenja punomoćnika i unaprijed datih direktiva, a u skladu s principima samoodređenja i supsidijarnosti (princip 1. stav 2). Kontinuirana ovlaštenja punomoćnika (continuing powers of attorney) definisana su kao ovlaštenja koja daje odrasla sposobna osoba, a koja će ostati na snazi ili stupiti na snagu u slučaju njene nesposobnosti (Princip 2. stav 1.). Državama je ostavljeno da razmotre pitanja na koja se mogu odnositi ova ovlaštenja - ekonomska i finansijska, kao i pitanja zdravlja, dobrobiti i druga lična pitanja i hoće li isključiti neka posebna pitanja. (Princip 3). Unaprijed date

³⁸ Ovakav stav je izražen u Pravnom mišljenju o članu 12. Konvencije, str. 4 - 5 (*supra* note 32)

³⁹ U tom smislu i Lewis, *op. cit.*, str. 42.

⁴⁰ Na ovaj način uređenu poslovnu sposobnost, Gerard Quinn određuje kao „štit koji brani osobe s invaliditetom od neželjene odluke drugih ljudi“ i kao „mač za probijanje vlastitog puta“. (*“Personhood and Legal Capacity: Perspectives on the Paradigm Shift of Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities”*, paper presented at Harvard Law School, 20 February 2010, dostupno na:

[https://www.google.ba/search?q=\(2010\)++HPOD+Conference,+Harvard+Law+School&rls=com.microsoft:bs-ba:IE-Address&ie=UTF-8&oe=UTF-](https://www.google.ba/search?q=(2010)++HPOD+Conference,+Harvard+Law+School&rls=com.microsoft:bs-ba:IE-Address&ie=UTF-8&oe=UTF-8&sourceid=ie7&gws_rd=cr,ssl&ei=ClkVtjwKuHuyQOx0LroDA)

[8&sourceid=ie7&gws_rd=cr,ssl&ei=ClkVtjwKuHuyQOx0LroDA](https://www.google.ba/search?q=(2010)++HPOD+Conference,+Harvard+Law+School&rls=com.microsoft:bs-ba:IE-Address&ie=UTF-8&oe=UTF-8&sourceid=ie7&gws_rd=cr,ssl&ei=ClkVtjwKuHuyQOx0LroDA), pristup 17. 1. 2016.

⁴¹ Recommendation CM/Rec (2009)11 of the Committee of Ministers to member states on principles concerning powers of attorney and advance directives for incapacity, u: Publishing Editions Council of Europe, dostupno na: [http://www.google.hr/url?url=http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%2520Recommendations/CM_Rec\(2009\)11E_Principles%2520on%2520powers%2520of%2520attorney.pdf&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ved=0ahUKEwitm4eXz7jLAhVkcHIKHXCyBL8QFggUMAA&u sg=AFQjCNFyvgPACcAi1NavCESWJHOOvrANUw](http://www.google.hr/url?url=http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%2520Recommendations/CM_Rec(2009)11E_Principles%2520on%2520powers%2520of%2520attorney.pdf&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ved=0ahUKEwitm4eXz7jLAhVkcHIKHXCyBL8QFggUMAA&u sg=AFQjCNFyvgPACcAi1NavCESWJHOOvrANUw), pristup 20. 1. 2016.

Više o ovoj Preporuci u: Cvejić Jančić, O, Posebna pravna zaštita starih lica, Zbornik radova, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, 2011, str. 146 – 162.

direktive (advance directives) su određene kao uputstva (instrukcije) koje je dala ili želje koje je izrazila odrasla sposobna osoba o pitanjima koja mogu nastati u slučaju njene nesposobnosti (Princip 2. stav 3).

Značaj podrške u obliku unaprijed date direktive i njenog korištenja ravnopravno s drugim oblicima naglasio je i Komitet za prava osoba s invaliditetom. Pri tome je ukazao na mogućnost države da razvija različite mehanizme za planiranje budućnosti, prilagođene različitim oklonostima, ali uvijek nediskriminatorne (tačka 17. Općeg komentara).⁴²

U teoriji se podrška u obliku planiranja za budućnost cijeni korisnom za osobe s degenerativnim bolestima (Alzheimerova ili Parkinsonova bolest) u vrijeme kada one neće biti u mogućnosti donositi autonomne odluke.⁴³ Za osobe s povredom mozga ona može biti u obliku pomoćnih komunikacijskih tehnologija, putem kojih one saopštavaju svoju volju i želje, kada su to propustili uraditi ranije, dok se osobama s intelektualnim oštećenjima ona može pružiti u obliku odlučivanja uz podršku.⁴⁴

Podrška može biti formalna ili neformalna, može se sastojati od različitih radnji koje preduzima pružalac podrške u skladu sa ranije ili aktuelno izraženom voljom osobe kojoj se ona pruža. Pored toga, kod pružanja podrške važno je utvrditi potrebe svake osobe i oblik podrške koji će najviše odgovarati tim potrebama te osigurati da pružalac podrške bude u stanju pružati je.

Jedan od oblika podrške normiran Konvencijom je odlučivanje uz podršku, u različitim oblicima i s različitim elementima. Njime je Konvencija zamijenila tradicionalno zamjensko odlučivanje - odlučivanje umjesto osobe s invaliditetom. Najvažniji element odlučivanja uz podršku je to što osoba kojoj se pruža ova podrška zadržava punu poslovnu sposobnost i što joj sud priznaje (a ne nameće) grupu ili mrežu za podršku koju je ona sama odabrala, iz kruga provjerenih prijatelja. Pružaoci podrške ne donose odluke u ime te odrasle osobe, nego joj pomažu u donošenju odluka, a da pri tome ne mogu ostvarivati neodgovarajući uticaj i sticati neodgovarajuće prednosti od pravnih poslova ili izjava te osobe. Mreža podrške ovoj osobi pomaže da opiše situacije u kojim se nađe te da razumije finansijska, zdravstvena i druga pitanja, omogućava joj razgovore sa stručnjacima o mogućim posljedicama različitih opcija, podržava je u pravljenju vlastitih izbora o svom životu, upoznaje je s mogućnostima liječenja, podržava je. Zahvaljujući odabranoj podršci, ova osoba će moći živjeti u zajednici, ostvarivati svoja prava i zasnivati odnose, kao i imati djecu i podizati ih, uz podršku, ukoliko joj je ona potrebna. Osobi s duševnim smetnjama podrška se pruža i time što joj pružalac podrške postaje partner za razgovor i raspravu o važnijim pitanjima, ali isto tako i za podnošenje pojedinih

⁴² *supra* note 31.

⁴³ Lewis, O, *op. cit.*, str. 32 – 33.

⁴⁴ *Ibidem*, str. 42- 43.

zahtjeva nadležnim organima.⁴⁵ Prihvatanjem sistema odlučivanje uz podršku omogućava se prilagođavanje odlučivanja svakoj konkretnoj osobi i situaciji u kojoj se odluka donosi, što osigurava podršku u donošenju odluke i njeno saopštavanje drugim osobama. Pri tome je naročito značajno to što se ovakvo odlučivanje zasniva na poštovanju autonomije i dostojanstva osobe kojoj se pruža podrška.

U odredbi stava 4. člana 12. države se podstiču na uspostavljanje mehanizama zaštite, odnosno na osiguranje efikasnih i odgovarajućih zaštitnih mjera koje se tiču ostvarivanja poslovne sposobnosti, a u cilju sprečavanja zloupotrebe, u skladu s odredbama međunarodnog prava ljudskih prava. Izričito je navedeno da takvi mehanizmi zaštite treba da osiguraju sljedeće: da ove mjere poštuju prava, volju i želje osobe s invaliditetom; da se iz njih isključi sukob interesa i zloupotreba uticaja; da su proporcionalne i prilagođene okolnostima u kojima se nalazi ova osoba; da se primjenjuju najkraće moguće vrijeme i da su podložne redovnoj reviziji nadležnog, nezavisnog i nepristrasnog upravnog ili sudskog tijela. Mehanizmi zaštite treba da budu proporcionalni stepenu uticaja ovih mjera na prava i interese ove osobe.

Ovakva formulacija i zahtjevi koji se tiču zaštitnih mjera otvaraju dilemu o tome da li se one odnose samo na pružanje podrške u odlučivanju ili i na zamjensko odlučivanje, eliminisano iz Konvencije. U raspravi koja se vodi o ovome u teoriji, iznosi se stav da bi se, ukoliko bi se one odnosile i na zamjensko odlučivanje, prešutno priznala njegova legitimnost.⁴⁶ Uklanjanju dileme može pomoći dio Izvještaja UN Visokog Komesara u kojem je izričito navedeno da se u stavu 4. člana 12. radi o mjerama zaštite protiv “zloupotrebe (...) podrške”(podrške u odlučivanju; tačka 43). U Izvještaju dalje stoji da mjere zaštite uključuju odlučivanje uz podršku, kao proces u kojem se osobi s invaliditetom omogućava donošenje i saopštenje odluka koje se tiču ličnih i pravnih pitanja te pojašnjavanje propisa kojim se regulišu pravne obaveze i odgovornost pružalaca podrške (tačka 45).⁴⁷ Komitet za prava osoba s

⁴⁵ U tom smislu i: Lewis, O. (*ibidem*), Komitet za prava osoba s invaliditetom (tačke 16 – 19. Općeg komentara, *supra* note 31) i Centar za zaštitu mentalnog invaliditeta (u: Legal Capacity in Europe A Call to Action to Governments and to the EU, Mental Disability Advocacy Centre, 2013, str. 17, dostupno na:

http://www.google.hr/url?url=http://mdac.info/sites/mdac.info/files/legal_capacity_in_europe.pdf&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ved=0ahUKEwiu1YuG2v7KAhVMCpoKHSnCYQFggSMAA&usg=AFQjCNHhVwlcJCbfkOWJah9diZfV_XA1xg, pristup 28. 1. 2016.

⁴⁶ Dhanda, A, *Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar for the Future*, 34 Syracuse J. 2007, prema: Lewis, O, *op. cit.* str. 44.

⁴⁷ Annual Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights and Reports of the Office of the High Commissioner and the Secretary-General, Thematic Study by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on enhancing awareness and understanding of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 26 January 2009, A/HRC/10/48, dostupan na:

http://www.google.hr/url?url=http://www.un.org/disabilities/documents/reports/ohchr/A.HRC.10.48AEV.pdf&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ved=0ahUKEwi5vezi0v7KAhWEnnIKHdMZDm8QFggSMAA&usg=AFQjCNEb_3m-WSmlSRbtWR2vAz6TzUGRPg

invaliditetom zauzeo je isti stav, izričito navodeći da “mjere zaštite (...) moraju biti prisutne u sistemu podrške u ostvarivanju poslovne sposobnosti” i da se stav 4. člana 12. mora čitati zajedno sa ostalim odredbama ovog člana i cijelom Konvencijom (tačka 20 Općeg komentara).⁴⁸ Ovaj stav je izražen i u kontekstu razmatranja jedne od zaštitnih mjera - “zaštite od neprimjerenog uticaja,” odnosno isključenja zloupotrebe uticaja, naglašavanjem potrebe otklanjanja rizika od neprimjerenog uticaja na osobe koje zavise od podrške drugih u donošenju odluke (tačka 22).⁴⁹

Komitet ipak nije mogao ignorisati situacije koje su moguće i koje nisu rijetke u praksi, kada je nemoguće pružiti podršku, kada se i pored svih uložениh značajnih napora, ne mogu utvrditi volja i želje osobe s invaliditetom, odnosno kada ova osoba nije u stanju starati se o sebi niti je sposobna donositi odluke. Stav Komiteta je da u toj situaciji umjesto utvrđivanja “najboljeg interesa” treba da se izvrši “najbolje tumačenje volje i želja” ovih osoba, čime će se, u skladu s članom 12, osigurati poštovanje njihovih prava, volje i želja. „Najbolji interes“ Komitet ne smatra zaštitnom mjerom u pogledu odraslih osoba (tačka 21).⁵⁰ Suprotno tome, Komesar za ljudska prava Vijeća Evrope, za situacije u kojim osobe čije se odluke i izbori ne mogu razumjeti i pored uložениh napora u smislu njihove podrške, ne eliminiše ocjenu „najboljeg interesa“ već naglašava obavezu njegove ocjene pokušajem saznanja šta bi osoba htjela, ako se s njom može razgovarati i ako se ona može razumjeti. Međutim, to ne smatra kao ostavljanje mogućnosti državi da može nastaviti oduzimati ovim osobama poslovnu sposobnost.^{51 52} Na to da se zaštita prava i dostojanstva osoba s invaliditetom ne

⁴⁸ *supra* note 31.

⁴⁹ *ibidem*

⁵⁰ *ibidem*

⁵¹ Who gets to decide? Right to legal capacity for persons with intellectual and psychosocial disabilities, CommDH/IssuePaper(2012)2, Strasbourg, 20 February 2012, tačka 4.1.

<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1908555>, pristup 23. 1. 2016.

⁵² Evropski sud za ljudska prava je u odluci Lashin p. Rusije (*Application no. 33117/02, Judgment 22 January 2013*) zauzeo drugačiji stav: niz legitimnih ciljeva, kao što je zaštita interesa osobe o kojoj se radi, može zahtijevati da se ona liši poslovne sposobnosti i da se taj status održi. Naglasio je slobodnu procjenu priznatu nacionalnim vlastima pri odlučivanju o tome da li se poslovna sposobnost može vratiti i u kojoj mjeri (para 80). (Odluka dostupna na:

[Ni u predmetu X i Y p. Hrvatske \(Zahtjev br. 5193/09, Presuda 3. 11. 2011\), Sud se nije izjasnio protiv oduzimanja poslovne sposobnosti, mada je naglasio da je to „vrlo ozbiljna mjera koja treba biti ostavljena za iznimne okolnosti“ i da „za propisno osiguranje zbrinjavanja bolesnih i starih država tijela imaju na raspolaganju druga sredstva.“ Smatra je opravdanom onda kada postoje uvjerljivi dokazi o tome da je ona „odgovarajući odgovor na situaciju o kojoj je riječ.“ Pokretanje postupka za lišenje poslovne sposobnosti smatra miješanjem u privatni život \(član 8. EKLJP\), osim ako se „u skladu sa zakonom“ teže ostvariti cilj/evi legitimni prema stavu 2. ovog člana i ako se to može smatrati „nužnim u demokratskom društvu.“ Kako ove okolnosti nije dokazao u konkretnom slučaju, utvrdio je da je došlo do povrede člana 8. EKLJP \(para 91, 102-103, 111, 117\).](http://www.google.ba/url?url=http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/%3Flibrary%3DECHR%26id%3D001-116020%26filename%3D001-116020.pdf&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ved=0ahUKEwiH9ozlnJrLahXGHJoKHZx1ASEQFggpMAQ&usq=AFQjCNFvFs-aj4oeIgGQtxfMf63w0Y9FmA., pristup 5. 1 2016)</p></div><div data-bbox=)

može uvijek osigurati pružanjem podrške, ukazuje se i u teoriji. Ističe se da je teško zamisliti da u donošenju odluke može biti podržana osoba s invaliditetom kojoj je potrebna intenzivnija podrška i koja nema nikoga bliskog ko razumije njen način komuniciranja ili namjere, ili osoba koja je u komi, a nije sastavila dokument planiranja za budućnost.⁵³

Znači, bilo umjesto, bilo radi utvrđivanja “najboljeg interesa” odrasle osobe, u svakom konkretnom slučaju morat će se na najbolji način interpretirati volja i želje osobe koja ih ne može izraziti ni uz podršku. U takvim izuzetnim pojedinačnim situacijama, iako se to u Konvenciji izričito ne normira i iako je to suprotno naprijed navedenim stavovima o neobuhvaćenosti zamjenskog odlučivanja mjerama zaštite, nužno je koristiti mehanizam zamjenskog odlučivanja, ali izmijenjen u odnosu na onaj prihvaćen u oblasti starateljskog prava i starateljske zaštite ovih osoba. Ukoliko osoba nije, prije no što je postala nesposobna, izrazila volju i želje ili odredila osobu koja će je zastupati, poštovanje njenih prava i dostojanstva se ne bi moglo osigurati bez proširenja primjene odredbe stava 4. i na zamjensko odlučivanje. Tome će doprinijeti kako izvršenje u toj odredbi normirane obaveze „sprečavanja zloupotrebe, u skladu s odredbama međunarodnog prava ljudskih prava,“ tako i preduzimanje pojedinih normiranih zaštitnih mjera.^{54 55}

(<http://dotm.info/word1/wp-content/uploads/2012/03/X-i-Y-protiv-Hrvatske.pdf>, pristup 5. 1. 2016)

Time je Sud odstupio od ranije zauzetih naprednijih stavova, naprimjer u predmetu Shtukatur v. Rusije (Application no. 44009/05, Judgment 27 March 2008) u kojem se pozvao na principe formulisane u Preporuci R (99) 4 Vijeća Europe. Naveo je da oni, iako nemaju snagu zakona za ovaj Sud, mogu definisati zajedničke evropske standarde u ovoj oblasti. Kako rusko zakonodavstvo nije dalo „prilagođen odgovor“, rezultat toga u konkretnom slučaju jeste da su aplikantova prava iz člana 8. ograničenija nego što je to neophodno. Zaključio je da je potpunim lišenjem poslovne sposobnosti učinjena povreda člana 8. EKLJP (para. 95 – 96). Međutim, ni u ovoj odluci se nije izjasnio protiv oduzimanja poslovne sposobnosti. Naglasio je da postojanje mentalnog poremećaja, čak i ozbiljnog, ne može biti jedini razlog za opravdanje potpune onesposobljenosti, već da to opravdanje zavisi od vrste i stepena mentalnog poremećaja (para 94). (<http://www.mdac.info/en/content/shtukatur-v-russia-judgment>, pristup 28.12.2015)

⁵³ Levis, *op. cit.*, str. 44

⁵⁴ U tom smislu i Aleksandra Korać Graovac i Anica Čulo: „(...) iz tumačenja odredbe čl. 12. st. 4. Konvencije proizlazi da, (...) ako je riječ o teškim oblicima invaliditeta, odnosno duševnih smetnji, nije u potpunosti isključen institut lišenja poslovne sposobnosti. Iz navoda Konvencije da zaštitne mjere mogu biti razmjerne i prilagođene osobnim okolnostima, a za slučajeve kad osobe uistinu nisu u stanju iskazivati svoju volju, kao zaštitna mjera preostaje skrbništvo u današnjem obliku.“ (Konvencija o pravima osoba s invaliditetom – novi pristup shvaćanju prava osoba s duševnim smetnjama, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 61, (1) (2011), str. 76)

⁵⁵ Centar za pravo i politiku o invaliditetu Nacionalnog univerziteta u Irskoj zastupa stav da irski zakonodavac, u krajnjoj nuždi, kada svi ostali manje restriktivni mehanizmi podrške nisu riješili pojedinačnu situaciju, treba da

utvrdi okolnosti u kojim se može koristiti zamjensko odlučivanje. Kao njegove vrste koje su u skladu s Konvencijom, a bitno različite od starateljstva, navedene su ko-odlučivanje i olakšano donošenje odluke, za koje se ističe da se zasnivaju na načelu „volje i želja“ pojedinaca, a ne na „najboljem interesu.“ Imenovani kodonosilac odluke ili onaj koji olakšava donošenje odluke mora donijeti odluku koja je najbliža volji i željama osobe i koja će omogućiti razvoj njene sposobnosti za donošenje odluka u budućnosti. Za utvrđivanje volje i želja rečeno je da neće biti lako i da može

Odredba stava 5. člana 12. Konvencije, za razliku od odredbe stava 2. ovog člana, ograničava se na normiranje ostvarivanja poslovne sposobnosti u oblasti finansijskih prava. Države obavezuje na preduzimanje odgovarajućih i efikasnih mjera radi osiguranja jednakih prava osoba s invaliditetom da budu vlasnici imovine i da je nasljeđuju, da kontrolišu vlastite finansijske poslove i imaju jednak pristup bankarskim kreditima, hipotekama i drugim oblicima finansijskog kredita te na osiguranje osobama s invaliditetom da ne budu arbitrarno lišene svoje imovine.

3. 2. Pravo na poštovanje privatnosti i porodice

Očuvanje, u najvećoj mogućoj mjeri, poslovne sposobnosti osoba s invaliditetom pretpostavka je za ostvarivanje njihovih osnovnih prava, za njihovu slobodu, dostojanstvo i autonomiju. Poslovna sposobnost im omogućava da preuzmu odgovornost za svoj život, da sami donose odluke, i da, između ostalog, imaju prava na privatnost i porodični život, izričito normirana u odredbama članova 22. i 23. Konvencije. U donošenju odluka koje se tiču ostvarivanja pojedinih prava sadržanih u pravu na privatnost i porodicu - prava na brak i zasnivanje porodice, reproduktivnih prava, roditeljskih prava, prava da daju saglasnost za intimne odnose i medicinski tretman, te prava na slobodu, osobe s invaliditetom mogu zahtijevati i dobiti podršku. Podrška u donošenju odluka ne smije se koristiti, kako je naglasio Komitet (tačka 29/f Općeg komentara),⁵⁶ kao sredstvo za ograničavanje ovih prava, odnosno kao „opravdanje“ za njihovo ograničavanje.

U članu 22. Konvencije zabranjuju se arbitrarno i nezakonito miješanje u privatnost, porodicu, dom ili prepisku ili druge vrste komunikacije ili nezakoniti napadi na čast i ugled osobe s invaliditetom. Ovim osobama je, uz to, priznato pravo na zaštitu zakona od ovakvog miješanja ili napada (stav 1). Za države članice normirana je obaveza da, ravnopravno sa ostalim osobama, štiti privatnost ličnih, zdravstvenih i rehabilitacionih podataka ovih osoba (stav 2). Odredba člana 23. Konvencije obavezuje države na poštovanje doma i porodice osoba s invaliditetom: države su obavezne preduzimati efikasne i odgovarajuće mjere radi eliminisanja njihove diskriminacije u svim predmetima koji se tiču braka, porodice, roditeljstva i srodstva, ravnopravno s ostalim osobama.

Osobama s invaliditetom priznato je pravo na brak i zasnivanje porodice na osnovu njihove slobodne i potpune saglasnosti, ukoliko su u dobi za sklapanje braka te pravo na slobodno i odgovorno odlučivanje o broju djece i

dugo trajati, ali da je ishod, u skladu s članom 12, zasnovan na pristupu poslovnoj sposobnosti koji promovise zaštitu ljudskih prava. U donošenju ovih vrsta odluka moraju se također primjenjivati zaštitne mjere iz stava 4. člana 12. Konvencije (Centre for Disability Law & Policy NUI Galway Submission on Legal Capacity the Oireachtas Committee on Justice, Defence & Equality, str. 35, dostupno na: http://www.nuigalway.ie/cdlp/documents/cdlp_submission_on_legal_capacity_the_oireachtas_committee_on_justice_defence_and_equality.pdf, pristup 24. 12. 2015)

⁵⁶ *supra* note 31.

razmaku između njih, na pristup informacijama primjerenim njihovoj dobi, obrazovanju o reprodukciji i planiranju porodice i neophodnim sredstvima koja će im omogućiti ostvarivanje ovih prava. Pored ovih, priznaje im se i pravo da očuvaju plodnost na ravnopravnoj osnovi s drugima (član 23. stav 1. tačke a - c).

Pravo na brak i zasnivanje porodice te pravo na odlučivanje o broju djece i razmaku između njih, nisu, znači, priznata svim osobama s invaliditetom, odnosno nisu priznata bez ikakvih ograničenja. Prvo je ograničeno, pored godinama za sklapanje braka, i sposobnošću ove osobe da slobodno izrazi potpunu saglasnost. Ograničenje predviđeno za pravo na odlučivanje o broju djece i razmaku između njih jeste sposobnost slobodnog i odgovornog odlučivanja. Ovo pravo je, doduše, obuhvaćeno pravom na zasnivanje porodice, onda kada je ona zasnovana na braku.

3. 2. 1. Pravo na brak

Iz gore navedenih ograničenja može se izvesti zaključak da Konvencija ne garantuje pravo na brak osobama s duševnim smetnjama. Njihova sposobnost za sklapanje braka zavisi od stepena invaliditeta, tako da u svakom konkretnom slučaju treba da se utvrđuje njihova sposobnost da slobodno izraze potpun pristanak na brak, pa ako se utvrdi da su nesposobni izraziti je, treba da im se onemogućí sklapanje braka.

3. 2. 2. Prava i odgovornosti u vezi s usvojenjem i starateljstvom

U stavu 2. člana 23. Konvencije države su obavezane osigurati osobama s invaliditetom prava i odgovornosti u vezi sa starateljstvom, hranjeništvom, usvojenjem ili sličnim ustanovama koje postoje u nacionalnom zakonodavstvu. Vezano za ove ustanove, u svim slučajevima je kao glavni naglašen najbolji interes djeteta. Uz to, države članice su obavezane osobama sa smetnjama pružati odgovarajuću pomoć u izvršavanju njihove odgovornosti podizanja djece.

3. 2. 3. Ostvarivanje roditeljskog staranja

Život djeteta s oba roditelja garancija je najpotpunije i najbolje zaštite njegovih interesa i najuspješnijeg ostvarivanja roditeljskog staranja. Zbog toga se dijete odvaja od roditelja samo onda kada ne postoji mogućnost zajedničkog života s oba roditelja, odnosno kada roditelj ili roditelji ne osiguravaju najbolji interes djeteta. Konvencija o pravima djeteta u odredbi stava 1. člana 9. zabranjuje odvajanje djeteta od roditelja, osim u određenim situacijama. Prva rečenica ove odredbe preuzeta je u stavu 4. člana 23. Konvencije: države se obavezuju da se dijete neće odvojiti od roditelja protiv njihove volje, osim kada nadležni organi u sudskom postupku, u skladu sa zakonom i procedurom, utvrde da je takvo odvajanje potrebno radi najboljeg interesa djeteta. Međutim,

suprotno ovoj, u drugoj rečenici ovog stava normira se da se ni u jednoj situaciji dijete ne može odvojiti od roditelja na osnovu invaliditeta bilo djeteta, bilo jednog ili oba roditelja. A upravo intelektualni ili mentalni invaliditet roditelja, odnosno njegove duševne smetnje, mogu biti i najčešće jesu razlog zbog kojeg će se odvajanje djeteta od roditelja ocijeniti nužnim radi zaštite najboljeg interesa djeteta, kako je to normirano u prethodnoj rečenici.⁵⁷

4. Zaključak

Izmijenjen pristup uređenju statusa osoba s invaliditetom, zasnovan na modelu u kojem se važnim smatraju i zdravstveni i socijalni aspekt invaliditeta, pa invaliditet proizlazi iz interakcije funkcionalnog statusa osobe s njenim okruženjem, nužno nameće potrebu izmjene uređenja ove oblasti u nacionalnim pravima. Njenim normiranjem u skladu s međunarodnim instrumentima i nametanjem državama obaveze uklanjanja prepreka koje ove osobe dovode u neravnopravan položaj pri ostvarivanju prava, u odnosu na druge osobe, omogućit će unapređenje njihovih ljudskih prava. Podrška ovim osobama u okruženju u kojem žive učinit će ih manje nesposobnim i omogućit će njihovu integraciju u društvo.

Pretpostavka za jednako uživanje svih prava priznatih u UN Konvenciji o pravima osoba s invaliditetom, od kojih su u radu izdvojene i posebno razmatrane osobe s duševnim smetnjama i njihova prava u oblasti porodičnog zakonodavstva, jeste priznavanje ovim osobama pune poslovne sposobnosti, u skladu s odredbama člana 12. Konvencije, kao i preporukama Komiteta ministara Vijeća Evrope R(99)04 i (2006)5. U članu 12. Konvencije priznat im je pravni subjektivitet - „imaju pravo svugdje biti priznate kao osobe pred zakonom“ (stav 1); države su obavezane priznati da osobe s invaliditetom uživaju poslovnu sposobnost u svim oblastima života ravnopravno s drugim osobama (stav 2) i osigurati im pristup podršci koju one mogu zahtijevati u ostvarivanju poslovne sposobnosti (stav 3); države se podstiču na uspostavljanje mehanizama zaštite, odnosno na osiguranje efikasnih i odgovarajućih zaštitnih mjera koje se tiču ostvarivanja poslovne sposobnosti (stav 4).

Reforma nacionalnih prava, u skladu s ovim odredbama, morala bi se usmjeriti na normiranje mogućnosti samo ograničenja a ne i oduzimanja poslovne sposobnosti, odnosno odlučivanja uz podršku a ne i zamjensko odlučivanje. Kao oblici podrške mogu se normirati produžena ovlaštenja punomoćnika i unaprijed date direktive, u Preporuci R(99)04 normirani kao alternativa zaštitnim mjerama iz Konvencije, tj. mehanizmima zaštite uspostavljenim u skladu sa zahtjevom iz Konvencije, kojim treba da se osigura prvenstveno poštovanje prava, volje i želja osobe s invaliditetom. S obzirom da

⁵⁷ Osim toga, i u odredbi stava 5. člana 23. normirana je mogućnost odvajanja djeteta s invaliditetom, o kojem se najuža porodica nije u stanju brinuti, i osiguranja alternativne brige o njemu u široj porodici, ili ako to nije moguće, u zajednici u porodičnom okruženju.

se na ovaj način neće moći zaštititi prava osoba s visokim stepenom invaliditeta, zakonom se mora i dalje normirati, makar samo kao izuzetna mogućnost, zamjensko odlučivanje, uz obavezno utvrđenje i interpretaciju volje i želja ove osobe, sprečavanje zloupotrebe i preduzimanje odgovarajućih i efikasnih zaštitnih mjera, među kojima može biti i djelimično starateljstvo, kao jedini oblik starateljstva.

Dr. sc. Suzana Bubić, Full Professor
University Džemal Bijedić in Mostar Faculty of Law

A NEW APPROACH TO REGULATION OF THE STATUS OF ADULTS WITH MENTAL DISORDERS

Summary: At the national level it is necessary to pay more attention to the protection of the adults, especially of the persons with disabilities, who are the most vulnerable of them. Such persons are always depended on others, without whose help and support they can not physically or legally operate.

The paper discusses the status of the persons with disabilities, particularly of those with mental disorders, primarily in the context of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. The emphasis is on the demands to ensure the equal recognition before the law, i.e. the enjoyment and exercise of legal capacity, as well as the access to the support and on the protection mechanisms. Fulfillment by the state, i.e. by the legislator to these demands is a prerequisite for the exercise of all rights recognized to these persons by the Convention, including those in the field of family law, to which the author limited in this paper.

Key words: adult, Convention on the Rights of the Persons with Disabilities, mental disorders, legal capacity, measures of protection, support