



COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS
COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME



Strazbur, 20. februar 2012

CommDH/IssuePaper(2012)2
Originalna verzija na Engleskom jeziku

KO MOŽE DA ODLUČUJE?
**Pravo na poslovnu sposobnost lica sa intelektualnim
i psihosocijalnim invaliditetom**

Tematske izveštaje naručuje i objavljuje Komesar za ljudska prava, da bi doprineo debati i razmišljanjima o važnim tekućim pitanjima ljudskih prava. Mnogi takvi izveštaji uključuju i Komesarove preporuke za otklanjanje identifikovanih problema. U isto vreme, sva mišljenja iznesena u ovim stručnim dokumentima ne moraju da budu i odraz Komesarovih stavova.

Tematski izveštaji dostupni su na Komesarovom vebajtu:

www.commissioner.coe.int

Zahvalnost

Ovaj tematski izveštaj pripremila je Ana Nilson (Anna Nilsson), kandidatkinja doktorskog studija na Pravnom fakultetu Univerziteta u Lundu i međunarodni ekspert za ljudska prava i invaliditet.

Sadržaj

Rezime	4
PREPORUKE KOMESARA	5
1. Uvod	7
1.1 Šta je poslovna sposobnost?	8
1.2 Zašto je poslovna sposobnost važna?	9
2. Evropski izazovi	10
2.1 Postupak za oduzimanje poslovne sposobnosti i sistemi starateljstva	11
2.2 Automatski gubitak ljudskih prava	12
2.3 Nedostatak alternativa za podršku	13
3. Jednaka prava za lica sa invaliditetom: promena paradigme	13
3.1 Razumevanje invaliditeta u kontekstu ljudskih prava	13
3.2 Jednakost u kontekstu invaliditeta	14
4. Standardi ljudskih prava na temu poslovne sposobnosti	16
4.1 Konvencija o pravima lica sa invaliditetom: jednakost pred zakonom	17
4.2 Evropska konvencija o ljudskim pravima	18
4.2.1 (Ne)zakonitost oduzimanja poslovne sposobnosti	18
4.2.2 Fer postupak	20
4.2.3 Žalba i revizija	21
4.2.4 Uživanje drugih prava	21
4.2.5 Obezbeđivanje podrške	22
5. Kako napred	23
5.1 Reforma postojećih sistema	24
5.2 Stvaranje adekvatne podrške	24
5.2.1 Primer ličnih ombudsmana	25
5.2.2 Primer mreža za podršku	26
Lista referentnih izvora	27

Rezime

Pravo lica sa invaliditetom da sama donose odluke o svom životu i ostvaruju poslovnu sposobnost ravnopravno sa drugima je u današnjoj Evropi jedno od najvažnijih pitanja ljudskih prava. Biti priznat kao neko ko može da donosi odluke je od ključnog značaja za kontrolu nad sopstvenim životom i učešće u društvu, zajedno sa drugima.

To što imamo poslovnu sposobnost omogućava nam da biramo gde i s kim želimo da živimo, da glasamo za političku stranku po svom izboru, da se poštuju naše odluke o zdravstvenoj nezi, da kontrolišemo sopstvene finansije i da imamo pristup bioskopima i drugim rekreativnim aktivnostima. Bez toga smo u očima zakona nepostojeće ličnosti, a naše odluke nemaju nikavu pravnu snagu. I to je stvarnost za stotine hiljada, ako ne čak i milion Evropljana sa intelektualnim i/ili psihosocijalnim invaliditetom stavljenim pod režim starateljstva.

Konvencija Ujedinjenih nacija o pravima lica sa invaliditetom nudi odgovor na ta pitanja, članom 12. o jednakim pravima pred zakonom. Taj član, zapravo, predviđa promenu paradigme u politikama rada u odnosu na lica sa invaliditetom. Time se ukazuje na bolje razumevanje jednakosti.

Većina sistema poslovne sposobnosti u Evropi su zastareli i hitno im treba zakonodavna promena. Pretpostavka poslovne sposobnosti, koju treba da uživaju sva punoletna lica, mora da se proširi na lica sa invaliditetom. Time se naša pažnja usmerava od ličnih nedostataka, u smeru uspostavljanja podrške koja pojedincima omogućava da sami donose odluke i prošire svoje sposobnosti da to čine.

Ovaj Tematski izveštaj opisuje izazove sa kojima se suočavaju države članice Saveta Evrope u radu na ovom pitanju. Tu su nedostaci postojećih sistema i procedura starateljstva, automatski gubitak ljudskih prava lica stavljenih pod režim starateljstva, kao i hitna potreba da se stvaraju alternative za podršku, kojima će se licima sa invaliditetom dati jednake mogućnosti da uobličavaju sopstvene životne puteve. Ovaj dokument ukazuje na važeći međunarodni okvir ljudskih prava, uključujući i relevantnu sudsku praksu Evropskog suda za ljudska prava. Završava se primerima dobrih iskustava, koji ukazuju na put napred.

Komesarove preporuke državama članicama za usklađivanje njihovih pravnih sistema u pogledu poslovne sposobnosti sa obavezama vezanim za ljudska prava nalaze se na početku dokumenta.

KOMESAROVE PREPORUKE

Da bi se osiguralo efektivno uživanje prava na poslovnu sposobnost lica sa intelektualnim i/ili psihosocijalnim invaliditetom, Komesar za ljudska prava Saveta Evrope poziva države članice:

1. da ratifikuju Konvenciju Ujedinjenih nacija o pravima lica sa invaliditetom i njen Fakultativni protokol;
2. da izvrše reviziju postojećeg zakonodavstva o poslovnoj sposobnosti, u svetlu važećih standarda ljudskih prava, a naročito u vezi sa članom 12. UN-ove Konvencije o pravima lica sa invaliditetom; takva revizija treba da identifikuje i otkloni moguće nedostatke i praznine, koje lica sa invaliditetom lišavaju ljudskih prava u odnosu na, između ostalog, zakone o starateljstvu, pravu glasa i obaveznoj psihijatrijskoj nezi i lečenju;
3. da ukinu mehanizme kojima se predviđa potpuno oduzimanje poslovne sposobnosti i potpuno starateljstvo;
4. da osiguraju da lica sa invaliditetom uživaju pravo na imovinu, uključujući pravo da nasleđuju imovinu i kontrolišu sopstvene finansijske poslove, pravo na porodični život, na saglasnost ili odbijanje lekarske intervencije, pravo glasa, pravo na slobodno udruživanje i pravno na pristup pravosuđu ravnopravno sa drugima. Niko ne treba automatski da bude lišen tih prava, samo zbog umanjene sposobnosti ili invaliditeta, ili zato što je pod starateljstvom;
5. da izvrše reviziju pravosudnih procedura, da bi se garantovalo da lice koje bude stavljeno pod starateljstvo ima mogućnost da pokrene sudski postupak da ospori to starateljstvo, ili način na koji se ono vodi, sve dok je to starateljstvo na snazi;
6. da okončaju «dobrovoljni» smeštaj lica u zatvorena odeljenja i domove za socijalnu negu protiv volje tih lica, ali uz saglasnost staratelja ili zakonskog zastupnika; smeštaj na zatvorena mesta bez saglasnosti datog lica uvek treba smatrati lišenjem slobode, koje podleže garancijama predviđenim članom 5. Evropske konvencije o ljudskim pravima;
7. da razviju alternative za potpomognuto donošenje odluka, za ona lica koja žele pomoć u donošenju odluka ili u saopštavanju tih odluka drugima; takve alternative trebalo bi da budu lako dostupne onima kojima trebaju i trebalo bi da se pružaju dobrovoljno;
8. da ustanove odlučne garancije zaštite, kojima će da obezbede da svaka podrška koja se pruža poštuje lica koja je primaju i njihove lične preferencije, da bude bez sukoba interesa i da podleže redovnoj sudskoj reviziji; dato lice treba da ima pravo da učestvuje u svakom postupku revizije, uz pravo na adekvatno zakonsko zastupanje;

9. da stvore zakonsku obavezu za vlade i lokalne vlasti, za pravosuđe, zdravstvene ustanove, finasijske, osiguravajuće i druge institucije, da se razumno prilagođavaju potrebama lica s invaliditetom koja žele da koriste njihove usluge; razumno prilagođavanje podrazumeva pružanje informacija jednostavnim jezikom, kao i prihvatanje lica koje pruža podršku i prenosi iskaz volje datog pojedinca;
10. da lica sa intelektualnim i psihosocijalnim invaliditetom i organizacije koje ih predstavljaju aktivno uključe u proces reforme zakona i propisa o poslovnoj sposobosti i u stvaranju alternativa za potpomognuto donošenje odluka.

«Zamislite da neko drugi za vas donosi odluke. Mogu da odluče da vas odvedu, da vas zaključaju, da vas ne slušaju, da vam daju lekove, da vas spreče da se bavite svojim poslom i da živite svoj život, svojim telom i svojim umom, kako i oni to rade.

ZAR BISTE ŽELELI DA VAM SE TO DESI?

Zar ne biste imali osećaj da ste izgubili svo svoje dostojanstvo i da ga želite nazad?»¹

1. Uvod

Pristup ljudskim pravima za lica sa intelektualnim i psihosocijalnim invaliditetom² i dalje je u najvećem delu Evrope samo želja. Hitno je potrebna i neophodna pozitivna akcija, da se ubrza proces inkluzije. Parlamentarna skupština Saveta Evrope je 2009. godine usvojila rezoluciju u kojoj se navode ključna područja koja treba da postanu prioriteti. Prvo područje koje spominje Parlamentarna skupština je upravo tema ovog izveštaja, tj. reforma postojećih i zastarelih sistema poslovne sposobnosti.³

Pravo lica sa invaliditetom da uživaju poslovnu sposobnost ravnopravno sa drugima, zajedno sa pravom na podršku da bi se ostvarivala poslovna sposobnost, u proteklih nekoliko godina privlači pažnju zajednice koja se bavi ljudskim pravima. Biti priznat kao neko ko može da donosi odluke od presudnog je značaja da se bude u stanju da se kontroliše sopsteni život i s drugima učestvuje u društvu. Posedovanje poslovne sposobnosti omogućava nam da donosimo odluke, od fundamentalnih (izbor gde ćemo i sa kim živeti) do svakodnevnih (kupovina autobuske karte, potpisivanje ugovora o zakupu, saglasnost za lečenje). Bez toga smo u očima zakona nepostojeće ličnosti i naše odluke nemaju nikakvu pravnu snagu. Za nas odluke donose treća lica. Takvo stapanje naše ličnosti s ličnošću nekog drugog opisuje se kao «građanska smrt». U prošlosti su time bile pogođene žene, a stvarnost je još uvek ista za veliki broj Evropljana s intelektualnim i psihosocijalnim invaliditetom koji su stavljeni pod starateljstvo.

Napretka ima. Evropski sud za ljudska prava (Sud) doneo je neke ključne presude, a pred njim ima još takvih predmeta. Reforme zakona su u toku u nekoliko država članica Saveta Evrope. Ustavni sudovi u Ruskoj Federaciji i u Češkoj su stavljanje lica s invaliditetom pod potpuno starateljstvo proglasile neustavnim pod određenim

¹ Citat iz zagovaračkog izveštaja Međunarodnog kluba za priznavanje invaliditeta tokom zasedanja Ad hok komiteta o sveobuhvatnoj i integralnoj međunarodnoj konvenciji o pravima i dostojanstvu osoba sa invaliditetom i promocija tih prava, *Nothing about Us without Us*, 31.1.2006.

² Ovaj dokument koristi opis lica sa invaliditetom dat u Konvenciji o pravima lica sa invaliditetom, član 1: «Osobe sa invaliditetom uključuju one koje imaju dugoročna fizička, mentalna, intelektualna ili čulna oštećenja koja u interakciji sa raznim preprekama mogu da ometaju njihovo puno i efektivno učešće u društvu na jednakoj osnovi sa drugima». Lica sa intelektualnim invaliditetom, prema tome, uključuju ona lica koja doživljavaju teškoće u svom intelektualnom funkcionisanju, naprimer osobe sa Daunovim sindromom. Lica sa psihosocijalnom invaliditetom uključuju ona kojima je dijagnostikovao problem mentalnog zdravlja i/ili ga doživljavaju, npr. bipolarni poremećaj, autizam i šizofrenija.

³ Parlamentarna skupština, Rezolucija br. 1642 (2009) «Pristup pravima za ljude s invaliditetom i njihovo puno i aktivno učešće u društvu», usvojena 26.1.2009.

okolnostima.⁴ O reformama se razgovara u obe te zemlje, kao i u Francuskoj, Mađarskoj, Irskoj, Letoniji, Portugalu, Slovačkoj i Sloveniji. Norveška i Švedska vrše reviziju svojih zakona o obaveznom psihijatrijskom lečenju i nezi.

Ovi reformski trendovi su pokrenuti na osnovu sve veće svesti o nezadovoljavajućoj prirodi tradicionalnih zakona o starateljstvu. Anticipacija budućnosti vidi se u članu 12. UN-ove Konvencije o pravima lica s invaliditetom (KPLI) koji propisuje jednakost pred zakonom – ta odredba predstavlja ne samo evoluciju, već i revoluciju u razmišljanju o poslovnoj sposobnosti i njenom zakonskom osnovu, pravnom statusu ličnosti (vidi odeljak 4.1). Naprednija je u smislu da se naslanja na iskustva nekih zemalja, nastala u tesnoj saradnji sa pokretom za prava lica s invaliditetom (više vidi u 5. poglavlju), i da potiče reformu. Revolucija – odnosno promena paradigme – koju nudi član 12. verovatno nije precizna u pogledu konačnog oblika evropskih zakona o poslovnoj sposobnosti, ali je dovoljno jasna da nam omogući da većinu evropskih sistema o poslovnoj sposobnosti okarakterišemo kao zastarele. Time se reformi zakona daje obaveza da pretpostavi da svako ima poslovnu sposobnost, čime se naša pažnja odvraća od nedostataka (koji su, ustvari, univerzalni i ničim vezani samo za lica s invaliditetom), u pravcu podrške koja će da omogući pojedincu da donosi sopstvene odluke i da proširi mogućnosti da to čini. Pojam «potpomognutog odlučivanja» jednostavno se nadovezuje na tu univerzalnu stvarnost i proširuje je na lica s invaliditetom.

Ovaj Tematski izveštaj ne nudi jednoobraznu formulu kojom će se rešiti to pitanje, već razmatra izazove s kojima se države članice susreću po tom pitanju: budućnost (ako je ima) sistemâ starateljstva, automatski gubitak ljudskih prava lica stavljenih pod režim starateljstva, uključujući nemogućnost pristupa pravdi, kao i potreba da se uspostave alternative za lica koja žele pomoć u ostvarivanju poslovne sposobnosti. Izveštaj predstavlja međunarodni okvir ljudskih prava koji licima sa intelektualnim i psihosocijalnim invaliditetom daje pravnu sposobnost ravnopravno s drugima. Zaključuje primerima dobrih iskustava, koja ukazuju na put napred.

1.1 Šta je poslovna sposobnost?

Poslovna sposobnost može da se opiše kao moć ili sposobnost pojedinca da postupa u okviru pravnog sistema. Drugim rečima, to je ono što ljudsko biće čini predmetom zakona. To je pravni koncept, konstrukt, koji se dodeljuje većini punoletnih ljudi i omogućava im da imaju prava i obaveze, da donose obavezujuće odluke i da se te odluke poštuju. Kao takva, poslovna sposobnost omogućava ličnu slobodu. Omogućava nam da se zaposlimo, stupamo u brak i nasleđujemo imovinu, između ostalog. Isto tako, štiti pojedinca od (nekih) neželjenih intervencija. Odrasle osobe s poslovnom sposobnošću, naprimer, mogu efektivno da odbiju svako lečenje koje ne žele da prime.

Poslovna sposobnost je, isto tako, nešto što se većini nas podrazumeva. Većina Evropljana starijih od 18 godina nikad ne preispituju svoju sposobnost da donose odluke i odabiru svoje životne puteve. To ne znači da većina ne traži savet i neke odluke ne prepušta porodici i prijateljima u koje ima poverenja. Ali, želeći i uživati takvu pomoć za većinu nas ne povlači bilo kakve pravne posledice. Zadržavamo sposobnost da savet od

⁴ Za više informacija, vidi <http://www.mdac.info/czech-republic-constitutional-court-finds-deprivat> and <http://mdac.info/content/russia-constitutional-court-forges-way-out-discrimination-people-mental-disabilities>.

drugih tražimo i odbacujemo, da ulazimo u rizike, da pravimo greške i na njima se učimo (ili ne učimo).

Neke jurisdikcije prave razliku između sposobnosti da se imaju prava i sposobnosti da se postupa ili da se ta prava ostvaruju. Ovde prvi deo podrazumeva pravo da se ima satus subjekta pred zakonom; da se bude neko ko može da poseduje imovinu i ko poseduje ljudska i druga prava predviđena domaćim zakonom. Drugi deo (da se ta prava ostvaruju) ide dalje i uključuje moć da se raspolaže imovinom (tj. da se imovina koristi, prodaje, poklanja ili uništi) i da prava mogu da se potražuju pred sudom.⁵ Naučni radnici koji se bave ljudskim pravima uverljivo tvrde da član 12. KPLI licima sa invaliditetom daje oba ova aspekta poslovne sposobnosti.⁶ Drugim rečima, sposobnost da se imaju prava automatski podrazumeva sposobnost da se ta prava uživaju, uz odgovarajući podršku koja je svakom pojedincu prihvatljiva i koju sam odabere.

1.2 Zašto je poslovna sposobnost važna?

Reforma postojećih mehanizama za poslovnu sposobnost je danas u Evropi jedno od najvažnijih pitanja ljudskih prava. Kao prvo, poslovna sposobnost ide dalje od donošenja odluka: to je pitanje šta znači biti čovek.⁷ Naši životni izbori su deo onoga što jesmo. Nekoliko ljudskih prava je ustanovljeno u cilju zaštite pojedinca od neprimerenog mešanja u te izbore, npr. sloboda veroispovesti, misli i savesti, pravo na stupanje u brak i zasnivanje porodice, i pravo na poštivanje privatnog i porodičnog života. Bez poslovne sposobnosti, mnoga, ako ne i sva ova prava, postaju besmislena. Koja je svrha da se ima pravo na stupanje u brak i zasnivanje porodice, ako je neko drugi, odnosno vaš staratelj, jedini koji može da donese pravno valjanu odluku i tom pogledu?

Drugo, lišenje poslovne sposobnosti je problem koji pogađa veliku grupu ljudi. Stotine hiljada, ako ne i milion Evropljana sa intelektualnim i/ili psihosocijalnim invaliditetom stavljeni su pod starateljstvo, ponekad i za ceo život.⁸ Isto tako, sistemi kojima je cilj da budu kratkoročni uglavnom postanu manje ili više trajni. To važi i za lica sa intelektualnim invaliditetom i za lica kojima je dijagnostikovano mentalno obolenje koje se smatra manje ili više trajnim (npr. šizofrenija). Imenovanje staratelja obično se zasniva na lekarskom izveštaju. Kad se takav izveštaj napiše, teško je opozvati starateljstvo, zato što, po medicinskom mišljenju, takvom licu često ne bude bolje.⁹ Međutim, ako se u praksi ostvare prava podrška i mogućnosti, sposobnost takvih lica da sami biraju i taj izbor saopšte drugima mogla bi značajno da se razvije.

⁵ Tokom pregovora o Konvenciji, neke države potpisnice su želele da je ograniče tako da se bavi samo sposobnošću vezanom za prava, a drugi, uključujući i predstavnike pokreta za priznavanje invaliditeta, snažno su zagovarali da Konvencija uključi oba aspekta.

⁶ Vidi, npr., Amita Danda, «*Legal capacity in the Disability Rights Convention: Strangehold of the past or lodestar for the future?*», br. 34, *Syracuse Journal of International Law & Commerce*, 2007, str. 429 i dalje; Majkl Bak i Lana Kercner, «*A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity*», izveštaj pripremljen za Pravnu komisiju države Ontario, oktobar 2010, str. 16; i Tina Minkovic, «*The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the right to be free from nonconsensual psychiatric interventions*», br. 34, *Syracuse Journal of International Law & Commerce*, 2007, str 405. i dalje.

⁷ Gerhard Kvin, «*Personhood & Legal Capacity Perspectives on the Paradigm Shift of Article 12 CRPD*», Konferencija HPOD, Pravni fakultet Harvarda, 20.2.2010.

⁸ Piter Bartlet i drugi, *Mental Disability and the European Convention*, str. 155. Cifre se zasnivaju na istraživanju koje je obavio Centar za zagovaranje priznavanja mentalnog invaliditeta (MDAC) o sistemima starateljstva u Bugarskoj, Hrvatskoj, Češkoj, Gruziji, Mađarskoj, Rusiji i Srbiji.

⁹ Vidi, npr., alternativni izveštaj švedskog pokreta za priznavanje invaliditeta pred UN-ovim Komitetom za prava lica sa invaliditetom, 2011, paragraf 204.

Treće, etiketa nesposobnosti lako može da postane ono što se naziva proročanstvom koje samo sebe ispuni. Ako nam se ne daju prilike da donosimo odluke, kako možemo da naučimo da to radimo i da za svoje izbore preuzimamo odgovornost? Gubitak kontrole nad sopstvenim životim koji prozilazi iz oduzimanja poslovne sposobnosti ima negativne posledice po način na koji to lice samo sebe doživljava.¹⁰ Kad treća lica sistemski donose sve odluke u njihovo ime, lica sa invaliditetom naučena su na bespomoćnost i zavisnost. Lica kojima se više niko ne obraća kao primarnim vlasnicima sopstvenog života obično će da padnu u očima drugih, kao što su pružaoci usluga, pripadnici zajednice u kojoj žive, predstavnici javnih vlasti i svi drugi koji s takvom osobom dolaze u kontakt. Takvo umanjeno doprinosi riziku od stvaranja stereotipa, pretvaranja u objekat, te drugih oblika isključenja sa kojima se nesrazmerno suočavaju lica s invaliditetom, a to, sa druge strane, doprinosi iskustvu nemoći i podložnosti zloupotrebi i zanemarivanju.¹¹

2. Evropski izazovi

Sve evropske jurisdikcije imaju mehanizme koji se bave licima sa psihosocijalnim i/ili intelektualnim invaliditetom za koje se smatra da nisu u stanju da donose «obaveštene» odluke, tj. da razumeju implikacije određenih odluka ili da ocene razumno predvidive posledice različitih opcija. Koristili su se i koriste se različiti modeli oduzimanja sposobnosti licima s invaliditetom. Takozvani «statusni pristup» izjednačava određene oblike i stepene invaliditeta s nesposobnošću donošenja odluka u nekim ili u svim područjima života. Uz takav model, samo postojanje određenog invaliditeta je dovoljno da se pojedincu oduzme poslovna sposobnost, bez obzira na stvarne sposobnosti tog lica.

Takozvani «pristup ishoda» se, sa druge strane, usmerava na «razumnost» odluke koju sam pojedinac donese. Tipični primer je kad lice sa psihosocijalnim invaliditetom traži lečenje u psihijatrijskoj bolnici. Odluka o traženju i prihvatanju lečenja se skoro uvek prihvata kao valjana. Ako, pak, to lice želi da obustavi lečenje, verovatno je da će takva odluka da se preispituje na osnovu toga da dato lice nije sposobno da shvati sopstveni najbolji interes.

I na kraju, takozvani «funkcionalni pristup» se zasniva na kognitivnim sposobnostima pojedinca, tj. na sposobnosti takvog lica da shvati prirodu i posledice određene odluke. Oštećenje ili invaliditet primenjuju se kao granični uslov u smislu da samo lica sa takvim stanjima budu izložena riziku da se njihova sposobnost preispituje. Da bi zadržao poslovnu sposobnost, pojedinac mora da bude u stanju da pokaže sposobnost da donosi odluke samostalno i na osnovu činjenica.¹²

Svim tim pristupima se nešto može prigovoriti. Statusni pristup počiva na stereotipima i zanemaruje stvarne sposobnosti pojedinca. Pristup na osnovu ishoda je kontradiktoran i licu s invaliditetom ne daje dostojanstvo pravljenja grešaka i preuzimanja rizika, kako mi drugi to radimo. Funkcionalni pristup je, barem do sada, premalo pažnje posvećivao značaju podrške. Funkcionalni pristup možda i ima budućnost, ne kao mera stvari, po kojoj se oduzima sposobnost, kako je to bilo u prošlosti, već kao mera koja pomaže da se odredi koji tip podrške bi mogao da se obezbedi datom pojedincu.

¹⁰ Danda, str. 436.

¹¹ Bak i Kercner, str. 7.

¹² Danda, str. 431-432.

Posledica proglašenja nekoga nesposobnim je često da se moć donošenja odluka predaje trećem licu. Situacije i lica na koje se takvi aranžmani odnose i nivo učešća samog tog lica u značajnoj meri variraju u različitim delovima Evrope. Ovde je cilj ne da se da celovit opis situacije u svakoj državi članici Saveta Evrope, već da se ukaže na najveće probleme postojećih sistema iz ugla ljudskih prava.¹³

2.1 Postupak za oduzimanje poslovne sposobnosti i sistemi starateljstva

Veliki broj Evropljana sa intelektualnim i/ili psihosocijalnim invaliditetom lišen je poslovne sposobnosti i stavljen pod neki vid starateljstva. Tačne cifre su nepoznate, jer ne postoji standardizovan način prikupljanja podataka, ali se procenjuje da ih ima skoro milion odraslih.¹⁴ Uobičajena su dva osnovna modela starateljstva: potpuno i nepotpuno. Lica pod nepotpunim starateljstvom zadržavaju najveći deo svojih građanskih prava, ali određene funkcije, uglavnom upravljanje finansijskim pitanjima, prenose se na zakonskog zastupnika. Oni koji su pod potpunim starateljstvom, s druge strane, gube sva ili skoro sva građanska prava. Učešće staratelja je neophodno za donošenje pravno valjanih odluka u većini životnih pitanja. Mada se preferira nepotpuno starateljstvo, takvi sistemi obično se «presipaju» u druga područja. Izveštaji ukazuju na to da nepotpuni staratelji imaju previše kontrole nad životima svojih štićenika, koji nisu uvek svesni koje su to odluke koje treba da donesu oni, a koje staratelji, kao ni prava da učestvuju u onim odlukama u kojima staratelj ima zadnju reč.¹⁵

Mada obezbeđuje zaštitu od nekih vrsta zloupotrebe, iskustva pokazuju da sistemi starateljstva na kraju omoguće zloupotrebu staratelja i trećih lica. Primeri uključuju sučajeve da staratelji svoje štićenike smeštaju u bolnicu ili ustanovu za socijalnu negu protiv njihove volje, zloupotrebe u upravljanju finansijama i druge oblike zloupotrebe i zanemarivanja. Postupci koji vode do oduzimanja poslovne sposobnosti i imenovanja zakonskog predstavnika takođe sadrže ozbiljne nedostatke. Postupak za oduzimanje poslovne sposobnosti vodi se iza leđa lica na koje se odnosi. Čak i kad domaći zakon predviđa pravo da se bude obavešten i da se bude prisutan i saslušan na sudu, takav uslov često ide uz često upotrebljenu mogućnost da se postupak vodi bez prisutva datog lica, ako se takvo učešće smatra štetnim po njegovo/njeno zdravlje.¹⁶

Drugi problem je nedostatak besplatnog i efektivnog pravnog zastupanja tokom sudskog postupka, čime se ozbiljno ugrožava mogućnost da pojedinac ospori zahtev za starateljstvo.¹⁷

¹³ Detaljnije informacije u MDAC-ovom izveštaju o starateljstvu u Bugarskoj, Hrvatskoj, Češkoj, Gruziji, Mađarskoj, Rusiji i Srbiji, kao i studiji organizacije *Inclusion Europe* o «Specifičnim rizicima diskriminacije lica u situaciji zavisnosti ili sa složenim potrebama, izveštaj o evropskoj studiji».

¹⁴ Pismeni podnesak MDAC-a kao *amicus curiae* u skladu sa članom 36(2) Evropske konvencije o ljudskim pravima, i u skladu sa pravilom 44(2) Pravila Suda, u predmetu Stanislaw Kedziar protiv Poljske (predstavka br. 45026/07), 3.9.2009, paragraf 4.

¹⁵ Studija *Inclusion Europe*, sv. 2, str. 83.

¹⁶ MDAC-ov izveštaj o starateljstvu: Češka – str. 36; Gruzija – str. 26; Rusija – str. 27; Srbija – str. 33.

¹⁷ Meri Kejs, «*Legal capacity reform in Europe: An urgent challenge*», Evropski godišnjak o pravima invaliditeta, G. Kvin i L. Vadington (ur.), sv. 1, str. 80; uporedi: *Eiri protiv Irske*, predstavka br. 6289/73, 9.10.1979, paragraf 24

Na kraju, mehanizmi kontrole i procedure za reviziju ne uspevaju da na ispravan način prate radnje i propuste staratelja. Od staratelja se često očekuje da opštini ili drugom nadzornom organu dostavljaju godišnji izveštaj. Ti izveštaji prvenstveno se bave finansijskim pitanjima i retko sadrže informacije o odlukama koje staratelj donosi. Izveštaji mogu i da ostanu kod datog organa, bez da ih se prosledi licima na koja se odnose. U nekim zemljama pojedinac čak nema ni pravo da traži da vidi izveštaj. Članovi porodice koji deluju kao staratelji su u nekim zemljama potpuno izuzeti od obaveze podnošenja izveštaja, tako da nad njihovim aktivnostima nema nikakvog nadzora.¹⁸

2.2 Automatski gubitak ljudskih prava

Gubitak sposobnosti da se upravlja sopstvenom imovinom i finansijama je tipična posledica oduzimanja poslovne sposobnosti i stavljanja pod starateljstvo. Jedna od osnovnih funkcija staratelja je da preuzme odgovornost za finansijska sredstva odrasle osobe. Mera u kojoj pojedinac gubi sposobnost da raspolaže sopstvenim materijalnim sredstvima razlikuje se od zemlje do zemlje. Sistem nepotpunog starateljstva omogućava pojedincu da samostalno donosi svakodnevne odluke, ali da značajnije odluke, uključujući one koje se odnose na veće sume novca, prepušta staratelju.¹⁹ Jurisdikcije koje predviđaju potpuno starateljstvo uglavnom pojedincu potpuno oduzimaju moć da izvršava pravno valjane transakcije.

Pogođena su i druga prava, uključujući pravo na rad, stupanje u brak i političko učešće. Jedan noviji izveštaj Agencije Evropske unije za osnovna prava (FRA) pokazuje da većina država članica EU pravo na političko učešće vezuje za poslovnu sposobnost pojedinca. Rezultat toga je da u pravnim sistemima takvim zemljama, postoji automatska ili kvazi-automatska odredba kojom se licima sa psihosocijalnim i/ili intelektualnim invaliditetom kojima je ograničena poslovna sposobnost oduzima i pravo da glasaju. I to se tako radi bez obzira na to da li takva lica razumeju koncept glasanja ili ne.²⁰

Poslovna sposobnost je neophodna da bi se uživala korist od principa da medicinske intervencije moraju da budu zasnovane na slobodnom i obaveštenom pristanku.²¹ U nekim evropskim zemljama, staratelji automatski imaju pravo da u ime svojih štićenika donose odluke u sferi medicinske nege. Pristanak staratelja može dovesti do toga da se hospitalizacija i/ili medicinska intervencija smatraju dobrovoljnom, bez obzira na to što lice na koje se to odnosi nije dalo svoj pristanak. Intervencije mogu čak da budu i

¹⁸ MDAC-ovi izveštaji o Bugarskoj, str. 59-60; Češkoj, str. 65-66; Mađarskoj, str. 57. Vidi i studiju *Inclusion Europe*, sv. 3, str. 353 i 390.

¹⁹ MDAC-ovi izveštaji o Bugarskoj, str. 48; Češkoj, str. 53-54; Gruziji, str. 40-41; Mađarskoj, str. 44; Rusiji, str. 42-43 i Srbiji, str. 53-54

²⁰ Agencija Evropske unije za osnovna prava, *Pravo na političku participaciju lica sa problemima mentalnog zdravlja i lica sa intelektualnim invaliditetom*, oktobar 2010, str. 10.

²¹ Vidi npr. *Priti protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, predstavka br. 2346/02, 29.4.2002, paragraf 63, koji kaže: «U sferi medicinskog lečenja, odbijanje da se prihvati određeno lečenje može neizbežno da dovede do smrtnog ishoda, ali nametanje lečenja bez pristanka mentalno sposobnog odraslog pacijenta bi bilo mešanje u fizički integritet ličnosti na način koji bi mogao da se tiče prava zaštićenih članom 8 § 1 Konvencije». Vidi i *Hercegfalvi protiv Austrije*, predstavka br. 10533/83, 24.9.1992, paragrafi 82-83 i 86, gde je Sud zaključio da medicinsko lečenje bez saglasnosti nije suprotno članu 8. ako država uverljivo pokaže da je bilo neophodno i da dati pojedinac nije imao sposobnost da da obavešten pristanak.

suprotne jasno iskazanoj volji pojedinca, ali da se i dalje smatraju dobrovoljnim u pravnom smislu. U drugim zemljama, staratelji i drugi zakonski zastupnici ne mogu da donose odluke o zdravstvenoj nezi. Međutim, psihijatrijske intervencije bez pristanka su u većini zemalja još uvek moguće, ako lekar smatra da su neophodne, a sud to potvrdi.

I na kraju, lica kojima je oduzeta poslovna sposobnost gube i pravo pojavljivanja pred sudom, čime su lišeni efektivnog pravnog leka kojim bi mogli da ospore to oduzimanje poslovne sposobnosti, odluke svojih staratelja ili bilo koje drugo pravno pitanje koje bi, u suprotnom, bili u stanju da iznesu pred sudom.

2.3 Nedostatak alternativa za podršku

Lica sa intelektualnim i/ili psihosocijalnim invaliditetom bi trebalo da imaju mogućnost da dobiju podršku, čak i u obliku partnera za razgovor, za komunikaciju s vlastima, prijavu za pomoć za stanovanje, ili za donošenje odluke o zdravstvenoj nezi ili izboru smeštaja. Tužna istina je da se od većine Evropljana sa intelektualnim i/ili psihosocijalnim invaliditetom koji bi voleli da imaju takvu podršku, umesto toga, traži da se odreknu poslovne sposobnosti, tj. sposobnosti da vladaju svojim životima, te da prihvate da neko drugi u njihovo ime donosi odluke. Savesni zakonski zastupnici će da ih pitaju za mišljenje i da daju sve od sebe da postupaju u skladu s voljom svojih štićenika, ali takav pojedinac je i dalje lice koje je izgubilo pravo da ima zadnju reč u odlukama koje ga se tiču.

3. Jednaka prava za lica s invaliditetom: promena paradigme

Takozvana «promena paradigme» u politici rada vezanoj za invaliditet često se opisuje kao promena u načinu na koji se vide lica s invaliditetom, od objekta ka subjektu. To označava odmicanje od dobrotvornog stava u smeru pristupa zasnovanog na pravima, i od paternalizma u pravcu osnaživanja. Ovo treba da smatramo i promenom od lišavanja poslovne sposobnosti u smeru prava na podršku u ostvarivanju poslovne sposobnosti.

3.1 Razumevanje invaliditeta u kontekstu ljudskih prava

Ovakva promena paradigme prodire u pojam invaliditeta u kontekstu ljudskih prava. KPLI potvrđuje da je invaliditet posledica interakcije lica sa umanjenim sposobnostima i okruženja. Tek kad okruženje nije u stanju da odgovori na potrebe takvih lica, nastaje invaliditet.²² Naprimera, ako građanka s Daunovim sindromom koja želi da se prijavi za određenu uslugu, dobije informacije u formatu koji je jednostavan za čitanje, kao i adekvatnu podršku i dovoljno vremena da razmotri sve opcije, onda će možda da shvati o kakvoj se usluzi radi i da bude u stanju da odabere da li da je koristi ili ne. U takvoj situaciji invaliditeta nema. Međutim, ako se informacija obezbeđuje samo na standardnom (a time i takvom licu nepristupačnom) jeziku, a niko se ne ponudi da takvoj osobi objasni na način na koji može da je razume, onda invaliditet postaje činjenica. Ovakav način razumevanja invaliditeta se fundamentalno razlikuje od posmatranja invaliditeta kao posledice mane koju pojedinac ima. To znači da invalida stvara činjenica da društvo ne uspeva da stvori inkluzivno okruženje, a ne neko mentalno ili intelektualno stanje koje se veže za takvo lice.

²² Konvencija o pravima lica sa invaliditetom, član 1. i preambula pod e).

Rešenje može da se nađe upravo u smeštanju «problema» invaliditeta u (nepristupačno) okruženje. Takva promena traži pravne promene, kao i promene stava i okruženja. Postojeće prepreke, koje lica s invaliditetom sprečavaju da imaju kontrolu nad svojim životima jednako s drugima, moraju da se uklone, a treba da se razvijaju sistemi koji licima s invaliditetom omogućavaju da sami odabiru, da žive u zajednici i učestvuju u društvu. Evropski akcioni plan to ovako opisuje:

«Odmakli smo se od posmatranja invalida kao pacijenata kojima treba nega i koji ne doprinose društvu, ka tome da ih posmatramo kao ličnosti kojima treba da se postojeće prepreke uklone, da bi oni mogli zauzeti mesta koja im pripadaju, kao punopravnim pripadnicima društva. Te prepreke uključuju stavove, kao i socijalne, zakonske i prepreke samog okruženja. Prema tome, mi treba da potaknemo promenu paradigme, od starog medicinskog modela invaliditeta, ka modelu koji se zasniva na socijalnim i ljudskim pravima.

Fokus smo preusmerili na pojedinca kao centralni element jednog koherentnog i integrisanog pristupa, koji poštuje ljudska prava, osnovne slobode i dostojanstvo svih lica s invaliditetom. Shodno tome, u dosta evropskih zemalja jeste došlo do promene, u smeru promocije aktivnih politika rada koje osnažuju pojedinca invalida da ima kontrolu nad sopstvenim životom [...].»²³

Biti pripadnik društva i u njemu učestvovati su ključni aspekti pravnog svojstva ličnosti i poslovne sposobnosti. Upravo to pripadanje i interakcija sa porodicom, prijateljima i sugrađanima je ono što nam omogućava da pravimo izbore i osnažuje nas da imamo kontrolu nad svojim životima. Veza između života u zajednici i priznavanja poslovne sposobnosti je očigledna. Ne samo da vam treba poslovna sposobnost da biste odlučili gde ćete da živite i sa kim, već ljudi, zapravo, svoje sposobnosti da donose odluke i izbore mogu da razvijaju samo kad je to ugrađeno u socijalni kontekst. Niko od nas se ne rađa s takvim sposobnostima. Donošenje odluka je nešto što učimo od roditelja, prijatelja, nastavnika i drugih.

3.2 Jednakost u kontekstu invaliditeta

Konvencija o pravima lica sa invaliditetom (KPLI) je nastala na osnovu shvatanja da postojeći okvir ljudskih prava ne štiti ljudska prava lica sa invaliditetom u istoj meri kao i drugih. Upravo zato je načelo jednakosti osnov cele Konvencije. Nije to pitanje stvaranja «odvojenih» ili «specijalnih» prava za lica sa invaliditetom, već pitanje ukjučenja lica sa invaliditetom u postojeća ljudska prava i prilagođavanja postojećih prava tako da zadovoljavaju njihove potrebe. Mada se Konvencija prvenstveno bavi situacijom lica sa invaliditetom, bavi se i generalnim diskursom ljudskih prava. Predstavlja jedan potpuno razvijen koncept jednakosti u smislu ljudskih prava. Ide dalje od formalne jednakosti i stvara shvatanje jednakosti koje se blisko povezuje sa percepcijom da je invaliditet nedostatak koji se javlja kad lice koje ima neku umanjenu sposobnost naiđe na nepristupačnu sredinu, a ne karakteristika koja se jednostavno može pripisati datom pojedincu.

²³ Preporuka Rec(2006)5 Komiteta ministara državama članicama Saveta Evrope: Akcioni plan za promociju prava i puno učešće ljudi sa invaliditetom u društvu – unapređenje kvaliteta života osoba sa invaliditetom u Evropi, 2006-2015, koji se spominje kao Akcioni plan Saveta Evrope za osobe s invaliditetom 2006-2015, pasus 2.2.

Ovakvo shvatanje jednakosti uobličilo je definiciju diskriminacije, koja je u Konvenciji definisana ovako:

“Svako razlikovanje, isključenje ili ograničenje na osnovu invaliditeta, koje za svrhu ili posledicu ima umanjeno ili poništavanje priznanja, uživanja ili ostvarivanja, ravnopravno sa drugima, svih ljudskih prava i osnovnih sloboda u političkom, ekonomskom, socijalnom, kulturnom, građanskom ili bilo kojem drugom polju. To uključuje sve oblike diskriminacije, uključujući negiranje razumnog prilagođavanja.» (član 2. Konvencije o pravima lica sa invaliditetom)

Uključivši sve postupke kojima su cilj ili posledica da ugroze ili ponište ljudska prava, definicija zabranjuje i direktnu i indirektnu diskriminaciju. Uz to, od ključnog značaja za efektivnu prevenciju diskriminacije na osnovu invaliditeta je i to što su države obavezne da obezbede razumno prilagođavanje (član 5, paragraf 3. Konvencije). Razumno prilagođavanje se definiše kao «neophodno i adekvatno modifikovanje i usklađivanje koje ne stvara nesrazmeran ili neprimeren teret, gde je to potrebno u datom slučaju, da se licima sa invaliditetom obezbedi uživanje ili ostvarivanje, jednako s drugima, svih ljudskih prava i osnovnih sloboda (član 2. Konvencije o pravima lica sa invaliditetom).

To znači da, da ne bi vršili diskriminaciju, poslodavci, škole, lokalne vlasti, prevozne firme i svi drugi koji nude usluge široj javnosti, moraju da poduzmu mere kojim će da obezbede da njihove usluge budu dostupne i licima sa invaliditetom. Vlasnik restorana može da postavi rampu za goste u invalidskim kolicima, ili da ponudi da se licima koja imaju problem s vidom jelovnik pročita. Poslodavac može da ponudi fleksibilno radno vreme ili tiši radni prostor licima sa psihosocijalnim invaliditetom kojima to treba da bi efikasnije radili.

Možda smo već navikli da o razumnom prilagođavanju razmišljamo u smislu rampi i prilagođavanja radnog prostora, ali se ovaj koncept primenjuje i na proces donošenja odluka u kojem pojedinci jedni s drugima dolaze u kontakt. Kao odraz gore opisanog primera, lica sa intelektualnim ili psihosocijalnim invaliditetom možda ne mogu od početka da razumeju implikacije određenih transakcija i intervencija kao što su podizanje kredita, raskidanje polise osiguranja ili pristanak ili odbijanje neke medicinske operacije. U takvim slučajevima, banka, osiguravajuća firma i lekar imaju obavezu da poduzmu pozitivne mere (da ograniče nesrazmeran ili neprimeren teret) da se prilagode datom pojedincu, da bi obezbedili da to lice bude u položaju jednakosti s drugima.

Prilagođavanja te vrste podrazumevaju reviziju i pojednostavljivanje procedura za klijente vezanih za ugovorne aranžmane. Informacije treba da se daju u oblicima koji su jednostavni za čitanje ili u nekim alternativnim formama. Lekar bi mogao da posveti više vremena objašnjavanju predloženog medicinskog postupka, njegovih rizika i mogućih koristi, te da datom pojedincu ostavi još vremena da o svemu razmisli. Radi se o vrlo jednostavnim stvarima, kao da se, recimo, prihvati da nekim klijentima u saopštavanju odluka i izbora pomažu članovi porodice i prijatelji. I vlasti i privatna preduzeća se obuhvataju dužnošću razumnog prilagođavanja (član 44, paragrafi d) i e) Konvencije).

Zabrana diskriminacije sadržana u Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima (Evropska konvencija) takođe ide dalje toga da se prema jednakom pojedincima postupa na isti način. Inu. U predmetu Tlimenos protiv Grčke, Sud je smatrao da se Konvencija krši ne samo kad države različito postupaju prema pojedincima u analognim situacijama bez predočavanja objektivnog i razumnog opravdanja, već i «kad države bez razumnog i

objektivnog opravdanja ne postupaju različito prema pojedincima čije su situacije značajno različite.»²⁴ Sud dalje potvrđuje da države imaju obavezu da se prilagođavaju potrebama lica sa invaliditetom u državnim ustanovama, kao što su zatvori.²⁵

U predmetu *Glor protiv Švajcarske*,²⁶ ovakva argumentacija je primenjena na pritužbu protiv diskriminacije na osnovu invaliditeta. Predmet se odnosio na čoveka koji je bio spreman da odsluži vojni rok, ali su ga, zbog dijabetesa, smatrali medicinski nesposobnim. Alternativna civilna služba bila je dostupna samo prigovaračima savesti. Pošto nije odslužio vojni rok, Glor je morao na svoj godišnji prihod da plaća porez za izuzeće od vojnog roka. Lica sa složenijim dijabetesom, koja nisu bila u stanju da služe vojni rok, bila su izuzeta od tog poreza. Ali Glor ne. Njegov dijabetes se nije smatrao dovoljno teškim da ga izuzme iz poreza.

Sud je pocrtao da lista osnova za diskriminaciju navedena u članu 14. nije konačna i da nesumnjivo podrazumeva i zabranu diskriminacije na osnovu invaliditeta. Sud dalje kaže da diskriminaciju ne predstavlja svaka razlika u postupanju. Samo u slučajevima kad se lice stavi u nepovoljan položaj u odnosu na druga lica u sličnoj situaciji i kad za takav tretman nema objektivnog i razumnog opravdanja, radi se o zabranjenoj diskriminaciji. Sa Glorom se postupalo drukčije u odnosu na lica sa složenijim dijabetesom, kao i u odnosu na prigovarače savesti, te su i jedni i drugi bili izuzeti od plaćanja takse bez odsluženja vojnog roka. Po mišljenju Suda, ovakva razlika u postupanju nije bila ni objektivna ni razumna, a Švajcarska nije dala nikavu alternativu za lica s (blažim) invaliditetom. Ta obaveza da se ponudi alternativa, da se sistem prilagodi tako da lica s invaliditetom imaju iste opcije na raspolaganju, je vrlo slična pojmu razumnog prilagođavanja koji sadrži Konvencija o pravima lica sa invaliditetom.

4. Standardi ljudskih prava na temu poslovne sposobnosti

Promena paradigme i načelo jednakosti, kako su gore opisani, traže novi pristup temi poslovne sposobnosti. Promena paradigme od nas traži da promenimo okruženje, umesto da pokušavamo da «popravimo» pojedinca. Zahtev jednakosti od nas traži da razvijemo alternative kojima ćemo da zadovoljimo i omogućimo svim licima sa invaliditetom da sami upravljaju svojim životima. Standardi ljudskih prava navedeni u daljem tekstu nude još saveta o tome kako se ovo može provesti u praksi.

²⁴ *Tlimenos protiv Grčke*, predstavka br. 34369/97, 6.4.2000. Slučaj se ticao čoveka kojem je odbijen zahtev da bude imenovan kao ovlašteni računovođa, na osnovu ranije krivične kazne, koja se ticala odbijanja, na osnovu verskih ubeđenja Jehovinog svedoka, da obuče vojnu uniformu. Državni zakon je svim licima koja su bila krivično kažnjavana onemogućavao da se prijave za bilo kakvu javnu službu. To što je podnosilac odbio da obuče uniformu proizilazilo je iz verskih ubeđenja i nije se moglo smatrati da implicira da je moralno ili mentalno nepodoban za računovodstvenu struku. Prema tome, država nije imala ni objektivno ni razumno obrazloženje što mu je oduzela mogućnost da bude računovođa.

²⁵ *Prajs protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, predstavka br. 33394/96, 10.7.2001. Slučaj se ticao žene u invalidskom kolicima koja je smeštena u zatvor koji nije udovoljavao njenim potrebama. Žalila se na hladnoću svakih pola sata, što je ozbiljan problem za podnositeljku koja ima hronični problem s bubrežima i koja se, zbog svog invaliditeta, nije mogla da se kreće da bi joj bilo toplije. Uz to, nije mogla da koristi krevet i morala je da spava u svojim kolicima. Od zatvorskeg lekara je dobila deblje čebe i sredstva protiv bolova, ali se ništa drugo nije poduzelo. Sud je zaključio da nepružanje odgovarajućeg smeštaja i uslova predstavlja ponižavajuće postupanje po članu 3. (zabrana mučenja). Mada se ne radi eksplicitno o slučaju diskriminacije, sudija Grejv je, u svom izdvojenom mišljenju, a u vezi sa predmetom Tlimenos, zaključio da se radi o diskriminaciji.

²⁶ *Glor protiv Švajcarske*, predstavka br. 13444/04, 30.4.2009.

4.1 Konvencija o pravima lica s invaliditetom: jednakost pred zakonom

Član 12. Konvencije nosi naslov «jednako priznanje pred zakonom» i smatra se žilom kucavicom Konvencije. Blisko se povezuje sa socijalnom inkluzijom, autonomijom i jednakošću, što su osnovne vrednosti ovog instrumenta, te kaže sledeće:

1. Države potpisnice potvrđuju da lica s invaliditetom imaju pravo da im svugde bude priznata pravna i poslovna sposobnost.
2. Države potpisnice priznaju da lica s invaliditetom uživaju poslovnu sposobnost jednako s drugima u svim aspektima života.
3. Države potpisnice poduzimaju odgovarajuće mere da licima s invaliditetom obezbede pristup podršci koja im može trebati u ostvarenju svoje poslovne sposobnosti.
4. Države potpisnice obezbeđuju da sve mere vezane za ostvarivanje poslovne sposobnosti predviđaju odgovarajuće i efektivne garancije zaštite, kojima se sprečava zloupotreba, u skladu sa međunarodnim pravom ljudskih prava. Takve garancije zaštite obezbeđuju da mere vezane za ostvarivanje poslovne sposobnosti poštuju prava, želje i preferencije takvih lica, te da su lišene sukoba interesa i neprimerenog uticaja, da su srazmerene i prilagođene okolnostima datog lica, da važe najkraći mogući period i da podležu redovnoj reviziji nadležne, nezavisne i nepristrasne vlasti ili sudskog tela. Garancije su srazmerne stepenu u kojem takve mere pogađaju prava i interese datog lica.
5. U skladu s odredbama ovog člana, države potpisnice poduzimaju sve primerene i efektivne mere kojima obezbeđuju ista prava za lica sa invaliditetom da poseduju i nasleđuju imovinu, da kontrolišu sopstvene finansijske poslove i da imaju isti pristup bankovnim zajmovima, hipotekama i drugim oblicima finansijskog kredita, i obezbeđuju da lica s invaliditetom ne budu proizvoljno lišena svoje imovine.

Jasno je da je puna/jednaka poslovna sposobnost za svakog polazna tačka Konvencije o pravima lica sa invaliditetom (član 12, paragrafi 1-2). Države potpisnice ne mogu da lišavaju poslovne sposobnosti ljude sa invaliditetom ili umanjenim sposobnostima. Jednako je jasno da davanje podrške treba da bude primarni odgovor na situacije u kojima se smatra da neko ima teškoća u donošenju odluka i/ili saopštavanju tih odluka drugima. (član 12.3). Pristup pravnoj i poslovnoj sposobnosti koji ima Konvencija je, prema tome, suštinski različit od prakse starateljstva koja postoji u većini zemalja članica Saveta Evrope, gde se licima sa intelektualnim i/ili psihosocijalnim invaliditetom, umesto da budu osnaženi da iskažu sopstveni izbor, oduzima sposobnost i dodeljuje staratelj, koji će da donosi odluke u njihovo ime.²⁷

²⁷ Vidi npr.: Kancelarija Visokog komesara Ujedinjenih nacija za ljudska prava, "Praćenje Konvencije o pravima lica s invaliditetom – smernice za vršioce praćenja", *Professional training series* br. 17, str. 26 koji kaže: «Pravo na jednako priznavanje pred zakonom traži, između ostalog, ukidanje invaliditeta kao osnova po kojem će se neko lišiti poslovne sposobnosti – naprimjer, ukidanjem prakse imenovanja staratelja koji donosi odluke u ime lica sa invaliditetom i, umesto toga, pružanje podrške licima sa invaliditetom, tako da mogu sami da donose sopstvene odluke».

Obaveza da se obezbedi pristup podršci (član 12.3) i gore opisana dužnost da se razumno prilagodi potrebama (član 5.3) su komplementarne. Počivaju na istoj ideji, da sadašnji sistemi za ostvarenje poslovne sposobnosti nisu zamišljeni tako da budu pristupačni licima s invaliditetom, i shodno tome, treba da se prilagode tako da ispoštuju načelo jednakosti. Međutim, pošto član 5.3 ne kaže ništa o vrstama prilagođavanja koje treba da se ostvare, član 12.3 sadrži eksplicitnu obavezu da se obezbedi pristup podršci. Formulacija «pristup podršci» dodatno ukazuje na to da podrška treba da se pruža na dobrovoljnom osnovu, te da države ne moraju da budu stvarni pružaoci takve podrške. Obaveza države je da se postara da podrška bude dostupna, bez obzira na to da li je zapravo pružaju javna tela, civilno društvo, porodica i prijatelji, ili mešavina javnih i privatnih strana.

Podrška koju traži član 12. može da bude u različitim oblicima, uključujući podršku da se nekome ko komunicira na alternativne načine obezbedi da svoju poruku prenese trećim licima; podršku da se pomogne nekome u kontaktima s vlastima; i podršku u planiranju života, da se osobi pomogne u razmišljanju o opcijama za samostalan život i druge aranžmane. Ono što je zajedničko ovim merama je da sam izbor leži na pojedincu. Treća lica, tj. javne vlasti, lekari, socijalni radnici, bankovni službenici i drugi moraju, sa druge strane, da poduzimaju mere koje će pojedincu da obezbede da sklapa ugovore i donosi druge odluke sa pravnim posledicama (razumno prilagođavanje).²⁸

Član 12.4 tiče se garancija zaštite. Na prvi pogled može da deluje kao ostatak stare paradigme, gde je osnovno pravilo bilo zamensko odlučivanje. Međutim, garancije zaštite će da budu neophodne i u novoj paradigmi. Zamena starateljstva sistemom podrške će da vrati moć pojedincu, ali neće da ukoni sve rizike manipulacije i zloupotrebe.

Danas možda još uvek ima osoba čije odluke i izbore mi ne možemo da razumemo, bez obzira na napore da se pojedincu pruži podrška i nastojanja trećih lica da se prilagode. U takvim slučajevima moramo da pribegnemo razmišljanju iz ugla «najboljih interesa» i da učinimo sve što možemo da saznamo šta bi to lice želelo kad bismo bili u stanju da ih razumemo. Međutim, to ne znači da države mogu da nastave da ih lišavaju poslovne sposobnosti. Umesto toga, moramo da razvijamo različite oblike podrške, u dijalogu sa korisnicima, tako da vremenom postanemo bolji u razumevanju izbora i preferencija svojih sugrađana.²⁹ Značaj izgradnje alternativa za život u zajednici, kojim se ponovo uspostavljaju društvene mreže takvih ljudi, u ovakvom kontekstu je nemerljiv. Upravo u vezi sa drugim ljudima mi formiramo svoje ličnosti i preferencije. Svima nama treba socijalni kapital, da bismo mogli donositi izbore u sopstvenom životu.

4.2 Evropska konvencija o ljudskim pravima

4.2.1 (Ne)zakonitost oduzimanja poslovne sposobnosti

Mada Evropska konvencija o ljudskim pravima ne govori direktno o poslovnoj sposobnosti, oduzimanje poslovne sposobnosti predstavlja ozbiljno mešanje u pravo pojedinca na poštovanje privatnog života (član 8.).³⁰ Oslanjajući se na svoju sudsku

²⁸ Bak i Kercner, str. 101-102.

²⁹ Gerhard Kvin, «Personhood & Legal Capacity Perspectives on the Paradigm Shift of Article 12 CRPD», Konferencija HPOD, Pravni fakultet univerziteta Harvard, 20.2.2010.

³⁰ *Štukatarov protiv Rusije*, predstavka br. 44009/05, paragraf 90; i *Salontaji Drobnyak protiv Srbije*, predstavka br. 36500/05, paragraf 144.

praksu vezanu za lišenje slobode, Evropski sud za ljudska prava utvrdio je da postojanje mentalnog poremećaja, čak i teškog, ne može da bude jedini razlog koji opravdava oduzimanje poslovne sposobnosti. Samo mentalni poremećaj određene «vrste ili stepena» može to da opravda.

U predmetu *Šukaturov protiv Rusije*, podnosiocu predstavke je dijagnostikovana šizofrenija i utvrdilo se, prema lekarskom izveštaju, da je nasilan, «antisocijalan» i nesposoban da razume svoje postupke. Međutim, pošto u izveštaju nije precizno navedeno koje postupke nije u stanju da razume, došlo se do zaključka da je oduzimanje poslovne sposobnosti bilo suprotno članu 8. Upućujući na principe formulisane u Preporuci Komiteta ministara br. R (99) 4,³¹ Sud je kritikovao državu zato što nije reagovala na način prilagođen licu kojem treba pomoć, i zaključio da je rezultat toga da su prava podnosioca po članu 8. bila ograničena više nego što je to strogo neophodno.³² Ovaj princip srazmernost i neophodnosti potvrđen je u predmetu *Salontaji-Drobnjak protiv Srbije*, gdje je Sud zaključio da ograničeno lišenje poslovne sposobnosti, koje je u skladu s domaćim zakonom i ima legitiman cilj, mora da bude srazmerno da bi bilo u skladu sa Evropskom konvencijom. Potpuno lišenje poslovne sposobnosti ne zadovoljava taj kriterijum.³³

U skorijem predmetu *Stanev protiv Bugarske*, Sud je imao priliku da razradi svoj stav prema delimičnom lišenju poslovne sposobnosti i aranžmanima za zakonsko zastupanje. Predmet se odnosio na čoveka koji je stavljen pod nepotpuno starateljstvo: bio je u stanju da obavlja jednostavne radnje u svakodnevnom životu i imao pristup nekim od sopstvenih resursa. Međutim, nije mu bilo omogućeno da sam obavlja određene pravne transakcije i nije bio u stanju da pristupi sudu da bi osporio oduzimanje poslovne sposobnosti i prisilni smeštaj u dom za socijalno staranje koji je nakon toga usledio. On je tvrdio da starateljstvo pod kojim je bio nije bilo usmereno na njegove lične potrebe, već je podrazumevalo brojna ograničenja koja se nameću svakom ko bude stavljen pod taj režim. To, u kombinaciji s obavezom da živi u domu za socijalno staranje, efektivno ga je lišilo učešća u životu zajednice i izgradnje ličnih odnosa.³⁴

U svojoj presudi Velikog veća u predmetu *Stanev protiv Bugarske*, Sud je naglasio sve veći značaj koji međunarodno pravo, uključujući Konvenciju o pravima lica sa invaliditetom, sad pripisuje tome da se osobama s psihosocijalnim invaliditetom da što je moguće više pravne autonomije. Uz to što je zaključio da su uslovi u domu za socijalno staranje predstavljali ponižavajuće postupanje i kršenje člana 3., Sud je zaključio da je lišenje slobode bilo nezakonito i da je to što podnosilac nije imao pristup sudu da ospori zakonitost svog lišenja slobode i traži vraćanje poslovne sposobnosti predstavljalo kršenje članova 5. i 6. Konvencije. Međutim, Sud je smatrao da nema nikakvog posebnog pitanja po članu 8.³⁵

Pošto Sud i dalje priznaje mentalni poremećaj kao moguće opravdanje za ograničenje poslovne sposobnosti, evropski sistem ljudskih prava još uvek nije u potpunosti ugradio paradigmu koju predviđa Konvencija o pravima lica s invaliditetom, u smislu davanja

³¹ Preporuka br. R (99)4 Komiteta ministara o principima vezanim za pravnu zaštitu odraslih osoba sa invaliditetom, 23.2.1999. Naslov je nezgrapan i ukazuje na prevaziđen stav prema licima sa invaliditetom, ali principi su još uvek relevantni.

³² *Šukaturov protiv Rusije*, paragrafi 90, 93-95.

³³ *Salontaji Drobnjak protiv Srbije*, 13.10.2009, paragraf 144.

³⁴ *Stanev protiv Bugarske*, predstavka br. 36760/06, 17.1.2012.

³⁵ *Stanev protiv Bugarske*, paragrafi 244 i 250-252.

licima sa invaliditetom primarnog prava na podršku u odlučivanju. Rezolucija Parlamentarne skupštine 1642 (2009) pomenuta u uvodu, pak, ukazuje na smer te promene paradigme. Ona poziva države članice da garantuju da osobe s invaliditetom zadržavaju i ostvaruju poslovnu sposobnost ravnopravno s drugim pripadnicima društva tako što «obezbeđuju da njihovo pravo da donose odluke ne bude ograničeno ili ga drugi potpuno zamene, da mere koje se njih tiču budu individualno prilagođene njihovim potrebama, i da u odlučivanju može da im pomaže za to imenovana osoba" (paragraf 7.1). Dalje se kaže da tamo gdje je podrška potrebna, treba da se pruži licima sa invaliditetom bez suzbijanja njihovih želja i namera (paragraf 7.2).

4.2.2 *Fer postupak*

Sudski postupak o poslovnoj sposobnosti tiče se građanskih prava pojedinca i, prema tome, mora da poštuje garancije o fer suđenju iz člana 6.1 Evropske konvencije. Države potpisnice imaju određeni stepen slobodne procene kad odlučuju o proceduralnim aranžmanima kojima će da osiguraju fer suđenje, ali moraju da se ispoštuju minimalne garancije člana 6.³⁶ To znači da pojedinac ima pravo da učestvuje u postupku o sopstvenoj poslovnoj sposobnosti. S obzirom na dvojnu ulogu takvog pojedinca – kao zainteresovane strane, a u isto vreme i kao predmeta razmatranja suda – njegovo učešće je neophodno «ne samo da mu se omogući da predstavi svoj slučaj, već i da sudiji omogući da formira sopstveno mišljenje o mentalnim sposobnostima podnosioca».³⁷

Države potpisnice moraju i da obezbede da dati pojedinac kao stranka pred sudom uživa punu jednakost u odnosu na stranku koja podnosi zahtev. Mada Konvencija ne garantuje besplatnu pravnu pomoć u svim slučajevima koji se tiču građanskih prava, član 6. obavezuje države potpisnice da pruže takvu pomoć ako se to pokaže neophodnim za efektivan pristup sudu. Postojanje takve obaveze određuje se kroz složenost predmeta i procedure koje podrazumeva, značaj onoga o čemu se odlučuje i finansijsku situaciju pojedinca.³⁸ Većina postupaka o poslovnoj sposobnosti podrazumevaju i veštačenje (obično medicinske izveštaje) i rasprave pred sudom, čime ti postupci postaju dosta složeni. Očito je da su za datog pojedinca vrlo bitne stvari u pitanju. Iz tih razloga, Sud smatra da su te stvari podjednako bitne koliko i lišenje slobode.³⁹

Fer postupak neće da zameni ili da legitimitet nefer sistemima starateljstva koje treba menjati. Međutim, sve dok postoje takvi sistemi, moraju da se poštuju garancije fer suđenja. Novi sistemi podrške, kad podrazumevaju sudski postupak, moraće da zadovolje standarde fer postupka.

³⁶ *Mater protiv Slovačke*, predstavka br. 31534/96, 5.7.1999, paragraf 51.

³⁷ *Štukaturov protiv Rusije*, paragraf 72, i *Salontaji Drobnyak protiv Srbije*, paragraf 127. Vidi i *X. protiv Hrvatske*, gde je roditelj automatski bio isključen iz postupka vezanog za usvojenje deteta, što se smatralo kršenjem člana 8.

³⁸ *Eiri protiv Irske*, paragraf 26; *Stil i Moris protiv Ujedinjenog Kraljevstva* predstavka br. 68416/01, 15.2.2005, paragrafi 62-65; i *Međeri protiv Nemačke*, predstavka br. 13770/88, 12.5.1992, paragraf 23.

³⁹ *Štukatarov protiv Rusije*, paragraf 71. Ova izjava potvrđuje potrebu da u postupku za poslovnu sposobnost postoji garancija zaštite, kako to određuje član 6.

4.2.3 Žalba i revizija

Sud je utvrdio kršenja u onim sistemima gde lica stavljena pod starateljstvo ne mogu sama da ospore lišenje poslovne sposobnosti, zbog same činjenice da su pod starateljstvom. U predmetu *Štukatarov protiv Rusije*, starateljstvo je mogao da ospori samo staratelj, koji je bio protiv njegove obustave. To, i neki drugi procesni nedostaci, doveli su Sud do zaključka da je učešće podnosioca u postupku bilo «svedeno na nulu», što je predstavljalo kršenje članova 6. i 8.⁴⁰ U predmetu *Salontaji Drobnjak protiv Srbije*, žalba se sudu efektivno nije mogla podneti čak ni uz pomoć staratelja. To, kao i nepostojanje periodične revizije nastavka potrebe za starateljstvom, navelo je Sud da zaključi da je pravo podnosioca na pristup pravdi bilo ugroženo, što je kršenje člana 6.⁴¹ Što se tiče osoba stavljenih pod delimično starateljstvo, jasno je da mora da se obezbedi direktan pristup postupku revizije.⁴²

Države zadržavaju «stepen slobodne procene» u pogledu omogućavanja pristupa žalbenom postupku i reviziji u kontekstu nacionalnog sudstva. Po mišljenju Suda, određene restrikcije u pogledu procesnih prava pojedinca mogu da se opravdaju zaštitom samog pojedinca, interesom drugih ili ispravnim provođenjem pravde. Međutim, treba da se koriste najmanje restriktivna sredstva. Problemi vezani za preterano česte zahteve ne bi trebalo da se rešavaju tako što će pristup potpuno da se onemogući. Umesto toga, može da se ograniči broj žalbi u određenom vremenskom okviru.⁴³ Primenu perioda od tri godine, u kojem ne može da se podnese nikakav zahtev za vraćanje poslovne sposobnosti, s druge strane, Sud ipak smatra preterano restriktivnim.⁴⁴ Ukupno gledano, to znači da osobe stavljene pod starateljstvo moraju da zadrže poslovnu sposobnost da podnesu zahtev za vraćanje pune poslovne sposobnosti u razumnom vremenskom periodu.

4.2.4 Uživanje drugih prava

Sud je u nekoliko navrata potvrdio značaj poslovne sposobnosti za uživanje ljudskih prava. Utvrdio je kršenja prava osoba lišenih poslovne sposobnosti u pogledu određenog broja ljudskih prava, uključujući pravo na slobodu ličnosti, pravo na imovinu, pravo glasa i pravo roditelja da učestvuju u postupku usvajanja dece. Sud je odbacio praksu «dobrovoljne» hospitalizacije protiv volje pojedinca, ali uz saglasnost staratelja. Zatvaranje protiv volje pojedinca je lišenje slobode i mora da poštuje garancije zaštite iz člana 5.⁴⁵ Isto važi za smeštaj u domove za socijalnu negu bez saglasnosti datog pojedinca, kad su defakto mogućnosti za napuštanje ustanove značajno ograničene.⁴⁶

U predmetu *X protiv Hrvatske*, Sud je odlučio protiv automatskog isključenja osoba bez poslovne sposobnosti iz postupka usvajanja vezanog za njihovu decu. I roditelji lišeni

⁴⁰ *Štukatarov protiv Rusije*, paragrafi 90-91.

⁴¹ *Salontaji Drobnjak protiv Srbije*, paragrafi 134-135.

⁴² *Stanev protiv Bugarske*, paragraf 241.

⁴³ *Stanev protiv Bugarske*, paragraf 242.

⁴⁴ *Berkova protiv Slovačke*, predstavka br. 67149/01, 24.6.2009, paragraf 175. U ovom slučaju, period od tri godine bio je motivisan argumentom da se nije moglo očekivati da će zdravstveno stanje date osobe da se popravi. S obzirom na težinu mešanja koje je takvo ograničenje predstavljalo u pogledu privatnog života podnositeljke, smatralo se suprotnim članu 8.

⁴⁵ *Štukatarov protiv Rusije*.

⁴⁶ *Stanev protiv Bugarske*, paragrafi 121-132.

poslovne sposobnosti bi trebalo da imaju priliku da ih se sasluša u takvim postupcima, i trebalo bi da imaju mogućnost da iskažu svoje stavove o potencijalnom usvajanju.⁴⁷ Predmet *Zehentner protiv Austrije* ticao se žene čiji je stan prodan u njenom odsustvu, nakon zahteva verovnika. Žena je doživela slom živaca, završila u psihijatrijskoj bolnici i na kraju stavljena pod starateljstvo. Bezuspešno je pokušala da poništi prodaju stana. Sud je zaključio da procesni mehanizmi nisu davali adekvatnu zaštitu licu lišenom poslovne sposobnosti. Pošto je bila lišena poslovne sposobnosti, nije bila u mogućnosti da podnese prigovor na platni nalog vezan za prodaju stana, ili da iskoristi druge lekove dostupne dužnicima. Time je prekršen član 1. Protokola 1.⁴⁸

Sud je odbacio i automatsko lišenje prava lica stavljenih pod starateljstvo. Primenom funkcionalnog pristupa poslovnoj sposobnosti, Sud prihvata da pravo na političku participaciju može da bude ograničeno onim osobama koje ne razumeju posledice svojih odluka. Rutinsko oduzimanje prava glasa licima pod starateljstvo, bez obzira na njihove stvarne sposobnosti, smatra se kršenjem člana 3. Protokola 1.⁴⁹

Ovim se ilustruje centralna uloga koju poslovna sposobnost igra u zaštiti ljudskih prava. Bez toga se mnoga prava na brutalan način zaobilaze. Upravo zato se član 12. smatra ključnom odredbom Konvencije o pravima lica sa invaliditetom i jedan je od razloga što Sud smatra da je potpuno lišenje poslovne sposobnosti kršenje člana 8. Evropske konvencije.⁵⁰

4.2.5 Obezbeđivanje podrške

Potreba da se izrade mere prilagođene licima kojima treba pomoć naglašava se u sudskoj praksi Suda u vezi s Preporukom Komiteta ministara br. R (99) 4.⁵¹ Ta Preporuka se naslanja na funkcionalni pristup poslovnoj sposobnosti i prizavanje poslovne sposobnosti povezuje s kognitivnom sposobnošću razumevanja prirode i posledica određene odluke. Kao takva, nije u potpunosti kompatibilna sa članom 12. Konvencije o pravima lica sa invaliditetom. Međutim, Sud smatra da Preporuka iskazuje «zajednički evropski standard» u tomu polju.⁵² Kad se čitaju u svetlu Konvencije o pravima lica sa invaliditetom, nekoliko osnovnih principa iz Preporuke mogu da budu izvor informacija za proces stvaranja podrške koja bi zamenila sadašnje mehanizme starateljstva.

U procesu razvoja adekvatne podrške da se osobama sa invaliditetom omogući da ostvaruju svoju poslovnu sposobnost, bitno je da se identifikuju izazovi koje ta grupa ljudi doživljava. Lica koja imaju poteškoće u razumevanju informacija i/ili donošenju odluka treba da dobiju pomoć, bez da budu izložena riziku da ta pomoć potpuno preuzme proces donošenja odluke. Slično tome, ona lica koja imaju probleme samo u

⁴⁷ *X protiv Hrvatske*, predstavka br. 11223/04, 17.7.2008, paragraf 53.

⁴⁸ *Zehentner protiv Austrije*, predstavka br. 20082/02, 16.7.2009

⁴⁹ *Alajoš Kis protiv Mađarske*, predstavka br. 38832/06, 20.5.2010.

⁵⁰ *Štukatarov protiv Rusije*, paragraf 90.

⁵¹ *Štukatarov protiv Rusije*, paragraf 95.

⁵² *Štukatarov protiv Rusije*, paragrafi 59 i 95; i *Salontaji Drobnjak protiv Srbije*, paragraf 107. Poštivanje Preporuke iz 1999. neće da bude dovoljno da dovede do promene paradigme predviđene članom 12. Konvencije o pravima lica sa invaliditetom. Međutim, kršenje gore opisanih principa svakako hoće podjednako biti i kršenje standarda ljudskih prava postavljenih u Konvenciji o pravima lica sa invaliditetom.

saopštavanju svoje volje trećim licima bi trebalo da imaju pristup takvoj podršci, bez potrebe da svoju odluku brane pred osobom koja im pruža podršku. Ako se ovako primeni, funkcionalni pristup još uvek može da bude model za dizajniranje primerene podrške, tako da pojedinac može da bude potpuno ravnopravan s drugima.

Preporuka smatra da je sposobnost donošenja odluka vezana za vreme i situacije, na osnovu shvatanja da se sposobnosti pojedinca mogu vremenom menjati i da su vezane za odluke koje treba da se donesu. Sposobnosti ili nesposobnost pojedinca da donese odluke o tome kako da vodi sopstvene finansije ne mora da bude vezana za sposobnost te iste osobe da odabere gde će da živi ili da odluči o nekom lečenju i obratno. Drugi princip Preporuke, naprimer, traži fleksibilnost u zakonodavnom okviru, da se obezbede odgovarajuće mere osetljive prema različitom stepenu sposobnosti i prema različitim situacijama koje traže podršku. To ide dalje od pukog davanja prednosti «najmanje restriktivnoj alternativi» i traži da države stvaraju zaista primerene mere kojima će da odgovore na potrebe onih koji žele podršku, uključujući podršku koja ne ograničava poslovnu sposobnost datog lica. Za to vezan princip maksimalnog očuvanja sposobnosti znači da nikakva mera ne treba da vodi do automatskog ili potpunog lišenja poslovne sposobnosti datog lica. Princip 5. kaže da podrška treba da se obezbedi samo ako je to neophodno i uz saglasnost datog pojedinca. Memorandum objašnjenja dalje spominje funkcije podrške koje vrše porodica i prijatelji. Potvrđuje da ova grupa pomagača često deluje u pravnom vakumu i potiče države da zakonski priznaju tu vrstu podrške i obezbede odgovarajuće garancije zaštite.⁵³ Ako se ispravno razvije, to bi bio začetak onog što se u Kanadi naziva «mrežama podrške» (dalje vidi 5. poglavlje).

Kad se ovako tumači, funkcionalni pristup se više ne usmerava samo na sposobnosti datog pojedinca, već na sposobnosti vezane za proces donošenja odluka kad se obezbede odgovarajuća podrška i razumno prilagođavanje. To nije samo stvar većeg osnaživanja i koristi za datog pojedinca, već se tako principi dati u Preporuci bitno približavaju shvatanju pravnih svojstava ličnosti i poslovne sposobnosti kako to iskazuje Konvencija o pravima lica s invaliditetom.

5. Kako napred

Evropski pravni koncepti svojstava ličnosti u prošlosti su se uglavnom oslanjali na ideju «racionalne i razumne osobe» – pojedinca koji racionalno obrađuje informacije, odabire između predvidivih alternativa, na osnovu analize njihovih posledica, pa onda dolazi do racionalnih ishoda i obaveštenih odluka.⁵⁴ Problem ove ideje je u tome što ne samo da može da isključi lica s određenim invaliditetom, već i što se zasniva na netačnim pretpostavkama. Donošenje odluka je složen proces kojim se u svetu bave naučno-istraživački radnici. Izbori i odluke koje donosimo retko su isključivo racionalni. Retko je moguće ili poželjno da se obrade sve moguće alternative u nekoj situaciji, s obzirom na količinu vremena koju bi to tražilo. Naše emocije utiču na naše odluke u pogledu opcija o kojima vredi ili ne vredi razmišljati. Taj proces je dalje pod uticajem naših iskustava i socijalnog i kulturološkog porekla, uključujući i naše lične mreže. Mi isto tako i ulazimo u rizike i pravimo greške. Iz nekih grešaka učimo, a neke ponavljamo.

Model pravnih svojstava ličnosti i poslovne sposobnosti iskazan članom 12. Konvencije

⁵³ Memorandum objašnjenja, Preporuka br. R (99)4 Komiteta ministara o principima vezanim za pravnu zaštitu odraslih lica sa invaliditetom, 23.2.1999, paragraf 34.

⁵⁴ Gerhard Kvin, «Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Is there a Third Way?», izlaganje održano na naučno-istraživačkoj konferenciji u Reykjaviku, Island, 28.5.2011.

o pravima lica s invaliditetom je inkluzivniji od ideje «racionalne osobe». Taj model priznaje stvarnost procesa kojim pojedinac donosi odluke i naglašava podršku, umesto da se osoba liši poslovne sposobnosti da donosi sopstvene izbore. Kako to pokazuje Majkl Bak, pitanje više nije: da li osoba ima mentalnu sposobnost da ostvaruje svoju poslovnu sposobnost? Umesto toga, pitanje je: kakve vrste podrške treba da ima osoba da ostvari svoju poslovnu sposobnost? To je fundamentalna promena u zakonima o poslovnoj sposobnosti.⁵⁵

5.1 Reforma postojećih sistema

Potrebno je da se poduzmu neki koraci da bi se evropski sistemi vezani za poslovnu sposobnost uskladili sa Evropskom konvencijom i sa Konvencijom o pravima lica sa invaliditetom. Kao prvo, mehanizmi koji previđaju potpuno lišenje poslovne sposobnosti u puno starateljstvo moraju da se ukinu, a pretpostavka poslovne sposobnosti mora da se proširi na lica sa invaliditetom. To što neko ima intelektualni i/ili psihosocijalni invaliditet ne može da bude razlog da ne uživa korist od pretpostavke poslovne sposobnosti. Kao drugo, moramo da revidiramo i reformišemo diskriminatorne propise koji lica sa invaliditetom lišavaju ljudskih prava (kao što je pravo na fer suđenje, pravo glasa i pravo na imovinu) iz razloga vezanih za invaliditet ili umanjene sposobnosti.

Treće, vlade i lokalne vlasti, sudovi, zdravstvene ustanove i drugi pružaoci usluga moraju da učine svoje usluge pristupačnijim licima s invaliditetom. Minimum je razumno prilagođavanje potrebama osoba s invaliditetom koje pokušavaju da pristupe tim uslugama. To uključuje pružanje informacija jednostavnim jezikom i prihvatanje osobe koja pomaže u saopštavanju volje datog pojedinca.

5.2 Stvaranje adekvatne podrške

Isto kao i s politikom rada vezanom za invaliditet i njenom reformom, potrebno je da se usvoji dvostrani pristup koji deluje u pravcu toga da generalne procedure za pravne transakcije postanu pristupačnije, a da se, u isto vreme, stvaraju mere koje će biti više individualizovane i prilagođene onima koji žele takvu pomoć u ostvarivanju svoje poslovne sposobnosti. Na nacionalnom nivou, da bi bile efektivne, mere podrške moraju da se uklope u pravni sistem. Prema tome, način na koji se dizajniraju će da zavisi od pojedinačnih potreba, kao i od vrste izazova s kojima se suočavaju lica sa invaliditetom u pokušajima da ostvare svoju poslovnu sposobnost u kontekstu date države. Kako će pojedincima trebati i kako će da traže različite vrste podrške, države članice treba da nastoje da razviju celi spektar različitih opcija podrške, umesto da pokušavaju da pronađu jedan model za sve. Lica sa mentalnim i/ili intelektualnim invaliditetom su u svojim odlukama heterogena koliko i mi ostali. Neki će radije da daju ovlašćenje i uputstva unapred, drugima će da treba pomoć u komunikaciji, a neki drugi će da žele da imaju nekoga sa kime mogu da razgovaraju o složenim opcijama i odlukama. Dobar način da se pokrene procedura i prikupe informacije o tome koje vrste podrške lica s invaliditetom žele u kontekstu određene države je da se pokrene dijalog sa organizacijama civilnog društva.

⁵⁵ Bak i Kercner, str. 58.

Pojaviće se izazovi i u ovom novom pristupu poslovnoj sposobnosti. Jedan takav izazov je da se obezbedi da naši novi sistemi zaista budu sistemi podrške, a ne zamensko donošenje odluka po novom režimu. Odgovarajuće garancije zaštite treba da se uspostave da bi se obezbedilo da pomagači postupaju savesno i revnosno, da poštuju autonomiju i dostojanstvo svojih klijenata. Drugi izazov leži u činjenici da je reforma sistema poslovne sposobnosti pionirski posao. Postoje primeri dobrih iskustava, ali nema zemlje koja je prošla celi taj put i u potpunosti sprovela promenu paradigme kakvu traži član 12. Konvencije o pravima lica sa invaliditetom. Potencijalne koristi, od kojih je prva i najvažnija za one koji su ulovljeni u pokroviteljskom sistemu starateljstva, treba da prevagnu nad svakom vrstom oklevanja i zazora prema polasku na put reforme.

U daljem tekstu se opisuju dva primera podrške u donošenju odluka u skladu sa članom 12. Konvencije o pravima lica sa invaliditetom, gdje takvi pojedinci zadržavaju punu poslovnu sposobnost. Lični ombudsman je prvenstveno nastao da bi se odgovorilo na potrebe lica sa psihosocijalnim invaliditetom, dok su mreže za podršku nastale iz pokreta za priznavanje invaliditeta licima sa intelektualnim nedostacima. Oba sistema su rezultat bliske saradnje države i pokreta za priznavanje invaliditeta.

5.2.1 *Primer ličnog ombudsmana*

Model podrške preko ličnog ombudsmana, koji postoji u Švedskoj, nastao je na osnovu prihvatanja da postojeći sistemi poslovne sposobnosti nisu zadovoljavali potrebe velikog broja ljudi s psihosocijalnom invaliditetom, koji su bili gurani od jednog organa vlasti do drugog, bez mogućnosti da pristupe svojim pravima. Pokrenut je kao pilot-projekat, ali je pokazao tako dobre rezultate – cenili su ga klijenti, smanjio je broj hospitalizacija i za rezultat imao smanjenje troškova – da bi danas postao stalni aranžman za celu zemlju, sa nekih 300 ombudsmana koji pružaju podršku za nekih 6 000 do 7 000 lica s psihosocijalnim invaliditetom⁵⁶

Ombudsman je profesionalno lice koje 100% radi po zahtevu pojedinca i samo za pojedinca. Ombudsman nema nikakve obaveze ili odgovornosti vizavi medicinskih ili socijalnih usluga, ili bilo kakve druge vlasti ili lica. Ombudsman postupa samo kad to njegov klijent želi. Može da potraje dok ombudsman i pojedinac razviju odnos poverenja, u kojem pojedinac želi da razgovara o tome kakvu podršku želi, ali ombudsman treba da sačeka, čak i ako se klijentov život čini haotičnim. Ova vrsta podrške je uspešna u pomaganju onima do kojih je najteže dopreti i koji su prije toga bili bez ikakve podrške. To uključuje osobe kojima je dijagnostikovana šizofrenija, osobe koje pate od psihoza i zabluda, kao i beskućnike ili one koji žive izuzetno izolovano i izbegavaju sve kontakte sa vlastima. Da bi došao do te grupe, ombudsman mora aktivno da traži kontakt, na način koji želi taj pojedinac. Neke karakteristike koje su doprinele uspehu modela ličnog ombudsmana su:

- Nema birokratskih procedura da se dobije lični ombudsman. Uslov da se popuni obrazac da bi se dobio ombudsman odvratio bi mnoge kojima treba pomoć. Jednostavan potvrđan odgovor na pitanje ombudsmana da li klijent ili klijentkinja želi ombudsmana sasvim je dovoljan.

⁵⁶ Švedski nacionalni odbor za zdravstvo i socijalnu zaštitu, *Egen kraft – egen makt, En antologi om arbetet som personligt ombud* [Vaša sopstvena snaga – vaša sopsptvena moć, antologija rada ličnog ombudsmana, str. 15

- Ombudsman nema uobičajeno radno vreme, već radi fleksibilno i spreman je da bude u kontaktu s klijentima i u večernjim satima i vikendom.
- Ombudsman pomaže klijentima u vrlo različitim stvarima. Prioriteti pojedinca nisu uvek isti kao prioriteti vlasti ili rodbine. Prvi prioritet klijenta se možda ne tiče stambenog smeštaja ili zanimanja, već odnosâ ili egzistencijalnih pitanja. Ombudsman mora da bude u stanju da o takvim stvarima diskutuje, a ne samo da «sređuje» stvari.⁵⁷

5.2.2 Primer mreža za podršku

Zakon o ugovoru o zastupanju u Britanskoj Kolumbiji (Kanada) je još jedan primer dobre prakse, koji naročito cene organizacije koje zastupaju osobe s intelektualnim invaliditetom.⁵⁸ Svrha Zakona je da ustanovi mehanizam koji odraslim licima omogućava da unapred organizuju kako žele da se donose odluke ako se nađu u situaciji kad domaći zakon ne priznaje njihovu sposobnost da donose zakonski valjane odluke bez podrške. Zakon predviđa da pojedinac potpiše ugovore o zastupanju kojima ovlašćuje drugu osobu, po svom slobodnom izboru, da mu daje podršku ili da u njegovo ime donosi odluke u odabranim područjima života. To može podrazumevati rutinske finansijske poslove, izbore vezane za zdravstvenu zaštitu, ili pravne usluge za odraslu osobu.⁵⁹ Takve vrste mehanizama za podršku su progresivne, u smislu da pojedincu ostavljaju izbor područja u kojima želi podršku. Zakon je bitan i zato što pretpostavku sposobnosti proširuje na osobe sa intelektualnim i/ili psihosocijalnim invaliditetom. Isto tako, odrasle osobe koje se po običnom ugovornom pravu ne bi smatrale sposobnim da vode sopstvene finansijske poslove imaju pravo da sklapaju ugovore o zastupanju (kao i da ih menjaju ili opozovu). Kad se odlučuje da li odraslo lice može da sklopi takav ugovor, ne primenjuje se «test razumevanja i shvatanja».⁶⁰ Umesto toga, razmatra se da li to odraslo lice može da prenese svoju želju da ima pomoć, da li može da iskaže sopstvene preferencije, da li je svesno činjenice da sklapanje ugovora o zastupanju znači da zastupnik moće da donese odluke ili napravi izbore koji će da se odraze na to lice, i da li to lice sa zastupnikom ima odnos koji karakteriše poverenje.⁶¹

⁵⁷ Mats Jespersen, «*Personal Ombudsman in Skåne – A User-controlled Service with Personal Agents*», kod P. Stasni i P. Leman (ur.), *Alternatives Beyond Psychiatry*, 2007, str. 299 i dalje.

⁵⁸ Zakon o ugovoru o zastupanju, R.S.B.C. 1996, poglavlje 405.

⁵⁹ Zakon o ugovoru o zastupanju, paragraf 7.

⁶⁰ Odnosno, da osoba može da razumije prirodu odluke i shvati razumno predvidive posledice.

⁶¹ Zakon o ugovoru o zastupanju, paragraf 8. Više detalja vidi kod Bak i Kercner.

Lista referentnih izvora

Literatura

Bartlet, Piter i drugi, *Mental Disability and the European Convention*. Lajden: Martinus Nijhof, 2007.

Jespersion, Mats, "Personal Ombudsman in Skåne – A User-controlled Service with Personal Agents" kod P. Stasni i P. Leman (ur.), *Alternatives Beyond Psychiatry*. Berlin: Piter Leman Pablišing, 2007.

Kiz, Keri, "Legal capacity reform in Europe: An urgent challenge", kod G. Kvin i L. Vadington (ur.), *European Yearbook of Disability Law*, sv. 1. Lajden: Martinus Nijhof, 2009.

Tekstovi i časopisi

Bak, Majkl i Kercner, Lana, "A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity", pripremljeno za Pravnu komisiju Ontarija, oktobar 2010.

Danda, Amita, "Legal capacity in the Disability Rights Convention: Strangehold of the past or lodestar for the future?" br. 34, *Syracuse Journal of International Law & Commerce*, 2007.

Minckovic, Tina, "The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the right to be free from nonconsensual psychiatric interventions", br. 34, *Syracuse Journal of International Law & Commerce*, 2007.

Kvin, Gerhard, "Personhood & Legal Capacity Perspectives on the Paradigm Shift of Article 12 CRPD", Konferencija HPOD, Pravni fakultet Harvard, 20. februar 2010.

Kvin, Gerhard, "Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Is there a Third Way?", izlaganje na istraživačkoj konferenciji u Reykjaviku, Island, 28. maj 2011.

Izveštaji

Agencija Evropske unije za osnovna prava, "Pravo na političko učešće lica s problemima mentalnog zdravlja i lica s intelektualnim invaliditetom" (*The right to political participation of persons with mental health problems and persons with intellectual disabilities*), oktobar 2010.

Inclusion Europe, "Specifični rizici diskriminacije lica u situaciji zavisnosti sa složenim potrebama" (*The Specific Risks of Discrimination Against Persons in Situation of Major Dependence or with Complex Needs, Report of a European Study*), dostupno na: <http://www.inclusion-europe.org/main.php?lang=EN&level=1&s=83&mode=nav2&n1=159&n2=781>

Centar za zastupanje priznavanja mentalnog invaliditeta (MDAC), Izveštaji o starateljstvu u Bugarskoj, Hrvatskoj, Češkoj, Gruziji, Mađarskoj, Rusiji i Srbiji, dostupno na: <http://mdac.info/reports>

Kancelarija Visokog komesara Ujedinjenih nacija za ljudska prava, "Praćenje Konvencije o pravima lica s invaliditetom – smernice za vršiće praćenja", *Professional training series No. 17*, Ženeva, 2010.

Alternativni izveštaj švedskog pokreta za priznavanje invaliditeta UN-ovom Komitetu za prava lica sa invaliditetom, 2011.

Švedski državni odbor za zdravstvo i socijalnu zaštitu, *Egen kraft – egen makt, En antologi om arbetet som personligt ombud* [Vaša sopstvena snaga – vaša sopsptvena moć, antologija rada ličnog ombudsmena], Vesteros, 2009.

Sudska praksa

Evropski sud za ljudska prava

Eiri protiv Irske, predstavka br. 6289/73, 9. oktobar 1979.

Alajoš Kis protiv Mađarske, predstavka br. 38832/06, 20. maj 2010.

Berkova protiv Slovačke, predstavka br. 67149/01, 24. jun 2009.

Glor protiv Švajcarske, predstavka br. 13444/04, 30. april 2009.

Hercegfalvi protiv Austrije, predstavka br. 10533/83, 24. septembar 1992.

Mater protiv Slovačke, predstavka br. 31534/96, 5. jul 1999.

Međeri protiv Nemačke, predstavka br. 13770/88, 12. maj 1992.

Priti protiv Ujedinjenog Kraljevstva, predstavka br. 2346/02, 29. april 2002.

Prajs protiv Ujedinjenog Kraljevstva, predstavka br. 33394/96, 10. jul 2001.

Salontaji-Drobnjak protiv Srbije, predstavka br. 36500/05, 13. oktobar 2009.

Štukaturov protiv Rusije, predstavka br. 44009/05, 27. mart 2008.

Stanev protiv Bugarske, predstavka br. 36760/06, 17. januar 2012.

Stil i Moris protiv Ujedinjenog Kraljevstva, predstavka br. 68416/01, 15. februar 2005.

Tlimenos protiv Grčke, predstavka br. 34369/97, 6. april 2000.

X protiv Hrvatske, predstavka br. 11223/04, 17. jul 2008.

Zehentner protiv Austrije, predstavka br. 20082/02, 16. jul 2009.