

Dr Zoran Ponjavić, redovni profesor
Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Republika Srbija

AUTONOMIJA PUNOLETNIH LICA (NE)SPOSOBNIH ZA RASUĐIVANJE U OSTVARIVANJU PRAVA NA ZAŠTITU ZDRAVLJA

Sažetak: Poslednjih godina menja se stav društva u odnosu na osobe s invaliditetom koje imaju određena mentalna ili intelektualna oštećenja i koje usled toga nisu sposobne za rasuđivanje. Naporedo sa ovim ona se u pravu bez obzira na sposobnosti i razlike, postepeno prihvataju kao subjekti ljudskih prava, pa i prava na zaštitu zdravlja. Ovo pravo se ne može posmatrati izolovano već u kontekstu ostalih ljudskih prava, pre svega prava na nediskriminaciju. Ipak, kao osnovni nameće se princip autonomije ličnosti koji nalaže da se prilikom preduzimanja medicinske mere primat mora dati očuvanoj volji ovih osoba, sa krajnjim ciljem redukovanja pretpostavljene nesposobnosti kada je lice pod starateljstvom.

Uprkos napretku u zaštiti prava ovih lica ostvarenog u usvojenim međunarodnim dokumentima, u Republici Srbiji, ali i zemljama regiona, autor ističe da opstaje jedan tradicionalni sistem neusaglašen sa njima, gde se ona ponekad tretiraju kao objekti prava, pa se i ne nastoji dobiti njihovo mišljenje prilikom donošenja odluka o zdravlju onda kada poseduju sposobnost za to.

Ključne reči: autonomija, pravo na zaštitu zdravlja, sposobnost za rasuđivanje

1. Uvod

U pravu se pojam autonomije koristi u različitim značenjima: kao pravo jednog lica ili organa da deluje diskreciono, ali i kao sinonim za nezavisnost.¹ Prema anglosaksonskoj doktrini autonomija je pravo pojedinca da postupa u skladu sa sopstvenim vrednostima i verovanjima, moć da sam odredi smisao života, bez podčinjavanja nekom spoljnom autoritetu.² Teorija nazvana "autonomija volje" inspirisana je Kantovim shvatanjem prema kome

¹ Le Coadic, R, *L'autonomie, illusion ou projet de société ?* Cahiers internationaux de sociologie 2006/2 (n° 121), objavljeno na: <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00489991/document>

² Autonomija se često pravda i sa moralnog stanovišta kao pravo i moć da samo lice odluči šta je za njega pravедno i dobro. Ovakav stav je nastao kao rezultat anglosaksonskog uticaja, a pre svega ideja J. Stuart Mill-a. On je sadržan i u stavu američke predsedničke komisije iz 1982. godine koja potvrđuje da je " pravo individue da sama definiše i sledi sopstvenu viziju šta je dobro za nju". Videti: Rameix, S, *Des patients? L' exemple du consentement aux soin en reanimation*, Medicine & Droit, 2010, 5-10.

"autonomija počiva na osećanju dužnosti". To je imperativ koji podrazumeva da se ne rukovodimo osećanjima i interesima, već poštujući "moralni zakon u nama".³ Individua je autonomna ako se u datoj situaciji ponaša dobrovoljno i slobodno na način za koji oceni da je univerzalno najbolji.

Iako autonomija ličnosti predstavlja danas jednu od osnovnih pravnih vrednosti, postavlja se pitanje rešenja u slučaju lica koja zbog bolesti ili smetnji u psihofizičkom razvoju nisu sposobna za rasuđivanje. U poslednjim decenijama pitanje autonomije ovih lica je postalo glavna preokupacija u oblasti zaštite njihovog zdravlja. Da li će ona i u situaciji kada se nalaze pod pravnom zaštitom zbog konstatovane bolesti ili smetnje u psihičkom razvoju uprkos svega biti pozvana da izraze svoju volju koja je sastavni deo autonomije ličnosti,⁴ da budu saslušana onda kada se odlučuje o njihovom zdravlju. Autonomija volje je prava linija razgraničenja između lica koje je subjekt i koje pravo tretira kao objekt prava. Jer i ova lica raspolažu pravima i obavezama kao i sva druga, bez obzira da li su lišena ili ne poslovne sposobnosti: pravo da se školuju, da štite svoje zdravlje, da rade, da imaju slobodu nastanjivanja. Pored ovih opštih građanskih prava, kao osobe sa invaliditetom poseduju i izvesna specifična prava. U ovom pogledu treba se podsetiti na dokumenta koja im ta prava obezbeđuju, a posebno, svakako, na Konvenciju o pravima osoba sa invaliditetom.⁵ Posebna zaštita koja se njome pruža javlja se kao odraz etike koja treba da povрати invalidnim osobama vrednosti ljudskog bića, bez obzira na njihove sposobnosti i različitosti.⁶

U prilog autonomije ovih lica su i davno proklamovani principi slobode i jednakosti još iz francuske Deklaracije o pravima čoveka i građanina u čijem se prvom članu navodi da se "ljudi rađaju i ostaju slobodni i jednaki u pravima".

³ Prema Kantu sve ono što ne može služiti ljudima mora se odbaciti. Dakle, ništa ne bi moglo da bude moralni princip ako ne može biti za sve ljude. Moral počinje odbacivanjem svega onoga što se ne može činiti univerzalnim. Ovu ideju Kant je formulisao kao zahtev koji je nazvao „kategorički imperativ“ ili opštije, moralni zakon. Kategorički imperativ je vrlo jasan; on nam ništa ne naređuje, ostavlja nam punu slobodu u odlučivanju, ali ipak kaže šta ne treba da činimo. Jedna od verzija ovog moralnog zakona glasi: „Postupaj tako da maksima tvoje volje uvek može istovremeno važiti kao princip sveopšteg zakonodavstva“ (Kant, I, *Kritika praktičnog uma*, BIGZ, Beograd, 1979, 53).

⁴ Savatier, R., "L'écran de la représentation devant l'autonomie de la volonté", D. 1959, chr. IX, spéc. p. 51. Navedeno prema: Talarico, L., *La personne du majeur protégé*, Thèse., Teza je dostupna na: <http://www.theses.fr/2008LYO33030>.

⁵ Convention on the Rights of Persons with Disabilities (UN CRPD). Konvencija je usvojena na 61. zasedanju Generalne skupštine Ujedinjenih nacija, na sednici od 13. decembra 2006. godine. Konvencija sadrži i Opcioni protokol, koji je takođe bio predmet ratifikacije, Zakon kojim se potvrđuje ratifikacija Konvencije "Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori", br. 42/09. Prema čl.1. st.2. ove konvencije, "Osobe sa invaliditetom obuhvataju osobe koje imaju dugoročna fizička, mentalna, intelektualna ili senzorna oštećenja koja u sadejstvu sa različitim barijerama mogu otežati puno i efektivno učešće ovih osoba u društvu na osnovu jednakosti sa drugima".

⁶ I samo regulisanje njihove posebne pravne zaštite je jedna vrsta njihove segregacije. Vid. Carbonnier, J., *Préface de l'ouvrage "La réforme du droit des incapables majeurs"*. Navedeno prema: Talarico, L., *op.cit.*, str.28.

Ustanovljena je pretpostavka pravne autonomije ličnosti koja i danas postoji, prema kojoj je svaki pojedinac *a priori* obdaren sposobnošću da vrši sva moguća postojeća prava, slobodno i ravnopravno sa drugima. Budući da je svako ljudsko biće pretpostavljeno autonomno, garancija principa slobode i jednakosti podrazumeva da se obaranje ove pretpostavke mora svesti na najmanju meru, i što je naročito bitno, svaki izuzetak strogo regulisati.⁷ Polazeći od ove pretpostavke savremena koncepcija zaštite prava punoletnih lica koja ne mogu sama o sebi da se staraju usvaja princip da nema *a priori* osoba nesposobnih za rasuđivanje u svakom slučaju ostvarivanja njihovih prava. Tema ovog rada je razmatranje autonomije ovih lica, najpre kroz prizmu rešenja koja slede stavove navedene Konvencije, a potom i rešenja zasnovanih na tradiciji zaštite putem staratelja. U kojoj meri i ova tradicionalna rešenja omogućavaju licima koja su bolesna ili imaju smetnje u psihofizičkom razvoju da izjavama svoje volje učestvuju u zaštiti svoga zdravlja, bez obzira da li poseduju poslovnu sposobnost?

2. Novi koncept zaštite

Savremena koncepcija zaštite punoletnih lica koja ne mogu sama o sebi da se staraju polazi, dakle, od potrebe poštovanja njihovih prava i sloboda, kao i dostojanstva. Zasniva se na individualnom pristupu, gde se sposobnost lica ceni funkcionalno, u odnosu na svaku situaciju kada se odlučuje o njegovom zdravlju.⁸ Konkretna osoba se štiti dvostruko. Sa jedne strane valorizuje se i štiti očuvana "prirodna" sposobnost jednog lica uprkos činjenice da je lišeno "poslovne" sposobnosti, a sa druge strane kroz širu kontrolu lica koje je zaduženo da brine o njoj.⁹ Polazi se, između ostalog, i od učenja moderne psihijatrije prema kome učešće bolesnih lica u donošenju odluka može imati za

⁷ Berthiau, D, *Principe d'autonomie et vulnérabilité en droit de la santé*, <http://www.raisonpublique.fr/article659.html>

⁸ Tako je još 1968. godine povodom usvajanja novih zakonskih rešenja u Francuskoj kojim je regulisan položaj nesposobnih lica čuveni francuski pravnik J. Carbonnier rekao da treba da dođe zakon prema kome će svako bolesno lice imati prepisanu dozu sposobnosti. Vid. Eyraud, B, *Réguler l'intervention sur autrui. Une mise en perspective des enjeux sociaux du droit des (in)capacités*, L'information psychiatrique 4/2014 (Volume 90), str. 247-252. Objavljeno na: www.cairn.info/revue-l-information-psychiatrique-2014-4-page-247.htm, pristup 12.02.2016.

⁹ Izraz "ranjive osobe" i "ranjive društvene grupe" sve se više kod nas koristi u različitim publikacijama. U svakom slučaju ne treba praviti znak jednakosti između ovih lica i onih koja su poslovno nesposobna. Profesor Hauser navodi da su poslovno nesposobna lica lišena prava u cilju njihove zaštite dok su mere zaštite koje se pružaju ranjivim osobama više usmerene da im se obezbedi više prava, ali da su granice između njih vrlo nejasne. Hauser (J.), " *Incapables et/ou protégés. Sur le projet de réforme du droit des incapacités*", Informations sociales, 2007/2, n°138, p.10. Navedeno prema: Gridel, M: J - .P, *L'acte éminemment personnel et la volonté propre du majeur en tutelle*, http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2000_98/d_euxieme_partie_tudes_documents_100/tudes_theme_protection_personne_102/personnel_volonte_5853.html

njih psihoterapeutsko dejstvo.¹⁰ Ovo proizilazi i iz dokumenta Saveta Evrope, pre svega Preporuke R (99) od 4. februara 1999. godine.¹¹ Osnovni princip na kome ona počiva je da se pri preduzimanju mera zaštite ovih lica njihovim "interesima i dobrobiti treba posvetiti najviši stepen pažnje", kao i da pri tome treba otkriti, koliko je to moguće, "postojeće i nekadašnje želje". Poseban doprinos u ovom pogledu je pružila pomenuta Konvencija o pravima lica sa invaliditetom. Njeno polazište je poznata činjenica da su mentalne smetnje vrlo različite i evolutivne, da se stanje bolesti menja, što podrazumeva da mere zaštite ovih lica moraju biti individualizovane i prilagođene stanju punoletnih invalidnih osoba. Zaštita koja se pruža njihovoj ličnosti ne sme postati okov već se mora prilagoditi njihovim stvarnim potrebama. Član 12. ove Konvencije označava čitavu revoluciju u domenu poslovne sposobnosti i položaja lica koja su je lišena. Prvi stav ovog člana izjednačava sva lica u pogledu pravne sposobnosti, a st.2. istog člana, u pogledu poslovne sposobnosti.¹² Poslovna sposobnost se definiše kao univerzalno pravo čoveka i insistira se na apsolutnom uvažavanju autonomije lica sa psihosocijalnim i intelektualnim teškoćama.¹³ Stavom 4. ovoga člana države se obavezuju da osobama sa invaliditetom obezbede mere kojima će im pružiti odgovarajuće i efikasne mehanizme zaštite. Treba da osiguraju da mere vezane za ostvarivanje „pravnog kapaciteta“ (poslovne sposobnosti) poštuju prava osoba sa invaliditetom, njihovu volju, želju dotične osobe..." Polazi se od pretpostavke da svako ima poslovnu sposobnost, a licima koja je nemaju se nudi podrška i mogućnost da učestvuju u donošenju odluka koje se njih tiču. Na taj način ovim licima se umesto zaštite preko staratelja koji umesto njih odlučuje kao osnovni model uvodi "potpomognuto odlučivanje". Cilj je da se i ovim licima omogući da donose odluke koje se njih tiču ili da učestvuju u tome.¹⁴

¹⁰ Carbonnier J. *Préface*. In: Massip J, *Les incapacités*. Paris: Répertoire Defrénois, 1969. Navedeno prema: Isto.

¹¹ Preporuke Komiteta ministara Saveta Evrope No R (99) 4 o principima koji se odnose na pravnu zaštitu nesposobnih odraslih lica, od 23. februara 1999. godine.

¹² Premda zvanični prevod ovog stava koji je dat u Zakonu o potvrđivanju Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom ne govori o poslovnoj sposobnosti već o tome da "Države strane ugovornice priznaju da osobe sa invaliditetom ostvaruju svoj pravni kapacitet ravnopravno sa drugima u svim aspektima života". U pravnoj nauci se smatra da ovaj stav ima jedino smisla ako se reč *legal capacity* iz engleske verzije prevede kao poslovna sposobnost, budući da pravni kapacitet kod nas nema neko značenje (Vid. Draškić, M. *Novi standardi za postupak lišenja poslovne sposobnosti: aktuelna praksa Evropskog suda za ljudska prava*, Anali, 2/2010, str. 336-7). Istina, i Komitet UN za prava osoba sa invaliditetom je pokušao na svom osmom zasjedanju da povodom ovoga usaglasi svoje stavove ali u tome nije uspeo. Videti: <http://www.noois.rs/vesti/162-izvestaj-sa-8-zasedanja-komiteta-un-za-prava-osi>

¹³ Marković, M, *Poslovna sposobnost kao univerzalno ljudsko pravo i determinanta društvenog položaja lica sa mentalnim invaliditetom*, Stanovništvo, 2/2012, str.74.

¹⁴ Ovo je u osnovi realizacija ideje iz Preporuke R (99) 4, iz principa br.3 gde se kaže da "Treba razmotriti uvođenje takvih pravnih sredstava kojima bi se punoletnoj osobi dozvolilo da preduzima određene pravne radnje, ili pravne radnje u određenoj oblasti, čak i onda kada je pravno zastupanje u toj oblasti neophodno, uz pristanak pravnog zastupnika".

Nakon ovoga u uporednom pravu je usledilo donošenje propisa iz ove oblasti inspirisanih ovim promenama. Tako je u Ujedinjenom Kraljevstvu stupio na snagu 2007. Mental Health Act.¹⁵ Prema ovom aktu poslovna sposobnost lica se pretpostavlja. Odnosno, sposobnost lica da donosi odluke se pretpostavlja, osim ako se ne utvrdi njegova nesposobnost. U slučaju potrebe pružiće mu se pomoć u donošenju odluka. Ako te mere ne urode plodom lice će se smatrati nesposobnim za donošenje konkretne odluke. U Francuskoj je donet Zakon br. 2007-308, kojim se reguliše zaštita nesposobnih lica. Prema njemu uvode se tri oblika zaštite punoletnih lica (*sauvegarde de justice, tutelle, curatelle*). O njima odlučuje sud samo posle obaveznog lekarskog nalaza, zavisno od ozbiljnosti stanja punoletne osobe. Mere su vremenski ograničene, uz poštovanje principa neophodnosti, subsidijarnosti i proporcionalnosti. U Nemačkoj je donet Zweites Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts, 21 aprila 2005. Ovaj propis nastoji da se što je više moguće uvaži volja punoletnog zaštićenog lica, uz strogo poštovanje principa subsidijarnosti i proporcionalnosti prilikom preduzimanja mera zaštite. Volja zaštićenog lica se mora poštovati u svim fazama stavljanja lica pod tutorstvo kao i prilikom njegovog vršenja. Zajednička karakteristika ovih rešenja je prihvatanje modela zaštite (Francuska i UK) kako bi se sva ograničenja sposobnosti jednog lica da se stara o sebi svela na neophodni minimum. S druge strane nemački model se zasniva na potpunom ukidanju sistema lišenja poslovne sposobnosti i prihvatanju jedinstvenog ali fleksibilnog modela koji je prilagođen svakoj individualnoj situaciji. Ovaj model zaštite lica sa mentalnim smetnjama koje usled „psihičke bolesti ili telesnih, umnih ili duševnih smetnji“ nije u stanju potpuno ili delimično obavljati svoje poslove" se zasniva manje na pojmu "mentalne nesposobnosti" a više na njenim uzrocima u različitim oblastima u kojima se zaštita traži. Nedostatak sposobnosti se definiše (određuje) u odnosu na specifične oblasti. Npr. ako je punoletno lice privremeno ili trajno nesposobno za rasuđivanje usled čega ne može da se stara o svojim interesima zato što ima fizički, mentalni ili emocionalni hendikep, sud mu može, na njegov zahtev ili po službenoj dužnosti, postaviti pomoćnika.¹⁶ Treba naglasiti da ovim lice ne gubi poslovnu sposobnost i da i dalje može vršiti druge pravne poslove.

3. Tradicionalni koncept zaštite

U pravu Republike Srbije i zemljama regiona se razlikuju dve velike kategorije lica koja ne mogu samostalno donositi odluke o svom životu: deca i punoletna lica koja se uobičajeno nazivaju "poslovno nesposobnim".¹⁷ U pitanju su lica sa mentalnim smetnjama, odnosno, koja ne mogu da se staraju o sebi zbog bolesti ili smetnji u psihofizičkom razvoju. Generalno, punoletna lica se

¹⁵ Primenjuje se u Engleskoj i Velsu, zajedno sa *Code of Practice*.

¹⁶ Paragrafi 1896 - 1908. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB).

¹⁷ U drugim zemljama se koriste drugi nazivi, kao što su "zaštićena lica"

izjednačavaju u ovim slučajevima sa maloletnim licima u pravima Srbije, Bosne i Hercegovine (Federacije BiH i Republike Srpske), C.Gore.^{18 19}

Zaštita ovih lica se uspostavlja odlukom vanparničnog suda kojom se unapred u potpunosti ukida ili redukuje njihovo pravo da svojom saglasnošću ili nesaglasnošću odlučuju i o svom zdravlju. Lice lišeno poslovne sposobnosti tako postaje dvostruko ranjivo. Sa jedne strane ono je bolesno ili ima smetnje u psihofizičkom razvoju, a sa druge strane je usled toga poslovno nesposobno.²⁰

Lišenjem poslovne sposobnosti i stavljanjem pod starateljstvo uspostavlja se pravna pretpostavka da su ova lica "prirodno" nesposobna da se staraju o sebi, što nije u skladu sa Konvencijom koja propisuje "... osobe s invaliditetom imaju pravnu i poslovnu sposobnost na jednakoj osnovi kao i druge osobe u svim aspektima života...". Umesto da se njihova autonomija brani i štiti u svakoj situaciji kada se želi oboriti pretpostavka pravne autonomije teret dokazivanja se prebacuje na lice lišeno poslovne sposobnosti sa ciljem dokazivanja sposobnosti za rasuđivanje, što je samo po sebi težak zadatak i za lice koje te sposobnosti nije lišeno u situaciji kada se prema njemu preduzima medicinska mera. Stoga je u ovakvom sistemu zaštite najvažnije dozvoliti obaranje pretpostavke nesposobnosti lica lišenih poslovne sposobnosti u svim slučajevima kada se može utvrditi da poseduju faktičku, prirodnu sposobnost.

Lišenje poslovne sposobnosti punoletnih lica automatski dovodi do gubitka ljudskih prava i mogućnosti da samostalno uobličavaju sopstveni život.²¹ Neka prava ustanovljena u cilju zaštite lica, kao što su pravo na sklapanje braka i zasnivanje porodice, pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života, postaju tako besmislena.²² Budući da savremeno pravo ide u pravcu proširenja prava ličnosti, postalo je anahrono da punoletna lica lišena poslovne sposobnosti ovo ne koriste. Stoga je potrebno utvrditi koje su mogućnosti zaštite njihove autonomije i u ovakvom sistemu, ili je potrebno u potpunosti ga reformisati kao

¹⁸ Vid.čl.147. Porodičnog zakona, čl.194. Porodičnog zakona Federacije BiH, čl.239. Porodičnog zakona Crne Gore, Interesantno je da Porodični zakon Republike Srpske ne govori o sposobnosti ovih lica već o o ovlašćenjima staratelja poredeći njihova ovlašćenja sa onim koja ima staratelj maloletnog lica (čl.211).

¹⁹ U ovom pogledu može se reći da su se rešenja Obiteljskog zakona Republike Hrvatske najviše udaljila od ovog modela usvajajući neka osnovna načela iz Konvencije o zaštiti lica sa invaliditetom iako je i dalje zadržan institut lišenja poslovne sposobnosti. Lice se ne može potpuno lišiti ove sposobnosti već samo u jednom delu i to u pogledu onih prava o kojima se ne može brinuti (čl. 234). Pri tome se u nabrojanju radnji i poslova koje osoba u pogledu svog ličnog statusa ne može preduzeti izričito pominju i "odluke o zdravlju", osim ako Zakonom nije drukčije odlučeno.

²⁰ U ovom smislu: Sauvage, F, *Le consentement à l'acte médical du patient sous protection juridique*, Médecine & Droit, 2011, 235–240. Dostupan na: <http://www.sciencedirect.com/science/journal/12467391/2011>

²¹ To se, uostalom, ističe u Tematskom izveštaju Komesara Saveta Evrope za ljudska prava (Ko može da odlučuje? Pravo na poslovnu sposobnost lica sa intelektualnim i psihosocijalnim invaliditetom), dostupan na: <http://www.commissioner.coe.int>

²² Isto, str.12.

što sugerišu neki izveštaji.²³ Odnosno, da li volja ovih lica u različitim situacijama u kojima se odlučuje o njihovom zdravlju ima realan pravni značaj, srazmeran njihovoj očuvanoj sposobnosti. I drugo, da li staralac kao zakonski zastupnik ovih lica sa svojim pravnim kapacitetom može to da im omogući.

Ukidanje ili ograničenje poslovne sposobnosti se kompenzuje određivanjem zakonskog zastupnika, staratelja, koji preduzima pravne poslove i pravne radnje umesto lica o kome se stara, bez obzira što su ona možda u konkretnoj situaciji sposobna da to sama učine. Staralac nije samo osoba koja pruža pravnu zaštitu, premda je to njegova dužnost koja prvenstveno proističe iz konstrukcije zakonskog zastupništva. Pored obaveze zastupanja u oblasti zaključenja pravnih poslova, on ima zadatak da se stara i o ličnosti zastupanog, ono što inače punomoćnik, voljni zastupnik, najčešće ne čini. To se čini preduzimanjem pravnih radnji kojima se ne stvaraju ekonomski efekti u imovinskoj masi štićenika.²⁴ Ovim je institut zakonskog zastupanja kao kategorija imovinskog prava obuhvatio i zastupanje u ličnim pravima, što konceptualno umnogome prevazilazi njegove početne dužnosti staranja o licima koja nemaju poslovnu sposobnost.²⁵

Očigledno je da ovakav sistem zaštite punoletnih lica preko zakonskog zastupnika ima brojne nedostatke koji proističu iz prirode strogo ličnih prava. Zastupanje poslovno nesposobnog lica prilikom sklapanja nekog, npr. imovinskog pravnog posla izgleda kao prirodno i dobrodošlo, dok je to mnogo manje u oblasti ličnih prava, najmanje iz dva razloga. Najpre zato što, u načelu, niko ne može imati bolji kriterijum njihove procene od samog lica o kome se radi. I drugo, zato što se zaštita njihove autonomije u ovoj oblasti može postići samo *ex ante*, ali ne i *a posteriori* kao u građanskom pravu, što je jedan od razloga za drugačije promišljanje pitanja autonomije u oblasti ličnih u odnosu na građanska prava. U oblasti ličnih prava pogrešna odluka se ne može naknadno ispraviti a naneta šteta kompenzovati.²⁶

²³ Komitet UN o pravima osoba s invaliditetom u Opštim komentarima na Član 12. više puta navodi da države ugovornice moraju da „revidiraju zakone koji omogućavaju starateljstvo i da preduzmu akcije za razvijanje zakona i politika koje će zameniti režime starateljskog donošenja odluka sa režimom donošenja odluka uz podršku, a koji poštuje autonomiju, volju i želje svake osobe“.

²⁴ Vid. Gams, A, *Uvod u građansko pravo - opšti deo*, Beograd, 1974, str.168. Zbog ovog se i ne može do kraja prihvatiti definicija zastupanja kao vršenje pravnih poslova u tuđe ime i za tuđi račun, već samo kao vršenje pravnih poslova u tuđe ime. U ovom smislu i: Stanković, O, *O pojmu i vrstama zastupništva*, Anali PFB, 1-4/1983, str.631.

²⁵ Videti o ovome: Ponjavić, Z, *Staralac kao zakonski zastupnik*, Zbornik radova "Reforma porodičnog zakonodavstva", Beograd, 1996, str.312-331.

²⁶ U građanskom pravu ovo se *a posteriori* može postići kroz poništenje njihovih pravnih akata ako se dokaže da nisu bila sposobna za rasuđivanje u momentu njihovog preduzimanja.

U pokušaju da se prevaziđu navedeni nedostaci danas se sve više govori o "prirodnoj sposobnosti" ²⁷ lica da izrazi svoju volju u konkretnoj situaciji nezavisno od njegovog pravnog statusa. U ovom smislu sve je više situacija u kojima se i licima lišenim poslovne sposobnosti pruža prilika da izraze svoju volju, prilikom donošenja različitih odluka, pre svega onih koje se tiču zaštite zdravlja. Time se trasira put ka novim zakonskim rešenjima koja će voditi računa o individualnoj sposobnosti svakog lica u konkretnoj situaciji.

Zato je potrebno omogućiti licima koja se nalaze pod zaštitom da i sama donose odluke koje se tiču njihove ličnosti u meri u kojoj to njihovo stanje dopušta.²⁸ U afirmaciji principa autonomije volje ovih lica ne sme se zaboraviti cilj mera pravne zaštite: osiguranje interesa ovih lica. Imajući ovo u vidu treba reći da zaštita od strane trećih lica ne mora biti sama po sebi negacija autonomije jedino pod uslovom da uvek nastoje uključiti i zastupano lice u proces donošenja odluke, uvek kada to njihovo stanje dopušta. Odnosno, kada je zaštita kao i autonomija prilagođena stvarnoj sposobnosti ovih lica. U ovom pogledu putokaz može predstavljati način afirmacije autonomije dece. Njihova participacija je priznata Konvencijom o pravima deteta, a potom pretočena u norme nacionalnih zakonodavstava. Za razliku od maloletnika, norma slične sadržine koja bi se odnosila na punoletna lica pod zaštitom ne postoji, bar u zakonodavstvu RS.²⁹ Njihovo učešće se u nekim slučajevima čak izričito isključuje,³⁰ dok u većini situacija njihovu volju zamenjuje volja zakonskog zastupnika.

Njihova autonomija dakle nije normirana kao sistemsko rešenje, već od slučaja do slučaja, prvenstveno u oblasti prava na zaštitu zdravlja, zavisno od pravnog režima pod kojim su ova lica, stanja njihovog mentalnog zdravlja, ali i ozbiljnosti intervencije koja se preduzima.

4. Autonomija lica nesposobnih za rasuđivanje

Osim pomenute dve kategorije lica koja ne mogu da se staraju o sebi pravo Republike Srbije ne poznaje druga. Tako u slučaju bolesti ili smetnji u psihofizičkom razvoju lice koje je u momentu preduzimanja medicinske mere nesposobno za rasuđivanje ne uživa, po pravilu, pravnu zaštitu ako nije lišeno poslovne sposobnosti. Ovakvu njegovu prirodnu nesposobnost postojeći sistem zaštite ne prepoznaje. Stoga će se u daljem izlaganju razmatrati autonomija punoletnih lica koja nisu sposobna za rasuđivanje prilikom donošenja odluka u pogledu njihovog zdravlja - onih čija je nesposobnost pravno konstatovana

²⁷ Vid. Radolović, A, *Prirodna poslovna nesposobnost kao razlog nevaljanosti pravnog posla*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 1/2009, 187-220.

²⁸ Kao što se kaže u čl. 459. francuskog Građanskog zakonika.

²⁹ U Prednacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije se ovako nešto predviđa. Prema čl. 163. "Pre preduzimanja značajnijih mera koje se tiču ličnosti ili imovinskih interesa štićenika staralac je dužan da pribavi mišljenje štićenika i razmotri njegovo mišljenje, stavove i želje, ako je štićenik stariji od 10 godina i ako je u stanju da ih izrazi".

³⁰ Kao što je slučaj sa postupkom posredovanja u bračnom sporu. Vid. čl. 240. Porodičnog zakona.

lišavanjem poslovne sposobnosti (1) i onih kod kojih je to samo faktičko stanje (2). Cilj je isti: da se utvrde mogućnosti valorizacije njihove autonomije prilikom donošenja odluka koje se tiču zdravlja, bez obzira da li je uspostavljena pretpostavka poslovne nesposobnosti ili nije.

4.1. Autonomija lica lišenih poslovne sposobnosti

Da bi osoba mogla donositi odluke o svom zdravlju potrebno je da ima određenu sposobnost za to. Prema Zakonu o pravima pacijenata Republike Srbije³¹ za punovažni pristanak na medicinsku meru ne zahteva se poslovna sposobnost pacijenta budući da se radi o odluci koja intimno pogađa lice i njegov telesni integritet, a ne o zaključenju nekog pravnog posla, npr. ugovora. Ova sposobnost se označava kao sposobnost za rasuđivanje.³² Zakon o pravima pacijenata Republike Srbije ne određuje ovaj pojam, osim kada se radi o sposobnosti za rasuđivanje deteta od 15 godina. Sposobnost za rasuđivanje je jedno faktičko stanje, relativno i subjektivno.

U oblasti prava na zaštitu zdravlja najviše je učinjeno na afirmaciji autonomije lica lišenih poslovne sposobnosti, iako većina odredbi Zakona o pravima pacijenata na isti način tretira dve ranjive kategorije, decu i lica lišena poslovne sposobnosti. U ovom Zakonu postoje odredbe kojima se afirmiše autonomija lica nesposobnih za rasuđivanje u svim slučajevima kada se donosi odluka o njihovom zdravlju, dok su u nekim drugim zakonima sadržana rešenja samo za slučaj preduzimanja pojedinih medicinskih mera.

Poznato je da primena odgovarajuće medicinske mere prema pacijentu iziskuje njegov prethodni slobodni pristanak što se izričito kaže u čl.15. Zakona o pravima pacijenata. Pravo na pristanak uobičajeno obuhvata i pravo na odbijanje predložene medicinske mere. Pravna podloga pristanka na medicinsku

³¹ „Službeni glasnik RS“ broj 45/13

³² Sposobnost za rasuđivanje je izraz preuzet iz švajcarskog Građanskog Zakonika (članovi: 97,120/1.tač.2, 303 i 467). Zakonik je u opštim odredbama, o fizičkim licima, u čl.16 dao negativnu definiciju sposobnosti za rasuđivanje, označavajući je odsustvom nesposobnosti. Prema njemu "sposobno za rasuđivanje je svako lice kome zbog detinjstva, mentalnog poremećaja, fizičkih smetnji, pijanstva i sličnih stanja nedostaje sposobnost da razumno postupa". Prema ovom Zakoniku sposobnost za rasuđivanje jednog lica se pretpostavlja i svi oni koji tvrde suprotno moraju to i da dokažu. Vid. Pelet, O, *La capacité de discernement est-elle expertisable ?* Douleur analg. 24 (2011). Objavljeno na: <http://link.springer.com/article/10.1007%2Fs11724-011-0253-9#page-1>, Pristup: 2. jul 2013.

meru nalazi se u pravu na samoodređenje,³³ odnosno mogućnosti da ličnost sama slobodno odlučuje o svom životu u skladu sa sopstvenim ciljevima.³⁴

U slučaju da je lice lišeno poslovne sposobnosti medicinska mera se može preduzeti uz pristanak njegovog zakonskog zastupnika (čl.19.st.1). Nadležni zdravstveni radnik je, međutim, dužan da omogući da ovaj pacijent i sam bude uključen u donošenje odluke o pristanku na predloženu medicinsku meru u skladu sa njegovom zrelošću i sposobnošću za rasuđivanje (st.2).³⁵ Naravno, formulacija "uključen u donošenje odluke" nije isto što i pristanak na predloženu medicinsku meru. Pored toga, ovo nije i ono što se zove "potpomognuto odlučivanje" budući da se medicinska mera može preduzeti i ako ovo lice ne bude uključeno u donošenje odluke jer po proceni nadležnog zdravstvenog radnika ne raspolaže potrebnom zrelošću i sposobnošću. Bez obzira na ovu neuobičajenu formulaciju može se reći da Zakon ovakvim rešenjem promoviše autonomiju lica lišenog poslovne sposobnosti u svim slučajevima kada se pojavljuje kao pacijent. Stoga se može smatrati da nadležni zdravstveni radnik ima obavezu (dužan je) da sistematski istražuje sposobnost ovog lica da izrazi svoju volju. Od toga će zavisiti njegovo uključivanje u donošenje odluke. Ako su uključena u donošenje odluke njihova volja ima samo konsultativni karakter. Bilo da pristaje na medicinsku meru ili da je odbija, volja ovih lica, prema slovu zakona, samo je jedan od elemenata na osnovu kojeg će nadležni zdravstveni radnik doneti odluku primeni medicinske mere.

Prema tome, generalno, lica lišena poslovne sposobnosti su nesposobna da daju pristanak na medicinsku meru.³⁶ S druge strane, Preporuka R (99)4 predviđa mnogo šira prava ovih lica, u odnosu na navedeno rešenje Zakona o pravima pacijenata. Ako su sposobna da daju informisani pristanak u konkretnom slučaju, tada se intervencija može preduzeti samo uz njihov pristanak.³⁷

Pored ovog slučaja od opšteg značaja za afirmaciju autonomije lica lišenih poslovne sposobnosti, postoje i oni, posebni, regulisani zakonima iz

³³ Radišić, J, *Medicinsko pravo*, Beograd, 2008, str. 95.

Pravo na samoodređenje i telesni integritet se u Evropi izvode iz prava na poštovanje privatnog života, sadržano u čl.8. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Vid. Presudu suda u Strazburu *Pretty v. United Kingdom*, predstavka br.2346/02, odluka od 29. aprila 2002, (tačka 61). Navedeno prema: <http://www.hrcr.org/safrica/life/Pretty.html>, Pristup: 19.april 2013.

³⁴ Prema Zakonu o pravima pacijenata "Pacijent ima pravo da slobodno odlučuje o svemu što se tiče njegovog života i zdravlja, osim u slučajevima kada to direktno ugrožava život i zdravlje drugih lica" (čl.15.st.1).

³⁵ Ovo je u suštini i zahtev iz čl.6. st.3. Konvencije o pravima čoveka i o biomedicini.

³⁶ Za razliku od dece koja su navršila 15 godina života. Ona mogu samostalno dati pristanak na medicinsku meru ako su sposobna za rasuđivanje.

³⁷ U načelu br. 22. ove Preporuke se kaže: "Kada je punoletna osoba, čak i ukoliko je pod merom zaštite, sposobna da dâ informisani pristanak na medicinsku intervenciju, intervencija se može sprovesti samo uz njen pristanak".

oblasti prava na zaštitu zdravlja, predviđeni samo kod preduzimanja pojedinih medicinskih mera. U ovim situacijama volja nema uniformno regulisan značaj. Pored toga što će ova lica u skladu sa opštom odredbom Zakona o pravima pacijenata biti uključena u donošenje odluke, njihova volja će u nekim slučajevima biti nužna ali ne i dovoljna za preduzimanje medicinske mere, dok će u drugim slučajevima biti od odlučujućeg značaja.

Zakon o postupku prekida trudnoće u zdravstvenoj ustanovi ³⁸ predviđa da se prekid trudnoće može izvršiti samo na zahtev trudne žene, bez izuzetka. Ako je u pitanju lice mlađe od 16 godina i lice potpuno lišeno poslovne sposobnosti potrebna je i pismena saglasnost roditelja, odnosno staratelja. Staratelj ovu saglasnost daje samo u okviru pokrenutog postupka od strane trudne žene, što znači da se prekid trudnoće ženi lišenoj poslovne sposobnosti ne može nametnuti. Time je priznata autonomija ovoj kategoriji žena kada ne žele prekinuti trudnoću, odnosno sposobnost ostvarivanja prava na slobodno roditeljstvo bez obzira na svoju sposobnost za rasuđivanje.³⁹ U slučaju kada zahteva prekid trudnoće volja žene je odlučujuća, ali i nedovoljna. Lekar može izvršiti prekid trudnoće samo ako trudna žena da pismeni pristanak, uz prethodnu saglasnost staratelja.

Ako je život žene ugrožen ili postoji opasnost od teškog narušavanja njenog zdravlja potreban je, pored zahteva trudnice, pristanak zakonskog zastupnika i saglasnost konzilijuma lekara odgovarajuće zdravstvene ustanove ili etičkog odbora zdravstvene ustanove, zavisno od toga o kojoj se nedelji trudnoće radi. Šta ako ona odbija prekid trudnoće kojim se njen život spašava ili održava? Ima li tada mesta primeni odredbe čl.17. Zakona o pravima pacijenata prema kojoj takvu medicinsku meru može da odbije samo lice sposobno za rasuđivanje? Ako se istovremeno radi i o hitnoj medicinskoj meri tada se prekid trudnoće u skladu sa Zakonom o pravima pacijenata može preduzeti i ako zakonski zastupnik nije dostupan ili odbija predloženu hitnu medicinsku meru i ako je to u najboljem interesu pacijenta. Hitna medicinska mera nije neizbežno i sinonim za ugroženost života ili otklanjanje opasnosti od teškog narušavanja zdravlja trudnice. Samo ako se radi o hitnoj medicinskoj meri prekid trudnoće bi se mogao izvršiti i bez ičijeg zahteva i saglasnosti. U ovom slučaju neodređenost pojma hitne medicinske mere može da pokrije sve slučajeve preduzimanja mera pa i one kada je osoba sposobna za rasuđivanje.

Prema Zakonu o transplantaciji organa⁴⁰ lice potpuno lišeno poslovne sposobnosti može biti samo primalac organa pod uslovom da se sa tim saglasi njegov staratelj.⁴¹ U ovom slučaju zakonodavac ne daje licu mogućnost da se o

³⁸ "Sl. glasnik RS", 16/95.

³⁹ Vid. Ponjavić, Z, *Prekid trudnoće-pravni aspekti*, Kragujevac, 1997, str.140.

⁴⁰ "Sl. glasnik RS", br. 72/2009

⁴¹ Uzimanje organa ili tkiva od lica lišenih poslovne sposobnosti je apsolutno zabranjeno. Ovo je u skladu sa čl.19. Konvencije o ljudskim pravima i biomedicini, kao i čl.6. st.1 da se nad osobama koje nisu u stanju dati svoj pristanak smeju preduzimati samo oni medicinski zahvati koji su od

ovome izjasni, bilo u vidu saglašavanja ili protivljenja, kao što je to predviđeno u slučaju kada je primalac maloletnik stariji od 15 godina (čl.22. st.1). Volja lica potpuno lišenog poslovne sposobnosti u ovom slučaju nema nikakvog pravnog značaja. Ako je u pitanju primalac, lice delimično lišeno poslovne sposobnosti, presađivanje organa se može obaviti "pod uslovom da je pre presađivanja to lice dalo pismeni pristanak u skladu sa stepenom sposobnosti da samostalno donosi odluke i uz prisustvo i saglasnost staratelja koji potpisom potvrđuje iskazanu volju tog lica". Ovakva odredba, iako vodi računa o očuvanoj sposobnosti u konkretnoj situaciji, teško može u praksi na pravi način da se primeni. Sposobnost ovog lica je određena odlukom o njegovom delimičnom lišenju u skladu sa čl.40. st.2 Zakona o vanparničnom postupku.⁴² Ako je sud odredio da odluke u pogledu zaštite svog zdravlja može preduzimati samostalno, onda nije potrebna pismena potvrda staratelja. Ako, pak, to nije učinjeno sudskom odlukom onda je uvek, u skladu sa zakonom, potrebna saglasnost staratelja bez obzira na stepen sposobnosti ovog lica da samostalno donosi odluke, pa i u slučaju da je sposobno za rasuđivanje u konkretnom slučaju. Pored ovoga, sa pristankom se mora saglasiti i organ starateljstva.

Na izgled slično rešenje predviđa i Zakon o transplataciji ćelija i tkiva⁴³. Primaoci ćelija i tkiva mogu biti lica potpuno ili delimično lišena poslovne sposobnosti uz uslov pismenog pristanka od strane zakonskog zastupnika. U ovom slučaju volja lica potpuno lišenog poslovne sposobnosti nema pravni značaj, dok lica delimično lišena poslovne sposobnosti mogu osujetiti transplantaciju ako se izričito protive tome (čl. 22. Zakona).

Davalac ćelija izuzetno, pod određenim uslovima, može biti i lice mlađe od 18 godina života, odnosno lice kome je sudskom odlukom delimično oduzeta poslovna sposobnost, pod određenim uslovima (st.2. čl.51) Ako reč "odnosno" u stavu 2. jezički tumačimo ona može imati značenje samo "ili", a ne pojašnjenje, budući da lica mlađa od 18 godina ne mogu biti lišena delimično poslovne sposobnosti jer takav postupak, bar u pravu Republike Srbije, nije predviđen. Sistematskim tumačenjem se dolazi do zaključka da i u st.1. "odnosno" ima značenje "ili". Prema tome, proizlazi da davaoci mogu biti i lica delimično poslovno nesposobna starija od 18 godina za koje se utvrdi da imaju sposobnost za rasuđivanje i donošenje odluka u konkretnoj situaciji. U ovom slučaju, pored ostalih uslova traži se i da je pismena saglasnost data od zakonskog zastupnika, odnosno staratelja davaoca maloletnog lica, odnosno

direktne koristi za njih. Naime, prema čl.42. Zakona o transplataciji organa davalac organa može biti lice starije od 18 godina pod uslovom da ima potpunu poslovnu sposobnost, odnosno sposobnost za rasuđivanje i donošenje odluka.

⁴²Sl. glasnik SRS", br. 25/82 i 48/88 i "Sl. glasnik RS", br. 46/95 - dr. zakon, 18/2005 - dr. zakon, 85/2012, 45/2013 - dr. zakon, 55/2014, 6/2015 i 106/2015 - dr. zakon). "U rešenju kojim se lice delimično lišava poslovne sposobnosti, sud je dužan da na osnovu rezultata medicinskog veštačenja odredi vrstu poslova koje to lice može samostalno preduzimati pored poslova na koje je zakonom ovlašćeno."

⁴³ "Sl. glasnik RS", br. 72/2009.

delimično poslovno sposobnog lica.⁴⁴ Izričita saglasnost davaoca u ovom slučaju se ne traži, ali bi on mogao svojim izričitim protivljenjem osujetiti davanje regenerativnog tkiva.⁴⁵

Prema Zakonu o pravima pacijenata biomedicinska istraživanja nad licem lišenim poslovne sposobnosti, za razliku od onih koja se vrše nad decom starijom od 15 godina, mogu se vršiti samo ako su u njihovu korist.⁴⁶ Za sprovođenje ovog istraživanja zahteva se pismeni pristanak zakonskog zastupnika. S druge strane, ova lica se mogu izričito protiviti ovim istraživanjima (čl. 25. st.5. Zakona o pravima pacijenata). Nije jasno samo kakva se forma protivljenja traži, pismena ili usmena. S obzirom na činjenicu da može biti lice koje nije pismeno smatramo da je dovoljno i njihovo usmeno protivljenje. Da bi lice uopšte bilo u prilici da se ovom protivi mora biti obavješteno o smislu, cilju, postupcima, očekivanim rezultatima, mogućim rizicima, kao i o neprijatnim pratećim okolnostima istraživanja i mora biti upozoreno da je slobodno da prihvati ili odbije učešće u njima. U ovom slučaju volja lica lišenog potpuno ili delimično poslovne sposobnosti je odlučujuća, odnosno, ono ima pravo veta. Njegovo protivljenje sprečava bilo kakva medicinska istraživanja, bez obzira na saglasnost zakonskog zastupnika. Istovremeno, pravo veta je i poslednji bastion odbrane autonomije ličnosti.

4.2. Autonomija lica nesposobnih za rasuđivanje

Iz dosad rečenog može se izvući jedan zajednički zaključak. Naime, pravo nastoji bar teorijski da obezbedi izvesnu autonomiju u oblasti zaštite zdravlja licima koja se nalaze pod pravnom zaštitom, lišena potpuno ili delimično poslovne sposobnosti. U ovom smislu govori i pomenuta odredba čl.19. Zakona o pravima pacijenata da ova lica treba da budu uključena u donošenje odluke u skladu sa njihovom zrelošću i sposobnošću. U praksi, međutim, ova odredba je teško sprovodiva. Ona ne može da se primeni bez prethodnog razmatranja "zrelosti i sposobnosti" što je uglavnom uvek diskutabilno. Tako u slučaju kada treba preduzeti jednu meru prema licu pod starateljstvom lekari nisu sigurni da li da je preduzmu pravdajući se hitnošću mere bez obzira na njeno odbijanje od strane pacijenta ili da svoje nedelovanje pravdaju izraženom voljom pacijenta, rizikujući da kasnije odgovaraju zbog nepružanja lekarske pomoći. Stoga će lekari češće koristiti pomoć staratelja u ovakvim situacijama kako bi osigurali intervenciju. U situaciji kada pacijent ima

⁴⁴ Član 51.st.2.t.4. Zakona. "Da je pribavljena pismena saglasnost za uzimanje regenerativnog tkiva od zakonskog zastupnika, odnosno staratelja davaoca maloletnog lica,odnosno delimično poslovno sposobnog lica";

⁴⁵ Gotovo identično rešenje je predviđeno u čl.1241. st.4.t.1 Zakona o javnom zdravlju Francuske.

⁴⁶ Prema Konvenciji o ljudskim pravima i biomedicini (Konvencija iz Ovieda) ovakva istraživanja su moguća pod određenim uslovima i kada nisu direktno korisna za lica lišena poslovne sposobnosti. Uslovi su: 1) da je cilj istraživanja postizanje rezultata koji mogu koristiti bolesniku ili drugim bolesnicima iste dobne skupine, odnosno bolesnicima s istom bolešću; 2) ako istraživanje obuhvaća minimalni rizik i minimalno opterećenje za bolesnika.

teškoće da izrazi svoju volju pomoć će biti odmah zatražena od staratelja da bi se pokrilo odbijanje mere od strane pacijenta. Ovim se na izvestan način instrumentalizuje pravna zaštita ovih lica kako bi se pokrila odluka o intervenciji.⁴⁷ Ali, ova situacija koja se odnosi na potvrđenu nesposobnost lica lišenih poslovne sposobnosti može biti generalno proširena na svaki odnos pacijenta i lekara.

Autonomija lica sposobnih za rasuđivanje potvrđena je propisima Republike Srbije: ovo lice samostalno donosi odluke u pogledu svoga zdravlja. Ima pravo da prihvati medicinsku meru, ili da je odbije.⁴⁸ Pri ovome se njegova "zrelost i sposobnost" po pravilu ne ispituju već se pretpostavljaju. Činjenica je, međutim, da pacijent iako autonoman nije u ravnopravnoj poziciji sa lekarom, profesionalcem. Naročito ako se nalazi u stanju smanjene sposobnosti za rasuđivanje, usled npr. alkoholizma, jakog stresa, itd. Stoga se čine naponi da se ojača njegova pozicija putem obaveza koje se nameću lekaru kako bi se valorizovala autonomija pacijenta. Na prvom mestu to se čini kroz obavezu obaveštavanja ovog lica, pre preduzimanja bilo kog medicinskog akta, bez obzira da li se radi o njegovoj saglasnosti ili davanju mišljenja. Obaveštenje koje daje nadležni zdravstveni radnik mora biti prilagođeno stanju pacijenta, na način koji je razumljiv pacijentu, vodeći računa o njegovoj starosti, obrazovanju i emocionalnom stanju. Ako nadležni zdravstveni radnik proceni da pacijent, iz bilo kog razloga, ne razume dato obaveštenje, obaveštenje se može dati članu pacijentove uže porodice.

Drugi način je sadržan u odredbi opšteg značaja iz Zakona o pravima pacijenata gde se pored klasične zaštite lica koja ne mogu da se staraju o sebi uvodi i jedan novi.⁴⁹ U pitanju je zastupnik koga određuje lice (pacijent) u slučaju da postane nesposoban da izrazi svoju volju, odnosno da donese odluku o pristanku na medicinsku meru (zastupnik sa budućim ovlašćenjima). Ovo određivanje mora biti u pismenom obliku. To je način i da zastupnik bude obavešten o tome, a sa druge strane, ovim se medicinskim poslenicima pruža izvesnost. Ovo "lice od poverenja" će biti konsultovano u slučaju da lice koje ga je imenovalo bude u situaciji da ne može izraziti svoju volju. Na ovaj način postiže se zaštita bez oduzimanja poslovne sposobnosti lica koje je u momentu preduzimanja medicinske mere nesposobno za rasuđivanje. On ne deluje kao generalni već samo kao specijalni punomoćnik. Njegova misija traje sve dok traje lečenje ili dok pacijent ne odluči drugačije. On ne odlučuje u ime pacijenta i njegovo mišljenje nikako nije obavezujuće za lekare ali ga oni moraju konsultovati pre intervencije. Ovakva ugovorna zaštita samo je deo jednog šireg procesa "kontraktualizacije" ličnih i porodičnih prava kojom se na osnovu

⁴⁷ Berthiau, D, *op.cit*, str.7.

⁴⁸ Član 15. Zakona o pravima pacijenata

⁴⁹ Čl.16. st.5: "Pacijent ima pravo da odredi lice koje će u njegovo ime dati pristanak, odnosno koje će biti obavešteno o preduzimanju medicinskih mera, u slučaju da pacijent postane nesposoban da donese odluku o pristanku". Istu odredbu sadržao je i Zakon o zdravstvenoj zaštiti u čl.32. st.4. ali je ona prestala da važi usvajanjem Zakona o pravima pacijenata.

individualne volje unapred štiti i organizuje zaštita ličnosti bez obraćanja državnom organu. Ovlašćenja staratelja proističu iz zakona a ovlašćenja ovog zastupnika iz volje lica. Na ovaj način Zakon je otvorio jedan autonoman put zaštite lica koja ne mogu da se staraju o sebi.⁵⁰ Pravo se polako navikava na potrebu dodatne zaštite volje autonomnog lica budući da to nije protivno prezumpciji autonomije lica sposobnih za rasuđivanje već da joj to ide u prilog.

5. Zaključak

Sistem zaštite punoletnih lica kroz lišenje poslovne sposobnosti i stavljanja pod starateljstvo je dobrodošao kada se radi o imovinskim pravima i obavezama, ali se pokazuje nepogodnim kada su u pitanju lična prava budući da niko ne može imati bolji kriterijum za donošenje odluke koja se tiče zdravlja od samog lica o kome se radi, pod uslovom da ono u tom momentu raspolaže sposobnošću za to.

I u situaciji kada je lice lišeno poslovne sposobnosti, pravnim normama treba mu omogućiti pravo da izjavi svoju volju i tako učestvuje u zaštiti svoga zdravlja. Taj zadatak jeste težak budući da se moraju pomiriti često kontradiktorni zahtevi: promocija autonomija volje, s jedne strane, a s druge zaštita njegovih interesa. Pogotovo ako se zna da se u pravu i lice sa mentalnom smetnjom ne tretira kao posebno, osim ako nije delimično ili potpuno lišeno poslovne sposobnosti, bez obzira što nije u stanju da izrazi svoju volju. I obrnuto, lice lišeno poslovne sposobnosti može u nekim svetlim trenucima biti sposobno da izjavi svoju volju. Stoga se sposobnost punoletnog lica da izjavi svoju volju prilikom donošenja odluke o njegovom zdravlju mora procenjivati od slučaja do slučaja, a ne *a priori* bez obzira da li je lišeno ili nije poslovne sposobnosti. Ovo nije priznanje sposobnosti tog lica da odluke donosi samo, već uz pomoć trećih osoba.

Na kraju, mora se prihvatiti da svaki oblik zaštite punoletnih lica, bez obzira da li se radi o savremenom ili tradicionalnom konceptu, uvek u suštini, po prirodi stvari, predstavlja ograničenje njihove autonomije

⁵⁰ Pored ovoga, u nekim stranim pravima, kao u francuskom (čl.1111-11 CSP), postoje i "anticipativne direktive". One imaju konsultativni karakter i omogućavaju svakom licu da se izjasni šta želi da se učini prema njemu u slučaju da postane nesposobno da izjavi svoju volju. Iako one nisu obezbeđene, lekari ih ne smeju ignorisati

THE AUTONOMY OF ADULT PERSONS WITH LEGAL INCAPACITY RELATED TO THE REALIZATION OF THEIR RIGHTS IN THE AREA OF HEALTH PROTECTION

Summary: In this paper the author discusses the issue of the autonomy of adult persons who cannot express their own will during decision-making process related to their health regardless the fact whether their legal capacity has been revoked or not. The author presents some of legal solutions related to this issue derived from adopted international laws, as well as some traditional solutions existing in the countries of this region.

The author states that some deficiencies in the present system of the protection of the persons with revoked legal capacity have been noted through the institute of guardianship suggesting that new legal solutions are needed. The traditional solutions are based on the assumption that legal incapacity is permanent and fixed category, equal for all persons regardless their individual capacities as adult persons. New legal solutions are emerging in various legal documents giving these persons an opportunity to be consulted and express their opinion and free will. They are growing in number challenging those rules depriving the persons with revoked legal capacity to express their opinion. However, the importance of hearing what these people have to say when it comes to making decisions about their health has not been adequately recognized and regulated in a unique and systematic way (as it is regulated in case of children who have the right to express their will). The legal solutions in case of adults are different and even contradictory which causes problems in their implementation.

In this paper the author suggests that all these issues should be resolved through one general provision that would comprise and reconcile the individual characteristics of people when deciding on their concrete cases. Such a provision should emphasize the possibility that such persons should participate in decision making related to their health to the extent allowed by their medical conditions. All these should lead to reducing the assumptions that people without legal capacity are not capable of expressing their opinion.

In case when a person possesses legal capacity there is an assumption that he can make sound and clear judgment regardless the fact that his mental state prevents him from expressing his will in a given situation. In such a case medical professionals are not obliged, or motivated, to determine this fact, so the interests of this person may not be protected, since his incapacity is legally invisible.

This traditional regime of protection resorting to the procedure of taking away legal capacity and imposing guardianship contributes to legal certainty, but from the point of view of human rights, it generally undermines them by not paying attention to the remaining preserved autonomy of individuals. Finally, the author concludes that there is no ideal solution, but that we could say that every form of protection of adult persons, regardless it is a contemporary or traditional concept, basically represents the restriction of their autonomy.

Key words: autonomy, the right to health protection, mental capacity