

OPSEG LIŠENJA POSLOVNE SPOSOBNOSTI KAO PRETPOSTAVKA ZAŠTITE PRAVA I DOSTOJANSTVA OSOBA S INVALIDITETOM³

SAŽETAK

Skrbništvo kao institut obiteljskog prava je desetljećima bilo važno, ali ipak neriješeno pitanje. Posljednja reforma obiteljskog prava iz 2014. i 2015. godine donijela je određene promjene koje su objašnjene i zagovarane kao novi doprinos poboljšanju pravnog položaja odraslih osoba s invaliditetom s jedne, te doprinos pravnoj sigurnosti te vladavini prava s druge strane. Obiteljski zakon propisuje da se osoba ne može potpuno lišiti poslovne sposobnosti, već samo djelomice. Možemo se samo zapitati kako se ova odredba može primijeniti, primjerice, u slučajevima kad je ta osoba u komi? Mudar zakonodavac dopušta da suci budu daleko više od samih izvršitelja njegovih namjera. Međutim, čini se da bi mudar sudac pri donošenju odluke o tom pitanju u određenim slučajevima djelovao contra legem, ako bi pokušao dosljedno i sveobu-

¹ Izv. prof. dr. sc. Irena Majstorović, pravica,
e-mail: irena.majstorovic@pravo.hr

² Doc. dr. sc. Ivan Šimović, pravnik, e-mail: ivan.simovic@pravo.hr

³ Cjeloviti rad na engleskom jeziku objavljen je u elektroničkoj verziji na mrežnim stranicama časopisa.

Pregledni rad
Primljeno: listopad, 2017.
Prihvaćeno: ožujak, 2018.
UDK 347.646-056.26
DOI 10.3935/ljsr.v25i1.192.

Irena Majstorović¹
orcid.org/0000-0002-4937-5968

Ivan Šimović²
orcid.org/0000-0002-0222-5073

Sveučilište u Zagrebu
Pravni fakultet

Ključne riječi:

Konvencija o pravima osoba
s invaliditetom, Obiteljski
zakon, lišenje poslovne
sposobnosti.

hvatno zaštititi osobu s invaliditetom, što ne može biti prihvatljivo. Stoga je cilj ovog rada dodatno osvijetliti novousvojene odredbe Obiteljskog zakona u odnosu na lišenje poslovne sposobnosti, s općom pretpostavkom da se takva zakonodavna intervencija ne može smatrati ni razmjernom niti učinkovitom.

UVODNE NAPOMENE

Reforma hrvatskoga obiteljskog prava, započeta 2014. te nastavljena 2015. godine, trebala je predstavljati sveobuhvatan odgovor na brojna pitanja koja su proizlazila iz zakonodavstva i prakse. U ovome trenutku, jasno je da taj cilj još nije dostignut. Valja napomenuti da je ubrzo nakon stupanja na snagu Obiteljskog zakona iz 2014. godine (Obiteljski zakon, 2014.) započet postupak ocjene ustavnosti odredaba toga propisa te je njegova primjena suspendirana Rješenjem Ustavnog suda Republike Hrvatske (Ustavni sud Republike Hrvatske, 2015.a). Prije odluke Ustavnoga suda o meritumu, započet je zakonodavni postupak za donošenje novog obiteljskog zakona, koji je okončan stupanjem na snagu Obiteljskog zakona iz 2015. godine (Obiteljski zakon, 2015.).

Tema su ovoga rada pojedine odredbe Obiteljskog zakona o skrbništvu za odrasle osobe. Kako se navodi u Obrazloženju uz Konačan prijedlog Obiteljskog zakona, koji je Vlada Republike Hrvatske usvojila u rujnu 2015. godine, institut skrbništva izmijenjen je u odnosu na zaštitu odraslih osoba lišenih poslovne sposobnosti, a s obzirom na činjenicu da Republika Hrvatska nema obvezu lišavati osobe s invaliditetom poslovne sposobnosti, nego poduzimati odgovarajuće mjere osiguravanja potrebne pomoći osobama s invaliditetom za ostvarivanje poslovne sposobnosti (Vlada Republike Hrvatske, 2015.).

Temeljna je odredba o zaštiti institutom skrbništva članak 221. Obiteljskoga zakona, koji određuje da skrbnička zaštita mora biti primjerena, individualizirana te u skladu s dobrobiti štíćenika. Ovo je načelna odredba koja odražava suvremene spoznaje o zaštiti osoba s invaliditetom te je kao takva neprijeporna.

Međutim, barem se dva izazova pojavljuju u praktičnoj provedbi ove norme u praksi, osobito u dijelu koji se odnosi na individualizirani pristup. Prvi izazov je taj da (više) ne postoji mogućnost potpunog lišenja poslovne sposobnosti što otvara brojna pitanja, kako teorijske, tako i praktične naravi. Drugi se izazov odražava u nužnosti zaštite osobe u odnosu na koju je pokrenut postupak za lišenje poslovne sposobnosti. U skladu s člankom 241. stavak 1. točka 1., toj će se osobi imenovati poseban skrbnik, osim ako je ona ranije putem anticipirane naredbe odredila osobu za koju želi da je zastupa u postupku zbog lišenja poslovne sposobnosti, a ta osoba ispunjava pretpostavke za skrbnika.

Budući da je potonja mogućnost novina u hrvatskom pravnom sustavu, rijetko se koristi, te stoga u pravilu centar za socijalnu skrb imenuje posebnog skrbnika radi

zaštite osobnih i imovinskih interesa osobe u odnosu na koju je pokrenut postupak radi lišenja poslovne sposobnosti. Poseban je skrbnik, sukladno stavku 2. istoga članka, tada zaposlenik Centra za posebno skrbništvo (usp.: Aras Kramar i Ljubić, 2017.).

Prema članku 544. Obiteljskog zakona, Centar za posebno skrbništvo je javna ustanova upisana u sudski registar, a koju je osnovala Republika Hrvatska za područje cijele države. Od osnivanja, djelovanje ovog Centra trpi brojne prigovore, a većina prigovora proizlazi iz puke činjenice da nije dovoljno osnažen da bi ostvarivao svoje dužnosti, uslijed nedostatnih financijskih sredstava koja posljedično dovode do nedostatnog broja zaposlenika, no daljnja bi analiza ovog pitanja prelazila doseg ovoga rada.

Držimo stoga da bi trebalo ponovno razmotriti mogućnost uvođenja potpunog lišenja poslovne sposobnosti, no uvijek samo kao iznimka, koja se primjenjuje u vrlo specifičnim slučajevima. Općenito govoreći, ovu bi mogućnost trebalo razmatrati samo u slučajevima kad nije moguće s osobom uspostaviti bilo kakav smisleni kontakt.

Navedeno slijedi i iz analize usporednih pravnih sustava koji su neskloni otклонiti mogućnost potpunog lišenja poslovne sposobnosti, kao što su, primjerice, Austrija, Njemačka, Italija, Francuska ili Švicarska, dakle države čiji su pravni sustavi nerijetko uzor hrvatskome zakonodavcu.

Čak i sustavi manje bliski hrvatskome slijede istu logiku. Primjerice, Australsko je povjerenstvo za pravnu reformu nedavno objavilo izvješće u kojem podsjećaju na postojanje »teških slučajeva« (eng. *hard cases*) u kojima je iznimno teško ili čak nemoguće utvrditi volju i želje osobe, te je stoga nužno da netko drugi za njih odluči (Australian Government – Australian Law Reform Commission, 2014.: 62). Isto Povjerenstvo drži da je to posljedica okolnosti da će pojedine osobe uvijek trebati druge da odluče za njih (Australian Government – Australian Law Reform Commission, 2014.: 278). Slično stajalište zauzima i Norveška koja je jasno navela da je, u iznimnim slučajevima, zamjensko odlučivanje rješenje koje podupiru, naravno, uz uvjet da su u zakonodavstvo implementirani odgovarajući zaštitni mehanizmi (Freeman i sur., 2015.: 848).

Kako bismo dodatno provjerili navedenu hipotezu u praksi, izvršili smo uvid u recentnu sudsku praksu Općinskoga građanskog suda u Zagrebu, u listopadu 2016. godine te ponovno u lipnju 2017. godine. Analizirali smo ukupno trideset sudskih rješenja koja su donesena u postupcima zbog lišenja poslovne sposobnosti, odnosno radi vraćanja poslovne sposobnosti, a prema nasumičnom odabiru zaduženog sudskog službenika. Dakako, bilo bi nerealno tvrditi da se takvo istraživanje može smatrati sveobuhvatnim i relevantnim za sve slučajeve u cijeloj državi, no obrasci postupanja više su nego očiti. Stoga nije nerealno pretpostaviti da je stanje slično i na drugim hrvatskim sudovima.

Neovisno o tome, svrha ovog rada nije kritizirati postojeće zakonodavstvo i praksu. Upravo suprotno, kao rezultat istraživanja utemeljenog na činjenicama, predlažemo promjene *de lege ferenda*. Naime, uvjereni smo da samo usklađeno djelovanje u području zaštite osoba s invaliditetom može donijeti željene pomake, *inter alia* očuvanje ljudskih prava i dostojanstva tih osoba.

ZAKONSKI OKVIR: NEPOSTOJANJE MOGUĆNOSTI POTPUNOG LIŠENJA POSLOVNE SPOSOBNOSTI

Lišenje poslovne sposobnosti odavno se koristi kao oblik zaštite osoba koje, zbog svog zdravstvenog stanja, nisu u mogućnosti štiti svoja prava i interese. Dakako, pojam »zdravstvenog stanja« na ovome se mjestu koristi ponajprije vezano uz pitanja duševnog zdravlja. Napredak se pojedinog društva uvijek procjenjivao i na temelju pristupa najranjivijim skupinama, a osobe s duševnim smetnjama nedvojbeno ulaze u tu kategoriju.

Pravni se okvir u svojoj biti nije stoljećima mijenjao. Podsjetimo samo na institute rimskoga prava *cura furiosi*, *cura debilium personarum* ili pak *cura prodigi* (Horvat, 1980.). Međutim, smisao lišenja poslovne sposobnosti značajno se izmijenio. Sve do nedavno, gotovo da se moglo tvrditi da je lišenje poslovne sposobnosti, neovisno o tome kojim se nazivom institute opisivalo, bilo usmjereno zaštitu društva od pojedinca s invaliditetom. Kako točno upozoravaju Korać Graovac i Hrabar (2007.) odrasle osobe s duševnim smetnjama stoljećima su bile isključene iz društva.

Suvremena paradigma i pristup usmjereni su zaštitu pojedinca s invaliditetom od društva, drugim riječima da pravni sustav osigurava zaštitu pojedinca s invaliditetom, ponajprije od drugih koji bi postupali u lošoj vjeri prema toj osobi, ali isto tako, pod određenim okolnostima, na neki način i zaštitu pojedinca s invaliditetom od samoga sebe. Također, nova paradigma zagovara sve obuhvatniju uključenost u društvo te promiče zaštitu od diskriminacije te zaštitu ljudskoga dostojanstva općenito.

Mogućnost lišenja poslovne sposobnosti početno je bila zamišljena na način da je djelomično lišenje poslovne sposobnosti trebalo biti pravilo, a potpuno lišenje poslovne sposobnosti iznimka od toga pravila, kako su određivali suvremeni obiteljskopравни propisi, primjerice članak 182. Obiteljskog zakona iz 1998. godine (Obiteljski zakon, 1998.) ili članak 159. Obiteljskog zakona iz 2003. godine (Obiteljski zakon, 2003).

Međutim, neovisno o namjeri zakonodavca, što, nažalost, nije rijetkost, stanje je u praksi bilo upravo suprotno – potpuno lišenje poslovne sposobnosti postalo je pravilo, a djelomično lišenje poslovne sposobnosti iznimka. Navedeno nepobitno

proizlazi i iz statističkih podataka za posljednje godine. Naime, u ukupnom broju osoba lišenih poslovne sposobnosti od 2007. do 2015. godine, za koje postoje usporedivi podaci na mrežnim stranicama Ministarstva za demografiju, obitelj, mlade i socijalnu politiku, jednostavna matematička radnja potvrđuje da je udio osoba djelomice lišenih poslovne sposobnosti tek oko 12%. U pojedinosti, od 2007. do 2015. godine, postoci su: 10,82%, 10,13%, 10,76%, 12,86%, 11,03%, 11,74%, 12,13%, 15,43% i 16,40% za 2015. godinu (Ministarstvo za demografiju, obitelj, mlade i socijalnu politiku, 2017.).

Zanimljivo je istaknuti i broj sudskih odluka kojima je poslovna sposobnost vraćena. Iz istih statističkih podataka slijedi da je (od 2007. godine, ali se može pretpostaviti da stanje bilo usporedivo i ranije) od ukupnog broja lišenja poslovne sposobnosti, sudska odluka o vraćanju poslovne sposobnosti donesena u manje od pola posto slučajeva. U pojedinosti, od 2007. do 2015. godine, postoci su: 0,12%, 0,20%, 0,27%, 0,30%, 0,34%, 0,29%, 0,30%, 0,36% i 0,29% za 2015. godinu (Ministarstvo za demografiju, obitelj, mlade i socijalnu politiku, 2017.). Navedeni podaci dostatni su za zaključak da je reforma instituta skrbništva bila nužna, kako se i zagovaralo u hrvatskoj obiteljskopravnoj teoriji.

Utjecaj Konvencije o pravima osoba s invaliditetom i Odbora za prava osoba s invaliditetom

Zamisao žurne potrebe poboljšanja pravnog položaja osoba s invaliditetom, kako u Hrvatskoj tako i u brojnim drugim sustavima, dobila je na važnosti stupanjem na snagu Konvencije Ujedinjenih naroda o pravima osoba s invaliditetom (dalje u tekstu: Konvencija) i Fakultativnog protokola uz Konvenciju (Konvencija o pravima osoba s invaliditetom i Fakultativni protokol uz Konvenciju o pravima osoba s invaliditetom, 2007., 2008.). Svrha ove Konvencije je, ističe se u članku 1., promicanje, zaštita i osiguravanje punog i ravnopravnog uživanja svih ljudskih prava i temeljnih sloboda svih osoba s invaliditetom i promicanje poštovanja njihovog urođenog dostojanstva.

Kako se ističe u često navođenom Priručniku za parlamentarne zastupnike o Konvenciji o pravima osoba s invaliditetom i Fakultativnom protokolu uz Konvenciju: »*Konvencija upotpunjuje postojeće međunarodne sporazume o ljudskim pravima. Ona ne priznaje nova ljudska prava osobama s invaliditetom, već pojašnjava obveze i dužnosti država u poštovanju i osiguranju jednakog uživanja svih ljudskih prava svih osoba s invaliditetom. Konvencija određuje područja u kojima treba napraviti prilagodbe kako bi osobe s invaliditetom mogle ostvarivati svoja prava kao i područja u kojima ta prava trebaju biti osnažena, jer se rutinski krše. Ona također određuje opće najniže standarde koji bi se trebali primjenjivati na sve te osiguravati temelj usklađenog okvira djelovanja*« (UN, 2007.:5).

Nova je paradigma dakako prešla okvire obiteljskoga prava. Primjerice, Zakon o registru birača (2012.) u članku 64. određuje da se osobe potpuno lišene poslovne sposobnosti smatraju biračima te se upisuju u registar birača. Navedeno je predstavljalo velik pomak u odnosu na raniji Zakon o popisima birača (2007.) sukladno kojem se u popis birača upisivalo sve punoljetne hrvatske državljane, osim onih koji su pravomoćnom sudskom odlukom bili u potpunosti lišeni poslovne sposobnosti.

Stoga je jasna svijest hrvatskog zakonodavca u 2014. i 2015. godini o tome da je reforma instituta skrbništva nužnost. Svjestan nedostataka i slabosti sustava tada, no, nažalost, i sada prisutnih, zakonodavac je odlučio urediti tek neka pitanja, nadajući se da će to pridonijeti sveobuhvatnijoj zaštiti osoba s invaliditetom. Objašnjenje tvorca novoga propisa jest da su promjene obiteljskopravne zaštite osoba s invaliditetom ponajprije posljedica međunarodnih obveza Republike Hrvatske te utjecaja Europskog suda za ljudska prava, koji se odražava u presudama u kojima je potvrđena povreda ljudskih prava (Rešetar, 2017.).

Odredba o načelima skrbništva za odrasle je plemenita i prihvatljiva, naime tako članak 233. Obiteljskog zakona (2015.) određuje:

» (1) Zaštitu osobe s invaliditetom, ako je to moguće, potrebno je osigurati drugim sredstvima i mjerama predviđenima posebnim propisima prije nego što se donese odluka o lišenju poslovne sposobnosti i skrbničkoj zaštiti.

(2) U provođenju skrbničke zaštite potrebno je težiti što je moguće manjim ograničenjima prava štíćenika.

(3) U postupanju sa štíćenikom moraju se uzeti u obzir osobnost te sadašnji ili ranije izraženi stavovi osobe, kao i zaštita njezina dostojanstva i dobrobiti.

(4) Potrebno je poticati samostalno donošenje odluka od strane štíćenika te mu pružati podršku u donošenju odluka, kao i sudjelovanju u životu zajednice.

(5) Skrbnik je dužan prihvatiti želje i osobne stavove štíćenika osim ako je to u suprotnosti s njegovom dobrobiti.«.

Međutim, zakonodavac nije uložio dodatan napor kako bi se navedena načela mogla primijeniti u praksi (primjerice, ne ostvaruje se sustav odlučivanja uz potporu putem novih pravnih instituta kao način sprečavanja imenovanja skrbnika). Upravo suprotno, temeljna je promjena u odnosu na skrbništvo za odrasle, kako je ranije navedeno, ukidanje mogućnosti potpunog lišenja poslovne sposobnosti, kako se određuje člankom 234. stavak 2. Obiteljskog zakona iz 2015. godine (Obiteljski zakon, 2015.).

Držimo da je takva zakonodavna intervencija odraz prilično dvojbenog razumijevanja Konvencije o pravima osoba s invaliditetom (2007., 2008.), posebice stavaka 1. i 2. članka 12. – Jednakost pred zakonom, koji određuju:

»1. Države stranke ponovno potvrđuju da osobe s invaliditetom imaju pravo svugdje biti priznate kao osobe jednake pred zakonom.

2. *Države stranke će prihvatiti da osobe s invaliditetom imaju pravnu i poslovnu sposobnost na jednakoj osnovi kao i druge osobe u svim aspektima života.*«.

U sadržajnome smislu, premda bi se moglo činiti da je članak 12. Konvencije norma ponajprije načelne naravi, čini se da je njezin doseg širi, kako snažno zagovara i Odbor za prava osoba s invaliditetom u Općem komentaru br. 1 (2014.) o jednakosti pred zakonom. Riječ je o nezavisnom dvanaestočlanom tijelu koje nadzire primjenu Konvencije.

U paragrafu 7. prvoga Općeg komentara, Odbor utvrđuje: *»Države ugovornice moraju holistički preispitati sva područja prava kako bi osigurale da se prava osoba s invaliditetom na poslovnu sposobnost ne ograničavaju na nejednakoj osnovi s ostalima. Povijesno, osobama s invaliditetom nijekalo se pravo na poslovnu sposobnost u mnogim područjima na diskriminirajući način, a u okviru sustava zamjenskog odlučivanja kao što je skrbnništvo (...) i propisi o mentalnom zdravlju koji omogućavaju prisilni tretman. Ovakva se postupanja moraju napustiti kako bi se osiguralo vraćanje potpune poslovne sposobnosti osobama s invaliditetom na jednakoj osnovi s ostalima*« (Committee on the rights of persons with disabilities, 2014.: 2).

U terminološkom smislu, Konvencija ne definira pojam *legal capacity* što je svakako predstavljalo izazov. Tek objavom Općeg komentara br. 1. (2014.), koji nije obvezujući za države stranke Konvencije, Odbor zauzima stajalište da pojam *legal capacity* obuhvaća kako sposobnost biti nositeljem prava i obveza (pravnu sposobnost), tako i sposobnost vlastitim očitovanjem volje ostvarivati predmetna prava i obveze (poslovna sposobnost) (Committee on the rights of persons with disabilities, 2014.: 3). S tim u vezi, valja istaknuti da je Republika Hrvatska bila prisiljena promijeniti prvi službeni prijevod članka 12., jer je isprva pojam *legal capacity* preveden kao »pravna sposobnost«, a kasnije je to ispravljeno u »pravna i poslovna sposobnost« (Ispravak Zakona o potvrđivanju Konvencije o pravima osoba s invaliditetom i Fakultativnog protokola uz Konvenciju o pravima osoba s invaliditetom, 2008.), što, premda je nesumnjivo bolje rješenje, ni sada nije idealno, jer u suvremenome pravu ne postoji fizička osoba koja nema pravnu sposobnost.

Ukidanje instituta skrbnništva u cijelosti moglo bi se stoga tumačiti kao vrlo napredno. Tome bi doista i moglo biti tako, pod uvjetom da se ispune sva jamstva koja su definirana člankom 12. stavkom 4. Konvencije o pravima osoba s invaliditetom (2007., 2008.):

»Države stranke osigurati će da sve mjere koje se odnose na ostvarivanje pravne i poslovne sposobnosti predvide odgovarajuće i djelotvorne zaštitne 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 i poslovne 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.«.

Zamisao ukidanja potpunog lišenja poslovne sposobnosti, kao kamenčić na ovome putu, činila se zanimljivom i hrvatskome zakonodavcu. Postavlja se stoga pitanje: što čini pravni sustav kad mijenja pravne odredbe lakim potezom pera, a istodobno ne obraća dovoljno pažnje na stvarno stanje, kako osoba koje sustav nastoji zaštititi, tako i samog sustava? Držimo da je realan odgovor kako slijedi: sustav griješi u odnosu na određen krug osoba s invaliditetom koje, nažalost, ne mogu uopće štiti svoja prava i interese. Odluka da se osobu koja je u terminalnoj fazi Alzheimerove bolesti ili demencije, ili koja je u komi, ili čije teške intelektualne teškoće onemogućavaju uspostavljanje bilo kakvog smislenog kontakta s drugom osobom, djelomice liši poslovne sposobnosti jednostavno je pogrešna. Dakle, radi se o slučajevima u kojima su osobe s invaliditetom, uslijed vlastitog zdravstvenog stanja, objektivno spriječene u bilo kakvom sudjelovanju u društvu, pa bi stoga i njihova zaštita trebala biti postavljena na drugačijim osnovama od zaštite osoba s invaliditetom čije je sudjelovanje u društvu, uslijed zdravstvenog stanja, samo u određenoj mjeri ograničeno, ali ipak ne i dokraja onemogućeno.

Navedeno tim više što niti drugi međunarodni dokumenti, kao što je, primjerice, Preporuka Vijeća Europe R (99) 4 o načelima koja se odnose na pravnu zaštitu odraslih osoba s invaliditetom ne traži potpuno ukidanje zamjenskog odlučivanja (Committee of ministers of the Council of Europe, 1999.).

Za pretpostaviti je da je slično razmišljanje vodilo i kanadskom rješenju, budući da je Kanada kao stranka ugovornica Konvencije izjavila rezervu da u slučaju tumačenja članka 12. na način da isti zahtijeva ukidanje svih oblika zamjenskog odlučivanja, pridržava pravo koristiti ovu mogućnost u primjerenim okolnostima i sukladno odgovarajućim i učinkovitim jamstvima (The Government of Canada, 2010.).

Na sličan je način postupio i nizozemski sustav, tumačeći članak 12. na način da se ograničavaju oblici zamjenskog odlučivanja na slučajeve kad su takve mjere potrebne, kao *ultima ratio* i uz primjenu jamstava (The Government of the Kingdom of the Netherlands, 2016.).

Dute (2015.: 318) tome pridodaje da ukidanje oblika zamjenskog odlučivanja nije samo nerealno, nego je i nepoželjno, budući da je razlog razvijanja modaliteta zamjenskog odlučivanja potreba za zaštitom osoba, kako od neodgovornih odluka koje same mogu donijeti, tako i od moguće zloupotrebe njihova stanja od strane drugih osoba, uključujući članove obitelji, što je, slažemo se, temelj doktrine *parens patriae*. Freeman i sur. (2015.: 844-847) idu i korak dalje te zaključuje da ukidanje oblika zamjenskog odlučivanja, u određenim slučajevima, može dovesti do ugroze

drugih prava koja su osobama s invaliditetom zajamčena samom Konvencijom. S druge strane, dio autora zastupa dijametralno suprotno stajalište od prethodno navedenog, temelj kojega je u potpunom napuštanju oblika zamjenskog odlučivanja. Čak i »u slučajevima teškog oštećenja« zdravstvenog stanja pojedine osobe, prikladnim rješenjem smatraju imenovanje osobnog zastupnika koji neće donositi odluke umjesto štíćenika, već mu pomagati u donošenju odluka i ostvarivanju poslovne sposobnosti (Morrissey, 2012.: 429). Pitanje na koje se ne daje odgovor jest kako ostvariti taj cilj kad zdravstveno stanje osobe ne omogućuje uspostavljanje bilo kakvog smislenog kontakta s imenovanim zastupnikom, a želje i osobni stavovi nisu očitovani kroz institut anticipiranih naredbi?

Povijest nas podučava da su osobe s invaliditetom stoljećima bile obespravljene i u nekim situacijama su, općenito govoreći, one to i danas u punom ostvarenju svojih prava. To je bilo pogrešno. Međutim, zagovarati puku fikciju da su osobe u tako iznimnim situacijama kao što su one upravo opisane, bolje zaštićene ako nisu u potpunosti, nego samo djelomice lišene poslovne sposobnosti, također je pogrešno. Klatno je otišlo predaleko. Mi time ne štitimo njihova ljudska prava, mi samo krojimo »carevo novo ruho«, budući da se ništa ne mijenja u smislu njihove mogućnosti interakcije s drugima, njihove mogućnosti da izraze svoju volju, a u krajnjoj liniji, njihove mogućnosti da zaštite svoja prava i interese.

Držimo da neovisno o navedenom, valja istaknuti da je Odbor za prava osoba s invaliditetom pozdravio posljednje hrvatske zakonodavne izmjene, kako se utvrđuje u Zaključnim napomenama o inicijalnom izvješću Hrvatske, u kojem Odbor »preporuča državi ugovornici poduzimanje zakonodavnih mjera s ciljem ukidanja sustava zamjenskog odlučivanja, sukladno Općem komentaru br. 1 (2014.) o jednakosti pred zakonom« (Committee on the rights of persons with disabilities, 2015.a: 4).

Valja također istaknuti da je takva preporuka upućena i cijelom nizu drugih pravnih sustava, uključujući one u koje se hrvatski sustav nerijetko ugleda, kao što su Austrija, Njemačka ili Italija, Francuska ili Švicarska. Naime, čini se da nijedno od tih zakonodavstava nije u potpunosti usklađeno sa zahtjevima koje postavlja Odbor za prava osoba s invaliditetom.

U Zaključnim napomenama o inicijalnom izvješću Austrije iz 2013. godine, Odbor je istaknuo da je oko 55 000 osoba pod skrbništvom, a od toga pola u odnosu na sva životna područja, tj. osobe su u potpunosti lišene poslovne sposobnosti, te stoga Odbor preporuča ukidanje zamjenskog odlučivanja i uvođenja odlučivanja uz potporu (Committee on the rights of persons with disabilities, 2013.).

Nadalje, na zasjedanju 2015. godine, Odbor je usvojio Zaključne napomene o inicijalnom izvješću Njemačke, u kojima je istaknuta ista bojazan: »Odbor je zabrinut da je pravni institut skrbništva (njem. rechtliche Betreuung), kako je uređen Njemačkim građanskim zakonikom neusklađen s Konvencijom« te stoga Odbor predlaže da »država

ugovornica otkloni sve oblike zamjenskog odlučivanja i zamijeni ih sustavom odlučivanja uz potporu, sukladno Općem komentaru br. 1 (2014.) o jednakosti pred zakonom« (Committee on the rights of persons with disabilities, 2015.b: 5).

Slično, u odnosu na talijansko inicijalno izvješće, Odbor je izrazio zabrinutost da se zamjensko odlučivanje i nadalje primjenjuje institutom *amministrazione di sostegno* te je stoga preporučio da država ugovornica stavi izvan snage sve propise koji omogućavaju zamjensko odlučivanje od strane skrbnika (Committee on the rights of persons with disabilities, 2016.).

O francuskom se i švicarskom sustavu Odbor još nije očitovao zaključnim napomenama, no realno je očekivati da će primjedbe biti vrlo slične kao *supra* navedene. Dute ističe da zapravo nijedna stranka ugovornica ne zadovoljava zahtjeve Odbora (Dute, 2018.: 318).

Imajući navedeno na umu, može se zaključiti da slično djelovanje (odnosno propuštanje djelovanja) država ugovornica Konvencije nije tek slučajno. Navedeno je tim prjepornije kad se uzme u obzir da je riječ o državama *»koje imaju dobre namjere i dostatna sredstva da ih ostvare«* (eng. *well-intentioned and resourced countries*), te je za pretpostaviti da će se manje bogate države susretati s još intenzivnijim izazovima« (Fallon-Kund i Bickenbach, 2017.: 288).

Stoga je otvoreno pitanje postoji li doista *»opće nerazumijevanje (eng. misunderstanding) točnog dosega obveza država članica prema članku 12. Konvencije«* ili da postoji *»opća pogreška (eng. failure) u razumijevanju da model invaliditeta utemeljen na ljudskim pravima uključuje promjenu sa zamjenskog k odlučivanju uz potporu«* (Committee on the rights of persons with disabilities, 2014.: 1).

Naše je uvjerenje da nije riječ o nerazumijevanju, upravo suprotno. Naime, postoje, nažalost, iznimna stanja u životu u kojima su upravo institut potpunog lišenja poslovne sposobnosti, odnosno uspostava (matičnog) skrbništva u skladu sa samim konceptom ljudskih prava, budući da iznimna stanja zahtijevaju iznimne zakonodavne, sudske i upravne odgovore. Stoga u potpunosti pristajemo uz stajalište Korać Graovac i Čulo (2011.) kada tvrde da je Konvencija dokument u kojem se, u brzini i zanosu novoga nije u cijelosti uzelo u obzir specifičnost stanja i potreba pojedinaca s intelektualnim, mentalnim i/ili osjetilnim ograničenjima.

Na temelju navedenog podržavamo pozive koje Odboru za prava osoba s invaliditetom upućuje doktrina, da pronađe realnije, drugim riječima, manje isključivo tumačenje Konvencije i osobito članka 12. Suglasni smo s mišljenjem Dawsona (2015.) da bi novo tumačenje doista moglo osigurati bolje smjernice državama u promjenama i provedbi nacionalnih zakonodavstava. Dute je još izravniji te tvrdi da je ukidanje zamjenskog odlučivanja korak predaleko (eng. *a step too far*) te da se Odbor udaljio od stvarnosti, jer da je očito da nisu svi sposobni ostvarivati svoja prava, čak i uz najsveobuhvatniju potporu (Dute, 2015.: 318).

Fallon-Kund i Bickenbach (2017.: 308-309) stoga s pravom upozoravaju da zahtijevanje nerealnih ciljeva vodi ne samo do njihovog kršenja, već i do stvarne mogućnosti da države stranke na određeni način zanemare cijeli instrument. Tome pridodaju i činjenicu, uz koju također pristajemo, da bi pomno određene iznimke u odnosu na pitanja poslovne sposobnosti, upotpunjene potrebnim jamstvima, bitno više potaknule države u reformi nacionalnih sustava (Fallon-Kund i Bickenbach, 2017.: 310). Naime, kako ispravno podsjeća Alston (2017.: 22) »*savršenstvo ne treba biti neprijatelj dobroga*«.

UVID U ODABRANE ODLUKE USTAVNOG SUDA REPUBLIKE HRVATSKE I EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA U ODNOSU NA LIŠENJE POSLOVNE SPOSOBNOSTI

Koncept potpunog lišenja poslovne sposobnosti koji bi trebao biti iznimka od pravila, te koje se određuje samo u iznimnim situacijama, očito nije nezamislivi s ustavnopravnoga gledišta. Spomenimo tek, primjerice, odluku Ustavnog suda Republike Hrvatske iz svibnja 2015. godine. Tom odlukom, Ustavni sud ne odbacuje *a limine* mogućnost potpunog lišenja poslovne sposobnosti, već samo upozorava da je to zasigurno ozbiljna mjera koju treba primijeniti samo u iznimnim slučajevima, uvijek uzimajući u obzir činjenicu da takva mjera ima značajan utjecaj na privatni život osobe i njezina ljudska prava, a uvijek uzimajući u obzir načelo razmjernosti. Stoga bi se moglo zaključiti da je Ustavni sud svjestan učinaka takve mjere, no on istu ne isključuje kao mogućnost u doista iznimnim slučajevima (Ustavni sud Republike Hrvatske, 2015. b).

Na istoj crti, Ustavni sud nastavlja u paragrafu 12. ove Odluke kako slijedi: »*Čak i kad državna tijela utvrde, s potrebitim stupnjem sigurnosti, da osoba nije sposobna brinuti se o osobnim potrebama, pravima i interesima i kojoj je potrebna pomoć, skrb i nadzor, potpuno lišavanje poslovne sposobnosti trebalo bi biti primijenjeno kada se utvrdi da nijedna druga manje restriktivna mjera ne bi poslužila svrsi ili kad su druge manje restriktivne mjere neuspješno već pokušane*« (Ustavni sud Republike Hrvatske, 2015.b: 11).

Navedeno mišljenje ponovno je potvrđeno Odlukom Ustavnoga suda iz siječnja 2016. godine. U paragrafu 8. Odluke navodi se zaključak Ustavnoga suda da je »*lišenje osobe poslovne sposobnosti izuzetno ozbiljna mjera koja bi trebala biti pridržana samo za iznimne okolnosti*« (Ustavni sud Republike Hrvatske, 2016.: 9).

Valja istaknuti da je Ustavni sud Republike Hrvatske donio ove odluke 2015., odnosno 2016. godine, dakle u trenutku kad je Konvencija već godinama dio unutarnjeg pravnog poretka, sukladno članku 141. Ustava Republike Hrvatske (Ustav Republike Hrvatske, 1990., 1997., 2000., 2001., 2010., 2010., 2014.).

Ista se logika može prepoznati i u presudama Europskog suda za ljudska prava. Spomenut ćemo tek dvije, međutim samo u odnosu na opće argumente Suda vezane uz lišenje poslovne sposobnosti. U predmetu X. i Y. protiv Hrvatske, strasbourgški je sud ponovno istaknuo da je *»lišenje poslovne sposobnosti vrlo ozbiljna mjera koja treba biti ostavljena za iznimne okolnosti«* (Europski sud za ljudska prava, 2011.a). U potpunosti se slažemo s ovom tvrdnjom Suda.

Valja ponovno istaknuti, a za to smo se i ranije zalagali, potpuno lišenje poslovne sposobnosti smije se razmatrati samo u iznimnim slučajevima. Takav se zaključak može izvesti i iz još jedne presude Suda u Strasbourgu. Naime, u predmetu Ivinović protiv Hrvatske, Sud je ustvrdio: *»Čak i kada nacionalne vlasti s traženim stupnjem sigurnosti utvrde da je osoba imala poteškoće u plaćanju svojih računa, lišenje poslovne sposobnosti, čak i djelomično (istaknuli autori), treba biti posljednja mjera koja se primjenjuje samo kad nacionalne vlasti, nakon pažljivog razmatranja mogućih alternativa, zakluče da niti jedna druga, manje ograničavajuća mjera, nije svrsishodna ili da kad su druge, manje ograničavajuće mjere neuspješno pokušane.«* (Europski sud za ljudska prava, 2011.b).

Kako bismo navedena pitanja razmotrili i s gledišta prakse u smislu djelovanja hrvatskih prvostupanjskih sudova, izvršili smo uvid u sudsku praksu Općinskoga građanskog suda u Zagrebu. Prvi je put uvid izvršen u listopadu 2016., a drugi u lipnju 2017. godine. Valja odmah istaknuti da je stanje u odnosu na razumijevanje ukidanja potpunog lišenja poslovne sposobnosti ostalo neizmijenjeno. Stoga smo, iznova, promijenili zakonodavstvo, promijenili smo sudska rješenja u odnosu na opseg lišenja poslovne sposobnosti, no nismo promijenili pravo značenje i učinak sudskih odluka. Provedena se analiza ukratko prikazuje u sljedećim recima.

UVID U RECENTNU SUDSKU PRAKSU OPĆINSKOG GRAĐANSKOG SUDA U ZAGREBU U ODNOSU NA LIŠENJE POSLOVNE SPOSOBNOSTI

Uvid u recentnu sudsku praksu ukazao je na nekoliko okolnosti. Prvo, suci su skloni donositi rješenja koja su oblikom sukladna s Obiteljskim zakonom koji je na snazi, no sadržajno nisu s njime usklađena. Štoviše, sudska rješenja ukazuju na to da najvažniji dio rješenja *»skriva«* smisao same sudske odluke. Moglo bi se tvrditi da tako postupajući, suci postupaju *contra legem*, protivno zakonske odredbe i njezina smisla. Međutim, vjerujemo kako oni poštuju zakon, uvažavajući staru rimsku izreku – *dura lex, sed lex*. Zakon je strog, ali je svejedno zakon i stoga ga treba poštovati.

Pitanje je stoga što može učiniti sudac svjestan terminalne faze bolesti osobe koja pati od Alzheimerove bolesti sukladno Obiteljskom zakonu iz 2015. godine?

Sudac osobu može samo djelomice lišiti poslovne sposobnosti. Mudar sudac također zna da je takva zaštita nedostatna i stoga pronalazi novi način zaštite: deklaratorno djelomično, no u sadržaju potpuno lišenje poslovne sposobnosti. Jesu li suci koji slijede ovakvu postavku u krivu? Držimo ne samo da nisu u krivu, već slijede temeljna pravna načela koja se odnose na pravnički poziv. Doista, uloga suca ne može biti ograničena samo na to da budu *»usta koja izgovaraju riječi zakona«* (Montesquieu, 2011.: 181).

Kao doista bitnu indikaciju da suci odlučuju kako je navedeno, ukratko ćemo izložiti tek nekoliko sudskih predmeta, u kojima su protustranke, uvjereni smo, trebale (moći) biti potpuno lišene poslovne sposobnosti zbog zdravstvenoga stanja. Dakako, u ovom trenutku takva se odluka ne može donijeti, ali razlozi zaštite tome unatoč ostaju nepromijenjeni.

U predmetu R₁-Ob-928/2016 osoba je patila od teških intelektualnih teškoća, epilepsije i paranoidne psihoze. U sudnici je iskazao svoje ime, činjenicu da majka brine o njemu kod kuće, da gleda televiziju i da se sam *»bavi košuljama«*. Također je, pokazujući na vlastitog oca, iskazao da je isti *»župnik ili sam Bog«*. Sudskim je rješenjem protustranka djelomice lišena poslovne sposobnosti i to *»za potrebe redovitog ambulantskog, a prema kliničkoj slici i hospitalnog liječenja, za potrebe smještaja u adekvatnu ustanovu, za odluke u segmentu osobnih stanja, za raspolaganje i upravljanje cjelokupnom imovinom uključujući i redovna novčana primanja, kao i za provođenje svih pravnih radnji i sklapanje svih pravnih poslova, te zastupanje u sudskim postupcima pred javnim tijelima«*.

U drugome je predmetu, R₁-Ob-904/2016, osoba patila od encefalopatije, mikrocefalije, teških intelektualnih teškoća, epilepsije i autističnog sindroma. Osoba ne govori, ne održava kontakt očima i ne kreće se samostalno. Tijekom uviđaja, sudac je utvrdio da s protustrankom nije moguće uspostaviti kontakt. Sudskom je odlukom protustranka djelomice lišena poslovne sposobnosti *»za potrebe redovnog ambulantskog i hospitalnog liječenja, za potrebu smještaja, za raspolaganje svojim redovnim novčanim primanjima te za poduzimanje svih pravnih radnji i svih pravnih poslova«*.

U predmetu R₁-Ob-568/2016 starija je osoba patila od demencije, što je, slijedi iz nalaza i mišljenja liječnika vještaka, bilo stanje trajne prirode i uz tendenciju pogoršanja. Protustranka je sudskim rješenjem djelomice lišena poslovne sposobnosti *»u odnosu na radnje i poslove koji se odnose na promjenu osobnog imena, sklapanje i prestanak braka, odluke o zdravlju, odluke o prebivalištu odnosno boravištu te radnje i poslove koji se odnose na raspolaganje i upravljanje imovinom, plaćom ili drugim stalnim novčanim primanjima«*.

U predmetu R₁-Ob-410/2016 osoba je patila od Alzheimerove demencije u terminalnoj fazi bolesti. Prema zaključku liječnika, nije bilo moguće uspostaviti ni verbalnu niti neverbalnu komunikaciju, što je zabilježeno i u sudskome spisu. Osoba

je trebala biti lišena poslovne sposobnosti, deklaratorno djelomice, a u meritumu i potpunosti, no zbog smrti protustranke je postupak obustavljen.

U predmetu R₁-Ob-1410/2016 osoba je patila od umjerenih intelektualnih teškoća i epilepsije. Kako se navodi u liječničkome izvješću, osoba *»nema dovoljnih kapaciteta i mogućnosti odlučivanja, izrazito je sugestibilan, nije sposoban samostalno i u potpunosti brinuti o sebi, svom liječenju i/ili smještaju, niti shvatiti niti pratiti pravne poslove«*, a za njegovo se stanje navodi da je *»uz tendenciju pogoršanja«*. Sudskim je rješenjem protustranka djelomice lišena poslovne sposobnosti *»u odnosu na radnje i poslove koji se odnose na odluke o zdravlju, odluke o mjestu prebivališta, odnosno boravišta te radnje i poslove koji se odnose na sklapanje svih vrsta pravnih poslova«*.

Nadalje, postoje slučajevi u kojima bi, kako je to bilo moguće prema ranijim propisima, roditelji bili ostvarivali roditeljsku skrb nakon punoljetnosti djeteta, koja je mogućnost Obiteljskim zakonom na snazi ukinuta. Primjerice, u predmetu R₁-Ob-1670/2016 osoba je patila od umjerenih intelektualnih teškoća i epilepsije te je prema ranijem propisu bila u potpunosti lišena poslovne sposobnosti. Nadležni je centar za socijalnu skrb pokrenuo postupak preispitivanja (djelomičnog vraćanja) poslovne sposobnosti te predložio lišenje poslovne sposobnosti u dijelu koji se odnosi na *»zdravlje i liječenje, smještaj, statusna pitanja, raspolaganje i upravljanje materijalnim sredstvima te poduzimanje pravnih radnji i poslova«*. Iz psihijatrijskog je izvješća razvidno da se s osobom nije mogao uspostaviti smislen kontakt. Naše je uvjerenje da psihijatrima posebice treba vjerovati kao vrijednim procjenjivačima mentalnog stanja pojedine osobe. U izvješću centra navedeno je da *»kako prema odredbama Obiteljskog zakona više ne postoji roditeljska skrb nakon punoljetnosti, kao niti potpuno lišenje poslovne sposobnosti, potrebno je ponovno preispitivanje poslovne sposobnosti«*. Zbog smrti protustranke, postupak je obustavljen, te možemo samo pretpostaviti da bi prijedlog bio usvojen.

Također, postoje slučajevi u kojima se možemo samo pitati o slijedu događaja, imajući u vidu da lišenje poslovne sposobnosti ne utječe samo na osobe u odnosu na koje je pokrenut postupak lišenja, već i na članove njihovih obitelji te bliske osobe. Samo kao ilustraciju, spominjemo predmet R₁-Ob-1908/2016 u kojem je osoba patila od shizoafektivne psihoze i zlorabe psihoaktivnih tvari. Postupak je pokrenuo centar za socijalnu skrb, na molbu roditelja. U rukom pisanom pismu oca valja posebice istaknuti roditeljski vapaj: *»Molimo vas da odredite skrbnika da nam pomognete, najviše sinu, supruzi i meni, jer nas dvoje u ovakvoj situaciji želimo samo umrijeti«*. Oba su roditelja bila uključena u psihijatrijski tretman zbog anksioznosti i depresije. Međutim, centar za socijalnu skrb je povukao prijedlog, uz sljedeće obrazloženje: *»Ustanova u kojoj je osoba smještena nema s njim nikakvih problema, on uredno pije terapiju, a ukoliko se osjeća loše, to najavi i tada mu se pomogne lijekovima ili hospitalizacijom (...), a i sam je na ročištu izjavio da se osjeća dobro«*. Centar također

nastavlja: »Posebice uvažavajući temeljno načelo Obiteljskog zakona da je zaštitu osobe s invaliditetom potrebno osigurati drugim mjerama prije negoli se donese odluka o lišenju poslovne sposobnosti i skrbničkoj zaštiti«.

Na temelju navedenoga, treba ponovno ustvrditi da je klatno zaštite osoba s invaliditetom otišlo predaleko. Kako se može opravdavati povlačenje prijedloga subjektivnim shvaćanjem osobe sa značajnim izazovima mentalnog zdravlja ili, još i gore, pozivanjem na načelo najblaže intervencije. Cilj državne intervencije nije samo zaštititi osobu (u ovom slučaju od same sebe), nego i članove obitelji te osobe, a na što ukazuju i drugi autori (Freeman i sur., 2015.: 844). Čini se da se u ovom predmetu predmetni cilj ipak propustilo ostvariti. Postavlja se stoga pitanje mogu li se ovakva zadiranja u obiteljski život osobe opravdati s gledišta ustavnih pravila kao i strasbourgškog *acquis-a*?

ZAKLJUČAK

Hrvatski je zakonodavac 2014., odnosno 2015. godine otklonio mogućnost potpunog lišenja poslovne sposobnosti. Ključan je argument pri tome bio da je mogućnost koja je postojala u ranijim propisima suprotna obvezama koje je Republika Hrvatska preuzela ratifikacijom međunarodnih ugovora, ponajprije Konvencije o pravima osoba s invaliditetom. Čini se, međutim, da o tome ne postoji jedinstveno stajalište. Stoga obiteljskoppravna doktrina, komparativna istraživanja kao i istraživanja sudske prakse ukazuju da bi ovo rješenje trebalo ponovno razmotriti.

U ovome se radu polazi od postavke da bi lišenje poslovne sposobnosti općenito, a potpuno lišenje poslovne sposobnosti još i više, trebalo uvijek biti *ultima ratio*, mjera koja se poduzima s ciljem zaštite osoba s invaliditetom koja se ograničava na rijetke i iznimno opravdane slučajeve (Alinčić, 2002.). To ni na koji način ne priječi uspostavu i osnaživanje sustava odlučivanja uz potporu, upravno suprotno.

Međutim, kao što smo ranije naglasili, sustav pogrešno odlučuje u odnosu na određeni krug osoba s invaliditetom koji uopće ne mogu zaštititi svoja prava i interese, uslijed, primjerice, Alzheimerove bolesti ili demencije ili kome, koja ih stanja priječe u uspostavljanju smislenog kontakta s drugom osobom. Stoga je, nažalost, potpuno lišenje poslovne sposobnosti u određenim slučajevima jedini razuman način njihove zaštite.

To ne znači kršenje ljudskih prava ili dostojanstva, već upravo suprotno, predstavlja jedini učinkovit put zaštite koja je osobama u tako iznimnim slučajevima nužna. Drugim riječima, osobna autonomija mora u iznimnim slučajevima ustuknuti pred potrebom za zaštitom (Dute, 2015.: 318.). I općenito valja istaknuti da institut lišenja poslovne sposobnosti nije usmjeren tome da se osobe »kazne« za svoje zdravstveno stanje, ponajprije duševne smetnje. Naprotiv, smisao je zaštititi ih u

dijelu u kojem njihova osobnost ne može samostalno funkcionirati. Jedino takva zaštita koja to omogućava razmjerna je stanju njihova zdravlja i učinkovita u smislu da ne ostaje na razini deklaracije.

Ponovili bismo da unatoč naporima Odbora za prava osoba s invaliditetom, brojni sustavi, redovito uključujući i one koji hrvatskome sustavu često služe kao uzor, zadržavaju sustave skrbištva koje je u dijelu kad je to nužno utemeljeno na zamjenskom, a ne na odlučivanju uz potporu. Uvjerenja smo da je takvo stajalište nacionalnih sustava odraz razumijevanja da samo takvo postupanje predstavlja konzistentnu primjenu načela razmjernosti, kako se zagovara i Konvencijom. Ovo je teorijsko stajalište potvrđeno ne samo odlukama Ustavnog suda Republike Hrvatske, već i judikaturom Europskog suda za ljudska prava prikazanom u ovome radu. Isto slijedi i iz analize recentne prakse Općinskog građanskog suda u Zagrebu. Danas, potvrđuje provedeno istraživanje, suci postupajući sukladno načelu zakonitosti, i osobe koje ne mogu uspostaviti smisleni kontakt s drugima djelomice lišavaju poslovne sposobnosti, no, razumljivo, na način da ih sadržajno liše poslovne sposobnosti u potpunosti. Drugim riječima, zalažemo se da zakonodavac razmotri prigovore koji proizlaze na novousvojeno rješenje, kako iz doktrine, tako i komparativnopravnih uvida, a jednako tako i iz prakse nadnacionalnih i nacionalnih sudova.

Procjena K. Knol Radoja jest da će obiteljskopravno zakonodavstvo pridonijeti pozitivnim promjenama u odnosu na osobe s invaliditetom (Knol Radoja, 2015.). Međutim, vjerujemo da je ova procjena ostala na razini priželjkivanoga. Istraživanje koje smo proveli je, nažalost, pokazalo da je institut lišenja poslovne sposobnosti ostao sadržajno isti. Reforma je pozdravljena i pojedinim drugim radovima, primjerice A. Arstein-Kerslake nazvala je ukidanje potpunog lišenja poslovne sposobnosti prema Obiteljskom zakonu iz 2014. (a isto dakako vrijedi i za propis na snazi, iz 2015.) »malom pobjedom« (eng. *a small victory*) (Arstein-Kerslake, 2017.: 174).

Upravo je suprotno, vjerujemo da se tek usklađene promjene zakonodavstva i prakse mogu smatrati pobjedom. S jedne strane, to zahtijeva zakonodavnu promjenu koja bi omogućila potpuno lišenje poslovne sposobnosti kao iznimku od pravila, koja bi se primjenjivala samo u iznimnim slučajevima. S druge strane, to zahtijeva promjenu sudske prakse koja bi ovo načelo provodila u punini sadržaja, time mijenjajući upravnu praksu vezanu uz skrbištvo.

Samo u tom slučaju bi se moglo, ostaje nadati se, potvrditi tri ključne promjene u sustavu. Prvo, statistički bi podaci pokazivali da se mjera lišenja poslovne sposobnosti koristi rijetko, i to nakon što su iscrpljene mogućnosti koje sustav ima u smislu osnaživanja osobe i uvođenja raznovrsnih oblika potpore u odlučivanju. Drugo, sudska bi praksa potvrđivala da je potpuno lišenje poslovne sposobnosti doista mjera koja se koristi samo u iznimnim situacijama, i to samo u onima kad osoba nije u mogućnosti ostvariti smisleni kontakt s drugima. Treće, analiza djelovanja sustava

socijalne skrbi potvrđivala bi da je skrbnička zaštita u praksi usklađena sa sudskim rješenjem o lišenju poslovne sposobnosti i da je sukladno tome, individualizirana i primjerena. Tek bismo tada mogli procijeniti da se dogodio pomak nabolje u zaštiti osoba s invaliditetom u odnosu na njihovu poslovnu sposobnost.

LITERATURA

1. Alinčić, M. (2002). Zaštita i obiteljskopравни problemi osoba s duševnim smetnjama. U: Gavella, N. (ur.), *Europsko privatno pravo*. Zagreb: Pravni fakultet u Zagrebu, 289-327.
2. Alston, B. (2017). Towards supported decision-making: Article 12 of the Convention on the rights of persons with disabilities and guardianship law reform. *Disability, Rights and Law Reform in Australia*, 35 (2), 21-43.
3. Aras Kramar, S. & Ljubić, B. (2017). O djelovanju Centra za posebno skrbništvo: Rezultati, dvojbe i perspektiva – I. dio. *Hrvatska pravna revija*, 17 (6), 22-33.
4. Arstein-Kerslake, A. (2017). *Restoring voice to people with cognitive disabilities – Realizing the right to equal recognition before the law*. Cambridge: Cambridge University Press.
5. Australian Government – Australian Law Reform Commission (2014). *Equality, capacity and disability in commonwealth laws*. Final report. Preuzeto s: https://www.alrc.gov.au/sites/default/files/pdfs/publications/alrc_124_whole_pdf_file.pdf (22.2.2018.).
6. Committee of ministers of the Council of Europe (1999). *Recommendation R (99) 4 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.
7. Committee on the rights of persons with disabilities (2013). *Concluding observations on the initial report of Austria*. Adopted by the Committee at its tenth session (2 – 13 September 2013), CRPD/C/AUT/CO/1. Preuzeto s: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fAUT%2fCO%2f1&Lang=en. (9.7.2017.).
8. Committee on the Rights of Persons with Disabilities (2014). Eleventh session. *General comment No. 1 (2014) Article 12: Equal recognition before the law*. Preuzeto s: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/20/PDF/G1403120.pdf?OpenElement>. (9.7.2017.).
9. Committee on the Rights of Persons with Disabilities (2015a). *Concluding observations on the initial report of Croatia*. Adopted by the Committee at its thirteenth session (25 March–17 April 2015), CRPD/C/HRV/CO/1. Preuzeto s: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/098/80/PDF/G1509880.pdf?OpenElement>. (9.7.2017.).

10. Committee on the rights of persons with disabilities (2015b). *Concluding observations on the initial report of Germany*, Adopted by the Committee at its thirteenth session (25 March – 17 April 2015), CRPD/C/DEU/CO/1. Preuzeto s: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/096/31/PDF/G1509631.pdf?OpenElement>. (9.7.2017.).
11. Committee on the rights of persons with disabilities (2016). *Concluding observations on the initial report of Italy*, Adopted by the Committee at its sixteenth session (15 August – 2 September 2016), CRPD/C/ITA/CO/1. Preuzeto s: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fITA%2fCO%2f1&Lang=en. (9.7.2017.).
12. Dawson, J. (2015). A realistic approach to assessing mental health laws' compliance with the UNCRPD. *International Journal of Law and Psychiatry*, 20, 70-79. <https://doi.org/10.1016/j.ijlp.2015.04.003>
13. Dute, J. (2015.). Should substituted decision-making be abolished?. *European Journal of Health Law*, 22, 315-320.
14. Europski sud za ljudska prava (2011a). *Predmet X i Y. protiv Hrvatske, zahtjev br. 5193/09, presuda od 3. studenoga 2011.*
15. Europski sud za ljudska prava (2011b). *Predmet Ivinović protiv Hrvatske, zahtjev br. 13006/13, presuda od 18. rujna 2011.*
16. Fallon-Kund, M. & Bickenbach, J. E. (2017). New legal capacity laws and the United Nations Convention on the rights of persons with disabilities: An overview of five countries in Europe. *European Journal of Health Law*, 24 (3), 285-310. <https://doi.org/10.1163/15718093-12341413>
17. Freeman, M. C., Kolappa, K., Caldas del Almeida, J. M., Kleinman, A., Phakathi, S., Saraceno, B. & Thornicroft, G. (2015). Reversing hard won victories in the name of human rights: A critique of the General Comment on Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. *The Lancet Psychiatry*, 2 (9), 844-850. [https://doi.org/10.1016/S2215-0366\(15\)00218-7](https://doi.org/10.1016/S2215-0366(15)00218-7)
18. Horvat, M. (1980). *Rimsko pravo*. Zagreb: Školska knjiga.
19. Knol Radoja, K. (2015). Povreda procesnih prava osoba s invaliditetom. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 65 (6), 931-954.
20. Konvencija o pravima osoba s invaliditetom i Fakultativni protokol uz Konvenciju o pravima osoba s invaliditetom (2007, 2008). *Narodne novine, Međunarodni ugovori*, 6/2007., 5/2008.
21. Korać Graovac, A. & Čulo, A. (2011). Konvencija o pravima osoba s invaliditetom – novi pristup shvaćanju prava osoba s duševnim smetnjama. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 61 (1), 65-109.
22. Korać Graovac, A. & Hrbar, D. (2007). Skrbništvo. U: Alinčić, M., Hrbar, D., Jakovac-Lozić, D. & Graovac, A. (ur.), *Obiteljsko pravo*. Zagreb: Narodne novine, 365-434.

23. Ministarstvo socijalne politike. *Godišnja statistička izvješća o primijenjenim pravima socijalne skrbi, pravnoj zaštiti djece, mladeži, braka, obitelji i osoba lišenih poslovne sposobnosti, te zaštiti tjelesno ili mentalno oštećenih osoba u Republici Hrvatskoj*. Preuzeto s: <http://www.mdomsp.hr/pristup-informacijama/statisticka-izvjesca-1765/1765>. (9.7.2017.).
24. Montesquieu, Charles de Secondat (2011). *The spirit of laws, 1748, translated by Thomas Nugent, 1752*. Kitchener: Batoche Books.
25. Morrissey, F. (2012). The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A new approach to decision-making in mental health law. *European Journal of Health Law*, 19 (5), 423-440. <https://doi.org/10.1163/15718093-12341237>
26. Obiteljski zakon (1998). *Narodne novine*, 162/1998.
27. Obiteljski zakon (2003). *Narodne novine*, 116/2003., 17/2004., 136/2004., 107/2007., 57/2011., 61/2011., 25/2013., 5/2015.
28. Obiteljski zakon (2014). *Narodne novine*, 75/2014.
29. Obiteljski zakon (2015). *Narodne novine*, 103/2015.
30. Rešetar, B. (2017). Utjecaj prakse Europskog suda za ljudska prava na reformu obiteljskopravne zaštite osoba s invaliditetom u Republici Hrvatskoj. U: Rešetar, B., Aras Kramar, S., Lucić, N., Medić, I., Šago, D., Tucak, I. & Mioč, P., (ur.) *Suvremeno obiteljsko pravo i postupak*. Osijek: Pravni fakultet u Osijeku, 133-149.
31. The Government of Canada (2010). *Declaration and reservation to the UNCRPD*. Preuzeto s: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&lang=_en&clang=_en. (22.2.2018.).
32. The Government of Kingdom of the Netherlands (2016). *Declarations made upon ratification of the UNCRPD*. Preuzeto s: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&lang=_en&clang=_en. (22.2.2018.)
33. United Nations (2007). *From Exclusion to equality: Realizing the rights of persons with disabilities, Handbook for Parliamentarians on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol*. Geneva: United Nations, United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights, Inter-Parliamentary Union.
34. Ustav Republike Hrvatske. *Narodne novine*, 56/1990., 135/1997., 113/2000., 28/2001., 76/2010., 85/2010., 5/2014.
35. Ustavni sud Republike Hrvatske (2015a). *Rješenje U-I-3101/2014 et al.* od 12.1.2015, *Narodne novine*, 5/2015.
36. Ustavni sud Republike Hrvatske (2015b). *Odluka U-III/1380/2014* od 20.5.2015.
37. Ustavni sud Republike Hrvatske (2016). *Odluka U-III/4536/2012* od 14.1.2016.
38. Vlada Republike Hrvatske (2015). *Konačni prijedlog Obiteljskog zakona*, Klasa: 022-03/15-01/73, Urbroj: 65-15-09.
39. Zakon o popisima birača (2007). *Narodne novine*, 19/2007.
40. Zakon o registru birača (2012). *Narodne novine*, 144/2012.

Irena Majstorović
Ivan Šimović
University of Zagreb
Faculty of Law

THE SCOPE OF THE DEPRIVATION OF LEGAL CAPACITY AS A PRECONDITION FOR THE PROTECTION OF RIGHTS AND DIGNITY OF PERSONS WITH DISABILITIES

ABSTRACT

Guardianship as a family-law institute has been an important, yet unsolved issue for decades now. The latest family law reform of 2014 and 2015 brought certain changes, which have been explained and advocated for as a new contribution to the improvement of the legal position of adults with disabilities on one hand as well as the legal certainty and the rule of law on the other.

*The Croatian Family Act proclaims that a person cannot be deprived of legal capacity completely, but only partially. One can only wonder - how can this provision be implemented in cases of a coma for instance? A wise legislator allows judges to be far more than the pure executors of a person with disabilities' intentions. However, it seems that a wise judge when deciding upon this issue would in certain cases be acting *contra legem* if attempting to coherently protect the person with disabilities, which cannot be acceptable.*

Therefore, it is the aim of this paper to shed additional light on the newly adopted provisions of the Family Act as regards the deprivation of legal capacity, with the general premise that such a legislative intervention is neither proportional nor efficient.

Key words: *Convention on the rights of persons with disabilities, Croatian Family Act, deprivation of legal capacity.*



*Međunarodna licenca / International License:
Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0.*