

POSLOVNA SPOSOBNOST KAO UNIVERZALNO LJUDSKO PRAVO I DETERMINANTA DRUŠTVENOG POLOŽAJA LICA SA MENTALNIM INVALIDITETOM

*Milan M. MARKOVIĆ **

Članak razmatra promenu obrasca koju uvodi Konvencija o pravima lica sa invaliditetom Ujedinjenih nacija. U tom smislu, posmatra se takva promena na polju poimanja i važnosti poslovne sposobnosti lica sa mentalnim invaliditetom. Ističu se jasni stavovi koji poslovnu sposobnost vide kao glavnu determinantu društvenog položaja ove manjinske grupe, koja, pak, usled ustaljenog modela negacije sposobnosti, trpi dehumanizaciju i marginalizaciju, koje dalje dovode do ozbiljnih posledica po pojedince. Takođe, uvodi se teorijska diskusija o održivosti određenih koncepata u tretmanu osoba sa mentalnim teškoćama, te zastupa neophodnost ukidanja sistema nesposobnosti i uspostavljanja sistema sposobnosti koji kapacitet ljudskog bića tretira kao univerzalnu vrednost, na šta se nadovezuje stav uveden Konvencijom o poslovnoj sposobnosti kao univerzalnom ljudskom pravu. Najzad, pruža se ilustracija o zabrinjavajućem sistemskom automatizmu u lišavanju poslovne sposobnosti i stereotipima i etiketiranju u tom smislu.

Ključne reči: *mentalni invaliditet, poslovna sposobnost, promena obrasca, ljudska prava, Konvencija o pravima lica sa invaliditetom*

Uvod

Usvajanje *Konvencije o pravima lica sa invaliditetom*¹ (dalje: Konvencija) u političkim krugovima, međunarodnoj i naučnoj zajednici smatra se gotovo revolucionarnim korakom u razmatranju prava čoveka i tretmanu društvene ranjivosti. Razlozi za to su veoma brojni i ovaj članak pokušaće da ih obuhvati i predstavi u onoj meri u kojoj je potrebno da bi razmatranje pitanja *poslovne sposobnosti* dobilo tačan kontekst i da bi se dovoljno predstavila promena koju Konvencija donosi / može / treba da donese u domen ljudskih

* Centar za pravna istraživanja Instituta društvenih nauka, Beograd; Institut za međunarodno javno pravo Univerziteta u Gracu.

¹ Convention on the Rights of Persons with Disabilities (UN CRPD). Zakon kojim se potvrđuje ratifikacija Konvencije termin "with disabilities" iz naslova Konvencije zvanično prevodi "sa invaliditetom". Iako "invaliditet" ili "invalidnost" nisu najpogodniji termini za označavanje osoba sa mentalnim teškoćama, korišćemo izraz iz zvaničnog prevoda objavljenog u Službenom glasniku Republike Srbije da bismo označili osobe koje imaju mentalne (intelektualne i psihosocijalne) teškoće.

prava i unapređenja statusa ranjive i marginalizovane grupe lica sa mentalnim invaliditetom (psihosocijalnim i intelektualnim teškoćama).

Konvencija je najbrže usvojeni međunarodni ugovor na polju ljudskih prava, oko kojeg su pregovori i lobiranje trajali najkraće u odnosu na druge instrumente, od trenutka pristupanja radu do usvajanja konačne verzije teksta. Dalje, Konvencija predstavlja prvi međunarodni (globalni) akt o ljudskim pravima u 21. veku, ali i prvi tematski posvećen u potpunosti ljudima sa invaliditetom (Kayess, French, 2008: 1). Takođe, Konvencija je okupila izrazito širok forum i veoma brzo stupila na snagu, uz 120 zemalja potpisnica do kraja 2007. godine.

Međutim, najveći doprinos Konvencije i njen najveći potencijal u pravu ljudskih prava ogleda se u pristupu položaju i pravima osoba sa invaliditetom i formulaciji i sadržini samih prava i sloboda.

Klima u međunarodnoj zajednici, pa i u određenim naučnim krugovima, nije bila ujedinjena u oceni da je segmentu ljudskih prava posvećenom licima sa invaliditetom neophodna posebna konvencija. Tako, iz razloga što su neki u postojećim instrumentima videli dovoljan stepen zaštite prava koja se imaju smatrati pravima svih ljudskih bića, bez razlike i diskriminacije, kao i da se sva do sada proklamovana prava na isti način i u istom obimu odnose i na lica sa invaliditetom (MacKay, 2007: 323). Mnogi su znali, a ponajviše aktivisti organizacije civilnog društva i lica sa invaliditetom da je takva tvrdnja netačna.

Konvencija o pravima lica sa invaliditetom i reforma koncepta invaliditeta

Konvencija o pravima i položaju osoba sa invaliditetom pristupa metodom *promene paradigme* ili *promene obrasca* (eng. *paradigm shift*), koja je jasno vidljiva u samom korenu i definiciji materije. Dok se do sada ljudskim pravima pristupalo sa platforme jednakosti i ravnopravnosti, Konvencija prepoznaje da je za postizanje ravnopravnosti lica sa invaliditetom u svakom društvu potrebno uvideti, sa jedne strane, tradiciju konstantnog kršenja prava i društvene marginalizacije, a sa druge, neophodnost da se za postizanje jednakosti i poštovanja moraju uposliti dodatni koraci, koji, pak, nisu neophodni za većinu stanovništva. Tako se povrhu univerzalnosti, koja se smatra osnovnom prirodnom karakteristikom ljudskih prava, u značajnoj meri, aktivira pristup koji prepoznaje pluralizam i različitost (Megret, 2008: 496). Ova ideja ne treba da inicira društvenu tenziju ili da podrije onaj deo filozofije ljudskih prava koji kao cilj vidi upravo jednaki stepen uživanja dobrobiti koju samo pravo donosi, već da prvenstveno preispita, pa i

promeni iluziju da smo svi jednaki samo zato što su nam dodeljena ista prava ili, još manje, zato što se takva jednakost i društvena ravnopravnost pretpostavljaju. Konvencija je započela nekolike diskusije o tome da li se u njenoj sadržini mogu prepoznati neka nova prava, koja do sada nisu bila istovetno definisana ranije, a koja bi se mogla smatrati posebno potrebnim u slučaju osoba sa invaliditetom, ili su u pitanju prava iste sadržine i cilja. Iako su mišljenja podeljena, moguće je prepoznati razloge za ovakve nedoumice. Da li su dosadašnji instrumenti ljudskih prava bili uspešni u obezbeđivanju jednakog uživanja prava i sloboda za lica sa invaliditetom? Ako jesu, zašto je bilo potrebno usvojiti posebnu Konvenciju koja će se baviti samo pravima ove manjine, a naročito ako su prava njome obuhvaćena samo ponovljene norme iz ranije usvojenih instrumenata? Na prvo pitanje odgovor je veoma jednostavan i glasi "ne". Osobe sa invaliditetom često se nazivaju najvećom svetskom manjinom.² Iako nismo sigurni da je to tačno, jer brojni su načini gledanja na odnos manjina i većina u globalnom kontekstu, trendovi koji prate ovu grupaciju po pravilu su ekstremno nepovoljni u svakom svetskom društvu. Na primer, Svetska banka procenjuje da petinu najsiromašnijeg stanovništva u svetu čine osobe sa invaliditetom; prijavljena je drastično viša stopa smrtnosti kod dece sa invaliditetom, kao i kraći očekivani životni vek; trećina dece ulice su deca sa invaliditetom; 80 procenata osoba sa invaliditetom živi u zemljama u razvoju.³ Tome treba dodati interesantnu procenu da 60 odsto domaćinstava u Srbiji sa barem članom koji ima invaliditet živi ispod granice siromaštva (Marković, 2011).⁴ U najmanju ruku, ovi pokazatelji ih čine jednom od najugroženijih manjinskih grupa na svetu. Kada se, pak, razmatra položaj osoba sa mentalnim invaliditetom u kontekstu diskriminacije, osnovnih ljudskih prava i sloboda i opšte vidljivosti u društvu, može se reći da se slika pogoršava. Prinudna institucionalizacija, prinudni tretmani, lišavanje poslovne sposobnosti i posledična nemogućnost ostvarivanja prava (na rad, na obrazovanje, na brak, porodicu, imovinu), neke su od situacija koje pogađaju ovu grupu vrlo često više nego druge, pa i lica sa drugim tipom invaliditeta. Dakle, odgovor na prvo pitanje je negativan. Naravno da se prvo pitanje može proširiti tako da se tiče efikasnosti zaštite svih ljudskih prava, ne samo ove grupe, ali to bi već bila diskusija druge vrste i cilja.

Na prethodno se jasno nadovezuje odgovor na drugo pitanje – potreba za tematskom konvencijom očigledna je, a naročito radi predviđanja normi koje

² Videti, na primer, procene Svetske banke ili Ujedinjenih nacija.

³ Some Facts about Persons with Disabilities, UN, <http://www.un.org/disabilities/convention/facts.shtml>

⁴ Procena International Federation for Human Rights. http://www.abdn.ac.uk/law/documents/serbia_report_final.pdf

licima sa invaliditetom potvrđuju status *subjekta* prava i sloboda, jer tradicija pokazuje dimenziju u društvenom tretmanu koja insistira da su osobe sa invaliditetom objekti sažaljenja, specifične zaštite ili pak nešto što je teret društvu i okolini (Kayess, French, 2008: 2).

Izgleda da su dosadašnji načini rešavanja problema negativnog tretmana lica sa invaliditetom omogućavali produbljivanje i nastavljanje marginalizacije i kršenja prava. Ali, da li Konvencija ima potencijal da napravi tu razliku, da dostigne kritičnu evoluciju ustaljenog, veoma homogenog razmatranja u ljudskim pravima do te mere da promenjena ne bude samo proklamacija, već da se reformiše sam definicijski osnov, sama paradigma i koncept? Po svemu sudeći Konvencija poseduje takav kvalitet.

Tekst i pristup Konvencije u mnogim aspektima krajnje je inovativan i progresivan. Nakon usvajanja, zanemarujući neke očigledne nedostatke i kontradiktornosti, entuzijazam u vezi sa činjenicom usvajanja tematskog instrumenta, njegovim potencijalnim domašajem i snagom da oblast zaštite prava lica sa invaliditetom transponuje iz marginalizovane u autonomnu oblast prava ljudskih prava, bio je veoma visok.

Polazeći od preambule, Konvencija ističe vrednosti kao što su *urođeno dostojanstvo, raznolikost osoba sa invaliditetom*, ali i ciljeve kao što je *puno* uživanje *svih* ljudskih prava i sloboda, te *puna* društvena inkluzija. Ono što preambula ipak najviše najavljuje kao ton Konvencije koja sledi jeste shvatanje invaliditeta ne kao ličnog svojstva, umanjene moći ili nesposobnosti, već kao realne, nepovoljne posledice nastale usled društvenih barijera koje sprečavaju punu uključenost osoba sa određenim teškoćama u društvo. Dakle, akcenat ne leži na svojstvu samog pojedinca, već na odgovornosti države i društva zbog neomogućavanja da pojedinac uživa prava i slobode u potpunosti i nesmetano. U ovome treba prepoznati pravo dejstvo *reforme obrasca invaliditeta*, jer ovakva perspektiva u neku ruku je revolucionarna, teži da prodrma duboko ukorenjene vrednosne procene potreba lica sa invaliditetom, stoga i njihov položaj u društvima i odnos svih društvenih subjekata prema njima. Takav stav podržan je na brojnim mestima u samoj Konvenciji. Time se u polje prava osoba sa invaliditetom uvodi *društveni model*, a pravi otklon u odnosu na *medicinski* ili *model socijalne pomoći* (dobrobiti) u društvenom tretmanu invaliditeta, koji jesu vladajući u većini sistema. Društveni model, koji nastaje kao proizvod kritične studije invaliditeta, upravo ukazuje na ograničenosti drugih modela, njihovu usku usmerenost na otklanjanje društvene i porodične problematičnosti invaliditeta, zbrinjavanje lica i prepoznavanje tereta po društvo i porodice. Takođe, insistira na ukidanju indiferentnosti o potrebama i lažnoj ravnopravnosti svih pojedinaca u društvu. Time Konvencija teži da

zamena tradicionalne teorije jednakosti i ravnopravnosti, koje, insistirajući na formalizovanoj jednakosti svih individua, nastavljaju da podržavaju ustaljene stereotipe i mehanizme (Fredman, 2005: 211). Jednak tretman lica sa invaliditetom značiće uočavanje i priznavanje različitosti, ne u fundamentalnoj sadržini prava, već u ostvarivanju i garancijama, pa čak i ako te dodatne norme postanu sastavni deo samog prava lica sa invaliditetom. Puna ravnopravnost za njih zahtevaće adaptaciju, odnosno, nejednak tretman u tom smislu (Kayess, French, 2008: 3).

Prepoznaje se da Konvencija u velikoj meri zastupa *univerzalistički* pristup invaliditetu. Dok *manjinski pristup* invaliditetu ističe različitost prvenstveno radi izvesnog kompenzovanja invaliditeta kroz posebne mere i zaštite odnosa između većinske i manjinske populacije, naglašavajući devijaciju od postavljene norme (pravne i šire društvene), *univerzalistički pristup* zasniva se na raznolikosti kao univerzalnoj vrednosti svakog društva i svakog pojedinca. Ovaj obrazac ne pretpostavlja ljudsko biće kao nekakav katalog "normalnih" sposobnosti, i ne postavlja pitanja "da li" i "koji", već "kada" i "u kojoj meri i kombinaciji" će invaliditet, umanjena sposobnost ili ostupanje od zamišljene norme nastupiti kod svakog ljudskog bića (Zola u Kayess, French, 2008: 4). Upravo se ovakav profil uzima za univerzalni civilizacijski standard ljudskog postojanja i unosi promenu obrasca i u domen jednakosti i ravnopravnosti.

Postojeća osnovna ljudska prava, neutralna prema različitosti, koja se uživaju i štite na osnovu postojećih međunarodnih izvora, obuhvata i Konvencija,⁵ dok je, pak, nekoliko prava vezana za invaliditet – pravo na fizičku dostupnost, nesmetano kretanje, rehabilitaciju. Međutim, Konvencija odmiče daleko od katalogiziranja i nabiranja postojećih prava i sloboda. Pomak postoji u najmanje dva aspekta. Najpre, prava dobijaju drugačiji kontekst, jer su jasno upravljana principima, ciljevima i vrednostima Konvencije. Svaki segment Konvencije mora se tumačiti u skladu sa namerom da se postojeći obrasci prevaziđu i iskorene, a da se ustoliči reformisani oblik ravnopravnosti i društvene inkluzije.⁶ Upravo se ovde vidi namera da se radi pune ravnopravnosti u uživanju prava aktivira usvajanje različitosti i senzitivizacija naročitih zahteva koje invaliditet postavlja pred

⁵ Pravo na život, jednakost pred zakonom, bezbednost, privatnost, obrazovanje, zdravlje, rad i druga.

⁶ Tako, Opšti principi iz člana 3. uključuju poštovanje urođenog dostojanstva, autonomije (naročito slobode odlučivanja), nezavisnosti; nediskriminaciju; puno i efektivno učešće i društvenu inkluziju; poštovanje različitosti i prihvatanje invaliditeta kao oblika ljudske raznolikosti; jednake mogućnosti; pristupačnost; ravnopravnost muškaraca i žena; i poštovanje rastućih kapaciteta dece sa invaliditetom i poštovanje prava deteta sa invaliditetom da očuva svoj identitet.

društvo. Sa druge strane, formulacija obaveza država i drugih subjekata (i opšte obaveze i korelativne obaveze pojedinačnih prava) jasnije su određene nego u ranijim pokušajima. Naime, kao što je rečeno, teži se aktiviranju i mobilizaciji zakonodavnog, sudskog i političkog aparata, radi postizanja neprestane težnje da se prava i obaveze iz Konvencije efektivno realizuju i da se obezbedi odlučivanje koje će biti u skladu sa reformom koju donosi Konvencija. Zahteva se *obezbeđivanje, realizacija i aktivna zaštita* proklamovanih prava, *ukidanje postojećih propisa i donošenje novih*, zajedno sa planiranjem i kreiranjem politika u skladu sa kvalitativnom promenom obrasca. Konvencija na mnogim mestima otklanja razliku koja se često (a često i neopravdano) nameće između građanskih i političkih sa jedne i socioekonomskih prava sa druge strane, insistirajući na njihovoj prirodnoj međuzavisnosti i očekujući, u najvećoj mogućoj meri, neposredno dejstvo aspekata koji su često podložni progresivnoj realizaciji.⁷ Na taj način, Konvencija još jednom pokazuje težnju ka promeni pristupa pravima i položaju lica sa invaliditetom, za koje su mnoga prava neodvojiva od nekih drugih prava, ukoliko je cilj da žive dostojanstvenim životom, uključeni u zajednicu i ravnopravni. Zaključno, Konvencija preuzima ulogu koja je donekle reformišuća ne samo u kontekstu prava lica sa invaliditetom, već i u odnosu na čitavo polje ljudskih prava. U sferu zaštite manjinskih prava ona uvodi univerzalistički pristup, zahteva evoluciju stava prema invaliditetu i aktivira brojne društvene procese radi postizanja stvarne, a ne prividne ravnopravnosti.

Etiketa mentalnog invaliditeta i (poslovna) sposobnost

U ustaljenoj nacionalnoj praksi, uočavaju se tri osnovna modela pristupa poslovnoj sposobnosti lica sa mentalnim invaliditetom. *Statusni* podrazumeva lišavanje poslovne sposobnosti na osnovu dijagnostičkog nalaza. To će značiti da će licu, kojem je dijagnostifikovan mentalni poremećaj (psihosocijalna teškoća – oboljenje ili intelektualna teškoća – npr. zakasnelost u razvoju), poslovna sposobnost biti oduzeta ukoliko postoji takvo stanje utvrđeno od medicinske struke. Ovaj čisto medicinski pristup ne uzima u obzir nikakve dodatne okolnosti koje takvo stanje proizvodi u društvenoj realnosti. Drugi model po svojoj prirodi je *funkcionalni* – on se

⁷ Uzmimo, na primer, *pravo na nezavisan život i uključenost u zajednicu* (član 19): Konvencija postavlja zahtev da se licima sa invaliditetom omogući slobodan izbor načina i mesta samostalnog života – uz obavezu države da učini dostupnim čitav niz usluga podrške za nezavisan život, uključujući ličnu podršku, ali i mesta za život u zajednici. Iako se uviđa socijalnoekonomski aspekt realizacije ove dužnosti i ne može se očekivati neposredna alokacija sredstava koja nisu dostupna, ipak se ne može opravdati odugovlačenje u iniciranju reforme postojećih sistema koji ovakvu podršku ne predviđaju.

zasniva na proceni (suda, veštaka) sposobnosti pojedinca da obavlja određenu životnu funkciju samostalno, pa ako se to pokaže nemogućim, poslovna sposobnost oduzima se u potpunosti ili delimično. Najzad, *model rezultata* tretira individuu kroz odluke koje ona donosi. Dakle, sposobnost se procenjuje na osnovu odluka i ponašanja zasnovanih na zdravom razumu i očiglednom interesu. Na primer, ukoliko lice sa mentalnim invaliditetom odluči da prekine zdravstveni tretman ili psihijatrijsko lečenje, sud može proceniti da ovakva odluka ukazuje da lice u pitanju nije sposobno da shvati situaciju, rizike i posledice, te dolazi do lišavanja poslovne sposobnosti.

Većina savremenih sistema funkcioniše uz implementaciju nekog od ovih modela ili, pak, kroz njihovo kombinovanje. Kako Dhanda (2007) primećuje, u velikom broju sudskih sistema, ne pravi se stvarna razlika među testiranjem koje sudija preduzima po statusnom i funkcionalnom modelu. To, naime, pokazuje da kada se utvrdi postojanje mentalnog disabiliteta poslovna sposobnost je automatski pod znakom pitanja, odnosno uglavnom se pretpostavlja odsustvo sposobnosti osobe da proceni i shvati situacije u kojima se nalazi (Dhanda, 2007: 432). A na samom pojedincu će biti teret da dokaže suprotno što je, pak, u datim okolnostima, veoma teško. Autorka takođe ne vidi suštinsku razliku između navedenih modela, ističući da će skoro uvek metod procene sposobnosti biti isti i u ozbiljnoj meri vođen predrasudom i tradicijom.

Ovakvi trendovi ukazuju na sistemsko zanemarivanje subjektiviteta i sposobnosti, podržavajući snagu etiketiranja mentalnim invaliditetom, koje, nadalje, osobi koja možda i ima problema sa izvršavanjem određenih (i to samo određenih) funkcija neće biti pružena pomoć da te iste funkcije nauči ili usavrši (Dhanda, 2007: 436). Takvim osobama po pravilu se postavlja staratelj ili zastupnik koji ne odlučuje zajedno sa pojedincem, već uvek umesto njega. Time se pojačava pasivizacija velikog broja ljudi, a ne utiče se na uvećanje njihove stvarne sposobnosti da budu subjekti odlučivanja o sopstvenom životu. Kao što i Winick (1995) zapaža u svom psihološkom pojašnjenju reakcije na etiketiranje, buduće ponašanje u ogromnoj meri biće ugroženo i određeno takvim odnosom prema individui sa teškoćama, dalje produbljujući (ili izazivajući) njegovu nesposobnost.

U pravnoj nauci, poslovna sposobnost definisana je kao sposobnost da se izjavom volje stiču prava i obaveze i preduzimaju pravne radnje. Ona se dalje definiše i svojim odnosom sa pravnom sposobnošću, koja je inherentna svakom ljudskom biću od njegovog rođenja i ne može mu se oduzeti. Poslovna sposobnost se stiče (punoletstvom ili ranije, na osnovu određenih činjenica), i može se oduzeti odlukom suda. To znači da se čoveku pravo da slobodno i samostalno odlučuje o svim (ili nekim) aspektima svog života

može oduzeti ako sud proceni da razlozi za to postoje. Kao što je već rečeno, rešenja su različita, ali prisustvo mentalnog invaliditeta tradicionalno je jak faktor u proceni opravdanosti lišenja poslovne sposobnosti. Nakon lišenja (koje može biti delimično ili potpuno), pojedinac ne može odlučivati o svom bračnom, porodičnom, poslovnom, finansijskom, društvenom, zdravstvenom životu. Gotovo da nema uticaja na dalji tok svog života, a o svemu ovome u njegovo ime odlučuje neko drugi. Realnost je takva da mentalni invaliditet po pravilu služi kao osnov za lišavanje poslovne sposobnosti. Osim što je akt diskriminacije i etiketiranja, ovakva praksa izaziva univerzalno negativan položaj lica sa metalnim invaliditetom. To je najlakše prepoznati u sledećim sferama: primanja i finansijsko izdržavanje (lica sa invaliditetom često su primaoci socijalne pomoći, žive u siromaštvu), društvena isključenost (život u institucijama), lišavanje slobode (lica se prinudno – bez pristanka, jer on nije ni potreban za osobe lišene poslovne sposobnosti – ostavljaju da žive u institucijama iz kojih uglavnom nemaju pravo da odu), nemogućnost raspolaganja (sopstvenom imovinom, ako je imaju), nemogućnost rada, nemogućnost glasanja, nemogućnost pristupa sudskom i pravnom sistemu (usled nepostojanja poslovne sposobnosti), nemogućnost da se venčaju itd. Lista se nastavlja, ukazujući na to da lica lišena poslovne sposobnosti usled sopstvenog mentalnog invaliditeta gube svojstvo člana društva, a u pravnom smislu su onemogućeni da donose odluke koje ih se direktno tiču.

Čitav koncept koji omogućava da se licima sa mentalnim invaliditetom oduzme poslovna sposobnost zasniva se na premisi *zdravorazumskog rezonovanja* i *zaštite interesa*. Tako, dok će negde lice biti proglašeno nesposobnim zato što je procenjeno da nije moguće da shvati sopstvene postupke i da "zdravorazumski" deluje, negde će se takvi njegovi postupci proglasiti opasnim po njega samog ili druge. Mnogi insistiraju da je istina potpuno drugačija – niko od nas nije "celovito zdravorazumsko biće", a opet, bez etikete mentalnog oboljenja, niko od nas neće biti proglašen nesposobnim. Tako, Quinn (2010) tvrdi da je sistem vrednosti utemeljen na percipiranju *zdravog razuma* kao norme ljudskog i društvenog ponašanja u svojoj osnovi pogrešan. Niko od nas nije zaštićen od sopstvenih grešaka, koje, pak, uvek iznova ponavljamo u svojim životima. Dalje, čak i da pogrešne i neracionalne odluke jesu kriterijum po kojem se procenjuje individualna sposobnost, neracionalna osoba nije manje osoba samo zbog toga (Quinn, 2010: 9). Najzad, dokle ide nečije pravo da ikoga štiti od neracionalnih odluka?

Poslovna sposobnost je upravo pravna konstrukcija koja oslikava pravo da se bude ličnost u društvenoj (ne samo pravnoj) realnosti. Takođe, poslovna sposobnost ne sme (jer nije) da bude binarni koncept – ili je poseduješ ili ne (slučajevi delimičnog lišavanja u praksi su retki (Beker, kod Mujović, 2012: 7).

Pa, i sposobnost u širem smislu. Ako postoji teškoća u snalaženju u određenoj životnoj sferi (kao što je moguće da postoji kod lica sa mentalnim invaliditetom), lice će pre biti proglašeno nesposobnim, nego što će mu se omogućiti da svoja prava i odluke realizuje uz pomoć, kao što često čine i ljudi oslobođeni ove etikete. Takođe, treba postaviti pitanje i koliki je udeo počinitelaca sa mentalnim invaliditetom u ukupnim podacima o kriminalitetu, kada se kao opravdanje uzima npr. opasnost po sebe ili druge.

Promena obrasca poslovne sposobnosti

Kod tretmana poslovne sposobnosti i slobode odlučivanja lica sa mentalnim invaliditetom, Konvencija ima potencijalno presudan uticaj, naročito u smislu otklanjanja efekata postojećeg *kulturnog imperijalizma* u tretmanu ove grupacije.⁸ U tom svetlu, u legislativnom pristupu sposobnosti, uočavaju se dva izbora. Jedan podrazumeva sistem u kojem svi ljudi imaju sposobnost, a drugi da sposobnost nemaju svi. Prvi koncept se zasniva na premisi o *univerzalnoj prisutnosti sposobnosti*, drugi tu premisu odbacuje, podržavajući *selektivnu prisutnost sposobnosti* u stanovništvu sveta (Dhanda, 2007: 458).

Konvencija se zasniva na prvom, inkluzivnom modelu, modelu *univerzalne sposobnosti*. Svoj fundamentalni princip *promene obrasca* implementira na polju poslovne sposobnosti u dovoljnoj meri da se, usled valjane nacionalne reforme, očekuje suštinska promena ustoličenih modela i prakse. U stvari, jasno je da promena obrasca najdublje prodire upravo u segmentu poslovne sposobnosti – svi drugi aspekti ga ili podržavaju ili iz njega proističu.

Član 12. predviđa *uživanje* poslovne sposobnosti u svim aspektima života na *jednakoj osnovi kao i drugi*. Ovakvo rešenje ide korak dalje od pukog *posedovanja* poslovne sposobnosti, ali i više od toga – donosi drastično drugačiji model sposobnosti za lica sa mentalnim invaliditetom (Lewis, 2010: 704). Definišući poslovnu sposobnost kao *univerzalno pravo*, Konvencija insistira na apsolutnom uvažavanju autonomije lica sa psihosocijalnim i intelektualnim teškoćama. U smislu uživanja poslovne sposobnosti kao prava, ne navodi se nijedan izuzetak, kao što je na primer stepen mentalnog invaliditeta (Lewis, 2010). Dalje se predviđa *obaveza* države da preduzme sve potrebne mere da podršku koja je eventualno potrebna licima sa invaliditetom u ostvarivanju poslovne sposobnosti obezbedi i učini je dostupnom. Ovim se napušta model *zastupničkog/*

⁸ M.C. Lugones i E.V. Spelman u svojoj studiji "Have We Got a Theory for You!" (1983) nazivaju *kulturnim imperijalizmom* fenomen u kojem shvatanja dominantne grupe o isključenoj grupi diktiraju sposobnosti te isključene grupe.

starateljskog odlučivanja u ime lica sa teškoćama, a kao osnovni metod nalaže se *asistirano odlučivanje*. Države će, isto tako, obezbediti garancije koje će omogućiti uživanje poslovne sposobnosti zaštićeno od zloupotreba, sukoba interesa i uticaja. U poslednjem stavu, prepoznajući naročito delikatnu problematiku raspolaganja imovinom, Konvencija ističe pravo lica sa invaliditetom da ravnopravno poseduje i nasleđuje, da slobodno raspolaže svojom imovinom i upravlja svojim finansijama, te zabranjuje arbitrarno lišavanje imovine.

Šta ovakav standard donosi i šta mu je cilj?

Kako Quinn (2010) zaključuje, član 12. oslikava realnost u kojoj je fundamentalna premisa racionalnosti neodrživa za većinu ljudi, a još manje za lica sa mentalnim invaliditetom. Zaista, invaliditet nije dopušten kao pretežni faktor u proceni/oduzimanju poslovne sposobnosti, niti u njenoj autonomnoj realizaciji, već samo kao razlog da se u ostvarivanju neokrnjene poslovne sposobnosti pruži pomoć licima kojima je potrebna.

Prava reforma leži u zahtevu da se onima kojima to može biti potrebno omogući pomoć (saradnja) u ostvarivanju sopstvene poslovne sposobnosti, u meri u kojoj je potrebna. Ovo se odnosi ne samo na odlučivanje (samo sadržinu odluke), već i na formulisanje želje i volje, izražavanje volje, sve do samog čina realizacije najobičnijih radnji. Tako se pretpostavlja da će većina (ako ne svi) ljudi moći na neki način da svoju volju formulišu, izraze je i realizuju. Neki uz manju, neki uz veću podršku, ali im se takva sposobnost neće otkopirati i oduzeti. Takav standard u direktnoj je suprotnosti sa sudskim automatizmom i stereotipijom, očiglednom generalizacijom u tretmanu. Zahtev *ravnopavnosti* iz date norme ukazuje da eventualni mehanizmi lišavanja sposobnosti nikada za osnov ne smeju imati invaliditet – prevedeno u sferu pravne formulacije, kao jedan od uslova za lišavanje poslovne sposobnosti ne sme biti predviđeno postojanje mentalnog invaliditeta, koje će odrediti put ka izvesnom lišavanju sposobnosti. Međutim, ovakav standard zadire još dublje u tradicionalnu strukturu – samo lišavanje sposobnosti ne sme biti pravilo, već redak i strogo preispitan izuzetak. Na taj način stvara se "drugi zid odbrane" od iskrivljenja koje prvi standard može doživeti u praksi. Naime, moguće je kreirati norme koje će izbeći eksplicitno predviđanje mentalnog disabiliteta kao osnova lišavanja, a da se u praksi upravo licima sa invaliditetom sposobnost oduzima, iza paravana drugih razloga. Cilj ovog standarda Konvencije jeste suštinska reforma, ona koja će, u svom idealnom rezultatu, dovesti do potpunog napuštanja instrumenta lišavanja poslovne sposobnosti lica sa mentalnim invaliditetom, bez obzira na postojanje, stepen ili posledicu invaliditeta. To bi značilo *istinsku promenu obrasca*.

Na to se nadovezuje model *asistirano odlučivanja*. Model asistirano odlučivanja temelji se na punoj poslovnoj sposobnosti lica sa invaliditetom. Sud, koji bi odlučivao o sposobnosti, prepoznaje grupu, mrežu ili pojedinačnog pružaoca podrške licu sa invaliditetom, najčešće u najbližoj sredini korisnika. Asistenti ili pomoćnici se postavljaju po pristanku korisnika, iz kruga ljudi kojima korisnik veruje (Lewis, 2010: 704). U postupku realizovanja poslovne sposobnosti – donošenju odluka, obavljanju svakodnevnih radnji i transakcija, sklapanju poslova, korisnik nalazi pomoć u ovim subjektima, ali, na način koji ne predstavlja neprimereno zadiranje u samo odlučivanje, korisnik odluku donosi sam, niko je ne donosi umesto njega. Uloga asistenata jeste da korisnika savetuje, izvesti, da mu pomogne u tehničkoj realizaciji posla ili aktivnosti, ili da, čak, stavlja svoj uporedni potpis na ugovore koje korisnik potpisuje (Lewis, 2010: 704). Domašaj njegove uloge može se definisati unapred, kao kod punomoći, odnosno, može se ograničiti na određenu sferu ili poslove, ili može imati dejstvo u svim aspektima života korisnika. Ovakav sistem podrške i poštovanja sposobnosti lica sa mentalnim invaliditetom uključuje mogućnost da pružalac podrške ima pravo da odluku (npr. ugovor) koju je lice donelo bez učešća asistenta osporava pred sudom. To, dakle, ipak ukazuje na izvesnu međuzavisnost primaoca i pružaoca podrške, koja je možda i očekivana i opravdana. Ključno pitanje nije da li će licu sa mentalnim invaliditetom biti potrebna podrška (iako je mogućnost da podrška neće biti potrebna prisutna u članu 12), akcenat je na *podršci* umesto *starateljstvu*, ličnom odlučivanju umesto zastupničkog, najzad – sposobnosti umesto nesposobnosti. Fokus je na ličnosti, na pojedincu i njegovim individualnim potrebama – da li će i u kojoj meri biti potrebna podrška licu u pitanju – stvar je koju procenjuje sud u konkretnom slučaju, ali je *pravilo* da se život lica sa mentalnim invaliditetom posmatra u svetlu njegovog društvenog života i najveće dostižne samostalnosti, a ne društvene zavisnosti, isključenosti i pasivnosti. Razlika je fundamentalna.

Quinn (2010) odbija kritike koje ukazuju na mogućnost da se ova promena koncepta izvitoperi u pravcu starog modela, pri čemu bi za određeni broj lica odluke ponovo donosili drugi, umesto njih samih. Glavni argument leži u sledećem: ako i prihvatimo da će ponekad odluke biti donošene za nekog, umesto sa nekim, to svakako ne sme značiti da je zastupničko odlučivanje i lišavanje sposobnosti, kao što je sada ili kao što je do sada bilo, ispravan izbor (Quinn, 2010: 16). Potrebno je promenu obrasca iz člana 12. prihvatiti kao realnost kojoj se mora težiti, uz dodatni napor da se takav standard osigura i implementira, kao što i nalaže obaveza iz Konvencije. Jer, kako se primećuje, današnje poimanje sposobnosti i odlučivanja osoba sa mentalnim invaliditetom umnogome je opterećeno medicinskim i društvenim

determinizmom, koje, pak, sama priroda ljudskih prava ne sme da prihvati (Quinn, 2010: 18).

Pitanje koje se logično postavlja, a vezano je za ranije pomenutu činjenicu da Konvencija baca novo svetlo na odnos dveju grupa prava tradicionalno različitih u smislu njihove realizacije, upravo je pitanje implementacije. Jasnije rečeno – da li je model asistiranog odlučivanja podložan neposrednom dejstvu i realizaciji ili, pak, poseduje kvalitet socioekonomskog prava koje je podložno progresivnoj realizaciji i zavisi od raspoloživih resursa države? Ovo pitanje u stvari je lažno. Nema sumnje da organizacija sistema podrške može iziskivati napore i sredstva, ali je takođe istinito i to da se ovaj zahtev postavlja kao inherentan u ključnom aspektu ljudskih prava i šire – ljudskog postojanja u društvu. Stoga ne radi se o standardu koji je suštinski ekonomske prirode, već je preduslov za ostvarivanje gotovo celokupnog kataloga ljudskih prava. Stoga, progresivna realizacija u obliku u kojem se ona razmatra u oblasti ljudskih prava nespojiva je sa ovim konceptom. Jasna je obaveza država da ukine postojeće zakonske okvire koji omogućavaju zastupničko odlučivanje i lišavanje poslovne sposobnosti kao automatizam i pravilo i u iniciranju i omogućavanju te reforme vidi se glavna dužnost države u smislu Konvencije. Neophodno je, dakle, bez odlaganja, uspostaviti nove režime regulacije, koji će predvideti sistem asistiranog odlučivanja kao osnovni pravac u tretmanu sposobnosti osoba sa mentalnim invaliditetom (Quinn, 2010: 20).

Takvi režimi zaživeli su kroz mentorstvo i asistenciju u Švedskoj, Danskoj, Norveškoj, Kanadi i Velikoj Britaniji (Gordon, 2000; Herr, 2003). Jasno je da nije održivo verovanje da će podrška u odlučivanju biti metod koji će uvek zadovoljiti potrebe pojedinačnog lica sa invaliditetom. Međutim, pretežnost jednog modela nad drugim, ili odnos modela sposobnosti i nesposobnost treba da izgleda drugačije. Majkl Bah (2010) projektuje, u svom predlogu za maksimiziranje poslovne sposobnosti lica sa mentalnim invaliditetom, kvantitativni odnos između tri kategorije lica u prosečnoj populaciji: lica koja imaju status nezavisnog odlučivanja, lica koja odlučuju uz podršku i lica u čije ime odlučuje neko drugi. Treću kategoriju čine samo ona lica kod kojih je nemoguće doznati volju i želje, pri čemu zastupnik/staratelj ima ulogu kontinuiranog unapređivanja ordinarnih sposobnosti lica. Broj lica u čije se ime odlučuje zanemarljivo je mali. Drugu kategoriju čine lica kojima se pomaže u donošenju odluka (asistirano odlučivanje), uz nenarušenu poslovnu sposobnost, pravo na samoodređenje bez obzira na invaliditet i pravo na samostalno odlučivanje uz podršku. Ova kategorija se može uzeti kao odraz implementacije modela iz Konvencije, za lica kojima je podrška potrebna, uz puno poštovanje njihove ličnosti, sposobnosti i slobode. Najzad, prvu kategoriju ljudi čine lica koja potpuno

samostalno odlučuju o svim aspektima svog života. Tako formulisana vizija zastupa nameru da se negiranje kapaciteta lica sa invaliditetom kao pravilo otkloni i ustupi mesto aktiviranju tih lica kao donosilaca odluka i okoline i društvenih struktura kao faktora koji će njihovu autonomiju omogućiti i podržati.

Kratak osvrt na model poslovne sposobnosti lica sa mentalnim invaliditetom u pravnom sistemu Srbije

Srbija je potpisala i ratifikovala Konvenciju o pravima lica sa invaliditetom i Opcioni protokol,⁹ te na sebe preuzela date međunarodne obaveze. Reforma sistema tretmana lica sa invaliditetom jeste jedno od rastućih pitanja i na agendi Evropske unije i očekivani standard za sve države, uključujući i pristupajuće zemlje (Mršević, 2011: 110). Najzad, Srbija je članica Saveta Evrope, a praksa Evropskog suda za ljudska prava jasno pokazuje stav o problematičnosti rešenja koji dozvoljavaju trajno, potpuno i, po svojoj učestalosti pretežno lišavanje poslovne sposobnosti lica sa mentalnim invaliditetom.¹⁰

Pored usvajanja određenih antidiskriminacionog zakona, kao i Strategije unapređenja položaja osoba sa invaliditetom, reforma u domenu tretmana lica sa mentalnim invaliditetom, naročito u segmentu sposobnosti, nije preduzeta.

Osnovnu normu o poslovnoj sposobnosti punoletnih lica i potpunom i delimičnom lišavanju poslovne sposobnosti sadrži Porodični zakon Srbije. Dopunu i određene proceduralne norme sadrži Zakon o vanparničnom postupku, dok se pojava poslovne sposobnosti kao uslova prava i preduzimanje radnji javlja u gotovo svim sektorskim propisima. Postojeće rešenje temelji se na istim premisama kao i druga tradicionalna rešenja u tretiranju (mentalnog) invaliditeta. Zakonska konstrukcija određena je pojmovima i kriterijumima "bolest i smetnja u psihofizičkom razvoju", "nesposobnost za normalno rasuđivanje", "nemogućnost samostalnog

⁹ Opcioni protokol omogućava individualne i grupne žalbe Komitetu UN za prava lica sa invaliditetom koje ukazuju na potencijalna kršenja prava i neispunjenje obaveza iz Konvencije. Ovaj kvazi-sudski postupak omogućava da primeri kršenja ne ostanu nepoznati međunarodnoj zajednici i da se državi potpisnici upute mišljenja i preporuke o uklanjanju negativne prakse u datoj oblasti.

¹⁰ U slučaju *Shtukaturov protiv Rusije*, Sud nalazi veoma ozbiljno mešanje u tužiočev privatni život u činjenici da je Shtukaturovljeva poslovna sposobnost bila trajno oduzeta, na neodređeno vreme, te da je u svim sferama svog života bio potpuno zavisao o svom staratelju, i konačno – u ograničenoj mogućnosti da preispita lišavanje sposobnosti osim putem samog staratelja. Takođe, u slučaju *Botta protiv Italije*, Sud insistira na tome da je neophodno minimizirati svako umanjivanje i mešanje u integritet i autonomiju pojedinca.

staranja o sopstvenim pravima i interesima" i "neposredno ugrožavanje svojih i tuđih prava i interesa". Ovakav model je očigledno mešoviti – u osnovi je medicinsko-statusni, jer je preduslov i kod potpunog i kod delimičnog lišavanja – bolest ili smetnja u psihofizičkom razvoju. Lišavanje se predviđa ukoliko je zbog takvog stanja došlo do nesposobnosti za normalno rasuđivanje i samostalno staranje o svojim pravima i interesima. Ova pretpostavka svojstvena je i modelima rezultata i funkcionalnom modelu, jer se po prvom sposobnost procenjuje na osnovu odluke koja se čini neracionalnom, a po drugom nesposobnost se proglašava usled nesposobnosti da se obavi određena radnja. Prema srpskom rešenju, sud može doneti odluku po oba osnova, u skladu sa zakonom. Uz potpuno i delimično lišenje poslovne sposobnosti, predviđa se i institut produženja roditeljskog prava nad licima nakon navršenih 18 godina života.

Pogledajmo nakratko neke od odlika ovakvog modela u realnosti.

Zahvaljujući veoma vrednoj analizi sudske prakse u slučajevima lišenja koju je objavila Inicijativa za prava lica sa mentalnim invaliditetom MDRI-S,¹¹ možemo uočiti krajnje nepovoljne tendencije, koji proističu iz ustaljenih modela tretiranja sposobnosti lica sa mentalnim invaliditetom.

Broj odraslih lica koja su lišena poslovne sposobnosti (bez produženja roditeljskog prava) pokazuje rast. Ali, čak mnogo važniji podatak tiče se procenata iniciranih slučajeva koji je okončan rešenjem o lišavanju sposobnosti: od svih predloga za lišavanje sposobnosti, taj predlog je odbijen u manje od 2% slučajeva (MDRI-S, 2012: 17). To, dakle, pokazuje da je u 98% slučajeva gde je traženo oduzimanje sposobnosti, sposobnost bila oduzeta. Prostim logičkom metodom – kolika je šansa da neko ko se pred sudom nađe zbog preispitivanja sposobnosti izbegne lišenje? Skoro nepostojeća. Neko bi možda pretpostavio da je tako veliki procenat prouzrokovan opravdanošću gotovo svih zahteva, ali je to skoro nemoguće zamisliti. Ovo se pre može uzeti kao posledica svojevrsnog automatizma i predrasude koja je deo sudijskog rezonovanja na premisama postojećih rešenja. Takođe je već navedeno da praksa pokazuje nesrazmerno veliku sklonost ka potpunom lišavanju u odnosu na delimično. Podaci to potvrđuju: samo 6% lica sud je delimično lišio poslovne sposobnosti, dok je 94% lica sposobnosti lišeno u potpunosti (MDRI-S, 2012: 17). Ali, tu se problem ne zaustavlja. Dešavalo se da, pri delimičnom lišavanju poslovne sposobnosti, sudija ne odredi sferu života/aktivnosti/poslove za koje lice nema sposobnost, već izostavi ovu važnu specifikaciju. Ipak ne treba očekivati da

¹¹ Univerzalnost prava u praksi, MDRI-S, 2012, <http://mdris.org/files/Univerzalnost%20prava%20u%20praksi.pdf>

podnosioci zahteva u praksi insitiraju na minimalnom uskraćivanju sposobnosti lica čije se stanje razmatra. Ovakav ishod može u praksi imati posledice potpunog lišenja sposobnosti, gde lice ne može ni u kom obimu učestvovati u pravnom saobraćaju. Opet se dokazuje tendencija totalne negacije lica sa mentalnim invaliditetom kao subjekta prava.

Ako se analiza nastavi, zapaža se jedna veoma zabrinjavajuća praksa. I sama Konvencija i pokret lica sa invaliditetom ukazuju na opasnost modela koji će, usled svog automatizma i vođenosti stereotipom, ograničiti i izbeći učešće lica kojem se sposobnost oduzima. Tako će ono biti lišeno, a da nije saslušano, da komunikacija sa njim nije ni pokušana, da se procena svodi samo na medicinsko veštačenje, a osoba u pitanju ne uzima nikakvog učešća u postupku. Posledično, lice može i da ne zna da mu je sposobnost oduzeta, a staratelj postavljen, niti ko mu je staratelj i sa kakvim ovlašćenjima.¹² Podaci govore da u ogromnom procentu (77%) slučajeva sudija nije saslušao osobu čija se sposobnost razmatra. Ovakva tendencija nije samo zabrinjavajuća, već jasno pokazuje dve stvari. Prva je da se licu čija se sposobnost razmatra ona negira već u samom postupku u kojem se o tome odlučuje. Osoba se ne tretira kao nosilac prava, već kao objekt o čijem svojstvu treba da svedoči neko drugi, a nakon toga da neko drugi i odlučuje u njegovo ime. Druga stvar je sistemske prirode i dokazuje tragičnu posledicu postojećeg modela, koji je, kao što se vidi, u potpunosti suprotan standardima koje u ljudska prava uvodi Konvencija.¹³

Lišenje poslovne sposobnosti u praksi prate i mnogi drugi problemi proistekli iz samog koncepta tretmana lica sa invaliditetom, ali i oni proceduralne prirode, koji samo doprinose negiranju subjektiviteta i integriteta. Ti faktori uključuju različite sukobe interesa kod postavljanja staratelja,¹⁴ veliku teškoću ponovnog preispitivanja sposobnosti pred sudom, nemogućnost pristupa lica lišenog sposobnosti pravnom sistemu u celini

¹² Videti slučaj *Stanev protiv Bugarske* pred Evropskim sudom za ljudska prava iz 2012. godine.

¹³ Videti slučaj koji se protiv Srbije vodio pred Evropskim sudom za ljudska prava (*Salontaji-Drobnjak protiv Srbije*), gde Sud u situaciji delimičnog lišenja poslovne sposobnosti lica radi sprečavanja prekomernog parničenja nalazi povredu člana 6. Evropske konvencije (pravo na pravično suđenje) zbog neuključivanja lica u pitanju u proces procene i lišenja sposobnosti i nedovoljne obrazloženosti sudske odluke, kao i neadekvatnog zastupanja pred sudom; Sud je utvrdio i povredu prava na privatan život iz člana 8. Konvencije, uz mišljenje da je lišenje sposobnosti nesrazmerno ozbiljno mešanje u privatan život, usled nepostojanja drugih mehanizama i alternativa u samom sistemu.

¹⁴ Jedan od očigledno najozbiljnijih slučajeva sukoba interesa dešava se u situacijama institucionalizacije lica, pri čemu im se za staratelja postavlja upravnik date institucije ili neko drugo lice koje radi u instituciji u koju je smešteno nesposobno lice. Time se u praksi skoro u potpunosti onemogućava i kontroliše komunikacija sa spoljnim svetom – pravim sistemom, advokatima, organima i sl. i stoga ograničava mogućnost da lice preispita i pokuša da promeni svoj status. Ovakve situacije sreću se u nekim od navedenih sudskih slučajeva.

(advokatima, sudovima, nevladinim organizacijama koje vrše zastupanje pred sudom), neadekvatno predstavljanje pred sudom i brojne druge elemente ključne za razmatranje problematike poslovne sposobnosti i posledica lišavanja usled mentalnog disabiliteta, pored već navedenih sfera društvenog života koje postaju nedostižne licu lišenom sposobnosti. Njih dalje nećemo analizirati, jer smatramo da je pogled na praksu proisteklu iz postojećih modela tretiranja sposobnosti dovoljno zaokružena datim primerima.

Zaključak

Konvencija UN o pravima lica sa invaliditetom donela je veliki kvalitativni skok u razmatranju prava i sloboda lica sa mentalnim invaliditetom i u polje ljudskih prava u celini. Ono što se čini revolucionarnim i reformskim u pristupu tretmanu ove društvene grupe postalo je obaveza država potpisnica i čeka svoju doslednu implementaciju. Takvo očekivanje najopravdanije je kod poštovanja sposobnosti lica sa mentalnim invaliditetom.

Izgleda da pitanje više nije šta je poslovna sposobnost u životu lica sa mentalnim invaliditetom i zašto je toliko važno održati je. Rasprave na ovu temu već su veoma napredne i imaju jasne rezultate i uputstva. Hitno pitanje, ili hitna potreba odnosi se na početak reformisanja sistema i modela koji su, do sada gotovo po pravilu, rezultovali u negaciji (poslovne) sposobnosti ove ranjive populacije, ugrožavajući realizaciju fundamentalnih ljudskih prava i sloboda, a najviše njihovo svojstvo subjekta prava i urođeni integritet ljudskog bića. Na taj način, lica sa mentalnim invaliditetom (više no druga lica sa invaliditetom) marginalizovana su do nehumanih granica, živela su život nevidljivih objekata o čijim interesima se brine i u čije ime odlučuje uvek neko drugi, čiju će "dobrobit" uvek bolje zaštititi neko drugi nego li oni sami. Ovakav stepen i obim dehumanizacije u ljudskim pravima najzad je prepoznat kao nedopustiv i nespojiv sa civilizacijskim razvojem savremenog društva. Na kraju krajeva, obrazac treba preispitati do te mere da se teži potpunom minimiziranju paternalističkog odnosa prema onima koje smatramo ranjivima ili nesposobnima. Jer, čini se da je kriterijum "racionalnosti i zaštite od štetnih odluka" ne samo prividan i krajnje selektivan, već etiketirajući i licemeran. I to tako, da pokreće i osnažuje automatizam po kojem se velikom broju ljudi oduzima osnovno svojstvo za život u društvu, uz opravdanje da je tako za njih (ili druge) najbolje. Ostaju da se vide dometi ideje koja ima nameru da promeni svet. Od čega će ti dometi zavisiti nije tako teško naslutiti.

Literatura

- BACH, M. KERZNER, L. (2010). "A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity", <http://www.lco-cdo.org/disabilities/bach-kerzner.pdf>.
- DHANDA, A. (2007). "Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar for the Future?", *Syracuse Journal of International Law*, 34, 429-462.
- FREDMAN, S. (2005). "Disability Equality: A Challenge to the Existing Anti-Discrimination Paradigm", u: A. Lawson, C. Gooding (eds.) *Disability Rights in Europe: From Theory to Practice* (Oxford: Hart Publishing).
- GORDON, R. M. (2000). "The Emergence of Assisted Decision-Making in the Canadian Law", *International Journal of Law and Psychiatry*, 23 (1).
- HERR, S. S. (2003). "Self Determination Autonomy and Alternatives for Guardianship", in: S. S. Herr, L. O. Gostin, H. Hongju Koh (eds.) *The Human Rights of Persons with Intellectual Disabilities. Different but Equal* (Oxford University Press).
- INICIJATIVA ZA INKLUZIJU VELIKIMALI (2010). *Pravo da donesem odluku*, <http://mdri-s.org/files/Pravo%20da%20donesem%20odluku.pdf>.
- KAYESS, R., P. FRENCH (2008). "Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities", *Human Rights Law Review*, 1, 1-34.
- UN (2006). Konvencija Ujedinjenih nacija o pravima osoba sa invaliditetom i Opcioni protokol, <http://www.un.org/disabilities/default.asp?navid=14&pid=150>.
- LEWIS, O. (2011). "Advancing Legal Capacity Jurisprudence", *European Human Rights Law Review*, 6, 700-714.
- MacKAY, D. (2007). "The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities", *Syracuse Journal of International Law*, 34, 323-331.
- MARKOVIĆ, M. (2011). "The Right to Health in Serbia", u: B. Toebe (ed.) *Implementation of the Right to Health: a Multi-Country Study* (Univerzitet u Aberdinu, Velika Britanija), http://www.abdn.ac.uk/law/documents/serbia_report_final.pdf.
- MEGRET, F. (2008). "The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?", *Human Rights Quarterly*, 30, 484-516.
- MDRI-S / Mental Disability Rights Initiative Srbije (2012). *Univerzalnost prava u praksi*, <http://mdri-s.org/files/Univerzalnost%20prava%20u%20praksi.pdf>.
- MRŠEVIĆ, Z. (2011). "Poruke Evrope koje nismo čuli", u V. Vukotić (ed.) *Balkan i EU* (Beograd: Centar za ekonomska istraživanja Instituta društvenih nauka).
- MUJOVIĆ-ZORNIĆ, H. (2012). "Poslovna sposobnost u kontekstu odluka o lečenju", Savetovanje pravnika (Neum).
- PORODIČNI ZAKON (2005/2011) *Sl. glasnik RS*, br. 18/2005 i 72/2011.

- QUINN, G. (2010). "Personhood and Legal Capacity: Perspectives on the Paradigm Shift of Article 12 CRPD", *Harvard Law School*, www.nuigalway.ie.
- WINICK, B. (1995). "The Side Effects of Incompetency Labeling and the Implications for Mental Health Law", *Psychology, Public Policy and Law* 1, 6-42.
- ZAKON O VANPARNIČNOM POSTUPKU (1982/88/95/05/2012) *Sl. glasnik SRS*, br. 25/82 i 48/88 i *Sl. glasnik RS*, br. 46/95 - dr. zakon, 18/2005 - dr. zakon i 85/2012.

Milan M. Marković

Legal Capacity as a Universal Human Right and a Determinant of Social Status of People with Mental Disability

S u m m a r y

Adoption of the UN Convention on the Right of Persons with Disabilities (2006) brought about a core shift to how the international community and human rights law see and treat human disability in general. This *paradigm shift* materializes itself in a number of provisions ranging from those which catalogue the proclaimed human rights as they are in the context of special implementation and protection of people with disabilities, to those that introduce a level of specificity in light of their holders' particular needs. But the strongest presence of the shift to this regard can be found in the Article 12 CRPD that sheds new light on the concept of (legal) capacity of people with (mental) disabilities. According to this norm and put quite simply – there should be no difference in observing and treating capacity of a person with disabilities to that of any other person. This is not only the matter of prohibiting discrimination on grounds of mental impairments, but furthermore preventing the system from establishing a classification in which a person with psychosocial or intellectual impairment would be a second-rate citizen, an object of law or a victim of legal, social and family abuse, someone who is a burden to his entire environment, someone who does not have a say in any case concerning his own life and wellbeing. Legal capacity should not be a goal to be fighting for, but a universal human right. Of course and unfortunately, such a shift is purely a formal one, when not causing due reform within the national systems and without proper implementation in the member states.

What is thought urgently needed and directly required by the given provision is removing the system features that allow deprivation of legal capacity on the bases of mental impairments and introducing a humane and human rights oriented model in which the decision making of these people would be autonomous and supported, and with only very restricted exceptions, done by them and not on their behalf. This novelty is what some authors call a clash between the systems of capacity and those of incapacity, i.e. the matter of replacing an environment where incapacity is presumed by an environment where capacity is presumed, supported and ensured to the highest attainable degree, and the question of seeing the legal capacity as the main social determinant for any individual.

Therefore, the present article introduces the ongoing discussion about the values that this particular international legal norm has embodied and advocates in a way the urgency for change and reform in order to abolish the outrageously negative and detrimental practice in which people with mental impairments do not deserve to be social, economic, political or emotional beings, and are totally deprived of their right as living humans to decide in almost any aspects of the human life. As an illustration of certain negative tendencies existing in the old and current systems of incapacity, some data collected within the Serbian judicial structure has been employed.

Key words: *mental disability, legal capacity, paradigm shift, human rights, Convention on the rights of persons with disabilities*