

POSLOVNA SPOSOBNOST OSOBA SA INTELEKTUALNIM INVALIDITETOM U CRNOGORSKOM ZAKONODAVSTVU I MEĐUNARODNOJ PRAKSI

POSLOVNA SPOSOBNOST OSOBA SA INTELEKTUALNIM INVALIDITETOM U CRNOGORSKOM ZAKONODAVSTVU I MEĐUNARODNOJ PRAKSI

Mart 2012.

Centar za demokratiju i ljudska prava (CEDEM), Podgorica

www.cedem.me

AIRE CENTAR, London

www.airecentre.org

Ovaj tekst je pripremljen uz podršku Britanske ambasade u Podgorici. Mišljenja iznijeta u ovom tekstu predstavljaju isključivu odgovornost Centra za demokratiju i ljudska prava (CEDEM) i AIRE Centra, i ni na koji način ne odražavaju stavove Britanske ambasade u Podgorici.

NAZIV PUBLIKACIJE:

**POSLOVNA SPOSOBNOST OSOBA SA INTELEKTUALNIM
INVALIDITETOM U CRNOGORSKOM ZAKONODAVSTVU I
MEĐUNARODNOJ PRAKSI**

IZDAVAČ:

Centar za demokratiju i ljudska prava - CEDEM
Bulevar Džordža Vašingtona 51/3, Podgorica
+382 20 234 114; +382 20 234 368
info@cedem.me

ZA IZDAVAČA:

Mr Nenad Koprivica

ŠTAMPA:

Studio Mouse

TIRAŽ: 100

POSLOVNA SPOSOBNOST OSOBA SA INTELEKTUALNIM INVALIDITETOM U CRNOGORSKOM ZAKONODAVSTVU I MEĐUNARODNOJ PRAKSI

Uvod

Ovaj tekst predstavlja inicijativu Centra za demokratiju i ljudska prava (CEDEM) i AIRE Centra, koja ima za cilj da, kroz formu predloga praktičnih politika, ukaže na neka od pitanja koja su od značaja za pravni režim poslovne sposobnosti osoba sa intelektualnim invaliditetom u Crnoj Gori, posebno u kontekstu neophodnosti reforme zakonodavstva u ovoj oblasti. Tekst se sastoji od analize crnogorskog zakonodavnog okvira koji reguliše poslovnu sposobnost, kao i pregleda standarda međunarodnog prava, uključujući i standarde Evropske unije i Savjeta Evrope, te prakse Evropskog suda za ljudska prava i nacionalne prakse država članica Savjeta Evrope.

Definisanje problema

Pravni režim lišenja poslovne sposobnosti u Crnoj Gori uređen je Porodičnim zakonom iz 2007. i Zakonom o vanparničnom postupku iz 2006. godine. Materijalnoppravna odredba člana 235, stav 1. Porodičnog zakona, na veoma sumaran način, određuje da se punoljetno lice koje, zbog duševne bolesti, duševne zaostalosti ili kojeg drugog uzroka, nije sposobno da se samo brine o svojim pravima i interesima, može u potpunosti lišiti poslovne sposobnosti. Uz to, u istom članu se kaže da se može djelimično lišiti poslovne sposobnosti punoljetno lice, koje svojim postupcima ugrožava svoja prava i interese, ili prava i interese drugih lica, i to zbog duševne bolesti, duševne zaostalosti, prekomjernog uživanja alkohola ili opojnih sredstava, senilnosti ili drugih sličnih razloga (član 235, stav 2).

Poslednja odredba ovog člana (stav 3.), upućuje na pravila Zakona o vanparničnom postupku, po kojima sud, kao nadležan organ javne vlasti, donosi odluku o lišenju poslovne sposobnosti. U daljem tekstu odjeljka Porodičnog zakona, koji se bavi statusom lica lišenih poslovne sposobnosti, detaljno se razrađuje pitanje starateljstva nad licem, u vezi sa kojim je pokrenut postupak lišenja, kao i licem u vezi sa kojim je donijeta odluka o lišenju poslovne sposobnosti (članovi 236-243).

Odgovarajući na materijalnoppravne zahtjeve, u vezi sa potrebom formulisanja pravila postupka u ovoj oblasti, zakonodavac je, u okviru poglavlja Zakona o vanparničnom postupku, koje se odnosi na uređenje ličnih stanja, uredio i procesnoppravno pitanje postupka oduzimanja i vraćanja poslovne sposobnosti (članovi 29-43). Posebne odredbe ovog zakonskog teksta odnose se na predmet odlučivanja suda i hitnost postupka (član 29.), aktivnu legitimaciju za pokretanje postupka (član 30.), nadležnost suda (član 31.), sadržinu predloga za pokretanje postupka (član 32.), obavezu upoznavanja drugih nadležnih organa sa vođenjem postupka (član 33.), pravila postupka odlučivanja vezana za ročišta (član 34.), saslušanje lica koje se lišava poslovne sposobnosti i drugih lica (član 35-36.), pribavljanje nalaza i mišljenja veštaka (član 37.), privremeno smještanje lica, koje se lišava poslovne sposobnosti, u zdravstvenu ustanovu (član 38-39.), donošenje odluke suda o lišenju poslovne sposobnosti (član 40-41.), i njeno vraćanje (član 42.), kao i dostavljanje odluke nadležnim organima (član 43).

U vezi sa ovim pozitivnopravnim režimom lišenja poslovne sposobnosti u Crnoj Gori, otvara se čitav niz posebnih pitanja, koja se mogu problematizovati, prije svega, sa stanovišta potrebe zaštite prava i sloboda lica prema kojima se vodi postupak lišenja. Sa druge strane, na osnovu odgovora na ova otvorena pitanja, mogle bi se formulisati i preporuke za unapređivanje pozitivnopravnog režima lišenja poslovne sposobnosti, i to sa osloncem na jedinstvenu konstrukciju poštovanja i zaštite ljudskih prava. U daljem tekstu, posebna pažnja biće usmjerena na ove dvije tematske cjeline.

(i)Praktične posljedice, odnosno dejstvo odluke o lišenju poslovne sposobnosti

Odluka o lišenju poslovne sposobnosti vezuje se, neposredno, za sposobnost samostalnog zaključivanja pravnih poslova, odnosno šire posmatrano, zasnivanja pravnih odnosa izjavama sopstvene volje. Dakle, načelno posmatrano, lice, koje je potpuno lišeno poslovne sposobnosti, ne može uopšte da zaključuje pravne poslove građanskog prava, kao što je kupoprodaja, zakup, poklon i sl., ili da, izjavama volje, raspolaže na drugi način svojim imovinskim pravima, na primjer, putem testamentalnog ili drugog sličnog raspolaganja, ali, takođe, ne može, na osnovu izjave sopstvene volje, ni da zasnjuje brak, odnos usvojenja ili radni odnos, i sl. Ono, pak, lice, koje je djelimično lišeno poslovne sposobnosti, ima umanjenu sposobnost zasnivanja navedenih pravnih odnosa, na osnovu svoje slobodno izražene volje, i to u granicama utvrđenim odlukom o lišenju.

Prvo pitanje, koje se otvara u vezi sa pozitivnopravnim režimom lišenja poslovne sposobnosti, odnosi se upravo na ovo generalno, odnosno opšte ili apsolutno dejstvo odluke suda o lišenju poslovne sposobnosti. Naime, odluka suda, koja se donosi u postupku lišenja poslovne sposobnosti, ne odnosi se na ograničenje pojedinačno određenih prava i sloboda lica, prema kome se postupak vodi, već samo na mjeru, odnosno stepen ograničenja, na najopštiji način, određene slobode zasnivanja pravnih odnosa. Tako, s obzirom na to da je predmet odluke suda apstraktno određena sloboda pojedinca, da izjavama svoje volje zasniva pravne odnose, čini se da je opravdano reći da ova odluka ima opšte, generalno, odnosno apsolutno dejstvo.

Praktično gledano, na primjer, sa stanovišta lica koje je potpuno lišeno poslovne sposobnosti, može se reći da je, na osnovu sudske odluke, zadobilo, čovjeku nesvojstven i ponižavajući, status objekta prava: ono više nema pravo da odlučuje o sebi i svom životu, jer se njemu ova sloboda odlučivanja, odlukom suda, odriče - umjesto njega, o pojedinim aspektima njegovog života, odlučivaće lice koje mu je određeno kao staratelj. Pri tome, staratelj lica lišenog poslovne sposobnosti, može da odluči u vezi sa raspolaganjem imovinskim pravima ovog lica, ali ne može ako se radi o pravima neimovinskog karaktera, kao što je, na primjer, zaključenje braka ili zasnivanje porodične zajednice. U tim neimovinskim aspektima privatnog života, licu lišenom poslovne sposobnosti se *de facto* u cjelosti uskraćuju, odnosno oduzimaju prava, koja je imao prije nego što je sud donio odluku o lišenju. Slično tome, licu koje je lišeno poslovne sposobnosti uskraćuje se, odnosno oduzima pravo na rad.

U tom smislu, jedno od ključnih pitanja, ovako koncipiranog pravnog režima lišenja poslovne sposobnosti, vezuje se za njegovu legalnost, odnosno dopuštenost. Prije svega, svođenje čovjeka na poziciju stvari, odnosno objekta odlučivanja, direktno i flagrantno povređuje princip dostojanstva ljudske ličnosti, princip na kojem je zasnovana čitava konstrukcija poštovanja i zaštite ljudskih prava. Pretvaranje jednog pojedinca u objekat odlučivanja drugih ljudi, smatra se, drugim riječima, osnovnim oblikom negiranja, čovjeku imanentne, odnosno urođene lične slobode, zaštićene najvišim pravnim aktima međunarodnog i unutrašnjeg prava.

Ali i više od toga, upravo ovi pravni akti koji sadrže garancije ljudskih prava, najviše pravne snage, uopšte ne priznaju mogućnost neodređenog, odnosno generalnog oduzimanja slobode pojedincu. Umjesto toga, Evropska konvencija o ljudskim pravima i slobodama, kao i drugi slični akti međunarodnog prava, ali i Ustav Crne Gore, upućuju na dobro poznate principe ograničenja ljudskih prava, koji svi zajedno, u svakom konkretnom slučaju, moraju biti poštovani, a među kojima se izdvajaju:

- princip određenosti ograničenja, prema kome se dopušta ograničenje samo pojedinačno određenog prava ili slobode, koje se mora izričito naznačiti u odluci o ograničavanju;
- princip legalnosti (dopuštenosti) i legitimnosti (opravdanosti), ograničenja prava ili slobode, u skladu sa specifičnim zahtjevima pozitivnog prava, koja pak nisu, na isti način, određena za sva prava i slobode, već se između sebe značajno razlikuju;
- princip zabrane uskraćivanja, odnosno oduzimanja prava i sloboda, prema kome se prava i slobode ne mogu pojedincima uskraćivati, odnosno oduzimati u cjelosti, već se dopušta samo djelimično ograničenje njihovog uživanja;
- princip srazmjernosti ograničenja, prema kome se smatra da je mjera ograničenja dopuštena samo, ako je njeno usvajanje neophodno potrebno, u cilju zaštite pojedinačno određenih prava ili interesa.

Navedeni principi i druga pravila ograničenja ljudskih prava, moraju u svakom konkretnom slučaju biti kumulativno primijenjeni, a odstupanje od njih neposredno stvara zaključak o tome, da je ograničenje prava i sloboda, pravno nedopušteno. Konsekventno tome, ako se pitanje pozitivnopravnog režima lišenja poslovne sposobnosti, sagleda iz perspektive ovih opštih pravila, veoma lako se ulazi u sumnju u pogledu ocjene dopuštenosti ovog instituta.

(ii) Pozitivnopravni kontekst predmeta odlučivanja

Ustanova lišenja poslovne sposobnosti, tradicionalno se vezuje za građanskopravne, odnosno imovinske odnose. Uporednopravno posmatrano, nacionalna zakonodavstva se bitno ne razlikuju, u pogledu osnovnog pristupa predmetu odlučivanja - odluka o lišenju poslovne sposobnosti odnosi se, prevashodno, na pravo lica da raspolaže svojim imovinskim pravima, odnosno, šire posmatrano, da samostalno sklapa pravne poslove građanskog prava. U tom smislu, licu koje se lišava poslovne sposobnosti, oduzima se pravo da, na primjer, proda pokretnu ili nepokretnu stvar, na kojoj ima pravo svojine, da testamentalno raspolaže svojom imovinom, da zaključi ugovor o poklonu, zakupu, zajmu i sl.

Ipak, dejstvo odluke o lišenju poslovne sposobnosti, ne ograničava se na oblast imovinskopravnih odnosa. Tako, lice koje se lišava poslovne sposobnosti, odlukom nadležnog organa, gubi i druga prava, i to, prije svega, ona koja su bliska klasičnim imovinskim pravima, kao što je pravo da zaključi ugovor o radu, kao i prava koja se odnose na zasnivanje braka i porodice. Lišenje poslovne sposobnosti se, zbog toga, razumije i kao ustanova, na osnovu koje se jednom licu oduzima radna sposobnost, i sposobnost zaključenja braka.

Međutim, dejstvo odluke o lišenju poslovne sposobnosti, prostire se i dalje, praktično na sve one oblasti, u kojima pojedinac angažuje svoju volju, odnosno sposobnost odlučivanja o svom životu. Na primjer, lice lišeno poslovne sposobnosti ne može da glasa na izborima, niti da bude kandidat za obavljanje funkcije, ono ne može da se udružuje u organizaciju, zajedno sa drugima, dakle, ne može da osnuje organizaciju, niti da postane njen član, ne može da izabere svog ljekara, niti da izrazi ili odbije davanje saglasnosti sa predloženim medicinskim intervencijama, ne može da

angažuje advokata ili drugo lice da mu pruži pravnu pomoć, ne može da preduzme procesne radnje u postupku, pred nadležnim državnim organom i sl.

Zbog toga što se odluka o lišenju poslovne sposobnosti prostire na sve aspekte odnosa jednog lica sa njegovim socijalnim okruženjem, uskraćujući mu mogućnost da samostalno odlučuje, praktično o svim pitanjima vezanim za sopstveni život, veoma često se njeno dejstvo upoređuje sa izazivanjem tzv. „civilne, odnosno građanske smrti“ pojedinca. Drugim riječima, i kao što je već objašnjeno, ovom licu se odriču prava i slobode, koje drugi građani imaju, te se ono svodi na poziciju objekta prava odlučivanja ljudi, koji se o njemu staraju.

S tim u vezi, pozitivnopravno posmatrano, čini se da odluka o lišenju poslovne sposobnosti pati od formalnih nedostataka. Naime, iako dejstvo odluke o lišenju daleko prevazilazi granice slobode raspolaganja imovinskim pravima, iz same sadržine ove odluke, uopšte ne može da se zaključi koja se to druga prava i slobode oduzimaju licu, o čijoj se poslovnoj sposobnosti odlučuje. U izreci i obrazloženju odluke, ta druga prava i slobode se uopšte ne pominju - umjesto toga se, na sumaran način, jedino kaže da se lice lišava poslovne sposobnosti.

Sa druge strane, posmatrano u kontekstu prava i sloboda, koja se faktički oduzimaju licu koje se lišava poslovne sposobnosti, izvjesno je da odluka suda nema isključivo imovinskopravni karakter, već da je nju moguće posmatrati i iz perspektive ljudskih prava ovog lica. Tako, njegovi imovinski interesi, kao što je pravo svojine, u savremenom pravu, smatraju se dijelom korpusa ljudskih prava, u vezi sa kojim se konstituišu posebne pravne garancije, kao što je, na primjer, ona iz člana 1. Protokola I Evropske konvencije o ljudskim pravima, kojoj, u okviru nacionalnih pravnih sistema, odgovara ustavna garancija prava svojine.

Što se tiče ostalih prava i sloboda, koje se uskraćuju licu koje se lišava poslovne sposobnosti, nema nikakve sumnje da i ona, takođe, predstavljaju integralni dio jedinstvenog korpusa ljudskih prava ovog lica - to se može jednako reći za pravo na brak i osnivanje porodice, pravo na rad, pravo glasa, slobodu udruživanja i sl. Dakle, dejstvo odluke o lišenju poslovne sposobnosti, ne vezuje se samo za građanskopravni kontekst, već uvijek, i u potpunosti, makar i prećutno, i na procesno nevidljiv način, i za kontekst uživanja i zaštite ljudskih prava.

Zbog toga se čini da je neophodno pažljivo promišljanje položaja ustanove lišenja poslovne sposobnosti u pravnom sistemu zemlje, i njeno eventualno izmještanje iz oblasti građanskog prava. U suprotnom, ako se lišenje poslovne sposobnosti ne sagleda šire, iz perspektive integralnog koncepta ljudskih prava, za samu ovu pravnu ustanovu, i dalje će se vezivati navedeni pozitivnopravni deficiti, koji, u krajnjoj liniji, potkopavaju njen legitimacioni osnov.

Tako, pozitivnopravni režim lišenja poslovne sposobnosti, ne samo da pati od deficita vezanih za legalnost ove ustanove, kao što je već pokazano, već i za njenu legitimnost. Budući da se odluka o lišenju ne bavi pitanjem koja se to sve prava i slobode uskraćuju jednom licu, ovaj pravni režim, sam po sebi, nije podoban da odgovori na pitanje o razlogu, odnosno neophodnosti uskraćivanja prava i sloboda, pitanje od čijeg odgovora, ultimativno, zavisi i ocjena legitimnosti ograničenja ljudskih prava u demokratskom društvu.

(iii) Materijalnopravni i procesnopravni uslovi za lišenje poslovne sposobnosti

Uslovi za primjenu ustanove lišenja poslovne sposobnosti vezuju se za odredbe materijalnog i procesnog prava. Materijalnopravne odredbe Porodičnog zakona propisuju materijalne uslove, koji moraju biti ispunjeni, da bi se donijela odluka o lišenju. Procesnopravne odredbe Zakona o vanparničnom postupku, pak, propisuju uslove, koji se vezuju prevashodno za procesne garancije, koje se primjenjuju u odnosu na lice o čijoj se poslovnoj sposobnosti odlučuje.

Materijalnopravni uslovi za lišenje poslovne sposobnosti se, uobičajeno, svode na dva osnovna. Sa jedne strane, potrebno je utvrditi da se lice, o čijoj se poslovnoj sposobnosti odlučuje, nalazi u određenom duševnom, odnosno intelektualnom ili mentalnom stanju. U vezi sa tim, postavlja se i pitanje opisa, odnosno definicije ovog stanja.

Ovu definiciju trebalo bi dovesti u vezu sa već usvojenim pravnim standardima, koji su razvijeni, prije svega, u oblasti zaštite prava osoba sa invaliditetom. S obzirom na to da je, u prvoj deceniji XXI vijeka, usvojena Konvencija UN o pravima osoba sa invaliditetom, te da je ovaj dokument, u međuvremenu, postao sastavni dio domaćeg pravnog sistema, čini se da bi prvi materijalnopravni uslov, vezan za odluku o lišenju poslovne sposobnosti, trebalo utemeljiti upravo u odredbama Konvencije, koje se bave određivanjem pojma lica sa mentalnim, odnosno intelektualnim invaliditetom.

Sa druge strane, potrebno je utvrditi vezu između stanja lica, o čijoj se poslovnoj sposobnosti odlučuje, i opasnosti od povrede sopstvenih ili tuđih prava i interesa. U tom smislu, postavlja se pitanje utvrđivanja neposredne vezanosti prvog uslova za ovu, apstraktno posmatranu, opasnost, a prije svega, za to ko je dužan da ovu opasnost utvrdi. Dosadašnju praksu odlučivanja u ovoj oblasti, koja nedovoljno vodi računa o razlici između ova dva materijalna uslova, trebalo bi, stoga, problematizovati i eventualno modifikovati.

Naime, sud koji odlučuje o lišenju poslovne sposobnosti nema mogućnosti da samostalno, bez stručne pomoći vještaka odgovarajuće struke, utvrdi da li je, u konkretnom slučaju, ispunjen prvi uslov, koji se odnosi na stanje lica, u vezi sa kojim se donosi odluka o lišenju. Međutim, u vezi sa ispunjenošću drugog uslova, čini se da sud ne bi smio da se oslanja na nalaz i mišljenje vještaka, jer se ovaj uslov odnosi na pitanje, koje je po svojoj prirodi pravnog karaktera, a to je da li postoji realna, odnosno stvarna opasnost, od toga da bi jedno lice moglo da povrijedi svoja i tuđa prava i interese, ukoliko se ne donese odluka kojom se ono lišava poslovne sposobnosti.

Osim ovih materijalnopravnih pitanja, trebalo bi, takođe, razmotriti i procesna pravila odlučivanja o lišenju poslovne sposobnosti. Čini se da bi, među ovim pravilima, posebnu pažnju trebalo posvetiti dvijema grupama. Prvo, jedno od najosjetljivijih pitanja postupka jeste procesni položaj lica, o čijoj se poslovnoj sposobnosti odlučuje, odnosno pitanje njegove sposobnosti samostalnog preduzimanja procesnih radnji u toku postupka.

U tom smislu, opšte garancije poštenog i fer odlučivanja, morale bi biti primijenjene i u ovoj oblasti, a takođe bi se morale neposredno vezati i za ličnost lica, o čijoj se poslovnoj sposobnosti odlučuje. U periodu do donošenja odluke suda, važila bi pretpostavka o tome da je ovo lice poslovno sposobno, te bi, na osnovu nje, i načelno ono moglo samostalno da preduzima procesne radnje u toku postupka. U postupku preispitivanja ove odluke, na osnovu žalbe ili drugog pravnog sredstva, takođe bi se morao osigurati samostalan procesni položaj lica, kojem je oduzeta poslovna

sposobnost, jer bi suprotno pravno rješenje učinilo njegovu poziciju objekta prava nepromjenjivom, odnosno konačnom.

Drugo, i upravo u cilju sprečavanja trajnog svođenja pojedinca na status objekta prava, potrebno je problematizovati pitanje vremenskog važenja odluke o lišenju poslovne sposobnosti. Naime, čini se da je opravdano postaviti pitanje o izmjeni postojećeg pravila o tome da je pravno dozvoljeno, odnosno moguće izvršiti preispitivanje odluke o lišenju poslovne sposobnosti, i to u smislu formulisanja čvrstog pravnog pravila o tome, da se mora izvršiti preispitivanje odluke o lišenju, u pravilnim vremenskim razmacima. Tako, ako bi se propisalo da svaka odluka ove vrste ima ograničeno vremensko trajanje i, ako bi se u postupku preispitivanja ove odluke obezbijedile procesne garancije za lice, koje je lišeno poslovne sposobnosti, moglo bi se efektivno odgovoriti i na principijelni zahtjev pravnog poretka da se pojedinac mora razumjeti kao subjekat, a ne objekat prava.

Poslovna sposobnost osoba sa intelektualnim invaliditetom u međunarodnom pravu i praksi

Iz ugla uporednog prava, Savjeta Evrope i domaćih pravnih standarda, kao i sudske prakse Evropskog suda za ljudska prava, jasno je da je sam pristup invaliditetu pretrpio značajan napredak, od vremena kad se posmatrao kroz individualna ograničenja i medicinsku pomoć, do trenutka kada se posebna pažnja posvećuje jednakosti ljudskih prava osoba sa invaliditetom, i uklanjanju barijera u društvu, koje nastavljaju da budu prepreka ostvarenju jednakih mogućnosti.¹ U 2006. godini, Savjet Evrope je, preporukom Savjeta Ministara, posebno naglasio „primjer mijenjanja odnosa od pacijenta do građanina“², te kaže:

„Promijenilo se shvatanje da se osobe sa invaliditetom posmatraju kao pacijenti koji nemaju učešće u društvu, te se sada on ili ona posmatraju kao osobe zbog kojih moramo ukloniti prepreke, da bi oni mogli da zauzmu svoje mjesto kao potpuno ravnopravni članovi društva ... Iz tog razloga dužni smo da dalje nastavimo olakšavanje prelaska, sa stare medicinske ideje o invaliditetu na novu ideju, baziranu na socijalnim i ljudskim pravima.“³

U cilju predstavljanja pravnog okvira za poslovnu sposobnost osoba sa invaliditetom u međunarodnom pravu, ovo razmatranje otpočecemo pojašnjavanjem termina „poslovne sposobnosti“ i „invaliditeta“, kroz koncept i efekte prvog pojma, i razmatrajući postanak i napredak drugog pojma.

(i) Definicija poslovne sposobnosti

Poslovna sposobnost predstavlja pravnu kategoriju, koja odluke i djelovanje osoba potvrđuje i čini vidljivim iz ugla prava.⁴ U državama članicama Savjeta Evrope, ograničavanje poslovne sposobnosti jednog lica, ima različite pravne efekte. Ovi pravni efekti mogu da variraju, od uskraćivanja poslovne sposobnosti do slobode donošenja odluka: gdje i sa kim da žive, upravljanje imovinom i finansijama, brak i roditeljstvo, glasanje i pristupanje političkim strankama, sindikatu

1 Zaključci, Godišnji izveštaj, 2011., Agencija za osnovna prava Evropske Unije;

2 Savjet Evrope Komitet Ministara (2006) Sekcija 2.2

3 *Ibid.*

4 Oliver Lewis, Unapređivanje poslovne sposobnosti, EHRLR 2011

i nevladinim organizacijama, kao i svakodnevne odluke vezane za namjenske ugovore ili ugovore sa mobilnim operaterom.⁵

Do lišavanja poslovne sposobnosti može doći na tri načina⁶:

a) Pristup, zasnovan na **stanju** lica, zahtijeva ljeakarsku dijagnozu mentalnog oštećenja, (*mental health impairment*), čime se stvara osnov za lišavanje poslovne sposobnosti.

b) Pristup, zasnovan na **ishodu**, koristi psihijatrijsku procjenu, kako bi se razriješile nedoumice o samoj mogućnosti donošenja samostalnih odluka te osobe, a u cilju sprečavanja odluka (koje drugi smatraju lošim ili iracionalnim), koje mogu imati štetan uticaj po tu osobu ili druge.

c) **Funkcionalni** pristup, najmanje restriktivan od ova tri pristupa, bazira se na određenom testiranju lica (npr. sposobnosti da izvrši transakciju u banci), i utvrdi poslovnu sposobnost, zasnovanu na tome da li osoba može da obavlja tu funkciju. Ovakav pristup se razlikuje od gore navedenih, jer ne određuje osobu kao poslovno nesposobnu. Akcenat je, zapravo, na tome da se upotrijebi najmanje restriktivan pristup.

Kada je poslovna sposobnost ograničena, takva lica su stavljena pod jedan od dva oblika starateljstva.⁷ Ovo može biti djelimično, u pogledu obima odluka koje su date staratelju (npr. vezano za finansije, ali ne u pogledu zdravstvene zaštite), ili u potpunosti, dajući pravo staratelju da odlučuje o svim pitanjima.⁸ Alternativna rješenja pružaju mogućnost podrške prilikom donošenja odluka (gdje određeno lice ili određeni organ pruža podršku), prethodnog mišljenja (gdje osoba izlaže svoje buduće ideje, a za koje nema pravo da donosi odluke samostalno), ili punomoćja (gdje osoba određuje lice koje će u njeno ime donositi odluke koje ona ne može).⁹

(ii) Definicija pojma invaliditet

Sam termin „invaliditet“ nije striktan, već veoma širok pojam. Osnovni međunarodni sporazum, koji se vezuje za ovu oblast, Konvencija Ujedinjenih Nacija o pravima osoba sa invaliditetom, sadrži veliki broj definicija u kojima se, između ostalog, navodi: „Osobe sa invaliditetom uključuju i one koje imaju dugoročna fizička, mentalna, intelektualna ili čulna oštećenja koja, u interakciji sa raznim preprekama, mogu ometati njihovo puno i efikasno učešće u društvu, na jednakoj osnovi sa drugima.“¹⁰ Potvrđujući potrebu za sveobuhvatnošću definicije invaliditeta, Komitet za prava osoba sa invaliditetom UN izrazio je svoju zabrinutost zbog opasnosti od isključivanja lica, koja bi trebalo da budu zaštićena Konvencijom, posebno osoba sa psihosocijalnim nedostatkom (duševna bolest), ili intelektualnim nedostatkom.¹¹ U UN Standardima o izjednačavanju mogućnosti osoba sa invaliditetom iz 1993. (SRE), definisan je koncept oslobođen predrasuda prema osobama sa mentalnim poteškoćama. Pojam „invaliditet“ upućuje na veliki broj različitih funkcionalnih

5 *Ibid.*

6 *Ibid.*

7 *Ibid.*

8 *Ibid.*

9 *Ibid.*

10 Član 1., Konvencija Ujedinjenih Nacija o pravima osoba sa invaliditetom

11 Pravna zaštita osoba ometenih u razvoju, prema Zakonu protiv diskriminacije, Agencija za osnovna prava Evropske Unije, Oktobar 2011.

ograničenja, koja su prisutna u bilo kojoj zemlji svijeta. Ljudi mogu biti onemogućeni zbog fizičkog, intelektualnog ili čulnog nedostatka, medicinskog stanja ili mentalne bolesti. Takvi nedostaci, bolesti ili stanja mogu biti stalnog ili prolaznog karaktera.¹²

Jedino eksplicitno poimanje invalidnosti (i ono koje se sada čini prevaziđenim), sadržano u Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima, jeste ono kojim se državama daje ovlaštenje da pritvore „duševno oboljela lica, osobu pod dejstvom alkohola, beskućnika ili uživaoca droge“. U skladu sa odredbom člana 5(1)(e), Evropski sud za ljudska prava ustanovio je 1979. da „termin (duševno oboljela) nije pogodan, da bi se ostvarila najjasnija interpretacija..., te da je to pojam čije se značenje stalno razvija, kako napreduju istraživanja u psihijatriji i liječenju, te stvara promjene u društvenim stavovima prema mentalnim bolestima“.¹³

Evropski sud za ljudska prava je ustanovio da je invaliditet jedna od osnovnih kategorija na koje se odnosi zabrana, sadržana u članu. 14. i Protokolu 12 uz Konvenciju.¹⁴ Čak i u slučajevima, da se nacionalni sud protivi da prepozna polje primjene ove kategorije u konkretnom slučaju, Sud je utvrdio da je diskriminacija na osnovu HIV-a „obuhvaćena – - bilo kao oblik invalidnosti ili bliska kategorija“.¹⁵ Međutim, jasno je da problemi mentalnih oboljenja neće biti odmah smatrani invaliditetom, prema zakonodavstvu nekih država članica Savjeta Evrope.

(iii) Međunarodne norme

Usvojena od strane Generalne skupštine Ujedinjenih Nacija 2006. godine, a stupila na snagu 2008. godine, Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom (KPOI), ratifikovana je od strane Crne Gore 2009. godine. Njena četiri člana su od posebnog značaja. Član 5. (3) predviđa:

1. “Države strane ugovornice konstatuju da su svi pojedinci jednaki pred zakonom i po zakonu, kao i da imaju pravo da, bez ikakve diskriminacije, uživaju jednaku zaštitu i jednake pogodnosti, u skladu sa zakonom.

2. Države strane ugovornice će zabraniti svaku diskriminaciju po osnovu invalidnosti, i garantovaće osobama sa invaliditetom jednaku i efikasnu pravnu zaštitu od diskriminacije po bilo kom osnovu.

3. Da bi unapredile jednakost i otklonile diskriminaciju, države strane ugovornice će preduzeti sve odgovarajuće korake za obezbeđenje razumnog prilagođavanja.

4. Posebne mere, koje su neophodne za ubrzavanje ili dostizanje de facto jednakosti osoba sa invaliditetom, neće se smatrati diskriminacijom u smislu odredaba ove konvencije.”

„Opravdano prilagođavanje“ je definisano u Konvenciji kao neophodno i odgovarajuće mijenjanje i prilagođavanje, kojim se ne nameću nerazumne i nepotrebne izmjene, tamo gdje je to potrebno u konkretnom slučaju, kako bi se osiguralo da osobe sa invaliditetom uživaju, odnosno, ostvaruju ravnopravno sa drugima sva ljudska prava i osnovne slobode.

Tekst sadrži nekoliko odredbi, koje direktno govore o poslovnoj sposobnosti osoba sa invaliditetom. Član 12. predviđa:

1. “Države strane ugovornice ponovo potvrđuju da osobe sa invaliditetom imaju pravo da svuda budu priznate pred zakonom, kao i druga lica.

12 Standardi za izjednačavanje mogućnosti osoba sa invaliditetom, Ujedinjene Nacije, 1993.

13 *Winterwerp v Netherlands* (1979)

14 *Glor v Switzerland & G.N. and Others v. Italy*

15 *Kiyutin v Russia*, član 57.

2. Države strane ugovornice priznaju da osobe sa invaliditetom ostvaruju svoj pravni kapacitet, ravnopravno sa drugima, u svim aspektima života.

3. Države strane ugovornice će preduzeti odgovarajuće mjere, kako bi osobama sa invaliditetom omogućile dostupnost pomoći, koja im može biti potrebna u ostvarivanju njihovog pravnog kapaciteta.

4. Države strane ugovornice će obezbediti da se svim mjerama, koje se odnose na ostvarivanje pravnog kapaciteta, pruže odgovarajuće i efikasne garancije, radi sprječavanja zloupotrebe, shodno međunarodnom pravu koje se odnosi na ljudska prava. Takve garancije obezbijediće da se mjerama, koje se odnose na ostvarivanje pravnog kapaciteta, poštuju prava, volja i prioriteti odnosne osobe, kao i da ne dođe do sukoba interesa i neprimjerenog uticaja, da budu proporcionalne i prilagođene okolnostima odnosne osobe, u najkraćem mogućem trajanju, i da podliežu redovnom preispitivanju nadležnog, nezavisnog i nepristrasnog organa ili sudskog tijela. Garancije će biti proporcionalne stepenu, u kojem takve mjere utiču na prava i interese osobe na koju se odnose.

5. U zavisnosti od odredaba ovog člana, države strane ugovornice će preduzeti sve odgovarajuće i efikasne mjere, kako bi se osobama sa invaliditetom obezbedila jednaka prava da budu vlasnici imovine ili da je nasleđuju, da kontrolišu svoje finansije, i da imaju ravnopravan pristup bankarskim kreditima, hipotekarnim zajmovima i drugim oblicima finansijskog kreditiranja, kao i da osobe sa invaliditetom ne budu lišene svoje imovine nečijom samovoljom.”

Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom omogućava pristup pravdi u članu 13. koji glasi:

1. “Države strane ugovornice će osobama sa invaliditetom obezbediti efikasan pristup pravdi ravnopravno sa drugim licima, u skladu s procedurom i starošću, kako bi im se olakšalo efikasno obavljanje dužnosti direktnih i indirektnih učesnika, kao i uloge svjedoka, u svim sudskim postupcima, kako u istražnom, tako i u drugim preliminarnim fazama postupka.

2. Da bi se osobama sa invaliditetom obezbedio efikasan pristup pravdi, države strane ugovornice unapređivaće odgovarajuću obuku, namijenjenu licima zaposlenim u oblasti pravosuđa, uključujući policiju i zatvorsko osoblje.”

Konačno, Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom predviđa slobodu i sigurnost u članu 14., koji glasi:

1. “Države strane ugovornice će obezbediti da osobe sa invaliditetom, ravnopravno sa drugima:

(a) uživaju pravo na ličnu slobodu i bezbednost;

(b) ne budu lišene slobode protivzakonito ili nečijom samovoljom, da svako lišavanje slobode bude u skladu sa zakonom, kao i da postojanje invaliditeta, ni u kom slučaju, ne može biti opravdanje za lišavanje slobode.

2. Države strane ugovornice će obezbijediti da, u slučaju da osobe s invaliditetom budu lišene slobode bilo kakvim postupkom, te osobe, ravnopravno sa drugima, imaju pravo na garancije, u skladu s međunarodnim pravom, koje se odnose na ljudska prava, i da se s njima postupa u skladu s ciljevima i načelima ove Konvencije, uključujući obezbjeđenje odgovarajućeg smještaja.”

Ostale relevantne odredbe sadržane su u članu 23. (porodica, plodnost i roditeljska prava), članu 29. (učesće u političkom životu) i članu 22. (nepovredivost doma). Jasno je iz same Konvencije da, po sadržini teksta, *proizilazi* da osobe sa invaliditetom uživaju prava na jednakoj osnovi sa

drugima, u svim aspektima života, i da se *zahtijeva* da države treba da obezbijede autonomiju odlučivanja osoba sa invaliditetom, koja može biti ograničena samo zaštitnim mjerama, koje poštuju volju osobe, i to pod uslovom da „ne dođe do sukoba interesa i neprimerenog uticaja, da budu proporcionalne i prilagođene okolnostima odnosne osobe, u najkraćem mogućem trajanju, i da podležu redovnom preispitivanju nadležnog nezavisnog i nepristrasnog organa ili sudskog tela.“¹⁶ U korist zabrane diskriminacije, Konvencija nameće Državama obavezu da obezbijede „odgovarajuće mere“, kako bi osigurale da, osobe sa invaliditetom, imaju mogućnost da ostvare svoju poslovnu sposobnost, koristeći najmanje restriktivne mjere.

Kao što je naveo komesar Savjeta Evrope za ljudska prava, u svom Izlaganju o osobama sa invaliditetom iz 2009. godine, a pružajući „podršku“ sadržini člana 12. (3) Konvencije: „Podrška u odlučivanju je polje koje se razvija u nekim državama članicama Saveta Evrope, a ovakva praksa je ugrađena u proteklih nekoliko godina u mnogim kanadskim pokrajinskim zakonima. Ono što je važno u ovakvim slučajevima, je da podrška bude jasna - ali ne i nametnuta toj osobi – te oni koji usmeravaju, tu su zapravo da bi pružili informacije i opcije toj osobi kako bi ona donela odluku“. Međutim, komesar je stao na stanovište da se stav Konvencije Ujedinjenih Nacija razlikuje od stvarne prakse u većini zemalja, uključujući i Evropu, gdje je tendencija da se odlučuje gotovo rutinski, da su ljudi sa duševnim i intelektualnim nedostacima pravno nesposobni, i da se stavljaju pod starateljstvo.¹⁷

Sve Države potpisnice su dužne da podnose redovne izvještaje Komitetu UN o tome kako sprovode prava sadržana u Konvenciji. Prema članu 35. Konvencije, Države potpisnice moraju da sastave prvi izveštaj u toku dvije godine od prihvatanja Konvencije, a zatim da podnose redovne izvještaje, na svake četiri godine. Komitet razmatra svaki izvještaj, potom daje predloge i opšte preporuke, koje se prosljeđuju dotičnoj državi-potpisnici. Crna Gora je ratifikovala Konvenciju 2. novembra 2009. godine, a početni izvještaj trebalo je da dostavi do 2. novembra 2011. godine.

Crna Gora je, takođe, ratifikovala i Opcioni protokol uz Konvenciju, u novembru 2009. Opcioni protokol uspostavlja mehanizam za pojedinačne žalbe prema Konvenciji, za koje su se Potpisnice saglasile da priznaju nadležnost Komiteta, za prava osoba sa invaliditetom, da rješava po žalbi pojedinaca ili grupa, koje tvrde da su njihova prava, prema Konvenciji, prekršena. Komitet može, takođe, da traži informacije i daje preporuke državi-potpisnici. Do 2011. Komitet nije odlučivao ni o jednoj pojedinačnoj žalbi.

(iv) Norme Savjeta Evrope

U pravno neobavezujućoj Preporuci, naslovljenoj „Principi koji se tiču pružanja pravne zaštite osobama sa invaliditetom“, Komitet ministara Savjeta Evrope je izdao ono što se smatra najrazvijenijim izlaganjem funkcionalnog pristupa poslovne sposobnosti, stavljajući naglasak na procjenjivanje sposobnosti donošenja odluka, u zavisnosti od vrste i vremenskog okvira kada se ta odluka donosi.¹⁸

Nekoliko odredbi su od posebnog značaja. Princip 2. se bavi neophodnom fleksibilnošću, i u slučajevima pravnog odogovora na zaštitu osoba sa invaliditetom navodi se: „Mere zaštite i drugi pravni aranžmani, upotrebljivi u cilju zaštite same osobe i ekonomskog interesa osoba sa invaliditetom, moraju biti adekvatni, po opsegu ili fleksibilnosti, da bi obezbedili odogovarajući

¹⁶ Član 12, Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom;

¹⁷ Savet Evrope, Komesar za ljudska prava, pregled, 2009.

¹⁸ Oliver Lewis, Unapređivanje pravnog kapaciteta sudske prakse, EHRLR 2011

pravni odgovor u *različitim situacijama, i u slučaju različitog stepena invaliditeta* (naglašavanje dodato)¹⁹. Dalje, u Principu 2. se navodi: "Opseg mera zaštite trebalo bi da uključuje, u određenim slučajevima, one koji ne ograničavaju poslovnu sposobnost dotičnog lica²⁰, kao i preporučljive mere koje omogućavaju licima sigurnost, u slučaju nekog drugog invaliditeta."²¹

Princip 3. preporučuje da bi zakonodavni okvir, koji je usvojen, trebalo da „koliko je to moguće, prihvati takozvane *različite stepene invaliditeta* kod osoba ometenih u razvoju; kao i to da sam invaliditet može varirati, s vremena na vreme". Shodno tome, mjere zaštite ne bi trebalo, po automatizmu, da rezultiraju potpunim ukidanjem poslovne sposobnosti. Ipak, ograničenje poslovne sposobnosti bi trebalo biti moguće, u slučajevima kada se pokaže da je to neophodno u cilju zaštite *dotičnog lica* (naglašavanje dodato)²². Princip 6., takođe, objašnjava potrebu za priznanjem postojanja različitih stepena invaliditeta, i potrebom upotrebe mjere koja je najmanje restriktivna, navodeći: „U slučajevima, gde je mjera zaštite neophodna, bi trebalo da bude proporcionalna stepenu invaliditeta dotičnog lica, i prilagođena individualnim uslovima i potrebama te osobe... Mjere zaštite bi trebalo, u najmanjem mogućem obimu, kada su usmjerene ka postizanju cilja, da se miješaju sa poslovnom sposobnošću, pravima i slobodama dotične osobe..."²³ U odnosu na pristup pravdi, Princip 13. formuliše: „Dotična osoba bi trebalo da ima pravo na saslušanje, u bilo kom procesu, koji bi mogao da utiče na njegovu/njenu poslovnu sposobnost“. Na kraju, Princip 14. govori o roku, postupku i žalbi, te formuliše: „Mjere zaštite bi, kad god je to moguće i odgovarajuće, trebalo da budu ograničenog trajanja. Trebalo bi obratiti pažnju na instituciju periodičnog razmatranja, i trebalo bi da postoji odgovarajuće pravo na žalbu."²⁴

(v) Evropska konvencija o ljudskim pravima

Ova Konvencija daje samo jednu napomenu o invaliditetu, konkretno vezanu za osobe sa duševnim ili intelektualnim invaliditetom, pomenute u članu 5, uzimajući u obzir pravo države da „duševno obolele osobe“ liši slobode. Prvi slučaj, koji pominje osobe sa invaliditetom, je *Wintwerp v the Netherlands* iz 1979., u kome se navodi:

“Po mišljenju suda, ne uzimajući u obzir hitne slučajeve, navedenu osobu ne treba lišavati slobode, osim ako se stvarno ne ispostavi da je osoba sa dijagnozom “*duševnog oboljenja*”. Priroda onoga što bi trebalo da se predoči državnim nadležnim organima, a to je pravo duševno oboljenje, zahteva objektivnu medicinsku ekspertizu. Dalje, duševno oboljenje mora biti te vrste ili tog stepena koji bi zahtevao prinudno zatvaranje. Štaviše, validnost produženog pritvora zavisi od trajanja prvobitno određenog pritvora...”

Od tada, Evropski sud za ljudska prava razvio je sudsku praksu, vezanu za ovu oblast, koja se može podijeliti u dvije kategorije: slučajevi koji se suočavaju sa hospitalizacijom osoba ometenih u razvoju, i koji se podvode pod član 5., i slučajevi koji se bave pitanjima koja proizilaze iz lišavanja pravne sposobnosti i starateljstva, i koji se podvode pod članove 6. i 8. Konvencije. Nekoliko značajnih slučajeva će biti razmotreno u daljem tekstu.²⁵

19 Princip 2(1), Komitet ministara Saveta Evrope, Preporuka No. R(99) 4

20 Princip 2(4), Komitet ministara Saveta Evrope, Preporuka No. R(99) 4

21 Princip 2(7), Komitet ministara Saveta Evrope, Preporuka No. R(99) 4

22 Princip 3(1), Komitet ministara Saveta Evrope, Preporuka No. R(99) 4

23 Princip 6, Komitet ministara Saveta Evrope, Preporuka No. R(99) 4

24 Princip 14(1) i 14(3), Komitet ministara Saveta Evrope, Preporuka No. R(99) 4

25 See e.g. *Varbanov v. Bulgaria* (2000) objavljeno u *Biltenu AIRE Centra*, Novembar 2000, and *H.L. v. the United*

Slučaj *Nielson v Denmark* (1988) tiče se hospitalizacije dvanaestogodišnjeg dječaka u psihijatrijskoj ustanovi, koju je naložila državna bolnica po molbi majke, koja je jedina imala roditeljska prava, a radi liječenja neurotičnog stanja dječaka.²⁶ Odbijajući očevu predstavku, koja se pozivala na to da se time krši lična sloboda djeteta, Sud je došao do zaključka da se član 5. ne može primjenjivati na situacije koje uključuju roditeljske zabrane, koje se nameću radi "višeg cilja". Sud smatra da se činjenice slučaja tiču "odgovornog sprovođenja majčinskih prava u korist deteta" i ne uključuju odgovornost države. Značajno je da je presuda bila donijeta sa dvanaest glasova sudija naspram sedam. Sličan stav Sud je zauzeo i u slučaju *HM v Switzerland*, gdje je našao da je protivvoljno smještanje penzionera u starački dom bila razumna mjera, koju su vlasti sprovele u korist podnosioca molbe.²⁷ Odluke u oba slučaja, i *HM* i *Nielson*, su bile predmet kritike²⁸ i neslažućeg mišljenja sudije Loucaidesa u *HM slučaju* – činjenica da zatvaranje može "da služi ili zapravo jeste u interesu naznačene osobe", ne bi trebalo da bude od značaja – što je većina sudija i prihvatila u slučaju *HL v. UK* (2004), gdje je utvrđeno da, iako je podnosilac predstavke držan u instituciji, na osnovu savjesnog postupanja profesionalaca, ovo držanje ipak se smatra nevažnim za konkretan slučaj, jer je zapravo „sama svrha proceduralne garancije (ili zaštitnih mjera), da zašтите pojedinca u slučaju pogrešnih procena ili profesionalnih propusta”.

U slučaju *Shtukaturov v Russia* (2008), koji se ticao obje, gore pomenute kategorije, sud je razjasnio značaj Konvencije u nekoliko aspekata sistema pravne nemogućnosti i starateljstva. U tom slučaju, podnosilac predstavke, koji ima mentalni poremećaj, se lišava poslovne sposobnosti, na osnovu zahtjeva koji je podnijela njegova majka, a u skladu sa domaćim pravnim procesom, o kome on nije bio obaviješten, i zbog toga se nije ni mogao žaliti. Uprkos njegovim primjedbama, on je, nakon donošenja odluke, zadržan u psihijatrijskoj bolnici, bez nadzora suda. U vezi sa lišenjem njegove pravne sposobnosti, Sud je naveo da je, samim sudskim procesom, povrijeđen član 6, ukoliko osoba, o čijoj se poslovnoj sposobnosti odlučuje, nije bila prisutna. Dalje, Sud je izveo zaključak da je potpuno uskraćivanje poslovne sposobnosti, i poricanje prava podnosiocu da se žali, bila nesrazmjerna mjera, koja je narušila njegovo pravo na privatni život, zaštićeno članom 8. Što se tiče njegove hospitalizacije, Sud je smatrao da je povrijeđen član 5, jer se odluka bazirala na zahtjevu njegove majke (koja mu je dodijeljena kao staralac), a zaštitne mjere, kao što je sudski nadzor, nisu bile sprovedene. Sud je u ovom slučaju, na ubjedljiv način, pokazao mogućnost tumačenja u pravcu suprotnom od pristupa, zasnovanog na statusu lica, iznoseći da „postojanje mentalnog poremećaja, čak i onog ozbiljnijeg, ne može biti jedini razlog da se opravda oduzimanje poslovne sposobnosti.“

Suđenje *X and Y v Croatia* (2011), ticalo se slučaja dva podnosioca, majke i ćerke, koje su imale duševna oboljenja, i bile lišene poslovne sposobnosti, na osnovu postupka koji je pokrenula služba socijalnog staranja. Podnosioci su se oslonili na svoje pravo na pravedno saslušanje, zagarantovano članom 6., i pravo na poštovanje privatnosti i porodičnog života, zagarantovano članom 8, žaleći se na procedure, kojim je postupak bio vođen. X nije bila u mogućnosti da prisustvuje saslušanju pred opštinskim sudom, na osnovu čega je bila lišena poslovne sposobnosti, na osnovu psihijatrijske preporuke iz 2008., koju je pratio medicinski izvještaj iz 2002., u vrijeme kada se ona osjećala umornom, i bila na lijekovima, ne uzimajući u obzir blaže mjere, koje su mogle biti upotrijebljene za rješavanje njenog slučaja. Pošto nije bila informisana o odluci suda, X nije ni imala pravo na žalbu, kako bi ova odluka bila ispravljena. Iz gore pomenutog razloga,

Kingdom (2004), objavljeno u *Biltenu AIRE Centra*, Novembar 2004.

26 *Nielson v Denmark* (1988)

27 *HM v Switzerland* (2002)

28 *HM v Switzerland* (2002)

Sud je došao do zaključka da je postojalo kršenje prava, i da nije postojao osnov za pravično suđenje, predviđeno članom 6(1).

Što se tiče oduzimanja poslovne sposobnosti osobi Y, uzelo se u obzir da je centar za socijalni rad inicirao postupak na osnovu izvještaja psihijatra, koji je razgovarao sa osobom Y samo jednom, i to putem telefona, pa je Sud zaključio da je, s obzirom na to da osoba Y nije ugrozila sopstvene interese, niti interese osoba oko sebe, u ovom postupku došlo do kršenja člana 8. Interesantno je napomenuti kako Sud povezuje član 6. i član 8. Konvencije, tvrdeći da, kada se uzme u obzir sadržina člana 6, za određene mjere, kao što je isključivanje podnosioca sa saslušanja, potreban je stroži nadzor nad donošenjem odluka, kao i u slučaju kad mjere snažno i negativno utiču na privatni život pojedinca, kao što je lišavanje poslovne sposobnosti.²⁹

Odluka Velikog vijeća u slučaju *Stanev v Bulgaria* (2012), tiče se hospitalizacije čovjeka koji je patio od šizofrenije, kome je bila oduzeta poslovna sposobnost, i koji je bio primoran da godinama živi u nečistim i razrušenim duševnim bolnicama, uz neadekvatnu hranu i grijanje, gdje nisu postojale predviđene nikakve aktivnosti za osobe koje tu borave. Smješten je u instituciju na osnovu inicijative njegovog staratelja, radnika socijalne službe, koji se nije sa njim prethodno konsultovao, ili ga lično vidio u to vrijeme, i bez ikakvog sudskog nadzora. Sud je uzeo u obzir i učešće bugarskih vlasti u odluci da se podnosilac predstavke hospitalizuje, zatim restriktivna pravila o odsustvu, dužinu zadržavanja pod nadzorom, i nemogućnost da se podnosilac predstavke žali, i došao do zaključka da je time narušeno pravo na ličnu slobodu, zagarantovano članom 5. Konvencije.

Slučaj *DD v Lithuania* (2012), ticao se podnosioca koji je patio od šizofrenije, i koji je lišen poslovne sposobnosti prije nego što je hospitalizovan, na zahtjev zvaničnog staratelja, oca koji ga je usvojio. Iako sud nije smatrao da postoji povreda prava član 5(1) u odnosu na zakonitost protivvoljnog institucionalizovanja podnosioca predstavke, na osnovu principa, koji proizilaze iz slučaja prakse Suda u primjeni člana 5(4), a koji se odnosi na osobe sa "duševnim oboljenjem", Sud je utvrdio:

*"Duševno oboljela osoba, koja je prisilno zatvorena u duševnu bolnicu, na neograničen ili ograničen period, ima pravo, u svakom slučaju kada nije predviđeno automatsko periodično preispitivanje sudske odluke, da bude saslušana „u razumnim vremenskim intervalima“ pred sudom, kako bi u sam slučaj bio unijet element „zakonitosti“ – u okvirima značenja Konvencije – njegovog lišenja slobode; član 5. (4), zahtijeva da postupak, koji se vodi, ima sudski karakter, i da obezbjeđuje pojedincu garanciju, u odnosu na vrstu lišenja slobode koja je u pitanju; te da bi se utvrdilo da li postupak obezbjeđuje adekvatne garancije, pažnju bi trebalo usmjeriti ka prirodi okolnosti slučaja u kojima se odvija ovaj postupak; sudski procesi, koji se pominju u članu 5. (4), ne moraju uvijek sadržati iste garancije, kao što su one koje zahtijeva član 6. (1), u slučajevima krivičnog ili građanskog postupka. Ipak, od vitalnog je značaja da pojedinac, koga se sve ovo tiče, ima pristup sudu i mogućnost da sam da izjavu ili, u slučajevima kada je to neophodno, da ga predstavlja drugo lice. Posebne proceduralne mjere predostrožnosti moraju biti preduzete da bi se zaštitio interes osobe, koja na osnovu svoje mentalne sposobnosti, nije u potpunosti sposobna da sama za sebe odlučuje"*³⁰

U svjetlu činjenice da je hospitalizaciju podnosioca iniciralo fizičko lice, a da je opštinska i socijalna služba o tome odlučila, bez uključivanja suda sa treće strane, Sud donosi odluku da je povrijeđen član 5(4), iznoseći: „kada je osobi, sposobnoj da izrazi svoj stav, uprkos tome što joj je ukinuta poslovna sposobnost, ukinuto i pravo na slobodu po molbi staratelja, onda mu se mora

29 *X and Y v Croatia* (2011)

30 *Megyeri v Germany* (1992)

dozvoliti pravo da ospori to zatvaranje pred sudom, uz pomoć nezavisnog pravnog zastupnika“.³¹

Uzimajući u obzir molbu podnosioca o promjeni staratelja, a na osnovu člana 6, Sud je došao do zaključka da je povrijeđen član 6(1), jer staratelj nije najiskrenije postupio tokom postupka, pošto nije postojao dokaz da podnosilac boluje od toliko ozbiljnog stepena oboljenja, da bi njegovo svjedočenje, u potpunosti, bilo smatrano beznačajnim. Štaviše, Sud smatra da je bilo potrebno podnosiocu obezbijediti sopstvenog advokata, uzimajući u obzir činjenicu o njegovom specifičnom odnosu sa starateljem, što bi značilo da advokat, koga je staratelj pronašao, nikako ne bi mogao biti adekvatan za zastupanje.

(vi) Praksa država članica Savjeta Evrope

Kao što je primijetio Evropski sud za ljudska prava u slučaju *Stanev v Bulgaria*, uvid u domaće zakone dvanaest zemalja članica Savjeta Evrope (Hrvatska, Danska, Estonija, Finska, Francuska, Njemačka, Grčka, Bugarska, Luksemburg, Monako, Poljska, Portugalija, Rumunija, Slovačka, Švedska, Švajcarska i Turska), pokazuje da se u većini slučajeva omogućava svakome, ko je lišen poslovne sposobnosti, da može direktno da se obrati sudu sa zahtjevom za prestanak mjere.³² Ukrajina dozvoljava osobama, koje su djelimično lišene poslovne sposobnosti, da podnesu zahtjev kako bi im se ona vratila. One osobe, koje su proglašene potpuno nesposobnim, samo mogu da se žale na radnje koje su njihovi staratelji preduzeli pred sudom.³³ U Letoniji i Irskoj sudski postupak za prestanak odluke, koja se odnosi na lišavanje poslovne sposobnosti, ne može pokrenuti osoba, koja je lišena poslovne sposobnosti, samoinicijativno.³⁴

Sud je, takođe, došao do zaključka da, što se tiče smještanja poslovno nesposobnih lica u adekvatne institucije, naročito kada su u to uključene vlasti, koje imaju odobrenje da to narede, te da pruže garancije datoj osobi, ne postoji jedinstven pristup u Evropi.³⁵ U Austriji, Estoniji, Finskoj, Francuskoj, Njemačkoj, Grčkoj, Poljskoj, Portugalu i Turskoj, odluka da se određena osoba smjesti, protiv njegove/njene volje, u dugoročni kućni pritvor, se sprovodi direktno ili je sudija odobrava.³⁶ Zemlje, kao što su Belgija, Danska, Bugarska, Irska, Litvanija, Luksemburg, Monako i Ujedinjeno Kraljevstvo, daju ovlašćenje staratelju, bliskom rođaku ili administrativnoj vlasti da odluče o smještanju u adekvatne institucije, a da pritom saglasnost sudije nije neophodna.³⁷ Ipak, izgleda da smještanje u ovakve institucije zahtijeva određene materijalno-pravne uslove, koji se odnose na zdravstveno stanje te osobe, postojanja opasnosti ili rizika, i/ili pružanje na uvid medicinskih dokumenata u svim, gore navedenim, zemljama.³⁸ Neke od sigurnosnih mjera, koje se sprovode u pravnim sistemima ovih zemalja, su, između ostalog, i obaveza da se razgovara ili konsultuje sa osobom koju treba smjestiti u instituciju, određivanje vremenskog trajanja, u skladu sa zakonom ili sudskom odlukom, kao i mogućnost pružanja pravne pomoći.³⁹ U Danskoj, Estoniji, Njemačkoj, Grčkoj, Bugarskoj, Irskoj, Letoniji, Poljskoj, Slovačkoj, Švajcarskoj i Turskoj moguće je da osoba, koja se lišava poslovne sposobnosti, zatraži od nadležnog tijela preispitivanje

31 *DD v Lithuania* (2012), u čl. 166

32 *Stanev v Bulgaria* (2012), u čl. 88

33 *Stanev v Bulgaria* (2012), u čl. 89

34 *Ibid.*, u čl. 90

35 *Ibid.*

36 *Ibid.*, u čl. 91

37 *Ibid.*, u čl. 92

38 *Ibid.*, u čl. 92

39 *Ibid.*, u čl. 92

prvobitne odluke o smještanju u instituciju, i to bez saglasnosti staratelja.⁴⁰ Nekoliko zemalja (Danska, Estonija, Finska, Njemačka, Grčka, Irska, Estonija, Poljska, Švajcarska i Turska) direktno daju ovlaštenje osobi, koja se lišava poslovne sposobnosti, da periodično zahtijeva od suda da odluči o zakonitosti daljeg zadržavanja u instituciji.⁴¹ I na kraju, Sud je primijetio da je zakon o poslovnoj sposobnosti i smještanju u institucije, u mnogim državama, u posljednje vrijeme bio podvrgnut brojnim izmjenama i dopunama, da bi se povećala pravna zaštita osoba koje su lišene poslovne sposobnosti, bilo na način da im se omogući direktan pristup sudu i preispitivanje njihovog statusa, ili u pogledu dodatnih mjera predostrožnosti, kad su smješteni u specijalizovane institucije protiv svoje volje.⁴²

Nekoliko nacionalnih sudova, među državama-članicama Savjeta Evrope, su nedavno zagovarali ideju da je potpuno starateljstvo nesrazmjerna mjera.⁴³ Na primjer, u Poljskoj, Ustavni sud je zaključio 2007. godine da “mnoge države sad odstupaju od striktnih ograničenja prava i sloboda (osoba ometenih u razvoju), u korist fleksibilnijih rješenja, koja mogu da odgovaraju u određenim situacijama”.⁴⁴ Ustavni sud u Češkoj je, 2009. godine, donio zaključak da se ograničavanje poslovne sposobnosti “mora posmatrati kao ekstremna mjera”, i da je to “manifestni ostatak prethodnog režima”.⁴⁵ Ustavni sud Letonije je, 2012. godine, naredio Vladi da uvede alternative potpunom starateljstvu.

(vii) Norme Evropske Unije

Stvarajući, u okviru Savjeta Evrope 1986. Godine, Preporuku o zapošljavanju osoba sa invaliditetom u Evropskoj zajednici, i u okviru Evropske komisije 1996. Godine, Komunikaciju o ravnopravnosti mogućnosti osoba sa invaliditetom, Ugovor iz Amsterdama, koji je stupio na snagu 1999. godine, unosi u svoj sadržaj princip nediskriminacije, na osnovu invaliditeta u okviru nacionalnog zakonodavstva država- članica, i to uključujući invaliditet u opštu garanciju zabrane diskriminacije iz člana 13, dajući time Evropskoj zajednici, po prvi put, nadležnost na polju invaliditeta.⁴⁶ Direktiva o ravnopravnosti zapošljavanja nastavila je ovom putanjom, uspostavljajući opšti okvir za jednaki tretman pri zapošljavanju i odabiru zanimanja, što zahtijeva od zemalja-članica da primijene princip ravnopravnog tretmana u svojim nacionalnim zakonodavstvima. Član 5. ove Direktive nameće obavezu zemljama-članicama da obezbijede razumno zadovoljenje potreba osoba sa invaliditetom.⁴⁷

Povelja o osnovnim pravima Evropske unije, takođe, izričito predviđa antidiskriminacionu garanciju na osnovu invaliditeta, što je sadržano u članu 21, a takođe i odredbu o integraciji osoba sa invaliditetom, sadržanu u članu 26. Nacrt „horizontalne“ direktive, koja je još uvijek u procesu pregovaranja, uključuje i predloge za proširenje jednakog tretmana među zaposlenima, sve do

40 *Ibid.*, u čl. 93

41 *Ibid.*, u čl. 94

42 *Ibid.*, u čl. 94. Sledeće države su nedavno uskladile svoje zakone: Austrija: 2007; Danska: 2007; Estonija: 2005; Finska: 1999; Francuska: 2007; Njemačka: 1992; Grčka: 1992; Mađarska: 2004; Litvanija: 2006; Poljska: 2007; Ukrajina: 2000; Ujedinjeno Kraljevstvo: 2005) ili su u procesu usklađivanja (Ireland).

43 Lewis, beleška 4

44 *Ibid.*

45 *Ibid.*

46 Pravna zaštita osoba sa duševnim oboljenjem, prema Zakonu protiv diskriminacije, Agencija Evropske unije za osnovna prava, oktobar 2011;

47 Direktiva Savjeta 2000/78/EC

oblasti, kao što su socijalna zaštita, obrazovanje, pristup i snadbijevanje sredstvima i drugim uslugama, dostupnim javnosti. Suprotno od Direktive za zapošljavanje, horizontalna direktiva naglašava da je, odbijanje udovoljavanja potrebama lica sa invaliditetom, jedna vrsta diskriminacije, samim tim izjednačavajući standarde Evropske unije sa standardima Konvencije UN.

Veoma je značajno naglasiti da, ni Povelja, ni Direktiva o ravnopravnosti pri zapošljavanju, ne sadrže definiciju invaliditeta. Shodno tome, moguće je da uža interpretacija koncepta invalidnosti, u nacionalnom zakonodavstvu i sudskoj praksi, ograniči zaštitu, koju nudi direktiva, i isključi određene grupe osoba sa invaliditetom, uključujući i one sa intelektualnim invaliditetom. Ipak, Evropski sud pravde je, u tom smislu, već dao neke smjernice 2006.godine, u slučaju *Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA*, kad je zaključio da invaliditet, kao suprotnost bolesti, zapravo jeste pokriven Direktivom o zapošljavanju, i da bi ovaj pojam trebalo da uključi sledeće elemente: ograničenja su nekad fizičke, nekad mentalne prirode ili pak psihološki nedostaci; ograničenje ometa osobu u obavljanju svakodnevnih profesionalnih dužnosti; vjerovatno je da će ograničenje trajati duži vremenski period.⁴⁸ Dalje, u slučaju *Coleman v. Attridge Law*, radilo se o predstavki majke djeteta sa invaliditetom u vezi sa diskriminacijom, a u kome je Sud pravde došao do zaključka da bi, u ovom slučaju, trebalo primjenjivati Direktivu o zapošljavanju, bez obzira na činjenicu da sama zaposlena žena nije sa invaliditetom. U pogledu pristupanja Evropske Unije Konvenciji o pravima osoba sa invaliditetom 2010.godine, čini se vjerovatnim da će Sud pravde Evropske Unije zauzeti širi stav u pogledu definisanja pojma invaliditet – na osnovu člana 1. Konvencije, i obezbjeđujući širi pristup pojmu „osoba sa invaliditetom“, koji obuhvata:

“one koji imaju dugoročna fizička, mentalna, intelektualna ili čulna oštećenja, koja u interakciji sa raznim preprekama mogu ometati njihovo puno i efikasno učešće u društvu, na jednakoj osnovi sa drugima.”

Pristupanje Evropske unije Konvenciji UN osiguralo je da prava, sadržana u Konvenciji, postanu dio prava Evropske Unije, iako samo do granice, do koje Evropska unija ima nadležnost u određenoj oblasti.⁴⁹ U svijetlu napora Crne Gore, kao kandidata za pristup Evropskoj Uniji, zakonodavac u Crnoj Gori mora biti svjestan razvoja Evropske unije u ovoj oblasti, naročito u odnosu na okončanje rada na izradi horizontalne direktive, i sve ozbiljnijih obaveza, koje će se u ovoj oblasti nametnuti budućim zemljama-članicama Evropske unije.

48 Pravna zaštita osoba sa duševnim oboljenjem prema Zakonu protiv diskriminacije, Agencija Evropske unije za osnovna prava, oktobar 2011; cit. Schiek, Waddington i Bell (2007), p. 137

49 *Ibid.*

ZAKLJUČCI i PREPORUKE

Imajući u vidu naprijed navedeno, jasno je da je vodeći trend proteklih četrdesetak godina, makar u Zapadnoj Evropi, bila težnja da se raspetlja mreža psihijatrijskih bolnica, koje su ranije obezbjeđivale “mentalno-zdravstvenu” njegu, na način koji je okarakterisan kao „biljeg, socijalna isključenost, starateljska briga i terapijski nihilizam”.⁵⁰ Pristup, koji se naročito favorizovao u ovom kontekstu, je onaj koji je obezbjeđivao: „fleksibilni raspon pomoći i sredstava, koja se mogu prikupiti i rasporediti po potrebi, u svrhu obezbjeđivanja mogućnosti svim osobama sa invaliditetom da žive svoje živote, na način na koji žele, sa podrškom i zaštitom koja im je neophodna”.⁵¹

U relaciji sa evolucijom pravnih standarda, mijenjanje obrasca „iz pacijenta u građanina“, najbolje je otjelotvoreno u tekstu Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom, čiji sadržaj snažno podržava funkcionalni pristup lišavanju poslovne sposobnosti. Samo insistiranje Konvencije na potrebi za starateljem, koja je proporcionalna i prilagođena okolnostima života osobe sa invaliditetom, sugerise da, bilo koja promjena u zakonu Crne Gore, mora da uključi najmanje invazivno ograničenje u pogledu lišenja poslovne sposobnosti, dok sa druge strane, mora obezbijediti dostupnost mjera predostrožnosti u svakoj fazi postupka.

Štaviše, sudska praksa Evropskog suda za ljudska prava, ukazuje na trend ka sve opreznijem upućivanju na psihijatrijsko ispitivanje i lišenje poslovne sposobnosti. Kao što je gore navedeno, nedavne presude u slučajevima *XéY v Croatia*, *Stanev v Bulgaria*, and *DD v Lithuania*, su od velike pomoći u analizi preciznih zahtjeva člana 5, 6. i 8., koji se odnose na osobe sa mentalnim invaliditetom. Sumirajući, ovi slučajevi su utvrdili da, smještanje osoba sa invaliditetom u ustanove socijalne zaštite, predstavlja mjeru lišavanja slobode ovih lica, i zahtijeva sudsku kontrolu, te da postojanja uslova u ovim ustanovama, koji su nehumani i ponižavajući, predstavlja narušavanje garancija iz člana 3.⁵²

Ipak, jasno je da Sud u Strazburu ima tek da se uhvati u koštac sa nekim od odredbi Konvencije UN, naročito sa članom 19. o pravu života u zajednici, i vezi ovog člana sa članom 8. Evropske konvencije, utoliko što se on tiče obaveza države da obezbijedi licima sa mentalnim invaliditetom izbor jednak onom, koji zadržavaju ostali u svim aspektima svog života. Shodno tome, neophodno je da zakonodavac u Crnoj Gori ostane na istom nivou razvoja sudske prakse, na kome je i Evropski sud, uzimajući u obzir težnju ka sve većem usvajanju funkcionalnog pristupa o poslovnoj sposobnosti i, posebno, hospitalizaciju lica lišenih poslovne sposobnosti.

Na osnovu izvedene analize pozitivnogpravnog režima lišenja poslovne sposobnosti u Crnoj Gori, te pregleda standarda međunarodnog prava, čini se da se mogu iznijeti sljedeći predlozi za njegovo unapređivanje:

Krug lica - krug lica, na koji se odnosi pravni režim, trebalo bi striktno vezati za lica sa urođenom ili stečenom fizičkom, senzornom, intelektualnom ili emocionalnom onesposobljenošću, koja

50 Interrights, Intervencija treće strane, *Stanev v Bulgaria* (2012), Evropska Komisija, *Stanje mentalnog zdravlja u Evropskoj uniji*, p.54

51 Interrights, Intervencija treće strane, *Stanev v Bulgaria* (2012)

52 *Lycette Nelson*, “*Stanev v. Bulgaria: Veliko veće Pristup upozorenja proširenoj zaštiti prava osoba sa psihosocijalnim invaliditetom*”, Gost blog, Posmatrača iz Strazbura na <http://strasbourgobservers.com/2012/02/29/stanev-v-bulgaria-the-grand-chambers-cautionary-approach-to-expanding-protection-of-the-rights-of-persons-with-psycho-social-disabilities/>

imaju umanjenu sposobnost donošenja, saopštavanja, razumijevanja ili pamćenja sopstvenih odluka, odnosno sposobnost komunikacije sa drugima;

Osnovna načela - među osnovnim načelima pravnog režima, posebnu pažnju bi zasluživala:

- načelo poštovanja ličnog dostojanstva i drugih ljudskih prava lica sa intelektualnim invaliditetom;
- načelo garantovanja punog učešća u društvenom životu;
- načelo zabrane diskriminacije;
- načelo zabrane potpunog lišenja poslovne sposobnosti;
- načelo zabrane sveobuhvatnog lišenja ljudskih prava;
- načelo srazmjernosti ograničenja, a naročito načelo funkcionalnosti i privremenosti ograničenja;
- načelo poštovanja interesa i dobrobiti lica, o čijim se pravima i slobodama odlučuje.

Uslovi za ograničenje - osnovni uslov za ograničenje prava i sloboda trebalo bi da bude taj, da lice nije u stanju da se samo stara o sebi i o zaštiti svojih prava i interesa, ili da bitno ugrožava sopstvena prava i interese, odnosno prava i interese drugih;

Predmet odlučivanja - predmet odlučivanja mogla bi da budu, samo pojedinačno određena, prava i slobode, kao i obim njihovog ograničavanja;

Nadležnost - u postupcima ograničavanja prava i sloboda, trebalo bi da bude nadležan sud, i to sud na čijoj teritoriji lice, čije se pravo ili sloboda ograničava, ima prebivalište, odnosno boravište, u vanparničnom postupku;

Ovlašćenje za pokretanje postupka - trebalo bi obezbijediti da se postupak za ograničenje prava i sloboda pokreće po predlogu:

- suda, organa starateljstva, supružnika, djeteta ili roditelja lica, čije se pravo ili sloboda ograničava;
- djeda, babe, brata, sestre, kao i unuka lica, čije se pravo ili sloboda ograničava, ako sa njim žive u porodičnoj zajednici;
- samog lica, čije se pravo ili sloboda ograničava, ako može da razumije značenje i pravne posljedice predloga;

Uloga lica, čija se prava i slobode ograničavaju u toku postupka - posebne procesne garancije trebalo bi vezati za lice, o čijim se pravima i slobodama odlučuje, a naročito:

- lice bi moralo biti neposredno obaviješteno o pokretanju postupka;
- lice bi moralo da se pozove na ročište;
- sud bi morao neposredno da sasluša lice na ročištu;
- lice bi moralo da ima pravo na žalbu na odluku suda;
- lice bi moralo da ima pravo da pokrene postupak revizije pravnosnažne odluke;

Uloga vještaka - odluka suda trebalo bi da se veže za mišljenje i stav vještaka, koji procjenjuju da li se radi o licu sa urođenom ili stečenom fizičkom, senzornom, intelektualnom ili emocionalnom onesposobljenošću, koje ima umanjenu sposobnost donošenja, saopštavanja, razumijevanja ili pamćenja sopstvenih odluka, odnosno sposobnost komunikacije sa drugima. Međutim, odluka vještaka ne bi smjela da se odnosi na ocjenu pitanja o ispunjenosti osnovnog uslova za ograničenje prava i sloboda, a to je da lice nije u stanju da se samo stara o sebi, i o zaštiti svojih prava i interesa,

ili da bitno ugrožava sopstvena prava i interese, odnosno prava i interese drugih, što bi morao da bude isključiv predmet odlučivanja suda;

Privremenost odluke o ograničenju - odluka suda bi mogla da ima samo privremeni karakter, i trebalo bi je preispitivati najmanje jednom godišnje, odnosno po zahtjevu lica koja imaju pravo da zahtijevaju preispitivanje.

