

Godina IV, broj 4, 2016. godina



# ZBORNİK RADOVA

Četvrti međunarodni naučni skup

DANI PORODIČNOG PRAVA

„Pravna zaštita odraslih osoba“

*Posvećen*

***Prof. Dr. Nerimani Traljić***

*Povodom 80. rođendana*

Mostar, 2016.

## **ZBORNIK RADOVA**

Četvrti međunarodni naučni skup

**DANI PORODIČNOG PRAVA**  
„Pravna zaštita odraslih osoba“

*Posvećen*

***Prof. Dr. Nerimani Traljić***

*Povodom 80. Rođendana*

### **Izdavač - Publisher**

Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru  
Law Faculty of University Džemal Bijedić Mostar

### **Glavni urednik - Editor in Chief**

Prof. dr. Suzana Bubić

### **Uredništvo - Editorial Board**

Prof. dr. Suzana Bubić, glavni i odgovorni urednik - Editor in Chief,  
prof. dr. Zoran Ponjavić, prof. dr. Nenad Hlača, prof. dr. Maja Čolaković,  
doc. dr. Rebeka Kotlo, dr. sc. Stefan Pürner

**ISSN 2303-6052**

Adresa Uredništva: Univerzitet „Džemal Bijedić“ u Mostaru, Pravni fakultet,  
Mostar, Maršala Tita b.b.



**Prof. dr. Nerimana Traljić**



## SADRŽAJ

<b>In honorem prof. dr. Nerimani Traljić .....</b>	<b>9</b>
<b>Predgovor .....</b>	<b>11</b>
<b>I Sesija .....</b>	<b>13</b>
<i>Christa Jessel-Holst</i> Introduction to the Hague Convention on the International Protection of Adults of 13 January 2000 - the German perspective.....	15
<i>Anita Duraković i Jasmina Alihodžić</i> Haška konvencija o međunarodnoj zaštiti odraslih osoba iz 2000. godine .....	27
<i>Olga Cvejić Jančić</i> Instrumenti Saveta Evrope o zaštiti odraslih (nesposobnih) lica.....	49
<i>Mirjana Nadaždin Defterdarević</i> Mjere međunarodnog nadzora nad provođenjem Konvencije o pravima osoba s invaliditetom .....	69
<i>Suzana Bubić</i> Novi pristup uređenju statusa odraslih osoba s duševnim smetnjama .....	85
<i>Nenad Hlača</i> Status osoba lišenih poslovne sposobnosti u novom hrvatskom zakonodavstvu .....	103
<i>Udžejna Habul</i> Institucionalna zaštita osoba kojima je oduzeta poslovna sposobnost - nemogućnost ostvarivanja prava normiranih u UN Konvenciji o zaštiti osoba s invaliditetom“ .....	119
<i>Branka Rešetar</i> Utjecaj prakse Europskog suda za ljudska prava na reformu obiteljskopravne zaštite osoba s invaliditetom u Republici Hrvatskoj.....	133
<i>Željko Galić</i> Lišenje poslovne sposobnosti osoba s duševnim smetnjama u kontekstu njihova obiteljskopravnog statusa u Federaciji Bosne i Hercegovine - proturječnosti i pravne praznine .....	149
<i>Borjana Miković</i> Podrška u ostvarivanju poslovne sposobnosti umjesto zamjenskog odlučivanja .....	167
<i>Lana Bubalo</i> Obligacionopravna zaštita osoba s mentalnim smetnjama .....	189

<b>II Sesija</b> .....	211
<i>Zoran Ponjavić</i>	
Autonomija punoletnih lica (ne)sposobnih za rasuđivanje u ostvarivanja prava na zaštitu zdravlja .....	213
<i>Branko Morait</i>	
Dostojanstvo ličnosti i pravo na eutanaziju .....	231
<i>Maja Čolaković i Marko Bevanda</i>	
Pravni položaj osoba s duševnim smetnjama u bosanskohercegovačkom pravu - medicinskopravni aspekt.....	243
<i>Darko Radić</i>	
Zajednička imovina kao mehanizam zaštite imovinskih prava i interesa supružnika .....	263
<i>Boris Krešić i Melisa Čatić</i>	
Zaštita bračnog partnera - neupisanog vlasnika bračne stečevine u zemljišnim knjigama s osvrtom na porodični dom .....	279
<i>Ajdin Huseinspahić</i>	
Historijska i pozitivnopravna uloga nasljednog prava u službi socijalne zaštite porodice .....	295
<i>Dušica Palačković</i>	
Lišenje poslovne sposobnosti i međunarodni standardi zaštite lica sa mentalnim smetnjama .....	315
<i>Amra Jašarbegović i Rebeka Kotlo</i>	
Pravni okvir, javne politike i praksa djelovanja u oblasti invalidnosti u BiH sa osvrtom na osobe sa duševnim smetnjama.....	331
<b>Naučni i stručni radovi prof. dr. Nerimane Traljić</b> .....	353

## CONTENTS

<b>In honorem prof. dr. Nerimani Traljić</b> .....	9
<b>Preface</b> .....	11
<b>First session</b> .....	13
<i>Christa Jessel-Holst</i>	
Introduction to the Hague Convention on the International Protection of Adults of 13 January 2000 - the German perspective .....	15
<i>Anita Duraković and Jasmina Alihodžić</i>	
Convention of 13 January 2000 on the International Protection of Adults .....	27
<i>Olga Cvejić Jančić</i>	
Instruments of the Council of Europe on the Protection of Incapable Adults .....	49
<i>Mirjana Nadaždin Defterdarević</i>	
Measures of international supervision of the implementation of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities .....	69
<i>Suzana Bubić</i>	
A new approach to regulation of the status of adults with mental disorders .....	85
<i>Nenad Hlača</i>	
Legal status of persons divested of legal capacity in the new Family act of Croatia .....	103
<i>Udžejna Habul</i>	
Institutional protection of persons deprived of legal capacity - failure to implement rights given in the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities .....	119
<i>Branka Rešetar</i>	
Influence of the Case-Law of the European Court of Human Rights on the Reform of the Family Law Protection of Persons with Disabilities in the Republic of Croatia .....	133
<i>Željko Galić</i>	
Depriving people with mental disorders of their legal capacity in the context of their family-and-legal status in Federation of Bosnia and Herzegovina - contradictions and legal gaps .....	149
<i>Borjana Miković</i>	
System of support in the exercise of legal capacity instead of substitute decision making regime .....	167

<i>Lana Bubalo</i> Protection of persons with mental disorders in the law of obligations .....	189
<b>Second session</b> .....	211
<i>Zoran Ponjavić</i> Autonomy of adult persons with legal incapacity related to the realization of their rights in the area of health protection.....	213
<i>Branko Morait</i> Dignity and the right to die .....	231
<i>Maja Čolaković and Marko Bevanda</i> Legal status of persons with mental disorders in the law of Bosnia and Herzegovina - medico-legal aspect .....	243
<i>Darko Radić</i> Matrimonial property in protection of spouses' rights and interests .....	263
<i>Boris Krešić and Melisa Ćatić</i> Protection of the spouse - unregistered owner of matrimonial property in the land register with a specific reference to family home.....	279
<i>Ajdin Huseinspahić</i> The historic and positive-legal role of inheritance law in the service of social protection of family.....	295
<i>Dušica Palačković</i> Removal of the legal capacity and international standards related to the protection of individuals with mental disability .....	315
<i>Amra Jašarbegović and Rebeka Kotlo</i> Legal framework, public policies and practice of work in the field of disabled persons in bosnia and herzegovina, including the persons with mental disorders .....	331
<b>Scientific papers of prof. dr. Nerimana Traljić</b> .....	353



## **In honorem prof. dr. Nerimani Traljić**

Zbornik radova Četvrtog međunarodnog naučnog skupa Dani porodičnog prava posvećujemo uvaženoj profesorici dr. Nerimani Traljić, a povodom njenog 80. rođendana.

Prof. dr. Nerimana Traljić rođena je u Sarajevu, gdje je završila osnovnu školu, gimnaziju, diplomirala i stekla stepen magistra pravnih nauka na Pravnom fakultetu. Doktorirala je na Pravnom fakultetu u Beogradu. Radni vijek je provela na sarajevskom Pravnom fakultetu od 1962. do 2005. godine, prešavši akademski put od asistentice do redovne profesorice.

Kao najkompetentnija autorica u oblasti porodičnog prava u Bosni i Hercegovini, profesorica Traljić je objavljenim udžbenicima i naučnim radovima obogatila domaću literaturu porodičnog prava, a angažmanom i aktivnim učešćem na velikom broju simpozija, naučnih skupova i seminara uspjevala je stručnim krugovima i široj javnosti skrenuti pažnju na najznačajnija i najaktuelnija pitanja iz oblasti porodice i porodičnih odnosa. Kao član Komisije za donošenje porodičnih zakona SR BiH i FBiH, dala je nemjerljiv doprinos izgradnji domaćeg pravnog sistema i reformi porodičnog prava. Više godina bila je angažovana u radu organizacije „Naša djeca“ te kao predsjednica, odnosno članica Odbora za prava djeteta, za koje vrijeme je svojim radom doprinosila zaštiti i unapređenju prava djece.

Nastavne obaveze obavljala je savjesno i odgovorno ne samo na matičnom fakultetu već i u odjeljenjima/centrima, odnosno nakon njihovog osamostaljivanja, na pravnim fakultetima u Mostaru, Banjoj Luci, Tuzli i Zenici. U nastavnom radu poseban napor je uložila radeći u nemogućim uslovima u periodu agresije na Bosnu i Hercegovinu.

Uspješan naučni, stručni i pedagoški rad te društveni angažman obilježio je cijeli stvaralački put ove izuzetne pravne stručnjakinje i humanistice. O njenom doprinosu razvoju pravne misli i prakse na našim prostorima najbolje govori izvod iz Izvještaja Komisije za izbor profesorice Traljić u zvanje redovne profesorice:

„Prof. N. Traljić je uvijek pravovremeno reagovala na sva akutna i složena zbivanja u porodici, kako u mirnim, tako i u ratnim uvjetima. Njihovom rješavanju je prilazila ne samo sa jurističkog aspekta, već ih je uvijek sagledavala, osobito probleme žene i djeteta, i sa općeljudskog stanovišta, što njenom naučnom opusu daje osobenu humanu dimenziju. Zahvaljujući širokoj pravnoj kulturi, profesorica Traljić je uspjela da sva dostignuća pravne nauke u ovoj oblasti učini pristupačnim našoj pravnoj literaturi i, istovremeno, u traženju novih rješenja, osobito na planu zakonodavstva, da predlaže uvijek ona rješenja koja će pomoći čovjeku u složenim uvjetima današnjeg života.“

Profesorica Traljić, uz sve pobrojane, posjeduje izuzetne ljudske kvalitete, o kojima svjedočimo svi mi koji smo bliže sarađivali, koji smo imali i imamo intenzivnije i bliže kontakte s njom. Uvijek smo mogli i možemo računati na njenu nesebičnu pomoć, savjet i podršku, za što joj dugujemo neizmjerne zahvalnosti.

**Prof. dr. Suzana Bubić**



## Predgovor

Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru, u saradnji s Njemačkom fondacijom za međunarodnu pravnu saradnju (IRZ) i Centrom za društvena istraživanja Međunarodnog univerziteta Burch u Sarajevu, organizovao je Četvrti međunarodni naučni skup Dani porodičnog prava „Pravna zaštita odraslih osoba.“ Održavanjem sada već tradicionalnih skupova nastojimo ostvariti glavni cilj koji smo postavili opredjeljujući se za njihovo organizovanje: doprinijeti razvoju teorije i unapređenju zakonodavstva i prakse u ovoj oblasti.

Na Skupu, održanom u Mostaru 1. i 2. aprila 2016. godine, izlagalo je 25 učesnika, a u Zborniku radova s ovog Skupa objavljeno je 19 radova.<sup>1</sup> Izlagači su bili naučni radnici - nastavnici i saradnici skoro svih pravnih fakulteta javnih univerziteta u Bosni i Hercegovini, Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu i Pravnog fakulteta Sveučilišta u Osijeku, kao i Fakulteta političkih nauka Univerziteta u Sarajevu - Odsjek za socijalni rad, te Max Planck Instituta za uporedno i međunarodno privatno pravo Hamburg (Njemačka).

Pored nastavnika i studenata našeg Fakulteta, na Skupu su prisustvovali i predstavnici Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru, Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici, Federalnog ministarstva obrazovanja i nauke i predstavnik Centra za edukaciju sudija i tužilaca FBiH.

U radu Skupa učestvovala su sudije općinskih sudova u Mostaru, Ljubuškom i Čapljini, sudije Općinskog i Kantonalnog suda u Zenici, stručni radnici centara za socijalni rad u Mostaru, Čapljini i Ljubuškom i predstavnici Regionalne advokatske/odvjetničke komore Mostar.

Cilj ovogodišnjeg skupa bio je istraživanje i određivanje položaja odraslih osoba, naročito onih s invaliditetom – njihovog pravnog statusa u domaćem i uporednom pravu: ostvarivanja i uživanja poslovne sposobnosti, zaštite njihovih imovinskih prava u braku i vanbračnoj zajednici, poštovanja njihovih prava u postupcima čiji su učesnici te njihove autonomije u oblasti medicinskog, odnosno zdravstvenog prava. U izlaganjima je naglašena potreba reforme ove oblasti prava u skladu s međunarodnim instrumentima koji uređuju prava odraslih osoba s invaliditetom, a radi uklanjanja njihove diskriminacije i izjednačavanja s ostalim osobama te poštovanja njihovih ljudskih prava. Pri opredjeljenju za nova i najadekvatnija rješenja u domaćem zakonodavstvu može pomoći izvršena kritička analiza rješenja usvojenih u ovoj oblasti u novom hrvatskom zakonodavstvu i prakse Evropskog suda za ljudska prava. Izbor pravaca reforme olakšat će i iskustva stručnjaka - praktičara iznesena tokom Skupa, kao i njihovi prijedlozi za uređenje razmatranih pitanja koji bi mogli doprinijeti eliminisanju, odnosno ublažavanju problema s kojim se susreću u praksi.

<sup>1</sup> U Zborniku nisu objavljeni radovi (nisu dostavljeni uredništvu), usmeno podneseni na Skupu, sljedećih autora: prof. dr. Melihe Povlakić, Imovinski odnosi bračnih i vanbračnih partnera u svjetlu propisa nasljednog, stvarnog i zemljišno - knjižnog prava u BiH; prof. dr. Alene Huseinbegović, Zadržavanje duševno bolesnih osoba u zdravstvenoj ustanovi; doc. dr. Džamne Duman, Suodnos odgovornost(i) roditelj - dijete i dr. sc. Dimitrija Čeranića, Oduzimanje i ograničenje poslovne sposobnosti u zakonodavstvu i praksi u Republici Srpskoj.

Zahvalni smo Njemačkoj fondaciji za međunarodnu naučnu saradnju (IRZ) na pruženoj podršci i finansijskoj pomoći u održavanju skupa, a posebno dr Stefanu Pürneru, voditelju projekta pri Fondaciji IRZ "Središnja Jugoistočna Evropa." Centru za društvena istraživanja Međunarodnog univerziteta Burch u Sarajevu zahvaljujemo za finansijsku podršku za izdavanje Zbornika radova.

Zahvaljujemo svim učesnicima skupa i nadamo se nastavku do sada ostvarene uspješne saradnje.

Na ovom mjestu izražavam izvinjenje dr Dimitriju Čeraniću zbog propusta napravljenog pri objavljivanju njegovog rada „Usvojenje kao bijeg iz siromaštva ili kupovina djece“ u Zborniku radova iz 2015. godine. Umjesto verzije rada koju je kolega Čeranić pripremio postupivši po primjedbama i sugestijama recenzenata, objavljena je prva dostavljena verzija rada. Imam obavezu posebno naglasiti grešku u objavljenoj verziji na strani 252. Zbornika, u petom redu, gdje umjesto „Ako se pred nekim našim centrima za socijalni rad već dešavalo ...“, treba da stoji: „Ako se pred nekim našim sudovima već dešavalo ...“ Uz rad nije navedena njegova kategorizacija: Stručni rad. Autoru i recenzentima se izvinjavam zbog učinjenih grešaka.

U Mostaru, juni 2016. godine

Glavna i odgovorna urednica Zbornika,  
**Prof. dr. Suzana Bubić**

**I SESIJA**



Christa Jessel-Holst, PhD, PhD honoris causa (Sofia),  
Affiliate, Max Planck Institute for Comparative and  
International Private Law, Hamburg, Germany

## HAGUE CONVENTION ON THE INTERNATIONAL PROTECTION OF ADULTS OF 13 JANUARY 2000 - THE GERMAN PERSPECTIVE

### 1. Introduction

The topic of “legal protection of adults” raises numerous issues, not only on the national level, but also in an international context. The focus here may be either on adults as such, or on disabled persons including the growing number of adults with some kind of handicap. For identifying proper remedies it is important and helpful to determine and implement basic international standards of protection. In recent years, several initiatives have been taken to this purpose. Thus, the United Nations have in 2006 adopted a Convention on the Rights of Persons with Disabilities which (as of February 2016) has entered into force for 161 states as well as for the European Union. The EU Charter of Fundamental Rights<sup>1</sup> addresses the integration of persons with disabilities in Art. 26. The European Disability Strategy 2010-2020<sup>2</sup> highlights certain priority areas in which actions shall be taken. The Council of Europe, within the framework of its “Action Plan to promote the rights and full participation of people with disabilities in society: improving the quality of life of people with disabilities in Europe 2006-2015” has on 9 December 2009 adopted Recommendation CM/Rec(2009)11 of the Committee of Ministers to the member states on principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity.

The present contribution approaches the topic of adults’ protection from the point of view of private international law. Many national codifications in this field of law (instruments on level of the EU don’t exist insofar) contain provisions on the applicable law for legal incapacitation; practically all such acts determine the law applicable to guardianship. For example, the former Yugoslav Act Concerning the Resolution of Conflicts of Laws with the Provisions of Other Countries in Certain Matters of 1982 (ZRSZ) which has been taken over in Bosnia and Herzegovina submits the deprivation of capacity to act (*lišenje ili ograničenje sposobnosti fizičke osobe*, art. 14(3)) as well as guardianship (art. 15) to the *lex nationalis*. A complex regime of international jurisdiction in

---

<sup>1</sup> Official Journal 2012 No C 326, p. 391.

<sup>2</sup> European Disability Strategy 2010-2020: A Renewed Commitment to a Barrier-Free Europe;  
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0636:FIN:en:PDF>

matters of guardianship is established in articles 75 et sequ. ZRSZ, the main principle being exclusive jurisdiction of the domestic courts in matters concerning own nationals, independently of their domicile. However, authorities of Bosnia and Herzegovina won't interfere in case their nationals are already sufficiently protected by measures taken by the authorities at their domicile (art. 76 ZRSZ). Conversely, a Bosnian authority shall take measures for the protection of foreigners domiciled in Bosnia and Herzegovina only if protection has not been secured by the home-country authorities. Apart from that, Bosnian authorities will only take the necessary provisional measures for the protection of foreigners who are, or have property in Bosnia and Herzegovina (art. 77 ZRSZ).

However, national provisions such as these do not constitute optimal protection in cross-border cases. As regards the international jurisdiction for protective measures and the aspect of applicable law, there is an increasing awareness that the concept of habitual residence leads to better solutions in comparison to the nationality principle. In case a protective measure has been taken in one country, it is important to make sure that the measure is recognized and implemented abroad without undue delay or effort. The latter goal may best be secured through bilateral or multilateral agreements. Satisfactory adult protection requires in addition a close cooperation of the authorities in the countries concerned.

In order to provide for comprehensive and effective protection in cross-border situations, the Hague Conference on Private International Law has on 13 January 2000 adopted the Convention on the international protection of adults<sup>3</sup>. This convention had entered into force on 1 January 2009 for Germany, France and Scotland.<sup>4</sup> Other contracting states are: Estonia, Finland, Austria, Switzerland and Czech Republic. The convention shall enter into force in Monaco on 1 July 2016. Seven more states (Cyprus, Greece, Ireland, Italy, Luxembourg, Netherlands and Poland) have at least signed the convention. It is true that today's status table lists mainly EU member states, and in addition only Switzerland and Monaco (both countries closely connected with the EU), but the convention is intended to attract signatories from anywhere in the world.

---

<sup>3</sup> See also Lagarde, P, *Explanatory Report/Rapport explicative de la convention sur la protection internationale des adultes* (The Hague 2000); R. Frimston/A. Ruck Keene/C. van Overdijk/A. Ward (eds.), *The international protection of adults* (Oxford 2015); A. Ruck Keene/J. Anderson, *The 2000 Hague Convention on the international protection of adults five years on*, in: *International Family Law* (June 2014), p. 91; K. Siehr, *Das Haager Übereinkommen über den internationalen Schutz Erwachsener*, in: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (2000), p. 715; Ludwig, I, *Der Erwachsenenschutz im Internationalen Privatrecht nach Inkrafttreten des Haager Erwachsenenschutzübereinkommens*, in: *Deutsche Notar-Zeitschrift* (2009), p. 251; *Staudinger(von Hein)*, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, EGBGB/IPR*, Art. 19-24 EGBGB; *ErwSÜ* (Berlin 2014); *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch(-Lipp)*, Vol. 10, *Internationales Privatrecht* (6<sup>th</sup> ed. Munich 2015), *ErwSÜ*.

<sup>4</sup> The United Kingdom has declared that the Convention shall extend to Scotland only.



Bosnia and Herzegovina so far is not among the signatories. In fact, Bosnia and Herzegovina today is bound by only nine Hague Conventions, only one of which has been ratified after 1991<sup>5</sup>. With this result, Bosnia and Herzegovina by the way finds itself on the last rank in comparison to other Yugoslav successor states.<sup>6</sup>

Neither has Bosnia and Herzegovina so far signed the counterpart to the Hague Adult Protection Convention, namely: the Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children. The latter is in currently in force in no less than 43 States, including from the region: Albania, Croatia, Montenegro and Slovenia, and shall enter into force in Serbia on 1 November 2016.

The excellent results of the 1996 Hague Child Protection Convention should be beyond doubt. The Hague Adult Protection Convention may as yet have a lower number of contracting states but this might change; it certainly also has great advantages. It is therefore commendable for non-contracting states to take a closer look at these conventions.

In this paper, only adult protection will be discussed. The author shall first provide a short overview of the 2000 Hague Convention. After that, some effects of the convention with regard to Germany as a member state from the very beginnings shall be demonstrated. Germany has in 1990 carried out a fundamental reform<sup>7</sup> of the law on legal protection of adults, by which legal incapacitation has been abolished and replaced by a two-tier system consisting of precautionary power of attorney ("*Vorsorgevollmacht*") and legal custodianship ("*rechtliche Betreuung*"). Before this background, in a second step effects of the convention for German adults who find themselves in need of protection in a cross-border situation shall be addressed (see infra IV).

## 2. Scope of the Adult Protection Convention

The declared goal of the convention is the "protection in international situations of adults who, by reason of an impairment or insufficiency of their personal faculties, are not in a position to protect their interests" (see Preamble).

To this purpose, the convention contains rules on international jurisdiction, applicable law, international recognition and enforcement of

---

<sup>5</sup> Hague Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance.

<sup>6</sup> Apart from Kosovo which so far has not received the member status of the Hague Conference but, as a Connected State, has on 6 November 2015 signed the Hague Convention of 5 October 1961 Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents, with entry into force on 14 July 2016.

<sup>7</sup> Betreuungsgesetz of 12.9.1990, BGBl. 1990 I p. 2002.

protective measures as well as on co-operation between authorities of the contracting states.

Protective measures within the meaning of the convention may in particular be the following (art. 3):<sup>8</sup>

- a) the determination of incapacity and the institution of a protective regime;
- b) the placing of the adult under protection;
- c) guardianship, curatorship etc.;
- d) the designation and functions of any person/body having charge of the adult's person or property, representing or assisting the adult;
- e) the placement of the adult in an establishment or other place;
- f) the administration, conservation or disposal of the adult's property;
- g) the authorization of a specific intervention for the protection of the person or property of the adult

Certain matters enumerated in art. 4 are excluded expressly from the scope of the convention, such as maintenance obligations, marriage, matrimonial property, succession etc.

### **3. Basic characteristics of the Convention**

As has already been mentioned, the convention consists of five main parts.

#### **3. 1. International Jurisdiction**

Articles 5-12 regulate jurisdiction for measures directed to the protection of the adult's person or property. On principle, it is the judicial or administrative authorities at the *habitual residence* of the adult who may take measures for the protection of the adult's person or property (art. 5). This is the main jurisdiction.

Concurrent jurisdictions are provided for in articles 7 and 9. The first is in favor of the home-country authorities of the adult, who are entitled to take protective measures if they consider that they are in a better position to assess the interests of the adult. However, they may do so only after advising the authorities at the adult's habitual residence.

---

<sup>8</sup> Unless marked otherwise expressly, reference to legal provisions in this paper is to provisions of the 2000 Hague Convention.

The second concurrent jurisdiction empowers the authorities of the state where property of the adult is located to take protective measures concerning that property. They may do so only to the extent that such measures are compatible with those taken by the authorities at the adult's habitual residence.

Apart from that, jurisdiction may in the individual case be based on the request of the authorities at the habitual residence of the adult to the authorities of another contracting state (for details see art. 8). Immediate responsibility is provided for in art. 10. Last not least, art. 11 regulates jurisdiction for temporary measures.

### **3.2. The law applicable to protective measures**

Art. 13 (1) makes direct reference to the *lex fori* by stating that “the authorities of the Contracting States shall apply their own law”. Art. 19 expressly excludes renvoi.

Again, certain exceptions are made. Thus, the competent authorities may “exceptionally apply or take into consideration the law of another State with which the situation has a substantial connection” (art. 13 (2)). Conditions of implementation are governed by the law of the state where the respective measure is implemented (art. 14). The exception provided for in art. 15 shall be discussed in the following paragraph. Art. 17 relates to the validity of transactions and third parties' protection.

The provisions of articles 13 et sequ. on the applicable law apply even if they refer to the law of a non-contracting state (art. 18).

### **3.3. The law applicable to representation of adults**

Within chapter III of the convention which deals with the applicable law, articles 15-16 contain special rules on powers of representation granted by an adult, “to be exercised when such adult is not in a position to protect his or her interests”. In this context, the convention emphasizes a new element, namely: party autonomy.

The power of representation granted by an adult (that is: existence, extent, modification and extinction) is on principle governed by the law of the state at the adult's habitual residence, more precisely: the habitual residence of the adult at the time the agreement or act is made. As in the case of articles 13 et sequ., renvoi is excluded (art. 19).

However, art. 15 not simply determines the applicable law but leaves to the adult the right to choose the applicable law himself. The choice must be made expressly and in writing and is limited to three possibilities:

- a) choice of the law of a state of which the adult is a national; of the
- b) law of the state of a former habitual residence of the adult, or of the
- c) law of a state in which property is located, with respect to that property.

As regards alternative c), several legal orders may be chosen in parallel, for property located in several states.<sup>9</sup>

An exception is made as regards the “manner of exercise” of the powers of representation: this issue is governed by the law of the state in which they are exercised (art. 15 (3)).

In case the person or property of the adult is not sufficiently protected, the powers of representation may be withdrawn or modified (for details see art. 16).

As mentioned previously, the applicable law may also be one of a non-contracting state (art. 18). Bosnia and Herzegovina belongs to those countries which have a large diaspora abroad. Thus, as of 31 December 2014, 163.519 persons domiciled in Germany had a passport from Bosnia and Herzegovina.<sup>10</sup> It is therefore conceivable that in individual cases, the convention will lead to the applicability of the law of Bosnia and Herzegovina by the German authorities (or by the authorities of other contracting states). For example, a Bosnian national with habitual residence in Germany may in accordance with art. 15 (2) lit. a) for his legal representation choose the *lex patriae*. Bosnian law may also be designated by a former Bosnian national who has been nationalized in Germany, as the law of his previous habitual residence (art. 15 (2) lit. b)) or as the *lex rei sitae* of property located in Bosnia and Herzegovina. In such situations, the choice of law will be binding for the German authorities and in other contracting states.

### **3. 4. Recognition and enforcement of foreign decisions**

Measures taken in one contracting state shall be recognized automatically in all other contracting states (art. 22 (1)). However, recognition may be refused in the situations enumerated in para. (2) of art. 22. For declaration of enforceability or registration of a measure in other contracting states see art. 25.

---

<sup>9</sup> See Lagarde (*supra* N. 4), Report No. 103.

<sup>10</sup><https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/MigrationIntegration/AuslaendischeBevolkerung/Tabellen/Geschlecht.html>

### **3. 5. Co-operation between the authorities of the contracting states**

Details of cooperation are regulated in articles 28-37. Primary considerations are interests of the adult and respect for his or her dignity and autonomy (See Preamble).

#### **4. The German perspective**

##### **4. 1. Implementation of the Hague Adult Protection Convention**

A German implementing act for the Convention has been adopted in the year of 2007.<sup>11</sup> The Bundesamt für Justiz in Bonn has been appointed as Central Authority within the meaning of art. 28. At this point it suffices to point out that only a limited number of German courts may act as adult guardian courts, since sections 6 and 7 of the Implementing Act provide for a concentration of jurisdiction.

##### **4. 2. Application of the Hague Adult Protection Convention in the light of the**

German reform of the Civil Code of 1990

###### *a) Elimination of “Entmündigung” (legal incapacitation) in Germany*

After the fundamental reform of the law concerning the legal protection of adults, the Civil Code (BGB)<sup>12</sup> no longer provides for legal incapacitation of adults. Similar reforms have e.g. been conducted in Austria (1984) and in Switzerland (2013) which also replaced legal incapacitation by more flexible instruments that are tailored to the needs of the individual adult.

At the same time, art. 8 of the Introductory Act to the Civil Code (EGBGB) concerning the law applicable to legal incapacitation was repealed. It deserves mentioning that the Hague Deprivation of Civil Rights Convention of 1905, which has later on been replaced by the 2000 Adult Protection Convention (see art. 48), has been renounced by Germany in 1992. The former art. 8 EGBGB provided for incapacitation of foreign nationals resident in Germany in accordance with the German substantive law. As a result of all these reforms, since 1 January 1992, whatever the nationality, no adult may be declared legally incapable by a German court.

---

<sup>11</sup> Erwachsenenschutzübereinkommens-Ausführungsgesetz, BGBl. 2007 I p. 314. For English translation see:

Act to Implement the Hague Convention of 13 January 2000 on the International Protection of Adults (Protection of Adults Convention Implementation Act – ErwSÜAG), [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_erws\\_ag/englisch\\_erws\\_ag.pdf](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_erws_ag/englisch_erws_ag.pdf)

<sup>12</sup> For English translation see [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/index.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/index.html)

The German private international law still contains a provision on the law applicable to “guardianship, protective care and curatorship”, but considering that the Hague Conventions on Child- and on Adult Protection of 1996 and 2000 take priority over the German national law, the scope of application of art. 24 EGBGB is reduced to almost zero.

*b) Effects in Germany of incapacitation of a German adult in another contracting state of the Hague Adult Protection Convention*

Under the regime of the convention, protective measures taken in one contracting state are recognized in all other contracting states by operation of law (art. 22). As a consequence, the effects which the decision has in the country of origin are *ex lege* extended to the state of recognition. Recognition may *inter alia* be refused if such recognition is “manifestly contrary to public policy of the requested State, or conflicts with a provision of the law of that State which is mandatory whatever law would otherwise be applicable” (art. 22 (2) lit. c)).

Full deprivation of the legal capacity of adults has in most contracting states been replaced by milder forms of limitation of capability of adults. In relation between such states, mutual recognition of protective measures which limit the capacity of an adult should not pose special problems. However, e.g. French law apparently still provides for *tutelle* by which the adult loses all legal capacity.<sup>13</sup> In case a German national habitually resident in France has lost his capability to take care of his affairs, that person may be placed under *tutelle* by the French authorities (art. 5) in accordance with the French substantive law (art. 13). Recognition of the French measure in Germany will then be governed by art. 22.

At this point the problem arises that in Germany, abolition of incapacitation is considered a matter of fundamental human rights as protected in the German Constitution and in art. 8 of the European Human Rights Convention. In appropriate cases, German legal doctrine considers deprivation of legal capacity as a violation of the German *ordre public*. However, that does not mean total refusal of recognition of the foreign protective measure. Rather, recognition will in such cases be limited to the maximum effects which are provided for under the German concept of “Betreuung”.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Delas, France, in: R. Frimston/A. Ruck Keene/C. Overdijk/A.D. Ward (*supra* N. 4), p. 367.

<sup>14</sup> See Münchener Kommentar (-Lipp), *supra* N. 4, Art. 8 EGBGB recital 9.

### 4. 3. New German legal concepts concerning legal protection of adults and their effects in other contracting states

#### a) Rechtliche Betreuung

Sections 1896 et sequ. BGB have for persons of full age introduced the concept of legal custodianship (*rechtliche Betreuung*) as the statutory system. In case an adult can no longer take care of his affairs, the court appoints a custodian for him, who may be appointed only for groups of tasks in which the custodianship is necessary (sec. 1896 (1) and (3) BGB).

As a matter of precaution, a person of full age has the right to make in advance directives, for the possibility that at some future date, custodianship should become necessary. These Advance Directives are called "*Betreuungsverfügung*". They may consist of suggestions concerning the person of the custodian, which have to be taken into account by the court which is competent for the appointment. A person of full age may also make Advance Directives containing wishes for the conduct of a potential future custodianship.

In case a custodian has been appointed by a German court, such protective measure will be automatically recognized in the other contracting states to the Hague Adult Protection Convention unless recognition can be refused on a ground determined in art. 22, such as lack of jurisdiction or denial of fair hearing etc.

#### b) Vorsorgevollmacht

Protection of adults who are unable to safeguard their own interests may also be provided by way of a precautionary power of attorney, the so-called *Vorsorgevollmacht*.<sup>15</sup> This special type of power of attorney is not legally defined but has in Germany been developed in the practice. It may be interesting to know that the Austrian Civil Code regulates the matter in the new §§ 284 f-h ABGB.<sup>16</sup>

The aim of *Vorsorgevollmacht* is to avoid the ordering of "Betreuung". To this purpose, a person of full age may in advance authorize a trustworthy person to act as representative at a future time, when the principal will be in need of help and will be unable to take care of his affairs himself.

---

<sup>15</sup> For the cross-border effects of precautionary powers of attorney see C. Ramser, Grenzüberschreitende Vorsorgevollmachten in Europa im Licht des Haager Übereinkommens über den internationalen Schutz von Erwachsenen vom 13. Januar 2000 (Frankfurt/Main 2010).

<sup>16</sup> For English translation see P.A. Eschig/E. Pircher Eschig, *Das österreichische ABGB – The Austrian Civil Code* (Vienna 2013).

German law of *Vorsorgevollmacht* will be applicable in other contracting states to the Hague Adult Protection Convention in accordance with art. 15 (1) if the adult was habitually resident in Germany at the time the power of representation was granted. German law may also be chosen as applicable a) by a German national; b) by a person formerly habitually resident in Germany or c) with respect to property located in Germany (art. 15 (2)).

In case the *Vorsorgevollmacht* is not exercised in a manner sufficient to protect the person or property of the adult, it may be withdrawn or modified by an authority having jurisdiction under articles 5 et sequ.

#### c) Patientenverfügung (“living will”)

In 2009, Germany has introduced the concept of “living will” in the new sections 1901a and b BGB. By this, a person of full age who is able to consent may determine in writing, for the event of his becoming unable to consent, whether he consents or prohibits specific tests, treatment or medical interventions not yet directly immanent. If the person is under custodianship, the custodian must see to it that the will of the person under custodianship is done. Similarly, when a *Vorsorgevollmacht* has been granted, the authorized representative must see to it that the will of the patient is done.

If the person has made a living will, but without granting precautionary powers of attorney, the applicable law will be determined in accordance with art. 14. The conditions of implementation will then be governed by the law of the state in which the measure is implemented.

In case a precautionary power of representation has been granted which includes instructions as to medical treatment, the applicable law will be determined in accordance with art. 15.<sup>17</sup>

## 5. Final remarks

It is not surprising that Germany has been among the first countries to ratify the Hague Adult Protection Convention. In 2015, the median age of the German population was 46,2 years<sup>18</sup> which, compared with other industrial states, is a very high rate. An ageing society may be particularly sensitive to the needs of “adults who, by reason of an impairment or insufficiency of their faculties, are not in a position to protect their interests” (see Preamble). The challenge is even greater when questions of conflict-of-laws have to be resolved or when the authorities of more than one state are involved. Within its scope of

---

<sup>17</sup> Staudinger(*von Hein*), supra N. 4, Vorbem zu Art 24 EGBGB recitals 178 and 179.

<sup>18</sup> <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/37220/umfrage/altersmedian-der-bevoelkerung-in-ausgewaehlten-laendern/>



application, the convention brings important benefits. It is to be hoped that more states will ratify this important convention.

---

Christa Jessel-Holst, PhD, PhD honoris causa (Sofia), Affiliate, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Hamburg, Germany.

### **HAGUE CONVENTION ON THE INTERNATIONAL PROTECTION OF ADULTS OF 13 JANUARY 2000 - THE GERMAN PERSPECTIVE**

**Summary:** The paper initially presents an outline of the Hague Adult Protection Convention of 2000 which has so far been ratified by nine states. This is followed by comments on the German regime of legal protection of adults as reformed namely by *Betreuungsgesetz* of 1990. Changes have in Germany been performed on level of private international law, but especially in the substantive law. Adults may no longer be declared legally incapable by a German court. Instead, a two-tier system has been introduced, consisting of *rechtliche Betreuung* und *Vorsorgevollmacht* (legal custodianship and precautionary power of attorney). Finally effects of the convention as seen from the German perspective are demonstrated.

**Key words:** Hague Adult Protection Convention, German perspective, *rechtliche Betreuung* (legal custodianship), *Vorsorgevollmacht* (precautionary power of attorney), living will



dr. sc. Anita Durakovi , docent  
Univerzitet „Džemal Bijedi “ u Mostaru, Pravni fakultet

dr. sc. Jasmina Alihodži , docent  
Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli

## **HAŠKA KONVENCIJA O ME UNARODNOJ ZAŠTITI ODRASLIH OSOBA IZ 2000. GODINE**

**Sažetak:** Pojava ana mobilnost stanovništva, s jedne strane, i demografske promjene s druge strane, postavljaju temu „me unarodna zaštita odraslih osoba“ sve više i više u fokus javnosti. Ova oblast dugo vremena bila je zanemarivana i prepuštena snalažljivosti i kreativnosti službenika i birokrata u rješavanju prekograni nih slu ajeva zaštite odraslih osoba. Haška konvencija o me unarodnoj zaštiti odraslih osoba iz 2000. godine okon ala je ovu pravnu nesigurnost i pružila sveobuhvatan sistem zaštite. U radu su analizirane njene odredbe koje reguliraju pitanje nadležnosti tijela koja e poduzimati mjere usmjerene zaštiti osobe i imovine odrasle osobe, mjerodavnog prava koje e ta tijela primjenjivati, priznanja i izvršenje tih mjera zaštite u svim državama ugovornicama, te suradnje me u tijelima država ugovornica koja je nužna da se postigne svrha ove Konvencije. Bosna i Hercegovina nije lanica ove Konvencije, ali je važno doma u i regionalnu javnost upoznati s njenim sadržajem te nadležnim organima ukazati na njen zna aj i potrebu pristupanja Konvenciji. Tako er, za Europsku uniju optere enu stalnim priljevom izbjeglica bilo bi korisno pristupiti ovoj Konvenciji i tako barem probleme vezane za me unarodnu zaštitu odraslih osoba riješiti na jedinstven na in.

**Ključne riječi:** haška konvencija, me unarodna zaštita odraslih osoba, mjere zaštite, me unarodna nadležnost, mjerodavno pravo, priznanje i izvršenje, suradnja.

### **1. Uvod**

Svjedoci smo velikih migracija stanovništva koje neminovno vode pove anju broja prekograni nih privatnopravnih odnosa. Stoga se javila i potreba postizanja me unarodne suglasnost u pogledu njihovog normiranja. Zna ajni naporu u injeni su od strane Haške konferencije za me unarodno privatno pravo (u daljem tekstu Haška konferencija), najzna ajnije svjetske institucije iji je cilj pravna regulacija privatnopravnih odnosa s me unarodnim obilježjem, odnosno unifikacija normi me unarodnog privatnog prava – kolizionih i procesnih normi, radi jednoobraznog rješavanja problema sukoba zakona. Oblast koja je, možemo slobodno re i, izmaknula ve oj pažnji nau ne i stru ne javnosti jeste me unarodna zaštita odraslih osoba. Iako se o oduzimanju poslovne sposobnosti i stavljanju pod starateljstvo punoljetnih osoba razgovaralo

još 1900. godine, na trećem zasjedanju Haške konferencije, te je na četvrtom zasjedanju donesena Haška konvencija o oduzimanju poslovne sposobnosti i sli nje mjerama socijalne skrbi od 17. 6. 1905. godine,<sup>1</sup> tek sto godina kasnije donesena je Haška konvencija o međunarodnoj zaštiti odraslih osoba od 13. 1. 2000. godine<sup>2</sup> (u daljem tekstu Konvencija). Bosna i Hercegovina nije članica ove Konvencije, ali smatramo važnim doma i regionalnu javnost upoznati s njenim sadržajem te nadležnim organima ukazati na njeno značenje i potrebu pristupanja Konvenciji. Također, za Europsku uniju opterećenu stalnim priljevom izbjeglica bilo bi značajno i korisno pristupiti ovoj Konvenciji i tako barem probleme vezane za međunarodnu zaštitu odraslih osoba riješiti na jedinstven način.

## 2. Istorijska pozadina - nastajanje Konvencije

Širu pažnju na problematiku međunarodne zaštite odraslih osoba skrenuo je svojom studijom iz 1967. godine tadašnji sekretar Stalnog biroa Haške konferencije Bernard Dutoit.<sup>3</sup> Rezultat njegovog interesa bio je upitnik upućen državama članicama Haške konferencije 1979. godine, između 13. i 14. zasjedanja. Odgovori su pokazali da praktični problemi vezani za zaštitu odraslih osoba na međunarodnom planu nisu tako jednostavni, te je Specijalna komisija izostavila ovo pitanje s dnevnog reda 14. zasjedanja Haške konferencije.<sup>4</sup>

Međutim, demografske promjene, činjenica da ljudi danas žive duže nego ranije te prognoza da će se broj ljudi starijih od 60 godina povećati sa 600 miliona u 2001. godini na 1,2 milijarde u 2025, a broj ljudi starijih od 80 godina sa 50 miliona na 137 miliona, postavilo je pitanje zaštite starijih osoba u središte pažnje.<sup>5</sup> Nacionalna zakonodavstva su pitanje brige i zaštite odraslih osoba koje zbog umanjena i nedostatnosti svojih osobnih sposobnosti nisu u stanju štiti vlastite interese, regulirali na različite načine. Upravo je to izazivalo sukob zakona i nametalo potrebu za jedinstvenim pravilima međunarodnog privatnog prava. Težnja za međunarodnom harmonijom i želja za donošenjem konvencije koja bi regulirala ova pitanja, bivala je sve izraženija. Prilika za konkretnije korake javila se na 13. zasjedanju Haške konferencije na kojem je odlučeno da se preradi Konvencija o nadležnosti i mjerodavnom pravu u oblasti zaštite maloljetnika od 5. 10. 1961. godine.<sup>6</sup> S obzirom da se, barem u tehničkom smislu, radi o sličnim problemima, smatralo se smislenim, rješenja predviđena

---

<sup>1</sup> Ova Konvencija još uvijek je na snazi u pravnom odnosu između Italije, Poljske, Portugala i Rumunjske. Erläuternder Bericht von Paul Lagarde zu dem Übereinkommen über den internationalen Schutz von Erwachsenen (u daljem tekstu Erläuternder Bericht) iz 2003. godine, str. 7. <https://www.hcch.net/de/instruments/conventions/publications1/?dtid=3&cid=71> (19. 1. 2016.).

<sup>2</sup> Tekst Konvencije na njemačkom jeziku: <https://www.hcch.net/de/instruments/conventions/full-text/?cid=71>, (19. 1. 2016.).

<sup>3</sup> Erläuternder Bericht, str 7.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> *Ibid.*, str. 8.

za zaštitu djece proširiti, uz odgovaraju u prilagodbu, i na zaštitu odraslih. Na 18. zasjedanju Haške konferencije realiziran je dio programa – izra ena je Konvencija o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznanju, izvršenju i suradnji u odnosu na roditeljsku odgovornosti i o mjerama za zaštitu djece od 19. 10. 1996. godine, ali je nedostajalo vremena za istražiti i pitanja zaštite odraslih. Nakon toga slijede intenzivnije radnje - osnivanje Specijalne komisije, Radne grupe, te izrada Nacrta konvencije koji je jednoglasno usvojen zadnjeg dana zasjedanja Haške konferencije, od 20. 9. – 2. 10. 1999. godine.<sup>7</sup> Time je okon an proces donošenja Haške konvencije o me unarodnoj zaštiti odraslih osoba od 13. 1. 2000. godine. Stupila je na snagu za Škotsku, Njema ku i Francusku 1. 1. 2009. godine.<sup>8</sup>

### 3. Podru je primjene Konvencije

Konvencija se primjenjuje na me unarodno obilježene slu ajeve zaštite odraslih osoba koje zbog umanjenja i nedostatnosti svojih osobnih sposobnosti nisu u stanju štititi vlastite interese ( 1. 1. st. 1.). Slu aj mora biti me unarodno obilježen i pri tome nije važno da li je veza ostvarena s državom ugovornicom ili nekom drugom državom. S obzirom da isto doma i slu ajevi ne ulaze u podru je primjene Konvencije, 1. 44. koji propisuje da države ugovornice sa složenim pravnim poretkom nisu prisiljene primjenjivati odredbe Konvencije na unutarnji sukob zakona, deklaratorne je prirode.<sup>9</sup> Složene države ugovornice mogu odredbama Konvencije regulirati interlokalni i interpersonalni sukob zakona ako to žele, ali nisu na to obavezne.<sup>10</sup>

Od samog po etka želi se naglasiti cilj Konvencije – zaštita „odre enih odraslih“, odnosno staviti u prvi plan ideju o zaštiti kao osnovni motiv i kriterij za odre ivanje podru ja primjene Konvencije.<sup>11</sup> U relativno kratkoj preambuli, pored ovoga, naglašen je i zna aj me unarodne suradnje na zaštiti odraslih osoba te *prioritetno osiguranje dobrobiti odraslih osoba i poštivanje njihovog dostojanstva i samoodre enja*.

U 1. 1. st. 1. odre eno je na koju kategoriju odraslih osoba se Konvencija odnosi. Radi se o potrebitim, ranjivim odraslim osobama, onima koji

---

<sup>7</sup> Ramser, C., *Grenzüberschreitende Vorsorgevollmachten in Europa im Licht des Haager Übereinkommens über den internationalen Schutz von Erwachsenen vom 13. Januar 2000, Europäische Hochschulschriften*, Peter Lang Verlag, 2010., str. 51.

<sup>8</sup> Neophodnost jedne takve Konvencije bila je više puta naglašena , ali trebalo je pro i punih devet godina da ona stupi na snagu. Klju nu ulogu u tom procesu odigrala je Francuska koja je preuzimaju i predsjedavanje Europskom unijom (druga polovina 2008. godine) najavila svoje pristupanje Konvenciji, ali i pristupanje drugih država lanica postaviti kao cilj svog mandata. Schwartz, U., *Das Haager Erwachsenenschutzübereinkommen*, NDV, Oktober, 2008., str. 428. <http://alt.iss-ger.de/arbeitsbereiche/erwachsenenschutz/das-haager-erwachsenenschutzabkommen.html> (12. 1. 2016.).

<sup>9</sup> Ramser, C., *op. cit.*, str. 60.

<sup>10</sup> Erläuternder Bericht, str. 80.

<sup>11</sup> *Ibid.*, str 12.

nisu iz određenih razloga u stanju zaštititi sebe i svoje interese. Specijalna komisija je svjesno zaobišla korištenje pravnih termina (pravna, poslovna (ne)sposobnost), jer oni mogu imati i esto imaju različite značenice u različitim državama.<sup>12</sup> Smatralo se boljim injeni no opisati što se podrazumijeva pod potrebitom, ranjivom odraslom osobom. Uzete su u obzir dvije injenice: umanjenje i nedostatnost osobnih sposobnosti. Tako, Konvencija se ne primjenjuje na zaštitu odraslih osoba koje su žrtve fizičkog nasilja, npr. zlostavljane žene, ve na odrasle osobe s tjelesnim i duševnim invaliditetom koje pate od nedostatnosti osobnih sposobnosti, ali i starije osobe koje pate od umanjenja osobnih sposobnosti, npr. osobe kojima je dijagnosticirana Alzheimerova bolest.<sup>13</sup> Dakle, duboka starost samo po sebi ne vodi ka primjeni Konvencije. U svakom konkretnom slučaju potrebna je detaljnija analiza svih injenica, kako bi se moglo sa sigurnoš u utvrditi da odrasla osoba zbog umanjenja i nedostatnosti osobnih sposobnosti nije u stanju štititi svoje interese.<sup>14</sup> Pri tome se ne misli samo na imovinskopravne interese koje odrasla osoba nije mogla adekvatno percipirati zbog svog tjelesnog i duševnog stanja, ve na, op eniti promatrano, osobnu i zdravstvenu dobrobit.<sup>15</sup>

Konvencija u čl. 1. st. 1. određuje svoj cilj:

- a) odrediti državu koja su tijela nadležna poduzimati mjere usmjerene zaštiti osobe i imovine odrasle osobe;
- b) odrediti koje e pravo ta tijela primjenjivati u izvršavanju svoje nadležnosti;
- c) odrediti pravo mjerodavno za zastupanje odrasle osobe;
- d) osigurati priznanje i izvršenje tih mjera zaštite u svim državama ugovornicama;
- e) uspostaviti takvu suradnju me u tijelima država ugovornica koja je nužna da se postigne svrha ove Konvencije.

---

<sup>12</sup> *Ibid.*, str. 12.

<sup>13</sup> Komisiji je bilo jasno da umanjenje i nedostatnost može biti stalna i privremena, od interesa je samo potreba određivanja mjera zaštite, te nije išla za dodatnim pojašnjenjima u samom tekstu kako ne bi nepotrebno otežala primjenu Konvencije. Tako er, postavilo se pitanje da li je rasipništvo, koje u pojedinim pravnim sistemima vodi ka oduzimanju poslovne sposobnosti, obuhvaeno ovim izrazom. Stav je Komisije da rasipništvo samo po sebi, ne sada u podru je primjene Konvencije, ali zajedno s drugim faktorima može dovesti do umanjenja osobnih sposobnosti te posljedi no do mjera zaštite u smislu same Konvencije. *Ibid.*, str. 12, 13.

<sup>14</sup> To je posebno zna ajno kada se o odraslim osobama s tjelesnim invaliditetom. Mla a odrasla osoba to može eventualno kompenzirati, dok kod starije odrasle osobe tjelesni nedostatak zajedno s krhkim op im stanjem može voditi ka umanjenju osobnih sposobnosti. Ramser, C., *op. cit.*, str. 59.

<sup>15</sup> Komisija je odbila prijedlog Ujedinjenog Kraljevstva kojim se željelo pojasniti da invaliditet utje e na mentalne sposobnosti i komunikacijske vještine. Naime, sud ne treba biti vezan invaliditetom, nego prvi kriterij mora biti potreba za zaštitom koja proizlazi iz invaliditeta. Erläuternder Bericht., str. 13.

Konvencija određuje meunarodnu, a ne unutarnju nadležnost, odnosno određuje koje je tijelo, sudsko ili upravno, nadležno da postupa, a ne konkretno tijelo koje će rješavati sporno pitanje. Također, na samom početku precizirano je da se radi o zaštiti osobe i imovine odrasle osobe, što se smatra važnim, pa čak i važnijim nego kada su u pitanju djeca, jer nemo odrasle osobe u pravilu nastupa sa starošću, kada odrasla osoba raspolaže imovinom s kojom je potrebno upravljati.<sup>16</sup> Konvencija, pored pravila o meunarodnoj nadležnosti, sadrži kolizijske norme i norme o priznanju i izvršenju, te se radi o aktu koji u potpunosti rješava prekogranične probleme vezane za zaštitu odrasle osobe. Također, Konvencija insistira na uspostavi suradnje među u tijelima država ugovornicama nužnu za ispunjenje njenog cilja.

Odraslom osobom se, u smislu Konvencije, smatra osoba koja je navršila 18 godina života. Određivanjem donja granica, koja se nastavlja na gornju granicu predviđenu Haškom konvencijom o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznanju, izvršenju i suradnji u odnosu na roditeljsku odgovornost i o mjerama za zaštitu djece iz 1996. godine<sup>17</sup> (u daljem tekstu Haška konvencija iz 1996.), nastojalo se izbjeći i preklapanje personalnog područja primjene ovih konvencija. Tako, ako se u jednoj državi ugovornici mogu izreći i mjere zaštite odraslim osobama od 16 godine života, kakav je slučaj u Škotskoj, primjenjuje se Haška konvencija iz 1996., a ne ova Konvencija.<sup>18</sup> Čl. 2. ovoga člana regulira slučajeve u kojima tijela nadležna prema Haškoj konvenciji iz 1996. donose određene mjere, koje se odnose na zaštitu djece s posebnim potrebama, s tom da se mjere primjenjuju i nakon što dijete postane punoljetno<sup>19</sup>, ili mjere djeluju nakon punoljetstva djeteta.<sup>20</sup> Smisao ove odredbe jeste donesene mjere podvrgnuti Konvenciji nakon što maloljetnik navršio 18 godina života, tj. postane punoljetan i time olakšati prijelaz s jedna na drugu konvenciju bez prekida. Zahvaljujući i ovome rješenju, nova Konvencija može se primjenjivati na priznanje ranijih mjera donesenih u drugim državama ugovornicama, kao i njihovu provedbu, te, naravno, određivanje tijela koja će biti odgovorna za eventualne izmjene i dopune tih mjera.<sup>21</sup> Precizno određivanje dobne granice korisno je iz više razloga: olakšava primjenu Konvencije jer nije potrebna dodatna konzultacija odgovarajućeg nacionalnog zakona; vodi ka ujednaenoj primjeni Konvencije u svim državama ugovornicama; za same sudionike zna i predvidljivost mjerodavnog prava, a samim tim i pravnu sigurnost, što je posebno značajno kada je u pitanju punoljetna osoba koja odrasla osoba određuje

---

<sup>16</sup> *Ibid.*, str. 14.

<sup>17</sup> Čl. 2.: Ova Konvencija se primjenjuje na djecu od trenutka njihovog rođenja do navršene 18 godina. Tekst Konvencije može se naći na zvaničnoj web stranici Haške konferencije - <https://www.hcch.net> (27. 1. 2016.). Prevod na hrvatski jezik u: Babić, D., Jessel Holst, Ch., *Meunarodno privatno pravo, zbirka unutarnjih, europskih i meunarodnih propisa*, Zagreb, 2011., str. 1310-1311.

<sup>18</sup> Komisija je odbila prijedlog Ujedinjenog Kraljevstva da se u ovim slučajevima maloljetnik promatra kao punoljetna osoba u smislu Konvencije. Erläuternder Bericht, str. 14.

<sup>19</sup> Npr. produženo maloljetstvo prema čl. 487 belgijskog Građanskog zakona. *Ibid.*, str. 15.

<sup>20</sup> Npr. u čl. 494. st. 2. francuskog Građanskog zakona predviđeno prijevremeno starateljstvo. *Ibid.*

<sup>21</sup> *Ibid.*, str. 15.

osobu od povjerenja koja se služi njene buduće nesposobnosti brinuti o njenim poslovima, odnosno donositi odluke koje se odnose na osobne stvari (ili imovinu) odrasle osobe, koja u pravilu ne može podlijegati korekturama.<sup>22</sup>

Mjere zaštite odrasle osobe razlikuju se idući od države do države, tako da one navedene u čl. 3. Konvencije služe samo kao primjer. Nastojalo se pokriti široko područje, pa su moguća i određena preklapanja, kao što je izvjesno da pojedini pravni sistemi ne poznaju neke od navedenih mjera. To ne znači da sve spomenute mjere stoje na raspolaganju nadležnom tijelu, već samo one mjere koje nadležno tijelo može donijeti, a predviđene su mjerodavnim pravom i nalaze se u području primjene Konvencije.<sup>23</sup> Mjere spomenute u čl. 1. mogu se posebice odnositi na:

- a. odluku o poslovnoj nesposobnosti i uspostavi sigurnosnih mjera;
- b. podršku za odrasle osobe koje su pod zaštitom suda ili upravnog tijela;
- c. starateljstvo, tutorstvo i slične institucije;
- d. određivanje i utvrđivanje djelovanja svake osobe ili tijela koji se brinu o osobi ili imovini odrasle osobe, koji odraslu osobu zastupaju ili joj pomažu;
- e. smještaj odrasle osobe u ustanovu ili na neko drugo mjesto, na kojem joj se može osigurati zaštita;
- f. upravljanje, čuvanje ili raspolaganje imovinom odrasle osobe;
- g. dopuštenje određenih intervencija za zaštitu osobe i imovine odrasle osobe.

Čl. 4. Konvencije propisuje oblasti ili pitanja koja ne ulaze u područje primjene Konvencije. Za razliku od prethodnog člana koju sadrži riječ „posebice“, nabrojavanje u ovom čl. 4. je konačno.<sup>24</sup> Svaka mjera zaštite osobe i imovine odrasle osobe, koja nije isključena čl. 4., ulazi u područje primjene Konvencije. Razlozi isključivanja pojedinih oblasti ili pitanja imaju različiti pravno opravdanje: neka pitanja su predmet drugih konvencija, a za neka su pravila ove Konvencije, posebno osnovno načelo - *forum* i *jus* ne razdvajati, neprimjenjiva.<sup>25</sup> Konvencija se ne primjenjuje na:

- a) obavezu izdržavanja;
- b) zaključivanje, poništenje, prestanak braka ili sličnih odnosa, kao i rastava;
- c) imovinski odnosi u braku ili
- d) trust i nasljeđivanje;
- e) socijalno osiguranje;
- f) javne mjere opće prirode u području zdravlja;

---

<sup>22</sup> Ramser, C., *op. cit.*, str. 55.

<sup>23</sup> Erläuternder Bericht, str. 17.

<sup>24</sup> *Ibid.*, str. 20.

<sup>25</sup> *Ibid.*



- g) mjere poduzete kao rezultat kaznenih djela po injenih od strane odraslih osoba;
- h) odluke o pravu na azil i na useljavanje;
- i) mjere koje se odnose na zaštitu javne sigurnosti.

U st. 2. 1. 4. jasno je propisano da prethodni stav ne utječe na ovlaštenje osobe da djeluje kao predstavnik odrasle osobe u području jima koja su tamo navedena. To znači da prema st. 1. t. a. u području je primjene Konvencije ne ulazi zahtjev odrasle osobe za plaćanjem izdržavanja, ali Konvencija se odnosi na određivanje osoba koja će u ime odrasle osobe u estvovati u postupku po zahtjevu za izdržavanje. Isto tako, pitanje davanja dozvole za zaključenje braka invalidnoj odrasloj osobi isključeno je st. 1. t. b. iz područja primjene Konvencije, ali određivanje zakonskog zastupnika koji je pored ostalih poslova zadužen da daje odobrenje za zaključenje braka, ulazi u područje primjene Konvencije.<sup>26</sup>

Države ugovornice Konvencije su Njemačka, Estonija, Finska, Francuska, Austrija, Švicarska, Češka Republika, Škotska i Malta. Države koje su potpisale Konvenciju, ali je još nisu ratificirale su Grčka, Irska, Italija, Luksemburg, Nizozemska, Poljska i Kipar. Konvencija ne sadrži neko opće pravilo koje ograničava njeno područje primjene s obzirom na prostor. U tu svrhu koriste nam pravila o meunarodnoj nadležnosti i mjerodavnom pravu.<sup>27</sup> Ako odredba Konvencije određuje nadležnost tijela redovnog boravišta odrasle osobe, onda će ona vrijediti za sve odrasle osobe koje imaju redovno boravište na području države ugovornice.<sup>28</sup> Ista situacija je i kada se radi o drugim kriterijima za određivanje nadležnosti, npr. mjesto nalaženja imovine. Koliziorna norma koja određuje pravo mjerodavno za zastupanje odrasle osobe – punomoć za slučaj buduće nesposobnosti, ne sadrži geografsko ograničenje – vrijedi neovisno o prebivalištu ili državljanstvu odrasle osobe,<sup>29</sup> dakle „široj svijeta“.<sup>30</sup>

Vremensko područje primjene Konvencije regulirano je 1. 50. Konvencija se primjenjuje na mjere samo ako se one poduzimaju u nekoj državi nakon što je Konvencija za tu državu stupila na snagu (st. 1.), odnosno Konvencija se primjenjuje na priznanje i izvršenje mjera poduzetih nakon njezinog stupanja na snagu izme u države u kojoj su mjere poduzete i države kojoj je podnesen zahtjev (st. 2.). Za razliku od prva dva stava 1. 50. koja su identična 1. 53. st. 1. i 2. Haške konvencije iz 1996., njegov treći stav propisuje retroaktivno dejstvo Konvencije na pitanje punomoć i u slučaju buduće nesposobnosti. Konvencija se primjenjuje i na punomoć i za slučaj buduće nesposobnosti izdanim prije njenog stupanja na snagu, ako odgovaraju uvjetima

<sup>26</sup> *Ibid.*, str. 29.

<sup>27</sup> Ramser, C., *op. cit.*, str. 62.

<sup>28</sup> Erläuternder Bericht, str. 16.

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> Ramser, C., *op. cit.*, str. 62.

iz čl. 15. Ako nisu ispunjene pretpostavke za pravovaljano djelovanje punomoći za slučaj buduće nesposobnosti koja je izdata prije stupanja na snagu Konvencije, ona istječe *ex nunc* od 1. 1. 2009. godine. To, međutim, ne utječe na ranije nastale pravne poslove na osnovu punomoći za slučaj buduće nesposobnosti – oni ostaju nedirnuti.<sup>31</sup>

#### 4. Nadležnost

Konvencija predviđa više kriterija za određivanje nadležnosti sudskog ili upravnog tijela za poduzimanje mjera usmjerenih na zaštitu osobe i imovine odrasle osobe: redovno boravište, ranije redovno boravište, državljanstvo, mjesto nalaženja imovine, itd. Polazi se od redovnog boravišta odrasle osobe, kriterija široko prihvaćenog u konvencijskom i pravu Europske unije. Sam koncept redovno boravište, koji ostaje *de facto* termin unatoč pravnim djelovanjima koje proizvodi, nije definiran Konvencijom.<sup>32</sup> Čl. 5. Konvencije propisuje: „Sudsko ili upravno tijelo države ugovornice redovnog boravišta odrasle osobe nadležna su poduzimati mjere zaštite osobe i imovine odrasle osobe.“ U slučaju promjene redovno boravište u drugu državu ugovornicu, nadležna su tijela države ugovornice novog redovnog boravišta (čl. 5. st. 2.). Promjena redovnog boravišta podrazumijeva gubitak dotadašnjeg i uspostavljanje novog redovnog boravišta. Sam proces može trajati duže ili kraće, može biti trajan ili privremen. Kod promjene redovnog boravišta iz jedne u drugu državu ugovornicu u periodu kada tijelo prvog redovnog boravišta poduzima mjere zaštite, isključeno je *perpetuatio fori*, ukoliko tijelo ranijeg redovnog boravišta svoju nadležnost *ipso facto* povuče, prisiljavaju i se na taj način oglasiti nenadležnim.<sup>33</sup> Čl. 5. pretpostavlja da odrasla osoba ima redovno boravište u državi ugovornici. U slučaju promjene redovnog boravišta u državu koja nije ugovornica Konvencije, spomenuti član se ne može primijeniti, ali ništa ne govori protiv toga da tijelo prvog redovnog boravišta svoju nadležnost zadrži temeljem unutarnjih međunarodnih procesnih normama, s tim da druge države ugovornice nisu obavezne prema Konvenciji priznati poduzetu mjeru zaštite.<sup>34</sup>

Konvencija rješava pitanje određivanja nadležnosti za poduzimanje mjera zaštite izbjeglica, odraslih osoba koji su zbog nemira do kojih je došlo u njihovoj državi, raseljeni u inozemstvu, te odraslih osoba koje se redovno boravište ne može utvrditi. Prema čl. 6. nadležno je tijelo na čijem se državnom

---

<sup>31</sup> Ramser, C., *op. cit.*, str. 61.

<sup>32</sup> Erläuternder Bericht, str. 31.

<sup>33</sup> O ovoj temi Komisija nije raspravljala već je prešutno preuzela rješenja Haške konvencije iz 1996. Naime, prilikom donošenja Haške konvencije iz 1996. postavilo se pitanje kako će promjena redovnog boravišta utjecati na već zasnovanu nadležnost tijela prvog redovnog boravišta. Dvije su se opcije razmatrale: tijelo prvog redovnog boravišta ostaje i dalje nadležan - *perpetuatio fori* ili tijelo prvog redovnog boravišta svoju nadležnost *ipso facto* povuče, prisiljavaju i se na taj način oglasiti nenadležnim. Nakon duže diskusije prihvaćena je druga opcija. Pogledati Izvješće uz Hašku Konvenciju iz 1996., t. 42. *Ibid.*, str. 32.

<sup>34</sup> *Ibid.*

podru ju nalazi odrasla osoba. St. 1. govori o izbjeglicama i raseljenim odraslim osobama i opravdano ih vezuje za državno podru je na kojem se nalaze. Radi se o odraslim osobama koje su izgubile svaku vezu sa svojim ranijim redovnim boravištem, a još nisu uspostavile novo redovno boravište. U današnje vrijeme koje karakteriziraju velike migracije stanovništva zna aj ove odredbe nemjerljiv je. Zahvaljuju i njoj, država prijema može pružiti kvalitetniju i potpuniju zaštitu osobe i imovine odrasle osobe, a poduzete mjere, donesena u skladu s Konvencijom, mogu biti priznata u drugoj državi ugovornici. Naravno da bi bilo dobro da Europska unija pristupi Konvenciji i time, u svojim okvirima, osigura jedinstveno postupanje i prohodnost poduzetih mjera u oblasti zaštite odraslih osoba. St. 2. odnosi se na odrasle osobe ije se redovno boravište ne može utvrditi te je najlogi nije i najjednostavnije vezati ih za državu u kojoj se nalaze. Nadležnost države trenutnog boravka ima ovdje ulogu nadležnosti iz nužde.<sup>35</sup> Ona mora izostati ako se dokaže da odrasla osoba negdje ima redovno boravište. Ako je redovno boravište u državi ugovornici, onda su njena tijela nadležna, a ako je redovno boravište u državi koja nije ugovornica Konvencije, onda je mogu a nadležnosti tijela u kojoj se nalazi odrasla osoba samo sukladno l. 10. i 11. Konvencije. Slu aj nemogu nosti utvr enja redovnog boravišta treba jasno razlikovati od slu aja promjene redovnog boravišta. Naime, kod promjene redovnog boravišta iz jedne države u drugu, tijela ranijeg redovnog boravišta zadržavaju svoju nadležnost sve dok odrasla osoba ne zasnuje redovno boravište u državu u koju se preselila. l. 6. st. 2. ne služi tome da tijela ranijeg redovnog boravišta odmah izgube svoju nadležnost uz obrazloženje da je odrasla osoba izgubila ranije redovno boravište, a još nije uspostavila novo.<sup>36</sup> Potrebno je sa ekati odre eno vrijeme kako bi se situacija razjasnila te sa sigurnoš u moglo utvrditi da odrasla osoba nema redovno boravište.

l. 7. predstavlja kompromis izme u pristalica jednakovrijednih konkuriraju i kriterija za odre ivanje nadležnosti i onih koji prednost daju redovnom boravištu smatraju i sve ostale kriterije podre enima.<sup>37</sup> Radi se o supsidijarnoj alternativnoj nadležnosti države iji je državljanin odrasla osoba. Nadležnost je op e prirode kao što je slu aj i sa nadležnoš u na temelju redovnog boravišta, bez dodatnih kriterija – ranije redovno boravište odrasle osobe, imovina odrasle osoba, i sl. Nadležnost države iji je državljanin odrasla osoba ne vrijedi za odrasle osobe koje su izbjeglice ili one koji su zbog nemira do kojih je došlo u njihovoj državi, raseljene u inozemstvu. To je sasvim razumljivo ako se ima u vidu da se radi o državama koje su odrasle osobe bile prisiljene napustiti, bilo zbog nemira, bilo da su žrtva progona ili su pod prijetnjom.<sup>38</sup> Tijela države iji je državljanin odrasla osoba bit e nadležna, uz uvjet da su prethodno obavještena tijela države nadležna prema l. 5. i l. 6. st.

---

<sup>35</sup> *Ibid.*, str. 33.

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> *Ibid.*, str. 34.

<sup>38</sup> U slu aj u da odrasla osoba ima više državljanstava, tekst se tuma i na na in, da tijelo države iji je državljanin odrasla osoba, a ne radi se o državi koju je morala napustiti, može biti nadležna sukladno l. 7. Ibidem.

2., te samo ako smatraju da su ona prikladnija da u odre enom slu aju odrede najbolji interes odrasle osobe (st. 2.).<sup>39</sup> Ovaj pozitivni uvjet za nadležnost tijela države iji je državljanin odrasla osoba zna i i izvjesnu fleksibilnost koja omogu uje ovim tijelima da se oglase nenadležnim ukoliko smatraju da su tijela države redovnog boravišta ili tijela neke druge države nadležna prema l. 8., prikladnija da odrede najbolji interes odrasle osobe.<sup>40</sup> Preuzimanje ove nadležnosti može biti sprije eno u tri situacije: ako su tijela nadležna u skladu s l. 5, l. 6. st. 2. ili l. 8., poduzela mjere koje zahtijeva odgovaraju a situacija, ako su odlu ila da nikakve mjere ne e biti poduzete, ako je postupak pred ovim tijelima u tijeku. U ovim situacijama, tijelo države iji je državljanin odrasla osoba, odbit e nadležnosti, ili se ak oglasiti nenadležnim im sazna da je postupak u tijeku pred jednim od gore spomenutih tijela. Nadležnost tijela države iji je državljanin odrasla osoba otpada ukoliko su ova tijela obavještena o jednoj od tri spomenute situacije od strane tijela nadležnih prema l. 5., l. 6. st. 2. ili l. 8. koja su svoju nadležnost izvršavala ili je izvršavaju. Supsidijarni karakter nadležnosti tijela države iji je odrasla osoba državljanin ogleda se u injenici da se mjere poduzete od tih tijela stavljaju van snage im tijela nadležna prema l. 5., l. 6. st. 2. i l. 8., poduzmu mjere koje zahtijeva odgovaraju a situacija ili odlu e da nikakve mjere ne e biti poduzete (st. 3.). Obaveza tih tijela jeste da na odgovaraju i na in obavijeste tijela koja su u skladu sa st. 1. poduzela mjere. Dakle, Konvencija daje prioritet odluci donesenoj kasnije od strane nadležnog tijela (prema l. 5., l. 6. st. 2. i l. 8.), bez obzira da li je pozitivna i predvi a zaštitne mjere ili negativna u smislu da zaštitne mjere smatra nepotrebnim.<sup>41</sup> Kao što se može vidjeti, prisutna je paralela izme u stavova 2. i 3. koja se ogleda u injenici da se u obje situacije sprje ava preuzimanje nadležnosti tijela države iji je državljanin odrasla osoba, te da se zahtjeva odgovaraju e informiranje nacionalnih tijela. Ovo informiranje, iako obavezno, nije preduvjet za to da se poduzete mjere od strane nacionalnih tijela smatraju nebitnim.<sup>42</sup>

U odre enim situacijama tijela države redovnog boravišta odrasle osobe ili države na ijem se podru ju nalazi odrasla osoba nisu najpogodnija za poduzimanje mjera zaštite odrasle osobe. Zbog toga su tvorci Konvencije predvidjeli mogu nost prenošenja nadležnosti na prikladniji forum. l. 8. propisuje da tijelo države ugovornice koje je nadležno sukladno l. 5. ili 6., ako smatra da je to u najboljem interesu odrasle osobe, može zatražiti, po službenoj dužnosti ili na zahtjev tijela druge države ugovornice, da to drugo tijelo preuzme nadležnost za poduzimanje mjera zaštite osobe i imovine odrasle osobe. Zahtjev se može odnositi na cjelokupnu zaštitu ili jedan njen dio. Države ugovornice ijim se tijelima upu uje zahtjev iz prethodnog stava su: a) država

---

<sup>39</sup> Pri procijeni mogu im biti korisni ranije spomenuti dodatni kriteriji, kao ranije redovno boravište odrasle osobe, imovina odrasla osoba, itd. *Ibid.*, str. 35.

<sup>40</sup> *Ibid.*

<sup>41</sup> *Ibid.*, str. 37.

<sup>42</sup> *Ibid.*, str. 38.

iji je državljanin odrasla osoba<sup>43</sup>; b) država u kojoj se nalazilo ranije redovnog boravišta odrasle osobe;<sup>44</sup> c) država u kojoj se nalazi imovina odrasle osobe;<sup>45</sup> d) država ija su tijela izabrana, pismeno, od odrasle osobe za poduzimanje mjera zaštite;<sup>46</sup> e) država u kojoj se nalazi redovno boravište osobe koja je bliska odrasloj osobi i sprema preuzeti njenu zaštitu;<sup>47</sup> f) u odnosu na zaštitu osobe odrasle osobe, država na ijem podru ju se nalazi odrasla osoba.<sup>48</sup> Kao što možemo primijetiti nadležnost mogu prenijeti samo tijela države u kojoj se nalazi redovno boravište odrasle osobe ( l. 5.) i tijela države na ijem se podru ju nalazi odrasla osoba ( l. 6.). Isklju ena su tijela države iji je državljanin odrasla osoba. Ona mogu preuzeti nadležnost ako smatraju da su prikladnija u odre enim situacijama procijeniti najbolji interes odrasle osobe. Ukoliko tijela država navedenih u stavovima 1. i 2. ne preuzmu nadležnost, tijela država ugovornica nadležna sukladno l. 5. i 6. zadržavaju svoju nadležnost (st. 3.).<sup>49</sup>

U l. 9. propisana je nadležnost tijela države u kojoj se nalazi imovina odrasle osobe. Ona mogu poduzimati mjere zaštite imovine odrasle osobe koja se nalazi u toj državi. Poduzete mjere moraju biti u skladu s mjerama poduzetim od tijela nadležnih u skladu s l. 5. – 8. Ovim ograni enjem želi se izbje i eventualni nesklad izme u mjera poduzetih od tijela države u kojoj se nalazi

---

<sup>43</sup> Važno je naglasiti da ovdje nema preklapanja s nadležnoš u iz l. 7. U slu aju l. 7. radi se o konkuriraju oju nadležnosti koja je supsidijarna i prestaje onda kada tijela države redovnog boravišta odrasle osobe odlu e preuzeti nadležnost, dok u slu aju l. 8. nacionalna tijela, u okviru prenošenja nadležnosti, mogu preuzeti nadležnost kada se to od njih traži. *Ibid.*, str. 39.

<sup>44</sup> Ovdje se misli na posljednje redovno boravište odrasle osobe, a ne bilo koje ranije redovno boravište. Pri tome se vodi ra una je li posljednje redovno boravište novijeg datuma i nalaze li se tu osobe koje poznaju doti nu odraslu osobu. *Ibid.*, str. 40.

<sup>45</sup> Nadležnost države u kojoj se nalazi imovina odrasle osobe ima, prema l. 9., prioritet, ali to je, kao što emo vidjeti, dvostruko ograni eno: mjerama poduzetim od strane tijela države redovnog boravišta odrasle osobe i mjerama koje se odnose na zaštitu imovine odrasle osobe. U slu aju l. 8. nadležnost tijela države u kojoj se nalazi imovina prenesena je i ne odnosi se samo na mjere poduzete za zaštitu imovine odrasle osobe. *Ibid.*, str. 40.

<sup>46</sup> Uvažavanje slobodne volje odrasle osobe odgovara nastojanjima da se prizna i podupre samostalnost osoba s posebnim potrebama. S druge strane, potrebno je uzeti u obzir i podložnost ovih osoba vanjskim utjecajima, pa je odlu eno da se ograni i njihova neovisnost tako što e biti stavljena pod nadzor države redovnog boravišta odrasle osobe. *Ibid.*, str. 40.

<sup>47</sup> I ova nadležnost je pod nadzorom tijela države redovnog boravišta odrasle osobe, koja *prima facia* procjenjuju da li srodnik ili druga osoba može preuzeti zaštitu odrasle osobe. Komisija je svjesno koristila izraz „osoba koja je bliska odrasloj osobi“ nasuprot preciznijem izrazu „srodnik odrasle osobe“, s namjerom da obuhvati i one osobe koje su bliske odrasloj osobi a nisu srodnici, kao prijatelj, bra ni partner itd. *Ibid.*, str. 41.

<sup>48</sup> Nadležnost države na ijem podru ju se nalazi odrasla osoba više puta spominjana je, l. 6., l. 10. i l. 11. Tijela države na ijem podru ju se nalazi odrasla osoba mogu preuzeti nadležnost od tijela države redovnog boravišta odrasle osobe kao bi osigurala zaštitu odrasle osobe i to bez daljih ograni enja izuzev onih koji su navedeni u potonjem zahtjevu. Ovaj slu aj prenošenja nadležnosti prvo je bio predvi en, u toku diskusije, samo za potrebe u oblasti medicine. Me utim, ovo prenošenje nadležnosti prošireno je i za poduzimanje mjera zaštite odraslih osoba u cjelini. *Ibid.*, 41.

<sup>49</sup> U samom tekstu nije pojašnjeno kako treba izgledati ne preuzimanje tj. odbijanje nadležnosti. Ono može, naravno, biti formalno, ali i o ito duže ne davanje odgovora. *Ibid.*, str. 42.

imovina odrasle osobe i tijela države koja su u pravilu nadležna za organizaciju zaštite odrasle osobe. Tijela op e nadležnosti mogu poduzeti mjere i donijeti odluku prije ili nakon odluke tijela države u kojoj se nalazi imovina odrasle osobe. Ako je mjera poduzeta kasnije, mjere koje su donijela tijela države *situsa* imovine prestaje ukoliko je nespojiva s tom mjerom.<sup>50</sup>

Konvencija je predvidjela i nadležnost za poduzimanje neophodnih mjera zaštite u svim hitnim slu ajevima i to od tijela države na ijem podru ju se nalazi odrasla osoba ili imovina koja joj pripada – l. 10. st. 1. Izvanredno stanje postoji u slu ajevima kada bi nepoduzimanje mjera zaštite prouzrokovalo nepopravljivu štetu za odraslu osobu ili njenu imovinu. Hitnost podrazumijeva odstupanje od uobi ajenog pravila te je stoga treba usko pravno interpretirati.<sup>51</sup> Posebno u podru ju medicine se ne smije l. 10 koristiti kako bi se opravdala nadležnost države u kojoj se nalazi odrasla osoba. Kao primjer se navodi prekid trudno e mlade odrasle osobe s posebnim potrebama: iako je zahvat potrebno izvršiti u okviru odre enog roka, to, u pravilu, ne zna i da se radi o hitnom slu aju u smislu l. 10.<sup>52</sup> Mjere poduzete na temelju prethodnog stava glede odrasle sobe koja ima redovno boravište u nekoj državi ugovornici, prestaju važiti im tijela nadležna na temelju l. 5. – 9. poduzmu mjere koje nalaže situacija (st. 2.). Ako odrasla osoba ima redovno boravište u nekoj državi koja nije ugovornica, mjere poduzete na temelju st. 1. prestaju važiti u svakoj državi ugovornici im se mjere koje nalaže situacija i koje su poduzela tijela neke druge države priznaju u državi ugovornici u pitanju (st. 3.). *Ratio decidendi* st. 2. i 3. sastoji se u tome da ukoliko je situacija pod nadzorom tijela države redovnog boravišta odrasle osobe nema potrebe za zadržavanjem nadležnosti tijela države u kojoj se nalazi odrasla osoba kao ni mjera poduzetih zbog izvanrednog stanja.<sup>53</sup> Tijela koja su poduzela mjere na temelju st. 1. trebaju, kada god je to mogu e, o poduzetim mjerama obavijestiti tijela države u kojoj se nalazi redovno boravište odrasle osobe (st. 4.). Rješenja iz ovoga stava treba razlikovati od onoga iz l. 7. st. 1. koji propisuje obavezu prethodnog obavješćavanja nadležnih tijela. Informiranje tijela države u kojoj se nalazi redovno boravište odrasle osobe nije preduvjet za propisanu nadležnosti iz l. 10., a neinformiranost ne može biti razlog za nepriznavanje mjera poduzetih u hitnim slu ajevima.<sup>54</sup>

Izuzetno, tijela države na ijem podru ju se nalazi odrasla osoba, nadležna su, nakon što obavijeste tijela nadležna prema l. 5., poduzimati privremene mjere za zaštitu osobe odrasle osobe kojima je u inak ograni ena na podru je odnosne države, ako te mjere nisu u suprotnosti s mjerama koje su ve poduzela tijela nadležna na temelju l. 5. – 8. ( l. 11. st. 1.). Spomenuta tijela

---

<sup>50</sup> *Ibid.*, str. 42 i 43.

<sup>51</sup> Posebno u podru ju medicine se ne može koristit l. 10 kako bi se opravdala nadležnosti tijela države na ijem se podru ju nalazi odrasla osoba. *Ibid.*, str. 43.

<sup>52</sup> *Ibid.*, str. 43.

<sup>53</sup> *Ibid.*, str. 45.

<sup>54</sup> *Ibid.*, str. 46.

moгу preuzeti nadležnost samo u iznimnim situacijama, a mjere koje poduzimaju su privremene, prostorno određene i ograničene ranije poduzetim mjerama tijela opće nadležnosti. Poduzete mjere nisu ograničene samo na područje medicine, kako je to bilo predlagano,<sup>55</sup> već obuhvaćaju i druga područja. Kao primjer navodi se slučaj mlade odrasle osobe s invaliditetom koja želi za vrijeme trajanja privremenog boravka u jednoj od država ugovornica odrediti osobu koja će se brinuti o njoj ili slučaj poduzimanja mjera privremenog smještaja ili hospitalizacije, ali kada se ne radi o hitnim slučajevima.<sup>56</sup> Ove mjere u odnosu na odraslu osobu koja ima redovno boravište u državi ugovornici prestaju važiti u tijela nadležna na temelju čl. 5. - 8. donesu odluku o mjerama zaštite koje može nalagati situacija (st. 2.).

U skladu s čl. 7. st. 3. mjere poduzete primjenom čl. 5. - 9. ostaju na snazi u skladu s njihovim odredbama, čak i ako zbog promijenjenih okolnosti nestane osnova na temelju koje je nadležnost bila određena, sve dok nadležna tijela na temelju Konvencije ne izmijene, zamjene ili obustave te mjere (čl. 12.). „Promijenjene okolnosti“ podrazumijevaju promjenu države u kojoj se nalazi redovno boravište odrasle osobe, države na čijem području se nalazi odrasla osoba, države čiji je državljanin odrasla osoba, države u kojoj se nalazi imovina odrasle osobe itd, zavisno od kriterija na kojem se temeljila nadležnost. Zadržavanje poduzetih mjera neophodno je kako bi se osigurao kontinuitet u pogledu zaštite odrasle osobe. Ako npr. tijela države prvog redovnog boravišta odrasle osobe imenuju staratelja odrasloj osobi, bitno je da staratelj može provoditi svoje aktivnosti i dalje, u slučaju da odrasla osoba primijeni redovno boravište. Naravno da će prema čl. 5. st. 2. sada biti nadležna tijela novog redovnog boravišta, ali ranije poduzete mjere trebaju ostati na snazi sve dok ih nova tijela ne izmijene, zamjene ili obustave, a sve s ciljem da se ne prekine pružanje zaštite odrasloj osobi.<sup>57</sup>

## 5. Mjerodavno pravo

Temeljno na čemu na kojem po čiva Konvencija jeste da nadležno tijelo primjenjuje kao mjerodavno domaće pravo. Prema čl. 13. st. 1. tijela države ugovornice će, u ostvarivanju svoje nadležnosti na temelju odredaba poglavlja II, primjenjivati svoje pravo. Ovakvo rješenje korisno je iz više razloga. Prije svega, nadležno tijelo primjenjuje pravo koje najbolje poznaje, a, s obzirom da se poduzeta mjera zaštite najčešće izvršava u državi njenog donošenja, pojednostavljuje se njena primjena jer je u skladu s pravom te države.<sup>58</sup> Odradenu fleksibilnost koja je na tragu materijalne pravosti i primjene prava koje najbolje odgovara interesima stranaka, nudi st. 2. koji propisuje da, ukoliko

---

<sup>55</sup> *Ibid.*, str. 47.

<sup>56</sup> Međutim, tijela države u kojoj se nalazi odrasla osoba nisu nadležna za davanje odobrenja za ozbiljne i konačne medicinske mjere kao što su pobačaj, sterilizacija, uklanjanje organa, amputacija udova itd. *Ibid.*, str. 47.

<sup>57</sup> *Ibid.*, str. 49.

<sup>58</sup> Erläuternder Bericht, str. 52.

to nalaže zaštita osobe ili imovine odrasle osobe, nadležna tijela iznimno mogu primijeniti ili uzeti u obzir pravo neke druge države s kojom je odnosni slu aj u najužoj vezi. Ukoliko donesenu mjeru zaštite treba poduzeti u drugoj državi ugovornici, pravo te druge države odre uje uvjete pod kojima se ona poduzima. Dakle, prema l. 14. za uvijete za provo enje mjere zaštite mjerodavno je pravo države u kojoj se ona treba provesti. Sam izraz „uvjeti pod kojim se mjera provodi“ treba široko tuma iti. Npr. mjeru zaštite o imenovanju staratelja s odre enim ovlastima donesenu u državi ranijeg redovnog boravišta odrasle osobe potrebno je provesti u državi njenog novog redovnog boravišta ili državi u kojoj se nalazi njena nepokretna imovina. Ako pravo te druge države zahtjeva, pri prodaji nekretnine, odobrenje starateljskog suca, onda se radi o „uvjeti pod kojim se mjera provodi“, a koji se mora uvažavati. Mogu a je i obrnuta situacija, da pravo države prema kojem je odre en staratelj, zahtjeva odobrenje, a pravo države u kojoj se mjera privodi, to ne predvi a.<sup>59</sup>

l. 15. odnosi se na punomo kojom odrasla osoba odre uje osobu od povjerenja koja e za slu aj njene budu e nesposobnosti donositi odluke koje se odnose na osobna i/ili imovinska pitanja – njihov sadržaj može biti razli it Radi se o jednoj vrsti tzv. anticipiranih naredbi, institutu široko prihva enom prije svega unutar država *commom law* sistema, ali i sve više u onim europske kontinentalne tradicije.<sup>60</sup> Spomenuti lan pravi razliku izme u više pravnih pitanja te za njih predvi a razli ite ta ke vezivanja. Za nastanak, opseg, promjena i prestanak punomo i koju odrasla osoba daje sporazumom ili jednostranim aktom za slu aj da ne e biti u stanju štiti svoje interese, mjerodavno je pravo države u kojoj odrasla soba ima redovno boravište u vrijeme davanje punomo i, osim ako nije izri ito pismeno navedeno neko od prava iz stava 2. (st. 1.). Države ija prava odrasla osoba može navesti su: pravo države iji je državljanin, pravo države ranijeg redovnog boravišta i pravo države u kojoj se nalazi imovina odrasle osobe, ali samo za tu imovinu (st. 2.). Na in vršenja punomo i odre uje se pravom države u kojoj se ona treba izvršiti (st. 3.). Iako l. 15. st. 1. vezuje nastanak, opseg, promjenu i prestanak punomo i za redovno boravište odrasle osobe, ipak se ne može garantirati istodobnost nadležnosti i mjerodavnog prava, jer je preciziran vremenski moment u kojem se promatra ova ta ka vezivanja - redovno boravište u vrijeme davanje punomo i. Ako se nakon izvjesnog vremena treba odlu iti o valjanosti punomo i, a u me uvremenu se odrasla osoba, koja ju je dala, preselila, nadležno e biti tijelo aktuelnog redovnog boravišta.<sup>61</sup> Tako er, odrasla osoba može umjesto redovnog boravišta izabrati državljanstvo kao ta ku vezivanja, koja i pored toga što se lakše utvr uje i što je manje podložna promjenama, opet

<sup>59</sup> Primjer iz: Erläuternder Bericht, str. 53.

<sup>60</sup> Više o anticipiranim naredbama u: Ramser, C., *op. cit.*, Peter Lang Verlag, 2010; Löhnig, M., Schwab, D., Henrich, D., Gottwald, P., Kroppenbergl, I., *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Europa*, Bielefeld, 2011; Milas Klari , I, *Anticipirane naredbe (advances directives)*, str. 653 – 685; Milas Klari , I, *Izjava volje za slu aj nesposobnosti*, Hrvatska pravna revija, svibanj 2010., str. 61 – 71;

<sup>61</sup> Ramser, C., *op. cit.*, str. 114.



samo po sebi izaziva brojne probleme ako je osoba bipatrid, apatrid, izbjeglica ili azilant. Mogu nost voljnog izbora mjerodavnog prava prihvatljivo je i opravdano rješenje, rješenje koje prati trend prisutan u europskom, konvencijskom i usporednom pravu. Zahvaljuju i njemu, odrasla osoba kao davalac punomo i može odstupiti od unaprijed odre enih objektivnih ta aka vezivanja i dati prednost nekoj drugoj, subjektivnoj poveznici. Voljni izbor mjerodavnog prava propisan l. 15. st. 2. vezan je za odre ene pretpostavke. Prije svega, izbor mjerodavnog prava mora biti izri it i u pisanom obliku. Od prešutne autonomije volje odstupilo se zbog eventualne nesigurnosti u pogledu prava mjerodavnog za nastanak, opseg, promjena i prestanak punomo i. Naime, po punomo i e se u pravilu postupati tek onda kada njen davalac nije u stanju štiti svoje interese.<sup>62</sup> Konvencija ne precizira vremenski moment do kojeg se može izvršiti izbor mjerodavnog prava, pa se smatra mogu im izabrati mjerodavno pravi ili promijeniti ve odabrano pravo i nakon davanja punomo i, naravno pod uvjetima propisanim u l. 15. st. 1.<sup>63</sup> Valjanost voljnog izbora mjerodavnog prava, tako er, može biti izvorom sukoba zakona. Tvorci Konvencije opredijelili su se, izme u dvije opcije koje dolaze u obzir: pravo foruma koji raspravlja (*lex fori*) i pravo na koje se sam izbor odnosi (*lex autonomia voluntatis*), za ovu drugu.<sup>64</sup> Mogu nost voljnog izbora mjerodavnog prava ograni ena je na izbor izme u više unaprijed odre enih prava.<sup>65</sup> Prava izme u kojih odrasla osoba kao davalac punomo i može birati su: pravo državljanstva, pravo ranijeg redovnog boravišta i pravo države u kojoj se nalazi imovina odrasle osobe, ali samo za tu imovinu. Odrasla osoba može za razli ita pravna pitanja izabrati razli ita mjerodavna prava. Tako je mogu e da davalac punomo i ija se imovina nalazi u razli itim državama, prema l. 15. st. 2. ta . c. izabere kao mjerodavno za tu imovinu pravo države u kojoj se ona nalazi, dok za ostala pitanja izabere pravo države iji je državljanin ( l. 15. st. 2. ta . a.).<sup>66</sup> Predvi ena mjerodavna prava mogu se me usobno kombinirati bilo alternativno bilo kumulativno.<sup>67</sup>

Konvencija predvi a dvije alternativne ta ke vezivanja koje trebaju poslužiti zaštiti odrasle osobe ( l. 16.) i zaštiti tre ih ( l. 17.). Naime, ukoliko se punomo iz l. 15. ne ostvaruje na na in koji u dovoljnoj mjeri osigurava zaštitu imovine i osobe odrasle osobe, može se mjerama tijela nadležnog prema Konvenciji ukinuti ili izmijeniti. Pri ukidanju ili izmjeni punomo i potrebno je, koliko god je to mogu e, uzeti u obzir pravo mjerodavno prema l. 15. l. 16. jasno je odre eno u kojim situacijama se punomo i može ukinuti ili izmijeniti,

---

<sup>62</sup> Erläuternder Bericht, str. 57.

<sup>63</sup> Ramser, C., *op. cit.*, str. 120.

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> Tvorci Konvenciji diskutirali su o tome, je li potrebno odrasloj osobi ostaviti potpunu slobodu u pogledu izbora mjerodavnog prava ili ograni iti izbor i unaprijed odrediti prava izme u kojih može birati. Ve ina je bila za ovu drugu opciju koja je onda i ušla u kona ni tekst Konvencije. Erläuternder Bericht, str. 56.

<sup>66</sup> Ramser, C., *op. cit.*, str. 121.

<sup>67</sup> Erläuternder Bericht, str. 58.

pri emu je izbjegnuta opasnost da tijela redovnog boravišta odrasle osobe umjesto mjere zaštite koju je izabrala odrasla osoba primjene mjeru zaštite predvi enu doma im pravom.<sup>68</sup> Osim toga, nadležno tijelo pri ukidanju ili izmjeni punomo i treba uzeti u obzir, koliko god je to mogu e, pravo mjerodavno prema l. 15., odnosno da za punomo u slu aju poslovne nesposobnosti bude mjerodavno pravo koje je izabrala odrasla osoba kao davalac punomo i. To je posebno važno u slu aju da pravo nadležnog tijela ne poznaje punomo za slu aj poslovne nesposobnosti.<sup>69</sup> Valjanost pravnog posla zaklju enog izme u tre e strane i one osobe koja je imala ovlasti postupiti kao zastupnik odrasle osobe na temelju zakona države u kojoj je pravni posao zaklju en ne može se osporavati, a tre a strana ne može se smatrati odgovornom samo na temelju toga što ta osoba nije imala ovlasti djelovati kao zastupnik odrasle osobe prema pravu iz odredaba ovoga poglavlja, osim ako je tre a strana znala ili je trebala znati da je za ovu punomo mjerodavno to pravo. Prethodni stav primjenjuje se samo ako su pravni posao sklopile osobe koje se nalaze na državnom podru ju iste države ( l. 17. st. 2.). l. 17. kojim se želi zaštititi tre a strana, nalazi primjenu samo u slu aju kada tre a strana pregovara s prividnim zastupnikom odrasle osobe. On se ne primjenjuje ukoliko je tre a strana pregovarala s odraslom osobom, ne znaju i da joj je opozvano ovlaštenje upravljanja svojim poslovima.<sup>70</sup>

Konvencija ima univerzalni tj. *loi uniforme* karakter, jer je njenim l. 18. propisano da se kolizionopravne odredbe iz poglavlja III primjenjuju ak i ako je pravo na koje one upu uju pravo države koja nije ugovornica. U državama ugovornicama Konvencije nacionalno koliziono pravo u potpunosti je zamijenjeno njenim rješenjima. Kao i u drugim haškim konvencijama koje sadrže kolizione norme, ali i u uredbama Europske unije, isklju ena je mogu nost uzvr a nja i upu ivanja na dalje pravo. l. 19. propisano je da izraz „pravo“ u ovom poglavlju ozna ava pravo koje je na snazi u nekoj državi, osim njezinih pravila o izboru mjerodavnog prava. Dakle, prihva eno je materijalnopravno upu ivanje koje podrazumijeva da nas kolziona pravila direktno upu uju na materijalne norme odre ene države koje e meritorno riješiti spor. Konvencija se u l. 20. bavi u inkom pravila neposredne primjene na punomo i. Radi se o pravilima iju primjenu država smatra toliko važnom za zaštitu njezinog javnog interesa, posebice politike, društvene i socijalne prirode, da se ona primjenjuju na sve slu ajeve koji ulaze u njeno polje primjene,

---

<sup>68</sup> *Ibid.*, str. 60.

<sup>69</sup> *Ibid.*, str. 60.

<sup>70</sup> Ovo injeni no stanje potpada pod l. 11. Rimske konvencije iz 1980. o pravu mjerodavnom za ugovorne obaveze koja je bila na snazi u svim državama lanicama EU. Rimska konvencija preto ena je u Uredbe Rim I iz 2008., a njen l. 13. sadržajno je jednak l. 11. Rimske konvencije.

l. 13. glasi: Ako su ugovor sklopile osobe koje se nalaze u istoj državi, fizi ka osoba koja bi prema pravu te države bila pravno i poslovno sposobna može se pozvati na pravnu odnosno poslovnu nesposobnost koja proizlazi iz prava neke druge države, samo ako je druga straka znala za tu nesposobnost u vrijeme sklapanja ugovora, odnosno nije znala za nju zbog nepažnje. U drugim državama ovo injeni no stanje regulirano je unutarnjim kolizionim normama. Erläuternder Bericht, str. 62.

bez obzira na pravo koje je ina e mjerodavno za punomo prema Konvenciji. Pri tome nije bitno je li mjerodavno pravo rezultat voljnog izbora ili objektivnih ta aka vezivanja. U svakom slu aju Konvencija ne dira u primjenu pravila neposredne primjene države u kojoj se poduzimaju mjere zaštite odrasle osobe. Ova odredba uvedena je posebno s obzirom na podru je medicine.<sup>71</sup> Zahvaljuju i njoj primijenit e pravila države u kojoj se poduzimaju mjere zaštite odrasle osobe u situaciji kada se npr. zahtjeva posebno odobrenje za medicinske zahvate ili smještaj u neke institucije.<sup>72</sup> Primjena prava na koje upu uju odredbe ovoga poglavlja može se odbiti samo ako bi takva primjena bila u o iglednoj suprotnosti s doma im javnim poretkom. U l. 21. predvi ena *ordre public* klauzula omogu uje nadležnim tijelima da odstupe od primjene stranog mjerodavnog prava ako bi njegova rješenja bila neprihvatljiva za doma u državu. U oblasti zaštite odraslih osoba na me unarodnom planu posebna se pažnja posve uje zaštititi asti i dostojanstva odrasle osobe. Povelja Europske unije o temeljnim pravima<sup>73</sup> u l. 25. propisuje da „Unija priznaje i poštuje prava starijih osoba na dostojan život i neovisnost te na sudjelovanje u društvenom i kulturnom životu“.

## 6. Priznanje i izvršenje

Mjere koje poduzimaju tijela država ugovornica priznat e se primjenom prava u svim drugim državama ugovornicama ( l. 22.). Priznanje se odnosi na mjere zaštite poduzete u nekoj državi ugovornici, odluke o vra anju oduzete poslovne sposobnosti, te na strane punomo i u slu aju budu e nesposobnosti.<sup>74</sup> Da bi se uop e moglo govoriti o priznanju, postojanje mjera zaštite mora biti dokazano. Kao dokaz služi, u pravilu, pisani dokument tijela koje je donijelo mjeru, s tim da je u hitnim slu ajevima mogu e mjeru poduzeti telefonski i u vidu rukom pisane bilješke u dokumentu.<sup>75</sup> Tako er, a sve s ciljem da priznanje poduzete mjere ne ovisi o tome je li dokument potpisan i datiran, dozvoljeno je da faks i e-mail služe kao dokaz poduzete mjere.<sup>76</sup> U st. 2. navedeni su razlozi zbog kojih se priznanje poduzete mjere može odbiti.<sup>77</sup> Važno je napomenuti da je njima odbijanje priznanja dozvoljeno, ali ne i propisano i odre eno.<sup>78</sup> Razlozi zbog koji se može odbiti priznanje su: a) ako je mjeru poduzelo tijelo ija se nadležnost nije temeljila na jednoj od osnova predvi enih u poglavlju II; b) ako je mjera poduzeta, osim u hitnom slu aju, u okviru sudskog ili upravnog postupka, a da odrasloj osobi nije pružena mogu nost da bude saslušana, ime je došlo do povrede temeljnih na ela države kojoj je zahtjev podnesen; c) ako je takvo priznanje o igledno u suprotnosti s javnim poretkom države kojoj je

---

<sup>71</sup> Erläuternder Bericht, str. 63.

<sup>72</sup> Ramser, C., *op. cit.*, str. 130.

<sup>73</sup> Sl. list EU, C 303/1 od 12. 12. 2007.

<sup>74</sup> Erläuternder Bericht, str. 64.

<sup>75</sup> *Ibid.*, str. 65.

<sup>76</sup> *Ibid.*

<sup>77</sup> Mjera poduzeta u nekoj od država ugovornica može se odbiti samo iz ovih razloga.

<sup>78</sup> *Ibid.*

zahtjev podnesen ili je u suprotnosti s njenim pravilima neposredne primjene; d) ako ta mjera nije u skladu s kasnije donesenom mjerom koja se poduzima u državu neugovornici, koja je bila nadležna prema čl. 5. – 9., u slučaju kada ova kasnija mjera ispunjava uvjete za priznanje u državi kojoj je podnesen zahtjev; e) ako postupak nije proveden u skladu s čl. 33.

Budu i da mjera zaštite vrijedi u državi kojoj je podniet zahtjev tek od dana njenog priznanja, potrebno je riješiti svaku dilemu vezanu za postojanje nekog od razloga za nepriznavanje. Zbog toga je u čl. 23. predviđeno da „ne dovode i u pitanje odredbe čl. 22. st. 1., svaka zainteresirana osoba može od nadležnih tijela države ugovornice zatražiti da ona odluči o priznanju ili nepriznanju mjere poduzete u drugoj državi ugovornici.“ Tekstom odredbe ograničena je dopustivost zahtjeva samo na priznanje ili nepriznanje mjera zaštite. Takva mogućnost ne postoji kada se radi o pitanju važenja ili nevaženja punomoći za slučaj buduće nesposobnosti.<sup>79</sup> Konvencijom je propisano da se postupak uređuje pravom države kojoj se podnosi zahtjev (čl. 23. re. 2.)

Tijelo države kojoj je zahtjev podnesen obavezno je uzeti u obzir utvrđene činjenice na kojima tijelo države u kojoj je mjera poduzeta temelji svoju nadležnost (čl. 24.). Ukoliko je tijelo države u kojoj je mjera poduzeta odlučilo o mjeri kao tijelo redovnog boravišta odrasle osobe, tijelo države kojoj je podnesen zahtjev ne može provjeravati činjenice na kojima je tijelo države u kojoj je mjera poduzeta temeljilo svoju procjenu redovnog boravišta.<sup>80</sup>

Ako mjere poduzete u jednoj državi ugovornici i izvršne u njoj zahtijevaju izvršenje u drugoj državi ugovornici, one će, na zahtjev jedne od zainteresiranih strana, biti proglašene izvršnim ili registrirane u svrhu izvršenja u toj drugoj državi, prema postupku predviđenom zakonom te druge države (čl. 25. st. 1.). Ovaj član predviđa situacije u kojima mjera poduzeta i izvršna u jednoj državi ugovornici zahtjeva pokretanje postupka izvršenja u drugoj državi ugovornici. Ukoliko to nije slučaj, čl. 22. koji regulira priznanje dovoljan je i omogućava da mjera proizvodi dejstvo u toj drugoj državi. Npr. ako se radi o mjeri kojom je određen zakonski zastupnik koji ima odobrenje da preuzima aktivnosti kojima štiti osobu i imovinu odrasle osobe, ta mjera će se priznati temeljem čl. 22. u drugoj državi ugovornici ukoliko ne postoji niti jedan razlog za nepriznavanje.<sup>81</sup> Ako se radi o mjeri koja zahtjeva i postupak izvršenja, npr. prisilna prodaja imovine, ta mjera u drugoj državi mora biti proglašena izvršnom ili registriranom u svrhu izvršenja, ovisno o pravilima i procedurama u pojedinim državama.<sup>82</sup> Iako st. 2. zahtjeva brz i jednostavan postupak za proglašenje izvršnosti i registraciju, ostavljena je sloboda državama ugovornicama da izaberu sredstva, te nije određen nikakav rok. Ovdje se radi o

---

<sup>79</sup> Erläuternder Bericht, str. 67.

<sup>80</sup> *Ibid.*, str. 68.

<sup>81</sup> *Ibid.*

<sup>82</sup> *Ibid.*

tzv. *lex imperfecta*.<sup>83</sup> U posljednjem stavu ovoga člana – st. 3., propisano je da proglašenje izvršnosti ili registracija može biti odbijena iz nekog od razloga navedenih u čl. 22. st. 2.

Konvencija uvodi standardnu klauzulu sadržanu i u svim drugim konvencijama koje za predmet imaju priznanje i izvršenje stranih odluka, a odnosi se na zabranu ispitivanja merituma izrečene mjere ( čl. 26.).

Mjere poduzete u jednoj državi ugovornici i proglašenje izvršnim, ili registrirane u svrhu izvršenju, u drugoj državi ugovornici, provest će se u potonjoj državi kao da su ih donijela tijela te države. Izvršenje se provodi u skladu s pravom države kojoj je zahtjev podnesen, u opsegu predviđenom tim pravom ( čl. 27.). Prema ovom članku, ako tijelo redovnog boravišta odrasle osobe poduzme mjeru određivanja staratelja npr. uz kontrolu tijela lokalnih socijalnih službi i odrasla osoba bude kasnije premještena u drugu državu ugovornicu, priznanje ove mjere u potonjoj državi bit će moguće samo ukoliko su njena tijela ovlaštena vršiti kontrolu kao i tijela socijalne službe prve države. Ukoliko to nije slučaj, tijela druge države imaju obavezu da se savjetuju s tijelima prve države kao bi prilagodili poduzetu mjeru ili je promijenili u skladu s čl. 5. st. 2.<sup>84</sup>

## 7. Suradnja

Konvencija posvećuje posebnu pažnju suradnji između država ugovornica te ih obavezuje da odrede centralna tijela radi izvršavanja obaveza koje su Konvencijom određena za ta tijela ( čl. 28.). Centralna tijela će međusobno surađivati i promicati suradnju među u nadležnim tijelima u svojim državama, kao bi se postigla svrha ove Konvencije, te poduzeti odgovarajuće korake kako bi se osigurale obavijesti o propisima njihove države i dostupnim uslugama, u vezi sa zaštitom odrasle osobe ( čl. 29.). Zadatak centralnog tijela bio bi da, izravno ili putem javnih ili drugih tijela, poduzima sve odgovarajuće korake kako bi olakšalo komunikaciju između u nadležnih tijela, kod utvrđivanja činjenica na koje se primjenjuje Konvencija, te osiguralo, na zahtjev nadležnog tijela neke druge države ugovornice, pomoću otkrivanju mjesta redovnog boravišta odrasle osobe, i ako je potrebno, zaštitu dok je na području države kojoj je zahtjev podnesen ( čl. 30.). Nadležna tijela države ugovornice, bilo izravni ili putem drugih tijela, mogu posredovanjem, mirenjem ili sličnim procesima olakšati postizanje mirnih rješenja za zaštitu osobe i imovine odrasle osobe u situacijama na koje se primjenjuje ova Konvencija ( čl. 31.). Također, nadležna tijela koja poduzimaju mjere zaštite mogu, ukoliko to zahtjeva situacija u kojoj se nalazi odrasla osoba, zatražiti relevantne podatke potrebne za zaštitu odrasle osobe od tijela drugih država ugovornica ( čl. 32. st. 1.). Iako u samom tekstu nije izričito naglašeno, jasno je da se radi o javnim tijelima koja su, prema samom konceptu Konvencije, ovlaštena poduzimati mjere zaštite, a ne različite

---

<sup>83</sup> *Ibid.*

<sup>84</sup> *Ibid.*, str. 70.

udruge i nevladine organizacije.<sup>85</sup> Mogu nost traženja podataka o odrasloj osobi pokazala se posebno korisnom u slu ajevima promjene redovnog boravišta u drugu državu ugovornicu, kao i u situacijama kada mjere zaštite poduzimaju tijela države iji je državljanin odrasla osoba, pa potrebne podatke zahtijevaju od tijela države njenog redovnog boravišta.<sup>86</sup> Kako bi se otklonila opasnost nekontroliranog skupljanja podataka, uvedene su odre ene mjere sigurnosti. Naime, traženje podataka mogu e je samo „, ukoliko to zahtjeva situacija u kojoj se nalazi odrasla osoba“.<sup>87</sup> Kao bi se sprije ilo nepotrebno lutanje nadležnog tijela koje podnosi zahtjev u potrazi za tijelom druge države kojem treba podnijeti zahtjev i time otežala željena suradnja, st. 2. propisuje mogu nost svake države ugovornice da se o ituje tako da se zahtjeva iz st. 1. može dostaviti samo preko njenog centralnog tijela. Konvencija propisuje i mogu nost da se nadležna tijela jedne države ugovornice obrate za pomo tijelima druge države kod provo enja poduzetih mjera zaštite ( l. 32. st. 3.). Ova pomo bit e esto potrebna u situacijama kada se odrasla osoba seli ili smješta u odgovaraju u ustanovu koja se nalazu u drugoj državi od one koja je poduzela odre enu mjeru.<sup>88</sup> Ako neko tijelo nadležno na temelju l. 5. – 8. razmatra smještaj odrasle osobe u ustanovu ili na neko drugo mjesto na kojem e mu biti pružena zaštita, i ako bi takav smještaj bio u drugoj državi ugovornici, to e se tijelo ponajprije konzultirati sa centralnim tijelom ili drugim nadležnim tijelom potonje države. U tu svrhu to e tijelo predati izvještaj o odrasloj osobi zajedno s razlozima predloženog smještaja ( l. 33. st. 1.). Radi se o obligatornom postupku konsultacija, koji u slu aju da se ne provede, povla i za sobom sankciju u vidu odbijanja priznanja mjere o smještaju - l. 22. st. 2. ta . e.<sup>89</sup> Odluka o smještaju ne e se mo i donijeti u državi koja podnosi zahtjev ako se centralno tijelo ili drugo nadležno tijelo države kojoj je podnesen zahtjev s tim na suglasi u primjerenom roku ( l. 33. st. 2.). Dakle, centralno tijelo države kojoj je podnesen zahtjev ima mogu nost izjasniti se protiv odluke o smještaju. U svim slu ajevima kada je odrasla osoba izložena ozbiljnoj opasnosti<sup>90</sup>, nadležna tijela države ugovornice u kojoj su mjere za zaštitu odrasle osobe poduzete ili su u postupku razmatranja, ako su obavještene da se boravište odrasle osobe promijenilo, ili da se odrasla osoba nalazi u drugoj državi, obavijestit e tijela te druge države o toj opasnosti i o mjerama koje su poduzete ili su u postupku razmatranja ( l. 34.). Ova obaveza informiranja postoji i u slu aju kada se odrasla osoba nalazi u državi neugovornici.<sup>91</sup> Nadležno tijelo ne e zahtijevati niti e prenositi nikakve podatke iz ovoga poglavlja, ako bi to po njegovom mišljenju moglo ugroziti osobu ili imovinu odrasle osobe, ili bi moglo zna iti ozbiljnu prijetnju slobodi ili životu lanova obitelji odrasle osobe ( l. 35.). Ne

---

<sup>85</sup> *Ibid.*, str. 72.

<sup>86</sup> *Ibid.*, str. 73.

<sup>87</sup> *Ibid.*

<sup>88</sup> *Ibid.*

<sup>89</sup> *Ibid.*, str. 74.

<sup>90</sup> Kao primjer navodi se bolest koja zahtjeva stalnu terapiju, anestetik, izloženost utjecaju neke sekte. *Ibid.*, str. 75.

<sup>91</sup> *Ibid.*, str. 75.

dovode i u pitanje mogućnost odredbe o naknadi za usluge na ime razumnog troška, centralna tijela i druga javna tijela<sup>92</sup> država ugovornica snositelje svoje vlastite troškove u primjeni odredaba ovoga poglavlja (čl. 36. st. 1.). U st. 2. ovoga članka dana je mogućnost državama ugovornicama da sklope sporazume u vezi s raspodjelom troškova. Konvencija daje mogućnost svakoj državi ugovornici da sklopi sporazume s jednom ili više drugih država ugovornica s ciljem poboljšanja primjene odredaba ovoga poglavlja u njihovim međusobnim odnosima. Države koje su sklopile takve sporazume dostaviti će primjerak istih depozitaru Konvencije (čl. 38.).

## 8. Zaključak

Značaj Haške konvencije o međunarodnoj zaštiti odraslih osoba iz 2000. nemjerljiv je. Njenim stupanjem na snagu konačno je pravna nesigurnost i pružena sveobuhvatna zaštita odraslim osobama u prekograničnim situacijama. Zahvaljujući njenoj odluci njemačko tijelo o mjeri zaštite - stavljanju pod starateljstvo punoljetnog turskog državljanina s boravištem u Njemačkoj, bit će priznata u Francuskoj i ostati na snazi dok njemačko tijelo ne poduzme daljnje mjere zaštite, u situaciji kada turski državljanin bez znanja svog staratelja pobjegne u Francusku i bude uhvaćen od policije.<sup>93</sup> Također, punomoć u slučaju buduće nesposobnosti kojom je njemački državljanin opunomoćio svoju kćerku, francusku državljaniku, da odluči o njegovoj imovini, notarski obrađena i izdata u Njemačkoj, bit će priznata u Škotskoj, te će njegova kćerka, u slučaju nastupanja očne nesposobnosti, moći prodati njegovu imovinu koja se nalazi u Škotskoj. Unificirana pravila međunarodnog privatnog i procesnog prava u oblasti zaštite odraslih osoba sadržana u Konvenciji osiguravaju predvidljivost mjerodavnog prava i olakšavaju prohodnost poduzetih mjera zaštite. Stoga smatramo značajnim domaće i regionalnu javnost upoznati s njenim sadržajem te nadležnim organima u Bosni i Hercegovini, ali i državama regije ukazati na potrebu pristupanja Konvenciji. Također, za Europsku uniju opterećenu stalnim priljevom izbjeglica bilo bi korisno pristupiti ovoj Konvenciji i tako barem probleme vezane za međunarodnu zaštitu odraslih osoba riješiti na jedinstven način.

---

<sup>92</sup> Pod izrazom „druga javna tijela“ podrazumijevaju se upravna tijela, a ne sudska. Stoga troškovi sudskih tijela, općeniti troškovi postupka, a posebno troškovi odvjetnika nisu obuhvaćeni ovim članom. *Ibid.*, str. 76.

<sup>93</sup> Primjer iz Schwarz, U., *Das Haager Erwachsenenschutzübereinkommen – Berichte*, str. 427.

Dr sc. Anita Durakovi , Assistant professor  
University Džemal Bijedi of Mostar, Faculty of Law,

Dr sc. Jasmina Alihodži , Assistant professor  
Faculty of Law, University of Tuzla

## **CONVENTION OF 13 JANUARY 2000 ON THE INTERNATIONAL PROTECTION OF ADULTS**

**Summary:** The increased mobility of the population, on the one hand, and demographic changes on the other hand, set the theme of "international protection of adults" in the spotlight. This area has long been neglected and left to the ingenuity and creativity of officers and bureaucrats in resolving cross-border cases on the protection of adults. The Hague Convention on the International Protection of Adults 2000 ended this legal uncertainty and provided a comprehensive system of protection. The paper analyzes its provisions regulating the question of the jurisdiction of the bodies that will take measures aimed at protecting personality and property of adults, the applicable law, which will be applied by these bodies, recognition and enforcement of such measures of protection in all Contracting States, and cooperation among the authorities of the Contracting States which is necessary to achieve the purpose of this Convention. Bosnia and Herzegovina is not a party to this Convention, but it is important to inform local and regional public about its contents as well as indicate its importance and the need for the accession to the Convention to the competent authorities. Also, for the European Union, burdened by the constant influx of refugees, would be beneficial if accedes to this Convention, so the problems related to the international protection of adults could be solved in a unique way.

**Key words:** the Hague Convention, International Protection of Adults, protection measures, international jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement, cooperation.



Dr. sc. Olga Cveji Jan i , redovni profesor u penziji  
Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu

## INSTRUMENTI SAVETA EVROPE O ZAŠTITI ODRASLIH (NESPOSOBNIH) LICA<sup>1</sup>

**Sažetak:** U radu se govori o posebnoj zaštiti starih lica putem produženog ovlaš enja zastupnika i unapred datih direktiva za slu aj nesposobnosti, kako je to promovisano Preporukom Komiteta ministara Saveta Evrope o principima koji se odnose na pravnu zaštitu nesposobnih odraslih lica (1999) i Preporukom Komiteta ministara Saveta Evrope o principima produženog ovlaš enja zastupnika i unapred datih direktiva za slu aj nesposobnosti. (2009), upoređuju i da li su i u kojoj meri te preporuke implementirane u pravu Srbije.

Ova posebna pravna zaštita polazi od zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda promovišu i principe samoodredjenja i li ne autonomije svakog pojedinca, posebno kada dodju u godine kada njihove sposobnosti mogu biti znatno ošte ene ili narušene. Zbog toga se preporu uje da se pravno reguliše pitanje prava pojedinca da sam odredi lice u koje ima poverenja za svog zastupnika koji bi ga zastupao i za slu aj kasnije nesposobnosti.

**Klju ne re i:** Zaštita starih lica, princip li ne autonomije, princip samoodredjenja, produženo ovlaš enje zastupnika, unapred date preporuke.

### 1. Uvod

U poslednjih petnaestak godina usvojeno je nekoliko zna ajnih evropskih (pravnih) instrumenata namenjenih posebnoj i boljoj zaštiti starih lica. Medju njima su najzna ajniji:

- 1) Haška konvencija o medjunarodnoj zaštiti starih lica (Convention on the International Protection of Adults, 2000), koja je stupila na snagu u 9 evropskih zemalja (Estonija, Finska, Nema ka, Austrija, Francuska, UK, Monako, Švajcarska, eška)<sup>2</sup> medju kojima se ne nalazi Srbija, koja nije pristupila Konvenciji zaklju no sa 13. aprilom 2016. g.
- 2) Preporuka Komiteta ministara Saveta Evrope o principima koji se odnose na pravnu zaštitu nesposobnih odraslih lica (Recommendation

---

<sup>1</sup> Ovaj rad predstavlja dopunjeni rad 'Pravna zaštita starih lica' koji je objavljen u Zborniku radova sa nau nog skupa „Aktuelnost i zna aj ljudskih prava i sloboda” Pravnog fakulteta u Isto nom Sarajevu 2011. godine, str. 146-162. g.

<sup>2</sup> Videti na sajtu: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=71>

No R (99)4 on Principles Concerning of the Legal Protection of Incapable Adults, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 23 February 1999);

- 3) Preporuka Komiteta ministara Saveta Evrope o principima produženog ovlašćenja zastupnika i unapred datih direktiva za slučaj nesposobnosti (2009), koje se tiču i naše zemlje kao članice Saveta Evrope (Principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity, Recommendation CM/Rec(2009)11 adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 9 December 2009).

Obzirom na činjenicu da se broj lica starijih od 60 godina u Srbiji (i ne samo u Srbiji već to važi i za mnoge evropske zemlje) stalno povećava i da možemo govoriti o trendu starenja stanovništva, bitno je pravno regulisati zaštitu tih lica na što bolji način. Na primer,

- u 1991. g. je u Srbiji bilo 1.630.640 lica starijih od 60 godina što iznosi 16,25 % u odnosu na ukupno stanovništvo (10,033.359), odnosno
- u 2011. g. bilo ih je 1778.730, što predstavlja 24,749 % u odnosu na ukupan broj stanovnika (7,186.862),<sup>3</sup> što za 20 godina predstavlja povećanje lica starijih od 60 godina za oko 8,5%. Iako ovo povećanje nije u potpunosti realno jer je prema popisu iz 1991. g. uključeno i stanovništvo Kosova i Metohije, ipak je indikativan podatak da je prema podacima iz 2011. godine odnos stanovnika starijih od 60 godina prema ukupnom broju stanovnika vrlo veliki, i iznosi 24,7%.

U Srbiji je zaštita starih lica regulisana na tradicionalan način, putem lišenja poslovne sposobnosti i stavljanja pod starateljstvo u slučaju da nastupi nesposobnost jednog lica da zbog bolesti ili smetnji u psiho-fizičkom razvoju ne bude sposobno da se samostalno stara o zaštiti svojih prava i interesa (čl. 146 st. 1 Porodičnog zakona)<sup>4</sup> ili ako, zbog istih razloga (bolesti ili smetnji u psiho-fizičkom razvoju) svojim postupcima neposredno ugrožava svoja ili tuđa prava i interese (čl. 147 st. 1 Porodičnog zakona), što znači da nije ostavljen prostor za samoodređenje i za privatnu inicijativu, putem kojih bi bila regulisana mogućnost da samo odraslo lice odredi svog zastupnika koji bi ga zastupao i u slučaju kasnije eventualne nesposobnosti.

Medjutim, pitanje je zaštite privatne inicijative i slobode izbora i u ovom domenu postaje i kod nas sve važnije, jer u poslednjih par decenija imamo sve više vrlo bogatih ljudi, privatnih preduzetnika i drugih koji raspolažu velikim bogatstvom, za koje je mogućnost samoodređenja u slučaju doznije nastupile nesposobnosti posebno važna jer im omogućava izbor lica od

---

<sup>3</sup> Statistički godišnjak Srbije i Crne Gore (2003), 4.4 Stanovništvo po starosti prema popisu iz 1991. g, str. 65 (koje uključuje i stanovništvo Kosova i Metohije) i Statistički godišnjak Srbije (2015), 2.5 Stanovništvo po popisu 2011. prema starosti i polu (bez Kosova i Metohije) str. 38.

<sup>4</sup> Porodični zakon Srbije, Službeni glasnik RS br. 18/2005, od 24. februara 2005. g.).

poverenja koje e upravljati njihovim poslovima i imovinom nakon sto sami postanu nesposobni za to. Pored toga, i sve rasprostranjenija i sve skuplja privatna medicinska praksa, kao i napredak u primeni savremene medicinske tehnike u le enju, a naro ito primena visoko rizicnih ili agresivnijih medicinskih tretmana ukazuje na zna aj pitanja izbora medicinske ustanove, davanja ili odbijanja saglasnosti na medicinske postupke, potreba traženja drugog mišljenja u pogledu dijagnostike ili tretmana odredjenih bolesti i sli no, posebno u slu aju da konkretno lice ne bude u mogu nosti da se o tome li no izjasni.

Imaju i u vidu da u našoj zemlji nije do sada bila posve ena puna pažnja ovim pitanjima, u radu cemo ukazati na nove mogu nosti u toj oblasti, polaze i od Preporuka Komiteta ministara Saveta Evrope o principima koji se odnose na pravnu zaštitu nesposobnih odraslih lica i o principima produženog ovlaš enja punomo nika i unapred datih direktiva za slucaj nesposobnosti, koje su bazirane na poštovanju ljudskih prava, dostojanstva i privatne inicijative odraslih u obezbedjenju te zaštite.

## **2. 1. Principi posebne zaštite odraslih lica**

Preporuka Komiteta ministara Saveta Evrope R (99) 4 o principima koji se ti u pravne zaštite nesposobnih odraslih lica sadrži nekoliko klju nih principa kojima se treba rukovoditi prilikom regulisanja ove posebne zaštite. Neki od tih principa su ve implementirani u naš pravni sistem, neki nisu u potpunosti a neki novi još nisu našli put do zakonske regulative i primene.

- 1) Polazi se pre svega od principa poštovanja ljudskih prava (princip 1) i dostojanstva svakog lica kao ljudskog bi a, uzimaju i u obzir prava sadržana u relevantnim međunarodnim pravnim instrumentima. Ta prava se ne ponavljaju u ovoj Preporuci ali se u preambuli upu je na brojne međunarodne konvencije kojima se ta prava garantuju. Obzirom da su stara lica u slabijem položaju zbog svoje (fizi ke ili psihi ke) nesposobnosti, i da zbog toga lako mogu biti žrtve zloupotreba,<sup>5</sup> naglašava se da je poštovanje njihovog ljudskog dostojanstva osnov svih ostalih principa.

Što se ti e našeg prava, ovaj princip je delimi no zastupljen u Zakonu o zdravstvenoj zaštiti<sup>6</sup> koji predviđa (u l. 25) da svaki gra anin ima pravo da zdravstvenu zaštitu ostvaruje uz poštovanje najvišeg mogu eg standarda ljudskih prava i vrednosti, dok se dostojanstvo pacijenata ne pominje. Medjutim, Zakon o pravima pacijenata (2013)<sup>7</sup> ne predviđa posebnu odredbu o poštovanju prava pacijenta, ali zato sadrži odredbu o dužnosti pacijenata da poštuje prava drugih

---

<sup>5</sup> Ta ka 25 Obrazloženja Preporuke

<sup>6</sup> Zakon o zdravstvenoj zaštiti Srbije, "Sl. glasnik RS", br. 107/2005, 72/2009 - dr. zakon, 88/2010, 99/2010, 57/2011, 119/2012, 45/2013 - dr. zakon, 93/2014, 96/2015 i 106/2015).

<sup>7</sup> Zakon o pravima pacijenata Srbije (Sl. Glasnik br. 45/2013).

pacijenta ( l. 34) kao i dužnost pacijenta da se u postupku ostvivanja prava na zdravstvenu zaštitu odnosi sa poštovanjem i uvažavanjem prema zdravstvenim radnicima i saradnicima ( l. 35), dok za zdravstvene radnike i saradnike nije predviđena ista takva dužnost prema pacijentima, što je u najmanju ruku teško razumeti a još manje opravdati. Dostojanstvo pacijenata se takodje ne pominje.

Medjutim, Prednacr Gradjanskog zakonika (u l. 2223 stav 2) predvidja, naprimer, da se starateljstvo zasniva na poštovanju ljudskih prava, osnovnih sloboda i dostojanstvu lica pod starateljstvom.<sup>8</sup>

- 2) Slede i princip promovisan Preporukom je princip fleksibilnosti pravnih rešenja (princip 2). On se sastoji u tome što mere zaštite i druga pravna rešenja treba da budu takva da omogu e da se primeni odgovaraju i pravni odgovor na razli ite stepene nesposobnosti i na razli ite situacije. Pravne mere zaštite treba da budu jednostavne i ne skupe, a asortiman mera takav da uklju i i one koje ne podrazumevaju ograni enje poslovne sposobnosti. Ustvari, treba uvek usvojiti najmanje restriktivnu alternativu.<sup>9</sup> Sem toga, treba predvideti i mogucnost da lice koje je još sposobno i dok je sposobno može samo da obezbedi rešenje za slu aj svoje kasnije nesposobnosti.

Kod nas ovaj princip nije zastupljen odnosno, sem lišenja poslovne sposobnosti, neka fleksibilnija rešenja nisu predviđena u smislu ovlaš enja samog zainteresovanog lica da odredi ko e ga npr. zastupati ako nastupi nesposobnost.

- 3) Tre i princip se odnosi na maksimalno o uvanje sposobnosti konkretnog lica. Zakonska rešenja treba da priznaju mogu nost postojanja razli itih stepena nesposobnosti kao i da uzmu u obzir da nesposobnost može da varira tokom vremena. Sem toga mere zaštite ne treba automatski da liše konkretno lice prava da glasa, da sa injava testament, da se saglasi ili da odbije pristanak za bilo koju intervenciju u oblasti zdravlja ili da odlu uje o bilo kojim drugim pitanjima li nog karaktera u bilo koje vreme kada njegova sposobnost to dozvoljava.

Delimi na zastupljenost ovog principa u našem pravu se sastoji u tome što naše pravo predvidja (što nije novina) mogu nost stepenovanja poslovne nesposobnosti kroz potpuno i delimi no lišenje, odnosno što sudija rešenjem o delimi nom lišenju mora odrediti poslove koje to lice može ili ne može obavljati ("U rešenju kojim se lice delimi no lišava poslovne sposobnosti, sud je dužan da na osnovu rezultata medicinskog vešta enja odredi vrstu poslova koje to lice može samostalno preduzimati pored poslova na koje je zakonom

---

<sup>8</sup> Prednacr Gradjanskog zakonika je dostupan na sajtu Ministarstva pravde Rep. Srbije, [http://www.propisi.com/assets/files/gradjanski\\_zakonik\\_RS-prednacr.pdf](http://www.propisi.com/assets/files/gradjanski_zakonik_RS-prednacr.pdf).

<sup>9</sup> Ta ka 27 Obrazloženja Preporuke.

ovlaš eno”, l. 40 st. 3 Zakona o vanparni nom postupku)<sup>10</sup> i kroz povremenu proveru da li su se uslovi za lišenje promenili.

- 4) Princip javnosti ili publiciteta (4 princip) primenjenih zaštitih mera je dosta zna ajno ali i dosta teško pitanje jer publicitet, sa jedne strane, može doprineti stigmatizaciji konkretnog lica, a sa druge strane, može služiti zaštiti ne samo tre eg lica nego i konkretnog odraslog lica prema kome je mera primenjena.<sup>11</sup> Predlaže se pažljiva procena potrebe za publicitetom konkretne mere i shodno tome eventualna potreba za posebnom vrstom publiciteta tj. za razli ite vrste mera mogu biti predviđene razne vrste publiciteta. Upis u registar koji je otvoren za uvid od strane onih koji mogu biti pogodjeni merom ali koji e (uvid) u praksi organi eno mo i da se vrši, bio bi manje stigmatizuju i, na primer, nego javni oglas ili ubeležavanje u mati ne knjige rođenih.<sup>12</sup> Izbegavanje nepotrebnog stigmatiziraju eg publiciteta je posebno zna ajno. Nacionalnim zakonima se prepušta diskrecija u pogledu izbora tehnike publiciteta. Polazi od toga da nedostaci automatskog davanja publiciteta merama zaštite ili sli nim pravnim rešenjima treba da budu odmereni i u ravnoteži u odnosu na nepružanje nikakve zaštite.

Po nasem pravu pravnosnažno rešenje o lišenju, kao i rešenje o vra anju poslovne sposobnosti, sud dostavlja mati aru radi upisa u mati nu knjigu ro enih za to lice, organu koji vodi zemljišnu ili drugu javnu knjigu o evidenciji nepokretnosti ako lice na koje se rešenje odnosi ima nepokretnost, kao i organu starateljstva ( l. 44 Zakona o vanparni nom postupku). Medjutim, uvid u mati ne knjige nije javan odnosno dostupan je samo ograni enom krugu lica, pa se može re i da je lice lišeno poslovne sposobnosti zašti eno tim Zakonom (o MK) koji predviđa da e se uvid u mati ne knjige, kao i spise na osnovu kojih je izvršen upis u MK dozvoliti licu na koje se ti podaci odnose, lanu njegove uže porodice, usvojitelju ili staratelju, a drugim licima na na in i pod uslovima utvr enim zakonom koji ure uje zaštitu podataka o li nosti i zakonom koji ure uje prava na pristup informacijama od javnog zna aja ( l. 41 stav 2 ZMK).<sup>13</sup> Sa druge strane, uvid u javne knjige o evidenciji nepokretnosti ima svako zainteresevano lice, a svrha je da vlasnik nepokretnosti koji je lišen poslovne sposobnosti ne može samostalno raspolagati svojom imovinom, radi zaštite kako njegovh, tako i interesa tre ih lica, eventualnih pribavilaca njegove nepokretnosti, od zaklju enja nevaže eg ugovora.

---

<sup>10</sup> Zakon o vanparni nom postupku Srbije, Sl. glasnik RS", br. 25/82 i 48/88 i "Sl. glasnik RS", br. 46/95 - dr. zakon, 18/2005 - dr. zakon, 85/2012, 45/2013 - dr. zakon, 55/2014, 6/2015 i 106/2015 - dr. zakon.

<sup>11</sup> Ta ka 37 Obrazloženja Preporuke.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> Zakon o mati nim knjigama Srbije, "Sl. glasnik RS", br. 20/2009 i 145/2014.

- 5) Slede i principi koji su promovisani Preporukom su neophodnost i subsidijarnost izricanja mere zaštite, koji su poznati i kao principi najmanje potrebne intervencije. Sastoje se u tome što nijedna mera zaštite starih nesposobnih lica ne treba da bude ustanovljena ukoliko to zaista nije neophodno, uzimaju i u obzir individualne okolnosti i potrebe konkretnog lica pri emu treba voditi ra una o svim neformalnim ili manje formalnim aranžmanima koji mogu biti primenjeni i o svojoj pomo i koju u konkretnom slu aju mogu obezbediti članovi porodice, javni organi i slično.

Princip subsidijarnosti polazi od toga da *zakonske mere* treba da budu subsidijarne u odnosu *na neformalne mere* i obezbedjenje pomo i koja na neformalan na in može da bude koriš ena. Princip neophodnosti podrazumeva da mera mora biti neophodna radi zaštite starog lica ili njegovih interesa i dobiti. Zaštita uklju uje zaštitu od neke opasnosti ili nepovoljnih okolnosti uklju uju i i gubitak koristi ili mogu nosti koje bi ina e bile dostupne.

- 6) Princip proporcionalnosti zna i da mera zaštite mora biti u srazmeri sa stepenom sposobnosti konkretnog lica i odmerena prema okolnostima svakog pojedinog slu aja. Mera zaštite treba da uti e na ograni enje poslovne sposobnosti, prava i sloboda konkretnog lica u najmanjem obimu kojim se može posti i svrha te intervencije. To je ustvari princip izbora najmanje restriktivne alternativne. Tradicionalni tipovi prava koja automatski lišavaju konkretno lice poslovne sposobnosti ili predviđaju bitno ograni avanje njegove poslovne sposobnosti bez obzira na potrebe u konkretnoj situaciji ne bi bila u skladu sa ovim principom.
- 7) Procesna korektnost i efikasnost su isto tako vrlo zna ajni principi pravne zaštite starih nesposobnih lica i odnose se pre svega na primenu odgovaraju ega postupka za ispitivanje i procenu. U tom smislu treba da bude ustanovljen adekvatan postupak zaštite ljudskih prava konkretnog starog lica radi spre avanja mogu ih zloupotreba. Posebno treba voditi ra una da promenom terminologije dobiti ne bude prikrivena bitna priroda onoga što se ustvari ini.

Mere koje se nazivaju mere zaštite ili pomo i u stvarnosti mogu biti kršenje prava i sloboda sa aspekta konkretnog lica.

- 8) Princip interesa i dobiti konkretnog lica treba da bude najvažniji pri ustanovljavanju ili primeni mere zaštite ali pri tome treba imati u vidu da i druga lica, kao što su ona koja se staraju o konkretnom licu, i , u nekim slu ajevima, susedi i javnost mogu takodje imati interese koje treba uzeti u razmatranje.<sup>14</sup> Medjutim, naglasak ipak treba stogo da

---

<sup>14</sup> Ta ka 43 Obrazloženja Preporuke.

bude na interesima i dobrobiti konkretnog odraslog lica. Taj princip posebno podrazumeva da se pri izboru lica koje će predstavljati i pomagati konkretnom starom nesposobnom licu pre svega treba rukovoditi podobnošću u izabranog lica da štiti i unapređuje interese i dobrobit starog lica, pri čemu se mora uzeti u obzir i želja konkretnog lica u pogledu izbora zastupnika.

Princip najvišeg interesa i dobrobiti konkretnog odraslog lica isto tako podrazumeva da imovinom nesposobnog lica treba upravljati u korist konkretnog lica i istu upotrebljavati radi zaštite njegove dobrobiti.

U Prednacrtu GZ smo predvideli da lice koje je stavljano pod starateljstvo, ukoliko je navršilo 10. godinu života i ukoliko je sposobno za rasudjivanje, ima pravo da predloži da mu neko lice bude ili ne bude postavljeno za staraoca ( član 2365), a slika no je inače predviđeno i sadašnjim Porodnim zakonom ( čl. 127) s tim što je ta odredba novelirana na taj način što je predviđeno da predlog štiti enika mora biti uzet u obzir, u meri u kojoj je to moguće i ako je u interesu štiti enika ( čl. 2365 st.2) i što je organ starateljstva dužan da obrazloži odluku kojom štiti enikov predlog nije usvojen ( čl. 2365 st. 3). Predviđena je i alternativa da se kao kriterijum za ovo pravo uvek uzima samo sposobnost za rasudjivanje, bez obzira na uzrast, što nam se ličini ispravnije.

- 9) Princip poštovanja želja i osećanja konkretnog lica. Pri izboru i primeni mere zaštite starog nesposobnog lica treba utvrditi njegove ranije i sadašnje želje ukoliko je to moguće, i one treba da budu uzete u obzir i treba im pokloniti dužnu pažnju. To se posebno odnosi na želje u pogledu izbora lica koje će ga predstavljati i pomagati mu. Ovaj princip isto tako podrazumeva da lice koje predstavlja i pomaže konkretnom starom nesposobnom licu treba da mu daje adekvatne informacije tj. da ga obaveštava o svim relevantnim okolnostima, o onome što se događa, o onome što namerava da preduzme, kadgod je to moguće i prikladno, posebno u pogledu ključnih odluka koje ga se tiču, tako da ono bude u mogućnosti da izrazi svoje shvatanje o tome. Na pr. konkretno lice može izjaviti svoje želje u pogledu imenja nekih manjih poklona u korist određenog/ih lica ili nekih medicinskih postupaka i intervencija koje ono ne želi da budu primenjene u slučaju da ono kasnije ne bude u mogućnosti da se izjasni, a što treba uzeti u obzir.<sup>15</sup> Međutim, želje konkretnog lica ne treba automatski uvažavati, već im samo treba pokloniti dužnu pažnju, što ostavlja prostor za diskrecionu ocenu<sup>16</sup> da se one ne uvažavaju ako se oceni da su nerazumne i neprihvatljive.

---

<sup>15</sup> Čl. 48 i 49 Obrazloženja Preporuke.

<sup>16</sup> Čl. 47 Obrazloženja Preporuke

Ovaj princip je našao primenu u Zakonu o pravima pacijenata ( 16 stav 4) koji predviđa da pacijent ima pravo da odredi lice koje će u njegovo ime dati pristanak, odnosno koje će biti obavješteno o preduzimanju medicinskih mera, u slučaju da pacijent postane nesposoban da donese odluku o pristanku, kao i u Prednacrtu GZ u članu koji je naslovljen 'Uvažavanje štiti enika' ( član 2375). Naime, staralac je dužan da pre preduzimanja značajnijih mera koje se tiču ličnosti ili imovinskih interesa štiti enika *pribavi mišljenje štiti enika i razmotri njegovo mišljenje, stavove i želje, ako je štiti enik stariji od 10 godina i ako je u stanju da ih izrazi, uz alternativu da se ovo pravo vezuje ne vezuje za uzrast štiti enika već da se uvek primenjuje ako je štiti enik u stanju shvatiti njihov značaj i da ih izrazi.* Prema tome, kaad god je to moguće obzirom na stanje štiti enika, staralac treba da vodi računa o stavovima, mišljenju i željama štiti enika kako bi se njegovi interesi najbolje zaštitili.

- 10) Princip konsultovanja. Prilikom ustanovljavanja i primene neke mere zaštite treba da budu konsultovani, ukoliko je to razumno i izvodljivo, oni koji su zainteresovani za dobrobit konkretnog starog lica, bilo da je to zastupnik, blizak član porodice ili neko drugi ko je neformalno uključen u poslove tog lica. Nacionalnom pravu se prepušta da reguliše koja lica treba da budu konsultovana i kakva će biti dejstva konsultacija ili izostanak konsultacija.

## 2.2 Procesni principi

Što se tiče procesnih principa predviđenih ovom Preporukom, oni su implementirani u našem pravu izmenama i dopunama Zakona o vanparni nom postupku u delu koji se odnosi na postupak lišenja poslovne sposobnosti, tako da je položaj lica koje se lišava poslovne sposobnosti bitno unapređen.

Procesni principi predviđeni Preporukom su sledeći:

- 1) Pokretanje postupka – Spisak lica ovlašćenih da pokrenu postupak zaštite nesposobnog starog lica treba da bude dovoljno širok da obezbedi da mera zaštite može da bude razmatrana uvek kada je to potrebno. Taj spisak treba da obuhvati i konkretno staro lice, ali treba predvideti i ovlašćenje nekog službenog lica, javnog organa, suda ili drugog nadležnog organa da po službenoj dužnosti pokrene postupak. Konkretno lice treba hitno da bude obavješteno o pokretanju postupka koji može uticati na njegovu poslovnu sposobnost, i to na jeziku ili na drugi način koji on razume, izuzev u slučaju kada bi to bilo o igledno besmisleno ili bi predstavljalo ozbiljnu opasnost za njegovo zdravlje.

Može se reći da je našim pravom ovaj princip primenjen kada se radi o postupku lišenja poslovne sposobnosti, jer Zakon o vanparni nom postupku



predvidja da ovaj postupak može pokrenuti sud po službenoj dužnosti, kao i na predlog organa starateljstva, supružnika, vanbra nog partnera, deteta ili roditelja lica koje treba lišiti poslovne sposobnosti, zatim na predlog dede, babe, brata, sestre, kao i unuka, ako sa tim licem žive u porodici zajednici. Najzad, predlog za pokretanje postupka može da stavi i samo lice koje treba lišiti poslovne sposobnosti, ako može da shvati značenje i pravne posledice svog predloga ( 1. 32 ZVP).

- 2) Princip obezbedjenja (nacionalnim zakonodavstvom) ispitivanja i procene sposobnosti konkretnog odraslog u odgovarajućem postupku. Nijedna mera zaštite kojom se ograničava poslovna sposobnost odraslog lica ne sme biti preduzeta ukoliko lice koje preduzima meru (sudija ili drugo nadležno lice) nije videlo lice čija se poslovna sposobnost ograničava, odnosno o meri može biti odlučivano samo ako je sudija ili drugo nadležno lice zadovoljno u pogledu stanja tj. sposobnosti konkretnog odraslog lica. Pri tome uvek treba pribaviti ekspertski nalaz bar jednog kvalifikovanog eksperta. Nalaz treba da bude dostavljen u pisanoj formi ili uzet na zapisnik.

Uzimajući u obzir ovaj princip, može se reći da je u postupku lišenja poslovne sposobnosti ovaj princip primenjen u Zakonu o vanparničnom postupku jer lice prema kome se postupak za lišenje poslovne sposobnosti vodi mora biti pregledano od najmanje dva lekara odgovarajuće specijalnosti, koji će dati nalaz i mišljenje o stanju mentalnog zdravlja i sposobnosti tog lica za rasuđivanje ( 1. 38 stav 1 ZVP). Međutim, Zakon ne predviđa obavezu lekara da svoj nalaz dostavi u pisanoj formi, jer se predviđa da se veštačenje vrši u prisustvu sudije, sem kada se obavlja u stacionarnoj zdravstvenoj ustanovi. To dalje znači i da će nalaz veštaka, ukoliko nije dostavljen u pisanoj formi (jer ništa ne isključuje mogućnost da bude dostavljen na takav način) već je dat usmeno na ročištu za lišenje poslovne sposobnosti, biti uzet na zapisnik.

- 3) Sledeći princip se odnosi na pravo da se bude lično saslušan u svim postupcima koji se tiču poslovne sposobnosti konkretnog lica. Ovo naravno ne može biti primenjeno ako konkretno lice nije u stanju da izrazi svoju volju, u kom slučaju mu treba obezbediti zastupnika.<sup>17</sup>

Ovaj procesni princip je kod nas zastupljen u potpunosti jer Zakon o vanparničnom postupku predviđa da će sud lično saslušati lice prema kome se postupak vodi, a ako se to lice nalazi u zdravstvenoj ustanovi, saslušaće se obavezno u toj ustanovi, gde će se održati i ročište ( 1. 36 st.1 ZVP). Sud je pored toga obavezan da uvažava mišljenje i stavove lica prema kome se postupak vodi, u meri u kojoj je to moguće s obzirom na stanje njegovog mentalnog zdravlja. Sud može odustati od saslušanja lica prema kome se postupak vodi,

---

<sup>17</sup> Tačka 55 Obrazloženja Preporuke.

samo ako bi to moglo da bude štetno po njegovo zdravlje ili ako saslušanje uopšte nije mogu e s obzirom na duševno ili fizi ko stanje tog lica ( l. 36 st. 2 i 3 ZVP).

- 4) Slede i procesni princip se odnosi na trajanje mere, reviziju i prava na žalbu. Isti e se da kad god je mogu e mera treba da bude određenog trajanja i podložna periodi noj reviziji. Periodi nost revizije treba da bude utvrđena odlukom kojom se mera izri e a nacionalnim pravom treba odrediti lica koja mogu zahtevati reviziju izre ene mere zaštite.<sup>18</sup> U svakom slu aju lice na koje se mera odnosi treba da ima pravo da zahteva takvu reviziju, kao i pravo na žalbu.

Zakon o vanparni nom postupku je inkorporirao i ovo procesno na elo iz Preporuke Saveta Evrope tako što je predviđeno ( l. 40 stav 2) da u rešenju kojim je odlu eno o lišenju poslovne sposobnosti sud odre uje rok u kome e se proveriti da li postoje razlozi za dalje trajanje izre ene mere, a koji ne može biti duži od tri godine (vreme proveravanja). To predstavlja zna ajan napredak u zaštiti nesposobnih lica jer se njihov položaj bitno poboljšava obavezom da se povremeno, odnosno u roku koji sud odredi a koji ne može biti duži od 3 godine, proveriti da li još uvek postoji potreba da odredjno lice i dalje bude lišeno poslovne sposobnosti, umesto da se to prepusti staraocu ili drugim licima koji mogu imati interesa od toga što e štiti enik što duže držati pod starateljstvom. Prednacrt Gradjanskog zakonika predviđja još kra i rok za reviziju odluke o ograni enju ili lišenju poslovne sposobnosti, koji iznosi dve godine<sup>19</sup>. Alternativno je predviđen još kra i rok za proveru dalje potrebe za lišenjem ili ograni enjem poslovne sposobnosti koji bi iznosio godinu dana, što zna i da bi najmanje jednom godišnje bila vršena provera potrebe za daljim trajanjem ove mere. Pored toga, alternativno je predviđjeno i da lišenje poslovne sposobnosti ne može trajati duže od pet godina, s tim što bi se na zahtev lica koje ima pravni interes mera lišenja ili ograni enja poslovne sposobnosti mogla produžiti.

Zakon o vanparni nom postupku je dopunien i odredbom kojom se licu koje je lišeno poslovne sposobnosti priznaje pravo na žalbu na rešenje kojim je odlu eno o lišenju poslovne sposobnosti, bez obzira na stanje njegovog mentalnog zdravlja, i to u roku od osam dana od dana kada mu je rešenje dostavljeno ( l. 40a ZVP). Drugostepeni sud je dužan da o žalbi odlu i u roku od osam dana od dana kada mu je žalba dostavljena.

---

<sup>18</sup> Ta ke 56 i 57 Obrazloženja Preporuke.

<sup>19</sup> l. 36 Prednacrt GZ: "Punoletnom licu može se vratiti oduzeta poslovna sposobnost kada prestanu razlozi zbog kojih je ono bilo potpuno ili delimi no lišeno poslovne sposobnosti. Sud po službenoj dužnosti, najmanje jedanput u dve godine ili na zahtev lica koje ima pravni interes preispituje da li su prestali razlozi za delimi no ili potpuno lišenje poslovne sposobnosti. Lice koje ima pravni interes može da zahteva utvr ivanje razloga za vra anje poslovne sposobnosti."

- 5) Privremene mere u hitnim slu ajevima. Ukoliko postoji potreba za hitnim izricanjem privremenih mera, potupak treba da bude jednostavan i brz. Medjutim, principi koji se odnose na pokretanje postupka, ispitivanje i procenu stanja, prava da se bude li no saslušan, kao i principi koji se odnose na trajanje, reviziju i žalbu treba da budu primenjeni kad god okolnosti slu aja to omogu avaju.
- 6) Pored toga, u Preporuci se insistira na adekvatnoj kontroli delovanja mera zaštite i kontroli rada i odluka zastupnika. Ta kontrola treba da bude odmerena kako preterano mešanje u rad zastupnika ne bi bilo kontraproduktivno i prakti no dovelo do nedelotvornosti predvidjenih mera zaštite tj. do nepreduzimanja mera koje mogu biti povoljne za konkretno lice.
- 7) Pored toga isti e se veliki zna aj izbora kvalifikovanog lica koje e zastupati i pomagati konkretnom licu. Sugeriše se naro ito ustanovljavanje i podrška udruženjima koja bi se bavila obu avanjem lica koja mogu da zastupaju i pomažu nesposobnim starim licima. Primera takvih udruženja ima u Austriji<sup>20</sup> i Francuskoj.<sup>21</sup>

### 2.3. Uloga zastupnika

Što se ti e uloge zastupnika, u nekim zemljama, kao što je slu aj sa Srbijom, postoje dva oblika pomo i i zastupništva poslovno nesposobnih lica.

Prvi oblik postoji u slu aju produženja roditeljskog prava, kada roditelji deteta i po sticanju punoletstva nastavljaju da vrše roditeljsko pravo u odnosu na dete koje nije u stanju da se samo stara o sebi i svojim pravima i interesima<sup>22</sup>. Produženje roditeljskog prava dovodi do infantilizacije punoletnog poslovno nesposobnog lica ime se onemogu ava individualano prilagodjavanje pojedinih ovlaš enja koje e poslovno nesposobno lice samostalni vršiti, niti samostalno donošenje odluka tog lica kada za to ima uslova. Sem toga, iako e u najve em broju slu ajeva roditelji najbolje vršiti roditeljsko pravo i posle punoletstva deteta i štititi njegove interese i njegovu dobrobit, ovaj na in zaštite odraslog lica

<sup>20</sup> Opširnije Prof. Dr. Susanne Ferrari, *Advance Directives and the Protection of Incapacitated Adults*, nacionalni izveštaj Austrije predstavljen na 10-tom Simpozijumu Evropskog porodi nog prava (Austrian Nacional Report presented on European Family Law Symposium 2010), na kome je i ovaj autor u estvovao, a koji je održan od 07-09 Oktobra 2010 u Regensburgu (Nema ka).

<sup>21</sup> Opširnije Frederique Ferrand, *Vorsorgevollmacht und Etwachsenenschutz*, nacionalni izveštaj Francuske predstavljen na 10-tom Simpozijumu Evropskog porodi nog prava (French Nacional Report presented on European Family Law Symposium 2010), na kome je i ovaj autor u estvovao, a koji je održan od 07-09. oktobra 2010 u Regensburgu (Nema ka).

<sup>22</sup> l. 85 Porodi nog zakona Srbije (Sl. glasnik br. 18 od 24. februara 2005. g.) : "Roditeljsko pravo se može produžiti i posle punoletstva deteta ako je dete zbog bolesti ili smetnji u psihofizi kom razvoju nesposobno da se samo stara o sebi i o zaštiti svojih prava odnosno interesa ili ako svojim postupcima ugrožava sopstvena prava i interese."

nije najprihvatljiviji, jer se roditeljima daju vrlo široka ovlaš enja bez i ijeg nadzora i kontrole, što ostavlja prostor za manipulacije i eventualne zloupotrebe. Zbog toga smo u prvobitnoj objavljenj verziji Prednacrt Gradjanskog zakonika (2011)<sup>23</sup> predvideli da se roditeljsko pravo posle punoletstva deteta ne može produžiti, ni ako je dete zbog bolesti ili smetnji u psiho-fizi kom razvoju nesposobno da se samo stara o sebi i o zaštiti svojih prava i interesa odnosno ako svojim postupcima ugrožava sopstvena prava i interese. Predvidjeno je da roditelji u tom slu aju mogu biti postavljeni za staraoca deteta. U drugom elektronskom izdanju kompletnog Prednacrt (2015) ova varijanta je izostavljena<sup>24</sup>.

Drugi oblik predstavlja klasi an institut zastupništva putem postavljanja staraoca.

Preporukom Komiteta ministara Saveta Evrope se isti e potreba da svako ovlaš enje dato odre nim licima po osnovu samog zakona, bez posredstava sudske ili administrativne vlasti, treba da bude ograni eno a da njihovo vršenje mora biti kontrolisano. Poveravanje takvih ovlaš enja ne sme lišiti odraslo lice poslovne sposobnosti i treba ga shvatiti samo kao dopunsku pomo vlastodavcu.

Nacionalnim zakonodavstvom treba regulisati pitanje u kojim pravnim poslovima li ne prirode nije dopušteno zastupanje kao i pitanje u kojim slu ajevima odluke zastupnika podležu posebnom odobrenju suda ili nekog drugog tela.

Zastupnik mora snositi odgovornost, u skladu sa nacionalnim zakonom, za svaki gubitak ili štetu nanetu konkretnom nesposobnom licu u toku vršenja svojih ovlaš enja. Isto tako treba primeniti i pravila o odgovornosti zastupnika ili drugog lica uklju enog u poslove nesposobnog odraslog lica za nezakoonite akte, zanemarivanje ili maltretiranje.

Nacionalnim zakonom treba regulisati i pitanje nagrade kao i naknade troškova lica imenovanog da zastupa ili da pomaže odraslom nesposobnom licu, pri emu treba praviti razliku izmedju lica koji su profesionalci i onih koji postupaju u drugom svojstvu, kao i razliku izmedju onih koji upravljaju li nim i onih koji upravljaju ekonomskim stvarima konkretnog nesposobnog lica.

---

<sup>23</sup> Prednacrt Gradjanskog zakonika Republike Srbije, Tre a knjiga, Porodi ni odnosi, izd. Generalni Sekretarijat Vlade, Beograd, juni 2011. god., III varijanta l. 105, (Poslovna) nesposobnost punolenog lica.

<sup>24</sup> Iako sam lan Komisije za izradu Gradjanskog zakonika ne mogu da objasnim ni kako ni zašto je došlo do izostavljanja ove III varijante iz prvobitnog teksta, tako da je u l. 3118 Prednacrt ostalo samo klasi no produženje roditeljskog prava.

### 3. 1. Kontinuirano ovlaš enje punomo nika

Posebno je medjutim interesantna Preporuka Komiteta ministara Saveta Evrope o principima produženog ovlaš enja punomo nika i unapred datih direktiva za slucaj nesposobnosti (2009), koja je nastala kao rezultat potrebe da se obezbedi zaštita starih lica, iji životni vek se, zbog savremenog na ina života, znatnog poboljšanja životnog standarda i podizanja nivoa savremenih medicinskih usluga sve više produžava, i to ne samo u našoj zemlji nego pre svega u Evropi. Mnoge Evropske zemlje su u poslednjih nekoliko godine donele posebne propise o zaštiti starih lica,<sup>25</sup> kod kojih po prirodi stvari, zbog odmaklih godina po pravilu dolazi do opadanja fizi kih i psihi kih mo i, i koja zbog toga mogu biti lak plen i žrtve zloupotrebe i iskoriš avanje drugih.

Preporuka sadrži 17 principa od kojih emo pomenuti najvažnije.

Prvi i najvažniji princip je princip promovisanja samo-odredjenja. Preporuka promoviše princip samo-odredjenja za sposobna odrasla lica:

- putem uvođenja zakonodavstva o kontinuiranom ovlaš enju zastupnika i unapred datim preporukama ili
- putem izmene postoje eg zakonodavstva radi implementacije principa sadržanih u Preporuci.

Prednosti tog na ina zaštite je višestruka. Prvo, svakom odraslom licu se ostavlja prostor za privatnu inicijativu, samo-odredjenje i samostalan izbor lica koje e brinuti o njegovim li nim i/ ili imovinskim stvarima za slu aj da on kasnije postane nesposoban da o tome odlu uje, bilo zbog bolesti, starosti, zbog iznenadno nastupele nesposobnosti usled nepredvidjenih događaja (saobra ajna nesre a, stanje kome i sl.). Na taj na in se:

- Olakšava i položaj lanova porodice koji ne e morati da pokre u postupak za lišenje poslovne sposobnosti (ako bi to ina e bilo potrebno) i smanjuju im se brige oko takvog lana porodice.
- Sud i ogran starateljstva se rastere uju dužnosti vezanih za postupak za lišenje poslovne sposobnosti i postupak stavljanja konkretnog lica pod starateljstvo.
- Organ starateljstva se posebno rastere uje obaveza oko izbora odgovaraju eg lica za staraoca, što esto nije nimalo jednostavan i lak zadatak, koji ne tako retko traje dosta dugo vremena.
- Time e se posti i i određene budžetske uštede vezane za troškove rada suda i organa starateljstva. Naravno da ovaj na in rešavanja pitanja pravne zaštite starih lica ima i svoje nedostatke, jer e pravilna zaštita

---

<sup>25</sup> To je npr. slu aj sa Engleskom i Škotskom, Austrijom, Francuskom, Holandijom, Belgijom, Nema kom, Španijom, Danskom, Finskom.

svakako zavisiti od kompetentnosti, poštenja i integriteta punomo nika.<sup>26</sup>

Države zbog toga treba da razmotre potrebu da tom principu kao i principu subsidijarnosti daju prioritet u odnosu na druge (tradicionalne) mere zaštite.

U Preporuci se zatim daju definicije koriš enih izraza. Tako na pr. kontinuirano ovlaš enje punomo nika (continuing power of attorney) zna i ovlaš enje dato od strane sposobnog odraslog lica sa namerom da ono ostane na snazi, ili pak da ono stupi na snagu, u slu aju da vlastodavac postane nesposoban. Prema tome, mogu biti uvedene obe vrste kontinuiranog punomo ja tj. punomo je koje e stupiti na snagu odmah, još dok je vlastodavac potpuno sposoban i neošte enih fizi kih i psihi kih mogu nosti, sa produženim dejstvom i posle nastupilie nesposobnosti, ili pak samo druga vrsta punomo ja, koja e stupiti na snagu tek za slu aj da nastupi nesposobnost vlastodavca.

Izraz vlastodavac (granter) se odnosi na lice koje daje kontinuirano (produženo) ovlaš enje punomo niku.

Punomo nik (attorney) je lice ovlaš eno da dela u ime vlastodavca.

Unapred date direktive (advance directives) podrazumevaju uputstva (instrukcije) data ili želje izražene od strane sposobnog odraslog lica a koje se odnose na pitanja koja mogu da nastanu u slu aju nesposobnosti tog lica.

Kontinuirano ovlaš enje punomo nika može da se odnosi samo:

- na ekonomska i finansiska pitanja ili i
- na pitanje zdravlja, dobrobiti i druga li na pitanja.

Dok prva grupa pitanja vezana za imovinske stvari vlastodavca može biti obuhva ena i jednim i drugim tipom punomo ja, druga grupa pitanja koja se ti u li nih stvari vlastodavca, kao što je zdravlje, dobrobit ili druga pitanja li ne prirode ( na primer, gde e i sa kim e vlastodavac stanovati, odredjivanje mesta privremenog boravka, na in koriš enja slobodnog vremena, i sl.) mogu da se odnose samo na drugi tip punomo ja, koji e stupiti na snagu tek kada i ako vlastodavac postane nesposoban.

---

<sup>26</sup> Pintens, W. *A new recommendation of the Council of Europe on continuing powers of attorney*, Pravni život br. 10/2010, str. 82.

Isto tako treba predvideti i da li neka posebna pitanja treba da budu izuzeta iz mogu nosti zastupanja (to bi se svakako odnosilo na mogu nost sastavljanja testamenta ili na pr. i na isklju enje mogu nosti da punomo nik ini poklone iz imovine vlastodavca, ili pak na ograni enje samo na uobi ajene, prigodne poklone ili poklone iz dobro instva, za koje se pretpostavlja da bi ih i sam vlastodavac u inio, ili samo ako takve poklone odobri na pr. sud). Nacionalnim zakonodavstvom može biti predvidjeno najšire, opšte ovlaš enje koje vlastodavac može dati punomo niku ili pak ta ovlaš enja suziti samo na li na ili samo na imovinska pitanja.

Odredjivanje punomo nika je princip koji podrazumeva da vlastodavac može odrediti za punomo nika bilo koje lice koje smatra odgovaraju im. On zatim, može imenovati više od jednog punomo nika i može predvideti da oni deluju zajedno, istovremeno, posebno ili kao supstituti. Punomo nik može biti srodnik u koga vlastodavac ima najviše poverenja (na pr. sin koji se ve bavi istim poslovima kao i vlastodavac i koji se pokazao kao korektan, stabilan i pouzdan u vodjenju poslova i u koga on ima najviše poverenja), može biti notar (tamo gde je uvedena notarska služba), advokat, može ovlastiti organ starateljstva i sl. Države mogu predvideti uvodjenje odredjenih ograni enja koje se smatraju neophodnim radi zaštite vlastodavca. Po pravilu, osoblje zdravstvene ustanove u koju je vlastodavac smešten ne bi trebalo da imaju mogu nosti da se budu postavljeni za punomo nika.

U pogledu forme preporu uje se da kontinuirano ovlaš enje *bude dato u pisanoj formi* i da njime bude izri ito naglašeno da li e ono stupiti na snagu ili pak, ostati na snazi i u slu aju da vlastodavac kasnije postane nesposoban.

Isto tako treba razmotriti da li su potrebne i druge odredbe i mehanizmi radi osiguranja validnosti dokumenta, kao na pr. overa od strane suda ili notara ili sli na forma. Pri tome svrha dodatne forme treba da bude zaštita vlastodavca i osiguranje da je on dobro shvatio o emu se radi, da je svestan posledica davanja kontinuiranog punomo ja, da se obezbedi da punomo nije sa injena pod prinudom ili usled zablude i sl. Posebno je bitno imati u vidu da forma ne bi trebalo da bude optere ena preteranim i teškim formalnostima, jer e to odvratiti vlastodavca od prihvatanja ove mogu nosti.

Vlastodavac može u svako doba, dokle god je sposoban, da opozove kontinuiranu punomo .

Svaka država treba da reguliše na in stupanja na snagu kontinuiranog ovlaš enja punomo nika u slu aju da vlastodavac postane nesposoban, zatim na in na koji e utvrditi ta nesposobnost, kao i kakva evidencija o tome treba da se vodi.

Zatim je važno razmotriti i potrebu uvođenja određenog sistema overe, registracije i /ili notifikacije slu ajeva kada je kontinuirano ovlaš enje punomo niku dato, opozvano, kada je stupilo na snagu ili prestalo da važi. Stupanje na snagu kontinuiranog ovlaš enja punomo nika nikako ne treba da uti e na poslovnu sposobnost vlastodavca, koji može samostalno da postupa i pored datog punomo ja.

Punomo nik deluje u skladu sa kontinuiranim ovlaš enjem i u interesu vlastodavca. On treba, kad god je to mogu e, da se obavesti o ranije izraženim ili sadašnjim željama i ose anjima vlastodavca i da ih uzme u obzir i pokloni im dužnu paznju. Punomo nik zatim treba, kad god je to mogu e, da vodi odvojeno ekonomske i finansijske poslove vlastodavca od svojih sopstvenih. On isto tako treba da vodi svu potrebnu evidenciju kako bi mogao da dokaže ispravno vršenje svojih ovlaš enja.

Svaka država treba da razmotri i potrebu regulisanja sukoba interesa izmedju vlastodavca i punomo nika.

Vlastodavac može odrediti i neko tre e lice koje e nadzirati punomo nika a država treba da razmotri uvođenje sistema nadzora po kome e nadležni organ biti ovlaš en da sprovodi potrebnu istragu. Ako punomo nik ne postupa u skladu sa kontinuiranim ovlaš enjem ili u interesu vlastodavca, nadležni organ treba da ima ovlaš enje da interveniše. Ta intervencija može da uklju i prestanak kontinuiranog ovlaš enja u celini ili delimi no. Ovlaš eni organ treba da ima ovlaš enje da postupa kako po zahtevu tako i po službenoj dužnosti.

Preporuka zatim predviđa da države treba da razmotre okolnosti pod kojima e kontinuirana punomo prestati da važi kao i mere zaštite koje bi nadležni organ mogao da preduzme ako kontinuirana punomo prestane da važi u celini ili delimi no. Ona može u na elu prestati da važi u slu aju smrti vlastodavca, ali u nekim slu ajevima njeno dejstvo može biti produženo još i neko vreme posle toga (na pr. dok se ne završe neki zapo eti poslovi i sl). Punomo prestaje da važi i u slu aju da vlastodavac ponovo stekne sposobnost da dela samostalno (probudi se iz kome, bude mu vra ena poslovna sposobnost i sl).

### **3.2. Intervencije u oblasti zdravlja**

Nekoliko principa Preporuke posve eno je intervencijama u oblasti zdravlja. Prvi princip se ti e potrebe da se obezbedi informisani pristanak ak i ako je u pitanju lice koje je subjekt mera zaštite, ukoliko je ono fakti ki sposobno da da takvu saglasnost. Ukoliko to nije slu aj, intervencija može biti preduzeta ukoliko je od direktne koristi za to lice i ako je ovlaš enje (odobrenje) dato od strane njegovog /njenog zastupnika, ili od strane lica ili tela koje je



predviđeno zakonom. Zakonom treba predvideti i ko će biti ovlašćen da odobri razne vrste intervencija (to može biti nadležna vlast, lice ili telo) u slučaju kada konkretno lice nema zastupnika sa odgovarajućim ovlašćenjem. Treba razmotriti i ustanovljavanje odgovarajućeg mehanizma rešavanja bilo kakvog sukoba između lica ili tela ovlašćenih da daju ili odbiju saglasnost na medicinske intervencije u odnosu na lice koje nije sposobno da da saglasnost.

U pravu Srbije Zakon o pravima pacijenata to pitanje reguliše na takav način što je predviđeno da pacijent ima pravo da odredi lice koje će u njegovu ime dati pristanak, odnosno koje će biti obavješteno o preduzimanju medicinskih mera, u slučaju da pacijent postane nesposoban da donese odluku o pristanku ( čl. 16 stav 5). Ukoliko pacijent nije unapred odredio takvo lice, a bude bez svesti, ili ako iz drugih razloga nije u stanju da saopšti svoj pristanak, hitna medicinska mera može se preduzeti i bez njegovog pristanka, o čemu će se obavestiti članovi uže porodice, uvek kada je to moguće ( čl. 18 Zakona o pravima pacijenata). Odgovarajuća medicinska mera se u tom slučaju preduzima na osnovu konzilijarnog nalaza. Ako je pacijent dete ili je lišen poslovne sposobnosti, medicinska mera može se preduzeti, uz pristanak njegovog zakonskog zastupnika, koji je prethodno obavješten o svim pitanjima relevantnim za odluku o davanju ili odbijanju pristanka. Nadležni zdravstveni radnik, odnosno zdravstveni saradnik dužan je da omogućiti da dete, odnosno pacijent lišen poslovne sposobnosti i sam bude uključen u donošenje odluke o pristanku na predloženu medicinsku meru, u skladu sa njegovom zrelošću i sposobnošću u zavisnosti od rase i imanja.

Nadležni zdravstveni radnik, koji smatra da zakonski zastupnik pacijenta ne postupa u najboljem interesu deteta ili lica lišenog poslovne sposobnosti, dužan je da o tome odmah obavesti nadležni organ starateljstva. Dete, koje je navršilo 15 godina života i koje je sposobno za rasu i imanje može samostalno dati pristanak na predloženu medicinsku meru, uz potrebu da prethodno bude detaljno obavješteno o svim pitanjima relevantnim za njegovu odluku. Ako dete, koje je navršilo 15 godina života i koje je sposobno za rasu i imanje, odbije predloženu medicinsku meru, nadležni zdravstveni radnik dužan je da pristanak zatraži od zakonskog zastupnika ( čl. 19 Zakona o pravima pacijenata).

Ako zakonski zastupnik deteta, odnosno pacijenta lišenog poslovne sposobnosti nije dostupan ili odbija predloženu hitnu medicinsku meru, hitna medicinska mera može se preduzeti, ako je to u najboljem interesu pacijenta ( čl. 18 stav 3 Zakona o pravima pacijenata). Ako se tokom operativnog zahvata pojavi potreba za njegovim proširenjem, koji se nije mogao pretpostaviti, proširenje operativnog zahvata može se obaviti samo ako je, na osnovu procene doktora medicine, odnosno doktora stomatologije koji preduzima taj zahvat, on neodložno potreban ( čl. 18 stav 4 Zakona o pravima pacijenata).

Prema tome, Zakon o pravima pacijenta je podrobno regulisao pitanje davanja ili odbijanja pristanka na medicinsku meru, poštuju i pravo pacijenta da sam odredi lice koje e to u initi umesto njega, kao i postupak u slu aju nemogu nosti dobijanja pristanka ovlaš enih lica.

#### **4. Zaklju ak**

Posebna pravna zaštita odraslih lica kada dodju u stanje ošte enih sposobnosti ili nesposobnosti da se staraju o svom zdravlju, li nosti, imovini, poslovnim i drugim interesima nije celovito regulisana u pravu Srbije. Pravna zaštita nesposobnih lica se još uvek ostvrajuje uglavnom putem lišenja poslovne sposobnosti i stavljanjem pod starateljstvo, dok mogu nost prethodnog odredjivanja zastupnika koji e se starati o li nosti i/ili imovini tog lica i od strane tog lica kada dodje u stanje nesposobnosti nije posebno regulisana. Neka poboljšanja položaja nesposobnog lica su postignuta izmenama Zakona o vanparni nom postupku, zatim zakonima iz oblasti zdravstvene zaštite kao i Prednacrtom Gradjanskog zakonika Srbije, ali ona nisu dovoljna odnosno nisu sveobuhvatna.

Dr. sc. Olga Cveji Jan i , retired full professor  
University of Novi Sad – Faculty of Law

## **INSTRUMENTS OF THE COUNCIL OF EUROPE ON THE PROTECTION OF INCAPABLE ADULTS**

**Summary:** In her paper author deals with special protection of incapable adults through continuing power of attorney and advance directives for incapacity, as promoted by Recommendations of the Committee of Ministers of the Council of Europe on Principles Concerning of the Legal Protection of Incapable Adults (1999) and Principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity (2009). The author considers whether these recommendations have been implemented in the legal system of Serbia and to what extent.

This special legal protection is based on the protection of human rights and fundamental freedoms by promoting the principles of self-determination and personal autonomy of every individual, especially when they come in the age when their capability and skills could be significantly damaged or disturbed. It is therefore recommended to legally regulate the issue of individual rights to appoint the person in whom the adult person has trust to represent him in case of later incapability, which is in Serbian law only partially and unsatisfactory implemented, mainly in the Act on Non-Contested Procedure, Action Patients' Rights and the Draft of the Civil Code of Serbia.

**Kay words:** protection of incapable adults, the principle of personal autonomy, the principle of self-determination, the continuing powers of attorney, the advance directives



Dr Mirjana Nadaždin Defterdarevi , redovni profesor  
Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedi “ u Mostaru

## **MJERE ME UNARODNOG NADZORA NAD PROVO ENJEM KONVENCIJE O PRAVIMA OSOBA SA INVALIDITETOM**

**Sažetak:** U radu se problematizira pitanje implementacije me unarodnog standarda zaštite ljudskih prava u nacionalni pravni poredak i me unarodnog nadzora kojim se ona osigurava, sa posebnim osvrtom na rješenja Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom. Uz mehanizme nadzora razmatra se i djelotvornost mjera koje se donose sa ciljem ostvarivanja garantovanih konvencijskih prava u doma em pravnom poretku.

Cilj rada je da ukaže da uspješna implementacija me unarodnog standarda u unutrašnji pravni poredak zavisi kako od prirode preuzetih obaveza, tako i od volje visoke strane ugovornice da ispuni svoje preuzete obaveze.

Istraživanje je provedeno teleološkom i aksiološkom metodom i analizom sadržaja me unarodnih normi kojima je standard zaštite ljudskih prava utvr en i instrumenata kojima se on prenosi i primjenjuje u doma em pravnom poretku.

**Ključne riječi:** Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom, ljudska prava, na ini nadzora, djelotvornost mjera.

### **1. Uvodne napomene**

Podru je ljudskih prava i osnovnih sloboda u najve oj mjeri je odre eno aktima me unarodnog prava kojima je utvr en standard njihove zaštite. Ostvarivanje utvr enog standarda, i me unarodnih normi o ljudskim pravima, primarno je u nadležnosti države i njenog unutrašnjeg prava, a me unarodna zaštita osigurana je kao subsidijarna. Na ovaj na in se kroz postupak primjene povezuju me unarodno i unutrašnje pravo.

injenica je da norme me unarodnog prava i unutrašnjeg prava u kontekstu zaštite ljudskih prava djeluju sa zna ajnom mjerom jedinstva.<sup>1</sup> Uzajamnim uticajem unutrašnjeg prava na me unarodno, i obrnuto, da se zaključiti da unutrašnje pravo preuzima i konkretizira sadržaje me unarodnog

---

<sup>1</sup> Šire: Krivokapi , B., *Odnos me unarodnog i unutrašnjeg prava*, Strani pravni život 2/2013. Institut za uporedno pravo, Beograd 2013., str. 59.

prava osiguravaju i im pružaju podršku i zaštitu, a meunarodno pravo, nadzornim mehanizmom nad normama koje je donijelo, doprinosi njegovoj djelotvornosti.

Na ovaj način, bez obzira što je riječ o dva različita pravna poretka, oni funkcioniraju kao dio jedinstvenog pravnog sistema i su norme međusobno povezane, koje su međusobno jednake na drugu i koje se međusobno dopunjuju na isti način kako su povezane norme svakog unutrašnjeg pravnog sistema.

Norma međunarodnog karaktera, bez obzira na svoju internalizaciju koja je nužna za njenu neposrednu primjenu u domaćem pravnom poretku, uživa i zaštitu međunarodnog prava. U ovom smislu radi se o osvrnuti na pitanje implementacije međunarodnog standarda ljudskih prava u odnosu na rješenja koja su predviđena Konvencijom o pravima osoba sa invaliditetom<sup>2</sup> obzirom na vrijednost i efikasnost mehanizma nadzora koji je njome predviđen.

## **2. Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom: katalog i karakter garantovanih prava**

Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom ne donosi nikakvu novinu u veći postoje i katalog ljudskih prava utvrđen UN dokumentima koji su joj prethodili. Građanska i politička prava koja proklamuje Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom već su bila utvrđena Paktom o građanskim i političkim pravima. Isti slučaj je i sa ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima koja su ranije proklamovana Paktom o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima. Doprinos Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom UN-ovom sistemu ljudskih prava ogleda se u činjenici što ona svojim sadržajem definiše jasnijim obaveze država u odnosu na poštovanje i osiguravanje jednakog uživanja ljudskih prava svima, daju i jasne smjernice o tome šta ljudska prava znače u kontekstu invaliditeta.

Konvencija propisuje pravo na jednakost pred zakonom bez diskriminacije, pravo na život, ličnu slobodu i sigurnost, poslovnu sposobnost, slobodu od mučenja, slobodu od izrabljivanja, nasilja i zlostavljanja, pravo na poštovanje tjelesnog i mentalnog integriteta, slobodu kretanja i državljanstva, pravo na život u zajednici, slobodu izražavanja i mišljenja, poštovanje privatnosti, poštovanje doma i porodice, pravo na obrazovanje, pravo na rad, pravo na primjeren životni standard, pravo na učešće u političkom i javnom životu, pravo na učešće u kulturnom životu.

Obaveza nacionalnog zakonodavstva je, u skladu sa Konvencijom, da garantuje osobama sa invaliditetom puno uživanje njihovih ljudskih prava i osigura da organi izvršne vlasti koordinirano, kontinuirano i dosljedno provode utvrđena zakonska rješenja uz uspostavljanje efikasnog mehanizma pravnog nadzora nad njihovom realizacijom.

---

<sup>2</sup> <http://www.mhrr.gov.ba/pdf>, preuzeto 15.II 2016.

Mada eksplicitno ne daje definiciju invaliditeta, u preambuli Konvencije se invaliditet tretira kao razvojni proces koji je rezultat djelovanja osobe za invaliditetom i prepreka koje proizlaze iz stavova okoline, ili prepreka koje postoje u okolini, koje onemogu avaju njihovo potpuno i djelotvorno u eš e u društvu, ravnopravno u zajednici sa drugim njegovim lanovima.

Uvo enje Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom u nacionalni pravni poredak na ovaj na in donosi i primjenu novog modela percepcije invaliditeta, koji ona proklamuje, a koji zahtijeva nužnu promjenu postoje eg zakonodavstva i prakse u svrhu ostvarivanja prava osoba sa invaliditetom koja su njom utvr ene. Perspektiva ljudskih prava shvatanju invaliditeta ne samo da daje drugi smisao ve postaje i pretpostavka druga ijeg djelovanja države i društva, ime osobe sa invaliditetom nesporno dobijaju status titulara prava, što im je ranije, po razli itim osnovama, bilo uskra ivano.

Novi pristup podrazumijeva pozitivne obaveze država potpisnica Konvencije u smislu usvajanja politika, zakona i programa iji je cilj da uklone prepreke sa kojima se suo avaju osobe sa invaliditetom i da osiguraju ostvarivanje njihovih gra anskih, politi kih, ekonomskih, kulturnih i socijalnih prava. Rije je širokoj paleti obaveza ija realizacija podrazumijeva razli it stepen angažmana javne vlasti.

Javna vlast bi e u obavezi izmijeniti javne politike i postoje e zakone koji nisu u skladu sa Konvencijom. Posebno se apostrofira pitanje uskla enosti normi nacionalnog prava, obzirom na me unarodni pravni standard zaštite utvr en Konvencijom, kada je u pitanju zabrana stupanja u brak ivalidnim licima, lije enje osoba sa invaliditetom bez njihovog slobodnog i informisanog pristanka, lišavanja slobode na osnovu mentalnog ili intelektualnog ošte enja.

Standard utvr en Konvencijom traži da zakonodavna aktivnost bude pra ena donošenjem odgovaraju e nacionalne strategije koja za cilj ima podizanje nivoa svijesti, promjene postoje eg na ina društvenog djelovanja i osiguravanja društvene podrške osobama sa invaliditetom, ime bi se uklonile prepreke i osobama sa invaliditetom osigurala nesmetana puna i ravnopravana društvena integracija.

Posebna podru ja u kojima Konvencija traži angažman države zapravo definišu domen njenih obaveza da osigura jednake mogu nosti i stvarnu ravnopravnost za sve svoje gra ane. Definisane prava, što je u injeno Konvencijom, nije isto što i davanje garancije za njegovu realizaciju, što postaje obaveza države prihvatanjem Konvencije. Osiguravanje odgovaraju eg okruženja koje e osobama sa invaliditetom omogu iti puno uživanje proklamovanih prava obavezuje državu da svoju aktivnost prilagodi razli itim zahtjevima koji se pred nju u tom smislu postavljaju.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Država je u obavezi da usvoji zakonodavstvo i administrativne mjere u cilju promocije ljudskih prava sa invaliditetom, da usvoji zakonske i druge mjere radi uklanjanja diskriminacije, da u svim

Me unarodno pravo od država stranaka me unarodnog ugovora traži da osiguraju usklađenost nacionalnog zakonodavstva i prakse sa zahtjevima definisanim ugovorom. Mjere koje u tom smislu treba preduzeti u nekim slučajevima su tek opšte smjernice, a u nekim slučajevima to su jasno postavljeni zahtjevi. Izbor mjera zavisi od prirode prava na koja se odnose, a Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom, obzirom na raznorodnost prava utvrđenih svojim katalogom, sadrži i jedne i druge.

Set građanskih i političkih prava, predviđenih Konvencijom, podesan je za neposrednu primjenu. Mjere implementacije su konkretne i zahtijevaju, između ostalog, nastaju ovlaštenja za njihove titularne, njihova subjektivna prava, koja bi se trebala osigurati svim pojedincima na teritoriji i u nadležnosti visoke strane ugovornice. Ispunjavanje ovih obaveza države potpisnice ne može biti samo svojim pasivnim stavom već i uspostavljanjem djelotvornog mehanizma njihove primjene. Obaveze koje leže na državama u ovom slučaju traže održavanje, ali podrazumijevaju i aktivne mjere kojima se one ostvariti i kojima se osigurati da ih poštuju sve njene vlasti.

Opšta obaveza odgovornosti države da obezbjeđuju građanska i politička prava evoluirala tako u dva vida – da ih poštuju i osigurava. Drugi vid, osiguravanje, ugovornicama nalaže da preduzimaju nužne mjere da se ostvare priznata prava, čak i tako što se usvajaju zakonodavne akte, ostavljaju i državama slobodu u izboru metode za ostvarivanje ove obaveze. Kod ocjene različitih metoda implementacije presudna je mjera efikasnosti koja se njima osigurava.<sup>4</sup> Podesan na implementaciju osigurava da me unarodne norme o ljudskim pravima potaknu stvaranje odluka u domaćem pravnom poretku između se istovremeno podstiče i formiranje javne svijesti o značajnim pitanjima na koja se odnose.

Poštovanje građanskih i političkih prava je jasno formulisano kao zahtjev za državu da ih ne krši i ne sprečava svojim postupanjem. Zahtjev se, u krajnjem slučaju, ostvaruje kroz proceduru njihove sudske zaštite.

---

svojim programima i politikama štiti i promovira prava osoba sa invaliditetom., da prekine praksu kršenja prava osoba sa invaliditetom, da osigura da se prava osoba sa invaliditetom poštuju i u privatnom i u javnom sektoru, da sama pokrene istraživanja i proizvodnju pristupa nih roba, usluga i tehnologije, te u tom smislu potakne i sve druge, te da osobama sa invaliditetom u inostranstvu dostupnim te informacije.

Obaveze države, uz ovo, su da unaprijeđuje znanja o pravima iz Konvencije posebno među stručnjacima i osobama koje su direktno upućene u svom radu na osobe sa invaliditetom, te uključivanje osoba sa invaliditetom u procese donošenja i provođenja zakonodavstva, državnih politika i odluka koje se na njih odnose.

<sup>4</sup>Standard zaštite građanskih i političkih prava uspostavljen je Paktom o građanskim i političkim pravima iz 1966. Vidjeti: Harland, C., *The Status of the ICPPR in the Domestic Law of State Parties: An Initial Global Survey Through UN HRC Documents*, 22 HRQ (2000), str. 187.



Ekonomska, socijalna i kulturna prava, utvrđena Konvencijom, formulisana su sa mnogo manje vrstine, pa se za države postavljaju tek obaveze njihovog unapređivanja, iz čega ne proizlaze ovlaštenja prema pojedincima.

Pažljivim tumačenjem sadržaja ovih prava jasno je da je propisivanje subjektivnih prava ovdje namjerno izbjegnuto. Obaveze za državu definisane su kao koraci koji vode punom ostvarenju prava, a da se pri tome ne odnose ni na jednog pojedinca.<sup>5</sup> Zbog svoje prirode, ova prava nisu podesna za neposrednu implementaciju, već se postepeno uvode proširuju i tako i obim svoje primjene.

Obaveze države u ovom slučaju su da preduzima korake do maksimuma svojih raspoloživih sredstava, vlastitim naporima i uz pomoć unarodne pomoći sa ciljem postepenog obezbjeđenja njihovog punog ostvarivanja putem svih podesnih sredstava, uključujući i tu posebno usvajanje zakonskih mjera.<sup>6</sup>

Materijalne mogućnosti bitno određuju brzinu i obim implementacije ovih prava, no one ne mogu biti izgovor da država uskraćuje njihovo ostvarivanje, jer je predviđena obaveza njihovog unapređenja ipak pravna obaveza u punom smislu, a na in kako je formulisana samo ukazuje na značajne faktičke okolnosti koje uslovljavaju njenu realizaciju. Uslov postepenosti za realizaciju ove kategorije prava nužan je u slučajevima kada standard njihove primjene zahtijeva promjenu društvenih stavova i napuštanje postojećih loših prakse. Primjenu prava uslovljavaju objektivni uslovi, a obaveza države je da radi na njihovom unapređivanju. Ako je prosvjetiteljsko djelovanje kroz ostvarivanje nekih od ovih prava teško i neizvjesno to ne može biti izgovor za pasivno ponašanje državne vlasti.

Priroda ove kategorije prava, posebno ekonomskih i socijalnih, je takva da se ona nikada ne mogu propisati na apsolutan način, bez uzimanja u obzir specifičnosti realnih društvenih prilika. Ovakva generalna konstatacija podrazumijeva izuzetke, jer je riječ o katalogu prava vrlo raznorodnom po svojoj prirodi. Neka prava iz ove kategorije bliska su klasičnim liberalnim pravima i zato je važno što odredbe kojima su ona definisana ne upućuju na nacionalne mjere implementacije koje i nisu potrebne ukoliko su države već pozvane da poštuju individualne slobode.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Dobar primjer je pravo na rad, inicijalno normirano čl. 6 Pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (PESKP), gdje su mjere koje će država stranka Pakta preduzeti navedene u drugom stavu i ono što se od države traži je da pomaže ekonomsku djelatnost na način kojim će povećati izgled za punu produktivnu zaposlenost. Vidjeti: Sali, S. i Terzić Z., *Meunarodni dokumenti o ljudskim pravima*, Pravni centar FOD BIH, Sarajevo 1996., str. 380.

<sup>6</sup> Čl. 2. st. 1. PESKP. Vidjeti: isto, str. 379.

<sup>7</sup> Po mišljenju Komiteta za ekonomska, socijalna i kulturna prava za neposrednu primjenu podesna su prava utvrđena u članovima 3; 7 (a), (i); 8; 10 (3); 13 (2) (a), (3); (4); 15 (3), vidjeti Opšti komentar br. 3 usvojen na petom zasjedanju (1990.), dok. UN HR/GEN/1/Rev.5, str. 18., što treba imati na umu obzirom na čl. 38. Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom.

Ekonomska, socijalna i kulturna prava primjenjiva e se postepeno, prema raspoloživim mogu nostima države, pa je opravdano da su za njihovo ostvarivanje primjerene tek opšte smjernice. Postепенost e ovdje podrazumijevati i unaprijed neodre eni vremenski period potreban da bi država u punom obimu ostvarila svoju obavezu. Ova objektivnim razlozima uslovljena fleksibilnost kod realizacije obaveza iz Konvencije, vezana uz ovu kategoriju ljudskih prava, nipošto nije aboliranje od odgovornosti koju država ima kod njihove zaštite nakon preuzimanja svoje ugovorne obaveze.

Mada ne definiše eksplicitno mehanizam implementacije svojih odredbi u unutrašnje pravo država potpisnica, Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom utvr uje obavezu država, l. 33 st.1., da u cilju provo enja i pra enja ostvarivanja Konvencije na nacionalnom nivou odrede jedno ili više središta unutar svojih vlada u ijoj nadležnosti e biti pitanja koja se ti u njenog provo enja, uz preporuku uspostavljanja i mehanizma koordinacije sa istim ciljem. Konvencija utvr uje i obavezu država da na nacionalnom nivou održavaju, ja aju ili kreiraju jedan ili više nezavisnih mehanizama iji cilj je unapre ivanje, zaštita i nadzor nad provo enjem Konvencije, u skladu sa ve utvr enim principima funkcionisanja nacionalnih institucija za zaštitu i unapre enje ljudskih prava.<sup>8</sup>

### **3. Komitet za prava osoba sa invaliditetom**

Nadzor nad provo enjem Konvencije povjeren je Komitetu za prava osoba sa invaliditetom. Izbor, sastav, djelokrug i na in rada Komiteta propisani su lanom 34 Konvencije.

Osnovni zadatak Komiteta je da prima izvještaje država potpisnica Konvencije. Praksa razmatranja izvještaja pred ugovornim tijelima UN-a manje više je ujedna ena, obzirom da se oslanja na iskustvo dva najdugovje nija me u njima - Komiteta za ljudska prava<sup>9</sup> i Komiteta za ekonomska, socijalna i kulturna prava, te taj uspostavljeni obrazac primjenjuje i Komitet za prava osoba sa invaliditetom.<sup>10</sup>

U slu aju kada država potpisnica zna ajno kasni sa podnošenjem izvještaja Komitet je obavještava o potrebi razmatranja ostvarivanja njenih obaveza iz Konvencije, što e biti u injeno na osnovu pouzdanih informacija dostupnih Komitetu, ako njen zvani ni izvještaj ne pristigne u roku od tri

---

<sup>8</sup> l. 33. st..2. Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom

<sup>9</sup> Komitet za ljudska prava se prvi suo io sa zadatkom nadzora nad primjenom Pakta o gra anskim i političkim pravima i iz normativno skromno definisane nadležnosti uspio je da konsoliduju konzistentne obrasce svog postupanja iz ega je nastala obimom impresivna i sadržajem izuzetno bogata praksa. Vidjeti: Tomuschat, C., *Human Rights Between Idealism and Realism*, Oxford Universitu Press, 2003., str.172.

<sup>10</sup> l. 36. st. 1. i 2.

mjeseca od kada je o obavještena. Komitet državu poziva da u estvuje u takvom razmatranju.<sup>11</sup>

Ispitivanje izvještaja treba da dovede do zaklju aka koji odražavaju stav Komiteta kao cjeline.<sup>12</sup> Komitet se izjašnjava o injenicama i podacima koje mu je prezentirala vlada države iji izvještaj razmatra. Praksa da države repliciraju na stavove ekspetnih tijela UN pokazala se konstruktivnom, pa je vjerovatno da e tu mogu nost u svom radu koristiti i Komitet za prava osoba sa invaliditetom. Razmjena argumenata u dobroj vjeri može samo dovesti do poboljšanja stanja ljudskih prava u državi na koju se rasprava odnosi.

U svojoj kolektivnoj ocjeni Komitet razmatra kako pozitivne aspekte, tako i faktore i teško e koji otežavaju primjenu Konvencije, isti e pitanja koja su predmet zabrinutosti, te daje svoje prijedloge i preporuke.

Komitet za prava osoba sa invaliditetom ima karakter kvazi-sudskog organa. Njegovi prijedlozi i preporuke nisu obavezuju eg karaktera i nemaju svojstvo izvršnih naslova. One su samo na elno, politi ki, obavezne. Me utim, pošto predstavljaju autoritativan sud o povredi me unarodnog ugovora o ljudskim pravima one nisu pravno irelevantne. Kad god neka država u estvuje u me unarodnoj proceduri ona je u nju uklju ena do samog kraja, a to zna i da bi mjere koje sadrže prijedlozi i preporuke Komiteta država trebala usvojiti kako bi se ispravila povreda prava koju je Komitet konstatovao.

Komitet za prava osoba sa invaliditetom e svim nadležnim tijelima, kad na e za shodno „...proslijediti izvještaje država potpisnica, kako bi razmotrili zahtjev i ukazali na potrebu za tehni kim savjetom ili pomo i koje izvještaji sadržavaju zajedno s primjedbama i preporukama Komiteta o tim zahtjevima ili indikacijama ukoliko ih ima.“<sup>13</sup>

Uspjeh u radu Komiteta zavisi od saradnje sa državama ugovornicama Konvencije. Države su u obavezi pomagati lanovima Komiteta u ispunjavanju njihovih dužnosti, a Komitet e državama pomagati da prevazi u teško e u primjeni Konvencije razmatraju i na ine i sredstva za ja anje nacionalnih kapaciteta za njeno provo enje.<sup>14</sup>

Posebno je zna ajna uloga koju Komitet ima u odnosu sa drugim odgovaraju im tijelima koja su osnovana me unarodnim dokumentima o ljudskim pravima. Komitet ih može pozvati da budu prisutni kod razmatranja odredbi Konvencije koje ulaze u njihov krug rada, tražiti njihovo stru no

---

<sup>11</sup> I. 36. st. 2.

<sup>12</sup> Po ugledu na praksu Komiteta za ljudska prava iz 1992. godine. Vidjeti: Official Records of the HRCee (1991/92), II, 275, st. 45.

<sup>13</sup> I. 36. st. 5

<sup>14</sup> I. 37. st. 2.

mišljenje u tom kontekstu, ili ih konsultovati sa ciljem da se osigura dosljednost njihovih smjernica o izvještavanju, prijedloga i opštih preporuka, te izbjegavanja uduplavanja i preklapanja u obavljanju njihovih dužnosti.<sup>15</sup> Ova vrsta saradnje posebno je značajna obzirom na praksu ranije uspostavljenih ugovornih tijela, njihove definisane i konzistentne postupke djelovanja, što se posebno odnosi na Komitet o ljudskim pravima, ugovorni organ Pakta o građanskim i političkim pravima.

Komitet je, u skladu sa članom 39 Konvencije, dužan da svake dvije godine podnosi Generalnoj skupštini i Ekonomskom i socijalnom savjetu izvještaj o svom radu.

#### **4. Postupci meunarodne zaštite**

Efikasnost ostvarivanja utvrđenog meunarodnog standarda ljudskih prava u unutrašnjem pravu ne zavisi samo od sredstava koja se mogu osigurati unutrašnji pravni sistem, a ključna funkcija je da potakne primarnu i osigura sekundarnu efikasnost ovim normama, već i od mehanizma meunarodne zaštite.

Globalni sistem zaštite ljudskih prava obično djeluje u tri pravca - osigurava mogućnost meunarodne pritužbe, što Konvencija o ljudskim pravima osoba sa invaliditetom ne predviđa, daje mogućnost ulaganja individualne pritužbe nadzornom organu ustanovljenim konkretnim ugovorom, što je mogućnost koju država dobrovoljno prihvata pristupanjem Opcionom protokolu uz Konvenciju o ljudskim pravima osoba sa invaliditetom i propisuje dužnost periodičnog izvještavanja o provođenju preuzetih obaveza, što kao obaveza postoji za sve države koje su pristupile Konvenciji o ljudskim pravima osoba sa invaliditetom.

##### **a. Izvještaji država**

Osnovni zadatak unutrašnjeg prava je da izborom podesnih metoda osigura ostvarivanje preuzetih obaveza koje su nastale pristupanjem države meunarodnom ugovoru. Države se nakon ratifikacije obavezuju da će tijelu kome je povjeren nadzor nad ostvarivanjem ugovora podnositi periodične izvještaje čiji je cilj da se ustanovi da li, i u kolikoj mjeri, država izvršava obaveze koje je preuzela.

Obaveza podnošenja izvještaja se preuzima čim država ratifikuje meunarodni ugovor. Ovo je uobičajeno na području nadzora za univerzalne ugovore o ljudskim pravima, pa je to slučaj i sa Konvencijom o ljudskim pravima osoba sa invaliditetom.

Zadatak periodičnih izvještaja je da ukažu na društvene prilike i namjere koje se preduzimaju da bi se obaveza ostvarivanja ljudskih prava i

---

<sup>15</sup> 1. 38.

realizovala. Implementacija ljudskih prava utvrđena u međunarodnim normama u unutrašnji pravni poredak ne može se svesti samo na zakonodavnu aktivnost i postupanje drugih državnih vlasti, pa izvještaji trebaju predložiti društvene faktore koji na različite načine utiču na taj složen društveni proces koji treba da osigura stvarno uživanje ljudskih prava, a sa kojima se država susreće u njenoj realizaciji.<sup>16</sup>

Države su uglavnom sklone da ostvarivanje međunarodnih normi o ljudskim pravima u svom poretku pokažu kroz dobre primjere iz svoje prakse kojima potvrđuju da su svojim izborom instrumenata implementacije osigurale potpunu zaštitu ljudskih prava u skladu sa standardom na koji su se obavezale, izbjegavajući i pri tome da priznaju teškoće sa kojima se suočavaju.

Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom u članu 35 predviđa obavezu za visoke strane ugovornice da inicijalni izvještaj podnesu u roku od dvije godine nakon stupanja na snagu Konvencije, a naredne izvještaje u periodima od četiri godine.

Sankcija za kašnjenje u izvršavanju ove ugovorne obaveze nije predviđena Konvencijom, mada su u takvim situacijama konstituisana ovlaštenja Komiteta za prava osoba sa invaliditetom čiji je cilj da se otklone posljedice takvog ponašanja.<sup>17</sup>

Komitet za prava osoba sa invaliditetom, kao nadzorno tijelo Konvencije, pored utvrđivanja pravovremenosti i ispunjavanja formalnih zahtjeva koji se od izvještaja traže<sup>18</sup> ima zadatak da izvještaj razmotri i da na osnovu toga definiše svoje prijedloge i opšte preporuke. Iako ocjene Komiteta nisu obavezujuće, one su u prvom redu usmjerene na uputstva i smjernice za državu koja je izvještaj podnijela, neke od njih imaju veliku važnost i uticaj, a njihov doprinos je posebno važan kada se odnose na tumačenje obaveza povodom programskih prava.

Sistem periodičnog izvještavanja u ovom slučaju pokazao se kao jedini mogući način da se ostvari nadzor nad kategorijom neupućivih prava, obzirom da se njihova zaštita ne može ostvariti putem individualnih predstavljanja, čak i kada države prihvate ovu vrstu nadzora nad svojim obavezama.

Neposredni efekti sistema periodičnog izvještavanja su skromni, ali je njihovo dugoročno djelovanje značajno. Ovo se odnosi na promovisanje obaveze poštovanja preuzetih prava što za državu potpisnicu Konvencija predviđa u

---

<sup>16</sup> 1. 35. st. 5.

<sup>17</sup> 1. 36. st. 2.

<sup>18</sup> Smjernice o formi i sadržaju izvještaja država ugovornica definisao je Komitet za ljudska prava. O opštim smjernicama o formi i izvještaju država ugovornica, na osnovu 1. 40 PGP, vidjeti: *Yearbook of the HRCee (1977-78)*, II, str. 248. Ispravljena verzija iz 2000: Report of the HRCee, (2001), I, dok.UN A/56/40, str.162.

lanu 36 stav 4. Obaveza Komiteta je, kako je predviđeno članom 36 stav 5, da izvještaje dostavi specijalizovanim agencijama, fondovima i programima UN i drugim nadležnim tijelima. Ova promotivna djelatnost potiče postupanje naklonjeno ljudskim pravima i njegovanje kulture ljudskih prava, što je od presudnog značaja za stvaranje pogodnog društvenog ambijenta u kome se ta prava zaista i ostvariti.

#### b. Predstavke

Pristupanjem Opcionom protokolu uz Konvenciju o pravima osoba sa invaliditetom država potpisnica dozvoljava da se Komitetu za prava osoba sa invaliditetom, kao ugovornom organu Konvencije, dostavljaju predstavke koje će on razmatrati. Opcioni protokol dozvoljava da se kao titulari prava na ulaganje predstavke pojave „pojedinci i grupe pojedinaca“<sup>19</sup> koji za sebe tvrde da su žrtve kršenja prava od strane države koja se, pristupanjem Konvenciji, obavezala na njihovo poštovanje. Pominjanje „grupe lica“ ovdje ima posebno značenje. Autori Protokola su na ovaj način htjeli da naglase potrebu da se u slučajevima kada je titular aktivne legitimacije ovako označen predviđeni uslov da je žrtva kršenja prava treba ublažiti. Da li će to ublažavanje biti tumačeno na način da je dovoljno da grupa pokaže da na osnovu nekog zakonodavnog akta ili neke opšte upravne mjere dolazi u položaj opšte diskriminacije, kako je ovo postavljeno u kontekstu tumačenja člana 2 Fakultativnog protokola uz Konvenciju o suzbijanju diskriminacije žena, što bi dalo osnova za neku vrstu apstraktne kontrole normi, tek treba da pokaže praksa Komiteta za prava osoba sa invaliditetom.

Individualnom predstavkom se osigurava da inicijativu za pokretanje mehanizma zaštite konvencijskih prava preuzmu oni koji za njeno ostvarivanje imaju najviše interesa. Međunarodni nadzor kroz aspekt individualnih predstavlja značajan je jer će kroz niz međusobno različitih konkretnih situacija u kojima će biti primijenjen istovremeno proširiti spoznaju o stvarnim dometima primjene garantovanih konvencijskih prava. Njegova praksa, se na taj način, ne odnosi samo na konkretne predmete koje razmatra Komitet za prava osoba sa invaliditetom, već utiče i na tumačenje i na unaprjeđivanje sadržaja Konvencije.

Obzirom na činjenicu da Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom obuhvata i građanska i politička, ali i ekonomska, socijalna i kulturna prava značajno je da se utvrde stvarni dometi efikasnosti primjene ovog instrumenta zaštite.

Stepen obaveznosti u ostvarivanju prava utvrđenih normama međunarodnog prava o ljudskim pravima se razlikuje, a ta razlika se reflektuje na položaj njegovih titulara.

---

<sup>19</sup> 1.1 st.1. Opcionog protokola uz Konvenciju o pravima osoba sa invaliditetom

Sudski i kvazi-sudski postupci nisu podesni da se njima osigura zaštita ekonomskih, socijalnih ili kulturnih prava, pošto ona uglavnom ne sadrže individualna pravna ovlaštenja na temelju kojih se može tražiti od države izvršenje njenih obaveza. Ipak, obzirom na heterogenost ove generacije prava, na šta je već ukazano, izuzetak je moguće i to kod onih prava iz ove kategorije koja su podesna da zaštite pojedinca od miješanja države, ali i onih na koja se on može pozvati u vezi sa klauzulama o jednakosti i nediskriminaciji. Ime postaju osnov za sudski postupak.

Iako se mehanizam sudske zaštite ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava ne smije potpuno isključiti ipak ga treba prihvatiti sa opravdanom rezervom. Gdje god se pravo eksplicitno ne definiše, već se utvrđuje kao poželjni standard iz kog ne slijedi individualno pravno ovlaštenje, nema ni pripadajuće pravne zaštite po tom osnovu. Implementacija ovakvog prava ostaje tek sadržaj objektivne društvene politike. Individualne predstavke nisu sredstvo kojim se na nju može djelotvorno uticati.

Individualna predstavka, obzirom na uslove koje predviđa član 2 Opcionog protokola uz Konvenciju o pravima osoba sa invaliditetom, ne smije biti anonimna, ne smije biti korištena kao zloupotreba prava na podnošenje predstavke i nespojiva sa odredbama Konvencije. Predstavka ne smije biti neprihvatljiva ako je Komitet već razmatrao isto pitanje ili je ono bilo ili jeste predmet postupanja pred drugim međunarodnim tijelom. Uslov za podnošenje peticije je iscrpljenost drugih pravnih lijekova. Ovaj uslov ne odnosi se na one pravne lijekove predviđene unutrašnjim pravom kojima je primjena bezrazložno produžena ili je vjerovatno da njihova primjena neće dovesti do željenog efekta. Predstavka ne smije biti neprihvatljiva kao neosnovana i kada nije dovoljno podkrijepljena, te ako su se činjenice, na koje se predstavka odnosi, desile prije nego što je država pristupila Konvenciji, sem ako se činjenice nastavljaju i poslije tog datuma.<sup>20</sup>

### c. Privremene mjere

Podnosioci predstavki često traže donošenje privremenih mjera u strahu da bi im ponašanje države, zbog čega i traže zaštitu pred Komitetom, moglo nanijeti nepopravljivu štetu. Komitet taj zahtjev može proslijediti državi potpisnici na koju se predstavka odnosi. Koriste i diskreciono pravo koje mu je na ovaj način dato. Komitet ne odlučuje o dopuštenosti ili osnovanosti predstavke.

---

<sup>20</sup> 1. 2. Opcionog protokola uz Konvenciju o pravima osoba sa invaliditetom.

Uvažavanje zahtjeva za preduzimanje privremenih mjera po nalogu Komiteta za prava osoba sa invaliditetom izvjesno bi doprinijela ozbiljnosti postupka i doprinijelo uspješnijoj zaštiti konvencijskih prava.<sup>21</sup>

Postoje e normativno rješenje Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom ne kaže izri to da pozvana država mora usvojiti zahtjev za privremenim mjerama. Ovlaštenje Komiteta za prava osoba sa invaliditetom završava na donošenju prijedloga i preporuka, pa nema osnova da se obavezuju i karakter pripiše njegovim privremenim mjerama. Ipak, prema praksi Komiteta za ljudska prava i presudi Me unarodnog suda pravde u presudi Lagrand<sup>22</sup> odre ivanje privremenih mjera stvara pravnu obavezu prema državi kojoj je upu en.

Ovaj stav se može tim prije primijeniti u slu aju predstavki da bi se autoritetom ekspertskog tijela osigurala zaštita povrije enog prava.

#### d. Ozbiljno i sistemsko kršenje prava iz Konvencije

U slu aju ozbiljnog i sistemskog kršenja prava iz Konvencije Komitet je ovlašten, kada o tome ima pouzdane informacije, da državi potpisnici dostavi svoja zapažanja o tome i pozove je da sara uje u razmatranju informacije. Komitet, uzimaju i u obzir informacije koje bi mu mogla dostaviti pozvana država, kao i sve druge koje su mu dostupne, može imenovati jednog ili više izvjestilaca sa zadatkom provo enja istrage u konkretnom slu aju, uz obavezu da o svojim nalazima hitno izvjeste Komitet.<sup>23</sup> Istraga je povjerljiva, može se, uz dobijenu saglasnost, voditi i na teritoriju države, ija saglasnost se traži u svim fazama postupka.

Komitet nalaze istrage, zajedno sa komentarima i preporukama, dostavlja državi potpisnici na koju se oni odnose. Njena obaveza je da se o istim izjasni u roku od šest mjeseci.<sup>24</sup>

Ukoliko je država bila podvrgnuta istrazi, Komitet može da traži da se mjere poduzete u skladu sa njenim nalazom navedu u izvještaju koji je dužna da podnese prema lanu 35. Konvencije.

Ova procedura refleksija je rezolucije Ekonomskog i socijalnog savjeta broj 1235 i 1503 kojima su ustanovljene procedure za slu ajeve masovnog i

---

<sup>21</sup> U prilog ovome govori uspješna praksa primjene privremenih mjera u slu ajevima kada ih je naložio nadzorni organ Konvencije protiv mu enja. Vidjeti: Report of the CATCee, 2002, dok. UN A/57/44, str. 205.

<sup>22</sup> LaGrand, presuda od 27.6.2001.

<sup>23</sup> 1. 6. st. 2. Opcionog protokola uz konvenciju o pravima osoba sa invaliditetom.

<sup>24</sup> 1. 6. st. 4.



sistematskog kršenja ljudskih prava.<sup>25</sup> Njihova najveća slabost je što ih države nerado prihvataju doživljavaju i ih kao povredu svog suvereniteta. Praksa je pokazala da je mehanizam djelotvorniji kada je usmjeren na generalnu pojavu koja ima obilježja masovnog i sistematskog kršenja, nego kada se odnosi na konkretnu povredu takve prirode. Države lakše prihvataju procedure u ovom opštem kontekstu i spremnije su na saradnju.

UN-ovi ugovorni organi do sada nisu razvili jedinstvenu metodologiju rada za ovakve situacije, to je slučaj i sa Komitetom za prava osoba sa invaliditetom, ali je vjerovatno da će se u narednom vremenu postupak u praksi razvijati i doprinijeti efikasnosti zaštite konvencijskih prava.

## 5. Zaključak

Da bi međunarodni standard zaštite ljudskih prava, utvrđen međunarodnom pravnom normom, ostvario cilj svog donošenja države ga moraju primijeniti u okviru svog unutrašnjeg pravnog sistema.

Implementacija obaveza preuzetih po osnovu pristupanja međunarodnim ugovorima o ljudskim pravima podrazumijeva da će se kontrola provoditi i pred nadzornim tijelima koja su tim ugovorima predviđena. Mada postoje i nadzorni mehanizmi zaštite ljudskih prava na univerzalnom nivou još uvijek nisu potpuno razvijeni i dovoljno raznovrsni, njihov značaj se ne može osporiti.

Efikasnost pravnih normi znači i manje ili više uspješnu integraciju normativnih značenja, vrijednosti i ciljeva sa stvarnim ponašanjem njihovih adresata, čime se ostvaruju pojedini vidovi funkcije pravnih normi i uspostavlja stvarni pravni poredak. Zbog ovoga, namjera međunarodnog normotvorca je da normama ljudskih prava osigura potpunu efikasnost, mada on u toj namjeri u potpunosti ne uspijeva.

Iako je riječ o normama koje uživaju spontani interes adresata koji ih autonomno motiviše, jer oni u njima prepoznaju mogućnost za ostvarivanje svojih interesa, i taj sadržaj prihvataju sa uvjerenjem, struktura pravnih odnosa i društvene moći, razvijenost unutrašnjih, nacionalnih, pravnih sistema, u čijem okviru se njihova realizacija treba ostvariti, njihove pravne tehnike i različito nivo pravne i društvene svijesti utiču na zaključak da je efikasnost međunarodnog standarda zaštite ljudskih prava uvijek djelomična i da njenoj efikasnosti značajno doprinosi činjenica što međunarodne pravne norme o ljudskim pravima, bez obzira na nespornu autoritet svog donosioca, nisu prave izjave i ozbiljnom sankcijom u slučaju prekršaja. Mada je pravu uz silu

---

<sup>25</sup> Vidjeti: Buergenthal, T., Shelton, D., Stewart, P. D.: *International Human Rights In a Nutshell*, Thomson Reuters, 2009., četvrto izdanje, str. 140.

imanentan njoj suprotan element uvjerenja, efikasnost pravne norme još uvijek zavisi od prisile kojom je njena realizacija osigurana.<sup>26</sup>

Ovo se potvrđuje i u slučaju Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom.

Mehanizam zaštite prava iz Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom u ovom smislu predviđa samo obavezu periodičnog izvještavanja za visoke strane ugovornice. Mogućnost ulaganja individualnih predstavnika, kao i nadležnost Komiteta u slučaju ozbiljnog i sistematskog kršenja prava iz Konvencije uslovljeni su prihvatanjem Opcionog protokola. Opcioni protokol predviđa da visoka strana ugovornica, u slučaju ove druge nadzorne mjere, može u trenutku potpisivanja, ratifikacije ili pristupanja Protokolu, da isključi i ovu nadležnost Komiteta. Ipak i kada se ovi postupci primijene nijedan od njih ne završava obavezujom odlukom.

Odbijanje prihvatanja i u slučaju postupcima nadzora i nepoštovanje prijedloga i preporuka koji slijede nakon njihovog provođenja od strane država na koje se odnose opravdano dovode u pitanje efikasnost predviđenih mjera.

Mada se o uspješnosti meunarodnog nadzora može polemisati, ona se ipak ne može sasvim poreći. Djelotvornost prijedloga i preporuka Komiteta za prava osoba sa invaliditetom zavise od spremnosti države da ih prihvate i realizuju, a to se dešava samo u onim slučajevima kada je državi na koju se one odnose stalo do meunarodne reputacije i kada ona zaista želi da poštuje standarde meunarodne zajednice na koje se obavezala.

Ako je efikasnost mehanizma meunarodnog nadzora neizvjesna, njegova vrijednost je nesporna. Svojim djelovanjem Komitet za prava osoba sa invaliditetom snažno promovira prava garantovana Konvencijom i daje jasne smjernice za njihovo bolje ostvarivanje.

---

<sup>26</sup> Vidjeti: Peri, B., *Znanost i dijalektika*, Sveučilišna naklada, Zagreb 1978., str.76.

Professor Mirjana Nadaždin Defterdarevi , LL.D.  
Faculty of Law of the University "Dzemal Bijedic"

## **MEASURES OF INTERNATIONAL SUPERVISION OF THE IMPLEMENTATION OF THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES**

**Summary:** The Convention on the Rights of Persons with Disabilities provides for modest measures of control which are accompanied by the non-binding nature of the decisions made after its implementation. A State which has adhered to the Convention shall submit to the Committee on the Rights of Persons with Disabilities periodic reports on the measures it is taking to implement the Convention. No sanction is foreseen for non-fulfillment of this obligation. Other control measures, individual complaints, request for interim measures or investigations in the event of serious and systematic human rights violations, are optional and take place only when the countries agree to them.

Although the performance of international supervision can be argued, because the effectiveness of the proposals and recommendations of the Committee for the rights of people with disabilities depend on the readiness of the country to accept and implement, it cannot be completely denied.

**Key words:** Convention on the Rights of Persons with Disabilities, human rights, international monitoring of implementation, the Committee on the Rights of Persons with Disabilities, the effectiveness of the measures.



dr. Suzana Bubi , redovni profesor  
Univerzitet „Džemal Bijedi “ u Mostaru, Pravni fakultet

## NOVI PRISTUP URE ENJU STATUSA ODRASLIH OSOBA S DUŠEVNIM SMETNJAMA

**Sažetak:** U grupi odraslih osoba, na zaštitu ijih prava je nužno obratiti ve u pažnju na nacionalnom planu i na kojoj treba stalno insistirati, najugroženije su osobe s invaliditetom. One su uvijek upu ene na pomo drugih, bez koje ne mogu fizi ki ili pravno funkcionisati.

U radu se razmatra status osoba s invaliditetom, posebno onih s duševnim smetnjama, i to prvenstveno u kontekstu UN Konvencije o pravima osoba s invaliditetom. Naglasak je na zahtjevu osiguranja prava na jednakost pred zakonom, odnosno uživanja i ostvarivanja poslovne sposobnosti te pristupa podršci u tome, kao i na mehanizmima zaštite. Udovoljenjem ovim zahtjevima država, odnosno zakonodavac stvara uslove za realizaciju svih prava koja su ovim osobama priznata Konvencijom, pa i onih u oblasti porodi nog prava, na koja se autorica ograni ila u radu.

**Ključne riječi:** odrasle osobe, Konvencija o pravima osoba s invaliditetom, duševne smetnje, poslovna sposobnost, mjere zaštite, podrška

### 1. Uvodne napomene

Porast udjela stanovništva iznad odre ene dobi u globalnoj populaciji, odnosno pojava starenja stanovništva, prisutna je u cijelom svijetu, kao posljedica pada nataliteta, na jednoj, i produženja životnog vijeka, zahvaljuju i napretku medicine i boljim uslovima života, na drugoj strani. U 2015. godini 9,1% svjetske populacije bilo je mla e od 5 godina, 26,1% mla e od 15 godina, 12,3% sa 60 ili više, a 1,7% sa 80 ili više godina. Iz ovih podataka proizlazi da su 50,8% populacije inile osobe od 15 do 60 godina, odnosno 64,8% osobe starije od 15 godina. Me utim, prema projekcijama, odnos osoba mla ih od 15 godina i onih sa 60 ili više godina zna ajno e se promijeniti u 2050. godini: umjesto dvostruko ve eg broja prvih u odnosu na druge, njihov broj e se skoro izjedna iti. Naime, zbog brzog starenja e u 2050. godini u svijetu (bez Afrike) biti skoro etvrtina ili više stanovništva starog 60 ili više godina. U Evropi je procent stanovništva sa i iznad 60 godina dvostruko ve i od ovog na globalnom planu.<sup>1</sup> U ukupnoj populaciji Evropske unije broj odraslih i starih osoba u 2014.

---

<sup>1</sup> World Population Prospects, The 2015 Revision, *Key Findings and Advance Tables*, United Nations New York, 2015, str. 7 – 9,

godini je ve i nego na globalnom planu: 65,8% inile su osobe od 15 do 64 godine, a 18,5% osobe sa 65 ili više godina.<sup>2</sup> S obzirom da rezultati popisa stanovništva u Bosni i Hercegovini, provedenog 2013. godine, još nisu objavljeni, struktura stanovništva po godinama je nepoznata. Starenje stanovništva name e vladama država obavezu redizajniranja politika koje se ti u potreba starijih osoba, odnosno pružanja podrške ovim osobama.

Me u odraslim osobama znatan je broj osoba s invaliditetom. Prema podacima Svjetske zdravstvene organizacije oko 15% svjetske populacije ima neki od oblika invaliditeta.<sup>3</sup> Ovim procentom, istina, nisu obuhva ene samo odrasle, ve i maloljetne osobe. O broju ovih osoba u Bosni i Hercegovini ne postoje podaci, odnosno ne postoje me usobno uporedivi podaci.<sup>4</sup> Naime, evidencija o ovim osobama ne vodi se na jedinstven na in i po precizno utvr enim pravilima i kriterijima, ne postoje baze podataka o njima, a ni nadležnost za prikupljanje podataka nije jedinstveno ure ena.<sup>5 6</sup>

U radu e se razmatrati status, odnosno pojedina pitanja koja se ti u odraslih osoba s invaliditetom, uz ograni enje na osobe s duševnim smetnjama. Prije razmatranja prava ovih osoba priznatih u UN Konvenciji o pravima osoba s

---

[http://www.google.hr/url?url=http://esa.un.org/unpd/wpp/publications/files/key\\_findings\\_wpp\\_2015.pdf&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ved=0ahUKEwjk1syW7KPKAhXIBywkHfSrATYQFggSMAA&usg=AFQjCNGv3JjPdFyB5ByVJOLsHnaQ41H0g](http://www.google.hr/url?url=http://esa.un.org/unpd/wpp/publications/files/key_findings_wpp_2015.pdf&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ved=0ahUKEwjk1syW7KPKAhXIBywkHfSrATYQFggSMAA&usg=AFQjCNGv3JjPdFyB5ByVJOLsHnaQ41H0g), pristup 28. 12. 2015.

Do pada broja stanovnika e, prema projekcijama, do i u 48 zemalja. Bosna i Hercegovina je me u 11 zemalja u kojim e smanjenje biti više od 15%

Srednja dob u 2015. godini je 29,6 godina, što zna i da je polovina populacije mla a, a polovina starija od te dobi (str.1).

<sup>2</sup>[http://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php/File:Population\\_age\\_structure\\_by\\_major\\_age\\_groups,\\_2004\\_and\\_2014\\_\(%25\\_of\\_the\\_total\\_population\)\\_YB15.png](http://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php/File:Population_age_structure_by_major_age_groups,_2004_and_2014_(%25_of_the_total_population)_YB15.png), pristup 11. 1. 2016.

<sup>3</sup> Disability and health, Fact sheet N°352, Reviewed December 2015,

<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs352/en/>, pristup 10. 1. 2016.

<sup>4</sup> Statistika o ovim osobama ne postoji i pored obaveze nadležnih vlasti da prikupljaju podatke. Obavezivanje nadležnih vlasti, prema Standardnim pravilima za izjedna avanje mogu nosti za osobe sa invaliditetom (Pravilo 13), da razmotre mogu nost osnivanja banke podataka o invaliditetu koja bi uklju ivala, pored ostalog, statistike o razli itim grupama osoba sa invaliditetom, nije rezultiralo osnivanjem ove banke. Obaveza prikupljanja odgovaraju ih informacija, uklju uju i statisti ke podatke i podatke iz istraživanja, normirana je i u lanu 31. Konvencije.

<sup>5</sup> Specijalni izvještaj o pravima osoba s invaliditetom, Institucija ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine, Novembar 2010. godine, str. 33.

[http://rightsforall.ba/wpcontent/uploads/2014/06/ljudska\\_prava\\_bos\\_dodatak\\_specijalni\\_izvjestaj\\_o\\_pravima\\_osoba\\_sa\\_invaliditetom.pdf](http://rightsforall.ba/wpcontent/uploads/2014/06/ljudska_prava_bos_dodatak_specijalni_izvjestaj_o_pravima_osoba_sa_invaliditetom.pdf), pristup 29. 12. 2015.

<sup>6</sup> Rezultati popisa iz 2013. godine trebalo bi da sadrže relevantne podatke dobijene na osnovu odgovora na pet pitanja koja je, prema EUROSTAT-ovim uputstvima za evidenciju osoba s invaliditetom, pripremila Agencije za statistiku BiH. (Prema Inicijalnom izvještaju Bosne i Hercegovine o provo enju Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima osoba sa invaliditetom, maj 2012, str. 82)

[http://www.mhrr.gov.ba/Javni\\_poziv/INICIJALNI%20%20IZVJESTAJ%20BIH.pdf](http://www.mhrr.gov.ba/Javni_poziv/INICIJALNI%20%20IZVJESTAJ%20BIH.pdf), pristup 29. 12. 2015.

invaliditetom (u daljem tekstu: Konvencija)<sup>7</sup>, relevantnih za oblast porodi nog prava, pažnja e se zadržati na definiciji invaliditeta, odnosno odre enju osoba s invaliditetom i duševnim smetnjama.

## 2. Definicija invaliditeta i osoba s invaliditetom

Invaliditet se razli ito odre uje, zavisno od pristupa od kojeg se polazi, odnosno od prihva enog modela invaliditeta. U 90 - im godinama 20. vijeka, do tada u teoriji prihva eni medicinski model, zamijenjen je socijalnim, a ovaj model u istom obliku po inje se napuštati krajem te decenije.

Prema medicinskom modelu, invaliditet se definiše samo na osnovu ošte enja koje postoji na strani jedne osobe, pa ozna ava njenu nesposobnost da zbog tog nedostatka „funkcioniše na uobi ajen na in“. Osobe s invaliditetom se odre uju kao „osobe s problemima, objekti brige i primaoci socijalne pomo i.“<sup>8</sup>

U socijalnom modelu problemi invaliditeta se preusmjeravaju sa pojedinaca na njihovu interakciju s okruženjem - na razli ite prepreke koje se u sredini u kojoj žive stvaraju i uve avaju za njih. U skladu s tim, autori zagovornici ovog modela umanjuju zna aj zdravstvene dimenzije invaliditeta i invaliditet smatraju kao „društvenu konstrukciju koja odražava sistematsko uskra ivanje ljudskih prava grupi pojedinaca koji se smatraju da su manje u stanju funkcionisati u društvu zbog individualnih ošte enja.“<sup>9</sup> U ovom modelu invaliditet se smješta u kontekst ljudskih prava.

Autori koji su isticali prednosti socijalnog modela, krajem 90 - ih godina mijenjaju stav, naro ito kritikuju i stroge verzije ovog modela.<sup>10</sup> Smatraju da, nakon izvršene prve promjene paradigme - zamjene medicinskog modela socijalnim, treba da se izvrši i druga promjena - prihvatanje modela koji e efikasnije objasniti iskustvo osoba sa invaliditetom.<sup>11</sup> Po njima, ošte enje (kao atribut individualnog tijela ili uma) i invaliditet (kao odnos izme u osobe s

---

<sup>7</sup> Konvencija i Fakultativni protokol uz nju usvojena je 13. 12. 2006, a stupila na snagu 3. 5. 2008. godine. Njena potpisnica je i Evropska unija. Bosna i Hercegovina ju je potpisala 29. 7. 2009, ratifikovala 12. 3. 2010. godine („Službeni glasnik BiH - Me unarodni ugovori“ br. 11/09), a za BiH stupila je na snagu 12. 4. 2010. godine.

<sup>8</sup> Lewis, O, *Legal capacity in international human rights law* (dissertation), Leiden University, 2015, str.212. <https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/33834>, pristup 28. 12. 2015.

<sup>9</sup> Krahn, G & Campbell, VA 2011, 'Evolving Views of Disability and Public Health: The Roles of Advocacy and Public Health', *Disability and Health Journal*, vol. 4, no. 1, pp. 12-18. prema Lewis, *op. cit.* str. 213.

<sup>10</sup> Shakespeare, T; Watson, N, *The social model of disability: an outdated ideology?* *Research in Social Science and Disability* Volume 2, pp. 9-28 (2002), <http://www.google.hr/url?url=http://disability-studies.leeds.ac.uk/files/library/Shakespeare-social-model-of>

*disability.pdf&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ved=0ahUKEwiModaroszKAhWH6xQKHW4FBKwQFggVMAA&usg=AFQjCNE9i5oOQzakwCRQ6Rzj1pwMnNiJDw*, pristup 10. 1. 2016.

<sup>11</sup> *Ibidem*, str. 23.

ošte enjem i društva, odnosno kao socijalna tvorevina), izme u kojih se pravi razlika u socijalnom modelu, nisu me usobno suprotstavljeni, ve su razli ite aspekti pojedina nog iskustva, s teško odredivom ta kom u kojoj završava ošte enje, a po inje invaliditet. Upravo zbog ovog posljednjeg i smatraju neodrživim razlikovanje izme u ošte enja i invaliditeta. Invaliditet ne posmatraju ni kao samo medicinsko, ni kao samo društveno iskustvo, ve kao „dijalekti ku cjelinu bioloških, psiholoških, kulturnih i društveno - politi kih faktora“ me usobno teško odvojivih.<sup>12</sup>

U novije vrijeme se isti e potreba multidimenzijskog pristupa rješavanju koncepta invaliditeta i odre ivanju njegove definicije s obzirom na njegove medicinske, funkcionalne i socijalne komponente.<sup>13 14</sup>

U Konvenciji nije data definicija invaliditeta.<sup>15</sup> Umjesto nje, odredba lana 1. stava 2. sadrži širok opis koji uklju uje „osobe koje imaju dugotrajna tjelesna, mentalna, intelektualna ili osjetilna ošte enja koja u interakciji s razli itim preprekama mogu ometati njihovo puno i efikasno u eš e u društvu ravnopravno s drugim.“<sup>16</sup> Iz ove odredbe proizlazi da za invaliditet nije dovoljno samo postojanje i duže trajanje jednog od navedenih oblika ošte enja, ve da treba da postoji i mogu nost nastanka posljedice - nemogu nosti potpunog integrisanja u društvo. Ova posljedica nastaje kroz me usobno djelovanje prisutnog ošte enja i prepreka koje u okruženju u kojem živi ometaju osobu s tim ošte enjem da se uklju i u društvo. Naglasak, zna i, nije samo na individualnim karakteristikama - ošte enjima, ve i na uskra ivanju ljudskih prava osobama koje se, zbog tih karakteristika, smatraju manje sposobnim funkcionisati i uklju iti se u društvo. U teoriji se ovo konvencijsko rješenje povezuje sa socijalnim modelom: zna ajnim se smatra da se ono ne zasniva na zdravstvenom, ve na socijalnom modelu i pristupu invaliditetu.<sup>17</sup> U opisu invaliditeta sadržanom u Konvenciji kombinovani su elementi medicinskog i socijalnog modela, mada je prihva eni model u suštini blaža varijanta socijalnog modela, varijanta koja ne samo što ne isklju uje zna aj zdravstvenog aspekta

---

<sup>12</sup> *Ibidem*, str. 24.

<sup>13</sup> McDermott, S, Turk, M. A, *The myth and reality of disability prevalence: measuring disability for research and service*, Disability and Health Journal, January 2011, Volume 4, Issue 1, Pages 1-5,

<sup>14</sup> Kritika socijalnom modelu upu uje se zbog odbacivanja iskustva koja doživljavaju ove osobe.

<sup>15</sup> O razlozima za (ne)uvo enje definicije u Konvenciju v. šire: Lewis, *op. cit.*, str.213 - 214;

<sup>16</sup> Iz ovakvog odre enja invaliditeta moglo bi se zaklju iti da je grupa osoba s invaliditetom homogena, ali ona to o igledno nije. Naime, osobe unutar ove grupe imaju razli ite oblike ošte enja i potrebni su im razli iti oblici pomo i i podrške. Me utim, u Konvenciji te razlike, kao ni zajedni ki faktori koji ipak postoje, nisu prepoznati u dovoljnoj mjeri, pa se u teoriji kritikuje nejasno a Konvencije o ovom pitanju. (Hendriks, A, *The Undisability Convention and (Multiple) Discrimination: Should EU Non-Discrimination Law Be Modelled Accordingly?*, u: European Yearbook of Disability Law, Volume 2, Edited by Lisa Waddington and Gerard Quinn, Intersentia Antwerp – Oxford – Portland 2010, str. 18 – 21.

<sup>17</sup> Lewis, *op. cit.*, str. 214.



invaliditeta, ve ga smatra važnim faktorom, zajedno sa socijalnim. Invaliditet proizlazi iz interakcije funkcionalnog statusa osobe s njenim okruženjem.<sup>18 19</sup>

Prihvatanje ovog modela omogućava unapređenje ljudskih prava osoba s invaliditetom; na osnovu njega se državama članicama mogu nametnuti obaveze uklanjanja prepreka zbog kojih su ove osobe, pri ostvarivanju prava, u neravnopravnom položaju u odnosu na druge osobe. Ako okruženje u kojem žive osobe s invaliditetom osigurava podršku ovim osobama, one ne e biti nesposobne, odnosno ne u onoj mjeri u kojoj su bile prije dobijanja pomoći, i moći e se integrisati u društvo.<sup>20 21</sup>

U Konvenciji nije određen nijedan od oblika oštećenja navedenih u odredbi člana 1. Od svih njih razmotrit ćemo mentalna i intelektualna oštećenja, s obzirom da je predmet rada ograničen samo na status osoba s duševnim smetnjama.

U Meunarodnoj klasifikaciji o funkcionisanju, invaliditetu i zdravlju Svjetske zdravstvene organizacije, u okviru oštećenja tjelesnih funkcija, na listi mentalnih funkcija su: svijest, orijentacija (u odnosu na prostor, vrijeme i lica), intelektualne funkcije (uključujući i retardaciju i demenciju), spavanje, pažnja, pamćenje, emocionalne i perceptivne funkcije, visok nivo kognitivnih funkcija.<sup>22</sup>

---

<sup>18</sup> Mont, D, *Measuring Disability Prevalence, Disability & Development Team*, HDNSP, The World Bank March 2007, str. 3, <http://siteresources.worldbank.org/DISABILITY/Resources/Data/MontPrevalence.pdf>, pristup 15. 1. 2016.

<sup>19</sup> U Preporuci Vijeća Evrope R(99)04 o principima koji se ti u pravne zaštite odraslih osoba s invaliditetom, ove osobe se definišu kao odrasle osobe koje su zbog oštećenja ili nedovoljnosti ličnih sposobnosti nesposobne za autonomno donošenje odluka koje se ti u ličnih ili ekonomskih stvari ili za shvatanje, izražavanje ili djelovanje u skladu s tim odlukama i koje zbog toga ne mogu štiti svoj interes. Nesposobnost može biti posljedica mentalnog invaliditeta, bolesti ili slinog razloga. U Preporuci je prihvaćen funkcionalni koncept – težište je na (ne)sposobnosti za donošenje odluka. (Preporuka dostupna na: [http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts\\_and\\_documents/Rec\(99\)4E.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/Rec(99)4E.pdf), pristup 20. 1. 2016)

<sup>20</sup> U tom smislu i Lewis, *op. cit.* str. 213.

<sup>21</sup> Uklanjanje prepreka se zahtijeva i u Preporuci Komiteta ministara Vijeća Evrope (2006)5. U odjeljku 2. 2. navedeno je da se invalid više ne posmatra kao pacijent kojem treba njega, ve kao osoba kojoj treba uklanjanje postojećih prepreka kako bi zauzela mjesto koje joj pripada kao punopravnom članu društva. Kao prepreke su navedeni stavovi i prepreke - društvene, zakonske i one iz okruženja. (Recommendation Rec(2006)5 of the Committee of Ministers to member states on the Council of Europe Action Plan to promote the rights and full participation of people with disabilities in society: improving the quality of life of people with disabilities in Europe 2006-2015, dostupna na: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=986865>, pristup 20. 1. 2016.)

Na potrebu uklanjanja prepreka na koje nailaze osobe s invaliditetom ukazano je i u Meunarodnoj klasifikaciji o funkcionisanju, invaliditetu i zdravlju Svjetske zdravstvene organizacije, koja je okvir za mjerenje zdravlja i invaliditeta (International Classification of Functioning, Disability and Health' [ICFDH] 2001). Kako je u fokusu Klasifikacije posljedica, u obzir se uzimaju svi uslovi koji uti u na funkcionisanje pojedinca, tako da se ne razmatraju samo medicinski, ve i drugi aspekti invaliditeta. ([http://www.who.int/classifications/icf/icf\\_more/en/](http://www.who.int/classifications/icf/icf_more/en/), pristup 12. 1. 2016)

<sup>22</sup> *ibidem*

Doma e zakonodavstvo nije uskla eno s navedenom klasifikacijom. Zakoni Federacije Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: FBiH) i Republike Srpske (u daljem tekstu RS) odvojeno odre uju osobe s duševnim smetnjama i osobe s težim duševnim smetnjama, odnosno s mentalnim poreme ajima i težim mentalnim poreme ajima. Njihovo odre enje je zasnovano na medicinskom modelu, a razlika je u tome što se kod prvih navode samo individualne karakteristike ovih osoba, a kod drugih i posljedice koje one izazivaju u njihovom funkcionisanju. Tako se u Zakonu o zaštiti osoba s duševnim smetnjama FBiH<sup>23</sup> kao osoba sa duševnim smetnjama odre uje „duševno bolesna osoba, osoba sa duševnim poreme ajem, nedovoljno duševno razvijena osoba, ovisnik o alkoholu ili drogama ili osoba sa drugim duševnim smetnjama.“ ( lan 3. ta ka 1). U definiciju osoba s težim duševnim smetnjama, pored postojanja duševne smetnje, kao dodatni element je unesena posljedica koju treba da izazove duševna smetnja: da osoba zbog nje nije u mogu nosti shvatiti zna enje svog postupanja ili ne može vladati svojom voljom ili su te mogu nosti smanjene u tolikoj mjeri da je neophodna psihijatrijska pomo “ ( lan 3. ta ka 2). Osim jedne razlike pri odre enju prvih, Zakon o zaštiti lica sa mentalnim poreme ajima RS odre uje na sli an na in osobe s mentalnim poreme ajem i s težim mentalnim poreme ajem.<sup>24</sup> Istoimeni zakon Br ko Distrikta<sup>25</sup> lice s mentalnim poreme ajem definiše kao lice koje ostvaruje mentalno - zdravstvenu zaštitu zbog mentalnih poreme aja ili bolesti ( lan 3. ta ka 1).<sup>26</sup>

### **3. Status osoba s duševnim smetnjama u Konvenciji o pravima osoba s invaliditetom**

Osobe s invaliditetom ine grupu koja je u svim dijelovima svijeta kroz istoriju diskriminisana po osnovu invaliditeta u skoro svim aspektima života. U odnosu na brojniju grupu neinvalidnih osoba, ove osobe su tretirane nejednako, nisu im priznavana ni poštovana prava, uskra ivana im je poslovna sposobnost. Ovakvo stanje je prisutno i danas, a unutar ove grupe posebno je težak položaj osoba s duševnim smetnjama, naro ito onda kada im je zbog njih oduzeta poslovna sposobnost. Nerijetko su one još uvijek suo ene s viktimizacijom, isklju ivanjem iz društva i uskra ivanjem prava.

---

<sup>23</sup> Službene novine FBiH, broj 37/2001, 40/2002 i 52/2011

<sup>24</sup> Službeni Glasnik Republike Srpske, broj 46/2004

„Kao lice sa mentalnim poreme ajem smatra se lice koje prima mentalno-zdravstvenu zaštitu zbog mentalnog poreme aja (bolesti), nedovoljnog mentalnog razvoja, lice zavisno od psihoaktivnih supstanci (alkohol, droga), lice sa drugim mentalnim poreme ajima. Lice sa težim mentalnim poreme ajima je lice sa takvim mentalnim poreme ajima koji mogu zna ajno remetiti mogu nost shvatanja zna enja njegovog postupanja ili ne može vladati svojom voljom ili su te mogu nosti smanjene u tolikoj mjeri da je neophodna psihijatrijska pomo “ ( lan 3. ta ke 1. i 2). Pri odre enju lica s mentalnim poreme ajem naglasak je stavljen na to da lice „prima mentalno-zdravstvenu zaštitu“ zbog navedenih oblika poreme aja, što se ne ini prihvatljivim rješenjem.

<sup>25</sup> Službeni glasnik Br ko Distrikta BiH, br. 12/2006

<sup>26</sup> Ovaj zakon je iz zakona Republike Srpske preuzeo ostvarivanje mentalno - zdravstvene zaštite kao element definicije lica s mentalnim poreme ajem.

Zaokret u stavu prema osobama s invaliditetom u smislu osiguravanja njihovog statusa ravnopravnog s položajem ostalih osoba i zaštite njihovih prava, u injen je donošenjem UN Konvencije o pravima osoba s invaliditetom.<sup>27</sup> Potpisivanje i ratifikacija Konvencije, u injeno od velikog broja država, nije, me utim, dovelo do stvarnog popravljjanja položaja ovih osoba. Naime, sve države lanice Konvencije nisu ispunile obaveze koje su u njoj propisane, tako da se ove osobe još uvijek diskriminišu i stigmatiziraju.<sup>28</sup> Konvencija nije uvela nova prava za osobe s invaliditetom, ve je postoje a ljudska prava preformulisala i jasnije ih izrazila u kontekstu invaliditeta. U njoj se više insistira na zaštiti ovih prava i spre avanju diskriminacije osoba s invaliditetom. U njenoj Preambuli je, izme u ostalog, naglašena potreba unapre enja i zaštite ljudskih prava svih osoba s invaliditetom i zabrinutost zbog toga što se ove osobe, i pored svih razli itih instrumenata i nastojanja, i dalje suo avaju s preprekama da u estvuju kao ravnopravni lanovi društva i sa kršenjima ljudskih prava u svim dijelovima svijeta (ta ke j i k). Stoga je kao svrha Konvencije odre eno unapre enje, zaštita i osiguravanje punog i ravnopravnog uživanja svih ljudskih prava i osnovnih sloboda osoba s invaliditetom<sup>29</sup> te unapre enje poštovanja njihovog uro enog dostojanstva ( lan 1. stav 1). Upravo radi postizanja toga cilja u Konvenciji su normirane opšte obaveze država potpisnica ( lan 4).

Od prava priznatih Konvencijom, navodimo ona koja su posebno važna za osobe s duševnim smetnjama. To su prava na: život ( lan 10), jednakost pred zakonom ( lan 12), pristup pravosu u ( lan 13), poštovanje tjelesnog i mentalnog integriteta ( lan 17), poštovanje privatnosti ( lan 22), poštovanje doma i porodice ( lan 23), obrazovanje ( lan 24), zdravlje ( lan 25). U daljem tekstu e se, zbog zna aja i potrebe implementacije i osiguranja njihove realizacije u okviru doma eg porodi nog zakonodavstva, razmatrati pravo na

---

<sup>27</sup> O razvoju ljudskih prava u kontekstu invaliditeta v.: Quinn, G, *A Short Guide to the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, u: *European Yearbook of Disability Law Volume 1*, str. 89 - 103, Edited by Gerard Quinn and Lisa Waddington, 2009 Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, <http://www.nuigalway.ie/cdlp/Publications/yearbook/off%20print%20Quinn.pdf>, pristup 29. 12. 2015.

<sup>28</sup> Na dan 13. 1. 2016. godine Konvencija ima 161 stranku i 160 potpisnica. [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-15&chapter=4&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&lang=en), pristup 13. 1. 2016.

<sup>29</sup> U Konvenciji su normirana sva prava, kako gra anska i politi ka, tako i ekonomska, socijalna i kulturna, a Opcioni protokol uz Konvenciju osigurava njihovo ostvarivanje normiranjem mogu nosti podnošenja zahtjeva protiv države koja je povrijedila konvencijska prava ( lan 1). (Protokol dostupan na: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/OptionalProtocolRightsPersonsWithDisabilities.aspx>, pristup 13. 1. 2016.

Po tome što normira samo prava jedne grupe osoba - onih s invaliditetom, ova Konvencija je sli na Konvenciji o pravima djeteta i Konvenciji o eliminisanju svih oblika diskriminacije žene. Time je Konvencija priznala da su osobe s invaliditetom generalno ranjivije, izložnije diskriminaciji i drugim oblicima kršenja ljudskih prava od osoba bez invaliditeta (o tome i o multipliciranoj diskriminaciji ovih osoba v. šire: Hendriks, A, *supra note* 15)

jednakost pred zakonom (pravo na poslovnu sposobnost) i pravo na poštovanje privatnosti i porodice.<sup>30</sup>

### 3. 1. Pravo na jednakost pred zakonom

Zna aj poslovne sposobnosti, odnosno zahtjev za nenormiranjem mogu nosti njenog ograni enja ili oduzimanja zbog samog invaliditeta, pa onda i jednakost pred zakonom osoba s invaliditetom, prepoznati su i izri ito priznati u lanu 12. Konvencije. Kao i ostala prava iz Konvencije, i ovo pravo je priznato u više me unarodnih i regionalnih dokumenata o ljudskim pravima. Zbog toga su u lanu 12. Konvencije navedeni samo specifi ni elementi koji se u praksi tradicionalno uskra uju osobama s invaliditetom, a o kojima države treba da vode ra una u cilju osiguranja ravnopravnog ostvarivanja ovog prava.<sup>31</sup>

Odredbe lana 12. Konvencije potvr uju pravo osoba s invaliditetom na punu poslovnu sposobnost, koja je pretpostavka za jednako uživanje svih ostalih prava priznatih u Konvenciji. U skladu s tim, tuma enje ovih odredaba mora se zasnivati na op im principima Konvencije sadržanim u lanu 3.

U odredbi stava 1. ovim osobama je priznat pravni subjektivitet: one „imaju pravo svugdje biti priznate kao osobe pred zakonom.“

#### 3. 1. 1. Poslovna sposobnost osoba s duševnim smetnjama

U stavu 2. lana 12. Konvencije države su obavezane priznati da osobe s invaliditetom uživaju poslovnu sposobnost u svim oblastima života ravnopravno s drugim osobama. Ova odredba ne sadrži definiciju poslovne sposobnosti, a prema Komentaru Konvencije poslovna sposobnost obuhvata sposobnost osobe da bude nosilac prava i da djeluje na osnovu zakona (ta ka 12).<sup>32 33</sup> Na isti na in se odre uje i u me unarodnim i regionalnim aktima, kao i u dijelu uporednog

---

<sup>30</sup> Sva ova prava i njihovo ostvarivanje zasnivaju se na op im principima Konvencije: poštovanje uro enog dostojanstva, li ne autonomije, uklju uju i slobodu izbora i neovisnost osoba, nediskriminacije, puno i efikasno u eš e i uklju ivanje u društvo, poštovanje razlika i prihvatanje osoba s invaliditetom kao dijela ljudske razli itosti i ovje nosti, jednakost mogu nosti, pristupa nost, jednakost muškaraca i žena, poštovanje sposobnosti razvoja djece s invaliditetom i poštovanje prava djece s invaliditetom na o uvanje vlastitog identiteta ( lan 3).

<sup>31</sup> Ovo je izri ito naglasio Komitet za prava osoba s invaliditetom u Op em komentaru lana 12. Konvencije o pravima osoba s invaliditetom, br. 1 (2014) (u daljem tekstu: Op i komentar) (General comment No. 1 (2014) Article 12: Equal recognition before the law, CRPD/C/GC/1) dostupan na: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/20/PDF/G1403120.pdf?OpenElement>, pristup 5. 1. 2016.

<sup>32</sup> Na isti na in, sastavljenu od ove dvije komponente, poslovnu sposobnost je definisao Me unarodni savez invaliditeta (International Disability Alliance) u Pravnom mišljenju o lanu 12. Konvencije (“Legal Opinion on Article 12 of CRPD), str. 2, dostupno na: <http://disability-studies.leeds.ac.uk/files/library/legal-opinion-LegalOpinion-Art12-FINAL.pdf>, pristup 5. 1. 2016.

<sup>33</sup> Oliver Lewis je definiše kao „konstrukciju koja omogu ava zakonu da prepozna i vrednuje odluke i transakcije“ osobe. (*op. cit.*, str. 164)

prava, dok su u našem pravnom sistemu pravna i poslovna sposobnost razdvojene. Stoga, s aspekta doma eg prava, osobe s invaliditetom, odnosno s duševnim smetnjama, imaju pravnu sposobnost, pošto su svi subjekti u pravu nosioci prava, a sporna može biti samo njihova poslovna sposobnost.

Poslovna sposobnost se ne može izjednati s mentalnom, odnosno duševnom sposobnoš u. U Op em komentaru lana 12. Komiteta za prava osoba s invaliditetom (u daljem tekstu: Komitet) za mentalnu sposobnost se navodi da se odnosi na vještine donošenja odluka koje variraju od osobe do osobe i mogu biti različite za konkretnu osobu, zavisno od brojnih faktora, uključujući i društvene i faktore sredine (ta ka 13).<sup>34</sup> Me utim, u nacionalnim pravima se izme u ove dvije sposobnosti ne pravi razlika, što je Komitet konstatovao nakon što je razmotrio izvještaje država lanica Konvencije. Utvrdio je da se osobi za koju se smatra da ima smanjenu vještinu odlučivanja, esto zbog kognitivnog ili psihosocijalnog invaliditeta, oduzima poslovna sposobnost za donošenje određene odluke (ta ka 15).<sup>35</sup>

Još prije donošenja Konvencije potreba maksimalnog o uvanja poslovne sposobnosti istaknuta je u Preporuci Komiteta ministara Vije a Evrope R(99)04 o principima koji se ti u pravne zaštite odraslih osoba s invaliditetom. Ova potreba je uzdignuta na nivo Principa 3, prema kojem mjere zaštite ovih osoba ne treba da imaju za posljedicu automatsko potpuno oduzimanje poslovne sposobnosti, ve onda kada je to neophodno radi njihove zaštite, poslovna sposobnost treba da se ograni i. U Memorandumu objašnjenja ove Preporuke navodi se da procjena poslovne sposobnosti treba da se usmjeri na „sposobnost donošenja određениh odluka ili tipova odluka, ili provo enja specifi nih postupaka ili postupaka iz specifi ne oblasti“(ta ka 35).<sup>36</sup> Pravo osoba s invaliditetom da svuda budu priznate kao osobe pred zakonom normirano je i u Preporuci Komiteta ministara Vije a Evrope (2006)5: kada im je potrebna pomo u ostvarivanju poslovne sposobnosti, države lanice moraju osigurati da se ona zakonom osigura na odgovaraju i na in, kao i pružiti pomo i podršku ovim osobama (ta ke 3.12.1. i 3.12. 2).<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> *supra* note 31.

<sup>35</sup> Pristup zakonodavaca pri normiranju donošenja ove odluke je razli it. Negdje je prihva en statusni pristup (odluka se donosi na osnovu dijagnoze ošte enja), negdje funkcionalni (ukoliko se vještine odlučivanja ocijene nedovoljnim), a negdje pristup zasnovan na ishodu (ako se ocijeni da odluka koju osoba donese ima negativne posledice). Zajedni ko za sva tri pristupa je to što se invaliditet i/ili vještina odlučivanja osobe uzimaju kao legitimni osnov za oduzimanje poslovne sposobnosti i umanjenje njenog statusa kao osobe pred zakonom. Nijedan od njih nije prihvatljiv, s obzirom da lan 12. Konvencije ovakvo postupanje ne dozvoljava, ve zahtijeva pružanje podrške ovim osobama u ostvarivanju poslovne sposobnosti. (*ibidem*)

<sup>36</sup> Vije e ministara Vije a Evrope, Memorandum objašnjenja Preporuke R(99)04 o principima koji se ti u pravne zaštite punoljetnih osoba umanjениh sposobnosti, usvojen 23. februara 1999. godine, [http://www.google.ba/url?url=http://www.hrc.unsa.ba/projekti/Memorandum.doc&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ved=0ahUKEwi3uamU9s\\_KAhVEd3IKHQZsCakQFggSMAA&usq=AFQjCNH3E8EiWs0Vruhzy5MdQKsTvUJUOA](http://www.google.ba/url?url=http://www.hrc.unsa.ba/projekti/Memorandum.doc&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ved=0ahUKEwi3uamU9s_KAhVEd3IKHQZsCakQFggSMAA&usq=AFQjCNH3E8EiWs0Vruhzy5MdQKsTvUJUOA), pristup 5. 1. 2016.

<sup>37</sup> *supra* note 20

### 3. 1. 2. Podrška osobama s duševnim smetnjama i zaštitne mjere

lan 12. Konvencije obuhvata sve osobe s invaliditetom, bez obzira na to kolika je njihova potreba za podrškom. Bez odredbe o pružanju podrške ovim osobama, poslovna sposobnost osoba s velikim stepenom invaliditeta bila bi uskra ena.<sup>38</sup>

Podrška osobama s invaliditetom ure ena je stavom 3. lana 12. Konvencije: države lanice se obavezuju na preduzimanje odgovaraju ih mjera radi osiguranja osobama s invaliditetom pristupa podršci koju one mogu zahtijevati u ostvarivanju poslovne sposobnosti. Zna i, država mora osigurati dostupnost podrške, a od osoba s invaliditetom zavisi ho e li zahtijevati da im se ona pruži; podrška je dobrovoljna i ne može se nametnuti ovim osobama ako je ne žele. Autonomija ovih osoba je osigurana i time što se u ovoj odredbi normira podrška u ostvarivanju, a ne pominje se oduzimanje poslovne sposobnosti.<sup>39 40</sup>

Oblik i intenzitet podrške zavise od oblika invaliditeta, ali i od volje i želje osobe s invaliditetom. Neki od ovih oblika preporu eni su u Preporuci Komiteta ministara Vije a Evrope o principima kontinuiranih ovlaštenja punomo nika i unaprijed datih direktiva za slu aj nesposobnosti (2009).<sup>41</sup> Državama se u njoj preporu uje razmatranje davanja prednosti, pred mjerama zaštite, metodama produženih ovlaštenja punomo nika i unaprijed datih direktiva, a u skladu s principima samoodre enja i supsidijarnosti (princip 1. stav 2). Kontinuirana ovlaštenja punomo nika (continuing powers of attorney) definisana su kao ovlaštenja koja daje odrasla sposobna osoba, a koja e ostati na snazi ili stupiti na snagu u sluaju njene nesposobnosti (Princip 2. stav 1.). Državama je ostavljeno da razmotre pitanja na koja se mogu odnositi ova ovlaštenja - ekonomska i finansijska, kao i pitanja zdravlja, dobrobiti i druga li na pitanja i ho e li isklju iti neka posebna pitanja. (Princip 3). Unaprijed date

---

<sup>38</sup> Ovakav stav je izražen u Pravnom mišljenju o lanu 12. Konvencije, str. 4 - 5 (*supra note 32*)

<sup>39</sup> U tom smislu i Lewis, *op. cit.*, str. 42.

<sup>40</sup> Na ovaj na in ure enu poslovnu sposobnost, Gerard Quinn odre uje kao „štit koji brani osobe s invaliditetom od neželjene odluke drugih ljudi“ i kao „ ma za probijanje vlastitog puta“. (*“Personhood and Legal Capacity: Perspectives on the Paradigm Shift of Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities”*, paper presented at Harvard Law School, 20 February 2010, dostupno na: [https://www.google.ba/search?q=\(2010\)+HPOD+Conference,+Harvard+Law+School&rls=com.microsoft:bs-ba:IE-Address&ie=UTF-8&oe=UTF-8&sourceid=ie7&gws\\_rd=cr,ssl&ei=ClnkVtjwKuHuyQOx0LroDA](https://www.google.ba/search?q=(2010)+HPOD+Conference,+Harvard+Law+School&rls=com.microsoft:bs-ba:IE-Address&ie=UTF-8&oe=UTF-8&sourceid=ie7&gws_rd=cr,ssl&ei=ClnkVtjwKuHuyQOx0LroDA), pristup 17. 1. 2016.

<sup>41</sup> Recommendation CM/Rec (2009)11 of the Committee of Ministers to member states on principles concerning powers of attorney and advance directives for incapacity, u: Publishing Editions Council of Europe, dostupno na: [http://www.google.hr/url?url=http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%2520Recommendations/CM\\_Rec\(2009\)11E\\_Principles%2520on%2520powers%2520of%2520attorney.pdf&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ved=0ahUKEwitr4eXz7jLAhVkcHIKHXCYBL8QFggUMAA&usg=AFQjCNFyvvgPACcAi1NavCESWJHOOvrANUw](http://www.google.hr/url?url=http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%2520Recommendations/CM_Rec(2009)11E_Principles%2520on%2520powers%2520of%2520attorney.pdf&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ved=0ahUKEwitr4eXz7jLAhVkcHIKHXCYBL8QFggUMAA&usg=AFQjCNFyvvgPACcAi1NavCESWJHOOvrANUw), pristup 20. 1. 2016.

*Više o ovoj Preporuci u: Cveji Jan i , O, Posebna ravna zaštita starih lica, Zbornik radova, Pravni fakultet Univerziteta u Isto nom Sarajevu, 2011, str. 146 – 162.*

direktive (advance directives) su određene kao uputstva (instrukcije) koje je dala ili želje koje je izrazila odrasla sposobna osoba o pitanjima koja mogu nastati u slučaju njene nesposobnosti (Princip 2. stav 3).

Značaj podrške u obliku unaprijed date direktive i njenog korištenja ravnopravno s drugim oblicima naglasio je i Komitet za prava osoba s invaliditetom. Pri tome je ukazao na mogućnost države da razvija različite mehanizme za planiranje budućnosti, prilagođene različitim okolnostima, ali uvijek nediskriminatorne (tačka 17. Općeg komentara).<sup>42</sup>

U teoriji se podrška u obliku planiranja za budućnost cijeni korisnom za osobe s degenerativnim bolestima (Alzheimerova ili Parkinsonova bolest) u vrijeme kada one neće biti u mogućnosti donositi autonomne odluke.<sup>43</sup> Za osobe s povredom mozga ona može biti u obliku pomoćnih komunikacijskih tehnologija, putem kojih one saopštavaju svoju volju i želje, kada su to propustili uraditi ranije, dok se osobama s intelektualnim oštećenjima ona može pružiti u obliku odlučivanja uz podršku.<sup>44</sup>

Podrška može biti formalna ili neformalna, može se sastojati od različitih radnji koje preuzima pružalac podrške u skladu sa ranije ili aktualno izraženom voljom osobe kojoj se ona pruža. Pored toga, kod pružanja podrške važno je utvrditi potrebe svake osobe i oblik podrške koji će najviše odgovarati tim potrebama te osigurati da pružalac podrške bude u stanju pružiti je.

Jedan od oblika podrške normiran Konvencijom je odlučivanje uz podršku, u različitim oblicima i s različitim elementima. Njime je Konvencija zamijenila tradicionalno zamjensko odlučivanje - odlučivanje umjesto osobe s invaliditetom. Najvažniji element odlučivanja uz podršku je to što osoba kojoj se pruža ova podrška zadržava punu poslovnu sposobnost i što joj sud priznaje (a ne nameće) grupu ili mrežu za podršku koju je ona sama odabrala, iz kruga provjerenih prijatelja. Pružaoci podrške ne donose odluke u ime te odrasle osobe, nego joj pomažu u donošenju odluka, a da pri tome ne mogu ostvarivati neodgovarajuć i uticaj i sticati neodgovarajuće prednosti od pravnih poslova ili izjava te osobe. Mreža podrške ovoj osobi pomaže da opiše situacije u kojim se nalaze te da razumije finansijska, zdravstvena i druga pitanja, omogućava joj razgovore sa stručnjacima o mogućim posljedicama različitih opcija, podržava je u pravljenju vlastitih izbora o svom životu, upoznaje je s mogućnostima liječenja, podržava je. Zahvaljujući i odabranoj podršci, ova osoba će moći živjeti u zajednici, ostvarivati svoja prava i zasnivati odnose, kao i imati djecu i podizati ih, uz podršku, ukoliko joj je ona potrebna. Osobi s duševnim smetnjama podrška se pruža i time što joj pružalac podrške postaje partner za razgovor i raspravu o važnijim pitanjima, ali isto tako i za podnošenje pojedinih

---

<sup>42</sup> *supra* note 31.

<sup>43</sup> Lewis, O, *op. cit.*, str. 32 – 33.

<sup>44</sup> *Ibidem*, str. 42- 43.

zahtjeva nadležnim organima.<sup>45</sup> Prihvatanjem sistema odlu ivanje uz podršku omogu ava se prilago avanje odlu ivanja svakoj konkretnoj osobi i situaciji u kojoj se odluka donosi, što osigurava podršku u donošenju odluke i njeno saopštavanje drugim osobama. Pri tome je naro ito zna ajno to što se ovakvo odlu ivanje zasniva na poštovanju autonomije i dostojanstva osobe kojoj se pruža podrška.

U odredbi stava 4. lana 12. države se podsti u na uspostavljanje mehanizama zaštite, odnosno na osiguranje efikasnih i odgovaraju ih zaštitnih mjera koje se ti u ostvarivanja poslovne sposobnosti, a u cilju spre avanja zloupotrebe, u skladu s odredbama me unarodnog prava ljudskih prava. Izri ito je navedeno da takvi mehanizmi zaštite treba da osiguraju sljede e: da ove mjere poštuju prava, volju i želje osobe s invaliditetom; da se iz njih isklju i sukob interesa i zloupotreba uticaja; da su proporcionalne i prilago ene okolnostima u kojima se nalazi ova osoba; da se primjenjuju najkra e mogu e vrijeme i da su podložne redovnoj reviziji nadležnog, nezavisnog i nepristrasnog upravnog ili sudskog tijela. Mehanizmi zaštite treba da budu proporcionalni stepenu uticaja ovih mjera na prava i interese ove osobe.

Ovakva formulacija i zahtjevi koji se ti u zaštitnih mjera otvaraju dilemu o tome da li se one odnose samo na pružanje podrške u odlu ivanju ili i na zamjensko odlu ivanje, eliminisano iz Konvencije. U raspravi koja se vodi o ovome u teoriji, iznosi se stav da bi se, ukoliko bi se one odnosile i na zamjensko odlu ivanje, prešutno priznala njegova legitimnost.<sup>46</sup> Uklanjanju dileme može pomo i dio Izvještaja UN Visokog Komesara u kojem je izri ito navedeno da se u stavu 4. lana 12. radi o mjerama zaštite protiv “zloupotrebe (...) podrške”(podrške u odlu ivanju; ta ka 43). U Izvještaju dalje stoji da mjere zaštite uklju uju odlu ivanje uz podršku, kao proces u kojem se osobi s invaliditetom omogu ava donošenje i saopštenje odluka koje se ti u li nih i pravnih pitanja te pojašnjavanje propisa kojim se regulišu pravne obaveze i odgovornost pružalaca podrške (ta ka 45).<sup>47</sup> Komitet za prava osoba s

---

<sup>45</sup> U tom smislu i: Lewis, O. (*ibidem*), Komitet za prava osoba s invaliditetom (ta ke 16 – 19. Op eg komentara, *supra note* 31) i Centar za zaštitu mentalnog invaliditeta (u: Legal Capacity in Europe A Call to Action to Governments and to the EU, Mental Disability Advocacy Centre, 2013, str. 17, dostupno na:

[http://www.google.hr/url?url=http://mdac.info/sites/mdac.info/files/legal\\_capacity\\_in\\_europe.pdf&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ved=0ahUKEwiu1YuG2v7KAhVMCpoKHSnCYQFggSMAA&usg=AFQjCNHhVwlcJCbfcOWJah9diZfV\\_XA1xg](http://www.google.hr/url?url=http://mdac.info/sites/mdac.info/files/legal_capacity_in_europe.pdf&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ved=0ahUKEwiu1YuG2v7KAhVMCpoKHSnCYQFggSMAA&usg=AFQjCNHhVwlcJCbfcOWJah9diZfV_XA1xg), pristup 28. 1. 2016.

<sup>46</sup> Dhanda, A, *Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar for the Future*, 34 Syracuse J. 2007, prema: Lewis, O, *op. cit.* str. 44.

<sup>47</sup> Annual Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights and Reports of the Office of the High Commissioner and the Secretary-General, Thematic Study by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on enhancing awareness and understanding of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 26 January 2009, A/HRC/10/48, dostupan na:

[http://www.google.hr/url?url=http://www.un.org/disabilities/documents/reports/ohchr/A.HRC.10.48AEV.pdf&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ved=0ahUKEwi5vezi0v7KAhWEnnIKHdMZDm8QFggSMAA&usg=AFQjCNEb\\_3m-WSmlSRbtWR2vAz6TzUGRpg](http://www.google.hr/url?url=http://www.un.org/disabilities/documents/reports/ohchr/A.HRC.10.48AEV.pdf&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ved=0ahUKEwi5vezi0v7KAhWEnnIKHdMZDm8QFggSMAA&usg=AFQjCNEb_3m-WSmlSRbtWR2vAz6TzUGRpg)



invaliditetom zauzeo je isti stav, izričito navode i da “mjere zaštite (...) moraju biti prisutne u sistemu podrške u ostvarivanju poslovne sposobnosti” i da se stav 4. član 12. mora primijeniti zajedno sa ostalim odredbama ovog člana i cijelom Konvencijom (tačka 20 Općeg komentara).<sup>48</sup> Ovaj stav je izražen i u kontekstu razmatranja jedne od zaštitnih mjera - “zaštite od neprimjerenog uticaja,” odnosno isključenja zloupotrebe uticaja, naglašavanjem potrebe otklanjanja rizika od neprimjerenog uticaja na osobe koje zavise od podrške drugih u donošenju odluke (tačka 22).<sup>49</sup>

Komitet ipak nije mogao ignorirati situacije koje su moguće i koje nisu rijetke u praksi, kada je nemoguće pružiti podršku, kada se i pored svih uložениh značajnih napora, ne mogu utvrditi volja i želje osobe s invaliditetom, odnosno kada ova osoba nije u stanju starati se o sebi niti je sposobna donositi odluke. Stav Komiteta je da u toj situaciji umjesto utvrđivanja “najboljeg interesa” treba da se izvrši “najbolje tumačenje volje i želja” ovih osoba, čime se, u skladu s članom 12, osigurati poštovanje njihovih prava, volje i želja. „Najbolji interes“ Komitet ne smatra zaštitnom mjerom u pogledu odraslih osoba (tačka 21).<sup>50</sup> Suprotno tome, Komesar za ljudska prava Vijeća Evrope, za situacije u kojim osobe čine odluke i izbori ne mogu razumjeti i pored uložениh napora u smislu njihove podrške, ne eliminiše ocjenu „najboljeg interesa“ već naglašava obavezu njegove ocjene pokušajem saznanja šta bi osoba htjela, ako se s njom može razgovarati i ako se ona može razumjeti. Međutim, to ne smatra kao ostavljanje mogućnosti državi da može nastaviti oduzimati ovim osobama poslovnu sposobnost.<sup>51 52</sup> Na to da se zaštita prava i dostojanstva osoba s invaliditetom ne

---

<sup>48</sup> *supra* note 31.

<sup>49</sup> *ibidem*

<sup>50</sup> *ibidem*

<sup>51</sup> Who gets to decide? Right to legal capacity for persons with intellectual and psychosocial disabilities, CommDH/IssuePaper(2012)2, Strasbourg, 20 February 2012, tačka 4.1. <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1908555>, pristup 23. 1. 2016.

<sup>52</sup> Evropski sud za ljudska prava je u odluci Lashin p. Rusije (*Application no. 33117/02, Judgment 22 January 2013*) zauzeo drugačiji stav: niz legitimnih ciljeva, kao što je zaštita interesa osobe o kojoj se radi, može zahtijevati da se ona liši poslovne sposobnosti i da se taj status održi. Naglasio je slobodnu procjenu priznatu nacionalnim vlastima pri odlučivanju o tome da li se poslovna sposobnost može vratiti i u kojoj mjeri (para 80). (Odluka dostupna na:

[http://www.google.ba/url?url=http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/%3Flibrary%3DECHR%26id%3D001-116020%26filename%3D001-](http://www.google.ba/url?url=http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/%3Flibrary%3DECHR%26id%3D001-116020%26filename%3D001-116020.pdf&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ved=0ahUKEwiH9ozlnJrLahXGHJoKHx1ASEQFggpMAQ&usq=AFQjCNFvFs-aj4oeIgGQtxfMf63w0Y9FmA.)

[116020.pdf&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ved=0ahUKEwiH9ozlnJrLahXGHJoKHx1ASEQFggpMAQ&usq=AFQjCNFvFs-aj4oeIgGQtxfMf63w0Y9FmA.](http://www.google.ba/url?url=http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/%3Flibrary%3DECHR%26id%3D001-116020.pdf&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ved=0ahUKEwiH9ozlnJrLahXGHJoKHx1ASEQFggpMAQ&usq=AFQjCNFvFs-aj4oeIgGQtxfMf63w0Y9FmA.), pristup 5. 1 2016)

Ni u predmetu X i Y p. Hrvatske (Zahtjev br. 5193/09, Presuda 3. 11. 2011), Sud se nije izjasnio protiv oduzimanja poslovne sposobnosti, mada je naglasio da je to „vrlo ozbiljna mjera koja treba biti ostavljena za iznimne okolnosti“ i da „za propisno osiguranje zbrinjavanja bolesnih i starih državnih tijela imaju na raspolaganju druga sredstva.“ Smatra je opravdanom onda kada postoje uvjerljivi dokazi o tome da je ona „odgovarajući odgovor na situaciju o kojoj je riječ.“ Pokretanje postupka za lišenje poslovne sposobnosti smatra miješanjem u privatni život (član 8. EKLJP), osim ako se „u skladu sa zakonom“ teže ostvariti cilj/evi legitimni prema stavu 2. ovog člana i ako se to može smatrati „nužnim u demokratskom društvu.“ Kako ove okolnosti nije dokazao u konkretnom slučaju, utvrdio je da je došlo do povrede člana 8. EKLJP (para 91, 102-103, 111, 117).

može uvijek osigurati pružanjem podrške, ukazuje se i u teoriji. Isti e se da je teško zamisliti da u donošenju odluke može biti podržana osoba s invaliditetom kojoj je potrebna intenzivnija podrška i koja nema nikoga bliskog ko razumije njen na in komuniciranja ili namjere, ili osoba koja je u komi, a nije sastavila dokument planiranja za budu nost.<sup>53</sup>

Zna i, bilo umjesto, bilo radi utvr ivanja “najboljeg interesa” odrasle osobe, u svakom konkretnom slu aju morat e se na najbolji na in interpretirati volja i želje osobe koja ih ne može izraziti ni uz podršku. U takvim izuzetnim pojedina nim situacijama, iako se to u Konvenciji izri ito ne normira i iako je to suprotno naprijed navedenim stavovima o neobuhva enosti zamjenskog odlu ivanja mjerama zaštite, nužno je koristiti mehanizam zamjenskog odlu ivanja, ali izmijenjen u odnosu na onaj prihva en u oblasti starateljskog prava i starateljske zaštite ovih osoba. Ukoliko osoba nije, prije no što je postala nesposobna, izrazila volju i želje ili odredila osobu koja e je zastupati, poštovanje njenih prava i dostojanstva se ne bi moglo osigurati bez proširenja primjene odredbe stava 4. i na zamjensko odlu ivanje. Tome e doprinijeti kako izvršenje u toj odredbi normirane obaveze „spre avanja zloupotrebe, u skladu s odredbama me unarodnog prava ljudskih prava,“ tako i preduzimanje pojedinih normiranih zaštitnih mjera.<sup>54 55</sup>

---

(<http://dotm.info/word1/wp-content/uploads/2012/03/X-i-Y-protiv-Hrvatske.pdf>, pristup 5. 1. 2016)

Time je Sud odstupio od ranije zauzetih naprednijih stavova, naprimjer u predmetu Shtukaturov p. Rusije (Application no. 44009/05, Judgment 27 March 2008) u kojem se pozvao na principe formulisane u Preporuci R (99) 4 Vije a Europe. Naveo je da oni, iako nemaju snagu zakona za ovaj Sud, mogu definisati zajedni ke evropske standarde u ovoj oblasti. Kako rusko zakonodavstvo nije dalo „prilago en odgovor“, rezultat toga u konkretnom slu aju jeste da su aplikantova prava iz lana 8. ograni enija nego što je to neophodno. Zaključio je da je potpunim lišenjem poslovne sposobnosti u injena povreda lana 8. EKLJP (para. 95 – 96). Me utim, ni u ovoj odluci se nije izjasnio protiv oduzimanja poslovne sposobnosti. Naglasio je da postojanje mentalnog poreme aja, ak i ozbiljnog, ne može biti jedini razlog za opravdanje potpune onesposobljenosti, ve da to opravdanje zavisi od vrste i stepena mentalnog poreme aja (para 94). (<http://www.mdac.info/en/content/shtukaturov-v-russia-judgment>, pristup 28.12.2015)

<sup>53</sup> Levis, *op. cit.*, str. 44

<sup>54</sup> U tom smislu i Aleksandra Kora Graovac i Anica ulo: „(...) iz tuma enja odredbe l. 12. st. 4. Konvencije proizlazi da, (...) ako je rije o teškim oblicima invaliditeta, odnosno duševnih smetnji, nije u potpunosti isklju en institut lišenja poslovne sposobnosti. Iz navoda Konvencije da zaštitne mjere mogu biti razmjerne i prilago ene osobnim okolnostima, a za slu ajeve kad osobe uistinu nisu u stanju iskazivati svoju volju, kao zaštitna mjera preostaje skrbništvo u današnjem obliku.“ (Konvencija o pravima osoba s invaliditetom – novi pristup shva anju prava osoba s duševnim smetnjama, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 61, (1) (2011), str. 76)

<sup>55</sup> Centar za pravo i politiku o invaliditetu Nacionalnog univerziteta u Irskoj zastupa stav da irski zakonodavac, u krajnjoj nuždi, kada svi ostali manje restriktivni mehanizmi podrške nisu riješili pojedina nu situaciju, treba da

utvrdi okolnosti u kojim se može koristiti zamjensko odlu ivanje. Kao njegove vrste koje su u skladu s Konvencijom, a bitno razli ite od starateljstva, navedene su ko-odlu ivanje i olakšano donošenje odluke, za koje se isti e da se zasnivaju na na elu „volje i želja“ pojedinaca, a ne na „najboljem interesu.“ Imenovani kodonosilac odluke ili onaj koji olakšava donošenje odluke mora donijeti odluku koja je najbliža volji i željama osobe i koja e omogu iti razvoj njene sposobnosti za donošenje odluka u budu nosti. Za utvr ivanje volje i želja re eno je da ne e biti lako i da može

Odredba stava 5. člana 12. Konvencije, za razliku od odredbe stava 2. ovog člana, ograničava se na normiranje ostvarivanja poslovne sposobnosti u oblasti finansijskih prava. Države obavezuje na preduzimanje odgovarajućih i efikasnih mjera radi osiguranja jednakih prava osoba s invaliditetom da budu vlasnici imovine i da je nasljeđuju, da kontrolišu vlastite finansijske poslove i imaju jednak pristup bankarskim kreditima, hipotekama i drugim oblicima finansijskog kredita te na osiguranje osobama s invaliditetom da ne budu arbitrarno lišene svoje imovine.

### 3. 2. Pravo na poštovanje privatnosti i porodice

Ovaj članak, u najvećoj mjeri, poslovne sposobnosti osoba s invaliditetom pretpostavka je za ostvarivanje njihovih osnovnih prava, za njihovu slobodu, dostojanstvo i autonomiju. Poslovna sposobnost im omogućava da preuzmu odgovornost za svoj život, da sami donose odluke, i da, između ostalog, imaju prava na privatnost i porodični život, izričito normirana u odredbama članova 22. i 23. Konvencije. U donošenju odluka koje se tiče ostvarivanja pojedinih prava sadržanih u pravu na privatnost i porodicu - prava na brak i zasnivanje porodice, reproduktivnih prava, roditeljskih prava, prava da daju saglasnost za intimne odnose i medicinski tretman, te prava na slobodu, osobe s invaliditetom mogu zahtijevati i dobiti podršku. Podrška u donošenju odluka ne smije se koristiti, kako je naglasio Komitet (tačka 29/f Općeg komentara),<sup>56</sup> kao sredstvo za ograničavanje ovih prava, odnosno kao „opravdanje“ za njihovo ograničavanje.

U članu 22. Konvencije zabranjuju se arbitrarno i nezakonito miješanje u privatnost, porodicu, dom ili prepisku ili druge vrste komunikacije ili nezakoniti napadi na čast i ugled osobe s invaliditetom. Ovim osobama je, uz to, priznato pravo na zaštitu zakona od ovakvog miješanja ili napada (stav 1). Za države članice normirana je obaveza da, ravnopravno sa ostalim osobama, štiti privatnost ličnih, zdravstvenih i rehabilitacionih podataka ovih osoba (stav 2). Odredba člana 23. Konvencije obavezuje države na poštovanje doma i porodice osoba s invaliditetom: države su obavezne preduzimati efikasne i odgovarajuće mjere radi eliminisanja njihove diskriminacije u svim predmetima koji se tiču braka, porodice, roditeljstva i srodstva, ravnopravno s ostalim osobama.

Osobama s invaliditetom priznato je pravo na brak i zasnivanje porodice na osnovu njihove slobodne i potpune saglasnosti, ukoliko su u dobi za sklapanje braka te pravo na slobodno i odgovorno odlučivanje o broju djece i

---

dugo trajati, ali da je ishod, u skladu s članom 12, zasnovan na pristupu poslovnoj sposobnosti koji promovira zaštitu ljudskih prava. U donošenju ovih vrsta odluka moraju se također primjenjivati zaštitne mjere iz stava 4. člana 12. Konvencije (Centre for Disability Law & Policy NUI Galway Submission on Legal Capacity the Oireachtas Committee on Justice, Defence & Equality, str. 35, dostupno na:

[http://www.nuigalway.ie/cdlp/documents/cdlp\\_submission\\_on\\_legal\\_capacity\\_the\\_oireachtas\\_committee\\_on\\_justice\\_defence\\_and\\_equality\\_.pdf](http://www.nuigalway.ie/cdlp/documents/cdlp_submission_on_legal_capacity_the_oireachtas_committee_on_justice_defence_and_equality_.pdf), pristup 24. 12. 2015)

<sup>56</sup> *supra* note 31.

razmaku između u njima, na pristup informacijama primjerenim njihovoj dobi, obrazovanju o reprodukciji i planiranju porodice i neophodnim sredstvima koja im omogućuju ostvarivanje ovih prava. Pored ovih, priznaje im se i pravo da o uvaju plodnost na ravnopravnoj osnovi s drugima ( član 23. stav 1. tačka a - c).

Pravo na brak i zasnivanje porodice te pravo na odlučivanje o broju djece i razmaku između u njima, nisu, znači, priznata svim osobama s invaliditetom, odnosno nisu priznata bez ikakvih ograničenja. Prvo je ograničeno, pored godinama za sklapanje braka, i sposobnost u ove osobe da slobodno izrazi potpunu saglasnost. Ograničenje predviđeno za pravo na odlučivanje o broju djece i razmaku između u njima jeste sposobnost slobodnog i odgovornog odlučivanja. Ovo pravo je, doduše, obuhvaćeno pravom na zasnivanje porodice, onda kada je ona zasnovana na braku.

### **3. 2. 1. Pravo na brak**

Iz gore navedenih ograničenja može se izvesti zaključak da Konvencija ne garantuje pravo na brak osobama s duševnim smetnjama. Njihova sposobnost za sklapanje braka zavisi od stepena invaliditeta, tako da u svakom konkretnom slučaju treba da se utvrdi njihova sposobnost da slobodno izraze potpun pristanak na brak, pa ako se utvrdi da su nesposobni izraziti je, treba da im se onemogući i sklapanje braka.

### **3. 2. 2. Prava i odgovornosti u vezi s usvojenjem i starateljstvom**

U stavu 2. člana 23. Konvencije države su obavezane osigurati osobama s invaliditetom prava i odgovornosti u vezi sa starateljstvom, hranjeništvom, usvojenjem ili sličnim ustanovama koje postoje u nacionalnom zakonodavstvu. Vezano za ove ustanove, u svim slučajevima je kao glavni naglašen najbolji interes djeteta. Uz to, države članice su obavezane osobama sa smetnjama pružati odgovarajuću pomoć u izvršavanju njihove odgovornosti podizanja djece.

### **3. 2. 3. Ostvarivanje roditeljskog staranja**

Život djeteta s oba roditelja garancija je najpotpunije i najbolje zaštite njegovih interesa i najuspješnijeg ostvarivanja roditeljskog staranja. Zbog toga se dijete odvajaju od roditelja samo onda kada ne postoji mogućnost zajedničkog života s oba roditelja, odnosno kada roditelj ili roditelji ne osiguravaju najbolji interes djeteta. Konvencija o pravima djeteta u odredbi stava 1. člana 9. zabranjuje odvajanje djeteta od roditelja, osim u određenim situacijama. Prva rečenica ove odredbe preuzeta je u stavu 4. člana 23. Konvencije: države se obavezuju da se dijete ne odvoji od roditelja protiv njihove volje, osim kada nadležni organi u sudskom postupku, u skladu sa zakonom i procedurom, utvrde da je takvo odvajanje potrebno radi najboljeg interesa djeteta. Međutim,

suprotno ovoj, u drugoj rečenici ovog stava normira se da se ni u jednoj situaciji dijete ne može odvojiti od roditelja na osnovu invaliditeta bilo djeteta, bilo jednog ili oba roditelja. A upravo intelektualni ili mentalni invaliditet roditelja, odnosno njegove duševne smetnje, mogu biti i najčešće jesu razlog zbog kojeg se odvajanje djeteta od roditelja ocijeniti nužnim radi zaštite najboljeg interesa djeteta, kako je to normirano u prethodnoj rečenici.<sup>57</sup>

#### 4. Zaključak

Izmijenjen pristup uređenju statusa osoba s invaliditetom, zasnovan na modelu u kojem se važnim smatraju i zdravstveni i socijalni aspekt invaliditeta, pa invaliditet proizlazi iz interakcije funkcionalnog statusa osobe s njenim okruženjem, nužno nameće potrebu izmjene uređenja ove oblasti u nacionalnim pravima. Njenim normiranjem u skladu s međunarodnim instrumentima i nametanjem državama obaveze uklanjanja prepreka koje ove osobe dovode u neravnopravan položaj pri ostvarivanju prava, u odnosu na druge osobe, omogućuje i unapređuje njihovih ljudskih prava. Podrška ovim osobama u okruženju u kojem žive u skladu s njihovim manje nesposobnim i omogućuje njihovu integraciju u društvo.

Pretpostavka za jednako uživanje svih prava priznatih u UN Konvenciji o pravima osoba s invaliditetom, od kojih su u radu izdvojene i posebno razmatrane osobe s duševnim smetnjama i njihova prava u oblasti porodnog zakonodavstva, jeste priznavanje ovim osobama pune poslovne sposobnosti, u skladu s odredbama člana 12. Konvencije, kao i preporukama Komiteta ministara Vijeća Evrope R(99)04 i (2006)5. U članu 12. Konvencije priznato im je pravni subjektivitet - „imaju pravo svugdje biti priznate kao osobe pred zakonom“ (stav 1); države su obavezane priznati da osobe s invaliditetom uživaju poslovnu sposobnost u svim oblastima života ravnopravno s drugim osobama (stav 2) i osigurati im pristup podršci koju one mogu zahtijevati u ostvarivanju poslovne sposobnosti (stav 3); države se podstiču na uspostavljanje mehanizama zaštite, odnosno na osiguranje efikasnih i odgovarajućih zaštitnih mjera koje se tiče ostvarivanja poslovne sposobnosti (stav 4).

Reforma nacionalnih prava, u skladu s ovim odredbama, morala bi se usmjeriti na normiranje mogućnosti samo ograničavanja i oduzimanja poslovne sposobnosti, odnosno odlučivanja uz podršku i zamjensko odlučivanje. Kao oblici podrške mogu se normirati produžena ovlaštenja punomoćnika i unaprijed date direktive, u Preporuci R(99)04 normirani kao alternativa zaštitnim mjerama iz Konvencije, tj. mehanizmima zaštite uspostavljenim u skladu sa zahtjevom iz Konvencije, kojim treba da se osigura prvenstveno poštovanje prava, volje i želja osobe s invaliditetom. S obzirom da

---

<sup>57</sup> Osim toga, i u odredbi stava 5. člana 23. normirana je mogućnost odvajanja djeteta s invaliditetom, o kojem se najuža porodica nije u stanju brinuti, i osiguranja alternativne brige o njemu u široj porodici, ili ako to nije moguće, u zajednici u porodnom okruženju.

se na ovaj način ne može i zaštititi prava osoba s visokim stepenom invaliditeta, zakonom se mora i dalje normirati, makar samo kao izuzetna mogućnost, zamjensko odlučivanje, uz obavezno utvrđenje i interpretaciju volje i želja ove osobe, sprečavanje zloupotrebe i preduzimanje odgovarajućih i efikasnih zaštitnih mjera, među kojima može biti i djelimično starateljstvo, kao jedini oblik starateljstva.

---

Dr. sc. Suzana Bubić, Full Professor  
University Džemal Bijedić in Mostar Faculty of Law

## **A NEW APPROACH TO REGULATION OF THE STATUS OF ADULTS WITH MENTAL DISORDERS**

**Summary:** At the national level it is necessary to pay more attention to the protection of the adults, especially of the persons with disabilities, who are the most vulnerable of them. Such persons are always depended on others, without whose help and support they can not physically or legally operate.

The paper discusses the status of the persons with disabilities, particularly of those with mental disorders, primarily in the context of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. The emphasis is on the demands to ensure the equal recognition before the law, i.e. the enjoyment and exercise of legal capacity, as well as the access to the support and on the protection mechanisms. Fulfillment by the state, i.e. by the legislator to these demands is a prerequisite for the exercise of all rights recognized to these persons by the Convention, including those in the field of family law, to which the author limited in this paper.

**Key words:** adult, Convention on the Rights of the Persons with Disabilities, mental disorders, legal capacity, measures of protection, support

dr. Nenad Hla a, redoviti profesor  
Pravni fakultet Sveu ilišta u Rijeci

## STATUS OSOBA LIŠENIH POSLOVNE SPOSOBNOSTI U NOVOM HRVATSKOM ZAKONODAVSTVU<sup>1</sup>

**Sažetak:** U radu se razmatraju me unarodne konvencije i zakonodavstva glede novog statusa punoljetnih osoba lišenih poslovne sposobnosti. Zbog novih standarda u zaštiti dostojanstva i prava na samoodre enje ljudskih bi a obveza je nacionalnih zakonodavaca osuvremeniti pravna rješenja. Obiteljski zakon Republike Hrvatske iz 2015. godine primjer je ishitrenih rješenja bez dublje teorijske raš lambe.

**Ključne riječi:** pravna i poslovna sposobnost, jednakost pred zakonom, osobe s invaliditetom, Republika Hrvatska, Obiteljski zakon

1. Pravni sustav ima svoje specifi ne mehanizme funkcionalnosti koji se višeslojno ogledaju tek kroz dugoro nu i dosljednu primjenu zakona. Svaki pravni sustav ima tri bitna segmenta koji tek prožimanjem daju smisao nekom zakonu. Teorija prati i analizira primjenu postoje eg zakona, primjenom usporedno pravne metode ukazuje na korisne ili obvezuju e promjene. Sudska i praksa upravnih organa posebno su važan stup koji daje smisao apstraktnoj normi. Izvršna vlast preuzela je u Republici Hrvatskoj donošenjem Obiteljskog zakona 2015. zahvaljuju i ve ini u Saboru ulogu zakonodavca name u i rješenja bez suradnje sa znanstvenicima i prakti arima.<sup>2</sup> Svaka promjena zakona mora polaziti od razumne procjene razmjernosti tek dugoro no o ekivanih pozitivnih promjena. Pravna sigurnost gra ana mora biti u temelju procjene funkcionalnosti zamišljenih pravnih promjena, a i te promjene moraju odmjereno uz razuman rok biti uskla ene s postoje im zakonskim rješenjima.

Sustav normi kojima se definira pravni status fizi kih osoba ini dio pravnog poretka kojim se definira osobni status i spada u javno pravo. Gra ansko pravo preko poslovne sposobnosti definira op i sustav zaštite fizi kih osoba kao pravnih subjekata. Razli ite grane prava fizi koj osobi razli ito pristupaju. Kazneno pravo primjerice rabi institut ura unljivosti koji se koristi *ex post* od slu aja do slu aja. Osim generalnih kategorija poput poslovne sposobnosti kod pravnih posljedica s dalekosežnijim posljedicama predvi a se solemnitatna forma. Primjer je sklapanje braka ili otu enje nekretnine. Tzv. dostojanstvo fizi ke osobe name e se kao kriterij prosudbe koji se procjenjuje od

---

<sup>1</sup> *Nerimani s ljubavlju, jer ima neka tajna veza, za sve ljude zakon krut...Neno*

<sup>2</sup> Obiteljski zakon, Narodne novine 103/2015.

slu aja do slu aja. Temeljna filozofska vrijednost od koje polazi novi pravni status fizi ke osobe je pravo na samoodre enje. Ono što su povijesno bili zanimljivi primjeri potrebite zaštite fizi kih osoba, poput rasipništva, danas su bezna ajni jer pojedinac neograni eno, slobodno raspolaže svojom imovinom, a država ne skrbi za obiteljski imetak kao zalag preživljavanja budu ih generacija kao što je tijekom povijesti bio slu aj.

Pravni odnosi odre eni su objektivnim okvirima jednog pravnog poretka ali i subjektivnom pretpostavkom o relevantnosti volje koja taj pravni posao stvara. Svaki se pravni odnos izvršava na temelju volje kojoj prethodi svijest o želji za poduzimanjem pravnog posla. Neke osobe, djeca, maloljetnici, duševno bolesne osobe nemaju svijest o stvarnim posljedicama pravnog posla pa im pravni poredak zbog toga ne priznaje ili im ograni ava poslovnu sposobnost.

Primjer samo tog jednog segmenta hrvatskog Obiteljskog dokazuje da nema sustavnih znanstvenih i komparativnih promišljanja zna aja i važnosti gra anskih kodifikacija budu i se radi o temeljnim institutima svakog pravnog sustava. Ve ina postsocijalisti kih, bivših totalitarno komunisti kih država pristupila je povratku sustavu gra anskih kodifikacija u kojem obiteljsko pravo ini jedan važan dio sadržavaju i temelje pravnih instituta koji fizi ku osobu ine pravnim subjektom. Hrvatsko gra ansko pravo ostalo je izvan tih trendova.

Gra anski zakonic i koji obuhva aju Obiteljsko pravo doneseni su ili je postupak donošenja u tijeku u: Estoniji, Litvi, Ma arskoj, Srbiji, Slova koj, Poljskoj, eškoj, Makedoniji. U sustavu gra anskih zakona dio koji se odnosi na obiteljsko pravo sadrži norme koje su temeljnog karaktera u svakom pravnom sustavu budu i da se njima definira stjecanje punoljetnosti, što je primjerice izmaklo zakonodavcu u Obiteljskom zakonu RH iz 2014, ili stjecanje i lišenje poslovne sposobnosti.<sup>3</sup>

Poslovna sposobnost je pravni izraz društvenih odnosa ali i konstitutivna pravna pretpostavka za zasnivanje svih pravnih odnosa. Poslovna sposobnost bitan je pravni institut koji je u postoje em pravnom sustavu RH determiniran odredbama Obiteljskog zakona. Poslovno nesposobna osoba isklju ena je iz izravnog sudjelovanja u pravnom sustavu. ini se da nitko od „civilista“ znanstvenika i prakti ara gra anskog prava u Hrvatskoj nije sudjelovao i dao doprinos javnoj raspravi u kojoj je donesen zakon koji bez ikakvih teorijskih pojašnjenja dokida povijesni koncept poslovne sposobnosti.

Vladavina prava kao najviša vrednota ustavnog poretka RH uklju uje i postavke koje zakoni moraju sadržavati kako bi bili uskla eni s vladavinom prava. Držimo da je to najvažnije pitanje u svezi s ocjenom ustavnosti Obiteljskog zakona, budu i da vladavina prava nije samo u postupanju u skladu sa zakonom ve ona uklju uje i dopunske zahtjeve koji se ti u sadržaja zakona.

---

<sup>3</sup> Obiteljski zakon, Narodne novine 75/2014.



Zakoni moraju biti op i i jednaki za sve. Zakonske posljedice moraju unaprijed biti izvjesne i istovjetne za sve one na koje e se zakon primjenjivati.

Mišljenja smo da Obiteljski zakon u nizu odredbi krši ustavno na elo razmjernosti i temeljna ljudska prava, budu i da zakonska norma ne ispunjava formalne kriterije jasno e, preciznosti i predvidljivosti. Provjerom prikladnosti, nužnosti i uravnoteženosti normi Obiteljskog zakona može se zaklju iti da nisu ostvarene pretpostavke da je država na apstraktan na in udovoljila minimalnim zahtjevima pravne regulacije.

2. Pokušat e se ukazati na nedore enosti Obiteljskog zakona iz 2015. u svezi s poslovnom sposobnoš u analizom zakonskih odredbi. Brak se sklapa u nazo nosti nevjeste i ženika, mati ara i dvaju svjedoka koji moraju biti punoljetni i poslovno sposobni ( 1.18). Pitanje je zašto osoba kojoj je oduzet neki od elemenata poslovne sposobnosti, budu i da osoba po novom zakonu ne može biti potpuno lišena poslovne sposobnosti, ne bi mogla biti svjedok pri sklapanju braka. Osoba lišena poslovne sposobnosti u davanju izjava koje se odnose na osobna stanja brak može sklopiti uz odobrenje skrbnika ( 1.26). Koji je danas uop e zna aj svjedoka, bilo u kontekstu dokazne ili sve ane forme. Povijesno oni su trebali biti glas javnosti glede bra nih smetnji i nositi trag u sje anju. Ispada da svjedok u RH mora imati poslovnu sposobnost za zaklju enje valjanog braka osobe koja je lišena poslovne sposobnosti u davanju izjava koje se odnose na osobna stanja.

U ime bra nog druga koji je lišen poslovne sposobnosti za sklapanje izvanrednih imovinskih pravnih poslova bra ni ugovor može sklopiti njegov skrbnik s prethodnim odobrenjem centra za socijalnu skrb. Ugovor se sklapa u obliku javnobilježni kog akta ( 1.41). Kad bi postojala bila bi zanimljiva sudska praksa. Mišljenja smo da za neku osobu izvanredni pravni posao može biti pravni posao kojim se raspolaže iznosom od 1000 eura, a za drugu pravni posao kojim se raspolaže sa 100 000 eura. Teško je biti pametan i zaklju iti što je to izvanredan imovinski pravni posao.

Pravo na tužbu radi razvoda braka, odnosno prijedlog za sporazumni razvod braka ima i osoba lišena poslovne sposobnosti u dijelu koji se odnosi na osobna stanja ( 1.50). Sud e u povodu tužbe, odnosno prijedloga za sporazumni razvod braka osobe lišene poslovne sposobnosti u dijelu koji se odnosi na osobna stanja odlu iti ho e li dopustiti toj osobi poduzimanje daljnjih radnji u postupku sukladno zakonu ( 1.364).

O instvo može priznati punoljetna osoba neovisno o svojoj poslovnoj sposobnosti ( 1.63), a za upis priznanja o instva ovisno o okolnostima slu aja potreban je pristanak punoljetne majke neovisno o njezinoj poslovnoj sposobnost ( 1.64).

Pitamo se zar se odredbom koja predvi da se posvojiti ne može osoba koja je lišena poslovne sposobnosti ( 1.187) ne diskriminiraju potencijalni posvojitelji budu i da se radi o generalnoj stilizaciji koja ne vodi ra una o stupnjevanju mjera zaštite što je trebala biti bitna karakteristika statusa osoba lišenih poslovne sposobnosti.

Kad pristanak za posvojenje daju maloljetni roditelji ili roditelj lišen poslovne sposobnosti, neovisno o dijelu u kojemu je lišen poslovne sposobnosti, oni moraju biti u stanju razumjeti zna enje pristanka na posvojenje, a centar za socijalnu skrb dužan ih je na prikladan na in informirati o pravnim i fakti nim posljedicama posvojenja djeteta ( 1.188). Tko e i u kojem postupku procijeniti da li je osoba u tom trenutku u stanju razumjeti zna enje pristanka na posvojenje?

Klju ni zakonski lanak koji izaziva prijepore predvi da e sud u izvanparni nom postupku punoljetnu osobu koja se zbog duševnih smetnji ili drugih razloga nije sposobna brinuti o nekom od svojih prava, potreba ili interesa, ili koja ugrožava prava i interese drugih osoba o kojim je dužna skrbiti se, u tom dijelu lišiti poslovne sposobnosti ( 1.234), budu i da osoba ne može biti potpuno lišena poslovne sposobnosti. Kako sud može tako precizno unaprijed procijeniti što je najve i interes osobe? Zakon nadalje predvi da e sud prije donošenja odluke pribaviti stru no mišljenje vještaka odgovaraju e grane medicine o zdravstvenom stanju osobe za koju je pokrenut postupak lišenja poslovne sposobnosti. Rješenjem o lišenju poslovne sposobnosti sud e odrediti radnje i poslove koje osoba nije sposobna samostalno poduzeti u odnosu na osobno stanje te imovinu. Za poslove koji nisu odre eni u odluci suda o lišenju poslovne sposobnosti osoba lišena poslovne sposobnosti ima poslovnu sposobnost te ih može samostalno poduzimati. Ako je osoba lišena poslovne sposobnosti roditelj djeteta, u dijelu u kojem nije u stanju ostvarivati roditeljsku skrb nastupa mirovanje ostvarivanja roditeljske skrbi.

Zakon predvi da u kojim slu ajevima sud donosi odluke o zdravlju št i enika ( 1.260). Samo sud može u izvanparni nom postupku na prijedlog št i enika koji je u tom dijelu lišen poslovne sposobnosti ili skrbnika donijeti rješenje o sterilizaciji št i enika, doniranju tkiva i organa št i enika i mjerama za održavanje na životu št i enika. Nije potrebno rješenje suda u svezi s tim zahvatima ako je št i enik u vrijeme dok je bio poslovno sposoban u obliku javnobilježni ke isprave odlu io o tim postupcima i mjerama - anticipirana naredba. Zna i da bi sud prethodno trebao, pitanje je temelju kojeg vješta enja, donijeti odluku da se osobi oduzme pravo donošenja odluka o sterilizaciji, doniranju organa ili održavanja na životu?

Poseban problem zbog nedore enosti i nepromišljenosti su tzv. anticipirane naredbe. Anticipirane naredbe su primjer uvoza novog liberalnog individualizma koji ruši u nas još prevladavaju i paternalisti ki koncept zaštite

osobe koji se ostvaruje skrbništvom. Anticipirane naredbe su ekstremni primjer uvažavanja prava na samoodređenje i u slu ajevima kad razumna prosudba ukazuje da se radi o neracionalnom postupanju. Problem je što djeluju vremenski nakon očitovanja volje koja može u trenutku realizacije naredbe biti bitno različita s obzirom na nove, izmijenjene okolnosti. Očitovanja volje u pravu napose u svezi s osobnim statusom podložna su klauzuli *rebus sic stantibus*. U slu aju realizacije anticipirane naredbe promijenjene okolnosti ne uzimaju se u obzir. Napose je diskutabilno što ima ve u obvezuju u snagu - anticipirana naredba roditelja u vezi roditeljske skrbi, volja djeteta ili djetetov najve i interes kada se anticipiranom naredbom delegira izvršavanje roditeljske skrbi.

Obiteljski zakon RH kao novinu predviđa: 1.247 (st.5) Ako je osoba lišena poslovne sposobnosti prije lišenja poslovne sposobnosti u obliku javnobilježničke isprave odredila osobu ili više osoba za koju, odnosno koje bi htjela da se imenuju skrbnikom, kao i osobe za koje bi htjela da se imenuju njihovim zamjenicima (anticipirana naredba), centar za socijalnu skrb i tu osobu, odnosno osobe imenovati skrbnikom, odnosno skrbnicima te zamjenikom, odnosno zamjenicima skrbnika ako su ispunjene pretpostavke za imenovanje skrbnika propisane ovim Zakonom. Analizom te odredbe moguće je zaključiti da se i u tom slu aju primjenjuju odredbe o starateljstvu. Pitanje je u da li je i u kojoj je mjeri osoba izabrana anticipiranom naredbom samostalnija u statusu, pravima i obvezama od staratelja ili se radi o istovrsnom pravnom odnosu?

Obiteljska medijacija neće se provoditi ako su jedan ili oba braćna druga lišeni poslovne sposobnosti, a nisu u stanju shvatiti značenje i pravne posljedice postupka ni uz stručnu pomoć (1.332). Budući da zakonske posljedice moraju unaprijed biti izvjesne i istovjetne za sve adresate postavlja se pitanje kako to da ta osoba može sklopiti valjani brak, a ne može sudjelovati u postupku medijacije. Slijedi pitanje zašto osoba koja ne može poduzimati neke imovinske poslove ne bi mogla sudjelovati u postupku medijacije?

Kroz ovaj zakon provlači se distinkcija nesposobnosti za rasuivanje kao apstraktnog, šireg pojma nesposobnosti fizičke osobe koja samo u nekim slu ajevima može biti dodatno „osnažena“ odlukom suda o lišenju poslovne sposobnosti.

Ako sud u postupku vratanja poslovne sposobnosti utvrdi da saslušanje osobe nije moguće s obzirom na njezino zdravstveno stanje, dužan je o tome sastaviti bilješku u spis i navesti razloge nemogućnosti saslušanja (1.498 st.4). Nameće se pitanje što li je ta osoba za koju je sud utvrdio da saslušanje nije moguće, moći samostalno poduzimati, da li sve ili ništa? Bilo bi svakako zanimljivo analizirati takve slu ajeve iz prakse.

Rješenje suda o lišenju poslovne sposobnosti dostavlja se predlagatelju, osobi koja se lišava poslovne sposobnosti, njezinu posebnu skrbniku i centru za socijalnu skrb ( 1.501 st.1). Kako se štite poštenu i sigurnost pravnog poretka u cjelini budu i, kako je uvodno istaknuto, sustav normi kojima se definira pravni status fizičkih osoba i dio pravnog poretka kojim se definira osobni status i spada u javno pravo. Tko uopće zna da je osoba pod mjerom zaštite i u kojem opsegu? Krajnje tragičan primjer uvažavanja zaštite apsolutnog prava na privatnost je možda slučaj kopilota Germanwingsa Andreasa Lubitza kojem je dva tjedna prije nesreće psihijatar propisao odlazak u psihijatrijsku ustanovu. Mjerama zaštite osoba s posebnim potrebama pravni poredak štiti njih ali bi trebao štiti i sve ostale koji mogu biti i u praksi su sve više ugroženi opasnostima s tragičnim, nepovratnim posljedicama.

Ako prestanu razlozi sud će odlučiti o vraćanju poslovne sposobnosti osobi koja je prijašnjim rješenjem bila lišena poslovne sposobnosti ( 1.502). Sud može odlučiti da osoba koja je bila lišena poslovne sposobnosti bude lišena poslovne sposobnosti u manjem opsegu i sadržaju (djelomično vraćanje poslovne sposobnosti) ili da joj se poslovna sposobnost potpuno vrati. Zaključujemo da se radi o djelomičnom vraćanju djelomično oduzete poslovne sposobnosti. Pitanje je kojim će se stilizacijama služiti suci i kakav će biti pravni status tih osoba.

Mišljenja smo da zakonodavac nije imao dovoljno vremena i hrabrosti provjeriti primjenjivost i uinkovitost novih rješenja mentalnim vježbama rješavanja zamišljenih hipotetskih slučajeva i usporedbom dobivenih rješenja s onima koje postoje i Obiteljski zakon proizvodi u praksi upravnih i sudskih tijela. U podlozi donošenja Obiteljskog zakona ogledala se niska razina političke kulture. Pokušajem analize samo jednog segmenta vezanog uz poslovnu sposobnost fizičkih osoba kao pravnih subjekata nastojalo se upozoriti na neodrživost zakona. Ishitrene novine trebaju biti poticaj za sveobuhvatnu raspravu i znanstvena istraživanja budući da sustav doista treba osuvremeniti.

3. Možda metodološki neuobičajeno pokušati ćemo povijesnom i komparativnom analizom pojasniti svrhu i smisao pravne intervencije. Pravo je oduvijek polazilo od prirodnih faktora koji su determinirali sposobnosti fizičkih osoba i procjenjivalo različite dobne granice za valjanost očitovanja volje. Iako rimsko pravo nije poznavalo suvremeni dogmatski koncept poslovne sposobnosti bilo je prihvaćeno shvaćanje da djelatna sposobnost po naravi stvari mora biti vezana za razum i za moć shvaćanja posljedica djelovanja.<sup>4</sup>

Rimsko pravo i kasnije romanski pravni krug osobe su grupirale prema dobnim granicama u određene grupe sa statusnim obilježjima iz kojih su proizlazila njihova prava i obveze. Obitelj je stoljeima preuzimala zaštitnu ulogu nesposobnih, a šira je društvena zajednica štitila svoje i interese

---

<sup>4</sup> Eisner, B, Horvat, M, *Rimsko pravo*, Nakladni zavod Hrvatske, Zagreb 1948, str.126.

nesposobnih osoba starateljstvom tek kad nije bilo tog primarnog zaštitnog kruga. Javni poredak i interesi nesposobnih osoba koji nisu zbog prirodnih, intelektualnih razloga mogli ravnopravno u estvovati u pravnom prometu štitili su sve anom zabranom uprave imovinom-*interdictio*.<sup>5</sup>

Pravni posao proizvodio je u inke bez obzira je li odgovarao pravnoj volji stranke. Treba podsjetiti da su javni, strogo formalni postupci na neki na in bili zaštita nesposobnima jer teško da su mogli sudjelovati u tim strogo formalnim javnim „predstavama“ bez da bi se to primijetilo.<sup>6</sup> Vje ni je problem u pravu nesklad volje i o itovanja. Strogo formalni poslovi u javnoj sve anoj formi bili su ini se dostatna brana zaštite slabijih koji u njima teško da su mogli sudjelovati s evidentnim manama volje. Name e se potreba usporedbe sa suvremenim pravnim sustavima jer doista pismena javna solemnitatna forma uz ovjeru potpisa javnog bilježnika kao predstavnika države ili nadležnost upravnog ili sudskog tijela predstavlja i danas zaštitnu branu nesposobnim osobama. Strogi formalizam kao bitna karakteristika starog civilnog prava u kojem je forma bila toliko komplicirana da je bila dokaz poznavanja i razumijevanja prava ini se korisnim instrumentom zaštite nesposobnih osoba i u suvremenim pravnim porecima.

Rimsko pravo upu uje na zna aj statusa fizi kih osoba kao op e kategorije i dodatni zaštitni element koji se ostvarivao preko javnosti zaklju enja pravnih poslova u solemnitatnoj formi. Ako je osoba u trenutku izjave volje bila umno nesposobna može se raspravljati je li pravni posao nepostoje i ili se u inci mogu naknadno poništiti.

Rimsko pravo suptilno je razlikovalo zaštitu nesposobnih osoba tutelom, preko tutora koji je donosio odluke i curatelom, preko curatora koji je pomagao osobi „s posebnim potrebama“. ini sa da suvremeni nepravni kriteriji egaliteta svih osoba kao pravnih subjekata potiru biološke razli itosti višestruko ugrožavaju i pravnu stabilnost. Sve osobe nisu jednake u prirodnim potencijalima i nije primjereno izjedna avati ih jer se time ugrožavaju njihova prava i njihovo dostojanstvo. Ugrožen je pravni poredak kao cjelina jer poštenitri i mogu biti dovedeni u zabludu. Nepostojanjem ili lošim sustavom zaštite optere uje se pravni poredak, poti u zloporabe i uvodi pravna nesigurnost.

Gra ansko pravo polazi od dogmatske koncepcije koja unaprijed generalno kvalificira preko poslovne sposobnosti potrebnu volju subjekata za nastanak pravnog posla. Isto tako postoje mehanizmi naknadnog ukidanja pravnih posljedica. Novi pogledi na dostojanstvo svih ljudskih bi a i na temeljno ljudsko pravo na samoodre enje moraju polaziti od prirodne sposobnosti upravljanja voljom koja je posljedica dobi, zdravlja i inteligencije. Status odraslih osoba s posebnim potrebama glupo je izjedna avati sa statusom

---

<sup>5</sup> *Ibid.* str.197.

<sup>6</sup> *Ibid.* str.310.

zdravih, inteligentnih osoba. Isto da me u istima, ali razli ito me u razli itima. Kraj dvadesetog stolje a i novi pogledi na autonomiju i samoodre enje djece trebaju biti vodilja promišljanju statusa odraslih osoba: jasno je da e uvijek biti situacija u kojima dijete ima volju, ali se ona ne e uvažiti baš isto kao i kod odraslih osoba. Svaka je individua svijet i pri a za sebe i ini se da dolazimo do faze razvoja u kojoj su samo na elne granice postavljene statusom obi no vezanim uz dob, a stvarna procjena u inaka volje ovisi o procjeni od slu aja do slu aja. Valjda smo postali toliko bogati i organizirani da možemo kao temeljni kriterij uzimati najve i interes osobe u konkretnom slu aju, bez obzira radi li se o djetetu ili odrasloj osobi. Pitanje je samo da li time razvijamo ili potiremo ideju prava?

Kazneno pravo polazi od individualizacije pomno istražuju i stanje volje i razumijevanja ina u trenutku po injenja djela. ini se da u osnovi uvijek imamo kauzalni neksus izme u namjere i iskazane volje ili po injenog djela. U kaznenom pravu radnja se objektivno naknadno secira od slu aja do slu aja i o tome ovisi odgovornost. U gra anskom pravu napose preko tzv. poslovne sposobnosti imamo generalni okvir „ura unljivosti“ koji ipak podliježe naknadnom preispitivanju do ukidanja u inaka. Kao da je gra ansko pravo usmjereno na svakodnevno generalno iskazivanje volja i postizanje u inaka, a kazneno pravo na životno rijetke izuzetke.

Polaze i od prevladavaju eg dogmatskog koncepta kojeg su nas podu avali koji polazi od poslovne nesposobnosti postoji i fakti na nesposobnost zbog manjka volje koja dovodi do nepostojeg ili ništavog o itovanja volje. Ako se opredijelimo za kvalifikaciju da se bez nedostatka volje radi o nepostojem pravnom poslu tim pristupom najdosljednije štitimo fizi ku osobu kao pravnog subjekta ak i *post mortem* pravom na tužbu nasljednika.

Kod djece i kod odraslih osoba koja nisu prestale biti djeca treba pomno razlikovati da li tre i, nebitno roditelj ili skrbnik, pomaže i/ili odlu uje. U slu aju da je sankcija za nedostatak volje ništav pravni posao, nedostaju a prethodna procjena individualizacijom stanja volje te osobe obaviti e se *ex post* u postupku procjene valjanosti pravnog posla. Inicijalno ništav, ako *ex tunc* nije bio nepostojeg i, pravni se posao može osnažiti ispunjenjem prešutno ili konvalidacijom.

U osnovi aktivnog elementa pravnog subjektiviteta fizi ke osobe leži svijest i namjera za promjenom nekog pravnog stanja temeljem izjave volje. Svijest i namjera istovremeno postoje prije samog o itovanja volje ali i kao percepcija o ekivane promjene u granicama intelektualnih sposobnosti za shva anje svih dugoro nih posljedica o itovanja volje.

Volja je uvijek konstitutivni tvorbeni element svakog pravnog posla u vrlo širokom tuma enju koje podrazumijeva svako o itovanje volje uklju uju i i

ono u domeni osobnog statusa fizičke osobe. Dostojanstvo osoba moguće je zaštititi procjenom činjenica i okolnosti koje su prethodile tom otkrivanju volje. Na raspolaganju imamo tradicionalna sredstva pravne tehnike prema kojima to otkrivanje volje može biti kvalificirano kao nepostojeći akt, apsolutno ništav ili kao onaj kojeg je moguće naknadno poništiti. Kao kriterij za prosudbu lebditi uvijek negdje u zraku objektivna, nepristrana *the best interest of the child / person!* No postavlja se pitanje je li to pravni standard?

4. Zanimljiv presedan dogodio se objavom teksta Konvencije u službenom glasilu Republike Hrvatske koji podsjeća na onu opretnu opasnost da se smisao norme izgubi u prijevodu. Zakon o potvrđivanju Konvencije o pravima osoba s invaliditetom (1.12) propisuje i pravo na jednakost pred zakonom sadržavao je stilizaciju da „Države članice ponovo potvrđuju da osobe s invaliditetom imaju pravo svugdje biti priznate kao osobe jednake pred zakonom. Države članice će prihvatiti da osobe s invaliditetom imaju pravnu sposobnost (pravni položaj) na jednakoj osnovi kao i druge osobe u svim aspektima života. Države članice će poduzeti odgovarajuće mjere kako bi osobama s invaliditetom osigurale pristup potpori koja bi im mogla biti potrebna za ostvarivanje pravne sposobnosti. Države članice osiguravaju da sve mjere koje se odnose na ostvarivanje pravne sposobnosti predvide odgovarajuće i djelotvorne zaštitne mehanizme koji će sprečavati zlorabu u skladu s međunarodnim pravom koje obuhvaća ljudska prava. Takvi zaštitni mehanizmi osiguravaju da mjere koje se odnose na ostvarivanje pravne sposobnosti poštuju prava, volju i sklonosti te osobe, da se iz njih isključi sukob interesa i zloraba utjecaja, da su razmjerne i prilagođene osobnim okolnostima, da se primjenjuju u najkraćem mogućem vremenu i da podliježu redovitoj reviziji nadležnog, nezavisnog i nepristranog tijela vlasti ili sudbenoga tijela. Zaštitni mehanizmi bit će razmjerni sa stupnjem kojim takve mjere utječu na prava i interese osobe.“

Ako pažljivo analiziramo problem s kojim se suvremeni zakonodavci susreću u želji da zaštiti tzv. dostojanstvo ipak različitih ljudskih bića, o čemu se raspravlja u ovom radu, možemo zaključiti da je ta prvotna stilizacija „...da osobe s invaliditetom imaju pravnu sposobnost (pravni položaj) na jednakoj osnovi kao i druge osobe u svim aspektima života“ bila zadovoljavajuća i da je zbog njezina karaktera uvodne odredbe bila prihvatljiva različitim povijesno i kulturološki sasvim opretnim pravnim sustavima.

Međutim nedugo nakon objave u službenom glasilu slijedila je objava ispravka. Ministarstvo vanjskih poslova i europskih integracija Republike

---

<sup>7</sup> Zakon o potvrđivanju Konvencije o pravima osoba s invaliditetom i Fakultativnog protokola uz Konvenciju o pravima osoba s invaliditetom, Narodne novine – Međunarodni ugovori 6/2007. Ispravak Zakon o potvrđivanju Konvencije o pravima osoba s invaliditetom i Fakultativnog protokola uz Konvenciju o pravima osoba s invaliditetom, Narodne novine – Međunarodni ugovori 5/2008.

Hrvatske nakon izvršenog uspoređivanja s izvornim tekstom utvrdilo je pogreške u Zakonu o potvrđivanju Konvencije o pravima osoba s invaliditetom i Fakultativnog protokola uz Konvenciju o pravima osoba s invaliditetom koji je objavljen u »Narodnim novinama – Međunarodni ugovori« broj 6 od 27. lipnja 2007., te objavilo Ispravak Zakona o potvrđivanju Konvencije o pravima osoba s invaliditetom: „U hrvatskom prijevodu teksta Konvencije u članku 12. stavku 2. umjesto riječi: 'pravnu sposobnost (pravni položaj)' trebaju stajati riječi: 'pravnu i poslovnu sposobnost'.<sup>8</sup>

Oni koji se smatraju pozvanima dati autentično tumačenje članka 12. Konvencije zaključili su:

„Razlog zašto osobe s invaliditetom ne mogu biti poslovno sposobne esto ne proizlazi iz zakona, već iz njihove urođene nesposobnosti da donose kompetentne odluke u određenim sferama života. Budući da Konvencija ne nudi rješenje za ovakve situacije, države moraju pronaći načine u kojima će urediti iznimke...Ako je supstitucija dozvoljena u iznimnim slučajevima, o kojim se slučajevima radi i kako ih treba regulirati? Je li skrbništvo jedna od iznimaka koja može postojati zajedno uz Konvenciju? Ako je odgovor da, o kojem se obliku skrbništva radi, pod kojim uvjetima i s kojim jamstvom? Članak 12. nudi još manje odgovora na ova pitanja.“<sup>9</sup>

5. Kao prethodno pitanje neophodno bi bilo provesti jedno multidisciplinarno istraživanje na području na koji suvremena medicina – psihijatrija pristupa bolesniku. Čini se da je upravo promjena paradigme u liječenju od paternalizma, koji je zadržan kao iznimka kod hitnog postupanja i spašavanja života pacijenta, prelazi na obaviješteni pristanak pacijenta o kojem ovisi liječenje. Pravo na samoodređenje, sve do prestanka liječenja, danas sve više postaje obvezujućim konceptom.<sup>10</sup> Anticipirane naredbe samo su jedan od instrumenata u tom procesu apsolutnog individualizma koji stoji u podlozi sveprisutnog prava na samoodređenje.

U burnoj raspravi koja je prethodila diplomatskom usuglašavanju usvojen je tekst Konvencije o osobama s invaliditetom. Ključno je bilo postići prihvaćanje nepravno standarda dostojanstva ljudskog bića a iza kojeg stoji ostvarenje prava na autonomiju osobe kao temeljnog sadržaja liberalnog

---

<sup>8</sup> Autentično tumačenje treba potražiti u dokumentima koji svjedoče o burnoj diplomatskoj raspravi koja je prethodila usuglašavanju teksta Konvencije, Schulze, M, *Understanding the UN Convention on the Rights of the Persons with Disabilities*, [www.hiproweb.org/uploads/tx\\_hidrtdocs/HICRPDManual2010.pdf](http://www.hiproweb.org/uploads/tx_hidrtdocs/HICRPDManual2010.pdf), posjećeno 20.2.2016.

<sup>9</sup> Janos, F, *Konvencija o pravima osoba s invaliditetom i reforma skrbništva u Središnjoj i Istočnoj Europi, Poslovna sposobnost i skrbništvo – raskorak između Konvencije o pravima osoba s invaliditetom i prakse*, Zbornik radova sa stručnog skupa, nakladnik Pravobraniteljica za osobe s invaliditetom, Zagreb, 2012, str.91.

<sup>10</sup> Bonsignore, A, Smith, A, De Stefano, F, Molinelli, A, *Health management and patients who lack capacity: Forms of guardianship in European health policy*, Health Policy, 114,2014, str.246-253.



individualizma. Taj liberalni individualizam preko autonomije i dostojanstva postao je prije toga prevladavajući i bioetički kriterij. Primjer je naziv i sadržaji Konvencije Vijeća Europe o zaštiti ljudskih prava i dostojanstvu ljudskih bića u pogledu primjene biologije i medicine, Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini.<sup>11</sup> Mišljenja smo da su tržišne pretpostavke ostvarivanja prava na zdravlje kao ekonomske kategorije dovele do toga da je liječenje potrebno shvaćati kao pravni posao na kojeg treba primijeniti sve ono što u teoriji postoji glede volje kao pretpostavke za zaključenje pravnog posla. Osoba koja izjavljuje volju mora imati svijest da razumom može shvatiti posljedice izjave volje.

Budući da pravni status invalida ovisi o prosudbi temeljem medicinskih kriterija, ti su standardi nametnuti i u Konvenciji o pravima osoba s invaliditetom. Povijesno je liječnik isto kao i skrbnik imao moralno obvezujuće pravo i dužnost učiniti sve što je najbolje za pacijenta. Taj paternalizam biva napušten prodorom liberalnog individualizma koji polazi od prava na samoodređenje. Danas je pretpostavka za pristup liječenju pristanak obaviještenog pacijenta. Isto tako osoba dok je sposobna izraziti svoje želje može *pro futuro* u pravno obvezujućoj formi iskazati svoje želje koje kao izjava volje kasnije obvezuju liječnika, primjerice prestankom održavanja na životu. Bilo je za očekivati da će to utjecati i na novo shvaćanje odnosa liječnika i skrbnika budući da ti novi nepravni, ideološki standardi, poput dostojanstva ljudskog bića, redefiniraju i status fizičke osobe kao pravnog subjekta. Tradicionalno skrbništvo polazilo je od paternalizma. Novi standard prava na samoodređenje preko dostojanstva treba shvaćati kao pretpostavku ostvarenja društvene fikcije liberalne autonomije. Novi, autonoman uvijek je nešto poput nadčovjeka. Autonomija je sredstvo za ostvarenje ideja liberalnog individualizma koje su nametnutim standardom tzv. dostojanstva daju primat individualnom nadčovjeku.

Budući da je medicina i do sada bila osnova za prosudbu statusa osobe bilo je za očekivati da će taj virus apsolutnog samoodređenja prodrijeti i u pravni sustav. U tom kontekstu i tradicionalnom skrbništvu dokida se apsolutni paternalistički smisao. Individualna volja fizičke osobe ima primat. Pravni poredak preuzeo je obvezu da tu volju i naknadno *ex post* uvažava u trenutku kad je osoba postala nesposobna za rasuđivanje. Mišljenja smo da će nakon po etičnog idealizma ponovno prevladati realizam budući da je uvijek društveno biće i da granice normalnog postavlja najbliža zajednica. Teško je za očekivati da će pravosudno zaštitne mehanizme pokretati sama ta osoba.

U osnovi postojanja i potrebe za pravnim instrumentom poslovne sposobnosti ležala je potreba približavanja prava prirodnim biološkim osobinama ljudskih bića. Očitovanje volje kao izraza nutrine vanjska su manifestacija osobnog individualiteta i samo se po tome osobe istih bioloških potencijala bitno razlikuju. Budući da sve osobe nisu jednakih intelektualnih

---

<sup>11</sup> Narodne novine – Međunarodni ugovori, 13/2003.

potencijala izrazi njihove volje različitosti. Suvremeni svijet vrlo je tolerantan glede uvažavanja različitosti. Međutim kad pravni poredak treba prosuditi te prirodne biološke faktore individue, poput njezine volje neophodna mu je pomoć prirodnih znanosti, generalno medicine, odnosno psihijatrije. Pravni sustav generaliziraju i prihvaćaju granice vezane uz dob radi promicanja poželjnog sustava vrijednosti i zaštite fizičkih osoba. Kad suvremena psihijatrija postaje antipsihijatrija tada se neminovno mijenja i društveni odgovor u segmentu pravnog pristupa. Relativizacija kriterija i individualizacija neminovno mijenjanju ulogu i domaće pravne sustave pa uz antipsihijatriju slijedi i nešto kao „anti pravo“ budući se potire značaj instituta poput poslovne (ne)spособnosti koji su bili stup pravnih teorija i pravnih sustava.

Individualizacija služi da zna i na primjeru pravnog subjektiviteta djeteta procjenu i uvažavanja volje u skladu s utvrđenim najboljim interesom djeteta. Individualizacija na primjeru punoljetnih osoba s manom volje (invaliditetom!) zna i prihvaćanje iznimke u pravu na samoodređenu uvođenjem pravnih pretpostavki i postupka za izricanje mjera zaštite. Neophodno je stupnjevanje zaštitnih mjera jer nije isto pomagati nekome i donositi odluke za nekoga, pravnici kažu u ime i za račun. Svako otkrivanje volje je vrsta pravnog posla i korisno je koristiti mehanizme koji suptilno prilaze prosudbi značajne volje.

Ideja prava najlakše se ostvaruje kad svim istovrsnim subjektima pristupa na jednak, generalan, apstraktan način. Krajem dvadesetog stoljeća aletvica se zaustavila na 18. godini života za oba spola i ta je dob gotovo općeprihvaćena za stjecanje punoljetnosti. Povijesni primjeri ukazivali su na zamjetno niže, ali i više dobne granice kao i na različite granice obzirom na spol. Zanimljiva su ne tako davna povijesno komparativna istraživanja dobi za sklapanje braka u europskim državama.

ini se doista samo, dok uopće još i postoji, prinudna hospitalizacija zna i rijedak izuzetak potpunog dokidanja prava na samoodređenu. Konvencija ne rješava pitanje iznimke. Teško je zamisliti svijet bez skrbnništva. Nekoliko tisuć godina pravne civilizacije kojoj pripadamo to samo potvrđuje. I povratak povijesnim korijenima i teoriji korisniji su od nekritičkog uvođenja novotarija. Pravni status djeteta koji je u praksi još u pelenama korisna je vodilja u promišljanju statusa odraslih osoba s invaliditetom. Uostalom uporabna korist pelena nametnula se i kod starijih osoba. Jedna vrsta skrbnika pomaže, druga odlučuje. Skrbnik mora donositi odluke kad osoba ne raspoloživo sa sviješću o posljedicama svojih činova. Neka se to zove iznimkom. Neka zakonodavci propišu pretpostavke za te mjere zaštite s povjerenjem da se njima ne ugrožava dostojanstvo tih ljudskih bića s posebnim potrebama.

6. Pretpostavka poslovnoj sposobnosti je volja nešto htjeti. Ako nema volje kao poticaja za promjenom, bez obzira o kojem se društvenom odnosu radilo, poslovna sposobnost je neiskorišteni potencijal jedne pravne

konstrukcije. Inini se da je u teoriji poslovna sposobnost imala smisla dok je bila isticana kao antipod pravnoj sposobnosti. Budući da je značaj pravne sposobnosti postao gotovo beznačajan nameće se i pitanje koji je danas *ratio legis* poslovne sposobnosti. Nestankom pravne sposobnosti ostaje ono ime pravni subjekt aktivno ulazi u pravne odnose, a to je volja. Volja kao prirodna pretpostavka pravnih odnosa determinirana dobi, zdravljem inteligencijom, iskustvom... Danas u pravu čak i dihotomija maloljetnost – punoljetnost kao da gubi na značaju. Uvažavanje dostojanstva ljudskog bića i priznavanje u inaka volje na elno je isto kod svih osoba i ovisi o objektivnoj procjeni najboljeg interesa. Mišljenje djeteta u nizu slučajeva treba biti uzeto u obzir. Volja djeteta mlađeg od osamnaest godina u nizu konkretnih primjera neizostavan je element valjanosti pravnih poslova. Ostaje razlikovanje volje od želje u kojoj osnovi također leži volja ali se uzima u obzir tek ako se utvrdi da je u interesu djeteta.

U radu iz davne 1986. godine, o starateljstvu u Francuskoj, upozoreno je na razlike u pravnim sustavima. „Građanski status osobe (*etat civil*) određen je institutima građanskog prava, ali utječe i na porodične odnose kao manifestacija osobnosti. Status se u osobnim odnosima procjenjuje u kontekstu relacije ovjek-okolina, on je individualno određen, a u ova se uspoređivanjem različitih osoba. Naziva se još i *etat physique individuel*, kao osobni status ovisan o psihičkim kvalitetama osobe, a na njega utječu dob, psihička razvijenost, spol i ludilo. Ističe se važnost statusa budući su njima određeni broj i priroda pravnih odnosa te determinirane osobne pretpostavke za vršenje prava i obveza. Tek kad posjeduje ta svojstva, fizička osoba može poduzimati pravne radnje. Interesantno je da Planiol citira Capitanta u dijelu kojim on upozorava na različitost tih kategorija u njemačkom sistemu, iznose i gledište da se taj sistem, koji počinje na dvije temeljne kategorije – pravnoj i poslovnoj sposobnosti – ima smatrati uspješnijim. U art. 23 CC nalazi se stilizacija po kojoj sve osobe mogu sklapati ugovore ukoliko nisu zakonom proglašene nesposobnima.“<sup>12</sup>

Mišljenja smo da je izlaz u vraćanju korijenima, u povratku na status kao povijesni primjer i kao generalni okvir zaštite osoba bez navođenja poslovne sposobnosti. Polazeći od rimskog prava status je bio prvotni okvir slobode. Volja osobe kao pravnog subjekta i nije bila od neke važnosti. Kolektivno je imalo primat nad individualnim. Inini se da je status prihvatljiviji pravni instrument budući je nemoguće predvidjeti baš sve „...mjere, radnje i postupke“ koje osoba nije sposobna samostalno poduzimati.

Poredbena metoda često se selektivno zlorabi.<sup>13</sup> Upozoreno je na problem plemenitih, visoko postavljenih, nepravničkih standarda koji su ugrađeni u

---

<sup>12</sup> Hlača, N, *Starateljstvo u Francuskoj – razvoj instituta*, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, 7, 1986, str. 31.

<sup>13</sup> Milas Klarić, I, *Pravni status skrbnika kao jamstvo zaštite ljudskih prava odraslih*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2010.

me unarodne ugovore i koji time posredno obvezuju države pristupnice.<sup>14</sup> Me utim europski pravni sustavi i dalje sadrže odredbe koje determiniraju specifičan status onih fizičkih osoba koje evidentno nisu u stanju štiti svoja prava i interese. Neophodno je stupnjevanje mjera zaštite koje polaze od pomaga a do zastupnika. Važno je predvidjeti mehanizme javnosti odluke kojom se štiti šira javnost i poštene treće osobe. Moguće je uz zakonski sustav mjera zaštite preko skrbništva uvoditi i pravo na samoodređenje. U tom slučaju potrebno je zakonom riješiti mogući sukob ovlasti. Neophodno je predvidjeti nadležnost suda budući se radi o ograničenjima temeljnih ljudskih prava. Sve su to pretpostavke koje zakonodavac mora uzeti u obzir kad dugoročno, *de lege ferenda*, sagledava status osoba s posebnim potrebama, a što je evidentno zakonodavac u Hrvatskoj propustio učiniti.

Talijanski Građanski zakonik (1.404) predviđa kao prvu stepenicu zaštite nesposobne osobe imenovanje pomoćnog upravitelja (*amministratore di sostegno*).<sup>15</sup> Radi se o prvom stupnju mjera zaštite koji izriče sud ali na traženje, odnosno na temelju slobodnog optovaranja te osobe i njezinih srodnika. Me utim sud objektivno procjenjuje i okolnosti slučaja može odlučiti da toj osobi doista imenuje pomoćnog upravitelja ili da izrekne strože stupnjeve mjera zaštite *interdizione* ili *inabilitazione* koji se sadržajno približavaju potpunom i djelomičnom lišenju poslovne sposobnosti iz našeg pravnog sustava, ali ne može ne izreći niti jednu mjeru. Zamjetan je povijesni kontinuitet interdikcije kao oznake specifičnog pravnog statusa u kojem se nalazi nesposobna osoba (Građanski zakonik 1.414).

Francuski Građanski zakonik kao prvu pomoć, prvu mjeru zaštite također predviđa da sud može nesposobnoj osobi imenovati pravnog zaštitnika (*sauvegarde de justice*). Nesposobna osoba u pravnom se poretku štiti imenovanjem skrbnika ili curatora odlukom suda. Time se postiže stupnjevanje mjera zaštite fizičkih osoba pod zaštitom.<sup>16</sup> U oba pravna sustava publicitet se osigurava zabilježkom na margini matične knjige rođenih.

Njemački pravni sustav predviđa i mogućnost da osoba dok je „razumna“ sama sebi imenuje pravnog zaštitnika - *betreuer*.<sup>17</sup> Ta osoba pomaže, ali i zastupa nesposobne osobe ovisno o razlozima. Pravni sadržaj odnosa varira od potpore do zastupanja pri donošenju odluka za nesposobnu osobu – štitenika. Budući da će uvijek biti potrebe za izricanjem mjera zaštite po službenoj dužnosti, ako osoba nije sama unaprijed ovlastila treću osobu da ju zastupa, to može učiniti i sud. Na elno osobi starijoj od osamnaest godina ne

---

<sup>14</sup> Kora Graovac, A., Ulo, A., *Konvencija o pravima osoba s invaliditetom – novi pristup shvaćanju prava osoba s duševnim smetnjama*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 61, 2011, 1, str. 65-109.

<sup>15</sup> Zaccaria, A., *Commentario breve al diritto della famiglia*, 2. izd., CEDAM Padova, 2011.

<sup>16</sup> Code Civil, 102 edition, Dalloz, Paris, 2003.

<sup>17</sup> [www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html](http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html), posjeđeno 20.1.2016.

može biti potpuno umanjena poslovna sposobnost. Ograničenja ovise od slušanja do slušanja i razmjerna su stupnju duševne bolesti ili nesposobnosti za rasu i vanje i nemogućnosti shvaćanja posljedica svojih djela. Njemačka je posebno osjetljiva na ograničavanje slobode zbog tragičnih iskustava nacističkog režima. Stoga su uvedeni pravni mehanizmi koji polaze od pretpostavke samoodređenja i individualizirane pravne zaštite nesposobnih osoba. Njemački građanski zakonik sadrži pretpostavke za imenovanje skrbnika maloljetniku bez roditeljske skrbi ( § 1773) i punoljetnim osobama koje zbog duševne bolesti ili duševnih ili psiholoških mana nisu sposobne shvatiti posljedice odnosa u kojima sudjeluju ( § 1896). Imenovanje skrbnika u nadležnosti je suda, a zakon posebno naglašava da skrbnik ne može biti imenovan protivno volji punoljetne osobe ( § 1896. 1a). U uvodnim odredbama Njemačkog građanskog zakonika ( § 18) koje uređuju prebivalište osoba navodi se da osoba koja nije sposobna za sklapanje poslova ili koja ima ograničenu sposobnost ne može prijaviti ili promijeniti prebivalište bez suglasnosti zakonskog zastupnika.

7. Jednakost fizičkih osoba kao pravnih subjekata polazi od pretpostavke da su na elno, „medicinski“ sve osobe iste. Presumira se postojanje volje kao pretpostavke za ostvarivanje samoodređenja. U osnovi bioloških impulsa na aktivnost leži instinkt preživljavanja, zaštita sebe samog i sposobnost upravljanja sobom. Kriterij za prosudbu i uvažavanje je kulturološki uvjetovan budući i su generalne, prirodne, biološke pretpostavke u pravilu jednake. Dok djelovanje volje upuće na dobrobit zajednica ne reagira. Razumno korištenje volje se presumira. Naslućuje se potreba prosudbe razboritosti u korištenju voljom od slušanja do slušanja što je uobičajeno u kaznenom pravu i podvodi se pod uraunljivost. Tako dolazimo do sustava u kojem štitimo dostojanstvo ljudskih bića kao apstraktan pojam koji ima karakter „kao uk norme“. Trend antipsihijatrije nametnuo se relativizirajuć i ideju prava pretvarajuć i ga u anti pravo u kojem se u svakom konkretnom slušaju procjenjuje najbolji interes te osobe. Ostaje tek dvojba tko će to pošteno i objektivno utvrditi. Izlaz je možda u vraćanju na različite statuse fizičke osobe. Javni sustav zaštite koji je do sada postojao preko starateljstva je neizbježan i treba ga stupnjevat i od pomoćnika do zastupnika. Iznimke će uvijek biti i za njih treba ostaviti onih 100% nesposobnosti kad osobu kao zastupnik predstavlja skrbnik. Budući da djeca uživaju u okviru statusa maloljetnosti sve značajniju autonomiju mišljenja smoda se taj model može primjenjivati i na punoljetne osobe. Povjerenje u pravni sustav teško se stječe, ali vrlo lako gubi. Ljudska prava i ljudsko dostojanstvo jako su skupe kategorije. Pitanje je da li ćemo ikada doista moći i da štitimo autonomiju i dostojanstvo nesposobnih osoba od slušanja do slušanja procjenom njihovog najboljeg interesa. Teško. Ideja prava polazi od neminovnih generalizacija koje u tom slušaju nestaju prepuštaju i mjesto arbitrarnosti procjene u svakom konkretnom slušaju. Povijesna iskustva upuće na potrebu preispitivanja značajja statusa kao na elne mjere zaštite uz javnu solemnitatnu formu ako se radi o nekom važnijem otkivanju volje. Time se ostvaruje

individualizacija pristupa i procjena stanja i interesa osobe u konkretnom pravnom odnosu.

Netko je pametno zaključio da traje beskrajna potraga za savršenim „CAPACIMETROM“.<sup>18</sup> Ako ikada i bude izumljen uvijek ostaje dvojba tko će ga pošteno i objektivno koristiti.

---

Dr. sc. Nenad Hlača, full professor  
Law Faculty University of Rijeka  
Croatia

## **LEGAL STATUS OF PERSONS DIVESTED OF LEGAL CAPACITY IN THE NEW FAMILY ACT OF CROATIA**

**Summary:** The paper analyzes trends in the international conventions and legislations pointing the new status of majors divested of legal capacity. Due to the recent standards in the protection of dignity and self-determination of human beings national legislators are obliged to modernize legal solutions. It is evident the lack of a deeper theoretical reflection in the provisions of the Family Act of Croatia 2015.

**Key words:** Legal capacity, partial divesting of legal capacity, equal recognition before the law, persons with disabilities, Croatia, Family Act.

---

<sup>18</sup> Hall, M-I, *Mental Capacity in the (Civil) Law: Capacity, Autonomy, and Vulnerability*, 2012,58:1, McGill Law Journal 61, str.63-94.

Dr. sc. Udžejna Habul, vanredni profesor  
Fakultet političkih nauka Univerziteta u Sarajevu

## **INSTITUCIONALNA ZAŠTITA OSOBA KOJIMA JE ODUZETA POSLOVNA SPOSOBNOST - NEMOGUĆNOST OSTVARIVANJA PRAVA NORMIRANIH U UN KONVENCIJI O PRAVIMA OSOBA SA INVALIDITETOM**

**Sažetak:** Praksa institucionalnog zbrinjavanja osoba kojima je oduzeta poslovna sposobnost upućuje na činjenicu da živimo u društvu koje, uprkos konvencijskom pravu i relevantnim odredbama nacionalnog zakonodavstva, još uvijek nije prilagođeno potrebama osoba sa invaliditetom. Usvajanjem UN Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom u Bosni i Hercegovini nisu stvorene pretpostavke za njenu primjenu. Slijedom takvog odnosa države prema ratificiranim međunarodnim dokumentima i standardima u zaštiti osoba sa invaliditetom, koji su trebali biti inkorporirani u odredbe nacionalnog zakonodavstva, institucionalna zaštita osoba kojima je oduzeta poslovna sposobnost postala je predmet brojnih apelacija osoba sa invaliditetom, upućenih prema Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine i Evropskom sudu za ljudska prava. U apelacijama je istaknuto da takav vid zaštite predstavlja atak na pravo na slobodu i sigurnost ličnosti te da je riječ o nezakonitom lišavanju slobode ovih osoba.

Analizom sadržaja apelacija osoba kojima je oduzeta poslovna sposobnost (Studija slučaja osoba smještenih u ustanovu socijalne zaštite - Zavod za zbrinjavanje mentalno invalidnih lica „Drin“ Fojnica) autorica u radu ukazuje na praksu provođenja postojećih i zaštite ovih osoba te potrebu uvođenja fleksibilnih mjera koje se odgovarati zahtjevima svakog pojedinog slučaja u skladu sa odredbama UN Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom.

**ključne riječi:** osobe kojima je oduzeta poslovna sposobnost, institucionalna zaštita, pravo na život u zajednici, Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom.

### **1. Uvod**

Institucionalna zaštita osoba kojima je oduzeta poslovna sposobnost u Bosni i Hercegovini je pravilo. Takva praksa je rezultat primjene relevantnih odredaba nacionalnog zakonodavstva, predrasuda u sistemu zaštite, dominaciji medicinskog modela u sistemu zaštite i neuvažavanja onih standarda u zaštiti ovih osoba koji proizlaze iz UN Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> UN Konvenciju o pravima osoba sa invaliditetom Generalna skupština UN-a usvojila je 13. decembra 2006. godine. U BiH Konvencija je stupila na snagu 11. aprila 2010. Ratificirana je

Postoje i pravni okvir omoguće oduzimanje poslovne sposobnosti (potpuno ili djelimično), stavljanje pod starateljstvo, odlučivanje putem imenovanog staratelja te slijedom toga i smještaj u instituciju socijalne zaštite. Njihova institucionalizacija i usporen proces deinstitutionalizacije su ključni problemi sa kojima je država Bosna i Hercegovina suoena poslije ratifikacije UN Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom. Ovo tim više, jer je i primjena važećeg pravnog režima oduzimanja poslovne sposobnosti u suprotnosti sa odredbama konvencijskog prava. Najbolji pokazatelji stanja u ovoj oblasti jesu odluke Evropskog suda za ljudska prava i Ustavnog suda BiH iz kojih proizlazi da nije ispunjen zahtjev „zakonitosti“ u smislu Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu Evropska konvencija) i odredaba nacionalnog zakonodavstva, ali i opredijeljenost ka deinstitutionalizaciji i socijalnoj inkluziji koja omogućuje uspostavljanje novih usluga podrške samostalnom životu (samostalno stanovanje i stanovanje uz podršku) van ustanova socijalne ili zdravstvene zaštite.

Cilj rada je analizirati odredbe nacionalnog zakonodavstva u oblasti prava i socijalne zaštite koje se odnose na osobe sa duševnim smetnjama kojima je oduzeta poslovna sposobnost, ukazati na neusklađenost unutar relevantnih odredaba nacionalnog zakonodavstva, s jedne strane i neusklađenost tih odredaba sa odredbama Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i UN Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom, s druge strane. Sastavni dio rada su i rezultati analize sadržaja apelacija osoba kojima je oduzeta poslovna sposobnost (Studija slučaja osoba smještenih u ustanovu socijalne zaštite – Zavod za zbrinjavanje mentalno invalidnih lica „Drin“ Fojnica) i odluka Ustavnog suda BiH u vezi sa tim apelacijama.

## **2. Oduzimanje poslovne sposobnosti**

Postupak oduzimanja poslovne sposobnosti fokusiran je na medicinski pristup, koji je rezultat medicinskog modela shvatanja invaliditeta.<sup>2</sup> Sud donosi odluku na temelju nalaza i mišljenja vještaka neuropsihijatra, izvodi zaključak da npr. „duševna bolest – procesna psihoza (šizofrenija) uz zloupotrebu psihoaktivnih supstanci“ konkretnu osobu dovodi u stanje da ne može štiti svoja prava i interese, te da u slučaju pogoršanja bolesti može direktno i neposredno ugroziti prava i interese drugih, uključujući i sigurnost; ili da je „osoba duševno bolesna, da je bolest trajnog i progresivnog karaktera, ta da

---

zajedno sa Fakultativnim protokolom 12. marta 2010. godine („Službeni Glasnik BiH – Međunarodni ugovori“, broj 11/9).

<sup>2</sup> Suprotan medicinskom ili modelu socijalne pomoći je društveni model invaliditeta koji podupire Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom u okviru koje se u Opštim principima iz čl. 1. 3. naglašava poštovanje urođeno g dostojanstva, autonomija volje (sloboda odlučivanja), nezavisnost, nediskriminacija, puno i efektivno učestvoće i društvena inkluzija, poštovanje različitosti i prihvatanje invaliditeta kao oblika ljudske raznolikosti... Konvencija pokazuje težnju ka promjeni pristupu invaliditetu pa samim tim i shvatanju invaliditeta u kontekstu potrebe za oduzimanjem poslovne sposobnosti.



nije u stanju štiti svoja prava i interese“; ili „na osnovu nalaza i mišljenja vještaka medicinske struke, sud je utvrdio da je došlo do teškog i trajnog oštećenja psihičkih funkcija, te da ta osoba nije sposobna da štiti svoja prava i interese.“<sup>3</sup>

Istina, ovaj pristup ima i elementa tzv. funkcionalnog pristupa, budući da se temelji i na procjeni sposobnosti osobe (npr. sud cijeni na osnovu nalaza vještaka da se osoba ne može brinuti sama o sebi, da ne može biti bez stručnog nadzora, te da ne može sama funkcionirati, da est o odluta u nepoznatom pravcu).Ovakva procjena je na tragu konstatacije da ta osoba ne može sama obavljati određene životne funkcije i onda joj se oduzima poslovna sposobnost, bilo u potpunosti ili djelimično.<sup>4</sup>

U kontekstu ova dva pristupa u oduzimanju poslovne sposobnosti ne uzimaju se u obzir posljedice oduzete poslovne sposobnosti koje automatski nastaju sa njenim oduzimanjem. Dodamo li ovakvoj praksi notu predrasuda i činjenice da se tradicionalno tako radi u uvjerenju da je to u interesu takve osobe, da je za nju najbolje, onda je sasvim jasno da je riječ o „sistemskom zanemarivanju subjektiviteta i sposobnosti“<sup>5</sup> bez da se pruži podrška za korištenje preostalih sposobnosti. Takvim osobama se slijedom toga postavlja staratelj koji uglavnom odlučuje umjesto te osobe, a ne zajedno sa njom.<sup>6</sup> U praksi svjedočimo da su subjekti odlučivanja staratelji, a osobe kojima je oduzeta poslovna sposobnost objekti zaštite.<sup>7</sup> Pravo uvijek na samostalno odlučivanje o pitanjima koja se tiču samo njega samoga, ovim putem, može biti oduzeto ako po ocjeni suda postoje razlozi za to. Realnost je takva da razloge nije teško pronaći i podvesti ih pod dijagnozu „duševnog oboljenja“ koje je idealna podloga za oduzimanje poslovne sposobnosti. Kad se poslovna sposobnost oduzme, jedna u nizu posljedica reflektira se na socijalnu isključenost i mogućnost smještaja u institucije socijalne zaštite bez pristanka, jer pristanak nije ni potreban za osobe oduzete poslovne sposobnosti. Tako,

---

<sup>3</sup> Odluke Ustavnog suda BiH: AP 2928/13; AP 3443/13; AP 2440/11, dostupno na: <http://www.ccbh.ba/bos/odluke>, pristup 20.08.2014.

<sup>4</sup> Oduzimanje poslovne sposobnosti dovodi do stavljanja pod starateljstvo i ovaj vid zaštite je normalan slijed u zaštiti osoba kojima je oduzeta poslovna sposobnost. Vidjeti čl. 192-193 Porodičnog zakona FBiH („Sl. novine FBiH“, br. 35/05, 41/05, 31/14).

<sup>5</sup> Dhanda, A, *Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar for the Future?*, 34 Syracuse J. Int'L. & Com. 429-462, (2006-2007), <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/sjilc34&div=17&id=&page=>, pristup 16. marta 2016.

<sup>6</sup> U praksi centara za socijalni rad u Federaciji BiH, za staratelja se može postaviti srodnik ili prijatelj uz prethodno dati pristanak, a najčešće socijalni radnik uposlen u centru za socijalni rad. Srodnici i prijatelji, u pravilu, ne žele preuzeti obavezu staratelja a socijalni radnici, u kontekstu vršenja neposrednog starateljstva, tu obavezu preuzimaju po službenoj dužnosti.

<sup>7</sup> Analiza sudske prakse u slučajevima oduzimanja poslovne sposobnosti duševno oboljelim osobama koju je objavila Inicijativa za prava osoba sa mentalnim invaliditetom MDRI-S ukazuje na nepovoljne tendencije ustaljenih praksi u oduzimanju poslovne sposobnosti. Vidjeti prema: Marković, M, *Poslovna sposobnost kao univerzalno ljudsko pravo i determinanta društvenog položaja lica sa mentalnim invaliditetom*, Stanovništvo 2/12, (62-83).

oduzeta poslovno sposobnost zna i istovremeno i oduzimanje ljudskih prava tim osobama, koje su onda kada budu smještene u instituciju gotovo „obespravljene“.

Za razliku od ovog tzv. zastupni kog starateljskog odlu ivanja u ime osobe lišene poslovne sposobnosti Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom ( I. 12) predvi a uživanje poslovne sposobnosti u svim aspektima života na jednakoj osnovi kao i druge osobe. Konvencija definira poslovnu sposobnost kao univerzalno pravo i ukazuje na autonomnost osobe koja ima duševnu smetnju.<sup>8</sup> Naravno, ovakav pristup iziskuje suštinsku reformu u ovoj oblasti (uvo enje asistiranog odlu ivanja, potpunog napuštanja mogu nosti oduzimanja poslovne sposobnosti, uvo enje novih mehanizama zaštite koji su potrebni u ostvarivanju poslovne sposobnosti, u na inu organiziranja života u zajednici). Kako u BiH još nisu stvorene pretpostavke za druga iji pristup u ovoj oblasti, svjedo imo pretjeranoj institucionalizaciji osoba kojima je oduzeta poslovna sposobnost.

### 3. Smještaj u instituciju socijalne zaštite i iskustva iz prakse

Smještaj u instituciju socijalne zaštite rezultat je uobi ajenog tretmana osobe kojoj je oduzeta poslovna sposobnost. lanovi porodica ovih osoba esto isti u da se ove osobe/njihovi rodnici ne mogu uklju iti u društvo, da se ne mogu osamostaliti, zaposliti, te smatraju da je opravdano oduzeti im poslovnu sposobnost i slijedom toga ostvariti pravo na smještaj u instituciju socijalne zaštite. Dijagnoza – duševna bolest je razlog oduzimanja poslovne sposobnosti, a oduzeta poslovna sposobnost razlog stavljanja pod starateljstvo kao oblik zaštite normiran odredbama porodi nog zakonodavstva.<sup>9</sup> Sve zajedno dovodi do primjene oblika zaštite koji se podvodi pod pravo na smještaj u ustanovu socijalne zaštite. U Bosni i Hercegovini ovaj oblik zaštite reguliran je odredbama zakonodavstva u oblasti socijalne zaštite.<sup>10</sup> O smještaju u instituciju odluku donosi centar za socijalni rad. Praksa pokazuje da se glavnina smještaja u ustanove socijalne zaštite odvija bez pristanka osobe kojoj je oduzeta poslovna

---

<sup>8</sup>L. Perlin, M. *“A Change is Gonna Come: The Implications of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities for the Domestic Practice of Constitutional Mental Disability Law,*

29 N.III. U. L. Rew. 483-497 (2008-2009), dostupno na:

<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/niulr29&div=23&id=&page=>, pristup 16.marta 2016.

<sup>9</sup>*Supra note 4.*

<sup>10</sup> U Federaciji BiH prava iz socijalne zaštite, uklju uju i i pravo na smještaj u ustanovu socijalne zaštite, temelje se na odredbama entitetskog i kantonalnih zakona o socijalnoj zaštiti, zaštiti civilnih žrtava rata i zaštiti porodice sa djecom. Federalnim Zakonom o osnovama sistema socijalne zaštite, zaštite civilnih žrtava rata i zaštite porodice sa djecom („Sl. novine FBiH“ br. 36/99, 54/04, 39/06, 14/06 i 14/09), ure ene su osnove sistema socijalne zaštite dok se kantonalnim propisima bliže ure uje ova oblast. Pored ovih relevantan je i Zakon o preuzimanju prava i obaveza osniva a nad ustanovama socijalne zaštite u Federaciji BiH („Sl. novine FBiH“ br. 31/08 i 27/12), kojim FBiH preuzima prava i obaveze u vezi sa zaštitom osoba sa duševnim smetnjama u tri ustanove u Federaciji i kojim se jasno utvr uje djelatnost ovih ustanova.

sposobnost, pa se tako dovodi u pitanje zakonitost takvog smještaja u smislu poštivanja odredaba nacionalnog zakonodavstva i odredaba meunarodno-pravnih dokumenata koje je BiH potpisala i ratificirala.

Što se tiče poštivanja odredaba nacionalnog zakonodavstva, zakonitost u smještaju je ispoštovana. Shodno propisima u oblasti porodi nog prava i socijalne zaštite, smještaj bez pristanka je moguć jer je tim osobama oduzeta poslovna sposobnost, stavljene su pod starateljstvo i imaju pravo na smještaj u ustanovu socijalne zaštite. Međutim, kako odredbe Zakona koji uređuju ovu oblast<sup>11</sup> nisu usklađene sa odredbama konvencijskog prava u ovoj oblasti, institucionalno zbrinjavanje ovog tipa predstavlja lišavanje slobode i kršenje prava na slobodu te se opravdano dovodi u pitanje zakonitost smještaja. Dodatno, ovaj vid zaštite je i u koliziji je sa pravom tih osoba da odluče gdje, kako i sa kim žele živjeti, kako to slijedi iz odredaba Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom.<sup>12</sup>

Postupak smještaja u ustanove socijalne zaštite inicira staratelj u ime osobe kojoj je oduzeta poslovna sposobnost. Na temelju odgovarajuće dokumentacije (mišljenje stručnog tima centra, izvršna odluka suda, medicinski nalazi, zahtjev staratelja) centar za socijalni rad donosi odluku o smještaju i zaključuje ugovor sa ustanovom socijalne zaštite u koju se osoba smješta. U Bosni i Hercegovini postoji šest takvih ustanova u kojima je, prema statističkim pokazateljima<sup>13</sup> smješteno 3.912 osoba od ukupno 8.563 psihički bolesnih osoba u 2014. godini. Pod starateljstvom je bilo 3.289 osoba, a u 420 slučajeva, razlog smještaja je duševna smetnja.

### **3. 1. Studija slučajeva osoba smještenih u ustanovu socijalne zaštite Zavod za zbrinjavanje mentalno invalidnih osoba „Drin“ Fojnica – odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine**

Za potrebe analize pravnog položaja osoba kojima je oduzeta poslovna sposobnost izvršila sam uvid u spise 23 osobe koje su smještene u ustanovu socijalne zaštite – Zavod za zbrinjavanje mentalno invalidnih osoba „Drin“ u Fojnici<sup>14</sup> i koje su se obratile Ustavnom sudu BiH zbog toga što su bez svoje volje i nezakonito smještene u Zavod.

---

<sup>11</sup> Porodi ni zakon Federacije BiH, Zakon o osnovama sistema socijalne zaštite, zaštite civilnih žrtava rata i zaštite porodice sa djecom Federacije BiH i kantonalno zakonodavstvo u oblasti socijalne zaštite.

<sup>12</sup> Ovdje se misli na pravo na ličnu slobodu i sigurnost i pravo na privatnost i poštivanje porodi nog života ( 1. 5. i 1. 8) Evropske konvencije i pravo na život u zajednici ( 1. 19) gdje su izbor mjesta i na in života sastavni dio tog prava sadržanog u UN Konvenciji o pravima osoba sa invaliditetom.

<sup>13</sup> Socijalna zaštita, Social Welfare 2009-2014, Agencija za statistiku Bosne i Hercegovine, Sarajevo 2015.

<sup>14</sup> Zavod za zbrinjavanje mentalno invalidnih osoba „Drin“ Fojnica je ustanova od posebnog društvenog interesa u oblasti socijalne zaštite, osnovana 1955. godine. Djelatnost Zavoda podrazumijeva socijalno i zdravstveno zbrinjavanje, osposobljavanje za život i rad prema

Sud je ocijenio da se radi o dopustivim apelacijama, da su one osnovane i zaključio je da u svim slučajevima postoji kršenje prava iz (člana II/3.d) Ustava BiH i čl. 5. st. 1.e) Evropske konvencije, te da su apelanti lišeni slobode i smješteni u Zavod, a da nije primijenjen Zakon o zaštiti osoba sa duševnim smetnjama<sup>15</sup> koji definiše mogućnost, uvjete, način i postupak prisilnog zadržavanja i prisilnog smještaja osoba sa duševnim smetnjama u zdravstvenoj ustanovi. Sud je naglasio da prilikom smještaja nije ispunjen zahtjev „zakonitosti“, da odluke o smještaju „nisu preispitane od suda ili organa koji mora biti – nezavisan od izvršne vlasti i strana u postupku – u smislu utvrđivanja neophodnosti daljnjeg boravka apelanata u Zavodu.“<sup>16</sup>

Ustavni sud BiH dalje zaključuje da odluku o prisilnom smještaju nije donio nadležni sud, kako to propisuje Zakon o zaštiti osoba sa duševnim smetnjama FBiH, pri čemu proizilazi da je boravak apelanata u Zavodu potencijalno neograničen budući da nema dokaza da su odluke o smještaju preispitane od suda ili organa koji mora biti „nezavisan od izvršne vlasti i strana u postupku“ u smislu utvrđivanja neophodnosti daljnjeg boravka apelanata u Zavodu.

Analiza sadržaja odluka Ustavnog suda BiH i apelacija osoba koje su smještene u Zavod „Drin“ u Fojnici<sup>17</sup> pokazuje da je svima u sudskom postupku oduzeta poslovna sposobnost, da je većini ovih štiti enika određen staratelj iz reda uposlenika nadležnog centra za socijalni rad te da je staratelj dao pristanak za smještaj u ovu ustanovu socijalne zaštite. Ni u jednom slučaju nije zatražen pristanak ovih osoba prilikom donošenja odluke o smještaju u Zavod. O većini ovih osoba prije smještaja u Zavod brinuli su članovi njihovih porodica i upravo su oni inicirali postupak za smještaj u Zavod. Socioanamnestički podaci pokazuju da su porodice ovih osoba u pravilu izložene siromaštvu, da su imale minimalnu pomoć i podršku društva, da su bile iscrpljene od brige o tim osobama i da jednostavno više nisu voljni da se staraju o njima. Centri za socijalni rad su, provodeći i federalni Zakon o osnovama sistema socijalne zaštite, zaštite civilnih žrtava rata i zaštite porodice sa djecom i kantonalne zakone

---

preostalim sposobnostima, edukaciju i rehabilitaciju, oduzvanje ranije stečenih navika, zadovoljavanje kulturnih i socijalnih potreba osoba s posebnim potrebama umjerene, teže i teške mentalne retardacije i psihijatrijskih bolesnika nad kojima je završeno bolničko liječenje. U Zavodu je trenutno smješteno 520 korisnika svih uzrasta (<http://drin.ba/v2/o-nama/o-zavod.html>, preuzeto 14. aprila 2016. godine).

<sup>15</sup> Zakon o zaštiti osoba sa duševnim smetnjama FBiH („Službene novine FBiH“ br. 37/01, 40/02, 52/11 i 14/13).

<sup>16</sup> *Supra note 3.*

<sup>17</sup> To su dvije odluke Ustavnog suda BiH o dopustivosti i meritumu u kojima su, radi istog razloga i pravnog osnova, objedinjene apelacije osoba smještenih u Zavod „Drin“ u Fojnici. Tako je Ustavni sud BiH na sjednici od 12. februara 2014. donio odluku o spajanju devet predmeta, odluka: AP 2928/13) i drugu odluku o spajanju trinaest predmeta na sjednici od 16. septembra 2015. odluka (AP 3443/13). Cjelokupni tekst odluke preuzet je sa službene stranice Ustavnog suda BiH, <http://www.ccbh.ba/bos/odluke> (pristup 20.08.2014.)

osocijalnoj zaštiti, „pravo na smještaj u institucije socijalne zaštite“<sup>18</sup> koristili kao najprakti niju soluciju u sistemu zaštite osoba s oduzetom poslovnom sposobnoš u. Centri nisu vodili ra una da se time krši Evropska konvencija ili Ustav Bosne i Hercegovine. Ovim putem se provodila ustaljena praksa. Centri su postupali u skladu sa važe im propisima u oblasti socijalne zaštite i porodi nog prava, i nisu imali svijest o tome da smještaj u instituciju socijalne zaštite, bez pristanka osobe kojoj je oduzeta poslovna sposobnost, predstavlja kršenje ljudskih prava.

U kontekstu navedenih okolnosti i pozitivnopravnih propisa, postavlja se pitanje zašto je smještaj u institucije socijalne zaštite kvalificiran kao kršenje prava na li nu slobodu i sigurnost? Kojim se kriterijumima rukovodio Ustavni sud BiH prilikom donošenja zaklju ka da u svim slu ajevima podnesenih apelacija postoji kršenje prava iz lana II/3 Ustava BiH i l. 5. st. 1.e) Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, te da su apelanti smještajem u Zavod lišeni slobode?

Odlu uju i u meritumu<sup>19</sup> Ustavni sud je zaklju io „da nije bilo sudske odluke ni prilikom prinudne hospitalizacije, niti prilikom apelantovog smještaja u Zavod“. U odluci se naro ito ukazuje da je smještaj u Zavod izvršen na osnovu federalnog Zakona o osnovama sistema socijalne zaštite, zaštite porodice sa djecom i zaštite civilnih žrtava rata i kantonalnog zakona o socijalnoj zaštiti, ali da „nisu uzete u obzir odredbe Zakona o zaštiti osoba sa duševnim smetnjama koje propisuju na in i postupak za utvr ivanje duševne poreme enosti pred nadležnim doma im organom, kao i potrebu da se ispita opravdavaju li vrsta i stepen 'duševne poreme enosti' prisilno zatvaranje takvog lica“.<sup>20</sup> Klju ni zaklju ak suda je da su centri za socijalni rad imali mogu nost postupanja u skladu s odredbama Zakona o zaštiti osoba sa duševnim smetnjama FBiH ali su to propustili, pa je došlo do kršenja ljudskih prava apelanata.

Ovakvim stavom Ustavni sud BiH je poistovjetio hospitalizaciju i smještaj u ustanove socijalne zaštite. Pri tom je zanemarena injenica da centri za socijalni rad provode entitetsko i kantonalno zakonodavstvo u oblasti socijalne zaštite.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> l. 3. st. 1, l. 41, l. 42. st. 1. i 2. Zakona o osnovama sistema socijalne zaštite, zaštite civilnih žrtava rata i zaštite porodice sa djecom FBiH i relevantne odredbe kantonalnog zakonodavstva.

<sup>19</sup> Predmet AP 3443/13 od 16.9.2015. godine, dostupno na: <http://www.ccbh.ba/bos/odluke> (pristup 20.08.2014.)

<sup>20</sup> Ustavni sud je, tako er, ukazao da odredbe tog zakona propisuju ograni eno trajanje pritvora, odnosno prisilnog smještaja uz obavezu da zdravstvena ustanova u kojoj se lice nalazi, po potrebi, dostavlja sudu izvještaj o zdravstvenom stanju tog lica.

<sup>21</sup> U federalnom Zakonu o osnovama sistema socijalne zaštite, zaštite civilnih žrtava rata i zaštite porodice sa djecom, relevantne odredbe glase: Ovim zakonom ure uju se: osnove socijalne zaštite gra ana i njihovih porodica, osnovna prava iz socijalne zaštite i korisnici prava iz socijalne zaštite,...( l. 1); zatim djelatnost socijalne zaštite, zaštite civilnih žrtava rata i zaštite porodice sa djecom obavljaju ustanove socijalne zaštite ili op inska služba za upravu ( l. 3. st. 1); smještaj u ustanovu socijalne zaštite mogu ostvariti djeca i odrasle osobe kojima je potrebna stalna briga i

Tako er, pitanje je zašto Ustavni sud tuma i relevantne zakone na ovaj na in? U odluci se navodi (ta ka 58) da je preispitivano kršenje prava iz 1. 5. st. 4. Evropske konvencije, te praksa Evropskog suda za ljudska prava, što ukazuje na širi kontekst kojim se rukovodio Sud.

Ustavni sud BiH, koji se poziva na Zakon o zaštiti osoba sa duševnim smetnjama FBiH, ukazuje da isključivo „sud odlučuje o produženju prisilnog smještaja i o otpustu iz zdravstvene ustanove“. Pomenuti Zakon propisuje koji sud, u kojem postupku i kojim vremenskim intervalima može vršiti ispitivanje zakonitosti produženja smještaja i relevantne procedure. U navedenim odlukama<sup>22</sup> Ustavni sud BiH je utvrdio da centri za socijalni rad nisu postupili u skladu sa Zakonom o zaštiti osoba sa duševnim smetnjama FBiH, već su primijenili kantonalne zakone o socijalnoj zaštiti. Ti zakoni ne predviđaju kriterijume u smislu garancija za 1. 5. st. 4. Evropske konvencije, jer u Federaciji BiH ovi propisi ne sadrže obavezan nadzor nad zakonitošću lišavanja slobode, koji mora vršiti sud ili organ koji mora biti „nezavisan od izvršne vlasti i strana u postupku“, kako je to istaknuto u Evropskoj konvenciji. U vrijeme kada su se donosili ovi propisi ni zakonodavac nije imao svijest o tome da je smještaju ustanove socijalne zaštite osoba kojima je oduzeta poslovna sposobnost, zapravo, lišavanje slobode, jer nisu predviđene procesne garancije za preispitivanje takvog smještaja. Institucionalizacija ovakvih osoba se oduvijek tretirala kao pravo iz socijalne zaštite i regulirala se temeljem ugovornog prava.<sup>23</sup> Zato je teško očekivati da odluke o smještaju u ustanove socijalne zaštite, po zaključku Ustavnog suda, budu preispitane u duhu zahtjeva iz Evropske konvencije.

Zavod „Drin“ nije zdravstvena ustanova i centri za socijalni rad nisu nadležni za provođenje odredaba Zakona o zaštiti osoba sa duševnim smetnjama FBiH. U vezi sa prisilnim smještajem i prisilnim zadržavanjem osoba sa

---

potpora u zadovoljavanju njihovih životnih potreba, a ne mogu ih ostvariti u vlastitoj ili drugoj porodici ili na drugi način (1. 41); o smještaju u ustanove odlučuje centar za socijalni rad na čijem području osoba ima prebivalište, na temelju mišljenja stručnog tima centra, izvršne odluke suda, tijela starateljstva ili na temelju nalaza i mišljenja stručne komisije o nesposobnosti za rad, odnosno nalaza i mišljenja odgovarajuće zdravstvene ustanove. Centar za socijalni rad, koji je smjestio osobu u ustanovu, dužan je, radi brige, zaštite, liječenja fizičkog ili mentalnog zdravlja te osobe, pratiti njen tretman u ustanovi (1. 42. st. 1. i 2).

<sup>22</sup> Odluke su objedinjene u predmetu AP 3443/13, dostupno na: <http://www.ccbh.ba/bos/odluke> (pristup 20.08.2014.)

<sup>23</sup> Identiteta pravna situacija opisana je u presudi Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Stanev protiv Bugarske (2012), predmet br. 36760/06, st. 139 i 172, presuda od 17.01.2012. godine (pristup [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"display\": \"0\", \"languageisocode\": \"BOS\", \"appno\": \"36760/06\", \"documentcollectionid2\": \"GRANDCHAMBER\", \"itemid\": \"001-113880\"}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)), 15. mart 2016. godine) i presudi Hadžimejli i drugi protiv Bosne i Hercegovine od 3.11.2015. godine, European Court of Human Rights, Cour Européenne des droits de l'homme, četvrti odjel, Presuda, Strasbourg, 3.11.2015, dostupna na: [http://www.mhrr.gov.ba/ured\\_zastupnika/odluke/PRESUDA%20HADZIJEI%20%20DRUGI%20protiv%20BiH](http://www.mhrr.gov.ba/ured_zastupnika/odluke/PRESUDA%20HADZIJEI%20%20DRUGI%20protiv%20BiH), (pristup 11. maj 2016.)

duševnim smetnjama u zdravstvenim ustanovama, primjenjuju se odredbe Zakona o zaštiti osoba sa duševnim smetnjama i one se ne mogu primjenjivati u postupanju centara za socijalni rad prilikom smještaja osoba sa duševnim smetnjama u ustanove socijalne zaštite, kako to slijedi iz odluka Ustavnog suda. U vezi sa smještajem osoba sa duševnim smetnjama u ustanove socijalne zaštite primjenjuju se samo odredbe zakona iz oblasti socijalne zaštite.

O igledno, Ustavni sud BiH je zanemario razliku izme u smještaja u zdravstvenu ustanovu, dakle, psihijatrijskog liječenja, kao oblika zdravstvene zaštite koji predstavlja hospitalizaciju osoba sa duševnim smetnjama, i smještaja u ustanovu socijalne zaštite, odnosno institucionalizacije, kao oblika socijalnog tretmana osoba sa duševnim smetnjama, koji se temelji na zakonodavstvu iz oblasti socijalne zaštite. Za sud, ini se, irelevantno je pitanje u koju ustanovu su ovi apelanti smješteni. Jasno je samo da dijagnoza mentalnog onesposobljenja nije razlog za smještaj u ustanovu socijalne zaštite, da predstavlja atak na prava i slobode apelantata i da u odlukama o smještaju nisu osigurane redovne mjere zaštite kojima bi se preispitivala neophodnost smještaja u ustanovu.

Me utim, injenica da Ustavni sud BiH izjedna dva odvojena zakona i da zanemaruje injenicu da centri za socijalni rad ne mogu provoditi Zakon o zaštiti osoba sa duševnim smetnjama i da Zavod „Drin“ nije zdravstvena ustanova, ostavlja dovoljno prostora da se na ovakve odluke treba gledati u kontekstu prilagoavanja praksi i standardima Evropskog suda za ljudska prava, ije su odluke obavezuju e u našem pravnom sistemu. Slu aj Stanev protiv Bugarske,<sup>24</sup> koji se tako er odnosi na pitanje zakonitosti smještaja osoba sa duševnim smetnjama u ustanove socijalne zaštite, postao je presedan. Stavovi utvr eni u ovoj presudi bili su klju ni prilikom donošenja odluka Ustavnog suda BiH.<sup>25</sup>

### **3. 2. Posljedice odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine**

Odlukama Ustavnog suda se, s jedne strane, ispravlja kršenje garantiranih ljudskih prava i pokazuje neuskla enost doma eg zakonodavstva sa konvencijskim pravom, a s druge strane, one proizvode niz praktičkih problema i posljedica u sistemu zbrinjavanja osoba sa duševnim smetnjama u ustanove socijalne zaštite.

---

<sup>24</sup>Presuda Evropskog suda za ljudska prava Stanev protiv Bugarske (2012), *ibidem*.

<sup>25</sup>Tri apelanta iz Bosne i Hercegovine dobila su spor pred Evropskim sudom za ljudska prava i njima je presu ena i nematerijalna odšteta koju je država Bosna i Hercegovina ve isplatila. (Presuda Evropskog suda za ljudska prava, predmet Hadžimejli i drugi protiv Bosne i Hercegovine, od 3.11.2015. godine, dostupna na: [http://www.mhrr.gov.ba/ured\\_zastupnika/odluke/PRESUDA%20HADZIJELI%20I%20DRUGI%20protiv%20BiH](http://www.mhrr.gov.ba/ured_zastupnika/odluke/PRESUDA%20HADZIJELI%20I%20DRUGI%20protiv%20BiH), (pristup 11. maj 2016.)

Odlukom od 16. septembra 2015. godine Ustavni sud BiH predupre uje apelacije pred Evropskim sudom za ljudska prava i eliminiira pla anje nematerijalne štete.

Doma e institucije, na žalost nisu spremne za implementaciju odluka Ustavnog suda<sup>26</sup> koje se trebaju izvršiti u roku od tri mjeseca. Kako je ujedno neprovo enje odluka Ustavnog suda krivi no djelo, odgovorni u centrima za socijalni rad i ustanovama socijalne zaštite se uzdržavaju od donošenja odluka o smještaju u ustanove socijalne zaštite (Zavod „Drin“ i sl.) ili te osobe upu uju na povratak svojim ku ama. Tako je prestala primjena odredaba zakona o socijalnoj zaštiti u kontekstu ostvarivanja prava na smještaj u ustanovu socijalne zaštite. Problem je što se ovo pravo uskra uje osobama sa razli itim medicinskim dijagnozama kojima je oduzeta poslovna sposobnost, što one nemaju kud, same se ne mogu brinuti o sebi, a porodice ih ne žele ili nisu stanju da im pruže njegu ili adekvatnu brigu.<sup>27</sup> Redovni sudovi odbijaju saradnju i smatraju se nenadležnima za utvr ivanje neophodnosti daljeg boravka apelanata u Zavodu. Na ovaj na in, osnovna prava i slobode ovih osoba se ponovno krše, ali ovaj put još intenzivnije.

Navedena analiza institucionalnog zbrinjavanja osoba kojima je oduzeta poslovna sposobnost pokazuje neophodnost reforme sistema socijalne zaštite i izgradnje novog sistema u skladu sa zahtjevima iz Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom i Evropskom konvencijom. Ti zahtjevi su na tragu utvr ivanja preciznih obaveza države u vezi sa ostvarivanjem postoje ih prava koja se ili krše ili uskra uju osobama kojima je oduzeta poslovna sposobnost.<sup>28</sup> S obzirom na to da praksa pokazuje, a Ustavni sud BiH utvr uje, i kršenje i uskra ivanje prava ovih osoba, neophodno je donijeti novo ili blagovremeno reformisati zastarjela zakonodavna rješenja koja su idealna podloga brojnim apelacijama prema Ustavnom sudu BiH, a potom i prema Evropskom sudu za ljudska prava protiv Bosne i Hercegovine. Pri ovakvom stanju stvari svaka apelacija ima velikih izgeda za uspjeh.

#### 4. Reforma sistema socijalne zaštite

Prilago avanje potrebama osoba kojima je zbog duševne bolesti ili zaostalog duševnog razvoja oduzeta poslovna sposobnost iziskuje reformu sistema socijalne zaštite. Shodno tome, reforma bi trebala biti usmjerena na druga iji tretman duševno oboljelih osoba koje bi se u budu nosti tretirale kao subjekti prava, a ne kao objekti zaštite, kako je to do sada bilo. Uostalom, osnovna na ela Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom ( 1.3)<sup>29</sup> upu uju na

<sup>26</sup> Vidjeti prema: Mehi , A, Sofi , S, *Zakonitost smještaja osoba sa duševnim smetnjama u ustanove socijalne zaštite u Federaciji Bosne i Hercegovine*, CJP, Fondacija za javno pravo, str. 31-35.

<sup>27</sup> U Zavodu „Drin“ zabilježen je slu aj jednog apelanta, koji je potrošio novac dobijen na osnovu odluke Suda u Strazburu i sada ponovo traži smještaj u Zavod.

<sup>28</sup> *Supra note 5 i 8.*

<sup>29</sup> Osnovna na ela ove Konvencije su:

- (a) Poštivanje uro enog dostojanstva, li ne autonomije, uklju uju i slobodu izbora i nezavisnost osoba;
- (b) Nediskriminacija;
- (c) Puno i u inkovito sudjelovanje i uklju ivanje u društvo;



primjenu principa individualizacije zaštite i preduzimanje mjera koje bi bile prilagođene svakoj konkretnoj osobi. Te mjere podrazumijevaju i pružanje pomoći u donošenju odluka (potpomognuto odlučivanje) umjesto dosadašnjeg zamjenskog odlučivanja.

Pravo na smještaj u ustanovu socijalne zaštite, bez mehanizama koji polaze od pretpostavke da je osoba sa duševnom bolešću ili zaostalim duševnim razvojem sposobna za donošenje odluka koje se na nju odnose, ne može biti jedini oblik podrške koji država bezrezervno pruža u svakom iniciranom slučaju. Neophodan je odmak od prakse da je duševna bolest sama po sebi dovoljna za oduzimanje poslovne sposobnosti i potom, ostvarivanje prava na smještaj u ustanovu jer je to potpuno suprotno standardima zaštite koji proizlaze iz Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom. Zakonom je neophodno uvesti druge, alternativne oblike zaštite i pomoći koji se istovremeno uvažavaju druge pristupe u vezi sa ostvarivanjem poslovne sposobnosti. Tu se, prije svega, misli na neophodnost uvođenja sistema potpomognutog/asistiranog odlučivanja, kao ključnog u tretmanu sposobnosti osoba sa duševnim smetnjama. Drugim riječima, donošenje odluka u ime osobe na koju se pravo na smještaj odnosi, treba zamijeniti uvođenjem različitih oblika zaštite i pomoći kojima se afirmiraju njihovo pravo na život u zajednici odnosno pravo na dostojanstven život. Fizičko odvajanje tih osoba od zajednice i porodice dodatno doprinosi njihovoj stigmatizaciji i diskriminaciji, pa samim tim i marginalizaciji u društvu. To bi bio put u deinstitucionalizaciju<sup>30</sup> i promjenu paradigme u pristupu i zaštiti prema osobama sa invaliditetom generalno, a posebno prema osobama sa duševnim i intelektualnim smetnjama.

## 5. Zaključak

Praksa provedenja postojećih zaštita osoba kojima je oduzeta poslovna sposobnost dovodi do ozbiljnog kršenja ljudskih prava. Osim toga je da zastarjela pravna rješenja u proceduralnom i zakonodavstvu socijalne zaštite „de facto“ i „de iure“ doprinose tome. To potvrđuju i odluke Ustavnog suda BiH u kojima je, povodom pomenutih apelacija, zaključeno da u svim slučajevima postoji kršenje

---

(d) Poštivanje razlika i prihvatanje osoba s invaliditetom kao dijela ljudske raznolikosti i vrijednosti;

(e) Jednakost mogućnosti;

(f) Pristupačnost;

(g) Jednakost muškaraca i žena;

(h) Poštivanje sposobnosti razvoja djece s invaliditetom i poštivanje prava djece s invaliditetom na ostvarenje vlastitog identiteta.

<sup>30</sup>Vlada Federacije BiH je, na prijedlog Federalnog ministarstva rada i socijalne politike, 2014. godine usvojila Strategiju deinstitucionalizacije i transformacije ustanova socijalne zaštite u Federaciji BiH (2014-2020). Ovom Strategijom se predviđa uvođenje instituta personalnog asistenta kojim se osobama sa duševnim smetnjama pruža mogućnost ostvarivanja prava na život u zajednici. Vlada Federacije BiH 2014, str. 36-42, dostupno na:

<http://fmrsp.gov.ba/s/images/stories/Strategija%20deinstitucionalizacije%20i%20transformacije%20ustanova%20socijalne%20zaštite%20u%20Federaciji%20BiH.pdf>, pristup 16.03.2016.

prava iz ( člana II/3.d) Ustava BiH i čl. 1. 5. st. 1. e) Evropske konvencije, te da su apelanti lišeni slobode i smješteni u Zavod, a da nije primijenjen federalni Zakon o zaštiti osoba sa duševnim smetnjama koji definiše mogućnost, uvjete, način i postupak prisilnog zadržavanja i prisilnog smještaja osoba sa duševnim smetnjama u zdravstvenoj ustanovi. Sud je naglasio da prilikom smještaja nije ispunjen zahtjev „zakonitosti“, da odluke o smještaju „nisu preispitane od suda ili organa koji mora biti – nezavisan od izvršne vlasti i strana u postupku – u smislu utvrđivanja neophodnosti daljnjeg boravka apelanata u Zavodu.“

Također, Ustavni sud BiH zaključuje da odluku o prisilnom smještaju nije donio nadležni sud, kako to propisuje Zakon o zaštiti osoba sa duševnim smetnjama FBiH, pri čemu proizilazi da je boravak apelanata u Zavodu potencijalno neograničen budući da nema dokaza da su odluke o smještaju preispitane od suda ili organa koji mora biti „nezavisan od izvršne vlasti i strana u postupku“ u smislu utvrđivanja neophodnosti daljnjeg boravka apelanata u Zavodu.

Ovakvo stilizirani zaključci u odlukama Ustavnog suda BiH izričito ukazuju na kršenje ljudskih prava garantiranih Ustavom BiH i Evropskom konvencijom. Ono što nije izričito navedeno, a može se prepoznati, odnosi se na sljedeće:

- Postoji potreba razgraničenja usluga u oblasti zdravstvene i usluga u oblasti socijalne zaštite (institucionalizacija kao oblik socijalnog tretmana i institucionalizacija kao vid psihijatrijskog liječenja);
- Institucionalna zaštita traje predugo, a iz ljekarskih nalaza nije vidljiva konstantna potreba za takvom mjerom zaštite te da niko ne provjerava trajanje razloga za smještaj osoba kojima je oduzeta poslovna sposobnost;
- Ne uzimaju se u obzir oštećene sposobnosti osoba koje se smještaju u ustanovu socijalne zaštite; da li te osobe mogu samostalno djelovati; da li postoji mogućnost da se u skladu s tim sposobnostima pruži zaštita koja bi odgovarala potrebama tih i takvih osoba;
- Neophodna je reforma zakonodavstva u oblasti socijalne zaštite i izgradnja novog sistema u skladu sa zahtjevima Evropske konvencije o ljudskim pravima i UN Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom;
- Relevantni propisi ne sadrže odredbe na temelju kojih korisnici mogu ili ne mogu učestvovati u donošenju odluka o korištenju socijalnih usluga, odnosno odredbe o pravu na slobodan izbor usluge;
- Ne postoji adekvatna regulativa u vezi sa ostvarivanjem poslovne sposobnosti; da je neophodno uvođenje sistema asistiranog odlučivanja kao ključnog u tretmanu osoba sa duševnim smetnjama; da duševna smetnja ne može biti jedini razlog koji opravdava oduzimanje poslovne sposobnosti.

Dr. sc. Udžejna Habul, Associate Professor  
Faculty of Political Sciences, University of Sarajevo

## **INSTITUTIONAL PROTECTION OF PERSONS DEPRIVED OF LEGAL CAPACITY - FAILURE TO IMPLEMENT RIGHTS GIVEN IN THE UN CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES**

**Summary:** The practice of institutional care of persons deprived of legal capacity attests to the fact that we live in a society that, despite conventional law and relevant provisions of national legislation, is not yet adapted to the needs of people with disabilities. The adoption of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities in Bosnia and Herzegovina was not accompanied with creation of conditions for its implementation. Failure to incorporate international standards in the protection of persons with disabilities in national legislation resulted reveals that existing practices of institutional protection of persons deprived of legal capacity has become subject of numerous appeals of persons with disabilities to the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina and the European Court of Human Rights. The appeals point out that this form of protection is an attack on the right to liberty and security of person, and that it is illegal deprivation of liberty of these persons.

By analyzing the content of appeals of persons deprived of legal capacity (case study of persons placed in the institution of social care - Institute for Mentally Disabled Persons "Drin" Fojnica), the author depicts current practice of protection of those persons and discusses the need to introduce flexible measures to meet the requirements of each case in accordance with the provisions of the UN Convention on the rights of persons with disabilities.

**Keywords:** persons deprived of legal capacity, institutional care, the right to live in the community, the Convention on the Rights of Persons with Disabilities



Dr. sc. Branka Rešetar, izvanredni profesor  
Pravni fakultet Sveu ilišta u Osijeku

## **UTJECAJ PRAKSE EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA NA REFORMU OBITELJSKOPRAVNE ZAŠTITE OSOBA S INVALIDITETOM U REPUBLICI HRVATSKOJ**

**Sažetak:** Zakonodavna reforma obiteljskopravne zaštite osoba s invaliditetom u Republici Hrvatskoj iz 2015. godine, ostvarena je s jedne strane kao odgovor Republike Hrvatske na preuzete me unarodne obveze iz UN Konvencije o zaštiti osoba s invaliditetom i s druge strane pod snažnim utjecajem Europskog suda za ljudska prava. Naime, u nekoliko je presuda Europskog suda za ljudska prava utvr eno niz povreda temeljnih ljudskih prava osoba s invaliditetom, odnosno osoba pod skrbništvom u Republici Hrvatskoj, do kojih je došlo primjenom Obiteljskog zakona iz 2003. godine.

Autorica u ovom radu prikazuje klju ne odluke Europskog suda za ljudska prava, i to X protiv Hrvatske (2008), X i Y protiv Hrvatske (2011) te A.K. i L. protiv Hrvatske (2013), kojima su utvr ene povrede temeljnih ljudskih prava osoba s invaliditetom u Republici Hrvatskoj. Uzimaju i u obzir da su upravo stajališta Europskog suda za ljudska prava utjecala na reformu obiteljskog zakonodavstva Republike Hrvatske u podru ju lišenja poslovne sposobnosti, skrbništva i posvojenja, u radu se daje prikaz novih rješenja Obiteljskog zakona (2015) u pogledu zaštite osoba s invaliditetom kojima se nastoji osigurati efikasnija zaštita ove osjetljive kategorije ljudi.

**Klju ne rije i:** osobe s invaliditetom, lišenje poslovne sposobnosti, skrbništvo, posvojenje, Europski sud za ljudska prava, Obiteljski zakon (2015) Republike Hrvatske

### **1. Uvod**

Razvoj ljudskih prava u 21. stolje u se snažno okrenuo u smjeru zaštite ljudskih prava osoba s invaliditetom, posebno štite i osobna prava osoba s invaliditetom, njihovo dostojanstvo, zdravlje, pravo na autonomiju i samoodlu ivanje.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> O razvoju zaštite ljudskih prava odraslih osoba s invaliditetom vidi: Milas Klari , I., *Pravni status skrbnika kao jamstvo zaštite ljudskih prava odraslih*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2010. str. 1-3.

Ključni pokazatelj intenzivnog zanimanja meunarodne zajednice za zaštitu ljudskih prava osoba s invaliditetom jest donošenje UN Konvencije o pravima osoba s invaliditetom (u daljnjem tekstu UN KPOI) i Fakultativnog protokola uz Konvenciju iz 2006. godine, koja je potpisnica i Republika Hrvatska.<sup>2</sup>

Republika Hrvatska kao članica Vijeća Europe je također potpisnica Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda iz 1950. godine (u daljnjem tekstu EKLP),<sup>3</sup> kojom se jamčena je građanska i politička prava, koja zaštita se osigurava pred Europskim sudom za ljudska prava. Premda se radi o meunarodnoj zaštiti općih ljudskih prava i sloboda, a ne o zaštiti specifičnih prava osoba s invaliditetom, Europski sud za ljudska prava (u daljnjem tekstu ESLJP) igra značajnu ulogu u efikasnoj zaštiti niza prava osoba s invaliditetom. Najčešće povrede prava osoba s duševnim smetnjama (najčešće u obliku invaliditeta) pred ESLJP odnose se na povredu prava na slobodu i osobnu sigurnost (članak 5), prava na pravično suđenje (članak 6), prava na slobodu od mučenja, neovjernih ili ponižavajućih postupanja ili kažnjavanja (članak 3), prava na zaštitu privatnog i obiteljskog života (članak 8), a prije svega na povredu prava ne biti diskriminiran (članak 14).<sup>4</sup>

U kontekstu hrvatskog pravnog sustava zaštita osoba s invaliditetom ostvaruje se primarno kroz obiteljskopравни institut skrbništva i lišenja poslovne sposobnosti, koji su značajno izmijenjeni donošenjem Obiteljskog zakona najprije 2014., a potom 2015. godine (u daljnjem tekstu ObZ 2015).<sup>5</sup>

Zakonodavna reforma obiteljskopravne zaštite osoba s invaliditetom ostvarena je s jedne strane kao odgovor Republike Hrvatske na preuzete meunarodne obveze iz UN KPOI, a s druge strane pod snažnim utjecajem ESLJP. Naime, u nekoliko presuda ESLJP utvrdilo je niz povreda temeljnih ljudskih prava osoba s invaliditetom, odnosno osoba pod skrbništvom, do kojih je došlo u primjeni Obiteljskog zakona iz 2003. godine (u daljnjem tekstu ObZ

---

<sup>2</sup> *Ibid.* Usvojena je u UN-u 13.12.2006. godine, a u Hrvatskoj je stupila na snagu 03. 05. 2008. godine. Narodne novine - Meunarodni ugovori, br. 6/2007, 3/2008, 5/2008. Cilj UN KPOI jest promicati, štiti i osigurati puno i ravnopravno uživanje svih ljudskih prava i temeljnih sloboda osoba s invaliditetom, kao i promicati poštovanje njihovog dostojanstva

<sup>3</sup> Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Protokoli br. 1.,4., 6. i 7. uz tu Konvenciju, Narodne novine – Meunarodni ugovori, br. 18-1997. Zakon o potvrđivanju Protokola br. 12 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine – Meunarodni ugovori, br. 4/2002.

<sup>4</sup> Vidi više u Milas Klari, I. (*op. cit.* bilj. 1.), str. 58-60.

<sup>5</sup> Obiteljski zakon Narodne novine 75/2014 je bio privremeno suspendiran rješenjem Ustavnog suda Republike Hrvatske, Rješenje broj U-I-3101/2014 od 12. siječnja 2015.g.. O posljedicama suspenzije Obiteljskog zakona (2014) vidi u: Aras Kramar, S., (Procesno)pravne posljedice privremene obustave pojedinačnih akata i radnji koje se poduzimaju na osnovi Obiteljskog zakona, Pravo i porezi, Veljača 2015, br. 2/15, str. 49-55.

Obiteljski zakon iz 2015 godine je stupio na snagu 01. studenog 2015., nomotehnički je dorade te je uz manje izmjene preuzeo sve temeljne ideje koje je zakonodavac planirao urediti u sklopu započetih reformi obiteljskog zakonodavstva, odnosno ObZ 2014. Narodne novine br. 103/15.

2003)<sup>6</sup>, što je sve zajedno potaknulo hrvatskog zakonodavca za reformu u podru ju obiteljskopravne zaštite osoba s invaliditetom.<sup>7</sup>

Cilj je ovog rada prikazati najprije presude ESLJP kojima je utvr ena povreda temeljnih ljudskih prava osoba s invaliditetom u RH te istaknuti klju na stajališta ESLJP koja su utjecala na hrvatskog zakonodavca prilikom reforme instituta skrbništva. Daljnji je cilj prikazati nova rješenja ObZ 2015 u podru ju skrbništva i lišenja poslovne sposobnosti, odnosno u podru ju obiteljskopravne zaštite osoba s invaliditetom kojima se nastoji unaprijediti zaštita osoba s invaliditetom.

## **2. Presude Europskog suda za ljudska prava u podru ju zaštite osoba s invaliditetom**

Presude ESLJP kojima su utvr ene povrede ljudskih prava osoba s invaliditetom op enito se dijele na dvije skupine, prvu koja se odnosi na sam postupak lišavanja poslovne sposobnosti osoba s invaliditetom i drugu skupinu koja se odnosi na povredu ostalih temeljnih ljudskih prava osoba koje su lišene poslovne sposobnosti.<sup>8</sup>

Kad se radi o povredama temeljnih ljudskih prava osoba s invaliditetom u Hrvatskoj, nekoliko je presuda ESLJP kojima su utvr ene povrede ljudskih prava ove kategorije osoba. Stajališta ESLJP su snažno utjecala na reformu obiteljskog zakonodavstva u podru ju zaštite osoba s invaliditetom, iji je cilj bio spre avanje daljnjih istih ili sli nih povreda temeljnih ljudskih prava osoba s invaliditetom u hrvatskom pravnom sustavu. Stoga se zakonodavac u preambuli Prijedloga novog Obiteljskog zakona pozivao na slijede e presude ESLJP: X protiv Hrvatske (2008),<sup>9</sup> Kruškovi protiv Hrvatske (2011)<sup>10</sup>, X. Y. protiv Hrvatske (2011),<sup>11</sup> or evi protiv Hrvatske (2012),<sup>12</sup> A. K. i L. protiv Hrvatske (2013)<sup>13</sup> i Ivinovi protiv Hrvatske (2014).<sup>14</sup>

---

<sup>6</sup> Narodne novine br. 116/2003, 17/2004, 136/2004, 107/2007, 57/2011, 61/2011, 25/2013, 75/2014.

<sup>7</sup> Vidi ocjenu stanja Prijedlog Obiteljskog zakona, lipanj 2015., <http://www.sabor.hr/prijedlog-obiteljskog-zakona-prvo-citanje-pze-br-8>, str. 2-4. (posje eno 20. travnja 2016.)

<sup>8</sup> Ivanišević, I., *Prakti na primjena Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u postupcima lišenja poslovne sposobnosti i skrbništva*, u: Poslovna sposobnost i skrbništvo – raskorak izme u Konvencije o pravima osoba s invaliditetom i prakse, (ur. Mei, B.), Pravobraniteljica za osobe s invaliditetom, Zagreb, 2012., str. 46-47. U istom radu vidi o prakti noj primjeni ESLJP u vezi s lišenjem poslovne sposobnosti i skrbništva iz perspektive sutkinje Op inskog suda u Zagrebu, autorice ovog rada.

<sup>9</sup> Zahtjev br. 11223/04, presuda od 17.7.2008.

<sup>10</sup> Zahtjev br. 46185/08, presuda od 21.6.2011.

<sup>11</sup> Zahtjev br. 5193/09, presuda od 03.11.2011.

<sup>12</sup> Zahtjev br. 41526/10, presuda od 24.7.2012.

<sup>13</sup> Zahtjev br. 37956/11, presuda od 08.1.2013.

<sup>14</sup> Zahtjev broj 13006/13, presuda od 18.9.2014.

Za potrebe ovog rada prikazati ćemo injenične okolnosti i stajališta ESLJP u tri ključna predmeta: X protiv Hrvatske (2008), X i Y protiv Hrvatske (2011) i A.K. i L. protiv Hrvatske (2013).

## 2.1. X protiv Hrvatske (2008)

### **injenično stanje**

Podnositeljica zahtjeva za zaštitu ljudskih prava pred ESLJP, gospođa X (rođena 1972. godine), bolovala je od shizofrenije i depresivnog poremećaja, te je nakon pokušaja samoubojstva, uzimanja droge i desetak hospitalizacija na psihijatriji bila u potpunosti lišena poslovne sposobnosti odlukom suda 14. svibnja 2001. godine. Prije nego je bila lišena poslovne sposobnosti gospođa X je rodila kćer 25. prosinca 1999. godine. Temeljem odluke centra za socijalnu skrb djeteta je 13. srpnja 2000. godine bilo povjereno pod udomiteljsku skrb bake (podnositeljice majke) koja je živjela zajedno u obiteljskom domu s gospođom X. Razlog stavljanja djeteta pod skrbništvo bake bila je teška duševna bolest i ovisnost o opojnim drogama zbog čega gospođa X nije bila sposobna brinuti se o djetetu. Dana 22. studenog 2001. godine centar za socijalnu skrb je djeteta gospođe X. izdvojio iz obitelji i povjerio djelatnicima SOS sela L., te djetetu imenovao skrbnicu, djelatnicu centra za socijalnu skrb. Razlog izdvajanja djeteta iz obitelji i stavljanje pod skrbništvo imenovanjem djelatnice centra za socijalnu skrb je bila činjenica što se gospođa X, podnositeljica zahtjeva i majka djeteta, miješala u odgoj djeteta suprotno odgoju bake koja je u to vrijeme bila djetetova skrbnica i udomiteljica.

Dana 02. rujna 2003. godine centar za socijalnu skrb je donio odluku o posvojenju djeteta.<sup>15</sup>

### **Ocjena suda**

Posvojenje djeteta predstavlja restriktivnu mjeru koja ima za posljedicu potpuno prekidanje odnosa između roditelja i djeteta, te stoga predstavlja miješanje u pravo gospođe X na poštivanje obiteljskog života sukladno jamstvu iz članka 8. stavak 1. EKLJP.<sup>16</sup>

U pogledu zakonitosti i legitimnog cilja prilikom donošenja odluka o skrbništvu nad djetetom, kao i odluke o posvojenju djeteta, sud konstatira da su iste donesene u skladu s domaćim pravom, Obiteljskim zakonom (1998 i 2003), te da su mjerodavno nacionalno pravo kao i donesene odluke imale za cilj zaštititi najbolji interes djeteta, što je legitimni interes u smislu članka 8. stavak 2. EKLJP.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Otac djeteta je umro 16. travnja 2003.

<sup>16</sup> "Svatko ima pravo na poštovanje svoga privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja."

<sup>17</sup> "Javna vlast se ne smije miješati u ostvarivanje tog prava, osim u skladu sa zakonom i ako je u demokratskom društvu nužno radi interesa državne sigurnosti, javnog reda i mira, ili gospodarske dobrobiti zemlje, te radi sprijeavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih."



Važno je istaknuti da ESLJP nije pozvan odlučivati je li posvojenje djeteta gospođe X bilo opravdano i u najboljem interesu djeteta, već jesu li postupci koji su prethodili posvojenju djeteta bili u skladu sa zahtjevima članka 8. EKLJP.

Dakle, središnje pitanje u ovom predmetu jest pitanje je li se u provedenim postupcima poštivao obiteljski život gospođe X ili su nasuprot tome provedeni postupci predstavljali miješanje u ostvarivanje prava na obiteljski život koje nije bilo nužno u demokratskom društvu.

ESLJP isti je kao i cilj članka 8. EKLJP zaštititi pojedinca od proizvoljnog miješanja javnih vlasti u obiteljski život, a svako razdvajanje obitelji predstavlja vrlo ozbiljno miješanje.<sup>18</sup> Stoga su sudovi ili centri za socijalnu skrb kad donose takve odluke suočeni s iznimno teškom zadaćom, pa bi nefleksibilni postupak samo povećao njihove probleme u odlučivanju, zbog čega im se mora ostaviti određena diskrecija u tom pogledu. S druge strane činjenica da su određene odluke poput odluke temeljem koje dijete postaje slobodno za posvojenje<sup>19</sup> nepromjenljive, predstavljaju područje u kojemu je više nego inače potrebna posebna zaštita od proizvoljnog miješanja javnih vlasti u obiteljski život.

Premda članak 8. EKLJP ne sadrži procesne zahtjeve u postupcima u kojima se odlučuje o miješanju u obiteljski život, oni su izuzetno bitni jer jamče posebnu zaštitu od proizvoljnog miješanja u obiteljski život. To u konkretnom slučaju znači, da sudovi ili centri za socijalnu skrb kad donose odluke temeljem kojih se dijete izdvaja iz obitelji, odnosno stavlja pod skrbništvo, bezuvjetno moraju ispitati i uzeti u obzir stavove i interese bioloških roditelja, a roditelji s druge strane moraju imati pravo pravovremeno koristiti pravna sredstva koja im stoje na raspolaganju. Ako to biološkim roditeljima nije omogućeno, to znači da nije poštovano njihovo pravo na obiteljski život, pa se miješanje u obitelj do kojeg je došlo ne može smatrati nužnim u smislu članka 8. EKLJP.

U konkretnom slučaju X protiv Hrvatske, niti u jednom postupku koji je prethodio posvojenju djeteta, niti sud niti centar za socijalnu skrb nisu ocjenjivali odnos između gospođe X, podnositeljice zahtjeva i njenog djeteta, bez obzira što prema ObZ 2003 oduzimanje poslovne sposobnosti ima za posljedicu *ex lege* njeno isključivanje iz postupka posvojenja.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> To znači da svako izdvajanje djeteta poput stavljanja djeteta pod skrbništvo ili povjeravanje djeteta drugoj osobi na svakodnevnu skrb predstavlja vrlo ozbiljno miješanje javne vlasti u obiteljski život.

<sup>19</sup> Prema ObZ 2003 to su odluke suda o lišenju prava na roditeljsku skrb i lišenju poslovne sposobnosti, te odluka centra za socijalnu skrb o posvojenju djeteta.

<sup>20</sup> Članci 130. i 138. ObZ 2003.

Sud teško može prihvatiti injenicu da se osoba lišena poslovne sposobnosti treba automatski isključiti iz postupka posvojenja, kao što je u ovom slučaju bila isključena gospođa X.

Sud zaključuje da time što je dopustila da gospođa X bude isključena iz postupka koji je doveo do posvojenja njezine kćeri u okolnostima ovog predmeta, Hrvatska joj nije osigurala poštovanje njezinog privatnog i obiteljskog života na što ona ima pravo temeljem članka 8. EKLJP.

## 2.2. X. i Y. protiv Hrvatske (2011)

### injeni no stanje

U predmetu X. i Y. protiv Hrvatske radilo se o majci (rođenoj 1923. godine) i kćeri (rođenoj 1948. godine) te postupcima lišenja njihove poslovne sposobnosti.

Majka je 2006. godine, u osamdesettretoj godini života i nakon moždanog udara, zbog starosti i bolesti bila smještena u dom za starije i nemoćne osobe u kojem postupku smještaja u ustanovu socijalne skrbi joj je bila imenovana posebna skrbnica, djelatnica centra za socijalnu skrb. Posebna skrbnica je ujedno predložila i pokretanje sudskog postupka za lišenje poslovne sposobnosti gospođe X tvrdeći da je ona dezorijentirana i ovisna o pomoći drugih osoba, te stoga nije u stanju brinuti se o svojim pravima i interesima. Nakon pokretanja postupka radi lišenja poslovne sposobnosti gospođe X, centar za socijalnu skrb joj je imenovao drugu posebnu skrbnicu koja je bila njezina nećakinja, emu se kćer gospođe X (gospođa Y) usprotivila smatrajući da je ona osoba koja bi bila najprikladnija biti imenovana majčinom skrbnicom. Štoviše, gospođa X je opunomoćila svoju kćer gospođu Y da je zastupa u postupku lišenja njene poslovne sposobnosti. Sud nije uvažio prigovore kćeri gospođe X, opunomoćene za zastupanje majke u sudskom postupku s obrazloženjem kako ona nije stranka u postupku, te je nakon provedenog dokaznog postupka donio odluku kojom se gospođa X lišava u potpunosti poslovne sposobnosti. Sudska odluka nije dostavljena gospođi i X lišenoj poslovne sposobnosti niti njezinoj kćeri, opunomoćenici za zastupanje u postupku koji je prethodio.

U odnosu na kćer, gospođu Y, centar za socijalnu skrb joj je dana 17. 09. 2008. imenovao posebnu skrbnicu namjeravajući pokrenuti postupak za njezino lišenje poslovne sposobnosti. Razlozi temeljem kojih je centar za socijalnu skrb zahtijevao lišenje poslovne sposobnosti odnosili su se na upadljivo ponašanje gospođe Y, zatvaranje u kuću, odbijanje hrane i kontakata s liječnicom u jednom razdoblju nakon što je njena majka bila smještena u dom za stare i nemoćne, institucionalno liječenje od depresije prije etnaest godina, posesivnost prema majci i socijalno neprihvatljivo ponašanje u svakodnevnom životu. Na odluku o imenovanju posebnog skrbnika gospođa Y je uložila žalbu protiv nje i se imenovanju posebnog skrbnika i pokretanju postupka lišenja poslovne sposobnosti, te je angažirala odvjetnika. Međutim, centar za socijalnu skrb

donosi odluku o imenovanju drugog posebnog skrbnika (odvjetnika), zanemaruju i injenicu da je gospođa Y opunomoćila drugog odvjetnika za zastupanje. O žalbi gospođe Y uloženoj protiv druge odluke kojom joj se imenuje kao posebni skrbnik još jedan odvjetnik, pored onog kojeg je ona opunomoćila, nikada nije odlučeno.

Na dan donošenja odluke ESLJP, 03.11.2011. godine postupak lišenja poslovne sposobnosti gospođe Y je još uvijek bio u tijeku, dakle odluka nije bila donesena nakon više od tri godine.

### **Ocjena suda**

U predmetu X i Y protiv Hrvatske ESLJP ista je stajalište izraženo u nizu prijašnjih odluka, da mjera kao što je lišenje poslovne sposobnosti predstavlja ozbiljno miješanje u privatni život osobe, kao i da svako pokretanje postupka lišenja poslovne sposobnosti proizvodi ozbiljne posljedice. Naime, osobi u vezi s kojom se pokrene postupak lišenja poslovne sposobnosti imenuje se poseban skrbnik, osoba je podvrgnuta različitim vrstama procjena i vještavanja, u postupku se ispituju i propituju različiti vidovi njenog privatnog života, ocjenjuje se njeno mentalno zdravlje, ponašanje i osobnost.

Pitanja je li miješanje u privatni život osobe bilo zakonito i s legitimnim ciljem i je li bilo nužno u demokratskom društvu, ESLJP je u ovom predmetu preispitivao zajedno.

Prema stajalištu ESLJP postupak lišenja poslovne sposobnosti u odnosu na majku X i kćer Y bio je pokrenut u skladu s ObZ 2003 (članak 159.), međutim da bi centar za socijalnu skrb uopće mogao pokrenuti takav postupak nužno je imati uvjerljive dokaze da je osoba o kojoj je riječ nesposobna brinuti se o svojim potrebama, pravima i interesima ili da predstavlja opasnost za prava i interese drugih osoba. Ovi dokazi ne mogu se temeljiti na općenitim izjavama, nego na konkretnim činjenicama. ESLJP smatra da pri odlučivanju je li postupak za lišenje neke osobe poslovne sposobnosti bio razmjeran, državna tijela moraju imati određenu diskrecijsku slobodu, zbog čega je na prvom mjestu dužnost državnih tijela (suda i/ili centra za socijalnu skrb) da ocijene dokaze koji se navode kao razlog lišenja poslovne sposobnosti. Zadaća je ESLJP da te odluke preispita u svjetlu EKLJP, imajući na umu da lišenje neke osobe poslovne sposobnosti povlači teške posljedice za različita područja života te osobe.

U pogledu gospođe Y, u vezi s kojom je postupak lišenja poslovne sposobnosti u vrijeme donošenja odluke ESLJP još bio u tijeku, ESLJP primjećuje da je nalaz i mišljenje izradio psihijatar koji nikada nije liječio gospođu Y, te je bio skeptičan može li se psihičko stanje neke osobe ocijeniti nakon samo jednog telefonskog razgovora u trajanju od jednog sata.

ESLJP zaključuje da u kontekstu pokretanja postupka lišenja poslovne sposobnosti gospođe Y nacionalna tijela nisu poštovala zahtjeve propisane zakonom, te da ovakvim postupanjem nije bio ostvaren legitimni cilj niti je pokretanje postupka lišenja poslovne sposobnosti gospođe Y bilo nužno u demokratskom društvu.

Stoga je u ovoj presudi ESLJP konstatirao povredu članka 6. stavak 1. i članka 8. EKLJP.<sup>21</sup>

### **2.3. A. K. i L protiv Hrvatske (2013)**

#### **injenično stanje**

Gospođa A.K., rođena 1987. godine, je osoba s lakšom mentalnom retardacijom i problemom govora (ograničeno govornička) koja je pohađala školski program za osobe s posebnim potrebama. U vrijeme rođenja sina 10.12.2008. godine, bila je nezaposlena i bez prihoda, živjela je u staroj i zapuštenoj kući i bez grijanja zajedno s duševno bolesnim bratom i majkom koja ju je uzdržavala. Njezin sin L. je uz njezin pristanak odmah po rođenju smješten u udomiteljsku obitelj u drugom gradu. Gospođa A.K. je 10.05.2010. godine lišena prava na roditeljsku skrb jer je lakše mentalno retardirana i nesposobna pravilno skrbiti o svom sinu L., koju odluku je primila 17.05.2010. godine, me utim nije se žalila, jer je besplatnu pravnu pomoć dobila nakon isteka roka za žalbu.

Sin gospođe A.K. je posvojen 15.10.2010. godine, u skladu s ObZ 2003, prema kojem za posvojenje djeteta nije potreban pristanak roditelja lišenog poslovne sposobnosti, niti je roditelj lišen poslovne sposobnosti stranka u postupku posvojenja.

Nakon što je zatražila i dobila besplatnu pravnu pomoć, A.K. je zatražila vraćanje prava na roditeljsku skrb u odnosu na sina L., navodeći da su se životni uvjeti poboljšali, da živi samo s majkom, a kuća je djelomično obnovljena te je ugrađeno grijanje. Me utim, zahtjev je odbijen, s obrazloženjem da je sin A.K. posvojen.

---

<sup>21</sup> U izdvojenom mišljenju suca Lorenzena i sutkinje Steiner, navodi se da članak 161. i članak 159. hrvatskog ObZ 2003 pružaju valjanu pravnu osnovu za pokretanje postupka lišenja poslovne sposobnosti, dok na nacionalnom sudu leži teret odluke jesu li ispunjeni uvjeti za lišenje poslovne sposobnosti. Me utim, zahtjevi iz članka 8. stavak 2. EKLJP zahtijevaju ne samo postojanje pravne osnove za lišenje poslovne sposobnosti, nego i odgovaraju u kvalitetu zakona. Oni zaključuju da odredbe Obiteljskog zakona (2003) nisu u skladu sa zahtjevima EKLJP, obrazlažu i kako nije dovoljno samo imati pravnu osnovu za postupanje, već je nužno da zakon bude i predvidljiv za osobu na koju se odnosi, te da bude u skladu sa vladavinom prava, a to znači da odgovaraju a zaštita protiv proizvoljnog miješanja u pravo na poštovanje obiteljskog i privatnog života mora biti jasno propisana zakonom., *Ibid.* str. 29.

## Ocjena suda

Prvo pitanje koje se postavilo odnosilo se na dopuštenost zahtjeva gospođe A.K. da u ime biološkog djeteta L. traži zaštitu prava pred ESLJP. Naime, činjenicom posvojenja djeteta L., odnosno i prije toga, lišenjem prava na roditeljsku skrb, prestalo je i pravo biološke majke na zastupanje djeteta. Međutim, prema ocjeni suda u ovom predmetu, legitimacijsko pravo tražiti zaštitu pred ESLJP ne smije se ograničavati niti mu se smije pristupati tehnički. To znači i da unatoč činjenici što su nakon posvojenja jedini zakonski zastupnici L. njegovi posvojitelji, ESLJP mora moći i ispitati sva pitanja mjerodavna za njegovo pravo na poštovanje obiteljskog života koja su se pojavila u postupku kojim je prekinuta djetetova obiteljska veza s biološkom majkom A.K. prije zasnivanja posvojenja.

ESLJP je ocijenio da nema nikakve dvojbe da lišenje prava na roditeljsku skrb i davanje djeteta na posvojenje predstavljaju dvije vrlo ograničavajuće mjere, pri čemu posvojenje dovodi do potpunog prekida odnosa između roditelja i djeteta. Stoga obje mjere, lišenje prava na roditeljsku skrb i posvojenje predstavljaju miješanje u pravo na obiteljski život majke A.K. i njenog djeteta L. zajamčeno člankom 8. stavak 1. EKLJP.

U pogledu zakonitosti i legitimnog cilja, ESLJP prihvaća da zakonske odredbe kojima se propisuje posvojenje i lišenje prava na roditeljsku skrb prema ObZ 2003 imaju za cilj zaštititi dijete, te zaključuje kako su i odluke donesene u ovom predmetu u odnosu na dijete L. donesene radi zaštite interesa djeteta u skladu s legitimnim ciljem zajamčeni člankom 8. stavak 2. EKLJP.

Središnje pitanje u ovom postupku odnosi se na nužnost donesenih odluka (lišenje prava na roditeljsku skrb i posvojenje), tj. je li u provedenim postupcima bio poštovan obiteljski život majke A.K. i djeteta L. ili su ti postupci predstavljali takvo miješanje u njihovo pravo na poštovanje obiteljskog života koje se ne može smatrati nužno u demokratskom društvu. Bitni sastojak prava na poštovanje obiteljskog života jest zaštita pojedinaca od proizvoljnog miješanja javnih vlasti, a lišenje prava na roditeljsku skrb i posvojenje predstavlja vrlo ozbiljno miješanje. ESLJP razumije da prilikom donošenja tako osjetljivih odluka, nadležna tijela imaju vrlo težak zadatak, zbog čega se ne može od njih tražiti nefleksibilno postupanje što bi još više otežalo donošenje odluka. Stoga nadležna tijela moraju imati određeni stupanj diskrecije u tom pogledu. Međutim, kad se uzme u obzir da se radi o odlukama koje su nepovratne naravi u pogledu obiteljskog života roditelja i djeteta (posvojenje i lišenje prava na roditeljsku skrb), zahtjev za zaštitu od proizvoljnog miješanja države u obiteljski život roditelja i djeteta je veći nego inače.

Prilikom donošenja tako važnih odluka koje utječu na pravo poštovanja obiteljskog života, nadležna tijela moraju pažljivo razmotriti stajališta i interese bioloških roditelja, koji moraju biti u mogućnosti pravodobno iskoristiti sva pravna sredstva koja su im na raspolaganju.

ESLJP u ovom predmetu nije odlučivao je li posvojenje djeteta L. bilo opravdano, već je razmatrao je li u postupcima koji su prethodili posvojenju primijenjen standard koji jamči članak 8. EKLJP.

Kad se radi o posvojenju djece i roditelji su lišeni prava na roditeljsku skrb, zakonom se može propisati da pristanak roditelja nije potreban. U tom smislu ESLJP je proveo komparativnu analizu četrdeset i jednog europskog sustava te zaključio kako postoje razlike u pogledu uloge roditelja lišenih prava na roditeljsku skrb u postupcima posvojenja njihove djece. Tako otprilike pola država stranaka EKLJP priznaje izvjesno pravo roditelja lišenih roditeljske skrbi na sudjelovanje u postupku posvojenja, dok druga polovica to pravo ne priznaje.

ESLJP zaključuje kako ObZ 2003 sadrži detaljne odredbe o lišenju prava na roditeljsku skrb, kao i postupovne odredbe koje se imaju primijeniti. Nadalje, ObZ 2003 predviđa imenovanje posebnog skrbnika djeteta u ovim postupcima, kao i dužnost sudova da paze na zaštitu interesa osoba s duševnim smetnjama ili drugih osoba koje se nisu sposobne brinuti o svojim pravima i interesima. Stoga konstatira da hrvatsko zakonodavstvo sadrži odgovarajuća pravna sredstva za zaštitu interesa roditelja i njihove djece u postupku lišenja prava na roditeljsku skrb. Međutim, unatoč jamstvima iz ObZ 2003, i (sa)znanju suda o intelektualnim poteškoćama gospođe A.K., ona nije bila zastupana u postupku lišenja prava na roditeljsku skrb. Stoga ESLJP zaključuje da njezini interesi, ali i interesi njezinog sina L., nisu bili propisno razmotreni s aspekta otkrivanja njihove obiteljske veze niti su bili dovoljno zaštićeni.

U odnosu na postupak posvojenja, ESLJP ističe da majka A.K. nije bila obaviještena o postupku posvojenja njenog djeteta, nikad nije bila saslušana, niti je bila stranka tog postupka zbog čega nije imala mogućnost koristiti pravna sredstva za zaštitu svojih obiteljskih prava. Napokon, ESLJP zaključuje kako može prihvatiti da prema hrvatskom zakonodavstvu suglasnost roditelja lišenog roditeljske skrbi nije nužna za zasnivanje posvojenja, ali ne može prihvatiti da roditelj nema priliku tražiti vraćanje roditeljske skrbi prije nego dijete bude posvojeno, kad mu to hrvatski pravni sustav već omogućuje.

Zaključak ESLJP u ovom predmetu je kako nisu postojala odgovarajuća jamstva niti u jednom stadiju postupaka koji su prethodili potpunom raskidanju veze između majke A.K. i njenog sina L., zbog čega je došlo do povrede članka 8. EKLJP.

### **3. Novi pristup zaštiti osoba s invaliditetom prema Obiteljskom zakonu RH (2015)**

#### **3.1. Statisti ki pokazatelji lišenja poslovne sposobnosti u Republici Hrvatskoj i ocjena stanja prema ObZ 2003**

Statisti ki podaci za 2014. godinu pokazuju da se u Republici Hrvatskoj pod skrbništvom nalazi 18.326 odraslih osoba. Od toga je 15.499 osoba potpuno lišeno poslovne sposobnosti, dok je 1.827 osoba djelomi no lišeno poslovne sposobnosti. U 2014. godini je pod skrbništvom stavljeno 1.060 osoba, od ega je 666 potpuno lišeno poslovne sposobnosti, dok su 394 osobe djelomi no lišene poslovne sposobnosti. Što se ti e stavljanja osoba pod skrbništvom prema opsegu i sadržaju lišenja poslovne sposobnosti u 2014. godini, 3.503 osobe su lišene poslovne sposobnosti u pogledu osobnih stanja, 2.681 osobe su lišene poslovne sposobnosti u pogledu upravljanja imovinom, a u odnosu na 700 osoba nastupilo je mirovanje ostvarivanja roditeljske skrbi radi poslovne nesposobnosti u odnosu na roditeljsku skrb o djetetu.<sup>22</sup>

Ako se osvrnemo na dulje razdoblje primjene ObZ 2003, statisti ki podaci za razdoblje od 2003. do 2010. godine pokazuju da se u prosjeku na godišnjoj osnovi pokretalo 2.320 postupaka lišenja poslovne sposobnosti u Republici Hrvatskoj. Od 2010. godine zabilježen je i najmanji broj pokrenutih postupaka lišenja poslovne sposobnosti od kada se ovi podaci bilježe i objavljuju, me utim taj broj ne pokazuje zna ajan trend u pogledu lišavanja poslovne sposobnosti. Podaci nadalje pokazuju da centri za socijalnu skrb obavijest o stanju osobe s invaliditetom dobivaju naj eš e od zdravstvenih ustanova i to u odnosu na osobe koje imaju u estale recidive duševne bolesti te stoga esto posje uju zdravstvene ustanove. Naj eš a mjera koju poduzimaju centri za socijalnu skrb u poslovima skrbništvom za odrasle osobe jest davanje odobrenja za otu enje ili optere enje imovine št i enika, kojih je u 2010. godini bilo 3.175, dok su u istoj godini centri za socijalnu skrb dali skrbnicima 1.598 odobrenja za poduzimanje važnih mjera u pogledu zaštite osobnih prava št i enika, što se naj eš e odnosilo na smještaj št i enika u dom socijalne skrbi.<sup>23</sup>

Ocjena stanja obiteljskopravne zaštite osoba s invaliditetom u Hrvatskoj prikazana je u Strategiji razvoja sustava socijalne skrbi u Republici Hrvatskoj 2011. - 2016. gdje je navedeno da stanje obiteljsko-pravne zaštite odraslih lanova obitelji pod skrbništvom nije zadovoljavaju e.

---

22

[http://www.mspm.hr/djelokrug\\_aktivnosti/socijalna\\_skrb/statisticka\\_izvjesca/godisnje\\_izvjesce\\_2014](http://www.mspm.hr/djelokrug_aktivnosti/socijalna_skrb/statisticka_izvjesca/godisnje_izvjesce_2014) (posje eno 23. travnja 2016.)

<sup>23</sup> Gr an, K., *Skrbništvom za odrasle osobe iz perspektive prava osoba s duševnim smetnjama u Hrvatskoj*, u: Poslovna sposobnost i skrbništvom – raskorak izme u Konvencije o pravima osoba s invaliditetom i prakse, (ur. Mei , B.), Pravobraniteljica za osobe s invaliditetom, Zagreb, 2012., str. 38-39.

U navedenoj se Strategiji ističe da ObZ 2003 u proteklom razdoblju nije riješio brojne pravne i institucionalne pretpostavke koje jamče punu zaštitu osoba pod skrbništvom, drže i da ovom pitanju valja pristupiti sustavno, što podrazumijeva reformu obiteljskog zakonodavstva i njegovo usklađivanje s međunarodnim standardima. Usklađivanje obiteljskog zakonodavstva Republike Hrvatske s obvezujućim međunarodnim dokumentima i međunarodnim pravnim standardima odnosi se prvenstveno na UN KPOI, presude ESLJP te Preporuke Vijeća Europe.

Kao prioriteti u vezi s unaprjeđenjem obiteljsko-pravne zaštite u Strategiji 2011. - 2016. navode se: poboljšanje zakonskih odredaba koje se odnose na skrbništvo nad odraslim osobama, što je potrebno temeljito reformirati, kao i uređivanje postupovnih odredaba po kojima se vodi obiteljsko-pravni postupci u skladu sa zaštitom postupovnih prava svih stranaka.<sup>24</sup>

Navedena Strategija 2011. - 2016. bila je temelj za ocjenu stanja zaštite osoba s invaliditetom prema ObZ 2003.

### **3.2. Glavne novine u obiteljskopravnoj zaštiti odraslih osoba pod skrbništvom u ObZ 2015**

Novine u obiteljskopravnoj zaštiti osoba s invaliditetom, kako je to uvodno istaknuto, rezultat su međunarodnih obveza Republike Hrvatske, utjecaja ESLJP na hrvatskog zakonodavca, ali i prijedloga za unaprjeđenje zakonskog uređenja instituta skrbništva izraženih u recentnoj domaćoj znanstvenoj i stručnoj literaturi.<sup>25</sup>

U ovom se poglavlju nabrojati temeljne promjene sadržane u ObZ 2015 kojima je cilj unaprijediti pravni položaj osoba s invaliditetom u području obiteljskopravne zaštite.

Institut "roditeljske skrbi nakon punoljetnosti" je u potpunosti napušten sukladno suvremenom poimanju zaštite ljudskih prava odraslih osoba s invaliditetom. Naime, odrasle osobe s invaliditetom nije prihvatljivo tretirati kao maloljetnu djecu te stoga nije prihvatljivo institut roditeljske skrbi primjenjivati na odraslu osobu bez obzira na njezin invaliditet.

Republika Hrvatska temeljem međunarodnih obveza prihvaćenih potpisivanjem KPOI ima obvezu poduzimati odgovarajuće mjere radi pružanja

---

<sup>24</sup> Vidi ocjenu stanja Prijedlog Obiteljskog zakona, lipanj 2015. (*op. cit.* bilj. 7.), str. 1-5.

<sup>25</sup> Milas Klarić, I. (*op. cit.* bilj. 1.). Milas Klarić, I., *Pravni status skrbnika kao jamstvo zaštite ljudskih prava odraslih*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2010, Poslovna sposobnost i skrbništvo – raskorak između u Konvencije o pravima osoba s invaliditetom i prakse, (ur. Meić, B.), Pravobraniteljica za osobe s invaliditetom, Zagreb, 2012.



pomo i osobama s invaliditetom, te obvezu napuštanja klasi nog modela zaštite osoba s invaliditetom lišavanjem poslovne sposobnosti. S obzirom na financijsko stanje Republike Hrvatske, temeljem kojeg nije bilo mogu e u potpunosti reformirati podru je zaštite osoba s invaliditetom kako to zahtijevaju me unarodne obveze iz KPOI, postignuto je kompromisno rješenje te je napušten institut potpunog lišenja poslovne sposobnosti, uz propisivanje obveze djelomi nog lišenja poslovne sposobnosti kao pravila. Stoga je temeljem ObZ 2015 preostala jedino mogu nost lišenja poslovne sposobnosti u dijelovima u kojima je to doista nužno za zaštitu prava štienika, a institut potpunoga lišenja poslovne sposobnosti potpuno je napušten.

Sadržaj skrbni ke zaštite prema ObZ 2015 je preciziran, a propisani su i temeljni standardi za obavljanje skrbni ke zaštite, koja mora biti primjerena, individualizirana i u skladu s dobrobiti štienika. Zakonodavac je izri ito propisao pravo štienika na zaštitu dostojanstva, zaštitu od nasilja i bilo kakvih oblika ponižavaju ga postupanja.<sup>26</sup>

ObZ 2015 je izri ito isklju io mogu nost da ista osoba (tijelo) predlaže postupak lišenja poslovne sposobnosti i bude imenovana posebnim skrbnikom osobi u postupku lišenja radi mogu ih sukoba interesa i sumnji u kvalitetnu zaštitu prava štienika u postupku, što je uskla eno s presudom ESLJP u predmetu Ivinovi protiv RH.<sup>27</sup> U tu je svrhu osnovana ustanova Centar za posebno skrbništvo koja zapošljava osobe s položenim pravosudnim ispitom iji je posao zastupanje odraslih osoba u slu ajevima odre enim zakonom, prije svega prilikom pokretanja postupka lišavanja poslovne sposobnosti.<sup>28</sup>

Prema ObZ 2015, skrbnik može biti samo fizi ka osoba pri emu je propisana i mogu nost imenovanja više osoba kao skrbnika, s obzirom da obveze skrbnika znaju biti vrlo složene i zahtijevati posebna znanja. Stoga e biti mogu e da više osoba obavlja skrbništvo nad jednim štienikom, tako da jedan skrbnik primjerice može odlu ivati o osobnim stanjima, a drugi o imovini. Pojedine važne odluke ponekad e morati donositi samo zajedni ki.<sup>29</sup>

Zna ajan pomak u zaštiti autonomije odlu ivanja osoba s invaliditetom, predstavlja nova zakonska obveza poštivanja prije izraženih stavova i želja štienika, ime se u hrvatski pravni sustav uvodi institut anticipiranih naredbi. Stoga svaka osoba ima pravo u vrijeme postojanja poslovne sposobnosti odrediti osobu koju bi željela imati za skrbnika.<sup>30</sup>

---

<sup>26</sup> lanak 220. i 221. ObZ 2015.

<sup>27</sup> Zahtjev broj 13006/13, presuda od 18. rujna 2014. g.

<sup>28</sup> lanak 241. ObZ 2015.

<sup>29</sup> lanak 247. stavak. 3. ObZ 2015.

<sup>30</sup> lanak 247. stavak 5. ObZ 2015.

ObZ 2015 je zakonski precizirao na in donošenja razli itih vrsta odluka koje se ti u prava i interesa št i enika. Tako odluke o osobnim stanjima donosi isklju ivo št i enik, a to su: priznanje i pristanci u vezi s utvr ivanjem o instva, sklapanje braka, razvod braka, stupanje u životne zajednice s osobama istog ili razli itog spola, kao i prestanak tih zajednica, pristanak na posvojenje (osim ako osoba nije u stanju shvatiti zna enje pristanka na posvojenje, kad odluku donosi sud), zatim odluku o prekidu trudno e i odluku o sudjelovanju u biomedicinskim istraživanjima.<sup>31</sup>

ObZ 2015 nadalje propisuje u kojim slu ajevima prilikom odlu ivanja o pravima št i enika centar za socijalnu skrb mora dati prethodno odobrenje, poput odluke o smještaju u dom ili udomiteljsku obitelj, promjeni prebivališta, promjeni osobnog imena, ili pojedinih važnijih odluka o zdravlju št i enika.<sup>32</sup> Kad su u pitanju iznimno važne odluke o zdravlju št i enika odluku o tome donosi sud. Ovo se odnosi na odluke o sterilizaciji, doniranju tkiva i organa te mjerama za održavanje št i enika na životu.<sup>33</sup>

ObZ 2015 je detaljno uredio podru je upravljanja i zastupanja u imovinskim pravima št i enika.<sup>34</sup>

Me u sudske postupke je uveden novi izvanparni ni postupak u kojemu e županijski sudovi (sudsko vije e) donositi iznimno važne odluke o zdravlju i životu št i enika. S obzirom da se radi o iznimno važnim odlukama s izuzetno ozbiljnim posljedicama, poput odluke za održavanje na životu, o žalbi protiv odluka županijskih sudova odlu ivati e Vrhovni sud Republike Hrvatske.<sup>35</sup>

U pogledu roditeljske skrbi osoba s invaliditetom, odnosno osoba lišenih poslovne sposobnosti ObZ 2015 uvodi tri važna rješenja. Prvo, osobama s invaliditetom se pruža mogu nost stru ne pomo i i potpore u ostvarivanju roditeljske skrbi od strane centra za socijalnu skrb, koja mjera za zaštitu djece e biti namijenjena naj eš e ovoj kategoriji osoba i koja nije vremenski ograni ena.<sup>36</sup> Drugo, u odnosu na roditelje maloljetne djece koji su lišeni poslovne sposobnosti uvodi se novi institut - mirovanje prava na roditeljsku skrb. To zna i da osobe koje su lišene poslovne sposobnosti gube pravo na ostvarivanje roditeljske skrbi u dijelu u kojem je nisu u stanju ostvarivati za dobrobit djeteta. Ovaj roditelj ne može zastupati dijete u dijelu u kojem je lišen poslovne sposobnosti, dijete u tom dijelu zastupa drugi roditelj ili dobiva skrbnika koji su dužni uvažavati mišljenje roditelja lišenog poslovne sposobnosti, osim ako bi to bilo u suprotnosti s djetetovom dobrobiti.<sup>37</sup>

---

<sup>31</sup> članak 258. ObZ 2015.

<sup>32</sup> članak 259. ObZ 2015.

<sup>33</sup> članak 260 ObZ 2015.

<sup>34</sup> članak 261. ObZ 2015.

<sup>35</sup> članci 504-508. ObZ 2015.

<sup>36</sup> članci 140-144. ObZ 2015.

<sup>37</sup> članak 114. ObZ 2015.

Kao tre e važno rješenje u pogledu zaštite prava na obiteljski život osoba lišenih poslovne sposobnosti, prema ObZ 2015 više nije mogu e posvajanje djeteta roditelja lišenog poslovne sposobnosti bez pristanka roditelja, a ako roditelj nije u stanju razumjeti zna enje pristanka na posvojenje bez odluke suda kojom se pristanak roditelja nadomješta.<sup>38</sup>

#### 4. Zaklju ak

Utjecaj ESLJP i presuda koje su donesene protiv Republike Hrvatske nije se odrazio samo na hrvatskog zakonodavca prilikom donošenja ObZ 2014/2015 ve i na Ustavni sud Republike Hrvatske što se može vidjeti u recentnom predmetu br. U III 1380/2014 od 20. svibnja 2015. gdje je Ustavni sud zauzeo slijede e stajalište: „Lišenje osobe poslovne sposobnosti, pa ak i djelomi no, izuzetno je ozbiljna mjera koja bi trebala biti zadržana samo za iznimne okolnosti. Lišavanje poslovne sposobnosti, bilo potpuno ili djelomi no, predstavlja miješanje države u osobni život pojedinca budu i da osoba lišena poslovne sposobnosti u potpunosti gubi ili joj se ograni ava mogu nost da svojim postupcima, izjavama i radnjama proizvodi pravne u inke. Bez poslovne sposobnosti pojedinac ne može samostalno i svojev oljno upravljati svojim životom. Stoga treba imati u vidu kako poslovna sposobnost predstavlja pravo na život u punom smislu.“

S druge strane odluka Ustavnog suda kojom je ObZ 2014 bio suspendiran,<sup>39</sup> ime je bila suspendirana i reforma obiteljskopravne zaštite osoba s invaliditetom u me unarodnoj zajednici koja nadzire stanje zaštite prava osoba s invaliditetom na nacionalnoj razini, nije naišla na odobravanje. U zaklju nim opservacijama UN Odbora za prava osoba s invaliditetom u vezi primjene KPOI o pravima osoba s invaliditetom od 17. travnja 2015., br. CRPD/C/HRV/CO/1 je istaknuto: „Odbor je zabrinut jer je Ustavni sud obustavio novi Obiteljski zakon kojim je ukinut institut potpunog lišenja poslovne sposobnosti.....Preporuka je Odbora da se zakonodavne mjere poduzimaju na na in da se ukine praksa zamjenskog donošenja odluka u skladu s op om napomenom Odbora br. 1. (2014.) te da se donese široka lepeza mjera kojima se poštuje autonomija, volja i želje osobe s invaliditetom, uklju uju i pravo osobe da samostalno daje i povla i pojedina ni informirani pristanak na lije enje, pristup pravdi, glasovanju, sklapanju braka, punim roditeljskim pravima i radu.“

---

<sup>38</sup> lanak 188. i lanak 190. stavak 1. to ka 3. Obz 2015.

<sup>39</sup> Vidi bilj. 5.

Ponovnim donošenjem Obiteljskog zakona<sup>40</sup> kojim se obiteljskoppravna reforma zaštite osoba s invaliditetom vratila u (pravni)život Republike Hrvatske, sudovima, centrima za socijalnu skrb, sudskim vještacima i drugim stru njacima posao s ljudima s invaliditetom nesporno je postao kompleksniji. Ipak, kad složenost nove skrbni ke zaštite ljudi s invaliditetom otežava radnu svakodnevicu, trebalo bi ponekad zastati i promisliti kako i sami jednog dana možemo biti u cipelama osobe s invaliditetom.

---

Dr. sc. Branka Rešetar, Associate Profesor  
Faculty of Law of University Osijek, R Croatia

## **INFLUENCE OF THE CASE-LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS ON THE REFORM OF THE FAMILY LAW PROTECTION OF PERSONS WITH DISABILITIES IN THE REPUBLIC OF CROATIA**

**Summary:** The 2015 legislative reform of the family law protection of persons with disabilities in Croatia has been implemented as a response of the Republic of Croatia to the accepted international liabilities laid down in the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, on one hand, and under influence of the European Court of Human Rights, on the other hand. In fact, in some of its judgments, the European Court of Human Rights has found violation of the rights of persons with disabilities or persons under custody in the Republic of Croatia, which has resulted from application of the 2003 Family Act.

The author presents the key judgments of the European Court of Human Rights, precisely *X v. Croatia* (2008), *X and Y v. Croatia* (2011), and *A.K. and L. v. Croatia* (2013), regarding violation of the rights of persons with disabilities in the Republic of Croatia. Considering that the standpoints of the European Court of Human Rights have had effect on the reform of the Croatian family law legislation in the area of deprivation of capacity for work, custody and adoption, the paper offers an overview of new solutions of the Family Act (2015) with respect to the protection of persons with disabilities, aiming to ensure efficient protection of this delicate category of people.

**Key words:** persons with disabilities, deprivation of capacity for work, custody, adoption, European Court of Human Rights, Family Act (2015) of the Republic of Croatia.

---

<sup>40</sup> Narodne novine 103/2015.

Dr. sc. Željko Gali , docent  
Pravni fakultet Sveu ilišta u Mostaru

## LIŠENJE POSLOVNE SPOSOBNOSTI OSOBA S DUŠEVNIM SMETNJAMA U KONTEKSTU NJIHOVA OBITELJSKOPRAVNOG STATUSA U FEDERACIJI BOSNE I HERCEGOVINE - PROTURJE NOSTI I PRAVNE PRAZNINE

Autor razmatra specifi nosti društvenog i pravnog tretmana osoba s duševnim smetnjama, modalitete, (ne)opravdanosti i posljedice gubitka poslovne sposobnosti takvih osoba, posebice na njihov obiteljskopравни status. Analiziraju i važe a normativna rješenja i pravnu praksu u toj materiji, isti e neke njihove nedostatke, koji su posljedica prevladanog društvenog pristupa i nedovoljnog senzibiliteta za ovaj vid invalidnosti. U svrhu poboljšanja zaštite dostojanstva, sveukupnih prava i obiteljskopravnoг statusa takvih osoba u Federaciji Bosne i Hercegovine, navodi i neke prijedloge *de lege ferenda*.

**Klju ne rije i:** osobe s duševnim smetnjama, lišenje poslovne sposobnosti, skrbništvo, položaj št i enika, obiteljskopравни status.

### 1. Uvod

Prava osobnosti ili osobna prava sastavni su dio sveukupnih ljudskih prava, i u najve oј mjeri izražavaju vrijednost ovjeka kao jedinstvenog živog bi a. Neka od tih prava – pravo na slobodu, pravo na zaštitu osobnosti, ljudskog dostojanstva,<sup>1</sup> autonomije i integriteta, zapravo izražavaju samu bit ovjekovog postojanja. Osobna prava mogu se ograni avati zakonom iz odre enih razloga - primjerice u svrhu zaštite prava i sloboda drugih osoba, zaštite pravnog poretka, javnog morala i zdravlja.

Problematika ljudskih prava, obiteljskog i društvenog statusa posebno je aktualna u kontekstu njihova pripadanja najslabijim kategorijama stanovništva, a to su djeca i invalidne osobe. Invalidima se op enito smatraju osobe smanjenih sposobnosti zbog fizi koga ili psihi koga ošte enja. U ovom emo radu problematiku zadane teme istraživati vezano za osobe s duševnim smetnjama.

---

<sup>1</sup> Pojmovno odre enje ljudskog dostojanstva (engl. *human dignity*; njem. *Menschenwürde*; franc. *Dignité humaine*), upu uje da je ono osobno dobro koje kao najviša vrijednost propada svakom ljudskom bi u i daje mu pravo biti tretiran kao ovjek, a ne stvar, bez obzira na fizi ke, psihi ke, moralne i druge kvalitete. Zajam eno je najvišim pravnim aktima i nitko ga se ne može odre i. Izvor: *Pravni leksikon* (gl. ur. Pezo V.), Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb, 2007., str. 686.

Prema modificiranoj definiciji Svjetske zdravstvene organizacije, duševno zdravlje je stanje potpunog tjelesnog, mentalnog, socijalnog i duhovnog blagostanja.<sup>2</sup> Me utim, ne postoji op eprihva ena definicija duševne bolesti, ve se ona op enito shva a kao odsutnost ili pomanjkanje mentalnoga zdravlja s poreme ajem psihi kih funkcija u podru ju opažanja, volje, mišljenja, svijesti, emocija, inteligencije i raspoloženja (uzroci: naslje e, ozljede, tumor, zarazne bolesti, opijati). Karakteristike stanja: poreme aj odnosa bolesnika prema stvarnosti, isklju enje ili ograni enje kontrole vlastitog ponašanja. Pojam duševnih smetnji, kao širi pojam nadkategorija je za sve mentalne poreme aje, pravni ka odrednica koja terminološki ima najblaže stigmatiziraju e efekte, a uz duševnu bolest i duševnu zaostalost obuhva a i druge uzroke koji dovode do ograni enja ili isklju enja intelektualnih ili/i voljnih sposobnosti osobe.<sup>3</sup>

U današnje vrijeme u svijetu je sve ve i broj osoba s duševnim smetnjama (nominalno ali i udjelom u sveukupnom stanovništvu) zbog razli itih uzroka, ponajviše zbog suvremenog na ina života i produženja životnog vijeka stanovništva.<sup>4</sup> Takve osobe još uvijek, više ili manje, predstavljaju stigmatiziranu i marginaliziranu skupinu, unutar društva ali i unutar obitelji.

Jedno od najvažnijih pitanja ljudskih prava u suvremenoj Europi je i pravo osoba s invaliditetom da sudjeluju u društvu, donose odluke o svom životu i ostvaruju poslovnu sposobnost jednakopravno s drugima. Me utim stvarnost je druk ija, jer osobe s intelektualnim i/ili psihosocijalnim invaliditetom nakon djelomi nog ili potpunog lišenja poslovne sposobnosti stavljaju se pod režim skrbnitva, nakon ega ne mogu odlu ivati o svom bra nom, obiteljskom, zdravstvenom statusu i drugim važnim životnim pitanjima.

Prema Obiteljskom zakonu Federacije Bosne i Hercegovine (dalje u tekstu: ObZ FBiH)<sup>5</sup> poslovnu sposobnost fizi ke osobe stje u s punoljetnoš u, ( l. 157. st. 1.) dakle, s navršenih osamnaest godina života. Zakon propisuje dvije iznimke kojima je mogu e stjecanje poslovne sposobnosti i prije nastupa punoljetnosti: 1. kad osoba sklopi brak prije punoljetnosti; i 2. kada maloljetnik, stariji od šesnaest godina postane roditelj.<sup>6</sup> U drugom slu aju, pored injenice da je maloljetnik postao roditelj, za stjecanje poslovne sposobnosti potrebna je odluka suda ( l. 157. st. 3. ObZ FBiH).<sup>7</sup>

---

<sup>2</sup> Jakovljevi M. , *Duševno zdravlje, psihopoliti ka kultura i bolesti društva: kuda ide (hrvatska) psihijatrija?*; u : Jakovljevi M.; Sartorius N.; Cifri I.; Letica S.; Niki M.; Gabri N. & Lang S., *Duševno zdravlje, kultura i društvo. Psihijatrija pred izazovima*, Pro Mente-Zagreb, 2014., str. 29.

<sup>3</sup> Pezo, *op. cit.*, f. 1., str. 280.

<sup>4</sup> Naime, „Sa svakom novom dijagnosti kom klasifikacijom sve je ve i broj dijagnosti kih kategorija i psiholoških entiteta, a nema još op e prihva ene definicije duševnog zdravlja i psihijatrijskog poreme aja“. Izvor: Jakovljevi , *op. cit.*, f. 2., str. 27.

<sup>5</sup> Obiteljski zakon Federacije Bosne i Hercegovine, „Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine“ (dalje u tekstu: ObZ FBiH), br. 35/2005, 41/2005 i 31/2014.

<sup>6</sup> ObZ FBiH, l. 157. stavak 3.

<sup>7</sup> Potpuna poslovna sposobnost stje e se na isti na in i prema odredbama druga dva obiteljska zakona u Bosni i Hercegovini (dalje u tekstu: BiH): Porodi nom zakonu (Službeni glasnik

U pravnoj teoriji se spominje i pojam „prirodna poslovna sposobnost“ koji još uvijek nije udomećen u praksi i znanosti. Taj pojam obuhvaća problem ubrojivosti pri sklapanju pravnih poslova i otkrivanje volje u građanskom pravu.<sup>8</sup> Inačice sam pojam i odrednice poslovne sposobnosti spadaju u djelokrug građanskog prava, a materija stjecanja i lišenja poslovne sposobnosti dio su sadržaja obiteljskog prava.

Materija lišenja poslovne sposobnosti osoba s duševnim smetnjama automatski podrazumijeva i problematiku zasnivanja skrbništva za takve osobe, a to dvoje istodobno uključuje razmatranje obiteljskog statusa i pojedinih prava i dužnosti takvih osoba.

U radu ćemo najprije, u sklopu povijesnopravnog pristupa, kratko navesti posljedice u vezi između osoba s duševnim smetnjama i ograničenja poslovne sposobnosti. Potom ćemo, kroz suvremeno vrednovanje i normiranje slobode, cjelovitosti osobe i ljudskog dostojanstva analizirati važne norme u kontekstu zadane teme, navesti neke manjkavosti i nesuglasja, te u svrhu otklanjanja diskriminacije osoba s duševnim smetnjama predložiti moguće primjedbe i prijedloge *de lege ferenda*.

## **2. Kratki povijesnopravni osvrt na ograničenja poslovne sposobnosti osoba s duševnim smetnjama**

Stupanj razvitka povijesnih razdoblja ljudskog društva uvijek se najbolje oslikavao kroz njegov odnos prema invalidnim osobama, posebice prema duševnim bolesnicima. Shvaćanje i prihvaćanje takvih osoba ovisilo je o balansu poimanja takvih stanja kao posljedice utjecaja demonskih, viših sila i prirodnih stanja i procesa, a društveni tretman takvih osoba u znatnoj mjeri bio je rezultat straha i neznanja. Razvitak medicinskih znanosti i sveukupnih ljudskih prava postupno je stvarao preduvjete za humaniji tretman takvih osoba.

U rimskom pravu svi ljudi nisu bili pravni subjekti niti je stupanj pravne sposobnosti za sve bio isti, a punu pravnu sposobnost imale su samo osobe sa sva tri statusa (*status libertatis, civitatis i familiae*), a ona su se od rođenja do smrti mogla izgubiti ili umanjiti. Pojam „*capitis deminutio*“ označavao je gubitak slobode (...*maxima*), rimskog građanstva (...*media*), a *capitis deminutio minima* označavao je gubitak odnosno promjenu statusa, položaja u obitelji. Djelatna sposobnost određivala se kao sposobnost svojim djelovanjima

---

Republike Srpske, br. 54/2002 i 41/2008) – dalje u tekstu: PoZ RS, i Obiteljskom zakonu Brčko Distrikta BiH (Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH, br. 23/2007) – dalje u tekstu: ObZ BD. Međutim, prema odredbama čl. 139. st. 5. ObZ BD, maloljetnik s navršenih 14 godina života stječe ograničenu poslovnu sposobnost.

<sup>8</sup> Radolović A., *Prirodna poslovna sposobnost kao razlog nevaljanosti pravnog posla*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 30., br. 1, Rijeka, 2009., str. 191 i 192.

proizvoditi pravne uinke.<sup>9</sup> Razlozi za ograni enje djelatne sposobnosti bili su dob, spol, zdravstveno stanje i rasipništvo.

Tjelesna bolest nije bila razlog za ograni enje poslovne sposobnosti, dok su duševno bolesne osobe bile potpuno djelatno nesposobne za vrijeme pomu enja. One su stavljane pod skrbništvom od doba Zakonika XII plo a (sredina 5. st. pr. Kr.). Djelatna nesposobnost zbog duševne bolesti nastupala je s pojavom bolesti te je trajala sve do prestanka bolesti. Poslovi koje su obavljali duševno bolesne osobe za vrijeme *dilucida intervalla* bili su valjani.<sup>10</sup> Rasipnici su imali ograni enu djelatnu sposobnost. Mogli su sklapati poslove koji su im donosili boga enje, ali nisu mogli obavljati i poslove koji su dovodili do umanjenja imovine ili kojim su morali preuzeti obveze. Primjerice mogli su sklapati brak, ali nisu imali pravo na pravljenje oporuke. Rasipnici su trebali biti proglašeni takvima, oduzimala im se uprava nad imovinom i stavljali su se pod skrbništvo.<sup>11</sup>

Iako pojmovi pravne i poslovne (djelatne) sposobnosti nisu bili jasno definirani i razgrani eni kroz povijest,<sup>12</sup> ipak možemo kazati da i lišavanje poslovne sposobnosti osoba s invaliditetom kao i njihovo stavljanje pod skrbništvo imaju korijene u rimskoj pravnoj tradiciji. Shva anje i tretman duševno bolesnih osoba oslikava Paulusova sentenca „*Furiosus nullum negotium contrahere potest*”<sup>13</sup>. Zakonik XII plo a propisivao je da „umobolnicima i rasipnicima”<sup>14</sup> treba oduzeti poslovnu sposobnost i staviti ih u tom pogledu pod posebnu vrstu skrbništva (*cura*). Stolje ima nakon raspada Rimskog carstva, temelji njegovih pravnih instituta još uvijek su aktualni.

---

<sup>9</sup> Horvat M., *Rimsko pravo*, Deveto izdanje, Školska knjiga, Zagreb, 1974., str. 58.

<sup>10</sup> *Ibidem*, str. 60.

<sup>11</sup> *Ibidem*, str. 61.

<sup>12</sup> I danas postoje prijepori i razli ita shva anja pojmova pravna i poslovna sposobnost, u njihovu esencijalnom zna enju, kao i o vjerodostojnosti prijevoda me unarodnih dokumenata u kojima se koriste ti termini. O tome podrobnije v. u: Draški M., *Novi standardi za postupak lišenja poslovne sposobnosti: aktualna praksa Evropskog suda za ljudska prava*, Anali Pravnog fakuleta u Beogradu, 2010, broj 2, god. LVIII, str. 366 i 367, i Milas Klari I., *Pravni status skrbnika kao jamstvo zaštite ljudskih prava odraslih*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2010., str. 47 -50.

Pored pojmova pravne i poslovne sposobnosti, u pravnoj teoriji se spominje i pojam „prirodna poslovna sposobnost“ koji još uvijek nije udoma en u praksi i znanosti. Pojam „prirodna poslovna sposobnost“ obuhva a problem ubrojivosti pri sklapanju pravnih poslova i o itovanje volje u gra anskom pravu. Radolovi , *op. cit.*, f. 8., str. 193-195.

<sup>13</sup> Duševno bolesni ne može sklapati nikakav pravni posao (prema: Romac A., *Latinske pravne izreke*, Globus, Zagreb, 1982., str. 231).

<sup>14</sup> Lat. *furiosus* – pomaman, mahnit, duševno bolestan – Izvor: Divkovi M., *Latinsko-hrvatski rje nik*, Fototipsko izdanje iz 1980. god., FAMILLET NEVEN, Beograd, 2006., str. 441. O nepostojanju samosvijesti takvih osoba govori latinska izreka: *Insaniacire se non potest, non magis quamcaecitas se videre* (Apuleius, *De mag.* 80) – Ludost ne može samu sebe spoznati isto tako kao što ni sljepo a ne može samu sebe vidjeti. Izvor: Romac, *op. cit.*, f. 13., str. 232.



U staroj Ateni robovi i žene<sup>15</sup> nisu imali poslovnu sposobnost, ili su mogli obavljati samo neke ograničene radnje, iji u inak je ovisio o pristanku drugih osoba ili o drugim okolnostima.

Tijekom 19. stoljeća a francuski *Code civile* uređivao je specifičan institut tzv. civilne (građanske) smrti, kojim je neka osoba, u slučaju osude na tešku kaznu, zarobljeničtva, deportacije, pristupanja nekim crkvenim redovima, zbog oboljelosti od lepre i sl., za života gubila građanska prava. Njihova fizička egzistencija sprječavala je potpuni gubitak pravne sposobnosti, ali je prestajao brak, za života takve osobe dolazilo bi do ostavinskog postupka, a ako je bila ranije sačinjena oporuka, proglašavana je ništavom.<sup>16</sup> Oni su mogli primati poklone i stjecati vlasništvo u mjeri u kojoj je to bilo potrebno za održavanje golog života i preko posebnog skrbnika štiti svoja prava pred sudom. Odredbe o civilnoj smrti u Francuskoj ukinute su 1854. godine.

Austrijski Opći građanski zakonik (dalje u tekstu: OGZ) u paragrafu 21. (Dio prvi, O pravu osoba, Poglavlje prvo, II. Prava osoba po godinama ili nedostatku razuma, §. 21.) uređuje da „Oni, koji nemaju i potpunih godina, ili ne budu i u svojoj pameti, ili radi drugih uzroka nisu sposobni skrbiti se sami kao što treba o svojim poslovima, stoje pod osobitom zaštitom zakona. To su: (...) ...; dalje bijesni, mahnuti, slaboumni, koji su sasvim lišeni razuma, ili bar ne mogu poznati posljedice svojih djelanja; i oni također, kojima je sudac kao proglašenim razmetnicima zabranio, da upravljaju nadalje svojom imovinom (imetakom)...(...)“<sup>17</sup>. OGZ je uređivao nevaljanost očitovanja volje ako je ono bilo učinjeno u „bjesnoj, ludosti, slaboumnosti ili pijanstvu“, a osoba koju je sud proglasio razmetnikom može posljednjom voljom raspolagati samo polovicom svoje imovine, dok „...druga polovica zapada zakonitim nasljednicima.“<sup>18</sup>

Značajan doprinos obiteljskopravnom statusu i sveukupnom društvenom pristupu osobama s duševnim smetnjama u suvremenim uvjetima daje socijalna psihijatrija koja svojim saznanjima doprinosi humanijem odnosu prema duševno oboljelima, njihovoj destigmatizaciji, smanjenju broja hospitalizacija i povećanoj kvaliteti njihova života.<sup>19</sup>

---

<sup>15</sup> Erent-Sunko Z., *Obitelj u demokratskoj Atini – institucija i polis u malom*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 57, (3) 2007, str. 611. <http://www.moyak.com/papers/family-athens.pdf> pristup: 15. 3. 2016.

<sup>16</sup> Podrobnije v. kod: Hlađan N., *La mort civile – Civilna smrt*, Zbornik radova Znanstvenog skupa „200-ta obljetnica Code civil-a (1804-2004)“, Rijeka, 2004, str. 107-116.

<sup>17</sup> *Opći austrijski građanski zakonik iz 1811. godine*, (ur. Posilovi S.), četvrto popravljeno i dopunjeno izdanje, Tisak i naklada: ST. KUGLI, Zagreb, 1918.

<sup>18</sup> OGZ, §. 566. i 568.

<sup>19</sup> Jakovljević M.; Begić D., *Socijalna psihijatrija danas: izazovi i mogući nositelji*, Socijalna psihijatrija, 41 (2013) br. 1, str. 16–20.

file:///C:/Documents%20and%20Settings/x/My%20Documents/Downloads/Socijalna\_psihijatrija\_2013\_1\_Jakovljevic\_i\_Begic.pdf pristup: 13. 4. 2016.

### 3. Važe i normativi i pravna praksa – meunarodna naela i kriteriji za promjene u domaćem zakonodavstvu

Osvrnut ćemo se na važnije pravne dokumente i neke slučajeve pred Europskim sudom za ljudska prava, koji zajedno čine okvir za zaštitu statusa i temeljnih prava osoba s duševnim smetnjama, a ujedno su podloga za nužne promjene u domaćem zakonodavstvu.

Povelja Ujedinjenih naroda iz 1945. godine u svom uvodnom dijelu izražava vjeru u temeljna prava čovjeka, u dostojanstvo i vrijednost ljudske osobe.<sup>20</sup>

Opća deklaracija o pravima čovjeka (1948.) isto tako u uvodnom dijelu ističe da je priznavanje urođenog dostojanstva i jednakih i neotuđivih prava svih članova ljudske zajednice temelj slobode, pravde i mira u svijetu.

Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (ECHR) (1950),<sup>21</sup> u čl. 3. jamči slobodu od mučenja, nečovjernih ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja. Konvencija u čl. 5. st. 1. uređuje da svatko ima pravo na slobodu i na osobnu sigurnost, te da nitko se ne smije lišiti slobode, osim u poimenu navedenim slučajevima ((A) do (F)). U kontekstu navedenih odredaba svakako je i pitanje mogući prisilnog smještaja u psihijatrijske ustanove radi liječenja osoba s duševnim smetnjama, kao i samog medicinskog tretmana takvih osoba, odnosno pitanju postojanja pristanka na liječenje kao i njegove prikladnosti i trajanja.<sup>22</sup> U čl. 8. st. 1. uređuje pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života. U čl. 14. zabranjuje se diskriminacija na temelju spola, rase, boje kože, jezika, vjere, političkog ili drugog uvjerenja, ili drugog statusa.

Povelja o temeljnim pravima EU (2000)<sup>23</sup> u uvodu među ostalim u navedenim općim vrijednostima na kojima je utemeljena unija, spominje i ljudsko dostojanstvo, a u čl. 1. navodi da je ono nepovredivo, te da se mora poštovati i štiti, dok u čl. 26. uređuje integraciju osoba s invaliditetom.<sup>24</sup>

---

<sup>20</sup> Povelja je potpisana 26. 6. 1945. u San Francisku, a stupila na snagu 24. 10. 1945.

<sup>21</sup> [http://translate.google.ba/translate?hl=hr&sl=en&tl=hr&u=http%3A%2F%2Fpublications.ossrea.net%2Findex.php%3Foption%3Dcom\\_content%26view%3Darticle%26id%3D74%3Aeuropean-convention-adoption-children%26catid%3D15%3Aeu-conventions%26Itemid%3D54](http://translate.google.ba/translate?hl=hr&sl=en&tl=hr&u=http%3A%2F%2Fpublications.ossrea.net%2Findex.php%3Foption%3Dcom_content%26view%3Darticle%26id%3D74%3Aeuropean-convention-adoption-children%26catid%3D15%3Aeu-conventions%26Itemid%3D54) preuzeto: 22. 3. 2012.

<sup>22</sup> U tom kontekstu je i slučaj pred Europskim sudom za ljudska prava *Winterwerp v. the Netherlands* iz 1979. godine (Presuda od 24. 10. 1979., br. 6301/73).

<sup>23</sup> Ova Povelja proglašena je nakon potpisivanja Ugovora iz Nice (2000), i nakon Lisabonskog ugovora (2007) postala je obvezujućim dokumentom za sve članice EU.

<sup>24</sup> Čl. 26. glasi: „(Integracija osoba s invaliditetom) Unija priznaje i poštuje pravo osoba s invaliditetom da imaju koristi od mjera kojima bi se osigurala njihova neovisnost, socijalnu i radnu integraciju i sudjelovanje u životu zajednice.“

Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini (1997) u 1. 2. ističe da: „Interesi i dobrobit ljudskog bića imaju prednost nad samim interesom društva ili znanosti“.

Konvencija UN o pravima osoba s invaliditetom, i Fakultativni protokol uz Konvenciju (2006, u BiH od 2010), u Preambuli (točka (c)), ističe na elo nediskriminacije, a u točki (i) da države priznaju raznolikost osoba s invaliditetom. U 1. 3. od navedenih općih načela spomenuto: poštivanje urođeno dostojanstva, osobne autonomije uključujući i slobodu osobnog izbora i neovisnost osobe (a); nediskriminacija (b); puno i uinkovito sudjelovanje i uključivanje u društvo (c). Posebice su važne odredbe 1. 12., kojima se propisuje da sve osobe imaju pravo svugdje biti priznate kao osobe jednake pred zakonom (st. 1.); te da države stranke poduzeti odgovarajuće mjere kako bi osobama s invaliditetom osigurale pristup potpori koja bi im mogla biti potrebna za ostvarivanje pravne sposobnosti (st. 3.). 1. 14. i 15.: naglašavaju da invalidne osobe kao i drugi uživaju pravo na osobnu slobodu i sigurnost, da lišavanje slobode treba biti sukladno zakonu i da invalidnost nije opravdanje za lišavanje slobode. 1. 22. i 23. uređuju obvezu poštivanja i zaštita privatnosti osoba s invaliditetom, njihova doma i obitelji.

Konvencija o pravima osoba s invaliditetom predviđa da sve mjere koje se odnose na poslovnu sposobnost odraslih osoba trebaju sadržavati odgovarajuća i uinkovita jamstva, tako da budu proporcionalne i prilagođene okolnostima u kojima se punoljetna osoba nalazi, da se primjenjuju što je kraće moguće i da ih strukovno, neovisno i nepristrano tijelo ili sud povremeno provjerava. Izbor koji zakon predviđa – potpuno ili djelomično lišenje poslovne sposobnosti ne odgovara potrebama osoba s duševnim smetnjama.

Preporuka Odbora ministara VETR (99) 4 o načelima pravne zaštite nesposobnih odraslih osoba, (1990), u svojim 28 načela zahtijeva:

- da se poslovna sposobnost ne ograničava, ili da se to čini u što manjoj mjeri,
- postupanje s odraslim osobama uvijek treba biti u skladu s najboljim interesom i dobrobiti osobe,
- potrebu ograničenja i kontrola rada skrbnika,
- informirani pristanak za medicinske zahvate,
- liječenje – treba biti ograničeno i samo u određenim slučajevima.

Federalni Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama<sup>25</sup> uglavnom slijedi načela i rješenja Konvencija UN o pravima osoba s invaliditetom. Ističe da svaka osoba sa duševnim smetnjama ima pravo na zaštitu i unaprjeđivanje

---

<sup>25</sup> Zakon je objavljen u Službenim novinama FBiH, broj 37/2001, 40/2002, 52/2011, 14/2013.

svoga zdravlja,<sup>26</sup> da ima pravo na dostojanstvo, na ravnopravan položaj, na zaštitu od zlostavljanja. Prema ovom zakonu, smještaj i zadržavanje u zdravstvenoj ustanovi i liječenje osoba s težim duševnim smetnjama treba biti dobrovoljno, a samo iznimno prisilno,<sup>27</sup> po propisanom postupku na temelju odluke psihijatra odnosno suda. To se može uiniti sa osobama takvih svojstava koje su lišene poslovne sposobnosti i bez pristanka njezinog zakonskog zastupnika.

Obiteljski zakon ne definira pojam duševne bolesti ili zaostalog duševnog razvoja. U Zakonu o zaštiti osoba s duševnim smetnjama<sup>28</sup> navedeno je da su osobe s duševnim smetnjama osobe koje su duševno bolesne, zatim osobe s duševnim poremećajima, nedovoljno duševno razvijene osobe, te ovisnici o alkoholu ili drogama te osobe s drugim duševnim smetnjama.<sup>29</sup>

Navest ćemo neke slučajeve pred Europskim sudom za ljudska prava (dalje u tekstu: Sud), u kojima su se, u kontekstu tražene zaštite osoba s duševnim smetnjama, razmatrali problemi njihova obiteljskopopravnog statusa, oduzimanja poslovne sposobnosti, zaštite privatnog i obiteljskog života te oduzimanja slobode i provedbe prisilnog liječenja.

U slučaju *Salontaji - Drobnjak v. Serbia*<sup>30</sup> podnositelj zahtjeva, kojemu je dijagnosticiran poremećaj „paranoja parničenja“ (*paranoia querulans*) i djelomično oduzeta poslovna sposobnost, podnio je zahtjev Sudu navodeći i povredu prava na pravično suenje i prava na poštovanje privatnog i obiteljskog života. Sud je utvrdio postojanje povrede prava na pravično suenje iz 1. 6. Konvencije, jer, između ostaloga, podnositelj nije prisustvovao zadnjem ročištu nakon kojeg je donesena odluka o lišenju poslovne sposobnosti, ime nije mogao osporiti mišljenje i nalaz vještaka o njegovom zdravstvenom stanju; a bio mu je i onemogućen pristup sudu pri podnošenju prijedloga za vraćenje poslovne sposobnosti. Sud je ustvrdio nedostatak zakonodavstva predmetne države jer nije predviđeno ograničeno vrijeme trajanja lišenja poslovne sposobnosti kao ni povremenu provjeru odluke o takvom lišenju.

U predmetu *Kruškovi v. Croatia*<sup>31</sup> podnositelj zahtjeva prethodno nije pokrenuo postupak pred nacionalnim sudovima za utvrđenje vlastitog oštećenja,

---

<sup>26</sup> Ovime se, sukladno suvremenim medicinskim postignućima, negira latinska pravna izreka: *Semel furiosus semper praesumitur furiosus* – Jednom duševno bolestan, pretpostavlja se, uvijek duševno bolestan. Romac, *op. cit.*, f. 13., str. 232.

<sup>27</sup> I to ako ta osoba „...ozbiljno i izravno ugrožava vlastiti život ili zdravlje ili sigurnost, odnosno život ili zdravlje ili sigurnost drugih osoba“ (1. 22. st. 1. Zakona).

<sup>28</sup> Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama, Službene novine FBiH, broj 37/2001, 40/2002, 52/2011 i 14/2013.

<sup>29</sup> 1. 3. st. 1. tog Zakona.

<sup>30</sup> Draški, *op. cit.*, f. 12., str. 355 i 356.

<sup>31</sup> *Kruškovi v. Croatia* (Appl. no. 46185/08; Judgment of 21 June 2011). Sud dakle smatra da postupak radi utvrđenja oštećenja spada u opseg članka 8. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

nego je jednostavno tvrdio, uz suglasnost majke djeteta, da je on biološki otac djeteta. Vlada je tvrdila da je podnositelj zahtjeva lišen poslovne sposobnosti i stavljen pod skrbništvo jer je utvrđeno da se ne može brinuti o svojim interesima. S obzirom da takva osoba ne može poduzeti nikakvu pravnu radnju, u najboljem je interesu i podnositelja zahtjeva i osobe ije je o instvo u pitanju da on ne može davati nikakve pravno obvezujuće izjave koje se ti u njegovog o instva. Njegovo o instvo može biti utvrđeno samo DNA analizom pred redovnim sudom u sudskom postupku koji je još u tijeku. Prema mišljenju Europskog suda za ljudska prava, osobe u situaciji ovog podnositelja zahtjeva imaju vitalan interes zaštite en spomenutom Konvencijom, da se utvrdi biološka istina o važnom vidu njihovog privatnog i obiteljskog života te da ona bude pravno priznata. Sud primje uje da podnositelj zahtjeva nije imao nikakvu mogućnost priznati svoje o instvo pred nacionalnim vlastima ili pokrenuti postupak za dokazivanje svoga o instva. U ovom se predmetu i podnositelj zahtjeva i majka djeteta slažu da je podnositelj zahtjeva biološki otac, a nadležni Centar za socijalnu skrb u vrijeme kad je podnositelj zahtjeva pokušavao upisati svoje o instvo, nije poduzeo nikakve korake da mu pomogne da njegovo o instvo bude pravno priznato. Konstatirano je da centri za socijalnu skrb imaju neograničeno diskrecijsko pravo odlučiti kada će poduzeti bilo koju radnju kako bi o instvo osoba lišenih poslovne sposobnosti bilo utvrđeno i upisano. Pored toga, sud naglašava da djeca rođena izvan braka imaju vitalan interes primiti informacije o nekom važnom vidu njihovog osobnog identiteta, a to je identitet njihovih bioloških roditelja. Sud smatra da u takvim situacijama, kada osobe lišene poslovne sposobnosti daju izjave na štetu sebi ili drugima, nije postignuta ravnoteža između javnog interesa u zaštiti osobe lišene poslovne sposobnosti i interesa podnositelja zahtjeva da pravno bude priznato njegovo o instvo. Osim toga, Sud je utvrdio da tužena država nije ispunila svoju pozitivnu obvezu jamčiti pravo podnositelja zahtjeva na poštovanje njegovog obiteljskog i privatnog života, pa je došlo do povrede članka 8. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

U predmetu *Winterwerp v. the Netherlands* (1979)<sup>32</sup> Europski sud za ljudska prava naglasio je da se značenje pojma „duševno oboljele osobe“ stalno razvija, usporedno s razvojem istraživanja u psihijatriji i mijenjanjem stajališta društva prema promjenama uzrokovanim duševnim oboljenjima. Stoga nije dopušteno pritvaranje takvih osoba isključivo zato jer se njihova mišljenja ili ponašanje razlikuju od prevladavajućih normi u nekom društvu, a valjanost daljnjeg pritvaranja treba ovisiti o trajanju utvrđenog duševnog poremećaja.<sup>33</sup> Slično stajalište Suda izraženo je i u presudi *Witold Litwa v. Poland* (2000)<sup>34</sup> kojom je konstatirano da lišenje slobode (na primjeru alkoholičara) mora biti

---

<sup>32</sup> Presuda od 24. 10. 1979. br. 6301/73. V. u: Omejec J., *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava, Strasbourški acquis*, Drugo dopunjeno izdanje, Novi informator, Zagreb, 2014., str. 1209.

<sup>33</sup> Ibidem.

<sup>34</sup> Izvor: [http://www.echr.coe.int/Documents/Case\\_law\\_references\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Case_law_references_ENG.pdf) pristup: 12. 4. 2016.

podvrgnuto povremenim provjerama kako bi se osigurala osnovanost pritvaranja tijekom cijelog trajanja.<sup>35</sup>

U slu aju *Varbanov v. Bulgaria* (2000),<sup>36</sup> Sud je istakao potrebu dokazivanja nužnosti lišenja slobode u konkretnoj situaciju, te postavio dodatne „minimalne“ uvjete za takav postupak.

U predmetu *X. v. Croatia* (2008)<sup>37</sup> podnositeljica zahtjeva podnijela je zahtjev Sudu smatraju i, izme u ostaloga, da je došlo do povrede odredaba 1. 8. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života). Spomenuta osoba imala je duševne smetnje i bila narkomanska ovisnica, i u tom razdoblju je donesena odluka o udomiteljstvu njezinoga djeteta, a njoj je, nakon provedenog postupka, oduzeta poslovna sposobnost. Nakon toga dijete je stavljeno pod skrbništvo i posvojeno bez maj inog pristanka. Sud je u odluci ocijenio da je došlo do povrede 1. 8. Konvencije iz sljede ih razloga: u postupcima koji su prethodili posvojenju nadležna tijela nisu ocijenila odnos izme u podnositeljice zahtjeva i njezine k eri; injenica lišenja poslovne sposobnosti ne bi trebala zna iti nužno ograni enje roditeljske skrbi; a osobama lišenim poslovne sposobnosti trebalo bi omogu iti izjašnjavanje o sadržaju roditeljske skrbi. Ovakvim stajalištem suda sugerira se mogu nost druk ijeg zakonodavnog pristupa institutu lišenja poslovne sposobnosti, u smislu potrebe anuliranja u incima tog instituta u sferi osobnog statusa osoba, a da bi se njegovi u inci mogli zadržati u podru ju imovinskih odnosa.

U predmetu *Hutchison Reid v. United Kingdom* (2003)<sup>38</sup> sud je naveo da teret dokazivanja potrebe pritvaranja i prisilnog smještaja duševno oboljelih osoba leži na tijelima vlasti, a ne obratno, tj. podnositelj žalbe ne treba dokazivati suprotno.

#### **4. Postoje e pravne praznine, mogu e primjedbe i prijedlozi *de lege ferenda***

Obiteljskopравни status, prava i dužnosti osoba s duševnim smetnjama cjelovito se može sagledati u kontekstu uzro no – posljedi nih okolnosti u kojima se one mogu na i: mogu e hospitalizacije, medicinska ekspertize i lije enje; oduzimanja ili ograni enje poslovne sposobnosti i skrbni ke zaštite.

Ovdje emo ukratko navesti nesuglasje i neodrživost nekih sadašnjih zakonskih rješenja i pravne prakse u kontekstu teme, te predložiti mogu a rješenja *pro futuro*.

---

<sup>35</sup> Omejec, *op. cit.*, f. 32., str. 1207.

<sup>36</sup> Presuda od 5. 10. 2000., br. 31365/96, Omejec, *op. cit.*, f. 32. , str. 1209.

<sup>37</sup> Presuda od 17. 7. 2008., br. 11223/04, podrobnije u Draški , *op. cit.*, f. 12., str. 356 – 359.

<sup>38</sup> Presuda od 20. 2. 2003., br. 50272/99., V. u Omejec, *op. cit.*, f. 32., str. 1210.

- Prisilnu hospitalizaciju, tj. smještaj u medicinsku ustanovu i liječenje, obavljene protiv volje pacijenta ili osobe ovlaštene da daje pristanak, u načelu ne bi trebalo provoditi bez informiranog i pravno valjanog pristanka, a samo iznimno - radi zaštite interesa pacijenta ili treće osobe.<sup>39</sup> Za osobu lišenu poslovne sposobnosti s duševnim smetnjama pristanak za smještaj u zdravstvenu ustanovu u pravilu daje skrbnik a konačnu odluku donosi nadležni sud (članak 21. st. 4. Zakona o zaštiti osoba s duševnim smetnjama FBiH). Pored oduzimanja slobode i narušavanja dostojanstva osobe, prisilna hospitalizacija je u dosta slučajeva uzrok - posljedica postupka oduzimanja poslovne sposobnosti. Međutim, pored toga ona ima i dodatnu negativnu dimenziju jer doprinosi široj društvenoj stigmatizaciji takve osobe. Naime, možemo kazati da je postojanje duševnih smetnji do tada bilo uglavnom poznato u obiteljskoj, privatnoj sferi, a sada se, premještanjem u širu društvenu sferu daje veći naglasak na intenzitetu i opasnosti takvih poremećaja.
- Osobama s duševnim smetnjama trebalo bi osigurati primjereniju zaštitu prije pokretanja postupka lišenja poslovne sposobnosti i odrediti način skrbi, odnosno – ako je to moguće, ostvariti kvalitetnu zaštitu i bez oduzimanja poslovne sposobnosti i zasnivanja skrbi.
- Potrebno je razmotriti ukidanje potpunog lišavanja poslovne sposobnosti<sup>40</sup> i predvidjeti alternativne oblike zaštite i društvene podrške.<sup>41</sup> Svakako bi to moglo biti i naglasak na mogućnosti djelomičnog lišavanja poslovne sposobnosti, a usporedno s tim i zasnivanjem odgovarajuće skrbi i zaštite. Osobi kojoj je potrebna podrška nužno je omogućiti primjeren način ostvarenja vlastitih potreba i želja, te da može predložiti osobu za skrbnika.

<sup>39</sup> U posljednjih nekoliko godina u Republici Hrvatskoj su dva slučaja prisilne hospitalizacije izazvala burne medijske i šire društvene rasprave: Mirjane Pukanić (2008), supruga novinara Ive Pukanića; i Marka Franciškovića (2013. i 2014.) pisca i političkog aktiviste, koji je, nakon prisilne hospitalizacije i „liječenja“ otpušten s dijagnozom da je psihički potpuno zdrav, odnosno da nije ni bio bolestan. Izvori: Letica S., *Političke, kulturne i profesionalne odrednice „nove normalnosti“ u XXI stoljeću*, u: Jakovljević M. et alia, *Duševno zdravlje, kultura i društvo: psihijatrija pred izazovima*, Pro mente, Zagreb, 2014., str. 130. i:

[https://hr.wikipedia.org/wiki/Ivo\\_Pukani%C4%87](https://hr.wikipedia.org/wiki/Ivo_Pukani%C4%87) pristup: 13. 4. 2016.

<sup>40</sup> U odredbama najnovijeg teksta Obiteljskog zakona u Republici Hrvatskoj (donesenog 18. 9. 2015., Narodne novine, br. 103/2015), nema mogućnosti potpunog lišenja poslovne sposobnosti osoba s duševnim smetnjama, ime se prihvaćaju odredbe međunarodnih dokumenata i praksa Europskog suda za ljudska prava:

„članak 234. (1) Sud može u izvanparni postupku punoljetnu osobu koja se zbog duševnih smetnji ili drugih razloga nije sposobna brinuti o nekom od svojih prava, potreba ili interesa, ili koja ugrožava prava i interese drugih osoba o kojima je dužna skrbiti se, u tom dijelu lišiti poslovne sposobnosti.

(2) Osoba iz stavka 1. ovoga članka ne može biti potpuno lišena poslovne sposobnosti.“

<sup>41</sup> Anna Arstein-Kerslake A., *Poslovna sposobnost i odlučivanje uz podršku: poštovanje prava i osnaživanje ljudi, Zbirka radova i preporuka – poslovna sposobnost i život u zajednici: zaštićena prava osoba sa invaliditetom*, Beograd, 2014., str. 67-69.

<http://www.mdri-s.org/wp-content/uploads/2014/12/Zbirka-radova-SRB.pdf> Pristup: 10. 4. 2016.

- Postupak oduzimanja i vraćanja poslovne sposobnosti uređen je odredbama članka 325. do 339. ObZ FBiH. Razlozi za lišenje poslovne sposobnosti prema ObZ-u FBiH određeni su u čl. 192. st. 1.: “Punoljetnoj osobi koja zbog duševne bolesti, zaostalog duševnog razvoja ili prekomjernog uživanja alkohola ili opojnih droga, senilnosti ili drugih uzroka nije sposobna sama se brinuti o svojim pravima i interesima oduzima se poslovna sposobnost.“ U čl. 2. tog članka navedeno je da se takvoj osobi ograničiti poslovna sposobnost ako ugrožava svoja ili interese i prava drugih osoba. Sud bi trebao uvažavati mišljenje i stavove osobe prema kojoj se postupak vodi, u mjeri u kojoj je to moguće s obzirom na stanje mentalnog zdravlja, a sud može odustati od saslušanja samo ako bi to moglo biti štetno po zdravlje osobe prema kojoj se postupak vodi ili ako saslušanje uopće nije moguće s obzirom na duševno ili fizičko stanje osobe.<sup>42</sup> Mogućnost suda da ne sasluša osobu o kojoj se vodi postupak propisana je dakle kao iznimka, međutim u praksi se često događa da se sud uopće ne suoiti s osobom prema kojoj se vodi postupak, jer se samo postojanje invaliditeta smatra dovoljnim razlogom za „nemogućnost saslušanja“, posebno u situacijama kada osoba ne komunicira na uobičajeni način.
- Pored toga, trebalo bi urediti jasna pravila o dokazima i činjenicama koji su relevantni za pokretanje postupka i lišenje poslovne sposobnosti, tj. da se ono ne može zasnivati samo na vještačenju, odnosno nalazu i mišljenju liječnika i psihologa.<sup>43</sup> Naime, konkretnu medicinsku ekspertizu ne treba tumačiti jednoznačno i stereotipno, već je uvijek potrebno uvažavati individualnost osobe, njezin obiteljski i socijalni status, razinu obrazovanja i sl.
- U tijeku postupka potrebno je omogućiti sudjelovanje i uvažavanje mišljenja osobe s invaliditetom – propisati da punoljetna osoba mora biti na vrijeme obaviještena i imati pristup svim relevantnim informacijama o pravnim radnjama u postupku lišavanja poslovne sposobnosti, osigurati joj prisutnost na ročištima i upoznati je s njezinim pravima u postupku. U tom kontekstu, čini se neodrživom sada propisana mogućnost da se osoba prema kojoj se vodi postupak može odlukom suda smjestiti u zdravstvenu ustanovu u trajanju do tri mjeseca<sup>44</sup>.
- Odluka o lišenju poslovne sposobnosti trebala bi se donositi privremeno, na određeno (kraće) vrijeme, a ne vremenski neograničeno.<sup>45</sup> Pored toga,

---

<sup>42</sup> Čl. 1. 330. st. 2. ObZ FBiH.

<sup>43</sup> Tako je, primjerice spomenuta M. Pukanić, imala medicinsku dijagnozu mani-depresivnog poremećaja osobnosti, a takve osobe bili su primjerice: Charles Baudelaire, Ludwig van Beethoven, Lord Byron, Charles Dickens, Graham Greene, Ernest Hemingway, Hermann Hesse, John Lennon, Sir Isaac Newton, Edgar Allan Poe, Robert Schumann, Mark Twain, Vincent van Gogh, Elvis Presley i dr.). Izvor: Letica S., *op. cit.*, f. 39., str. 131.

<sup>44</sup> Čl. 1. 332. st. 1. ObZ FBiH.

<sup>45</sup> Jer se u protivnom krši pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života iz čl. 8. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.



potrebno je povremeno provjeravanje osnovanosti daljnje egzistencije i u inaka takve odluke.

- Lišenje poslovne sposobnosti ne bi trebalo automatski zna iti oduzimanje nekih temeljnih prava, obiteljskog i društvenog statusa, primjerice prava na sklapanje braka, odlu ivanja o ra anju djece, zasnivanja roditeljskopravnog odnosa, posvojenja, prava na izbor mjesta stanovanja i td.
- Kao mogu i prijedlog *de lege ferenda*, a radi izbjegavanja sukoba interesa, smatramo potrebnim unijeti i odredbe prema kojima predlagatelj lišenja poslovne sposobnosti kao i osoba koja obavijesti skrbni ko tijelo o potrebi pokretanja tog postupka, ne bi u pravilu trebali biti imenovani skrbnikom osobi za koju se vodi takav postupak.
- U l. 195. st. 1. ObZ FBiH ure ena je ovlast skrbni kog tijela da imenuje privremenog skrbnika osobi za koju je pokrenut postupak oduzimanja ili ograni enja poslovne sposobnosti. S obzirom na važnost uloge takvog skrbnika, trebali bi postojati i kriteriji za njegovo imenovanje, odnosno urediti provedbu prethodne medicinske ekspertize št i enika, kao odrednice za imenovanje odgovaraju eg privremenog skrbnika.
- Možemo predložiti i potrebu promjene dužine roka za žalbu protiv rješenja o oduzimanju/vra anju poslovne sposobnosti s tri na osam dana ( l. 337. st. 1. ObZ FBiH, kao i l. 42. federalnog Zakona o izvanparni nom postupku)<sup>46</sup>, te urediti mogu nost da i osoba kojoj je oduzeta ili ograni ena poslovna sposobnost može pokrenuti postupak za vra anje poslovne sposobnosti.
- Možemo prigovoriti i na odredbe prema kojima žalba na rješenje kojom se oduzima poslovna sposobnost ne zadržava izvršenje rješenja.<sup>47</sup> Isto tako, upitne su i odredbe prema kojima sud ne mora dostaviti rješenje osobi kojoj je oduzeta poslovna ako ona nije sposobna shvatiti zna enje i pravne posljedice odluke ili ako bi to bilo štetno za njezino zdravlje,<sup>48</sup> jer je to u suprotnosti odredbi prema kojoj ta ista osoba ima pravo pokrenuti postupak žalbe protiv tog istog rješenja.<sup>49</sup> Sud bi, naime, uvijek trebao poštovati najbolji interes osobe o kojoj se vodi postupak<sup>50</sup>, a on nesumnjivo podrazumijeva njezinu informiranost o tijeku i u incima (posljedicama) postupka.

---

<sup>46</sup> Službene novine FBiH, br. 2/1998, 39/2004 i 73/2005. Rok od tri dana smatramo prekratkim za mogu nost ulaganja žalbe o rješavanju tako važnog životnog statusa.

<sup>47</sup> Usp. l. 337. st. 3. ObZ FBiH.

<sup>48</sup> l. 335. st. 2. ObZ FBiH.

<sup>49</sup> V. l. 337. st. 1. ObZ FBiH.

<sup>50</sup> O tome podrobnije v. u: Milas I., *Obiteljsko pravo i socijalna skrb – me uovisnost u svjetlu razvoja instituta skrbništva za punoljetne osobe*, Revija za socijalnu politiku, god 12., br. 3-4. Zagreb, 2005., str. 313.

file:///C:/Documents%20and%20Settings/x/My%20Documents/Downloads/OJS\_file%20(1).pdf  
Pristup: 12. 4. 2016.

- U kontekstu prava na sklapanje braka i zasnivanja obitelji, sužen je prostor mogu nosti ostvarivanja tog prava. U ObZ FBiH ( l. 11. st. 2.) trebalo bi i oduzetu poslovnu sposobnost urediti kao otklonjivu bra nu smetnju, kao što je to ure eno za nesposobnost za rasu ivanje. Pored toga, potrebno je i uskladiti odredbe sva tri obiteljska zakona u ovom dijelu, kako bi se otklonila diskriminacija osoba s invaliditetom u svim pitanjima vezanim za bra ne i obiteljske odnose, navedena u Konvenciji o pravima osoba s invaliditetom.<sup>51</sup>
- Glede odredaba o institutu skrbništva trebalo bi predvidjeti neovisno tijelo koje bi imalo obvezu povremeno kontrolirati rad skrbnika. Kriteriji za izbor skrbnika moraju biti objektivni, uz poštivanje najboljeg interesa št i enika, kao i uz obvezu skrbnika da se konzultira o svim važnim pitanjima s osobom o kojoj se brine, i da uvažava njezino mišljenje i želje.
- Utvr uju i svrhu instituta skrbništva u lanku 161. ObZ FBiH, zakonodavac je, pored navedenog, propustio odrediti da je svrha skrbništva i zaštita dostojanstva i cjelovitosti osoba s invaliditetom.<sup>52</sup>
- S obzirom na mnoge manjkavosti skrbni ke zaštite osoba s duševnim smetnjama, trebalo bi poja ati institucionalnu zaštitu takvih osoba. Iako na državnoj razini, u sklopu institucije Ombudsmana za ljudska prava BiH postoji Odjel za pra enje prava osoba sa invaliditetom, smatramo da bi trebalo formirati posebnu državnu instituciju Ombudsmana (pravobranitelja) za invalidne osobe na razini BiH, kao preduvjeta uskla ivanja rada svih društvenih subjekata, ujedna avanja zakonodavstva i zaštite statusa i svih pripadaju ih prava tih osoba.
- U l. 169. ObZ FBiH urediti da skrbnik ne može biti osoba iji je bra ni partner sa št i enikom sklopio ugovor o doživotnom uzdržavanju, radi onemogu avanja zelenaškog stjecanja imovinske koristi,
- Propisati da skrbnik, bez obzira je li zaposlenik skrbni koga tijela, može istodobno imati dužnost skrbnika najviše za dva št i enika (sada ObZ FBiH ure uje mogu nost postojanja „više“ št i enika).<sup>53</sup>
- Skrbnik može a ne mora biti krvni srodnik št i enika.<sup>54</sup> U dosta slu ajeva ipak postoji srodni ki odnos izme u skrbnika i št i enika, krvni srodnici po prirodi stvari imaju izvjesni prioritet pri postavljanju, a svaki

<sup>51</sup> l. 23. st. 1 (a) Konvencije o pravima osoba s invaliditetom ure uje: „... pravo svih osoba s invaliditetom koje su u dobi za brak da sklope brak i zasnuju obitelj na osnovi slobodne i potpune suglasnosti budu ih bra nih partnera“.

<sup>52</sup> Kao što to navodi Preporuka Odbora ministara VE R (99) 4 o na elima pravne zaštite nesposobnih odraslih osoba.

<sup>53</sup> Usp. l. 166. tog zakona.

<sup>54</sup> U suvremenim društvima stvarni odnosi u pojedinim obiteljima oslikavaju potpuno razli it status pojedine srodni ke kategorije. Razlika se posebno uo ava ovisno o injenicama jesu li obiteljske zajednice srodni ke ili ne; raznospolne ili istospolne; u kojoj mjeri postoji obveza skrbništva; ima li zajedni kog ku anstva i sl. O tome detaljnije: Cross J. E.; Jane E.; Palmer N.; Smith C. L., *Families Redefined: Kinship Groups that Deserve Benefits*, Mississippi Law Journal 791, 2009, p. 20.

konkretan slučaj postavljanja skrbnika je ujedno i pokazatelj samog postojanja (bliskosti) srodničke veze između ušti enika i potencijalnih skrbnika.<sup>55</sup>

- Zbog vlastitih svojstava i nemogućnosti samozaštite, u stalost i intenzitet zlostavljanja i nasilja nad osobama sa invaliditetom znatno je izraženija nego me u općom populacijom, naročito prema ženama sa invaliditetom. Stoga je potrebna naglašena i specifična pozornost i zaštita od nasilja unutar obitelji nad osobama s duševnim smetnjama, posebice zaštita od psihičkog nasilja, zanemarivanja, izolacije, zapuštanja, fizičkog i seksualnog nasilja. U svrhu efikasnije preventivne i represivne zaštite trebalo bi u kaznenim zakonima propisati posebno kvalificirano kazneno djelo nasilja ili zlostavljanja osobe s duševnim smetnjama.
- Potrebno je provoditi redovitu edukaciju skrbnika, zaposlenika u državnim tijelima i drugih osoba koje se susreću s rješavanjem problema i zaštitom statusa i prava osoba s duševnim smetnjama.
- *De lege ferenda* urediti mogućnost da i roditelj s oduzetom poslovnom sposobnošću, a naročito onaj s ograničenom poslovnom sposobnošću može obavljati roditeljsku skrb, naročito u situacijama kada je drugi roditelj nepoznat, umro, proglašen umrlim, nepoznatog boravišta; ako može tu dužnost ispunjavati na dobrobit djeteta.
- Nastojanje stalnog ostvarivanja najboljeg interesa djeteta u sklopu instituta skrbništva, posvojenja i udomiteljstva<sup>56</sup> može biti korektiv i smjernica za stupanj ograničavanja ovlasti osoba s duševnim smetnjama.
- Odredbama čl. 99. st. 1. toč. d) ObZ FBiH propisano je da za zasnivanje (oba oblika) posvojenja, između ostalog nije potreban pristanak posvojenog roditelja kome je ograničena ili oduzeta poslovna sposobnost. Smatramo da bi ovu odredbu trebalo promijeniti tako da roditelj s ograničenom poslovnom sposobnošću ipak daje pristanak na posvojenje vlastitoga djeteta.
- Zakonom urediti institut anticipirane naredbe (anticipirane punomoći), kako bi se uvažile želje osobe u vrijeme kad ih je sposobna jasno izraziti, i to za slučaj buduće nesposobnosti otkrivanja volje. Primjerice, odrediti osobu koja će se brinuti o statusu i pravima te osobe u vrijeme njezine nesposobnosti (zastupanje u postupku oduzimanja poslovne sposobnosti, osoba koja će obavljati skrbničku zaštitu i sl.) Sastavni dio anticipirane naredbe mogao bi biti i tzv. informirani pristanak ili

---

<sup>55</sup> Zanimljivo je istaknuti odredbu čl. 127. Porodnog zakona Republike Srbije (Službeni glasnik Republike Srbije, br. 18/2005), kojom je uređeno pravo ušti enika koji je navršio deset godina života i koji je sposoban za rasuđivanje da može sam predložiti osobu koja će mu biti skrbnik, čime je za potencijalne skrbnike ponajprije istaknut krug bliskih srodnika koji su do tada održavali bliske veze s tim djetetom.

<sup>56</sup> U FBiH početkom 2016. godine je u tijeku javna rasprava o Nacrtu Zakona o udomiteljstvu, o tome detaljnije na:  
[http://fmrsp.gov.ba/s/index.php?option=com\\_content&task=view&id=583&Itemid=1](http://fmrsp.gov.ba/s/index.php?option=com_content&task=view&id=583&Itemid=1) Pristup: 14. 4. 2016.

odbijanje nekih budućih medicinskih zahvata. Sama svrha anticipiranih naredaba jeste poštovanje individualnosti osobe kroz uvažavanje i ostvarivanje njezinih stvarnih nakana.<sup>57</sup>

## 5. Zaključak

Na temelju usporedbe temeljnih normi i načela vrednovanja i zaštite ljudskog bića u važećim europskim dokumentima, možemo ustvrditi da postojeća bosanskohercegovačka zakonodavstva nedovoljno štite obiteljskopравни i društveni položaj osoba s intelektualnim i psihosocijalnim teškoćama. To se ponajviše odražuje u neujednačenosti zakona na istim razinama, nedostatku institucionalne zaštite, dosta česte prakse lišavanja poslovne sposobnosti, neprikladne skrbi o zaštiti i nedovoljnog uvažavanja vlastite volje takvih osoba.

Možemo ustvrditi da je skrbništvo simbioza zaštitne uloge obitelji ali i organizirane zaštite od strane suvremene socijalne države. Skrbništvo štiti obuhvaćeni i štiti enikovu osobnu i imovinsku sferu. Na međunarodnoj i poredbenopravnoj razini posebna pozornost usmjerena je prema zaštiti osobe, njezinog dostojanstva, zdravlja, obiteljskog i društvenog statusa. Posebno je važan pristup i tretman osoba s duševnim smetnjama u kontekstu njihovog otklanjanja volje koje za posljedicu ima izravne posljedice na njihov obiteljskopравни status i pojedina prava i dužnosti. Za imenovanje fizičke osobe skrbnikom poštuje se njegova volja (dragovoljnost), bez obzira što u većini slučajeva postoji „motiv“ srodničke veze potencijalnog skrbnika i štiti enika.

Bosanskohercegovačko društvo suočava se s ratnim posljedicama, egzistencijalnim problemima i stanjem neizvjesnosti. Još prije dva tisućljeća u staroj kineskoj medicini zabilježena je izreka da „tuga i briga stvaraju bolesti“. Samo zdravi pojedinci i zdrave obitelji mogu izgraditi zdravo i pravednije društvo. Stoga je na njima posebna obveza promicati i primjenjivati temeljna načela ljudskog zajedništva – moralne vrijednosti i jasno prepoznavanje dobra i zla, kako bi se ostvarivali: solidarnost, pravednost, poštovanje slobode i dostojanstva svakog ljudskog bića i naroda. Time bi se postupno stvarali i oprečni preduvjeti za otklanjanje diskriminacije i poboljšanje obiteljskog i sveukupnog društvenog statusa osoba s duševnim smetnjama, kao jedne od najslabijih karika u suvremenom društvu.

Značajan smjerokaz i korektiv za domaća zakonodavstva ima i praksa Europskog suda za ljudska prava jer konkretizira obveze država u području problematike obiteljskopравниog statusa osoba s duševnim smetnjama i ukazuje na potrebu izmjena domaćeg zakonodavstva u pitanjima poslovne sposobnosti i skrbništva. Stoga je potrebno odredbe, načela i smjernice međunarodnih

---

<sup>57</sup> Ovaj institut uređuje i najnoviji Obiteljski zakon u Republici Hrvatskoj ( 1. 236. st. 6. ).

dokumenata i prakse Europskog suda za ljudska prava unijeti u bosanskohercegova ki pravni sustav.

Prema svemu navedenom, vidljivo je da pred mjerodavnim subjektima u BiH stoji obveza primjerene reforme zakonodavstva koja se odnosi na lišavanje poslovne sposobnosti i zasnivanja skrbništva, sve u svrhu osiguravanja prava i zaštite osoba s duševnim smetnjama, sukladno me unarodnim normama i dosegnutim civilizacijskim standardima.

---

Dr. sc. Željko Gali , Assistant professor  
Law faculty University of Mostar

### **DEPRIVING PEOPLE WITH MENTAL DISORDERS OF THEIR LEGAL CAPACITY IN THE CONTEXT OF THEIR FAMILY- AND-LEGAL STATUS IN FEDERATION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA - CONTRADICTIONS AND LEGAL GAPS**

**Summary:** The author discusses the specifics of social and legal treatment of people with mental disorders, modalities, (un)justifiabilities and consequences of the loss of legal capacity for such people, especially for their family-and-legal status. Analyzing applicable normative solutions and legal practice in this matter, the author highlights some of their deficiencies which are consequences of former obsolete social approach and insufficient sensibility for this aspect of disability. In order to improve the protection of the dignity, overall rights and family-and-legal status of such people in Federation of Bosnia and Herzegovina, he also sets forth some suggestions *de lege ferenda*.

**Key words:** people with mental disorders, deprivation of legal capacity, guardianship, protégé status, family-and-legal status.



Mr. sc. Borjana Mikovi , viši asistent  
Fakultet polit ikih nauka Univerziteta u Sarajevu

## **PODRŠKA U OSTVARIVANJU POSLOVNE SPOSOBNOSTI UMJESTO ZAMJENSKOG ODLU IVANJA**

**Sažetak:** U radu su, na osnovu sveobuhvatne analize obaveza koje proizlaze iz razli itih segmenata lana 12. UN Konvencije o pravima osoba s invaliditetom, prezentirane spoznaje koje upu uju na neophodnosti izmjene posebno porodi nopravnog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini. Ove izmjene kao zna ajnu novinu, u skladu s modelom invaliditeta utemeljenoga na ljudskim pravima, trebaju umjesto postoje e paradigme zamjenskog odlu ivanja uvesti novu paradigmu zasnovanu na odlu ivanju uz podršku. S tim u vezi podrška u ostvarivanju poslovne sposobnosti, koja kao klju ne elemente principa jednakost pred zakonom sadrži poštivanje prava, volje i preferencija osoba s invaliditetom, mora biti prilago ena okolnostima i karakteristikama svake osobe pojedina no. Navedeni pristup tako er zahtijeva da se osobama s invaliditetom, polaze i od razli itih situacija u kojima se nalaze, trebaju pružiti razli iti oblici formalne i neformalne podrške od kojih su u radu prezentirani trajna ovlaštenja i anticipirane naredbe.

**Klju ne rije i:** Konvencija o pravima osoba s invaliditetom, ljudska prava, poslovna sposobnost, odlu ivanje uz podršku, anticipirane naredbe.

### **1. Uvod**

Posljednjih decenija, a naro ito proteklih petnaest godina 21. stolje a problemi i prava osoba s invaliditetom, posebno odraslih kojima je oduzeta poslovna sposobnost, sve više su u fokusu interesiranja javnosti. To interesiranje, uzrokovano razli itim faktorima od kojih su na prvom mjestu promjene izazvane demografskim starenjem stanovništva i razgranate aktivnosti na zaštiti ljudskih prava, iako na samom po etku, prisutno je i u Bosni i Hercegovini (u daljem tekstu BiH). Me utim, odre eni pomaci, koje karakterizira ratifikacija UN Konvencije o pravima osoba s invaliditetom (u daljem tekstu Konvencija) i njezinog Fakultativnog protokola<sup>1</sup> kao i usvajanje

---

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

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

jednog broja dokumenata,<sup>2</sup> ostavljaju prostor za uvjerenje da će u skoroj budućnosti implementacija odredaba Konvencije u odgovarajućem zakonodavstvu posebno iz područja npravnne oblasti, a potom i u praksi zaživjeti. U prilog ovom uvjerenju govori i to da je Konvenciju, kao prvi međunarodni ugovor otvoren za potpis i regionalnim organizacijama, ratifikovala i Europska Unija<sup>3</sup> što je veoma značajno za postupak pridruživanja BiH europskim integracijama.

Postoje i značajne neusklađenosti aktuelnog zakonodavstva s zahtjevima Konvencije posebno proizlazi iz činjenice da se u BiH tradicionalni sistem zakonodavstva u dijelu zaštite osoba s invaliditetom kojima je oduzeta ili ograničena poslovna sposobnost primjenjuje putem instituta starateljstva, odnosno zamjenskog odlučivanja. Stoga je, budući da starateljstvu nad punoljetnim osobama prethodi oduzimanje poslovne sposobnosti, zakonsko normiranje da je starateljstvo oblik zaštite punoljetnih osoba koje nisu sposobne ili koje nisu u mogućnosti starati se o sebi, svojim pravima, interesima i obavezama<sup>4</sup> u direktnoj suprotnosti s odredbama Konvencije. To se na prvom mjestu odnosi na princip jednakost pred zakonom, koji je normiran u čl. 12. Konvencije. Ovaj princip je također u direktnoj suprotnosti s praksom instituta starateljstva koji je oblik zamjenskog odlučivanja, pri čijem primjenom imenovani staratelj postaje zamjenski odlučivač koji umjesto štiti osobe donosi različite odluke, uključujući i one koje se tiču osobnih stvari. Posljedica takvog odnosa je oduzimanje i najmanje mogućnosti da osoba kojoj je oduzeta poslovna

---

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

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

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

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

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

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

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

<sup>3</sup> Europska Unija potpisala je Konvenciju 30.03.2007. godine, a ratificirala 23.12.2010. godine.

<sup>4</sup> V. čl. 1. 160. st. 1. PZ FBiH; čl. 1. 11. PZ RS; čl. 1. 141. st. 1. PZ BD.



spособnost svojom aktivnoš u i izražavanjem sopstvene volje ostvari razli ita prava i obaveze.

Pravo na priznanje pravne i poslovne sposobnosti, odnosno pravo na jednakost pred zakonom jedno je od osnovnih ljudskih prava koje pripada svakom ljudskom bi u kao zasebnoj individui. Ostvarivanje prava na jednakost osoba s invaliditetom proizlazi ne samo iz njihove pripadnosti ljudskoj vrsti, nego i pripadnosti društvu iji članovi bez izuzetka trebaju biti ravnopravni i jednaki u ostvarivanju svojih prava. Stoga poslovna sposobnost kao pravo ni u kom slu aju ne može biti dovedena u pitanje. To dodatno što poslovna sposobnost, koja se prema odgovaraju em zakonodavstvu u BiH sti e punoljetstvom,<sup>5</sup> predstavlja mogu nost da u okviru pravnog sistema osoba bude prepoznata i da sticanjem poslovne sposobnosti postane subjekt prava. Drugim rije ima, sticanje poslovne sposobnosti ini preduslov za ostvarivanje razli itih osobnih prava i pravnih radnji koje pojedinac može preduzimati u svakodnevnom životu, npr. sklapati ugovore, dati pristanak na lije enje, donositi odluke o mjestu življenja, raspolagati imovinom, sklapati brak, donositi odluku o priznanju o instva ili materinstva itd. Oduzimanjem poslovne sposobnosti osoba gubi mogu nost kontrole nad sopstvenim životom, ne može ga planirati, ali ni donositi odluke i preuzimati odgovornost. Umjesto nje sve odluke donosi zamjenski odlu itelj, odnosno staratelj koji svoju mo može zloupotrijebiti i nanijeti štetu osobi kojoj je poslovna sposobnost oduzeta.

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

Aktuelni porodi ni zakoni u BiH normiraju dva nivoa oduzimanja poslovne sposobnosti: oduzimanje poslovne sposobnosti i ograni enje poslovne sposobnosti.<sup>6</sup> Razlika izme u navedena dva oblika ogleda se u tome što osobe s oduzetom poslovnom sposobnoš u ne mogu svojevuljno poduzimati nikakve radnje, dok osobe s ograni enom poslovnom sposobnoš u mogu upravljati i raspolagati odre enim opsegom prava. One prema odredbama Porodi nog zakona Federacije Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu PZ FBiH) mogu samostalno davati izjave koje se ti u osobnih stanja, osim ako zakonom ili odlukom organa starateljstva nije druga ije odre eno.<sup>7</sup> Navedena mogu nost, iako na prvi pogled upu uje na primjenu na ela individualizacije, uvjetovanjem prava autonomije volje odlukom organa starateljstva vezano za davanje izjava koje se ti u osobnih stvari u suprotnosti je s odredbama Konvencije. Za razliku od osoba kod kojih je poslovna sposobnost ograni ena, osobe s oduzetom poslovnom sposobnoš u, shodno odredbama koje su normirane u razli itim zakonima Federacije Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu FBiH), ne mogu:

---

<sup>5</sup> 1. 157. PZ FBiH; 1. 108. st. 3. PZ RS; 1. 139. PZ BD.

<sup>6</sup> 1. 192. st. 1. i 2. PZ FBiH; 1. 173. st. 1. i 2. PZ BD.

<sup>7</sup> 1. 194. st. 4. PZ FBiH.

- sklopiti brak<sup>8</sup>
- u estvovati u postupku posredovanja prije razvoda braka<sup>9</sup>
- usvojiti dijete<sup>10</sup>
- vršiti roditeljsko staranje<sup>11</sup>
- samostalno obavljati radnje u postupku (parni na sposobnost)<sup>12</sup>
- glasati<sup>13</sup>
- donijeti odluku o medicinskim mjerama<sup>14</sup>
- osnovati radnju.<sup>15</sup>

Prezentirane zakonske odredbe, koje su gotovo identi ne odredbama normiranim u odgovaraju im zakonima Republike Srpske (u daljem tekstu RS) i Br ko Distrikta Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu BD BiH), samo su dio konkretnih primjera kršenja ljudskog dostojanstva i nemogu nosti ostvarivanja osnovnih ljudskih prava, uklju uju i i pravo na jednakost pred zakonom, osoba s invaliditetom kojima je poslovna sposobnost oduzeta. Tako er, ove odredbe najkonkretnije govore ne samo o nepoštivanju razli itih me unarodnih dokumenata,<sup>16</sup> nego i o nepoštivanju Ustava BiH, ali i ustava oba entiteta te Statuta BD BiH.

Nemogu nost pravnog djelovanja zbog oduzete poslovne sposobnosti punoljetnu osobu dovodi u takvo bezizlazje da pojedine njezine radnje koje objektivno može poduzeti budu pravno nepriznate. Jednostavno, osoba kojoj je oduzeta poslovna sposobnost gotovo i da ne postoji kao ljudsko bi e. Ona je pred zakonom nevidljiva, ak i kad želi ostvariti neko od najelementarnijih prava ili samostalno dati izjavu koja se ti e osobnih stanja. U takvim uslovima ljudsko dostojanstvo osobe s oduzetom poslovnom sposobnoš u se ne poštuje, ona je diskriminirana i gotovo se sa sigurnoš u može re i da od svih ljudskih prava jedino ostvaruje pravo na život i preživljavanje trpe i razne oblike poniženja i nipodaštavanja. Brojni primjeri iz praske, od kojih u ovom radu prezentiramo samo jedan, to potvr uju.

<sup>8</sup> 1. 11. st. 1. PZ FBiH.

<sup>9</sup> 1. 45. st. 4. PZ FBiH.

<sup>10</sup> 1. 97. st. 1. PZ FBiH.

<sup>11</sup> 1. 141. st. 2. PZ FBiH.

<sup>12</sup> 1. 292. st. 1. Zakona o parni nom postupku FBiH („Sl. novine FBiH“ br. 53/03, 73/05, 19/06 i 98/15).

<sup>13</sup> 1. 3.2. ta . 3. Izbornog zakona BiH („Službeni glasnik BiH“ br. 23/01, 7/02, 9/02, 20/02, 25/02, 4/04, 20/04, 25/05, 52/05, 65/05, 77/05, 11/06, 24/06, 32/07, 33/08, 37/08, 32/10, 18/13 i 7/14).

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

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

<sup>16</sup> Klju ni me unarodni dokumenti u kojima se ljudsko dostojanstvo odre uje kao osnova ljudskih prava, a jednakost pred zakonom kao opšti princip zaštite ljudskih prava i sastavni dio korištenja drugih ljudskih prava su: *Op a deklaracija o ljudskim pravima* (1948); *Me unarodni pakt o gra anskim i politi kim pravima* (1966); *UN Konvencija o pravim osoba s invaliditetom* (2006) (V. Milas Klari , I, *Pravni status skrbnika kao jamstvo zaštite ljudskih prava odraslih*, Pravni fakultet Sveu ilišta u Zagrebu, Zagreb, 2010, str. 15 i 42).

Primjer iz prakse:

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

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

Kako je zakonski rok za prijavu 30 dana od dana kada je smrt nastupila,<sup>17</sup> matična arka je istakla da je tokom proteklih sedmica isto mislila na djevojku. Također, po njenim riječima, brinula se i da li će staratelj blagovremeno prijaviti smrt štice majke, što je starateljica i uradila zadnji dan zakonskog roka.

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

---

<sup>17</sup> 1. 27. Zakona o matičnim knjigama FBiH („Sl. novine FBiH“ br. 37/12 i 80/14).

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

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

Izvori: Federalni zavod za statistiku;<sup>18</sup> Republi ki zavod za statistiku RS;<sup>19</sup> Agencija za statistiku BiH.<sup>20</sup>

Prezentirane podatke u tabeli br. 1 o broju evidentiranih osoba pod starateljstvom u BiH, entitetima i BD BiH u kontekstu ovog rada posebno je mogu e vezati za godinu potpisivanja (2009) i ratifikacije (2010) Konvencije o pravima osoba s invaliditetom od strane države BiH. Stoga bi u istom kontekstu drasti an pad ukupnog broja punoljetnih osoba pod starateljstvom na nivou države, odnosno entiteta i distrikta u 2010. godini u odnosu na 2009. godinu na prvi pogled mogao govoriti o prisutnim nastojanjima primjene i poštivanja odredaba Konvencije. Navedeno bi se posebno moglo odnositi na FBiH gdje je ukupan broj punoljetnih osoba pod starateljstvom u 2010. u odnosu na 2009. godinu, smanjen za više od 30%. Me utim, kako prezentirani podaci za naredne godine bilježe kontinuirani porast broja osoba s oduzetom ili ograni enom poslovnom sposobnoš u pretpostavka o povezanosti podataka iz 2010. godine sa ratifikacijom Konvencije je u potpunosti neodrživa što ostavlja mogu nost za analiziranje prezentiranih podataka iz najmanje sljede a dva aspekta. Prvo, postoji izrazit nesrazmjer u ukupnom broju osoba kojima je oduzeta ili ograni ena poslovna sposobnost izme u entiteta, o emu govori podatak da je broj ovih osoba u FBiH u odnosu na RS, npr. u 2014. godini ve i za gotovo pet puta. Drugo, i pored posebno na državnom nivou evidentnog smanjenja broja osoba kojima je oduzeta ili ograni ena poslovna sposobnost u 2010. godini, u odnosu na 2009. godinu, s obzirom na kontinuirani porast u narednim godinama, mogu i zaklju ak je da Konvencija predstavlja samo još jedan me unarodni dokument više ija implementacija u odgovaraju e zakonodavstvo nije ni po ela. U istom kontekstu se zapravo ini da je u praksi prema prezentiranim pokazateljima ratifikacija Konvencije, i pored usvajanja više razli itih dokumenata i strategija na svim nivoima vlasti, imala suprotan efekat. To potvr uje i gotovo nevjerovatan podatak da je broj osoba kojima je oduzeta ili ograni ena poslovna sposobnost i koje su pod starateljstvom u 2014. godini u odnosu na 2010. godinu u FBiH porastao za više od 30%. S druge strane, broj osoba pod starateljstvom kojima je oduzeta ili ograni ena poslovna sposobnost u RS samo za jednu godinu, 2014. u odnosu na 2013. godinu, smanjen je za više

<sup>18</sup> Statisti ki bilteni br. 169, 2012, str. 42; br. 183, 2013, str. 42; br.199, 2014, str. 42; br. 215, 2015, str. 42.

<sup>19</sup> Statisti ki bilteni br. 12, 2014, str. 62; br. 13, 2015, str. 62.

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

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

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

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

---

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

<sup>22</sup> Politika u oblasti invalidnosti u BiH, *supra note 2*, str. 6.

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

<sup>24</sup> 1. 1. st. 2. Konvencije.

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

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

---

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

<sup>26</sup> Čl. 1. st. 1. Konvencije.

<sup>27</sup> Čl. 3. Konvencije.

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

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

prava potenciraju stav da „ne postoje okolnosti dopuštene me unarodnim pravom o ljudskim pravima u kojima bi osobi moglo biti oduzeto pravo na to da bude pred zakonom priznata kao osoba ili u kojima bi joj to pravo moglo biti ograni eno.“<sup>30</sup> Navedeni pristup se u odredbama 1. 12. Konvencije ponovo afirmira što ini osnov za njegovo dovo enje u vezu s osobama s invaliditetom kojima je oduzeta poslovna sposobnost, odnosno osobama koje su obuhva ene zamjenskim odlu ivanjem.

Budu i da odredbe 1. 12. i danas, deset godina od usvajanja Konvencije, u pravnoj teoriji predstavljaju predmet razli itih rasprava, npr. da su njegove namjere poprili no nejasne,<sup>31</sup> ili da ne postoji saglasnost oko njegovog ta nog sadržaja,<sup>32</sup> s ciljem sveobuhvatne analize spektra prava sadržanih u njegovim odredbama sa inili smo usporednu prezentaciju izvornog teksta 1. 12. na engleskom jeziku i oficijelnih prijevoda na bosanski (BiH), hrvatski (Republika Hrvatska) i srpski(Republika Srbija) jezik.

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

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

Adopted by the Committee on the Rights of Persons with Disabilities at its Eleventh Session 31 March – 11 April 2014, dostupno na:  
[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/1&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/1&Lang=en), pristup 06.11.2015 godine).

<sup>30</sup> *Ibidem*, General Comment No 1 (2014), ta . 5.

<sup>31</sup> Milas Klari „*supra note* 16, str. 47.

<sup>32</sup> Fiala, J, *Konvencija o pravima osoba s invaliditetom i reforma skrbništva u Središnjoj i Isto noj Europi*, u: Zbornik radova: Poslovna sposobnost i skrbništvo raskorak izme u Konvencije o pravima osoba s invaliditetom i prakse, Pravobraniteljica za osobe s invaliditetom, Zagreb, 2012, str. 90.

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

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

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



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

<p><i>and effective measures to ensure the equal right of persons with disabilities to own or inherit property, to control their own financial affairs and to have equal access to bank loans, mortgages and other forms of financial credit, and shall ensure that persons with disabilities are not arbitrarily deprived of their property.“</i></p>	<p>odgovaraju e i u inkovite mjere kako bi osigurale jednako pravo osobama s invaliditetom da posjeduju ili naslje uju imovinu, da kontroliraju svoje finansijske poslove i imaju jednak pristup bankovnim kreditima, hipotekama i drugim oblicima finansijskog kreditiranja; te e osigurati da osobama s invaliditetom ne budu proizvoljno oduzeta imovina.“</p>	<p>djelotvorne mjere radi osiguranja jednakih prava osoba s invaliditetom da posjeduju i naslje uju imovinu, kontroliraju svoje vlastite finansijske poslove i imaju jednak pristup bankovnim kreditima, hipotekama i drugim oblicima financiranja, te e tako er osigurati da osobe s invaliditetom ne budu bez vlastite volje (arbitrarno) lišene svojega vlasništva.“</p>	<p>efikasne mere kako bi se osobama sa invaliditetom obezbedila jednaka prava da budu vlasnici imovine ili da je nasle uju, da kontrolišu svoje finansijske 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 ne ijom samovoljom.“</p>
--	---	---	--

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

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

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

<sup>35</sup> Milas Klari , *supra note* 16, str. 49 i 50.

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

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

Prezentirani prijevodi st. 2. 1. 12. Konvencije u biti pokazuju različito tumačenje engleskog termina *legal capacity*, upotrijebljenog u izvornom tekstu Konvencije, koji „nesumnjivo može značiti samo poslovnu sposobnost.“<sup>39</sup>

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

Prijevod st. 2. 1. 12. na hrvatski jezik, isto kao i prijevod na bosanski jezik, govori o pravnoj i poslovnoj sposobnosti osoba s invaliditetom „na jednakoj osnovi kao i druge osobe u svim aspektima života.“

---

<sup>36</sup> Draški, M., *Novi standardi za postupak lišenja poslovne sposobnosti: aktualna praksa Europskog suda za ljudska prava*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, vol. 58, br. 2, Beograd, 2010, str. 355-370, str. 366.

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

<sup>38</sup> General Comment No 1 (2014), *supra note* 29, tačka 10.

<sup>39</sup> *Supra note* 36, str. 366 i 367.

<sup>40</sup> General Comment No 1 (2014), *supra note*, 29.

<sup>41</sup> V. General Comment No 1 (2014), *supra note* 29, tačka 12. b i s.

U službenom prijevodu st. 2. 1. 12. Konvencije na srpski jezik, za razliku od prijevoda na bosanski i hrvatski jezik, izbjegnut je termin poslovna sposobnost i upotrebljen pojam „pravni kapacitet“, koji „na srpskom jeziku nema nikakvo specifično značenje.“<sup>42</sup> Stoga u ovom prijevodu stoji: „da osobe s invaliditetom ostvaruju svoj pravni kapacitet ravnopravno s drugima u svim aspektima života.“

Prezentirani oficijelni prijevodi st. 3. 1. 12. u ovom sadržaju je utvrđena obaveza država potpisnica na poduzimanje odgovarajućih mjera kako bi se osobama s invaliditetom pružila odgovarajuća podrška u ostvarivanju poslovne sposobnosti, djelimično se razlikuju. Prijevod na bosanski jezik govori o osiguranju potrebne pomoći i osobama s invaliditetom „za ostvarivanje pravne i poslovne sposobnosti“, dok prijevod na hrvatski jezik govori o „pristupu potpori koja bi im mogla biti potrebna za osiguranje pravne i poslovne sposobnosti.“ Za razliku od navedenog prijevoda na srpski jezik, shodno ranije prezentiranom prijevodu st. 2. 1. 12. govori o dostupnosti pomoći i koja osobama s invaliditetom „može biti potrebna u ostvarivanju njihovog pravnog kapaciteta.“

Iz prezentiranog sadržaja sva tri prijevoda st. 3. 1. 12. Konvencije, bez obzira na prisutne, posebno jezičke, različitosti uključujući i upotrebu pojma „pravni kapacitet“, umjesto „poslovna sposobnost“ u prijevodu na srpski jezik, vidljivo je da se njegova namjena sastoji u obavezivanju država potpisnica da osobama s invaliditetom osiguraju podršku u ostvarivanju poslovne sposobnosti. Drugim riječima, osiguranje podrške u ostvarivanju poslovne sposobnosti zapravo predstavlja obavezu države na priznanje poslovne sposobnosti svim osobama s invaliditetom među kojima su i osobe s intelektualnim teškoćama i duševnim smetnjama bez obzira da li kod njih postoje teškoće u donošenju odluka ili izražavanju, odnosno saopštavanju svojih odluka drugim osobama.

Sva tri prezentirana oficijelna prijevoda st. 4. 1. 12. Konvencije su, uz manje jezičke specifičnosti, gotovo istovjetna. Međutim i pored toga što najvećim dijelom odražavaju duh izvornog sadržaja st. 4. 1. 12. prezentiranog na engleski jezik, ovi prijevodi se i dalje razlikuju u tome što prijevodi na bosanski i hrvatski jezik koriste termine „pravna i poslovna sposobnost“, dok prijevod na srpski jezik koristi pojam „pravni kapacitet“. Stoga je u kontekstu navedenog moguće i pitanje: zbog čega se u prijevodu na srpski jezik uporno izbjegavaju termini pravna i poslovna sposobnost, odnosno pravo svih osoba s invaliditetom na ostvarivanje poslovne sposobnosti ravnopravno s drugim osobama? Odgovor vjerovatno treba tražiti u namjernom izbjegavanju upotrebe posebno pojma „poslovna sposobnost“, kako bi se zaobišlo obavezivanje „na jasan zahtev Konvencije da sve osobe s invaliditetom moraju ostvariti i svoju poslovnu sposobnost (pravni kapacitet) ravnopravno s drugima.“<sup>43</sup> S druge strane, iako opravdanje za navedeni pristup gotovo i ne postoji, ono se

---

<sup>42</sup> *Supra note* 36, str. 367.

<sup>43</sup> *V. supra note* 36, str. 367.

djelimi no možda nalazi posebno u financijskim teško ama vezanim koliko za provo enje reforme cjelokupnog pravnog sistema, toliko i za stvaranje neophodnih pretpostavki za puno poštivanje odluka, želja i preferencija svih osoba s invaliditetom. To dodatno što je primjenu svih odredaba Konvencije, a naro ito 1. 12, gotovo nemogu e posti i za kratak vremenski period ak i u najbogatijim zemljama. Tako er, opredjeljenje za prezentirani prijevod odredbe st. 4. 1. 12. koje je vezano za garanciju zaštite, iako samo na prvi pogled, donekle može asocirati na staru paradigmu, odnosno zamjensko odlu ivanje. Me utim, stvarna namjena ovih odredaba,za ije razumijevanje je neophodno poznavati ne samo odredbe ostala etiri stava 1. 12, nego i svih drugih lanova Konvencije,sastoji se u obaveznosti države da kroz neophodne mehanizme zaštite koji e sprije iti zloupotrebe svih osoba s invaliditetom osigura efikasne mjere za ostvarivanje pravne i poslovne sposobnosti. Drugim rije ima, budu i da e i u novoj paradigmi rizik od manipulacije i zloupotrebe biti prisutan, garancije zaštite e i dalje biti neophodne. Neophodni mehanizmi zaštite, pored toga što moraju sadržavati mjere koje se odnose na poštivanje prava, volje i sklonosti osobe, tako er moraju isklju iti sukob interesa i zloupotrebu uticaja. Poduzete mjere tako er trebaju biti proporcionalne i prilago ene okolnostima u kojima se osoba nalazi, a njihova primjena mora biti što je mogu e kra a uz redovno preispitivanje od strane nadležnog, nezavisnog i nepristranog tijela ili suda.

Analiza sadržaja oficijelnih prijevoda st. 5. 1. 12. Konvencije, prezentiranih u tabeli br. 2, pokazuje da su, uz odre ene specifi nosti u jezicima, sva tri prijevoda gotovo identi na. Tako er, posmatrano u cjelini,ovi prijevodi odražavaju odgovaraju i sadržaj izvornog teksta prezentiranoga na engleskom jeziku. Stoga, iako ne sadrže termin „poslovna sposobnost“, odredbe st. 5. 1. 12. nedvosmisleno upu uju na zaklju ak da se radi o pravu na poslovnu sposobnost. Navedeno posebno potvr uju odredbe kojima se države potpisnice Konvencije obavezuju da preuzmu sve odgovaraju e i efikasne mjere kako bi se osobama s invaliditetom obezbijedila jednaka prava da posjeduju ili naslje uju imovinu, da kontrolišu svoje financije, da imaju ravnopravan pristup bankovnim kreditima, hipotekama i drugim oblicima financijskog kreditiranja, kao i da im bez njihove vlastite volje ne bude oduzeta imovina.

Razli iti stavovi, ne samo u razumijevanju cjelokupnog sadržaja i namjene Konvencije, nego i u prijevodima izvornog teksta ovog dokumenta, posebno prijevoda 1. 12. na hrvatski i srpski jezik, prisutni su i u savremenoj pravnoj teoriji. U ovom kontekstu, vezano za prijevod na hrvatski jezik, navodimo sljede e mišljenje: „ ini se da nijedan prijevod na hrvatski nije posve odgovaraju i, no izgleda da to u potpunosti nije niti mogu e. ... ini nam se da Konvencija zauzima svojevrstan „srednji smjer“ po pitanju poslovne sposobnosti. Naime, ne govori se o potpunoj poslovnoj sposobnosti osoba s invaliditetom, ali se nastoji da ograni enja budu što manja, te razmjerna razlozima lišenja. ini nam se da po ovom pitanju Konvencija nije napravila zna ajniji korak u odnosu na neke ranije dokumente za zaštitu osoba s duševnim

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

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

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

---

<sup>44</sup> Odnosi se na čl. 12. Konvencije.

<sup>45</sup> Milas Klari „*supra note* 16, str. 50 i 51.

<sup>46</sup> *Supra note* 36, str. 367 i 368.

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

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

Sadržaj 1. 12. Konvencije upućuje na zaključak da se kao ključno određuje, pored univerzalnog prava na poslovnu sposobnost, može smatrati i zahtjev da se osobama s invaliditetom pruži odgovarajuća podrška u ostvarivanju njihove poslovne sposobnosti. Pružanje podrške, od donošenja odluka, formiranja želja i volje, odnosno izvršavanja volje, do realiziranja najjednostavnijih radnji u svim slučajevima, kod svake osobe s invaliditetom mora biti individualizirano. Pri tome kod pružanja bilo kojeg oblika podrške uvijek treba polaziti od stava da najveći i broj osoba s invaliditetom, čak i osobe s najtežim intelektualnim i mentalnim teškoćama svoju volju mogu na sebi svojstven način formulirati, izraziti i realizirati. U istom kontekstu odgovarajuća podrška u ostvarivanju poslovne sposobnosti, posebno osobama s invaliditetom koje imaju najteži stepen teškoća, istaknuta je i u preambuli Konvencije kao „potreba unapređenja i zaštite ljudskih prava svih osoba s invaliditetom, uključujući i one kojima je potrebna veća podrška.“<sup>47</sup> Međutim, budući da u odredbama 1. 12. Konvencije nisu precizirani načini pružanja odgovarajuće podrške, posebno osobama s najtežim mentalnim teškoćama, smatramo da ovdje postoji otvoren prostor za njegovo različitije razumijevanje. S druge strane, koliko god podrška za ostvarivanje poslovne sposobnosti<sup>48</sup> bila u skladu s konceptom ukidanja nesposobnosti pojedinca u donošenju odluka, potreba za različitim nivoima i oblicima podrške, u zavisnosti od stepena prisutnih teškoća, je neupitna, o čemu govori i već citirana odredba iz preambule Konvencije. Stoga iznalaženje modela koji bi odgovarao ovim, po našem mišljenju, nedovoljno preciznim zahtjevima, posebno kod osoba s najtežim oblicima intelektualnih i mentalnih teškoća predstavlja izazov.

Osnov za rješenje navedenog problema, posebno za zemlje kod kojih je, kao u BiH, još uvijek na snazi tradicionalni sistem zakonodavstva s primjenom zamjenskog odlučivanja, djelimično bi bilo moguće i u nekim od ključnih principa koje sadrži Preporuka Komiteta ministara, br. R (99) 4<sup>49</sup> (u daljem tekstu Preporuka 1999). Navedeno tim prije što pojedini principi sadržani u Preporuci (1999) mogu predstavljati polazište za uspostavu odgovarajuće podrške u ostvarivanju poslovne sposobnosti kod osoba s najtežim

<sup>47</sup> Preambula Konvencije o pravima osoba s invaliditetom, paragraf (j).

<sup>48</sup> 1. 12. st. 3. Konvencije.

<sup>49</sup> Recommendation No. R (99) 4 of the Committee of Ministers to Member States on Principles Concerning the Legal Protection of Incapable Adults (Adopted by the Committee of Ministers on 23 February 1999 at the 660th meeting of the Ministers' Deputies), dostupno na: [http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts\\_and\\_documents/Rec\(99\)4E.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/Rec(99)4E.pdf), pristup 15.03.2016.

intelektualnim i mentalnim teško ama. Na tragu ovog opredjeljenja je i to da se u Preporuci (1999) naglašava da je sposobnost pojedinca za donošenje odluka vezana za vrijeme i situacije, te da se sposobnosti mogu mijenjati i da su vezane za odluke koje treba donijeti. U istom kontekstu drugi princip Preporuke (1999) zahtijeva fleksibilnost u zakonodavnom okviru na in da se obezbijede odgovaraju e mjere u odnosu na razli ite stepene nesposobnosti i razli ite situacije u kojima je podrška potrebna. Tre i princip isti e obavezu maksimalnog o uvanja sposobnosti,tako da nikakva mjera ne treba da vodi do automatskog oduzimanja poslovne sposobnosti, dok ograni enje poslovne sposobnosti treba primijeniti samo u slu aju kada je to neophodno za zaštitu same osobe. Osobe koje imaju poteško e treba da dobiju podršku bez mogu nosti da budu izložene riziku da pružatelj podrške preuzme potpuno donošenje odluka. Tako er, ovaj princip isti e da mjerom zaštite osobi ne bi trebalo automatski oduzeti pravo glasa, pravo na sastavljanje oporuke, pravo na davanje pristanka kod poduzimanja medicinskih intervencija kao i pravo na donošenje odluka osobne prirode.

Princip pet, ili princip minimalne neophodne intervencije u biti sadrži dva me usobno povezana principa: neophodnost i supsidijarnost. Stoga je njegovo klju no polazište da podršku treba obezbijediti samo ako je to neophodno i uz saglasnost odre ene osobe. Tako er, kod odlu ivanja da li je mjera zaštite neophodna treba uzeti u obzir i mogu nost podrške od strane porodice ili druge osobe. Navedenim opredjeljenjem se s jedne strane potvr uje da porodica i drugi pomaga i esto djeluju u pravnom vakuumu, a s druge strane se upu uje na potrebu da države u svojim zakonodavstvima priznaju takav oblik podrške i obezbijede garancije zaštite.<sup>50</sup> Drugim rije ima, primjena principa supsidijarnosti podrazumijeva stanje gdje bi pravna sredstva i mjere trebali biti supsidijarni u odnosu na upotrebu neformalnih angažmana ili pružanje podrške. Bilo koji zakonski propis koji tretira pitanja odraslih osoba s mentalnim teško ama treba dati prioritet ovim principima. Uz navedeno, princip neophodnosti ne treba sprje avati primjenu mjere koja nije toliko neophodna ukoliko se primjenjuje uz pristanak odrasle osobe, ako je utvr eno da osoba ima sposobnost za davanje takvog pristanka.<sup>51</sup>

Sve pobrojano upu uje na zaklju ak da Preporuka (1999) u svjetlu prezentiranih principa, i pored toga što se u odre enoj mjeri oslanja na funkcionalni pristup poslovne sposobnosti i što priznanje poslovne sposobnosti povezuje s kognitivnom sposobnoš u razumijevanja prirode i posljedica odre ene odluke, u središtu svoje namjene ima dobrobit i ve e osnaživanje pojedinca. Tako er, ona se velikim dijelom približava i „shvatanju pravnih

---

<sup>50</sup> V. Savjet ministara Vije a Europe, *Memorandum objašnjenja Preporuke R (99) 04 o principima koji se ti u pravne zaštite punoljetnih osoba umanjениh sposobnosti*, usvojen 23. februara 1999. god. na 660. sjednici zamjenika ministara. ta . 34, dostupno na: [www.hrc.unsa.ba/projekti/Memorandum.doc](http://www.hrc.unsa.ba/projekti/Memorandum.doc), 23.03.2016. godine.

<sup>51</sup> *Ibidem*, ta . 38.



svojtava li nosti i poslovne sposobnosti kako to iskazuje Konvencija.<sup>52</sup> Drugim rije ima, iako Preporuka (1999) nije dovoljna za primjenu paradigme normirane u l. 12. Konvencije, svako nepoštivanje pobrojanih principa istovremeno predstavlja i nepoštivanje standarda ljudskih prava normiranih u Konvenciji.

S druge strane, kako se, na nacionalnom i internacionalnom nivou zadnjih decenija pokazuje da su pitanja vezana za osobe s duševnim smetnjama nedvojbeno najzastupljenija tema porodi nog prava danas, posebno što je i pored napretka u oblasti ljudskih prava, ovaj dio prava ostao nerazvijen ili potpuno zanemaren u odre enom broju država,<sup>53</sup> pretpostavljamo da su navedene spoznaje bile jedan od klju nih razloga za usvajanje Preporuke br. Rec (2009) 11 4<sup>54</sup> (u daljem tekstu Preporuka 2009) s Memorandumom objašnjenja. U istom kontekstu cilj usvajanja ovog dokumenta bio je i postizanje ve eg jedinstva izme u država lanica posebno u promociji i usvajanju zajedni kih standarda u pravnim pitanjima. Navedeno je dodatno potaknuto demografskim promjenama pra enim sve ve im brojem starijih osoba koje su zbog razli itih oblika mentalnih smetnji nesposobne da same štite sopstvena prava i interese.

Danas, iako veliki broj europskih država u svojim nacionalnim zakonodavstvima sadrži odgovaraju e mjere za zaštitu punoljetnih osoba koje naj eš e zbog najtežih oblika mentalnih teško a nisu sposobne štititi svoja prava i interese, Preporuka (2009) predstavlja važan me unarodni instrument s odgovaraju im smjernicama za reformu nacionalnog zakonodavstva. To se posebno odnosi na stvaranje pretpostavki za zaštitu u slu ajevima budu e nesposobnosti. Stoga se, slijede i principe iz Preporuke (2009), može zaklju iti da trajna ovlaštenja i anticipirane naredbe zapravo ine dva na ina samoopredjeljenja sposobne punoljetne osobe za budu i period, odnosno stanje u kome osoba ne može sama donositi odgovaraju e odluke. One imaju direktan uticaj na život osobe koja se opredijelila za ovaj oblik zaštite u slu aju da osoba do e u stanje umanjene ili potpune nesposobnosti za donošenje odluka.

---

<sup>52</sup> Tematski izvještaj Komesara Vije a Europe za ljudska prava, *supra note* 25, str. 31.

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

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

<sup>54</sup> *Ibidem*.

Preporuka je podijeljena u tri dijela koja ukupno sadrže 17 principa. Prvi dio Preporuke obuhvata podru je primjene samo sljede a dva principa: promocija samoodre enja i definicija termina.

Drugi dio se odnosi na trajna ovlaštenja (*Continuing Powers of Attorney*) i sadrži 11 principa (3 - 13).

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

U vezi s navedenim odre enja i povezanost trajnih ovlaštenja i anticipiranih naredbi, prema Preporuci (2009), ogledaju se u sljede em:

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

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

## 5. Zaklju ak

Polaze i od prezentiranih analiza, posebno odredaba l. 12. Konvencije, ali i drugih me unarodnih instrumenata, kako je to prezentirano u ovom radu, pritom imaju i u vidu injenicu da je država BiH ratificirala Konvenciju još 2010. godine, cijenimo da je neophodnost reforme odgovaraju eg, posebno porodi nopravnog zakonodavstva u BiH neminovna. U istom kontekstu, s obzirom na sveukupno socioekonomsko stanje u BiH, mišljenja smo da bi u izradi novog zakonodavstva trebalo primijeniti kompromisno rješenje kojim bi institut oduzimanja poslovne sposobnosti bio ukinut uz propisivanje mogu nosti ograni enja poslovne sposobnosti. Pritom u slu ajevima ograni enja poslovne sposobnosti treba u što je mogu e ve oj mjeri ispoštovati me unarodne standarde. To zna i da bi ograni enje poslovne sposobnosti, samo u dijelu gdje

---

<sup>55</sup> U preko 40 država u SAD doneseni su zakoni koji normiraju „pravo pacijenta da mu se po sopstvenoj želji, na osnovu „odluke o životu“, posebnog formulara koji je valjan za odre enu državu, ispoštuje pravo/želja za uskra ivanje lije enja u slu ajevima terminalne bolesti. Tako er, nekoliko država SAD donijelo je i zakone kojima se normira i pravo pacijenta na ispunjenje želje u slu ajevima trajnog vegetiraju eg stanja zbog ozljede ili starije osobe s razli itim hroni nim bolestima, budu i da ta stanja nisu klasificirana kao termalna.

Budu i da „odluke o životu“ ne mogu predvidjeti sva mogu a medicinska stanja eš e se koristi drugi oblik prethodne odluke: „trajno ovlaštenje“. Njime se ovlaš uje druga osoba (naj eš e lan porodice) da donosi zdravstvene odluke u ime osobe koja joj daje trajno ovlaštenje.“ (V. Berek, E. L, *Psihologija cjeloživotnog razvoja*, Naklada Slap, Jastrebarsko, 2008, str. 200 – 202).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

dr. sc. Lana Bubalo, viša asistentica  
Pravni fakultet Univerziteta "Džemal Bijedi " u Mostaru

## OBLIGACIONOPRAVNA ZAŠTITA OSOBA S MENTALNIM SMETNJAMA

**Sažetak:** U ovom radu autorica istražuje na koji način obligacionopravne norme mogu doprinijeti zaštiti osoba sa mentalnim smetnjama, te da li bi se i kako odre enim zakonodavnim intervencijama *de lege ferenda* ova zaštita mogla unaprijediti. U vezi sa statusom osoba sa mentalnim smetnjama u teoriji i praksi postoje brojna sporna pitanja koja doti u neke od osnovnih postulata odštetnog prava. Tako je sporno da li im se uop e treba priznati pravo na naknadu štete, trebaju li im se priznati sva prava li nosti, koliko i kako stepen mentalnog ošte enja može utjecati na visinu naknade, te kakvu funkciju naknada štete ima u takvim slu ajevima. Zaklju uje se da je usvajanje objektivne koncepcije, prema kojoj se nematerijalna šteta definiše kao povreda prava li nosti, sasvim opravdano jer bi uskra ivanje prava na nov anu naknadu nematerijalne štete osobama sa mentalnim smetnjama predstavljalo jedan od oblika diskriminacije prema Konvenciji o pravima osoba sa invaliditetom.

**Klju ne rije i:** mentalne smetnje, prava li nosti, naknada nematerijalne štete, funkcije naknade štete

### 1. Uvod

Prema procjenama Svjetske zdravstvene organizacije u svijetu danas oko 15 %, odnosno približno milijardu ljudi živi sa nekim oblikom invaliditeta. Oni su najve a svjetska manjina.<sup>1</sup> Razlozi za pove anje interesovanja za ovu grupu odraslih su mnogobrojni: demografske promjene, razvoj medicine, društvene promjene, te pove anje interesa za zaštitu ljudskih prava op enito.<sup>2</sup>

Bez obzira na nivo zaštite ljudskih prava i ekonomsku situaciju u pojedinoj zemlji, prava osoba sa invaliditetom se generalno svugdje slabije poštuju. Naro ito su osobe s mentalnim smetnjama<sup>3</sup> širom svijeta

<sup>1</sup> Navedeno prema WTO Media center, *Disability and health, Fact sheet N°352*, Dostupno na: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs352/en/> (21.1.2016).

<sup>2</sup> Vije e Evrope, Memorandum objašnjenja preporuke R(99)04 o principima koji se ti u pravne zaštite punoljetnih osoba umanjениh sposobnosti (usvojen 23. 2. 1999. godine). Dostupan na: <https://www.google.ba/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwjAqLrxxZDMAhVjD5oKHVDNBhIQFggaMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.hrc.unsa.ba%2Fprojekti%2FMemorandum.doc&usg=AFQjCNF4IuVn6BQraLwpgCTp9TcRt4ltew> (15.4.2016).

<sup>3</sup> Kao odraz promjene stavova društva prema osobama sa mentalnim smetnjama mijenjala se i terminologija i klasifikacija ovih smetnji. Nazivi „oligofreni, moroni, mentalno retardirani,

stigmatizirane, diskriminirane i suo avaju se sa zna ajnim preprekama u ostvarivanju svojih osnovnih prava. Upravo se zbog slabijeg društvenog položaja i vulnerabilnosti ovoj kategoriji stanovništva mora omogu iti da uživaju jednaka prava kao i osobe bez navedenih smetnji.<sup>4</sup> Pravilo bi trebalo biti da, što je osoba ranjivija i slabija (intelektualno, zdravstveno i sl.) njena zaštita bude utoliko ve a.

Uvidjevši da op i me unarodni okvir za zaštitu ljudskih prava nije dovoljan da se zaštite prava ovih lica,<sup>5</sup> Ujedinjene nacije su 2006. godine usvojile Konvenciju o pravima osoba sa invaliditetom (dalje: Konvencija). Radi se o instrumentu od krucijalnog zna aja za zaštitu ove kategorije ljudi. Konvencija sadrži niz me unarodnih standarda za zaštitu gra anskih, ekonomskih, politi kih i socijalnih prava osoba sa invaliditetom baziranih na inkluziji, jednakosti i nediskriminaciji.<sup>6</sup>

---

mentalno subnormalni, mentalno hendikepirani“ su postepeno zamenjivani terminima „osobe sa intelektualnim smetnjama, teško ama ili intelektualnim invaliditetom“. Me utim i danas se naziv „osobe sa mentalnom retardacijom“ koristi u stru noj i nau noj literaturi. (Vidjeti npr: Not, Teodora, *Mentalna retardacija: definicija, klasifikacija i savremena podrška osobama sa intelektualnim poteško ama*, Nova prisutnost IV/3 (2008); Alfired, M., *Socijalni model u rehabilitaciji osoba s mentalnom retardacijom*, Hrvatska revija za rehabilitacijska istraživanja vol. 36 br. 1 (2000) i dr.).

<sup>4</sup> „Obaveza je nadležne vlasti Bosne i Hercegovine, entiteta i Distrikta Br ko da omogu i osobama s invaliditetom uživanje njihovih prava, uklju uju i ljudska, gra anska i politi ka prava na jednakoj osnovi kao i ostalim graanima.“ (Pravilo 15 st. 1 Odluke o prihvatanju Standardnih pravila Ujedinjenih nacija za izjedna avanje mogu nosti za osobe sa invaliditetom - Rezolucija Generalne skupštine br. 48/96 od 20. decembra 1993. godine, „Službeni glasnik BiH“, broj 41/03).

<sup>5</sup> Me unarodni instrumenti za zaštitu ljudskih prava štite i promovišu prava svih ljudi, uklju uju i osobe sa invaliditetom. Najzna ajnije su Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, Me unarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima i Me unarodni pakt o gra anskim i politi kim pravima.

<sup>6</sup> Osim na me unarodnom nivou, zaštita osoba sa invaliditetom i njihovih prava predvi ena je i *lex specialis* zakonima brojnih država (npr. R Hrvatska ima Zakon o zaštiti osoba sa duševnim smetnjama („Narodne novine br. 76/14), Srbija Zakon o zaštiti lica sa menatlnim smetanjama („Službeni glasnik Republike Srbije“ br. 45/13), Crna Gora Zakon o zaštiti i ostvarivanju prava mentalno oboljelih lica ("Službeni listu RCG", br. 32/2005), Rumunija Zakon o zaštiti i unapre enju prava osoba sa hendikepom (Zakon br. 448/ 2006, „Službeni glasnik“ br. 1 od 3.1.2008. godine, dostupan na engleskom jeziku na: <http://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/LEGE%20448%20engleza.pdf> (28.1.2016), Kipar (Zakon o osobama sa invaliditetom (N.127(I) /2000), dosupan na engleskom jeziku na: <http://www.cyprus.gov.cy/portal/portal.nsf/gwp.getGroup?OpenForm&access=0&SectionId=citizen&CategoryId=Persons%20with%20Disabilities&SelectionId=Laws%20and%20resolutions%20regarding%20persons%20with%20disabilities&print=0&lang=en> (28.1.2016). Zakoni koji regulišu ovu materiju u BiH postoje na nivou entiteta: Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama Federacije BiH ("Službene novine FBiH", broj 37/01, 40/02 i 52/11) i Zakon o zaštiti lica s mentalnim poreme ajima Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpkke“ br. 46/04). Posredna zaštita ovoj kategoriji stanovništva se pruža i anti-diskriminacijskim propisima (Zakon o zaštiti od diskriminacije BiH („Službeni glasnik BiH“ br. 59/09) u 1. 2 predvi a da je, osim pobrojanih osnova zabrane diskriminacije, ona zabranjena „i po osnovu svake druge okolnosti“ što uklju uje i invaliditet. Invaliditet kao osnov za zabranu diskriminacije izri ito predvi aju i ustavi mnogih zemalja. Vidjeti npr. 1. 3 st. 3 Ustava Njema ke, 1. 7 st. 1. Ustava Australije i dr.).

Invaliditet je prema ovoj Konvenciji pojam koji obuhvata kako fizičke, tako i mentalne teškoće koje onemogućavaju osobi normalno funkcionisanje u društvu.<sup>7</sup> Prema Preporuci R(99)04 o principima koji se tiču pravne zaštite punoljetnih osoba umanjene sposobnosti Vijeća Evrope,<sup>8</sup> odrasla se osoba može smatrati osobom sa umanjnim sposobnostima, kako je ustanovljeno u članu 6, paragraf 3 Konvencije o ljudskim pravima i biomedicini Vijeća Evrope, samo u slučaju „mentalne onesposobljenosti, bolesti ili sličnih razloga“.<sup>9</sup> Prema izvještaju koji objašnjava ovu Konvenciju, termin „slični razlozi“ se odnosi na situacije poput nesreće ili kome.<sup>10</sup> Zakon o zaštiti osoba sa duševnim smetnjama FBiH, pod osobama sa duševnim smetnjama podrazumjeva duševno bolesne osobe, osobe sa duševnim poremećajem, nedovoljno duševno razvijene osobe, ovisnike o alkoholu ili drogama ili osobe sa drugim duševnim smetnjama,<sup>11</sup> dok pod težim duševnim smetnjama podrazumjeva duševne smetnje zbog kojih osoba nije u mogućnosti shvatiti značenje svog postupanja ili ne može vladati svojom voljom ili su te mogućnosti smanjene u tolikoj mjeri da je neophodna psihijatrijska pomoć.<sup>12</sup>

Osobe sa mentalnim smetnjama, kao i svi drugi, imaju prava ličnosti. Stoga im se mora omogućiti ostvarivanje i zaštita tih prava građanskopravnim sredstvima. I dok je pravo na novčanu naknadu nematerijalne štete nesporno, pitanje dosudne izvanredne naknade nematerijalne štete osobama sa težim mentalnim smetnjama, a naročito osobama sa poremećajem svijesti, otvara brojna pitanja o kojima još uvijek ne postoji saglasnost kako u teoriji, tako ni u praksi.

Utjecaj mentalnih smetnji, naročito poremećaja svijesti na mogućnost ostvarivanja prava na novčanu naknadu nematerijalne štete je pitanje koje dotiče

---

<sup>7</sup> Prema Konvenciji, pojam „osoba sa invaliditetom“ se odnosi na sve osobe koje imaju dugoročno fizičku, mentalnu, intelektualnu ili senzornu oštećenja koja u interakciji s različitim barijerama mogu ometati njihovo puno i djelotvorno sudjelovanje u društvu ravnopravno s ostalim članovima tog društva. (čl. 1 st. 2 Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom).

<sup>8</sup> *Recommendation no. R (99) 4 of the Committee of Ministers to Member States on Principles Concerning the Legal Protection of Incapable Adults*, Dostupna na: [https://www.google.ba/search?q=recommendation+protection+of+adults+council+of+europe&oq=recommendation+protection+of+adults+council+of+europe&gs\\_l=serp.3...1489.13613.0.13773.0.0.0.0.0.0.0.0...0...1c.1.64.serp..0.0.0.zfTMxxV86PM](https://www.google.ba/search?q=recommendation+protection+of+adults+council+of+europe&oq=recommendation+protection+of+adults+council+of+europe&gs_l=serp.3...1489.13613.0.13773.0.0.0.0.0.0.0.0...0...1c.1.64.serp..0.0.0.zfTMxxV86PM) (15.3.2016).

<sup>9</sup> *Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine*, 1999, Dostupna na: <http://documents.tips/documents/konvencija-o-zastiti-ljudskih-prava-i-dostojanstva-ljudskog-bica-u-pogledu.html> (15.3.2016).

<sup>10</sup> Vidi paragraf 43 Ekspanatornog izvještaja Konvencije o ljudskim pravima i biomedicini, Dostupna na: <https://www.google.ba/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwj3p5LVxJDMAhWld5oKHZORdfQQFgghMAE&url=https%3A%2F%2Fwww.univie.ac.at%2Fmedizinrecht%2Fmaterialien%2Fbiomedicine.pdf&usq=AFQjCNEv7SHD2NbrvRVT-z3UazGL8x5AQ> (15.3.2016).

<sup>11</sup> čl. 3 st. 1 Zakona o zaštiti osoba sa duševnim smetnjama FBiH.

<sup>12</sup> čl. 3 st. 2 Zakona o zaštiti osoba sa duševnim smetnjama FBiH.

neke od osnovnih principa odštetnog prava. Da li ovim osobama pripadaju sva prava li nosti? Da li povreda prava li nosti sama po sebi predstavlja nematerijalnu štetu ili je potrebno da je osoba pretrpjela fizi ku ili duševnu bol ili strah? Da li stepen intelektualnog ošte enja treba utjecati na visinu naknade nematerijalne štete? Koja je funkcija nematerijalne štete koja se dosu uje i da li osim satisfakcijske u obzir mogu do i i neke druge funkcije?

U nastavku emo pokušati istražiti na koji na in obligacionopravne norme mogu doprinjeti zaštiti osoba sa mentalnim smetnjama i da li bi se odre enim zakonodavnim intervencijama *de lege ferenda* ova zaštita mogla uiniti u inkovitijom.

## **2. Zaštita prava li nosti osoba sa mentalnim smetnjama u obligacionom pravu**

U gotovo svim savremenim pravnim sistemima norme o zaštiti li nosti nalazimo i u javnom i u privatnom pravu. Pri tome, javnopravna i privatnopravna sredstva jedna druge ne isklju uju ve upotpunjuju i zajedno doprinose da zaštita tih dobara dobije na obimu, snazi i djelotovornosti.<sup>13</sup> Postavlja se pitanje da li i kako gra ansko pravo, odnosno konkretnije obligaciono pravo doprinosi zaštiti prava li nosti osoba sa invaliditetom? Zakon o obligacionim odnosima (dalje: ZOO)<sup>14</sup> sadrži odredbe o pravima li nosti, koja pripadaju svim licima, uklju uju i i osobe sa invaliditetom.<sup>15</sup> Pojam prava

---

<sup>13</sup> Zaštita ovjekove li nosti zadatak je cjelokupnog pravnog sistema. Pravna dobra koje štiti gra ansko pravo kroz u enje o pravima li nosti štite se i mehanizmima me unarodnog, ustavnog, upravnog, krivi nog i drugih prava. Taj pozitivan sukob nadležosti ni im ne oduzima pravima li nosti njihov juridi ki primat. Konkurencija pravnih oblika zaštite e dapa e samo dobro do i i ve i je zapravo problem što u praksi postoji pretežno negativan sukob nadležnosti. (Radolovi , A., *Pravo li nosti u gra anskom pravu Hrvatske*, Vladavina prava br. 1/ 1998, str. 90; Gavella, N., *Osobna prava I dio*, Pravni fakultet Sveu ilišta u Zagrebu, 2000, str. 15).

<sup>14</sup> Zakon o obligacionim odnosima „Sl. list SFRJ“, br. 29/78, 39/85, 45/89 i „Sl. novine Federacije BiH“, br. 2/92, 13/93, 13/94; „Službeni glasnik RS“ br. 17/93., 3/96., 39/03., 74/04.

<sup>15</sup> l. 157, 200 i l. 201 ZOO. Mentalna ošte enja koja su posljedica delikta mogla bi se podvesti i pod gubitak životne aktivnosti koje obuhva a sva ograni enja životnih aktivnosti ošte enika koje je ostvarivao ili bi ih po redovnom toku stvari u budu nosti sigurno ostvarivao (Zaklju ak br. 6 prihva en na sjednici Gra ansko-privrednog odjela Vrhovnog suda Hrvatske od 30. 3. 1987. godine, broj Su 343-IV/87), pod uslovom da je ošte eni zbog toga pretrpio duševnu bol. U ZOO nema osnove za dosu enje posebne naknade nematerijalne štete ošte eniku zbog gubitka životnih radosti (Vs Hrvatske Rev-231/81 od 9. 3. 1982. godine), jer to nije pravno priznat oblik nematerijalne štete. Pojam gubitka životne radosti i duševne boli se razlikuju. Mogu e je da osoba izgubi životnu radost, bez da doživi svjesnu duševnu bol i strah. Tu fokus nije na onome što je ošte eni svjestan da je izgubio, nego je to naknada za ono što za ono što je izgubljeno. Duševna bol i strah su subjektivni koncepti i ne mogu postojati nezavisno od ljudske svijesti koja ih doživljava. Za razliku od toga, umanjenje ljudske sposobnosti da uživa život kao posljedica povrede je objektivna injenica koja se u principu ne razlikuje od gubitka oka ili uda. Naknada štete zbog duševne boli se dosu uje samo za period koliko je trajala ta bol i strah, dok se kod gubitka životne radosti naknada daje za smanjenu mogu nost ošte enog da uživa u životnom zadovoljstvu za ostatak života. Prema Cramer, R., *Loss of Enjoyment of Life as a Separate Element of Damages*, 12 Pac.L.J. 1981., str. 965.



li nosti se izričito ne definiše ali se na više mjesta spominje u vezi sa institutom naknade nematerijalne štete. Iako postoji mogućnost da se pojavi povreda prava li nosti bez istovremenog izazivanja nematerijalne štete, nema nematerijalne štete bez prethodno izvršene povrede prava li nosti.<sup>16</sup> Dakle, pojam prava li nosti je širi pojam u odnosu na nematerijalnu štetu, jer ona postoje nezavisno i samostalno, bez obzira je li usljed njihove povrede došlo i do nematerijalne štete,<sup>17</sup> a naknada nematerijalne štete predstavlja samo jedan od oblika zaštite prava li nosti.<sup>18</sup> U novije se vrijeme teorija,<sup>19</sup> ali i moderna zakonodavstva<sup>20</sup> zalažu za još ja u identifikaciju prava li nosti i nematerijalne štete tako što nematerijalnu štetu definišu kao povredu prava li nosti.

Već inače autora<sup>21</sup> se slaže da prava li nosti nisu nikakav sinonim za ljudska prava<sup>22</sup> i da sa ljudskim pravima imaju samo onoliko vezu koliko imaju i sva druga prava, zapravo ljudska su samo utoliko što nema „neljudskih“ prava.<sup>23</sup> Radi se o kompleksnom pojmu<sup>24</sup> u kojem se ispreplju u elementi javnog i privatnog prava, prava i morala.<sup>25</sup> Moglo bi se reći i da su u pitanju prava *sui generis*, hibridna prava, odnosno „privatna ljudska prava“,<sup>26</sup> kojima se uređuju pravni odnosi između pojedinaца kao ravnopravnih pravnih subjekata, tj. horizontalno među njima *inter se*, po čemu se razlikuju od prava

---

<sup>16</sup> Radolović, A., *Pravo li nosti u građanskom pravu Hrvatske*, op. cit., str. 88.

<sup>17</sup> i.d., *Pravo li nosti kao kategorija građanskog prava*, doktorska disertacija, Zagreb, 1985, str. 341.

<sup>18</sup> Petrović M., Zdravko, *Naknada nematerijalne štete zbog povrede fizičke integriteta li nosti*, Novinsko izdavačka organizacija Službeni list SRBiH, Sarajevo, 1990., str. 14.

<sup>19</sup> Petrović definiše nematerijalnu štetu kao štetu koja je pričinjena li nosti koja se sastoji u povredi li njihova prava. (Petrović, Z., *Naknada nematerijalne štete zbog povrede fizičke integriteta li nosti*, op.cit., str. 15). Romštajn smatra da moralna šteta predstavlja povredu neimovinskih (li njih) prava, a ona se sastoji od povrede moralne imovine (moralnu imovinu čine tjelesni integritet, zdravlje, sloboda, dostojanstvo i dr.), Romštajn, I., *Naknada neimovinske štete za fizičke bolove*, Pravni život br. 3/88, str. 466. Nasuprot ovim shvatanjima, postoji i suprotno mišljenje da je neprihvatljivo poistovjetiti pojam nematerijalne štete i prava li nosti (Stanković, O., *Naknada neimovinske štete, sa posebnim osvrtom na Jugoslavensku sudsku praksu*, Savremena administracija, Beograd, 1968, str. 8).

<sup>20</sup> Vidjeti npr. čl. 1046 Hrvatskog Zakona o obligacionim odnosima iz 2005. godine. („Narodne Novine“ br. 35/05, 41/08 i 125/11).

<sup>21</sup> Medić, D., *Prilog raspravi o konceptu nematerijalne (neimovinske) štete u Bosni i Hercegovini de lege ferenda*, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse br. 8, Mostar, 2010., str. 104; Radolović, A., *Prava li nosti u Zakonu o obligacionim odnosima*, Pravni život, br.1/1989, str. 151.

<sup>22</sup> Drugim riječima, iako „li na dobra uživaju javnopravnu zaštitu, to ne znači i da se nekom povodom tih prava priznaju ikakva subjektivna, privatna prava.“ (Gavella, N., op.cit., str. 16).

<sup>23</sup> „U literaturi je nesporno da je u pitanju o pravu li nosti sastavni dio sveukupne problematike ljudskih prava.“ Prema: Radolović, A., *Pravo li nosti kao kategorija građanskog prava*, op.cit., str. 11-12.

<sup>24</sup> Kalođer, M., *Naknada neimovinske štete - Rasprava iz komparativnog prava*, monografija, Zagreb, 1941., str. 19.

<sup>25</sup> Radolović, A., *Pravo li nosti u građanskom pravu Hrvatske*, op.cit., str. 73.

<sup>26</sup> Brüggemeier, G. et al., *Personality rights in European Tort Law*, Cambridge University Press, 2010, str. 6.

javnopravne naravi u kojima postoji odnos subordinacije (podređenosti pojedinca državi).<sup>27</sup>

Prava ličnosti imaju specifičan objekt - lično dobro koje je usko vezano i neodvojivo od ljudske ličnosti. To su dobra koja pripadaju uvijek kao biološkom biću (pravo na život, tjelesni integritet, slobodu, pravo na duševni integritet), ali i niz drugih dobara, koja su integralni dio uvijekove ličnosti (privatni život, dostojanstvo, ugled, ime, glas, vlastita slika i dr.).<sup>28</sup>

Neka od prava ličnosti, uključujući i ona koja su izričito nabrojana u ZOO, sadržana su i u Konvenciji o pravima osoba sa invaliditetom. Prema Konvenciji, svako ljudsko biće ima urođeno pravo na život i državljanstvo. Države članice moraju preduzeti sve potrebne mjere kako bi osigurale da osobe sa invaliditetom uživaju ovo pravo na jednakim osnovama sa drugima.<sup>29</sup> Osim toga, izričito im se priznaje i pravo na slobodu i sigurnost,<sup>30</sup> poštovanje fizičkog ili mentalnog integriteta,<sup>31</sup> privatnost, dostojanstvo i ugled i pravo na korespondenciju.<sup>32</sup>

## 2.1. Prava ličnosti osoba sa mentalnim smetnjama

S obzirom na karakter pojedinih ličnih dobara, koja se stiču i postepeno razvijaju tokom uvijekovog života, razvojem ličnosti,<sup>33</sup> sporno je trebaju li osobe sa mentalnim smetnjama uživati zaštitu svih prava ličnosti ili im neka ne bi trebalo priznati. Npr. pitanje je treba li im priznati pravo na dostojanstvo i ugled s obzirom da ne mogu razumjeti smisao radnje upravljene protiv njih.<sup>34</sup>

Dok se ranije smatralo da od sadržaja i stepena te psihosocijalne zrelosti ovisi koja će prava ličnosti u svakom konkretnom slučaju pripadati odnosnom

---

<sup>27</sup> Treba napomenuti da postoje i shvatanja prema kojima izmeđuju ljudskih prava i prava ličnosti treba staviti znak jednakosti (Gams, A., *Uvod u građansko pravo*, 1974, prema Radolović, A., *Pravo ličnosti kao kategorija građanskog prava*, *op.cit.*, str. 97), odnosno da su prava ličnosti istovremeno i lična ustavna prava. (Vidjeti u: Borovac, J., *Povreda prava ličnosti sudije*, Aktualna pitanja savremenog zakonodavstva, Beograd, 2009., str. 465).

<sup>28</sup> Zakon o obligacionim odnosima u članu 200 uz nabrojavanje pojedinih prava ličnosti; ugleda, dostojanstva i slobode navodi ..."ili prava ličnosti". Kako se zakonodavac ne bi ograničio na taksativno nabrojavanje ovih prava koja su u stalnom razvoju i kako bi omogućio sudskoj praksi da pod ovaj pojam podvodi i druga prava, u postroju u odredbu bi se trebalo umjesto sintagme „ili prava ličnosti“ *de lege ferenda* jednostavno dodati „ili ostalih prava ličnosti“.

<sup>29</sup> 1. 10 Konvencije.

<sup>30</sup> 1. 14 Konvencije.

<sup>31</sup> 1. 17 Konvencije.

<sup>32</sup> 1. 22 Konvencije.

<sup>33</sup> Lična dobra se dijele na ona koja uvijek pripadaju kao fizičko-biološkom biću, psihikom biću i društvenom biću. Vidjeti o ovoj podjeli detaljnije: Vodineli, V., *Meunarodno privatno pravo ličnosti*, Nomos, Beograd, 2003, str. 253.

<sup>34</sup> Dostojanstvo je subjektivna kategorija i predstavlja mišljenje koje uvijek ima o sebi kao pripadniku određene društvene sredine, dok je ugled mišljenje koje sredina i javno mnijenje imaju o ličnosti i objektivna je kategorija.

pravnom subjektu, u teoriji i praksi se stav o tome postepeno mijenjao.<sup>35</sup> Danas se generalno smatra da prava li nosti pripadaju svakom ovjeku od trenutka stjecanja pravnog subjektiviteta, odnosno od ro enja.<sup>36</sup> Iako možda i nemaju predodžbu o vlastitoj vrijednosti, osobe sa mentalnim smetnjama imaju dostojanstvo, koje je viši rodni pojam u odnosu na ast i ugled i koje se mora zaštititi bez obzira na njihovu vlastitu svijest o tome. Takav stav potvr uje i Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom.<sup>37</sup>

Iako osobama sa mentalnim smetnjama mogu biti povrije ena sva prava li nosti, naro ito esto dolazi do povrede prava na slobodu ovih lica. Naime, ovim se osobama može legitimno ograni iti pravo na slobodu ako uslijed svoje mentalne smetnje ozbiljno i direktno ugrožavaju vlastiti život ili zdravlje ili sigurnost, odnosno život ili zdravlje ili sigurnost drugih.<sup>38</sup> Me utim, prema stavu Evropskog suda za ljudska prava (dalje: ESLJP), ograni avanje slobode, osim što mora biti zakonito, ne smije biti proizvoljno, a takvo je u okolnostima kada lišenje slobode nije stvarno potrebno ili kada ima nezakonit cilj.<sup>39</sup> U svakom slu aju, osoba ne može biti lišena slobode "samo zato što njeni stavovi ili ponašanje odstupaju od normi koje preovladavaju u odre enom društvu".<sup>40</sup> ESLJP je u svojoj praksi<sup>41</sup> uspostavio kriterije koji moraju biti ispunjeni da bi lišenje slobode mentalno oboljele osobe ne bi kvalificiralo kao "proizvoljno":

1. da su mentalni poreme aj utvrdili objektivni medicinski stručnjaci;
2. priroda ili stepen poreme aja moraju biti dovoljno teški da opravdaju lišenje slobode;
3. lišenje slobode smije trajati samo onoliko koliko traje medicinski poreme aj, odnosno odre ena ja ina poreme aja;
4. u slu ajevima gdje je lišenje slobode potencijalno neograni eno, moraju se vršiti povremene revizije pred tribunalom koji ima ovlasti da odredi otpuštanje;

---

<sup>35</sup> I autori koji su prvobitno smatrali da ove kategorije fizi kih osoba ne mogu biti titulari prava na ast i ugled, jer nisu na onom stepenu psihosocijalnog razvoja koji bi im omogućio postojanje takvog prava danas prihva aju generalni stav da je svaki ovjek titular prava li nosti. (Cf. Radolovi , A., *Pravo li nosti kao kategorija gra anskog prava, op.cit.*, str. 100 i Radolovi , A., *Pravo osobnosti u novom Zakonu o obveznim odnosima*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveu ilišta u Rijeci, vol. 27, br. 1, 2006., str. 144 i 145).

<sup>36</sup> U novijim se gra anskim kodifikacijama izri ito normira pravo maloljetnika i osoba sa ograni enom poslovnom sposobnoš u da pokre u postupak za zaštitu svojih prava li nosti. Prava li nosti poslovno nesposobnih osoba štite njihovi zakonski zastupnici. ( I. 2:54 ma arskog Gra anskog zakonika - Zakon IV od 1959, <http://www.angelfire.com/mn2/reformclub/hunc1.html> (17.2.2016). Jedini izuzetak od pravila da se prava li nosti sti u ro enjem je pravo na ime, za ije stjecanje je potrebno izvršiti upis u matičnu knjigu ro enih.

<sup>37</sup> I. 22 st.1 Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom.

<sup>38</sup> I. 22 st. 1 Zakona o zaštiti osoba sa duševnim smetnjama.

<sup>39</sup> Ovaj osnov je jedan od slu ajeva sadržanih u ta ki e) stava 1. člana 5. Evropske konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama.

<sup>40</sup> *Winterwerp v. Holandije* (aplikacija broj 6301/73 (A/33) od 24. oktobra 1979. godine).

<sup>41</sup> Vidjeti *X v. Ujedinjenog Kraljevstva* (aplikacija br. 7215/75 od 5. 11.1981. godine) i *Ashingdane v. Ujedinjenog Kraljevstva* (aplikacija br. 8225/78 od 28.5.1985. godine).

5. lišenje slobode mora biti u bolnici, klinici ili drugoj odgovarajućoj instituciji koja ima ovlasti za da takve osobe drži u pritvoru.

Osim prava na slobodu, osobama sa mentalnim smetnjama moguće je na osnovu zakona ograničiti i pravo na tjelesni integritet, tj. one se mogu i bez pristanka podvrgnuti pregledu ili drugom liječenju postupku koji služi liječenju onih duševnih smetnji zbog kojih su prisilno smještene u ustanovu.<sup>42</sup> Osim toga, mnoge osobe sa mentalnim smetnjama nisu u stanju razumijeti prirodu, posljedice ili opasnost predloženog liječenja postupka ili ne mogu izraziti svoju volju u trenutku kada treba donijeti odluku o podvrgavanju nekom liječenju pregledu ili drugom postupku. Zakon predviđa da se osoba sa duševnim smetnjama koja nije sposobna dati pristanak može podvrgnuti samo onom liječenju postupku koji je u njezinom najboljem interesu.<sup>43</sup>

Pravo na privatnost tumači se danas jako široko. Ono se ne odnosi samo na zaštitu od iznošenja događaja iz privatnog života neke osobe protivno njejoj volji, već daje osobi apsolutnu privatnu vlast u pogledu vođenja vlastitog života, te ovlasti da svakoga isključi od protivpravnog zadiranja u njega.<sup>44</sup> Stoga se u praksi ESLJP kao jedan od oblika povrede prava na privatnost smatra i nezakonito oduzimanje ili ograničavanje poslovne sposobnosti,<sup>45</sup> dok se u našem pravu povreda slobode odlučivanja može podvesti pod jedno drugo pravo, pravo na psihički ili duševni integritet.<sup>46</sup>

Pravo na duševni integritet može se definisati kao pravo ličnosti na cjelovitost i nepovredivost duševnog zdravlja.<sup>47</sup> Narušavanje duševnog integriteta predstavlja izmeću ostalog i duševno nasilje i psihičko mučenje osobe sa mentalnim smetnjama također često izložene. Istraživanja pokazuju kako osobe s intelektualnim teškoćama imaju 4 do 10 puta veće šanse da postanu žrtve nasilja nego osobe bez invaliditeta.<sup>48</sup> Ovisnost osoba s mentalnim smetnjama o pomoći drugih ljudi; roditelja, članova porodice, stručnjaka u instituciji i sl. može biti rizični faktor za pojavu nasilja.<sup>49</sup> Nasilje u ustanovama povezano je s discipliniranjem i zastrašivanjem korisnika. To je dio institucionalne pedagogizacije: ponašanje osoblja poručuje korisnicima, direktno ili indirektno, da su nevrjedniji, da trebaju biti što je moguće manje zahtjevniji, te

---

<sup>42</sup> 1. 9 st. 3 Zakona o zaštiti osoba sa mentalnim smetnjama.

<sup>43</sup> 1. 8 st. 3 Zakona o zaštiti osoba sa mentalnim smetnjama.

<sup>44</sup> Gavella, N., *op.cit.*, str. 212.

<sup>45</sup> *Matter v. Slovačka* (aplikacija br. 31534/96 od 5.7.1999. godine) § 68; *Shtukaturv v. Rusije* (aplikacija br. 44009/05 od 27.3. 2008. godine) § 96.

<sup>46</sup> Finžgar, A., *Prava ličnosti*, Novinsko-izdavačka ustanova Službeni list SFRJ, Beograd, 1988, str. 159.

<sup>47</sup> Dropuli, J., *Pravo na privatni život i duševni integritet*, Vizura, Zagreb, 2002., str. 218

<sup>48</sup> Josipovi, A.M, Najman Hižman, E., Leutar, Z., *Nasilje nad osobama s intelektualnim teškoćama*, Nova prisutnost, br. 4 (2008), 3, str. 357.

<sup>49</sup> *Ibid.*, str. 370.

da nemaju izbora. Takvi na ini institucionalne pedagogizacije služe slabljenju samopoštovanja, pobu uju osje aj nesigurnosti i manjak li ne nezavisnosti.<sup>50</sup>

## **2.2. Pravo osoba sa mentalnim smetnjama na naknadu nematerijalne štete u bosanskohercegova kom i uporednom pravu**

U teoriji i praksi je sporno da li osobama sa mentalnim smetnjama pripada pravo na naknadu nematerijalne štete. S jedne strane su osobe koje imaju neki oblik intelektualnog ošte enja, ali mogu komunicirati sa okolinom. One osje aju fizi ki bol, ali zavisno od stepena mentalnog ošte enja i njihovog psiho-fizi kog razvoja mogu biti nesposobne da percipiraju duševnu bol i strah.<sup>51</sup> S druge strane su osobe sa poreme ajima stanja svijesti koje ne mogu osjetiti ni fizi ki ni duševni bol i strah. Svijest je sveukupno psihi ko doživljavanje; sveukupno opažanje, mišljenje, osje anje, htjenje i djelovanje. Oblici poreme aja svijesti su: somnolencija, sopor i koma. Somnolencija je stanje dublje pospanosti, ali iz koje se bolesnik da razbuditi pozivom ili podražajem. Sopor je stanje svijesti u kojem je bolesniku teško izazvati motori ki odgovor ak i na duboki bolni podražaj. Komu obilježava stanje bez svijeti i bez reakcija.<sup>52</sup>

Prema ZOO, nematerijalna šteta se definiše kao nanošenje drugom fizi kog i duševnog bola ili straha.<sup>53</sup> Ova šteta, da bi se dosudila naknada mora biti ja eg intenziteta i trajanja.<sup>54</sup> Za razliku od svjesnih osoba gdje se pomo u vješta enja, a prema težini mentalnih smetnji može utvrditi sposobnost doživljaja duševne boli i straha, situacija sa osobama koje imaju neki poreme aj svijesti je mnogo kompleksnija.<sup>55</sup> Naime, duševna bol je emotivna reakcija ošte enog na povredu nekog li nog dobra. Stoga, da bi osoba doživjela bol, mora postojati odre eni stepen svijesti.<sup>56</sup> Postavlja se pitanje kako utvrditi da li

---

<sup>50</sup> *Ibid.*, str. 358.

<sup>51</sup> Osobe sa mentalnim smetanjama nisu homogena skupina, ve se njihova klini ka slika može uveliko razlikovati s obzirom da ovaj pojam obuhva a etiološki razli ite poreme aje i niz popratnih smetnji. Ovome vidjeti više u: Kocijan-Hercigonja *et al.*, *Mentalna retardacija*, Nakanda Slap, Jastrebarsko, 2000, str. 11.

<sup>52</sup> Poli , B., *Poreme aj svijesti*, dostupno na:

[http://neuron.mefst.hr/docs/katedre/klinicke\\_vjestine/Poreme%20C4%87aj%20svijesti%20-%20KV%20II.pdf](http://neuron.mefst.hr/docs/katedre/klinicke_vjestine/Poreme%20C4%87aj%20svijesti%20-%20KV%20II.pdf) (10.2.2016).

<sup>53</sup> l. 155. ZOO.

<sup>54</sup> l. 200. ZOO.

<sup>55</sup> Postoje autori koji smatraju da su osobe bez svijesti i osobe koje imaju neki oblik intelektualnog ošte enja jednaki po pitanju mogu nosti da dožive duševnu bol. (Vidjeti više kod: Stolker, Carel J. J. M, *The Unconscious Plaintiff: Consciousness as a Prerequisite for Compensation for Non-pecuniary Loss*, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 39, br., 1990, str. 95).

<sup>56</sup> U sudskoj praksi i teoriji sa podru ja bivše Jugoslavije izražen je stav da je za priznavanje naknade nematerijalne štete za duševne boli potrebno i postojanje ošte enikove svijesti da mu je povrije eno neko pravo. (Tako Vs Hrvatske Rev-2547/86 od 24. 03. 1987. godine. Predmet se ti e naknade štete zbog smanjenja životne aktivnosti). U teoriji se kao jedan od argumenata u prilog priznavanju naknade nematerijalne štete osobama sa poreme ajem stanja svijesti navodi se i to da, kada bi priznaje povrede li nosti zavisilo od svijesti ošte enog, moglo bi se tvrditi i da je

je osoba sa poremećajem svijesti zaista potpuno nesvjesna ili samo nije u stanju da komunicira sa okolinom?<sup>57</sup> Razvojem medicine i tehnologije i u budućnosti možda biti moguće utvrditi da i ove osobe osjećaju fizičku i psihičku bol i strah, pa bi sa tog aspekta bilo neopravdano uskratiti im pravo na naknadu nematerijalne štete. Osim toga, koma je tranzitorno stanje, pa je moguće da osoba povremeno mijenja stanja svijesti, pa i čak da se potpuno oporavi i nastavi normalan život. Prognoza zavisi o vrsti i težini uzroka i ostalim premorbidnim faktorima, uključujući i godine.

Šteta je objektivna činjenica i odgovora negativnoj razlici između stanja u kojem je žrtva bila prije i poslije štetnog događaja. Ako se pribjegne subjektivnoj koncepciji, ova šteta se ne nadoknađuje, a do povrede prava ličnosti je ipak došlo iako oštećeni toga možda nije svjestan. I osoba bez svijesti je živa osoba koja ima prava i dostojanstvo, ona može nasljeđivati, može biti legatar, pa bi trebala moći i dobiti naknadu štete za povredu svoga prava posredstvom svojih zakonskih zastupnika. U tom pogledu smatramo da se ne bi trebala praviti razlika između materijalne i nematerijalne štete. Naime, ako neko izgubi nogu kao rezultat skrivljene radnje drugog, on ima pravo na naknadu obične štete, izgubljene dobiti, troškova liječenja i sl. bez obzira da li je svjestan svoga gubitka ili ne.

Uzimajući u obzir navedene razloge, najbolje rješenje bi bilo prihvatanje objektivne koncepcije prema kojoj se naknada nematerijalne štete definiše kao povreda prava ličnosti, za što se zalaže i veštinama pravnih teoretičara.<sup>58</sup> Na ovaj

---

povredu manja ili da ne postoji za vrijeme sna (reverzibilne nesvijesti). O ovome vidjeti više kod Lutte, I., *Defining personal loss after severe brain damage*, Laureys, S., Schiff, N. D. i Owen, A. M. (ur.), *Coma science: Clinical and Ethical Implications*, Elsevier, 2009, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39, br. 1, 1990, str. 356.

<sup>57</sup> Nedavno su naučnici, koristeći MRI skener mozga, uspjeli dokazati da osoba za koju se vjerovalo da je potpuno nesvjesna, može komunicirati informacije vezane za svoje medicinsko stanje. Za ovo otkriće zaslužan je britanski neurolog, profesor Adrian Owen, koji je prije gotovo tri godine razvio tehniku pitanja misli ljudi koji se nalaze u vegetativnom stanju. Izvor: <http://net.hr/magazin/zdravlje/u-vegetativnom-stanju-komunicira-s-lijevcnicima/> (15.2.2016).

<sup>58</sup> Vodineli, V., *Obligaciono-pravna zaštita ličnosti*, *Pravni život* 1, 1989., str. 130-131; Polaković, M., *Naknada štete nastale povredom prava na tjelesni integritet u bosanskohercegovačkoj pravu*, *Revija za pravo i ekonomiju*, Mostar, br. 1/2010., str. 53; Pollock, F., *The Law Of Torts: A Treatise on the Principles of Obligations arising from Civil Wrongs in the Common Law*, 4. Izd., 1886, str. 210.; Bikić, A., *Naknada neimovinske štete* de lege lata i de lege ferenda, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, 2009, str. 449; Antić, O., *Obligaciono pravo*, Drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, *Službeni glasnik* 2007, str. 524; Radovanov, A., *Neka sporna pitanja iz oblasti naknade nematerijalne štete*, *Trideset godina Zakona o obligacionim odnosima de lege lata i de lege ferenda*, Kragujevac 2009, str. 309; Romštajn, I., *op.cit.*, str. 466; Klarić, P., *Odnos naknade štete za tjelesno oštećenje i novane satisfakcije za duševne bolove zbog smanjenja životne aktivnosti*, *Naša zakonitost* 4/85, str. 398; Andrejević, S., Mutinović, Lj. i Petrović, Z., *op.cit.*, str. 272; Krneta, S., *Pitanje mjesta ličnosti prava u sistemu građanskog prava*, Odabrane teme privatnog prava, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007, str. 262; Milošević, Lj., *Obligaciono pravo*, Nauka na knjiga, Beograd, 1972, str. 134; Cigoj, S., *Šteta*, Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Blagojević-Krulj, Beograd, 1983, *Knjiga I*, str. 532; Crnić, I.,

na in bi se osobama sa mentalnim smetnjama osigurala jednaka zaštita u okviru obligacionog prava i poboljšao njihov položaj u odnosu na trenutna rješenja. Za razliku od intenziteta i trajanja duševne boli kao mjerila za određivanje visine naknade, u ovakvim slučajevima trebalo bi voditi računa o ozbiljnosti napada na ličnu dobro i drugim okolnostima pod kojima je do povrede došlo.<sup>59</sup>

Iako osobe u komi i osobe sa teškim mentalnim oštećenjima ne mogu osjetiti bol ili strah koji predstavljaju uslov za ostvarenje novane naknade nematerijalne štete prema ZOO, priznaje im se pravo na novane oblike popravljivanja štete, budući da se ove mjere mogu dosuditi kada je došlo do povrede prava ličnosti.<sup>60</sup> Prema tome i osoba sa mentalnim oštećenjima i osoba u komi posredstvom svog zastupnika može tražiti prestanak radnje kojim se vrijeđuje nježno pravo ličnosti, odnosno objavljivanje presude, ispravke ili nešto drugo ime se može ostvariti svrha naknade. Međutim, smatramo da je proturječno tvrditi da osobi sa mentalnim oštećenjima zadovoljenje mogu pružiti novani oblici satisfakcije, a da novani ne mogu. Ako se uzme da ove osobe po prirodi nisu sposobne osjetiti zadovoljenje, to bi se moralo odnositi na sve oblike satisfakcije, a ne samo novanu naknadu štete.

U uporednom pravu se uglavnom napušta subjektivna koncepcija naknade nematerijalne štete kako bi se oštećenim dale veće moguće ostvarivanja prava na nematerijalnu štetu. U nekim je državama poput Francuske, Njemačke, Italije i Španije "objektivizacija" nematerijalne štete rezultat stajališta prihvaćenih u sudskoj praksi. U njemačkom pravu, za razliku od ranije kada su sudovi odbijali takav tužbeni zahtjev,<sup>61</sup> danas pravo na naknadu proizilazi iz čl. 1. Ustava koje propisuje pravo na dostojanstvo.<sup>62</sup> Naime, povreda ličnosti ili bar njenih osnovnih funkcija mora se na neki način nadoknaditi čak i uslužno kada oštećen ne može razumijeti i osjetiti gubitak ili bol.<sup>63</sup> Po novom shvatanju, naknada osim satisfakcije treba da pruži i neku vrstu kompenzacije tužiocu. Tužilac mora biti oštećen za povredu prava ličnosti bez obzira da li usljed toga pati i trpi duševnu bol.<sup>64</sup> U drugima zemljama, poput Austrije, objektivizacija nematerijalne štete je rezultat napora pravne nauke, što je dovelo do prihvaćanja ovakvog stava i u sudskoj praksi. U kontekstu naknade nematerijalne štete osobama sa mentalnim smetnjama, austrijski Vrhovni sud je istakao da osoba lišena sposobnosti da doživi bol, strah i patnju također trpi povredu zbog koje je opravdano dosuđivanje odgovorajuće naknade.<sup>65</sup>

---

*Neimovinska šteta*, drugo izdanje, Organizator, Zagreb, 2006, str. 248; Novaković, D., *Obligacionopravna zaštita prava ličnosti*, Medijski dijalozi vol. 6., br. 15, 2013, str. 207. i dr.

<sup>59</sup> Crnić, I., *Povreda prava osobnosti pravnih osoba*, *op.cit.*, str. 243.

<sup>60</sup> Čl. 157. i 199. ZOO.

<sup>61</sup> BGH od 16.12. 1975, VI ZR 175/74, NJW 1976 1147, 22. 6. 1982 VI ZR 247/80', NJW 1982, 2123.

<sup>62</sup> BGH VI RZ 201/91 od 13.10. 1992. godine.

<sup>63</sup> Winiger, B. *et al.* (ur.), *Essential Cases on Damage*, Walter de Gruyter, Berlin, 2011., str. 659.

<sup>64</sup> *Ibid.*, str. 660.

<sup>65</sup> OGH 31.8.1992, 8 Ob 581/92; OGH 26.7. 2006, 3 Ob 116/05 p.

U odre enom broju država, npr. u Švicarskoj<sup>66</sup> Poljskoj<sup>67</sup> i Rusiji,<sup>68</sup> objektivisti ki koncept nematerijalne štete predvi en je i zakonom. U Poljskoj je sudskoj praksi prema tome nesporno da osobe sa mentalnim smetnjama imaju pravo na nov anu naknadu nematerijalne štete. U jednom je predmetu sud ženi, koja je nakon anestezije pri porodu pretrpjela ošte enja mozga i pala u komu, uz nov anu rentu u iznosu od 600 eura mjese no sud je dosudio i oko 125.000 eura naknade za nematerijalneu štetu. Sud je utvrdio da je ošte ena izgubila mogućnost da uživa u životu i maj instvu, da joj treba doživotna pomo i da su joj izgledi za oporavak loši. Tako er je našao da se ne može isklju iti mogućnost da se ošte ena probudi iz kome i ponovo razvije sve funkcije potrebne za normalan život.<sup>69</sup>

Objektivna koncepcija usvojena je i u Na elima evropskog odštetnog prava, Nacrtu zajedni kog referetnog okvira (*Draft common frame of reference*),<sup>70</sup> te i ameri kom *Restatement Second*-u.<sup>71</sup> Za objektivizaciju se zalaže i Evropski sud za ljudska prava koji ne zahtjeva bilo kakav dokaz da je nematerijalna šteta nastala. Umjesto toga, Sud primjenjuje tzv. „dokazni kriterij“ tj. oborivu pretpostavku da je povreda bilo kojeg prava iz Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje: EKLJP) prouzrokovala nematerijalnu štetu. Naime, mnogi oblici nematerijalne štete po prirodi nisu pogodni za dokazivanje, pa ESLJP zasniva svoju pretpostavku na injenici da bi u situaciji u kojoj se nalazi ošte eni svaka prosje na osoba tako er pretrpjela štetu.<sup>72</sup>

I zemlje u regionu koje su izvršile reformu Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine tako er su se opredijelile za ovo rješenje. Hrvatska,<sup>73</sup>

---

<sup>66</sup> I. 49. švicarskog Obligacijskog zakonika iz 1911. godine, dostupan na: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19110009/201507010000/220.pdf> (15.4.2016).

<sup>67</sup> I. 23-24 Gra anskog zakonika Poljske iz 1964. godine (dostupno na: [https://www.google.ba/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEWjq\\_6bfkZrMAhUoD5oKHdczB9sQFggkMAE&url=https%3A%2F%2Fsupertrans2014.files.wordpress.com%2F2014%2F06%2Fthe-civil-code.pdf&usg=AFQjCNF8hRSHxXW87nlQbYpNhVDr2y7Jxw](https://www.google.ba/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEWjq_6bfkZrMAhUoD5oKHdczB9sQFggkMAE&url=https%3A%2F%2Fsupertrans2014.files.wordpress.com%2F2014%2F06%2Fthe-civil-code.pdf&usg=AFQjCNF8hRSHxXW87nlQbYpNhVDr2y7Jxw)) (15.4.2016).

<sup>68</sup> Gra anski zakonik Ruske Federacije iz 1996 (dostupan na: <http://www.russian-civil-code.com/>) (15.4.2016) u l. 151. navodi da je sud ovlašten osobi kojoj je nanesena nematerijalna šteta povredom njezina li nog, nemovinskog prava ili drugih neimovinskih dobara, kao i u ostalim zakonom predvi enim slu ajevima, dosuditi nov anu naknadu za tako prouzrokovanu štetu.

<sup>69</sup> *S d Apelacyjny Rzeszow*, 12.10.2006, I ACa 377/ 06.

<sup>70</sup> Povrede asti, slobode i privatnosti su šteta same po sebi (VI 2: 203).

<sup>71</sup> Kleveta *per se* podrazumjeva slu ajeve kad je kleveta o igledna iz same publikacije (§ 571-574 *Restatement Second*).

<sup>72</sup> *Gridin v. Rusije*, aplikacija broj 4171/04 od 1.6. 2006.godine § 20, *Firstov v. Rusije*, aplikacija broj 42119/04 od 20.2. 2014.godine § 49.

<sup>73</sup> Prema novom rješenju ZOO R Hrvatske iz 2005.godine, neimovinska šteta je definisana kao povreda prava li nosti ( l. 1046 ZOO R Hrvatske „Narodne novine“ br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15), pa nije neophodno prouzrokovanje sekundarne štete koja nastaje kao posljedica povrede li ne sfere. Pod pravima li nosti podrazumjevaju se: pravo na život i tjelesno i duševno zdravlje,



Slovenija<sup>74</sup> i Makedonija<sup>75</sup> su izmjenama ZOO-a iz 1978. godine umjesto subjektivne odluke ili usvojiti objektivnu koncepciju naknade štete. Crna Gora je donijela novi ZOO 2008. godine, a definicija nematerijalne štete je kombinacija rješenja u hrvatskom ZOO i slovena kom Obligacijskom zakoniku. Prema ZOO-u Crne Gore, nematerijalna šteta je nanošenje drugome fizički ili psihički bol ili straha, kao i povreda prava ličnosti i ugleda pravnog lica.<sup>76</sup> Istu koncepciju prihvata i član 168. Prednacrt Graanskog zakonika Republike Srbije iz 2009. godine, koji na postojeći tekst (čl. 155 ZOO) dodaje riječi i "nego i povreda svakog zakonitog interesa, kao i povreda prava ličnosti." ZOO iz 1978. godine i subjektivna koncepcija se primjenjuju dakle još uvijek samo u Srbiji, gdje je u postupku usvajanje novog Graanskog zakonika, te u Bosni i Hercegovini. U BiH je još 2006. godine izrađen Nacrt Zakona o obligacionim odnosima koji je ostao na subjektivno-objektivnoj koncepciji naknade nematerijalne štete.<sup>77</sup> Kasnije su u radnoj verziji iz 2009. godine izmijenjene i dopunjene odredbe čl. 174, 175, 178, 234, 238 po uzoru na promociju objektivne koncepcije naknade nematerijalne štete izvršenu u ZOO Hrvatske iz 2005. godine. Odredba o pojmu štete je redefinisana, jer je uz materijalnu štetu, povreda prava ličnosti definisana kao nematerijalna šteta. Pod pravima ličnosti su nabrojana pravo na život, tjelesno i duševno zdravlje, ugled, dostojanstvo, ime, privatnost ličnosti i porodice, sloboda i dr.<sup>78</sup>

### 2.3. Funkcije nematerijalne štete

Da li se naknada štete može dosuditi i osobama sa mentalnim oštećenjima zavisi i od funkcije naknade štete u važećem pravnom poretku, tj. cilja koji se njome želi postići. Pitanje funkcije naknade nematerijalne štete je jako značajno, ne samo teoretsko, nego i praktično pitanje, jer je pravna priroda, odnosno "cilj kojem služi naknada" jedan od kriterija koji služi odmjeravanju pravične novčane naknade.<sup>79</sup> Koji je to cilj kojem služi naknada Zakon o

---

ugled, dostojanstvo, ime, privatnost osobnog i privatnog života, slobodu i dr. (čl. 19. st. 2 ZOO R Hrvatske).

<sup>74</sup> Obligacijski zakonik R Slovenije („Uradni list R Slovenije“ br. 83/01 od 25.10. 2001. godine) u čl. 132 definisao je nematerijalnu štetu kao prouzrokovanje tjelesnih i duševnih bolova i straha drugom, te narušavanje ugleda pravne osobe. („*Nepremoženjska škoda je povzročitev telesnih ali duševnih bole in ali strahu drugemu ter okrnitev ugleda pravne osebe*“).

<sup>75</sup> Makedonija je po uzoru na R Hrvatsku, Zakonom o izmjenama i dopunama ZOO-a („Službeni vesnik na Republika Makedonija“ br. 84/2008) redefinisala nematerijalnu štetu kao povredu prava ličnosti (čl. 142 ZOO).

<sup>76</sup> član 149. ZOO Crne Gore ("Sl. list Crne Gore", br. 47/08 od 07.08.2008, 04/11 od 18.1.2011).

<sup>77</sup> član 201. Nacrtu Zakona o obligacionim odnosima Federacije BiH/Republike Srpske od 16. 6. 2003. dostupan na: [www.ruessmann.jura.uni-sb.de/BiH-Project/Data/Obligaciono\\_pravo.pdf](http://www.ruessmann.jura.uni-sb.de/BiH-Project/Data/Obligaciono_pravo.pdf) (24.1.2015).

<sup>78</sup> Morait, B., *Povrede ličnosti prava kao uslov odgovornosti na naknadu nematerijalne štete*, Forum za građansko pravo za Jugoistočnu Evropu, Izbor radova i analiza, Prva regionalna konferencija, Jugoslovenski pregled, Beograd, 2010., str. 312.

<sup>79</sup> čl. 200 st. 2 ZOO.

obligacionim odnosima ne navodi. Doma a teorija<sup>80</sup> i praksa<sup>81</sup> gotovo su jedinstvene u stajalištu da pravi na nov ana naknada ima isključivo satisfakcijsku funkciju,<sup>82</sup> pa se čak i predlaže da se pojam pravi na nov ana naknada u Zakonu o obligacionim odnosima zamijeni izrazom satisfakcija ili zadovoljenje.<sup>83</sup> Naknada koja ima funkciju satisfakcije usmjerena je na

---

<sup>80</sup> Vidjeti: Vizner, B., *Komentar Zakona o obligacionim (obveznim) odnosima*, Knjiga I, Naklada pisaca, Zagreb, 1978., str. 919; Kalo era, M., *op.cit.*, str. 367, str. 169; Radolović, A., *Pravo li nosti kao kategorija gra anskog prava, op.cit.*, str. 54. i dr.

<sup>81</sup> „Nov ana naknada nematerijalne štete i ne predstavlja naknadu u pravom smislu te rije i, jer se njome ne postiže uspostavljanje onakvog stanja kakvo je postojalo prije njezinog nastanka, dakle nema reparacioni karakter. Naprotiv, nov ana naknada nematerijalne štete je jedan od vidova satisfakcije koja se ošte enom daje za povredu njegovih nematerijalnih dobara“. (Odluka Ustavnog suda BiH AP 1203/05 od 27. 6. 2006. godine). Tako er, prema stavu Vrhovnog suda FBiH (br. GŽ- 91/04 26. oktobra 2004. godine.)“ [...]cilj ove vrste naknade nematerijalne štete jeste da se ošte eniku omogu i ono zadovoljenje koje e mu kompenzirati nematerijalno dobro koga je lišen, odnosno pružiti mu ono zadovoljstvo koje bi imao da do štetnog doga aja nije došlo. U tom smislu nov ana naknada predstavlja samo satisfakciju za tu štetu...“

I u Srbiji (gdje se još primjenjuje ZOO '78) Vrhovni sud isti e da „[...]pravi na naknada neimovinske štete ne predstavlja reparaciju ve satisfakciju radi uspostavljanja psihi ke ili emocionalne ravnoteže koja je postojala prije štete[...]“ (Vrhovni sud Srbije, br. Rev-244/09, od 15.4.2009. godine).

Prema Op em zaklju ku Velikog civilnog senata *Bundesgerichtshof-a* Njema ke (Saveznog vrhovnog suda) iz 1955. godine zahtjev za naknadu nematerijalne štete je zahtjev posebne vrste s dvostrukom funkcijom - treba ošte eniku osigurati poravnjanje štete nematerijalne prirode i istovremeno uzeti u obzir misao da štetnik duguje ošte enom zadovoljenje za ono što mu je u inio (Klari, P., *op.cit.*, str. 264).

<sup>82</sup> Unutar teze o gra anskom karakteru zadovoljenja razlikuje se nekoliko varijacija: a) teza o uspostavi ravnoteže izme u bola i radosti prema kojoj se zadovoljenjem stvara protuteža pretrpljenoj patnji i b) teza o pripomo i prema kojoj zadovoljenje nije ni reparacija ni protuteža, ve isključivo sredstvo ublažavanja patnje c) teza o pravladavanju bolova, smisao koje je da se novcem pribave odre ena zadovoljstva, koja e pomo i da se prevladaju patnje i povrati duševna ravnoteža d) teza o zamjeni povrije enog dobra. tj. ravnotežu koja je poreme ena umanjem li nosti mogu e je uspostaviti povra anjem umanjenog dobra, a ako je to nemogu e, pove anjem drugog dobra- imovine.

<sup>83</sup> Prema Crni u, izraz satisfakcija ili zadovoljenje je bliži suštini zahtjeva za popravljanje ugroženog ili izgubljenog nematerijalnog dobra. Zato naziv pravi na nov ana naknada u ZOO - u nije pravno-tehni ki najbolje rješenje, jer i materijalnoj šteti tako er imanentan postulat pravi nosti. (Crni, I., *Oblici nematerijalne štete i kriteriji za odmjeravanje pravi ne nov ane naknade*, Naša zakonitost, 10/86., str. 1319). I Duško Medi smatra da je primjereniji izraz satisfakcija od termina pravi na nov ana naknada kojeg upotrebljava ZOO, jer i za materijalnu štetu postoji nov ana naknada koja tako er treba da bude pravi na. Po njemu izraz naknada nije adekvatan jer naknada zna i ekvivalent za nešto, a ovdje se ne radi o tome (Medi, D., *Prilog raspravi o konceptu nematerijalne štete u Republici Srpskoj de lege ferenda*, Zbornik radova za XII redovno savetovanje sa me unarodnim u eš em Udruženja za odštetno pravo, Zlatibor 2009., str. 102 bilj. 1). Klari isti e da se pravi na nov ana naknada se ne bi mogla poistovijetiti sa nov anom naknadom štete, jer bolovi i strah nemaju prometnu vrijednost ni cijenu, što je osnov za utv ivanje nov ane naknade kao ekvivalenta povrije enom dobru. Zato ona predstavlja tre i oblik, satisfakciju (zadovoljenje) koja ošte enom pripada na ime pretrpljenih bolova i straha. (Klari, P., *Pravi na nov ana naknada za nematerijalnu štetu*, Naša zakonitost 10/1986, str. 1335 i dalje).

I Kalo era predlaže izraz zadovoljenje za naknadu neimovinske štete, jer pored toga što se njim služi ve ina stranog zakonodavstva, on odgovora i svrsi, historijskom razvoju i našoj ranijoj terminologiji. Odredbom l. 202 ZOO-a koja nosi naziv „Satisfakcija u posebnim slu ajevima“

uklanjanje psihičkih povreda, odnosno ublažavanje povrije enog pravnog osjeaja i vraćanje oštećeniku osjeaja vlastite vrijednosti. Pružanjem određenog moralnog ili materijalnog osjeaja zadovoljstva, nastoji se ublažiti težina bolova koja mu je štetnom radnjom prouzrokovana kako bi se uspostavila psihička i emocionalna ravnoteža.<sup>84</sup> Razumije se da se pri tome ne radi o računskom, nego o psihološkom izjednačavanju štete i odštete.<sup>85</sup>

Ako se prihvati da je funkcija isključivo satisfakcija, osobe bez svijesti ne bi imale pravo na naknadu jer ne mogu osjetiti zadovoljenje koje bi im umanjilo bol i strah,<sup>86</sup> dok bi kod osoba sa mentalnim smetnjama takva funkcija mogla doći i u obzir.<sup>87</sup> Naime, odlučujućim faktorom je da li je osoba svjesna naknade, ne u smislu da shvata zašto joj se duguje određeni iznos (jer to ne može shvatiti), već u smislu da može posredstvom novca ostvariti određeno zadovoljenje. Ako se osobama u stanju kome, čak i dosudi naknada nematerijalne štete na objektivnoj osnovi, postavlja se pitanje šta bi oštećenik mogao s tim novcem, odnosno kako bi zakonski zastupnici mogli potrošiti novac u njegovu korist?<sup>88</sup> Naknadom mu se ne može priuštiti ništa zbog toga što bi osjeaj sreće i zadovoljstvo i što bi eliminiralo negativne posljedice štete. Prema tome, novac u ovakvim slučajevima ne bi mogao vršiti funkciju satisfakcije.

Za razliku od domaće literature, u uporednom pravu se smatra da ovo nije jedina, a ipak isto ni primarna funkcija nematerijalne štete.<sup>89</sup> Takva stajališta se

---

zakonodavac je prihvatio naziv satisfakcija i afirmirao pravi novčani naknadi karakter satisfakcije. (Kalođer, M., *op.cit.*, str. 391).

<sup>84</sup> Radolović, A., *Pravo ličnosti kao kategorija građanskog prava*, *op.cit.*, str. 169.

<sup>85</sup> Kalođer, M., *op.cit.*, str. 367.

<sup>86</sup> *Flanne v. United States*, 4th Cir., 718 F.2d 108, 111, cert. denied 467 U.S. 1226, 104 S.Ct. 2679, 81 L.Ed.2d 874.

<sup>87</sup> Stolker, C., *The Unconscious Plaintiff: Consciousness As A Prerequisite For Compensation For Non-Pecuniary Loss*, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39, 1990, str. 97.

<sup>88</sup> Ovdje se otvara još jedno delikatno pitanje, a to je eventualno ograničavanje trošenja sredstava dobivenih na ime naknade. Specifičnost vezana za osobe sa mentalnim smetnjama u odnosu na druge tipove invaliditeta jeste da, u slučaju kada im je oduzeta poslovna sposobnost, njihova prava i interese zastupaju staratelji. Oni kao zakonski zastupnici mogu u ime ovih osoba podnijeti tužbu za naknadu štete, bilo da se radi o mentalnim oštećenjima nastalim kao posljedica delikta (npr. saobraćajne nesreće ili medicinske greške) ili o povredi prava ličnosti osobe koja već od ranije ima mentalne smetnje. Prema tome, podnošenje tužbe zavisi ne od ličnog osjeaja oštećenog, nego od objektivne procjene takvog oštećenja od drugih lica koja su sa oštećenikom u bliskoj vezi, koji udjeluju i o načinu upotrebe novca dobivenog na ime naknade. Sud se generalno ne bi trebao miješati u to kako će naknada štete biti utrošena. U teoriji se naglašava da je pravo na naknadu pojmovno nezavisno od njene upotrebe. (Kalođer, M., *op.cit.*, str. 52-53). I u njemačkom pravu je oštećenikom prepušteno da sam odlučuje da li će sredstva od naknade zaista iskoristiti za otklanjanje štete. (Mayer, T., *Zakon o naknadi štete u nemačkom građanskom zakoniku-osnove i aktuelne tendencije*, Naknada štete i osiguranje, udruženje za odštetno pravo Beograd i Euromedija Budva, Budva/Beograd, 2005, str. 168). Postavlja se pitanje da li bi i u našem pravu zakonske zastupnike trebalo ograničiti kako bi novac upotrijebili isključivo za poboljšanje stanja oštećenog?

<sup>89</sup> Van Boom, W., *Comparative notes on injunction and wrongful risk-taking*, 17 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1 (2010), str. 15; Heriot, Gail, *Civilizing Punitive Damages. Lessons from Restitution*, *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 36, br. 2/9 (2003), str. 871. Da naknada ima i kaznenu funkciju smatra i jedan dio domaće teorije. Npr. Borovac

pravdaju uobičajenom praksom dosuđivanja naknade nematerijalne štete pravnim osobama, duševno bolesnim i osobama u stanju kome, kao i osobama dobrog materijalnog stanja kod kojih se ne može ostvariti funkcija satisfakcije.

U velikom broju pravnih poredaka pravi nov anoj naknadi nematerijalne štete se pridaje dominantno kompenzacijska funkcija, prema kojoj nova naknada ima funkciju poravnivanja prouzrokovane nematerijalne štete.<sup>90</sup> Za razliku od naknade kao satisfakcije koja se procjenjuje subjektivno, naknada kao kompenzacija za prouzrokovanu štetu se procjenjuje objektivno. Ona predstavlja „simboličnu“, odnosno „pravu“ naknadu, onu koju društvo smatra primjerenom s obzirom na značaj povrijeđenog dobra, stepen njegove povrede i ostale okolnosti slučaja.<sup>91</sup>

U stranoj se literaturi naglašava da se, osim o interesu oštećenika, na kojeg se fokusira satisfakcija i kompenzacija, mora voditi računa i o potrebi ostvarivanja nekih drugih, društveno poželjnih interesa i ciljeva. U tom kontekstu se pravi nov anoj naknadi pridaju još dvije značajne funkcije: kaznena i preventivna.<sup>92</sup>

Prevenciju kao jedan od ciljeva naknade štete (ili bar poželjnu nuspojavu) priznaje većina evropskih zemalja (osim Grčke, Italije i Nizozemske),<sup>93</sup> a predviđaju se i u Principima Evropskog odštetnog prava.<sup>94</sup> Iako ima onih koji

---

smatra da „[...]u stvarnosti pravi nova naknada ipak kažnjava štetnika, ali u mjeri u kojoj to okolnosti konkretnog slučaja dozvoljavaju.“ (Borovac, J., *Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povrede prava ličnosti*, *op.cit.*, str. 117).

<sup>90</sup> Funkcija kompenzacije je primarna u onim sistemima koji izjednačavaju materijalnu i nematerijalnu štetu u pogledu njene naknade. Takva je situacija u Francuskoj, Belgiji i Luksemburgu, te u zemljama gdje su se pravni sistemi razvijali pod utjecajem francuskog zakonodavstva poput Tunisa (čl. 83 Graanskog zakonika, dostupan na: [http://www.e-justice.tn/fileadmin/fichiers\\_site\\_francais/codes\\_juridiques/Code\\_des\\_obligations\\_et\\_des\\_contrats.pdf](http://www.e-justice.tn/fileadmin/fichiers_site_francais/codes_juridiques/Code_des_obligations_et_des_contrats.pdf) (17.7.2014)) i Maroka (čl. 78 Graanskog zakonika, dostupan na: [http://www.wipo.int/wipolex/fr/text.jsp?file\\_id=191424#LinkTarget\\_625](http://www.wipo.int/wipolex/fr/text.jsp?file_id=191424#LinkTarget_625) (17.7.2014)). Takvu odredbu sadrži i Argentinski Graanski zakonik (čl. 1078, dostupan na: [http://archive.org/stream/argentinecivilc00whelgoog/argentinecivilc00whelgoog\\_djvu.txt](http://archive.org/stream/argentinecivilc00whelgoog/argentinecivilc00whelgoog_djvu.txt) (15.4.2016.)). Kompenzacijska funkcija prihvaćena je i u zemljama romanskog pravnog kruga u kojima naknada nematerijalne štete, za razliku od materijalne, podliježe određenim ograničenjima. (Npr. u Italiji i Paragvaju).

<sup>91</sup> Baret, M., *op.cit.*, str. 491.

<sup>92</sup> *Ibid.*, str. 492.

<sup>93</sup> Abramović, A., *Odgovornost za štetu nastalu objavom informacije*, Hrvatska pravna revija br. 4, 2004, str. 43. Npr. Švedski Hustler je nakon objavljene fotomontaže švedskih političara obavezan na plaćanje iznosa od 10.000 EUR, a sud je izričito naglasio da je iznos odštete veći zbog potrebe prevencije sličnih postupaka u budućnosti. (Larson, T. i Leonardi, D., *A comparative Study of Costs in Defamation Proceedings Across Europe*, Programme in Comparative Media Law and Policy Centre for Socio-Legal Studies, University of Oxford, 2008., str. 143).

<sup>94</sup> Vidjeti čl. 2:104 Principa Evropskog odštetnog prava. (<http://civil.udg.edu/php/biblioteca/items/283/PETL.pdf> (14.11.2014)).

ovu funkciju negiraju,<sup>95</sup> kao i onih koji preventivnu funkciju isti u kao primarni cilj nov ane naknade,<sup>96</sup> ve ina autora ipak drži je prevencija skoro uvijek sporedan efekat nov ane naknade nematerijalne štete.<sup>97</sup> Iako ostaje empirijski nedokazivo da gra anskopravna sredstva preveniraju budu e štete jer na promjene ljudskog ponašanja može djelovati više razli itih faktora, strah od pla anja nov anih naknada može nesumnjivo stimulirati potencijalne štetnike da pove aju stepen pažnje prilikom obavljanja djelatnosti kojima se može prouzrokovati povreda ne ijeg prava li nosti. Preventivna funkcija pravi ne nov ane naknade u vezi s povredom prava li nosti trebala bi utjecati na sve pravne subjekte<sup>98</sup> da ne vrije aju prava drugih pravnih subjekata jer i tuženi i svi tre i, potencijalni kršitelji prava tužioca, imaju pred sobom sasvim jasno izražen stav pravosudnog autoriteta da e svako takvo ili sli no ponašanje i u svim budu im slu ajevima obavezivati na popravlanje štete. Dakle, prevencija bi trebala omogu iti da se nastupanje štetnih posljedica u što je ve oj mjeri smanji.

Osim preventivne, i kaznena funkcija odštetnog prava je prihva ena u jednom broju odštetnopravnih sistema.<sup>99</sup> Izvor ovog shvatanja je u rimskom deliktom pravu. Nov ana naknada kao privatna kazna po iva na ideji *vindictae*. U tome, a ne u svoti koju prima, ošte eni nalazi zadovoljenje za povrije eni pravni osje aj. Pristalice kaznene funkcije nakande nematerijalne štete smatraju da, pošto je povredom prava li nosti naneseo izvjesno moralno zlo, koje se ne može ukoniti ni platiti, onome koji je to zlo skrivio može se nametnuti jedno

---

<sup>95</sup> Loza isti e da gra anskopravna odgovornost nema za cilj prevenciju (Loza, B., Bogdan, *Obligaciono pravo*, Kaner, Sarajevo, 2000., str. 197). Burazin smatra da je retributivnu i preventivnu funkciju popravlanja štete mogu e odbaciti kao nesuglasne bitnim obležjima popravlanja štete. (Burazin, L., *Hegelov prinos suvremenom odštetnom pravu sa stajališta op e teorije i filozofije prava*, Hrvatska pravna revija, XI/2011, str. 82).

<sup>96</sup> Starck govori o primatu preventivne funkcije odštetnog prava. On smatra da se taj cilj pokazuje opravdan i ako se posmatra kroz pizmu interesa same žrtve za koju naknada rijetko predstavlja stvarnu reparaciju, za koju je naknada u ve ini slu ajeva samo približno zadovoljenje koje skoro nikada ne lije i potpuno. (Starck, B., *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, 1947, str. 355-356, Navedeno prema, prema Stankovi , O., *Nov ana naknada neimovinske štete*, Savremena administracija, Beograd, 1972, str. 56).

<sup>97</sup> Owen, G., David, *Why Philosophy Matters to Tort Law*, u: *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford Univeristy Press, New York, 1995, str. 7; Radolovi , A., *Odnos prava osobnosti i medijskog prava*, *op.cit.*, str. 270; Stephanson, Graham, *Sourcebook on Torts*, 2 izd., Cavendish Publishing, Ltd, London, 2000, str. 7; Nikši , Saša, *Povreda prava na duševni integritet, u: Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povreda prava osobnosti* (Klari , P. ur.), Narodne novine, Zagreb, 2006., str. 228; Po u a, M., *Naknada nematerijalne štete zbog pretrpljenog straha*, Privredna akademija, Novi Sad, 2008, str. 56 i dr.

<sup>98</sup> U ovom smislu govorimo o generalnoj i o specijalnoj prevenciji, jer naknada treba utjecati i na budu e ponašanje samog štetnika, kao i na druge potencijalne po inioce.

<sup>99</sup> Tzv. kaznene odštete (*punitive* ili *exemplary damages*) karakteristi ne su za zemlje common law pravnog sistema. Me utim, kaznena funkcije se sve više prihvata i u drugim pravnim sistemima. Tako je kao jedna od funkcija nakande štete danas prihva ena u ruskom (Osakwe, Christopher, *Russian civil code, Parts 1-3 Text & Analysis*, Wolters Kluwer, Rusija, 2008, str. 212), u estonskom (Lahe, Janno, *Punitive Damages in Estonian Tort Law?*, *Journal of European Tort Law* vol 2. br. 3/2011, str. 286.), te u finskom pravu (Winiger, B. *et al.*(ur.), *Essential Cases on Damage*, Walter de Gryter, Berlin, 2011., str. 46).

drugo zlo, i na taj na in povrije enom pribaviti zadovoljenje.<sup>100</sup> Štetnik tako mora žrtvovati jedan dio svoje imovine radi popravljaja štete koju je pri inio drugome. Njegova imovinska situacija e se pogoršati usljed izdvajanja sredstava za naknadu štete. Ali, on je to i zaslužio, jer je drugog povrijedio. Zbog toga on treba da ispašta. Prema tome se vidi da se naknada štete prema štetniku zaista pojavljuje kao sankcija. On trpi sankciju, jer bi bilo nepravedno da ostane nedirnuta njegova imovina.<sup>101</sup> Svrha naknade štete je dakle kažnjavanje onoga ko za povredu odgovoran. Ali, pošto nije mogu e da se obi ni civilni delikti kazne javnim kaznama, potrebno je pribje i privatnopravnim kaznama, koje su i ranije u gra anskom pravu igrale veliku ulogu.<sup>102</sup> Ovom shvatanju se me utim prigovara da ne pruža koherentno teorijsko objašnjenje odštetnog prava s obzirom na to da ne omogu uje opravdanje korelativne veze koja spaja dvije strane odštetnopravnog odnosa. Naime, odre uju i popravljaje štete isklju ivo kao sankciju, to je shvatanje usmjereno jednostrano, prema delikventu, a ne na na in da istovremeno obuhvati obje strane odštetnopravnog odnosa.<sup>103</sup>

Dok jedan dio teorije smatra da naknada štete ne smije imati kazneni karakter,<sup>104</sup> drugi pak ne isklju uju i kaznu kao jedan od ciljeva naknade.<sup>105</sup> U

---

<sup>100</sup> Kalo era, M., *op.cit.*, str. 48.

<sup>101</sup> Prema Morait, B., *Obligaciono pravo*, knjiga druga (vanugovorni obligacioni odnosi), Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, Banja Luka, 2007, str. 438.

<sup>102</sup> *Ibid.*, str. 46.

<sup>103</sup> Burazin, L., *op.cit.*, str. 83.

<sup>104</sup> Srdi isti e da je veoma važno da odluka kojom se dosu uje naknada štete nema kazneni karakter u odnosu na lice koje je iznijelo izražavanje, odnosno prouzrokovalo štetu nekom drugom licu. (Srdi , M., *Kleveta u sudskoj praksi*, u: *Medijsko pravo u Bosni i Hercegovini*, Halilovi , Mehmed i Džihana Amer (ur.), Internews, Sarajevo, 2012., str. 145.) Loza smatra da svrha deliktne gra anskopravne odgovornosti, pa i realiziranje obaveze na naknadu štete u savremenim pravnim sistemima nije kažnjavanje odre enog lica za nastalu štetu. Kazneni karakter obaveze na naknadu štete bio je karakteristi an za primitivne pravne sisteme i danas je prevazi en. (Loza, B., *op.cit.* str. 265). Petrovi smatra da ista suma novca ne može istovremeno zadovoljiti zahtjeve reparacije i kazne, iz razloga što su im funkcije razli ite. Uklanjanje kazne iz privatnog prava posljedica je civilizacijskog razvoja uopšte, tokom kojeg se kazna sve više povla ila iz gra anskog prava i zauzimala svoje mjesto u krivi om pravu. Naknada štete se tokom vremena oslobodila svih kaznenih elemenata, a uporedo s ovim procesom, išao je proces monopolizacije kazne od strane države. (Petrovi , Z., *Naknada nematerijalne štete zbog povrede prava li nosti*, Novinsko-izdava ka ustanova „Vojska“, Beograd, 1996, str. 24 i 25). Prema Kalo eri u savremenom privatnom pravu nema ni traga privatnim kaznama. U rimskom je pravu ova sankcija u sebi sadržavala kaznene momente, ali je pravni razvitak išao u tom pravcu, da se naknada štete oslobodila svih kaznenih elemenata i da se iskristalizirala kao ista civilnopravna sankcija, ija je jedina svrha izravnavanje nanesene štete. (Kalo era, M., *op.cit.*, str. 49).

<sup>105</sup> Tako Radolovi , iako u cjelosti zastupa teoriju reparacije, naglašava da e u odre enim slu ajevima upravo i kažnjavanje štetnika doprinijeti zaštiti li nosti ošte enog, ali i zaštiti potencijalno novih ošte enika. (Radolovi , A., *Pravo li nosti kao kategorija gra anskog prava*, *op.cit.*, str. 171). Misita smatra da, ako u bilo kojem obavezivanju na naknadu štete ima penalnih i preventivnih elemenata, najlakše ih je na i u nov anoj naknadi nematerijalne štete. (Misita, N., *Pravi nost i nov ana naknada neimovinske štete*, Pravni fakultet u Sarajevu, Sarajevo, 1989, str. 190). Biki smatra da, iako je primarni cilj naknade štete uspostavljanje ravnoteže razli itih

prilog postojanja kaznene funkcije gra anskopravne odgovornosti za štetu se navodi da ta funkcija proizilazi i iz injenice da se za odgovornost u pravilu zahtjeva i krivica štetnika.<sup>106</sup> Me utim, uzimanje u obzir krivice pri odmjeravanju štete ne zna i da se prihvata privatna kazna, ve da se ide za ostvarivanjem ideje pravednosti.<sup>107</sup> Osim toga, iako su okolnosti o kojima se vodi ra una u oba slu aja stepen krivice štetnika i njegove imovinske prilike, o ovim se okolnostima ne vodi ra una na isti na in i pod istim pretpostavkama.<sup>108</sup>

#### **2.4. Utjecaj mentalnih smetnji na odre ivanje visine naknade nematerijalne štete**

Tre e pitanje na koje u vezi sa obligacionopravnom zaštitom osoba sa mentalnim smetnjama treba dati odgovor jeste da li je prilikom odlu ivanja o visini naknade štete od zna aja okolnost da je ošte eni osoba sa mentalnim smetnjama? Prema trenutnom zakonskom rješenju u Bosni i Hercegovini stepen duševne bolesti, odnosno zaostalnosti u razvoju bi e odlu uju i za odgovor na pitanje kakvu, odnosno koliku štetu trpi lice zbog štetnog doga aja i kolika satisfakcija odgovara takvoj šteti.<sup>109</sup>

Sudija visinu naknade odre uje po slobodnoj ocjeni, imaju i u vidu sve okolnosti slu aja, pa bi prema tome mogao u obzir uzeti i stepen psihofizi kog razvoja ošte enog. Takvo rezonovanje može dovesti do paradoksalnih situacija u slu ajevima kada je mentalno ošte enje posljedica delikta. Naime što je ve a šteta ošte eni bi imao pravo na manji iznos naknade, npr. ako osoba padne u

---

imovina štetnika i ošte enog, naknada štete u sebi sadrži i obilježja kazne, jer dužnik mora trpjeti umanjenje svoje imovine u korist povjerioca. (Biki , A., *Naknada štete, op.cit.*, str. 98-99).

Stankovi citira Hugueneya koji tvrdi da privatna kazna predstavlja neku vrstu „ventila sigurnosti“. Kažnjavaju i krivca žrtvi se daje puna satisfakcija i time spre ava eksplozija osvete do koje bi moglo do i ako bi društvo prinudilo žrtvu da u prisustvu povrde svog prava ostane u uskim granicama reparacije. Taj osje aj žrtve izazvan primljenim udarcem koji nije uzvra en, javna kazna nije u stanju da zadovolji. Ona je to mogla u vrijeme kad je predstavljala odmazdu, ali ne i u današnje vrijeme kada je popravna. Društvo je iznevjerilo pojedinca i zloupotrebilo povjerenje: pojedinac zahtjeva svoju privatnu kaznu. (Hugueneya, L., *L'idée de paine en droit contemporain*, Paris, 1904, str. 324, navedeno prema Stankovi , O., *Nov ana naknada neimovinske štete, op.cit.*, str. 58). Po u a smatra da, iako je cilj nov ane naknade satisfakcija, ni kazneni karakter ove naknade se ne može zaobi i, jer se imovina odgovornog lica umanjuje za iznos koji je obavezan da plati na ime naknade štete. (Po u a, M., *op.cit.*, str. 93). Da pla anje naknade sadrži i elemente kažnjavanja slažu se i strani autori (Borvik, B., *op.cit.* str. 79). Njema ki filozof Hegel je popravlanje štete shva ao kao privatnopravno ispravljanje nepravda, tj. vrstu kazne za povredu apstraktnog prava. Stoga, da bi služila cilju zaštite subjektivnih prava, država mora kazniti štetnike. (prema: Burazin, L., *op.cit.* 82, prema: Knowles, D., *Hegel and the Philosophy of right* D. Knowles, *Hegel and the Philosophy of Right*, Routledge, London, 2002., str. 147).

<sup>106</sup> Nikši , S., *op.cit.*, str. 228.

<sup>107</sup> Kalo era, M., *op.cit.*, str. 52.

<sup>108</sup> Stankovi , O., *Nov ana naknada neimovinske štete, op.cit.*, str. 50.

<sup>109</sup> Andrejevi , S., Milutinovi , Lj. i Petrovi , Z., *Promjena stavova sudske prakse prema naknadi nematerijalne štete*, Trideset godina Zakona o obligacionim odnosima, *de lege lata i de lege ferenda*, GTZ i Otvoreni regionalni fond za Jugoisto nu Evropu - Pravna reforma, Beograd, 2009, str. 275.

komu ne bi nikako imala pravo na nov anu naknadu, a ona koja je pretrpjela samo manje ošte enje mozga imala bi pravo na najvišu naknadu jer je najsvjesnija takve povrede.

U jednom primjeru iz holandske sudske prakse, dje ak je bio teško povrije en u saobra ajnoj nesre i koju je skrivila druga osoba. On je pretrpio teška ošt enja mozga i bio je u komi nekoliko mjeseci. Nakon što je došao svijesti, utvr eno je da ima niz fizi kih poteško a, od inkontinencije do nemogu nosti govora i paralize. Njegovi roditelji su kao zakonski zastupnici podnijeli tužbu kojom su zahtijevali iznos od 100.000 holandskih guilderera. Oni su željeli novcem kupiti sinu džip kojim bi ga vikendom vodili na plažu gdje bi se mogao kupati u moru. Tako er su željeli u ku i napraviti bazen. Me utim, štetnik je u odgovoru na tužbu isticao da je dje ak nesvjestan svoje situacije i ne osje a niti e osje ati duševnu bol u budu nosti. Holandski sud mu je dodijelio 70.000 guilderera, jer je prema okolnostima slu aja uzeo u obzir mogu nost da dje ak nije potpuno svjestan situacije u kojoj se nalazi, što je uticjecal o na dosu ivanje manjeg iznosa nov ane naknade od zahtijevanog.<sup>110</sup>

U predmetu *Cooke v. Walsh* iz irske sudske prakse, tužitelju koji je pretrpio teška ošte enja mozga u automobilskoj nesre i, sud je dosudio naknadu nematerijalne štete u iznosu od 125.000 funti. Me utim, po žalbi štetnika u pogledu visine naknade, Vrhovni sud je prina io presudu istakavši da u takvim slu ajevima naknada mora biti umanjena, jer tužilac nije svjestan, pa je pošte en duševne boli koju bi mu svijest o njegovom stanju mogla prouzrokovati.<sup>111</sup>

### 3. Zaključak

Prisutnost mentalnih smetnji ne opravdava nijedan oblik diskriminacije. Prema Konvenciji o pravima osoba sa invaliditetom diskriminacija po osnovu invalidnosti zna i svako pravljenje razlike, isklju ivanje ili ograni avanje po osnovu invalidnosti iji cilj ili posljedica jeste ograni avanje ili poništavanje priznanja, uživanja ili sprovo enja svih ljudskih prava i osnovnih sloboda izme u ostalog i u oblasti gra anskih prava. Diskriminacija bilo koje osobe na osnovu invaliditeta predstavlja povredu uro enog dostojanstva i vrijednosti ovjeka. Države se stoga obavezuju preduzeti sve odgovaraju e mjere, uklju uju i zakonodavne, radi izmjene, opozivanja ili poništavanja svih zakona, podzakonskih akata, obi aja i prakse koji predstavljaju diskriminaciju osoba sa invaliditetom.

Trenutna rješenja Zakona o obligacionim odnosima diskriminiraju osobe sa mentalnim smetnjama u oblasti ostvarivnja njihovog prava na nov anu naknadu nematerijale štete jer se nematerijalna šteta definiše kao duševni bol ili strah koji osobe sa težim oblicima mentalnih smetnji, s obzirom na svoj psiho-

---

<sup>110</sup> *Rechtbank Amsterdam*, VR 1975 br. 60 i 61 od 8.6.1973 i 1.2.1974. godine.

<sup>111</sup> *Cooke v. Walsh* [1983] ILRM 429.



socijalni razvoj nisu u stanju da osjete. Takva naknada se ne bi mogla dosuditi ni osobama su u stanju kome ili koje imaju neki drugi oblik poremećaja svijesti. Takve osobe, prema trenutnim spoznajama medicine ne mogu osjetiti bol i strah, niti naknada može u ovim slučajevima vršiti svoju funkciju satisfakcije. Stoga se postavlja pitanje da li se naknadi mogu prepisati i neke druge funkcije, poput kompenzacije, prevencije i kazne. Smatramo da, s obzirom na takve tendencije u uporednom pravu ne treba isključiti mogućnost da naknada ostvari i neku drugu funkciju osim zadovoljenja žrtve.

Subjektivna koncepcija naknade nematerijalne štete je restriktivna i nije na nivou modernog učenja o pravu ličnosti, pa je prihvatanje objektivne koncepcije *de lege ferenda* u Bosni i Hercegovini opravdano i neophodno jer doprinosi širenju predmetnog i personalnog polja primjene pravila o nematerijalnoj šteti u korist oštećenih. Tako bi pravo na novu naknadu nematerijalne štete nesumljivo bilo priznato i osobama sa težim oblicima mentalnih smetnji i osobama bez svijesti, kao i osobama koje su objektivno pretrpjele izuzetno teške povrede ovih prava, a da pritom nisu trpjele fizičke ili duševne boli i strah. Ako se naknada štete u ini nezavisnom od duševne boli i straha, tada se pri odmjeraivanju ove štete ne bi morao uzimati u obzir stepen mentalnog oštećenja, odnosno stepen tog oštećenja i visina naknade ne bi bili obrnuto proporcionalni.

Ovakva moderna zakonska regulativa jedna je od mjera kojom se u okviru građanskog prava može smanjiti mogućnost da osobe sa mentalnim smetnjama postanu žrtve štetnog djelovanja drugih. Prihvatanjem objektivne koncepcije osobe sa mentalnim smetnjama bi se izjednačile u svojim pravima sa drugim osobama u slučaju kada do takvih povreda dođe, čime bi se generalno poboljšao njihov položaj.

dr. sc. Lana Bubalo, Senior Assistant  
University „Džemal Bijedi “ of Mostar, Faculty of Law

## **PROTECTION OF PERSONS WITH MENTAL DISORDERS IN THE LAW OF OBLIGATIONS**

**Summary:** In this paper, the author examines how the law of obligations can contribute to the protection of persons with mental disorders, and whether and how certain legislative interventions *de lege ferenda* could improve such protection. In relation to the status of persons with mental disorders, there are many theoretical and practical issues relating to some of the basic principles of tort law. For example, it is disputable whether they should have the right to compensation of non- material damages, whether they should have all the rights of personality recognized, how the degree of mental impairment can affect the amount of compensation and what functions the damages have in these cases. The conclusion is that the adoption of an objective concept of non- material damage, where the non-material damage is defined as a violation of personal rights, is reasonable, because any other solution would constitute a form of discrimination under the Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

**Key words:** mental disorder, personality rights, non-material damages, the functions of damages.

**II SESIJA**



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

## **AUTONOMIJA PUNOLETNIH LICA (NE)SPOSOBNIH ZA RASU IVANJE U OSTVARIVANJU PRAVA NA ZAŠTITU ZDRAVLJA**

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

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

**Ključne reči:** autonomija, pravo na zaštitu zdravlja, sposobnost za rasu ivanje

### **1. Uvod**

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

---

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

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

"autonomija poiva na ose anju dužnosti". To je imperativ koji podrazumeva da se ne rukovodimo ose anjima i interesima, ve poštuju i "moralni zakon u nama".<sup>3</sup> Individua je autonomna ako se u datoj situaciji ponaša dobrovoljno i slobodno na na in za koji oceni da je univerzalno najbolji.

Iako autonomija li nosti predstavlja danas jednu od osnovnih pravnih vrednosti, postavlja se pitanje rešenja u slu aju lica koja zbog bolesti ili smetnji u psihofizi kom razvoju nisu sposobna za rasu ivanje. U poslednjim decenijama pitanje autonomije ovih lica je postalo glavna preokupacija u oblasti zaštite njihovog zdravlja. Da li e ona i u situaciji kada se nalaze pod pravnom zaštitom zbog konstatovane bolesti ili smetnje u psihi kom razvoju uprkos svega biti pozvana da izraze svoju volju koja je sastavni deo autonomije li nosti,<sup>4</sup> da budu saslušana onda kada se odlu uje o njihovom zdravlju. Autonomija volje je prava linija razgrani enja izme u lica koje je subjekt i koje pravo tretira kao objekt prava. Jer i ova lica raspolažu pravima i obavezama kao i sva druga, bez obzira da li su lišena ili ne poslovne sposobnosti: pravo da se školuju, da štite svoje zdravlje, da rade, da imaju slobodu nastanjivanja. Pored ovih opštih gra anskih prava, kao osobe sa invaliditetom poseduju i izvesna specifi na prava. U ovom pogledu treba se podsetiti na dokumenta koja im ta prava obezbe uju, a posebno, svakako, na Konvenciju o pravima osoba sa invaliditetom.<sup>5</sup> Posebna zaštita koja se njome pruža javlja se kao odraz etike koja treba da povrati invalidnim osobama vrednosti ljudskog bi a, bez obzira na njihove sposobnosti i razli itosti.<sup>6</sup>

U prilog autonomije ovih lica su i davno proklamovani principi slobode i jednakosti još iz francuske Deklaracije o pravima oveka i gra anina u ijem se prvom lanu navodi da se "ljudi ra aju i ostaju slobodni i jednaki u pravima".

---

<sup>3</sup> Prema Kantu sve ono što ne može služiti ljudima mora se odbaciti. Dakle, ništa ne bi moglo da bude moralni princip ako ne može biti za sve ljude. Moral po inje odbacivanjem svega onoga š se ne može initi univerzalnim. Ovu ideju Kant je formulisao kao zahtev koji je nazvao „kategoriki imperativ“ ili opštije, moralni zakon. Kategoriki imperativ je vrlo jasan; on nam ništa ne nare uje, ostavlja nam punu slobodu u odlu ivanju, ali ipak kaže šta ne treba da inimo. Jedna od verzija ovog moralnog zakona glasi: „Postupaj tako da maksima tvoje volje uvek može istovremeno važiti kao princip sveopšteg zakonodavstva“ (Kant, I, *Kritika prakti nog uma*, BIGZ, Beograd, 1979, 53).

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

<sup>5</sup> Convention on the Rights of Persons with Disabilities (UN CRPD). Konvencija je usvojena na 61. zasedanju Generalne skupštine Ujedinjenih nacija, na sednici od 13. decembra 2006. godine. Konvencija sadrži i Opcioni protokol, koji je tako e bio predmet ratifikacije, Zakon kojim se potvr uje ratifikacija Konvencije "Službeni glasnik RS – Me unarodni ugovori", br. 42/09. Prema 1.1. st.2. ove konvencije, "Osobe sa invaliditetom obuhvataju osobe koje imaju dugoro na fizi ka, mentalna, intelektualna ili senzorna ošte enja koja u sadejstvu sa razli itim barijerama mogu otežati puno i efektivno u eš e ovih osoba u društvu na osnovu jednakosti sa drugima".

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

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

## 2. Novi koncept zaštite

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

---

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

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

<sup>9</sup> Izraz "ranjive osobe" i "ranjive društvene grupe" sve se više kod nas koristi u različitim publikacijama. U svakom slučaju ne treba praviti znak jednakosti izmeću ovih lica i onih koja su poslovno nesposobna. Profesor Hauser navodi da su poslovno nesposobna lica lišena prava u cilju njihove zaštite dok su mere zaštite koje se pružaju ranjivim osobama više usmerene da im se obezbedi više prava, ali da su granice izmeću njih vrlo nejasne. Hauser (J.), " *Incapables et/ou protégés. Sur le projet de réforme du droit des incapacités*", *Informations sociales*, 2007/2, n°138, p.10. Navedeno prema: Gridel, M: J - P, *L'acte éminemment personnel et la volonté propre du majeur en tutelle*, [http://www.courdecassation.fr/publications\\_cour\\_26/rapport\\_annuel\\_36/rapport\\_2000\\_98/d\\_euxieme\\_partie\\_tudes\\_documents\\_100/tudes\\_theme\\_protection\\_personne\\_102/personnel\\_volonte\\_5853.html](http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2000_98/d_euxieme_partie_tudes_documents_100/tudes_theme_protection_personne_102/personnel_volonte_5853.html)

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

---

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

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

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

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

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



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

### 3. Tradicionalni koncept zaštite

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

---

<sup>15</sup> Primenjuje se u Engleskoj i Velsu, zajedno sa *Code of Practice*.

<sup>16</sup> Paragrafi 1896 - 1908. *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*.

<sup>17</sup> U drugim zemljama se koriste drugi nazivi, kao što su "zaštićena lica"

izjedna avaju u ovim slu ajevima sa maloletnim licima u pravima Srbije, Bosne i Hercegovine (Federacije BiH i Republike Srpske) , C.Gore.<sup>18 19</sup>

Zaštita ovih lica se uspostavlja odlukom vanparni nog suda kojom se unapred u potpunosti ukida ili redukuje njihovo pravo da svojom saglasnoš u ili nesaglasnoš u odlu uju i o svom zdravlju. Lice lišeno poslovne sposobnosti tako postaje dvostruko ranjivo. Sa jedne strane ono je bolesno ili ima smetnje u psihofizi kom razvoju, a sa druge strane je usled toga poslovno nesposobno.<sup>20</sup>

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

Lišenje poslovne sposobnosti punoletnih lica automatski dovodi do gubitka ljudskih prava i mogu nosti da samostalno uobli avaju sopstveni život.<sup>21</sup>Neka prava ustanovljena u cilju zaštite lica, kao što su pravo na sklapanje braka i zasnivanje porodice, pravo na poštovanje privatnog i porodi nog života, postaju tako besmislena.<sup>22</sup> Budu i da savremeno pravo ide u pravcu proširenja prava li nosti, postalo je anahrono da punoletna lica lišena poslovne sposobnosti ovo ne koriste. Stoga je potrebno utvrditi koje su mogu nosti zaštite njihove autonomije i u ovakvom sistemu, ili je potrebno u potpunosti ga reformisati kao

---

<sup>18</sup> Vid. 1.147. Porodi nog zakaona, 1.194. Porodi nog zakona Federacije BiH, 1.239. Porodi nog zakona Crne Gore, Interesantno je da Porodi ni zakon Republike Srpske ne govori o sposobnosti ovih lica ve o o ovlaš enjima staratelja porede i njihova ovlaš enja sa onim koja ima staratelj maloletnog lica ( 1.211).

<sup>19</sup> U ovom pogledu može se re i da su se rešenja Obiteljskog zakona Republike Hrvatske najviše udaljila od ovog modela usvajaju i neka osnovna na ela iz Konvencije o zaštiti lica sa invaliditetom iako je i dalje zadržan institut lišenja poslovne sposobnosti. Lice se ne može potpuno lišiti ove sposobnosti ve samo u jednom delu i to u pogledu onih prava o kojima se ne može brinuti ( 1. 234). Pri tome se u nabranju radnji i poslova koje osoba u pogledu svog li nog statusa ne može preduzeti izri ito pominju i "odluke o zdravlju", osim ako Zakonom nije druk ije odlu eno.

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

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

<sup>22</sup> Isto, str.12.

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

#### **4. Autonomija lica nesposobnih za rasu i vanje**

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

---

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

<sup>28</sup> Kao što se kaže u čl. 459. francuskog Građanskog zakonika.

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

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

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

#### 4.1. Autonomija lica lišenih poslovne sposobnosti

Da bi osoba mogla donositi odluke o svom zdravlju potrebno je da ima odre enu sposobnost za to. Prema Zakonu o pravima pacijenata Republike Srbije<sup>31</sup> za punovažni pristanak na medicinsku meru ne zahteva se poslovna sposobnost pacijenta budu i da se radi o odluci koja intimno poga a lice i njegov telesni integritet, a ne o zaklju enju nekog pravnog posla, npr. ugovora. Ova sposobnost se ozna ava kao sposobnost za rasu ivanje.<sup>32</sup> Zakon o pravima pacijenata Republike Srbije ne odre uje ovaj pojam, osim kada se radi o sposobnosti za rasu ivanje deteta od 15 godina. Sposobnost za rasu ivanje je jedno fakti ko stanje, relativno i subjektivno.

U oblasti prava na zaštitu zdravlja najviše je u injeno na afirmaciji autonomije lica lišenih poslovne sposobnosti, iako ve ina odredbi Zakona o pravima pacijenata na isti na in tretira dve ranjive kategorije, decu i lica lišena poslovne sposobnosti. U ovom Zakonu postoje odredbe kojima se afirmiše autonomija lica nesposobnih za rasu ivanje u svim slu ajevima kada se donosi odluka o njihovom zdravlju, dok su u nekim drugim zakonima sadržana rešenja samo za slu aj preduzimanja pojedinih medicinskih mera.

Poznato je da primena odgovaraju e medicinske mere prema pacijentu iziskuje njegov prethodni slobodni pristanak što se izri ito kaže u 1.15. Zakona o pravima pacijenata. Pravo na pristanak uobi ajeno obuhvata i pravo na odbijanje predložene medicinske mere. Pravna podloga pristanka na medicinsku

---

<sup>31</sup> „Službeni glasnik RS“ broj 45/13

<sup>32</sup> Sposobnost za rasu ivanje je izraz preuzet iz švajcarskog Gra anskog Zakonika ( lanovi: 97,120/1.ta .2, 303 i 467). Zakonik je u opštim odredbama, o fizi kim licima, u 1.16 dao negativnu definiciju sposobnosti za rasu ivanje, ozna avaju i je odsustvom nesposobnosti. Prema njemu "sposobno za rasu ivanje je svako lice kome zbog detinjstva, mentalnog poreme aja, fizi kih smetnji, pijanstva i sli nih stanja nedostaje sposobnost da razumno postupa". Prema ovom Zakoniku sposobnost za rasu ivanje jednog lica se pretpostavlja i svi oni koji tvrde suprotno moraju to i da dokažu. Vid. Pelet, O, *La capacité de discernement est-elle expertisable ?* Douleur analg. 24 (2011). Objavljeno na: <http://link.springer.com/article/10.1007%2Fs11724-011-0253-9#page-1>, Pristup: 2. jul 2013.

meru nalazi se u pravu na samoodre enje,<sup>33</sup> odnosno mogu nosti da li nost sama slobodno odlu uje o svom životu u skladu sa sopstvenim ciljevima.<sup>34</sup>

U slu aju da je lice lišeno poslovne sposobnosti medicinska mera se može preduzeti uz pristanak njegovog zakonskog zastupnika ( 1.19.st.1). Nadležni zdravstveni radnik je, me utim, dužan da omogu i da ovaj pacijent i sam bude uklju en u donošenje odluke o pristanku na predloženu medicinsku meru u skladu sa njegovom zreloš u i sposobnoš u za rasu ivanje (st.2).<sup>35</sup> Naravno, formulacija "uklju en u donošenje odluke" nije isto što i pristanak na predloženu medicinsku meru. Pored toga, ovo nije i ono što se zove "potpomognuto odlu ivanje" budu i da se medicinska mera može preduzeti i ako ovo lice ne bude uklju eno u donošenje odluke jer po proceni nadležnog zdravstvenog radnika ne raspolaze potrebnom zreloš u i sposobnoš u. Bez obzira na ovu neuobi ajenu formulaciju može se re i da Zakon ovakvim rešenjem promovise autonomiju lica lišenog poslovne sposobnosti u svim slu ajevima kada se pojavljuje kao pacijent. Stoga se može smatrati da nadležni zdravstveni radnik ima obavezu (dužan je) da sistematski istražuje sposobnost ovog lica da izrazi svoju volju. Od toga e zavisiti njegovo uklju ivanje u donošenje odluke. Ako su uklju ena u donošenje odluke njihova volja ima samo konsultativni karakter. Bilo da pristaje na medicinsku meru ili da je odbija, volja ovih lica, prema slovu zakona, samo je jedan od elemenata na osnovu kojeg e nadležni zdravstveni radnik doneti odluku primeni medicinske mere.

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

Pored ovog slu aja od opšteg zna aja za afirmaciju autonomije lica lišenih poslovne sposobnosti, postoje i oni, posebni, regulisani zakonima iz

---

<sup>33</sup> Radiši , J, *Medicinsko pravo*, Beograd, 2008, str. 95.

Pravo na samoodre enje i telesni integritet se u Evropi izvode iz prava na poštovanje privatnog života, sadržano u 1.8. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Vid. Presudu suda u Strazburu *Pretty v. United Kingdom*, predstavka br.2346/02, odluka od 29. aprila 2002, (ta ka 61). Navedeno prema: <http://www.hrcr.org/safrica/life/Pretty.html>, Pristup: 19.april 2013.

<sup>34</sup> Prema Zakonu o pravima pacijenata "Pacijent ima pravo da slobodno odlu uje o svemu što se ti e njegovog života i zdravlja, osim u slu ajevima kada to direktno ugrožava život i zdravlje drugih lica" ( 1.15.st.1).

<sup>35</sup> Ovo je u suštini i zahtev iz 1.6. st.3. Konvencije o pravima oveka i o biomedicini.

<sup>36</sup> Za razliku od dece koja su navršila 15 godina života. Ona mogu samostalno dati pristanak na medicinsku meru ako su sposobna za rasu ivanje.

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

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

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

Ako je život žene ugrožen ili postoji opasnost od teškog narušavanja njenog zdravlja potreban je, pored zahteva trudnice, pristanak zakonskog zastupnika i saglasnost konzilijuma lekara odgovarajuće zdravstvene ustanove ili etičkog odbora zdravstvene ustanove, zavisno od toga o kojoj se nedelji trudnoće radi. Šta ako ona odbija prekid trudnoće kojim se njen život spašava ili održava? Ima li tada mesta primeni odredbe 1.17. Zakona o pravima pacijenata prema kojoj takvu medicinsku meru može da odbije samo lice sposobno za rasuđivanje? Ako se istovremeno radi i o hitnoj medicinskoj meri tada se prekid trudnoće u skladu sa Zakonom o pravima pacijenata može preduzeti i ako zakonski zastupnik nije dostupan ili odbija predloženu hitnu medicinsku meru i ako je to u najboljem interesu pacijenta. Hitna medicinska mera nije neizbežno i sinonim za ugroženost života ili otklanjanje opasnosti od teškog narušavanja zdravlja trudnice. Samo ako se radi o hitnoj medicinskoj meri prekid trudnoće bi se mogao izvršiti i bez nje i njenog zahteva i saglasnosti. U ovom slučaju neodređenost pojma hitne medicinske mere može da pokrije sve slučajevima preduzimanja mera pa i one kada je osoba sposobna za rasuđivanje.

Prema Zakonu o transplantaciji organa<sup>40</sup> lice potpuno lišeno poslovne sposobnosti može biti samo primalac organa pod uslovom da se sa tim saglasi njegov staratelj.<sup>41</sup> U ovom slučaju zakonodavac ne daje licu mogućnost da se o

---

<sup>38</sup> "Sl. glasnik RS", 16/95.

<sup>39</sup> Vid. Ponjavić, Z, *Prekid trudnoće e-pravni aspekti*, Kragujevac, 1997, str.140.

<sup>40</sup> "Sl. glasnik RS", br. 72/2009

<sup>41</sup> Uzimanje organa ili tkiva od lica lišenih poslovne sposobnosti je apsolutno zabranjeno. Ovo je u skladu sa 1.19. Konvencije o ljudskim pravima i biomedicini, kao i 1.6. st.1 da se nad osobama koje nisu u stanju dati svoj pristanak smeju preduzimati samo oni medicinski zahvati koji su od

ovome izjasni, bilo u vidu saglašavanja ili protivljenja, kao što je to predviđeno u slučaju kada je primalac maloletnik stariji od 15 godina ( 1.22. st.1). Volja lica potpuno lišenog poslovne sposobnosti u ovom slučaju nema nikakvog pravnog značaja. Ako je u pitanju primalac, lice delimično lišeno poslovne sposobnosti, presaivanje organa se može obaviti "pod uslovom da je presaivač to lice dao pismeni pristanak u skladu sa stepenom sposobnosti da samostalno donosi odluke i uz prisustvo i saglasnost staratelja koji potpisom potvrđuje iskazanu volju tog lica". Ovakva odredba, iako vodi računa o oštećenju sposobnosti u konkretnoj situaciji, teško može u praksi na pravi način da se primeni. Sposobnost ovog lica je određena odlukom o njegovom delimično lišenju u skladu sa 1.40. st.2 Zakona o vanparničnom postupku.<sup>42</sup> Ako je sud odredio da odluke u pogledu zaštite svog zdravlja može preduzimati samostalno, onda nije potrebna pismena potvrda staratelja. Ako, pak, to nije učinjeno sudskom odlukom onda je uvek, u skladu sa zakonom, potrebna saglasnost staratelja bez obzira na stepen sposobnosti ovog lica da samostalno donosi odluke, pa i u slučaju da je sposobno za presaivanje u konkretnom slučaju. Pored ovoga, sa pristankom se mora saglasiti i organ starateljstva.

Na izgled lično rešenje predviđeno u Zakonu o transplantaciji organa i tkiva<sup>43</sup>. Primaoci organa i tkiva mogu biti lica potpuno ili delimično lišena poslovne sposobnosti uz uslov pismenog pristanka od strane zakonskog zastupnika. U ovom slučaju volja lica potpuno lišenog poslovne sposobnosti nema pravnog značaja, dok lica delimično lišena poslovne sposobnosti mogu osujetiti transplantaciju ako se izričito protive tome ( 1. 22. Zakona).

Davalac organa izuzetno, pod određenim uslovima, može biti i lice mlađe od 18 godina života, odnosno lice kome je sudskom odlukom delimično oduzeta poslovna sposobnost, pod određenim uslovima (st.2. 1.51) Ako rečeno "odnosno" u stavu 2. jezički tumačimo ona može imati značenje samo "ili", a ne pojašnjenje, budući da lica mlađa od 18 godina ne mogu biti lišena delimično poslovne sposobnosti jer takav postupak, bar u pravu Republike Srbije, nije predviđen. Sistematskim tumačenjem se dolazi do zaključka da i u st.1. "odnosno" ima značenje "ili". Prema tome, proizlazi da davaoci mogu biti i lica delimično poslovno nesposobna starija od 18 godina za koje se utvrdi da imaju sposobnost za presaivanje i donošenje odluka u konkretnoj situaciji. U ovom slučaju, pored ostalih uslova traži se i da je pismena saglasnost data od zakonskog zastupnika, odnosno staratelja davaoca maloletnog lica, odnosno

---

direktno koristi za njih. Naime, prema 1.42. Zakona o transplantaciji organa davalac organa može biti lice starije od 18 godina pod uslovom da ima potpunu poslovnu sposobnost, odnosno sposobnost za presaivanje i donošenje odluka.

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

<sup>43</sup> "Sl. glasnik RS", br. 72/2009.



delimi no poslovno sposobnog lica.<sup>44</sup> Izri ita saglasnost davaoca u ovom slu aju se ne traži, ali bi on mogao svojim izri itim protivljenjem osujetiti davanje regenerativnog tkiva.<sup>45</sup>

Prema Zakonu o pravima pacijenata biomedicinska istraživanja nad licem lišenim poslovne sposobnosti, za razliku od onih koja se vrše nad decom starijom od 15 godina, mogu se vršiti samo ako su u njihovu korist.<sup>46</sup> Za sprovo enje ovog istraživanja zahteva se pismeni pristanak zakonskog zastupnika. S druge strane, ova lica se mogu izri ito protiviti ovim istraživanjima ( 1. 25. st.5. Zakona o pravima pacijenata). Nije jasno samo kakva se forma protivljenja traži, pismena ili usmena. S obzirom na injenicu da može biti lice koje nije pismeno smatramo da je dovoljno i njihovo usmeno protivljenje. Da bi lice uopšte bilo u prilici da se ovom protivi mora biti obavješteno o smislu, cilju, postupcima, o ekivanim rezultatima, mogu im rizicima, kao i o neprijatnim prate im okolnostima istraživanja i mora biti upozoreno da je slobodno da prihvati ili odbije u eš e u njima. U ovom slu aju volja lica lišenog potpuno ili delimi no poslovne sposobnosti je odlu uju a, odnosno, ono ima pravo veta. Njegovo protivljenje spre ava bilo kakva medicinska istraživanja, bez obzira na saglasnost zakonskog zastupnika. Istovremeno, pravo veta je i poslednji bastion odbrane autonomije li nosti.

#### **4.2. Autonomija lica nesposobnih za rasu ivanje**

Iz dosad re enog može se izvu i jedan zajedni ki zaklju ak. Naime, pravo nastoji bar teorijski da obezbedi izvesnu autonomiju u oblasti zaštite zdravlja licima koja se nalaze pod pravnom zaštitom, lišena potpuno ili delimi no poslovne sposobnosti. U ovom smislu govori i pomenuta odredba 1.19. Zakona o pravima pacijenata da ova lica treba da budu uklju ena u donošenje odluke u skladu sa njihovom zreloš u i sposobnosš u. U praksi, me utim, ova odredba je teško sprovodiva. Ona ne može da se primeni bez prethodnog razmatranja "zrelosti i sposobnosti" što je uglavnom uvek diskutabilno. Tako u slu aju kada treba preduzeti jednu meru prema licu pod starateljstvom lekari nisu sigurni da li da je preduzmu pravdaju i se hitnoš u mere bez obzira na njeno odbijanje od strane pacijenta ili da svoje nedelovanje pravdaju izraženom voljom pacijenta, rizikuju i da kasnije odgovaraju zbog nepružanja lekarske pomo i. Stoga e lekari eš e koristiti pomo staratelja u ovakvim situacijama kako bi osigurali intervenciju. U situaciji kada pacijent ima

---

<sup>44</sup> Ian 51.st.2.t.4. Zakona. "Da je pribavljena pismena saglasnost za uzimanje regenerativnog tkiva od zakonskog zastupnika, odnosno staratelja davaoca maloletnog lica,odnosno delimi no poslovno sposobnog lica";

<sup>45</sup> Gotovo identi no rešenje je predvi eno u 1.1241. st.4.t.1 Zakona o javnom zdravlju Francuske.

<sup>46</sup> Prema Konvenciji o ljudskim pravima i biomedicini (Konvencija iz Ovieda) ovakva istraživanja su mogu a pod odre enim uslovima i kada nisu direktno korisna za lica lišena poslovne sposobnosti. Uslovi su: 1) da je cilj istraživanja postizanje rezultata koji mogu koristiti bolesniku ili drugim bolesnicima iste dobne skupine, odnosno bolesnicima s istom boleš u; 2) ako istraživanje obuhva a minimalni rizik i minimalno optere enje za bolesnika.

teško e da izrazi svoju volju pomo e biti odmah zatražena od staratelja da bi se pokrilo odbijanje mere od strane pacijenta. Ovim se na izvestan na in instrumentalizuje pravna zaštita ovih lica kako bi se pokrila odluka o intervenciji.<sup>47</sup> Ali, ova situacija koja se odnosi na potvr enu nesposobnost lica lišenih poslovne sposobnosti može biti generalno proširena na svaki odnos pacijenta i lekara.

Autonomija lica sposobnih za rasu ivanje potvr ena je propisima Republike Srbije: ovo lice samostalno donosi odluke u pogledu svoga zdravlja. Ima pravo da prihvati medicinsku meru, ili da je odbije.<sup>48</sup> Pri ovome se njegova "zrelost i sposobnost" po pravilu ne ispituju ve se pretpostavljaju. injenica je, me utim, da pacijent iako autonoman nije u ravnopravnoj poziciji sa lekarom, profesionalcem. Naro ito ako se nalazi u stanju smanjene sposobnosti za rasu ivanje, usled npr. alkoholizma, jakog stresa, itd. Stoga se ine napori da se oja a njegova pozicija putem obaveza koje se name u lekaru kako bi se valorizovala autonomija pacijenta Na prvom mestu to se ini kroz obavezu obaveštavanja ovog lica, pre preduzimanja bilo kog medicinskog akta, bez obzira da li se radi o njegovoj saglasnosti ili davanju mišljenja. Obaveštenje koje daje nadležni zdravstveni radnik mora biti prilago eno stanju pacijenta, na na in koji je razumljiv pacijentu, vode i ra una o njegovoj starosti, obrazovanju i emocionalnom stanju. Ako nadležni zdravstveni radnik proceni da pacijent, iz bilo kog razloga, ne razume dato obaveštenje, obaveštenje se može dati lanu pacijentove uže porodice.

Drugi na in je sadržan u odredbi opšteg zna aja iz Zakona o pravima pacijenata gde se pored klasi ne zaštite lica koja ne mogu da se staraju o sebi uvodi i jedan novi.<sup>49</sup> U pitanju je zastupnik koga odre uje lice (pacijent) u slu aju da postane nesposoban da izrazi svoju volju, odnosno da donese odluku o pristanku na medicinsku meru (zastupnik sa budu im ovlaš enjima). Ovo odre ivanje mora biti u pismenom obliku. To je na in i da zastupnik bude obavešten o tome, a sa druge strane, ovim se medicinskim poslenicima pruža izvesnost. Ovo "lice od poverenja" e biti konsultovano u slu aju da lice koje ga je imenovalo bude u situaciji da ne može izraziti svoju volju. Na ovaj na in postiže se zaštita bez oduzimanja poslovne sposobnosti lica koje je u momentu preduzimanja medicinske mere nesposobno za rasu ivanje. On ne deluje kao generalni ve samo kao specijalni punomo nik. Njegova misija traje sve dok traje le enje ili dok pacijent ne odlu i druga ije. On ne odlu uje u ime pacijenta i njegovo mišljenje nikako nije obavezuju e za lekare ali ga oni moraju konsultovati pre intervencije. Ovakva ugovorna zaštita samo je deo jednog šireg procesa "kontraktualizacije" li nih i porodi nih prava kojom se na osnovu

---

<sup>47</sup> Berthiau, D, *op.cit*, str.7.

<sup>48</sup> lan 15. Zakona o pravima pacijenata

<sup>49</sup> 1.16. st.5: "Pacijent ima pravo da odredi lice koje e u njegovo ime dati pristanak, odnosno koje e biti obavešteno o preduzimanju medicinskih mera, u slu aju da pacijent postane nesposoban da donese odluku o pristanku". Istu odredbu sadržao je i Zakon o zdravstvenoj zaštiti u 1.32. st.4. ali je ona prestala da važi usvajanjem Zakona o pravima pacijenata.

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

## 5. Zaključak

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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



Prof. dr Branko Morait  
sudija Suda BiH

## DOSTOJANSTVO LI NOSTI I PRAVO NA EUTANAZIJU

**Sažetak:** Autor je nastojao da postavi pitanje odnosa dostojanstva li nosti i prava na eutanaziju. Egzistencija li nosti je uslov za ostvarivanje svih prava li nosti. Postavlja se problem da li eutanazija kao pravo na dostojanstvo u umiranju ima karakter prava li nosti. Ova pitanja se postavljaju u kontekstu javne rasprave o Prednacrta gra anskog zakonika Republike Srbije koja je u toku, a privla i pažnju i civilista iz Bosne i Hercegovine.

**Klju ne rije i:** Gra anski zakonik, dostojanstvo, eutanazija,

### 1. U v o d

Opštepoznata je injenica da svaki ovjek želi da živi dugo i da bude zdrav. Prednacrta Gra anskog zakonika Republike Srbije (u daljem tekstu: Prednacrta) dobio je Opšti deo u okviru kojeg su obra ena i prava li nosti.<sup>1</sup> U Glavi II ovog dijela, u Odeljku 1. dat je pojam subjektivnog prava, kao ovlaš enja ili skupa ovlaš enja koja pravni poredak priznaje odre enom licu da od drugog ili drugih lica u pravnom odnosu zahtijeva odre eno ponašanje sudskim putem.<sup>2</sup> Pravo na dostojanstvo li nosti je neprikosnoveno i svi su dužni da ga poštuju. Iz prava na dostojanstvo proizilaze sva druga prava li nosti.<sup>3</sup> Pojedina prava li nosti su: pravo na život, zdravlje i tjelesni integritet; pravo na slobodu; pravo na ast i ugled; pravo na ime; pravo na li ni identitet; pravo na sopstvenu sliku; pravo na tajnost pisma; pravo na glas; pravo na li ni (privatni) život; pravo na psihi ki integritet, kao i sva druga prava li nosti ure ena ustavom, me unarodnim konvencijama i posebnim zakonima.<sup>4</sup> Prava li nosti su uro ena i neotu iva, ne mogu se ustupiti drugome niti prelaze na nasljednike.<sup>5</sup> Pravo na dostojanstvenu smrt (eutanaziju) je pravo fizi kog lica na saglasni, dobrovoljni i dostojanstveni prekid života, koji se može izuzetno ostvariti ako se ispune propisani humani, psiho-socijalni i medicinski uslovi. Uslovi i postupak propisuju se posebnim zakonom. Zloupotreba prava na eutanaziju, radi pribavljanja neosnovane materijalne ili druge koristi, predstavlja osnov za krivi nu odgovornost.<sup>6</sup> ini se da se ovaj odsek može podijeliti na dva dijela, na prvi dio-prava li nosti i drugi dio-pravo na eutanaziju. Mada se i prava li nosti

<sup>1</sup> Odsek 3., l. 80 – 87. Prednacrta

<sup>2</sup> lan 81. Prednacrta

<sup>3</sup> lan 84. Prednacrta

<sup>4</sup> lan 85. Prednacrta

<sup>5</sup> lan 86. Prednacrta

<sup>6</sup> lan 92. Prednacrta

dugo i kontroverzno afirmišu u pravu, još je teža i kontroverznija afirmacija prava na eutanaziju. Inič se da prava li nosti imaju svoju biološku podlogu u egzistenciji ovjeka, dok pravo na eutanaziju gasi sva li na prava, jer dovodi do prestanka ovjekove egzistencije. Otuda je afirmacija prava na eutanaziju u okvirima prava li nosti otvorena za raspravu. Posmatraju i predloženu regulativu inič se da ona ima tri dijela: pravo na dostojanstvo, li na prava i pravo na eutanaziju. Pravo na dostojanstvo je osnova svih li nih prava dok je pravo na eutanaziju negacija svih li nih prava.<sup>7</sup> Li na prava su izvedena iz dostojanstva koje je stvorilo mogu nost za društveno priznanje i društveni život ovjeka. Na kraju, kao mogu nost nestanka svih li nih prava pojavljuje se pravo na eutanaziju. Radi se o konstituisanju eutanazije kao prava, li nog prava. Prava li nosti su vezana za egzistenciju li nosti. Nema prava bez li nosti. Legalizacija eutanazije zna i mogu nost nestanka li nosti pa tako i li nih prava.

## 2. Ljudsko dostojanstvo

Ljudsko dostojanstvo je preduslov svih prava, svih ljudskih prava i prava li nosti. Zbog toga ga možemo smatrati i statusom i ne možemo se složiti sa stavom koji glasi: „Svjesni da je naziv pravo na dostojanstvo, ast i ugled suviše duga ak i suviše opisan da bi mogao dobro igrati ulogu pravnog termina, mi emo se služiti kra im (i uobi ajenim) nazivom-pravo na ast i ugled.“<sup>8</sup>

Ako po emo od hipoteze da je pravo na ljudsko dostojanstvo, status, a ne pravo, postavlja se pitanje kako zaštititi status? Statusna prava odre uju opšti pravni položaj lica, kao što je pravna i poslovna sposobnost, ro enje, smrt, srodstvo, državljanstvo, bra no stanje i sl. U statusne stvari ulaze i prava li nosti. O statusnim stvarima staraju se organi uprave koji evidentiraju statute i izdaju javne isprave u vezi sa statusom lica. Dio statusnih stvari ure uje sud u vanparni nom postupku.<sup>9</sup>

Teško je prihvatiti odrednicu člana 83. Prednacrta koja predvi a zaštitu od protivpravnog ponašanja ako se ona ne dovede u vezu sa pravom na naknadu štete kao indirektnom sankcijom povrede ljudskog dostojanstva kada je povredom li nog prava došlo i do prouzrokovanja štete. Ako je dostojanstvo, slijede i Kantovo u enje, neprocjenjivo onda se obra unavanje naknade ne javlja kao naknada štete ve kao nov ana kazna.

---

<sup>7</sup> Odredbom člana 92. Prednacrta predvi ena je alternativa da se ovaj član briše. Data je i napomena, prema kojoj: zbog kompleksnosti ostvarivanja prava na eutanaziju, koje ima, pored medicinske, psihološke i socijalne aspekte, Komisija e se tek poslije održane javne rasprave izjasniti o alternativnom prijedlogu na osnovu argumenata stručnjaka iz razli itih oblasti i profesionalnih djelatnosti. Eventualnim usvajanjem osnovnog prijedloga, izvršila bi se odgovaraju a promjena u Krivi nom zakoniku.

<sup>8</sup> *Ibid.*, 174.

<sup>9</sup> *Pravna enciklopedija* 2, 1985, Beograd, „Savremena administracija“, str. 1597.



Procjena povrede ljudskog dostojanstva prevazilazi uobičajene standarde poznate iz obligacionog prava. Upravo jedan primjer iz njemačkog pravnog iskustva o zaštiti dostojanstva na to ukazuje. U jednom slučaju Ustavni sud Njemačke (Odluka iz februara 2006. godine) je stavio van snage odredbu Zakona o bezbjednosti avio-saobraćaja koja bi omogućila vojsci da obori svaki avion koji se koristi za izvođenje terorističkih napada. U odluci je istakao da je ova zakonska odredba inkompatibilna sa garancijom prava na život iz odredbe člana 2. stav 2. njemačkog Ustava, a u vezi sa garancijom dostojanstva uvijek iz člana 1. Osnovnog zakona. Ovakva odredba omogućava državi da ljude koji se nalaze u letilici, a koji ne učestvuju u izvršenju zločina terorizma, liši života u cilju spašavanja drugih ljudi. Na ovaj način taoci u avionu stavljeni su u poziciju objekta, a vrijednost koju za sebe posjeduju kao ljudska bića im se odriče. Znači, dostojanstvo je vrijednost koju svako za sebe posjeduje kao ljudsko biće. Za definisanje pojma dostojanstva korisno je upotrijebiti tzv. „objekt-formulu“ po kojoj je negiranje vjekovnih imanentnih vrijednosti i njegovo stavljanje u položaj sredstva, odnosno objekta radi ostvarenja određenih ciljeva nedospustivo sa stanovišta ustavne garancije ljudskog dostojanstva.<sup>10</sup>

Uvijek se ne može svesti u status pukog objekta, tako da je dostojanstvo status pojedinca obdarenog dostojanstvom i neotuđivim pravima. Tako normira i član 1. Povelje o ljudskim pravima UN kada izriče stav: „Sva ljudska bića ravnopravno su slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima.“ Po svemu izlazi da se povreda dostojanstva projektuje kao povreda prava ličnosti. Da li je dostojanstvo jedno od prava ličnosti ili nosač, odnosno okvir za sva prava ličnosti, ili status, odnosno najviša ljudska vrijednost, ono zaslužuje zaštitu i kao pravo ličnosti. Kao što smo vidjeli, u njemačkom poslijeratnom ustavno-sudskom iskustvu, ljudsko dostojanstvo je bazična vrijednost na kojoj počinje sistem zaštite ljudskih prava. Sama po sebi ova je dostojanstvo, dostojanstvo je ličnost, iznad svih drugih bića svijeta, koja nisu ljudi. Ono što je uzdignuto iznad svake cijene, što nema nikakav ekvivalent, to ima dostojanstvo, koje ima безусловnu i neuporedivu vrijednost i riječ „poštovanje“ jedini je oblik cijenjenja.<sup>11</sup>

Pravni instrumenti građanskopravne zaštite prava ličnosti, normirani u Prednacrtu, su:

- zahtjev za zabranu protivpravne povrede prava ličnosti ako ona neposredno predstoji,
- zahtjev utvrđivanje protivpravne povrede,
- zahtjev za prestanak povreda koje je u toku,
- zahtjev za uzdržavanje od budućih povreda,
- zahtjev za uklanjanje posljedica učinjenih povreda,
- zahtjev za naknadu materijalne ili nematerijalne štete,
- zahtjev za objavljivanje informacije,

<sup>10</sup> Vodineli, V. V., *Pravo na ljudsko dostojanstvo*, Zbornik PFZ, 39 (5-6), 726

<sup>11</sup> Ibid., 725.

- zahtjev za objavljivanje ispravke ili sudske ili druge odluke nadležnog organa.<sup>12</sup>

Prednacrt predviđa i privremene mjere koje mogu biti preventivne, represivne ili garancijske.<sup>13</sup>

U svakom slučaju ukazala se prilika da se pravo na dostojanstvo formira kao opšte pravno ličnosti, kao osnovna garancija nepovredivosti integriteta ličnosti, pa tako i svih ličnih prava, bilo da su ona enumeracijom navedena kao posebna pravna ličnosti ili nisu ni navedena, jer tada opšte pravno ličnosti služi za popunjavanje praznina i potpunu zaštitu ličnosti ne čekaju i potez zakonodavca da propiše posebno pravno ličnosti i odredi mu sadržinu.

### 3. Pravo na eutanaziju kao nali je prava na dostojanstvo ličnosti

Ovdje moramo uiniti digresiju i napomenu dovodeći u vezu odrednicu o pravnoj prirodi prava ličnosti sa odrednicom člana 87. Prednacrtu Opšteg dijela GZ RS. U ovoj odrednici zagovara se legalizacija i dekriminalizacija eutanazije, kao saglasnog i dobrovoljnog prevremenog prekida života. Pod pojmom eutanazije podrazumijevamo pravo neizljezivo bolesnog čovjeka na dostojanstvenu smrt.<sup>14</sup> Drugim riječima radi se o priznavanju prava na smrt, kao posebnog subjektivnog prava, ali i općeg prava, kada život čovjeka više nije dostojanstven.<sup>15</sup> Jedno od polja na kojima je dostojanstvo izloženo najozbiljnijim iskušenjima jesu bio-medicinske metode i biogenetički eksperimenti *in vivo*, po ev od vantjelesne oplodnje, manipulacije genima ili genetskim inženjeringom, kloniranjem, kao postupcima koji gaze ljudsko dostojanstvo i relativizuju njegovu vrijednost pod izgovorom napretka i boljitka.<sup>16</sup> U prvom planu je napredak, ugroženost čovjekovog dostojanstva predstavlja gubitke pri napredovanju.<sup>17</sup> Ako je obaveza poštovanja ljudskog dostojanstva ona najveća obaveza za svakoga, tada je to obaveza i za samog subjekta, da sam ne ugrožava sopstveno dostojanstvo, ali i za sve druge. To je u prvom redu obaveza za državu koja, kada kao zakonodavac uređuje društvene odnose, vodi računa da normiranjem uzme u obzir ljudsko dostojanstvo i promovira normativna rješenja u skladu sa dostojanstvom, a ne suprotno. Nije dopustivo koristiti metode ili rješenja koja čovjeka svode na objekt, ali je, s druge strane, nedopustivo ne postojati i normativna rješenja koja pomažu čovjeku da izađe iz ponižavajućeg, neljudskog, nehumanog položaja ili stanja u koje je zapao protivno svojoj volji ili bez volje. Nepovredivost dostojanstva čovjekove ličnosti ima i svoju stranu u smislu koje čovjeku treba obezbijediti življenje dostojno čovjeka. Znači i pored sekundarne zaštite ili postuliranih zaštitnih mehanizama, postoje neki dijelovi u

<sup>12</sup> član 85. Prednacrtu

<sup>13</sup> član 86. Prednacrtu

<sup>14</sup> olaković, M.: *Pravo na tjelesni integritet-privatno-pravni aspekt*, Mostar 2015, 31

<sup>15</sup> *Ibid.* 32.

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> *Ibid.*, 720.

koje još uvijek nije zašla zakonodavna volja, kojima bi se dozvolilo voljno zadiranje u život nedostojan ovjeka usljed nepovoljnih zdravstvenih okolnosti. U tom kontekstu, u oblasti bio-etike i bio-prava, imamo još uvijek neraspravljene kontroverze na tradicionalnu temu legalizacije abortusa i njegove zloupotrebe, do legalizacije eutanazije i mogu nosti njene zloupotrebe.

Bio-eti ari isti u da se kontroverzna i teška eti ka pitanja koja se odnose na definicije i zna enje života kao što su eutanazija i abortus u prostorima savremene bioetike spajaju sa ranije nepoznatim ali danas aktuelnim problemima koji proizilaze iz razvoja biotehnologije kao što je kloniranje i dizajniranje beba, radikalno produženje trajanja života ili bioterorizam. Neupu enost u ove probleme postaje sve više prepreka razvoju društva i u najrazvijenijim državama svijeta a pogotovo u našoj sredini. Zapanjuju i je otpor u našoj sredini ne samo me u gra anima nego i ljekarima koji zastupaju stav da se ne treba vakcinisati ne samo protiv gripa nego i ostalih bolesti. Bioeti ari smatraju da je to društveno pitanje a ne li no pravo, jer se radi o zaraznim bolestima, te govore o posebnoj vrsti neodgovornosti za koju je potrebno prosvje ivanje.<sup>18</sup>

Prema Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda pravo na život je najvažnije. Bez prava na život sva ostala li na prava su besmislena. Kako se u literaturi isti e, „pravo na život ne može se interpretirati u negativnom smislu-prava na smrt nema.“<sup>19</sup> Ako je za protivnike prekida trudno e abortus-ubistvo, to je za protivnike eutanazije ona asistirano samoubistvo. U kontekst se ovdje pod pojam dostojanstvo uvodi i pojam autonomije. Pristalice abortusa samo majci daju autonomiju izbora, a uskra ivanje izbora smatraju atakom na njeno dostojanstvo. S druge strane, protivnici abortusa ljudsko dostojanstvo pripisuju i fetusu. Najdalje su razvijene debate o opravdanosti pomo i ljekara pri samoubistvu, što se promovise kao „dostojanstvena smrt“. Autonomija nalaže da se teško oboljelim omogu i sloboda izbora do okon anja vlastitog života, a lišavanje te mogu nosti zna ilo bi lišiti ih dostojanstva. Protivnici koncepta legalizacije eutanazije isti u da upravo legalizacija zna i podrivanje dostojanstva starih, nemo nih i umiru ih ljudi. U Belgiji je 2002. dozvoljena eutanaziju za starije od 18 godina, a 2014. je ukinuta dobna granica za eutanaziju. U 2012. zabilježena su 1.432 slu aja eutanazije u Belgiji. U belgijskom zakonodavstvu predvi eno je pet uslova za eutanaziju: posljednji stadij neizlje ive bolesti, konstantni nesnosni bolovi, više puta ponovljen zahtjev djeteta za eutanazijom, provjera psihijataru o uvi anju djetetovog zna enja eutanazije i pristanak roditelja.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> Prof. Dr Vojin Raki , u intervjuu Kulturnom dodatku Politike, 27. februara 2016. godine

<sup>19</sup> Kolari , D, *Lišenje života iz samilosti u Krivi nom zakoniku Srbije-odredba koja nije dobila svoje otelotvorenje u sudskoj praksi*, lanak sa sajta CJP-Fondacija Centar za javno pravo (27.01.2016. godine), str. 1.

<sup>20</sup> Prema izvještaju „Blic“ , 15. Februar 2014. godine

Zapo etim regulisanjem prava na eutanaziju u okvirima gra anskog zakonodavstva u Republici Srbiji afirmiše se civilisti ko stanovište o autonomiji li nosti, pravu na odlu ivanje o životu i smrti suprotno javnopravnom, dosada vladaju em konceptu, o javnom, državnom interesu za zaštitom života pojedinaca, jer je život svakog pojedinca od državnog interesa, te da država ima monopol na smrt te da eutanazija, kao li no pravo, nije dozvoljena. Ako prevlada kritika državnog tutorstva nad životom „njenih“ gra ana, otvaraju se vrata teoriji o tzv. „klizavoj nizbrdici“, po kojoj su mogu nosti zloupotreba na terenu eutanazije neminovna pojava i o ekuje se u budu nosti.<sup>21</sup> Najzad, ako se eutanazija normira kao li no pravo, bi e potrebno izvršiti dekriminizaciju ubistva iz milosr a i srodnih krivi nih djela pomaganja u samoubistvu<sup>22</sup>, i sl. Tako Krivi ni zakonik Srbije<sup>23</sup> donesen kao rezultat temeljne reforme,<sup>24</sup> u odredbi lana 117. propisuje krivi no djelo lišenje života iz samilosti rije ima: „Ko liši života punoletno lice iz samilosti zbog teškog zdravstvenog stanja u kojem se to lice nalazi, a na njegov ozbiljan i izri it zahtev, kazni e se zatvorom od šest meseci do pet godina.“<sup>25</sup> Kao primjer uspješnijeg regulisanja krivi nog djela ubistva iz milosr a, u literaturi<sup>26</sup> se isti e primjer Krivi nog zakona Republike Srpske, koji je usvojio tzv. „švedski model“, koji podrazumijeva širu formulaciju i krug okolnosti koje mogu dovesti do privilegovanog ubistva, koji predvi a eutanaziju, ali ne kao samostalno krivi no djelo svojom uopštenom odredbom: „ko djelo iz stava 1 (u kome je propisano obi no ubistvo) izvrši pod osobito olakšavaju im okolnostima kazni e se...“<sup>27</sup>

Mada je pozicioniranje eutanazije kao li nog prava inicirano Prednactrom, ne treba gubiti iz vida da je to društveno pitanje o emu svjedo i zapo eta javna rasprava o Prednactru, koja je otpo eta i prije nego što je utvr en njegov tekst posljednjeg dana zasjedanja Kopaoni ke škole prirodnog prava dana 17. decembra 2015. godine. Tako se iznose opre ni stavovi, *pro et contra* legalizacije eutanazije.<sup>28</sup> Prema dr Vesni Klajn Tati „<sup>29</sup> aktivna eutanazija, kao

---

<sup>21</sup> Peus E G, *Klasi ni slu ajevi iz medicinske etike-opis slu ajeva koji su uobli ili medicinsku etiku, sa njihovom filozofskom, pravnom i istorijskom pozadinom*, „Službeni glasnik“, Beograd, 2007, str. 205.

<sup>22</sup> lan 153. Krivi nog zakona Republike Srpske („Službeni glasnik RS“, 49/03): „Navo enje na samoubistvo i pomaganje u samoubistvu“ (zatvorska kazna od šest mjeseci do pet godina)

<sup>23</sup> „Službeni glasnik Republike Srbije“, 85/05, 88/05-isp. 107/05-isp. 72/09, 111/09 i 121/12

<sup>24</sup> Dragana Kolari , *op.cit.*, str.1.

<sup>25</sup> Navedeno prema: *ibid.*, str.4.

<sup>26</sup> *Ibid.*, str.6.

<sup>27</sup> „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 49/03, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10,1/12 i 67/13

<sup>28</sup> Ispostavlja se da je pravo na tzv. „pasivnu eutanaziju“ legalizovano je lanom 26. Zakona o zdravstvenoj zaštiti u Republici Srpskoj, prema kojem: „Pacijent ima pravo da odbije predloženi medicinski tretman, ak i u slu aju kada se njime spasava ili održava njegov život.“ (stav 1); „Pacijent odbija predloženi medicinski tretman izri ito u pisanom obliku, a ako pacijent odbije davanje pisane izjave, o tome e se sa initu službena zabilješka, koju potpisuje nadležni doktor i dva zdravstvena radnika.“(stav 2); „Nadležni doktor je obavezan da pacijentu ukaže na posljedice njegove odluke o odbijanju predloženog medicinskog tretmana.“(stav 3).

<sup>29</sup> Nau ni savjetnik Instituta društvenih nauka u Beogradu, prema „Blic“-u od 3. Januara 2016. godine

aktivna pomoć neizljezivo bolesnom pacijentu koji neprolazno pati, naročito od psihičkih i fizičkih bolova je sporno pitanje koje treba riješiti donošenjem Građanskog zakonika Republike Srbije. Nadalje ona ističe da je formulacija u odredbi člana 83. Prednacrt - "Pravo na dostojanstvenu smrt (eutanazija)" besmislena, jer kada je neko mrtav nema više nikakva prava, pa dodaje da bi taj član trebao da glasi „pravo na dostojanstvo u umiranju (eutanazija).“

Na drugom polu mišljenja je, prof. dr Slavica Čukić-Dejanović<sup>30</sup>, koja aktivnu eutanaziju smatra legalizacijom ubistva, i osporava mogućnost da ljekari postupaju suprotno svome pozivu i medicinskoj etici, jer se nisu osposobljavali da olakšavaju kraj života, za koji nisu ni sigurni kada nastupa. Smatra da pasivna eutanazija po prirodi stvari postoji jer se ne može natjerati uvijek da se liječi i ako on to ne čini.

Mi bismo se složili da je iznalaženje balansa između u dostojanstva ličnosti i autonomije ličnosti izazov pred kojim je savremena etika i pravna misao. Ali ovo nas vraća na početak, na zadatak koji nije još uvijek riješen, a to je napor ka utvrđivanju prirode i pojma ljudskog dostojanstva. Da parafraziramo, na taj način bi bile sužene koordinate unutar kojih bi se tražili odgovori na ova i druga bioetička pitanja, te se spriječilo da u raspravama koje se tiču dostojanstva kao pobjednik izađe najglasnija i najvjekštija strana.<sup>31</sup>

Na kraju za eutanaziju se kaže da je to „ubistvo iz milosrđa“! Da li je ovo pravna terminologija? Mislimo da nije, jer ako bismo se pravnički izražavali trebali bi eutanaziju označiti još apsurdnijim terminom, kao „pravedno ubistvo“. Da li je ova sintagma uopšte zamisliva? U svakom slučaju bi eutanaziju trebalo pravno kvalifikovati, a ne prekriti je stručno-medicinskom terminologijom. Takva pojava je uočena kod inkorporacije „ljekarske greške“ u sistem odštetne odgovornosti ljekara, pa se uz uslove odgovornosti pojavljuje i još jedan dodatni uslov koji eliminiše sve ostale ukoliko se ne može utvrditi u konkretnom slučaju. O tome je pravničku javnost upozorio profesor Miodrag Orlić, koji opravdano smatra da se pored utvrđivanja krivice ne bi moglo tražiti i dokazivanje „ljekarske greške“.

Ljekar je za prouzrokovanu štetu odgovoran po subjektivnoj odgovornosti ako je kriv, jer je svojom radnjom namjerno ili iz nepažnje pričinio pacijentu štetu. Ljekarska greška ne može isključiti protivpravnost ako je ljekar kriv.<sup>32</sup> O suvišnosti pojma stručne greške plemića i Marija Karanikić-Mirić, kada ističe, parafraziramo, da se ponekad uz opšte uslove odgovornosti, u koje spadaju šteta, uzročna veza i krivica, dodaje još i stručna (profesionalna) greška.

---

<sup>30</sup> Prema „Blic“-u od 3. Januara 2016. godine

<sup>31</sup> Prema: Milinković, I, *Ljudsko dostojanstvo u oblastima bioetike i bioprava: aporije neupitnog*, Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Banja Luci, broj 36, 2014, 162.

<sup>32</sup> V. Orlić, M.V., *Zakon o zdravstvenoj zaštiti i odgovornost lekara za prouzrokovanu štetu*, poseban otisak iz časopisa Pravni život 7-8/2012, Udruženje pravnika Srbije, Beograd 2012.

Pod stru nom greškom se podrazumijeva ono postupanje stru njaka kojim se pri injena šteta kvalifikuje kao stru na greška, odnosno postupanje suprotno pravilima odgovaraju e struke. Kako dalje isti e M.K.-Miri , u našem pravu pojam stru ne greške je obuhva en pojmom profesionalne krivice. Stoga je suvišno da se stru na greška izdvaja kao poseban uslov za zasnivanje gra anskopravne odgovornosti ma kojeg stru njaka, pa tako i ljekara na kojem je polju ovo interpoliranje do sada bilo najrasprostranjenije.<sup>33</sup> M.K.-Miri nadalje razmatra odnos pojmova stru ne greške i profesionalne krivice te ukazuje da to što je jedan stru njak poštovao pravila svoje struke i postupao *lege artis* još uvijek ne zna i da taj stru njak nije kriv. Drugim rije ima, krivica stru njaka je odsustvo razboritosti i pažljivosti u postupanju po profesionalnim standardima, ali postupanje *lege artis* još uvijek ne zna i da krivice nema, kao što je postupanje *contra lege artis* indikator, nagovještaj krivice.<sup>34</sup>

U ovom kontesktu možemo govoriti o odnosu nezamislivog pojma kao što je pravedno ubistvo i ubistvo iz milosr a, odnosno eutanazije. Isto kao što ni pravedno ubistvo ne može isklju iti protivpravnost kao ni krivicu kod eutanazije. Na prvi pogled izgleda da je srpski kodifikator oslonac za predlaganje odredaba o eutanaziji pronašao u pozitivnom uporednom pravu. Sigurno je da nije pošao putem koji je trasirao mnogohvaljeni kodifikator Valtazar Bogiši . U tom smislu je zanimljiv nalaz antropologa Bojana Jovanovi a.<sup>35</sup> Marina Vuli evi , pišu i o djelu antropologa Bojana Jovanovi a<sup>36</sup> navodi da je Bojan Jovanovi utvrdio da u srpskoj prošlosti, nasuprot povremenom navo enju, obred lapota nije postojao. To se može uzeti samo kao predanje o ubijanju starih, a ne stvarna praksa. Jovanovi ponavlja da, iako je njegova studija „Tajna lapota“ objavljena prije petnaestak godina i ponovno nedavno štampano drugo izdanje, i dalje u akademskim krugovima i široj kulturnoj javnosti postoji predrasuda da je u srpskoj tradiciji postojao navodni obred ubijanja starih. Na osnovu svojih anropoloških, istorijskih i etnoloških istraživanja, Jovanovi je zaklju io da je nesporno da obred o kojem se pri a u tradiciji nije postojao niti ga treba poistovje ivati sa sporadi nim primjerima ostavljanja, žrtvovanja i eutanazije starih. Jovanovi isti e da je savremena civilizacija zbog favorizovanja mladosti stvorila negativan odnos prema starosti i ostarjelima koje ostavlja na marginama društva. Zato je obred lapota, kao tradicionalna pri a, postao metafora za primjere nebrige i neljudskog ponašanja prema ostarjelim osobama.

Izvršenje, odnosno realizovanje eutanazije je problemati no u slu ajevima vegetativne kome, kada se postavlja pitanje: ko, umjesto samrtnika, donosi odluku? Uvidom u sudsku praksu Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Pretti protiv UK (presuda Vije a od 29. aprila 2002), vidimo da je

---

<sup>33</sup> Karaniki -Miri , M. „Odgovornost javnih beležnika u srpskom gra anskom pravu“, Pravni život, br. 10/2014, 579.

<sup>34</sup> *Ibid*, 580.

<sup>35</sup> Jovanovi , B, „Svetovi antropološke imaginacije“, Hesperija, 2014.

<sup>36</sup> KUN-kulturni dodatak, „Politika“ subota 3. januar 2015., str.05

odlu eno da nije bilo kršenja lana 2. (pravo na život) Konvencije od strane engleskih organa vlasti pošto je odbijen zahtjev supruge da se njen suprug eutanizira, jer se pravo na život ne može tuma iti kao da promoviše dijametralno suprotan cilj, pravo da se umre.<sup>37</sup> U presudi u predmetu Haas protiv Švajcarske od 20. januara 2011. godine Evropski sud za ljudska prava<sup>38</sup> je posebno primijetio da su lanice Savjeta Evrope daleko od toga da postignu konsenzus u pogledu prava pojedinca da bira kako i kada da okon a svoj život, te da države lanice u velikoj ve ini preferiraju zaštitu života pojedinca a ne njegovo pravo da ga okon a. Sud je zaklju io da države imaju široko polje slobodne procjene u takvim stvarima. Zaokret u praksi ovog Suda, u smislu napuštanja zaštite prava na život, ali ne i u smislu prava država da se slobodno opredjeljuju za rješenje koje smatraju oportunističkim, nastupio je sa slu ajem Lambert i drugi protiv Francuske (presuda Velikog vije a od 5. juna 2015).<sup>39</sup> Francuski Vrhovni

<sup>37</sup> Kraj života i Evropska konvencija o ljudskim pravima, PRESS UNIT juli 2015. na linku [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Euthanasia\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Euthanasia_ENG.pdf)

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> Objavljeno na sajtu: <http://www.slideshare.net/NathalieReiter/case-of-lambert-and-others-v-france-english-version>

Evropski sud za ljudska prava u Strazburu i eutanazija u Evropi >> Redakcija Profi Sistem-a dana jun 5, 2015 | Evropski sud za ljudska prava u Strazburu podržao je odluku francuskog suda da 38-godišnji muškarac, koji se ve sedam godina nalazi u vegetativnom stanju, bude skinut sa aparata za vešta ko održavanje života. Ova sudska odluka bi mogla biti od velikog uticaja kad je re o eutanaziji u Evropi. Ve više od godinu porodica Vensana Lamera, koji je posle saobra ajne nesre e 2008. godine ostao nepokretan sa paralizovanim rukama i nogama i teškim ošte enjem mozga, vodi pravnu bitku za njegovo pravo na život ili smrt, pošto njegova majka i supruga imaju različite stavove o tome, prenosi AFP. Lamberova majka tvrdi da je njen sin samo hendikepiran i da bi bilo kakav pokušaj obustavljanja tretmana kojim se on održava u životu vešta kim putem doveo do "prikrivene eutanazije", dok njegova supruga insistira da on ne bi želeo da ostane na aparatima, prenosi Tanjug. Sudsko ve e suda u Strazburu zaklju ilo je danas, sa 12 glasova prema pet, da odluka francuskog suda o obustavi intravenske ishrane Lamera ne krši evropska prava. Pravna drama je po ela u januaru 2014, kada su Lamberovi lekari, uz podršku njegove supruge i šest od njegovih osam bra e i sestara, odlu ili da mu isklju e aparate za hranjenje i napajanje u skladu sa francuskim Zakonom o pasivnoj eutanaziji iz 2005. godine. Me utim, njegovi duboko pobožni katoli ki roditelji, polubrat i sestra su odmah podneli tužbu sudu i zaustavili taj plan. Francuski Vrhovni administrativni sud je u junu zaklju io da je odluka o skidanju Lamera, za iji oporavak nema nade, sa aparata za vešta ko održavanje života, potpuno zakonita. Tada su Lamberovi roditelji slu aj izneli Evropskom sudu za ljudska prava, koji je naložio Francuskoj da pacijenta održava u životu dok ne razmotri da li je odluka francuskog suda u skladu sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima. Eutanazija je nezakonita u Francuskoj, ali je predsednik Fransoa Oland obe ao u svojoj predizbornoj kampanji 2012. godine da e to pitanje do i na dnevni red. Francuski poslanici su u martu ve inom glasali za zakon kojim bi se lekarima dozvolilo da pacijente u posljednjem stadijumu bolesti uvedu u dubok san koji se završava smr u. Tim zakonom, tako e, želje ljudi da ne budu održavani u životu vešta kim putem, ukoliko budu previše bolesni da odlu e o tome, postaju pravno obavezuju e za lekare. Asistirano samoubistvo je zakonito u Švajcarskoj, Holandiji, Belgiji i Luksemburgu, kao i u ameri kim državama Vermont, Oregon i Vašington, podse a francuska agencija. Izvor: *Blic*./evropski-sud-za-ljudska-prava-u-strazburu-i-eutanazija-u-

evropi/&tiba=Evropski%20sud%20za%20ljudska%20prava%20u%20Strazburu%20i%20eutanazija%20u%20Evropi%20-%20Pravni%20Portal%207C%20Pravni%20Porta" /> <div style="display:inline;">< img height="1" width="1" style="border-style:none;" alt="" src="//googleads.g.doubleclick.net/pagead/viewthroughconversion/972989129/?value=0&amp;guid=ON&amp;script=0"/></div>

administrativni sud je u junu zaključio da je odluka o skidanju Lamberta, za čiji oporavak nema nade, sa aparata za vještačenje održavanje u životu, potpuno zakonita. Kako je francuska zakonodavna skupština u martu donijela Zakon o eutanaziji, sudsko vijeće ESLJP je zaključilo, sa 12 glasova za i pet protiv, da odluka francuskog suda ne krši EKLJP.

Za svaku medicinsko – pravnu inovaciju potrebno je uzeti u obzir društveno-ekonomske prilike u zemlji, kako od strane zakonodavca tako i od strane sudova. Tako se, kao primjer navodi eventualno uspostavljanje naplatnog davanja tkiva i organa u Bosni i Hercegovini kao zaludan poduhvat, jer bi takav pokušaj stvorio prostor za velike manipulacije ljudskim dostojanstvom i zloupotrebe onih dobara koja su ljudima najvrijednija.<sup>40</sup>

#### 4. Zaključak

Pod eutanazijom podrazumijevamo pravo neizlječivo bolesnog čovjeka na dostojanstvenu smrt. Saglasni smo sa autorima<sup>41</sup> koji smatraju da se vrijednosni sistem u pogledu smisla života i smrti među pojedincima drastično razlikuje te je besmisleno nametati univerzalni sistem vrijednosti po tom pitanju te da je čovjeku stoga potrebno ostaviti prostora za slobodno raspolaganje pravom na život i ostaviti mu mogućnost da samostalno odlučuje o svojoj smrti. Pravo na smrt ne bi trebalo gledati kao nali je prava na život, „već prije kao ostvarenje prava na život do njegovih krajnjih granica.“ Sa pozicije terminalno bolesne umiruće osobe koja želi ostvariti svoj naum o umiranju i izbjeci samoubistva ne postoji razlika. I samoubistvo nije kažnjivo djelo. Otuda je eutanazija izlaz u nuždi, kada subjekt usljed bolesnog stanja u kojem se nalazi ne može izvršiti samoubistvo, a odluka za umiranje je produkt njegove volje da dostojanstveno okonča vlastiti život, jer je on izgubio kvalitet i smisao, spustio se ispod nivoa ljudskog dostojanstva, te joj je nužna asistencija drugog lica koje bi joj pomoglo da realizuje taj svoj naum i to svoje pravo.

---

<sup>40</sup> Olaković, M, *op.cit.* 194.

<sup>41</sup> Olaković, M, *op. cit.*, 32-33



Dr. Sc. Branko Morait, juge of the Court of BiH

## **DIGNITY AND THE RIGHT TO DIE**

**Summary:** The author is trying to raise the question of the relationship of human dignity and the right to euthanasia. The existence of personality is a prerequisite for the exercise of any right of personality. This raises the issue of whether euthanasia as the right to dignity in dying has the character of individual rights. These questions are asked un the ongoing puplic debate concerning the First Draft of Civil Code of the Republic of Serbia, and they have garnered the attention of Civil Code scholars from Bosnia and Hercegovina, as well.

**Keywords:** Civil Code, dignity, euthanasia,



Dr. sc Maja olakovi , vanredni profesor  
Univerzitet „Džemal Bijedi “ u Mostaru, Pravni fakultet

dr. sc Marko Bevanda, vanredni profesor  
Pravni fakultet Sveu ilišta u Mostaru

## **PRAVNI POLOŽAJ OSOBA S DUŠEVNIM SMETNJAMA U BOSANSKOHERCEGOVA KOM PRAVU – MEDICINSKOPRAVNI ASPEKT**

**Sažetak:** Paternalisti ki odnos koji je društvo vjekovima imalo prema osobama s duševnim smetnjama u savremenom pravu postepeno ustupa mjesto shva anju da su i one subjekti ija volja i mišljenje u pravnim odnosima moraju biti na odgovaraju i na in uvažene. Time se štiti njihovo uro eno dostojanstvo, te druga ljudska i li na prava koja im pripadaju jednako kao i svim drugim ljudskim bi ima.

Autori se u radu osvr u na medicinskopravni aspekt statusa osoba s duševnim smetnjama, stavljaju i u fokus svog istraživanja pravo osobe s duševnim smetnjama na samoodre enje o tjelesnom integritetu i zdravlju. Na temelju analize odredaba bosanskohercegova kog prava, odnosno važe ih propisa kojima je ovo pitanje ure eno u Federaciji Bosne i Hercegovine konstatiraju da su te odredbe u znatnoj mjeri usaglašene s na elima i standardima proklamiranim u relevantnim me unarodnim dokumentima. Ipak, pojedina zakonska rješenja morala bi biti izmijenjena, na što ukazuje i novija sudska praksa Ustavnog suda Bosne i Hercegovine te presude Evropskog suda za ljudska prava donesene u predmetima podnesenim protiv Bosne i Hercegovine zbog kršenja 1. 5. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

**Klju ne rije i:** duševna smetnja, pristanak, samoodre enje

*Mental disorder is common. Most of us will experience some form of mental disorder either in ourselves or in those close to us at some stage in our lives. For some that disorder will lead to a reduction in mental competence and to an inability to make decisions about health care and treatment, for others decision-making competence will be unimpaired.*<sup>1</sup>

Genevra Richardson

## I. Uvod

Duševni (psihi ki, mentalni)<sup>2</sup> poreme aj je bolest s psihološkim ili ponašajnim manifestacijama, povezanim s ošte enjem funkcioniranja zbog bioloških, socijalnih, psiholoških, fizikalnih, genetskih ili hemijskih smetnji. Odre uje se kao odstupanje od nekog normativnog koncepta. Svaka bolest ima karakteristi ne znakove i simptome.<sup>3</sup>

Duševni poreme aj se o ituje u vidu promjena mišljenja, raspoloženja ili ponašanja (ili kombinaciji ovih elemenata), udruženih s nelagodnoš u i poreme enim funkcioniranjem, koje obi no traje duži vremenski period. Simptomi duševnih poreme aja variraju od blagih do vrlo ozbiljnih, što zavisi od vrste duševnog poreme aja, same osobe, njene porodice i socioekonomskog okruženja u kojem se ta osoba nalazi.<sup>4,5</sup> Prema *Me unarodnoj klasifikaciji*

---

<sup>1</sup> „Mentalni poreme aj je est. Ve ina nas e doživjeti neki oblik mentalnog poreme aja, bilo vlastiti ili nama bliskih osoba u nekoj fazi naših života. Takav poreme aj e kod pojedinih ljudi izazvati smanjenje mentalnih sposobnosti i nemogu nost donošenja odluka o zdravstvenoj zaštiti i lije enju, dok e kod drugih ta sposobnost ostati nenarušena." Richardson, G., *Autonomy, Guardianship and Mental Disorder: One Problem, Two Solutions*, *The Modern Law Review*, vol. 65, 2002, str. 702.

<sup>2</sup> Gr . *psyche* – duša; lat. *mens* – duša, duh, razum, pamet.

<sup>3</sup> Klini ka psihijatrija,

<http://www.nakladaslap.com/public/docs/knjige/klinickapsihijatrija%201.pdf> (5. 2. 2016.).

<sup>4</sup> Vidjeti: [http://www.cpe.org.rs/o\\_ment\\_por.htm](http://www.cpe.org.rs/o_ment_por.htm) (5. 2. 2016.).

<sup>5</sup> Pojedini autori koji se bave istraživanjem u oblasti kulturne psihologije i psihološke antropologije ukazuju na relativnost definiranja duševnih poreme aja/bolesti, smatraju i kako te definicije nisu univerzalno primjenjive. Ono što se u jednoj društvenoj zajednici smatra duševnom boleš u, u drugoj društvenoj zajednici može se percipirati kao sasvim normalno i uobi ajeno ponašanje. Vidjeti detaljnije: Good, B. J., *Culture and Psychopatology: Directions for Physiatric Anthropology*, objavljeno u: Schwartz, T., White, G. M. i Lutz, C. A.: *New Directions in Psychological Anthropology*, Cambridge University Press, 1995., str. 182.-184.; King, N. A.: *The Role of Culture in Psychology: A Look at Mental Illness and the "Cultural Defense"*, *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, vol. 7, 1999., str. 201., navedeno prema: Grozdani V. – Tripalo, D., *Novosti u Zakonu o zaštiti osoba s duševnim smetnjama*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 20, br. 2/2013, str. 796.

bolesti i srodnih zdravstvenih problema postoji oko 200 različitih duševnih poremećaja.<sup>6</sup> Svjetska zdravstvena organizacija je u izvještaju 2001. godine navela kako u savremenom svijetu oko 450.000.000 ljudi ima određeni oblik duševnih smetnji i psihosocijalnih problema.<sup>7</sup>

Osobe oboljele od duševnih poremećaja<sup>8</sup> spadaju u kategoriju naročito osjetljivih članova društvene zajednice, odnosno čine jednu od vulnerabilnih grupa.<sup>9</sup> Budući da je diskriminacija gotovo neizostavna posljedica njihove

---

<sup>6</sup> Međunarodnu klasifikaciju bolesti i srodnih zdravstvenih problema (MKB, engleski: *International Classification of Diseases and Related Health Problems*, ICD) sačinila je Svjetska zdravstvena organizacija (*World Health Organisation – WHO*), a višekratno je revidirana. Od 1994. godine upotrebljava se 10. revizija (MKB-10, ICD-10), a do 2018. godine trebala bi biti konačna i usvojena 11. revizija (MKB-11). U okviru ove klasifikacije, duševni poremećaji su sistematizirani i definirani u poglavlju V: Duševni poremećaji i poremećaji ponašanja (*Mental and behavioural disorders*, F00-F99). Shodno MKB-u, duševni poremećaji podrazumijevaju izuzetno širok spektar oboljenja, počev od organskih i simptomskih (demencije), preko poremećaja prouzrokovanih zloupotrebom psiho-aktivnih tvari, shizofrenije, poremećaja raspoloženja (bipolarni poremećaj, manija, depresija itd.), pa do intelektualne deficijentnosti (oblici mentalne retardacije) itd. Osim MKB-a, u psihijatriji se primjenjuje i američka klasifikacija duševnih poremećaja pod nazivom *Dijagnostički i statistički priručnik za duševne poremećaje* (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders – DSM*), koju je izradilo Američko psihijatrijsko udruženje (*American Psychiatric Association*). Od 1997. godine u upotrebi je četvrta revizija ove klasifikacije (DSM-IV-TR), a u pripremi je peta. DSM se na području Evrope koristi u znanstvenim istraživanjima. Vidjeti: Vidjeti: *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems 10th Revision Version for 2010*, WHO, 2010, <http://www.who.int/classifications/icd/en/> (5. 2. 2016.); Psihologija i psihijatrija, Klasifikacija duševnih poremećaja, <http://psihijatrija.blogspot.ba/2011/11/klasifikacija-dusevnihporemeccaja.html> (5. 2. 2016.).

<sup>7</sup> Prema istraživanju koje je ova organizacija uradila 2004. godine na uzorku 60.000 osoba u 14 zemalja svijeta, 9-17% ispitanika imalo je neki oblik duševnog poremećaja u godini prije navedene, svaka četvrta osoba doživljava neki duševni poremećaj tokom svog života, a smatra se kako će do 2020. godine depresija biti drugi uzrok ukupnog obolijevanja na svjetskom nivou. Navedeno prema: Petrušić, N., *Novine u postupku za prinudnu hospitalizaciju osoba sa mentalnim smetnjama*, Pravni život 9/2013, str. 323.

<sup>8</sup> Osim ovog, koriste se i izrazi: osobe s duševnim smetnjama; duševno poremećene osobe; mentalno oboljele osobe; osobe s problemima mentalnog zdravlja; osobe s psihosocijalnim i intelektualnim poteškoćama/invaliditetom; osobe s mentalnim i intelektualnim oštećenjima; osobe s intelektualnim, psihosocijalnim i kognitivnim oštećenjima; mentalno nesposobne osobe. Pojedini od navedenih termina smatraju se stigmom, pa se u novijim dokumentima koristi termin mentalna nesposobnost (poremećenost), pod kojim se podrazumijevaju svi problemi mentalnog zdravlja. Vidjeti detaljnije: Mujović-Zornić, H., *Primena na elu pristanka (Informed consent) kod medicinskog tretmana u psihijatriji*, Pravni život 9/2011, str. 356. U nastavku ovog rada biće korišten termin *osobe s duševnim smetnjama*, koji se koristi i u jednom dijelu bosanskohercegovačkog zakonodavstva.

<sup>9</sup> Okolnosti zbog kojih se osobe s duševnim smetnjama svrstavaju u vulnerabilnu grupu su: izložene su svakodnevnoj stigmati i diskriminaciji; doživljavaju izuzetno visok stepen tjelesne i seksualne viktimizacije; često im je uskraćeno ostvarenje građanskih i političkih prava i onemogućeno učestvovanje u javnom životu; nije im u potpunosti dostupna zdravstvena i socijalna zaštita; imaju poteškoće u pristupu obrazovanju i zaposlenju. Kao rezultat svega nabrajanog, ove osobe su sklone većim zdravstvenim poteškoćama tjelesne naravi i ranijem umiranju u odnosu na ostale članove društva. Vidjeti detaljnije: World Health Organisation, Funk M. et al., *Mental Health and Development: Targeting people with mental health conditions as vulnerable group*, 2010, str. XXV i 7-26.

stigmatizacije, društvo ovim osobama mora konstantno ukazivati naročitu brigu i podršku, nastoje i eliminirati te pojave.<sup>10</sup>

U savremenom pravu se mijenja odnos prema osobama s duševnim smetnjama. Ranije je dominirao stav da su one pasivni subjekti, koje zbog njihove bolesti treba izolirati i potpuno onemogućiti u samostalnom ostvarenju prava i obaveza.<sup>11</sup> Taj paternalistički pristup postepeno ustupa mjesto stavu da i ovim osobama treba omogućiti iskazivanje pravno relevantne volje u skladu sa specifičnim psiho-tjelesnim i intelektualnim stanjem u kojem se nalaze. Tako se one, od pasivnih subjekata obojnim pravima i interesima odlučuju drugi, polako transformiraju u aktivne subjekte koji o tome odlučuju potpuno samostalno ili u određenom obimu bivaju uključene u donošenje odluke. Ovakav pristup u reguliranju njihovog pravnog statusa u svijetu je u svim novijim internacionalnim i regionalnim dokumentima o ljudskim pravima (pravima pacijenata), kao i onima koji se tiču mentalnog zdravlja, a u većoj ili manjoj mjeri ga, barem normativno, slijedi i većina država.

Mogućnost da osobe s duševnim smetnjama odužuju volju i mišljenje posebno je značajna u odnosima najuže vezanim za ličnost, tj. njihov tjelesni i psihički integritet. Na taj način se štiti njihovo urođeno dostojanstvo, koje im pripada jednako kao i svim drugim ljudskim bićima, njihova druga ljudska i lična prava i one se inkorporiraju u društvo.<sup>12</sup> Stoga je u analizi pravnog statusa ovih osoba naročito zanimljiv njegov medicinskopravni aspekt. Brojni odnosi vezani za pravo uvijek na samoodređenje o tjelesnom integritetu i zdravlju dobivaju specifičnu težinu kada je njihov subjekt osoba s duševnim smetnjama. Ključno je pitanje njene sposobnosti da odužuje volju u pogledu pristanka na podvrgavanje medicinskom zahvatu.

Pristanak je manifestacija uvijekovog prava na samoodređenje.<sup>13</sup> Donošenje odluke o pristanku mora biti zasnovano na informacijama o prirodi i

---

<sup>10</sup> Stigmatizacija osoba oboljelih od duševnih poremećaja javlja se tokom cijele historije civilizacije, a izazvana je praznovjerenjem, nepoznavanjem uzroka i posljedica njihove bolesti i nedostatkom empatije prema njima. Detaljnije: [http://www.cpe.org.rs/o\\_ment\\_por.htm](http://www.cpe.org.rs/o_ment_por.htm) (5. 2. 2016.).

<sup>11</sup> Takvo poimanje u prošlosti je često rezultiralo pretjeranim mjerama prinude naspram ovih osoba, njihove tjelesne izolacije i primjene nehumanih i većinom kontraproduktivnih metoda u liječenju, kakva je elektro-konvulzivna metoda. Vidjeti detaljnije: Mujovi -Zorni, *supra note* 8, str. 354.

<sup>12</sup> O pravnom aspektu ljudskog dostojanstva, posebno o postojanju ljudskog dostojanstva osoba s duševnim smetnjama u porodičnom pravu vidjeti detaljnije: Hrabar, D., *Deontološka prosudba ljudskog dostojanstva u obiteljskom pravu*, Bogoslovska smotra 77 (2007), br. 1, str. 29-42.

<sup>13</sup> O doktrini pristanka obaviještenog pacijenta (*informed consent*), kao izrazu prava na samoodređenje u pogledu tjelesnog integriteta i zdravlja vidjeti detaljnije: Bevanda, M. – Polakovi, M., *Pravo pacijenta na obaviještenost i pristanak i pravne posljedice liječenja bez pristanka pacijenta*, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, br. 7, Mostar, 2009, str. 196-202.; Mujovi -Zorni, H., *Pristanak na medicinsku intervenciju kao izjava volje u pravu*, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse br. 9, Mostar, 2011, str. 283-291.

posljedicama planiranog zahvata. U na elu, uvažava se samo pristanak osoba koje imaju pravno relevantnu volju, pri emu je mentalna sposobnost klju na karika u procesu odlu ivanja o podvrgavanju zahvatu.<sup>14</sup> Zato je ovo pitanje s aspekta osoba s duševnim smetnjama naro ito osjetljivo. U novije vrijeme u doktrini i praksi sve je prihva eniji stav da se sposobnost za o itovanje takvog pristanka ne smije izjedna avati s poslovnom sposobnoš u. Budu i da je u pitanju izjava volje kojom se lije niku daje ovlaštenje na djelovanje u pogledu li nih dobara pacijenta,<sup>15</sup> smatra se da takvu sposobnost ne treba vezivati za granice poslovne sposobnosti, kako je ova definirana u gra anskom pravu,<sup>16</sup> niti ura unljivosti u krivi nom pravu. U kategorizaciji navedene sposobnosti pravi se razlika izme u op e sposobnosti za odlu ivanje, koju ima bilo koji pacijent i posebne (grani ne) sposobnosti za odlu ivanje, koju imaju osobe s duševnim smetnjama.<sup>17</sup>

Pitanje sposobnosti osobe s duševnim smetnjama na iskazivanje pristanka na medicinski zahvat povla i za sobom druga brojna pitanja, kao što su prisilna hospitalizacija, reproduktivna prava (pravo na za e e i poba aj, prisilna sterilizacija i kastracija), uzimanje organa i tkiva u cilju transplantacije, anticipirane naredbe vezane za zdravlje, izvo enje medicinskih istraživanja i eksperimenata, poštovanje privatnosti i zaštita li nih zdravstvenih podataka duševno oboljelih osoba – pacijenata itd. Imaju i u vidu da je pravo na samoodre enje o tjelesnom integritetu i zdravlju neotu ivo pravo ovjeka, utemeljeno na „ustavnoj garanciji o neprikosновенosti ljudske li nosti“,<sup>18</sup> ni ove ga osobe ne bi trebale biti lišene. Me utim, u ve ini slu ajeva to nije tako, bilo zato što su pojedina zakonska rješenja neadekvatna ili zato što se i sasvim adekvatna rješenja u praksi pogrešno interpretiraju ili uop e ne primjenjuju. Takva restrikcija pravno-politi ki se opravdava zaštitom interesa osoba s duševnim smetnjama, odnosno o uvanjem njihove dobrobiti, s jedne strane, a s druge strane zaštitom ostalih lanova društva od potencijalne opasnosti koju ove osobe uslijed svog oboljenja mogu izazvati.<sup>19</sup> Ipak, treba se zapitati je li ona u svim situacijama potpuno nužna i svrsishodna.

---

<sup>14</sup> Mujovi -Zorni , *supra note* 8, str. 355. i 360.

<sup>15</sup> Zadiranje u tjelesni integritet pacijenta bez njegovog pristanka rezultira odgovornoš u lije nika – krivi nopravnom, gra anskopravnom, prekršajnom i disciplinskom. Vidjeti detaljnije: Bevanda, – olakovi , *supra note* 13, str. 207-212.

<sup>16</sup> Vidi: Radolovi , A., *Prirodna poslovna nesposobnost kao razlog nevaljalosti pravnih poslova*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveu ilišta u Rijeci, vol. 30., br. 1., Rijeka, 2009., str. 187-220.

<sup>17</sup> Mujovi -Zorni , *supra note* 8, str. 355. i 360-361.

<sup>18</sup> Radiši J., *Medicinsko pravo*, Beograd, 2004, str. 75.

<sup>19</sup> Sukob ovih dvaju me usobno suprotstavljenih legitimnih zahtjeva kroz itavu historiju rješavan je u korist sigurnosti društva nauštrb prava osoba s duševnim smetnjama. Njima je priznavan samo onaj minimum prava kojim ni u kom pogledu nije mogla biti ugrožena sigurnost ostalih lanova društvene zajednice. Pojedini autori zastupaju stav da e se takvo stanje zadržati i u budu nosti, ali istovremeno izražavaju vjeru da e proklamirani i op eprihva eni standardi prioriteta dobrobiti pojedinca nad interesima društva služiti kao osiguranje nedopuštenom zadiranju ne samo u tjelesni nego i psihi ki integritet osobe. Vidjeti: Grozdani V. – Tripalo, D., *supra note* 5, str. 801.

Odredbe bosanskohercegovačkog zakonodavstva kojima je uređen položaj osoba s duševnim smetnjama najvećim dijelom su sačinjene po uzoru na odredbe relevantnih međunarodnih i regionalnih dokumenata o ljudskim pravima (pravima pacijenata), po evanđelju od Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda,<sup>20</sup> Povelje Evropske unije o temeljnim pravima,<sup>21</sup> Konvencije o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primjene biologije i medicine,<sup>22</sup> Nirnberškog kodeksa,<sup>23</sup> Univerzalne deklaracije o bioetici i ljudskim pravima,<sup>24</sup> Konvencije o pravima osoba s invaliditetom,<sup>25,26</sup> međunarodnih i regionalnih dokumenata o mentalnom zdravlju,<sup>27</sup> te brojnih

<sup>20</sup> *The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR)*, Council of Europe, 1950 (u daljem tekstu: EKLJP). Bosna i Hercegovina je ratificirala ovu Konvenciju 12. 7. 2002. godine (Službeni glasnik Bosne i Hercegovine 6/99), te istovremeno s njom ili nakon toga, i sve Dodatne protokole uz Konvenciju. Shodno čl. II st. 2. Ustava Bosne i Hercegovine, „prava i slobode utvrđeni u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda te njenim Protokolima direktno se primjenjuju u Bosni i Hercegovini i imaju prvenstvo pred svakim drugim zakonodavstvom.“

<sup>21</sup> *EU Charter of Fundamental Rights*, SL 2010/C 083/02 (u daljem tekstu: Povelja EU), postala je pravno obavezujuća 1. 12. 2009. godine, a na temelju čl. 6. st. 1. Ugovora o Evropskoj uniji (UEU) ima istu pravnu snagu kao Ugovori, odnosno, dio je primarnog prava Evropske unije.

<sup>22</sup> *Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine*, Council of Europe, 1997 (u daljem tekstu: Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini), koja predstavlja prvi obavezujući i međunarodno-pravni akt iz ove oblasti. Bosna i Hercegovina je ratificirala Konvenciju 11. 5. 2007. godine, a u njoj je stupila na snagu 1. 9. 2007. godine. Od četiri dodatna protokola uz Konvenciju (Dodatni protokol o zabrani kloniranja, Dodatni protokol o transplantaciji organa i tkiva ljudskog porijekla, Dodatni protokol o biomedicinskim istraživanjima i Dodatni protokol o genetskom testiranju u zdravstvene svrhe) u BiH su do sada ratificirani i stupili na snagu samo prvi (2015. godine) i treći (2006. godine).

<sup>23</sup> *Nuremberg Code* je donesen 1947. godine, nakon okončanja Nirnberškog procesa. To je prvi međunarodni kodeks u kojem su ustanovljena načela biomedicinskih istraživanja i kliničkih eksperimenata, s posebnim akcentom na pitanje pristanka ispitanika na istraživanje.

<sup>24</sup> *Universal Declaration on Bioethics and Human Rights*, UNESCO, 2005. Deklaracija se bavi etičkim pitanjima koja se tiču medicine, biološkoantropoloških znanosti i pratećih tehnologija primjenjivih na ljudsko biće, uzimajući u obzir socijalnu i pravnu dimenziju te ekološke probleme.

<sup>25</sup> *Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, United Nations (u daljem tekstu: KPOI) donesena je 13. 12. 2006. godine, a otvorena za potpisivanje 30. 3. 2007. godine. U pitanju je međunarodni ugovor koji su već prvog dana potpisivanja potpisale osamdeset dvije države svijeta, pri čemu su njih četrdeset i četiri potpisale i Fakultativni protokol uz Konvenciju. KPOI je stupila na snagu 3. 5. 2008. godine, a do sada ju je ratificiralo 160 država. Osim država, za potpis je otvorena i regionalnim organizacijama. Evropska unija potpisala je Konvenciju 30. 3. 2007., a njen Fakultativni protokol 23. 12. 2010. godine. Bosna i Hercegovina je ratificirala KPOI i Fakultativni protokol 12. 3. 2010. godine, a Konvencija je u odnosu na BiH stupila na snagu 11. 4. 2010.

<sup>26</sup> KPOI definiše osobe s invaliditetom kao „osobe s dugotrajnim tjelesnim, mentalnim, intelektualnim ili osjetilnim oštećenjima, koje u interakciji s različitim barijerama mogu ometati njihovo puno i djelotvorno učestvovanje u društvu ravnopravno s ostalim članovima tog društva“ (čl. 1. st. 2.). Iz navedenog nedvosmisleno proizilazi da osobe s duševnim smetnjama spadaju u personalno polje primjene ove Konvencije.

<sup>27</sup> Deklaracija za mentalno zdravlje Svjetske zdravstvene organizacije (*Mental Health Declaration for Europe*, WHO, European Ministerial Conference on Mental Health Facing the Challenges, Building Solutions, Helsinki, Finland, 12–15 January 2005); Rezolucija o općoj brizi za mentalne poremećaje i potrebi sveobuhvatnog i ujednačenog odgovora zdravstvenog i socijalnog sektora u zemljama Svjetske zdravstvene organizacije (WHO Resolution EB130.R8 on *Global Burden of Mental Disorders and the Need for a Comprehensive, Coordinated Response from Health and*



preporuka i drugih dokumenata Vijeća Evrope.<sup>28</sup> Novim zakonima iz oblasti zdravstva i zdravstvene zaštite normirano je pitanje pristanka pacijenta na medicinski zahvat kako „generalno“, tako i za neke naročite slučajeve, odnosno određene medicinske postupke (pobačaj, transplantacija organa i tkiva itd.). Pritom je u izvjesnoj mjeri većeno računano i o specifičnostima tog pristanka u pogledu osoba s duševnim smetnjama. U cilju zaštite i unapređenja zdravlja osoba s duševnim smetnjama doneseni su i posebni zakoni kojima je regulirano postupanje prema njima. Analiza usvojenih zakonskih rješenja u ovom radu pokazat će jesu li ona potpuno odgovarajuća, odnosno odstupaju li Bosna i Hercegovina na ovom polju od pravila i standarda ustanovljenih u razvijenim evropskim državama. Budući da zakonodavna nadležnost u oblasti zdravstva i zdravstvene zaštite u Bosni i Hercegovini pripada entitetima i Brčko Distriktu Bosne i Hercegovine, pri čemu je unutar Federacije BiH ta nadležnost podijeljena između Federacije BiH i deset kantona, broj zakona kojima je normirana ova oblast je multipliciran, odnosno vrlo veliki. Kako istovrsni zakoni doneseni na području Federacije BiH, Republike Srpske i Brčko Distrikta BiH uglavnom sadrže jednaka ili slična rješenja, to će u fokusu analize ovdje biti zakonodavstvo iz oblasti zdravstva u Federaciji Bosne i Hercegovine i njegova primjena u praksi.

## **2. Pristanak pacijenta – osobe s duševnim smetnjama u zakonodavstvu Federacije Bosne i Hercegovine**

### **2.1. Opće odredbe o pristanku**

Pristanak pacijenta na podvrgavanje zdravstvenom tretmanu u Federaciji Bosne i Hercegovine normiran je odredbama nekoliko zakona. Ovo pitanje primarno je uređeno Zakonom o pravima, obavezama i odgovornostima pacijenata,<sup>29</sup> dok je u Zakonu o zdravstvenoj zaštiti Federacije BiH<sup>30</sup> regulirano

---

*Social Sectors at the Country*, 20 January 2012); Rezolucija o mentalnom zdravlju: odgovor na poziv na akciju (WHO Resolution WHA55.10 on Mental Health: Responding to the Call for Action, 18 January 2002); Akcioni plan mentalnog zdravlja za Evropu za period 2013-2020. godina (*The European Mental Health Action Plan*, Regional Committee for Europe, WHO, Sixty-third session, Če me Izmir, Turkey, 16–19 September 2013). Ovi dokumenti postavljaju visoke standarde zaštite osoba s problemima u mentalnom zdravlju, određuju ih kao vulnerabilnu kategoriju pacijenata koja zaslužuje human tretman u svim oblastima života. Mujović-Zorni, *supra* note 8, str. 355-357.

<sup>28</sup> *Council of Europe Recommendation No R (99) 4 of the Committee of Ministers to member states on Principles concerning the Legal Protection of Incapable Adults; Council of Europe Resolution 1946 (2013) on Equal access to health care; Council of Europe Resolution 1460 (2005) on Improving the Response to Mental Health Needs in Europe; Council of Europe Resolution ResAP(2005)1 on Safeguarding Adults and Children with Disabilities Against Abuse; Council of Europe Recommendation Rec (2004) 10 of the Committee of Ministers to member states concerning the protection of the human rights and dignity of person with mental disorder*, u daljem tekstu: Preporuka br. Rec (2004) 10 VE.

<sup>29</sup> Zakon o pravima, obavezama i odgovornostima pacijenata, Službene novine Federacije BiH 40/10. U daljem tekstu: ZPOOP.

samo jednom generalnom odredbom, u kojoj su taksativno pobrojana sva prava pacijenta ( l. 27.).<sup>31</sup> Osim ovih *lex generalis* normi, na pacijente – osobe s duševnim smetnjama odnose se odredbe Zakona o zaštiti osoba s duševnim smetnjama,<sup>32</sup> kao i odredbe o pristanku pacijenta u zakonima kojima su regulirani posebni medicinski postupci poput prekida trudno e, transfuzije ljudske krvi, transplantacije ljudskih organa i tkiva u cilju lije enja itd.

ZPOOP iscrpno normira pravo pacijenta na sve vrste informacija o njegovom zdravlju, njegovim pravima i obavezama i na inima njihove realizacije ( l. 8. i 9.), pravo na obavještenje na temelju kojeg može donijeti odluku o pristanku na medicinsku mjeru ( l. 10-12.) i pravo na odbijanje prijema ovog obavještenja ( l. 13-15.), te njegovo pravo na samoodlu ivanje i iskazivanje pristanka na predloženu medicinsku mjeru ( l. 17-24.). U vezi s pristankom pacijenta je i odredba ovog zakona o pravu pacijenta nad kojim se obavlja medicinsko istraživanje ( l. 38.).

Shodno odredbama ZPOOP-a, valjan pristanak na podvrgavanje medicinskoj mjeri u pravilu mogu dati samo punoljetni i poslovno sposobni pacijenti ( l. 17.). Zakon posebno regulira pitanje iskazivanja pristanka pacijenata lišenih poslovne sposobnosti, odnosno maloljetnih pacijenata i pacijenata s duševnim smetnjama. Za pacijenta koji nije sposoban samostalno o itovati pristanak, zbog toga što je maloljetan ili poslovno nesposoban, pristanak zasnovan na obavještenju daje njegov zakonski zastupnik. Pri tom i pacijent mora biti uklju en u donošenje odluke o medicinskoj mjeri, shodno svojoj zrelosti i sposobnosti za rasu ivanje ( l. 22. st. 1. i 2.).<sup>33</sup> Dodatna zaštita ovim pacijentima garantirana je obavezom zdravstvene ustanove da odmah obavijesti organ starateljstva u slu aju da su me usobno suprotstavljeni interesi pacijenta i njegovog zakonskog zastupnika u pogledu izvo enja medicinske mjere ( l. 22. st. 7.).

Kad je rije o pacijentima s duševnim smetnjama, ZPOOP u tom pogledu decidirano upu uje na propise o zaštiti osoba s duševnim smetnjama, kako u slu aju iskazivanja pristanka na medicinske mjere ( l. 22. st. 3.), tako i u slu ajevima pristanka na provo enje medicinskih istraživanja ( l. 38. st. 5.).<sup>34</sup>

---

<sup>30</sup> Zakon o zdravstvenoj zaštiti Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine Federacije BiH 46/10.

<sup>31</sup> Me u tim pravima je i pravo pacijenta na informacije, na obaviještenost i u estvovanje u postupku lije enja, na slobodan izbor te na samoodlu ivanje i pristanak, uklju uju i i zaštitu prava pacijenta koji nije sposoban dati pristanak.

<sup>32</sup> Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama Federacije BiH, Službene novine Federacije BiH 37/01, 40/02, 52/11. U daljem tekstu: ZZODS.

<sup>33</sup> ZPOOP-om su propisane situacije u kojima maloljetna osoba starija od 15 godina može samostalno odlu iti o podvrgavanju medicinskoj mjeri te izuzeci od ovog pravila ( l. 22. st. 5. i 6.). Kriti ki osvrt na navedene zakonske odredbe u korelaciji s l. 22. st. 2. ZPOOP-a vidjeti: olakovi , M., *Pravo na tjelesni integritet – privatnopravni aspekt*, Mostar, 2015, str. 38. i 39.

<sup>34</sup> Pošto osobe s duševnim smetnjama spadaju u kategoriju osoba s invaliditetom, na njih se može primijeniti i odredba kojom je reguliran na in iskazivanja pristanka na medicinsku mjeru pacijenta

Osim navedenog, osobe s duševnim smetnjama u ovom zakonu izri ito se spominju i u odredbi koja se ti e na ina informiranja pacijenta o njegovoj bolesti i predloženoj medicinskoj mjeri, kao preduslovu za samostalno odlučivanje o liječenju i u estvovanje u postupku liječenja. ZPOOP propisuje da se osobi s duševnim smetnjama ovo obavještenje daje „u skladu s njenom dobi, odnosno tjelesnim, mentalnim i psihičkim stanjem“ ( 1. 12. st. 2.). Takvo rješenje je dobro, jer se njime uvažava individualna autonomija i dostojanstvo pacijenta s duševnim smetnjama. Valja naglasiti i da je ono usaglašeno s temeljnim principima Konvencije o pravima osoba s invaliditetom, koja promovira puno i ravnopravno uživanje svih ljudskih prava i temeljnih sloboda te poštivanje uro enog dostojanstva, tjelesnog i mentalnog integriteta ovih osoba ( 1. 1. st. 1. i 1. 17.). Shodno odredbama KPOI-a, to se na polju zdravstvene zaštite manifestira, izme u ostalog, u vidu prava osoba s invaliditetom na iskazivanje pristanka na podvrgavanje zdravstvenom zahvatu, utemeljenom na odgovaraju em obavještenju ( 1. 25. t. d).

Kako pokazuje uvid u odredbe ZZODS-a u nastavku ovog rada, i one su zasnovane na istovrsnim principima.

## **2.2. Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama**

Pod osobom s duševnim smetnjama ZZODS podrazumijeva „duševno bolesnu osobu, osobu s duševnim poremećajem, nedovoljno duševno razvijenu osobu, ovisnika o alkoholu ili drogama ili osobu s drugim duševnim smetnjama“, dok je osoba s težim duševnim smetnjama „osoba s takvim duševnim smetnjama koja nije u mogućnosti shvatiti značenje svog postupanja ili ne može vladati svojom voljom ili su te mogućnosti smanjene u tolikoj mjeri da je neophodna psihijatrijska pomoć“ ( 1. 3. t. 1. i t. 2.).<sup>35</sup>

ZZODS uređuje položaj osoba s duševnim smetnjama u ostvarenju zdravstvene zaštite, propisuju i osnovne principe te zaštite i unapređuju njihovog zdravlja, kao i pretpostavke za postupanje prema njima. Zakonske

---

s invaliditetom. ZPOOP propisuje da ovakav pacijent to čini „u njemu pristupačnom obliku, prilagođen njegovom obrazovnom nivou, tjelesnom i psihičkom, kao i emocionalnom stanju“ ( 1. 22. st. 4).

<sup>35</sup> Novi Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama Hrvatske iz 2014. godine (Narodne novine 76/14, u daljem tekstu: ZZODS HR) zamijenio je ranije važeće odredbe koje su se odnosile na osobu s duševnim smetnjama, koje je bilo potpuno isto kao citirana definicija iz ZZODS-a. Izmijenjena definicija osobe s duševnim smetnjama tj. definicija duševne smetnje u ZZODSHR-u prilagođena je MKB-u te je shodno tome duševna smetnja definirana kao „poremećaj prema važećim međunarodno priznatim klasifikacijama mentalnih poremećaja“ ( 1. 3. st. 1. t. 3). ZZODS HR je napustio klasifikaciju osoba s duševnim smetnjama na „osobe s duševnim smetnjama“ i „osobe s težim duševnim smetnjama“, te kategoriju osoba s težim duševnim smetnjama spominje samo u odredbi vezanoj za prisilno zadržavanje i prisilni smještaj u zdravstvenu ustanovu ( 1. 27.). Valjalo bi razmisliti i o promjeni odredbe ZZODS-a po uzoru na navedeno rješenje hrvatskog prava, kako bi se ono dovelo u sklad s međunarodnim medicinskim standardima u klasificiranju duševnih poremećaja i poremećaja ponašanja.

odredbe osobama s duševnim smetnjama garantiraju pravo na jednake uslove liječenja koje ima svaka druga osoba ( 1. 4. st. 2.), te obavezuju na zaštitu i poštovanje njihovog dostojanstva u svim okolnostima. Tako er im garantiraju pravo na zaštitu od bilo kojeg oblika zlostavljanja i ponižavaju eg postupanja i njihovog dovo enja u diskriminiraju i položaj zbog duševne smetnje od koje boluju ( 1. 5.).<sup>36</sup> Izmjenama ZZODS-a 2011. godine ove odredbe su dopunjene propisivanjem obaveze zaštite osoba s duševnim smetnjama od nasilja na osnovu spola i seksualnog uznemiravanja, uz upu ivanje na odredbe Zakona o ravnopravnosti spolova u Bosni i Hercegovini<sup>37</sup> ( 1. 5. st. 4). Navedeni principi korespondiraju s temeljnim principima ranije spomenutih me unarodnih dokumenata o ljudskim pravima i pravima pacijenata.<sup>38</sup> Posebno treba ista i injenicu da je ZZODS u ovom segmentu na elno uskla en s odredbama KPOI-a, iako je sa injen i usvojen znatno ranije u odnosu na KPOI.<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> Ovo rješenje ZZODS-a uskla eno je s odredbama Zakona o zabrani diskriminacije Bosne i Hercegovine (Službeni glasnik BiH 59/09, u daljem tekstu: ZZD) koji regulira sistem zaštite od diskriminacije i u 1. 2. propisuje zabranu diskriminacije na osnovu „rase, boje kože, jezika, vjere, etni ke pripadnosti, nacionalnog ili socijalnog porijekla, veze s nacionalnom manjinom, politički ili drugog uvjerenja, imovnog stanja, lanstva u sindikatu ili drugom udruženju, obrazovanja, društvenog položaja i spola, spolnog izražavanja ili orijentacije, kao i svake druge okolnosti po bilo kojem osnovu“. Kako je vidljivo iz navedene odredbe, ZZD me u osnovama za diskriminaciju izri ito ne navodi invaliditet, ali je formulacija „svaka druga okolnost po bio kojem osnovu“ dovoljno široka da njome budu obuhva ene sve one osnove za diskriminaciju koje nisu izri ito pobrojane u ovoj odredbi, pa tako i invaliditet. Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o zabrani diskriminacije, koji je Vije e ministara Bosne i Hercegovine u decembru 2015. godine uputilo u parlamentarnu proceduru, predvi a izmjene 1. 2. na na in da se invaliditet izri ito uvrsti kao jedan od mogu ih osnova za diskriminaciju. Takvo rješenje je saglasno svrsi i osnovnim na elima KPOI-a ( 1. 1-4.), koja decidirano propisuje zabranu diskriminacije osoba s invaliditetom i garantira im zaštitu od svake diskriminacije ( 1. 5.). Ono je tako er u skladu s odredbama EKLJP-a i stavovima Evropskog suda za ljudska prava. Detaljnije o stavovima Evropskog suda za ljudska prava u pogledu jednakog tretmana osoba s invaliditetom vidjeti: Vehabovi F. – Izmirlija M. – Kadribaši A., *Komentar Zakona o zabrani diskriminacije sa objašnjenjima i pregledom prakse u uporednom pravu*, Sarajevo, 2010, str. 65. i 66.

<sup>37</sup> Službeni glasnik BiH 16/03 i 102/09.

<sup>38</sup> EKLJP propisuje zabranu podvrgavanja mu enju, ne ovje nom i ponižavaju em postupanju ili kažnjavanju ( 1. 3.), zabranu držanja u ropstvu ili ropskom položaju ( 1. 4.), te pravo na slobodu i sigurnost li nosti i zabranu lišavanja slobode, osim u izri ito propisanim slu ajevima i u skladu sa zakonom propisanom procedurom ( 1. 5.). Povelja EU sankcionira nepovredivost i zaštitu ljudskog dostojanstva ( 1. 1.), zabranu mu enja i neljudskog i ponižavaju eg postupanja i ponašanja ( 1. 4.), zabranu ropstva i prisilnog rada ( 1. 5.), nediskriminaciju po razli itim osnovama, me u njima i invalidnosti ( 1. 21.), te pravo svih na jednak pristup zdravstvenoj zaštiti ( 1. 35.). Odredbama Konvencije o ljudskim pravima i biomedicini štite se dostojanstvo i identitet svih ljudskih bi a i garantira svakom ljudskom bi u, bez diskriminacije, poštovanje njegovog integriteta i drugih prava i temeljnih sloboda u pogledu primjene biologije i medicine ( 1. 1. st. 1.), izri ito se propisuje prednost interesa i dobrobiti ljudskog bi a nad interesom društva ili znanosti ( 1. 2.), garantira pravi an pristup zdravstvenoj zaštiti ( 1. 3.), te posebna zaštita osoba s duševnim smetnjama ozbiljne naravi u pogledu podvrgavanja lije ni kom postupku ( 1. 7.).

<sup>39</sup> Tako i: Mehi , A. – Bodnaruk, S., *Uskla enost propisa o zaštiti osoba sa duševnim smetnjama Federacije BiH sa me unarodnim dokumentima*, Fondacija Centar za javno pravo, str. 14. [http://www.fcjp.ba/templates/ja\\_avian\\_ii\\_d/images/green/Adisa\\_Mehic\\_i\\_Snjezana\\_Bodnaruk.pdf](http://www.fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Adisa_Mehic_i_Snjezana_Bodnaruk.pdf) (5. 2. 2016.).

### 2.2.1. Pristanak na lije ni ki postupak

Analiza odredaba ZZODS-a vezanih za pravo osobe s duševnim smetnjama na samoodre enje u pogledu zdravlja pokazuje da joj je to pravo zagarantirano u odre enom obimu. Zakon sadrži definiciju lije ni kog postupka. Premda pojmovi duševna smetnja/duševna bolest u toj definiciji nisu izri ito navedeni, njenim tuma enjem u kontekstu ostalih zakonskih odredaba izvodi se zaklju ak da se pod lije ni kim postupkom u prvom redu podrazumijeva lije enje duševne smetnje/duševne bolesti, a ne bilo koji medicinski postupak, odnosno lije enje tjelesne bolesti.<sup>40</sup> Ipak, budu i da ZPOOP u pogledu iskazivanja pristanka pacijenta – osobe s duševnim smetnjama na podvrgavanje zdravstvenom zahvatu upu uje na odredbe ZZODS-a, to bi se na osnovu ekstenzivnog tuma enja pod definicijom lije ni kog postupka trebao podrazumijevati svaki postupak, neovisno radi li se o lije enju tjelesne ili duševne bolesti/smetnje. ZZODS sadrži i definiciju pristanka osobe s duševnim smetnjama na provo enje lije ni kog postupka.<sup>41</sup> Kako se daje zaklju iti iz te definicije, u pitanju je pristanak utemeljen na obavještenju, što je u skladu s doktrinarnom i normativnom definicijom pristanka obaviještenog pacijenta.<sup>42</sup>

Osobama s duševnim smetnjama odredbama ZZODS-a priznata je mogućnost da pod odre enim uvjetima u estvuju u donošenju odluke o svom lije enju. Ti se uvjeti odnose na njihovo zdravstveno (mentalno) stanje, odnosno sposobnost racionalnog rasu ivanja i formiranja mišljenja. Ako je osoba s duševnim smetnjama u stanju razumjeti prirodu, posljedice i opasnost predloženog lije ni kog postupka te na temelju toga donijeti i iskazati odluku, onda se lije ni ki postupak ne može preduzeti bez njenog pristanka. Pristanak mora biti dat u pisanoj formi ( l. 8. st. 1.).<sup>43</sup> Procjenu voljnih i intelektualnih kapaciteta osobe s duševnim smetnjama na iskazivanje pristanka obavezan je

---

<sup>40</sup> Shodno l. 3. t. 7. ZZODS-a, "lije ni ki postupak je odre eni oblik lije enja, dijagnosti ki postupak, prijem i smještaj u zdravstvenu ustanovu radi dijagnosti ke obrade i lije enja, uklju ivanje u obrazovne programe koji se provode u zdravstvenoj ustanovi, izvo enje istraživanja na podru ju zaštite i unapre ivanja zdravlja osoba s duševnim smetnjama."

<sup>41</sup> „Pristanak je slobodno dana saglasnost osobe s duševnim smetnjama za provo enje odre enog lije ni kog postupka, koja se zasniva na odgovaraju em poznavanju svrhe, prirode, posljedica, koristi i opasnosti tog lije ni kog postupka i drugih mogu nosti lije enja“ ( l. 3. t. 9. ZZODS).

<sup>42</sup> Pristanak pacijenta s duševnim smetnjama na psihijatrijsko lije enje zasnovan je na doktrini *informed consent*. U psihijatriji je to na elo pristanka razvijano duži vremenski period i tek se u novije vrijeme u potpunosti afirmira, postaju i jedna od zna ajnijih odrednica lije enja. Mujovi - Zorni , *supra note* 8, str. 354. i 355.

<sup>43</sup> U ZZODS HR-u je dopunjena ranije važe a definicija pristanka, koja je bila identi na definiciji sadržanoj u l. 3. t. 9. ZZODS-a. U sadašnjoj definiciji propisano je mjerilo na osnovu kojeg se procjenjuje je li osoba s duševnim smetnjama sposobna za davanje pristanka. Ona je na to sposobna „ako može razumjeti informaciju koja je važna za davanje pristanka, upamtiti tu informaciju i koristiti ju u postupku davanja pristanka“ ( l. 3. st. 1. t. 13. ZZODSHR). Komparacija ovog zakonskog rješenja s kriterijem za utvr ivanje pristanka propisanim u l. 8. st. 1. ZZODS-a navodi na zaklju ak da je odredba hrvatskog zakona preciznija, pa bi kao takva u praksi trebala olakšati lije nicima procjenu sposobnosti za pristanak osobe s duševnim smetnjama. U tom smislu bi bilo dobro reformirati i odredbe ZZODS-a.

utvrditi lije nik („doktor medicine ili psihijatar“) u vrijeme kada ona donosi svoju odluku.<sup>44</sup> On o tome izdaje pisanu potvrdu i ova se pohranjuje u lije ni ku dokumentaciju. Inu iskazivanja odluke o pristanku, na zahtjev osobe s duševnim smetnjama, može prisustvovati i osoba od njenog povjerenja ( 1. 8. st. 2.). Navedeno rješenje je adekvatno, jer se ovako propisanom procedurom pruža dodatna zaštita osobama s duševnim smetnjama i spre avaju eventualne manipulacije njenom voljom.

Takva zaštita proisti e i iz odredaba ZZODS-a vezanih za situacije u kojima osoba s duševnim smetnjama nije sposobna dati pristanak na lije enje, uslijed toga što u odre enom momentu ne može razumjeti planirani lije ni ki postupak ili što u danom momentu nije u stanju formirati i saop iti svoju odluku. Za ovakve situacije normirano je zamjensko odlu ivanje – pristanak daje zakonski zastupnik osobe s duševnim smetnjama. Pritom se on mora rukovoditi njenim najboljim interesom, kao primarnim kriterijem za donošenje odluke o lije enju ( 1. 8. st. 3. i 5.).<sup>45</sup> Ako ona nema zastupnika, lije ni ki postupak može biti poduzet samo na osnovu saglasnosti komisije za zaštitu osoba s duševnim smetnjama ( 1. 8. st. 5.).<sup>46,47</sup>

Zakon ne sadrži odredbe o mogu em sukobu interesa pacijenta s duševnim smetnjama i njegovog zakonskog zastupnika u pogledu donošenja odluke o podvrgavanju lije ni kom postupku, pa bi u takvom slu aju trebalo primijeniti rješenje iz ZPOOP-a ( 1. 22. st. 7.), koji propisuje obavezu zdravstvene ustanove da o tome odmah obavijesti organ starateljstva.

Na temelju analize odredaba o pristanku osobe s duševnim smetnjama može se konstatirati da ZZODS ne vezuje sposobnost za iskazivanje pristanka uz posjedovanje poslovne sposobnosti, odnosno da i osobe s duševnim smetnjama lišene poslovne sposobnosti mogu iskazati pravno valjan pristanak, ako u vrijeme donošenja odluke o podvrgavanju lije ni kom postupku ne postoje okolnosti iz 1. 8. st. 3, koje ih u tome onemogu uju.<sup>48</sup>

---

<sup>44</sup> U hrvatskoj doktrini se ukazuje na to da mnogi lije nici u praksi još uvijek imaju znatan problem adekvatnog vrednovanja pristanka pacijenta s duševnim smetnjama, pa u vezi s tim ine lije ni ku grešku – utvr uju i valjan pristanak u situaciji kada ovaj zapravo ne postoji ili nasuprot tome, negiraju i valjanost pristanka koji je zaista apsolutno valjan. O mogu im razlozima koji dovode do ovih grešaka vidjeti detaljnije: Goreta, M., *Profesionalna odgovornost psihijatra*, Zagreb, 2010, str. 6. i 7.

<sup>45</sup> Cf. Mehi – Bodnaruk, *supra note* 39, str. 16.

<sup>46</sup> Komisija za zaštitu osoba s duševnim smetnjama ure ena je 1. 51. i 52. ZZODS-a.

<sup>47</sup> Ova odredba ZZODS-a odnosi se na punoljetne osobe s duševnim smetnjama, dok je posebnom odredbom ure eno pitanje donošenja odluke o podvrgavanju lije ni kom postupku djece, odnosno maloljetnih osoba koje nisu sposobne dati pristanak. Za njih pristanak daju njihovi zakonski zastupnici. ZZODS pritom normira obavezu da se pri donošenju odluke u obzir uzme i mišljenje maloljetne osobe, u skladu s njenom dobi i stepenom zrelosti ( 1. 8. st. 4.).

<sup>48</sup> Za razliku od ZZODS-a, ZZODSHR ovo pitanje izri ito normira, propisuju i da se prije primjene medicinskog postupka mora utvrditi sposobnost za davanje pristanka i kod osobe lišene poslovne sposobnosti, budu i da lišenje poslovne sposobnosti automatski ne podrazumijeva nesposobnost za davanje pristanka ( 1. 12. st. 3.). Radi otklanjanja mogu ih nedoumica i razli itog

Izjava o pristanku na lije ni ki postupak je opoziva ( 1. 8. st. 6.), s tim da ne proizvodi pravna dejstva odricanje osobe s duševnim smetnjama od prava na iskazivanje pristanka ( 1. 8. st. 6.).

U kontekstu lije enja na temelju pristanka pacijenta s duševnim smetnjama treba imati u vidu i odredbe ZZODS-a kojima je reguliran dobrovoljni smještaj<sup>49</sup> u zdravstvenu ustanovu.<sup>50</sup> Pacijent s duševnim smetnjama, sposoban razumjeti svrhu i posljedice ovakvog smještaja te na osnovu toga formirati odluku, može na svoj zahtjev ili zahtjev tre e osobe, uz pristanak koji je dao u pismenoj formi, biti hospitaliziran ( 1. 21. st. 1.). Ako je rije o maloljetnom pacijentu ili punoljetnom pacijentu nesposobnom za iskazivanje pristanka, primijeni e se zamjensko odlu ivanje – pristanak na hospitalizaciju dat e u pismenoj formi njegov zakonski zastupnik ( 1. 21. st. 2.).<sup>51</sup>

Navedenom rješenju o dobrovoljnom smještaju u zdravstvenu ustanovu na temelju zamjenskog pristanka treba uputiti oštre kritike, jer se time ograni ava tjelesna sloboda osobe s duševnim smetnjama. U ovom slu aju upitan je i sam termin *dobrovoljni pristanak*, ima li se u vidu da se takav pristanak zasniva na odluci i izjavi druge osobe, a ne upravo one koja e biti smještena na lije enje u zdravstvenu ustanovu.<sup>52,53</sup> Pojedini autori isti u kako je takvo rješenje u neskladu s odredbama KPOI-a, koja zahtijeva individualizirani pristup svakoj osobi s duševnim smetnjama uvažavanjem nivoa njenih postoje ih sposobnosti.<sup>54</sup> Zbog toga bi u svakom pojedina nom slu aju

---

tuma enja i primjene 1. 8. st. 3. ZZODS-a u praksi, bilo bi dobro *de lege ferenda* to i u ovom zakonu precizno regulirati.

<sup>49</sup> ZZODS definira dobrovoljni smještaj kao „smještaj osobe s duševnim smetnjama u zdravstvenoj ustanovi uz njezin pristanak“ ( 1. 3. t. 10.).

<sup>50</sup> Pod zdravstvenom ustanovom podrazumijeva se ustanova za mentalno zdravlje koja obavlja specijalisti ko-konsultativnu i bolni ku zdravstvenu zaštitu iz podru ja psihijatrije ( 1. 3. t. 3. ZZODS).

<sup>51</sup> ZZODS pritom upu uje na 1. 8. st. 4. i 5., kojima je normirano donošenje odluke o podvrgavanju lije ni kom postupku maloljetnih osoba i punoljetnih osoba nesposobnih za iskazivanje pristanka. *Supra*.

<sup>52</sup> ZZODS HR je ranije važe u podjelu na dobrovoljni i prisilni smještaj u zdravstvenu ustanovu korigirao dodavanjem kategorije *smještaj bez pristanka*, pod kojom se podrazumijeva smještaj u zdravstvenu ustanovu osobe s duševnim smetnjama na temelju pisanog pristanka njene osobe od povjerenja ili njenog zakonskog zastupnika. ( 1. 26.).

<sup>53</sup> U doktrini se navodi kako se pojam dobrovoljna hospitalizacija u razli itim pravnim sistemima potpuno razli ito poima. U pojedinim sistemima pod tim pojmom podrazumijeva se samo smještaj u zdravstvenu ustanovu na osnovu izri itog pristanka osobe s duševnim smetnjama, u drugima se pod ovim misli na svaki smještaj kojem se osoba s duševnim smetnjama nije izri ito usprotivila, dok se u tre ima pod tim pojmom podrazumijeva smještaj na osnovu pristanka bilo osobe s duševnim smetnjama, bilo njenog zakonskog zastupnika. Vidjeti: Turkovi , K. – Dika, M. – Goreta, M. – or evi , Z., *Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama s komentarom i priložima*, Zagreb, 2001., str. 119., navedeno prema: izmi , J., *Zadržavanje duševno bolesnih osoba u zdravstvenoj ustanovi prema pravnom ure enju u Federaciji Bosne i Hercegovine*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 63, (3-4), 2013, str. 575.

<sup>54</sup> Grozdani V. – Tripalo, D., *supra note 5*, str. 809.

dobrovoljnog smještaja u zdravstvenu ustanovu osobe s duševnim smetnjama, koja nije sposobna o tome samostalno očitovati volju i mišljenje, trebalo da odluku donese sud.<sup>55</sup> U tom pravcu morala bi i reforma ZZODS-a.

## 2.2.2. Lije ni ki postupak bez pristanka

Slučajevi u kojima se poduzima liječenje bez pristanka osobe s duševnim smetnjama (ili njenog zakonskog zastupnika) ZZODS-om su svedeni na strogo određene izuzetke. Jedan od tih izuzetaka odnosi se na situacije kada nema dovoljno vremena za pribavljanje pristanka, jer postoji neposredna opasnost po život ili zdravlje osobe s duševnim smetnjama, pa joj je potrebna hitna i neodložna liječenje. Dok takva opasnost traje, može se provoditi liječenje i bez valjanog pristanka ( 1. 9. st. 1.).<sup>56</sup>

Druga situacija tiče se osobe s težim duševnim smetnjama prisilno smještene u zdravstvenu ustanovu. Ona može biti bez svog pristanka podvrgnuta liječenju postupku u cilju liječenja smetnji zbog kojih je prisilno hospitalizirana, u slučaju da bi bez poduzimanja tog postupka nastupilo teško oštećenje njenog zdravlja ( 1. 9. st. 3.).<sup>57</sup> I u navedenim situacijama liječenje bez pribavljanja pristanka pacijenta – osobe s duševnim smetnjama, zakonskim odredbama garantirana im je autonomija u izvjesnom obimu. ZZODS propisuje obavezu da se osoba s duševnim smetnjama u odgovarajućoj mjeri uključi u planiranje njenog liječenja ( 1. 9. st. 4.). Takvom pristupu zakonodavca treba dati pozitivnu ocjenu.

## 2.2.3. Prisilni smještaj u zdravstvenu ustanovu

Imaju li u vidu da prisilna hospitalizacija predstavlja zadiranje u pravo na tjelesni integritet i slobodu, odnosno ograničenje ovih temeljnih prava pojedinca, to je pitanje prisilnog smještaja<sup>58</sup> osoba s duševnim smetnjama u zdravstvene ustanove posebno interesantno i osjetljivo.<sup>59</sup> U cilju njegove

---

<sup>55</sup> Novo rješenje hrvatskog prava je nešto drugačije: Ako je pristanak na smještaj dao zakonski zastupnik osobe s duševnim smetnjama, onda je pravobranitelj za osobe s invaliditetom dužan provjeriti opravdanost takvog smještaja i o tome sastaviti pisanu bilješku. U slučaju da posumnja u njegovu opravdanost, bez odlaganja i o tome obavijestiti sud. Obavezu obavješćavanja suda ima i psihijatrijska ustanova ako se osoba smještena bez pristanka u bilo kojem trenutku usprotivi pristanku svog zakonskog zastupnika ( 1. 26. st. 2-4.).

<sup>56</sup> O nužnosti hitnog poduzimanja liječenja ni kojeg postupka odlučuje šef odjela u zdravstvenoj ustanovi ili ovlašten psihijatar. Ako osoba s duševnim smetnjama ima zakonskog zastupnika, on mora biti bez odlaganja obaviješten o poduzimanju tog postupka ( 1. 9. st. 2. ZZODS).

<sup>57</sup> Ovakvo rješenje u skladu je s 1. 7. Konvencije o ljudskim pravima i biomedicini.

<sup>58</sup> Pod prisilnim smještajem ZZODS podrazumijeva „smještaj osoba s težim duševnim smetnjama u zdravstvenoj ustanovi bez njezinog pristanka, a djeteta, maloljetne osobe ili osobe lišene poslovne sposobnosti sa težim duševnim smetnjama bez pristanka njezinog zakonskog zastupnika uz uslove i po postupku prisilnog zadržavanja i prisilnog smještaja u zdravstvenoj ustanovi“ ( 1. 3. t. 12.).

<sup>59</sup> U pravnoj teoriji se ističe kako se i dobrovoljnim i prisilnim smještajem u zdravstvenu ustanovu ograničava sloboda kretanja osobe s duševnim smetnjama, jer ona biva podvrgnuta pravilima ustanove i liječenju, a u pojedinim slučajevima i primjeni fizičke sile te izdvajanju unutar



kontrole i eliminiranja neutemeljenog i neopravdanog prisilnog smještaja, o takvom smještaju uvijek bi morao odlučivati sud.<sup>60</sup> Shodno odredbama ZZODS-a, sud o tome odlučuje u hitnom postupku u dva slučaja: kada ne postoji pristanak punoljetne osobe s duševnim smetnjama, te kada ne postoji pristanak zakonskog zastupnika maloljetne osobe i osobe lišene poslovne sposobnosti ( 1. 10. st. 1. i 2.).<sup>61</sup> Prisilni smještaj zakonit je samo ako su kumulativno ispunjena dva uvjeta: da je u pitanju osoba s težim duševnim smetnjama i da ona uslijed tog oboljenja ozbiljno i neposredno ugrožava vlastiti život, zdravlje ili sigurnost,<sup>62</sup> odnosno navedena dobra drugih osoba ( 1. 22. st. 1.). Takvo rješenje je u skladu s pretpostavkama u pogledu zakonitog lišenja slobode, određeni u 1. 5. Evropske konvencije o ljudskim pravima.<sup>63</sup> I Evropski sud za ljudska prava je u jednom slučaju utvrdio kako je postojala praksa zatvaranja pacijenata s duševnim smetnjama u zdravstvene ustanove bez provođenja sudskog postupka, s pozivanjem na hitnost provođenja te mjere i najbolji interes hospitaliziranih osoba, *de facto* lišenja slobode, što je suprotno 1. 5. EKLJP-a.<sup>64</sup>

Uživanje prava na slobodu i sigurnost ravnopravno s drugim osobama te zabrana nezakonitog ili proizvoljnog lišenja slobode zagarantirana je osobama s duševnim smetnjama i odredbama KPOI-a ( 1. 14.). Osim ovih odredaba, na prisilnu hospitalizaciju odnosi se 1. 17. Preporuke br. Rec (2004) 10 VE, kojim su normirani uvjeti za prisilni smještaj. Jedan od tih uvjeta tiče se prava na samoodređenje osobe s duševnim smetnjama: propisana je obaveza uzimanja u obzir njenog mišljenja prilikom donošenja odluke da bude prisilno smještena u zdravstvenu ustanovu. Budući da ZZODS sadrži rješenje prema kojem sud u postupku donošenja odluke o prisilnom smještaju treba saslušati i osobu koja se

---

psihijatrijske ustanove. Mada je svim tim postupcima njena sloboda znatno ograničena, autor naglašava kako ona ipak nije potpuno obespravljena – i dalje ima sva svoja prava, a uživa i posebna prava vezana za smještaj, boravak i liječenje u zdravstvenoj (psihijatrijskoj) ustanovi. Tako: Gavella, N., *Osobna prava I. dio*, Zagreb, 2000, str. 151.

<sup>60</sup> Tako i: Grozdani V. – Tripalo, D., *supra note* 5, str. 796.

<sup>61</sup> O slučaju ajevima prisilnog smještaja zdravstvena ustanova mora obavijestiti komisiju za zaštitu osoba s duševnim smetnjama ( 1. 10. st. 3. ZZODS).

<sup>62</sup> S obzirom na to da je u praksi i pravnicima i psihijatrima najveći problem odrediti kada je u konkretnom slučaju ispunjen uvjet da pacijent ugrožava vlastito zdravlje, u doktrini se posebno ističe kako se taj kriterij odnosi samo na predviđanje ozbiljnih pogoršanja zdravstvenog stanja pacijenta u idućim satima ili danima, a ne i onog koje bi moglo nastupiti za nekoliko sedmica ili mjeseci (uslijed toga što pacijent ne sarađuje u liječenju, ne uzima propisanu terapiju, prekomjerno konzumira opijate, alkohol itd.). Vidjeti: Goreta, M. *supra note* 44, str. 39.

<sup>63</sup> EKLJP propisuje pravo na slobodu i sigurnost ličnosti i zabranu lišavanja slobode, osim u strogo normiranim slučajevima i u skladu sa zakonom propisanim postupkom. U ove izuzetke spada i pritvaranje osoba s duševnim smetnjama ( 1. 5. t. e). Osobe koje su uhapšene ili pritvorene imaju pravo na ulaganje žalbe sudu kako bi u kratkom roku bila razmotrena zakonitost lišenja slobode i naloženo njihovo oslobođenje, ako se utvrdi da je to lišenje bilo nezakonito. Osobama nezakonito lišenim slobode pripada pravo na oštećenje ( 1. 5. st. 4. i 5.). Kad je riječ o terminologiji, EKLJP za osobe s duševnim smetnjama koristi termin *persons of unsound mind* (u prevodima EKLJP-a na bosanski, hrvatski i srpski jezik upotrijebljena je jedna od sljedećih varijanti: duševno poremećene osobe, umobolnici, mentalno bolesne osobe), što se u doktrini kritizira kao stigmatizacija. Vidjeti: Mujović -Zornić, *supra note* 7, str. 356.

<sup>64</sup> *HL v. United Kingdom* (2004) - App no 45508/99; 40 EHRR 761.

biti hospitalizirana, ako je to mogu e i ako ne e štetno utjecati na njeno zdravlje ( l. 30. st. 3.), o igledno je kako je u tom pogledu uskla en s odredbama me unarodnih dokumenata.

#### 2.2.4. Smještaj u ustanovu socijalnog zbrinjavanja

U bosanskohercegova koj praksi je postalo veoma problemati no pitanje otpusta iz zdravstvene ustanove osoba s duševnim smetnjama koje su tamo bile prisilno smještene radi lije enja te njihovog premještanja u ustanove socijalnog zbrinjavanja.<sup>65</sup> ZZODS u pogledu regulacije tog pitanja upu uje na propise o osnovama socijalne zaštite ( l. 41.). U skladu sa Zakonom o osnovama socijalne zaštite, zaštite civilnih žrtava rata i zaštite porodica s djecom Federacije Bosne i Hercegovine,<sup>66</sup> nadležnost za donošenje odluke o ovom smještaju ima organ starateljstva, a ne sud.<sup>67</sup>

Koliko su ovi slu ajevi smještaja u praksi sporni, najbolje potvr uje injenica da je Ustavni sud Bosne i Hercegovine tim povodom donio odluke u ve em broju predmeta,<sup>68</sup> te je potom i Evropski sud za ljudska prava razmatrao više predstavki protiv Bosne i Hercegovine zbog povrede prava iz l. 5. EKLJP-a, koje su podnijele osobe s duševnim smetnjama smještene u ovakve ustanove. Najnoviji takav slu aj je odluka Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Hadžimejli i drugi protiv Bosne i Hercegovine* iz novembra 2015. godine.<sup>69</sup> Aplikanti su se u ovom predmetu žalili na nezakonitost smještaja u ustanovu socijalnog zbrinjavanja i zadržavanje u toj ustanovi protivno njihovoj volji dugi vremenski period. Evropski sud za ljudska prava im je uvažio navode, utvrdivši postojanje povrede prava na slobodu i sigurnosti iz l. 5. EKLJP-a, te je u

---

<sup>65</sup> Ovakav smještaj esto se prakticira jer osobe s duševnim smetnjama nemaju srodnika koji bi o njima brinuli nakon otpusta iz zdravstvene ustanove ili srodnici ne mogu o njima preuzeti brigu zbog vlastite bolesti, teškog materijalnog stanja itd. Pošto u Bosni i Hercegovini još uvijek nije organiziran vaninstitucionalni oblik zbrinjavanja, odnosno zajednice za podršku i stambeni smještaj osoba sa duševnim smetnjama, to je jedino rješenje njihov smještaj u ustanove socijalnog zbrinjavanja. Vidjeti detaljnije: Mehi , A. – Sofi , S., *Zakonitost smještaja osoba sa duševnim smetnjama u ustanove socijalne zaštite u Federaciji Bosne i Hercegovine*, dostupno na: [http://fcjp.ba/templates/ja\\_avian\\_ii\\_d/images/green/Adisa\\_Mehic\\_i\\_Suvada\\_Sofic.pdf](http://fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Adisa_Mehic_i_Suvada_Sofic.pdf) (5. 2. 2016.).

<sup>66</sup> Službene novine Federacije BiH 36/99 i 54/04, u daljem tekstu: ZOSZ.

<sup>67</sup> Shodno ZOSZ-u, mjesno nadležni centar za socijalni rad odluku o smještaju donosi na temelju „mišljenja stru nog tima centra, izvršne odluke suda, tijela starateljstva ili na temelju nalaza i mišljenja stru ne komisije o nesposobnosti za rad, odnosno nalaza i mišljenja odgovaraju e zdravstvene ustanove“ ( l. 42. st. 1.). Osim ZOSZ-a, na ovo pitanje primjenjuju se i propisi o socijalnoj zaštiti u pojedinim kantonima Federacije Bosne i Hercegovine.

<sup>68</sup> Me u tim odlukama su: AP 3091/08 od 14. 9. 2010; AP 2472/11 od 31. 1. 2013; AP 2440/11 od 25. 4. 2013; AP 620/13 od 25. 4. 2013; AP 2038/11 od 12. 6. 2013; AP 3507/11 od 25. 6. 2013; AP 1046/11 od 25. 6. 2013; AP 2171/13 od 05. 9. 2013; AP 2172/13 od 17. 9. 2013; AP 3193/13 od 9. 10. 2013; AP 3444/13 od 9. 10. 2013; AP 3508/11 od 9. 10. 2013; AP 1045/11 od 9. 10. 2013; AP 3628/13 od 22. 10. 2013; AP 2888/13 od 22. 10. 2013; AP 2645/13 od 22. 10. 2013; AP 2556/13 od 22. 10. 2013; AP 2345/13 od 22. 10. 2013; AP-2928/13 od 12. 02. 2014.; AP-719/15 od 21. 7. 2015.; AP-5103/15 od 3. 2. 2016.

<sup>69</sup> *Hadžimejli and Others v. Bosnia and Herzegovina* (App no. 3427/13, 74569/13, and 7157/14).

pogledu dva aplikanta zauzeo stav da „odgovorna država mora bez daljeg odga anja osigurati njihov otpust“, dok je u pogledu tre eg istakao kako „odgovorna država mora osigurati da nadležni gra anski sud ispita potrebu nastavka njegovog daljeg smještaja bez daljeg odga anja“.

Sušтина problema u ovakvim slu ajevima ogleđa se u postoje em neskladu propisa o socijalnoj zaštiti, kojima su normirani uvjeti i postupak smještaja osoba s duševnim smetnjama u ustanove socijalnog zbrinjavanja, s l. 5. st. 4. EKLJP-a. Ovi propisi ne ure uju kriterije koji moraju biti ispunjeni kako bi lišenje slobode osoba s duševnim smetnjama bilo zakonito.<sup>70</sup> Shodno tim propisima, smještaj u ustanovu socijalnog zbrinjavanja ne poima se kao mjera lišenja slobode, ve kao zaštitna mjera, odnosno briga društva za socijalno ugrožene osobe. Stoga sud nije uklju en niti u jednu fazu postupka donošenja odluke o smještaju u ustanovu socijalnog zbrinjavanja, a osoba s duševnim smetnjama smještena u takvu ustanovu mimo svoje volje nema mogu nost pred sudom ili drugim organom osporiti ovu odluku.<sup>71</sup> Osim toga, kad je rije o pravu na samoodre enje osobe s duševnim smetnjama, ZOSZ i relevantni kantonalni zakoni ne normiraju obavezu njenog uklju ivanja u postupak donošenja odluke o smještaju u ustanovu socijalnog zbrinjavanja, odnosno ne propisuju obavezu pribavljanja njenog pristanka, u skladu s njezinim tjelesnim i psihi kim stanjem. To bi de *lege ferenda* svakako moralo biti izmijenjeno. Odredbe ZOSZ valjalo bi uskladiti s konvencijskim pravom i odredbama ZZODS-a kao *lex specialis* u pogledu statusa osoba s duševnim smetnjama.

### 3. Zaključak

U savremenom pravu uo ljliva je promjena odnosa prema osobama s duševnim smetnjama. Paternalisti ki pristup koji je društvo vjekovima gajilo naspram njih postepeno ustupa mjesto stavu da su i one subjekti ija volja i mišljenje u pravnim odnosima moraju biti uvažene u skladu s njihovim psiho-tjelesnim i intelektualnim stanjem. Time se štiti njihovo uro eno dostojanstvo, te druga ljudska i li na prava koja im pripadaju jednako kao i svim drugim ljudima.

Insistiranje na uvažavanju volje i mišljenja osoba s duševnim smetnjama od presudnog je zna aja u odnosima najuže vezanim za li nost, tj. njihov tjelesni i psihi ki integritet. Me unarodni dokumenti o ljudskim pravima (pravima pacijenata) promoviraju na elo nediskriminacije, zaštitu dostojanstva i jednak pristup svih ostvarenju zdravstvene zaštite, kao i poštivanje prava na samoodre enje u pogledu tjelesnog integriteta i zdravlja, uz posebnu zaštitu osoba nesposobnih da samostalno o ituju pristanak na medicinski zahvat.

---

<sup>70</sup> Ustavni sud Bosne i Hercegovine je u ranije navedenim predmetima utvrdio da je u pitanju lišavanje slobode za koje „nije dokazana neophodnost, odnosno da smještaj u ustanovu socijalnog zbrinjavanja nije nare en u skladu sa zakonom propisanim postupkom u smislu l. 5. st. 1. EKLJP-a“.

<sup>71</sup> Detaljnije: Mehi , A. – Sofi , S., *supra note* 65, str. 7. i 8.

Konvencijsko pravo vodi ra una o specifi nostima ovog pristanka u pogledu osoba s duševnim smetnjama.

Analiza odredaba bosanskohercegova kog prava, odnosno važe ih propisa kojima je reguliran položaj osoba s duševnim smetnjama u Federaciji Bosne i Hercegovine pokazuje relativno visok stepen njihove usaglašenosti s na elima i standardima proklamiranim u relevantnim me unarodnim dokumentima. Po uzoru na konvencijsko pravo, osobama s duševnim smetnjama u izvjesnoj mjeri priznato je pravo na samoodre enje u pogledu zdravlja. Prisilna hospitalizacija normirana je kao strogi izuzetak od prava na slobodu i sigurnost, uz propisivanje uvjeta pod kojima je mogu e takvo ograni enje. Komparacija navedenih zakonskih rješenja s istovrsnim rješenjima novog hrvatskog zakonodavstva iz ove oblasti, te relevantna sudska praksa Ustavnog suda Bosne i Hercegovine i presude Evropskog suda za ljudska prava donesene u predmetima protiv Bosne i Hercegovine zbog kršenja 1. 5. EKLP-a pokazuju da bi pojedina zakonska rješenja ipak morala biti izmijenjena. Nužno je osigurati ve i stepen zaštite osoba s duševnim smetnjama i potpuno eliminirati mogu nost neopravdanog ograni enja njihovog prava na tjelesnu slobodu, odnosno slobodu kretanja sudskom kontrolom slu ajeva prisilne hospitalizacije i smještaja u ustanove socijalnog zbrinjavanja.

Dr. sc. Maja Polaković, Associate Professor  
Faculty of Law of the University „Džemal Bijedić“ of Mostar

Dr. sc. Marko Bevanda, Associate Professor  
Faculty of Law of the University of Mostar

## **LEGAL STATUS OF PERSONS WITH MENTAL DISORDERS IN THE LAW OF BOSNIA AND HERZEGOVINA - MEDICO-LEGAL ASPECT**

**Summary:** Paternalistic attitude that society has had for centuries towards people with mental disorders in modern law is gradually giving way to the idea that those people are the entities whose will and opinion must be appropriately taken into account in legal relationships. This is the way to protect their inherent dignity and other human and personal rights that belong to them as much as they belong to all other human beings.

The authors in this paper discuss the medico-legal aspects of the status of persons with mental disorders. They place the focus of research on the right of persons with mental disorders to self-determination on physical integrity and health. Based on an analysis of the legislation of the BiH law e.g. the applicable regulations that govern this issue in the Federation of Bosnia and Herzegovina, they come up with a conclusion that these provisions substantially conform with the principles and standards proclaimed in relevant international documents. Yet, certain legal provisions should be amended, as indicated by the recent jurisprudence of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina and the decisions of the European Court of Human Rights adopted in cases that were brought against Bosnia and Herzegovina for breach of art. 5 of the European Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

**Keywords:** *mental disorder, consent, self-determination*



Doc. dr Darko Radi , docent  
Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci

## **ZAJEDNI KA IMOVINA KAO MEHANIZAM ZAŠTITE IMOVINSKIH PRAVA I INTERESA SUPRUŽNIKA**

**Sažetak:** Autor u ovom radu raspravlja o zaštiti imovinskih prava i interesa supružnika, posebno u svijetlu primjene instituta zajedni ke (bra ne) imovine, preispituju i pozitivnopravni okvir kojim se ure uju imovinska dejstva braka. Specifi nosti imovinskih odnosa iji su u esnici supružnici zahtijevaju posebnu regulativu kojom e se ostvariti više pravno-politi kih vrijednosti, ali i obezbijediti efikasna zaštita njihovih prava i interesa. U tom smislu, autor, specijalnosa pozicije prava i interesa supružnika, razmatra "zaštitne" funkcije instituta zajedni ke imovine, naro ito pravila koja se odnose na sticanje zajedni ke imovine, pravni režim upravljanja i raspolaganja zajedni kom imovinom i sistem njene diobe, potvr uju i njihovu opravdanost i posebnu ulogu, koju determiniše identitet subjekata u brojnm i raznovrsnm odnosima koji se zasnivaju konstituisanjem bra ne zajednice.

**Klju ne rije i:** imovinska prava supružnika, zajedni ka imovina supružnika, upravljanje i raspolaganje, dioba zajedni ke imovine.

### **1. Uvod**

Zaklju enjem braka i konstituisanjem zajednice života supružnika, koja predstavlja ukupnost pravnih i metapravnih elemenata u trajnom odnosu, dolazi do uspostavljanja brojnih prava i dužnosti koji su po svojoj pravnoj prirodi raznovrsni. Respektuju i njihovu raznolikost, ipak se može konstatovati da u zna ajnoj mjeri postoji me usobna uslovljenost i me uzavisnost istih. Sljedstveno tome, ovi odnosi zahtijevaju posebnu pažnju i senzibilitet zakonodavca, kako bi se njihovim pravnim ure enjem ostvarila efikasna zaštita interesa pojedinih lanova porodice, ali i interes porodice kao cjeline. Ovo naro ito vrijedi za imovinske odnose supružnika, ija regulacija zahtijeva izvjesna odstupanja od opštih pravila imovinskog prava, pa ak i redukovanje domašaja pojedinih pravnih na ela ove grane prava.

Predmet ovog rada su upravo odnosi izme u supružnika u režimu zajedni ke (bra ne) imovine, koji su zapravo rezultanta zajednice života, odnosno posljedica ekonomske zajednice koja se tom prilikom uspostavlja. Za razliku od ostalih u esnika imovinskih odnosa, supružnici se, stupaju i u imovinske odnose, ve nalaze u pravnoj vezi koja podrazumijeva brojna i raznorodna prava

i dužnosti, odnosno u relaciji koja, osim pravnih, sadržava i vanpravne elemente. Upravo navedene činjenice determinišu nužnost odgovarajuće zaštite imovinskih prava i interesa ovih lica kroz specijalna pravna rješenja. Krucijalni dio posebnosti zakonske regulative imovinskih odnosa između u supružnika predstavlja zajednička (brak) imovina. Ravnopravnost supružnika (i roditelja) od ključne je važnosti za njihove ukupne odnose, što implicira nužnost primjene ovog načela, pa čak i u slučaju konfrontacije ovog i principa autonomije volje. Pored toga, institut zajedničke imovine pruža solidnu osnovu za zaštitu materijalne osnove braka i porodice, tako da brakno-imovinska regulativa posredno utiče i na zaštitu interesa drugih članova porodice. Sve prethodno navedeno ukazuje na izvore legitimiteta posebnosti pravila za imovinske odnose u braku, koja imaju i značajnu pravno-političku funkciju.

Na in i kriterijumi pravnog kvalifikovanja imovine ostvarene tokom braka, moment i uslovi konstituisanja zajedničke imovine, a naročito verifikacija različitih oblika rada i doprinosa u njenom sticanju, u stvari otkrivaju vrlo sofisticirane pravne mehanizme primjenom kojih se obezbjeđuje ravnopravnost supružnika i obezbjeđuje efikasna zaštita njihovih imovinskih prava i interesa, bez obzira na sve lične i druge različitosti koje među supružnicima postoje. Konzistentnost ove pravne ustanove, u posmatranom smislu, potvrđuju i pravila kojima se uređuje upravljanje i raspolaganje zajedničkom imovinom, odnosno sistem odgovornosti za obaveze preuzete za potrebe braka (porodice) zajednice. Konačno, prestanak zajednice života i/ili braka, takođe, nije van domašaja posebnih pravnih rješenja koja primjena podrazumijeva zaštitu imovinskih prava i interesa supružnika, jer pravila diobe zajedničke imovine sadrže rješenja za kompleksne pravne situacije koje karakteriše subjektivni identitet učesnika u imovinskih odnosima, odnosno skupnost titulara i (kasnije) suprotstavljenih strana.

## 2. Pojam, uloga i značaj zajedničke imovine

Pojam zajednička imovina nije termin koji se koristi isključivo u porodičnom pravu. Radi se o pojmu koji je derivirao iz pojma zajedničke svojine, odnosno instituta „zajedničke ruke“.<sup>1</sup> Termin zajednička imovina koristi se u izvjesnim situacijama i u nasljednom pravu.<sup>2</sup> Prema tome, iako je zajednička imovina posebna imovinskopravna kategorija i prevashodno

---

<sup>1</sup> Prema Girkeovom (*Gierke, O.*) shvatanju "zajednička ruka" (njem. *Gesammte Hand*) je pravni princip koji se pojavljuje ne samo u oblasti svojine, nego i u oblasti ličnog i statusnog prava, ali i u oblasti obligacionog prava, te kod zastupništva. Kao titular ne pojavljuje se pojedinac, već više lica koji su, osim imovinskim, povezani i ličnim vezama. Iz principa "zajedničke ruke" izvedena je i zajednička svojina (njem. *Gesamteigentum*). Opširnije Gams, A, *Brakno i porodica u imovinskom pravu*, Nauka na knjiga, Beograd, 1966, str. 27 – 29.

<sup>2</sup> Pravna je fikcija da zaostavština prelazi na nasljednike trenutkom delacije. Sve do pravosnažnosti rješenja o nasljeđivanju nasljedni dijelovi nasljednika nisu utvrđeni, poznati. Upravo u tom periodu nasljednici su zajednički ari, odnosno titulari nad zaostavštinom sa neutvrđenim, nepredijeljenim udjelima.



porodi nopravni institut, ista predstavlja opšte mjesto u gra anskom pravu sa posebnim pravno-vrijednosnim implikacijama. Upotrebom ovog termina isti e se vezanost titulara, odnosno imovinsko zajedništvo i me usobna povezanost supružnika koja je najbolje ilustrovana kroz neodre enost njihovih udjela u zajedni koj imovini sve do njihovog utvr ivanja, odnosno diobe iste. S druge strane, pojmovi kao što su bra na imovina i bra na ste evina (bra na tekovina) upu uju na zna aj i funkciju ove pravne ustanove za bra nu zajednicu i isti u njenu osobenost u smislu postojanja posebnog razloga za nastupanje supružnika kao skupnog titulara. Osim toga, naglašavaju i „bra nost“ imovine, apostrofira se karakteristika da se radi o imovini koja je ste ena u odre enom pravnom stanju i od strane lica koja su me usobno vezana i li no, ne samo imovinski. Isto tako, nagovještava se njena funkcija materijalno-finansijske stožernosti bra ne, ali i porodi ne zajednice.

U doma oj pravnoj teoriji ve duže vremena naj eš e se koristi naziv zajedni ka imovina.<sup>3</sup> U posljednih nekoliko godina u nekim pravnim sistemima u Bosni i Hercegovini (dalje: BiH) ovaj termin je skrajnut i na velika vrata uvedena je pomalo arhai na kategorija - bra na ste evina, odnosno bra na tekovina.<sup>4</sup> No, ini se da upotreba razli itih termina u ovom slu aju ima i aplikativnu vrijednost, jer se zajedni ka imovina (kao imovina zajedni ara), prema sadržaju pojma kako je odre en u zakonodavstvima i teoriji, bitno razlikuje od bra ne ste evine (tekovine) kao imovine suvlasnika. Pojmovi „bra na ste evina“ i „bra na tekovina“ uvedeni su, izme u ostalog, i radi razlikovanja odre enog oblika svojinskog u eš a u imovinskoj zajednici supružnika, u odnosu na onaj kojeg sadrži pojam „zajedni ka imovina“.<sup>5</sup>

Prilikom definisanja zajedni ke imovine ne smije se zanemariti injenica da je zakonsko odre enje ove kategorije dio doma e pravne tradicije. Nastavljena je i kroz pozitivno porodi no zakonodavstvo u BiH, u kojem se zajedni ka imovina definiše kao imovina koju su bra ni supružnici stekli radom tokom bra ne zajednice, kao i prihodi iz te imovine.<sup>6</sup> Sli no je stanje i u porodi nim zakonodavstvima susjednih zemalja koja se naslanjaju na istu

---

<sup>3</sup> Vid. Mladenovi , M, Panov, S, *Porodi no pravo*, Dosije, Beograd, 2003, str. 190; Janji -Komar, M; Kora , R; Ponjavi , Z, *Porodi no pravo*, Nomos, Beograd, 1995, str. 344 i 345; Draški , M, *Porodi no pravo i prava deteta*, i goja štampa, Beograd, 2005, str. 397.

<sup>4</sup> I. 251 Porodi nog zakona FBiH – dalje: PZ FBiH ("Službene novine FBiH", br. 35/05, 41/05 i 31/14 ); I. 228 Porodi nog zakona BD – dalje: PZ BD ("Službeni glasnik BD", br. 23/07). I u hrvatskom pravu usvojen je termin "bra na ste evina" - I. 36 st. 1 Obiteljskog zakona – dalje: OZ (Narodne novine, br. 103/15). Tako i u pravnoj teoriji Tralji , N; Bubi , S, *Bra no pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007, str. 71; Alin i , M; *et. al*, *Obiteljsko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2006, str. 495.

<sup>5</sup> Tako i Belaj, V, *Stjecanje imovine (vlasništva) u bra noj i izvanbra noj zajednici*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveu ilišta Rijeka vol. 26 br. 1/1991, str. 342.

<sup>6</sup> I. 270 st. 5 Porodi nog zakona Republike Srpske – dalje: PZ RS ("Službeni glasnik RS", br. 54/02, 41/08 i 63/14); I. 251 st. 1 PZ FBiH; I. 228 st. 1 PZ BD.

pravnu tradiciju.<sup>7</sup> U pravnoteorijskom smislu, zajedni ku imovinu supružnika možemo definisati kao skup apsolutnih i relativnih prava koje supružnici za vrijeme trajanja zajednice života steknu radom, odnosno dvostrano-obaveznim pravnim poslovima (uključujući i tu i prihode od takove imovine).

Zajednica života supružnika je uslov bez kojeg imovina ste ena tokom braka ne može biti kvalifikovana kao zajedni ka imovina. Zajednica života zapravo i jeste rezultat saglasnosti supružnika, odnosno nužna posljedica zaklju enja braka i bez uspostavljanja životne zajednice, brak ostaje samo forma - ne ostvaruju se njegova suština i cilj, zbog kojeg je i zaklju en. Prema tome, zajedni ka imovina je imovinski izraz ostvarenog životnog zajedništva supružnika. Ona predstavlja materijalni kontinuum zajednice života i injenicu koja je za supružnike prilikom zaklju enja braka predvidljiva.

Drugi konstituens zajedni ke imovine – posebno interesantan sa stanovišta predmeta ovog istraživanja, jeste rad supružnika. Izdržavanje zajedni kog doma instva, zadovoljavanje individualnih i zajedni kih potreba članova porodice, te funkcionisanje bra ne, odnosno porodi ne zajednice uopšte, zahtijevaju angažovanje i rad supružnika. Jasno je da se radi o veoma razli itim poslovima koji bi se mogli razvrstavati primjenom brojnih kriterijuma. U doma oj pravnoj teoriji prihva ene su podjele rada supružnika na zajedni ki rad i samostalan ili pojedina ni (odvojeni) rad, odnosno na neposredan rad i posredan rad.<sup>8</sup>

Posebno je važna drugonavedena podjela rada supružnika, a koja se temelji na vrsti doprinosa koji se tom prilikom ostvaruje, pa se rad supružnika posmatra kao neposredan rad i posredan rad. Ukoliko rad supružnika za rezultat ima ostvarivanje nov anog prihoda, ili nekog materijalnog dobra, ili kakve druge imovinske koristi, i koji, dakle, ima svoj nov ani ekvivalent, onda se radi o neposrednom radu, tj. neposrednom doprinosu supružnika. Ova vrsta doprinosa je uglavnom jednostavna za utvr ivanje i lako je mjerljiva. S druge strane, supružnici vrlo esto, ak i kada imaju zaposlenje i ostvaruju zaradu, preduzimaju aktivnosti koje ne rezultiraju novim приходima, niti materijalnim dobrima i ne mogu se nov ano kvantifikovati. Ovakav rad ne dovodi do nastanka nove materijalne vrijednosti i utoliko je teže procijeniti njegovo u eš e u ukupnom radu supružnika, odnosno u ukupnoj vrijednosti imovine koju supružnici zajedni ki ostvare. Radi se o poslovima koji se odnose na zadovoljavanje najrazli itijih individualnih i zajedni kih potreba, a koje nisu nužno direktno vezane za konzumaciju materijalnih dobara ili stvaranje nekog

---

<sup>7</sup> 1. 171 st. 1 Porodi nog zakona Srbije – dalje: *PZS* (Službeni glasnik Srbije, br. 18/05, 72/11, i 6/15); 1. 36 st. 1 *OZ*.

<sup>8</sup> Babi , I, *Porodi no pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 1999, str. 301; Draški , M, *op. cit.*, str. 397; Ponjavi , Z, *Porodi no pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2007, str. 355 i 356; Panov, S, *Porodi no pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Službeni glasnik, Beograd, 2008, str. 191; Tralji , N; Bubi , S, *op. cit.*, str. 72; Alin i ; M, *et al.*, *op. cit.*, str. 495 i 496.

materijalnog dobra. To su aktivnosti izme u roditelja i njihove djece, odnosno akti konzumiranja bra nih neimovinskih odnosa i sve ine radnje koje su usmjerene ka zajednici života i obezbje ivanju redovnih funkcija braka, odnosno porodice. Ne smije se prenebregnuti injenica da se posredan rad jednog supružnika reflektuje na neposredan rad drugog supružnika. Obavljanje najrazl itijih poslova u zajedni kom doma instvu, kojima se zadovoljavaju egzistencijalne potrebe lanova porodice i stvaraju pretpostavke za podizanje i vaspitanje djece, predstavlja snažnu podršku supružnika njegovom životnom partneru, koji kroz neposredan rad ostvaruje prihode.<sup>9</sup> Zna aj i posljedice posrednog rada supružnika determinisali su zauzimanje stanovišta da se i ovaj rad, iako ne tako jednostavan za kvantifikovanje, smatra jednako vrijednim doprinosom u sticanju zajedni ke imovine. Jednostavno re eno, posredan rad se posredno odražava na zajedni ku imovinu.<sup>10</sup>Ovakav pristup u pravnom kvalifikovanju doprinosa supružnika u sticanju zajedni ke imovine važan je i prilikom diobe zajedni ke imovine, o emu e posebno biti rije i.

### 3. Upravljanje i raspolaganje zajedni kom imovinom

Pravna pravila kojima se ure uje zajedni ka imovina supružnika sadrže izvjesna odstupanja od opštih pravila imovinskog prava, a legitimitet takvoj konceptualizaciji ovog pravnog režima obezbje uju potrebe zaštite interesa svakog od supružnika. Ovdje se radi o imovini u odnosu na koju postoji pluralitet titulara. Osnova zajedni ke imovine je, zapravo, zajedni ka svojina; posmatrana sa istorijskopravnog aspekta - „svojina zajedni ke ruke“. Udjeli titulara u zajedni koj svojini nisu utvr eni, što je osnovna karakteristika zajedni ke imovine i ujedno klju na determinanta za režim upravljanja i raspolaganja istom. Iz ovog njenog svojstva i u vezi sa njim proizlaze ostale performanse ove ustanove koje diktiraju cilj, karakter i domašaj pravnih pravila kojima se zajedni ka imovina ure uje kao centralna ustanova zakonskog bra nog imovinskog režima.<sup>11</sup>

Upravo imaju i u vidu primarno svojstvo zajedni ke imovine, supružnik ne može samostalno raspolagati svojim udjelom u zajedni koj imovini pravnim poslovima *inter vivos*.<sup>12</sup> U suprotnom, tre e lice bi moglo do i u poziciju da, rukovode i se vlastitim interesima, uti e na materijalnu stabilnost braka i

<sup>9</sup> Prema jednom istraživanju, podjela poslova doma instva je sljede a: u 90% slu ajeva žene peru i peglaju veš, a u 45% slu ajeva obavljaju namirnice. Muški partneri naj eš e peru auto (48% slu ajeva), obavljaju sitne popravke u ku i (67% slu ajeva) i pla aju ra une (49% slu ajeva). Partneri zajedno kontaktiraju sa ro acima (61% slu ajeva), igraju se sa djecom ili nadziru djecu (oko 33% slu ajeva). Stjepanovi Zaharijevski, D, *Uspostavljanje jednakih šansi kroz strategiju zakonske i institucionalne zaštite roditeljstva*, Zbornik radova sa Prvog nacionalnog kongresa o deci i natalitetu u Srbiji, Beograd, 2006, str. 127; navedeno prema Panov, S, *op. cit.*, str. 628.

<sup>10</sup>Cveji -Jan i , O, *Porodi no pravo (knjiga I – Bra no pravo)*, Pravni fakultet u Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2001, str. 137.

<sup>11</sup> Panov, S, *O zajedni koj svojini u braku*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu br. 1-3/98, str. 63 – 65.

<sup>12</sup> l. 271 st. 2 PZ RS; l. 174 st. 3 PZS.

porodice. Pored toga, i u slu aju prenosa supružnikovog udjela u zajedni koj imovini na tre e lice, ne bi bilo izvjesno u kojem obimu pribavilac sti e prava od supružnika koji je sa njim zaklju io pravni posao.

Pored toga, pravna priroda zajedni ke imovine determiniše i to da povjerioci jednog supružnika ne mogu naplatiti svoja punovažna i dospjela potraživanja iz zajedni ke imovine. Ovakva situacija je pravni rezultat neodre enosti udjela supružnika. Zato, povjerilac jednog supružnika mora zahtijevati diobu zajedni ke imovine „kako bi stvorio uslove za realizaciju svoga prava“.<sup>13</sup>

Isto tako, a sa stanovišta zaštite interesa supružnika, veoma važna karakteristika zajedni ke imovine je da se primjenjuje pravna fikcija da se pravo svojine i ostala stvarna prava koja se konstituišu upisom u zemljišne knjige i ine javne registre, upisuju na ime oba supružnika.<sup>14</sup> Naravno, pod uslovom da je pravo ste eno radom supružnika i za vrijeme zajednice života.

Opšte pravilo, u zakonodavstvu RS, je da supružnici sporazumno upravljaju i raspolazu zajedni kom imovinom.<sup>15</sup> Supružnik je ovlaš en da sva svoja svojinska prava vrši zajedno sa drugim zajedni arom. Razumije se, supružnici mogu da zaklju e ugovor u kojim e se sporazumijeti da se jednom od njih povjere svi ili neki poslovi upravljanja i/ili raspolaganja.<sup>16</sup> Dakle, supružnik zbog neodre enosti njegovog udjela ne može raspolagati stvarima i pravima iz zajedni ke imovine pravnim poslovima *inter vivos*. Ovakvim ograni enjima u raspolaganju predmetima zajedni ke imovine štite se interesi drugog supružnika, naj eš e i ostalih lanova porodice, spre avaju i mogu nost da se jednostranim aktima ugrozi stabilnost bra ne, odnosno porodi ne zajednice. Izuzetno, a u cilju zaštite savjesnih tre ih lica, priznaju se dejstva u injenog jednostranog raspolaganja stvarima iz zajedni ke imovine. Pri tome, moraju biti ispunjeni odre eni, zakonom propisani uslovi za pokretne (da je stvar pribavljena na temelju teretnog pravnog posla u dobroj vjeri), odnosno nepokretne stvari (da svojina nije bila upisana u zemljišnim knjigama kao zajedni ka i da je pribavilac postupao u dobroj vjeri). U najkra em, u posljednjem slu aju može se govoriti o koliziji na ela *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ips haberet* i na ela povjerenja u zemljišne knjige, odnosno o konfrontaciji fikcije da su oba supružnika upisana u javni registar kao

---

<sup>13</sup> Panov, S, *supra note* 9, str. 623.

<sup>14</sup> Istina, ova fikcija u pravu RS nije predvi ena porodi nopravnim, ve stvarnopravnim propisima; vid. l. 43 st. 2 Zakona o stvarnim pravima - dalje: ZSP ("Službeni glasnik Republike Srpske", br.124/08, 58/09, 95/11 i 60/15). Napominjeno da je njen domašaj ipak ograni en i da ista ne važi u odnosu na poštena tre a lica, ije se povjerenje u pravni promet štiti; o ovome e biti više rije i na odgovaraju em mjestu u nastavku ovog rada. U porodi nom zakonodavstvu Srbije eksplicitno se propisuje da se smatra da je upis u javne registre izvršen na ime oba supružnika, ak i kada je u realnosti upis izvršen na ime samo jednog supružnika ( l. 176 st. 2 PZS).

<sup>15</sup> l. 271 st. 1 i l. 281 st. 1 PZ RS. Isto rješenje prihva eno je u zakonodavstvu Srbije ( l.174 st. 1 PZS).

<sup>16</sup> l. 281 st. 2 PZ RS; l. 189 st. 1 – 3 PZS.

vlasnici nekretnine i fikcije apsolutne ta nosti zemljišnih knjiga, gdje je zakonodavac, a radi zaštite povjerenja u pravnom prometu, ipak pružio zaštitu savjesnom tre em licu u pravnom poslu koji nije zaklju en sa svim zajedni arima.<sup>17</sup> Naravno, i u potonjoj situaciji supružnik bez ije saglasnosti je izvršeno raspolaganje uživa pravnu zaštitu – pripada mu obligacionopravni zahtjev da traži naknadu vrijednosti otu ene stvari srazmjerno svom udjelu u zajedni koj imovini.

Sa druge strane, bra na ste evina u pravima FBiH i BD je po svojoj pravnoj prirodi suvlasništvo (*condominium*) u kojem su supružnici suvlasnici sa jednakim udjelima.<sup>18</sup> Nesumnjivo je da ovakva pravna priroda bra ne ste evine diktira i primjenu druga ijih pravnih pravila kojima se regulišu odnosi izme u supružnika u odnosu na poslove upravljanja i raspolaganja bra nom ste evinom, nego što je to slu aj sa klasi nim modelom zajedni ke imovine, kakav je primjenjen u *RS*.

Budu i da supružnici imaju pravni položaj suvlasnika, za predmetne odnose vrijede opšta pravila imovinskog prava, tj. stvarnopravni i obligacionopravni propisi, osim kada je druga ije predvi eno pravilima porodi nog prava.<sup>19</sup> Svaki supružnik ima pravo na državinu stvari, pravo da je koristi i ubire plodove srazmjerno svom suvlasni kom dijelu.<sup>20</sup> Kada je rije o poslovima upravljanja bra nom ste evinom, važno je istaknuti da jedan supružnik ne može preduzimati poslove redovnog upravljanja bez prethodne saglasnosti drugog.<sup>21</sup> Ako jedan od njih uskrati saglasnost, onda supružnik koji namjerava da preduzme pravni posao koji je neophodan za redovno održavanje stvari, može tražiti od suda da s tim u vezi donese odluku.<sup>22</sup> Situacija u hrvatskom zakonodavstvu je druga ija, jer se predvi a primjena pretpostavke saglasnosti. Drugim rije ima, smatra se da je supružnik koji nije konsultovan prilikom preduzimanja nekog od poslova redovnog upravljanja dao svoj

---

<sup>17</sup> l. 47 st. 2 ZSP. Opširnije: Radi , D, *Raspolaganje zajedni kom stvari – relativizacija zabrane raspolaganja stvarima u zajedni koj svojini bez saglasnosti svih zajedni ara*, Pravna rije br. 28/2011, Banja Luka, str. 297 – 309.

<sup>18</sup> l. 252 st. 1 PZ FBiH; l. 229 st. 1 PZ BD. Isto rješenje prihva eno je i u Hrvatskoj ( l. 36 st. 3 OZ).

<sup>19</sup> l. 253 PZ FBiH; l.230 PZ BD i l. 38 OZ.

<sup>20</sup> l. 27 st. 1 Zakona stvarnim pravima FBiH – dalje: ZSP FBiH ("Službene novine FBiH", br.66/13 i 100/13); l. 55 st. 1 Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Br ko Distrikta BiH – dalje: ZVDSP ("Službeni glasnik Br ko Distrikta BiH", br. 11/01, 8/03, 40/04 19/07). U hrvatskom pravu se od suvlasnika zahtijeva da vrše i svoja vlasni ka prava ne vrije a tu a prava, odnosno prava drugih vlasnika ( l. 38 st. 1 Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima – dalje: ZVDSPH ("Narodne novine", br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12 i 152/14)).

<sup>21</sup> Naime, prema opštim pravilima imovinskog prava posao redovnog upravljanja može se preduzeti, samo ako su sa tim saglasni suvlasnici iji dijelovi zajedno ine više od jedne polovine. Vid. l. 31 st. 1 ZSP FBiH; l.58 st. 1 ZVDSP.

<sup>22</sup> l. 31st. 2 ZSP FBiH; l. 58 st. 2 ZVDSP.

pristanak za isti.<sup>23</sup> S druge strane, svaki supružnik može slobodno raspolagati svojom imovinom, pa i vlastitim udjelom u bra noj ste evini (djelimi no ili u cjelosti).<sup>24</sup> Ipak, za razliku od propisa u FBiH i BD, hrvatski zakonodavac potonje pravo suvlasnika ograničava u određenoj mjeri. Naime, suvlasnik ne može raspolagati idealnim dijelom stvari (supružnik ne može raspolagati svojim udjelom u bra noj ste evini), ukoliko bi to značilo povredu tuđeg prava, u razmatranoj situaciji prava drugog supružnika.<sup>25</sup> Dakle, raspolaganje sa stvari, prema stvarnopravnim propisima, moguće je samo uz saglasnost svih suvlasnika (u ovom slučaju oba supružnika).<sup>26</sup> Ukoliko, međutim, u supružnicima nema saglasnosti tim povodom, onda supružnik koji želi da raspoloži sa zajedni kom stvari može zahtijevati da sud o tome odluči, ako za preduzimanje namjeravanog pravnog posla postoje naročito opravdani razlozi.<sup>27</sup> Hrvatsko porodično zakonodavstvo predviđa da je za preduzimanje svih vanrednih poslova (promjena namjene stvari, otuđenje, davanje u zakup, osnivanje hipoteke, itd.) na nekretninama ili pokretnostima koje se upisuju u javne registre neophodna pisana saglasnost drugog supružnika uz ovjeru potpisa kod notara.<sup>28</sup>

U stanju skladnih i harmoničnih odnosa među supružnicima ovakav mogući akt cijeni se sa aspekta interesa porodice i preduzima tek kada je izvjesno da neće ugroziti njenu materijalno-finansijsku stabilnost. Međutim, ako se jedan od supružnika odvaži da raspoloži dijelom bračne ste evine koji mu po zakonu pripada, a bez prethodnog konsultovanja sa svojim životnim partnerom, ne samo da može ugroziti ovu zajedničku domaćinstva i lične odnose u braku, već i ukupnu stabilnost porodice.<sup>29</sup> Iako svaki suvlasnik (u razmatranoj

---

<sup>23</sup>Ovo pravilo propisano je u porodičnom zakonodavstvu. Pored toga, eksplicitno se štiti interes savjesnog trećeg lica sa kojim jedan od supružnika zaključuje pravni posao. Nepostojanje saglasnosti drugog supružnika za preduzeti pravni posao ne utiče na njegovu prava i obaveze koja ovaj stiče, odnosno preuzima temeljem, za supružnike spornog, preduzetog pravnog posla. Vid. čl. 37 st. 1 i 3 OZ.

<sup>24</sup> čl. 26 i 27 st. 1 ZSP FBiH; čl. 54 i 55 st. 1 ZVDSP, čl. 3 i 5 ZVDSPH. U stvarnopravnim zakonodavstvima u BiH i Hrvatskoj predviđeno je da se idealni dio stvari u pravnom prometu ima smatrati kao samostalna stvar (čl. 26 st. 2 ZSP; čl. 26 st. 2 ZSP FBiH; čl. 54 st. 1 ZVDSP; čl. 37 st. 3 ZVDSPH).

<sup>25</sup> čl. 37 st. 5 ZVDSPH.

<sup>26</sup> čl. 32 st. 1 ZSP FBiH; čl. 60 st. 1 ZVDSP.

<sup>27</sup> čl. 32 st. 3 ZSP FBiH i čl. 60 st. 3 ZVDSP. Odredbama hrvatskog stvarnopravnog zakonodavstva predviđeno je da supružnik (inače suvlasnik, a za naše potrebe supružnik) koji želi da raspoloži sa stvari, a nema saglasnosti drugog supružnika, može zahtijevati razvrstavanje i suvlasničke zajednice, pa makar to inače u tom slučaju ne bi mogao, ako je predloženi posao predvidljivo koristan za oba supružnika (čl. 41 st. 3 ZVDSPH.)

<sup>28</sup> Ukoliko jedan supružnik preduzme posao vanrednog upravljanja ili raspolaganja bez saglasnosti drugog supružnika, date u zakonom propisanoj formi, onda drugi supružnik ima pravo na naknadu štete koja mu je time prouzrokovana, dok nepostojanje opisane saglasnosti ne utiče na prava i obaveze poštenog (savjesnog) trećeg lica. Vid. čl. 37 st. 2 i 3 OZ.

<sup>29</sup>Značajni problemi u tom smislu mogu se javiti i u oblasti preduzetništva. Supružnici nerijetko zajednički osnivaju privredna društva, odnosno ulažu kapital u različite poslovne aktivnosti. Opterećenje udjela, odnosno akcija u privrednom društvu ili prodaja istih u vrijeme i pod uslovima kada to ne odgovara životnom i poslovnom partneru može u velikoj mjeri poremetiti poslovne planove i ukupne odnose među supružnicima.

situaciji - jedan supružnik) može raspolagati svojim dijelom stvari bez saglasnosti ostalih suvlasnika (u razmatranoj situaciji – drugog supružnika), djelimi na zaštita interesa supružnika u pravu FBiH i BD ostvaruje se kroz pravilo koje za ostale suvlasnike nepokretnosti (drugog supružnika) predvi a pravo pre e kupovine.<sup>30</sup>

Prihvatanjem opisanog modela bra ne imovine, odnosno predstavljenog pristupa u rješavanju dileme koja se odnosi na pravnu prirodu imovinskog zajedništva koje supružnici konstituišu stupanjem u brak, zakonodavci su u razmatranim pravnim sistemima, svakako, potvrdili ravnopravnost supružnika, uvažili efekte i vrijednosti neposrednog i posrednog rada, ali i dodatno afirmisali princip porodi ne solidarnosti.<sup>31</sup> S druge strane, nesporno je da primjena navedenog rješenja doprinosi jednostavnosti i jasno i odnosa supružnika tokom braka, te efikasnosti i ekonomi nosti postupka ure enja imovinskih posljedica prestanka zajednice života, odnosno prestanka braka, što je od velike važnosti. Dugotrajne i komplikovane parnice prepune li nih antagonizama “ubijedile“ su zakonodavca da potraži racionalnije rješenje.

Posmatrano sa stanovišta o upravljanju i raspolaganju bra nom ste evinom, evidentno je da u odsustvu zakonskih mehanizama kvalitetne zaštite interesa lanova porodice, uklju uju i i supružnike, ovakva koncepcija bra ne ste evine ima odre ene manjkavosti, uz izuzetak hrvatskog porodi nog zakonodavstva koje, nakon reforme, sadrži posebne odredbe o zaštiti dobrobiti djece i porodi nog doma.<sup>32</sup> Posljedice imovinske samostalnosti supružnika mogu biti dalekosežne i potencijalno izrazito nepovoljne za bra nu, odnosno porodi nu zajednicu. Kompariraju i gore analizirana pravila o upravljanju i raspolaganju bra nom ste evinom, sa istovrsnom regulativom u evropskim zakonodavstvima (Francuska, Italija), pa ak i sa onim zakonodavstvima gdje tokom braka egzistira i dejstvuje isklju ivo režim odvojenosti imovina (Njema ka, Švedska, Švajcarska), proizlazi da je, posebno u nedostatku specijalnih pravila imperativnog karaktera koja bi se odnosila na porodi ni dom i predmete doma instva, pozicija supružnika sasvim približna položaju ostalih u esnika u imovinskim odnosima.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> 1. 27 st. 2 ZSP FBiH, 1. 55 st. 2 ZVDSP. Suvlasnik koji namjerava da proda svoj suvlasni ki dio dužan je da o tome obavijesti ostale suvlasnike ( 1. 27 st. 3 ZSP FBiH). Ako svoj suvlasni ki dio proda suprotno prethodnim pravilima, onda ostali suvlasnici mogu zahtijevati od suda poništenje ugovora i da se pod istim uslovima na njih prenese svojina na suvlasni kom dijelu ( 1. 27 st. 6 ZSP FBiH).

<sup>31</sup> Tralji , N; Bubi , S, *op. cit.*, 76; Alin i , M; *et. al, op. cit.*, str. 498.

<sup>32</sup> Radi se o izuzimanju iz diobne mase pokretnih stvari koje pretežno koriste maloljetna djeca, odnosno o pravu stanovanja u porodi nom domu koji je dio bra ne ste evine, a koje je ustanovljeno u korist supružnika koji vrši roditeljsko pravo i maloljetne djece. Vid. 1. 46 OZ.

<sup>33</sup> Vid. par. 1365 st. 1, 1367, 1368 i par. 1369 Njema kog gra anskog zakonika (*Bürgerliches Gesetzbuch1896. - BGB*, stupio na snagu 1.01.1900. godine, u verziji od 2.01.2002. godine; *Bundesgesetzblatt*, I p. 42, 2909; 2003 I p. 738, sa amandmanima od 19.02.2007.godine; *Bundesgesetzblatt*, I p. 122i 4.12.2008. godine; *Bundesgesetzblatt*, I 2586 -prevod sa njema kog na engleski jezikNeil Musser; Saldeen, Å, *Family in Sweden,u Family Law in Europe*, ed. by

#### 4. Sudska dioba zajedni ke imovine

Zakonodavac u RS je, prihvataju i mješoviti sistem jednakih udjela u postupku diobe zajedni ke imovine, definisao pretpostavku da su udjeli supružnika u zajedni koj imovini jednaki.<sup>34</sup> Primjenjuju i ovu pretpostavku, sud utvr uje da su supružnici titulari u braku ste ene imovine sa jednakim dijelovima. Odre ivanjem dijelova prestaje režim zajedni ke imovine, a supružnici postaju suvlasnici.<sup>35</sup> Me utim, ako jedan od supružnika smatra da je njegov doprinos u sticanju zajedni ke imovine o igledno ve i od doprinosa drugog supružnika, onda isti može od suda zahtijevati da se utvrdi njegov ve i udio u zajedni koj imovini.<sup>36</sup> Ako, dakle, postoji spor o veli ini udjela, tj, spor o obimu prava, onda se takav problem ima raspraviti u parni nom postupku, s tim da je teret dokazivanja na onom supružniku koji želi oboriti pomenutu zakonsku pretpostavku.

U parni nom postupku e se utvrditi suvlasni ki dio svakog supružnika u zajedni koj imovini, a veli ina udjela u tom slu aju utvr uje se prema doprinosu supružnika u sticanju zajedni ke imovine.<sup>37</sup> Budu i da se radi o vrlo složenom pitanju, zakonodavac je propisao primjenu odre enih standarda i na taj na in sudu olakšao izvršenje postavljenog zadatka. Istovremeno, propisanim standardima postavljaju se granice diskrecionih ovlaš enja suda i doprinosi ostvarivanju na ela pravne sigurnosti (pravne izvjesnosti). Sa stanovišta me usobnih odnosa supružnika, važno je naglasiti da sud vodi ra una ne samo o neposrednim doprinosima supružnika u sticanju zajedni ke imovine, ve i o pomo i jednog supružnika drugom, kao i o njihovom radu u doma instvu i porodici uopšte. To, svakako, vrijedi i kada je rije o naporima i brizi koji se ulažu u procesima vaspitanja i podizanja djece. Ova vrsta posrednog doprinosa teško je procjenjiva *in linea civili*, ali jasno pokazuje da su u esnici ovih imovinskih odnosa specifi ni i da njihova me usobna prava i obaveze egzistiraju u posebnom pravnom okruženju. Drugim rije ima, sve aktivnosti u životnom zajedništvu – iz kojeg izvire imovinsko zajedništvo – doživljavaju svoju verifikaciju u procjeni obima prava svakog od supružnika. Osim što je moralno

---

Hamilton, C; Standlay, C; Hodson, D, London, Dublin, Edinburg, 1995, str. 483; poglavlje 7, l. 5 Zakona o braku Švedske (*Marriage Code 1987 SFS1987:230*); l. 32 i 33 Zakona o braku Norveške (*The Marriage Act Act 1991-07-04 no. 47* – stupio na snagu 1.01.1993. godine, u verziji sa amandmanima zaklju no do 1.01.2009. godine); l. 212 – 226 Francuskog gra anskog zakonika (*Code Civil français 1804*, u verziji od 20.02.2004. godine *ordonnance n° 2004-164 du 20 Feb. 2004*, sa amandmanima od 4.04.2006. godine - *Act no. 2006-399 of 4 April 2006 – prevod sa francuskog na engleski jezik: Georges Rouhette Anne Berton*); Guimezanes, N, *Family Law in France*, u *Family Law in Europe*, ed. by Hamilton, C; Standlay, C; Hodson, D, London, Dublin, Edinburg, 1995, str. 135.

<sup>34</sup> l. 272 st. 1 PZ RS. Isto rješenje prihva eno je u pravu Srbije ( l. 180 st. 2 PZS).

<sup>35</sup> Dakle, dioba zajedni ke imovine podrazumijeva utvr ivanje suvlasni kih, odnosno sapovjerila kih prava supružnika. Ovo je ujedno zakonsko odre enje pojma diobe zajedni ke imovine u porodi nom zakonodavstvu Srbije ( l. 177 PZS).

<sup>36</sup> l. 273 st. 1 PZ RS.

<sup>37</sup> l. 273 st. 2 PZ RS; l. 180 st. 3 PZS.



korektno, ovakvo pravno finale podrazumijeva realizaciju ideje komutativne pravde. S druge strane, nije bez značaja niti držanje supružnika u aktivnostima koje se ti u upravljanja, održavanja i uvećavanja zajedničke imovine. Naime, postupci supružnika u tom smislu moraju biti cijenjeni i kao takvi imati svoj odraz u procjeni veličine udjela lica u pitanju. Saradnja, zalaganje i požrtvovanost u pomenutim aktivnostima moraju biti adekvatno verifikovani, i obrnuto. Konačno, nužno je napomenuti da u pravu RS postoji niz posebnih pravila o tzv. privilegovanim stvarima iz zajedničke imovine, što svakako doprinosi efikasnosti sistema diobe zajedničke imovine u smislu uvažavanja pojedinih interesa i zaštite pojedinačnih prava supružnika.<sup>38</sup>

U pravu FBiH i BD privlačan je isti sistem jednakih udjela. Ukoliko supružnici propuste da otklone primjenu zakonskog bračnog imovinskog režima, onda u slučaju sudske diobe iste ne mogu dokazivati suprotno. Ne mogu zahtijevati utvrđivanje udjela koji bi bio veći od jedne polovine. Riječ je, dakle, o *praesumptio iuris et de iure*. Eventualna tužba za utvrđivanje udjela u bračnoj ste evini (tekovini) već od jedne polovine bila bi odbijena kao nedopuštena.<sup>39</sup> Ipak, model bračne ste evine kakav je ovdje razmotren, uz svu svoju jednostavnost i izvjesne nesporne prednosti, ne sadrži dovoljno posebnih pravila kojima bi se uvažile ključne specifičnosti subjekata bračno-imovinskih odnosa i značaj njihovih uloga u porodici. Opšta pravila imovinskog prava ne pružaju dovoljno garancija za ostvarivanje optimalnih rezultata u vezi sa prethodno pomenutim vrijednostima. Svakako da posmatrani model bračne imovine garantuje jednostavnost u raspravljanju imovinskih odnosa između supružnika; ali efikasnost u sudskom postupku, koja podrazumijeva oslobođenje suda obaveze da utvrđuje udjele supružnika, ne može biti opravdanje za nastupanje potencijalno nepravilnog pravnog finala koje se ogleda u neoborivoj pretpostavci o jednakosti udjela.

Koncept bračne ste evine (tekovine), uključujući i pravila o diobi iste, vrlo je pojednostavljen. Isti, prema našem mišljenju, zahtijeva modifikacije, odnosno izmjenjiva rješenja koja bi, između ostalog, podrazumijevala mogućnost utvrđivanja doprinosa supružnika u sticanju bračne ste evine (tekovine), ali i kriterijume temeljem kojih bi se to provodilo.<sup>40</sup> U uporednom pravu brojni su primjeri pravnih standarda koje sud primjenjuje prilikom odlučivanja o razvrgnu u bračnu imovinsku zajednicu. Porodična solidarnost i ravnopravnost supružnika koji se žele afirmisati razmatranom regulativom, mogu za rezultat imati upravo svoju negaciju. Ovo se prevashodno odnosi na situaciju kada je jedan od supružnika znatno ili ogledno više doprinio sticanju bračne ste evine. Drugi supružnik, ili bolje rečeno, njegov nerad, nezalaganje, propusti da se zaštiti bračna ste evina, uvijek mogu biti „nagrada“ sa jednom

---

<sup>38</sup> Vid. čl. 1. 274 PZ RS. Isto vrijedi i za porodično zakonodavstvo Srbije (vid. čl. 1. 182, 184 i 185 PZS).

<sup>39</sup> čl. 1. 252 st. 1 i čl. 1. 255 st. 2 PZ FBiH; čl. 1. 229 st. 1 i čl. 1. 232 st. 2 PZ BD; čl. 1. 36 st. 3 OZ.

<sup>40</sup> Vid. Belaj, V, *op.cit.*, str. 349 – 352.

polovinom bra ne ste evine.<sup>41</sup> To, svakako, dovodi u pitanje i motivaciju supružnika da se posebno ili čak uobičajeno angažuju u sticanju bra ne imovine. Na koncu, poslije nekoliko godina primjene ovog modela bra ne imovine u hrvatskom pravu, ima mišljenja da nisu postignuti očekivani rezultati.<sup>42</sup>

Istini za volju, zakonodavci su supružnicima ostavili mogućnost zaključenja bra noga ugovora i druga njegovog definisanja odnosa uz uvažavanje ličnih i zajedničkih interesa kontraheata. No, dosadašnja praksa u posmatranim pravnim sistemima ukazuje da se bra ni ugovor zaključuje u relativnom malom broju slučajeva u odnosu na broj zaključenih brakova. Uostalom, to je stanje prilika svojstveno i drugim evropskim društvima (npr. u Holandiji se za bra ni ugovor odlučuje oko 20%<sup>43</sup>, u Francuskoj oko 10%<sup>44</sup> i u Njemačkoj oko 10% bra nih parova<sup>45</sup>). Isto tako, prilike u domaćem društvu ukazuju na teškoće u ostvarivanju stvarne, a ne samo formalne ravnopravnosti polova. Titulari stvarnih i drugih imovinskih prava još su muškarci, a riječ je o ženama. Ukupna ekonomska situacija; nizak stepen kvaliteta životnog standarda; nivo obrazovanosti žena i njihova zastupljenost u javnim poslovima u odnosu na muškarce; mogućnosti zaposlenja; neefikasna stambena politika; kao i brojni drugi faktori, u svojoj ukupnosti predstavljaju dodatni balast u odbrani stava o opravdanosti komentarisano rješenja i njegovoj adekvatnosti odnosima u domaćem tranzicionom društvu.

Dakle, sistem jednakih udjela (u obe svoje varijante koje se primjenjuju u pravnim sistemima u BiH) apsolutno potvrđuje jednakost životnih i imovinskih partnera i sa istom pažnjom uvažava njihove uloge u braku i porodici, odnosno predstavlja konkretizaciju principa ravnopravnosti supružnika i na polju imovinskih odnosa. Polazeći od činjenice da su supružnici uvijek različitih sposobnosti, znanja, obrazovanja, iskustava i umješnosti, odnosno lica različitih zdravstvenih, socijalnih i imovinskih prilika, i uopšte kao takvi, različitih mogućnosti; ovaj sistem diobe ne dozvoljava da to indukuje neuravnoteženost njihovog međusobnog odnosa i za bilo koga od njih nepovoljan materijalno–finansijski položaj kako tokom braka, tako i u slučaju prestanka zajednice života, odnosno braka. Zbog toga se sa punim pravom može konstatovati da je razmatrani sistem diobe zajedničke imovine, u svojoj osnovi, realizacija ideje jednakih šansi za supružnike. Naime, supružnici kao uesnici imovinskih odnosa imaju prijeko potrebnu sigurnost u smislu efikasne pravne zaštite njihovih postignuća, a istovremeno pruža im se garancija da će se isplatiti svaki oblik rada i uvažiti naponi koje oni ulažu u materijalno obezbjeđenje bra ne, odnosno porodice zajednice. Zbog toga se sa razlogom kaže da sistem

---

<sup>41</sup>*Ibidem*, 343 – 344.

<sup>42</sup> Kačer, H, *(Zvan)bra ne ste evina i zemljišne knjige – neka pitanja i dvojbe*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 55 br. 3-4/2005, str. 1052.

<sup>43</sup>Panov, S, *op.cit.*, str. 649.

<sup>44</sup>Guimezanes, N., *op. cit.*, str. 135.

<sup>45</sup>Majstorović, I, *Bra ni ugovor – novina hrvatskoga obiteljskog prava*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2005, str. 145.

jednakih udjela "ima i simboli an zna aj u smislu osje anja li nog dostojanstva"<sup>46</sup>.

Motivaciona snaga ovoga rješenja i njegovi stabilizatorski efekti u sferi li nih odnosa me u partnerima naro ito su važni, jer su imovinski odnosi samo dio ukupnog sadržaja koji se razvija i traje u braku. Kvaliteti ovog sistema do punog izražaja dolaze u slu aju likvidacije imovinske zajednice. Hronološki posmatrano, prva njegova prednost je u tome što pruža solidnu osnovu supružnicima za postizanje sporazuma o diobi u braku ste ene imovine. Polazi se od pretpostavke da su ugovara i imali jednake doprinose u stvaranju zajedni ke imovine, odnosno od injenice da su važni i prihvatljivi svi naponi koje su supružnici tokom braka inili. Zatim, sudsko rješavanje pitanja diobe ne može biti fleksibilno u onoj mjeri kako bi to supružnici mogli sami da dogovore uvažavaju i interese i poznaju i li ne potrebe svakog od njih. Naravno, sudski postupak podrazumijeva i troškove koji mogu biti zna ajni za stranke u postupku, što u sadejstvu sa prethodno izloženim argumentima djeluje demotivacijski na stranku koja razmišlja o takvom rješenju.

S druge strane, iako do e do postupka pred sudom nema dileme da je ovaj sistem povoljniji i za organ primjene prava. Sud je, propisivanjem ovog sistema, dobio veliku podršku i pomo od zakonodavca koji je ipak na sebe preuzeo odgovornost za postavljanje pretpostavke o jednakosti udjela. Umjesto da se bavi delikatnim i nerijetko zamršenim pitanjima utvr ivanja i vrednovanja pojedinih doprinosa svake od stranaka, sud u ovom slu aju nastupa iz komforne pozicije primjenjuju i pomenutu zakonsku pretpostavku. *In fine*, postupak diobe zajedni ke imovine uz primjenu ovog sistema postaje jednostavan i efikasan, što je poželjno i za stranke i za društvo. Na osnovu prethodno izloženog, van svake sumnje je da ovaj sistem diobe zajedni ke imovine karakterišu brojne prednosti, što je dovelo do toga da bude široko prihva en u velikom broju zakonodavstava evropskih zemalja.

## 5. Zaklju ak

Zajedni ka imovina je pravni institut koji se odlikuje brojnim specifi nostima u odnosu na ostale institute porodi nog i gra anskog prava. Posebnosti zajedni ke imovine supružnika su o ekivane i nužne posljedice njenog zna aja i uloge u braku, odnosno u porodici. Zajednica života podrazumijeva i zajednicu imovine koja predstavlja materijalnu bazu, odnosno osnov za organizaciju i konzumiranje životne zajednice supružnika. Ambijent u kojem se zajedni ka imovina uspostavlja, funkcija koju ista ostvaruje i zaštita vitalnih interesa porodice odredili su suštinu zajedni ke imovine i determinisali normativni okvir za njen pravni život.

---

<sup>46</sup>Frantz, C.J; Dagan, H, *Properties of marriage*, str. 105 i 106; navedeno prema Teši , N, *O zajedni koj imovini supružnika*, Pravni život br. 10/06, str. 260.

Imaju i u vidu prethodno izložene karakteristike zajedni ke imovine, jasno je da se radi o vrlo sofisticiranom pravnom institutu, o ustanovi sa osobenom pravnom prirodom. Konstruisana je profilisanjem pažljivo odabranih posebnih pravila, koja su ugra ena u širi normativni okvir utemeljen na osnovnim principima imovinskog prava. Time je obezbije ena nužna kompatibilnost ovog pravnog instituta sa opštim pravilima imovinskog prava, sa jedne strane, i uvažene su sve posebnosti imovinskih odnosa izme u lica koja su vezana brakom i koji su kreatori porodice, sa druge strane.

Zajedni ka imovina je imovinski izraz ravnopravnosti supružnika, materijalna osnova na kojoj se temelji bra na i porodi na solidarnost. Na in sticanja zajedni ke imovine, vrednovanje i uvažavanje svakog oblika rada i doprinosa supružnika predstavlja ne samo potvrdu njihove ravnopravnosti, ve efikasan mehanizam zaštite njihovih imovinskih interesa i pretpostavku sigurnosti u odnosima kako me u njima, tako i u odnosima u koje ulazi jedan od supružnika i tre e lice.

Za upravljanje i raspolaganje bra nom imovinom od presudne je važnosti "svojniski koncept" zajedni ke imovine, jer isti definiše prava supružnika i u stvari determiniše mehanizme njihove zaštite. Neodre enost udjela u zajedni koj imovini i jednakopravan položaj supružnika u aktima upravljanja i raspolaganja istom „pacifikuje i harmonizuje odnose više nego koncept susvojine“. Susvojina podrazumijeva „ ist ra un“, jasan imovinski odnos, ali i ve u slobodu titulara u odlukama koje se ti u raspolaganja. Supružnici su približniji ostalim subjektima prava koji nisu „optere eni“ bra nom vezom i odgovornoš u prema ostalim lanovima porodice. Zajedni ka imovina neutralizuje vlasni ki nagon u braku, dok susvojina hladno, matemati ki izražavaju i ravnopravnost supružnika, može biti uzrok nesaglasnosti.

Kona no, zajedni ka imovina odlikuje se posebnostima i u pogledu njene diobe. U pravnim sistemima u BiH prihva en je moderan koncept diobe – sistem jednakih udjela, istina u obe svoje varijante ( isti sistem u FBiH i BD, odnosno mješoviti sistem u RS). Ovaj model diobe zajedni ke imovine prevashodno pruža sigurnost supružnicima tokom braka i predstavlja garanciju da e razvrgavanje ove imovinske zajednice za svoje finale imati podjelu rezultata zajedni kog života i zajedni kog rada na jednake dijelove. Pored toga, opisani pristup u rješavanju ovog važnog problema predstavlja ohrabrenje supružnicima za postizanje sporazuma u smislu vansudske diobe zajedni ke imovine, a sudu jedan efikasan, ekonomi an i jednostavan alat za okon anje sporne situacije.

Darko Radi , PhD, Assistant Professor  
Faculty of Law, University of Banja Luka

## **MATRIMONIAL PROPERTY IN PROTECTION OF SPOUSES' RIGHTS AND INTERESTS**

**Summary:** Author in this paper considers protection of spouses' property rights and interests, particularly in terms of matrimonial property, and examines positive legislature which regulates property effects of marriage. Property relationship between spouses and its specificities require special rules in order to achieve both a few legal-political values and efficient protection of spouses' property rights and interests. Therefore, author considers "protective function" of matrimonial property regarding rules on acquiring, managing and disposing by it, and division of matrimonial property, in order to confirm their legitimacy which has been determined by identity of subjective element in all relationships in marriage.

**Key words:** spouses' property rights, matrimonial property, managing and disposing, division of matrimonial property.



Dr sc. Boris Kreši , docent  
Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli

Melisa ati , dipl. iur.  
Op inski sud Tuzla, Zemljišno-knjižni ured

## **ZAŠTITA BRA NOG PARTNERA – NEUPISANOG VLASNIKA BRA NE STE EVINE U ZEMLJIŠNIM KNJIGAMA S OSVRTOM NA PORODI NI DOM**

**Sažetak:** Donošenjem Porodi nog zakona Federacije Bosne i Hercegovine izmijenjena je pravna priroda bra ne ste evine. Porodi ni zakon nije izri to regulisao pitanje upravljanja i raspolaganja bra nom ste evinom, ve je uputio na pravila stvarnog i obligacionog prava. U tradicionalnom bosansko-hercegova kom društvu kao vlasnik nekretnine koja predstavlja bra nu ste evinu upisan je samo jedan bra ni partner. Upisani vlasnik bra ne ste evine, iako stanje u zemljišnoj knjizi nije istinito i potpuno, ima mogu nost prodaje nekretnine tre em licu koje postupa u dobroj vjeri, bez saglasnosti drugog bra nog partnera. Dugom bra nom partneru zakonodavac je ostavio mogu nost da zahtijeva ispravku upisa u zemljišnoj knjizi, koji nije mogu e izvršiti bez saglasnosti vlasnika nekretnine ili sudske odluke o podjeli bra ne ste evine.

Autori u radu daju prikaz porodi nog zakonodavstva u odnosu na zemljišnoknjižno i stvarno pravo u Federaciji Bosne i Hercegovine, stavljaju i u fokus istraživanja bra nog partnera koji kao suvlasnik bra ne ste evine nije upisan u zemljišnoj knjizi. U radu se ukazuje na nedostatke zakonskih rješenja o upravljanja i raspolaganja bra nom ste evinom. Autori u radu predlažu uvo enje porodi nog doma kao novog instituta u porodi no pravo. U cilju zaštite neupisanog bra nog partnera autori predlažu normiranje obavezne saglasnosti neupisanog bra nog partnera u slu aju raspolaganja porodi nim domom.

**Ključne riječi:** bra na ste evina, porodi ni dom, zemljišna knjiga

## 1. Uvod

U posljednjih trinaest godina u Federaciji Bosne i Hercegovine doneseni su novi zakoni iz oblasti porodi nog i gra anskog prava. U ovom periodu donesen je Porodi ni zakon Federacije Bosne i Hercegovine<sup>1</sup> (u tekstu: PZ FBiH), Zakon o stvarnim pravima Federacije Bosne i Hercegovine<sup>2</sup> (u tekstu: ZoSP FBiH), Zakon o zemljišnim knjigama Federacije Bosne i Hercegovine<sup>3</sup> (u tekstu ZZK FBiH). Navedeni zakoni doveli su do izmjene pravnih pravila koja se primjenjuju na zakonski imovinski režim bra nih partnera.

Za razliku od prijašnjeg rješenja Porodi ni zakon FBiH nije uredio pitanje upravljanja i raspolaganja bra nom ste evinom nego je uputio na pravila stvarnog i obligacionog prava.<sup>4</sup> Na ovaj na in bra ni partneri se u pogledu upravljanja i raspolaganja bra nom ste evinom nalaze u istoj situaciji kao i svi drugi suvlasnici u pravnom prometu. Nova zakonska rješenja u oblasti stvarnog prava daju ve i zna aj na elu povjerenja u zemljišnu knjigu, tako da se ublažavaju uslovi na strani savjesnog sticatelja nekretnine, što uslijed nesre enog stanja zemljišnih knjiga dovodi u nepovoljan položaj bra nog partnera koji nije upisan kao suvlasnik na nekretnini koja ini bra nu ste evinu.

U modernom porodi nom pravu mjesto stanovanja bra nih partnera zahtijeva dodatnu pravnu zaštitu. Ova zaštita se postiže kroz uvo enje „porodi nog doma“ kao novog instituta što predstavlja jednu od preporuka Vije a Evrope br. 81 (15) o pravu bra nih partnera na korištenje porodi nog doma i pravu na upotrebu stvari koje služe za potrebe ku anstva (u tekstu Preporuka Vije a Evrope R (81) 15).<sup>5</sup>

U vezi sa navedenim u radu je stavljen fokus na:

- Mogu nost traženja „ispravke upisa“ u zemljišnim knjigama od strane neupisanog bra nog partnera,
- Upravljanje bra nom ste evinom,
- Raspolaganje nekretninom koja ini bra nu ste evinu.

---

<sup>1</sup> Porodi ni zakon Federacije Bosne i Hercegovine (Sl. novine FBiH, br. 35/05, 41/05, 31/14).

<sup>2</sup> Zakon o stvarnim pravima Federacije Bosne i Hercegovine (Sl. novine FBiH, br. 66/13, 100/13).

<sup>3</sup> Zakon o zemljišnim knjigama Federacije Bosne i Hercegovine (Sl. novine FBiH, br. 19/03, 54/04).

<sup>4</sup> Ian 253. PZ FBiH.

<sup>5</sup> Preporuka preuzeta sa web stranice 25.03.2016. godine:

<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=600433&SecMode=1&DocId=673284&Usage=2>



## 2. Izmjena pravnog režima bra ne ste evine i njen uticaj na imovinske odnose bra nih partnera

Prije donošenja Porodi nog zakona FBiH na teritoriji Federacije BiH se primjenjivao Porodi ni zakon Socijalisti ke Republike Bosne i Hercegovine<sup>6</sup> (u tekstu: PZ SRBiH). Prema ovom zakonu bra na ste evina je po svojoj pravnoj prirodi bila zajedni ko vlasništvo,<sup>7</sup> sa mogu noš u bra nog partnera da zahtijeva utvr ivanje veli ine udjela u zajedni koj imovini srazmjerno njegovom doprinosu.<sup>8</sup> „Kad je stvar u zajedni kom vlasništvu, nema uticaja injenica da je u zemljišnim knjigama ili u drugim javnim registrima ta stvar upisana kao vlasništvo samo nekog od zajedni ara, osim prema tre im osobama ije se povjerenje u prometu štiti“.<sup>9</sup> Porodi ni zakon SRBiH propisivao je i odre ena pravila, kao *lex specialis*, koja su se odnosila na imovinske odnose bra nih partnera. Tako je bilo normirano da svojim udjelom u zajedni koj imovini jedan bra ni partner ne može samostalno raspolagati niti ga opteretiti pravnim poslom me u živima.<sup>10</sup> U cilju zaštite drugog bra nog partnera na ovu odredbu se pozvao i Vrhovni sud Federacije Bosne i Hercegovine. Iz obrazloženja presude ovog suda iz 2013. godine proizlazi da u situaciji kad jedan bra ni partner bez pristanka drugog bra nog partnera raspolaže stvarima iz zajedni ke imovine, a radi se o raspolaganju izvan granica redovnog raspolaganja, pravni posao kojim je raspolaganje preuzeto je ništav u smislu odredbe lana 103. stav. 1. ZOO, jer je sklopljen protivno kogentnoj pravnoj normi iz lana 265. ranijeg Porodi nog zakona .<sup>11</sup>

Prema PZ FBiH bra na ste evina je po svojoj pravnoj prirodi suvlasništvo.<sup>12</sup> Dijeli se na jednake dijelove, što zna i da je svaki bra ni partner suvlasnik jedne polovine bra ne ste evine. Jedino je teoretski mogu e zamisliti situaciju u kojoj jedan od bra nih partnera svojim radom nije u estvovao u

---

<sup>6</sup> Porodi ni zakon Republike Bosne i Hercegovine (Sl. list, SRBiH, br. 21/79).

<sup>7</sup> lan 263. PZ SRBiH.

<sup>8</sup> lan 267. st. 1. i 2. PZ SRBiH.

<sup>9</sup> lan 43. st. 2. ZoSP FBiH.

<sup>10</sup> lan 265. st 2. PZ SRBiH.

<sup>11</sup> Presuda Vrhovnog suda Federacije BiH broj: 65 0 P 049691 12 Rev od 29.08.2013. godine. Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine br. 1 – 2., januar – decembar 2013., str 49. Odredba lana 103. st. 1. ZOO glasi: „Ugovor, koji je protivan Ustavu Republike Bosne i Hercegovine, prinudnim propisima te moralu društva ništavan je ako cilj povrije enog pravila ne upu uje na neku drugu sankciju ili ako zakon u odre enom slu aju ne propisuje što drugo“.

U sudskoj praksi drugih sudova postoje i druga ija stajališta o raspolaganju stvarima iz zajedni ke imovine. „Bra ni drug može tražiti da se utvrdi ništavost ugovora o prodaji stvari ste ene zajedni kim radom u bra noj zajednici, koji je bez njegove saglasnosti zaklju io drugi bra ni drug i povra aj stvari od kupca, ukoliko nisu bile ispunjene pretpostavke za sticanje prava vlasništva od nevlasnika“, Odluka Vrhovnog Suda BiH, broj Rev. 650/86 od 09.07.1987, objavljeno u Pravnoj misli, 1989/5-6, str. 104.

<sup>12</sup> lan 252. PZ FBiH.

stvaranju bra ne ste evine.<sup>13</sup> Rije je, dakle, o *presumptio iuris et de iure*. Napušteno je ranije pravilo da je bra na imovina zajedni ka nepodijeljena imovina u kojoj svaki bra ni partner može tražiti da se utvrde udjeli prema njihovom doprinosu u sticanju te imovine, pri emu je sud vodio ra una ne samo o plati i drugom obliku zarade svakog bra nog partnera, ve i o pomo i jednog bra nog partnera drugom, o radu u doma instvu i porodici, o brizi oko odgoja i podizanja djece, kao i svakom drugom vidu rada i saradnje u upravljanju, održavanju i pove anju zajedni ke imovine.

Imovina koju su bra ni partneri stekli za vrijeme primjene PZ SRBiH, odnosno do 28.12.2005. godine,<sup>14</sup> po svojoj pravnoj prirodi bi trebala biti zajedni ko vlasništvo, a od 28.12.2005. godine, suvlasništvo sa jednakim dijelovima. Me utim u PZ FBiH je u završnim odredbama normirano da e se postupak u predmetima u kojima do dana stupanja na snagu PZ FBiH ne bude donesena prvostepena odluka suda ili organa starateljstva završiti prema odredbama PZ FBiH.<sup>15</sup> Dakle radi se o retroaktivnom djelovanju odredaba PZ FBiH.<sup>16</sup> Na ovaj na in bra ni partner koji je više doprinosio u bra noj ste evini, a time smatraju i da e podjelom dobiti i ve i udio bra ne ste evine, doveden je u nepovoljan položaj.

Kako bi zaštitio neupisanog bra nog partnera, zakonodavac je u PZ FBiH normirao da neupisani bra ni partner, ukoliko želi zaštititi prava koja proizlaze iz suvlasni kog odnosa, ima mogu nost zahtijevanja ispravke upisa.<sup>17</sup> Obavezu traženja upisa propisuje ZoSP FBiH prema kojem su svi izvanknjižni nosioci stvarnih prava dužni u roku od tri godine od dana stupanja na snagu zakona pokrenuti postupak za upis stvarnih prava glede nekretnina i svih promjena na njima u zemljišnu knjigu.<sup>18</sup>

---

<sup>13</sup> injenica da se jedan od bra nih partnera za vrijeme sticanja bra ne ste evine ponašao štedljivo, a drugi rasipno ne utje e na njihove suvlasni ke dijelove. Alin i M., i dr., *Obiteljsko pravo – II izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Narodne novine, Zagreb, 2006, *op. cit.*, str. 505.

U literaturi se isti e da podjela na jednake dijelove ne e uvijek biti i pravi na za oba bra na partnera. Tralji N., Bubi S., *Bra no pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, str. 80.

<sup>14</sup> Dan stupanja na snagu PZ FBiH.

<sup>15</sup> lan 384. st. 1. PZ FBiH

<sup>16</sup> U sudskoj praksi zauzet je stav da se na imovinske odnose bra nih partnera treba primijeniti važe e materijalno pravo u vrijeme donošenja presude, a ne ono koje je važilo u vrijeme sticanja zajedni ke imovine. Kantonalni sud u Tuzli, broj: 33 0 P 005942 10 Gž, od 28.01.2013. godine.

Isti stav zauzeo je i Vrhovni sud Federacije Bosne i Hercegovine: „Izvo enje dokaza na okolnosti visine udjela u sticanju bra ne ste evine je suvišno pa time i nepotrebno. Ovo iz razloga što je stupanjem na snagu novog Porodi nog zakona FBiH promijenjen pravni režim bra ne ste evine, utoliko što ova više ne predstavlja nepodijeljenu zajedni ku imovinu stranaka u kojoj je svaki supružnik mogao tražiti da se utvrde udjeli prema doprinosu u sticanju te imovine, nego suvlasništvo bra nih partnera od po ½“. Presuda Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine, broj: 58 0 P 000479 12 Rev od 13.03.2013. godine.

<sup>17</sup> lan 252. st. 3. PZ FBiH.

<sup>18</sup> lan 361. st. 1. ZoSP FBiH.

### 3. Upis suvlasni kog dijela bra ne ste evine

Prema ZZK FBiH ispravka upisa se može zahtijevati kada je upis u zemljišnoknjižnom ulošku neispravan, te e tada ured, po odobrenju upisane osobe, upisati zabilježbu pored pogrešnog upisa u datom zemljišnoknjižnom ulošku.<sup>19</sup> Intencija zakonodavca je da se upisom zabilježbe onemogu i sticanje prava od strane tre e savjesne osobe.<sup>20</sup> Da bi izdejtstvovao pravo upisa zabilježbe neupisani vlasnik bra ne ste evine mora imati saglasnost upisanog vlasnika.<sup>21</sup> Ukoliko ovo odobrenje izostane, drugom bra nom partneru ostaje mogu nost da odobrenje za upis zabilježbe ostvari u parni nom postupku.<sup>22</sup> Bitno je napomenuti da zakonodavac u PZ FBiH nije normirao da neupisani bra ni partner ima pravo upisa u zemljišnu knjigu kao suvlasnik, ve je propisao da on ima mogu nost zahtijevati ispravku upisa, odnosno, prema ZZK FBiH, zahtijevati upis zabilježbe kojom se onemogu ava sticanje prava od strane savjesne osobe.<sup>23</sup> U prilog navedenoj tvrdnji ide i presuda Kantonalnog suda u Tuzli<sup>24</sup> u kojoj se navodi da traženom zabilježbom na nekretninama stvarna prava se ne prenose, ne mijenjaju, ne ograni avaju niti se brišu, ve zabilježba ima samo funkciju upozorenja za tre a lica koja vrše uvid u zemljišnu knjigu, da se niko ne može pozivati na nepoznavanje injenice o postojanju eventualnog spora. Iako je ZZK FBiH normirao da se ispravka upisa u zemljišnoj knjizi vrši na osnovu odobrenja upisane osobe ili sudske presude, Kantonalni sud u Tuzli je, navedenom presudom, zauzeo stav da za upis zabilježbe nije potrebna saglasnost upisanog vlasnika, iz razloga što se radi o upisu odre ene injenice ili okolnosti. Smatramo da je ovakav stav suda ispravan u slu ajevima kada se radi o upisu zabilježbe na nekretninama koje predstavljaju bra nu ste evinu iz razloga što se na ovaj na in neupisanom vlasniku olakšava upis zabilježbe a samim time i zaštita prema tre im osobama. U prilog olakšavanju upisa zabilježbe možemo navesti i rješenje sadržano u Preporuci Vije a Evrope R (81) 15. Prema tre oj odredbi prvog na ela Preporuke Vije a Evrope br. R (81) 15 nacionalno zakonodavstvo može predvidjeti sistem upisa predmetnog prava u javne registre kojim se osigurava djelovanje prema tre im osobama.<sup>25</sup> Kada se

---

<sup>19</sup> član 60. ZZK FBiH.

<sup>20</sup> Upisom zabilježbe osporava se ta nost zemljišne knjige te ne može do i do savjesnog sticanja prava. Jörg W., Taji L., *Komentar zakona o zemljišnim knjigama u Bosni i Hercegovini*, Privredna štampa, Sarajevo, 2005, str. 44.

<sup>21</sup> član 60. st. 4. ZZK FBiH.

<sup>22</sup> član 60. st. 3. ZZK FBiH.

<sup>23</sup> Nasuprot zabilježbi, koja omogu ava samo uslovno sticanje ili gubitak prava, uknjižba predstavlja kona an upis prava u nekretninama, putem koje se ova prava mogu bezuslovno sticati, prenositi, ograni avati ili ukidati. Jörg W., Taji L., str. 22.

članom 61. st. 1. ZZK FBiH je normirano: „Prilikom ispravke upisa neispravni dio upisa se podvla i crvenom linijom, a upis, kojim se vrši ispravljanje, se poduzima u obliku zabilježbe“.

<sup>24</sup> Rješenje Kantonalnog suda u Tuzli, broj: 03 0 Dn 012663 14 Gž od 26.12.2014 godine.

<sup>25</sup> Dovode i u vezu prvu i tre u odredbu prvog na ela Preporuke, pored toga što se zahtijeva upis prava stanovanja u porodnom domu, nacionalnim zakonodavstvom se može propisati i mogu nost upisa kojim neupisani bra ni partner može sprije iti prodaju porodnog doma bez njegove saglasnosti. U našem pravnom sistemu upis zabilježbe isklju uje savjesnost tre eg lica. Prva odredba prvog na ela Preporuke glasi: “Svaka pravna radnja jednog bra nog partnera koja bi

radi o posebnoj imovini jednog bra nog partnera, smatramo da treba ostati zakonsko rješenje prema kojem se zahtijeva neophodna saglasnost vlasnika ili sudska odluka. Ukoliko bi se dopustilo bra nom partneru da, bez saglasnosti upisanog vlasnika, odnosno drugog bra nog partnera, vrši upis zabilježbe na njegovoj posebnoj imovini, upisani vlasnik nikada ne bi znao da li na nekretnini ima upisana zabilježba postojanja spora ili postojanje određene činjenice koja može te re lice odvratiti od kupnje.

Upisom zabilježbe, kao što je već naglašeno, ne vrši se kona ni upis vlasništva. Da bi se izvršio kona ni upis u zemljišnu knjigu potrebno je dostaviti dokaz neta nosti zemljišne knjige.<sup>26</sup> ZZK FBiH nije jasno odredio kako se neta nost zemljišne knjige može dokazati. U literaturi se navodi da se dokazom o neta nosti zemljišne knjige mogu smatrati notarski ovjerene ili notarski obra ene isprave kao i isprave izdate od strane organa vlasti ili suda.<sup>27</sup> Prema odredbama ZZK FBiH neupisani vlasnik bra ne ste evine, nakon dobijanja saglasnosti za upis zabilježbe, mora ponovo zahtijevati saglasnost upisanog vlasnika u vidu notarski ovjerene ili obra ene isprave kako bi izvršio kona an upis.<sup>28</sup> Ukoliko ne postoji saglasnost upisanog vlasnika, neupisani vlasnik ima mogu nost da pokrene sudski postupak za podjelu bra ne ste evine. Presuda suda o podjeli bra ne ste evine e predstavljati dokaz o neta nosti zemljišne knjige.

Iz navedenih odredbi ZZK FBiH jasno je da neupisani vlasnik, kako bi izvršio upis prava suvlasništva u zemljišnu knjigu, mora dva puta dobiti saglasnost upisanog vlasnika. U suprotnom on mora pokrenuti parni ni postupak za podjelu bra ne ste evine, što e u ve ini slu ajeva dovesti do poreme enosti bra nih odnosa. ini se da zakonodavac u FBiH prilikom donošenja PZ FBiH nije vodio ra una o odredbama ZZK FBiH, pa i njegova namjera u pogledu zaštite neupisanog vlasnika nije jasna. Ukoliko je zakonodavac imao namjeru u potpunosti da zaštiti neupisanog bra nog partnera ostaje nejasno zašto je u PZ FBiH upotrijebio termin „ispravka upisa“, iako je ZZK FBiH normirao da se neispravni dio upisa podvla i crvenom linijom, a upis, kojim se vrši ispravljanje, se poduzima u obliku zabilježbe.<sup>29</sup> Bolje je rješenje da se neupisanom bra nom partneru da mogu nost upisa prava vlasništva uz izri itu, pisanu i bezuvjetnu izjavu kojom jedan bra ni partner pristaje na upis prava vlasništva drugog bra nog partnera.<sup>30</sup> U prilog ovome rješenju ide i praksa notara, kao i praksa

---

mogla izravno uticati na pravo na upotrebu porodi nog doma od strane drugog bra nog partnera, mora se provesti uz saglasnost drugog bra nog partnera”.

<sup>26</sup> lan 41. st. 4. ZZK FBiH.

<sup>27</sup> Jörg W., Taji L., str. 160.

<sup>28</sup> lan 41. st. 2. ZZK FBiH. Odobrenje za upis u zemljišnu knjigu mora biti notarski ovjereno, osim ako se za ugovor na osnovu kojeg se vrši promjena prava zahtijeva notarska obrada.

<sup>29</sup> lan 61. ZZK FBiH.

<sup>30</sup> Odredbu o upisu prava vlasništva nalazimo u Obiteljskom zakonu Republike Hrvatske (u tekstu ObZ) (N. novine, br. 103/15) gdje se u lanu 36. st. 4 normira da: „Uknjižba prava vlasništva na bra noj ste evini koja je u naravi nekretnina može se provesti i na temelju prijedloga obaju bra nih drugova koji sadrži izri itu, pisanu i bezuvjetnu izjavu kojom jedan bra ni drug pristaje na

zemljišnoknjižnog ureda. U konkretnom slučaju notari sačinjavaju notarski obračun ispravu, u kojoj upisani vlasnik nekretnine izjavljuje da predmetna nekretnina predstavlja bračnu stevinu. Osnov za upis, na koji se pozivaju notari je član 252. st. 3. PZ FBiH i član 60. st. 2. i 4. ZZK FBiH. U ovom slučaju zemljišno-knjižni ured bi trebao upisati zabilježbu, a ne izvršiti upis prava vlasništva. Naime odredba člana 252. st. 3. PZ FBiH ne predstavlja osnov za sticanje stvarnog prava, već osnov za upis zabilježbe zbog neispravnog upisa. Ipak zemljišno-knjižni ured na osnovu notarski obračun isprave vrši upis vlasništva, pozivaju i se na član 41. st. 1. ZZK u kojem se normira da je upis u zemljišnu knjigu dozvoljen samo uz saglasnost osobe koja je u vrijeme podnošenja zahtjeva upisana u zemljišnu knjigu kao nosilac prava vlasništva, pri tome smatraju i da notarski obračun isprava predstavlja dokaz netačnosti zemljišne knjige. Navedena praksa notara i zemljišnoknjižnog ureda ide u prilog neupisanom vlasniku porodnog doma, te se smanjuje broj pravnih radnji koje su neophodne kako bi se zaštitio neupisani bračni partner.

#### 4. Upravljanje i raspolaganje bračnom stevinom

U toku trajanja bračne zajednice, bračni partneri bračnom stevinom upravljaju i raspolazu kao suvlasnici. ZoSP FBiH propisuje da suvlasnik ima pravo da u estvuje u odlučivanju o svim pitanjima koja se tiče stvari koja je u suvlasništvu zajedno sa ostalim suvlasnicima.<sup>31</sup> Upravljanje stvari odnosi se na donošenje odluka o načinu upotrebe stvari, održavanju i održavanju, unapređivanju, poboljšavanju stvari i sl. Bračni partneri mogu saglasno povjeriti upravljanje bračnom stevinom određenoj osobi kao upravniku, koji će djelovati kao njihov punomoćnik. Za upravnika može biti izabran jedan bračni partner,<sup>32</sup> a upravljanje može biti povjereno i drugoj poslovno sposobnoj fizičkoj ili pravnoj osobi.<sup>33</sup> Bračni partneri se mogu sporazumjeti o načinu upravljanja bračnom stevinom, tako da nekim stvarima može upravljati jedan bračni partner, a drugim stvarima drugi bračni partner. Zakonodavac ne propisuje formu za sporazum o upravljanju bračnom stevinom, tako da bračni partneri ovaj sporazum mogu zaključivati kako u pismenoj tako i u usmenoj formi, i u bilo koje vrijeme.

---

uknjižbu prava vlasništva drugog bračnog druga u jednakim dijelovima ili drugačije ako su tako ugovorili“.

<sup>31</sup> član 30. st. 1. ZoSP FBiH.

<sup>32</sup> U literaturi se navodi da odluka o određivanju upravnika i ko će konkretno biti upravnik ulazi u domen redovnog upravljanja. Shodno tome, za navedene odluke potrebna je saglasnost onih suvlasnika koji zajedno imaju većinu suvlasničkih dijelova. Rašović P. Z., *Stvarno pravo*, Službeni list SCG, Beograd, 2005, str. 232.

ZoSP FBiH se normira da je za preuzimanje poslova redovnog upravljanja potrebna saglasnost suvlasnika čiji dijelovi čine više od jedne polovine (član 31. st. 1.). Kako su bračni partneri u jednakim dijelovima suvlasnici, opravdano se može postaviti pitanje mogu li postavljati za upravnika jednog od bračnih partnera.

<sup>33</sup> član 34. st. 1. ZoSP FBiH

ZoSP FBiH pravi razliku između poslova redovnog upravljanja i poslova koji prelaze okvir redovnog poslovanja. Za poduzimanje poslova redovnog upravljanja stvari potrebna je saglasnost suvlasnika ili dijelovi zajedno i ne više od jedne polovine vrijednosti stvari. Ako se ne postigne potrebna saglasnost, a poduzimanje posla je neophodno za redovno održavanje stvari, svaki suvlasnik ima pravo zahtijevati da o tome odluči i sud.<sup>34</sup> Kako nijedan od braćuh partnera nema većinu i dio od jedne polovine braćuh ne može biti, proizlazi da je kod redovne upotrebe stvari neophodna saglasnost drugog braćuhnog partnera, osim u onim slučajevima kada su braćuhni partneri sklopili braćuhni ugovor kojim jedan braćuhni partner ima više od 50% dijela u braćuhnoj stvari. Prema pozitivno-pravnim propisima ukoliko jedan braćuhni partner poduzme posao na stvari koja ulazi u braćuhnu stvar, primjenjivala bi se pravila o poslovodstvu bez naloga.<sup>35</sup> U skladu sa navedenim neupisani braćuhni partner prilikom redovnog upravljanja stvari, pa i u slučaju poduzimanja redovnih poslova u porodici i domaćinstvu, uvijek mora dobiti saglasnost drugog braćuhnog partnera, osim u onim slučajevima kada posao ne trpi odlaganje te predstoji šteta ili propuštanje o igledne koristi. Naravno, postoje poslovi koji su po svojoj prirodi hitni, pa treba prihvatiti rješenje po kome suvlasnik može bez saglasnosti ostalih suvlasnika preduzeti poslove koji su neophodni i hitni za održavanje i upravljanje stvari (opravke radi održavanja, sjetva, žetva, berba, upravljanje stvari, isplata troškova za sve poslove, naplata prihoda i sl.). Ukoliko bi saglasnost braćuhnog partnera izostala, odluku o načinu upravljanja trebao bi donijeti sud.

Za poduzimanje poslova koji prelaze okvir redovnog upravljanja (promjena namjene stvari, otuđenje cijele stvari, izdavanje cijele stvari u zakup, zasnivanje hipoteke na cijeloj stvari, zasnivanje služnosti, veće i popravke ili prepravke stvari koje nisu nužne za održavanje i sl.) potrebna je saglasnost svih suvlasnika.<sup>36</sup> Ukoliko jedan braćuhni partner poduzima neke pravne radnje, koje prelaze okvir redovnog upravljanja, smatra se da je obavio tu i posao. Tada nastaje obligacioni odnos i primjenjuju se pravila koja važe za poslovodstvo bez naloga.

Svaki braćuhni partner je vlasnik onog idealnog dijela stvari koji odgovara njegovom suvlasničkom dijelu, pa u odnosu na taj dio ima sva ovlaštenja koja pripadaju vlasniku, ako ih, s obzirom na prirodu idealnog dijela, može izvršavati.<sup>37</sup> Idealni dio stvari se u pravnom prometu smatra samostalnom stvari.

---

<sup>34</sup> član 34. st. 2. ZoSP FBiH

<sup>35</sup> član 30. st. 2. ZoSP FBiH.

Vršnju tuđeg posla može se nezvano pristupiti samo ako posao ne trpi odlaganje, te predstoji šteta ili propuštanje o igledne koristi ( član 220. Zakona o obligacionim odnosima).

<sup>36</sup> član 32. ZoSP FBiH.

Postoje i druga tumačenja u pogledu poslova redovnog upravljanja, tako navedeni poslovi u članu 32. ZoSP FBiH spadaju u poslove potpunog ili djelimičnog raspolaganja stvarima a ne u poslove upravljanja. Vidi: Stanković O., Orlić M., Stvarno pravo, IX izdanje, Nomos, Beograd, 1999, str. 57.

<sup>37</sup> član 26. st. 1. ZoSP FBiH.

U pogledu raspolaganja bra ni partner može samostalno raspolagati svojim dijelom bra ne ste evine bez saglasnosti drugog bra nom partnera.<sup>38</sup> Porodi ni zakon je priznao pravo pre e kupovine drugom bra nom partneru samo u slu aju donošenja odluke suda da se podjela stvari izvrši prodajom, samo onda kada je dioba stvari nemogu a ili je mogu a uz znatno smanjenje vrijednosti stvari.<sup>39</sup> ZoSP FBiH, na koji upu uje PZ FBiH, normira da kada suvlasnik nekretnine prodaje svoj dio, ostali suvlasnici imaju pravo pre e kupovine.<sup>40</sup>

Analizom zakonskih odredbi ZoSP FBiH može se uo iti da pravila koja se odnose na suvlasnike jednim dijelom onemogu avaju bra ne partnere da upravljaju bra nom ste evinom. Ukoliko u pogledu upravljanja uzmemo za primjer da se radi o zajedni kom doma instvu situacija postaje još složenija. Na in savremenog života onemogu ava da se za svaki pravni posao traži izri it pristanak drugog bra nog partnera.<sup>41</sup> Iz tog razloga neophodno je u Porodi nom zakonu urediti odre ena pravila kao *lex specialis* koja se odnose na upravljanje bra nom ste evinom.<sup>42</sup>

## **5. Raspolaganje nekretninom iz bra ne ste evine koja ini „porodi ni dom“**

U Porodi nom zakonu FBiH nije normirana ustanova porodi ni dom. Zakonodavac samo normira da bra ni partneri sporazumno odre uju mjesto stanovanja.<sup>43</sup> Uvo enjem ovog instituta štiti se ne samo neupisani bra ni partner ve i dijete koje živi sa roditeljima sve do punoljetstva.

---

<sup>38</sup> lan 27. st. 1. ZoSP FBiH.

<sup>39</sup> lan 257. PZ FBiH.

<sup>40</sup> lan 27. st. 2. ZoSP FBiH. U narednim stavovima lana 27. se normira: „Suvlasnik koji ima namjeru prodati svoj suvlasni ki dio dužan je putem preporu ene pošiljke po pravilima parni nog postupka o dostavi ili putem notara obavijestiti druge suvlasnike o tome navode i ta ne zemljišnoknjižne i katastarske podatke nekretnine, cijenu i ostale uvjete prodaje. Ako ponu eni suvlasnici ne obavijeste ponudioca na isti na in na koji je u injena ponuda u roku od 30 dana od dana prijema ponude o prihvatu ponude, suvlasnik može prodati svoj dio drugoj osobi, ali ne po nižoj cijeni ili povoljnijim uvjetima. Ako suvlasnik ne izvrši prodaju svog suvlasni kog dijela u roku od šest mjeseci po isteku roka za prihvatanje ponude, dužan je u slu aju ponovne prodaje da ponovo putem parni nog postupka dostavi ili putem notara obavijestiti druge suvlasnike o tome navode i ta ne zemljišnoknjižne i katastarske podatke nekretnine, cijenu i ostale uvjete prodaje. Ako suvlasnik ne u ini ponudu ostalim suvlasnicima, odnosno ako nakon u injene ponude proda tre oj osobi svoj suvlasni ki dio pod povoljnijim uvjetima, suvlasnici koji imaju pravo pre e kupovine mogu sudskim putem zahtijevati da se ugovor poništi i da se njima pod istim uvjetima prenese vlasništvo na predmetnom suvlasni kom dijelu“.

<sup>41</sup> Rašovi P. Z., str. 232.

<sup>42</sup> Obiteljski zakon R. Hrvatske u lanu 37. navodi: „Za poslove redovite uprave poput redovitog održavanja, iskorištavanja i upotrebe stvari za njenu redovitu svrhu, smatra se da je drugi bra ni drug dao svoju suglasnost ako se ne dokaže suprotno“.

U teoriji su zastupljena mišljenja da bra ni partner može bez saglasnosti drugog bra nog partnera (što podrazumijeva njegovo protivljenje) preduzimati poslove oko održavanja i o uvanja stvari, kao i poslove koji su nužni da bi se stvar sa uvala od ošte enja. Vidi šire: Rašovi P. Z., str. 249. – 252.

<sup>43</sup> lan 30. PZ FBiH.

Porodi ni dom prema ObZ Hrvatske može biti porodi na ku a ili stan koju su bra ni partneri sporazumno odredili kao mjesto u kojem e stanovati s djecom nad kojom ostvaruju roditeljsku skrb.<sup>44</sup> Iz naslova odredbe „Obiteljski dom i zaštita prava na stanovanje“ jasno proizlazi *ratio legis*, a to je onemogu avanje bra nom partneru da raspolaže stanom ili porodi nim domom u kojoj porodica stanuje na na in da drugog bra nog partnera i djecu onemogu i u ostvarivanju prava na stanovanje i zadovoljavanju ove osnove životne potrebe. Da bi odre ena nekretnina predstavljala porodi ni dom, mora se raditi o stambenoj nekretnini (porodi ni dom ne može predstavljati vikendica, ku a za odmor, poslovni prostor itd.), mora postojati sporazum bra nih partnera o središnjem mjestu porodi nog života, porodi ni dom može biti stambena nekretnina u vlasništvu jednog od njih, u njihovu suvlasništvu ili u vlasništvu tre e osobe dok su bra ni partneri ili jedan od njih u položaju najmoprimca.<sup>45</sup> Najve i nedostatak prilikom definiranja porodi nog doma je u tome što se ograni ava samo na one slu ajeve kad je porodi ni dom u sistemu bra ne ste evine. To pokazuje da predložena zaštita porodi nog doma nije adekvatno ure ena (zato što porodi ni dom ne predstavljaju samo nekretnine koje su u sistemu bra ne ste evine, ve i one koje su u vlasništvu samo jednog od bra nih partnera) i da je diskriminatorna u odnosu na druge vlasni kopravne sisteme.<sup>46</sup>

Smatramo da je *de lege ferenda* neophodno u PZ FBiH uvesti institut porodi nog doma po ugledu na rješenja sadržana u ObZ, pri emu bi porodi ni dom predstavljao nekretninu koju su bra ni partneri izabrali kao mjesto stanovanja bez obzira da li je ona posebna imovina jednog bra nog partnera ili bra na ste evina. U tradicionalnom BiH društvu nerijetko je kao vlasnik nekretnine u kojoj stanuju bra ni partneri s djecom upisan samo jedan bra ni partner, tako da zemljišna knjiga ne odražava istinito i potpuno stanje. Bra ni partner koji je u zemljišnoj knjizi upisan kao vlasnik te nekretnine, u skladu sa na elom povjerenja u zemljišnu knjigu, ima mogu nost da je proda bez saglasnosti drugog bra nog partnera, koji nije zaštitio svoje pravo upisom zabilježbe ili prava suvlasništva u zemljišnoj knjizi. Na elo povjerenja u zemljišnu knjigu podrazumijeva da zemljišna knjiga istinito i potpuno odražava injeni no i pravno stanje nekretnine, pa ko je u dobroj vjeri postupio s povjerenjem u zemljišnu knjigu, ne znaju i da ono što je u njih upisano razli ito od izvanknjižnog stanja, uživa u pogledu toga sticanja zaštitu prema odredbama zakona.<sup>47</sup> Prema ZoSP FBiH sticalac je bio u dobroj vjeri ako u trenutku sklapanja pravnog posla, a ni u trenutku kad je zahtijevao upis, nije znao niti je s obzirom na okolnosti imao dovoljno razloga posumnjati u to da stvar pripada

---

<sup>44</sup> lan 32. st. 1. ObZ.

<sup>45</sup> Šimovi I., *Pravno ure enje obiteljskog doma u hrvatskom obiteljskom pravu - prijepori i dvojbe* -, Hrvatska pravna revija, velja a 2015, str. 35.

<sup>46</sup> Isto i: Šimovi I., *Pravno ure enje obiteljskog doma u hrvatskom obiteljskom pravu - prijepori i dvojbe* -, str. 36-37.

<sup>47</sup> lan 55. st. 1. ZoSP FBiH.



otu ivaocu.<sup>48</sup> Novina u ZoSP FBiH u odnosu na ranije rješenje je da savjesni sticatelj mora istražiti samo knjižno, a ne i vanknjižno stanje. Normiranjem da se nedostatak dobre vjere nikome ne može predbaciti radi neistraživanja vanknjižnog vlasništva, predstavlja bitan preokret dosadašnje sudske prakse.<sup>49</sup> Prema prijašnjoj sudskoj praksi u pogledu ocjene savjesnosti odre enog sticatelja, savjesnost se zahtijevala kako u pogledu zemljišnoknjižnog tako i u pogledu vanknjižnog stanja. Sticatelj se nije smatrao savjesnim ako je izvršio samo uvid, odnosno pouzdao se u zemljišne knjige, ve je bilo nužno da istražuje i vanknjižno stanje.<sup>50</sup> Ovakav preokret u pogledu odre ivanja savjesnosti sa jedne strane omogu ava lakšu prodaju nekretnine tre em savjesnom licu, dok sa druge stavlja u nepovoljan položaj neupisanog bra nog partnera.

Ne postoji jedinstveno stajalište u slu ajevima kada jedan bra ni partner, onaj koji je upisan u zemljišnu knjigu kao vlasnik, bez saglasnosti drugog bra nog partnera, neupisanog vlasnika, otu i bra nu ste evinu, odnosno nekretninu u kojoj stanuju bra ni partneri. U ovom slu aju dolazi do sukoba dva na ela i to na ela *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* i na ela povjerenja u zemljišnu knjigu.

U novijoj praksi Vrhovnog suda Federacije BiH primjetno je da sud na elu povjerenja u zemljišnu knjigu daje zna aj prioritnog na ela. U odlukama sud priznaje mogu nost sticanja prava vlasništva i drugih stvarnih prava na temelju povjerenja u zemljišnu knjigu, a time i mogu nost da tre e savjesno lice stekne odre eno pravo i na temelju neta ne zemljišne knjige.<sup>51</sup> Najviši sudovi u Hrvatskoj u pojedinim slu ajevima štite na elo povjerenja u zemljišnu knjigu, dok u drugim slu ajevima još uvijek prednost daju na elu ravnopravnosti bra nih partnera u pogledu sticanja i raspolaganja bra nom

---

<sup>48</sup> lan 55. st. 2. ZoSP FBiH.

<sup>49</sup> Babi I., Haši E., Medi D., Powlaki M., Veli L., *Komentar zakona o stvarnim pravima Federacije BiH*, Privredna štampa d.o.o. Sarajevo, Sarajevo, 2014, str. 287.

<sup>50</sup> Powlaki , M., *Na elo povjerenja u zemljišnu knjigu u najnovijoj praksi Vrhovnog suda Federacije BiH*, *Nova pravna revija* - asopis za doma e, njema ko i evropsko pravo, broj 1/2014, str. 42.

S obzirom na usvojeno na elo pouzdanja u katastar nepokretnosti, eventualna raspolaganja od strane samo jednog bra nog partnera smatrala bi se punovažnim, jer se sticalac može pouzdati da ono što nije upisano u katastar nepokretnosti pravno ne postoji. Ali to nije dovoljno: lice koje ho e da stekne neko pravo na nepokretnosti ne smije se pouzdati samo u ono što je upisano u katastar nepokretnosti, ve mora ispitati i injenicu da li se radi o zajedni koj ili posebnoj svojini. Osim toga, da bi se smatrao savjesnim kupcem nepokretnosti on mora utvrditi i stanje posjeda kupljene nepokretnosti (fakti ko stanje). Rašovi P. Z., str. 252.

<sup>51</sup> Vidi šire: Powlaki , M., *Na elo povjerenja u zemljišnu knjigu u najnovijoj praksi Vrhovnog suda Federacije BiH*. Potrebno je napomenuti da Vrhovni sud FBiH nije razmatrao pitanje raspolaganja upisanog vlasnika nekretnine koja predstavlja bra nu ste evinu, bez saglasnosti drugog bra nog partnera. Osim u slu aju koji je naveden prije u radu, a u kojem je sud primjenio PZ SRBiH. Vidi fusnotu 11.

ste evinom.<sup>52</sup> U slu aju neovlaštenog otu enja nekretnine koja spada u bra nu ste evinu nije potrebno postaviti samo pitanje savjesnosti kupca, ve bi trebalo u svakom konkretnom slu aju cijeliti i savjesnost i ukupno ponašanje bra nog partnera koji nije upisan u zemljišnu knjigu.<sup>53</sup>

U pravnoj teoriji prednost se daje na elu povjerenja u zemljišnu knjigu. Ovo na elo štiti tre eg savjesnog sticaoca, koji nije u inio ništa pogrešno niti je propustio nešto da u ini, dok s druge strane imamo bra nog partnera koji je propustio da se upiše u zemljišnu knjigu i dobrim dijelom sam izazvao situaciju u kojoj se našao.<sup>54</sup> Za sve slu ajeve sticanja stvarnih prava na nekretninama nakon stupanja na snagu ZoSP FBiH, davanje prednosti na elu *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* bilo bi *contra legem*.<sup>55</sup>

U praksi se pitanje savjesnosti tre eg lica ne može razmatrati bez sagledavanja u eš a notara prilikom raspolaganja nekretninom. U skladu sa Zakonom o notarima me u pravne poslove za koje je potrebna notarska obrada isprave, pored ostalih, navode se i pravni poslovi iji je predmet prenos ili sticanje vlasništva ili drugih stvarnih prava na nekretninama.<sup>56</sup> Obaveza notara je da se u postupku notarske obrade isprave upusti u pojašnjenje i upozorenje ugovornih stranaka o eventualnom obligaciono - pravnom zahtjevu drugog bra nog partnera koji ima pravo da naknadno istakne prigovor, iz razloga što nije imao mogu nost da u estvuje i da svoju saglasnost za prodaju ili optere enje nekretnine koja je bra na ste evina.<sup>57</sup> Notar je dužan upozoriti i pou iti stranke da se kao uvjet valjanosti namjeravanog pravnog posla može zahtijevati i prethodna saglasnost tre ih lica, u konkretnom slu aju drugog bra nog partnera.<sup>58</sup> Prilikom zaklju enja pravnog posla notar nije dužan, niti je nadležan da utvr uje postojanje ili nepostojanje bra ne ste evine, to svakako nije njegova obaveza. Notar ima obavezu da provjeri da li su stranke sposobne i

---

<sup>52</sup> Rešetar B., Josipovi U., *Sporna pitanja bra ne ste evine s osvrtom na bankovne ugovore bra nih drugova*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, Vol. 50, 1/2013., str 115. – 138.

<sup>53</sup> Odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske U-III-103/2008. U ovom predmetu upisani bra ni partner je zaklju io ugovor o kreditu i time zasnovao hipoteku na cijeloj nekretnini bez saglasnosti drugog bra nog partnera. Nakon tri godine, neupisani bra ni partner je podnio tužbu za utvr ivanje svog suvlasni kog dijela.

<http://sljeme.usud.hr/usud/praksaw.nsf/Ustav/C12570D30061CE54C12578AF0045A5B9?OpenD ocument>

<sup>54</sup> Vidi šire: Softi , D., *Bra na ste evina prema Porodi nom zakonu Federacije BiH*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu L (2007), str. 496. i dalje.

<sup>55</sup> Powlaki , M., str. 44.

<sup>56</sup> lan 73. st. 1. ta 4. Zakona o notarima (Sl. novine br. 45/02). Ustavni sud Federacije Bosne i Hercegovine donio je presudu prema kojoj se utvr uje da lan 6. stav 1., u dijelu koji glasi: “kao i lice koje ispunjava pretpostavke iz stava 2. ovoga lana“ i stav 2. istog lana, te l. 27. i 73. Zakona o notarima („Službene novine Federacije BiH“, broj: 45/02), nisu u skladu sa Ustavom Federacije Bosne i Hercegovine. Presuda Ustavnog suda FBiH, broj: U-15/10 od 02.12.2015. godine.

<sup>57</sup> Powlaki , M., Schalast, C., Softi V. *Komentar zakona o notarima u Bosni i Hercegovini*, Njema ka organizacija za tehni ku saradnju (GTZ) GmbH, Sarajevo, 2009, str. 155.

<sup>58</sup> Powlaki , M., Schalast, C., Softi V., str. 153.

ovlaštene za poduzimanje i zaključenje pravnog posla.<sup>59</sup> U slučaju prodaje nekretnine u kojoj stanuju braćni partneri sa djecom, kao dokaz da je osoba ovlaštena za zaključenje pravnog posla uzima se izvod iz zemljišno-knjižnog ureda u kojem je kao vlasnik upisan jedan braćni partner. Upisani vlasnik braćne nekretnine može tvrditi da predmetna nekretnina predstavlja njegovu posebnu imovinu te da nije potrebna saglasnost drugog braćnog partnera. U ovom slučaju notar samo upozorava stranke, što konstatuje u izvorniku isprave, na posljedice zaključenja pravnog posla, njegova obaveza nije da utvrdi je li predmetna nekretnina predstavlja posebnu imovinu ili braćnu nekretninu. Tako će treće lice nema obavezu da istražuje vanknjižno stanje. Međutim obaveza notara o postupku stranaka o posljedicama i pravnom dometu posla<sup>60</sup> trebala bi pobuditi sumnju kupca. ZoSP FBiH je normirao da sticalac postupa u dobroj vjeri ako u trenutku sklapanja pravnog posla, kao i u trenutku kada zahtijeva upis, nije znao niti je s obzirom na okolnosti imao dovoljno razloga **posumnjati**<sup>61</sup> (istaknuo autor) u to da stvar pripada otuđivaocu. Smatramo da u slučaju prodaje kada notar, prilikom sastavljanja notarske isprave, upozori i stranke o posljedicama pravnog posla, u smislu da postoji mogućnost da predmetna nekretnina braćnu nekretninu, dolazi do isključenja savjesti trećeg lica. Upozorenja notara prilikom sastavljanja notarske isprave nesporno će dovesti do toga da treće lice neće sumnjati da predmetna nekretnina ne pripada otuđivaocu. U prilog ovome ide činjenica da notari u svim slučajevima kada se radi o raspolaganju nekretninom koja je stečena u braku, a što se utvrdi na osnovu zemljišnoknjižnog izvotka i vjenčanog lista ili izjave vlasnika o svom braćnom statusu, uvijek traže saglasnost drugog braćnog partnera. Ukoliko upisani vlasnik tvrdi da predmetna nekretnina predstavlja njegovu posebnu imovinu od notara se očekuje da se u postupku notarske obrade isprave upusti u pojašnjenje i upozorenje ugovornih stranaka o eventualnom obligaciono-pravnom zahtjevu drugog braćnog partnera.

U Republici Hrvatskoj tako će nema jedinstvenog stava u slučaju prodaje nekretnine koja predstavlja braćnu nekretninu od strane jednog braćnog partnera. Ustavni sud Republike Hrvatske mijenjao je svoje stajalište o navedenom pitanju. Zemljišnoknjižni upis ima svoj utjecaj i inak samo u slučaju ispunjenja općih i posebnih pretpostavki za uknjižbu propisanih odredbama ZZK. Kako jedna od tih pretpostavki nije ispunjena (valjanost pravnog posla), stajalište je suda da se u konkretnom slučaju ne može steći pravo vlasništva niti na temelju povjerenja u zemljišne knjige.<sup>62</sup> Kasnije sud djelimično odstupa od toga stajališta „o apsolutnoj ništavosti pravnog posla sklopljenog po (samo) jednom braćnom

<sup>59</sup> član 80. st. 1. Zakon o notarima u BiH.

<sup>60</sup> član 80. st. 2. Zakona o notarima u BiH.

<sup>61</sup> „Riječ sumnja predstavlja pretpostavku o nekom stanju stvari a posumnjati znači po etički (vremensku odrednicu) sumnjati“. Halilović S., Palić I., Šehović A., *Rječnik bosanskog jezika*, Filozofski fakultet u Sarajevu, Sarajevo, 2010.

<sup>62</sup> Odluka Županijskog suda u Zadru GŽ-52/99. Ustavni sud je utvrdio da su sudovi, usvojivši tužbeni zahtjev tužiteljice, postupili sukladno mjerodavnim propisima. [http://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2004\\_10\\_150\\_2621.html](http://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2004_10_150_2621.html)

drugu, iji je predmet zajedni ka imovina bra nih drugova, uslijed koje (ništavosti) kod takvih raspolaganja ne vrijedi (derogira se) na elo povjerenja u zemljišne knjige u korist tre ih. Za procjenu kojem na elu u ovakvim okolnostima dati prednost polazi se od savjesnosti svih u esnika osporenog pravnog posla“.<sup>63</sup>

Da bi se zaštitilo pravo neupisanog bra nog partnera na porodi ni dom i otklonile nedoumice u pogledu primjene navedenih na ela, hrvatski zakonodavac je u novom Obiteljskom zakonu normirao: „Bra ni drug ne smije za trajanja braka otu iti ili opteretiti obiteljsku ku u ili stan koji predstavlja bra nu ste evinu a ujedno je i obiteljski dom u kojem stanuje drugi bra ni drug i njihova djeca nad kojom ostvaruju roditeljsku skrb, bez pisane suglasnosti drugoga bra nog druga s ovjerom potpisa kod javnog bilježnika“.<sup>64</sup> Na ovaj na in se za otu enje ili optere enje porodi nog doma zahtijeva izri ita saglasnost drugog bra nog partnera. Bitno je napomenuti da je zakonodavac u slu aju otu enja nekretnine koja predstavlja bra nu ste evinu ali nije i porodi ni dom dao prednost na elu povjerenja u zemljišnu knjigu. Naime, za vanredne poslove na nekretninama ili pokretninama koje se upisuju u javne upisnike me u kojima je navedeno i otu enje cijele stvari, zahtijeva se zajedni ko poduzimanje posla ili pisani pristanak drugoga bra nog partnera ovjeren od strane javnog bilježnika.<sup>65</sup> Nepostojanje saglasnosti za vanredne poslove ne uti e na prava i obveze poštene tre e osobe. Bra ni partner bez ije saglasnosti je izvanredni

---

<sup>63</sup> Odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske U-III-103/2008. Ustavni sud smatra da e se u svakom pojedina nom slu aju, uzimaju i u obzir osobite okolnosti svakoga konkretnog slu aja, valjanost pravnog posla morati procjenjivati ovisno o ponašanju, savjesnosti i dobroj vjeri svih sudionika odre enog pravnog odnosa, uklju uju i i bra nog druga koji (eventualno) nije bio sudionik tog odnosa.

<sup>64</sup> Ian 32 st 2. ObZ HR. U postupku za ocjenu saglasnosti s Ustavom Obiteljskog zakona Ustavni sud, pored ostalih, zatražio je stru no mišljenje od prof. dr. sc. Dubravke Hrabar, predstojnice Katedre za obiteljsko pravo, Pravnog fakulteta Sveu ilišta u Zagrebu. U obrazloženju i stru nom mišljenju pred Ustavnim sudom HR U-I-3101 se navodi da: „Prema predloženom rješenju bra ni drug ne smije otu iti ili opteretiti navedenu nekretninu bez pisane suglasnosti drugog bra nog druga s ovjerom potpisa kod javnog bilježnika. Iz navedene odredbe *argumentum a contrario* proizlazi da bi, unato navedenoj zabrani, bra ni drug mogao za vrijeme trajanja braka, npr. osnovati neku stvarnu ili li nu služnost na suvlasni kom dijelu predmetne nekretnine (primjerice: osnovati pravo plodouživanja u korist svojih roditelja, bra e, sestara), iznajmiti suvlasni ki dio predmetne nekretnine nekoj tre oj osobi, promijeniti mu namjenu (primjerice: dio stana prenamijeniti u uredski prostor). Na taj bi se na in izgubio smisao navedene odredbe, tj. cilj koji se njome htio posti i. Najve i nedostatak navedene odredbe je u tome što se njome zaštitita prava na stanovanje za vrijeme trajanja braka ili izvanbra ne zajednice roditelja ograni ava samo na one slu ajeve kad je obiteljski dom u sustavu bra ne ste evine. To pokazuje da predložena zaštita obiteljskog doma nije sveobuhvatno ure ena (zato što obiteljski dom ne predstavljaju samo nekretnine koje su u sustavu bra ne ste evine, ve i one koje su u vlasništvu samo jednog od (izvan)bra nih drugova) i da je diskriminatorna u odnosu na druge vlasni kopravne sustave. Samim time dovodi se u pitanje sukladnost takve odredbe s prvom odredbom prvog na ela Priloga uz Preporuku Vije a Europe br. (81) 15 o pravu bra nih drugova na korištenje obiteljskog doma, na koju se predlagatelj u obrazloženju prijedloga poziva“.

<sup>65</sup> Ian 37. st 2. ObZ HR.

posao poduzet ima pravo na naknadu štete koja mu je time uzrokovana od strane drugog bra nog partnera.<sup>66</sup>

U cilju zaštite neupisanog vlasnika bra ne ste evine u PZ FBiH potrebno je *de lege ferenda* normirati zabranu raspolaganja porodi nim domom bez saglasnosti drugog bra nog partnera, a što je u skladu i sa prvim na elom Preporuke Vije a Evrope br. (81) 15.

## 6. Zaključak

Donošenje novih zakona u oblasti gra anskog prava uticalo je na izmjenu imovinsko-pravnog režima bra nih partnera. Stavljanje bra nih partnera u položaj suvlasnika, bez normiranja *lex specialis* pravila koja se primjenjuju na njihove imovinske odnose, pokazuje svoje nedostatke u praksi. Na in savremenog života onemogu ava da se za svaki pravni posao, odnosno prilikom upravljanja nekretninom u kojoj stanuju bra ni partneri sa djecom, traži izri it pristanak drugog bra nog partnera. Iz tog razloga neophodno je u Porodi nom zakonu urediti odre ena pravila kao *lex specialis* koja se odnose na upravljanje bra nom ste evinom. Za poslove redovne uprave poput redovnog održavanja, iskorištavanja i upotrebe stvari za njenu redovitu svrhu, potrebno je normirati da se saglasnost drugog bra nog partnera podrazumijeva.

*De lege ferenda*, doma i zakonodavac treba da normira ustanovu porodi nog doma i njegovu zaštitu. Prilikom ure enja ovog instituta potrebno je obratiti pažnju na rješenja sadržana u Preporuci Vije a Evrope (81) 15 i normirati da porodi ni dom ne predstavlja samo porodi na ku a ili stan koji ine bra nu ste evinu, ve da porodi ni dom predstavlja porodi na ku a ili stan u kojem bra ni partneri ostvaruju zajednicu života bez obzira na vlasni ku strukturu. U slu aju raspolaganja porodi nim domom, a u cilju zaštite neupisanog bra nog partnera, potrebno je onemogu iti raspolaganje porodi nim domom bez saglasnosti drugog bra nog partnera. Obavezna saglasnost drugog bra nog partnera odre ena je i u prvoj odredbi prvog na ela Preporuke Vije a Evrope br. 81 (15) o pravu bra nih partnera na korištenje porodi nog doma i pravu na upotrebu stvari koje služe za potrebe ku anstva.

---

<sup>66</sup> član 37. st 3. ObZ HR.

Dr. Boris Krešić, Ph.D., Assistant Professor  
Law Faculty, Tuzla University

Melisa Čatić, Law Graduate  
Municipal Court in Tuzla, Land Registry

## **PROTECTION OF THE SPOUSE - UNREGISTERED OWNER OF MATRIMONIAL PROPERTY IN THE LAND REGISTER WITH A SPECIFIC REFERENCE TO FAMILY HOME**

**Summary:** Bringing the new laws in the field of civil law has affected the changes of the legal regulations of the real property regime for the spouses. Conferring the right to co-ownership on the spouses without a rule of *lex specialis* stipulating the regulations applied on their property relations has proved to cause shortcomings in practice. The modern life makes it practically impossible for every legal matter regarding the family law to be completed with the explicit consent of both spouses. This is why Family Law needs to include certain rules and regulations related to managing the marital property.

De lege ferenda country's legislator needs to regulate the institute of family law and its protection. Regarding the occupation of the family home, aimed at the protection of the spouse whose ownership was not registered, the disposition of the family home without the consent of the other spouse should be prohibited. In this manner, the harmonization would be made with the Recommendation of the Council of Europe No. R (81) 15 on the rights of spouses relating to the occupation of the family home and the household content.

**Keywords:** marital property, family home, land registry.

Dr. sc. Huseinspahić Ajdin, docent  
Pravni fakultet Univerziteta u Zenici

## **HISTORIJSKA I POZITIVNO-PРАВNA ULOGA NASLJEDNOG PRAVA U SLUŽBI SOCIJALNE ZAŠTITE PORODICE**

**Sažetak:** Proučavanje razvoja bilo kojeg pravnog instituta je nedostatno ukoliko se istom ne priđe s više strana i ne uzmu obzir svi kauzalitetški uticaji, koji su doprinijeli njegovom razvoju. Zbog toga se u radu koristi komparativno-pravna metoda, s fokusom na posebnu grupu nasljedno-pravnih odnosa – u ovom slučaju se štite potencijalno „ranjive“ kategorije lica (srodnika), i na aktueliziranje nasljedno-pravnih odredaba koje su u službi socijalne zaštite porodice. Odredbe o redovnom zakonskom nasljeđivanju su često bile korigovane potrebama ili limitiranim sposobnostima određenog kruga redovnih nasljednika, legitimiraju i njih istovremeno da se javaju u statusu nužnih nasljednika ili daju i im za pravo da njihovi redovni zakonski dijelovi budu uvećani usljed postojanja unaprijed predviđenih i specifičnih okolnosti, a na račun ostalih lica, bilo da su u pitanju redovni ili testamentalni zakonski nasljednici, odnosno treća lica.

**Ključne riječi:** nasljedno pravo, porodica, posebne okolnosti u nasljeđivanju.

### **1. Uvod**

Harmonični unutar-porodični i međuporodični odnosi su jedan od predušlova općeg funkcioniranja društvenih vrijednosti kao nužnosti u konstantnom procesu izgradnje i jačanja države. S tim u vezi, u ovom radu ćemo se fokusirati na dva ključna pitanja, i to: prvo, da li i u kojoj mjeri su nasljednopravni odnosi bili i ostali uzroci stabilizacije ili destabilizacije unutar-porodičnih i međuporodičnih odnosa i drugo, u kojoj mjeri su nasljedno-pravnim institutima bili štiti i ostali zaštićeni interesi lica (članova porodice) uključujući i zaštitu lica s posebnim potrebama. Posmatrano s današnjeg naučnog obzorja, u radu ćemo sagledati koliko postoje i propisi u oblasti nasljednog prava „vođeni od potreba“ o licima koja nemaju sredstava za život ili ista ne mogu ostvariti iz vlastite imovine, a nesposobni su za rad ili se ne mogu zaposliti. Shodno tome, nužnim se čini naglašavanje značaja i današnje uloge porodice s aspekta njene zaštitne funkcije; primarno u pogledu njene emotivne i ekonomske kao i svake druge podrške, a posebno s obzirom na lica koja su onemogućena da se samostalno brinu o svojim svakodnevnim obavezama i pravima. Stoga, ulogu porodice ne bi trebali svoditi isključivo na njen ekonomski aspekt posmatranja pošto bi u tom slučaju narušili njenu širu društvenu ulogu u općem funkcioniranju koherentnih odnosa među njenim članovima. Imaju i to u vidu, u radu smo se fokusirali na razmatranje

historijskog i pozitivno-pravnog aspekta modeliranja nasljedno-pravnih odnosa uz fokusiranje zaštitni ke i razvojne uloge porodice kao i nužnosti postojanja nasljedno-pravnih odredbi temeljem kojih bi bilo mogu ezaštiti interese nasljednika, odnosno lanova porodice i u onim situacijama u kojima to nije bio primarni interes ostavitelja.

## 2. Historijski zna aj razvoja nasljednog prava

S obzirom na mnogobrojne uloge koje proisti u iz razli itih pristupa shvatanja pojma i uloge porodice, možemo konstatovati da je porodica najzna ajniji faktor koji uti e na razvoj li nosti.<sup>1</sup> S obzirom da su njene uloge mnogobrojne te da su u zavisnosti od društveno-politi kih okolnosti kao i stepena ekonomskog razvoja društva jedna drugu smjenjivale, tako je i teoretsko shvatanje porodice variralo, dok je njen prakti ni zna aj ostajao jednako bitan u okviru bilo koje forme društveno-ekonomskog razvoja. Iako su njene historijske uloge bivale razli ite, porodicu je u svakom trenutku, i u bilo kojem obliku društveno-ekonomske formacije (robovlasništvo, feudalizam, socijalizam i razli iti oblici kapitalizma), karakterisala solidarnost me u njenim lanovima kao i prenošenje ste enih vrijednosti kroz odgojni proces na najmla e njene lanove.<sup>2</sup> S druge strane, ne smijemo zanemariti ni imovinsko osiguranje, odnosno ekonomsku stabilnost koju pokoljenjima, odnosno svojim lanovima naj eš e osiguravaju stariji lanovi porodice.<sup>3</sup> Pri tome, ekonomsko osiguranje

---

<sup>1</sup> Li nost je bitna karakteristika ovjeka kao ljudskog bi a po tome što ona pojedincu nije nešto naprosto dano (samim tim što je ro en kao ovjek) nego je izborna, oblikovana, proizašla iz smisleno-svrhovitog htijenja te stvarala ke djelatnosti koja je dosljedna sama sebi. Stoga pojedinac tek treba da postane li nost time što svoju naturalno-socijalnu odre enost djelatno-smisleno ukida, prevladava i humanizira. J. Mali , V. Muži , *Pedagogija*, Školska knjiga, Zagreb, 1983., 8-9.

<sup>2</sup> Mnogi pedagozi odgoj shvataju kao „proizvodno injenje, analogno zanatskoj proizvodnji nekog predmeta, odgajatelj sli i zanatliji, koji „djelatno teži ka odre enom cilju s pomo u odre enih sredstava i metoda“. Odgoj je povezan sa razvojem li nosti, a iz psihologije znamo da se razvoj odvija pod utjecajem sazrijevanja i u enja. Individualni aspekt odgoja odnosi se na razvoj svake li nosti u društvu. Pojave razvoja kod ovjeka specifi ne su i po tome što on svjesno utje e na svoj razvoj i na razvoj drugih ljudi. Ta se djelatnost naziva odgojem. H. Gudjons, *Pedagogija-temeljna znanja*, preveli: Ivan ehok, Željko Pavi i Duško Travar, Educa, Zagreb 1993., 150.; J. Mali , V. Muži , 8.

<sup>3</sup> Govore i o odre enju pojma porodice u l. 2 st. 1 Porodnog zakona FBiH- PZ FBiH („Službene novine FBiH“, broj: 35/05, 41/05 i 31/14.), a koji polazi od toga da je porodica životna zajednica roditelja i djece i drugih krvnih srodnika, srodnika po tazbini, usvojitelja i usvojenika i lica iz vanbra ne zajednice ako žive u zajedni kom doma instvu, prof. S. Bubi isti e da se istoj može uputiti nekoliko prigovora kao što su: nedovoljna preciznost i jasno a, pretjerano širenje pojma porodice, posebno navo enje usvojlaca i usvojenika ( ime isti bivaju isklju eni iz pojma „roditelji i djeca“), te proširenje pojma porodice na vanbra ne partnere, što navodi na zaklju ak da „po slovu zakona“ bra ni partneri nisu lanovi porodice, a što je pogrešno i neprihvatljivo. N. Tralji /S. Bubi , *Bra no pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2007., 14-15. S druge strane, u l. 6 st. 1 Zakona o zaštiti od nasilja u porodici FBiH („Službene novine FBiH“ br. 30/13) je navedeno da porodicu ine: bra ni i vanbra ni partneri i njihova djeca (zajedni ka ili iz ranijih zajednica), krvni srodnici i srodnici iz odnosa potpunog usvojenja u pravoj liniji bez ograni enja, a u pobo noj liniji zaklju no sa etvrtim stepenom; o uh, ma eha; usvojenik i usvojlac iz odnosa nepotpunog usvojenja; srodnici po tazbini zaklju no sa drugim stepenom,



naj eš e podrazumijeva obezbje ivanje minimalnih sredstava za život, a što je bilo garantovano nasljedno-pravnim institutima me u kojima je najvažniji institut nužnog naslje ivanja. Zapravo, prvobitna funkcija nasljedno-pravnih instituta je bila, ali i ostala, u službi zaštite imovinskih interesa porodice, odnosno odre enog kruga lica (supružnika, potomaka, predaka ili odre enih pobo nih srodnika itd.), agnata ili kognata, koji su predstavljali temelj opstanka ne samo porodice nego i cjelokupnog društveno-politi kog sistema, a što možemo pratiti kroz sve faze ekonomskog razvoja društva, po ev od robovlasništva do danas. S tim u vezi smatramo nužnim da u nastavku ukažemo na nastanke korijena nasljedno-pravnih instituta ija je svrha bila zaštita porodice/domusa u anti kom Rimu, uz napomenu da je razvoj nasljednog prava prošao dosta turbulentan period od tada pa sve do pada socijalisti kog pravnog sistema na europskom tlu.

Nasljedno-pravni instituti su bili pogodnim sredstvom za održavanje političke stabilnosti svih robovlasni kih društava, a najreprezentativniji primjer u tom pogledu je anti ko rimsko društvo. Naime, nasljedno pravo najstarijeg Rima, prema tvrdnji L. Margeti a, bez sumnje je jedan od najzamršenijih i najtežih problema rimske pravne historije.

Rimska porodica je imala mnogostruke funkcije, me u kojima je najzna ajnija njena politička funkcija.<sup>4</sup> Ona je prete a države u koj je održala oznake političke grupe na ijem je elu bio *pater familias* sa vlaš u sli nom imperiju rimskog magistrata. Porodi ni suverenitet jenajjasniji prilikom prou avanja karakteristi nog tipa vlasništva nad stvarima-*res mancipi*, dok naslje ivanje oca porodice nije predstavljalo ništa drugo nego li preuzimanje vlasti nad porodicom, a što je vršeno testamentom.<sup>5</sup> Kod zakonskog naslje ivanja, u po etnim etapma razvoja rimskog prava, poštovan je princip zaštite kolektiva, odnosno ostaviteljevih krvih potomaka i daljnjih ro aka, te su usljed toga i pravila naslje ivanja kod razli itih naroda bila utemeljena na razli itim principima.<sup>6</sup> Stoga, ne možemo konstatovati da su pravila naslje ivanja bila jedinstvena, nego šta više, ona su zbog svoje pravne prirode bila divergentna. Još je Zakonik XII plo a u anti kom Rimu predvi ao postojanje tri reda zakonskih nasljednika, i to: *sui heredes, proximus agnatus i gentiles*.<sup>7</sup> Na in na koji je koncipiran nasljedno-pravni sistem starog civilnog prava je u velikoj mjeri bio zavisian od razvoja porodi nih zajednica i oblika

---

staralac i štiti enik, hranilac i hranjenik, bivši bra ni i vanbra ni partneri i njihova djeca (zajedni ka ili iz ranijih zajednica) i njihovi roditelji, uklju uju i o uha i ma eh.

<sup>4</sup> M. Boras/L. Margeti , *Rimsko pravo*, Informator, Zagreb, 1986, 33.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> Ta pravila su mogla biti utemeljena na materinskom srodstvu ili na o inskom agnatskom srodstvu. Uz to mogao je biti primjenjivan princip potpune jednakosti svih potomaka ili princip primogeniture, odnosno kod nekih i princip ultimogeniture. M. Horvat, *Rimsko pravo*, Školska knjiga, Zagreb, 1974, 318.

<sup>7</sup> Table V. Inheritance and Guardianship, [http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Anglica/twelve\\_Johnson.html](http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Anglica/twelve_Johnson.html) (11.03.2016.).

vlasništva, a što je odgovaralo razvojnoj liniji od gensa preko agnatske zajednice do individualne agnatske porodice.<sup>8</sup> Stoga je smatrano da imovina treba ostati u okviru gensa i pripadati članovima te agnatske zajednice, a što je za posljedicu imalo eliminaciju svih onih lica koja bi dobijaju i nasljedni dio isti „odnosila“ drugoj agnatskoj zajednici slabe i koheziju i dignitet vlastitog gensa.<sup>9</sup> Uz zakonske nasljednike u anti kom Rimu su se dosta rano pojavili i testamentalni nasljednici, pa tako već u Zakoniku XII tabula možemo pronaći i odredbe koje u određenim slučajevima daju prednost testamentalnim naspram intestatnih nasljednika.

Gotovo cijeli period razvoja nasljedno-pravnih odnosa Rimljani su ljubomorno čuvali dignitet porodice i zajednice izdižu i na nasljedni pijedestal ona lica koja su doprinosila njenom razvoju, a time na posredan način i otkrivanju koherentnosti i prosperitetnosti državne zajednice. Tako su prvobitno favorizuju i, agnatsko srodstvo, kao autohtoni pravni institut antičkog Rima, Rimljani svjesno narušavali agnatsku vezu među članovima ne smatraju i njih dosljednim nasljedno-pravnog statusa ukoliko nisu istovremeno živjeli u porodici zajednici sa ostavitelem i doprinosili njenom razvoju.<sup>10</sup> U anti kom svijetu je inače bilo ukorijenjeno shvatanje da su članovi zajednice uključeni u obrede nakon smrti određenog lica bili usko povezani u svakodnevnom životu sa umrlim, posebno ako imamo u vidu da je sjećanje na mrtve bila moralna obaveza koja je padala na nasljednike umrlog i predstavljala izričitu zakonsku obavezu za tih lica.<sup>11</sup>

Po etkom klasičnog perioda razvoja rimskog prava kohezija porodice i zajednice je slabila, a pojedini ostavioci su sačinjavali testamente i u slučajevima kada je to bilo zabranjeno. Zapravo, testamenti su u ovim slučajevima izlazili iz prethodno navedenih okvira predviđenih prvim rimskim zakonikom. Ovakvi testamenti nisu proizvodili pravno-relevantne učinke ukoliko bi lica koja su

---

<sup>8</sup> „Rimljani preskaču u neke faze razvoja koje imaju drugi narodi.“ D. Stojčević, „Formiranje rane rimske države“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1966, 62.

<sup>9</sup> Kada se usljed napretka proizvodnih snaga takve agnatske široke zajednice (kojima npr. odgovaraju naše porodice i zadruge) raspadaju na inokosne porodice, koje već sa vlastitim manjim brojem članova (roditelji i djeca) mogu proizvoditi ono što im treba za opstanak, rodila se i ideja da se imovina sačuva potomcima u toj najužoj porodici (*sui heredes*). M. Horvat, 319. U naučnici možemo naići i na mišljenja da tako široke porodice i zajednice „predstavljaju prelazni stepen između matrijarhalne porodice, koja je proizašla iz grupnog braka i inokosne porodice modernog doba.“ D. Stojčević, „Gens, consortium, familiae“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1966, 51-58.

<sup>10</sup> Približavanje porodice i njen obrazac je vrlo teško zamisliti kada govorimo o anti kom svijetu, jer je produžavanje nuklearne porodice i veze i odnosa unutar nje postalo vrlo važno pitanje za drevne porodice i zajednice. Pored insistiranja na jačanju unutar-porodice i veza grčko-rimski svijet je veliku pažnju pridavao brizi za mrtve, njihovoj dostojnoj sahrani, podizanju spomenika te stalnog sjećanja na njih kroz razne rituale i festivale pričinjavane u čast mrtvih. S. Hin, „*Families and States. Citizenship and demography in the Greco-Roman world*“, MPIDR Working Paper WP 2010-005, January 2010, Max-Planck Institute for Demographic Research, Laboratory of Historical Demography, 5-6.

<sup>11</sup> *Ibid.*

mimo i ena istim pokrenula postupak njegovog poništenja zahtijevaju i da se shodno propisima starog civilnog prava sva imovinska dobra zadrže u okviru domusa bez obzira na odredbe testamenta.

Zna i, tek u onom trenutku kada je sloboda testamentalnog raspolaganja postala pravno-relevantna, te kada je tim raspolaganjem došlo do povrede imovinsko-pravnih interesa najbližih srodnika ostavitelja, odnosno kada je došla u pitanje održivosti domusa donesen je set pravnih propisa kojima je sloboda testamentalnog raspolaganja postepeno suzbijana, a sve u interesu zaštite ekonomskog statusa najbližih ostaviteljevih srodnika. Suština pojma nužnog naslje ivanja se sastojala u tome da je testator bio dužan odre enim kategorijama lica, odnosno najbližim ro acima osigurati odre eni, unaprijed propisan, obim materijalnih dobara iz zaostavštine, odre en kao nužni zakonski dio nasljedstva, odnosno *legitima portio*.<sup>12</sup> U suprotnom testamentalne odredbe su gubile pravno dejstvo u cilju zadovoljavanja zakonom odre enog nužnog nasljednog dijela.

Krajem republike u praksi centumvirskog suda je izgra eno tzv. materijalno nužno nasljedno pravo, kojim je precizirano da testator mora svoje najbliže ro ake imenovati nasljednicima na odre eni dio zaostavštine (tzv. nužni dio) ukoliko nije imao opravdanih razloga za njihovo iznaslje ivanje.<sup>13</sup> Ovaj pravosudni organ je postavio tzv. pravilo *testamentum inofficiosum*, a u kojem je bilo usvojeno shvatanje da je testament u kojem je neki najbliži ro ak bez opravdanog razloga mimo i en ili iznaslje en bez opravdanog razloga u suprotnosti sa prirodnim osje ajem dužnosti prema najbližoj rodbini, a što su kasnije usvojili kako pretori tako i kasniji zakonodavni organi. Ukoliko imovinski interesi ovih lica ne bi bili zadovoljeni oni su bili ovlaštteni da traže poništenje testamenta koriste i se posebnom tužbom *querella inofficiosi testamenti*.<sup>14</sup>

U posljednjoj fazi razvoja rimskog pravnog sistema Justinijan je materijalno nužno nasljedno pravo regulisao na novi na in pove avši nužni dio zakonskih nasljednika na jednu tre inu nužnog zakonskog dijela ukoliko bi njihov zakonski dio u konkretnom slu aju iznosio najviše jednu etvrtinu u

---

<sup>12</sup> Ovaj institut je poznat i kao *quarta falcidia*, a što je bilo povezano sa donošenjem *Lex Falcidia* od 40. god.pr.n.e. G. Mousourakis, *Fundamentals of Roman Private Law*, Springer Heidelberg New York Dordrecht London, 2012., 294.

<sup>13</sup> C. Spivack, „Why the Testamentary Doctrine of Undue Influence Should Be Abolished“, *Kansas Law Review*, Vol. 58, fn. 35, 250.

<sup>14</sup> J. Urbanik, „Dioskoros and the Law (on Succession):Lex Falcidia Revisited“, 129-130. [http://www2.wpia.uw.edu.pl/files//Urbanik/Urbanik%20Falcidia%20Dioskoros%20ost.pdf?short=\(11.01.2106\).](http://www2.wpia.uw.edu.pl/files//Urbanik/Urbanik%20Falcidia%20Dioskoros%20ost.pdf?short=(11.01.2106).)

„Budu i da su neki roditelji više puta svoju djecu bez razloga ili iznaslje ivali ili mimoilazili, uvedeno je na elo da djeca koja tvrde da su nepravi no iznaslje eni ili nepravi no mimo i eni mogu voditi spor povodom takvog testamenta koji je suprotan moralnim obavezama ostavioca, ukazuju i na to da oni koji su napravili ovakav testament nisu tada bili baš pri zdravoj pameti.“ Iustiniani, *Institutiones*, Liber secundus, XVIII.

odnosu na itavo naslije e, odnosno na jednu polovinu nužnog zakonskog dijela ukoliko bi njihov zakonski dio bio manji od jedne evrtine u odnosu na cjelokupnu zaostavštinu.<sup>15</sup> U ovoj fazi razvoja zaštite interesa nužnih nasljednika uz primjenu *querella inofficiosi testamenti*,<sup>16</sup> za koju je smatrano da urušava ugled ostavitelja, bila su uvedena dva nova instrumenta zaštite i to: *querella inofficiosae donationis*<sup>17</sup> i *querella inofficiosae dotis*,<sup>18</sup> a kojima je nužni nasljednik mogao pobijati darovanja, odnosno poklone kao i data mirazna dobra kojima je ostavitelj raspomagao još za života.<sup>19</sup> Naime, prezumirano je da je ostavitelj još za života inio poklone i miraze u ve o j mjeri, a sve da bi izbjegao odredbe o nužnom nasljednom dijelu najbližih srodnika, odnosno lica koja su po zakonu trebala biti spomenuta u testamentu. Zna i, novim carskim zakonodavstvom *querella inofficiosi testamenti* je mogla biti upotrijebljena samo u onim slu ajevima u kojima je nužni nasljednik bio potpuno isklju en iz nasljedstva. U suprotnom, ukoliko je nešto od dobara bilo ostavljeno nužnom nasljedniku, ali manje od njegove *debita portio*, nužni nasljednik je mogao tražiti od testamentalnih nasljednika samo nadopunu do visine nužnog dijela.<sup>20</sup>

Kada je rije o posebnim mjerama zaštite li nih i imovinskih prava i interesa lica koja su Rimljani „posebno pravno tretirali“, bilo da su u pitanju: nedorasli maloljetnici, žene, rasipnici, lica sa tjelesnim nedostacima ili pak stariji maloljetnici, rimsko pravo je izgradilo dvije vrste instituta imovinsko-pravne zaštite tih lica, i to: *tutela* (tutorstvo) i *cura* (starateljstvo).<sup>21</sup> Po evši od vremena vladavine cara Konstantina dolazi do približavanja pojmova *tutor* i *curator*, i s tim u vezi do izjedna avanja pojmova *auctoritatis tutoris* i *consensus curatoris*. Uostalom, svi maloljetnici ispod 25 godina stavljeni su pod kuratelnu tek u postklasi no doba, vjerojatno tek za vrijeme vladavine cara Justinijana.<sup>22</sup> Tako er, od vremena imperatora Konstantina u znatnoj je mjeri sužena tutorova i kuratorova ovlast raspolaganja stvarima št i enika.<sup>23</sup>

---

<sup>15</sup> The Novels, XVIII, Concerning The Legal Portions of The Third and Half of Estates; and of The Successions of Natural Children and Grandchildren; Chapter XVIII, Vidjeti: [http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Anglica/N18\\_Scott.htm](http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Anglica/N18_Scott.htm) (11.03.2016.).

<sup>16</sup> Nasljednici su esto za ostavitelja tvrdili da je bio lud, kada je u testamentu ostavio bar nešto povlaštenim nasljednicima. U tim slu ajevima nužni nasljednici su morali upotrijebiti tužbu *actio supplem legitimum* kojom su zahtijevali dopunu nužnog nasljednog dijela, uz ovlaštenje da traže opoziv poklona ili miraza ako je njima bio okrnjen nužni nasljedni dio. I. Puhan, *Rimsko pravo*, Nau na knjiga, Beograd, 1974., 386.

<sup>17</sup> Lat. *querella*-prigovor, tužba; *inofficiosus*-suprotan moralnoj dužnosti; *donatio*-darovanje. A. Romac, *Rje nik rimskog prava*, Informator, Zagreb. 1989., 293.

<sup>18</sup> Lat. *querella*-prigovor, tužba; *inofficiosus*-suprotan moralnoj dužnosti; *dotis*-miraz. *Ibid.*

<sup>19</sup> Za opoziv poklona je služila *actio inofficiosae donationis*, a za povratak miraza *actio inofficiosae dotis*.

I. Puhan, 386.

<sup>20</sup> M. Horvat, 331.

<sup>21</sup> A. Romac, *Izvori rimskog prava*, Informator-Zagreb, Zagreb 1973., 187-188.

<sup>22</sup> L. Margeti /M. Boras, 217.

<sup>23</sup> *Ibid.*

### 3. Uvažavanje posebnih okolnosti potencijalnih nasljednika u nasljednom pravu SFRJ

Na bazi modifikovanijih i ne tako rigidnih u enja o nasljednom pravu (kao što je to bio prvobitno slu aj u zemljama socijalisti kog bloka)<sup>24</sup> pravni sistem socijalisti ke Jugoslavije je odre enom krugu lica priznavao pravo na izdvajanje jednog dijela imovine iz zaostavštine umrlog, pod pretpostavkom ispunjenja odre enih uslova, a što je bilo razli ito regulisano republi kim i pokrajinskim zakonima o naslje ivanju.<sup>25</sup> Zbog zna aja i uloge koju je u izgradnji *de lege lata* nasljednog prava imao socijalisti ki pravni sistem u nastavku emo se osvrnuti na nasljedno-pravne institute bivših jugoslavenskih zemalja ukazuju i na njihova specifi na rješenje u cilju izgradnje sistema socijalne zaštiti porodice.

Po odredbama Zakona o naslje ivanju SR Srbije, SAP Kosova i SAP Vojvodine, ovo pravo na izdvajanje su imali svi potomci umrlog koji su živjeli u zajednici sa ostaviocem, bez obzira da li se oni u konkretnom sluaju javljaju kao nasljednici.<sup>26</sup> Zakoni o naslje ivanju SR BiH i SR Slovenije su predvi ali da ovo pravo imaju i usvojenici iz nepotpunog usvojenja, kao i njihovi potomci, jednako kao i potomci usvojioca.<sup>27</sup> Po Zakonu o naslje ivanju SR Crne Gore i Zakona o nasleduvenjato SR Makedonije pravo na izdvajanje je pripadalo svim licima koja su sa ostaviocem živjela u zajednici, a koja su mogla biti njegovi zakonski nasljednici, pod uslovom ispunjenja nužnih pretpostavki kako bi uop e stekli taj obligaciono-pravni zahtjev.<sup>28</sup>

U pogledu mogu nosti uvažavanja posebnih okolnosti zakonodavci svih republika i autonomnih pokrajina su predvi ali jedinstvenu mogu nost pove anja ili smanjenja nasljednog dijela bra nog druga, dok su razlike bile o igledne kada je bio u pitanju krug nasljednika na ra un ijih nasljednih dijelova je moglo do i do navedenog pove anja ili smanjenja nasljednog dijela.<sup>29</sup>

---

<sup>24</sup> K. Marks/F. Engels, *Manifest Komunisti ke partije*, <http://www.skoj.org.rs/pdf/1.pdf>(17.03.2016.).

<sup>25</sup> „Potomak koji je u estvovao u ostavinskom postupku može istaknuti zahtjev za izdvajanje dijela iz zaostavštine koji odgovara njegovom doprinosu u pove anju vrijednosti ostavio eve imovine i u posebnoj pamici nakon pravomo nog okon anja ostavinskog postupka.“ Vrhovni sud BiH, br. Rev-290/86, od 12.XII.1986. Bilten Vrhovnog Suda BiH, br. 1986/4, Novinsko-izdava ka organizacija Službeni list SRBiH, Sarajevo, 1986.

<sup>26</sup> B.T. Blagojevi , *Nasledno pravo u Jugoslaviji-prava republika i pokrajina*, Savremena administracija, Beograd, 1988., 11.; A. Silajdži , *Nasljedno pravo*, Univerzitet u Sarajevu, Sarajevo, 1964., 48.

<sup>27</sup> l. 35 Zakona o naslje ivanju SR BiH („Službeni list BiH“, br. 22 od 28.VII.1973. godine, br. 38 od 27.XII.1978. godine i br. 7 od 24.III.1980. godine) i l. 32 Zakona o dedovanju SRS („Uradni list SRS“, br. 15/76, 23/78).

<sup>28</sup> l. 32 Zakona o naslje ivanju SR CG („Službeni list SRCG“, br. 4/76 ispravljen u br. 10/76, 22/78)

i l. 35 Zakona o nasleduvenjato SRM („Služben vesnik na SR Makedonija“, br. 35/73, 27/78).

<sup>29</sup>D.Medi /H.Taji , 65. Bilten Vrhovnog Suda BiH, br. 1989/4, Novinsko-izdava ka organizacija Službeni list SRBiH, Sarajevo, 1989.

Tako je po odredbama Zakona o nasljeivanju u SR Srbiji, SR Sloveniji, SR Hrvatskoj i Zakona o nasleđivanju SR Makedonije pove anje nasljednog dijela bra i nog druga bilo mogu e isklju ivo ukoliko su na nasljedstvo sa bra i nim drugom konkurisali nasljednici drugog nasljednog reda,<sup>30</sup> dok je po zakonima o nasljeivanju u SR BiH, SR Crnoj Gori, SAP Kosova i SAP Vojvodine to bilo mogu e i u slu aju da su se sa bra i nim drugom u svojstvu sanasljednika javljaju i nasljednici prvog nasljednog reda.<sup>31</sup> Uo avamo da je u drugoj grupi zakonodavnih rješenja krug lica na iji teret je moglo do i do pove anja nasljednog dijela bra i nog druga bio nešto širi. Da bi došlo do pove anja nasljednog dijela bra i nog druga bilo je potrebno ispunjenje prethodnog uslova, odnosno da bra i ni drug nema nužnih sredstava za život, niti bi ih mogao imati ak i kada bi u svojstvu nasljednika dobio polovinu zaostavštine u drugom nasljednom redu ili adekvatan dio u prvom nasljednom redu.<sup>32</sup> Pri tome je na sudu bila obaveza da procijeni sve okolnosti konkretnog slu aja uzimaju i u obzir i injenicu da li e i ostali nasljednici smanjenjem nasljednog dijela zapasti u stanje ugroženosti.<sup>33</sup> Jedino Zakon o dedovanju SR Slovenije nije propisivao da e se prilikom odlu ivanja o pove anju nasljednog dijela bra i nog druga uzimati u obzir bilo kakvi prethodni uslovi na strani bra i nog druga, a u pogledu posjedovanja ili neposjedovanja nužnih sredstava za život.<sup>34</sup> Kako god je bilo mogu e pove anje nasljednog dijela bra i nog druga tako je bila propisana i mogu nost njegovog smanjenja,<sup>35</sup> i to isklju ivo u korist roditelja ostavioca, ali pod uslovima da je do smanjenja nasljednog dijela bra i nog druga došlo samo ukoliko je on konkurisao na naslje i e sa roditeljima ostavioca, te ukoliko je ispunjen prethodni uslov i to: da roditelji nemaju nužnih sredstava za život, te da tih nužnih sredstava ne bi imali dovoljno ni sa redovnim nasljednim dijelom koji bi im pripao.<sup>36</sup>

Kada je rije o izdvajanju po osnovu socijalne ili druge pomo i koju je ostavilac primao od društvene zajednice, Zakoni o nasljeivanju SR BiH, SR

---

<sup>30</sup> 1. 28 Zakona o nasljeivanju SRH („Narodne novine SRH“, br. 47/78), 1. 23 Zakona o nasleđivanju SRS („Službeni glasnik SRS“, br. 52/74, 1/80, 8/80), 1. 23 Zakona o dedovanju SRS, 1. 25 Zakona o nasleđivanju SRM.

<sup>31</sup> 1. 23 Zakona o nasljeivanju SR BiH, 1. 23 Zakona o nasljeivanju SR CG, 1. 24 Zakona o nasljeivanju SAPV („Službeni list SAP Vojvodine“, br. 8/75, 27/79), 1. 18 Zakona o nasljeivanju SAPK („Službeni list SAP Kosova“, br. 43/74, 47/78 i 26/79).

<sup>32</sup> Ovo u zavisnosti od republi kog, odnosno pokrajinskog zakonodavstva, ija su rješenja bila razli ita.

<sup>33</sup> Jedino je 1. 23 Zakona o nasljeivanju SR BiH i 1. 21 Zakona o nasljeivanju SR Crne Gore izri ito regulisao da e sud pri ovom odlu ivanju uzeti u obzir trajanje bra i ne zajednice.

<sup>34</sup> 1. Zakona o dedovanju SRS.

<sup>35</sup> „Do smanjenja dijela bra i nog druga, u smislu 1. 12 Zakona o nasljeivanju, može do i samo ako sa bra i nim drugom konkurišu sinovi i k eri ostavioca iz ranijih brakova, a ne i dalje potomstvo ostavioca, jer je ono izuzetak samo stipulisan u korist prvostepenih potomaka ostavioca iz njegovog ranijeg braka.“ Vrhovni sud Vojvodine, br. Gž-1806/71, D.Medi /H. Taji , *Nasljedno pravo u sudskoj praksi*, Privredna štampa, d.o.o., Sarajevo-Banjaluka, 2008., 52.

<sup>36</sup> 1. 24 Zakona o nasljeivanju SR BiH, 1. 24 Zakona o nasljeivanju SR CG, 1. 26 Zakona o nasleđivanju SRM, 1. 24 Zakona o dedovanju SRS, 1. 24 Zakona o nasleđivanju SRS, 1. 24 Zakona o nasljeivanju SAPV, 1. 18 Zakona o nasljeivanju SAPK.

Srbije, SAP Kosovo i Zakona o nasleđivanju SRM nisu sadržavali bilo kakve propise o provođenju ove ustavne odredbe. S druge strane, Zakon o nasleđivanju SR Slovenije je sadržavao odredbe shodno kojima je bilo obavezno vraćanje stvari, odnosno vrijednosti koju je ostavitelj primio na ime socijalne ili druge pomoći od strane društvene zajednice.<sup>37</sup> Zakonom o nasleđivanju SR Crne Gore je bilo predviđeno da se u ostvarivanju ustavne norme o mogućnosti ograničavanja nasleđivanja imovine lica koje je uživalo socijalnu ili drugu pomoć društvene zajednice, konstituisalo je pravo potraživanja u korist opštine koja je umrlom licu davala socijalnu ili drugu pomoć.<sup>38</sup>

Prilikom podjele zaostavštine zakonodavstvo bivših republika, odnosno pokrajina je nalagalo da predmeti doma instanci koji služe za zadovoljavanje svakodnevnih potreba budu izdvojeni u korist zakonom određenih lica, a to su bili braćni drug i ostavioevi potomci, pod uslovom da su ta lica u momentu ostavioeve smrti s njim živjela u istom domu instanci.<sup>39</sup> Prema odredbama Zakona o nasleđivanju SRM navedeno pravo je pripadalo svim licima koja su sa ostavioecom, u momentu njegove smrti, živjela u istom domu instanci, pri čemu su ta lica trebala imati status braćnog druga, srodnika, usvojenika ili usvojitelja, kao i određene kategorije lica koja su živjela u trajnoj zajednici sa ostavioecom, dakle, samo ona lica koja su se mogla, po zakonskom nasljednom redu javljati kao nasljednici ostavioeca *in concreto*.<sup>4041</sup>

U pogledu posebnih okolnosti koje su bile uvažavane u slučaju pojave lica kao nužnih nasljednika nasljedno pravo socijalističkih republika i pokrajina je propisivalo različite kriterijume. Najuzi krug lica koja su imala pravo na nužni dio je bio u SR BiH i SR Makedoniji, a obuhvatao je: ostaviteljeve potomke, njegove usvojenike i njihove potomke, roditelje ostavioeca kao i njegovu braću i sestre te ostavioevog braćnog druga.<sup>42</sup> Taj krug lica je bio širi u SR Srbiji, SR Crnoj Gori, SR Sloveniji te objema autonomnim pokrajinama, a obuhvatao je: ostaviteljeve potomke, njegove usvojenike i njihove potomke, roditelje ostavioeca

---

<sup>37</sup> Ovdje je bio predviđen i jedan izuzetak, i to u slučaju da se kao nasljednici javljaju njegov braćni drug ili njegova djeca, koja također imaju potrebu za socijalnom ili drugom pomoći društvene zajednice. U tom slučaju nije dolazilo do vraćanja stvari, odnosno vrijednosti koje je ostavilac prethodno primio. Vidjeti čl. 1. 129 Zakona o dedovanju SRS.

<sup>38</sup> čl. 1. 182 Zakona o nasleđivanju SR CG.

<sup>39</sup> čl. 1. 36 Zakona o nasleđivanju SR BiH, čl. 1. 33 Zakona o nasleđivanju SR CG, čl. 1. 36 Zakona o nasleđivanju SRM, čl. 1. 33 Zakona o dedovanju SRS, čl. 1. 33 Zakona o nasleđivanju SRS, čl. 1. 26 Zakona o nasleđivanju SAPK, čl. 1. 34 Zakona o nasleđivanju SAPV. B.T. Blagojević je mišljenja da se ovo pravo treba u svakom slučaju priznati i ostavioevom usvojeniku i njegovom potomstvu koji su sa ostavioecom živjeli u istom domu instanci, čak i za slučaj da ova lica ne budu imala pravo nasleđivanja, a što je izričito bilo propisano samo u čl. 1. 33 Zakona o dedovanju SR Slovenije.

<sup>40</sup> čl. 1. 35 st. 1 Zakona o nasleđivanju SRM.

<sup>41</sup> „Naknadno pronađeni nakit kojim testator nije raspolagao u svome testamentu, raspodjeljuje se prema pravilima Zakona o nasleđivanju. Pronađeni nakit ne može se smatrati stvarima pokupljenim.“ Okružni sud u Beogradu, Gž-4250/88, D.Medić/H.Tajić, 12.

<sup>42</sup> čl. 1. 28 st. 1 Zakona o nasleđivanju SR BiH, čl. 1. 28 st. 1 Zakona o nasleđivanju SRM.

kao i njegovu braću i sestre, ostavio evog braćunog druga i njegove djedove i babe.<sup>43</sup> Preuzimanjem saveznog Zakona o nasljeđivanju u SR Hrvatskoj je krug nužnih nasljednika bio najširi pošto su to pravo uz navedena lica imali i svi dalji ostaviteljevi preci.<sup>44</sup> Važno je napomenuti da su izmeđ u navedenih, nužnih nasljednika *in concreto* pravo na nužni dio imala samo ona lica koja se mogu javiti kao redovni zakonski nasljednici, tako da je sticanje svojstva nužnog nasljednika bilo uslovljeno mogućnošću u redovnog zakonskog nasljeđivanja.<sup>45</sup> Sticanje prava na nužni dio navedenih lica je moglo biti uslovljeno određenim subjektivnim ili objektivnim činjenicama. Tako su objektivne činjenice bile iscrpljivane u srodništvu, odnosno braćunom odnosu sa ostaviocem, a što je predstavljalo dovoljan razlog da se u konkretnom slučaju određena lica jave u ulogu nužnih nasljednika. Status nužnog nasljednika pored srodništva, odnosno braćune veze je mogao biti uslovljen i određenim subjektivnim činjenicama, koje su smatrane dopunskim uslovima da bi se određena lica uopće mogla javiti kao nužni nasljednici. Shodno tome, u pravnoj teoriji su definisana dva kriterijuma na temelju kojih je bio utvrđen ukupan krug lica koja su se u našem nasljedno-pravnom sistemu mogla javiti u statusu nužnih nasljednika.<sup>46</sup> Prvi je isto objektivni kriterijum, shodno kojem su izvjesna lica pravo na nužni dio sticala zahvaljujući i objektivnim okolnostima srođstva ili braćune veze sa ostaviocem. Krug ovih lica je u jugoslavenskom nasljedno-pravnom sistemu bio različito definisan, pa je tako u SR Srbiji, SR Hrvatskoj, SR Sloveniji, SR Crnoj Gori i objema pokrajinama objektivni kriterijum bio dovoljnim razlogom da se svi potomci ostavioca, njegovi usvojenici i njihovi potomci, roditelji ostavioca i njegov braćun drugi jave kao nužni nasljednici.<sup>47</sup> S druge strane, shodno zakonskim odredbama o nasljeđivanju SR BiH i SR Makedonije po objektivnom kriterijumu su nužno nasljeđivati mogla isključivo samo sljedeća lica: djeca ostavioca, njegovi usvojenici, i njegov braćun drugi.<sup>48</sup> Navedena lica pravo na nužni dio su sticala *ex lege* samo ako bi *in concreto* bila pozvana da naslijede redovni zakonski dio zaostavštine i ukoliko bi to mogli odnosno željeti. Drugi kriterijum je objektivno-subjektivnog karaktera i po njemu izvjesna lica pravo na nužni dio stiču u slučaju ako i samo ako pored ispunjenja objektivnog kriterijuma

---

<sup>43</sup> 1. 25 st. 1 Zakona o nasljeđivanju SRS, 1. 25 st. 1 Zakona o nasljeđivanju SR CG, 1. 25 st. 1 Zakona o dedovanju SRS, 1. 26 st. 1 Zakona o nasljeđivanju SAPV.

<sup>44</sup> 1. 30 st. 1 Zakona o nasljeđivanju SRH.

<sup>45</sup> Izuzetak od ovog su predstavljale odredbe 1. 20 st. 2 Zakona o nasljeđivanju SAP Kosova, gdje je bilo normirano da se lica koja su živjela u vanbraćunoj zajednici, ukoliko su ispunjeniodređeni uslovi, iako me usobno mogu biti u svojstvu redovnih zakonskih nasljednika ne mogu biti nužni nasljednici.

<sup>46</sup> B.T. Blagojević, 209.

<sup>47</sup> Prethodno smo naveli sve odredbe kojima je bilo regulisano navedeno pitanje, osim odredbi Zakona o nasljeđivanju SAP Kosova. Naime, pošto je temeljem 1. 25. a u vezi sa 1. 233 Zakona o nasljeđivanju SRS bilo predviđeno da se ovo pitanje jedinstveno primjenjuje na teritoriji cijele Republike, dakle i u objema pokrajinama, zakonodavne vlasti Kosova nisu donijele odnosnu odredbu, dok su zakonodavci u Vojvodini poštujui i navedenu odredbu republikog zakona u svoj Zakon o nasljeđivanju inkorporisali istovijetnu odredbu.

<sup>48</sup> Prema 1. 28 st. 1 Zakona o nasljeđivanju SR BiH to su mogli biti samo usvojenici iz potpunog usvojenja.



(srodstvo ili bra na veza), udovoljavaju i odre enim subjektivnim kriterijumima, podrazumijevaju i da su ta lica u mogu nosti da se pojave u svojstvu redovnog zakonskog nasljednika, te da žele naslijediti ostavioca.<sup>49</sup> Subjektivni uslovi, regulisani republikim i pokrajinskim zakonima, su podrazumijevali postojanje dopunskih uslova koji su se nadovezivali na injenice srodstva, odnosno bra ne veze. Subjektivni uslovi su dakle podrazumijevali posebne situacije koje su odnosnom licu (srodniku ili bra nom drugu) davale za pravo da se pojavi kao nužni nasljednik *in concreto*.<sup>50</sup> Vrste dopunsko-subjektivnog, ali vrlo bitnog uslova koji se trebao javiti na strani odre enih lica da bi ona bila nužni nasljednici, kao i krug lica kojima je bilo priznato pravo na nužni dio ako ispunjavaju taj dopunski uslov, bile su razli ito regulisane na pravno-partikularnom prostoru SFRJ.<sup>51</sup> Tako je u svim republikama i pokrajinama taj dopunski – subjektivni – uslov, sa izuzetkom SR Makedonije bio jednovrstan i jedinstveno odre en. Za posebno odre enu grupu lica u SR BiH, SR Srbiji, SR Crnoj Gori, SR Sloveniji, SR Hrvatskoj (gdje su važile odredbe saveznog Zakona o naslje ivanju) i objema pokrajinama (u kojima je po ovom pitanju, bilo primjenjivano zakonodasstvo SR Srbije) bilo je nužno postojanje dodatnog subjektivnog uslova iskazanog u trajnoj nesposobnosti za rad i nemanju nužnih sredstava za život, pri emu je zahtijevano kumulativno ispunjenje oba navedena stanja, a što je morao da utvrdi sud svojom odlukom u svakom konkretnom slu aju i posebno u odnosu na svakog od srodnika koji bi polagao pravo na nužni dio.<sup>52</sup> No, me utim, iako smo naveli da zakonodavci navedenih teritorijalnih jedinica u okviru SFRJ predvi aju jednovrtnost subjektivnih kumulativnih uslova, ipak oni nisu odre ivali iste grupe lica, odnosno istovrsne objektivne uslove.<sup>53</sup> U ranijem saveznom Zakonu o naslje ivanju, koji je važio na prostoru SR Hrvatske, navedenom subjektivnom uslovu su bili podložni ostavio evi preci, osim roditelja (za koje je važio isklju ivo objektivni kriterijum) te bra a i sestre ostavioca.<sup>54</sup> U SR Srbiji, SR Crnoj Gori i SR Sloveniji kao i objema pokrajinama kao nužni nasljednici po objektivno-subjektivnom kriterijumu su bili predvi eni ostavio eve dede i babe, te bra a i sestre ostavioca.<sup>55</sup> Na kraju, Zakonom o naslje ivanju SR BiH bilo je predvi eno da e se kao lica kod kojih e biti pravno-relevantno subjektivno

---

<sup>49</sup> M.Kre / . Pavi , 71-72.

<sup>50</sup> „Pravo nužnog nasljednika da traži smanjenje raspolaganja testamentom je li no pravo i ono se gasi smr u nužnog nasljednika i u slu ajukada je on poveo parnicu radi ostvarenje tog prava.“ Vrhovni sud Jugoslavije, br. Rev-1387/65, od 17.IX.1965. D.Medi /H.Taji , 119-120.

<sup>51</sup> B.T. Blagojevi , 210.

<sup>52</sup> 1. 28 st. 2 Zakona o naslje ivanju SR BiH, 1. 25 st. 2 Zakona o nasle ivanju SRS, 1. 25 st. 2 Zakona o naslje ivanju SR CG, 1. 25 st. 2 Zakona o dedovanju SRS, 1. 26 st. 2 Zakona o naslje ivanju SAPV, 1. 30 st. 2 Zakona o naslje ivanju SRH.

<sup>53</sup> Jasno je da bez odre ivanja objektivnog kriterijuma, navedeni subjektivni kriterijum nema svrhe, pošto ne postoji subjekt na kojeg bi se isti i odnosio.

<sup>54</sup> 1. 30 st. 2 Zakona o naslje ivanju SRH.

<sup>55</sup> 1. 25 st. 2 Zakona o nasle ivanju SRS, 1. 25 st. 2 Zakona o naslje ivanju SR CG, 1. 25 st. 2 Zakona o dedovanju SRS, 1. 26 st. 2 Zakona o naslje ivanju SAPV.

stanje nesposobnosti za rad i nemanja nužnih sredstava za život,<sup>56</sup> mo i pojaviti unuci i njihovi dalji potomci, potomci potpunog usvojenika, nepotpuni usvojenici i njihovi potomci, roditelji ostavioca te njegova bra a i sestre.<sup>57</sup> Ve smo naveli da je pravna situacija po pitanju objektivno-subjektivnih kriterijuma na strani nužnih nasljednika u SR Makedoniji bila specifi na, jer se odlikovala viševrснош u. Slijedom toga, jedna grupa lica je trebala udovoljiti specifi nim subjektivnim kriterijumima, koji pri tome nisu važili za drugu grupu lica koji su, udovaljavaju i posve drugim subjektivnim kriterijumima, sticali svojstvo nužnih nasljednika prema objektivno-subjektivnom kriterijumu.<sup>58</sup> Potomci ostavio eve djece kao i potomci ostavio evog usvojenika mogli su biti u poziciji nužnih nasljednika ako i samo ako su u momentu smrti ostavioca živjeli s njim u zajednici ili ako ih je on izdržavao.<sup>59</sup> S druge strane, ostavio evi roditelji kao i njegova bra a i sestre su bili kvalifikovani da se jave kao nužni nasljednici ako i samo ako su trajno nesposobni za rad i ako nisu imali nužnih sredstava za život, a što je sud procjenjivao u svakom konkretnom slu aju po pitanju svakog od lica koje bi isticalo zahtjev za nužni zakonski nasljedni dio.<sup>60</sup>

#### **4. Pozitivno-pravno ure enje i zaštita nasljedno-pravnog statusa odre enih lica**

Nasljedno pravo u BiH, koje je regulisano kroz tri Zakona o naslje ivanju,<sup>61</sup> predvi a posebnu zaštitu odre enih kategorija lica uz ekstenzivno propisivanje razloga i slu ajeva koji uzimaju u obzir njihove posebne potrebe, odnosno situacije u kojima se ista mogu na i. Da bi u nekom konkretnom slu aju moglo do i do naslje ivanja (bez obzira da li je rije o redovnim ili nužnim zakonskim nasljednicima ili nasljednicima na temelju testamenta ili ugovor o naslje ivanju) potrebno je da istovremeno budu ispunjene sljede e pretpostavke: smrt ostavitelja, postojanje nasljednika, postojanje zaostavštine, postojanje osnova pozivanja na naslje ie, te prijem i odricanje od naslje ia.<sup>62</sup>

---

<sup>56</sup> „Pomanjkanje nužnih sredstava za život u smislu 1. 30 ZN postoji onda kada je sam eventualni nužni nasljednik bez tih sredstava, a nije odlu no da li ih on dobija od drugih osoba pa makar i od onih koji su ga po zakonu dužni izdržavati. Za odlu enje o utvr ivanju prava na nužni dio nije od odlu ne važnosti injenica smrti eventualnog nužnog nasljednika prije dovršetka parnice jer ostavina umrle osobe prelazi na njene nasljednike po sili zakona u asu njene smrti.“ Vrhovni sud Hrvatske, br. Gž-2335/72 od 06.IX.1972. D.Medi /H.Taji , 72.

<sup>57</sup> Zaklju ujemo da je Zakon o naslje ivanju SR BiH obuhvatao najširi krug lica koja su se mogla pojaviti kao nužni nasljednici, ali tek nakon što ispune dodatni subjektivni uslov.

<sup>58</sup> *Ibid.*, 211.

<sup>59</sup> 1. 28 st. 2 Zakona o o nasleduvenjato SRM.

<sup>60</sup> 1. 28 st. 3 Zakona o o nasleduvenjato SRM.

<sup>61</sup> Zakon o naslje ivanju Federacije BiH, („Službene novine FBiH“, br. 80/14)

Zakon o naslje ivanju Republike Srpske, („Službeni glasnik RS“, br. 01/09, 55/09)

Zakon o naslje ivanju Br ko distrikta BiH, (preuzet Zakon o naslje ivanju SR BiH, pre iš eni tekst objavljen u „Službenom listu“, br. 7/80, 15/80).

<sup>62</sup> R. Mom ilovi /M. Živanovi , *Nasledno pravo*, Beograd-Banja Luka, 2000, 27.

Zakonodavci su usvajaju i zakone o naslje ivanju predvidjeli posebna pravila za odre ene kategorije nasljednika omogu avaju i da njihov nasljedni dio bude pove an na ra un drugih nasljednika, pa ak da naslijede i cjelokupnu zaostavštinu. Krug tih lica je dosta usko odre en i ograni en na djecu ostavitelja (podrazumijevaju i i usvojenike i vanbra nu djecu, ali ne i ostale potomke),<sup>63</sup> njegovog bra nog partnera (u FBiH i partnera iz vanbra ne zajednice) i ostaviteljeve roditelje. Pove anje nasljednog dijela nije mogu e na teret testamentalnih nasljednika ili nasljednika po bilo kojem drugom osnovu, osim zakona.<sup>64</sup>

U FBiH do pove anja nasljednog dijela djece ostavitelja (koja su pozvana na naslije e) može do i smanjenjem nasljednog dijela ostalih nasljednika prvog nasljednog reda, dok iz naro ito opravdanih razloga djeca mogu naslijediti i cjelokupnu zaostavštinu tako da e ostali nasljednici prvog nasljednog reda biti uskra eni za svoj nasljedni dio. Kada su djeca koja nemaju nužnih sredstava za život pozvana na naslije e, sud može na njihov zahtjev (ali ne i po službenoj dužnosti) odlu iti da naslijede i jedan dio onog dijela zaostavštine koji bi po zakonu trebalo da naslijede ostali nasljednici prvog nasljednog reda. U naro ito opravdanim slu ajevima sud može odlu iti da djeca naslijede i cjelokupnu zaostavštinu ukoliko je ona tako male vrijednosti da bi njenom podjelom djeca zapala u oskudicu, pri emu (u oba slu aja) sud ima obavezu da u obzir uzme sve okolnosti konkretnog slu aja, a naro ito imovinske prilike i sposobnost za privre ivanje svakog djeteta i bra nog partnera, trajanje bra ne zajednice, kao i vrijednost zaostavštine.<sup>65</sup> U R Srpskoj i BD BiH ukoliko su na naslije e pozvana djeca sa ostavi evim supružnikom, a koja pri tome nemaju nužnih sredstava za život, do pove anja njihovog nasljednog dijela (isklju ivo na njihov zahtjev) može do i na teret ostavio evog supružnika. Pored toga predvi eno je da sud može cjelokupnu zaostavštinu dosuditi djeci ukoliko je ona tako male vrijednosti da bi njenom podjelom djeca zapala u oskudicu.<sup>66</sup> Ako neko od djece nema nužnih sredstava za život može zahtijevati pove anje svog dijela kako prema supružniku tako i prema ostaloj ostavio evoj djeci, ali ne i prema ostalim potomcima.<sup>67</sup> Ovim stavom, u okviru istog lana, oba zakonodavca su krug nasljednika na iji teret može do i do pove anja nasljednog dijela djece koja nemaju nužnih sredstava za život, proširili samo na ostalu ostavio evu djecu. Vjerovatno je zakonodavac htio dati dovoljno

---

<sup>63</sup> Pošto je na elnim odredbama zakonodavac izjedna io odre ene kategorije lica vjerovatno je bespredmetnim držao optere ivanje zakonskog teksta ponavljanjem ve naprijed zauzetog na elnog stava o ravnopravnosti u naslje ivanju bra ne i vanbra ne djece, srodnika po krvi i srodnika po usvojenju, bra nih i vanbra nih partnera (samo u FBiH).

<sup>64</sup> „Pove anje nasljednog dijela bra nog druga u smislu odredbe iz lana 28. Zakona o naslje ivanju ima mjesta samo kad se bra ni drug poziva na naslije e sa nasljednicima drugog nasljednog reda, a ne i u sluaju kad je pozvan na naslije e sa testamentalnim nasljednicima, u kom sluaju bra ni drug može ostvarivati samo pravo na nužni dio. Vrhovni sud Srbije-Odeljenje u Prištini, br. Gž-327/1966. M. Kurdulija 67.

<sup>65</sup> 1. 24 ZN FBiH.

<sup>66</sup> 1. 23 st. 1 ZN R Srpske i 1. 21 st. 1 ZN BD BiH.

<sup>67</sup> 1. 23 st. 2 ZN R Srpske i 1. 21 st. 2 ZN BD BiH.

„pravnog prostora“ sudijama koji su pozivaju i se na prvi stav mogli opteretiti samo nasljedni dio supružnika/bra nog druga, dok su pozivaju i se na drugi stav mogli opteretiti i nasljedni dio ostale djece, ali ne i njihovih potomaka, tako da je mogu nost pove anja nasljednog dijela djece u ova dva zakona ograni ena na supružnika i djecu ostavitelja. U svakom slu aju sud ima obavezu da uzme u obzir sve okolnosti, a naro ito imovinske prilike i sposobnosti za privre ivanje svakog djeteta i supružnika, trajanje bra nezajednice, kao i vrijednost zaostavštine.<sup>68</sup> Iz navedenog proizlazi da je ova materija razli ito regulisana u našoj zemlji. Dok je prema ZN F BiH pove anje nasljednog dijela djece mogu e na teret svih nasljednika prvog nasljednog reda, dotle je po ZN R Srpske i ZN BD BiH, dopušteno da do pove anje nasljednog dijela do e isklju ivo na teret supružnika i djece.<sup>69</sup>

Kada je supružnik pozvan na naslije e sa nasljednicima prvog ili drugog nasljednog reda sud može, na zahtjev supružnika (nikada po službenoj dužnosti), odlu iti da supružnik naslijedi jedan dio od nasljednog dijela zaostavštine koji bi po zakonu trebalo da naslijede ostali nasljednici.<sup>70</sup> U ovom slu aju teret pove anja nasljednog dijela supružnika ili ak naslje ivanja cjelokupne zaostavštine od strane supružnika pada na sve nasljednike prvog ili drugog nasljednog reda, u emu su naša sva tri zakonodavca jedinstvena.<sup>71</sup> Ako je vrijednost zaostavštine tako mala da bi njenom podjelom supružnik zapao u oskudicu, sud može odlu iti da cijelu zaostavštinu naslijedi supružnik.<sup>72</sup> Uslov donošenja ovakve odluke ostavinskog suda je injenica da supružnik nema

---

<sup>68</sup> I. 23 ZN FBiH.

<sup>69</sup> Dok zakonodavac u FBiH u svim odredbama koje regulišu odnosno pitanje koristi množinu imenice „dijete“, upotrebljavaju i tako pojam „djece koja nemaju nužnih sredstava za život“, „djece koja bi zapala u oskudicu“, zakonodavci u R Srpskoj i BD BiH u prvom stavu (koji dopušta pove anje nasljednog dijela djece na teret supružnika/bra nog druga) koriste množinu imenice „dijete“, dok drugi stav (koji dopušta pove anje nasljednog dijela „nekog od djece“ na teret supružnika/bra nog druga i druge djece) po inje dosta nepreciznom terminologijom „Ako neko od djece...“, pri emu i tuma enja mogu biti razli ita.

<sup>70</sup> „Sud može na zahtjev bra nog druga odlu iti da mu se pove a nasljedni dio iz dijela zaostavštine koji bi pripao drugim nasljednicima ostavioca, ako bra ni drug nema nužnih sredstava za život a zaostavština je tako mala da bi njenom podjelom bra ni drug zapao u oskudicu. Nasljedno pravo drugih nasljednika može se, dakle, odlukom suda ograni iti zato da bra ni drug ostavioca, koji nema sredstava za život, ne zapadne u oskudicu podjelom zaostavštine male vrijednosti. U tome je opravdanje i prakti ni smisao lana 28. Zakona o naslje ivanju...“ Rješenje Vrhovnog suda Jugoslavije, br. Rev-3967/62, od 28.V.1963. godine. *Ibid.*, 71.

<sup>71</sup> I. 26 st. 1 ZN FBiH, I. 25 st. 1 ZN R Srpske i I. 23 st. 1 ZN BD BiH.

<sup>72</sup> „I kada je u pitanju mala vrijednost zaostavštine ostavio ev bra ni drug ne može zahtijevati da se njegov nasljedni dio pove a ili da naslijedi cijelu zaostavštinu ukoliko on nije bez nužnih sredstava za život.“ Okružni sud u Zrenjaninu, br. Gž-1381/94, od 27.XI.1996. godine. D. Medi /H. Taji , 70.

„Supruga ima pravo naslje ivanja na cjelokupnoj zaostavštini iza smrti svoga supruga, ako je predmetna zaostavština male vrijednosti, a imovinske i zdravstvene prilike u kojima se ona nalazi upu uju na to da bi podjelom zaostavštine tužilja došla u oskudicu.“ etvrti Opštinski sud u Beogradu, br. P-2528/99; Okružni su u Beogradu, br. Gž-6086/00 i Vrhovni sud Srbije, br. Rev-1291/01, od 23.III.2001. godine. *Ibid.*

nužnih sredstava za život,<sup>73</sup> pri emu e sud uzeti u obzir sve okolnosti konkretnog slu aja, a naro ito imovinske prilike i sposobnosti za privre ivanje supružnika, trajanje bra ne zajednice, imovinske prilike srodnika prema kojima je postavljen ovakav zahtjev i njihovu sposobnost za privre ivanje, kao i vrijednost zaostavštine.<sup>74</sup>

Kada su roditelji ostavitelja pozvani na naslije e zajedno sa ostaviteljevim supružnikom u drugom redovnom zakonskom nasljednom redu, sud može, na njihov zahtjev, (ne i po službenoj dužnosti) odlu iti da roditelji naslijede i jedan dio zaostavštine koji bi po zakonu trebalo da naslijedi supružnik. Uslov postavljanja ovog zahtijeva je da roditelji nemaju nužnih sredstava za život. Jednako kao i u prethodnim slu ajevima, sud može odlu iti i da roditelji naslijede cjelokupnu zaostavštinu, ako je ona tako male vrijednosti da bi njenom podjelom roditelji zapali u oskudicu. U navedenim slu ajevima do ravnomijernog pove anja nasljednog dijela oba roditelja ili ak preuzimanja cjelokupne zaostavštine dolazi na teret supružnika.<sup>75</sup> Prethodno navedno se odnosi na situaciju u kojoj su živa oba roditelja ostavio eva koji konkurišu na naslije e zajedno sa supružnikom. Me utim, ako se na naslije e pored supružnika poziva samo jedan roditelj vrlo je bitan razlog zbog kojeg se i drugi roditelj ne poziva na naslije e, jer e u zavisnosti od tog razloga i krug lica optere enih zahtijevom za pove anje nasljednog dijela roditelja (ili dosu ivanja cjelokupnog naslije a roditelju) biti uži ili širi, a na što uti e i karakter obaveze izdržavanja me u njima kao supružnicima. Ako je izme u roditelja zajednica života trajno prestala (ne smr u), a samo jedan od njih nema nužnih sredstava za život, taj roditelj ostavitelja može zahtijevati pove anje nasljednog dijela i to ne samo na teret supružnika, nego i na teret drugog roditelja ostavitelja.<sup>76</sup> Pored prvog slu aja u kojem je zajednica života me u ostaviteljevim roditeljima trajno prestala,<sup>77</sup> postoji i drugi slu aj. Naime, kada je jedan roditelj ostavitelja umro prije ostavitelja ostavljaju i svoje potomstvo (tj. ostaviteljevu bra u i sestre itd.), nadživjeli roditelj, koji nema nužnih sredstava za život, može zahtijevati pove anje svog nasljednog dijela i to kako u odnosu prema supružniku ostavitelja tako i prema nasljednicima umrlog roditelja ostavitelja, tj. njegovim

---

<sup>73</sup> „Odluka suda o uve anju nasljednog dijela supružnika ostavitelja zavisi od ocjene da li vlastitim radom ili iz naslije ene, odnosno druge imovine može podmiriti osnovne životne potrebe, ne uzimaju i u obzir eventualnu pomo od srodnika ili prava da zahtijeva zakonsko izdržavanje. Pove anje nasljednog dijela može se dosuditi samo na teret nasljednog dijela nekog od sunasljednika.“ Vrhovni sud BiH, br. Rev-156/89, od 27.II.1989.

<sup>74</sup> 1. 26 st. 2 ZN FBiH, 1. 25 st. 2 ZN R Srpske i 1. 23 st. 2 ZN BD BiH.

<sup>75</sup> 1. 27 st. 1 i 2 ZN FBiH, 1. 26 st. 1 ZN R Srpske i 1. 24 st. 1 ZN BD BiH.

<sup>76</sup> Ovo je u skladu sa odredbama porodi nih zakona u našoj zemlji o izdržavanju, a koji jedinstveno regulišu da e bra ni/vanbra ni partner imati pravo na izdržavanje ukoliko nema sredstava za život ili ih ne može obezbijediti iz vlastite imovine, a nesposoban je za rad ili ne ne može zaposliti. U navedenom slu aju supružnik može biti u situaciji da nema sredstava za život, pa ak i da je nesposoban za rad ili da se ne može zaposliti, ali istovremeno može postavljaju i prethodni zahtijev obezbijediti sredstva ime bi mogao pove ati vlastitu imovinu. 1. 224 PZ FBiH, 1. 241 PZ R Srpske, 1. 203 PZ BD BiH.

<sup>77</sup> 1. 27 st. 3 ZN FBiH, 1. 26 st. 2 ZN R Srpske i 1. 24 st. 2 ZN BD BiH.

potomcima koji prema principu predstavljanja dolaze na njegovo upražnjeno nasljedno mjesto.<sup>78</sup> Pri donošenju odluke, kao i u svim prethodnim slu ajevima, sud ima u obavezi da uzme u obzir sve okolnosti konkretnog slu aja, a naro ito imovinske prilike i sposobnost za privre ivanje roditelja, imovinske prilike bra nog partnera, odnosno nasljednika umrlog roditelja i njegovu sposobnost za privre ivanje i vrijednost zaostavštine.<sup>79</sup>

Pored navedenih slu ajeva zakonodavac je uvažio i posebne okolnosti usljed kojih odre en krug lica može tražiti zaštitu svog nužnog nasljednog dijela. Zapravo, nužno nasljedno pravo je skup nasljedno-pravnih odredbi kojima zakonodavac odre uje krug lica ovlaštenih da se pod zakonom odre enim uslovima jave kao posebna kategorija nasljednika sa ovlaštenjem pobijanja ostaviteljevih pravnih poslova *inter vivos* ili *mortis causa*, a kojima je povrije eno njihovo pravo na naslje ivanje minimalnog dijela zaostavštine. Svrha nužnog naslje ivanja je da najbliži srodnici i supružnik dobiju izvjestan dio zaostavštine, iako nisu navedeni u testamentu, niti je o zaštiti njihovih imovinskih interesa ostavilac vodio ra una. Pravo na nužni dio ovlašteni krug lica može ostvariti samo na zahtjev, a nikada po službenoj dužnosti.<sup>80</sup> Nužni nasljednik je univerzalni sukcesor i njegov pravni položaj u naslje ivanju je isti kao i svakog redovnog zakonskog ili testamentalnog nasljednika, što zna i da je njegovo pravo na nužni nasljedni dio zakonsko pravo, a što ima višestruki zna aj, jer se *in concreto* primjenjuju sva pravila koja važe za zakonske nasljednike.

U bosansko-hercegova kom pravnom sistemu nužni nasljednici su podijeljeni u dva nasljedna reda uz primjenu dva kriterijuma koja smo ve prethodno obrazložili.<sup>81</sup> Tako su zakonodavci u BiH regulisali da e po objektivnom kriterijumu, u svojstvu apsolutnih nužnih nasljednika, naslijediti: ostaviteljeva djeca, ostaviteljevi usvojenici (u FBiH samo usvojenici iz potpunog usvojenja) i ostaviteljev bra ni partner.<sup>82</sup> Navedena lica imaju pravo na jednu polovinu od redovnog nasljednog dijela koji bi im pripao da nije bio povrije en njihov nužni nasljedni dio.<sup>83</sup> U krug relativnih nužnih nasljednika, koji naslje uju po objektivno-subjektivnom kriterijumu (nemaju nužnih sredstava za život i trajno su nesposobni za rad)<sup>84</sup> ubrajamo: ostaviteljeve unuke i dalje

<sup>78</sup> 1. 27 st. 4 ZN FBiH, 1. 26 st. 3 ZN R Srpske i 1. 24 st. 3 ZN BD BiH.

<sup>79</sup> 1. 27 st. 5 ZN FBiH, 1. 26 st. 4 ZN R Srpske i 1. 24 st. 4 ZN BD BiH.

<sup>80</sup> Vidjeti: I. Babi , „Pravna priroda prava na nužni deo-glosa povodom rešenja ZON“, *Glasnik prava, zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu*, Novine u Zakonu o nasle ivanju Srbije iz 1995, Kragujevac, 1998.

<sup>81</sup> Vidjeti poglavlje 8.1.1. ovog rada.

<sup>82</sup> 1. 28 st. 1 ZN FBiH. Iako u konkretnom lanu federalni zakonodavac ne navodi vanbra nog partnera kao nužnog nasljednika mišljenja smo da je rije samo o propustu tehni ke prirode, pošto je temeljem 1. 9 st. 1 ZN FBiH postavljeno generalno pravilo da vanbra ni partner naslje uje na osnovu zakona te da je u pravu naslje ivanja izjedna en sa bra nim partnerom.

<sup>83</sup> 1. 29 st. 2 ZN FBiH, 1. 31 st. 1 ZN R Srpske i 1. 29 st. 2 ZN BD BiH.

<sup>84</sup> „Ovaj sud ne slaže se sa shvatanjem da bi se u sredstva za život, koja tužiteljica ima, morala ubrojiti i ona sredstva koja joj pružanju njena djeca u vršenju zakonske dužnosti izdržavanja.

potomke, ostaviteljeve usvojenike i njihove potomke, (u FBiH usvojenike iz nepotpunog usvojenja i njihove potomke), ostaviteljeve roditelje, te prvostepene potomke roditelja tj. bra u i sestre (bilo po ocu i majci ili samo po ocu (*consaguinei*) ili samo po majci (*uterini*)).<sup>85</sup> Krug relativnih nužnih nasljednika polaže pravo na jednu tre inu od redovnog zakonskoga nasljednog dijela, koji bi ta lica dobila da nije povrije en njihov nužni zakonski dio. Iako smo prethodno nužne nasljednike razvrstali po dva kriterijuma u dvije grupe, ipak te grupe ne možemo smatrati posebnim nasljednim redovima, jer bi u tom slu aju bila narušena zakonska odredba u kojoj je regulisano da e nužni nasljednici svoje pravo mo i ostvariti samo ako bi na naslijedstvo bili pozvani po pravilima redovnog zakonskog naslje ivanja.

## 5. Nasljedno-pravni status „invalidnih lica“ u BiH

Kada je rije o nasljedno-pravnom statusu lica s invaliditetom važno je naglasiti nekoliko injenica. Kao prvo, u teoriji je upitno samo ozna avanje navedenih lica kao „invalida“. Naime, odre eni nau nici smatraju da konsenzus oko jedinstvenoga i potpuno prikladnoga naziva za populaciju „lica s invaliditetom“ zapravo i ne postoji, a što je vrlo lahko utvrditi.<sup>86</sup> Kao što Mari navodi: „u svakodnevnom govoru obi nih ljudi, medijima, udrugama, lokalnim i državnim institucijama, ak i u službenim dokumentima i dalje se rabe vrlo razli iti izrazi, poput „invalidi“, „invalidne osobe“, „hendikepirane osobe“, „osobe s hendikepom“, „osobe s tjelesnim i duševnim ošte enjem“, „osobe s poteško ama u razvoju“, „osobe s posebnim potrebama“, „osobe sa smanjenom

---

Propis lana 30. stav 2. Zakona o naslje ivanju jasan je po svom sadržaju. Po njemu „ostali“ preci i bra a i sestre umrloga jesu nužni nasljednici, ako su trajno nesposobni za rad i nemaju nužnih sredstava za život. Sredstva za život moraju, prema tome, oni sami imati, da bi bili isklju eni od prava na nužni dio. Nisu u pitanju njihova sredstva, ako ih oni nemaju pa ih dobijaju od drugih osoba, makar one po zakonu bile dužne da ih izdržavaju. Ovako stoji po obi nom smislu rije i, premda bi se pozivom na pojam imovine moglo do i i do drugog shvatanja: da u imovinu nužnog nasljednika, koja daje sredstva za njegovo izdržavanje, spadaju i sva njegova imovinska prava, dakle i pravo na izdržavanje koje je, iako ne isto, ipak imovinsko pravo. Nema, me utim, razloga usvajati ovakvo tuma enje, kad rije i zakona o evidentno upu uju samo na „postoje a“ sredstva za izdržavanje, tj. ona kojima nužni nasljednik raspolaže kao svojom imovinom u bilo kojem obliku, pa bilo u ostvarivim odre enim tražbinama i drugim isto imovinskim pravima. Nije uobi ajeno, me utim, pravo na zakonsko izdržavanje ubrajati u sastav ne ije „imovine“. S obzirom na stanovište koje su zauzeli sudovi, nije raspravljeno da li postoje uslovi za priznanje tužiteljici prava na nužni dio ( lan 30. stav 3. Zakona o naslje ivanju) i u kom dijelu ( lan 31. stav 2, 13, 14. i 28. Zakona o naslje ivanju), pa je stoga trebalo donijeti rješenje kao u dispozitivu ( lanovi 379, 358. stav 1. Zakona o parni nom postupku).“ Rješenje Vrhovnog suda Hrvatske, br. Rev-476/58, od 20. XI.1958. godine. *Ibid.*

<sup>85</sup> 1. 28 st. 2 ZN FBiH, 1. 30 st. 2 ZN R Srpske i 1. 28 st. 2 ZN BD BiH.

Odstupanja po pitanju usvojenika postoje zbog specifi ne prirode nepotpunog usvojenja i mogu nositi ograni enja njegovog nasljedno-pravnog dejstva ugovorom o nepotpunom usvojenju regulisane 1. 21 ZN R Srpske i 1. 20 ZN BD BiH.

<sup>86</sup> „Mnogo je radova koji pokušavaju izna i najprihvatljiviji koncept, a onda i njegovu definiciju, no, ini se da takvo što još nije napravljeno.“ M. Marini, *Jesu li osobe sa invaliditetom „invalidi“? Pitanje konceptualne naravi ali i potreba izjedna avanja mogu nositi*, Vidjeti: <http://hrcak.srce.hr/file/35797> (16.03.2016.).

radnom sposobnošću“, „osobe s invaliditetom“ i mnogi drugi. Svakomu od navedenih naziva mogu se staviti i određeni prigovori. Primjerice, sam pojam „invalidi“, a koji je najčešće u uporabi, nosi u sebi vrlo negativnu konotaciju, odnosno izravno stavlja osobu koju se takvom naziva u podređeni položaj u odnosu na „normalnu“, uobičajenu, zdravu populaciju.“<sup>87</sup>

Bosna i Hercegovina je ratificirala Konvenciju o pravima osoba s invaliditetom (dalje: Konvencija) i Fakultativni protokol 12.03.2010. godine (bez rezervacija ili izjava), koja je stupila na snagu 11.04.2010. godine, tridesetog dana nakon deponiranja instrumenta o ratifikaciji.<sup>88</sup> Time se BiH obavezala na poduzimanje odgovarajućih i uinkovnih mjera u cilju osiguranja jednakih prava licima s invaliditetom da posjeduju ili nasljeđuju imovinu, da kontrolišu svoje financijske poslove i imaju jednak pristup bankovnim kreditima, hipotekama i drugim oblicima financijskog kreditiranja...<sup>89</sup> Ustavno avamo da Konvencija predviđeaobavezu države da osigura (što je veće i uinjeno u oblasti nasljednog prava) i jednakopravan status lica s invaliditetom koji se, između ostalog, javljaju u ulozi nasljednika. Uz to, u istom poglavlju, koje reguliše jednakost pred zakonom, države potpisnice potvrđuju da lica s invaliditetom imaju pravo na priznanje pravne i poslovne sposobnosti, odnosno da uživaju pravnu i poslovnu sposobnost ravnopravno s drugim osobama.<sup>90</sup>

U pogledu pozitivno-pravnih odredbi u oblasti nasljednog prava na području BiH naglasimo da ne postoji posebno terminološko određenje, odnosno navođenje kategorije „lica s invaliditetom“, a što nas upućuje na zaključak da zakonodavci ovu kategoriju nisu izdvajali u odnosu na ostala fizička lica samim tim što oni imaju neki „nedostatak“ bio on fizičke ili mentalne prirode. Time je udovoljeno i svrsi donošenja Konvencije.<sup>91</sup>

---

<sup>87</sup>*Ibid.*, 200.

<sup>88</sup>Inicijalni izvještaj Bosne i Hercegovine o provedenju Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima osoba sa invaliditetom po članu 35., stavu 1. Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom, maj, 2012. Vidjeti: [http://www.mhrr.gov.ba/Javni\\_poziv/INICIJALNI%20%20IZVJESTAJ%20BIH.pdf](http://www.mhrr.gov.ba/Javni_poziv/INICIJALNI%20%20IZVJESTAJ%20BIH.pdf) (17.03.2016.).

<sup>89</sup> 1. 12 st. 5 Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima osoba sa invaliditetom.

<sup>90</sup> Nužno je da se tim licima osigura potrebna pomoć za ostvarivanje njihove pravne i poslovne sposobnosti, te da u ostvarivanju pravne i poslovne sposobnosti budu predviđeni odgovarajući i djelotvorni mehanizmi zaštite koji sprečavaju zloupotrebu, u skladu s odredbama meunarodnog prava o ljudskim pravima. Ti mehanizmi zaštite imaju za cilj osiguranje da mjere koje se odnose na uživanje pravne i poslovne sposobnosti „uvažavaju“ prava, volju i sklonosti tog lica, da se isključe sukob interesa i zloupotreba uticaja, da su proporcionalne i prilagođene okolnostima u kojima se nalaze ta lica, kao i da se primjenjuju u najkraćem mogućem vremenu, te da podliježu redovnoj reviziji nadležnog, nezavisnog i nepristrasnog tijela vlasti ili sudskog tijela. Mehanizmi zaštite su proporcionalni stepenu u kojem takve mjere utiču na prava i interese osobe.

1. 12 st. 1-4 Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima osoba sa invaliditetom.

<sup>91</sup> Svrha ove Konvencije je unaprjeđenje, zaštita i osiguravanje punog i ravnopravnog uživanja svih ljudskih prava i osnovnih sloboda lica s invaliditetom, i unaprjeđenje poštivanja njihovog uobičajenog dostojanstva. 1. 1 st. 1 Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima osoba sa invaliditetom.



S druge strane, zakonodavci su zapravo uvažili posebne potrebe ove kategorije lica (ali i ne samo njih) predviđajući i odredbe, koje smo prethodno naveli, a kojima je osigurana zaštita nasljedno-pravnih interesa lica koja su u nemogući nosi da obezbijede dostatan sredstva za život svojim vlastitim radom, trudom i zalaganjem. U tom smislu posebno su značajne dvije grupe nasljedno-pravnih odredbi, i to: prva, koja se odnosi na mogućnost povećanja nasljednog dijela djece, roditelja i supružnika te druga, koja se odnosi na smanjenje raspolaganja *mortis causa* i vraćanje poklona u slučaju povrede nužnog nasljednog dijela potencijalnih nužnih nasljednika.

Kada je riječ o licima s invaliditetom najčešće i od prethodno navedenih razloga, na koji se mogu pozvati lica s invaliditetom, je nesposobnost za privremeno ili trajno izdržavanje, a što je u direktnoj zavisnosti od vrste i stepena invalidnosti dotičnog lica. Naravno, kada je riječ o nasljedno-pravnom aspektu zaštite navedenih lica, ovaj razlog se nadovezuje na razloge porodično-pravne prirode vezane za dosuđeno izdržavanje.<sup>92</sup> Zaključimo da je nesposobnost za rad uslovljena neposjedovanjem sredstava za život tako da se ona lica koja imaju sredstva za život ne mogu pozivati na razlog (trajne) nesposobnosti za rad. Nesposobnost za rad se javlja kao posljedica bolesti, tjelesnih nedostataka, invaliditeta, te s obzirom na uzrok nesposobnosti za rad ona može biti privremenog ili trajnog karaktera, potpuna ili djelomična.<sup>93</sup> Kao što ističe V.S. Baki nesposobnost za rad predstavlja posebno stanje fizičko ili psihičko zdravlje usljed kojeg dotično lice nije u stanju da obavlja posao ili djelatnost kojom bi se inače bavio ili nesposobnost da uopće obavlja bilo kakav posao. Nesposobnost za rad može prouzrokovati bolest, invaliditet ili starost, a na sudu je da u svakom konkretnom slučaju procjenjuje sve ove elemente kako bi o nesposobnosti za rad odlučio prema svim relevantnim parametrima sposobnosti za rad jednog fizičko lica.<sup>94</sup>

## 6. Zaključak

Sagledavajući i razvoj nasljednog prava kroz historiju te dovođenjem istog u vezu sa pozitivno-pravnim rješenjima ukazali smo na njegovo posebno mjesto u uređivanju društveno-političkog sistema i ekonomskog poretka bilo da govorimo o robovlasništvu, feudalizmu, socijalizmu ili raznim oblicima kapitalizma. Na taj način nasljedno-pravni instituti su uveliko uticali na jačanje unutar-porodičnih i međuporodičnih odnosa. Shodno tome, uloga nasljedno-

---

<sup>92</sup> Braćinski partner koji nema dovoljno sredstava za život ili ih ne može ostvariti iz vlastite imovine, a nesposoban je za rad ili se ne može zaposliti, ima pravo na izdržavanje od svog braćinskog partnera srazmjerno njegovim mogućnostima. 1. 224 Porodični zakon Federacije BiH-PZ FBiH („Službene novine FBiH“, br. 35/05, 41/05 i 31/14).

<sup>93</sup> Takođe i lice koje je samo privremeno nesposobno za rad, ima pravo na izdržavanje sve dok nesposobnost traje. N. Traljić /S. Bubić, 128.

<sup>94</sup> Nesposobnost za rad za posljedicu ima nezaposlenost koja je jedan od uslova za ostvarivanje prava na izdržavanje ili gore spominjanih nasljedno-pravnih interesa. V.S. Bakić, *Porodično pravo u SFRJ, treće izdanje*, Savremena administracija, Beograd, 1988, 158.

pravnih instituta ne smije biti svedena isključivo na puko prenošenje ekonomskih dobara ili jačanje imovinskog statusa određenog kruga lica, nego se njihova svrha ostvaruje i u smjeru jačanja unutarporodične lojalnosti i međusobnog uvažavanja i poštovanja, pa čak i izdržavanja članova porodice. Pri tome, nije važno da li su nasljednici invalidna lica ili ne, sve dok ne na ine kakvo djelo koji ih može udaljiti od statusa redovnog ili nužnog zakonskog nasljednika (npr. nedostojnost za nasljeđivanje, isključenje i lišenje nužnog nasljednog dijela).

---

Dr. sc. Huseinspahić Ajdin, Assistant Professor  
Faculty of Law, University of Zenica

### **THE HISTORIC AND POSITIVE-LEGAL ROLE OF INHERITANCE LAW IN THE SERVICE OF SOCIAL PROTECTION OF FAMILY**

**Summary:** Examining the development of any legal institute is insufficient if the same is not approached from several directions and does not take account of all the influences that have contributed to its development. Consequently, in this work we are using the comparative approach and by focusing on a specific group of inheritance relations that have the objective to protect potentially „vulnerable“ categories of persons (relatives) we are aiming the actualization of socio-economic aspects of inheritance law provisions serving families with all its functions, which were determined, but not limited, their character since the original community to this day. Thus, the provisions on regular legal inheritance have often been corrected based on needs or limited abilities of a certain circle of regular successor, legitimizing them at the same time to receive the status of necessary successor or giving them the right to increase their hereditary parts by means of pre-defined and specific circumstances, but at the expense of other persons, whether they are considered regular or testamentary legal heirs, or third persons.

**Keywords:** inheritance law, family, special circumstances in inheritance.

Dr Dušica Pala kovi , redovni profesor,  
Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu

## LIŠENJE POSLOVNE SPOSOBNOSTI I ME UNARODNI STANDARDI ZAŠTITE LICA SA MENTALNIM SMETNJAMA

**Sažetak:** Revolucionarno novi pristup pravima osoba sa invaliditetom, odnosno model ljudskih prava, polazi od autonomije volje, slobode izbora, nezavisnosti i ravnopravnosti ali prihvata i princip univerzalnosti poslovne sposobnosti. U radu su analizirani standardi koje u kontekstu ovakvog pristupa promovišu klju na me unarodna akta, pre svih Konvencija UN o pravima osoba sa invaliditetom i regulativa EU. Predmet pažnje su standardi koji su od posebne važnosti u oblasti materijalnog i procesnog prava, posebno u postupku u kome se utvr uju uslovi za lišenje poslovne sposobnosti. U odnosu na opšti princip jednakosti pred zakonom posebno su analizirani na ini kojima se omogu ava ovim licima realizacija poslovne sposobnosti, odnosno modeli potpomognutog odlu ivanja. Standardi ravnopravnosti, proporcionalnosti, participacije i informisanosti zna e i suštinski novi pristup poslovnoj sposobnosti lica sa invaliditetom i uslovljavaju potrebu izmene klasi nog modela zamenskog odlu ivanja, a praksa pokazuje brojnost i razli itost modela u nacionalnim pravnim sistemima i otvara problem adekvatnosti.

**Klju ne re i:** autonomija li nosti, univerzalnost poslovne sposobnosti, potpomognuto odlu ivanje

### 1. Uvodna razmatranja

Najviši nivo, ideal u odnosu na priznanje fundamentalnog principa autonomije ljudskih bi a je u priznanju autonomije osoba sa invaliditetom, pa i poslovne sposobnosti u skladu sa njenim prirodnim domašajem, odnosno obimom.<sup>1</sup> Ovakav stav svakako je, u najve oj meri, posledica injenice da su osobe sa invaliditetom, mentalnim, a re e i fizi kim, jedna od posebno osetljivih društvenih grupa, tzv. "društveno ranjive osobe" ("*socially vulnerable persons*"). Posledice mentalnih i psihosocijalnih nesposobnosti su brojne, a mogu biti svedene na veoma visok nivo stigmatizacije i diskriminacije, visok nivo psihi kog i seksualnog zlostavljanja (nasilja), brojne restriksije u odnosu na politika i građanska prava, otežano ili onemogeno participiranje u javnim poslovima, odnosno uklju ivanje u zajednicu, zatim da je ovim osobama otežan

---

<sup>1</sup> Mégret F., *Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?*, Human Rights Quarterly, Vol. 30, Vo 2 (May, 2008), str. 512., : [http://www.jstor.org/stable/20072851?seq=17#page\\_scan\\_tab\\_contents](http://www.jstor.org/stable/20072851?seq=17#page_scan_tab_contents), 08.03. 2016.

pristup zdravstvenoj i socijalnoj zaštiti, pristup obrazovnim institucijama, odbosno obrazovnom sistemu i td. <sup>2</sup> Od marginalizacije do eliminacije, to je relacija koja, kao legat prošlosti, ali i još uvek prisutna, ukazuje na fenomen "nevidljivosti" lica sa invaliditetom ("*invisibility*") koja se shvata kao "prirodna" i uslovljava dramati ne posledice u uživanju gra anskih i drugih ljudskih prava.<sup>3</sup> Pristup sa aspekta ljudskih prava, me utim, dramati no menja odnos prema razli itosti, od potcenjenih i obespravljenih, a vrlo esto i zlostavljanih, lica sa invaliditetom postaju kona no "vidljivi", dobijaju pravi an tretman.<sup>4</sup> Polazni stav u razmatranju ljudskih prava uopšte, pa i onih osoba sa mentalnim smetnjama, svakako je princip Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima sadržan u njenom l. 1, da su "sva ljudska bi a rodjena slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima".<sup>5</sup> Poseban zna aj, u kontekstu poslovne sposobnosti ima, svakako, njen l. 6. da "svako ima pravo da svuda bude priznat kao li nost pred zakonom". Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda<sup>6</sup> ne pominje izri ito autonomiju li nosti, slobodu li nog izbora i nezavisnost, ali ve Preambulom naglašava da se u njenom donošenju "ima u vidu" upravo Univerzalna deklaracija. Svetska zdravstvena organizacija (WHO), bave i se problemima ovih osoba, pored niza drugih mera, preporu uje i ja anje zaštite njihovih ljudskih prava generalno.<sup>7</sup> Ipak, "krovni" me unarodni dokument, "moralni kompas"<sup>8</sup> za promenu stava prema licima sa invaliditetom svakako je Konvencija UN o pravima osoba sa invaliditetom.<sup>9</sup> Osnovni princip Konvencije

<sup>2</sup> O tome videti M. Chan, *Mental Health and Development: Targeting People with Mental Health Conditions as a Vulnerable Group*, World Health Organization, dostupno na: [http://www.who.int/mental\\_health/policy/development/mh\\_devel\\_targeting\\_summary\\_2010\\_en.pdf](http://www.who.int/mental_health/policy/development/mh_devel_targeting_summary_2010_en.pdf), 01.03.2016.

<sup>3</sup> Quinn G., Th. Degener, *Human Rights and Disability, The current use and future potential of United Nations human rights instruments in the context of disability*, New York and Geneva, 2002, str.23, 24, (u daljem tekstu "Quin G., Degener Th., *Human Rights and Disability*"), dostupno na: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HRDisabilityen.pdf>, 04.03.2016.

<sup>4</sup> *Ibidem*, str. 26

<sup>5</sup> Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, usvojena od strane Generalne skupštine UN (A/RES/217, 10. decembar 1948, u Parizu, koja, ve u Preabmuli priznavanje uro enog dostojanstva i jednakim i neotu ivih prava svih lanova ljudske porodice prepoznaje kao temelj slobode, pravde i mira u svetu

<sup>6</sup> Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, od 4. novembra 1950, videti Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, "Sl. list SCG - Me unarodni ugovor", br. 9/2003, 5/2005, 7/2005 - ispravka i "Sl. glasnik RS - Me unarodni ugovori", br. 12/2010.

<sup>7</sup> Za mere integracije ovakvih osoba i razvoj kapaciteta za njihovu participaciju u društvo videti, npr., preporuke u World Health Organization (2010): *Mental Health and Development: Targeting People with Mental Health Conditions as a Vulnerable Group*, WHO Press, Geneva, dostupno na: [http://who.int/mental\\_health/policy/development/en/index.html](http://who.int/mental_health/policy/development/en/index.html), 01.03.2016.

<sup>8</sup> TenBroek J., *Rights of Persons with Disabilities: Toward a New International Politics of Disability*, Disability Law Symposium, April 17, 2009, Texas Journal on Civil Liberties & Civil Roghts, Vol. 15:1, . 34 41, : [http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/tfcl15&div=5&g\\_sent=1&collection=journals](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/tfcl15&div=5&g_sent=1&collection=journals), 08.03.2016, koji kao najvažniji, u ovom smislu, prepoznaje l.3.

<sup>9</sup> Vidi Zakon o potvr ivanju Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom, "S. glasnik RS - Me unarodni ugovori", br. 42/2009, od 02.06.2009. (u daljem tekstu "Konvencija").

je "puno i jednako uživanje svih ljudskih prava i osnovnih sloboda svim osobama sa invaliditetom", "unapređenje poštovanja njihovog urođenog ljudskog dostojanstva", "puno i efikasno uključivanje u društvo", "jednake mogućnosti", ali i priznanje poslovne sposobnosti.<sup>10</sup> Implementacija standarda Konvencije, pa i onih koji se tiču poslovne sposobnosti složen je proces i zahteva izmenu ukupnog pristupa pravima lica sa invaliditetom u okvirima materijalnog<sup>11</sup> i procesnog prava, ali, pre svega shvatanje njihove suštine i cilja, što, estio, podrazumeva i tumačenje.

## 2. Poslovna sposobnost prema Konvenciji o pravima lica sa invaliditetom

Značaj koji za lica sa invaliditetom ima "njihova individualna samostalnost i nezavisnost uključujući i slobodu izbora"<sup>12</sup>, ali i tzv. razumno prilagođavanje,<sup>13</sup> od nesumnjivog su značaja i u kontekstu 1. 12. Konvencije,<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> Videti 1. 1 st. 1, 1. 3(a,c,e) Konvencije. Konvencija, inače, koristi termin "*legal capacity*", koji je kod nas preveden kao "pravni kapacitet", što odgovara pojmu "pravna sposobnost". Prema Cambridge Dictionaries (Online), dostupno na:

<http://dictionary.cambridge.org/dictionary/business-english/legal-capacity>, 01.07.2015, "*legal capacity*" je pravo lica ("*person or company*") da donosi samostalno odluke, ima samostalnu odgovornost i tsl., a tako i Vikipedija, dostupno na:

[https://en.wikipedia.org/wiki/Capacity\\_%28law%29](https://en.wikipedia.org/wiki/Capacity_%28law%29), 01.07.2015.

<sup>11</sup> Interesantno, u ovom kontekstu je, npr., biračko pravo, koje prema Zakonu o izboru narodnih poslanika u Srbiji, "Sl. glasnik RS", br. 35/2000, 57/2003 - odluka USRS, 72/2003 - dr. zakon, 75/2003 - ispr. dr. zakon, 18&2004, 101/2005 - dr. zakon, 85/2005 - dr. zakon, 28/2011 - odluka USRS, 36&2011 i 104/2009, prema čl. 10, i pored ovih izmena i dopuna, i dalje imaju samo punoletna poslovno sposobna lica, dok se delimično poslovno sposobna ne pominju, a i prema sadašnjem stanju regulative teško je pretpostaviti da se odlukama o delimično lišenju nabrajaju sva prava koja ostaju "neokrnjena", pa i biračko. U Hrvatskoj je, međutim, na osnovu odluke o neustavnosti odredbe Zakona o izborima zastupnika u Hrvatski sabor kojom se licima koja su pravnom sudskom odlukom lišena poslovne sposobnosti biračko pravo oduzima, izmenjen ovaj propis 2015. godine, dostupno na:

[http://www.academia.edu/1163165/Advancing\\_legal\\_capacity\\_jurisprudence](http://www.academia.edu/1163165/Advancing_legal_capacity_jurisprudence), 10.03.2016.

<sup>12</sup> Videti Preambulu Konvencije (n)

<sup>13</sup> "Razumno prilagođavanje" prema Konvenciji je "neophodno i adekvatno modifikovanje i usklađivanje kojim se ne nameće nesrazmerno, odnosno nepotrebno opterećenje, tamo gde je to u konkretnom slučaju potrebno, kako bi se obezbedilo da osobe sa invaliditetom uživaju, odnosno ostvaruju ravnopravno sa drugima sva ljudska prava i osnovne slobode", 1. 2 Konvencije, "Definicije".

<sup>14</sup> Sam prevod pojma "*disabilities*" kao "invalidnost", odnosno "invaliditet" pokazuje se međutim neadekvatnim u svetlu ideja osnivača sociološkog modela u pristupu ovim osobama Michaela Olivera. Naime, postoji značajna razlika u značenju termina "*impairment*" i "*disability*". Prvi označava gubitak ili nedostatak neke od telesnih funkcija (organskih ili mehaničkih), a drugi upućuje na to da društvo diskriminiše, stavlja u nepovoljan položaj (odnosno šteti) ili isključuje osobe sa ovakvim gubicima ili nedostacima ne stvarajući prihvatljive, adekvatne uslove za njihovo prilagođavanje, odnosno ne preduzimaju i mere za olakšanje njihovog položaja, Oliver M., *Understanding Disability: From Theory to Practice*, Basingstone, UK, Macmillan, nav. prema: Anastasiou D, Kauffman J, *The Social Model of Disability: Dichotomy between Impairment and Disability*, Journal of Medicine and Philosophy, 2013, br. 38, str. 442, dostupno na:

[https://www.researchgate.net/profile/James\\_Kauffman/publication/249647375\\_The\\_Social\\_Model](https://www.researchgate.net/profile/James_Kauffman/publication/249647375_The_Social_Model)

koji je u teoriji i najviše osporavan i čija je primena zahtevati i najveće u meru opreza i promišljanja.<sup>15</sup> Naime, nezavisnost i (li)na autonomija ne znači samo da je lice sposobno, da može činiti sve samostalno, već da ima kontrolu nad sopstvenim životom i mogućnost da donosi odluke koje će drugi poštovati.<sup>16</sup> Dalje, Konvencija obavezuje države potpisnice da usvoje i preduzimaju mere kojima se uklanjaju barijere kojima se osobe sa invaliditetom sprečavaju da budu u potpunosti jednaki, ravnopravni članovi društva,<sup>17</sup> odnosno da moraju garantovati licima sa invaliditetom uživanje, na jednak način, svih meunarodno priznatih ljudskih prava.<sup>18</sup> Njome je, teorija to potvrđuje, usvojena razvijena, najsavremenija varijanta sociološkog modela - model ljudskih prava, prema kome su ove osobe nosioci prava i respektabilni članovi društva koji zbog psiholoških i društvenih stavova, odnosno barijera ne smeju biti isključeni ili stigmatizovani isključivo zbog svojih psihičkih ili mentalnih osobina.<sup>19</sup> Suštinski novi koncepti generalno se teško prihvaćaju odnosno nailaze na ozbiljne otpore, pa i kada je reč o novim pravnim rešenjima. Proces prihvatanja je stoga dugotrajan i često mukotrpan pa se najčešće mora ići postupno. Novi pristup pravima lica sa invaliditetom predstavlja civilizacijski pomak ukoliko se uzme u obzir činjenica da oko milijardu ljudi ima neke forme invaliditeta (oko 15% stanovništva), a da između 110 i 190 miliona stanovnika od 15 godina i starijih ima značajne teškoće u funkcionisanju.<sup>20 21</sup>

---

\_of\_Disability\_Dichotomy\_between\_Impairment\_and\_Disability/links/02e7e521b55fa0504d000000.pdf, 05.03.2016.

<sup>15</sup> Dinerstein, R.D., *Implementing Legal Capacity Under Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: The Difficult Road From Guardianship to Supported Decision-Making*, American University Washington College of Law, 2012, dostupno na: [digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1816&context=hrbrief](http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1816&context=hrbrief), 04.03.2016.

<sup>16</sup> Council of Europe, Commissioner for Human Rights, Human Rights and disability: Equal rights for all, Comm DH/Issue Paper (2008) 2, dostupno na: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1355349>, 04.03.2016.

<sup>17</sup> Legal capacity of persons with intellectual disabilities and persons with mental health problems, European Union Agency for Fundamental Rights, Reports - Equality, Luxembourg, 2013, str. 9 (u daljem tekstu "Legal capacity"), dostupno na: <http://fra.europa.eu/sites/default/files/legal-capacity-intellectual-disabilities-mental-healthproblems.pdf>

<sup>18</sup> *Ibidem*,

<sup>19</sup> Kanter A., *The Globalization of Disability Rights Law*, 30 Syracuse J. Int'l L.&Com.241 (2003), nav. prema Kanter A., *The Promise and Challenge of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Syracuse J.Int'l L.&Com, str. 291, dostupno na: <http://supporteddecisions.org/wp-content/uploads/2015/09/Kanter.-The-Promise-and-Challenge-of-CRPD.pdf>, 05.03.2016.

<sup>20</sup> Prema podacima WHO (World Health Organization), Media Centre, Disability and Health, December 2014, dostupno na: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs352/en/>, 06.03. 2016.

<sup>21</sup> Prema podacima Republičkog zavoda za socijalnu zaštitu SRBije u 2012. godini bilo je skoro 29 000 osoba lišenih poslovne sposobnosti, 20% više nego u 2011. Navodi se i da je u Izveštaju o napretku Srbije Evropske komisije (2014) prvi put ukazano na ovaj problem, dostupno na: <http://www.euractiv.rs/ljudska-prava/8564-alarmanтно-liavanje-poslovne-sposobnosti-u-srbiji,10.08.2015>.

Posle stupanja na snagu Konvencije u okviru organa UN prepoznata je veoma jasna veza izme u poslovne sposobnosti lica sa invaliditetom i priznanja ostalih fundamentalnih prava.<sup>22</sup> Pri tome, opšti je stav da Konvencija ne kreira nova prava za lica sa invaliditetom ve samo dopunjuje korpus ve priznatih gra anskih, politi kih, ekonomskih i socijalnih prava<sup>23</sup> fokusiraju i se na nediskriminišu i i jednak, ravnopravan tretman i dostupnost koja uklju uje i ponovnu procenu ve prihva enih pristupa i regulative u odnosu na osobe sa invaliditetom. <sup>24</sup> Stoga Konvencija ima zna aj dokumenta koji trasira put za dizajniranje politike i zakonodavstva u odnosu na sve situacije koje uklju uju osobe sa invaiditetom.

Polazna hipoteza Konvencije je reaffirmisanje osnovnog principa da su osobe sa invaliditetom jednako priznate u pravu, odnosno "pred zakonom" ("*equal recognition before law*", odnosno "*the right to recognition everywhere as persons before the law*").<sup>25</sup> Ovakvo, "pasivno" priznanje od strane zakona, odnosno prepoznavanje ovih lica kao pravnih subjekata od strane pavnog sistema, dopunjava stav drugi l. 12, sa aspekta poslovne sposobnosti i najzna ajniji, kojim se obavezuju države potpisnice Konvencije da priznaju pravo licima sa invaliditetom da "uživaju" svoju poslovnu sposobnost, ravnopravno sa drugima i u svim aspektima života, što zapravo zna i generalno priznanje poslovne sposobnosti osobama sa invaliditetom, odnosno da preduzimaju aktivnosti koje ona podrazumeva i sa posledicama koje im pravo priznaje.<sup>26</sup> Tako je, zapravo, stavom prvim l. 12. uspostavljena obaveza država potpisnica da sva lica sa invaliditetom priznaju kao **osobu**, kao subjekta u pravu, što je zapravo pravna sposobnost, odnosno pravni subjektivitet, koji je pretpostavka priznanja poslovne sposobnosti,<sup>27</sup> a stavom drugim da budu titulari prava i preduzimaju pravom priznate akte ("*to be both a holder of rights and an actor under the law*")<sup>28</sup>, što je poslovna sposobnost i to na jednakoj osnovi sa svima drugima.

---

<sup>22</sup> Tako je, npr., Specijalni Izvestilac za zabranu torture i zlostavljanja, konstatuje da je "potpuno respektovanje poslovne sposobnosti svakog lica prvi korak u prevenciji torture i zlostavljanja", odnosno da, u tom smislu, "nema razlike izme u lica sa ili bez invaliditeta", Report of the Special Rapporteur on torture and cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Méndey, (D) Persons with psychosocial disabilities, 4. Fully respecting each person's legal capacity is a first step in the prevention of torture and ill-treatment, par. 65, 66, Human Rights Council, 01. 02. 2013, dostupno na: [http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A.HRC.22.53\\_English.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A.HRC.22.53_English.pdf), 06.03.2016.

<sup>23</sup> Re je o konceptu ljudska prava "plus" ili "ljudska prava uz razlike", videti, Mégret F., nav. delo, str., 503-510.

<sup>24</sup> Mégret F., nav. delo, str., 503-510.

<sup>25</sup> Formulacija l. 12 st. 1 Konvencije

<sup>26</sup> Videti General comment on Article 12: Equal recognition before law, Draft prepared by the Committee, II Normative content of article 12, par. 11, 2014 (u daljem tekstu "General comment"), dostupno na:

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/DGCArticles12And9.aspx>, 06.03. 2016.

<sup>27</sup> General comment, par 10, 11.

<sup>28</sup> *Ibidem*, par. 11.

Imaju i u vidu da je Konvencija usvojena u bliskoj prošlosti, a posebno injenicu da nacionalni pravni sistemi, pa i država članica EU, još uvek normativno predviđaju niz restrikcija, odnosno zabrana ovim licima,<sup>29</sup> izme u ostalog da se sposobnost ovih lica "utvrđuje" na osnovu njihovih mentalnih, intelektualnih ili fizičkih (senzorskih) oštećenja, uz određivanje i staratelja u njihovom interesu, stav dva čl. 12. zapravo **jem i, garantuje** poslovnu sposobnost licima sa invaliditetom i primenjuje se ukoliko postoji bilo kakav konflikt u odnosu na njeno priznanje.<sup>30</sup>

Srž, vrsto jezgro koje određuje vrednost misije (koncepta) ljudskih prava četiri principa od posebne važnosti - dignitet (ljudsko dostojanstvo, dostojanstvo ljudske ličnosti), autonomija, jednakost i solidarnost, kako u generalnom pristupu ovom konceptu, tako i u kontekstu invaliditeta.<sup>31</sup> Konvencija, odredbom čl. 3, upravo insistira na urođenom dostojanstvu, nezavisnosti, odnosno autonomiji uključujući i pravo na lični izbor u donošenju odluka, jednakim mogućnostima, dostupnosti, zabrani diskriminacije kao i punom i efikasnom učestvovanju u društvu. Upravo polaze i od ovih načela Konvencije, čl. 12 st. 2, koji utvrđuje princip priznanja poslovne sposobnosti u najtešnjoj vezi sa nizom drugih članova Konvencije: čl. 4 st. 3, koji utvrđuje pravo participiranja ovih osoba i njihovih reprezentativnih organizacija u procesu donošenja i primene propisa i politika u vezi sa Konvencijom; zatim čl. 13 - koji garantuje pristup pravdi, odnosno dostupnost pravosuđu i nepravosudnih mehanizama; čl. 14 - koji se odnosi na pravo na ličnu slobodu i bezbednost; čl. 19 - o pravu na samostalan život i uključivanje u društvo (zajednicu), posebno pravo izbora gde i sa kim će lice sa invaliditetom živeti; čl. 23 - odlučivanje o braku, porodici, roditeljstvu i deci, odnosno zasnivanju porodice i porodičnim odnosima; čl. 24 - odlučivanje o opcijama u vezi obrazovanja; čl. 25 - odlučivanje o zaštiti zdravlja, odnosno lečenju; čl. 27 - odlučivanje u vezi zapošljavanja; čl. 29 - odlučivanje o učestvovanju u političkom i javnom životu i čl. 33 - odlučivanje u vezi participacije u monitoringu implementacije Konvencije.<sup>32</sup> Tako čl. 12, posebno njegov stav drugi, dobija značaj referentnog u interpretiranju ostalih članova,<sup>33</sup> pa, tako u svojim izveštajima o primeni Konvencije, Komitet za prava osoba sa invaliditetom konstatuje da ukoliko poslovna sposobnost nije priznata na nacionalnom nivou onda će se desiti da, npr., lice sa invaliditetom bude sterilisano bez informisanog

---

<sup>29</sup> Pregled nacionalne regulative u državama članicama EU videti, npr., u Legal Capacity, str. 27-30., kao i Gajin S., *Prava osoba sa mentalnim invaliditetom, Knj. I, Međunarodni i uporedni standardi*, Beograd, 2014, str. 65-93.

<sup>30</sup> Annual Report of the UN High Commissioner for Human Rights and Reports of the Office of the High Commissioner and the Secretary-General, Thematic Study of the Office of the UN High Commissioner for Human Rights on enhancing awareness and understanding of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 26.01.2009, par. 45, dostupno na: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/10session/A.HRC.10.48.pdf>, 07.03.2016.

<sup>31</sup> Quinn G., Degener Th., *Human Rights and Disability*, str. 14

<sup>32</sup> Legal capacity, str. 15

<sup>33</sup> *Ibidem*, str. 16



pristanaka ( 1.17), da se izborna prava osoba sa intelektualnim ili psiho-socijalnim smetnjama ograničavaju ako im je oduzeta poslovna sposobnost ( 1.29), da se pravo na formiranje porodice osporava osobama sa invaliditetom ukoliko nemaju poslovnu sposobnost ( 1.23), kao i da se isključe iz procesa donošenja odluka koje ih se neposredno tiče u ( 1.25).<sup>34</sup>

Uz to, činjenica da je bazni pristup Konvencije u odnosu na invaliditet da je pojedinac, ličnost, centar svih odluka koje se odnose na njega (ili nju) ima duboke implikacije na koncept poslovne sposobnosti ovih lica koji se prihvata u zakonodavstvu, kao i na praksu u primeni novih zakonskih rešenja.<sup>35</sup> Ukazuje se, takođe, da još uvek nema opšte saglasnosti čak ni u odnosu na termin koji bi opisao osobe sa intelektualnim invaliditetom i osobe sa mentalnim zdravstvenim problemima, a terminologija varira u jurisprudenciji, profesijama koje se bave problemima ovih osoba, kao i kod samih ovih osoba, ali je različita i od regiona do regiona.<sup>36</sup> Poteškoće čine i okolnost, priznata i par. (e) Preambule Konvencije, da je invaliditet koncept koji evoluira. Najznačajnija potvrda (r)evolucije je, svakako, prelaz od medicinskog prema sociološkom konceptu, kao i strogo individualni pristup svakom licu. Ipak, čini se da je već izvesno vreme, a to potvrđuju i međunarodni dokumenti organizacija koje se bave različitim aspektima invalidnosti, ali i teorijski radovi, postignuta na celina saglasnost u odnosu na već navedeni stav da je invaliditet predmet ljudskih prava ("*disability was a human rights issue*").<sup>37</sup>

<sup>34</sup> UN CRPD Committee (2012b), para. 35, 39, nav. prema Legal capacity, str. 16

<sup>35</sup> Quinn G., Degener Th., *Human Rights and Disability*, str. 14.

<sup>36</sup> Legal capacity, str. 10

<sup>37</sup> Tako, npr., World Report on Disability, World Health Organization, 2011, str. 9, dostupno na [http://www.who.int/disabilities/world\\_report/2011/report.pdf](http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/report.pdf), 05.03.2016, Recommendation Rec(2006)5 of the Committee of Ministers to member states on the Council of Europe Action Plan to promote the rights and full participation of people with disabilities in society: improving the quality of life of people with disabilities in Europe 2006-2015, usvojena od strane Ministarskog komiteta 5. aprila 2006, dostupno na : <http://www.easpd.eu/en/content/council-europe-action-plan>, 05.03.2016; Recommendation CM/Rec(2013)2 of the Committee of Ministers to member States on ensuring full inclusion of children and young people with disabilities into society, usvojena od strane Ministarskog komiteta 16. oktobra 2013, dostupno na: <https://www.awiph.be/youthinclusion/fichiers/Recommandations-en.pdf>, 05.03.2016; Th. Degener, G. Quinn, A Survey of International, Comparative and Regional Disability Law Reform, Disability Rights Education & Defense Fund, dostupno na: [http://dredf.org/international/degener\\_quinn.html](http://dredf.org/international/degener_quinn.html), 05.03.2016; Oznaka meunarodnog prava ljudskih prava u kontekstu mentalnog zdravlja, u smislu kontrolne funkcije i davanja legitimiteta istraživanjima i novoj politici i praksi pristupa mentalnom zdravlju u nacionalnim pravnim sistemima (stoga što politika, programi i praksa u vezi mentalnog zdravlja mogu vreći ljudiška prava, što politički interesi mogu voditi arbitrarnosti, diskriminaciji ili izostanku garancija fer postupanja, odnosno stoga što je priznanje ljudskih prava značajno u kontekstu mentalnog zdravlja kao brana nepravdi i obezbeđenja sigurnosti), ali i kao načina da se onemogući uticaj svakodnevne politike u osnovnu zaštitu prava koja je garantovana, Gostin L., Gable L., *The Human Rights of Persons with Mental Disabilities: A Global Perspective on the Application of Human Rights Principles to Mental Health*, Georgetown Law, Faculty Publication, January 2010; Mariland Law Review, Vol 63, 2004, str. 21, 27, dostupno na: [scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?articles=1088&context=facpub](http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?articles=1088&context=facpub), 08.03.2016.

(R)evolucionarno novi pristup invaliditetu iz Konvencije posledica je razlikovanja pojmova poslovna sposobnost i mentalni kapacitet, odnosno mentalne mogu nosti. Za razliku od poslovne sposobnosti, kao sposobnosti da se imaju, odnosno da se bude nosilac prava i obaveze ("*legal standing*") i da se vrše ("*legal agency*"), što je ključna participacije u društvu, mentalni kapacitet, ili mentalna sposobnost, podrazumeva sposobnost da se donose odluke, ona po prirodi stvari nije ista kod svih, varira od osobe do osobe, a zavisi od brojnih faktora, uključujući i one koji se odnose na sredinu u kojoj lica žive i društvene okolnosti.<sup>38</sup> Najvažniji princip Konvencije, u kontekstu ovog razlikovanja, svakako je da, u skladu sa čl. 12, opaženi ili postoje i nedostaci, deficiti mentalnog kapaciteta, ne moraju biti (iskorišteni kao) razlog, odnosno osnov za lišenje poslovne sposobnosti, naročito ne potpuno.<sup>39</sup>

### 3. Pomoć i podrška u ostvarenju poslovne sposobnosti

Model invaliditeta zasnovan na ljudskim pravima, koji promoviše Konvencija, pored opštih, navedenih rešenja iz čl. 12. st 1,2, razvijen je posebno u odredbama daljih, stavova tri i četiri. Suštinu čini obaveza država članica da usvoje prikladne mere kojima se licima sa invaliditetom obezbeđuje pristup podršci u ostvarenju poslovne sposobnosti. Opšti komentar br. 1 Komiteta za prava osoba sa invaliditetom, koji se odnosi na čl. 12. Konvencije, upozorava na moguću nerazumevanje da model invaliditeta zasnovan na ljudskim pravima podrazumeva napuštanje modela odlučivanja umesto osobe sa invaliditetom (zamensko odlučivanje) i prelazak na model podrške u donošenju odluka (potpomognuto odlučivanje).<sup>40</sup> Takođe, cilj odredbe čl. 12. st. 3 je i napuštanje paradigme "najboljeg interesa ovih osoba", odnosno modela u kome neko drugi odlučuje o tome šta je u njihovom najboljem interesu i prelazak na "najbolje tumačenje volje i sklonosti" ovih lica.<sup>41</sup> Konvencija se, svakako, ne bavi na način na koji države članice obezbediti ovu podršku, odnosno pomoć, ali se, pregledom Opšteg komentara mogu prepoznati kriterijumi koje svaki od usvojenih modela potpomognutog odlučivanja treba da zadovolji. Tako, ova vrsta odlučivanja mora:

- biti svim licima dostupna;
- zasnovana na volji i sklonostima lica, a ne na onome što neko drugi smatra da je u njegovom najboljem interesu;
- na način na koji ovo lice komunicira sa okolinom, čak i kada je neuobičajen (pa i ako ga razume samo nekoliko ljudi), ne sme biti prepreka pristupu ovoj vrsti odlučivanja;

---

<sup>38</sup> General comment, par. 12

<sup>39</sup> General comment, par. 12

<sup>40</sup> Videti General Comment, para. 16-22; Videti i Kora Grahovac A., Čulo A., *Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom - novi pristup shvatanju prava osoba sa duševnim smetnjama*, Zbornik PF u Zagrebu, 61 (1), 2011, str. 76.

<sup>41</sup> Videti u Gajin S., nav. delo, str. 25.

- lice koje pruža podršku (jedno ili više njih), i kada ga je odabrala osoba sa invaliditetom, mora biti priznato u pravu, obezbeđena kontrola onih koji pružaju pomoć i podršku u smislu da treći mora u konkretnim situacijama potvrditi njihov identitet i da može osporiti njihovo postupanje;
- na ini podrške su različiti (formalni i neformalni), a različiti su i intenziteti, uključujući i uzajamnu podršku, zastupanje i podršku samozastupanju ili isključivo pomoć u komunikaciji, kao i mogućnost planiranja (podrške) unapred;
- država mora da obezbedi mogućnost i dostupnost korišćenja različitih načina podrške i to po simboličnoj ceni ili besplatno, odnosno da nedostatak sredstava nije prepreka realizaciji;
- lice sa invaliditetom mora imati pravo da odbije podršku, da okonča ili izmeni odnos sa onim ko mu pruža podršku u odlučivanju;
- moraju se obezbediti garancije u svim postupcima koji se odnose na poslovnu sposobnost i podršku u njenom ostvarenju, i
- da pružanje podrške u ostvarenju poslovne sposobnosti ne zavisi od procene mentalne sposobnosti i da se usvoje novi, nediskriminatorni pokazatelji potrebe za podrškom u ostvarivanju poslovne sposobnosti.

I Evropski forum o invaliditetu<sup>42</sup> usvojio je niz preporuka koje se neposredno odnose na primenu standarda potpomognutog odlučivanja, odnosno na obaveze država u njegovoj primeni. Najvažniji su, svakako: neophodnost zamene starateljstva i sličnih modela potpomognutim odlučivanjem tako što se ukinuti zakoni kojima je dozvoljeno da se uskrati (potpuno oduzme) poslovna sposobnost licima sa invaliditetom; razvijanje sistema potpomognutog odlučivanja pravnim regulisanjem najbitnijih oblasti života osoba sa invaliditetom (proces mora biti podvrgnut kontroli, treba podržavati razvijanje neformalnih mreža, treba obezbediti finansijsku podršku, a ceo proces treba da nadgledaju nezavisne institucije koje se bave ljudskim pravima); uspostavljanje registara lica koja pružaju pomoć u odlučivanju i kriterijuma za njihov odabir, da ova lica moraju biti obuhvaćena, redovno podvrgavana proveri, a sukobe interesa lica sa invaliditetom i pružalaca pomoći treba rešavati oslanjajući se na nezavisne mehanizme kojima se sprečavaju zloupotrebe, a koji su lako dostupni licima sa invaliditetom; nivo zaštite zavisi od potrebe lica sa invaliditetom za pružanjem pomoći, a osnovni mehanizmi zaštite moraju biti dostupni kako bi se sprečile zloupotrebe.<sup>43</sup> Takođe, Centar za zastupanje osoba sa mentalnim smetnjama usvojio je preporuke u ovom smislu, od koji se kao dopuna prethodnih mogu

---

<sup>42</sup> Equal Recognition before the law and equal capacity to act: understanding and implementing Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, European Disability Forum, 2009, (u daljem tekstu "EDF Report") dostupno na: [https://www.google.rs/search?q=equal+recognition+before+the+law+european+disability+forum+2009&ie=utf-8&oe=utf-8&gws\\_rd=cr&ei=\\_gixVtmlGoS3sQGg7IWgDg,](https://www.google.rs/search?q=equal+recognition+before+the+law+european+disability+forum+2009&ie=utf-8&oe=utf-8&gws_rd=cr&ei=_gixVtmlGoS3sQGg7IWgDg,) 10.03.2016.

<sup>43</sup> EDF Report, 6-11.

izdvojiti: da se mora obezbediti mogućnost za osporavanje ili izmenu izražana pružanja pomoći, da se potpomognuto odlučivanje zasniva na odnosu poverenja, da se moraju precizno pravno regulisati uloge pružaoca usluga pomoći kao i priznanje ove uloge od strane trećih lica kao i priznanja same potpomognute odluke.<sup>44</sup>

Svakako da se problem asistiranog donošenja odluka mora odvojeno razmatrati u odnosu na klasično zastupanje (starateljstvo), koje bi, prema našem mišljenju moralo opstati u odnosu na slučajevne potpuno lišenja koji bi, opet, bili izuzetak, a ne pravilo, i samo u slučajevima kada ni pomoć i podrška trećih nije dovoljna da lice izrazi svoju volju, zahteve, želje, odnosno da donosi odluke. Takvih slučajeva ima, i bi ih, i u odnosu na njihov princip Konvencije o periodičnom preispitivanju odluke o lišenju dobija na još veću važnost. Principi potpomognutog odlučivanja otvaraju upravo to posebno važno pitanje, da li se ono uopšte može uklopiti u reformu sistema starateljstva koji opstaje još uvek u nizu država, te da li je i brojano i profesionalno - stručno jačanje timova stručnjaka, posebno psihologa u organima starateljstva dovoljno za potporu u ovom smislu.<sup>45</sup> Uloga ličnog asistenta u realizaciji prava na participaciju pretpostavlja i pravo na informisanje o nizu pitanja - problemu o kome treba da se odlučiti i posledicama odluke, o alternativama za odlučivanje, ali se odnosi na "približavanje" problema, njegovo "svetlo" objašnjenjima na neophodan nivo sposobnosti lica sa invaliditetom, kao i tumačenje potreba i želja lica sa invaliditetom. Dakle, reč je o izuzetno složenoj ulozi koja podrazumeva specijalnu edukaciju, sposobnosti i veštine. To se odnosi kako na socijalne radnike tako i na policiju i zaposlene u službama koje pružaju hitnu pomoć kako bi prepoznali lica sa invaliditetom kao ravnopravna ostalima i pridavali isti značaj njihovim izjavama i primedbama, ali podrazumeva i podizanje svesti pripadnika ovih profesija<sup>46</sup> kao i opšteg nivoa svesti u društvu u pogledu ravnopravnosti ovih osoba.

Posebno je ozbiljan, pravno gledano, problem važnosti, pravne validnosti izjava volje, kako onih iz materijalno pravne, tako i onih povezanih uz svetlo sudskih postupaka, koje se daju, uz potporu, podršku, odnosno pomoć. Ova oblast mora biti precizno uređena kako bi se obezbedila pravna sigurnost i za lica sa invaliditetom i za sva treća lica koja sa njima stupaju u pravne odnose.

Pretpostavljena poslovna sposobnost uz različite modele podrške nije, ipak, rešenje koje se prihvata isključivo pod uticajem Konvencije. Tako, npr., engleski Mental Capacity Act iz 2005. godine, predviđa preduzimanje mera

---

<sup>44</sup> Legal Capacity in Europe: A Call to Action Governments and to the EU, Mental Disabilities Advocacy Centre, 2013, (udaljem tekstu "MDAC 2013"), at 27, dostupno na: [http://mdac.info/sites/mdac.info/files/legal\\_capacity\\_in\\_europe.pdf](http://mdac.info/sites/mdac.info/files/legal_capacity_in_europe.pdf), 20.03.2016.

<sup>45</sup> Videti o tome Horvat Alajbegović B., *Uloga centra za socijalnu skrb u primeni instituta skrbiništva*, Zbornik radova, Zagreb, 2012, str.29-32.

<sup>46</sup> Gajin S., nav. delo, str. 30, 31.

pomo i za samostalno odlučivanje, a kada to nije moguće, lice se smatra nesposobnim samo za donošenje određene odluke, kao i da se kod zamenskog odlučivanja ili vršenja nekog posla (od strane staratelja) prethodno mora utvrditi da li se isti cilj mogao postići i manje restriktivnom merom, što je kasnije usvojeno i kao standard u Konvenciji.<sup>47</sup> Tako je, poseban sud ("*Court of Protection*") ima nadležnost za odlučivanje da li lica sa nedostatkom kapaciteta mogu donositi pojedine odluke koje ih se tiče.<sup>48</sup> Ovaj sud ima ulogu da formuliše precedente i razvija ekspertize u svim stvarima koje se odnose na ova lica.<sup>49</sup> Iako i u regulisanju starateljstva, odnosno zamenskog odlučivanja, koje je tradicionalan pristup, prepoznajemo nastojanja da se pridaje značaj ovisnom kapacitetu, odnosno volji lica sa invaliditetom. U skladu sa ovim ciljem određeni kvaliteti staratelja imaju nesumnjiv značaj, kao što su pouzdanost i dostojnost, odgovarajući i nivo veština i kompetencija za obavljanje poverenih zadataka (poslova).<sup>50</sup> Specifičnost zakonodavnog okvira starateljstva svakako su i rešenja koja, kao u pravu Austrija, npr., predviđaju da svaka odluka staratelja mora biti u saglasnosti sa individualnom voljom konkretnog lica, a ako postoje razlike u mišljenju sudija odlučuje o najboljoj soluciji vodeći računa o dobrobiti lica pod režimom zaštite.<sup>51</sup> U Nemačkoj je na snazi sistem nadzora, adekvatniji poštovanju volje ovih lica, ali, kada je u pitanju potpuno starateljstvo, volja lica nije uvek relevantna.<sup>52</sup>

Posle usvajanja Konvencije u nizu država prihvata se i primenjuje neki od modela asistiranog donošenja odluka. Dobar primer je Građanski zakonik Republike Češke, iz 2012. godine, koji predviđa da lica sa invaliditetom imaju poslovnu sposobnost, zatim da obaveze lica koja im pružaju pomoć pri odlučivanju slede iz ugovora koji mora odobriti sud, kao i da se pomoć sastoji u omogućavanju komunikacije, davanju informacija i saveta.<sup>53</sup> Specifičan i veoma dobar primer razrade standarda potpomognutog donošenja odluka svakako je i

---

<sup>47</sup> Videti Mental Capacity Act 2005 - Code of Practice, Issued by the Lord Chancellor on 23. April 2007 in accordance with sections 42 and 43 of the Act, London, 2007, str. 22-27 (u daljem tekstu "MCACP") dostupno na

[https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/497253/Mental-capacity-act-code-of-practice.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/497253/Mental-capacity-act-code-of-practice.pdf). 15.03.2016., uz kritike u teoriji zbog usvajanja funkcionalnog modela, odnosno funkcionalne procene mentalne sposobnosti, smatraju i da čl. 12. Konvencije ne dopušta da se poslovna sposobnost oduzme ni u jednom slučaju veća da se uvede procena kakva, koja vrsta podrške je licu potrebna da bi realizovalo poslovnu sposobnost, vidi Arstein-Kerslake A., *Poslovna sposobnost i odlučivanje uz podršku: poštovanje prava i osnaživanje ljudi*, Zbornik radova i preporuka, Poslovna sposobnost i život u zajednici: zaštita prava osoba sa invaliditetom, Beograd, 2014, str. 77.

<sup>48</sup> Rešenje, npr. o svojinskim, finansijskim stvarima, ali i onim koje se odnose na zaštitu zdravlja i lično osiguranje, MCACP, para 8.1

<sup>49</sup> MCACP, para 8.2

<sup>50</sup> MCACP, para. 8.32.

<sup>51</sup> Legal Capacity, str. 36.

<sup>52</sup> Tako u Sloveniji, npr., Legal Capacity, str. 36.

<sup>53</sup> Legal capacity in Europe, A Call to Action to Governments and to the EU, MDAC, Budapest, 2013, str. 48, dostupno na: [http://mdac.info/sites/mdac.info/files/legal\\_capacity\\_in\\_europe.pdf](http://mdac.info/sites/mdac.info/files/legal_capacity_in_europe.pdf), 15.03.2016.

primer "staratelja za ubudu e", odnosno "punomo nika za ubudu e",<sup>54</sup> kao i li nog ombudsmana u Švedskoj.<sup>55</sup>

No bez obzira na konkretna, veoma razli ita rešenja, odnosno prihvatanje veoma razli itih "obrazaca podrške"<sup>56</sup> u donošenju odluka osnovni princip je svakako da se mora uvažavati volja lica sa invaliditetom u najve oj meri koju dopušta stanje njegovog mentalnog (intelektualnog) kapaciteta, kao i da svaka, pa i mera eventualnog zamenskog odlu ivanja mora biti u skladu sa principom proporcionalnosti, odnosno najmanje restriktivna.

#### 4. Regulatorna EU u kontekstu lišenja poslovne sposobnosti

U okvirima EU od izuzetne je važnosti u smislu novih standarda, odnosno pristupa poslovnoj sposobnosti lica sa invaliditetom Preporuka No R(99)4.<sup>57</sup> Ona se odnosi na odrasla lica koja, kako se to u Preambuli i delu kojim se odre uje polje primene kaže, nisu sposobna da zaštite svoje interese, odnosno da donose autonomno odluke uklju uju i, sve ili samo neke, koje se ti u li nog života i ekonomskih pitanja, odnosno koja nisu sposobna da razumeju odluke, da ih objasne ili deluju u skladu sa njima. Razlog su ošte enja ili insuficijencije njihovih li nih mo i usled mentalnog invaliditeta, bolesti ili drugih razloga. Osnovni principi su poštovanje digniteta ovih lica i njihovih ljudskih prava i osnovnih sloboda, fleksibilnost pravnog sistema, odnosno njegova prilagodljivost razli itim situacijama, a posebno, kada je re o poslovnoj sposobnosti ovih lica da mere zaštite ne uklju uju uvek njenu restrikciju,<sup>58</sup> odnosno ne smeju automatski voditi potpunom oduzimanju poslovne sposobnosti. Ili, potpuno lišenje je mogu e, nije zabranjeno, ali samo kada je to neophodno za zaštitu ovih lica.<sup>59</sup>

Preporuka No R(99)4 navodi posebno izvesna prava koja ne smeju biti automatski uskra ena, kao što je pravo da bira (izborno pravo), da sastavi testament, da prihvati ili odbije medicinsku intervenciju, kao i da donosi druge

---

<sup>54</sup> Tako, u nema kom pravu, punomo nik punoletnog lica ( l. 1896. BGB) koje zbog mentalne bolesti ili fizi ke nesposobnosti nije u stanju da potpuno ili delimi no vrši svoje poslove. Videti Ivana Milas Klari , Lišenje poslovne sposobnosti i skrbništvo - od zakonodavstva i prakse danas, do potrebe za promjenama de lege ferenda u svjetlu Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom, Zbornik PF u Zagrebu, 2012, str. 81

<sup>55</sup> Ko može da odlu uje? Pravo na poslovnu sposobnost lica sa intelektualnim i psihosocijalnim invaliditetom, Tematski izveštaj Komesara Saveta Evrope za ljudska prava, 2013, str.29-31. [https://www.coe.int/t/commissioner/source/prems/IP\\_LegalCapacity\\_serb.pdf](https://www.coe.int/t/commissioner/source/prems/IP_LegalCapacity_serb.pdf), 21.03.2016.

<sup>56</sup> Obrazac podrške se definiše kao sistem u kom ljudi zajedno rade na razumevanju želja i izbora pojedinca i zatim obezbe uju instrumente kojima ta osoba mo e da koristi svoju poslovnu sposobnost i živi život na na in koji on ili ona izabere, za razliku od nametanja odluke nekog drugog donete u ime te osobe, Arstein-Kerslake A., nav. delo, str. 69.

<sup>57</sup> Recommendation No. R (99)4 on Principles Concerning the Legal Protection of Incapable Adults, 23. February 1999 (u daljem tekstu "Rec No R (99)4"), dostupno na: [http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts\\_and\\_documents/Rec%2899%294E.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/Rec%2899%294E.pdf), 09.03.2016.

<sup>58</sup> Rec No R (99)4, Principle 2 - Flexibility in legal response, para.4.

<sup>59</sup> Rec No R (99)4, Principle 3 - Maximum preservation of capacity, para. 1

odluke koje su li nog karaktera, u bilo kom periodu kada im kapacitet dopušta, odnosno omogu ava da ta prava vrše.<sup>60</sup> Takodje, pravni sistemi moraju prepoznati i mogu nost donošenja odluka uz odobrenje lica koja ih predstavljaju (zastupnika), ali i samostalno, ako je re o svakodnevnim poslovima.<sup>61</sup> Individualni pristup svakom posebnom slu aju i neophodnost odre ene mere su, takodje, standardi koje ova Preporuka usvaja, ali i proporcionalnost stepenu, dakle o uvanosti kapaciteta li nosti, odnosno da se interveniše u najmanjoj neophodnoj meri.<sup>62</sup> Pravo na pravi no i efikasno postupanje nadležnih organa koji izri u mere prema ovim osobama osnovni su procesni principi, ali i postupanje u njihovom najboljem inetresu i izbor zastupnika ili asistenta koji e biti najprihvatljiviji za zaštitu i promovisanje interesa ovih lica.<sup>63</sup> Princip poštovanja volje ovih lica posebno je istaknut u izboru lica koje e ga zastupati ili koje e mu asistirati, kada je to mogu e i prihvatljivo, a zastupnici ili asistenti, pak, moraju informisati lice, kada god je to mogu e i prikladno, posebno pri donošenju važnih odluka, kako bi lice imalo uvid u sve okolnosti.<sup>64</sup>

Posebno se, medjutim, Preporuka No R(99)4 bavi upravo principima postupka u kome se odlu uje o merama zaštite ovih lica, pa, dakle, i postupka u kome se odlu uje upravo o poslovnoj sposobnosti. Pre svih, mere se mogu izricati samo ako su neophodne, a posebno se insistira na pokretanju postupka od starane javnih vlasti ili tela, odnosno od strane suda ili drugih kompetentnih, dakle po službenoj dužnosti, kao i da lice mora neodložno biti obavješteno, na jeziku ili na na in koji razume, o pokretanju i pravilima postupka koji može uticati na njegovu poslovnu sposobnost.<sup>65</sup> Mora biti predvi ena adekvatna procedura istraživanja i procene li nih sposobnosti, odnosno da se procena mora initi od strane kvalifikovanih lica (eksperata) koji daju pisani izveštaj ili izveštaja koji se zapisni ki konstatuje, a samo lice ima pravo da bude li no saslušano u svakom postupku koji se odnosi na njegovu poslovnu sposobnost.<sup>66</sup> Mere koje se izri u, kada god je to mogu e i prihvatljivo, moraju biti vremenski ograni ene, zatim, moraju se periodi no preispitivati i revidirati u skladu sa promenom okolnosti, odnosno uslova na strani ovih lica, i moraju biti ukinute ukoliko više nema uslova (pretpostavki) za njihov opstanak, a garantovano je i pravo na žalbu. Mogu e je, takodje, izricanje i privremenih mera u slu aju opasnosti, a za njihovo izricanje važe principi koji se odnose na obavezno u eš e eksperata, pravo na li no saslušanje i preispitivanje, odnosno reviziju odluke, a

---

<sup>60</sup> I 1. 12. st. 5 Konvencije pominje izri ito jednakost u vršenju prava svojine, nasle ivanju, kontrolisanju finansija, pristupu bankarskim kreditima, hipotekarnim zajmovima i drugim oblicima finansijskog kreditiranja i zabranu lišenja imovine ne ijom samovoljom.

<sup>61</sup> Rec No R(99)4, para. 2, 3.

<sup>62</sup> *Ibidem*, Principle 6 - Proportionality

<sup>63</sup> Rec No R(99)4, Principle 7 - Procedural fairness and efficiency, Principle 8 - Paramountcy of interests and welfare of the persons concerned

<sup>64</sup> Rec No R(99)4, Principle 9 - Respect for wishes and feelings of the person concerning

<sup>65</sup> Rec No R(99)4, Part III - Procedural principles, Principle 11 - Institution of proceedings

<sup>66</sup> *Ibidem*, Principle 12 - Investigation and assessment, Principle 13 - Right to be heard in person

obvezno se mora predvideti i pravo na žalbu na odluku o privremenoj meri.<sup>67</sup> Uloga zastupnika ograničena je i kontrolisana od strane sudskih ili administrativnih vlasti, a u tom smislu posebno je važno pravilo da prenošenje na zastupnike vršenja pravnih radnji ovih lica ne sme značiti lišavanje poslovne sposobnosti kao i da se ovlašćenja zastupnika mogu izmeniti ili ograničiti u bilo koje vreme od strane nadležnih organa i da može biti predviđeno da se neke odluke mogu donositi samo uz specijalno odobrenje suda ili drugog nadležnog organa. Predviđena je odgovornost zastupnika za svaki gubitak ili štetu koja je licu nastala u vršenju zastupničkih funkcija.<sup>68</sup>

I Preporuka Komiteta ministara Saveta Evrope iz 2004,<sup>69</sup> koja se odnosi na osobe sa mentalnim poremećajima, u čl. 4, predviđa da i one imaju pravo da vrše svoja građanska i politička prava, a da ograničenja u njihovom vršenju moraju biti u skladu sa Konvencijom o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (nadalje "EKLP") i da ne smeju biti bazirana isključivo na tome da je reč o licima sa mentalnim poremećajima (na dijagnozi). U relevantnim dokumenta Saveta Evrope, odnosno Komesara za ljudska prava, koja nastoje na razjašnjenju ciljeva Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom i obaveza za države potpisnice koje iz nje slede, nedvosmisleno se zaključuje da potpuna/jednaka poslovna sposobnost za sve predstavlja polaznu tačku.<sup>70</sup> Tako se konstatuje da države članice ne smeju nastaviti praksu oduzimanja poslovne sposobnosti licima sa invaliditetom ili oštećenjima, već im je primarna odgovornost da obezbede pomoć onima koji imaju teškoće u donošenju odluka i (ili) komunikaciji sa drugima odnosno da je pristup Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom bitno drugačiji u odnosu na praksu članica Saveta Evrope koje praktikuju starateljski sistem i donošenje odluka u ime ovih lica.<sup>71</sup> Stoga se preporučuje ukidanje mehanizama potpunog oduzimanja poslovne sposobnosti i potpunog starateljstva kao i razvijanje alternativa za potpomognuto donošenje odluka, za ona lica koja žele pomoć u donošenju ili saopštavanju odluka, da su ove alternative lako dostupne i da se primeni princip dobrovoljnosti u primeni alternativa potpomognutog donošenja odluka.<sup>72</sup>

---

<sup>67</sup> *Ibidem*, Principle 14 - Duration, review and appeal, Principle 15 - Provisional measures in case of emergency

<sup>68</sup> Rec No R(99)4, Principle 18 - Control of powers arising by operation of law, Principle 19 - Limitation of powers of representatives, Principle 20 - Liability

<sup>69</sup> Recommendation No Rec(2004)10 concerning the protection of the human rights and dignity of persons with mental disorder and its Explanatory Memorandum, 22. September 2004, dostupno na:

[http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/08\\_Psychiatry\\_and\\_human\\_rights\\_en/Rec%282004%2910%20EM%20E.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/08_Psychiatry_and_human_rights_en/Rec%282004%2910%20EM%20E.pdf), 09.03.2016.

<sup>70</sup> Videti, npr, Council of Europe, Commissioner for Human Rights, Who gets to decide? Right to legal capacity for persons with intellectual and psychosocial disabilities, Issue Paper (2012)2, para 4.1. The Convention on the Rights of Persons with Disabilities: equality before the law (u daljem tekstu "Who gets to decide?"), dostupno na:

[https://wcd.coe.int/ViewDoc/sp?id=190855#P232\\_16259](https://wcd.coe.int/ViewDoc/sp?id=190855#P232_16259), 10.03.2016

<sup>71</sup> Who gets to decide, para 4.1.

<sup>72</sup> "Who gets to decide", preporuka br. 3 i 7.



I Akcioni plana Saveta Evrope za period od 2006 do 2015<sup>73</sup> afirmiše princip da lica sa invaliditetom moraju biti priznata (prepoznata) u pravu, ali, kada je u pitanju poslovna sposobnost ne priznaje je izričito, kao što to čini Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom, već od država članica zahteva da, onda kada je za vršenje poslovne sposobnosti neophodna asistencija, odnosno pomoć ovim licima, njihovi pravni sistemi treba da je obezbede. U okviru pravaca evropske politike u odnosu na invaliditet Akcioni plan polazi od ljudskih prava, zabrane diskriminacije, jednakih mogućnosti, punih građanskih prava i participacije lica sa invaliditetom.<sup>74</sup> Odnosno, zakonodavstva moraju prepoznati različite stepene, nivoe (ne)sposobnosti ovih lica te da ona mogu varirati u različitim periodima

Svakako treba pomenuti da se EKLP ne odnosi posebno na prava osoba sa invaliditetom, pa ni na njihovu poslovnu sposobnost. Ipak, s obzirom na usvojeni koncept ljudskih prava, kada su u pitanju osobe sa invaliditetom, moguće je uspostaviti direktnu vezu odredaba EKLP i povrede prava ove kategorije lica. Ovu relaciju potvrđuje obimna praksa Suda za ljudska prava, kojoj se ovom prilikom ne bismo bavili, a čijim odlukama su utvrđivane povrede, odnosno ne primenjivanje standarda koje EKLP uspostavlja.

---

<sup>73</sup> Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation Rec (2006)5 Action plan to promote the rights and full participation of people with disabilities in society: improving the quality of life of people with disabilities in Europe 2006-2015, 5. April 2006, para. 3.12. Legal protection, str. 25, dostupno na: [www.coe.int/t/dg3/disability/ActionPlan/PDF/Rec\\_2006\\_5\\_English.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/disability/ActionPlan/PDF/Rec_2006_5_English.pdf), 09.03.1026.

<sup>74</sup> *Ibidem*, para. 1.1.2

## **THE REMOVAL OF THE LEGAL CAPACITY AND INTERNATIONAL STANDARDS RELATED TO THE PROTECTION OF INDIVIDUALS WITH MENTAL DISABILITY**

**Summary:** The ultimate recognition of the fundamental principle of the autonomy of human beings lies in the recognition of the autonomy of vulnerable groups of people, the individuals with disabilities, and hence, the recognition of their legal capacity dependent on the nature of their disability. One of the most significant principle of the UN Convention on the rights of the individuals with disabilities, included in Article 12 .2, a standard accepted by the signatories, is the recognition of the legal capacity of these persons in all aspects of their lives. It is a new concept which relies on the universal Declaration on human rights that all human beings are born free and equal in their rights and dignity. This Convention affirms the equality of the individuals with disability, before all fair and equal treatment and ban on discrimination policies, as well as the recognition of these persons as respectable members of society. The contemporary approach to the rights of the persons with disability, that is a model of human rights, has significant repercussions in the context of the removal of the legal capacity. The most important ones are related to the obligation of the signatory countries in domain of providing information on starting the procedure of terminating the legal capacity and its course, respecting the right of the person affected to participate in it and express her or his opinion. This also involves the exclusion of the possibility of permanent and complete termination of a person's legal capacity, that is allowing an opportunity for the decision to be appealed and readdressed in certain time frames. However, the condition above all conditions is to respect the rights of these people to express their will and wishes. Particular attention should be paid to the Convention's aspect related to the concept of guardianship of this vulnerable group of people that should be readdressed along with the introduction of the category of personal assistants who would possess necessary skills and knowledge for offering assistance and support to the persons with disabilities in expressing their opinion..

**Key words:** anatomy of persons, universal nature of legal capacity, assisted decision making

Doc. dr. sc. Amra Jašarbegovi  
Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedi “ u Mostaru

Doc. dr. sc. Rebeka Kotlo  
Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedi “ u Mostaru

## **PRAVNI OKVIR, JAVNE POLITIKE I PRAKSA DJELOVANJA U OBLASTI INVALIDNOSTI U BOSNI I HERCEGOVINI, SA OSVRTOM NA OSOBE SA DUŠEVNIM SMETNJAMA**

**Sažetak:** Država Bosna i Hercegovina je snagom ustavne norme, te usvajanjem i ratifikacijom brojnih me unarodnih dokumenata iz oblasti ljudskih prava i sloboda na sebe preuzela obavezu da svim licima na svojoj teritoriji osigura najviši nivo ljudskih prava i osnovnih sloboda, bez bilo kakve diskriminacije, pa i diskriminacije po osnovu invaliditeta. Nažalost, bez obzira na to, osobe sa invaliditetom se susre u sa razli itim barijerama i poteško ama u ostvarivanju svojih prava. Specifi no ustavno ure enje, priznavanje statusa i prava po osnovu invaliditeta u razli itim sistemima (socijalna i zdravstvena zaštita, penzijsko i invalidsko osiguranje, obrazovanje, rehabilitacija i zapošljavanje...) i na razli itim nivoima vlasti, predstavlja(lo) je polaznu osnovu za diskriminaciju osoba sa invaliditetom i dodatnu barijeru u ostvarivanju njihovih prava. U radu autorice analiziraju me unarodne standarde, pravne akte, javne politike, strategije i akcione planove u oblasti invalidnosti u Bosni i Hercegovni, prava i status osoba sa invaliditetom, sa osvrtom na osobe sa duševnim smetnjama, te daju rezimiranu analizu stanja i preporuke za unaprje enje pravnog okvira i prakse djelovanja u oblasti invalidnosti u Bosni i Hercegovini.

**Klju ne rije i:** osobe sa invaliditetom, pravni okvir, me unarodni standardi, javne politike, akcioni planovi, analiza stanja, preporuke

### **1. Uvod**

Prema definiciji Svjetske zdravstvene organizacije (World Health Organization), invaliditet je bilo kakvo ograni enje ili nedostatak sposobnosti za obavljanje neke aktivnosti na na in ili u obimu koji se smatra normalnim za ljudsko bi e. Istraživanje ove Organizacije iz 2011 godine<sup>1</sup> je pokazalo da oko 15 % svjetske populacije živi sa nekim oblikom invaliditeta. U Bosni i Hercegovini ne postoje ta ni podaci o broju osoba sa invaliditetom. Obi no se kao pokazatelj stanja u ovoj oblasti uzimaju podaci Agencije za statistiku BiH iz

---

<sup>1</sup> World Health Organization, the World Bank, World report on disability, Geneva, 2011.

2010 godine po kojima u Bosni i Hercegovini ima oko 270 000 osoba sa invaliditetom.<sup>2</sup> Ukupan broj osoba sa invaliditetom je sigurno i veći i nesumnjivo je vezan za protekli rat i je se posljedice najduže i najobimnije i manifestuju kroz različite vidove invaliditeta. Država Bosna i Hercegovina je snagom ustavne norme, te usvajanjem i ratifikacijom brojnih međunarodnih dokumenata iz oblasti ljudskih prava i sloboda na sebe preuzela obavezu da svim licima na svojoj teritoriji osigura najviši nivo ljudskih prava i osnovnih sloboda, bez bilo kakve diskriminacije, pa i diskriminacije po osnovu invaliditeta. Nažalost, bez obzira na to, osobe sa invaliditetom se susreću sa različitim barijerama i poteškoćama u ostvarivanju svojih prava. Specifično ustavno uređenje, priznavanje statusa i prava po osnovu invaliditeta u različitim sistemima (socijalna i zdravstvena zaštita, penzijsko i invalidsko osiguranje, obrazovanje, rehabilitacija i zapošljavanje..) i na različitim nivoima vlasti, predstavlja (lo) je polaznu osnovu za diskriminaciju osoba sa invaliditetom i dodatnu barijeru u ostvarivanju njihovih prava.

Dugo vremena, bez obzira na uočene probleme, pa i određene aktivnosti međunarodnih organizacija, te domaće institucije i organizacije koje su se bavile pitanjem položaja i statusa osoba sa invaliditetom, a koje su ukazivale na neophodnost reformi u ovoj oblasti, država nije preduzimala značajnije mjere i korake u cilju unaprjeđenja položaja i statusa osoba sa invaliditetom.

Tek 2005. godine, i to zahvaljujući podršci Republike Finske, započet je proces reformi u ovoj oblasti. Te godine nadležno državno i entitetsko ministarstvo su pokrenuli i implementirali Projekat „Podrške razvoju politika u oblasti invalidnosti u BiH“, koji je rezultirao usvajanjem „Politike u oblasti invalidnosti u BiH“, a koju je usvojilo Vijeće Ministara BiH, čime je započet proces reforme u oblasti invalidnosti u BiH.<sup>3</sup> Dodatni impuls započetom procesu reforme predstavljala je i ratifikacija Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom i Opcionog protokola koja je prvi međunarodni ugovor koji za predmet ima prava koja se izričito priznaju osobama sa invaliditetom. Ova Konvencija ne sadrži katalog novih prava osoba sa invaliditetom, koja već postoje u drugim međunarodnim dokumentima, nego pojašnjava koje su obaveze države s obzirom na postojeća prava, za koja je utvrđeno da se u njima krše ili uskraćuju osobama sa invaliditetom.<sup>4</sup> Njena svrha definisana je članom 1. kao „unaprjeđenje, zaštita i osiguranje punog i ravnopravnog uživanja ljudskih prava

<sup>2</sup> Podaci preuzeti iz Izvješćaja „Analize implementacije strategije za izjednačavanje mogući nosioci za osobe sa invaliditetom u Federaciji BiH 2011-2015“., Federalno ministarstvo rada i socijalne politike, Sektor za zaštitu osoba sa invaliditetom i zaštitu civilnih žrtava rata, Sarajevo, 2015., str.6.

<sup>3</sup> Ministarstvo rada i socijalne politike FBiH i Ministarstvo zdravlja i socijalne zaštite Republike Srpske, uz koordinaciju Ministarstva civilnih poslova BiH i finansijsku podršku Ministarstva vanjskih poslova Republike Finske pokrenuli su implementirati navedeni projekat koji je rezultirao usvajanjem „Politike u oblasti invalidnosti u BiH“ („Sl.glasnik BiH“, br.76/08 od 22.9.2008.godine)

<sup>4</sup> Kora Graovac, A., Čulo, A., *Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom - novi pristup shvaćanju prava osoba sa duševnim smetnjama*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2011., str 66.

i osnovnih sloboda osoba sa invaliditetom i unaprije enje njihovog uro enog dostojanstva“. Nakon ova dva klju na dokumenta, uslijedile su kako na državnom tako i na entitetskim nivoima, brojne aktivnosti koje za cilj imaju izgradnju novog i na ljudskim pravima zasnovanog modela odnosa prema invalidnosti i statusu i pravima osoba sa invaliditetom u BiH.

## **2. Definicija, prava i status osoba sa invaliditetom u Bosni i Hercegovini**

Odredbom lana 1 stav 2 Konvencije UN-a o pravima osoba sa invaliditetom, osobe sa invaliditetom obuhvataju osobe koje imaju dugoro na fizi ka, mentalna, intelektualna ili senzorna ošte enja koja u sadejstvu sa razli itim barijerama mogu otežati puno i efektivno u eš e ovih osoba u društvu na osnovu jednakosti sa drugima. Bosna i Hercegovina je kao što smo ve istakli, ratificirala navedenu Konvenciju, me utim, još uvijek se koriste razli ite definicije osoba sa invaliditetom, specifi ne za pojedine oblasti, npr. oblast socijalne i zdravstvene zaštite, penzionog osiguranja, zapošljavanja i rada, obrazovanja, koje kao osobe sa invaliditetom definišu osobe sa razli itim funkcionalnim ograni enjima, osobe sa tjelesnim invaliditetom, osobe sa hroni nim bolestima, osobe sa ošte enjima sluha, vida, osobe sa mentalnom retardacijom, osobe sa autizmom i višestrukim ošte enjima.

Prava i status osoba sa invaliditetom utvr eni su nizom me unarodnih dokumenata i usvojenih standarda koje je ratificirala i Bosna i Hercegovina: Op a deklaracija o ljudskim pravima (1948.), Me unarodni pakt o gra anskim i politi kim pravima (1966., ICCPR), Me unarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (1966., ICESCR), Konvencija o pravima djeteta (1989., CRC), Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena (1979., CEDAW), Konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije (1966., CERD), Konvencija protiv mu enja i drugih surovih, nehumanih ili ponižavaju ih tretmana ili kažnjavanja (1984., CAT), Konvencija o pravima osoba s invaliditetom i Opcioni protokol, Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (1950.), kao i mnogi drugi univerzalni i regionalni dokumenti o ljudskim pravima, sa naglaskom na osobe sa invaliditetom.

Prema ovim standardima, svaka osoba ima uro ena, jednaka, neotu iva i univerzalna prava koja proizlaze iz dostojanstva svih ljudskih bi a. Svaka država može uspostaviti mehanizme kojima regulira ostvarivanje ovih prava, sloboda i zaštitu u cilju osiguranja jednakosti svih osoba.

Za položaj ove kategorije gra ana svakako je važno ukazati na Konvenciju o pravima osoba s invaliditetom i Opcioni protokol<sup>5</sup>, Protokol broj

---

<sup>5</sup> Ministar za ljudska prava i izbjeglice BiH je 30.07.2009. godine u Njujorku potpisao Konvenciju UN-a o pravima osoba s invaliditetom i Opcioni protokol, a Predstavni ki dom Parlamentarne

12 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda<sup>6</sup> i „Standardna pravila za izjednačavanje mogući za osobe sa invaliditetom“. Primjene Standardnih pravila se treba pridržavati svaka država prilikom osiguranja životnih uslova i ostvarivanja prava osoba sa invaliditetom i organi vlasti na svim nivoima imaju obavezu da svakom građaninu obezbijede ostvarivanje i zaštitu osnovnih ljudskih prava i sloboda garantiranih Ustavom i međunarodnim dokumentima.

Ustav Bosne i Hercegovine, kao i entitetski ustavi, te Statut Distrikta Brčko garantuju najviši nivo međunarodno priznatih ljudskih prava. Ustav BiH se već u preambuli poziva na Univerzalnu deklaraciju o ljudskim pravima, međunarodne paktove o građanskim i političkim pravima, odnosno o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima i Deklaraciju o pravima lica koja pripadaju nacionalnim ili etničkim, vjerskim i jezičkim manjinama, kao i drugim instrumentima ljudskih prava. Također, Ustav propisuje da se u Bosni i Hercegovini, i oba entiteta osigurati najviši stepen međunarodno priznatih ljudskih prava i osnovnih sloboda, te predviđa da se prava i slobode predviđeni u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i njenim protokolima direktno primjenjuju u Bosni i Hercegovini, te da se imati prioritet nad drugim zakonima.<sup>7</sup> Uživavanje prava i sloboda predviđeni u članu 2. Ustava ili u međunarodnim sporazumima navedenim u Aneksu I ovog Ustava<sup>8</sup> osigurano je svim licima u BiH bez diskriminacije po bilo kom osnovu kao što su pol, rasa, boja, jezik, vjera, političko ili drugo mišljenje, nacionalno i socijalno porijeklo, povezanost sa nacionalnom manjinom, imovinom, rođenje ili drugi status. Odredbe istog značenja sadržane su u ustavima oba entiteta i Statutu Brčko Distrikta.

Međunarodni pravni instrumenti koje je Bosna i Hercegovina ratificirala i koji su sastavni dio Ustava BiH i entitetskih ustava čine dio normativnog pravnog poretka relevantnog i za pitanja osoba sa invaliditetom.

Pored navedenih međunarodnih dokumenata, značajnu ulogu u regulaciji prava i statusa osoba sa invaliditetom imaju i pravni izvori Evropske unije koji tretiraju pitanja invaliditeta i koji Bosnu i Hercegovinu, na putu ka Evropskoj uniji, obavezuju na usklađivanje zakonodavstva, kao što su: Preporuka Vijeća od 4. juna 1998. o parking kartama za osobe sa invaliditetom (98/376/EC), Rezolucija Vijeća od 17. juna 1999. o jednakim mogućnostima zapošljavanja za

---

skupštine BiH na 65. sjednici, održanoj 07.12.2009. godine, dao je saglasnost za ratifikaciju Konvencije UN-a o pravima lica sa invaliditetom i Opcionog protokola.

<sup>6</sup> Član 1 Protokola propisuje opću zabranu diskriminacije u uživanju svih prava bez diskriminacije na bilo kojoj

osnovi kao što je spol, rasa, boja kože, jezik, vjera, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovini, rođenju ili drugom statusu.

<sup>7</sup> Član 2. stav 2. Ustava BiH, Sarajevo OHR, Office of the High Representative.

<sup>8</sup> Aneks I na Ustav BiH sadrži dodatne sporazume o ljudskim pravima koji se primjenjuju u Bosni i Hercegovini

osobe sa invaliditetom (1999/C 186/02), Rezolucija Vijeća od 15. jula 2003. o promovisanju zapošljavanja i socijalne integracije osoba sa invaliditetom (2003/C 175/01), Rezolucija Vijeća od 6. februara 2003. „e-Pristupačnost“ – poboljšanje pristupa osobama s invaliditetom društvu utemeljenom na znanju (2003/C 39/03), Rezolucija Vijeća od 5. maja 2003. o jednakim mogućnostima za učenike i studente s invaliditetom u obrazovanju i obuci (2003/C 134/04), Rezolucija Vijeća od 6. maja 2003. o dostupnosti kulturne infrastrukture i kulturnih aktivnosti osobama sa invaliditetom (2003/C 134/05).

Kada govorimo o nacionalnom pravnom okviru, bitno je ista i da se specifično ustavno uređenje odrazilo i na zakonsku regulaciju prava i statusa osoba sa invaliditetom. Na državnom i entitetskim, kao i na kantonalnim nivoima vlasti, doneseni su brojni propisi koji regulišu položaj i status ovih osoba te ostvarivanje njihovih prava. Podijeljena nadležnost između različitih nivoa vlasti u Bosni i Hercegovini, u mnogim oblastima, rezultirala je nejednakim tretmanom osoba sa invaliditetom, što nije u skladu sa međunarodnim standardima.

„Za osiguranje prava osoba sa invaliditetom, svakako najvažnije je da je BiH okončala postupak ratifikacije Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom i Opcionog protokola, čime su stvorene pretpostavke za razvijanje politika i harmoniziranje zakona sa međunarodnim standardima koji uređuju ovu oblast, te osiguranje uspostave mehanizama nadgledanja prava osoba sa invaliditetom. Usvajanjem dokumenta „Politika u oblasti invalidnosti u Bosni i Hercegovini“ u maju 2008. godine, država Bosna i Hercegovina se opredijelila za novi pristup u oblasti invalidnosti, baziran na ljudskim pravima i socijalnom modelu, što predstavlja sveobuhvatni pogled na pitanja invaliditeta, kreiranje i primjenu rješenja za osobe sa invaliditetom na nivou zajednice u multisektoralnom pristupu i uz učešće svih relevantnih aktera“<sup>9</sup>.

U cilju stvaranja uslova za implementaciju Politike u oblasti invalidnosti u Bosni i Hercegovini i usklađivanja djelovanja na području zaštite osoba sa invaliditetom sa dostignutim evropskim i svjetskim standardima i svim trendovima koji imaju za cilj nastojanje da sva područja života i djelovanja budu otvorena i pristupačna osobama sa invaliditetom, Federacija Bosne i Hercegovine, u okviru svojih ustavnih nadležnosti, sačinila je Strategiju i Plan akcije za izjednačavanje mogućnosti osoba sa invaliditetom u Federaciji BiH 2010-2014. godine, a u Republici Srpskoj sačinjena je „Strategija za unapređenje društvenog položaja lica sa invaliditetom u Republici Srpskoj 2010-2015.“.

Bez obzira na činjenicu da je „Politika u oblasti invalidnosti BiH“ usvojena od Vijeća ministara Bosne i Hercegovine 2008. godine i da su usvojene i „Strategija za izjednačavanje mogućnosti za osobe sa invaliditetom u FBiH

---

<sup>9</sup> Institucija ombudsmena/ombudsmana za ljudska prava Bosne i Hercegovine, *Specijalni izvještaj o pravima osoba sa invaliditetom*, str 10.

2010-2014“ i „Strategija unapređenja društvenog položaja lica sa invaliditetom u RS 2010-2015.“, u Bosni i Hercegovini:

- ne postoji jedinstven registar osoba sa invaliditetom (Procjenjuje se da 10% stanovništva BiH pati od neke vrste fizičkog, senzornog, razvojnog ili mentalnog invaliditeta, dok je 30% stanovništva direktno ili indirektno pogođeno posljedicama invalidnosti.);
- osobe sa invaliditetom najčešće su izložene višestrukoj marginalizaciji i diskriminaciji i nerijetko su društveno isključeni po više osnova - prije svega zbog invalidnosti, zatim pola, godina, etničke pripadnosti i drugoga;
- predstavljaju društvenu grupu koja je najteže pogođena siromaštvom i nezaposlenošću;
- (Oko dvije trećine ukupnog broja odraslih osoba sa invaliditetom živi blizu ili ispod crvene linije siromaštva. Opći i razlozi visoke stope nezaposlenosti osoba sa invaliditetom su: nedostatak znanja i vještina koje se traže na tržištu rada, sveukupno loše stanje ekonomije u BiH, mali kapaciteti zapošljavanja i veoma rijetko i sporadično otvaranje novih radnih mjesta.);
- zaposlene osobe sa invaliditetom najčešće primaju minimalne naknade;
- pravo na obrazovanje i edukacije (obuke) osoba sa invaliditetom se ne poštuju u skladu sa postojećim zakonodavnim okvirom.

(Iako postoje i zakoni i pravne odredbe sadrže i naglašavaju pravo na obrazovanje za sve pod istim uslovima, prepreke sa kojima se suočavaju osobe sa invaliditetom u oblasti obrazovanja su prije svega arhitektonske, urbanističke i informativne, zatim neujednačen pristup obrazovnim institucijama, predrasude, neprilagođeni udžbenici i didaktička pomagala, otežan ili onemogućen pristup informacijama jer većina izvora informacija nije dostupna zbog fizičkih barijera ili barijera na koje osobe sa invaliditetom nailaze zbog različitih senzornih oštećenja.).

Ovakva situacija jasno odražava nedosljedno provođenje Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom Ujedinjenih naroda, posebno članica 5. koji propisuje da su sve osobe jednake pred zakonom i da bez diskriminacije imaju pravo na jednaku zaštitu i jednake beneficije zakona, članica 24. koji detaljnije normira pravo na obrazovanje koje pripada svima bez diskriminacije i na osnovu jednakih mogućnosti, i obavezuje države da osiguraju inkluzivno obrazovanje na svim nivoima, kao i članica 27. koji prepoznaje pravo osoba sa invaliditetom na rad, jednako sa drugima, i pravo na izdržavanje putem rada, kao i prihvatanje na tržištu rada i u radnom okruženju koje je otvoreno, inkluzivno i pristupačno osobama sa invaliditetom.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Vidjeti šire: „Mi smo tu“, *Analiza trenutnog stanja svih osoba sa invaliditetom i mogućnosti njihovog zapošljavanja i samozapošljavanja u Bosni i Hercegovini*, Fondacija za socijalno uključivanje u Bosni i Hercegovini, 2014., str. 9.



### **3. Meunarodni standardi, pravni akti, javne politike, strategije i akcioni planovi u oblasti invalidnosti u Bosni i Hercegovni**

U posljednjih etrdesetak godina status osoba sa invaliditetom, kao kategorije grana koja je najosjetljivija, najugroženija i (potencijalno) najpodložnija diskriminaciji, nerijetko po višestrukom osnovu, unaprijeđena je i u zajednici i u odnosu društva prema njihovim potrebama, međutim, još uvijek nedovoljno. Pozitivna promjena statusa osoba sa invaliditetom u državi, društvu i zajednici može se osti upravo analizom reakcije države, društva i međunarodne i lokalne zajednice na zahtjeve osoba sa invaliditetom da budu priznati kao ravnopravni članovi zajednice, sagledavši proces unaprjeđivanja statusa osoba sa invaliditetom na nekoliko ključnih nivoa:

1. Na međunarodnom nivou usvojeno je više dokumenata kojima su države obavezane da osiguraju mehanizme poštivanja ljudskih prava i uključenosti osoba sa invaliditetom u društvo na ravnopravnoj osnovi, te da se vrši monitoring primjene dostignutih standarda. Na temelju međunarodnih dokumenata koji normiraju i prava osoba sa invaliditetom razvijeni su i implementiraju se regionalni, nacionalni i lokalni akcioni planovi u oblasti invalidnosti.
2. Na nivou Vijeća Evrope i Evropske unije usvojeni su dokumenti koji definišu politički okvir i uspostavljaju standarde i niz obaveza zadržavateljica, a najvažniji dokumenti su: Akcioni plan Vijeća Evrope i Strategija za izjednačavanje mogućnosti osoba sa invaliditetom Evropske unije(2010 – 2020).
3. Na nivou država (nacionalni nivo) prihvaćeni su međunarodni standardi u oblasti invalidnosti, a države su se obavezale na njihovo poštovanje i razvijanje mehanizama praktične primjene, a što se naročito ogleda u usvajanju strateških dokumenata u kojima se definišu ključne oblasti za intervencije institucija države, sa ciljem promjene društvenog statusa osoba sa invaliditetom.
4. Na nivou lokalnih zajednica razvijaju se akcioni planovi za primjenu međunarodnih i nacionalnih standarda, a što podrazumijeva akcije usmjerene na promjene u konkretnim oblastima od interesa za osobe sa invaliditetom koje najdirektnije utiču na puno ostvarivanje njihovih ljudskih prava i uključenost u društvo.

Cijeli proces promjene odnosa društva prema osobama sa invaliditetom odvija se u kontekstu prelaska sa „karitativnog“ (milosrdnog) i „medicinskog“ modela na „socijalni“ (društveni) model odnosa prema fenomenu invalidnosti i osobama sa invaliditetom koji se temelji na punom poštivanju ljudskih prava za osobe sa invaliditetom i stvaranju uslova za jednake mogućnosti.

Ratificiranjem Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom od strane Bosne i Hercegovine 2009. godine, usvajanjem Jedinственe politike u oblasti invalidnosti 2008., te usvajanjem entitetskih Strategija za primjenu politike, u Bosni i Hercegovini je postignut konsenzus ključnih aktera društva zainteresovanih za pitanja invaliditeta da se u budućnosti radi na razvijanju mješovitih modela podrške društvene zajednice osobama sa invaliditetom koji se podrazumijevati različite vidove novih usluga, ali i razvijanje sistema usluga potrebnih za puno ostvarivanje prava i uključivanje osoba sa invaliditetom u život zajednice.

Javne politike podrazumijevaju „namjerno djelovanje institucija vlasti, koje mijenja i utječe na društvo i ekonomiju. Stoga, zapravo, govorimo o politici odlučivanju o javnim pitanjima, koje je racionalno, tj. zasnovano na argumentima i usmjereno na rješavanje određenog problema. Društvena pitanja, koja u nekom trenutku života političke zajednice postanu prepoznata kao problemi koji se tiču i uzrokuju zabrinutost velikog dijela zajednice ili društva u cjelini, zahtijevaju djelovanje institucija vlasti kako bi se riješila. Rješavanje takvih, javnih problema odvija se putem javnih politika, koje predstavljaju *tok* ili *plan djelovanja* kojim se, u politici odlučivanju, na racionalan način nastoje postići ciljevi, uz upotrebu javnih sredstava“<sup>11</sup>.

Zvaničnici u esnicima (zakonodavne, izvršne i sudske institucije) su uključeni u proces javne politike na temelju njihovih zakonskih ili ustavnih odgovornosti i oni imaju moć da kreiraju i sprovode javne politike. Parlamentarci kao pripadnici zakonodavnih tijela ne rade samo na donošenju zakona. Oni pored donošenja zakona rade i na prikupljanju informacija odnosno identifikaciji problema za koje smatraju da trebaju biti predmet javne politike. Zakonodavna i izvršna vlast često nailaze na granice koje nisu u stanju preći i bez sudjelovanja sudske vlasti koja se postavlja kao autoritet u odlučivanju da li ili ne neku javnu politiku uspostaviti, nastaviti ili prekinuti. Nezvanični akteri uključuju one koji imaju ulogu u procesu javnih politika bez eksplicitne zakonske ovlasti (ili dužnosti), a to su: individualni građani, interesne grupe i nevladine organizacije (NVO), političke partije, think-tank organizacije i druge istraživačke organizacije, te komunikacijski mediji. Interesne grupe su uključene u politiku ne zbog toga što je to dozvoljeno zakonom *per se*, već zbog toga što su one jedan efektivan način za mnoge ljude da grupno izraze svoje želje za javnom politikom. Mediji su izuzetno važan esnik u procesu kreiranja javnih politika zbog njihove implicitne uloge pružaoce političkih informacija i monitoringa vlade, ali mediji nemaju formalnu (zvaničnu), garantovanu ulogu u procesu kreiranja javnih politika.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Vidjeti šire: UNDP BiH, Priručnik za razvoj javnih politika za državne službenike u BiH, 2010., str. 7.

<sup>12</sup> Vidjeti šire: ALDI, Priručnik za analizu javnih politika, Goražde, januar 2007., str. 49-51.

„Politika u oblasti invalidnosti u Bosni i Hercegovini“<sup>13</sup>, kao dokument kojim se objedinjuju stavovi lica sa invaliditetom i institucija vlasti na osnovu inkluzivnih Standardnih pravila Ujedinjenih nacija za izjednačavanje mogu nosti lica sa invaliditetom i Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima lica sa invaliditetom, zasnovana je na sljedećim principima: ljudska prava, jačanje socio-kulturalnih kapaciteta i institucija, jačanje lokalnih zajednica, uključivanje lica sa invaliditetom, ravnopravnost polova, socijalna uključenost, međusektorska saradnja, politika mješovite zaštite i dostupnost informacija svim licima sa invaliditetom. Cilj ove politike Bosne i Hercegovine, njenih entiteta Federacije Bosne i Hercegovine, Republike Srpske, kao i Distrikta Brčko, je da omogući i svim licima sa invaliditetom da dostignu najviši kvalitet životnog potencijala, poštovanja i dostojanstva, nezavisnosti, produktivnosti i jednakog učestvovanja u društvu u najproduktivnijem i što pristupačnijem okruženju te se politikom zagovara princip koji osigurava da su pitanja invalidnosti uključena na svim nivoima saradnje relevantnih ustranika, da postoje komplementarne komponente koje omogućuju i da lica sa invaliditetom ravnopravno učestvuju sa ostalima, u svrhu eliminacije postojećih diskriminacija lica sa invaliditetom.

Usvajanjem „Politike u oblasti invalidnosti BiH“ njeni entiteti – Republika Srpska i Federacija BiH, kao i Distrikt Brčko, obavezali su se da u okviru svojih ustavnih nadležnosti preduzmu odgovarajuće korake ka unapređenju ove oblasti, što, između ostalog, podrazumijeva i izradu Strategije i akcionih planova za unaprjeđenje društvenog položaja lica sa invaliditetom.

Politika se implementira i kroz Strategije koje su izradila oba entiteta:

- Strategija unapređenja društvenog položaja lica sa invaliditetom u Republici Srpskoj 2010–2015.<sup>14</sup> i
- Strategija za izjednačavanje mogu nosti za osobe sa invaliditetom u Federaciji Bosne i Hercegovine 2011- 2015.<sup>15</sup>

Bosna i Hercegovina je i u Razvojnoj strategiji BiH definisala potrebu izrade strategije socijalnog uključivanja. Vijeće Ministara BiH je donijelo odluku o formiranju Vijeća za osobe sa invaliditetom BiH na svojoj sjednici 19.10.2010. godine.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> Vijeće Ministara BiH usvojilo je Politiku u oblasti invalidnosti BiH na 46.sjednici održanoj 08.05.2008. godine (Službeni glasnik BiH 76/08).

<sup>14</sup> Usvojena 2010. godine, a u oktobru 2011. godine predstavljena Odboru za jednake mogu nosti pri Narodnoj Skupštini RS i donešen je zaključak da Vlada RS na godišnjem nivou dostavlja izvještaj o realizaciji Strategije

<sup>15</sup> Usvojena je 28.7.2011. godine, a njeno praćenje i implementaciju treba bezbjediti kroz Ured Vlade Federacije BiH za pitanja invaliditeta koji je osnovan u decembru 2013. godine.

<sup>16</sup> Vijeće ima 20 članova, jednu polovinu čine predstavnici svih nivoa vlasti, a drugu predstavnici organizacija osoba sa invaliditetom od društvenog interesa u entitetima.

Standardna pravila Ujedinjenih nacija o izjednaavanju mogu nosti za lica sa invaliditetom Bosna i Hercegovina je prihvatila 2003. godine i obavezala se da će preduzimati aktivnosti s ciljem razvijanja svijesti u društvu o licima sa invaliditetom, njihovim potrebama, te potencijalima za njihovo uključivanje u društveni život.

Parlamentarna Skupština BiH je na 56. sjednici Predstavničkog doma održanoj 08.07.2009. godine i 33. sjednici Doma naroda 23.07.2009. godine usvojila i Zakon o zabrani diskriminacije koji jasno definiše oblike diskriminacije koji uključuju diskriminaciju po osnovu invaliditeta u svim oblastima života.

Usvajanjem UN Standardnih pravila o izjednaavanju mogu nosti za osobe sa invaliditetom, kao i Politike u oblasti invalidnosti u BiH, Bosna i Hercegovina se opredijelila se za novi pristup u oblasti invalidnosti baziran na socijalnom modelu i ljudskim pravima.

U obje usvojene strategije u oblasti invaliditeta u BiH („Strategija unapređenja društvenog položaja lica sa invaliditetom u Republici Srpskoj 2010–2015.“ i „Strategija za izjednaavanje mogu nosti za osobe sa invaliditetom u Federaciji Bosne i Hercegovine 2011- 2015.“), a zbog specifičnosti države BiH, definisano je da se sačinjavaju lokalni planovi akcije u oblasti invaliditeta (LPAI) kako bi lokalne zajednice (općine i kantoni) izradili i usvojili dokument koji će ih obavezati na implementaciju preuzetih obaveza države.

Nekoliko lokalnih zajednica u BiH ima planove potreba za osobe sa invaliditetom, ali ni oni još uvijek nisu zaživjeli kao stvarna politika lokalne zajednice, već više deklarativna.

U fokusu lokalnih planova akcije u oblasti invalidnosti, uz ostale važne odrednice, uložava se uspostavljanje servisa podrške osobama sa invaliditetom:

- Osobe sa invaliditetom i njihove porodice će uvođenjem servisa podrške i obezbjeđenjem specijalizovanog sistema stručne pomoći i podrške imati adekvatan stručni tretman, relevantne informacije i savjete o uslugama i pravima iz različitih oblasti koje su dostupne u našem društvu i slično.
- Obrazovne institucije, odnosno osnovne i srednje škole u inkluzivnom i specijalnom obrazovanju će uspostavom servisa podrške imati na raspolaganju stručni/mobilni tim, asistente u nastavi, savjetodavni rad sa nastavnim osobljem, pomoć u izradi individualnih programa i slično.
- Državni organi i ustanove (centri za socijalni rad, općinske službe, resorna ministarstva na kantonalnom, federalnom i državnom nivou) će

uspostavom servisa podrške imati na raspolaganju savjetodavnu pomoć u vezi sa problematikom osoba sa invaliditetom, a to će im u znatnoj mjeri olakšati rad, naročito ako se uzme u obzir da je sada povoljan trenutak za promjene koje preovladavaju u ovoj regiji, i da je krajnje vrijeme da se invaliditet prestane posmatrati kao nesposobnost sa mjerama zbrinjavanja izvan redovnih društvenih tokova (bolni kolonije, institucionalno zbrinjavanje i kućna izolacija).

- Uspostavom servisa podrške se osobe sa invaliditetom ne smatraju samo korisnicima, nego partnerima koji uz odgovarajuću u povremenu ili kontinuiranu podršku kreiraju vlastitu budućnost.

#### **4. Pravni okvir, javne politike i praksa djelovanja u oblasti zaštite i unaprjeđenja mentalnog zdravlja u Bosni i Hercegovini i statusa osoba sa duševnim smetnjama**

Reforma zaštite mentalnog zdravlja u Bosni i Hercegovini započela je 1996. godine stavljanjem fokusa na brigu u zajednici za razliku od pristupa koji je, uglavnom, bio baziran na tradicionalnom bolničkom tretmanu osoba sa mentalnim poremećajima, te su u tom smislu ostvareni značajni rezultati.

Međutim, zdravstveni sistem u Bosni i Hercegovini se suočava sa brojnim poteškoćama koje otežavaju dalje provođenje reformi u ovom pravcu, a evidentno je povećanje potreba stanovništva za uslugama iz oblasti zaštite mentalnog zdravlja. Navedeno ukazuje na neophodnost strateškog pristupa zaštiti mentalnog zdravlja stanovništva u Bosni i Hercegovini. Suštinska promjena konteksta pružanja usluga u mentalnom zdravlju podrazumijeva ograničeno korištenje psihijatrijskih bolničkih kreveta, otvaranje mreže centara za mentalno zdravlje, razvoj drugih službi u zajednici, multidisciplinarni pristup i timski rad, te uspostavljanje intersektorske saradnje. Ciljevi ovih procesa su da se izgrade efektivne, efikasne i kvalitetne službe za zaštitu mentalnog zdravlja koje su integrisane u sistem primarne zdravstvene zaštite i koje slijede potrebe korisnika, te koje su lako dostupne većini stanovništva na području koje obuhvataju. U Bosni i Hercegovini usvojeni su strateški i operativni dokumenti relevantni za oblast zaštite i unaprjeđenja mentalnog zdravlja: „Politika i strategija za zaštitu i unaprjeđenje mentalnog zdravlja u FBiH 2012 – 2020.“, „Politika unaprjeđenja ranog rasta i razvoja djece u Republici Srpskoj za period od 2011-2016. godine“, „Politika mentalnog zdravlja i Strategija razvoja mentalnog zdravlja u Republici Srpskoj 2009-2015.“, uz relevantan pravni okvir koji normira status, prava i zaštitu osoba sa duševnim smetnjama<sup>17</sup>.

Pravni okvirom normiraju se osnovna načela, način organizovanja i provođenje zaštite te pretpostavke za primjenu mjera i postupanje prema osobama sa duševnim smetnjama.

---

<sup>17</sup> Zakon o zaštiti osoba sa duševnim smetnjama ("Službene novine FBiH", broj 37/01, 40/02 i 52/11)

Zaštita i unapređivanje zdravlja osoba sa duševnim smetnjama<sup>18</sup> ostvaruje se:

1. omogućavanjem odgovarajuće dijagnostike obrade i liječenja osoba sa duševnim smetnjama;
2. naučnim istraživanjima na području zaštite i unapređivanja zdravlja osoba sa duševnim smetnjama i njihovom zaštitom od liječenja i njihovih znanstvenih istraživanja bez njihova pristanka ili pristanka njihovih zastupnika;
3. uključivanjem osoba sa duševnim smetnjama u obrazovne programe koji se provode u ustanovi za mentalno zdravlje ili nekoj drugoj ustanovi u kojoj su one smještene;
4. oporavkom osoba sa duševnim smetnjama njihovim uključivanjem u porodicu, radnu i društvenu sredinu;
5. obrazovanjem osoba koje se bave zaštitom osoba sa duševnim smetnjama i unapređivanjem njihovog zdravlja.

Svaka osoba sa duševnim smetnjama ima pravo na zaštitu i unapređivanje svoga zdravlja.

Osoba sa duševnim smetnjama ima pravo na jednake uslove liječenja kao i svaka druga osoba kojoj se pruža zdravstvena zaštita.

Slobode i prava osobe sa duševnim smetnjama mogu se ograničiti samo zakonom ako je to nužno radi zaštite zdravlja ili sigurnosti te ili drugih osoba.

Dostojanstvo osoba sa duševnim smetnjama mora se štiti i poštivati u svim okolnostima.

Osobe sa duševnim smetnjama imaju pravo na zaštitu od bilo kakvog oblika zlostavljanja te ponižavajućeg postupanja. Ne smiju biti dovedene u neravnopravan položaj zbog svoje duševne smetnje. Posebne mjere koje se poduzimaju da bi se zaštitila prava ili osiguralo unapređivanje zdravlja osoba sa duševnim smetnjama ne smatraju se oblikom nejednakog postupanja. Liječenje osoba sa duševnim smetnjama organizovati se tako da se u najmanjoj mjeri ograničava njihova sloboda i prava te prouzrokuju fizičke i psihičke neugodnosti, vrijeđanje i njihova osobnost i ljudsko dostojanstvo. Psihijatri i drugi zdravstveni radnici dužni su dobrovoljnom prihvatanju saradnje u liječenju i uvažavanju želja i potreba osobe sa duševnim smetnjama dati prednost pred prisilnim mjerama.

---

<sup>18</sup> Osoba sa duševnim smetnjama je duševno bolesna osoba, osoba sa duševnim poremećajem, nedovoljno duševno razvijena osoba, ovisnik o alkoholu ili drogama ili osoba sa drugim duševnim smetnjama. Osoba sa težim duševnim smetnjama je osoba sa takvim duševnim smetnjama koja nije u mogućnosti shvatiti značenje svog postupanja ili ne može vladati svojom voljom ili su te mogućnosti smanjene u tolikoj mjeri da je neophodna psihijatrijska pomoć.

Politike, strategije i akcioni planovi promovišu podršku razvoju promotivnih i preventivnih aktivnosti, savremene dijagnostike, tretmana i psihosocijalne rehabilitacije lica sa mentalnim problemima i poremećajima na nivou službi u zajednici. Posebna pažnja treba biti posvećena razvoju usluga za vulnerable, rodno i dobno specifične grupe. Usluge koje pružaju multidisciplinarni timovi trebaju biti dostupne, pristupačne, sveobuhvatne, kvalitetne, kontinuirane i svrsishodne, te zasnovane na dokazima. Neophodno je postići i da u Bosni i Hercegovini društvo u potpunosti vrednuje i promovira mentalno zdravlje, da je oslobođeno stigme i diskriminacije i da omogući punu socijalnu uključenost lica sa mentalnim poteškoćama.

## **5. Rezimirana analiza stanja i preporuke za unapređenje u oblasti invalidnosti u Bosni i Hercegovini**

Status i prava osoba sa invaliditetom u oblasti<sup>19</sup>:

### **5.1. Socijalne zaštite**

Oblast socijalne zaštite lica sa invaliditetom u Bosni i Hercegovini regulisana je aktuelnim zakonima o socijalnoj, dječijoj i porodično-pravnoj zaštiti i spada u nadležnost entiteta. Sistemi socijalne zaštite u Federaciji BiH i Republici Srpskoj različit su i regulisani su različitim zakonima. Na nivou entiteta u Republici Srpskoj odgovornosti su podijeljene između entitetskog i lokalnog nivoa, a u Federaciji BiH odgovornost je podijeljena između entiteta, kantona i lokalnih zajednica (gradova ili općina).

„Oblast socijalne zaštite po Ustavu Bosne i Hercegovine je u isključivoj nadležnosti entiteta, a u Federaciji Bosne i Hercegovine u zajedničkoj nadležnosti Federacije BiH i kantona. Ovako određena nadležnost u značajnoj mjeri otežava kreiranje jedinstvenog pristupa u socijalnoj zaštiti, a naročito u pružanju različitih vidova podrške osobama sa invaliditetom. U socijalnoj zaštiti osoba sa invaliditetom dominiraju mjere usmjerene na novu podršku i institucionalno zbrinjavanje, dok su službe za socijalne usluge nerazvijene, uglavnom sistemski neuređene i vezane za određene projekte. U većini slučajeva postoje i kadrovi i institucionalni mehanizmi su neadekvatni potrebama, skloni su stereotipima i teško se otvaraju za nove pristupe. Ova oblast je bazirana na pravima i statusima, a ne na individualnim potrebama i ima pristup zasnovan na sistemu određivanja kategorija osoba sa invaliditetom. Otkrivanje i evidencija osoba sa invaliditetom nisu institucionalno adekvatno uređeni tako da se za veliki broj osoba sa invaliditetom ne mogu planirati programi socijalne zaštite. Visina novčanih davanja je nedovoljna za stvarne potrebe osoba sa invaliditetom i potrebe njihovih porodica. Novčana davanja za tu njegu i pomoć često se tretiraju kao

---

<sup>19</sup> Vidjeti šire: Mastikosa, O., Malić, S., Dobrijević, Šipka, S., Mandić, T., *Analiza primjene Politike u oblasti invalidnosti BiH 2008 – 2013.*, Banja Luka, april, 2014.

prihod za izdržavanje osoba sa invaliditetom, a ne kao podrška za samostalno funkcionisanje. Porodica je osnovna i jedina služba za podršku osoba sa invaliditetom, jer društvo nije razvilo mehanizme podrške ni za porodicu ni za osobe sa invaliditetom. Osobama sa invaliditetom ograničeno su dostupna pomoćna sredstva i oprema, službe za tumačenje, njega i pomoć, asistencija, pomagala, a u njihovom obezbjeđenju i nabavci one same finansijski značajno participiraju. Alternativni oblici zbrinjavanja u zajednici nisu razvijeni, a tamo gdje ih ima, ograničeni su kapaciteta i nisu dostupni svim osobama sa invaliditetom.<sup>20</sup>

## 5.2. Zdravstva

Decentralizovanost zdravstvenog osiguranja i zdravstvene zaštite u Federaciji Bosne i Hercegovine, kao i različite ekonomske moći entiteta, Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske, te kantona, čine da osigurana lica ne ostvaruju jednaka prava iz obaveznog zdravstvenog osiguranja niti imaju ravnopravan pristup svim nivoima zdravstvene zaštite i odgovarajućim zdravstvenim ustanovama.

Uzrok invalidnosti, mjesto boravka i odsustvo ujednačenih kriterijuma shodno kojima se ostvaruju prava rezultovali su neujednačenošću u prava lica sa invaliditetom. Nije došlo do značajne promjene u diskriminaciji po osnovu invalidnosti, bilo da se radi o razlikama po osnovu vrste invaliditeta tj. na inanimu koji je stečen, kao i mjesta prebivališta osobe.

Procjena stepena invalidnosti i dalje se u Bosni i Hercegovini vrši neujednačeno i samo na osnovu medicinskog modela, bez primjene Međunarodne klasifikacije funkcionisanja Svjetske zdravstvene organizacije.

U zakonskom okviru u oblasti zdravstva, iako je obavezno poštovanje ljudskih prava, nije eksplicitno navedeno, naglašeno, da se dostupnost zdravstvene zaštite obezbjeđuje osobama sa invaliditetom, tako da ne možemo reći i da je dosljedno primjenjena Politika u oblasti invalidnosti BiH.

Ostvarivanje prava na zdravstvenu zaštitu osoba sa invaliditetom karakterišu: diskriminacija osoba sa invaliditetom po uzroku nastanka invaliditeta, neodgovarajući i sistemi finansiranja zdravstvene zaštite, neracionalna raspodjela sredstava po nivoima zdravstvene zaštite, neadekvatna organizacija i stepen opremljenosti zdravstvenih ustanova, nepristupačnost, neadekvatna obimnost medicinskog i pomoćnog osoblja, nedostatak kontrole i kvaliteta pružanja zdravstvenih usluga i kontrole trošenja. Dostupnost zdravstvenih usluga je neujednačena - kako usluga primarne zdravstvene zaštite

---

<sup>20</sup> Somun Krupalija, L., Zuko, F., Haveri, H., Zahirović, S., *Analiza postojećih i mogućih nastupa uspostavljanja novih modela podrške za osobe s invaliditetom u Bosni i Hercegovini*, SHIA, MYRIGHT, Sarajevo, 2012., str. 16.



(ruralna i urbana sredina, razlike po entitetima i kantonima), tako i specijalisti kih i složenijih zdravstvenih usluga. Usluge iz oblasti zdravstvene zaštite pružaju javne medicinske ustanove, privatne zdravstvene poliklinike, a nevladine organizacije i organizacije osoba sa invaliditetom kroz realizovanje projekata obezbje uju pojedine vidove medicinske rehabilitacije, kao što su fizioterapeutske tretmani, psihosocijalni programi podrške osobama sa invaliditetom i roditeljima ili članovima porodica osoba sa invaliditetom.<sup>21</sup>

Dostupnost zdravstvenih usluga je poboljšana, ali još uvijek nedovoljno.

Na svim nivoima vlasti prepoznaju se centri za mentalno zdravlje (koji pružaju usluge iz oblasti mentalnog zdravlja u BiH) i centri za rehabilitaciju u zajednici kao pružaoci usluga - oblika rehabilitacije koji je dostupan osobama sa invaliditetom. Pristup mobilnim zdravstvenim uslugama razlikuje se u pojedinim opštinama. U nekim slučajevima postoje mobilne laboratorije, patronažne službe i slično, ali ne postoje usluge rehabilitacije, dok u nekim opštinama uopšte ne postoje mobilne usluge. Organizacije osoba sa invaliditetom su posebno naglašavaju loše uslove zdravstvene zaštite žena, osoba sa invaliditetom na selu i osoba sa mentalnom retardacijom.

Poseban problem predstavlja nabavka, odnosno (ne)dostupnost ili nedovoljna dostupnost pomagala za osobe sa invaliditetom, zbog nedostatka sredstava, ekonomske krize, dodatnog smanjenja iznosa koji su namijenjeni za sva pomagala.

Postoji razlika u ostvarivanju prava na pomagala, diskriminacija po uzroku nastanka i vrsti invaliditeta, kao i prebivalištu, gdje se pravo na isto pomagalo ostvaruje pod različitim uslovima ili se uopšte ne ostvaruje. Pomagala koja mogu da se nabave preko fondova zdravstvenog osiguranja su najčešće neodgovarajuća i ne prate tehnička dostignuća, a za pojedina lica sa invaliditetom njihova nabavka preko fondova uopšte nije moguća.

Usluge za pojedine kategorije lica sa invaliditetom kao što su stomatološke usluge za mentalno nedovoljno razvijena lica ili ginekološke usluge za žene u kolicima još uvijek su sporadično razvijene u nekim većim sredinama, ali u većini opština ih nema, niti postoji razvijena svijest o tome da su potrebne.

### **5.3. Obrazovanja**

Pravni okvir koji reguliše oblast obrazovanja u Bosni i Hercegovini izmijenjen je u pravcu unaprjeđenja poštivanja prava osoba sa invaliditetom u vaspitno obrazovnom procesu, na svim nivoima vlasti omogućena su jednaka

---

<sup>21</sup> Vidjeti šire: Ibid., str. 14.

prava i mogućnosti licima sa invaliditetom, od predškolskog obrazovanja do obrazovanja odraslih, jedan od glavnih pravaca razvoja obrazovnog sektora podrazumijeva unaprijeđenje procesa inkluzije u obrazovanju djece sa invaliditetom, kroz osiguranje odgovarajuće školske infrastrukture, programa i obuke nastavnika, te ustanovljavanje specijalnih ustanova kao resursnih centara i ekspertize za djecu i mlade sa izrazitim teškoćama u razvoju i učenju.

Važe i propisi nedvosmisleno zabranjuju sve vidove diskriminacije u vaspitno-obrazovnom procesu i uopće u ostvarenju prava na obrazovanje po osnovu invalidnosti i naglašavaju i pravo svakog djeteta na odgoj i obrazovanje pod jednakim uslovima. Međutim, teškoće i problemi sa kojima se osobe sa invaliditetom suočavaju u obrazovanju su: loši prostorni i materijalni uslovi, nepristupačna sredstva javnog transporta, arhitektonsko-urbanističke i informacijske barijere, neujednačena rasprostranjenost mreže ustanova, nedovoljno osposobljen stručni kadar, predrasude, kao i neprilagođeni udžbenici, literatura i didaktička pomagala.

Broj lica sa invaliditetom u obrazovnom sistemu se povećava. Iako djeca sa invaliditetom imaju i ostvaruju pravo na školovanje u redovnom sistemu obrazovanja bez diskriminacije i izdvajanja i inkluzivno obrazovanje omogućeno je na svim nivoima obrazovanja, značajan broj djece sa smetnjama u razvoju školuje u specijalizovanim ustanovama jer škole nemaju kapacitete da im omoguće adekvatnu podršku. Osnovni nedostatak u procesu inkluzije djece sa smetnjama u razvoju jeste nedostatak rane dijagnostike i ranog tretmana.

Prioriteti za djelovanje u pravcu unaprijeđenja pristupa obrazovanju i kvaliteta obrazovanja lica sa invaliditetom mogu se rezimirano prikazati na sljedeći način:

- sistematska obuka nastavnika za rad sa djecom sa smetnjama u razvoju (na čemu se, uglavnom, radi) parcijalno kroz projekte,
- izrada, unaprijeđenje i upotreba novih nastavnih planova i programa kao i udžbenika prilagođenih djeci sa različitim potrebama (i individualiziranih planova i programa),
- potpunija primjena pedagoških standarda i normativa,
- unaprijeđenje i dosljedna primjena pravnog okvira o osnovnom i srednjem obrazovanju i pratećih provedbenih akata koji normiraju školovanje djece sa smetnjama u razvoju,
- uvezivanje škola sa ostalim relevantnim akterima u cilju bolje obaviještenosti o dostupnim sistemima podrške.

#### 5.4. Rehabilitacije i zapošljavanja

Nakon usvajanja Politike u oblasti invalidnosti BiH, u Federaciji BiH je 2010. godine donesen Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji, osposobljavanju i zapošljavanju osoba sa invaliditetom<sup>22</sup>, a u Republici Srpskoj Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji, osposobljavanju i zapošljavanju invalida<sup>23</sup>. Pored entitetskih Zakona o radu, ova dva zakona, ine osnovu pravnog okvira koji se odnosi na zapošljavanje lica sa invaliditetom. Ova oblast je ure ena i mnogobrojnim podzakonskim aktima i svi su na elno uskla eni sa Politikom u oblasti invalidnosti BiH.<sup>24</sup>

Prema navedenom pravnom okviru, zapošljavanje lica sa invaliditetom u BiH odvija se na osnovu dva osnovna modela: zapošljavanje na otvorenom tržištu pod jednakim uslovima i zapošljavanje pod posebnim uslovima (posebni programi, beneficirani uslovi zapošljavanja, preduze a za zapošljavanje lica sa invaliditetom, zaštitne radionice), a po osnovu sklapanja ugovora o radu ili samozapošljavanjem. Zakonski tekstovi su u oba entiteta sli ni, a predvi aju zakonsku obavezu državnih ustanova i institucija da na svakih 16 zaposlenih zaposli 1 lice sa invaliditetom, odnosno stimulatívne mjere za privatne poslodavce, ako zapošljavaju lica sa invaliditetom, u vidu poreskih olakšica.

Ukoliko nemaju potreban cenzus za tzv. obavezno zapošljavanje, moraju izdvajati odre en iznos na bruto plate zaposlenih u Fondove za profesionalnu rehabilitaciju, osposobljavanje i zapošljavanje. Pravna lica koja nemaju obavezu zapošljavanja (npr. nevladine organizacije) tako e izdvajaju odre en iznos koji je procentualno manji nego u slu aju državnih subjekata. Posebno je definisan status preduze a za zapošljavanje lica sa invaliditetom, pa tako u FBiH privredno društvo za zapošljavanje lica sa invaliditetom treba imati najmanje 40% zaposlenih sa takvim statusom, a u RS najmanje 51%.

Uprkos injenici da zakon predvi a da lice koje se može zaposliti kao lice sa invaliditetom, pod posebnim uslovima, mora imati 40% invaliditeta odnosno 70% tjelesnog ošte enja, vrlo rijetko se zapošljavaju lica sa funkcionalno velikim ošte enjima, npr. korisnici/ce invalidskih kolica i sl. Pored stimulatívnih mjera definisanih zakonom, ikroz projekte zapošljavanja poslodavci su stimulisani za zapošljavanje lica sa iznosom sredstava (razli ito po projektima). Aktivnosti u oblasti stvaranja povoljnijih uslova u društvu za zapošljavanje lica sa invaliditetom obavljaju fondovi za profesionalnu rehabilitaciju, osposobljavanje i zapošljavanje. Politika u oblasti invalidnosti, ali

---

<sup>22</sup> (Sl. Novine FBiH 9/10)

<sup>23</sup> (Službeni glasnik RS 37/12)

<sup>24</sup> Pravilnik o evidenciji zaposlenih invalida, Pravilnik o radnim mjestima i poslovima za prioritétno zapošljavanje invalida, Pravilnik o uslovima u pogledu prostora, opreme i stru nosti radnika...

ni prate e Strategije, nisu izazvale uvo enje novih mjera, programa ili akcija za unaprje enje oblasti zapošljavanja lica sa invaliditetom, u ve em obimu.

Proces obrazovanja, profesionalne rehabilitacije i zapošljavanja osoba sa invaliditetom u Bosni i Hercegovini ima slabosti koje se ogledaju u sljede em: nekompatibilnosti sistema, nepostojanje adekvatnih planova obrazovanja i profesionalne rehabilitacije prema potrebama tržišta rada, nedovoljna informisanost o mogu nostima koje nude normativni i instutucionalni okviri, opšte stanje i ekonomski i privredni život, predrasude i stereotipi prema osobama sa invaliditetom. Stanje u ovim oblastima dodatno usložnjava nizak stepen obrazovanja osoba sa invaliditetom, nekonkurentnost njihovog zanimanja i kvalifikacione strukture na tržištu rada, teška ekonomska situacija i neravnomjerna razvijenost usluga podrške u lokalnim zajednicama. Neki od uzroka niske stope zaposlenosti osoba sa invaliditetom su: neprilago eni radni uslovi i radni ambijent potrebama lica sa invaliditetom, slaba motivacija poslodavaca, uticaj predrasuda i iskrivljenih stavova o zapošljavanju i radu lica sa invaliditetom.

#### **5.5. Ostvarenja ljudskog dostojanstva, li nog integriteta, društveni, intimni i porodi ni život**

Politika u oblasti invalidnosti BiH, kroz više indikatora, definiše ostvarenje ljudskog dostojanstva, li nog integriteta, društveni, intimni i porodi ni život: porodi ni život, ostvarenje kulturnih, sportskih i vjerskih potreba.

U sistemima socijalne i zdravstvene zaštite nema dovoljno savjetovališta za porodicu, a posebno savjetovališta za osobe sa invaliditetom i njihove porodice. Broj osoba sa invaliditetom koje su ostvarile porodi ni život je izuzetno mali. Osobe sa invaliditetom nemaju zna ajne mogu nosti da pristupe i da se iskažu u kulturnim i sportskim sferama. Još uvijek je mali broj djece i žena uklju eno u sportske aktivnosti, mali je broj sportova za osobe sa invaliditetom uopšte i postoje predrasude da je sport naporan za osobe sa invaliditetom. U oblasti kulture, postoje odre eni programi koji se razvijaju i osobe sa invaliditetom u estvuju u njima, ali to je još uvijek nedovoljno. Pristup vjerskim objektima za osobe sa invaliditetom nedovoljno je poboljšan. Nedostatak porodi ne podrške i predrasude javnosti uti u i na opšti status osoba sa invaliditetom u politi kom životu.

#### **5.6. Status organizacija osoba sa invaliditetom u društvu**

Iako je status organizacija osoba sa invaliditetom posebno prepoznat u „Politici u oblasti invalidnosti BiH“ kao oblast na osnovu koje treba mjeriti ukupan status osoba sa invaliditetom u društvu i normirana je mogu nost da organizacije osoba sa invaliditetom sti u status organizacija od društvenog

interesa, još uvijek su nedovoljna budžetska izdvajanja neophodna za rad organizacija osoba sa invaliditetom i još uvijek se ne poklanja dovoljno pažnje pitanjima invaliditeta na entiteskim i posebno lokalnim nivoima jer u najvećem broju slučajeva ne postoje planovi potreba za lica sa invaliditetom na lokalnom nivou niti usvojeni i u primjeni lokalni akcioni planovi u oblasti invalidnosti.

## 6. Opći zaključci i preporuke

Meunarodni standardi, pravni akti, javne politike, strategije i akcioni planovi u oblasti invalidnosti u Bosni i Hercegovini garantuju ljudska prava osobama sa invaliditetom.

Međutim:

- „Politika u oblasti invalidnosti BiH“ ne primjenjuje se u praksi na odgovarajućim i na in.
- Nije ostvaren značajan napredak u prihvatanju filozofije uključivanja i rješavanja pitanja invalidnosti u glavne društvene tokove i uključivanje ne oblasti života.
- Društveno-politički kontekst, ustrojstvo države, rascjepkanost pravnog okvira i ekonomska kriza u Bosni i Hercegovini značajno utiču u i na sprovođenje Politike u oblasti invalidnosti i generalno na položaj osoba sa invaliditetom.
- Koordiniraju uloga BiH organa ne omogućavaju im da adekvatno prate sprovođenje „Politike u oblasti invalidnosti BiH“.
- Oba entiteta su izradila Strategije koje određuju pravce djelovanja u cilju poboljšanja položaja i izjednačavanja mogućnosti za osobe sa invaliditetom.
- Svijest o inkluziji osoba sa invaliditetom kao filozofiji života nije u dovoljnoj mjeri razvijena jer ne postoji niti se provodi dovoljno obuhvatnih i efikasnih inicijativa za prilagođavanje sistema osobama sa invaliditetom nego se, još uvijek, osoba sa invaliditetom, sa svim svojim specifičnostima, pokušava uklopiti u postojeće okvire.
- Postojeći resursi nisu dovoljno iskorišteni i nema ažurne razmjene informacija između različitih sistema o dostupnim vidovima podrške za osobe sa invaliditetom.
- Nivo pripremljenosti sektora, ustanova i službi koje (bi trebalo da) pružaju usluge i daju podršku za osobe sa invaliditetom zavisi od stepena razvijenosti lokalne zajednice i geografskog položaja.
- Lokalne zajednice nemaju dovoljnu svijest o svojoj ulozi i mogućnostima podrške u procesu inkluzije osoba sa invaliditetom.
- Nedostatak finansijskih sredstava najčešće je prepreka ostvarenju prava – novina potraživanja osoba sa invaliditetom i ujedno prepreka i potrebom povećanja obima prava.

- Ključne karakteristike postojećih usluga za osobe sa invaliditetom je da su razvijene u okviru pristupa invalidnosti koji se zasniva na “milosrdnom” i “medicinskom” modelu.
- Na svim nivoima vlasti BiH, entiteta, kantona, gradova i opština, i u svim oblastima, treba obezbijediti i unaprijediti posebne budžetske linije za provođenje Politike u oblasti invalidnosti BiH, kao i strategija i (lokalnih) akcionih planova proisteklih iz njih.
- Potrebno je javnim kampanjama redovno podizati svijest javnosti o tome da osoba sa invaliditetom u društvu kao jednakopravni građanin.
- Neophodno je unaprijediti i dosljedno primjenjivati pravni okvir sa ciljem omogućavanja izjednačavanja procjene invalidnosti u svim sistemima u kojima se pojavljuju osobe sa invaliditetom bez obzira na mjesto prebivališta i uzrok nastanka invaliditeta.
- Pravnim okvirom potrebno je stimulirati razvoj socijalnih usluga i samostalan život osoba sa invaliditetom, a posebno razvoj sistema podrške i usluga personalne asistencije, uz obavezu prilagođavanja sistema i usluga potrebama osoba sa invaliditetom.
- Od ključnog značaja su educiranost i senzibiliziranost stručnjaka u raznim oblastima u kojima se pružaju usluge osobama sa invaliditetom, adekvatna infrastruktura, prilagođenost i opremljenost objekata i resursa neophodnih za kvalitetan život i ostvarenje prava osoba sa invaliditetom, i tome se treba posvetiti posebna pažnja.

Novi model odnosa prema invalidnosti i osobama sa invaliditetom trebao bi:

- da osigura različite vidove podrške za osobe sa invaliditetom (podrška u samostalnom življenju - prevencija smještaja osoba sa invaliditetom u institucije i deinstitucionalizacija, personalna asistencija, planiranje usmjereno na osobu, centri za dnevni boravak za djecu i osobe sa invaliditetom, okupaciona terapija, usvajanje osnovnih životnih vještina, samozastupanje, samoodređenje, savjetovanje, pristup na informacije, podrška u inkluzivnom obrazovanju, razvijanje novih vještina, podrška u zapošljavanju, socijalno stanovanje/stanovanje uz podršku, rehabilitacijske usluge),
- da bude zasnovan na nizu različitih usluga razvijenih na nivou lokalne zajednice, utemeljen na potrebama osoba sa invaliditetom i obezbijeden od države i
- da se putem njega omogućava optimalno uključivanje i integrisanje osoba sa invaliditetom u zajednicu u svim segmentima života.

Amra Jašarbegović, Ph.D, Assistant Professor  
Faculty of Law of the Džemal Bijedić University of Mostar

Rebeka Kotlo, Ph.D, Assistant Professor  
Faculty of Law of the Džemal Bijedić University of Mostar

## **LEGAL FRAMEWORK, PUBLIC POLICIES AND PRACTICE OF WORK IN THE FIELD OF DISABLED PERSONS IN BOSNIA AND HERZEGOVINA, INCLUDING THE PERSONS WITH MENTAL DISORDERS**

**Summary:** By way of the adoption and ratification of a number of international instruments in the field of human rights and fundamental freedoms, and of the power of its constitutional norm, the state of Bosnia and Herzegovina committed itself to ensuring the highest level of human rights and fundamental freedoms to all persons within its territory without any kind of discrimination, including the discrimination based upon disability. Unfortunately, regardless of that fact, disabled persons come across various barriers and difficulties in the exercise of their rights. A specific constitutional system, the grant of the status and rights based on disability in various systems (social and health protection, pension and disability insurance, education, rehabilitation and employment...) and at various levels of authority, constituted a basis for the discrimination of disabled persons and an additional barrier to exercising their rights.

In their paper, the authors analyse international standards, legal acts, public policies, strategies and action plans in the field of disability in Bosnia and Herzegovina, the rights and the status of disabled persons, including the persons with mental disorders, they provide a summarized analysis of the current situation in Bosnia and Herzegovina in this field and give their recommendations for the improvement of legal framework and practice in the field of disability in Bosnia and Herzegovina.

**Key words:** disabled persons, legal framework, international standards, public policies, action plans, analysis of the current situation, recommendations





## NAU NI ISTRU NI RADOVI PROF. DR. NERIMANE TRALJI

1. Neka pitanja o izdržavanju djece, Narodna uprava, 1963/4-5
2. Odvojen život kao razlog za razvod braka, Narodna uprava, 1965/1-2
3. Primjena l. 15. i 19. OZORD-a, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 1965/1-2
4. Ravnopravnost žene u odnosu na razvod braka, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, 1965.
5. Uloga socijalnog radnika prilikom usvojenja, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, 1966.
6. Sporazumni razvod braka, Narodna uprava, 1966/9-10
7. Pitanje izdržavanja djece iz razvedenih brakova i predstoje a kodifikacija porodi nog zakonodavstva, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, 1967.
8. Lišenje roditeljskog prava u praksi opštinskih sudova i predstoje a kodifikacija porodi nog zakonodavstva, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, 1969.
9. Konceptija izdržavanja djece u Zakoniku o porodici, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, 1970.
10. Smisao i zakonske pretpostavke mjera za zaštitu li nosti maloljetne djece po OZORD, Pravna misao, 1970/1-2
11. Izdržavanje bra nih drugova de lege ferenda, Pravna misao, 1973/5-6
12. Izdržavanje razvedenih bra nih drugova u sudskoj praksi, Pravna misao, 1974/5-6-
13. Povjeravanje djece nakon razvoda braka, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 1974.
14. Stanarsko pravo bra nih drugova, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, 1974.
15. Oduzimanje djece od roditelja i lišenje roditeljskog prava (magistarski rad – Sarajevo 1970)
16. Pravne posljedice razvoda braka (doktorska disertacija – Beograd, 1974)
17. Primjena l. 65. st.1. i l. 66. OZB, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, 1975.
18. Naknada štete kao posljedica razvoda braka, Advokatura, 1975/2
19. Tradicionalno i novo u brakorazvodnom pravu socijalisti kih republika i pokrajina, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, 1976.
20. Izdržavanje bra nog druga u svjetlu uslova predvi enih u savremenom zakonodavstvu, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 1978/1-2
21. Neke inovacije u oblasti izdržavanja bivših bra nih drugova u novom zakonodavstvu republika i pokrajina, Pravna misao, 1978/7 i 8
22. Institut usvojenja u porodi nom zakonodavstvu, Pravna misao, 1980/9 i 10
23. Neke inovacije u bra nom zakonodavstvu SR BiH, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, 1980

24. Vanbra na porodica i slobodno roditeljstvo, Edicija Filozofskog fakulteta u Sarajevu,
25. Usvojenje sa stanovišta ustavne odredbe o slobodnom roditeljstvu, Edicija Filozofskog fakulteta u Sarajevu
26. Porodi no pravo i humanizacija odnosa me u polovima, Edicija Filozofskog fakulteta u Sarajevu
27. Ovlaštenja organa starateljstva u oblasti odnosa izme u roditelja i djece u smislu porodi nog zakonodavstva, Pravna misao 1981/5-6
28. Porodi ni zakon SR BiH – s priložima, objašnjenjima i stvarnim registrom, Izdanje Službeni list SR BiH, 1983
29. Osnovi nasljednog prava, Udžbenik za studente Pravnog fakulteta (Izdanje „To je to“, Sarajevo, 1991)
30. Nove tendencije u teoriji i pozitivno-pravnim rješenjima u oblasti porodi nog prava, Istraživa ki projekt finansiran od strane Šeme za podršku istraživanjima – Centralni evropski Univerzitet, br. OSI-60/94
31. Razvod braka, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, 1996.
32. Ho u da imam roditelje, Žena 21 – List za ženu i porodicu, Specijalno izdanje, 1996.
33. Porodica i usvojenje I. Toplina doma i ljubav porodice, Porodica i dijete – asopis za brigu o djeci, 1997/1
34. Porodica i usvojenje I. Pokloniti djeci roditeljsku ljubav, Porodica i dijete, – asopis za brigu o djeci, 1997/2
35. Djeca bez roditeljskog staranja i njihova zaštita u ratnim uvjetima, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, 1997
36. Najve i interes djeteta – kao klju na odredba Konvencije o pravima djeteta i naše porodi no zakonodavstvo i praksa nadležnih organa, Izdava Institucija ombudsmana - Odjel za prava djeteta, 1998.
37. Neki aspekti prava djeteta, 1998
38. Porodi no pravo, udžbenik u izdanju „COLPI“ - Budimpešta, 1998. i 2001 (koautorstvo sa Suzanom Bubi )
39. Bra no pravo, udžbenik u izdanju Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu, 2007 (koautorstvo sa Suzanom Bubi )
40. Roditeljsko i starateljsko pravo, udžbenik u izdanju Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu, 2007 (koautorstvo sa Suzanom Bubi )