

Mr. sc. Borjana Miković, viši asistent
Fakultet političkih nauka Univerziteta u Sarajevu

PODRŠKA U OSTVARIVANJU POSLOVNE SPOSOBNOSTI UMJESTO ZAMJENSKOG ODLUČIVANJA

Sažetak: U radu su, na osnovu sveobuhvatne analize obaveza koje proizlaze iz različitih segmenata člana 12. UN Konvencije o pravima osoba s invaliditetom, prezentirane spoznaje koje upućuju na neophodnosti izmjene posebno porodičnog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini. Ove izmjene kao značajnu novinu, u skladu s modelom invaliditeta utemeljenoga na ljudskim pravima, trebaju umjesto postojeće paradigme zamjenskog odlučivanja uvesti novu paradigmu zasnovanu na odlučivanju uz podršku. S tim u vezi podrška u ostvarivanju poslovne sposobnosti, koja kao ključne elemente principa jednakost pred zakonom sadrži poštivanje prava, volje i preferencija osoba s invaliditetom, mora biti prilagođena okolnostima i karakteristikama svake osobe pojedinačno. Navedeni pristup također zahtijeva da se osobama s invaliditetom, polazeći od različitih situacija u kojima se nalaze, trebaju pružiti različiti oblici formalne i neformalne podrške od kojih su u radu prezentirani trajna ovlaštenja i anticipirane naredbe.

Ključne riječi: Konvencija o pravima osoba s invaliditetom, ljudska prava, poslovna sposobnost, odlučivanje uz podršku, anticipirane naredbe.

1. Uvod

Posljednjih decenija, a naročito proteklih petnaest godina 21. stoljeća problemi i prava osoba s invaliditetom, posebno odraslih kojima je oduzeta poslovna sposobnost, sve više su u fokusu interesiranja javnosti. To interesiranje, uzrokovano različitim faktorima od kojih su na prvom mjestu promjene izazvane demografskim starenjem stanovništva i razgranate aktivnosti na zaštiti ljudskih prava, iako na samom početku, prisutno je i u Bosni i Hercegovini (u daljem tekstu BiH). Međutim, određeni pomaci, koje karakterizira ratifikacija UN Konvencije o pravima osoba s invaliditetom (u daljem tekstu Konvencija) i njezinog Fakultativnog protokola¹ kao i usvajanje

¹ BiH je potpisala Konvenciju i njezin Fakultativni protokol 29. jula 2009. godine, a ratifikovala 12. marta 2010. godine („Službeni glasnik BiH - Međunarodni ugovori“, br. 11/09). Za BiH Konvencija je stupila na snagu 12. aprila 2010. godine, tridesetog dana nakon deponiranja instrumenta o ratifikaciji.

Ratifikacijom Fakultativnog protokola BiH je priznala nadležnost Odbora za prava osoba s invaliditetom da prima i razmatra individualne i grupne predstavke osoba s invaliditetom koje tvrde da su žrtve kršenja prava i neispunjenja obaveza iz Konvencije (čl. 1. st. 1. Protokola).

jednog broja dokumenata,² ostavljaju prostor za uvjerenje da će u skoroj budućnosti implementacija odredaba Konvencije u odgovarajuće zakonodavstvo posebno iz porodičnogpravnog oblasti, a potom i u praksi zaživjeti. U prilog ovom uvjerenju govori i to da je Konvenciju, kao prvi međunarodni ugovor otvoren za potpis i regionalnim organizacijama, ratifikovala i Europska Unija³ što je veoma značajno za postupak pridruživanja BiH europskim integracijama.

Postojeća neusklađenost aktuelnog zakonodavstva s zahtjevima Konvencije posebno proizlazi iz činjenice da se u BiH tradicionalni sistem zakonodavstva u dijelu zaštite osoba s invaliditetom kojima je oduzeta ili ograničena poslovna sposobnost primjenjuje putem instituta starateljstva, odnosno zamjenskog odlučivanja. Stoga je, budući da starateljstvu nad punoljetnim osobama prethodi oduzimanje poslovne sposobnosti, zakonsko normiranje da je starateljstvo oblik zaštite punoljetnih osoba koje nisu sposobne ili koje nisu u mogućnosti starati se o sebi, svojim pravima, interesima i obavezama⁴ u direktnoj suprotnosti s odredbama Konvencije. To se na prvom mjestu odnosi na princip jednakost pred zakonom, koji je normiran u čl. 12. Konvencije. Ovaj princip je također u direktnoj suprotnosti s praksom instituta starateljstva koji je oblik zamjenskog odlučivanja, čijom primjenom imenovani staratelj postaje zamjenski odlučitelj koji umjesto štićenika donosi različite odluke, uključujući i one koje se tiču osobnih stanja. Posljedica takvog odnosa je oduzimanje i najmanje mogućnosti da osoba kojoj je oduzeta poslovna

Navedenim je stvorena pretpostavka da Odbor za prava osoba s invaliditetom državu obavijesti o svom stavu i da uputi odgovarajuće preporuke s ciljem otklanjanja negativne prakse.

² Prve aktivnosti u promociji i zaštiti ljudskih prava osoba s invaliditetom započete u BiH moguće je vezati za donošenje odluke Vijeća Ministara BiH o usvajanju Standardnih pravila UN-a za izjednačavanje mogućnosti za osobe s invaliditetom („Sl. glasnik BiH“, br. 41/03). Drugi važan dokument je „Politika u oblasti invalidnosti u Bosni i Hercegovini“ („Službeni glasnik BiH“ br. 76/08), koji je Vijeće ministara BiH usvojilo 2008. godine. Sadržaj ovog dokumenta je u potpunosti posvećen osobama s invaliditetom, o čemu govori više različitih principa i ciljeva čija je svrha poboljšanje položaja ove populacije. Utvrđeni principi su posebno fokusirani na unapređenje položaja i prava osoba s invaliditetom kroz izradu odgovarajućih strategija i planiranje budžetskih sredstava za njihovo provođenje u okviru entiteta i BD BiH.

Nakon usvajanja „Politike u oblasti invalidnosti u BiH“ na nivou države Vlada Federacije BiH usvojila je „Strategiju za izjednačavanje mogućnosti za osobe s invaliditetom u Federaciji Bosne i Hercegovine 2011 – 2015“

(<http://fmrsp.gov.ba/s/images/stories/STRATEGIJA%20ZA%20IZJEDNACAVANJE%20MOGUĆNOSTI%20ZA%20OSOB%20SA%20INVALIDITETOM%20U%20FEDERACIJI%20BOSNE%20I%20HERCEGOVINE%202011.-2015.pdf>, 01.02.2016. godine).

Isti dokument pod nazivom „Strategiju unapređenja društvenog položaja lica s invaliditetom u Republici Srpskoj 2010 – 2015“ usvojila je i Vlada Republike Srpske („Službeni glasnik RS“, br. 134/11).

Prema dostupnim podacima na nivou BD BiH nije usvojena odgovarajuća strategija ili politika invalidnosti

Objektivne strategije kao i „Politika u oblasti invalidnosti u BiH“, uz različite ciljeve, sadrže i obavezu primjene međunarodnih standarda i harmonizaciju domaćeg zakonodavstva s Konvencijom.

³ Europska Unija potpisala je Konvenciju 30.03.2007. godine, a ratificirala 23.12.2010. godine.

⁴ V. čl. 160. st. 1. PZ FBiH; čl. 11. PZ RS; čl. 141. st. 1. PZ BD.

sposobnost svojom aktivnošću i izražavanjem sopstvene volje ostvari različita prava i obaveze.

Pravo na priznanje pravne i poslovne sposobnosti, odnosno pravo na jednakost pred zakonom jedno je od osnovnih ljudskih prava koje pripada svakom ljudskom biću kao zasebnoj individui. Ostvarivanje prava na jednakost osoba s invaliditetom proizlazi ne samo iz njihove pripadnosti ljudskoj vrsti, nego i pripadnosti društvu čiji članovi bez izuzetka trebaju biti ravnopravni i jednaki u ostvarivanju svojih prava. Stoga poslovna sposobnost kao pravo ni u kom slučaju ne može biti dovedena u pitanje. To dodatno što poslovna sposobnost, koja se prema odgovarajućem zakonodavstvu u BiH stiće punoljetstvom,⁵ predstavlja mogućnost da u okviru pravnog sistema osoba bude prepoznata i da sticanjem poslovne sposobnosti postane subjekt prava. Drugim riječima, sticanje poslovne sposobnosti čini preduslov za ostvarivanje različitih osobnih prava i pravnih radnji koje pojedinac može preduzimati u svakodnevnom životu, npr. sklapati ugovore, dati pristanak na liječenje, donositi odluke o mjestu življenja, raspolagati imovinom, sklapati brak, donositi odluku o priznanju očinstva ili materinstva itd. Oduzimanjem poslovne sposobnosti osoba gubi mogućnost kontrole nad sopstvenim životom, ne može ga planirati, ali ni donositi odluke i preuzimati odgovornost. Umjesto nje sve odluke donosi zamjenski odlučitelj, odnosno staratelj koji svoju moć može zloupotrijebiti i nanijeti štetu osobi kojoj je poslovna sposobnost oduzeta.

2. Neki pokazatelji o starateljstvu nad osobama kojima je oduzeta ili ograničena poslovna sposobnost u BiH s posebnim osvrtom na Federaciju Bosne i Hercegovine

Aktuelni porodični zakoni u BiH normiraju dva nivoa oduzimanja poslovne sposobnosti: oduzimanje poslovne sposobnosti i ograničenje poslovne sposobnosti.⁶ Razlika između navedena dva oblika ogleda se u tome što osobe s oduzetom poslovnom sposobnošću ne mogu svojevolljno poduzimati nikakve radnje, dok osobe s ograničenom poslovnom sposobnošću mogu upravljati i raspolagati određenim opsegom prava. One prema odredbama Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu PZ FBiH) mogu samostalno davati izjave koje se tiču osobnih stanja, osim ako zakonom ili odlukom organa starateljstva nije drugačije određeno.⁷ Navedena mogućnost, iako na prvi pogled upućuje na primjenu načela individualizacije, uvjetovanjem prava autonomije volje odlukom organa starateljstva vezano za davanje izjava koje se tiču osobnih stvari u suprotnosti je s odredbama Konvencije. Za razliku od osoba kod kojih je poslovna sposobnost ograničena, osobe s oduzetom poslovnom sposobnošću, shodno odredbama koje su normirane u različitim zakonima Federacije Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu FBiH), ne mogu:

⁵ Čl. 157. PZ FBiH; čl. 108. st. 3. PZ RS; čl. 139. PZ BD.

⁶ Čl. 192. st. 1. i 2. PZ FBiH; čl. 173. st. 1. i 2. PZ BD.

⁷ Čl. 194. st. 4. PZ FBiH.

- sklopiti brak⁸
- učestvovati u postupku posredovanja prije razvoda braka⁹
- usvojiti dijete¹⁰
- vršiti roditeljsko staranje¹¹
- samostalno obavljati radnje u postupku (parnična sposobnost)¹²
- glasati¹³
- donijeti odluku o medicinskim mjerama¹⁴
- osnovati radnju.¹⁵

Prezentirane zakonske odredbe, koje su gotovo identične odredbama normiranim u odgovarajućim zakonima Republike Srpske (u daljem tekstu RS) i Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu BD BiH), samo su dio konkretnih primjera kršenja ljudskog dostojanstva i nemogućnosti ostvarivanja osnovnih ljudskih prava, uključujući i pravo na jednakost pred zakonom, osoba s invaliditetom kojima je poslovna sposobnost oduzeta. Također, ove odredbe najkonkretnije govore ne samo o nepoštivanju različitih međunarodnih dokumenata,¹⁶ nego i o nepoštivanju Ustava BiH, ali i ustava oba entiteta te Statuta BD BiH.

Nemogućnost pravnog djelovanja zbog oduzete poslovne sposobnosti punoljetnu osobu dovodi u takvo bezizlaze da pojedine njezine radnje koje objektivno može poduzeti budu pravno nepriznate. Jednostavno, osoba kojoj je oduzeta poslovna sposobnost gotovo i da ne postoji kao ljudsko biće. Ona je pred zakonom nevidljiva, čak i kad želi ostvariti neko od najelementarnijih prava ili samostalno dati izjavu koja se tiče osobnih stanja. U takvim uslovima ljudsko dostojanstvo osobe s oduzetom poslovnim sposobnošću se ne poštuje, ona je diskriminirana i gotovo se sa sigurnošću može reći da od svih ljudskih prava jedino ostvaruje pravo na život i preživljavanje trpeći razne oblike poniženja i nipodaštavanja. Brojni primjeri iz praskе, od kojih u ovom radu prezentiramo samo jedan, to potvrđuju.

⁸ Čl. 11. st. 1. PZ FBiH.

⁹ Čl. 45. st. 4. PZ FBiH.

¹⁰ Čl. 97. st. 1. PZ FBiH.

¹¹ Čl. 141. st. 2. PZ FBiH.

¹² Čl. 292. st. 1. Zakona o parničnom postupku FBiH („Sl. novine FBiH“ br. 53/03, 73/05, 19/06 i 98/15).

¹³ Čl. 3.2. tač. 3. Izbornog zakona BiH („Službeni glasnik BiH“ br. 23/01, 7/02, 9/02, 20/02, 25/02, 4/04, 20/04, 25/05, 52/05, 65/05, 77/05, 11/06, 24/06, 32/07, 33/08, 37/08, 32/10, 18/13 i 7/14).

¹⁴ Čl. 22. st. 1. Zakon o pravima obavezama i odgovornostima pacijenta FBiH („Sl. novine FBiH“ br. 40/10).

¹⁵ Čl. 9. st. 1. Zakona o obrtu i srodnim djelatnostima FBiH („Sl. novine FBiH“ br. 35/09 i 42/11).

¹⁶ Ključni međunarodni dokumenti u kojima se ljudsko dostojanstvo određuje kao osnova ljudskih prava, a jednakost pred zakonom kao opšti princip zaštite ljudskih prava i sastavni dio korištenja drugih ljudskih prava su: *Opća deklaracija o ljudskim pravima* (1948); *Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima* (1966); *UN Konvencija o pravim osoba s invaliditetom* (2006) (V. Milas Klarić, I, *Pravni status skrbnika kao jamstvo zaštite ljudskih prava odraslih*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2010, str. 15 i 42).

Primjer iz prakse:

U vrijeme posljednjih Općih izbora u BiH, 2014. godine, kao član općinske izborne komisije, svjedočili smo sljedećem: U matični ured žurno je ušla uposlenica centra za socijalni rad da prijavi smrt majke punoljetne osobe čiji je staratelj. Nakon upisa podataka matičarka zadužena za dio poslova oko uspostave centralnog biračkog spiska ispričala je da je kćerka umrle neposredno poslije majčine smrti došla u matični ured prijaviti smrt u porodici. Bila je to mlada, lijepa, pristojna i vrlo uredna djevojka. U razgovoru s njom matičarka ni na koji način nije mogla niti pretpostaviti da je to osoba kojoj je oduzeta poslovna sposobnost.

Budući da su prema zakonu prvenstveno članovi domaćinstva umrle osobe dužni prijaviti smrt u porodici, matičarka je obavezna provjeriti srodstvo i osobne podatke osobe koja prijavljuje smrtni slučaj. Ove podatke dužna je upisati u matičnu knjigu umrlih. Kako bi utvrdila tačnost podataka matičarka je neposrednim uvidom u rodni list djevojke ustanovila da je pod starateljstvom, a potom joj objasnila da ona po zakonu zbog oduzete poslovne sposobnosti ne može prijaviti smrt sopstvene majke. To mora uraditi njezin staratelj. Djevojka je ostala „nijema“. Uplakana i ponižena bez ijedne izgovorene riječi napustila je matični ured. Matičarka je obavijestila centar za socijalni rad o neophodnosti dolaska staratelja u matični ured kako bi prijavio smrt majke štíćenice.

Kako je zakonski rok za prijavu 30 dana od dana kada je smrt nastupila,¹⁷ matičarka je istakla da je tokom proteklih sedmica često mislila na djevojku. Također, po njenim riječima, brinula se i da li će staratelj blagovremeno prijaviti smrt štíćeničine majke, što je starateljica i uradila zadnji dan zakonskog roka.

Vjerujemo da ovakvih i sličnih slučajeva u praksi ima puno više nego što je to moguće i pretpostaviti. Svi oni govore o pojedinačnim sudbinama obespravljenih ljudskih bića svakodnevno izloženih poniženju, diskriminaciji i vrijeđanju ljudskog dostojanstva. Njihov broj u BiH je u kontinuiranom porastu i mjeri se hiljadama, što pokazuju sljedeći podaci:

¹⁷ Čl. 27. Zakona o matičnim knjigama FBiH („Sl. novine FBiH“ br. 37/12 i 80/14).

Tabela br. 1: Broj punoljetnih osoba pod starateljstvom u BiH, entitetima i BD BiH (2009 – 2014)

Entiteti i Distrikt (razine vlasti)	Punoljetne osobe pod starateljstvom:					
	2009	2010	2011	2012	2013	2014
FBiH	2785	1912	2044	2249	2247	2775
RS	798	722	831	786	859	501
BD BiH	14	11	13	15	21	13
Ukupno (BiH)	3597	2645	2888	3050	3127	3289

Izvori: Federalni zavod za statistiku;¹⁸ Republički zavod za statistiku RS;¹⁹ Agencija za statistiku BiH.²⁰

Prezentirane podatke u tabeli br. 1 o broju evidentiranih osoba pod starateljstvom u BiH, entitetima i BD BiH u kontekstu ovog rada posebno je moguće vezati za godinu potpisivanja (2009) i ratifikacije (2010) Konvencije o pravima osoba s invaliditetom od strane države BiH. Stoga bi u istom kontekstu drastičan pad ukupnog broja punoljetnih osoba pod starateljstvom na nivou države, odnosno entiteta i distrikta u 2010. godini u odnosu na 2009. godinu na prvi pogled mogao govoriti o prisutnim nastojanjima primjene i poštivanja odredaba Konvencije. Navedeno bi se posebno moglo odnositi na FBiH gdje je ukupan broj punoljetnih osoba pod starateljstvom u 2010, u odnosu na 2009. godinu, smanjen za više od 30%. Međutim, kako prezentirani podaci za naredne godine bilježe kontinuirani porast broja osoba s oduzetom ili ograničenom poslovnom sposobnošću pretpostavka o povezanosti podataka iz 2010. godine sa ratifikacijom Konvencije je u potpunosti neodrživa što ostavlja mogućnost za analiziranje prezentiranih podataka iz najmanje sljedeća dva aspekta. Prvo, postoji izrazit nesrazmjer u ukupnom broju osoba kojima je oduzeta ili ograničena poslovna sposobnost između entiteta, o čemu govori podatak da je broj ovih osoba u FBiH u odnosu na RS, npr. u 2014. godini veći za gotovo pet puta. Drugo, i pored posebno na državnom nivou evidentnog smanjenja broja osoba kojima je oduzeta ili ograničena poslovna sposobnost u 2010. godini, u odnosu na 2009. godinu, s obzirom na kontinuirani porast u narednim godinama, mogući zaključak je da Konvencija predstavlja samo još jedan međunarodni dokument više čija implementacija u odgovarajuće zakonodavstvo nije ni počela. U istom kontekstu se zapravo čini da je u praksi prema prezentiranim pokazateljima ratifikacija Konvencije, i pored usvajanja više različitih dokumenata i strategija na svim nivoima vlasti, imala suprotan efekat. To potvrđuje i gotovo nevjerovatan podatak da je broj osoba kojima je oduzeta ili ograničena poslovna sposobnost i koje su pod starateljstvom u 2014. godini u odnosu na 2010. godinu u FBiH porastao za više od 30%. S druge strane, broj osoba pod starateljstvom kojima je oduzeta ili ograničena poslovna sposobnost u RS samo za jednu godinu, 2014. u odnosu na 2013. godinu, smanjen je za više

¹⁸ Statistički bilteni br. 169, 2012, str. 42; br. 183, 2013, str. 42; br.199, 2014, str. 42; br. 215, 2015, str. 42.

¹⁹ Statistički bilteni br. 12, 2014, str. 62; br. 13, 2015, str. 62.

²⁰ Tematski bilteni br. 3, 2014, str. 26; br. 4, 2015, str. 26; br. 7, 2014, str. 38; br. 7, 2015, str. 44.

od 40%. Navedene razlike bitno ne umanjuje ni podatak da na području FBiH živi oko jedan milion stanovnika više nego u RS.²¹ Razlog ovakvog stanja može se samo nagađati posebno ako se ima u vidu da su zakoni koji uređuju oblast starateljstva u oba entiteta i distriktu gotovo identični. Dodatnu poteškoću za izvođenje validnih zaključaka predstavlja i činjenica da u BiH ne postoji jedinstvena baza podataka o broju osoba s invaliditetom kako na državnom tako i na nivou entiteta i distrikta. Međutim, ukoliko za relevantan podatak uzmemo procjenu da „10% ukupnog stanovništva u BiH ima fizičke, senzorne, razvojne, mentalne ili emocionalne oblike invalidnosti“,²² moguće je pretpostaviti da na području BiH živi ukupno oko 380 hiljada osoba s invaliditetom. Koliki broj ovih osoba živi na području jednog i drugog entiteta, te distrikta vjerovatno će pokazati zvanični rezultati popisa stanovništva u BiH iz 2013. godine. U vezi s navedenim jedan od zaključaka koji je, na osnovu usporedbe pretpostavljenog broja (380 hiljada) osoba s invaliditetom koje žive na području BiH i ukupnog broja (3289) evidentiranih osoba kojima je oduzeta ili ograničena poslovna sposobnost u 2014. godini, moguće izvesti je da učešće osoba kojima je oduzeta ili ograničena poslovna sposobnost u ukupnom broju osoba s invaliditetom u BiH iznosi 0.87%, što je u svjetlu odredaba Konvencije zabrinjavajuće. Pobrojano dodatno usložnjava podatak da se u metodologiji obrade zvaničnih statističkih podataka na svim nivoima evidentira samo ukupan broj punoljetnih osoba pod starateljstvom bez odvojene evidencije broja osoba kojima je oduzeta poslovna sposobnost i broja osoba kojima je poslovna sposobnost ograničena.²³

3. Koncept poslovne sposobnosti u odredbama člana 12. Konvencije o pravima osoba s invaliditetom

UN Konvencija o pravima osoba s invaliditetom je prvi pravno obavezujući međunarodni ugovor kojim se štite prava svih osoba s invaliditetom bez obzira na vrstu i uzrok nastanka invaliditeta. U istom kontekstu se pojam „invaliditet“ prema odredbama Konvencije odnosi i na sve osobe koje imaju dugotrajna fizička, mentalna, intelektualna ili osjetilna oštećenja, koja u interakciji s različitim barijerama mogu ometati njihovo puno i djelotvorno sudjelovanje u društvu ravnopravno s ostalim članovima tog društva.²⁴ Prezentirano određenje invaliditeta jasno pokazuje da skupu osoba s invaliditetom pored osoba s intelektualnim teškoćama pripadaju i osobe s

²¹ Prema preliminarnim rezultatima popisa stanovništva iz 2013. godine, ukupan broj stanovnika u BiH iznosi 3.791.622, od toga u FBiH 2.371.603, u RS 1.326.911, a u BD BiH 93.028 (Agencija za statistiku BiH, *Preliminarni rezultati Popisa stanovništva, domaćinstava i stanova u Bosni i Hercegovini 2013*, str. 3).

²² Politika u oblasti invalidnosti u BiH, *supra* note 2, str. 6.

²³ Budući da u BiH ne postoje posebni statistički pokazatelji o broju osoba kojima je oduzeta poslovna sposobnost i broju osoba kojima je poslovna sposobnost ograničena, na osnovu provedenog, ali neobjavljenog istraživanja (Miković, B, 2015) donošenje odluka o ograničenju poslovne sposobnosti u praksi suda čini između 5 – 8 % svih slučajeva oduzimanja poslovne sposobnosti.

²⁴ Čl. 1. st. 2. Konvencije.

duševnim smetnjama,²⁵ koje su u ukupnom broju osoba s oduzetom poslovnom sposobnošću u BiH i najzastupljenije. Stoga ratifikacija Konvencije, čija je svrha unapređenje, zaštita i osiguranje punog i ravnopravnog uživanja svih ljudskih prava i temeljnih sloboda osoba s invaliditetom uz unapređenje njihovog ljudskog dostojanstva,²⁶ posebno za ovu skupinu osoba s invaliditetom u BiH predstavlja mogućnost novog pristupa u ostvarivanju njihovih prava. Novi pristup u ostvarivanju prava osoba s invaliditetom dodatno potvrđuju i temeljna načela Konvencije među kojima su: poštivanje urođenoga dostojanstva, osobna autonomija, nediskriminacija, puno i učinkovito sudjelovanje i uključivanje u društvo, jednakost mogućnosti i pristupačnost.²⁷

Nažalost, u BiH kod poštivanja prava osoba s invaliditetom svako od pobrojanih načela još uvijek predstavlja mogućnost koju je teško dovesti u vezu sa stvarnošću. Slično stanje je i s primjenom čl. 12. Konvencije, čije su odredbe usko povezane s temeljnim načelima ovog dokumenta, iako je već na osnovu njegovog naziva: „Jednakost pred zakonom“ moguće zaključiti da čl. 12. predstavlja bit, odnosno „žilu kucavicu“ Konvencije.²⁸ Njegov normativni sadržaj, prezentiran u okviru pet izdvojenih i istovremeno međusobno povezanih komponenata (tačaka), afirmira pravo svih osoba s invaliditetom na poslovnu sposobnost. U ovom kontekstu i sam sadržaj člana 12. skreće pažnju na područja gdje se osobama s invaliditetom kojima je oduzeta poslovna sposobnost tradicionalno uskraćuje najveći broj temeljnih ljudskih prava. To dodatno, jer su opšte obaveze koje proizlaze iz njegovih odredaba, posebno pravo na jednakost, u manjoj ili većoj mjeri, prisutne i u drugim međunarodnim dokumentima o ljudskim pravima.²⁹ Jednom rječju, međunarodni dokumenti iz oblasti ljudskih

²⁵ Osobe s intelektualnim teškoćama (invaliditetom) su sve osobe koje imaju teškoće u svom intelektualnom funkcionisanju, npr. osobe s Downovim sindromom. Osobe s duševnim (mentalnim) smetnjama (invaliditetom), npr. osobe s bipolarnim poremećajem, autizmom i shizofrenijom, često se u različitim izvještajima i preporukama odgovarajućih tijela UN i Vijeća Europe svrstavaju u skupinu osoba s psihosocijalnim invaliditetom (V. *Ko može da odlučuje? Pravo na poslovnu sposobnost lica s intelektualnim i psihosocijalnim invaliditetom*, Tematski izvještaj Komesara Vijeća Europe za ljudska prava, 2013, str. 9, https://www.coe.int/t/commissioner/source/prems/IP_LegalCapacity_serb.pdf, pristup 15.03.2016).

²⁶ Čl. 1. st. 1. Konvencije.

²⁷ Čl. 3. Konvencije.

²⁸ Tematski izvještaj Komesara Vijeća Europe za ljudska prava, *supra* note 25, str. 23.

²⁹ Pored Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima, Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima te UN Konvencije o pravima osoba s invaliditetom pravo na jednakost reflektira se i u drugim ključnim međunarodnim i regionalnim dokumentima o ljudskim pravima. Tako UN Konvencija o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena (1979) u čl. 15. garantuje ženama jednakost pred zakonom i zahtijeva priznavanje poslovne sposobnosti žena ravnopravno sa muškarcima, uključujući i onu koja se odnosi na zaključivanje ugovora, upravljanje imovinom i ostvarivanje njihovih prava u pravnom sistemu. Afrička povelja o ljudskim pravima i pravima naroda (1986) u čl. 3. propisuje pravo svake osobe na jednakost pred zakonom i na uživanje jednake zakonske zaštite. Američka konvencija o ljudskim pravima (1969) u čl. 3 sadrži pravo na pravni subjektivitet kao i pravo svake osobe da bude prepoznata pred zakonom (V. Milas Klarić, *supra* note 16, str. 14 – 21; General Comment No 1 (2014) of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities - Article 12: Equal recognition before the law, (General Comment

prava potenciraju stav da „ne postoje okolnosti dopuštene međunarodnim pravom o ljudskim pravima u kojima bi osobi moglo biti oduzeto pravo na to da bude pred zakonom priznata kao osoba ili u kojima bi joj to pravo moglo biti ograničeno.“³⁰ Navedeni pristup se u odredbama čl. 12. Konvencije ponovo afirmira što čini osnov za njegovo dovodenje u vezu s osobama s invaliditetom kojima je oduzeta poslovna sposobnost, odnosno osobama koje su obuhvaćene zamjenskim odlučivanjem.

Budući da odredbe čl. 12. i danas, deset godina od usvajanja Konvencije, u pravnoj teoriji predstavljaju predmet različitih rasprava, npr. da su njegove namjere poprilično nejasne,³¹ ili da ne postoji saglasnost oko njegovog tačnog sadržaja,³² s ciljem sveobuhvatne analize spektra prava sadržanih u njegovim odredbama sačinili smo usporednu prezentaciju izvornog teksta čl. 12. na engleskom jeziku i oficijelnih prijevoda na bosanski (BiH), hrvatski (Republika Hrvatska) i srpski (Republika Srbija) jezik.

Tabela br. 2: Usporedni pregled izvornog teksta Konvencije na engleskom jeziku i oficijelnih prijevoda na bosanski, hrvatski i srpski jezik

Izvorni tekst na engleskom jeziku (web stranica UN-a) ³³	Službeni prijevod Konvencije na bosanski jezik („Sl. glasnik BiH – Međ. ugovori“ br. 11/2009)	Službeni prijevod Konvencije na hrvatski jezik („Narodne novine RH – Međ. ugovori“ br. 6/2007 i 5/2008 ³⁴)	Službeni prijevod Konvencije na srpski jezik („Sl. glasnik RS – Međ. ugovori“ br. 42/2009)
---	---	--	--

Adopted by the Committee on the Rights of Persons with Disabilities at its Eleventh Session 31 March – 11 April 2014, dostupno na:

http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/1&Lang=en, pristup 06.11.2015 godine).

³⁰ *Ibidem*, General Comment No 1 (2014), tač. 5.

³¹ Milas Klarić, *supra* note 16, str. 47.

³² Fiala, J, *Konvencija o pravima osoba s invaliditetom i reforma skrbništva u Središnjoj i Istočnoj Europi*, u: Zbornik radova: Poslovna sposobnost i skrbništvo raskorak između Konvencije o pravima osoba s invaliditetom i prakse, Pravobraniteljica za osobe s invaliditetom, Zagreb, 2012, str. 90.

³³ <http://www.un.org/disabilities/convention/conventionfull.shtml>, 23.03.2016.

³⁴ U Hrvatskoj je nakon utvrđenih pogrešaka u Zakonu o potvrđivanju Konvencije o pravima osoba s invaliditetom i Fakultativnog protokola uz Konvenciju o pravima osoba s invaliditetom („Narodne novine RH – Međ. ugovori“ br. 6/2007) usvojen Ispravak Zakona o potvrđivanju Konvencije o pravima osoba s invaliditetom i Fakultativnog protokola uz Konvenciju o pravima osoba s invaliditetom koji glasi: „U hrvatskom prijevodu teksta Konvencije u članku 12. stavku 2. umjesto riječi: „pravnu sposobnost (pravni položaj)“ trebaju stajati riječi: „pravnu i poslovnu sposobnost“. U stavku 3. umjesto riječi: „pravne sposobnosti“ trebaju stajati riječi: „pravne i poslovne sposobnosti“. U stavku 4. umjesto riječi: „pravne sposobnosti“ trebaju stajati riječi: „pravne i poslovne sposobnosti“ („Narodne novine RH – Međ. ugovori“ br. 5/2008).

„Article 12 EQUAL RECOGNITION BEFORE THE LAW	„Članak 12 JEDNAKOST PRED ZAKONOM	„Članak 12 JEDNAKOST PRED ZAKONOM	„Član 12 RAVNOPRAVNOST PRED ZAKONOM
<i>1. States Parties reaffirm that persons with disabilities have the right to recognition everywhere as persons before the law.</i>	1. Države potpisnice ponovo potvrđuju da osobe s invaliditetom imaju pravo svuda na priznanje pravne i poslovne sposobnosti.	Države stranke ponovo potvrđuju da osobe s invaliditetom imaju pravo svugdje biti priznate kao osobe jednake pred zakonom.	Države stranke ugovornice ponovo potvrđuju da osobe sa invaliditetom imaju pravo da svuda budu priznate pred zakonom, kao i druga lica.
<i>2. States Parties shall recognize that persons with disabilities enjoy legal capacity on an equal basis with others in all aspects of life.</i>	2. Države potpisnice prihvaćaju da osobe s invaliditetom u svim područjima života uživaju pravnu i poslovnu sposobnost ravnopravno s drugim osobama.	2. Države stranke će prihvatiti da osobe s invaliditetom imaju pravnu i poslovnu sposobnost na jednakoj osnovi kao i druge osobe u svim aspektima života.	2. Države stranke ugovornice priznaju da osobe sa invaliditetom ostvaruju svoj pravni kapacitet ravnopravno s drugima u svim aspektima života.
<i>3. States Parties shall take appropriate measures to provide access by persons with disabilities to the support they may require in exercising their legal capacity.</i>	3. Države potpisnice će poduzeti odgovarajuće mjere da osobama s invaliditetom osiguraju potrebnu pomoć za ostvarivanje njihove pravne i poslovne sposobnosti.	3. Države stranke će poduzeti odgovarajuće mjere kako bi osobama s invaliditetom osigurale pristup potpori koja bi im mogla biti potrebna za ostvarivanje pravne i poslovne sposobnosti.	3. Države stranke ugovornice će preduzeti odgovarajuće mere kako bi osobama s invaliditetom omogućile dostupnost pomoći koja im može biti potrebna u ostvarivanju njihovog pravnog kapaciteta.
<i>4. States Parties shall ensure that all measures that relate to the exercise of legal capacity provide for appropriate and effective safeguards to prevent abuse in accordance with</i>	4. Države potpisnice osiguravaju da sve mjere koje se odnose na uživanje pravne i poslovne sposobnosti predviđaju odgovarajuće i djelotvorne	4. Države stranke osigurati će da sve mjere koje se odnose na ostvarivanje pravne i poslovne sposobnosti predvide odgovarajuće i djelotvorne zaštitne	4. Države stranke ugovornice će obezbediti da se svim merama koje se odnose na ostvarivanje pravnog kapaciteta pruže odgovarajuće i efikasne garancije radi sprečavanja zloupotrebu shodno međunarodnom pravu koje se odnosi na

<i>international human rights law. Such safeguards shall ensure that measures relating to the exercise of legal capacity respect the rights, will and preferences of the person, are free of conflict of interest and undue influence, are proportional and tailored to the person's circumstances, apply for the shortest time possible and are subject to regular review by a competent, independent and impartial authority or judicial body. The safeguards shall be proportional to the degree to which such measures affect the person's rights and interests.</i>	mehanizme zaštite koji će sprečavati zlorabotreb, u skladu s odredbama međunarodnog prava o ljudskim pravima. Ti mehanizmi zaštite će osigurati da mjere koje se odnose na uživanje pravne i poslovne sposobnosti poštuju prava, volju i sklonosti te osobe, da se isključi sukob interesa i zlorabotreb utjecaja, da su proporcionalne i prilagođene okolnostima u kojima se nalazi ta osoba, da se primjenjuju u najkraćem mogućem vremenu, te da podliježu redovnoj reviziji nadležnog, neovisnog i nepristranog tijela vlasti ili sudskog tijela. Mehanizmi zaštite su proporcionalni stupnju u kom takve mjere utječu na prava i interese osobe.	mehanizme koji će sprečavati zlorabotreb u skladu s međunarodnim pravom koje obuhvaća ljudska prava. Takvi zaštitni mehanizmi osigurati će da mjere koje se odnose na ostvarivanje pravne sposobnosti poštuju prava, volju i sklonosti te osobe, da se iz njih isključi sukob interesa i zlorabotreb utjecaja, da su razmjerni i prilagođene osobnim okolnostima, da se primjenjuju u najkraćem mogućem vremenu i da podliježu redovitoj reviziji nadležnog, nezavisnog i nepristranog tijela vlasti ili sudbenoga tijela. Zaštitni mehanizmi bit će razmjerni sa stupnjem kojim takve mjere utječu na prava i interese osobe.	ljudska prava. Takve garancije obezbedi da se merama koje se odnose na ostvarivanje pravnog kapaciteta poštuju prava, volja i prioriteti odnosne osobe, kao i da ne dođe do sukoba interesa i neprimerenog uticaja, da budu proporcionalne i prilagođene okolnostima odnosne osobe, u najkraćem mogućem trajanju i da podležu redovnom preispitivanju nadležnog nezavisnog i nepristranog organa ili sudskog tela. Garancije će biti proporcionalne stepenu u kojem takve mere utiču na prava i interese osobe na koju se odnose.
<i>5. Subject to the provisions of this article, States Parties shall take all appropriate</i>	5. U skladu s odredbama ovog članka, države potpisnice poduzet će	5. U skladu s odredbama ovog članka države stranke poduzet će odgovarajuće i	5. U zavisnosti od odredaba ovog člana države strane ugovornice će preduzeti sve odgovarajuće i

<i>and effective measures to ensure the equal right of persons with disabilities to own or inherit property, to control their own financial affairs and to have equal access to bank loans, mortgages and other forms of financial credit, and shall ensure that persons with disabilities are not arbitrarily deprived of their property. “</i>	odgovarajuće i učinkovite mjere kako bi osigurale jednako pravo osobama s invaliditetom da posjeduju ili nasljeđuju imovinu, da kontroliraju svoje financijske poslove i imaju jednak pristup bankovnim kreditima, hipotekama i drugim oblicima financijskog kreditiranja; te će osigurati da osobama s invaliditetom ne budu proizvoljno oduzeta imovina.“	djelotvorne mjere radi osiguranja jednakih prava osoba s invaliditetom da posjeduju i nasljeđuju imovinu, kontroliraju svoje vlastite financijske poslove i imaju jednak pristup bankovnim kreditima, hipotekama i drugim oblicima financiranja, te će također osigurati da osobe s invaliditetom ne budu bez vlastite volje (arbitrarno) lišene svojega vlasništva.“	efikasne mere kako bi se osobama sa invaliditetom obezbedila jednaka prava da budu vlasnici imovine ili da je nasleđuju, da kontrolišu svoje financije i da imaju ravnopravan pristup bankarskim kreditima, hipotekarnim zajmovima i drugim oblicima financijskog kreditiranja, kao i da osobe sa invaliditetom ne budu lišene svoje imovine nečijom samovoljom.“
--	---	---	---

Analiza izvornog sadržaja st. 1. čl. 12. Konvencije na engleskom jeziku, koji je prezentiran u tabeli br. 2, pokazuje da se u njegovim odredbama utvrđuje pravo osoba s invaliditetom da „svuda budu priznate kao (za) osobe pred zakonom“ (*„have the right to recognition everywhere as persons before the law“*).

Službeni prijevod na bosanski jezik, koji glasi: „...imaju pravo svuda na priznanje pravne i poslovne sposobnosti“ je, u najmanju ruku, nedovoljno precizan. Pretpostavljamo da je prisutna nepreciznost na prvom mjestu posljedica uvjerenja da bi prijevod najbliži izvornom tekstu („da budu svuda priznate kao (za) osobe pred zakonom“) bio nedovoljno jasan i sveobuhvatan, budući da se prema ovom prijevodu radi o priznanju ne samo pravne sposobnosti nego i poslovne sposobnosti. Stoga je očito da se ovako proširenim prijevodom zapravo otišlo korak dalje, iako izvorni sadržaj st. 1. čl. 12. prezentiran na engleskom jeziku upućuje na zaključak da se radi samo o pravnoj sposobnosti, svojstvu osobe da bude nositelj prava i obaveza, odnosno subjekat, a ne objekat u pravu,³⁵ ali ne i o poslovnoj sposobnosti.

Službeni prijevod st. 1. čl. 12. na hrvatski jezik također sadrži manje nepreciznosti, jer se umjesto „...priznate kao (za) osobe pred zakonom“ navodi

³⁵ Milas Klarić, *supra* note 16, str. 49 i 50.

„...priznate kao osobe jednake pred zakonom“. Slično je i s prijevodom na srpski jezik koji glasi „...priznate pred zakonom, kao i druga lica“. Iz navedenog je već na prvi pogled jasno da se u oba prezentirana prijevoda u prvi plan stavlja pravo osoba s invaliditetom na jednakost, odnosno priznanje pred zakonom gdje se pravna sposobnost svake osobe podrazumijeva. Drugim riječima, to znači da se st. 1. čl. 12. Konvencije nesporno odnosi „na garanciju pravne sposobnosti“,“³⁶ dok je „puna/jednaka poslovna sposobnost za svakog polazna tačka Konvencije.“³⁷

Prezentirana analiza sadržaja st. 1. čl. 12. upućuje na zaključak da su, bez obzira na utvrđene nepreciznosti u prijevodima, sve države koje su ratificirale Konvenciju obavezne ispoštovati pravo osoba s invaliditetom da kao osobe budu priznate pred zakonom. Ostvarivanjem ovog prava garantuje se „poštivanje svakog ljudskog bića kao osobe koja posjeduje pravni subjektivitet (*legal personality*), što je preduslov za priznavanje poslovne sposobnosti.“³⁸

Prezentirani prijevodi st. 2. čl. 12. Konvencije u biti pokazuju različito tumačenje engleskog termina *legal capacity*, upotrijebljenog u izvornom tekstu Konvencije, koji „nesumnjivo može značiti samo poslovnu sposobnost.“³⁹

Analiza prijevoda na bosanski jezik, koji glasi: „...osobe s invaliditetom u svim područjima života uživaju pravnu i poslovnu sposobnost ravnopravno s drugim osobama,“ govori da on u cjelosti odražava stavove UN Komiteta za prava osoba s invaliditetom sadržane u Opštem komentaru br. 1 (2014).⁴⁰ Naime, u Opštem komentaru se, pored konstatacije da je poslovna sposobnost urođeno pravo svih ljudi, naglašava da poslovna sposobnost sadrži dvije komponente: prva je pravna sposobnost tj. mogućnost da se posjeduju prava, da osoba bude priznata kao pravni subjekt pred zakonom, a druga je pravno djelovanje tj. sposobnost da se koristi pravima i da radnje preuzete u tu svrhu budu pravno priznate. Ove dvije komponente poslovne sposobnosti moraju biti priznate, one se ne mogu razdvajati, kako bi pravo na poslovnu sposobnost osoba s invaliditetom bilo ostvareno.⁴¹

Prijevod st. 2. čl. 12. na hrvatski jezik, isto kao i prijevod na bosanski jezik, govori o pravnoj i poslovnoj sposobnosti osoba s invaliditetom „na jednakoj osnovi kao i druge osobe u svim aspektima života.“

³⁶ Draškić, M, *Novi standardi za postupak lišenja poslovne sposobnosti: aktuelna praksa Evropskog suda za ljudska prava*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, vol. 58, br. 2, Beograd, 2010, str. 355-370, str. 366.

³⁷ Tematski izvještaj Komesara Vijeća Europe za ljudska prava, *supra* note 25, str. 24.

³⁸ General Comment No 1 (2014), *supra* note 29, tač. 10.

³⁹ *Supra* note 36, str. 366 i 367.

⁴⁰ General Comment No 1 (2014), *supra* note, 29.

⁴¹ V. General Comment No 1 (2014), *supra* note 29, tač. 12. b i s.

U službenom prijevodu st. 2. čl. 12. Konvencije na srpski jezik, za razliku od prijevoda na bosanski i hrvatski jezik, izbjegnut je termin poslovna sposobnost i upotrebljen pojam „pravni kapacitet“, koji „na srpskom jeziku nema nikakvo specifično značenje.“⁴² Stoga u ovom prijevodu stoji: „da osobe s invaliditetom ostvaruju svoj pravni kapacitet ravnopravno s drugima u svim aspektima života.“

Prezentirani oficijelni prijevodi st. 3. čl. 12. u čijem sadržaju je utvrđena obaveza država potpisnica na poduzimanje odgovarajućih mjera kako bi se osobama s invaliditetom pružila odgovarajuća podrška u ostvarivanju poslovne sposobnosti, djelimično se razlikuju. Prijevod na bosanski jezik govori o osiguranju potrebne pomoći osobama s invaliditetom „za ostvarivanje pravne i poslovne sposobnosti“, dok prijevod na hrvatski jezik govori o „pristupu potpori koja bi im mogla biti potrebna za osiguranje pravne i poslovne sposobnosti.“ Za razliku od navedenog prijevod na srpski jezik, shodno ranije prezentiranom prijevodu st. 2. čl. 12. govori o dostupnosti pomoći koja osobama s invaliditetom „može biti potrebna u ostvarivanju njihovog pravnog kapaciteta.“

Iz prezentiranog sadržaja sva tri prijevoda st. 3. čl. 12. Konvencije, bez obzira na prisutne, posebno jezičke, različitosti uključujući i upotrebu pojma „pravni kapacitet“, umjesto „poslovna sposobnost“ u prijevodu na srpski jezik, vidljivo je da se njegova ključna namjena sastoji u obavezivanju država potpisnica da osobama s invaliditetom osiguraju podršku u ostvarivanju poslovne sposobnosti. Drugim riječima, osiguranje podrške u ostvarivanju poslovne sposobnosti zapravo predstavlja obavezu države na priznanje poslovne sposobnosti svim osobama s invaliditetom među kojima su i osobe s intelektualnim teškoćama i duševnim smetnjama bez obzira da li kod njih postoje teškoće u donošenju odluka ili izražavanju, odnosno saopštavanju svojih odluka drugim osobama.

Sva tri prezentirana oficijelna prijevoda st. 4. čl. 12. Konvencije su, uz manje jezičke specifičnosti, gotovo istovjetna. Međutim i pored toga što najvećim dijelom odražavaju duh izvornog sadržaja st. 4. čl. 12. prezentiranog na engleski jezik, ovi prijevodi se i dalje razlikuju u tome što prijevodi na bosanski i hrvatski jezik koriste termine „pravna i poslovna sposobnost“, dok prijevod na srpski jezik koristi pojam „pravni kapacitet“. Stoga je u kontekstu navedenog moguće i pitanje: zbog čega se u prijevodu na srpski jezik uporno izbjegavaju termini pravna i poslovna sposobnost, odnosno pravo svih osoba s invaliditetom na ostvarivanje poslovne sposobnosti ravnopravno s drugim osobama? Odgovor vjerovatno treba tražiti u namjernom izbjegavanju upotrebe posebno pojma „poslovna sposobnost“, kako bi se zaobišlo obavezivanje „na jasan zahtev Konvencije da sve osobe s invaliditetom moraju ostvariti i svoju poslovnu sposobnost (pravni kapacitet) ravnopravno s drugima.“⁴³ S druge strane, iako opravdanje za navedeni pristup gotovo i ne postoji, ono se

⁴² *Supra* note 36, str. 367.

⁴³ *V. supra* note 36, str. 367.

djelimično možda nalazi posebno u financijskim teškoćama vezanim koliko za provođenje reforme cjelokupnog pravnog sistema, toliko i za stvaranje neophodnih pretpostavki za puno poštivanje odluka, želja i preferencija svih osoba s invaliditetom. To dodatno što je primjenu svih odredaba Konvencije, a naročito čl. 12, gotovo nemoguće postići za kratak vremenski period čak i u najbogatijim zemljama. Također, opredjeljenje za prezentirani prijevod odredbe st. 4. čl. 12. koje je vezano za garanciju zaštite, iako samo na prvi pogled, donekle može asocirati na staru paradigmu, odnosno zamjensko odlučivanje. Međutim, stvarna namjena ovih odredaba, za čije razumijevanje je neophodno poznavati ne samo odredbe ostala četiri stava čl. 12, nego i svih drugih članova Konvencije, sastoji se u obaveznosti države da kroz neophodne mehanizme zaštite koji će spriječiti zloupotrebe svih osoba s invaliditetom osigura efikasne mjere za ostvarivanje pravne i poslovne sposobnosti. Drugim riječima, budući da će i u novoj paradigmi rizik od manipulacije i zloupotrebe biti prisutan, garancije zaštite će i dalje biti neophodne. Neophodni mehanizmi zaštite, pored toga što moraju sadržavati mjere koje se odnose na poštivanje prava, volje i sklonosti osobe, također moraju isključiti sukob interesa i zloupotrebu uticaja. Poduzete mjere također trebaju biti proporcionalne i prilagođene okolnostima u kojima se osoba nalazi, a njihova primjena mora biti što je moguće kraća uz redovno preispitivanje od strane nadležnog, nezavisnog i nepristranog tijela ili suda.

Analiza sadržaja oficijelnih prijevoda st. 5. čl. 12. Konvencije, prezentiranih u tabeli br. 2, pokazuje da su, uz određene specifičnosti u jezicima, sva tri prijevoda gotovo identična. Također, posmatrano u cjelini, ovi prijevodi odražavaju odgovarajući sadržaj izvornog teksta prezentiranoga na engleskom jeziku. Stoga, iako ne sadrže termin „poslovna sposobnost“, odredbe st. 5. čl. 12. nedvosmisleno upućuju na zaključak da se radi o pravu na poslovnu sposobnost. Navedeno posebno potvrđuju odredbe kojima se države potpisnice Konvencije obavezuju da preuzmu sve odgovarajuće i efikasne mjere kako bi se osobama s invaliditetom obezbijedila jednaka prava da posjeduju ili nasljeđuju imovinu, da kontrolišu svoje financije, da imaju ravnopravan pristup bankovnim kreditima, hipotekama i drugim oblicima financijskog kreditiranja, kao i da im bez njihove vlastite volje ne bude oduzeta imovina.

Različiti stavovi, ne samo u razumijevanju cjelokupnog sadržaja i namjene Konvencije, nego i u prijevodima izvornog teksta ovog dokumenta, posebno prijevoda čl. 12. na hrvatski i srpski jezik, prisutni su i u savremenoj pravnoj teoriji. U ovom kontekstu, vezano za prijevod na hrvatski jezik, navodimo sljedeće mišljenje: „Čini se da nijedan prijevod na hrvatski nije posve odgovarajući, no izgleda da to u potpunosti nije niti moguće. ...čini nam se da Konvencija zauzima svojevrsan „srednji smjer“ po pitanju poslovne sposobnosti. Naime, ne govori se o potpunoj poslovnoj sposobnosti osoba s invaliditetom, ali se nastoji da ograničenja budu što manja, te razmjerna razlozima lišenja. Čini nam se da po ovom pitanju Konvencija nije napravila značajniji korak u odnosu na neke ranije dokumente za zaštitu osoba s duševnim

smetnjama. Važnost ovoga članka,⁴⁴ vjerojatno više nego u njegovom sadržaju, možemo tražiti u obavezujućem karakteru same Konvencije, za razliku od nekih ranijih dokumenata, mahom neobavezujućeg karaktera.⁴⁵ Također, vezano za oficijelni prijevod čl. 12. Konvencije na srpski jezik, navodimo i sljedeće mišljenje: „da je srpski zakonodavac „izgubio u prevodu“ pravo značenje odredbe o pravnoj i poslovnoj sposobnosti osoba s invaliditetom ... i postojanje st. 4 čl. 12 Konvencije o pravima osoba s invaliditetom demantuje tumačenje da se st. 1 i 2 ovog člana odnose samo na pravnu sposobnost. Budući da pravna sposobnost u savremenim pravima ne može ničim biti ograničena i da za njeno ostvarivanje odnosno vršenje ne mogu postojati nikakve mere koje će je garantovati, jasno je da Konvencija o pravima osoba s invaliditetom u ovoj odredbi, u stvari, govori upravo o načinu na koji će se vršiti poslovna sposobnost osoba s invaliditetom. Drugim rečima, smisao celog čl. 12. Konvencije o pravima osoba s invaliditetom jeste, po mom mišljenju, da obezbedi apsolutno identičnu zaštitu osobama s invaliditetom kako u pogledu pravne sposobnosti, tako i u odnosu na poslovnu sposobnost.“⁴⁶

U kontekstu prethodno prezentirane analize prijevoda na bosanski, hrvatski i srpski jezik čl. 12. Konvencije, ali i mišljenja navedenih autora o istom članu, odnosno njegovim prijevodima na hrvatski i srpski jezik može se zaključiti da je oficijelni prijevod čl. 12. Konvencije na bosanski jezik najbliži duhu izvornog teksta ovog dokumenta. Uporedno navođenje pojmova „pravna sposobnost i poslovna sposobnost“ u svakom od prva četiri stava čl. 12. Konvencije u ovom prijevodu posebno potencira njihovu neodvojivost, s tim da se pravna sposobnost, iako priznata još od stvaranja teorije o ljudskim pravima, u Konvenciji potvrđuje čini se više načelno.

Gledajući u cjelini analiza odredaba čl. 12. Konvencije nedvosmisleno pokazuje da se njegova namjera zasniva posebno na opredjeljenju da sve osobe s invaliditetom bez ijednog izuzetka imaju pravo na priznanje poslovne sposobnosti i to u svim područjima života na jednakoj osnovi kao i drugi. Drugim riječima, u ovom članu se poslovna sposobnost normira kao univerzalno pravo čime se u biti posebno potencira uvažavanje dostojanstva, autonomije i preferencija svih osoba s invaliditetom. Također, normiranjem obaveza države za poduzimanje odgovarajućih mjera kako bi se osobama s invaliditetom osigurala odgovarajuća podrška u ostvarivanju poslovne sposobnosti više je nego jasno da čl. 12. nalaže podršku u ostvarivanju poslovne sposobnosti umjesto modela zamjenskog/starateljskog odlučivanja. U istom kontekstu je i obaveza države da obezbijedi odgovarajuće i djelotvorne mehanizme zaštite koji će omogućiti uživanje poslovne sposobnosti tako da se ispoštuju prava, volja i sklonosti osobe, ali i da se isključi mogućnost zloupotrebe, sukoba interesa i uticaja. Problematika raspolaganja imovinom posebno je prepoznata u čl. 12.

⁴⁴ Odnosi se na čl. 12. Konvencije.

⁴⁵ Milas Klarić, *supra* note 16, str. 50 i 51.

⁴⁶ *Supra* note 36, str. 367 i 368.

Konvencije koji normira pravo svih osoba s invaliditetom da ravnopravno posjeduju ili nasljeđuju imovinu, da slobodno raspolažu svojom imovinom i upravljaju financijama, uz obavezu osiguranja od proizvoljnog oduzimanja imovine.

4. Podrška u ostvarivanju poslovne sposobnosti – trajna ovlaštenja i anticipirane naredbe

Sadržaj čl. 12. Konvencije upućuje na zaključak da se kao ključno određenje, pored univerzalnog prava na poslovnu sposobnost, može smatrati i zahtjev da se osobama s invaliditetom pruži odgovarajuća podrška u ostvarivanju njihove poslovne sposobnosti. Pružanje podrške, od donošenja odluka, formiranja želja i volje, odnosno izvršavanja volje, do realiziranja najjednostavnijih radnji u svim slučajevima, kod svake osobe s invaliditetom mora biti individualizirano. Pri tome kod pružanja bilo kojeg oblika podrške uvijek treba polaziti od stava da najveći broj osoba s invaliditetom, čak i osobe s najtežim intelektualnim i mentalnim teškoćama svoju volju mogu na sebi svojstven način formulirati, izraziti i realizirati. U istom kontekstu odgovarajuća podrška u ostvarivanju poslovne sposobnosti, posebno osobama s invaliditetom koje imaju najteži stepen teškoća, istaknuta je i u preambuli Konvencije kao „potreba unapređenja i zaštite ljudskih prava svih osoba s invaliditetom, uključujući i one kojima je potrebna veća podrška.“⁴⁷ Međutim, budući da u odredbama čl. 12. Konvencije nisu precizirani načini pružanja odgovarajuće podrške, posebno osobama s najtežim mentalnim teškoćama, smatramo da ovdje postoji otvoren prostor za njegovo različito razumijevanje. S druge strane, koliko god podrška za ostvarivanje poslovne sposobnosti⁴⁸ bila u skladu s konceptom ukidanja nesposobnosti pojedinca u donošenju odluka, potreba za različitim nivoima i oblicima podrške, u zavisnosti od stepena prisutnih teškoća, je neupitna, o čemu govori i već citirana odredba iz preambule Konvencije. Stoga iznalaženje modela koji bi odgovarao ovim, po našem mišljenju, nedovoljno preciznim zahtjevima, posebno kod osoba s najtežim oblicima intelektualnih i mentalnih teškoća predstavlja izazov.

Osnov za rješenje navedenog problema, posebno za zemlje kod kojih je, kao u BiH, još uvijek na snazi tradicionalni sistem zakonodavstva s primjenom zamjenskog odlučivanja, djelimično bi bilo moguće naći u nekim od ključnih principa koje sadrži Preporuka Komiteta ministara, br. R (99) 4⁴⁹ (u daljem tekstu Preporuka 1999). Navedeno tim prije što pojedini principi sadržani u Preporuci (1999) mogu predstavljati polazište za uspostavu odgovarajuće podrške u ostvarivanju poslovne sposobnosti kod osoba s najtežim

⁴⁷ Preambula Konvencije o pravima osoba s invaliditetom, paragraf (j).

⁴⁸ Čl. 12. st. 3. Konvencije.

⁴⁹ Recommendation No. R (99) 4 of the Committee of Ministers to Member States on Principles Concerning the Legal Protection of Incapable Adults (Adopted by the Committee of Ministers on 23 February 1999 at the 660th meeting of the Ministers' Deputies), dostupno 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 15.03.2016.

intelektualnim i mentalnim teškoćama. Na tragu ovog opredjeljenja je i to da se u Preporuci (1999) naglašava da je sposobnost pojedinca za donošenje odluka vezana za vrijeme i situacije, te da se sposobnosti mogu mijenjati i da su vezane za odluke koje treba donijeti. U istom kontekstu drugi princip Preporuke (1999) zahtijeva fleksibilnost u zakonodavnom okviru na način da se obezbijede odgovarajuće mjere u odnosu na različite stepene nesposobnosti i različite situacije u kojima je podrška potrebna. Treći princip ističe obavezu maksimalnog očuvanja sposobnosti, tako da nikakva mjera ne treba da vodi do automatskog oduzimanja poslovne sposobnosti, dok ograničenje poslovne sposobnosti treba primijeniti samo u slučaju kada je to neophodno za zaštitu same osobe. Osobe koje imaju poteškoće treba da dobiju podršku bez mogućnosti da budu izložene riziku da pružatelj podrške preuzme potpuno donošenje odluka. Također, ovaj princip ističe da mjerom zaštite osobi ne bi trebalo automatski oduzeti pravo glasa, pravo na sastavljanje oporuke, pravo na davanje pristanka kod poduzimanja medicinskih intervencija kao i pravo na donošenje odluka osobne prirode.

Princip pet, ili princip minimalne neophodne intervencije u biti sadrži dva međusobno povezana principa: neophodnost i supsidijarnost. Stoga je njegovo ključno polazište da podršku treba obezbijediti samo ako je to neophodno i uz saglasnost određene osobe. Također, kod odlučivanja da li je mjera zaštite neophodna treba uzeti u obzir i mogućnost podrške od strane porodice ili druge osobe. Navedenim opredjeljenjem se s jedne strane potvrđuje da porodica i drugi pomagači često djeluju u pravnom vakuumu, a s druge strane se upućuje na potrebu da države u svojim zakonodavstvima priznaju takav oblik podrške i obezbijede garancije zaštite.⁵⁰ Drugim riječima, primjena principa supsidijarnosti podrazumijeva stanje gdje bi pravna sredstva i mjere trebali biti supsidijarni u odnosu na upotrebu neformalnih angažmana ili pružanje podrške. Bilo koji zakonski propis koji tretira pitanja odraslih osoba s mentalnim teškoćama treba dati prioritet ovim principima. Uz navedeno, princip neophodnosti ne treba sprječavati primjenu mjere koja nije toliko neophodna ukoliko se primjenjuje uz pristanak odrasle osobe, ako je utvrđeno da osoba ima sposobnost za davanje takvog pristanka.⁵¹

Sve pobrojano upućuje na zaključak da Preporuka (1999) u svjetlu prezentiranih principa, i pored toga što se u određenoj mjeri oslanja na funkcionalni pristup poslovne sposobnosti i što priznanje poslovne sposobnosti povezuje s kognitivnom sposobnošću razumijevanja prirode i posljedica određene odluke, u središtu svoje namjene ima dobrobit i veće osnaživanje pojedinca. Također, ona se velikim dijelom približava i „shvatanju pravnih

⁵⁰ V. Savjet ministara Vijeća Europe, *Memorandum objašnjenja Preporuke R (99) 04 o principima koji se tiču pravne zaštite punoljetnih osoba umanjene sposobnosti*, usvojen 23. februara 1999. god. na 660. sjednici zamjenika ministara. tač. 34, dostupno na: www.hrc.unsa.ba/projekti/Memorandum.doc, 23.03.2016. godine.

⁵¹ *Ibidem*, tač. 38.

svojstava ličnosti i poslovne sposobnosti kako to iskazuje Konvencija.⁵² Drugim riječima, iako Preporuka (1999) nije dovoljna za primjenu paradigme normirane u čl. 12. Konvencije, svako nepoštivanje pobrojanih principa istovremeno predstavlja i nepoštivanje standarda ljudskih prava normiranih u Konvenciji.

S druge strane, kako se, na nacionalnom i internacionalnom nivou zadnjih decenija pokazuje da su pitanja vezana za osobe s duševnim smetnjama nedvojbeno najzastupljenija tema porodičnog prava danas, posebno što je i pored napretka u oblasti ljudskih prava, ovaj dio prava ostao nerazvijen ili potpuno zanemaren u određenom broju država,⁵³ pretpostavljamo da su navedene spoznaje bile jedan od ključnih razloga za usvajanje Preporuke br. Rec (2009) 11 4⁵⁴ (u daljem tekstu Preporuka 2009) s Memorandumom objašnjenja. U istom kontekstu cilj usvajanja ovog dokumenta bio je i postizanje većeg jedinstva između država članica posebno u promociji i usvajanju zajedničkih standarda u pravnim pitanjima. Navedeno je dodatno potaknuto demografskim promjenama praćenim sve većim brojem starijih osoba koje su zbog različitih oblika mentalnih smetnji nesposobne da same štite sopstvena prava i interese.

Danas, iako veliki broj europskih država u svojim nacionalnim zakonodavstvima sadrži odgovarajuće mjere za zaštitu punoljetnih osoba koje najčešće zbog najtežih oblika mentalnih teškoća nisu sposobne štititi svoja prava i interese, Preporuka (2009) predstavlja važan međunarodni instrument s odgovarajućim smjernicama za reformu nacionalnog zakonodavstva. To se posebno odnosi na stvaranje pretpostavki za zaštitu u slučajevima buduće nesposobnosti. Stoga se, slijedeći principe iz Preporuke (2009), može zaključiti da trajna ovlaštenja i anticipirane naredbe zapravo čine dva načina samoopredjeljenja sposobne punoljetne osobe za budući period, odnosno stanje u kome osoba ne može sama donositi odgovarajuće odluke. One imaju direktan uticaj na život osobe koja se opredijelila za ovaj oblik zaštite u slučaju da osoba dođe u stanje umanjene ili potpune nesposobnosti za donošenje odluka.

⁵² Tematski izvještaj Komesara Vijeća Europe za ljudska prava, *supra* note 25, str. 31.

⁵³ Recommendation CM/Rec (2009) 11 4 of the Committee of Ministers to Member States on Principles Concerning Continuing Powers of Attorney and Advance Directives for Incapacity and Explanatory Memorandum (Recommendation Adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 9 December 2009 at the 1073rd Meeting of the Ministers' Deputies and Explanatory Memorandum), tač. 10, dostupno na:

[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CM_Rec\(2009\)11E_Principles%20on%20powers%20of%20attorney.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CM_Rec(2009)11E_Principles%20on%20powers%20of%20attorney.pdf), pristup 15.03.2016.

⁵⁴ *Ibidem*.

Preporuka je podijeljena u tri dijela koja ukupno sadrže 17 principa. Prvi dio Preporuke obuhvata područje primjene samo sljedeća dva principa: promocija samoodređenja i definicija termina. Drugi dio se odnosi na trajna ovlaštenja (*Continuing Powers of Attorney*) i sadrži 11 principa (3 - 13).

Treći dio, koji se odnosi na anticipirane naredbe (*Advance Directives*), sadrži 4 principa (14 - 17).

U vezi s navedenim određenja i povezanost trajnih ovlaštenja i anticipiranih naredbi, prema Preporuci (2009), ogledaju se u sljedećem:

Trajno ovlaštenje (*Continuing Powers of Attorney*) podrazumijeva ovlaštenje dato od strane sposobne punoljetne osobe s namjerom da to ovlaštenje stupi na snagu u slučaju da davatelj ovlaštenja postane nesposoban. Ono se može odnositi na ekonomska i financijska pitanja ili na pitanja zdravlja ili drugih osobnih stvari, ali i na to da li će neka posebna pitanja biti isključena od mogućnosti zastupanja.

Anticipirane naredbe (*Advance Directives*) su one naredbe koje punoljetna osoba sastavlja kao instrukcije ili želje vezano za različite okolnosti koje mogu nastati u slučaju njezine nesposobnosti. One se mogu odnositi na zdravlje, medicinski tretman i intervencije u rješavanju zdravstvenih problema ili druga osobna stanja, npr. donošenje „odluke o životu“, ⁵⁵ na ekonomska i financijska pitanja, ili na izbor staratelja. U ovom kontekstu država odgovarajućim zakonom treba normirati da li anticipirane naredbe trebaju imati obavezujuće dejstvo. Za anticipirane naredbe koje nisu obavezujuće Preporuka (2009) nalaže da se tretiraju kao izjave i želje koje treba uvažavati s dužnim poštovanjem. Zajednička karakteristika trajnih ovlaštenja i anticipiranih naredbi, koje se do izvjesne mjere prepliću, je mogućnost njihovog opoziva u bilo koje vrijeme.

5. Zaključak

Polazeći od prezentiranih analiza, posebno odredaba čl. 12. Konvencije, ali i drugih međunarodnih instrumenata, kako je to prezentirano u ovom radu, pritom imajući u vidu činjenicu da je država BiH ratificirala Konvenciju još 2010. godine, cijenimo da je neophodnost reforme odgovarajućeg, posebno porodičnog zakonodavstva u BiH neminovna. U istom kontekstu, s obzirom na sveukupno socioekonomsko stanje u BiH, mišljenja smo da bi u izradi novog zakonodavstva trebalo primijeniti kompromisno rješenje kojim bi institut oduzimanja poslovne sposobnosti bio ukinut uz propisivanje mogućnosti ograničenja poslovne sposobnosti. Pritom u slučajevima ograničenja poslovne sposobnosti treba u što je moguće većoj mjeri ispoštovati međunarodne standarde. To znači da bi ograničenje poslovne sposobnosti, samo u dijelu gdje

⁵⁵ U preko 40 država u SAD doneseni su zakoni koji normiraju „pravo pacijenta da mu se po sopstvenoj želji, na osnovu „odluke o životu“, posebnog formulara koji je valjan za određenu državu, ispoštuje pravo/želja za uskraćivanje liječenja u slučajevima terminalne bolesti. Također, nekoliko država SAD donijelo je i zakone kojima se normira i pravo pacijenta na ispunjenje želje u slučajevima trajnog vegetirajućeg stanja zbog ozljede ili starije osobe s različitim hroničnim bolestima, budući da ta stanja nisu klasificirana kao terminalna. Budući da „odluke o životu“ ne mogu predvidjeti sva moguća medicinska stanja češće se koristi drugi oblik prethodne odluke: „trajno ovlaštenje“. Njime se ovlašćuje druga osoba (najčešće član porodice) da donosi zdravstvene odluke u ime osobe koja joj daje trajno ovlaštenje.“ (V. Berek, E. L, *Psihologija cjeloživotnog razvoja*, Naklada Slap, Jastrebarsko, 2008, str. 200 – 202).

je osobi zaista neophodna odgovarajuća podrška, trajalo samo određeni vremenski period utvrđen rokom. Eventualno produženje ograničenja poslovne sposobnosti bi kontrolisao sud periodično cijeneći za svaki pojedinačni slučaj da li je ono neophodno. Navedena mogućnost se zasniva na principima koji su utvrđeni međunarodnim dokumentima gdje stoji da različiti stepeni nesposobnosti za rasuđivanje nisu nešto fiksno i da se vremenom mogu mijenjati. Također, sposobnost osoba s najtežim intelektualnim i mentalnim teškoćama da učestvuju u donošenju nekih za njih veoma bitnih odluka posebno u dijelu osobnih stanja, npr. davanje saglasnosti za usvojenje djeteta, sastavljanje testamenta ili saglasnosti za preuzimanje medicinskih intervencija, mora biti ispoštovana tako da im se omogući da izraze svoju volju, mišljenje i preferencije. Stoga bi starateljstvo u ovom slučaju trebalo biti institut utemeljen na suodlučivanju, tako da staratelj i štićenik zajedno donesu odluke. Jednostavno rečeno osobama treba omogućiti participaciju u donošenju odluka u mjeri u kojoj je to najviše moguće. U istom kontekstu država treba obezbijediti mehanizme kojima će osigurati da stavovi ovih osoba budu ispoštovani kod donošenja odluka koje će u pravnom smislu preduzimati njihovi zakonski zastupnici. To naročito kada su u pitanju osobna prava ovih osoba. Drugim riječima, neophodnost zaštite ljudskih prava, posebno osoba s najtežim oblicima intelektualnih teškoća i duševnih smetnji i poštivanje principa autonomije, samoodređenja i dostojanstva su najbitnije smjernice predstojeće reforme.

Ovakav pristup, iako zasnovan na djelimičnoj primjeni čl. 12, ali i drugih odredaba Konvencije, sigurno predstavlja određeni pomak u odnosu na postojeće stanje i kao takav u prvoj fazi primjene Konvencije bio bi moguće i prihvatljivo rješenje.

Implementacija trajnih ovlaštenja i/ili anticipiranih naredbi u bosanskohercegovačko zakonodavstvo je također nužna pogotovo što ne zahtijeva materijalna sredstva, nego naprotiv štedi državni novac. Zastupnici imenovani u trajnim ovlaštenjima i/ili anticipiranim naredbama, najčešće srodnici, mogu se bez uključivanja države, nastaviti starati o pravima i potrebama određene osobe, nakon što ona postane nesposobna. Praktično rješenje koje predlaže Vijeće Europe je da se anticipirane naredbe i/ili trajna ovlaštenja sastavljaju prilikom pisanja testamenta te prilikom kupovine ili prodaje nekretnine. S obzirom da primjena trajnih ovlaštenja i/ili anticipiranih naredbi podrazumijeva u potpunosti uvažavanje odluka, volje i preferencija punoljetnih osoba, one istovremeno predstavljaju alternativu zamjenskom odlučivanju i podršku u ostvarivanju poslovne sposobnosti.

Mr. sc. Borjana Miković, Senior Assistant
Faculty of Political Sciences, University of Sarajevo

SYSTEM OF SUPPORT IN THE EXERCISE OF LEGAL CAPACITY INSTEAD OF SUBSTITUTE DECISION MAKING REGIME

Summary: Based on a comprehensive analysis of exact scope of the obligations arising under different components of Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, the present paper presents findings that indicate the need for family legislation reform in Bosnia and Herzegovina.

The amendments proposed should entail as an important innovation, in accordance with human rights-based model of disability shift from substitute decision-making paradigm to one based on supported decision-making.

In this respect, the support in exercising legal capacity for persons with disability must be aligned with specific circumstances and characteristics of each person with disabilities specifically, and shall respect key elements of the right to equality before the law - rights, will and preferences of persons with disabilities. This approach also requires that persons with disabilities due to diversity of their life situations should have access to both informal and formal support of varying types and intensity. In the present discussion, the author emphasizes the importance of advanced directives and powers of attorney.

Keywords: Convention on the rights of persons with disabilities, human rights, legal capacity, support decision making, advance directives.